Norstedts
Juridik

Patent och industriell omvandling

En studie av dynamiken mellan rättsliga och ekonomiska idésystem

Ulf Petrusson

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f45b4

Patents and industrial transformation - a study of the interaction between legal and economic belief systems

Akademisk avhandling som för avläggande av juris doktorsexamen vid Göteborgs universitet kommer att offentligt försvaras i lokal E44, Handelhögskolan, Vasagatan 1, Göteborg, fredagen den 4 juni 1999 kl. 12.15.

by
Ulf Petrusson
Department of Law
School of Economics and Commercial Law,
Göteborg University

Göteborg 1999
Number of pages 421
ISBN 91-39-00404-X

Abstract

The purpose of this study is to analyse the Patent Institute and its function within the transformation of industrial society. Its main aim is to increase understanding of how the Patent Institute and the concepts which underlie it, integrate with technological and industrial development. This aim involves not only a questioning of the theoretical concepts underlying the Patent Institute within jurisprudence and the economy, but also a more radical questioning of concepts of law and how the law interacts within an increasingly knowledge-oriented economic system.

The study is concerned with law as ideology, and is based on the standpoint that those of us within jurisprudence must analyse and describe law in terms of real conduct and attitudes within the legal profession and other social relations. Starting from this basic realist position, the main task of the study has been to analyse the Patent Institute in terms of concepts. The Patent Institute is analysed as an element in a legal belief system which affects both strategic behaviour in companies, as well as structural patterns and transformations within industry and commerce. The Patent Institute is also analysed as a set of concepts communicated within a legal governance system. A feature of special importance in the analysis is to establish how concepts with an origin in the sphere of commerce affect agents within the legal profession, where those concerned with the Patent Institute appear as educators and practitioners in matters of law. The question is if and whether economic values of competitiveness are given precedence over other values through such communication. In this respect it is interesting to consider whether this influence is concealed, and the legal argumentation thereby given a facade of legitimacy. A marked feature of the analysis is an endeavour to capture complexities, and, through a deeper realist understanding of the law, explain the processes of change in the Patent Institute and its altered functions. All in all, the work can be seen as a contribution to an understanding of how the law functions in the dynamic processes which affect control over innovation, industrialisation and social transformation.

Key words

Patent Institute, patent system, industrial transformation, competitive advantage, legal realism, legal theory, law and economics, communicative action, ideology, institutions, belief system, governance structure, evolution.

PATENT OCH INDUSTRIELL OMVANDLING

Ulf Petrusson

Patent och industriell omvandling

– EN STUDIE AV DYNAMIKEN MELLAN RÄTTSLIGA OCH EKONOMISKA IDÉSYSTEM

Norstedts Juridik AB

Adress till förlaget:
Norstedts Juridik AB, Box 6472, 113 82 Stockholm
Fax 08-690 90 70 telefon 08-690 91 00

Beställningar:
Norstedts Juridik AB, Kundservice, Box 6454, 113 82 Stockholm
Fax 08-690 90 30 telefon 08-690 96 96
e-post:kundservice.njab.@liber.se

Patent och industriell omvandling – En studie av dynamiken mellan rättsliga och ekonomiska idésystem
Ulf Petrusson
Upplaga 1:1
ISBN 91-39-00404-X
© 1999 Ulf Petrusson och Norstedts Juridik AB
Sättning och tryck: Norstedts Tryckeri AB, Stockholm 1999

Att mångfaldiga innehållet i denna bok, helt eller delvis, utan medgivande av Norstedts Juridik AB, är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande, såsom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

Förord

Tidigt stod det klart för mig att vetenskaplig forskning i stor utsträckning är en kollektiv process där man omfattas av och förhåller sig till olika diskussioner. Alltför underskattad är ofta den dagliga diskussionen med kollegor och vänner; inte minst för att den är svårhanterlig rent metodologiskt. Som ett abstrakt fenomen är det visserligen ett erkänt faktum att forskningsklimatet är av stor betydelse för den vetenskap som produceras. För mig har det forskningsklimat som de samlade dagliga diskussionerna vid Juridiska institutionen genererat, haft en avgörande betydelse för genomförandet av detta arbete. Klimatet som har präglats av teoretisk öppenhet och en kollektiv strävan av att ifrågasätta det vedertagna, har kontinuerligt sporrat mig i mitt teoretiska sökande. Det råder ingen tvekan om att min handledare professor Dennis Töllborg i stor utsträckning lagt grunden till detta forskningsklimat. Särskilt betydelsefull för mig har också Mats Glavå varit. Den dagliga diskussionen med Mats har varit så intensiv och givande att jag omöjligen kan hålla isär huruvida en speciell tankegång kan härledas till mig själv eller till honom. Vår relation har under perioder varit så nära att man t.o.m. skulle kunna tala om ett gemensamt teoretiskt projekt. Mycket betydelsefulla har också Per Cramér, Filip Bladini och Håkan Gustafsson varit. Jag själv upplever att de alla tre kontinuerligt har tagit en aktiv del i mitt avhandlingsprojekt. Andra personer som generöst delat med sig av såväl insikter som dyrbar arbetstid är Claes Martinsson, Eva-Maria Svensson, Robert Påhlsson och professor Lotta Westerhäll.

Den teoretiska öppenhet som för mig så tydligt utmärker forskningsklimatet i Göteborg, innebar att jag tidigt i mitt sökande intresserade mig för de ekonomiska disciplinerna. Seminarier och samarbetsprojekt inom ramen för Handelshögskolans verksamhet har utgjort viktiga inspirationskällor. Professor Clas Wihlborg har genom sitt engagemang för samverkan mellan nationalekonomi och rättsvetenskap bidragit till min förståelse av rättsekonomins förtjänster och tillkortakommanden. Särskilt betydelsefull upplever jag min samverkan med professor Ove Granstrand, professor Anders Vedin och Henrik Olsson vid Chalmers I-sek-

tion. Våra teoretiska och praktiska diskussioner har för mig kommit att utgöra en särskild och allt viktigare forskningsmiljö. Ove Granstrands teoretiska insikter och Anders Vedins erfarenheter inom det immaterialrättsliga området har utgjort en viktig kunskapskälla och har för mig visat vägen till en mer omfattande ämnesintegration. Henrik Olsson kom tidigt att utgöra en samtalspartner avseende patentinstitutets betydelse och han har kontinuerligt försett mig med artiklar inom den ekonomiskt orienterade patentteorin. Vad gäller förståelsen av patentinstitutet har jag också haft ett givande utbyte med Bengt Domeij vid Juridiska institutionen, Stockholms universitet.

Ett metodologiskt närbesläktat problem till frågan om hur dagliga diskussioner påverkar forskningen, är hur egna praktiska erfarenheter i förhållande till redovisad empiri etc. påverkar antaganden, teorier och slutsatser. I mitt fall har de erfarenheter jag fått som jurist vid Göteborgs Patentbyrå AB säkerligen haft en ingripande inverkan på min förståelse av patentinstitutet och dess funktioner. Motsvarande gäller alla de praktikerseminarier och samtal inom ramen för Västsvenska Immaterialrättsklubben. Många är de föredragshållare, kollegor, affärskontakter etc. som påverkat mig i min forskargärning, utan att jag själv är medveten om i vilka avseenden så skett.

Det ovillkorliga stöd som min sambo Bitte uppvisat, har varit avgörande för att jag har kunnat förverkliga mina forskningsambitioner. Hon har osjälviskt låtit mig fångas av det teoretiska sökande som avhandlingsarbetet inneburit. Alltid lika välvilligt har hon också läst och satt sig in i mina olika utkast.

Emil Heijnes Stiftelse för rättsvetenskaplig forskning har bidragit med medel för tryckning av avhandlingen.

Göteborg den 31 januari 1999

Ulf Petrusson

Innehåll

Förord V

Kapitel 1. Inledning 1
1.1 Patentinstitutet och industrisamhällets utveckling 1
1.2 Kontroll över kunskap och industriell omvandling 5
1.3 Patentteoretiska utgångspunkter 10
1.4 Rättsrealism och ideologikritik – en teoretisk och metodologisk ansats 14
1.4.1 Rättsteoretisk utveckling mot pragmatisk öppenhet till ekonomisk teori och andra ideologier 15
1.4.1.1 Rättsrealistiskt ifrågasättande av rättsideologin 15
1.4.1.2 Normativ motreaktion till försvar av rättsideologin 18
1.4.1.3 Från realism till pragmatism 24
1.4.1.4 Kritisk rättsteori, alternativ rättsdogmatik och det rättsrealistiska dilemmat 27
1.4.2 Rätten som idé- och handlingssystem 33
1.4.2.1 Analys av rätten som maskineri och handlingstotalitet 34
1.4.2.2 Ideologikritisk analys av den spontana och gömda ordningen 38
1.4.3 Metoden att analysera rätten som idé- och handlingssystem 42
1.4.4 "Helhetssträvandet" som ett vetenskapligt förhållningssätt 44
1.5 Arbetets uppläggning och disposition 47

Kapitel 2. Innovationsverksamhet som förutsättning för samhällelig välfärd – en fråga om rättslig styrning? 51
2.1 Teoretisk sondering för ämnesmässig förförståelse 51
2.1.1 Förförståelse, ideologi och teori 52
2.1.2 Nationalekonomiska utgångspunkter för kapitlets uppläggning 53

2.2 Teoretisk uppgradering av teknikutvecklingens betydelse för ekonomisk tillväxt 54
2.2.1 Kritik mot de neoklassiska tillväxtmodellerna 55
2.2.2 Schumpeters "creative destruction" och den dynamiska omvandlingen av ekonomisk teori 57
2.3 Teorier om institutioner och reglering som drivkraft för industriell omvandling 60
2.3.1 Marknadens normsystem som spelregler 60
2.3.2 Offentlig reglering för konkurrenskraft 63
2.3.2.1 Begreppet reglering och dess värdemässiga belastning 63
2.3.2.2 Reglering för effektivitet 64
2.3.2.3 Reglering för kunskapsselektion 66
2.3.3 Rättens funktioner för "corporate governance" 67
2.4 Teorier om statsmaktens delaktighet för innovationsverksamhet 69
2.4.1 Industristatens beroende av ett högteknologiskt hemmabaserat näringsliv i omvandling 70
2.4.2 Teknikprotektionism för det hemmabaserade näringslivets konkurrenskraft 71
2.4.3 Reglering för högteknologisk konkurrenskraft 75
2.5 Kunskapsproduktion, framväxande kunskapsmarknader och den förhärskande teknostrukturen 77
2.5.1 Antagandet om kunskapsproduktionen som övergripande drivkraft 78
2.5.2 Teknikmarknader och länkar mellan vetenskapssamhället och industrin 80
2.6 Risksamhället och frågan om kontrollen över den industriella omvandlingen 83
2.6.1 Industrisamhällets tekniska omvandling till ett artificiellt risksamhälle 83
2.6.2 Teknostrukturen och betydelsen av överordnade värden 85
2.7 Styrmedel för kontroll över kunskap och kunskapsprocesser – avslutande reflektioner 88

Kapitel 3. Patentinstitutets teoretiska förankring och den industriella omvandlingen 92
3.1 Analys av patentinstitutets teoretiska grundvalar 92
3.1.1 Rätten till kunskap i dynamiken mellan system och miljö 92

3.1.2 Rättsteoretiska utgångspunkter för kapitlets uppläggning 93
3.2 Patentinstitutet i rörelse 96
3.2.1 Patenträttsligt uppvaknande för marknadsmakt 96
3.2.2 Patentinstitutets funktionella omvandling 99
3.2.2.1 Den tekniska förändringens inverkan på immaterialrätten 100
3.2.2.2 Den marknadsmässiga förändringens inverkan på immaterialrätten 101
3.2.2.3 Samhällelig förändring och värdemässiga överväganden 103
3.2.3 Patentinstitutet och industrisamhällets ideologiska omvandling 104
3.3 Patentinstitutets ideologiska bakgrund 105
3.3.1 Patentinstitutets historiska motiv, legitimitets- och rättfärdigandegrunder 106
3.3.2 Patenträttens merkantilistiska ursprung 108
3.3.3 Liberalismen och föreställningen om rätten att förfoga över egna uppfinningar 111
3.3.4 Antipatentrörelsen och dess ideologi 114
3.3.5 Rättsekonomi och det effektiva patentsystemet 117
3.3.5.1 Patentinstitutets ändamål och den rättsekonomiska effektivitetsanalysen 118
3.3.5.2 Patenträttsliga regler och den rättsekonomiska effektivitetsanalysen 122
3.3.5.3 Patentinstitutets legitimitet och den rättsekonomiska effektivitetsanalysen 124
3.3.6 Postindustriell värdevilsenhet? 125
3.3.6.1 Patentinstitutet och det ideologiska förhållandet mellan mål och medel 126
3.3.6.2 Patentinstitutet och moraliska värden 128
3.3.6.3 Teknonationalismen och kontroll över kunskap som ett övergripande värde med moraliska dimensioner 130
3.4 Patentinstitutets funktionella relationsbundenhet 132
3.4.1 Konkurrensrelationella patentstrategier för kunskapskontroll 132
3.4.1.1 Formell och informell kontroll över kunskap 133
3.4.1.2 Patentinstitutets funktion för öppen och bunden tekniköverföring 136

3.4.1.3 Patentinstitutets funktion för teknikmarknadsmakt 138
3.4.1.4 Patentinstitutet i den teknostrukturella alliansen mellan statsmakt och näringsliv 139
3.4.2 Konkurrensrelationella patentstrategier för nationell konkurrenskraft 140
3.4.3 Patentinstitutets legitimitet och föreställningen om högteknologisk konkurrenskraft 142
3.5 Rättsvetenskapliga patentteorier och patentinstitutets rättfärdigande 143
3.5.1 Patentinstitutet och den ideologiska förändringsprocessen inom rättsteorin 144
3.5.1.1 Patenträttsteorin och det nationalekonomiska ursprunget 145
3.5.1.2 Inflytandet från naturrättsliga äganderättsteorier 146
3.5.1.3 Inflytandet från den historiska skolan och patenträttighetens inordnande i den romerskrättsliga systematiken 148
3.5.1.4 Egendomsteorin och patentet som överlåtbar förmögenhetsrätt 150
3.5.1.5 Objektsteorierna 150
3.5.1.6 Rättsrealistiskt ifrågasättande av objektsteorierna 152
3.5.2 Rättsdogmatisk förvirring om patentets rättsliga status 153
3.5.2.1 Det trippelbottnade egendomsperspektivet 154
3.5.2.2 Rättigheten och monopolet 157
3.5.3 Patentinstitutets systematiska rörlighet 160
3.5.3.1 Patenträttens förmögenhetsrättsliga ställning 160
3.5.3.2 Patentreglering som allmän konkurrensrätt 161
3.5.4 Patentinstitutets rättfärdigande i dynamiken mellan frihet och kontroll 163
3.5.4.1 Patentteoretiska meningsskiljaktigheter, patenträttslig förvirring och rättspolitisk osäkerhet 163
3.5.4.2 Patentinstitutets rättfärdigande och dess rättspolitiska förankring 164
3.6 Patentinstitutets funktioner i en omvandlande kunskapsprocess – avslutande reflektioner 165

3.6.1 Patentinstitutet som kommunikativ process 165
3.6.1.1 Dynamiken mellan den tekniska utvecklingen och uppfinningsbegreppet 165
3.6.1.2 Dynamiken mellan patenträttigheten och patentteorierna 166
3.6.1.3 Äganderätten till kunskap – ett kommunikativt scenario 168
3.6.2 Patentinstitutets funktioner i dynamiken mellan legitimering och rättfärdigande 169

Kapitel 4. Rättssystemens ideologiska interaktion med kunskapsevolutionen 172
4.1 Analys av rättens strukturella funktioner i ljuset av teorier om industriell omvandling 172
4.1.1 Evolution och ideologi 173
4.1.2 Kunskapssociologiska utgångspunkter för kapitlets uppläggning 174
4.2 Teknologisk maktutövning och samhällsevolution 177
4.2.1 Kunskapsproduktion som samhällets bas 177
4.2.1.1 Materialismen och produktivkrafterna 177
4.2.1.2 Kunskapsproduktion som såväl bas som överbyggnad 179
4.2.1.3 Kontroll över innovationsverksamhet 180
4.2.2 Kunskapsproduktionens ideologiska kontext 182
4.2.2.1 Överbyggnad i omvandling 182
4.2.2.2 Teknostrukturens kontroll över den materiella kunskapsprocessen 185
4.2.3 Rättsliga kunskapsprocesser för kontroll över kunskap 187
4.2.3.1 Rättssystemet som överbyggnadsfenomen 187
4.2.3.2 Kontroll över teknisk kunskap i dynamiken mellan administrativa och ideologiska kunskapsprocesser 190
4.2.4 Ideologiska kunskapsprocesser inom komplexitetsparadigmet 191
4.2.4.1 Industrisamhällets bakgrundsideologi 191
4.2.4.2 Från en marknadsliberal framstegsideologi mot en regleringsfokuserad konkurrenskrafts-ideologi 192
4.3 Konkurrenskraftsideologin 194
4.3.1 Myten om den konkurrenskraftiga industristaten 194

4.3.1.1 Ursprunget i handelsteorin om "comparative advantage" 195
4.3.1.2 Nationalstaten som institutionell hemmabas 196
4.3.1.3 Dynamiken mellan öppenhet och protektionism 197
4.3.1.4 Konkurrenskraftsideologin och konkurrensrelationismen 199
4.3.2 En konkurrensrelationell världsuppfattning i förändring 200
4.3.2.1 Konkurrens som tillstånd av frihet eller effektivitet? 200
4.3.2.2 Konkurrens som selektionsprocess i en institutionell kontext 201
4.3.2.3 Konkurrensbegreppet och föreställningen om kunskapskontroll 202
4.3.3 Institutioner för konkurrenskraft och selektion under ideologisk omvandling 204
4.3.3.1 Marknadsekonomins institutionella kontext 204
4.3.3.2 "Spontaneous order" under omprövning 205
4.3.4 Konkurrenskraftsideologin som normer med strukturella funktioner 207
4.3.4.1 Konkurrenskraftsideologin som idésystem 207
4.3.4.2 Konkurrenskraftsideologin och den ideologiska interaktionen 208
4.4 Strävan efter kontroll över kunskapstransaktioner 210
4.4.1 Det ekonomiska handlingssystemet som kunskapsprocess 210
4.4.1.1 Ekonomiska handlingssystemet och dess kontrollstrukturer 211
4.4.1.2 Kontrollstrukturer och kontraktuella relationer 212
4.4.1.3 Teknostrukturen som kontraktuella innovationsnät 215
4.4.1.4 Kontrollstrukturerna och det marknads-teknologiska paradigmskiftet 217
4.4.1.5 Kommunikativa kunskapsprocesser mellan kontrollstrukturer 219
4.4.2 Idésystem för privat kunskapskontroll 222
4.4.2.1 Ekonomiska handlingssystemet under inflytande av idésystem 222

4.4.2.2 Den ideologiska kunskapsprocessens strategiska funktioner 224
4.4.2.3 Den ideologiska kunskapsprocessens strukturella funktioner 226
4.4.3 Offentlig delaktighet för privat kontroll över materiella kunskapsprocesser 227
4.4.4 Konkurrenskraftsideologins inflytande på det politiska handlingssystemet 229
4.5 Patentinstitutets funktioner för kontroll över industrisamhällets omvandling 232
4.5.1 Patentinstitutet som idésystem och handlingssystem 232
4.5.2 Patentinstitutets strukturella inverkan på samhället och dess kontrollstrukturer 235
4.5.2.1 Patentinstitutets reproduktion av ett funktionellt egendomsbegrepp 235
4.5.2.2 Patentinstitutets industriellt dirigerande funktioner 236
4.5.2.3 Patentinstitutets strategiska möjligheter skapar strukturella omvandlingsprocesser 238
4.5.2.4 Ensamrättens strukturellt begränsande funktioner och betydelsen av inskränkningar 239
4.5.3 Teknikmarknadens dirigerande funktioner i förhållande till varu- och tjänstemarknader 240
4.5.3.1 Inskränkningarnas strukturella funktioner 241
4.5.3.2 FoU-undantagets strukturella funktioner 242
4.5.3.3 Bunden tekniköverföring och licensstyrda marknader 244
4.5.3.4 Marknadsanpassning av det offentliga FoU-systemet 247
4.5.3.5 Teknostrukturen och statsmaktens förfoganden över kontrollpositioner 249
4.5.3.6 Västerländska teknostrukturer och u-ländernas industriella omvandling 251
4.5.4 Patentinstitutets funktioner för fördelning av makt och risker 255
4.5.4.1 Patentinstitutets värde- och intresseförmedlande funktioner 256
4.5.4.2 Patentinstitutets strategiska funktioner vid konkurrensrelationell intressemotsättningar 258

4.5.4.3 Intervenering av rättsliga kontrollstrukturer vid konkurrensrelationell intressemotsättningar 262
4.6 Rättens funktioner inom det ekonomiska handlingssystemet – avslutande reflektioner 264
4.6.1 Komplexitetsparadigmet och föreställningen om rätten 264
4.6.1.1 Rättsliga idésystem och den ideologiska kunskapsprocessen 265
4.6.1.2 Konkurrenskraftsideologins avspärrande verkan 267
4.6.2 Rättsliga idésystemets funktioner i en kommunikativ process 268
4.6.2.1 Rättsliga idésystem som kommunikativa länkar mellan kontrollstrukturer 268
4.6.2.2 Kommunikativ återföring från det ekonomiska handlingssystemet 271
4.6.2.3 Kontrollen över den administrativa kunskapsprocessen och analysen av rätten som idésystem 273

Kapitel 5. Rättslig evolution för kunskapskontroll 274
5.1 Analys av hur rätten omvandlas i dynamiken mellan idésystem och det rättsliga handlingssystemet 274
5.1.1 Regleringskrisen och det ekonomiska idésystemets framträdande betydelse 275
5.1.1.1 Ökad aktiv adaption inom den juridiska professionen 275
5.1.1.2 Rättsvetenskaplig analys av isoleringseffekten och det rättsliga handlingssystemet som ett självrefererande system 277
5.1.2 Ideologikritiska utgångspunkter för kapitlets uppläggning 280
5.2 Dynamiken mellan rätten som idésystem och handlingssystem 282
5.2.1 Det rättsliga handlingssystemet och dess kontrollstrukturer 283
5.2.1.1 Handlingssystemets konstituerande normer 283
5.2.1.2 Det rättsliga handlingssystemet som en självrefererande ordning 285

5.2.1.3 Kontrollstrukturernas dimensionella komplexitet 287
5.2.1.4 Kommunikation i dynamiken mellan öppenhet och slutenhet 289
5.2.2 Den gömda ordningen och ansvaret för den administrativa kunskapsprocessen 291
5.2.2.1 Förhållandet mellan den ideologiska sökprocessen och den administrativa justifikationsprocessen 292
5.2.2.2 Ideologiska kunskapsprocesser och den juristskapade verkligheten 294
5.2.2.3 Administrativa kunskapsprocesser i ljuset av den vertikala lojaliteten 297
5.2.3 Kommunikation mellan rättsliga kontrollstrukturer under inflytande av det ekonomiska idésystemet 299
5.2.3.1 Diskurser mellan det rättsliga handlingssystemets kontrollstrukturer 300
5.2.3.2 Ekonomiska idésystemets inflytande på den kommunikativa selektionen 302
5.2.3.3 De rättsliga idésystemens progressiva reproduktion 305
5.3 Konkurrenskraftsideologins kommunikativa omvandling av patentinstitutet 307
5.3.1 Ekonomiska kontrollstrukturers strävan efter äganderätt till kunskap 307
5.3.1.1 Äganderätten som uttryck för självhävdade intressen 307
5.3.1.2 Egendomsrätt för omvandling eller för att skydda etablerad position 310
5.3.2 Egendoms- och rättighetsbegreppen under kommunikativ omvandling 315
5.3.2.1 Ett funktionellt egendoms- och äganderättsbegrepp 316
5.3.2.2 Rättighetsidéns funktion i det rättsliga handlingssystemet 318
5.3.2.3 Rättsrealistisk kritik av Ross normativa underkännande av objektsteorin 321
5.3.2.4 Uppfinnings- och patentidéer som kommunikativa processer 325

5.3.2.5 Uppfinningsidén och patentkravsläran i dynamiken mellan den administrativa och ideologiska kunskapsprocessen 334
5.3.3 Kommunikativ omvandling av rätten till kunskap under inflytande av det ekonomiska idésystemet 341
5.3.3.1 Rätten till kunskap i ljuset av ett marknadsteknologiskt paradigmskifte 342
5.3.3.2 Konkurrenskraftsideologin och det ekonomiska idésystemets föränderlighet 345
5.3.3.3 Konkurrenskraftsideologin och de värdemässiga konflikterna mellan olika idésystem 349
5.4 Individuell och kollektiv kontroll över kunskap – avslutande reflektioner 353
5.4.1 Ansvarstagande för de ideologiska kunskapsprocessernas funktioner 354
5.4.1.1 Rättsvetenskapligt ansvarstagande och det rättsrealistiska arvet 354
5.4.1.2 Rättens enhet och strävan om vertikal lojalitet 358
5.4.1.3 Ideologikritik för kontroll över ideologiska och administrativa kunskapsprocesser 362
5.4.2 Patenträttslig evolution under inverkan av det ekonomiska idésystemet 363
5.4.2.1 Självhävdelsen och den kommunikativa omvandlingen av patentinstitutet 363
5.4.2.2 Offentliga patentstrategier och den vertikala lojaliteten 366

Summary 371

Källförteckning 387

Kapitel 1

Inledning

"Vi se idag icke rättssystemet blott som tvingande makt utan såsom en hjälpande hand i ett samhälle, där de komplicerade levnadsförhållandena underlättas av den rättsliga regleringen. Är det icke ett mål för vår strävan att med rättsvetenskapens verktyg bringa rättslivet och samhället i harmoni?" (Nelson, Alvar. Rättsvetenskapen i dagens samhälle s. 474, 1964.)

1.1 Patentinstitutet och industrisamhällets utveckling

I denna studie skall *patentinstitutet*[1] *och dess funktion för industrisamhällets omvandling analyseras.*[2] Huvudsyftet är att öka förståelsen för hur patentinstitutet, och de föreställningar på vilket det vilar, interagerar med den industriella omvandlingen. En central fråga är följaktligen hur patentinstitutet påverkas av den samhälleliga förändringen och av de föreställningar som denna för med sig. Lika viktig är frågan hur patentinstitutet resulterar i förändrade beteenden inom den ekonomiska sfären. En analys av patentinstitutet utifrån dessa frågor medför att institutet måste sättas in i en större samhällelig kontext.

Under det senaste decenniet har det skett något av ett patenträttsligt uppvaknande inom näringslivet såväl som inom den nationalekonomiska och politiska diskursen. Återigen är patentinstitutets innebörd och funktioner en fråga som engagerar näringslivsledare, ekonomiska teoretiker, politiker m.fl.[3] Att vi kan tala om ett uppvaknande sammanhänger med

---

[1] Institut används regelmässigt som begrepp för en mängd sakligt samhörande regler vilka i en samhällelig kontext har gemensamma funktioner. Jfr Strömholm, Stig: Rätt, rättskällor och rättstillämpning s. 155 (1988). I detta arbete används termen som ett mer vidsträckt begrepp, kring vilket framställningen kontinuerligt kretsar.

[2] Termen funktion kommer i arbetet att användas i något skiftande begreppsmässiga sammanhang. Huvudsakligen kommer dock termen att användas som begrepp för konsekvenserna av föreställningar, idéer etc. i en viss kontext.

[3] Uppvaknandet återspeglas även inom den rättsvetenskapliga diskussionen. Exempelvis Marianne Levin menar att det är under de senast 10–20 åren som man kan tala om ett markant ökat uppmärksammande: Immaterialrättsliga skiljevägar s. 109 (1996). Se även Koktvedgaard, Mogens: The Law of Intellectual Property toward Year 2000 s. 155 (1993).

att patentinstitutet under den industriella omvandlingen av västvärlden tidigare tilldragit sig stort intresse, vilket återspeglas hos stora tänkare som bl.a Adam Smith, Jeremy Bentham, John Stuart Mills.[4] I slutet av 1800-talet svalnade emellertid både det politiska och filosofiska intresset för patentinstitutet.[5] Bland de tidigare så aktiva ekonomiska teoretikerna tillmättes inte längre patentinstitutet någon framträdande betydelse, i vare sig positiv eller negativ riktning. Patentinstitutet blev istället alltmer en angelägenhet för en relativt liten grupp patentspecialister.

Det patenträttsliga uppvaknande som vi nu upplever är i stor utsträckning resultatet av det ökande intresset för förprövningssystemet och förfogandet över patenträttigheter som väsentliga instrument för konkurrenskraft, inte endast för det enskilda företaget utan också för näringslivet generellt och t.o.m. för nationalstaten som sådan.[6] Uppvaknandet är, inom både praktik och politik, ett i första hand strategiskt förhållningsätt där patentinstitutet framträder som ett medel för kontroll över innovationer. Detta synsätt förändrar inte bara inställningar och attityder, utan också företagens handlande och organisation.[7] "High-technology firms now often have 'IP'[8] managers as well as 'IT' managers. In some firms considerations of intellectual capital management have expanded from the mere licensing of residual technology to become a central element in technology strategy."[9] Patentinstitutet, precis som den enskilda patenträttigheten, ses som ett instrument för förbättrad konkurrenskraft utifrån en verklighetsuppfattning där företag står mot företag och nation mot nation.[10]

Med utgångspunkt i praktiken kan det patenträttsliga uppvaknandet ses som ett uttryck för ett hårdnande marknadsekonomiskt klimat. Det har också hävdats att "management today has little choice but to adopt a

---

4 Se härom i kapitel 3.

5 Fritz Machlup anger 1873 som det år då patentinstitutet inte längre var en "hot issue". Machlup Fritz, An Economic Review of the Patent System s. 25 (1958).

6 Se exempelvis Oppenländer, Karl Heinrich: The Implication of Patent Rights for Corporate Innovation Policies in the Future European Single Market s. 17. Se även American Corporate Law: New Yourk turns intellectual s. 9 (1994). Beträffande det ökande politiska medvetandet om betydelsen av rättsskydd se exempelvis EU Kommissionens Grönbok om innovation; Bull. EU Suppl. 5/95 s.s. 24–25.

7 En särskilt belysande rapport utifrån svenska förhållanden är IVA-M281 Profit from innovation – a comparison of Swedish and Japanes intellectual property management (1993).

8 IP används som förkortning för Intecllectual Property.

9 Grindley & Teece: Managing Intellectual Capital s.8 (1997). Jfr även Scotchmer, Suzanne: Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law s.s. 29–41 (1991).

10 Jfr Grönbok om innovation, Bull. EU Suppl. 5/95 s. 15.

more active IP and licensing stance."[11] Medvetandegörandet om betydelsen av patentinstitutet är visserligen inte en separat företeelse, utan utgör en del i en utveckling där företag alltmer strävar efter att för egen del tillgodogöra sig ny teknik och *kontrollera* densamma.[12] Uppvaknandet skall följaktligen ses i ljuset av att det högteknologiska näringslivet i allt större utsträckning blivit beroende av vetenskapsbaserad kunskap.[13] Jag menar att vi t.o.m. kan argumentera för att det patenträttsliga uppvaknande är ett uttryck för en grundläggande samhällsekonomisk förändring där kunskapstransaktioner blir alltmer bundna och styrda av kommersiella intressen.

Det nyväckta intresset för patentinstitutets betydelse inom ekonomisk teori är inte enbart betingat av förändrade kommersiella förhållanden, utan skall också ses i ljuset av den institutionella teorins genombrott.[14] I kölvattnet av Coases teori om transaktionskostnader har intresset för rättens betydelse för ekonomisk utveckling blivit allt större. Patentinstitutet analyseras här utifrån dess funktion och betraktas bl.a. som "social structures that improve the appropriability of returns from innovation."[15] Betecknande är att patentinstitutet behandlas i en institutionell kontext där alliansen mellan statsmakten och det inhemska näringslivet framstår som allt väsentligare för att möjliggöra högteknologisk konkurrenskraft.[16]

Enligt min mening har det patenträttsliga uppvaknandet ännu inte påverkat den filosofiska och mer samhällsövergripande diskussionen i den utsträckning som det förtjänar i den industriella brytningstid vi i dag befinner oss.[17] Jag menar att vi åter bör ifrågasätta patentinstitutet och dess betydelse utifrån en övergripande strävan om att främja en för samhället långsiktigt gynnsam utveckling. För att kunna besvara frågan är det inte tillfyllest att analysera de patenträttsliga reglerna och tolkningarna av dessa. Inte heller är det tillräckligt att analysera patentinstitutets funktion. Ställt på sin spets är det t.o.m. så att frågan i sig inte är möjlig att

---

[11] Grindley & Teece: Managing Intellectual Capital s. 29 (1997).
[12] Hall, Richard: A Framework Linking Intangible Resources and Capabilities to Sustainable Competitive Advantage s. 607 (1993).
[13] Se bl. a. SOU 1991:82 Drivkrafter för produktivitet och välstånd s. 276.
[14] Jfr Sandgren, Claes; Om empiri och rättsvetenskap s. 1056 (1995/96).
[15] Levin, Klevorick, Nelson & Winter: Appropriating the Returns from Industrial Research and Development s.s. 816 (1987).
[16] Shapiro, Amram: Respond to the Changing Patent System s. 38 (1990).
[17] David, Paul: Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb: Patents, Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History s.s. 19–21 (1993).

besvara fullt ut eftersom vi inte kan veta hur samhället sett ut om inte patentinstitutet existerat. Vi står således inför den svårgripbara relationen mellan patentreglernas innehåll, patentinstitutets funktioner och den samhälleliga omgivningen. Såväl reglerna som betydelsen av desamma för det alltmer framträdande kunskapssamhället måste förstås utifrån den föränderlighet som råder beträffande patenträttens ändamål, dess legitimitet inom den ekonomiska sfären och dess rättfärdigande inom den juridiska professionen.[18] Liksom Lundell för snart 150 år sedan kan vi ifrågasätta om att det inte är mindre fruktbart att "sysselsätta sig med detaljbestämmelser, än med de allmänna rättsgrunder, hvarpå en ändamålsenligt patentlag bör hvila; ty under det att alla länders patentlagar hittills, med en eljets sällspord enighet, vidhållit samma hufvudbestämmelser, råder deremot ännu, i denna fråga, mycken oenighet inom theorien, ett förhållande, som nära sammanhänger med falska föreställningar om äganderätten och som derföre mer än en gång hotat att leda patentlagstiftningen in på farliga afvägar."[19]

Ett centralt inledande antagande är att patentinstitutet förändras i interaktion med den industriella omvandlingen. Det ökande intresse vi nu upplever förändrar föreställningarna om patenträtten inte bara inom den ekonomiska sfären, utan så småningom också inom den juridiska professionen. Närmast till hands att analysera är därför hur patenterbarhetskriterier, patentkravlära m.m. påverkas av den industriella omvandlingen. Sett i ett mer övergripande perspektiv bör vi dock fråga oss hur föreställningar om patent och uppfinningar som egendom omvandlas då näringslivet blir alltmer kunskapsorienterat. Kommer vi i framtiden att förhålla oss till en äganderätt till kunskap?

Sammantaget menar jag alltså att analysen av patentinstitutet måste lyftas upp på en rättsteoretisk och även samhällsteoretisk nivå för att vi skall kunna bilda oss en uppfattning om den samhällsomvandlande process med vilken patentinstitutet kontinuerligt interagerar. Betydelsen av ett sådant övergripande perspektiv blir uppenbart när vi frågar oss hur patentinstitutet, dels som föreställningar om ensamrätt till teknisk kunskap och dels som ett system för teknisk dokumentation och spridning, verkar och kan tänkas verka för kontroll och behärskelse av de samhälleliga omvandlingsprocesserna.

---

[18] Beträffande förhållandet mellan begreppen ändamål, legitimitet och rättfärdigande se nedan i avsnitt 3.1.

[19] Lundell, J: Några anmärkningar om Uppfinningspatenter s. 64 (1852).

1.2 Kontroll över kunskap och industriell omvandling

Ämnet för arbetet kan beskrivas utifrån två ansatser; det ena är snävare och relaterat till patentinstitutets innebörd och funktioner, medan det andra är vidare och fokuserar på rätten som en bland flera samhällsomvandlande kunskapsprocesser.[20] Ansatserna är inte separerbara då patentinstitutets föränderliga innebörd och funktioner inte kan beskrivas utan förståelse bl.a. för den samhällsomvandlande process där kontroll över kunskap får allt större betydelse. Inte heller kan samhällsomvandlingen i kunskapssamhället förstås utan insikt om patentinstitutet såsom det närmaste vi kan komma själva ägandet av kunskap. Det för arbetet sammanlänkande grundtemat är dynamiken mellan föreställningen om rätten till kunskap och kontrollen över kunskap.

Det säger sig självt att ett teoretiskt strävande efter att förstå patentinstitutet och dess innebörd i denna vidare kontext ställer krav på vetenskaplig öppenhet. Intressant är bl.a. den nya institutionella teorin inom nationalekonomin som lär oss att den tekniska utvecklingen i det enskilda företaget såväl som den industriella omvandlingen mer generellt är relaterad till institutioner och spelregler.[21] Betecknande för denna teoretiska utvecklingslinje är att man kommit att uppskatta den dynamik som är förknippad med inverkan av normer och normsystem.[22] Man tenderar dock att begränsa analysen till hur aktörer i nexus av kontraktuella relationer gör rationella val för att begränsa transaktionskostnader vid förfoganden av olika tillgångar.[23] Ekonomiska teoretiker som Nelson och Winter vidgar emellertid perspektivet och betraktar institutioners påverkan på näringslivets aktörer som en komplex evolutionär process där ekonomiska aktörer inte nödvändigtvis gör rationella val.[24] Framträdande i

---

[20] Se vidare om arbetets uppläggning i avsnitt 1.6.

[21] Douglass C North som intar en framträdande roll i den institutionella teorin beskriver institutioner som "formal rules, informal constraints as conventions, norms of behavior, self imposed codes of conduct, and also their enforcement characteristics." North, Douglass C: Economics and Cognitive Science s. 2 (1996). Jfr ovan i avsnitt 2.3.1

[22] Ronald Coases teorier anses vara av stor betydelse i en utveckling där det ekonomiska ämnet sammanförs med juridiska företeelser och rättsvetenskap. Den nya institutionellt orienterade vetenskap som inspirerats av Coase anses också skapa nya referensramar för rättsvetenskapen. Se Posner, Richard; Overcoming Law s. 407 (1995).

[23] Se bl.a. Williamson, Oliver: Transaction-cost Economics – The Governance of Contractual Relations (1979). Williamson, Oliver: Organizational Forms and Internal Efficiency – Markets and Hierarchies: Some Elementary Considerations (1973).

[24] Nelson, Richard & Winter, Sidney: An Evolutionary Theory of Economic Change (1982).

den institutionellt orienterade teorin är också North som bl.a. söker förklaringar till institutionernas inverkan på ekonomisk utveckling i relation till vad han betecknar "beliefsystems". Enligt North är det "the widespread existence of myths, taboos, prejudices and simply half baked ideas that serve as the basis of decision making."[25] Den ekonomiska teorin har alltså, genom bidrag som dessa, alltmer kommit att närma sig den sociologiska diskussionen om ekonomin som ett av flera subsystem som påverkas av, kommunicerar och genererar normer.[26]

Habermas förklarar för oss vikten av att betrakta rätten både som "system of knowledge" och "system of action".[27] Ett viktigt inledande ställningstagande i detta arbete är också att patent såväl som patentinstitutet och t.o.m. rätten mer generellt skall betraktas i dynamiken mellan system av föreställningar (idésystem) och system av handlingar (handlingssystem). I enlighet med en rättsrealistisk tradition menar jag att rätten som individuella föreställningar respektive handlingar inom företrädesvis den juridiska professionen är det reella, men samtidigt är det också väsentligt att vi kan förhålla oss till rätten som gemensamma handlanden och som gemensamma föreställningar. Rätten som föreställningar beskrivs lämpligen som ideologier[28], vilka i symbios med andra ideologier inverkar på individers föreställningar och beteenden.[29] Liksom Ross menar jag att det är rimligt att utgå från antagandet att gällande rätt är vad som sker i domstol.[30] Insikten härom hindrar självfallet inte att rätten också utgör en såväl idé- som handlingsbaserad realitet även inom andra strukturer. En huvuduppgift i detta arbete är därför att analysera hur aktörer inom

---

[25] North, Douglass C: Economics and Cognitive Science s. 2 (1996).

[26] Framstående företrädare för denna idétradition är bl. a Niclas Luhmann och Gunther Teubner.

[27] Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s. xxiv (1996, originalet från 1992).

[28] Termen ideologi har använts i så många olika begreppsmässiga sammanhang att det riskerar att vara så utnött att det förlorat sin mening. Termen ideologi började användas av en grupp av teoretiker som även betecknades ideologer, vilka undersökte abstrakta begrepp som en psykologisk företeelse i människans inre. Som en allmän term används ideologi ofta som begrepp för politisk utopi. I detta arbetet kommer jag använda termen i dess traditionella vetenskapliga betydelse som förhärskande föreställningar i samhället. Se Liedman, Sven-Eric & Olausson, Lennart: Ideologi och Institution s.9 (1988). Althusser, Louis: Ideologi och ideologiska statsapparater s. 131 (1976). Se även Rätt och Marxism, introduktioner och material, sammansatt av Göran Elwin och Dag Victor s. 34 (1978).

[29] Jag kommer använda termen rättsideologin i första hand som benämning på rätten som metafysisk föreställningsvärld. Se Lundstedt; Grundlinjer i skadeståndsrätten s. 552 (1944). Se även Ross, Alf: Om ret og retfærdighet s. 48 (3 uppl., 1971).

[30] Ross, Alf: Om ret og retfærdighet s. 47 (3 uppl., 1971).

olika handlingssystem kommunicerar via idésystem. Jag menar nämligen att det är i denna kommunikation som patentet som medel för kontroll över kunskap verkar och därför också måste förstås.

Konceptet *"kontroll över kunskap"* kommer i arbetet behandlas utifrån ett flertal olika infallsvinklar. Utgångspunkten för analysen är innovationsverksamhet som en process där kunskap mer eller mindre kontrolleras för att kommersiellt exploateras. Kontroll används i denna kontext som begrepp för *en position* där aktören har mer eller mindre förmåga att tillgänglig- och tillgodogöra sig den relevanta kunskapen, likväl som att utestänga och styra andra aktörer vad gäller möjligheten att utnyttja kunskapen. Vi kan även se kontrollen som begrepp för *ett beteende*, vilket närmast korresponderar mot vad som i engelskspråkig litteratur beskrivs som "management of knowledge" och "governance of knowledge". Jag kommer också att använda kontroll över kunskap som begrepp för *ett värde*. Patentet kommer följaktligen att analyseras som ett medel i strävan efter kontroll över kunskap, samtidigt som det kommer att betraktas som en viss kontrollposition. Jämför vi innebörden av kontroll som begrepp för ett värde i förhållande till kontroll som en position representerar det som värde en mer fulländad och idealiserad bild av det möjliga behärskandet. Jag kommer i arbetet argumentera för att kontroll över kunskap är ett värde som får allt större betydelse för företagen i deras strävan om konkurrenskraft. Denna förändring, som jag menar skall ses i en marknadsekonomisk kontext där kunskapsspridning blir alltmer bunden och förutsätter licenser, innebär att vi även kan tala om kontroll över kunskap som *ett samhällsfenomen*. Konceptet om kontroll över kunskap beskriver väl den process som bl.a. betecknats "privatization of knowledge".[31]

Ett centralt ställningstagande är att patentet, på motsvarande sätt som uppfinningar, innovationer etc. kan betraktas som kunskap, vilken man alltmer eftersträvar att kontrollera. Att samtidigt betrakta patent både som en tillgång och som medel att kontrollera tillgångar är i sig föga kontroversiellt. Det är inte heller särskilt uppseendeväckande att förhålla sig till patentstrategier som kommersiellt värdefull kunskap. T.o.m. de allianser/nätverk etc. man arbetat upp i förhållande till patentombud, patentverk etc. kan betraktas som värdefulla tillgångar. Sammantaget ställer det dock krav på att man intar ett flexibelt förhållningssätt till konceptet "kontroll över kunskap".

---

[31] Jfr Foray, Dominique: The economics of knowledge distribution and the patent system s. 20 (1998).

Jag kommer också att förhålla mig till offentlig/kollektiv kontroll över kunskap och kunskapsprocesser som ett särskilt fenomen. Ytterst är det här frågan om kontrollen över den samhälleliga omvandlingen i sig. Kontroll representerar härvidlag ett flertal olika värden. Vi kan exempelvis se kontroll som uttryck för förmågan att undvika och undanröja den tekniska utvecklingens destruktiva risker. Särskilt viktigt för detta arbete är kontroll såsom uttryck för förmågan att genom offentlig FoU-verksamhet, tekniskspridningsåtgärder etc. stimulera ett konkurrenskraftigt inhemskt näringsliv. Patentinstitutet kan i denna kontext betraktas både som ett medel och som kunskap/ideologier som måste kontrolleras. Jag menar att vi t.o.m. kan diskutera patenträttens föränderliga innehåll, utifrån frågan om kontroll över kunskapsprocesser eller om man så vill kontroll över idésystem.

För att fullfölja den rättsrealistiska huvuduppgiften att kritiskt granska rätten som samhällsföreteelse är det, som jag ser det, väsentligt att anlägga ett kunskapskritiskt perspektiv.[32] Rätten skall inte endast analyseras utifrån dess yttre organisation, utan också som "allehanda psykologiska sammanhang, inkluderande värderingar av skilda slag".[33] En rättsteoretisk uppgift, i enlighet med realismen såsom den kom till uttryck inom Uppsalaskolan, är följaktligen också att analysera processerna i samhället för att avslöja rättens socialpsykologiska mekanism.[34]

Detta övergripande vetenskapliga ställningstagande anknyter också till mitt mer specifika antagande om att vi för att generera såväl offentlig/kollektiv som privat kontroll över teknisk kunskap måste ha förståelse för de ideologiska kunskapsprocessernas verkningar i kommunikationen mellan olika aktörer. I denna mer avgränsade kontext blir det samtidigt mer påtagligt hur ett rättsrealistiskt vetenskapsideal medför ett närmande till det traditionella analytiska vetenskapsidealet inom samhällsvetenskapen. Ett viktigt kunskapsteoretiskt bidrag alltefter realismens utveckling är insikten om betydelsen av självreflektion; sanningsbegreppet kan

---

[32] Hägerström, Axel: Till frågan om begreppet gällande rätt s. 69 (1931).

[33] Lundstedt; Grundlinjer i skadeståndsrätten s. 554 (1944).

[34] Jfr Tolonen, Hannu: Några synpunkter på den skandinaviska realismen s. 26 (1991). Jfr även Marc-Wogau, Konrad: Studier till Axel Hägerströms filosofi s. 113 och s. 157 (1968). Jfr även Dalberg-Larsen, Jørgen: Virkelighed og værdier i retsvidenskaben s. 271 (1997).

inte frigöras från värden och intressen, inte heller egna sådana.[35] Inom Frankfurtskolan lyfte teoretiker som Horkheimer och Adorno fram hur vetenskapens strävan om "enlightenment" tenderar att resultera i ett "false whole".[36] Marcuse talade t.o.m. om en "avspärrning av föreställningsvärlden" och den endimensionella människan som inkorporerar allt inom den förhärskande föreställningsvärlden.[37] Dessa arbeten påvisar också vikten av att fånga komplexiteten i analysen av kontrollen över kunskap och kunskapsprocesser. Med en sådan utgångspunkt blir det inte längre märkligt att se grundläggande gemensamma karaktäristika i den rättsrealistiska teorin och hos en modern sociologisk teoretiker som Habermas, vilken påtalar omständigheten att samtidigt som teknikens utveckling i allt högre grad skapar kontroll över naturen har samhällsvetenskapen, under beteckning av värderingsfri analys, undandragit sig ansvar för samhällets utveckling, hänvisande till politiskt beslutsfattande.[38] Jag menar att det realistiska avståndstagandet från de av naturrätten och positivismen skapade rättsideologierna är ett väsentligt första steg i ett sådant ansvarstagande. Rättsvetenskapligt är detta ett viktigt led i medvetandegörandet av hur egna värdemässiga föreställningar påverkar synen på rätten. När vi eftersträvar att analysera rätten som realiteter i samhället ökar också förutsättningarna för att se vilka värden och intressen som påverkar beteenden inom den ekonomiska såväl som den rättsliga sfären. Först därefter är det möjligt att analysera vilka värden och intressen som rimligen bör tillgodoses.

För att en rättsteoretisk analys av patentinstitutets skall kunna vara ett led i det ansvarstagande som Habermas efterlyser krävs att analysen av individernas kontroll över kunskap sätts i relation till en analys av kollektiv/offentlig kontroll över de processer som stimulerar alternativt begränsar handlanden, där också rättsteorin är en integrerad del. När vi analyserar patentinstitutet måste vi förhålla oss till det komplicerade samspelet mellan kontroll över kunskap, kontroll över teknisk utveckling

---

[35] Ideologikritiken som idéhistorisk tradition är orienterad kring spänningsförhållandet mellan sanning och makt eller om man så vill sanning och intressen. Traditionen kan härledas från Bacons teorier genom upplysningstidens kritik in i marxismen. Se Krogh, Thomas. Fra Frankfurt til Hollywood s. 49 (1991). Se även Eriksson, Lars D. Kritisk rettsteori som ideologikritikk s.s. 208–209 (1976).

[36] Se bl.a Adorno, Theodor: Negative Dialectics s.s. 54–55 (1973, originalet från 1966). Horkheimer, Max: Materialism and Metaphysics s.s 38–39 (1995, ur ett samlingsverk från 1968). För en redogörelse av Frankfurtskolan se Held, David: Introduction to Critical Theory s.s. 172–173 (1980).

[37] Marcuse, Herbert: Den endimensionella människan s. 89 (1969, originalet från 1964).

[38] Habermas, Jürgen: Den rationella övertygelsen – en antologi om legitimitet, kris och politik s. 15 i Margareta Bertilsson och Ron Eyermans introduktion (1984).

och kontroll över industrisamhällets omvandling. Med utgångspunkt i förståelsen av rätten som föreställningar och beteenden i samhället är således frågan hur patentinstitutet såväl som patentteorin verkar i denna komplexa dynamik.

1.3 Patentteoretiska utgångspunkter

Rättshistoriskt sett är patentinstitutet en relativt ny konstruktion som under dess korta livslängd utgjort en rättsteoretisk utmaning för akademien. Ekeberg som presenterade sin akademiska avhandling år 1904, en period där de rättsteoretiska kontroverserna om immaterialrättigheterna fortfarande var påtaglig, underströk det rättsteoretiskt innovativa inslaget i diskussionen om patentinstitutet. "På grund af patentlagstiftningens alltjämt stegrade praktiska betydelse har den juridiska vetenskapen lockats att med en sällspord ifver ägna sig åt försök till institutets teoretiska klargörande. Men till det lifliga forskningsarbetet på ifrågavarande område har tvifvelsutan äfven bidragit det från teoretisk synpunkt lockande i uppgiften själf. Det gäller nämligen här en rättsskapelse, som den moderna jurisprudensen sett uppväxa under sina egna ögon."[39]

Historiskt sett har patentinstitutet varit föremål för en intensiv samhällsdebatt och inflytandet från i första hand nationalekonomiska överväganden har varit påtaglig.[40] De ursprungliga patentteorierna kan främst beskrivas såsom nationalekonomiska.[41] Patentsystemet har sitt ursprung i de merkantilistiska idéströmmarna under medeltiden och det emanerade ur vad vi idag skulle beteckna "näringspolitiska" åtgärder. När vi fortsättningsvis diskuterar förhållandet mellan rättsvetenskapligt orienterade patentteorier och ekonomiskt teoretiskt orienterade sådana, skall vi dock ha klart för oss att klassiska ekonomiska teoretiker som Smith betraktade nationalekonomin "som en gren av statsmannens och lagstiftarens vetenskap".[42] Uppdelningen mellan disciplinerna låter sig göras först under de två senaste århundradena.

Vad gäller motiven för patentinstitutet säger det sig själv att diskussionen alltid har och även kommer att präglas av ekonomisk argumentation,

---

[39] Ekeberg, Birger: Studier i patenträtt s. 15 (1904).

[40] Intressanta redogörelser återfinns bl.a. i Dutton: The patent system and inventive activity – during the industrial revolution, 1750–1852 (1985). Se även Machlup Fritz, An Economic Review of the Patent System s. 25 (1958).

[41] Godenhielm, Berndt: Patentskyddets omfattning i europeisk och nordisk rätt s. 6 (1994).

[42] Smith, Adam: Folkens välstånd, volym II s. 1 (1911, originalet från 1776).

även inom rättsvetenskapen. Diskussionen inom ekonomisk teori var dock inte och är självfallet inte heller avgränsad till motiven, utan dessa sätts i relation till patentinstitutets funktioner och innefattar även analyser av patentets rättsliga konstruktion och karaktär. Såtillvida har den patentteoretiska diskussionen inom nationalekonomin i stor utsträckning kommit att cirkulera kring samma grundläggande frågeställningar som inom rättsfilosofin/vetenskapen. Detta till trots menar jag att det utifrån dagens situation är meningsfullt att skilja mellan en ekonomiskt teoretisk och en rättsvetenskaplig diskussion inom patentteorin.

Den moderna patentteoretiska diskussionen inom nationalekonomin tog sin början i och med Nelsons och Arrows artiklar från 1960-talet.[43] Utmärkande för denna ekonomiskt orienterade patentteori, som i stor utsträckning vuxit fram inom USA, är att den företrädesvis fokuseras kring frågor relaterade patentets funktioner. Idag kan vi urskilja tre överlappande metodologiska ansatser där patentets funktioner relateras till olika värden och på så vis resulterar i delvis olika patentteoretiska antaganden.[44] Arrow och Nelsons neoklassiska analyser har följts upp av en rad vad vi kan beteckna rättsekonomiska studier som analyserar huruvida patenttid, skyddsomfång etc. är allokeringseffektivt.[45] I dessa modeller betraktas patentet som ett monopol vilket utgör ett incitament till investering samtidigt som det begränsar tekniskspridning och imitation.[46] Med utgångspunkt i dessa teoretiska ställningstagande analyseras huruvida patentet och dess olika moment resulterar i under- respektive överinvestering. Efterhand kom dock en mer empirisk tradition att växa fram där man till skillnad från den mer traditionellt neoklassiska traditionen analyserar hur företag agerar i förhållande till patentinstitutet och om detta resulterat i effektiva strukturer inom olika branscher.[47] Även här tog man

---

[43] Arrow, Kenneth: Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention: The Rate and Direction of Economic Activity. Economic and Social Factors (1962). Nelson, Richard: The Simple Economics of Basic Scientific Research (1959).

[44] Jfr Davis, Lee: Patents and Innovation – a Strategic Perspective s. 12 (1998).

[45] Betydelsefull för denna riktning är bl.a. William Nordhaus artikel The Optimal Life of a Patent (1967). Andra exempel är bl.a. Gilbert, Richard & Shapiro, Carl: Optimal Patent Length and Breadth (1990). Klemperer, Paul: How broad should the scope of patent protection be? (1990). Pakes, Ariel: Patents as Options: Some Estimates of the Value of Holding European Patent Stocks (1986).

[46] Jfr Kaufer, Erich: The Economics of the Patent System s. 31 (1989).

[47] Ett tidigt exempel är Harris, Sanders & Rossman: The Economic Impact of Patents. (1958). Se även Scherer, F M: The Economic Effects of Compulsory Patent Licensing (1977). Scherer, F M: Pricing, Profits, and Technological Progress in the Pharmaceutical Industry (1993).

utgångspunkt i patent som ett monopol, vilket kan motverka effektiv konkurrens och även resultera i över- och underinvestering. Den tredje teoretiska riktningen är förknippad med det patenträttsliga uppvaknandet i näringslivet. Patentinstitutet analyseras här som ett moment för att generera konkurrenskraft för enskilda företag, inhemska näringsliv och t.o.m. stater.[48] I dessa analyser har patentets karaktär som monopol alltmer kommit att överges. Vi kan bl.a. finna teoretiska inlägg där patent betraktas som inmutningar av kunskap.[49] Särskilt intressant är också de teorier som betraktar funktionen av patentet som en dirigerande process där framförallt FoU-området blir alltmer kommersiellt orienterat.[50]

Även beträffande den rättsvetenskapligt orienterade patentteorin kan vi utgå från föreställningen om patentet som ett av statsmakten beviljat monopol. Precis som i ekonomisk teori har den rättsteoretiska diskussionen behandlat antaganden om patentinstitutets motiv och funktion. Betecknande för diskussionen inom rättsteorin är dock fokuseringen på patentets rättsliga konstruktion och patentinstitutets systematisering. Diskussionen i Tyskland under slutet av 1800-talet var här särskilt betydelsefull för utvecklingen i Norden. Kohler utvecklade objektsteorin, "Immaterialgütertheorie", där uppfinningen såsom föremål för patentet utgjorde förmögenhetsrättslig egendom.[51] Utvecklingen tog emellertid en ny vändning i och med de realistiska idéströmmarna. Den skandinaviska realismen kom framförallt genom Ross teoretiska arbete att få ett markant inflytande på immaterialrättsteorien, vilket gav diskussionen inom de nordiska länderna unika karaktärsdrag.

Ross kritiserade teorier såväl om immaterialrättsliga objekt som om förekomsten av rättigheter.[52] Även om utgångspunkten för den realistis-

---

[48] Exempel på där man analyserar patentinstitutets strategiska betydelse för företag är följande: Ernst, Holger: The Patent Portfolio for Strategic R&D Planning (1997). Knight, Jackson: Developing a patent strategy model (1996). Stamm, Otto: Intellectual Property Rights and Competitive Strategy. A Multinational Firm (1993).

[49] Initiativtagare till diskussionen var i stor utsträckning Edmund Kitch. Se närmare om diskussionen i Beck, Roger: The Prospect Theory of the Patent System and Unproductive Competition. Research in Law and Economics s.s. 193–209 (1983). Jfr även Merges, Robert & Nelson, Richard: On the Complex Economics of Patent Scope s. 872 (1990).

[50] Se bl.a. Sherman, Brad: Governing Science – Patents and Public Sector Research in the United Kingdom (1995).

[51] Kohler utvecklar sin teori i Forschungen aus dem Patentrecht (1888).

[52] Ross började diskussionen med vissa ställningstaganden i sitt arbete Virkelighed og Gyldighed i Retslæran (1934), diskussionen tog fart efter hans artikel om Ohavsrettens grundbegreber (1945).

ka diskussionen var upphovsrätten och det upphovsrättsliga verksbegreppet så menade han att ställningstagandena var tillämpliga för hela immaterialrätten.[53] Ross hävdade att den enda egendom man kan tala om är de materiella alstren. "Dette beror på, at medens det er klart, hvad det vil sige at have fuld rådighedsret over en ting, er det derimod alt andet end klart, hvad det tilsvarende vil sig med hensyn ti et immaterielt åndsprodukt. Man kan faktisk ikke råde over et åndsprodukt som ide på samme måde som man kan råde over et grundstykke eller en bil. En nærmere analyse vil vise, at det man kort kalder at råde over en forfatters eller kunstners immaterielle værk, i virkeligheden betyder at råde over de materielle betingelser for værkets oplevelse."[54] Ross menade att det immateriella objektet inte är annat än en individuell upplevelse och kan som sådan inte betraktas som en realitet.[55]

Ross teorier, som i första hand var deskriptivt analytiska teorier av gällande rätt som beteenden inom domstolen, influerade flera skandinaviska rättsteoretiker. Koktvedgaard, såsom tillhörande de mer radikala och rättsrealistiskt orienterade immaterialrättsteoretikerna, understryker i Ross fotspår betydelsen av att analysera patentinstitutet i ett öppet funktionellt perspektiv.[56] "En tilbundsgående drøftelse af patentrettens almene *begrundelse* forudsætter derfor en almindelig debat om samfundsforholdene, fordelingen af livsgoderne og udjævning af de interessemodsætninger, der altid synes at være til stede mellem forskellige persongrupper."[57]

Strömholms bidrag om verksbegreppet kan beskrivas som kulmen på en långvarig rättsteoretisk och rättsfilosofisk diskussion om immaterialrättigheternas karaktär. De kontroverser som vi historiskt kan urskilja avseende patentinstitutets teoretiska innebörd, systematisering etc. återspeglade meningsskiljaktigheter inte bara i förhållande till det immaterialrättsliga rättsområdet, utan också till rätten såsom en immateriell företeelse och därav också till rättsvetenskapen i sig. Diskussionen utmynnade dock inte i klarhet, utan tvärtom framstår komplexiteten och osäkerheten som mer framträdande än någonsin, vilket bl.a. sammanhänger med att realismen aldrig fick något egentligt genomslag inom im-

[53] Se Ross, Alf: Om ret og retfærdighet s. 263 (3 uppl. 1971).
[54] A.a.
[55] Ross, Alf: Ophavsrettens grundbegreber s.s. 344–345 (1945).
[56] Jfr Strömholm, Stig: Upphovsrättens verksbegrepp s. 43 (1970).
[57] Koktvedgaard, Mogens. Patentloven s. 14 (1971).

materialrättsteorin. Inflytandet från andra traditioner som objektsteorin är fortfarande påtagligt.[58]

Enligt min mening är det nödvändigt att gå vidare i de rättsrealistiska fotspåren och relatera patentteorier inte endast till rättsteorier, utan också till samhällsteorier. Realismen öppnar upp för ett närmande till den ekonomiska diskussionen. Möjligen är det också så att den trend där nationalekonomiska överväganden efterhand förlorat sin normativa betydelse inom rättsdogmatiken håller på att vända. Ett starkt skäl som talar för denna utveckling är att nationalekonomin alltmer lämnar den mer statiska neoklassiska teorin till förmån för mer dynamiska teorier där normer, institutioner och teknik tillmäts stor betydelse.

Med ett mer funktionellt angreppsätt avseende patentets konstruktion och karaktär kommer vi att ställas inför dynamiken mellan en rättighetsbaserad modell och ett mer offentligt präglat förhållningssätt till patentinstitutet som styrmedel.[59] I enlighet med Ross kan vi påvisa att en rättighetsbaserad modell är "Udtryk for Interesser".[60] En medvetenhet i detta avseende innebär ett närmande till ett styrmedelsorienterat synsätt. Anammandet av ett styrmedelsorienterat perspektiv innebär vidare att patentinstitutet, innefattande både patenträttigheten och det patenträttsliga förprövningssystemet, kommer att betraktas som moment i det mer funktionellt avgränsade rättsområdet konkurrensrätt. Med utgångspunkt i värdet om kontroll över kunskap kan vi inte heller separera patentinstitutet från upphovsrättsinstitutet, skyddet för företagshemligheter m.m.

1.4 Rättsrealism och ideologikritik – en teoretisk och metodologisk ansats

Min grundläggande inställning är att vi inom rättsvetenskapen måste analysera och beskriva rätten såsom reella beteenden och föreställningar inom den juridiska professionen och inom andra samhällsrelationer. Med utgångspunkt i denna rättsrealistiska grundinställning menar jag att vi måste förhålla oss till patentinstitutet som individuella och kollektiva föreställningar som kommuniceras mellan olika aktörer, vilket resulterar i olika beteenden. Ett viktigt ställningstagande i realistisk anda är således

---

[58] Realismens inflytande kommer att behandlas ingående i kapitel tre och fem.

[59] Enligt Simmonds är förhållandet mellan dessa två synsätt en nyckelfråga för dagens rättsvetenskap. Simmonds, Nigel E: Juridiska Principfrågor – Rättvisa, gällande rätt och rättigheter s. 7 (1994).

[60] Ross, Alf: Ophavsrettens grundbegreber s. 331 (1945).

att rättsvetenskapens huvuduppgift är en annan än hos andra aktörer inom den juridiska professionen. Rättsvetenskapens uppgift är att kritiskt granska hur aktörer inom den juridiska professionen påverkas av olika värden och intressen när de rättsbildar och rättstillämpar, men också att granska hur föreställningar om rätten påverkar det strategiska beteendet och den strukturella omvandlingen inom näringslivet.[61] Jag menar följaktligen att rättsvetenskapens uppgift i stor utsträckning består av att konstatera och även spekulera kring funktionen av olika föreställningar. Metodologiskt innebär detta att vi i större utsträckning måste tillägna oss synsätt från andra vetenskapliga discipliner.

1.4.1 Rättsteoretisk utveckling mot pragmatisk öppenhet till ekonomisk teori och andra ideologier

1.4.1.1 Rättsrealistiskt ifrågasättande av rättsideologin[62]

En grundläggande utgångspunkt för rättsrealismen, såväl den amerikanska som den skandinaviska, är ställningstagandet att rätten förlorat kontakten med verkligheten.[63] Den uttryckliga ambitionen inom Uppsalaskolan var att rättsvetenskapen, såväl som andra aktörer inom den juridiska professionen, skulle ta ett större ansvar för rättens sampel med samhällsutvecklingen.[64] Rättsvetenskapligt innebar detta en strävan om att göra rättsvetenskapen mer vetenskaplig, dvs. att de rättsvetenskapliga analyserna skulle studera rätten som en social realitet. Uppsalakolans mest centrale förgrundsgestalt Hägerström klargör sitt radikala förhållningssätt när han förklarar att rättsvetenskapens kunskapselement är "kunskapen om faktiska sociala handlingsregler."[65] Betecknande för realismen som rättsfilosofi såväl som rättsdogmatik är härigenom att den är kritisk till sin karaktär.[66]

---

[61] Jfr Eriksson, Lars D: Kritisk rettsteori som ideologikritikk s. 205 (1976). Jfr även Töllborg, Dennis: Att ersätta en ideologi med en annan s.s 51–52 (1982).

[62] Termen rättsideologi används inom den skandinaviska realismen som ett begrepp för föreställningen om gällande rätt som en existerande idévärld.

[63] Se Pihlajamäki, Heikki: Den rättsliga formalismen och kritiken av den s. 60 (1997).

[64] Jfr Dalberg-Larsen, Jørgen: Virkelighed og værdier i retsvidenskaben s. 271 (1997).

[65] Hägerström, Axel: Till frågan om begreppet gällande rätt s. 84 (1931).

[66] Hägerström, Lundstedt och Olivecrona karaktäriserades länge som företrädare för en modern och kritisk rättsfilosofi. Se exempelvis Hellner, Jan: Några anteckningar om juridik och filosofi s. 1 (1956).

Lundstedt och Olivecrona tog stort intryck av Hägerström och delade hans uppfattning om betydelsen av att ta avstånd "från all slags rättsideologi".[67] Lundstedt beskriver 1928 Hägerströms arbete: "Ett sådant verk som det ifrågavarande – där den superstitiösa grunden för den all hittillsvarande rättsvetenskap och de flesta av våra sociala institutioner influerande romarrätten dragits fram i ljuset; där vanföreställningar avslöjats angående detta rättssystems hela byggnad, vanföreställningar vilka slagit rötter redan före vår tidräkning och i rättsvetenskapen under de senare fem seklen oavbrutet frodats för att slutligen stadfästas genom fredade auktoriteters insegel; där metoden varit att icke framlägga en enda kritisk tanke utan belägg för densamma i källor av olika slag; där det av denna anledning tarvats en fullkomligt suverän behärskning av det kanske vidsträcktaste källmaterial, som någonsin använts i ett romerskrättsligt arbete; och där till sist geniet slagit in på nya vägar, ledande till förut oupptäckta schakt på djupen av människors själsliv, vägar som blott kunnat röjas förmedelst en andlig kraft och energi av samma mått, att man skulle vägra tro på deras existens, om icke verket bure ett ovedersägligt vittnesbörd därom – ett sådant verk kan icke i hela sin vidd uppfattas annorlunda än genom årslånga intensivt bedrivna studier."[68] Lundstedt och även Olivecrona kom att med utgångspunkt i detta uppvaknande att förorda en kritisk uppgörelse med det, som man menade, psykologiska tryck som rättskälleideologier och rättsideologier skapar inom den juridiska professionen.[69]

Viktigt för det rättsrealistiska förhållningssättet är separationen mellan rättsvetenskapens och domarkårens förhållningssätt till rätten. Rättsvetenskapen skall analysera rätten såsom beteenden och hur dessa påverkas eller kommer att påverkas av olika föreställningar.[70] Domarkåren däremot har en normativ uppgift som måste medvetandegöras så att de i större utsträckning tar ansvar för de beslut som de nu en gång fattar.[71] Hägerström förklarar att "(d)omaren är själv rättskapande, men icke

---

[67] Lundstedt, Vilhelm; Grundlinjer i skadeståndsrätten, senare delen s. 549 (1944).

[68] Lundstedt, Vilhelm: Grundläggning av en ny rättsvetenskap – reflektioner i anledning av Hägerströms senaste verk s.s. 478–479 (1928).

[69] Olivecrona, Karl: Till frågan om rättsvetenskapens problemställning s. 335 (1927). Lundstedt, Vilhelm: Obligationsbegreppet, senare delen, första häftet s.62 (1930). Lundstedt, Vilhelm: Grundlinjer i skadeståndsrätten, senare delen s. 562 (1944).

[70] Jfr Dalberg-Larsen som beskriver den skandinaviska realismens primära strävande att analyser rättten som ett faktiskt förekommande empiriskt fenomen. Dalberg-Larsen, Jørgen: Four phases in the development of modern legal science s.91 (1979).

[71] Jfr Pihlajamäki, Heikki: Den rättsliga formalismen och kritiken av den s.s. 62–63 (1997).

rättsvetenskapen. Denne är blott kognitiv i avseende å redan gällande rätt."[72]

Uppsalaskolans främsta bidrag är dess insikt om rätten som ideologi, ifrågasättandet av tron på en normativ objektiv rätt och den därav följande fokuseringen på strukturella rättsmekanismer.[73] Rätten och dess giltighet relaterade man till en mängd faktorer såsom "rättsmedvetande, klassintressen, den allmänna benägenheten att foga sig efter förhållandena, fruktan för anarki, brist på organisation hos den missnöjda delen av befolkningen ock icke minst den nedärvda vanan att taga hänsyn till vad man kallar gällande rätt etc."[74] Realismen som rättsvetenskap blev härigenom såväl deskriptivt analytisk som ideologikritisk. "Till en genomgående blott kunskapskritisk rättsvetenskap skulle nämligen höra icke blott att konstatera rättsideologins och rättvisemetodens ohållbarhet utan jämväl att utreda, hurusom samhälleliga värderingar faktiskt utgöra drivfjädrar för rättsverksamheten och hurusom detta ofta blott indirekt framträder på grund av den rättsideologiska överbyggnaden på händelseförloppet. Vidare skulle höra hit en analys av, om jag så får säga, det sociala värderingskomplexet."[75] Jag menar att vi kan argumentera för att den kritiska ansatsen utgör fundamentet i den skandinaviska realismen, vilket återspeglas kanske framförallt hos Hägerström och Lundstedt, men även hos Ross.

Redan den unge Ross intar ett realistiskt förhållningssätt till rätten, men är samtidigt kritisk mot den "psykologisk-sociologisk, realistisk Retslære" vad gäller möjligheten att analysera rättens giltighet.[76] Ross realistiska grundställning tydliggörs när han förklarar att "den retlige Gyldighed ikke er fri, men uadskillelig forbundet med og indvævet i en empirisk-real Tvangsorden (den reale Vekselvirning), saa kan denne Tvehed i Rettens Væsen ikke tolkes paa anden Maade end saaledes, at Gyldigheden er givet i Virkeligheden selv, hvilket under Hensyn til Virkelighedens og Gyldighedens kategoriske Forskellighed igen maa betyde, at Retten er en Aabenbaring af en metafysisk Ide (Kraft) i den fysiske Virkeligheds Verden."[77] Ross eftersträvar i sin realistiska gärning att i

---

[72] Hägerström, Axel: Till frågan om begreppet gällande rätt s. 70 (1931).

[73] Jfr Tolonen, Hannu: Några synpunkter på den skandinaviska realismen s.s. 26–27 (1991).

[74] Hägerström, Axel: Är gällande rätt uttryck av vilja? s. 80 Jfr även Lundstedt, Vilhelm; Obligationsbegreppet, senare delen, första häftet s.s. 91–92 (1930).

[75] Lundstedt; Grundlinjer i skadeståndsrätten, senare delen s. 555 (1944).

[76] Ross, Alf: Virkelighed og gyldighed i retslæren s. 73 (1934).

[77] A.a. s. 101.

större utsträckning söka regelbundenheter i beteenden och föreställningar inom domarkåren, för att på så vis härleda rättens giltighet till denna.[78] Rättsvetenskapligt innebär detta enligt Ross att vi med utgångspunkt i denna ideologi "som tydningsskeme sætter oss i stand til at forstå dommerens (verbale) adfærd, hans retsafgørelse, som forbundet i menings- og motivationssammenhæng med andre sociale handlinger der efter den normative ideologis inhold betinger dommerens reaktion (lovgivningsakter, andre offentlige og private retsakter, faktiske handlinger)."[79] Rättsvetenskapens konstruktiva uppgift enligt Ross är, i enlighet med Hägerström med flera, att analysera rätten som psykologiska fenomen och beteenden i verkligheten. Detta skall dock ske med hjälp av rättskällor som kunskapsunderlag. Det föreligger således en grundläggande åsiktsgemenskap inom den skandinaviska realismen som innebär att "den primära kunskapsgrunden för rätten är den faktiska kollektiva handlingstotaliteten", vilket också tydliggörs av Hägerström när han diskuterar Ross arbete.[80]. "Naturligtvis kan nu det i ett samhälle i det hela faktiskt upprätthållna regelsystemet betecknas som detta samhällets rätt och kunskapen om vad som faktiskt sker och vad som med sannolikhet kan antagas komma att ske på grund av regelsystemets faktiska kraft att bestämma handlandet betecknas som rättsvetenskap."[81]

1.4.1.2 Normativ motreaktion till försvar av rättsideologin

Det rättsrealistiska ställningstagandet att rätten består av faktiska beteenden och föreställningar inom samhället innebar en fundamental förändring i synen på rättsvetenskapens uppgifter. Förenklat kan man hävda att ett förverkligat realistiskt ideal resulterar i att rättsvetenskapen intar en extern position i förhållande till den traditionella uppgiften att uttolka gällande rätt.[82] Rättsvetenskaplig metod var nödvändigtvis inte längre en juridisk metod som rättsvetenskapen delade med domarkåren.

Möjligen kan vi idag konkludera att reaktionen mot realismen i större utsträckning bestått i undanglidande och missförstånd än i uttalade avståndstaganden. Enligt min mening är en viktig förklaring härtill att realismen i sig innebär ett så djupgående och fundamentalt ifrågasättande av

---

[78] Jfr Tolonen, Hannu: Några synpunkter på den skandinaviska realismen s.s. 26–27 (1991).

[79] A.a.

[80] Hägerström, Axel: Till frågan om begreppet gällande rätt s. 69 (1931).

[81] A.a. s.s. 83–84.

[82] Dalberg-Larsen, Jørgen: Virkelighed og værdier i retsvidenskaben s. 272 (1997).

rättsvetenskapen och dess traditionella förhållningssätt att man svårligen kan realisera dessa strävanden även när man så önskar. Jag menar därför att vi bäst förstår reaktionen mot realismen när vi granskar diskussionen mellan de rättsrealistiskt influerade teoretikerna. I denna diskussion kan vi urskilja ett grundläggande dilemma som Tolonen beskriver "Hägerströms grundanatomi". Kortfattat består dilemmat i hur rätten som fenomen skall bestå om man inom rättsvetenskapen förklarar att det är en psykologisk fiktion som baseras på individuella föreställningar.[83] Om man förespråkar betydelsen av rätten såsom samhällsföreteelse föreligger således en hotbild av att en vetenskap som uteslutande kritiserar rätten som subjektiva föreställningar och vanföreställningar kommer att resultera i att de rättsliga begreppen och sedermera också själva rätten kommer förlora sin betydelse. Hedenius, som i och för sig även han tagit stort intryck av Hägerströms arbeten, närmade sig detta problem under beteckningen "det hägerström-lundstedtska misstaget". Han menade att risken var att själva idén om den gällande och bindande rätten skulle upplösas i intet.[84]

Hägerström och Lundstedt förefaller båda vara väl medvetna om detta långsiktiga spänningsförhållande.[85] Lundstedt understryker i sina arbeten att rättsverksamheten är oumbärlig för samhällets bestånd, men hävdar att så länge den juridiska professionen förhåller sig till rättsideologin som en objektiv idévärld där det finns en materiell och formell rätt kommer rättsverksamheten inte verka konstruktivt.[86] "Om man gjorde det tankeexperimentet att fråga sig, hur det skulle ha sett ut i samhällena, om de rättsideologiska föreställningarna inom vetenskapen, låt oss säga för ett halvt sekel sedan, hade fått allmänneligen och konsekvent vika för realitetsbetonade synpunkter, så kunde naturligtvis icke något bestämt svar givas på frågan. Men det ligger i sakens natur, att spänningarna mellan åtskilliga intressemotsättningar inom ett land icke skulle ha kunnat bliva så starka som de varit. Framför allt skulle klasskampen ha förts i mindre hårda och utmanande former. Samhällsmekanismens funktionering skulle ovillkorligen ha skett mera friktionsfritt, än som varit fallet."[87] En huvuduppgift för Lundstedt var att ifrågasätta rättighetsbegrepp, rättsgrundsatser

---

[83] Jfr Tolonen, Hannu: Några synpunkter på den skandinaviska realismen s. 21 (1991).
[84] Hedenius, Ingmar: Om rätt och moral s.s 59–62, 66 och 67 (1941).
[85] Lundstedt; Grundlinjer i skadeståndsrätten, senare delen s. 550 (1944).
[86] Lundstedt, Vilhelm: Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s. 32 (1942). Se även Olivecrona, Karl: Grundtankar hos Hägerström s. 39 (1972).
[87] Lundstedt, Vilhelm: Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s. 84 (1942).

etc. i syfte att dessa skall ersättas med avvägningar mellan olika intressen och värden. Jag menar också att vi kan argumentera för att insikten om den ideologiska verkan av det egna kritiska förhållningssättet är grunden till Lundstedts konstruktiva strävanden avseende "samhällsnyttan". Lundstedt själv beskriver analysen av samhällsnyttan som en konstruktiv och samhällsinriktad verksamhet som rättsvetenskapsmannen kan ägna sig åt utöver den rent kunskapskritiska och teoretiska uppgiften.[88] Ambitionen hos Lundstedt är följaktligen att rättsvetenskapen, efter att ha frigjort sig från rättsideologin såsom en objektivt bestämbar idévärld, utifrån analyser av realiteter skall påvisa hur lagstiftaren och domaren skall agera för att befrämja de mål som medborgarna anser att de skall förverkliga.[89] "Den konstruktiva juridiken måste i sin systematisering av lagarna och därmed sammanhängande behandling av rättsinstitutet väl beakta rättsideologiens både historiskt givna och aktuella betydelse men städse ha uppmärksamheten inriktad därpå, att för en åskådning, som själv är frigjord från rättsideologien, finns intet annat att grunda resonemangen på än de sociala realiteterna, dvs. människorna sådana som de äro fysiskt och psykiskt beskaffade, de fakta som betinga deras inbördes förhållanden, dessa förhållanden själva samt människornas faktiska strävanden."[90]

Ross som förvisso tagit stort intryck av inte bara Hägerströms utan även av Lundstedts arbeten, går tidigt i polemik med Lundstedt vad gäller hans förslag om konstruktiv rättsvetenskap.[91] Denna polemik mellan Ross och Lundstedt är, särskilt sett i ljuset av Ross egen prognosteori, klargörande vad gäller svårigheterna att samtidigt upprätthålla den kritiska huvuduppgiften och att bevara rätten som ett så funktionellt system som möjligt.[92] Ross kritiserar Lundstedt för att han med strävanden om

---

[88] Lundstedt; Grundlinjer i skadeståndsrätten, senare delen s. 551 (1944).

[89] A.a. s. 562.

[90] A.a. s. 552.

[91] Ross, Alf; Realismen i retsvidenskaben og samfundnyttekimæren SvJT 1932 s. 348. Lundstedt, Vilhelm: Är det metafysik att beakta samhällets intressen i rättsvetenskapen – svar till doktor Alf Ross SvJT 1932 s. 537. Se även Ross, Alf: Samfundsnytteprincippet – gensvar til professor Lundstedt SvJT 1933 s. 115 . Lundstedt, Vilhelm: Beaktandet av samhällsnyttan inom juridiken. Ett genmäle, SvJT 1933 s. 121.

[92] Jacob Sundberg som den i Sverige kanske mest uttalade motståndaren till realismen har i sin bok fr. Eddan t. Ekelöf lagt stor vikt vid att analysera Lundstedts roll som socialist och hägerströmian. Han argumenterar härvidlag för samhällsnytteprincipens oförenlighet med dessa båda roller s.s. 212–215. Han konstaterar senare i arbetet "Det var något sjukt med läran om samhällsnyttan...Den dag Lundstedts bok om samhällsnyttan kommit ut, hade han varit slut som socialistisk riksdagsman." s.s. 265–266 (1990).

samhällsnytta går emot sina egna teser och skapar en ny ideologi."Samfundsnytten omtales av Forf. som »den afgørende Faktor ved Bestemmelsen af Rettens Inhold› eller som det »Motiv der virkelig bestemmer Lovgiveren».”[93] Innebörden härav är enligt Ross att Lundstedts samhällsnytteprincip är ett "metafysisk Postulat der tjener som Grundlag for en praktisk Dogmatik", varför den kan avfärdas som en chimär enligt Lundstedts egen terminologi.[94] Även om Lundstedts försvar är att analysen skall fokuseras på de "realiserbara intressen, som kunna konstateras ligga bakom stiftandet och uppehållandet av en lag", hade han svårt att frigöra sig från Ross kritik av att samhällsnytteanalysen också baserades på egna normativa värderingar.[95] Det realistiska problemet härvidlag tydliggörs av Lundstedts eget uttalande om den traditionella rättsvetenskapens förhållningssätt till rättsideologin: "Emellertid kan man naturligtvis icke lämpligen som ovetenskapligt karakterisera i och för sig detta att fälla värdeomdömen. All vetenskaplig verksamhet förutsätter i själva verket i högre eller lägre grad värderingar från utövarens sida. ... Vad som däremot måste betraktas såsom ovetenskapligt, av det enkla skälet att det är direkt osant, falskt – det är att behandla värdeomdömena såsom omdömen i egentlig mening. Det är av denna anledning, som rättsideologien måste avvisas som ovetenskaplig"[96]

Ross prognosteori kan, som jag ser det, betraktas som en reaktion mot Lundstedts idéer. När Ross förklarar att rättens giltighet kommer till uttryck i domarnas beteenden och att den rättsvetenskapliga metoden att prognostisera dessa i stor utsträckning kan fullföljas genom rättskällestudier, har han drastiskt begränsat riskerna för realismens destruktiva funktioner. "Vort hypotetiske udgangspunkt er, at et normsystems gælden betyder dets evne til at fungere som tydningsskeme for et korresponderende sæt af sociale handlinger, de normative ideers reale substrat, således at det bliver muligt for os at forstå dette sæt af handlinger som en menings- og motivationssammenhæng og indenfor visse grænser forudsige dem."[97] Ross vetenskapliga bidrag innebär att rättsvetenskapens uppgift att kritisera och analysera rätten som samhällsprocesser blir mer tydlig. Samtidigt ökar visserligen risken för att rättsvetare blir normativt

---

[93] Ross, Alf; Realismen i retsvidenskaben og samfundnyttekimæren SvJT 1932 s. 337.
[94] A.a. s. 342, s. 348.
[95] Lundstedt, Vilhelm: Är det metafysik att beakta samhällets intressen i rättsvetenskapen – svar till doktor Alf Ross (1932).
[96] Lundstedt; Grundlinjer i skadeståndsrätten, senare delen s. 553 (1944).
[97] Ross, Alf: Om ret og retfærdighet 3 upplagan s. 47 (3 uppl. 1971).

vårdande av rättsideologin när de i sina prognoser analyserar rättskällorna som tolkningsscheman avseende gällande rätt.

Ross och Lundstedt påvisar genom sina diskussioner rättsvetenskapens problem när strävan att vårda rätten baseras på ett kritiskt förhållningssätt. Hos dem båda finns en medvetenhet om att ett rent beskrivande angreppssätt inte är möjligt och att man i varje analys måste rannsaka sitt eget förhållningssätt. Lundstedt lyfter dessutom fram betydelsen av de egna värderingarna i analysen. "Ehuru det sålunda icke finns några vad man kallar objektiva värden, är det ju uppenbart, att våra handlingar, både individernas och lagstiftarens, ständigt äro beroende av våra värderingar såväl av moralisk som av annan natur. Det förefaller därför särdeles olämpligt att, såsom hr Hedenius och mången annan göra, beteckna denna värdelära, som jag här sökt åskådliggöra, med uttrycket »värdenihilism».”[98]

Den omständigheten att rättsteoretiker som Peczenik och Strömholm har tagit avstånd från realismen har haft en bidragande verkan till det begränsade genombrottet för realismen.[99] Peczenik går så långt att han i sin lärobok beskriver Uppsalaskolans inflytande som en fara för "rättsvetenskapens självmord". Han menar samtidigt att "(s)ituationen kommer att förbättras då den rationella argumentationens anseende åter ökar."[100] I dag har klimatet enligt Peczenik förbättrats och utrymmet för det normativa ökar åter.[101] Han kritiserar också Hägerström och den realistiska rättsvetenskapen för att med trovärdighet kunna upprätthålla ett anspråk på värderingsfri analys.[102] I förhållande till Ross prognosteori förklarar Peczenik att den är värdelös för domarkåren och skapar en klyfta mellan rättsvetenskap och rättspraxis. Dessutom menar han att de precisionskrav som uppställs för att kunna realisera Ross teori fortfarande kräver radikala reformer av rättsvetenskapen.[103]

Strömholm, som i flera avseenden är mer nyanserad i sin kritik, är kanske den som mest utförligt förklarat betydelsen av rättsideologins återupprättande och av den juridiska professionens traditionella uppgif-

---

[98] Lundstedt, Vilhelm: Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s. 24 (1942).

[99] Möjligen skulle man kunna argumentera för att såväl Strömholm som Peczenik framförallt genom att undvika presentationer av den skandinaviska realismen i sina läroböcker i allmän rättslära har bidragit till en påtaglig okunskap om realismen inom den juridiska professionen.

[100] Peczenik, Alexander: Rätten och förnuftet s. 268 (2.uppl, 1988).

[101] Peczenik; Rättsvetenskapen – normativ eller deskriptiv? s. 803 (1997).

[102] A.a.

[103] A.a. s. 800.

ter.[104] Hans kritiska förhållningssätt till realismen förtydligas när han frågar sig om juridiken har en framtid.[105] När han analyserar möjligheten för den juridiska metoden som beslutsmodell i det framtida samhället, lyfter han fram ett antal moment som enligt min mening är illustrativa som motreaktion mot realismen. Ett viktigt moment för Strömholm är den s.k. isoleringseffekten vilken består i att man i den rättsliga argumentationen inte behöver fråga sig om ursprunget av de olika föreställningar man tillämpar och inte heller behöver man ta ställning till konsekvenserna av den egna argumentationen. "Filosofen och sociologen kan driva sin undersökning av konflikternas orsak och verkan så långt dessa överhuvudtaget är tillgängliga för analys. Juridiken däremot, som tillämpad beslutskonst, klipper medvetet av kedjan i båda riktningarna, koncentrerar sig på vissa fakta som väljs ut såsom avgörande... Det eller det motivet till en handling, som kanske i och för sig är avgörande och som t.ex. i en psykologisk analys skulle tillskrivas ett dominerande intresse, skjuts kanske åt sidan av juristen, därför att det är alltför avlägset och därmed frånkännes juridisk betydelse."[106] För mig framstår denna isoleringseffekt som kanske den mest centrala faktorn för den realistiska reaktionen i sig. En strävan om ökad värdemässig självinsikt och samhälleligt ansvarstagande för rättsvetaren såväl som för domaren innebär att större vikt fästs vid ideologikritiska inslag och konsekvensorienterade angreppssätt. För Strömholm förefaller det tvärtom vara ett normativt mål att man i den juridiska metoden inte skall behöva ta ställning till konsekvenser av den juridiska argumentationen, i vart fall inte i det enskilda fallet.[107]

Ett annat centralt moment för Strömholm är betydelsen av att den juridiska professionen besitter ett stort mått av auktoritet. Beträffande domarkåren konstaterar han att systemet i sig är otänkbart om inte domare åtnjuter en hög grad av auktoritet.[108] Ett väsentligt negativt resultat av realismen är enligt honom också att den "helt allmänt verkat negativt på rättsvetenskapens och mer generellt juridikens auktoritetsanspråk", vil-

---

[104] Folke Schmidt förklarar att Strömholm "som har en konservativ samhällssyn, närmar sig problemen från andra utgångspunkter. För honom är det historiska – särskilt det kontinentala – rättsarvet något som bör vårdas och utvecklas. Han betonar starkt värdet av att använda en särskild juridisk teknik." Schmidt Folke; Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen s. 580 (1972).

[105] Strömholm, Stig: Har juridiken en framtid? SvJT 1975 s. Se även Strömholm, Stig: En märklig metodlära SvJT 1969 s. 652.

[106] Strömholm, Stig: Har juridiken en framtid? SvJT 1975 s. 596 (1975).

[107] A.a. s. 602.

[108] A.a. s. 599.

ket i sin tur inneburit att det blivit lättare att framföra "demagogiska och rent maktbaserade argument".[109] Särskilt intressant är förhållningssättet till rättsvetenskapens auktoritet. Själva auktoritetsanspråket i sig är enligt min mening ett uttryck för ambitionen att rättsvetenskapens ställning som uttolkare av rättsideologin bör stärkas. Strömholm menar visserligen att "realismen förefaller att i förhållande till tidigare mer auktoritetsbundna uppfattningar ha skärpt argumentationens rationalitet, låt vara att det handlat om en utomjuridisk, utilitaristisk och ekonomisk eller social rationalitet."[110]

När vi lyfter fram Strömholms historiska konklusion – att avskiljandet av den juridiska argumentationen från den politiska och ekonomiska diskussionen utgör ett "självklart och väsentligt framsteg i den västliga kulturvärlden" – inser vi i enlighet med Pihljamäki att rättsideologin och den rättsliga formalismen som juridikens och rättsvetenskapens grundmodell besitter en djupare funktion att skydda "den rättsliga kärnan av det moderna samhället" och att den realistiska kritiken på sin höjd lyckats modifiera denna .[111]

1.4.1.3 Från realism till pragmatism

Rättsrealismen och det grundläggande postulatet om att rätten skall förstås utifrån handlingstotaliteten och de psykologiska föreställningar som generar dessa beteenden öppnade vägen för rättsvetenskapen att integreras med forskning inom den övriga samhällsvetenskapen.[112] Även om Ross prognosteori möjliggjorde för rättsrealisterna att fortfarande förhålla sig till rättskällorna, visade den ändå vägen till ett förhållningsätt där kunskap om samhällsbeteenden och om olika ideologier, värden etc. är centrala moment i analysen av vad som utgör gällande rätt. När vi idag kan konstatera att realisterna misslyckats i sin strävan att avskaffa rättsideologin och rättsvetenskapen fortfarande betraktar det som sin huvuduppgift att genom analys, systematisering och utfyllnad vårda densamma, är det ändock så att många i sin analys söker kunskap inom andra discipliner. Enligt min mening kan vi argumentera för att det uppstått en pragmatisk riktning som normativt anser det väsentligt att vårda rättsideologin och dess enhet, men samtidigt intar ett öppet förhållningssätt till

---

[109] Strömholm, Stig: Är rättspraxis annat och mera än en riktig eller oriktig tillämpning av den juridiska doktrinen s. 6 (1991).
[110] A.a. s. 6.
[111] Pihlajamäki, Heikki: Den rättsliga formalismen och kritiken av den s.s 60–61 (1997).
[112] Jfr Slagstad, Rune: Norwegian Legal Realism since 1945 s. 232.

olika föreställningar som kognitivt påverkar rättslig argumentation.[113] Viktiga teoretiska bidrag som lade grunden till en utveckling i denna riktning är Ekelöf som exempelvis konstaterar att "man inte kan utpeka en enda lösning på invecklade rättsliga problem som den säkert riktiga. För den som är utilitarist och värderelativist är det så det måste ligga till."[114] Schmidt förklarar att det går en skiljelinje mellan bundna argument som har förankring i rättskälleläran och andra mer öppna argument.[115] Särkilt betydelsefulla för den pragmatiska utvecklingen i Norden är de sociologiskt orienterade bidragen av Aubert och Eckhoff, som förvisso precis som Ekelöf har karakteriserats som realister.[116] Den medvetne pragmatikern Eckhoff konstaterar att "(v)i bør forsøke å øke vår egen innsikt i hvilke vurderinger vi faktisk bygger på, og vår villighet til å gjøre åpent rede for dem. Bestrebelser i disse retninger kan kanskje være et første skritt på veien mot en forbedring av vurderingsmåtene."[117]

Dagens rättsekonomiska teorier, som i vart fall delvis har sina rötter i den amerikanska realismen, kan karaktäriseras som rättspragmatiska.[118] Posner, en av de mest inflytelserika rättsekonomiska teoretikerna, menar att "(p)ragmatism remains an antidote to formalism."[119] Han poängterar samtidigt vikten av enhetstanken inom rättsvetenskapen, "because the autonomy of law and legal reasoning is fundamental to the legal profession's self interest".[120] Samuelson, som också han tillhör dem som understryker rättsekonomins betydelse, menar att den svenska rättsvetenskapens självbild är problematisk och splittrad. "Vad jag och troligen många med mig efterlyser är bland annat en *kompletterande och icke exkluderande* metodinriktning som medger rättsvetenskapsmannen att förutsäga effek-

---

[113] Jfr Dalberg-Larsen, Jørgen: Virkelighed og værdier i retsvidenskaben s. 274 (1997). Jfr även Stray Ryssdal, A C; Legal Realism and Economics as Behaviour – a Scandinavian Look at Economic Analysis of Law s. 49 (1995).

[114] Ekelöf, Per Olof; Om rätt och moral, s. 69 (1990).

[115] Schmidt Folke; Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen s. 570 (1972).

[116] Både Aubert och Eckhoff var mer realistiskt orienterade i början av sina forskargärningar men kom efterhand att distansera sig från den antinormativa realismen. Slagstad, Rune påvisar den pragmatiska utvecklingen i Norge. Slagstad, Rune: Norwegian Legal Realism Since 1945 s. 119, s.s. 230–231.

[117] Eckhoff; Rettslige vurderinger s. 88 (1970).

[118] Posner menar att det föreligger en generell pragmatisk utvecklingslinje inom amerikansk rättvetenskap som även inkluderar teoretiker som Ronald Dworkin och Roberto Unger. Vad gäller den rättsekonomiska idétraditionen, som enligt Posner är pragmatisk, konstaterar han att den inte direkt kan härledas ur den amerikanska realismen. Posner, Richard; Overcoming Law s.s. 3–4, s. 389 (1995).

[119] A.a. s. 399.

[120] A.a. s. 18.

terna av förändringar i lagstiftning och rättstillämpning i relation till vissa specifika sociala eller ekonomiska mål."[121] Han jämför även rättsekonomins kunskapssökande med critical legal studies movement och feministiskt präglad rättsvetenskap.

För pragmatikern finns en benägenhet att se fastställandet av gällande rätt som en process där man förhåller sig till en rättskälleanalys, men samtidigt framhåller att denna måste kombineras med andra analyser. Hellner ser en framtida civilrättsvetenskap "som frigör sig från strävan att framställa gällande rätt, som är mera problemorienterad och mindre materialorienterad, som inte är bunden av en föreställd olikhet mellan vad som är rättskällor och vad som är annat material, och som betraktar de dynamiska aspekterna som väl så viktiga som de statiska."[122] Roos förklarar i sin programförklaring om betydelsen av rättsekonomin att "(de)t är bara exempel som visar att juridiken rör sig över ett brett socialt spektrum där kunskaper om gällande rätt visserligen är centrala men måste kompletteras med annan information för att resultatet skall bli gott."[123] Ett annat exempel är Sandgren som menar att rättsvetenskapen alltmer fokuseras kring frågan om den metodologiska öppenheten mot andra discipliner i gränssnittet mellan gällande rätt och verkligheten.[124]

I enlighet med vad som sagts ovan menar jag att vi kan skilja mellan medvetna och mer intuitiva pragmatiker. Betecknande för den medvetne pragmatikern är insikten om att rättsideologin inte är annat än föreställningar som återspeglar olika värden och intressen, men att det i vart fall i vissa avseenden är normativt väsentligt att argumentera såsom rättsideologin vore någon form av ordnat system. Eriksson som är en av de framträdande teoretikerna inom den företrädesvis finska skolbildning som ägnar sig åt alternativ rättsdogmatik förklarar: "Juridiken är inte bara juridik, dvs. en doktrin som bara ägnar sig åt tolkning och systematisering. Den är även ideologikritik, dvs. en vetenskap som sysslar med att blottlägga det sätt på vilket rättens objektivism, formalism, universalism döljer faktisk maktanvändning. Som ideologikritik sysslar rättsvetenskapen med att uppdaga de faktiska intresse- och värdemotsättningar som inte syns i själva rättsordningen, men som de facto utövar inflytande över hur den fungerar och i praktiken tillämpas. Men rättsvetenskapen

---

[121] Samuelsson, Per: Rättsekonomins uppkomst och inverkan på forskningen s. 550 (1997).
[122] Hellner, Jan: Civilrättsforskningen och framtiden s. 397 (1975).
[123] Roos, Carl Martin: Varför rättekonomi? s. 227 (1993).
[124] Sandgren, Claes; Om empiri och rättsvetenskap s.s. 1051–1052 (1995/96).

är inte bara doktrin och ideologikritik. Som vetenskapligt projekt är den även utopi. Rättsvetenskapen bär på samma sätt som all annan mänsklig verksamhet ansvar inför framtiden. Rättsvetenskapen är i denna mening ett historiskt projekt, som deltar – om den är kritisk – i utformningen av framtiden."[125]

1.4.1.4 Kritisk rättsteori, alternativ rättsdogmatik och det rättsrealistiska dilemmat

Den alternativa rättsdogmatiken kan enligt min mening beskrivas som en pragmatisk inriktning av den kritiska och marxistiska rättstraditionen. Frågan är dock om det är en vidareutveckling eller en positivistisk återgång. Den kritiska rättsteorin utgår precis som realismen från antagandet om den ideologikritiska huvuduppgiften. I enlighet med traditionell marxism kan analysen av rätten såsom en reproducerande ideologisk process påvisa hur olika intressen och värden tillgodoses. Held förklarar hur framförallt Adorno men även de övriga i Frankfurtskolan ställde den ideologikritiska teorin på sin spets. "By working with a critical intent against various forms of domination and by simultaneously refusing to specify 'what is to be done', they antagonize all those who see to require a hard and fast doctrine to guide their action."[126] De menade att ett medvetet ställningstagande att underlåta att ge konstruktiva förslag på lösningar innebär att kritiken har större förutsättningar att få praktisk betydelse. Den omständighet att Adornos teori om "negative dialectics" är en vetenskapsteori och inte en rättsteori innebär dessutom att den får en helt annan och mer vidsträckt innebörd. Parallellerna är enligt min mening ändock påtagliga, då den kritiska analysen av rätten som ideologiska föreställningar och samhällsbeteenden kan framstå som kortsiktigt destruktiv, även om det är långsiktig konstruktiv förändring som eftersträvas.[127] "Negative dialectics alone cannot lead to change. But it can help to break the grip of all conceptual systems which would freeze the object and ignore its genesis."[128] Precis som rättsrealisterna var man inom Frankfurtskolan medvetna om det omöjliga i att förbli endast kritisk och icke normativ. Adorno förklarar att den negativa dialektiken strävar efter

---

[125] Eriksson, Lars D: Anmälan av Rättsdogmatikens alternativ, Retfærd nr 45 s. 104 (1989).

[126] Held, David: Introduction to Critical Theory s. 353 (1980).

[127] Pihlajamäki poängterar att "(d)är den rättsliga realismen förekom knöt den an till en mer omfattande förändring i samhällspolitiskt tänkande." Pihlajamäki, Heikki: Den rättsliga formalismen och kritiken av den s. 63 (1997).

[128] Held, David: Introduction to Critical Theory s. 213 (1980).

ett ökat självmedvetande vad gäller den egna ideologiska kontexten, vilken påverkar det egna angreppssättet etc.[129]

Habermas som i vart fall i unga år ansågs tillhöra Frankfurtskolan lägger an en mer konstruktiv ansats. För Habermas är negationen som förhållningssätt inget fruktbart vetenskapsteoretiskt medel. Han strävar istället efter att utveckla teorier som gör det möjligt för oss att kritiskt granska och förstå samhällsprocesserna. Vetenskapligt sett är förhållandet mellan Habermas och den första generationen av Frankfurtskolan, dvs. Horkheimer, Adorno m.fl., påfallande lik Ross relation till Hägerström och Lundstedt. Jag menar också att det heller inte är en tillfällighet att Dalberg-Larsen påvisar likheten i rättsfilosofiskt angreppsätt mellan Ross och Habermas.[130] Ross prognosteori, precis som Habermas kommunikationsteori, gör det möjligt att analysera verkligheten med kritiska ögon. Skillnaden är att Habermas teori också är generellt vetenskapsteoretisk, varför dess implikationer är så mycket större. Detta hindrar inte att vi kan se kommunikationsteorin som en förbättring av prognosteorin. Istället för att som Ross analysera rättsliga texter och utifrån dessa ställa prognoser, kan vi som Habermas analysera handlanden, texter etc. som element i en samhällsomvandlande kommunikation. Båda teorierna är konstruktiva lösningar i förhållande till den kritiska utgångspunkten där den individuella psykoanalysen framstår som det mest realistiska för att förstå rätten som beteenden.[131]

Den konstruktiva sidan och de problem som därmed genereras bottnar bl.a. i Habermas ovan nämnda ställningstagande att samtidigt som teknikens utveckling i allt högre grad skapar kontroll över naturen har samhällsvetenskapen, under beteckning av värderingsfri analys, undandragit sig ansvar för samhällets utveckling, hänvisande till politiskt beslutsfattande.[132] Ställningstagandet påvisar komplexiteten inom rättsdogmatiken, då det innefattar kritik mot det positivistiska förhållningssättet såväl som det realistiska; realismen för att de eftersträvar en värde-

---

[129] A.a. s. 222.

[130] Alf Ross skrev 1932 en artikel och 1934 en bok om Virkelighet og Gyldighet i Retslæran, medan Jürgen Habermas år 1992 gav ut sitt rättsteoretiska huvudverk Faktizität und Geltung. Se Dalberg-Larsen, Jørgen: Virkelighed og værdier i retsvidenskaben s. 271 (1997).

[131] Det är enligt min mening inte förvånande att Olivecronas teorier inspirerat till ett rättsvetenskapligt förhållningssätt där man använder sig av psykoanalysen. Se Ehrenzweig, Albert: Toward a Psychoanalysis of Law and Justice s.s. 148–165 (1964).

[132] Habermas, Jürgen: Den rationella övertygelsen – en antologi om legitimitet, kris och politik s.15 i Margareta Bertilsson och Ron Eyermans introduktion (1984).

ringsfri analys av rätten som den samhällsföreteelse den är och positivismen för att de under förespegling av värderingsfrianalys beskriver gällande rätt som det verkliga. Utifrån Uppsalaskolans perspektiv kan vi hävda att kritiken av rättsideologin är ett väsentligt steg i detta ansvarstagande och innebär ett medvetandegörande inom rättsvetenskapen. För den positivistiska traditionen kan vi visserligen också hävda att vårdandet av rättsideologin genom systematisering, utfyllnad etc. är det viktigaste momentet i ett sådant ansvarstagande.

Den alternativa rättsdogmatiken kan alltså ses som ett pragmatiskt försök att förena dessa två förhållningssätt. Eriksson förklarar: "Ideologikritiken är en nödvändig del av det rättsvetenskapliga projektet. Men min bedömning är i övrigt en annan. Jag tror nämligen att det är just via ideologikritiken vi kan utveckla en kritisk och alternativ jurisprudens. Om vi via ideologikritiska undersökningar kan påvisa olika rättsinstituts, rättsliga principers, teoriers och konstruktioners faktiska intressebundenhet och interna motsättningar, kan vi också ta i tu med att diartikulera dem, dvs. bryta ner dem i deras minsta beståndsdelar. Samtidigt skapar vi också förutsättningar för att reartikulera dem, dvs. för att bygga upp mera konkreta och mera fruktbara rättsinstitut, rättsprinciper, teorier och konstruktioner."[133] Wilhelmsson som är en av dem som mest tillämpat den alternativa dogmatikens principer ser inte rättsideologin som det verkliga utan som det möjliga. "När jag talar om att man i traditionell dogmatik uppfattar rätten som 'verklig' i motsats till 'möjlig' avser jag ingalunda att påstå, att man i rättsdogmatiken i allmänhet skulle tro på teorin om den enda rätta lösningen på ett juridiskt problem. Den realistiska skandinaviska rättstraditionen ligger förvisso fjärran från ett sådant synsätt. Likväl ligger i detta realistiska synsätt också inbäddad tanken på rätten som den förverkligade rätten. Det är fortfarande relativt allmänt att klä uttalanden om tolkningen av gällande rätt i prognosens form och också när rättsvetenskapsmannen öppet hänger sig åt rekommendationsretorik utvärderas rekommendationerna ofta på grundval av hur 'realistiska' de kan tänkas vara."[134] I enlighet med Wilhelmsson kan vi konstatera att om prognosteorin används för att legitimera egna värdeomdömen, har Ross teori i princip inte tagit oss någonstans. En sådan slutsats talar för ett mer renodlat realistiskt förhållningssätt som endast förespråkar ideologikritik. Wilhelmsson har själv, precis som Eriksson, i sina

[133] Eriksson, Lars D: Anmälan av Rättsdogmatikens alternativ, Retfærd nr 45 s. 106 (1989).

[134] Wilhelmsson; En social avtalsrätt? – Några kommentarer s. 502 (1993/94).

konstruktiva ansatser, till skillnad från Ross, inte ambitionen att beskriva rätten såsom vad som faktiskt sker i samhället. Det möjliga framstår här istället som ett moment i en normativ rättsideologi. Även den alternativa rättsdogmatiken kommer därför att få brottas med risken att fångas i den förhärskande rättsideologin. Risken är också att den ideologikritiska uppgiften att kritisera rättsideologin som förvanskande ideologier kommer att motverkas.

Tuori som i stor utsträckning delar Erikssons och Wilhelmssons teoretiska förhållningssätt lyfter fram faran med att den alternativa rättsdogmatiken blir bunden till den mer djupjustifierande ideologin inom det traditionella dogmatiska förhållningssättet till rättsideologin.[135] Omvänt har Sandgren kritiserat den alternativa dogmatiken för att vara alltför politisk och öppen, men förefaller dra samma slutsats som Tuori vad gäller den alternativa dogmatikens utveckling.[136] "I realiteten innebär det en 'odogmatisk rättsdogmatik' av det slag som redan utmärker en stor del av dagens rättsvetenskap, t.ex. i form av en tämligen obunden rättspolitisk argumentering. Men det innebär också att de grundläggande värderingar och antaganden, som ligger i botten för rättssystemet eller delar av detta, friläggs och granskas. Vi finner således att den kritiska rättsvetenskapen – efter en kringgående rörelse – närmar sig det förhärskande 'rättsvetenskapliga paradigmet'."[137]

Även om man som Wilhelmsson kan konstatera att Sandgren i hög grad förefaller vara fångad i tron på det verkliga, påvisar Sandgrens kritik att också den alternativa dogmatiken präglas av det rättsrealistiska dilemma som utmärker Lundstedt när han utformar sin konstruktiva rättsvetenskap.[138] Wilhelmsson och Eriksson befinner sig i sina strävanden om reartikulering av rätten i samma komplexa situation som Lundstedt gjorde i sin strävan att bestämma samhällsnyttan. I polemik med Ross förklarar Lundstedt att samhällsnyttan i hans teorier inte är något "sesam öppna dig", utan det är frågan om "värderingar hos den s.k. lagstiftaren, dvs. lagkommitté, lagråd, regering och riksdag".[139] Lundstedt vill således påvisa att samhällsnyttan är inte någon egen ideologi utan förhåller sig till de i lagarna förhärskande värderingarna. Wilhelmsson förklarar på sam-

---

[135] Tuori, Kaarlo: Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin? s. 185 (1988).

[136] Sandgren, Claes; En social avtalsrätt? Del 1 och 2 (1992/93). Sandgren, Claes: En social avtalsrätt? – än en gång.

[137] Sandgren, Claes; En social avtalsrätt? Del 1 s. 479 (1992/93).

[138] Wilhelmsson; En social avtalsrätt? – Några kommentarer s.s. 501–502 (1993/94).

[139] Lundstedt, Vilhelm: Är det metafysik att beakta samhällets intressen i rättsvetenskap? s. 54 (1932).

ma sätt, i polemik med Sandgren, att förhållandet till rätten som "det möjliga" inte är utslag för en godtycklig "anything goes"-metod, utan det är "fråga om att ur rätten själv hämta normativa kriterier för en utveckling av rätten".[140] Möjligen kan vi här se Ross kritik av Lundstedt såväl som Sandgrens kritik av Wilhelmsson, vilken förvisso är mer intuitiv, som uttryck för att de menar att de misslyckats i sina analytiska ambitioner och i stället hänfallit åt egna normativa strävanden.

En väsentlig skillnad mellan Lundstedt och Wilhelmsson är dock att även om den senare inte betraktar sina allmänna läror som självskapade ideologier, bejakar han i större utsträckning än Lundstedt det normativa inslaget. "Rättssäkerheten ökar emellertid i form av en ökad rättslig transparens. Genom att hämta fram och göra kända sådana nya tankemodeller som redan finns i en undertryckt form i det konkreta rättsmaterialet ökar de nya systematiseringarna möjligheterna att förutse vilka slags rättsliga argument som kan uppfattas som godtagbara. Samtidigt tvingas den som skall fatta ett avgörande att göra ett öppet och medvetet val mellan de olika systematiseringar som erbjuds av de traditionella och alternativa principerna. När valet av värdegrund är öppet, krymper utrymmet för ett rent subjektivt, irrationellt godtyckligt avgörande."[141] Wilhelmsson uppvisar således medvetenhet vad gäller risken för att analysen av det inkonsistenta rättssystemet kommer att få stå tillbaka för de egna normativa strävandena. Han inser även det problematiska med att den normativa analysen framställs som en värderingsfri återgivning av det verkliga. Jag menar ändock att det finns anledning att lyfta fram risken med att man förlorar trovärdighet som rättskritiker.

Den alternativa dogmatiken brottas således precis som realismen med hur de skall kunna förverkliga ett konstruktivt ansvarstagande i förhållande till rätten som ideologi. I båda idériktningarna utgör den ideologikritiska analysen utgångspunkten för det rättsvetenskapliga förhållningssättet. Ross precis som Lundstedt delade denna utgångspunkt. Ross huvudargument var dock att det fanns en motsättning mellan Lundstedts samhällsnytta och hans analytiska utgångspunkter. Habermas, som insett problemet med detta grundläggande spänningsfält, konstaterar: "The tension between normative approaches, which are constantly in danger of losing contact with social reality, and objectivistic approaches, which screen out all normative aspects, can be taken as a caveat against fixating

[140] Wilhelmsson; En social avtalsrätt? – Några kommentarer s. 503 (1993/94)
[141] A.a. s. 506.

on one disciplinary point of view. Rather, one must remain open to different methodological standpoints (participants vs. observer), different theoretical objectives (interpretive explication and conceptual analysis vs. description and empirical explanation), the perspectives of different roles (judge, politician, legislator, client, and citizen), and different pragmatic attitudes of research (hermeneutical, critical, analytical, etc.)."[142]

I detta avseende var det, enligt min mening, Lundstedt som mest öppnade upp för en rättsvetenskaplig utveckling som Habermas eftersträvade. Lundstedt såg den ideologikritiska uppgiften som ett nödvändigt led till en praktisk juridik såväl som en vetenskap där man förhåller sig till reella intresse- och värdeavvägningar. "Vi ha å ena sidan rättsvetenskapens tillvägagångssätt, enligt vilket de sociala realiteter, varom det hela måste röra sig, överhöljas med rättsideologiska slöjor och icke få eller kunna beaktas annorlunda än genom dessa slöjor, stundom så täta, att blicken faktiskt aldrig når fram till realiteterna. Vi ha å andra sidan en metod, som icke går ut på annat än att låta dessa realiteter komma till heders, att låta vetenskapsmannen efter bästa förmåga utreda dessa realiteter och deras inbördes sammanhang samt sätta dem så klara som möjligt omedelbart framför sig, för att med ledning därav argumentera för de principer, som, på ena eller andra området och i ena eller andra avseendet, enligt hans uppfattning böra läggas till grund för dömandet. Det synes för mig, att var och en borde kunna förstå betydelsen för ett samhälles liv och utveckling därav, att den förra metoden tvingas att träda tillbaka för den senare. Dennas erkännande är det i allt fall, som jag kämpar för. Det är också efter denna, som jag söker bedriva mitt eget arbete. Men såsom saken ligger till, måste det vara och tillsvidare förbli en väsentlig uppgift att rycka bort de rättsideologiska slöjorna."[143]

Med erfarenhet från den realistiska diskussionen mellan Ross och Lundstedt är det viktigt att vi måste separera och klargöra olika rättsvetenskapliga uppgifter. Den primära uppgiften måste vara den ideologikritiska där vi har att analysera rätten såsom beteenden och föreställningar. Uppgiften består bl.a. i att analysera hur föreställningar med olika ursprung påverkar beteenden inom domstolstrukturer, hur dessa föreställningar förändras och förvanskas i den rättsliga kommunikationen, hur föreställningar genererade av den rättsliga strukturen påverkar beteenden inom marknadsekonomin. Mer svårhanterlig är den konstruktiva

[142] Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s. 6 (1996, originalet från 1992).
[143] Lundstedt, Vilhelm: Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s.s. 128–129 (1942).

uppgiften att ta ställning till vilka värden etc. som aktörer inom den juridiska professionen måste ta hänsyn till. Risken är här stor för att vi som Lundstedt färgas för mycket av våra egna värderingar och att den ideologikritiska huvuduppgiften motverkas. Lundstedt klargör visserligen, precis som Wilhelmsson, att det egna värderandet måste baseras på en kritisk grund.[144] Jag menar vidare att riskerna minskar om man tydligt iklär sig andra roller som lagstiftare och domare etc.[145] Med utgångspunkt i olika domarroller kan vi tillåta oss en differentierad bundenhet i förhållande till rättens källor och t.o.m. till vad som utgör rättskällor.[146] Som domare har vi i enlighet med realistiska tankegångar skyldighet att självständigt värdera olika utfall och konsekvenser.

Habermas teorier möjliggör även, vad gäller den primära rättsvetenskapliga uppgiften, att vi kan gå ett steg längre i prognosen av rätten som beteenden än vad som följer av Ross teori. Prognosen av beteenden utifrån textanalyser kan ersättas av en kommunikativ analys. "Even if we cannot break out of the sphere of language and argumentation, even if we must understand reality as what we can represent in true statements, we must not forget that the relation to reality contains a reference to something independent of us and thus, in this sense, transcendent. With each truth claim, speakers and hearers transcend the provincial standards of a particular collectivity, of a particular process of communication localized here and now."[147] Rätten framstår som en kommunikativ process som måste förklaras i dynamiken mellan föreställningar (idésystem) och beteenden (handlingssystem).

1.4.2 Teorin om rätten som idé- och handlingssystem

Den rättsteoretiska utgångspunkten för detta arbete är alltså att rätten måste förstås utifrån dynamiken mellan föreställningar och beteende. Även om föreställningar alltid är individuella, kan vi genom att studera kommunikationen se hur föreställningar i större och mindre utsträckning delas mellan olika aktörer. Jag menar att handlande utifrån olika rättsliga

---

[144] Se a.a. s. 131.

[145] Med roll menar jag "summan av de normer som hänför sig till en viss uppgift eller position". Se Aubert, Vilhelm: Sosialt samspel s. 44 (4 uppl. 1970).

[146] Jfr Töllborg, Dennis: Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken s.s. 361–363 (1995–96). Jfr även beträffande rättssystemens pluralism Dalberg-Larsen, Jørgen: Rettens enhed – en illusion? s.s. 136–140 (1994). Beträffande rättskällornas polycentri Zahle, Henrik: The Polycentricity of the Law or the Importance of Legal Pluralism for Legal Dogmatics s.s. 192–193 (1995).

[147] Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s. 14 (1996, originalet från 1992).

föreställningar skall betraktas som funktionen av rättsideologier som utvecklas, förvanskas etc. i kommunikationen mellan individer. I samstämmighet med Ross menar jag att i den utsträckning vi kan tala om gällande rätt är domstolarnas faktiska handlande centralt. Sett ur ett kommunikativt perspektiv är domstolarna en särskilt viktig aktör med uppgift att förmedla rättsideologiska föreställningar. Icke desto mindre är det väsentligt att också prognoser av beteenden inom domstolar betraktas ur ett funktionellt perspektiv, inte minst för att vi skall undvika förledas tro att det är en rättspositivistisk analys vi bedriver. Innehållet i olika rättskällor kan följaktligen betraktas som anvisningar till domare såväl som till andra aktörer inom och utom den juridiska professionen. Funktionerna av olika rättsliga texter kommer i den kommunikativa processen att förändras beroende på förståelsen hos de olika aktörerna.[148] Analysen av rätten såsom handlingar kan således översättas till en analys av funktionen av rättsliga föreställningar i kommunikationen mellan olika aktörer.

1.4.2.1 Rätten som maskineri och handlingstotalitet

Hägerström förklarade i polemik med den förhärskande rättstraditionen att "rättsordningen är i det hela intet annat än ett socialt maskineri, i vilket kuggarna utgöras av människor".[149] Även Olivecrona och Lundstedt använde ofta liknelsen med ett maskineri.[150] Ross uppvisade liknande tankegångar när han i sina tidigare alster analyserade rätten som en handlingstotalitet. Jag menar att vi kan analysera det rättsliga maskineriet/handlingstotaliteten som ett handlingssystem bland andra, vilket består av olika aktörers påverkan, kommunicering etc. av olika rättsliga föreställningar. Lundstedt utvecklar: "Emellertid är det – om man nu betraktar rätten eller samhället såsom ett slags maskineri – av vikt att städse hålla i minnet, att materialet i detta maskineri väsentligen icke utgöres av kroppsliga ting i vanlig mening utan av människorna såsom psyko-fysiska existenser, dvs. av deras handlingar såsom bestämda av faktorer, vilkas inflytande förmedlas genom en samverkan mellan förnuft och känslor. Det är självfallet detta förhållande som utgjort betingelsen för hela rättsideologin."[151] De av maskineriet producerade rättsideologierna såväl som

---

[148] Jfr Ross, Alf: Om ret og retfærdighet s. 47 (3 uppl. 1971).

[149] Hägerström, Axel: En straffrättslig principundersökning s. 214 (1939).

[150] Se bl.a. Olivecrona, Karl: Rättsordningen s. 142 (1981). Lundstedt, Vilhelm: Obligationsbegreppet s. 92 (1930). Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s. 32 (1942). Grundlinjer i skadeståndsrätten s. 582 (1944).

[151] Lundstedt; Grundlinjer i skadeståndsrätten, senare delen s. 587 (1944).

rättskälleideologierna kan enligt min terminologi förklaras som rättsliga idésystem.

Om vi tar utgångspunkt i Ross kan vi konstatera att han i unga år var fokuserad på att analysera rätten som kausala påverkansrelationer i olika sociala kontexter.[152] "Først og fremmest maa Retsvidenskaben søge en filologisk-historisk Forstaaelse af de umiddelbart givne Retsnormer under Hensynstagen til de faktisk-sociale Magtforhold, af hvilke Retsordenen er vokset frem."[153] Ross förhållningssätt tydliggörs än mer när han försöker skapa en brygga mellan skandinavisk och amerikansk realism. "In both these cultural circles a decisive tendency towards a realistic conception of the legal phenomena is traceable; by this I mean a conception which in principle and consistently considers the law as a set of social facts – a certain human behavior and ideas and attitudes connected with it – and the study of the law as a ramification of social psychology."[154] Även i senare arbeten var Ross grundläggande arbetshypotes att rätten är ett överindividuellt socialt fenomen som påverkar ett kollektiv av individer i den mening att det skapas "en interpersonal menings- og motivationssammenhæng".[155] Han menar att man samtidigt kan se rätten som rättsnorm/rättsideologi och rettsfenomen. Rättsnormerna är enligt Ross gällande i den utsträckning de tillämpas av domstolarna.[156] Genom att studera rättsideologin som "tydningsskeme" kan vi bilda oss en uppfattning om hur domstolarna kommer att bete sig. Analysen av rättsnormerna ger oss en bild av rättsfenomenen i samhället. "Gældende dansk ret kan herefter bestemmes som den normative ideologi der faktisk er virksom, eller må tænkes virksom, i dommerens sind, fordi den opleves af ham som socialt forbindende og derfor effektivt efterleves."[157] För att kunna förstå hur man skall använda rättsideologin är det vidare särskilt väsentligt att analysera vilken rättskälleideologi domstolen använder sig av.[158]

Ross teori öppnar för ett pluralistiskt förhållningssätt till såväl rätten

---

[152] Jfr Tolonen, Hannu: Några synpunkter på den skandinaviska realismen s.s. 25–26 (1991).
[153] Ross, Alf: Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 113 (1934).
[154] Ross, Alf: Towards a Realistic Jurisprudcens – A Crticism of the Dualism in Law s. 9 (1946).
[155] Ross, Alf: Om ret og retfærdighet s. 42 (3 uppl. 1971).
[156] A.a. s. 41.
[157] A.a. s. 48.
[158] A.a. s. 91.

som till rättskällelärorna.[159] Rätten är som föreställningar och handlande olika mellan olika domstolar och t.o.m. mellan individer. Om man som Ross betraktar rättsliga texter som anvisningar till domare, men också till andra aktörer som t.ex. företag, skulle vi i princip även tala om att det fanns olika gällande rätt inom och utom den juridiska professionen.[160] För Ross är det dock väsentligt att vi endast talar om gällande rätt i förhållande till beteenden inom domstolarna.[161]

Även Olivecronas förhållningssätt till rättsregler som idéföreställningar öppnar för ett pluralistiskt förhållningssätt. Olivecrona menar dock inte att vi skall analysera olika individers och aktörers föreställningar, utan istället begränsar han sig till lagstiftaren som den aktör vars föreställningar vi har att analysera. "Vad rättsvetenskapen har att göra vid utredningen av de givna reglernas innehåll är att klargöra vilka handlingsföreställningar som kommit till uttryck i lagen och andra till rättssystemet räknade regler, att sammanställa dem med varandra och systematisera det. Det är att syssla med verkligheten. Föreställningarna är naturliga fakta. Det gäller blott att utreda deras innehåll."[162]

Vi kan följaktligen på relativt goda grunder kritisera de skandinaviska realisterna för att de inte fullföljde det rättsrealistiska projektet att analysera rätten som reella föreställningar och beteenden i samhället. Jag menar visserligen att såväl Lundstedt, Olivecrona som Ross i sina tidiga analyser av egendoms- och äganderättsidéerna kom relativt långt i ett funktionellt förhållningssätt.[163] Möjligen är Lundstedt den som kom längst i sina sociologiska strävanden på ett mer övergripande teoretiskt plan. Bilden av Lundstedts ambitioner tydliggörs av Olivecrona: "Huvudtemat i Lundstedts föreliggande arbete är att påvisa dels rättsföreställningarnas verkliga innebörd, dels deras funktion i samhället, samt att på grund av undersökningarna härom förvisa rättsmedvetandet från dess plats såsom juridikens grundval till att vara ett led jämte andra i det verklighetssammanhang, såsom rättsvetenskapen har att utforska."[164]

---

[159] Möjligen är det inte heller någon tillfällighet att det pluralistiska och polycentriska förhållningssättet har ett förhållandevis starkt fotfäste i Danmark. Se bl.a. Dalberg-Larsen, Jørgen: Rettens enhed – en illusion (1994). Zahle, Henrik: The Polycentricity of the Law or the Importance of Legal Pluralism for Legal Dogmatics s.s. 185–199 (1995). Petersen, Hanne: Reclaiming 'Juridical Tact'? s.s. 171–183 (1995).

[160] Jfr Ross, Alf: Om ret og retfærdighet s. 47 (3 uppl. 1971).

[161] A.a. s. 48.

[162] Olivecrona, Karl: Om lagen och staten s. 50 (1940).

[163] Se avsnitt 5.3

[164] Olivecrona, Karl: Till frågan om rättsvetenskapens problemställning s. 344 (1927).

När vi nu skall utveckla ett realistiskt förhållningssätt är det viktigt att konstatera att den skandinaviska rättsrealistiska traditionen inte tog konsekvenserna av sina egna insikter. De behöll ett monistiskt förhållningssätt, de förhöll sig till rättskällorna som i princip de enda kunskapskällorna och de ansåg fortfarande att det var en viktig uppgift att systematisera rättsregler.

Vi kan skönja en viss självinsikt hos bl.a. Ross som faktiskt var villig att ifrågasätta hela metoden att använda rätten som tydningsschema. "I virkeligheden, siges det, træffer dommeren sin afgørelse dels efter følelsesmæssige indskydelser, dels ud fra praktiske formål og hensyn. Når konklusionen står fast, finder han bagefter en passende retsideologisk argumentation i af afgørelsen."[165] Ross låter inte denna sin misstanke om dynamiken mellan "process of discovery" och "process of justification" påverka prognosteorin, men konstaterar att om detta antagande skulle stämma är "(i)ndsigt i den retlige ideologi herefter kun til ringe nytte, fordi det i virkeligheden ikke er den der motiverer dommerne. Om det overhovedet er muligt at nå frem til virkelig forståelse af, hvad der sker, og til forudsigelse af udfaldet af retstvister, udkræves hertil studier af en ganske anden art end de retsvidenskabelige."[166] Ross uppmärksammar således själv problemet med den dolda och t.o.m. omedvetna påverkan domare och andra utsätts för, men detta till trots begränsar han prognosanalysen till värden, föreställningar om verkligheten etc. som går att utläsa utifrån de rättskällor domarna använder sig av.[167]

Möjligen kan vi gå så långt att hävda att exempelvis Ross begränsning av prognosteorin till företrädesvis rättskällor är ett av huvudskälen till att det aldrig skedde något realistiskt genombrott. Eckhoff konstaterar att "analytisk filosofi (har) bidradd meget til å bryte ned illusjonen om at retten alltid er noe man finner. Men så lenge det juridiske språk beholder sin konstaterende form og så lenge vi opererer med de tradisjonsbestemte rettskildekategorier, vil det alltid finnes muligheter for kamuflasje."[168] Motsvarande resonemang återfinner vi hos Wilhelmsson när han förklarar att även när rättsvetenskapsmän hänger sig åt rekommendationsretorik är det förekommande att de klär uttalandena i prognosens form.[169] Att en sådan utveckling är i direkt strid med Ross egna ambitioner behöver

[165] Ross, Alf: Om ret og retfærdighet 3 upplagan s. 57 (1971).
[166] A.a. s.s. 57–58.
[167] A.a. s. 60.
[168] Eckhoff, Thorstein; Rettslige vurderinger s. 79 (1970).
[169] Wilhelmsson; En social avtalsrätt? – Några kommentarer s. 502 (1993/94).

inte sägas, men det lär oss vikten av att mer tydligt fjärma oss från den positivistiska analysen.

Analysen av rätten som idésystem och handlingssystem kan mycket väl beskrivas som en analys av gällande rätt inom olika strukturer som lagstiftare, domstolar etc. För att inte riskera missförstånd är det samtidigt väsentligt att understryka att den är mer. Innebörden av rätten som föreställningar kan inte låsas fast vid lagstiftaren, domstolarna eller någon annan aktör. Jag menar visserligen att vi i en specifik analys kan välja att fokusera på en viss aktör, såsom t.ex. domstolen. När vi sedan skall analysera rätten såsom antingen föreställningar eller beteenden inom domstolen kommer dock förståelsen av rätten inom andra strukturer att utgöra ett väsentligt kunskapsinslag. Utgångspunkten för Lundstedt i hans konstruktiva strävanden var att skapa en sådan vidare ideologisk insikt om rätten, vilket således skulle kunna förklara hans teori om samhällsnyttan. "Till en genomgående blott kunskapskritisk rättsvetenskap skulle nämligen höra icke blott att konstatera rättsideologins och rättvisemetodens ohållbarhet utan jämväl att utreda, hurusom samhälleliga värderingar faktiskt utgöra drivfjädrar för rättsverksamheten och hurusom detta ofta blott indirekt framträder på grund av den rättsideologiska överbyggnaden på händelseförloppet. Vidare skulle höra hit en analys av, om jag så får säga, det sociala värderingskomplexet."[170]

Än en gång finns det således anledning att understryka den vikt det dynamiska förhållandet mellan Ross och Lundstedts teorier rimligen bör ha för en framtida realistisk utveckling. Dynamiken dem emellan visar vägen mot ett teoretiskt förhållningssätt där inverkan av olika värden och andra ideologiska moment i kommunikationen mellan olika aktörer är det mest centrala kunskapselementet, vilket också är den teoretiska utgångspunkten för analysen av rättsliga föreställningars funktioner. Moderna filosofer som Habermas m.fl. stakar ut denna realistiska riktning där kommunikationen mellan individer utgör en viktigare kunskapskälla av vad som är rätten, än analyserna av de rättsliga texterna.[171]

1.4.2.2 Ideologikritisk analys av den spontana och gömda ordningen

Redan av Uppsalaskolans grundläggande utgångspunkter följer att själva föreställningarna om rätten också innefattas i den verklighet som rättsvetenskapen har att beskriva. Ett enligt min mening lämpligt begreppsmäs-

[170] Lundstedt; Grundlinjer i skadeståndsrätten, senare delen s. 555 (1944).
[171] Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s. 14 (1996, originalet från 1992).

sigt förhållningssätt är att beteckna de ideologiska föreställningarna i den kommunikativa processen som rätten, medan handlingstotaliteten är funktionen av dessa föreställningar. En viss begreppsmässig förvirring kommer ändock föreligga då jag samtidigt menar att det är principiellt viktigt att betrakta rätten både som ett "system of knowledge" (idésystem) och ett "system of action" (handlingssystem).[172] Utifrån ett kommunikativt perspektiv är det viktigt att vi på motsvarande sätt som vi talar om ett rättsligt idésystems funktioner i ett ekonomiskt handlingssystem, skall kunna tala om funktionen av ekonomiska och rättsliga idésystem inom ett rättsligt handlingssystem. Jag menar följaktligen att funktionen av rätten som föreställningar bland lagstiftare, domstolar utgör rätten som beteenden.

Ambitionen att beskriva rätten såsom reella förhållanden inom och utom den juridiska professionen fullföljs bäst om vi förhåller oss till rätten som kunskapsprocesser mellan olika aktörer och handlingssystem. Kommunikationen sker via idésystem såsom länkar mellan olika aktörer. Problemet med att rättsliga föreställningar i sista hand alltid är individuella och att vi kollektivt endast kan anta att dessa är mer eller mindre gemensamma, innebär att den rättsrealistiska analysen innehåller ett spekulativt moment.[173] För att reducera osäkerheten i den funktionella analysen är det således avgörande att vi i så stor utsträckning som möjligt strävar efter att synliggöra den gömda ordning som påverkar beteenden bland domare och andra personer inom den juridiska professionen såväl som andra aktörer i samhället. Såvitt avser funktionen inom domstolar menar jag också att det är en viktig uppgift att motverka den s.k. isoleringseffekten. Sett utifrån ett makroperspektiv är det på motsvarande sätt ett självändamål att vi skall förstå rättsliga idésystems funktioner i en övergripande samhällsomvandlande process. Först härigenom behöver vi inte förlita oss på den spontana ordning som exempelvis marknadsmekanismerna anses erbjuda.

Oavsett om vi tar utgångspunkt i domaren som individ eller i samhällets omvandling måste vi för att kunna fullgöra analysen av rättens funktioner införskaffa förståelse för hur rätten som föreställningar/idéer i interaktion med andra föreställningar påverkar beteenden och omvänt hur beteenden och andra föreställningar påverkar det som kan anses utgöra rättsliga föreställningar. Inte bara Habermas, utan även andra inflytelse-

[172] A.a. s. xxiv.

[173] Jfr Horkheimer, Max: Materialism and Metaphysics s. 27 (1995, originalet från 1964).

rika teoretiker som Luhmann och Teubner betraktar kommunikation som nyckeln för förståelse av rättens funktioner i samhället. "Once started and engaged in reproducing itself, the operation of communication produces the societal system, the encompassing system of society, and, nowadays, the global system of the world society–nothing more and nothing less."[174] Betecknande för Luhmann och Teubner är att de betraktar rätten som ett "self-refering system".[175] Att rättssystemen är självhänvisande innebär bl. a att inflytandet från föreställningar som inte emanerar från aktörer inom systemet bestäms av systemet, vilket i sin tur innebär att systemet blir slutet och att beteenden inom systemet är svåra att styra utifrån. "Open systems receive informational input from the environment and convert it through internal processes into informational output which may be used as new input in a feedback loop. By contrast, an operationally closed system is structurally coupled to its niche when it uses events in the environment as perturbations in order to build or to change its internal structures. From external noise it creates internal order."[176] Precis som Strömholms beskrivning av isoleringseffekten inom den juridiska professionen är dessa teorier om "rättens autopoiesis" av stor betydelse i vår strävan efter att förstå hur värden och andra samhälleliga ideologier påverkar rättsideologier. På motsvarande sätt är det också väsentligt att understryka att det, i enlighet med det traditionellt realistiska strävandet efter ansvarstagande, är önskvärt att motverka slutenheten inom det rättsliga handlandet, individuellt såväl som i kollektiva system.[177]

Emellertid hävdar vare sig Luhmann eller Teubner att det självrefererande systemet är kognitivt slutet. "Legal reasoning uses the distinction between norms and facts, between normative and cognitive expectations... In this sense, the system is normatively closed and cognitively open at the same time."[178] Båda menar de att det sker en kontinuerlig överföring av föreställningar från den omgivande miljön bl.a. via olika strukturella kopplingar. I analysen har vi därför också att ta ställning till hur kommunikationen sker inom och mellan vad som kan betraktas som system, strukturer etc. Rätten utgör i denna kontext föreställningar bland

---

[174] Luhmann, Niklas: Operational Closure and Structural Coupling – The Differentiation of the Legal System s. 1424 (1992).

[175] Jfr Tolonen, Hannu: Några synpunkter på den skandinaviska realismen s. 21 (1991).

[176] Teubner, Gunther: The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralisms s. 1446 (1992).

[177] Jfr Eckhoff; Rettslige vurderinger s. 80 (1970).

[178] Luhmann, Niklas: Operational Closure and Structural Coupling – The Diffrentiation of the Legal System s.s. 1426–1427 (1992).

andra föreställningar, som kontinuerligt också står under inflytande från andra föreställningar. För att vi skall kunna analysera rättsliga idésystems funktioner inom såväl som utom den juridiska professionen har vi att ta ställning till inte endast hur dessa ideologiska processer verkar, utan också vilka ideologier som påverkar beteenden. Även om ambitionen måste vara att fånga komplexiteten i så stor utsträckning som möjligt kan vi aldrig undvika att förenkla. Max Horkheimer förklarar: "The claim that there is an absolute order and an absolute demand made upon man always supposes a claim to know the whole, the totality of things, the infinite. But if our knowledge is in fact not yet final, if there is an irreducible tension between concept of being, then no proposition can claim the dignity of perfect knowledge. Knowledge of infinite must itself be infinite, and a knowledge wich is admittedly imperfect is not a knowledge of the absolute."[179]

Sammantaget blir analysen av rätten som idé- och handlingssystem således ideologikritisk till sin karaktär. Utgångspunkten är den klassiska vetenskapliga strävan om skilja mellan upplysning och myt. Enligt Habermas är "(b)åda sfärerna emellertid, på samma sätt som 'context of discovery' och 'context of justification' i forskarnas kommunikationsgemenskap, så sammanvävda med varandra att de måste skiljas åt procedurellt och genom ett förmedlande tänkande . . ."[180] Betraktat i ett kommunikativt perspektiv skulle vi t.o.m. kunna hävda att upplysningens karaktär är mytisk. Den egna förförståelsen gör att mottagaren i större eller mindre utsträckning förvanskar överförda föreställningar. Denna process kan betraktas som konstruktiv såväl som destruktiv beroende på i vilken riktning kommunikationen leder oss.

Den grundläggande konklusionen för analysen är att rättens funktion och så även gällande rätt måste förstås som en kommunikativ process.[181] Innebörden härav är att lagar, precis som domar etc. är inlägg i en kommunikativ process mellan olika aktörer inom vad vi kan beteckna ett rättsligt handlingssystem, men också mellan olika handlingssystem. Denna utvecklade prognosteori innebär att vi metodologiskt måste gå vidare och söka svar i kommunikationen.

---

[179] Horkheimer, Max: Materialism and Metaphysics s. 27 (1995, originalet från 1964).
[180] Habermas, Jürgen. Kommunikativt handlande, texter om språk, rationalitet och samhälle s. 73 (1988).
[181] Jfr Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s.s. 3–4 (1996, originalet från 1992).

1.4.3 Metoden att analysera rätten som idé- och handlingssystem

Utifrån amerikanska förhållanden argumenterar Posner för att ett av skälen till att realismen inte fick större inflytande var *avsaknaden av metod.* "The realists knew what to do–think thing not words, trace the actual consequences of legal doctrines, balance competing policies–but not how to do any of these good things."[182] Jag menar att vi kan argumentera på motsvarande sätt avseende den skandinaviska realismen. Ross som enligt min mening var på god väg i sitt prognostänkande drog inte slutsatsen av sin egen analys och stannade vid att använda rättskällor som tydningsscheman. I dag har vi dock, tack vare den teoretiska diskussionen hos Habermas och Luhmann m.fl., kommit längre och förutsättningarna är enligt min mening också större för att vi skall kunna uppfylla den rättsrealistiska huvuduppgiften inom rättsvetenskapen; att beskriva och kritisera rätten såsom föreställningar och beteenden i samhället. Det är kommunikationen som "medium" mellan föreställningar och beteenden som bör analyseras. Fokuseringen på en kommunikativ argumentation öppnar vägen för ett relationsbundet förhållningssätt inte endast till rätten utan också till samhällsformering generellt. "Communicative reason differs from practical reason first and foremost in that it is no longer ascribed to the individual actor or to a macrosubjekt at the level of the state or the whole of society. Rather, what makes communicative reason possible is the linguistic medium through which interactions are woven together and forms of life are structured"[183]

Även när vi analyserar kommunikationen som uttryck för gällande rätt är det metodologiskt väsentligt att analysera rättskällor. Kommunikativt sett har vi dock att betrakta rättsliga texter framåtriktat såväl som bakåtriktat. Betraktar vi den rättsliga texten bakåtriktat utgör den det manifesterade agerandet, d.v.s. funktionen, av de rättsliga och andra föreställningar som påverkat den specifika rättsliga strukturen. Framåtriktat utgör det ett underlag för rättsliga föreställningar som kommer inverka på andra strukturer, rättsliga såväl som icke rättsliga. Oavsett utifrån vilken riktning vi analyserar texten ställs vi inför förvanskande moment, varför vi måste inhämta kunskap på annat sätt än genom rättskällor. Bakåtriktat är det endast vissa av de föreställningar som påverkade den rättsliga textens innehåll som öppet redovisas. Framåtriktat kommer den rättsliga texten förstås olika beroende mottagarens egen kompetens etc. Funktio-

[182] Posner, Richard; Overcoming Law s. 393 (1995).
[183] Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s.s. 3–4 (1996, originalet från 1992).

nen i den framåtriktade kontexten är vidare beroende av vilka andra föreställningar som påverkar agerandet.

Den metodologiskt svårhanterade uppgiften i analysen är följaktligen att inhämta kunskapsunderlag för att bedöma vilka föreställningar som inverkar i olika strukturer. Om vi avgränsat en specifik rättslig text och skall bedöma dess funktion inom en viss struktur skulle självfallet empiriska analyser genom intervjuer etc. vara av intresse. I denna studie, där vi befinner oss på en mer övergripande strukturell nivå, kommer istället insikt om ideologier och hur dessa verkar hämtas genom teoretisk empiri. Metoden där jag analyserar rätten och dess funktion betecknas därför lämpligast kunskapssociologisk.

Redan av vad som ovan sagts följer att i en ideologikritisk analys som denna kan metoden inte hållas isär ifrån teorier om rättens interaktion i samhället.[184] Ost och Van Hoecke, som i flera av sina arbeten strävar efter att analysera de rättsliga systemen som en gömd ordning, efterlyser en interdisciplinär utveckling av rättsteorien där man lägger särskild vikt vid systemteoretisk analys: "Global approaches, the study of (sub)systems of law, should take priority over study of small details. Deep level research will probably in the long term prove much more important than research of specific topics along the lines of traditional jurisprudence."[185] Habermas är kanske den som på senare tid haft störst betydelse för denna interdisciplinära utveckling på en mer övergripande nivå.[186]

Det är enligt mitt eget synsätt felaktigt att beteckna metoden att analysera rätten som idé- och handlingssystem som tvärvetenskaplig då jag menar att rättsvetenskapen alltid har befunnit sig, och alltid kommer att befinna sig, i någon form av symbios med andra samhällsvetenskaper.[187] Tidigare i historien har också ämnen som vi idag betraktar som olika vetenskapsdiscipliner ansetts utgöra rättsvetenskap.[188] Det är också väsentligt att rättsvetenskapen undviker den vetenskapliga fälla där metodolo-

---

[184] Detta sammanhänger med att ett kritiskt ideologi-begrepp i sig förutsätter ett funktionellt perspektiv. Jfr Krogh, Thomas. Fra Frankfurt til Hollywood s. 63 (1991).

[185] Van Hoecke, Mark & Ost, François: Epistimological Perspectives in Legal Theory s. 44 (1993).

[186] Enligt Jørgen Dalberg-Larsen kan Habermas stora rättsteoretiska verk Faktizität und Geltung (Between facts and norms) läsas som en lång uppmaning till en mer integrativ rättsvetenskap. Dalberg-Larsen, Jørgen: Virkelighed og værdier i retsvidenskaben s. 277 (1997). Se exempelvis Habermas, Jürgen: Between facts and norms s.s. 6–7.

[187] Jfr Eckhoff, Torstein: Juss og samfunnsforskning s. 88 (1989).

[188] Klassiska ekonomiska teoretikerna som Adam Smith betraktade nationalekonomin "som en gren av statsmannens och lagstiftarens vetenskap". Smith, Adam: Folkens välstånd, volym II s. 1 (1911, originalet från 1776). Jfr ovan not 38.

giska nyanser ställer krav på disciplinering och istället tillåter oss så stor öppenhet som möjligt.[189] Möjligen kan vi argumentera för att vi är på väg i en riktning mot större öppenhet där samhällsvetenskaperna mer generellt blir interdisciplinära. Ett exempel av stor vikt för detta arbete är den institutionella teorin inom de ekonomiska vetenskaperna. "Transaction cost economics is an interdisciplinary undertaking in which law, economics, and organization are joined. Law and the judiciary are reflected in the constraints that originate in the institutional environment, which define the rules of the game. Organization theory is implicated through the behavioral assumption and by the arrow in the governance box that runs back on itself. These latter reflects the proposition that 'organizations have a life of their own', that is, that organizations undergo intertemporal transformations that must be identified and factored into the analysis."[190] Tillsammans med den sociologiska analysen av rätten, i detta arbetet representerad av Habermas, Luhmann, Teubner m.fl., menar jag att den institutionella teorin är den mest spännande kunskapskällan vid analyser av rätten och dess interaktion i samhället.[191] Sett som kunskapskälla är den nationalekonomiska teorin av stor betydelse och det inte minst när vi har att påvisa vilka ideologier som har inflytande på agerande inom olika strukturer.

1.4.4 "Helhetssträvandet" som ett vetenskapligt förhållningssätt

Sammantaget om mitt teoretiska och metodologiska förhållningssätt kan sägas att ledstjärnan är att ge en så *realistisk bild av helheten* som möjligt. För att vi skall förstå patentinstitutet och dess funktioner måste vi ta vår utgångspunkt i helheten. Samtidigt är patentinstitutet av central betydelse för att vi skall förstå helheten. Som ovan konstaterats kan emellertid en strävan om att se helheten aldrig förverkligas, utan kommer alltid att

---

[189] Ett avskräckande exempel är den neoklassiska teorins monopolliknande inflytande inom nationalekonomin. Den disciplinära fällan beskrivs av ekonomen Hodgson: "The neoclassical monopoly in economics denies space and legitimacy for 'all sorts of means'. It provides a convenient mechanism for dealing with dissidents. Anyone who does not accept these core assumptions and methods is then regarded as simply not being a economist." Hodgson, Geoffrey. Economcis and Evolution – Bringing Life Back into Economics s. 8 (1993).

[190] Williamson, Oliver E: The Mechanism of Governance s. 326 (1996).

[191] Posner tillhör dem som menar att den institutionella teorin kommer ha stort inflytande på den rättsvetenskapliga metodologin. Posner, Richard; Overcoming Law s. 19 (1995). Ett tidigt exempel på en mer nyanserad och försiktig hållning är Hellner, Jan: Rättsekonomi, avbeställning och coase-teorem s. 118 (1978).

resultera i förenklingar. Forskningsambitionen att se helheten kan därför översättas till en medvetenhet om att den vetenskapliga uppgiften måste förstås utifrån den svårgripbara komplexiteten i samhällsprocesserna och att det vetenskapliga arbetet alltid kommer att präglas av förenkling och subjektiv otillräcklighet.[192]

I enlighet med ett traditionellt ideologikritiskt synsätt menar jag att vi måste "utgå från samhället som något dynamiskt, som en dynamisk totalitet som ständigt förändras, rekonstrueras".[193] Medvetenheten i detta avseende ställer krav på ett kontinuerligt omprövande och ifrågasättande av det befintliga. För mig betyder det att jag, i syfte att i större utsträckning fånga komplexiteten och på så vis ge en mer realistisk bild av helheten, måste ifrågasätta förhärskande förhållningssätt inte bara till patentinstitutet, utan också till rätten, rättsvetenskapen och t.o.m. till samhället i stort.

Helhetssträvandet, och det ifrågasättande som det för med sig, klargörs ytterligare om vi skiljer mellan *förhållningssätten till teori, metod och bakomliggande kunskapsintressen*. Teoretiskt innebär helhetssträvandet att vi ställs inför ett spänningsförhållande mellan å ena sidan en strävan om att utforma modeller, förklaringar etc. som påvisar komplexiteten och inbegriper så många faktorer som möjligt och å andra sidan en strävan att avgränsa analysen för att uppnå en tydlig helhetsbild. Eftersom vi aldrig kommer att kunna se helheten, samtidigt som vi inte heller kan förklara delarna utan att förstå helheten, framstår denna avvägning närmast som ett dilemma. Ett sätt att möta detta dilemma, vilket bl.a. förespråkades av Adorno, är att inta ett konsekvent kritiskt förhållningssätt och därmed avstå från att presentera egna förklaringar av samhället.[194] Ett inte alltför olikt förhållningssätt finner vi inom den mer moderna ideologikritiska tradition som ägnar sig åt postmodern dekonstruktion. Betecknande för bidragen inom denna tradition är att man mer tar avstånd från den förenklande sidan av helhetssträvandet och "distrusts all attempts to create large-scale, totalising theories in order to explain social phenomena".[195] Inom rättsvetenskapen har den postmoderna traditionen inneburit ett ifrågasättande av det förhärskande synsättet på rätten som "a coherent

---

[192] Beträffande komplexitetsbegreppet se Luhmann, Niklas: A socilogical theory of law s. 25 (1985).

[193] Töllborg, Dennis: Personalkontroll s. 39 (1986).

[194] Se bl.a. Adorno, Theodor: Negative Dialectics s. 17 (1995, originalet från 1966).

[195] Douzinas, Warrington & McVeigh: Postmodern Jurisprudence – The law of text in the texts of law s. ix (1991).

body of rules and principles, or of intentions and expressions of a sovereign will".[196] Jag menar också att vi kan se den postmoderna traditionen som dagens rättsrealistiska reaktion mot rättspositivismen. Möjligen kan vi argumentera för att den teoretiska avgränsningen till att dekonstruera texter inneburit att också den andra sidan av helhetssträvandet, d.v.s. att fånga komplexiteten i samhällsprocesserna, fått stå tillbaka på bekostnad av strävan att bryta ned och se igenom texterna.[197]

För mig är Habermas den som, genom sin kommunikationsteori, inte bara påvisar betydelsen av att i modellerna fånga komplexiteten, utan även visar vägen till ett teoretiskt förhållningssätt där vi kan leva med det spänningsförhållande som helhetsperspektivet för med sig. Med utgångspunkt i Habermas tankar om ett "two-level concept of society, combining the aspects of lifeworld and systems", kan rätten betraktas som en realitet.[198] Rätten precis som rättsvetenskapen framträder som en kommunikativ process i dynamiken mellan system och miljö.

Även metodologiskt innebär helhetssträvandet att vi ställs inför ett snarlikt spänningsförhållande. Å ena sidan innebär det en strävan efter tvärvetenskaplig öppenhet i syfte att finna så många infallsvinklar som möjligt. Å andra sidan framstår det även metodologiskt som eftersträvansvärt att ha en klart avgränsad och enhetlig metod.

Särskilt relevant är också helhetsperspektivets betydelse vad gäller det emancipatoriska inslaget i den vetenskapliga analysen. Ett helhetsperspektiv innebär att vi eftersträvar att se till hela mänsklighetens intresse. Detta för mig viktiga vetenskapsideal och kunskapsintresse beskrives lämpligen som en strävan om global lojalitet. Att det är ogörligt att inkludera samtliga tänkbara intressen i en teoretisk analys säger dock sig självt. Viktigt är därför att betrakta den globala lojaliteten som ett medvetandegörande och ifrågasättande. Förhållningssättet utgör på så vis en strävan om att frigöra sig från begränsande kunskapsintressen, såväl medvetna som omedvetna. Ett viktigt led i strävan om helhetssynen är därför att klargöra hur vissa kunskapsintressen tillgodoses på andras bekostnad.[199] Det föreligger följaktligen även i detta avseende ett spänningsfält

---

[196] A.a. s. ix.

[197] Jfr dock Derridas syn på hur man inom dekonstruktionssträvandet förhåller sig till övergripande värden som rättvisa. Derrida, Jacques: Force of Law – The "Mystical Foundation of Authority" s. 921 (1990).

[198] Habermas, Jürgen: The Theory of Communicative Action – The Critique of Functionalist Reason, vol. 2, s. 301 (1987, originalet från 1981).

[199] För en mer ingående analys i detta avseende se Svensson, Eva-Maria: Genus och rätt – en problematisering om rätten s.s 53–62 (1997).

mellan att å ena sidan lyfta fram specifika kunskapsintressen och att å andra sidan utveckla ett övergripande förhållningssätt.

För mig representerar helhetssträvandet således den otillräcklighet som präglar vetenskapsmannen såväl som den praktiske juristen. Det ligger alltid nära till hands att utgå från antaganden om att vi förhåller oss till en gripbar helhet, i stället för att medvetandegöra våra begränsningar. Ställningstaganden om att vi kan finna gällande rätt, att rätten utgör en enhet, att rättsvetenskapen bygger på en enhetlig metod, att samhället kan delas in i slutna system o.s.v. är samtliga exempel på dylika antaganden. Min inställning är följaktligen att ifrågasättandet och medvetandegörandet om komplexiteten regelmässigt är så mycket viktigare än att ge en enkel och enhetlig bild.

1.5 Arbetets disposition och uppläggning

Arbetets uppläggning präglas av ambitionen att samtidigt behandla fyra, i sig icke separerbara, uppgifter. Utgångspunkten och huvuduppgiften är att analysera patentinstitutets realistiska innebörd och funktioner. För att kunna fullfölja denna uppgift krävs förståelse för de samhällsomvandlande processer i samhället med vilka patentinstitutet interagerar just vad gäller kontrollen över kunskap. Vidare är det avgörande att vi kan bilda oss en uppfattning om vilka förhärskande ideologier som påverkar föreställningarna om patentinstitutet, dess funktion och legitimitet. En andra uppgift är därför att analysera hur rätten verkar i de dynamiska processer som påverkar kontrollen över innovationer, industrialiseringen och samhällets omvandling. En tredje uppgift är följaktligen att urskilja och analysera de förhärskande ideologier som är särskilt relevanta vad gäller patentinstitutet. Betraktat utifrån ett rättsteoretiskt perspektiv är det gemensamma temat för de tre uppgifterna att analysera rätten som föreställningar, vilka kommuniceras och påverkar beteenden inom näringslivet såväl som inom den juridiska professionen. Rätten som föreställningar utgör, precis som politik och vetenskaplig teoribildning, en ideologisk kunskapsprocess som interagerar med andra kunskapsprocesser. Den ideologiska processen är dock gömd i individuella föreställningsvärldar. Vi ser bara dess administrativa resultat såsom domslut, lagtext, beteenden och uttalanden etc. Den fjärde uppgiften är därför att vidareutveckla de rättsrealistiska förklaringsmodellerna i syfte att öka förståelsen av vad som i rättsteorin beskrivits som "paradigm of

complexity", vilket för mig är den gömda ordning där värden och föreställningar kommuniceras.[200]

Presentationen av analysen utifrån de fyra uppgifterna baseras på ambitionen att stegvis öka komplexiteten. Analysen av en uppgift möjliggör att vi kan öka komplexiteten i analysen av nästa uppgift o.s.v. Jag kommer följaktligen att kontinuerligt återkomma till de olika uppgifterna i en strävan om att efterhand närma mig helheten. För att underlätta förståelsen av hur stegringen sker kommer varje kapitel att inledas med en teoretisk och metodologisk introduktion.

Med utgångspunkt i huvuduppgiften, d.v.s. patentinstitutets realistiska innebörd och funktioner, kan det andra kapitlet beskrivas som ett bakgrundskapitel där jag kommer att beskriva den ideologiska kontext där patentinstitutet verkar. I kapitel tre kommer patentinstitutets teoretiska grundvalar att analyseras. Utifrån ett idéhistoriskt perspektiv fokuseras framställningen på olika föreställningar som verkar som patentinstitutets ändamål, skapar dess legitimitet i näringslivet och rättfärdigar institutet inom den juridiska professionen. Avsikten är att ge en relativt omfattande bild av både den rättsvetenskapligt och nationalekonomiskt orienterade patentteorin. I det fjärde kapitlet kommer patentinstitutets strategiska och strukturella funktioner inom det ekonomiska systemet att analyseras. Funktionerna kommer att beskrivas utifrån konkurrensrelationen mellan företag såväl som stater. Avsikten i kapitlet är att ge en bild av hur patentinstitutet såsom föreställningar/ideologier påverkar företagen, marknaderna och t.o.m. det marknadsekonomiska systemet. I det femte kapitlet är avsikten att vidareutveckla den kommunikativa förståelsen av patentinstitutet. Jag kommer här beskriva hur olika ideologier från den ekonomiska sfären kontinuerligt påverkar och omvandlar patentinstitutet. Särskild vikt kommer att läggas vid att analysera uppfinnings- och patentidéerna. Framträdande är också analysen av hur vissa värden och intressen outtalat och t.o.m. omedvetet ges företräde vad gäller inverkan på patentinstitutets omvandling inom den juridiska professionen. Kapitel fyra och fem utgör följaktligen arbetets viktigaste delar och kan beskrivas som var sitt ben i strävan efter att ge en bild av patentinstitutet i dynamiken mellan idé- och handlingssystem.

Uppdelningen i olika uppgifter gör det också möjligt att beskriva arbetets uppläggning på olika sätt. Om vi istället tar utgångspunkt i den an-

---

[200] Ost, François & van de Kerchove, Michel: Creation and Application of Law: A Circular Structure? s. 181 (1986).

dra och den tredje uppgiften, d.v.s. uppgiften att analysera den samhälleliga omvandlingen och de förhärskande ideologierna, kan kapitel två beskrivas som en teoretisk sondering där jag med utgångspunkt i företrädesvis ekonomisk teori kommer att ge en bild av dels de förhärskande ideologierna i det postindustriella samhället och dels ge en första inblick i hur man inom ekonomisk teori ser på teknik och även på rätten som drivkrafter för den ekonomiska omvandlingen. Kapitel tre kommer att fokuseras på patentinstitutet som ett mycket centralt exempel på hur rätten verkar som drivkraft för den industriella omvandlingen. Avsikten är att beskriva hur förståelsen av patentinstitutet allt sedan dess tillkomst varit integrerat med de förhärskande idéströmmarna i samhället. Analysen av de två uppgifterna kommer att fördjupas i framförallt det fjärde kapitlet där jag med utgångspunkt i den historiska materialismen närmare skall analysera de samhällsomvandlande drivkrafterna och mer i detalj presentera den förhärskande ideologi som jag valt att beteckna konkurrenskraftsideologin. Huvudsyftet i kapitel fyra är att utifrån en kunskapssociologisk analys påvisa hur rätten tillsammans med andra föreställningar verkar som en kommunikativ kunskapsprocess i dynamiken mellan handlings- och idésystem. I kapitel fem kommer den juridiska professionen att behandlas som ett eget handlingssystem, vilket påverkas av olika idésystem. Kommunikationen mellan det ekonomiska och rättsliga handlingssystemet kommer att analyseras utifrån inverkan av förhärskande ideologier.

Ser vi till den fjärde uppgiften – att utveckla de rättsrealistiska förklaringsmodellerna – kommer jag återknyta till de rättsrealistiska teorierna först i kapitel fem. Framställningen i kapitel två till fyra kan ses som en stegvis upptrappning i syfte att utveckla ett kommunikativt förhållningssätt till rätten och dess omvandling. I kapitel fyra kommer teorin om rätten som idésystem inom det ekonomiska handlingssystemet att utvecklas med utgångspunkt i framförallt den institutionella teorin inom nationalekonomin. I kapitel fem, där jag behandlar rättens funktioner i det rättsliga handlingssystemet, kommer de rättsrealistiska teorierna vidareutvecklas i ljuset av sociologiskt orienterade rättsteorier bl.a. utvecklade av Habermas, Luhmann och Teubner. Jag kommer här att analysera funktionen av rätten som en kunskapsprocess där föreställningar med ursprung inom olika idésystem kommuniceras.

Sammantaget kan vi konstatera att fullföljandet av de fyra uppgifterna ställer krav på teoretisk öppenhet, vilket inte bara metodologiskt utan även framställningsmässigt förutsätter en viss flexibilitet. För att inhämta

kunskap om de samhällsomvandlande processerna och om de förhärskande ideologierna i samhället kommer jag att hämta intryck från den ekonomiska, sociologiska och även filosofiska teoribildningen. Att dessa teorier utvecklats med utgångspunkt i andra rättsordningar än den svenska är oftast av mindre betydelse. Framställningsmässigt kommer jag i dessa delar att inta ett "västerländskt" förhållningssätt när jag presenterar analysen. Beträffande rättsteorier som exempelvis den rättsvetenskapliga patentteorin är situationen något mer problematisk. Trots patentinstitutets internationella karaktär och de internationella strävandena om harmonisering måste vissa av patentteorierna förstås med utgångspunkt i mer avgränsade rättskulturer och t.o.m. nationella rättsordningar. I de delar av analysen som jag mer konkret beskriver patentinstitutet kommer jag huvudsakligen att beskriva föreställningar eller beteenden inom den svenska "rättssfären". Presentationen av analysen av patentinstitutets funktioner kommer därför präglas av en varierande grad av öppenhet. Generellt kan sägas att ju mer konkreta rättsförhållanden som diskuteras, desto mer kommer analysen att avgränsas till svensk rätt och EG-rätt.

Kapitel 2

Innovationsverksamhet som förutsättning för samhällelig välfärd – en fråga om rättslig styrning?

"Huvuddragen i det industriella systemet är nu synliga. De flesta kommer att tycka att det är en skrämmande syn. Det är inte många som kommer nedvärdera komplexiteten i dess sannolika verkningar på samhället. Den ende som absolut måste ha fel beträffande det industriella samhället är den som försöker fälla ett enkelt omdöme om det." (Galbraith, John Kenneth. Den nya industristaten s. 254.)

2.1 Teoretisk sondering för ämnesmässig förförståelse

Patentinstitutets innebörd kan endast förstås utifrån den samhälleliga kontext institutet existerar inom. Varje aktör inom den juridiska professionen påverkas kontinuerligt, medvetet såväl som omedvetet, av sitt förhållningssätt till samhället och dess förändring. Omvänt är patentinstitutet en väl integrerad del i samhällsrelationerna och överväganden relaterade till patent utgör en del av vardagen för många aktörer. Koktvedgaard förklarar: "En tilbundsgående drøftelse af patentrettens almene begrundelse forudsætter derfor en almindelig debat om samfundsforholdene, fordelingen af livsgoderne og udjævning af de interessemodsætninger, der altid synes at være til stede mellem forskellige persongrupper."[1]

Särkilt intressant är hur allmänna föreställningar om samhället påverkar patentinstitutets omvandling och tillämpning inom den juridiska professionen. Habermas konstaterar när han beskriver "paradigm of law" att det är tydligt att den juridiske experten tolkar enskilda rättsliga argument "not only in the context of the legal corpus as a whole but also wit-

[1] Koktvedgaard, Mogens: Patentloven s. 14 (1971).

hin the horizon of a currently dominant preunderstanding of contemporary society."[2] Den omständigheten att den rättslige experten regelmässigt inte medvetandegör hur och i vilka avseenden han/hon påverkas innebär dessutom, enligt min mening, att han/hon är särskilt mottaglig för den *dominerande förförståelsen.*

2.1.1 Förförståelse, ideologi och teori

Gadamer beskriver förförståelse såsom "tyranny of hidden prejudices".[3] Applicerar vi detta hermeneutiska förförståelse-begrepp kan vi konstatera att varje person som analyserar en rättslig text kommer, för att förstå dess innebörd, att projicera innehållet mot egna såväl medvetna, som icke medvetna, bakgrundskunskaper etc.[4]

Förförståelsen skiljer sig självfallet mellan olika personer och mellan olika tidpunkter. Även på ett kollektivt plan befinner sig den dominerande förförståelsen i rörelse, dvs. den förändras över tiden. Förförståelse bland kollektiv av individer, exempelvis den juridiska professionen, består närmast av vissa gemensamma föreställningar avseende bakgrundskunskap etc. Begreppet är sålunda nära besläktat med ideologibegreppet, beskrivet av Althusser som "en avbildning av det imaginära förhållandet mellan individerna och deras reella existensbetingelser".[5] På motsvarande sätt som Althusser menar att ideologier är illusoriska till sin karaktär, menar Gadamer att förförståelsen baseras på gömda fördomar.

Ett centralt antagande i detta arbete är att de i samhället förhärskande ideologierna verkar som förförståelse i de rättsbildande och rättstillämpande processerna. Samtidigt verkar rättsliga frågeställningar som förståelse i managementprocesser etc. i näringslivet. Min ambition är att analysera dessa processer som element i en samhällsomvandlande kunskapsprocess där föreställningar om samhällsförhållanden verkar ideologiskt på rätten samtidigt som föreställningar om rätten verkar ideologiskt på samhällsförhållanden.

I detta kapitel skall jag närma mig den dominerande förförståelsen av samhället. Utgångspunkten för analysen är den nationalekonomiska teorin som jag menar är särskilt ideologiskapande i dagens samhälle. En mer ingående analys av olika teoriers implikationer på den förhärskande ideologin kommer att ske först i kapitel fyra och fem.

---

[2] Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s. 388 (1996, originalet från 1992).
[3] Gadamer, Hans-Georg: Truth and Method s. 270. (1993).
[4] A.a. s. 267.
[5] Althusser, Louis: Ideologi och ideologiska statsapparater s. 135 (1976).

2.1.2 Nationalekonomiska utgångspunkter för kapitlets uppläggning

Den nationalekonomiska teoribildningen har alltså, enligt min mening, en särställning som ideologiskapare. Sedan dess erkännande som vetenskaplig disciplin har nationalekonomin haft en nära relation till rättsbildningsprocessen. Smith betraktade, som tidigare framhållits, nationalekonomin som en gren av statsmannens och lagstiftarens vetenskap.[6] Jag menar att vi även idag för att förstå vilka föreställningar om samhälleliga förhållanden som påverkar rätten, har mycket att hämta genom att analysera nationalekonomisk teoribildning.[7] Även för att förstå *hur* teoribildning verkar ideologiskapande har vi mycket att hämta från nationalekonomin, just eftersom denna vetenskapsgren fokuserar på utvecklingens drivkrafter.

Dessa två, delvis skilda kunskapsintressen, där det ena är inriktat på vad som verkar ideologiskapande och det andra på hur detta sker, behandlas sammantaget i avsnitt 2.2 till 2.4. Angreppssättet, som kan tyckas vara oförsiktigt, är motiverat av huvudsyftet i kapitlet, nämligen att ge en introducerande bild av samspelet mellan teknisk utveckling och rättslig styrning som drivkraft för samhällelig utveckling och omvandling. Särskilt intressant är här den nya institutionella teorin som fokuserar på institutionernas betydelse för innovationsverksamhet.[8] Det är således betecknande för denna teoretiska förskjutning att man alltmer betraktar rätten i en institutionell kontext, där den verkar i interaktion med andra ideologiska processer.[9]

Vi kan inom den nya, mer dynamiskt orienterade, ekonomiska teorin urskilja två utvecklingslinjer som är av särskilt intresse; den ena fokuserar på den tekniska utvecklingen och den andra på spelregler och institutioner. Den första utvecklingslinjen kommer att behandlas i avsnitt 2.2 och den andra i 2.3. Förenandet av de två utvecklingslinjerna, som bl.a sker i teorier och diskussioner om forsknings- och näringspolitiken, kommer att behandlas i avsnitt 2.4.

---

6 Se ovan i not 38 och 182.

7 Jfr Possner, Richard: The Problems of Jurisprudence s.s. 353–392 (1990).

8 Williamson menar att man kan urskilja två huvudriktningar i den nya institutionella teorin. "The first of these paints on a very large historical canvas and emphasizes the institutional rules of the game: customs, laws, politics. The latter is much more micro-analytic and focuses on the comparative efficacy ..." Williamson, Oliver E: The Mechanism of Governance s. 93 (1996).

9 Detta förhållningssätt är tydligt hos bl.a. North som analyserar institutioner utifrån inverkar av "belief-systems". I sammanhanget finns det också anledning att ifrågasätta om den teoretiska förskjutningen inte innebär en renässans för klassiska ekonomer som Marx m.fl. Se vidare härom i 4.2.

Med utgångspunkt i denna nationalekonomiska sondering behandlar jag i avsnitt 2.5 vissa utmärkande karaktäristika för det postindustriella samhället, vilka följer av senare tids ideologiska förändringar. Avsikten är att såsom en bakgrund till den fortsatta framställningen fånga vissa centrala moment i ett modernt förhållningssätt till den industriella omvandlingen. Jag kommer att relatera konklusionerna av det förändrade nationalekonomiska förhållningssättet till de tre korrelerande begreppen kunskapsproduktionsfunktion[10], teknostruktur och teknikmarknader. Ett grundläggande antagande, som följer av denna korrelation, är att drivkrafterna måste analyseras i ett större perspektiv där spelregler inte endast utgör en förutsättning för konstruktiv utveckling utan också är nödvändiga för att förhindra destruktiv inverkan på samhället. I avsnitt 2.6 fokuserar jag därför på en sida av den samhälleliga förändringsprocessen som ekonomisk teori har en tendens att bortse ifrån. Jag tänker då på den allmänt humanistiska aspekten, ett fält där den tekniska utvecklingens risker och hot utgör ett centralt tema.

Kapitlet avslutas i avsnitt 2.7 med en diskussion om det ökande intresset för rättens drivkrafter som såväl institutioner som reglering. Avsikten är att påvisa hur detta ökande intresse utgör ett led i strävanden om individuell och kollektiv kontroll över kunskap och kunskapsprocesser. Två delvis skilda, men också interagerande, kollektiva intressen står därvidlag i centrum; kontroll för framgångsrik innovationsverksamhet respektive kontroll för att undvika de destruktiva sidor den tekniska utvecklingen för med sig.

2.2 Teoretisk uppgradering av teknikutvecklingens betydelse för ekonomisk tillväxt

Frågan om samspelet mellan industriell utveckling och ekonomisk tillväxt har varit föremål för diskussion inom den nationalekonomiska doktrinen allt sedan dess etablerande som en vetenskaplig disciplin under slutet av 1700-talet.[11] I de preciserade ekonomiska modellerna, som syf-

[10] Termen funktion används här i en särskild begreppsmässig kontext.

[11] Den teoretiska diskussionen om ekonomiska drivkrafter i samhällsbildningar kan visserligen härledas tillbaka till de stora grekiska filosoferna, i första hand till Aristoteles. Det egentliga genombrotten för den nationalekonomiska vetenskapen såsom en särskild disciplin anses emellertid föreligga först i slutet av 1700-talets England och sammanföll således med det industriella genombrottet. Det mest betydelsefulla verket av de klassiska nationalekonomer som verkade vid denna tid är Adam Smiths "Wealth of Nations". Se vidare Schumpeter, Joseph: De ekonomiska doktrinernas historia till sekelskiftet s.s. 11–13 (1957).

tar till att förklara olika förändringsprocesser och skapa underlag för politiska åtgärder etc., ansågs länge den tekniska utvecklingen givits en alltför undanskymd position. Den under nuvarande sekel förhärskande neoklassiska ekonomiska teorin[12] har också under de senaste decennierna kritiserats allt mer högljutt just för att betydelsen av den tekniska utvecklingen och den därpå följande industriella omvandlingen har underskattats.[13]

2.2.1 Kritik mot de neoklassiska tillväxtmodellerna

Företrädare för neoklassicismen tillerkänner visserligen teknologisk uppgradering av produkter och produktionsprocesser avgörande betydelse för nationalstaternas ekonomiska tillväxt, men vanligtvis endast som en bakomliggande och icke preciserbar faktor.[14] Den amerikanske ekonomen Samuelson, en av neoklassicismens förgrundsgestalter, har poängterat att "(i)f no invention had occurred perhaps Marx would have been proven correct in his prophesy of the falling rate of profit. But invention increased the productivity of capital and repealed the law of the falling rate of profit. In the race between diminishing returns and advancing technology, technology has won by several lengths."[15]

Enligt den traditionella neoklassiska tillväxtteorin är det den samlade s.k. *produktionsfunktionen* som utgör drivkraft för den nationella tillväxten. Man menar att det föreligger ett samband mellan resurstillskott, i första hand i form av naturresurser, arbete och kapital, och ökad tillväxt. Utöver dessa, som man menar är de väsentligaste produktionsfaktorerna, använder man sig av en s.k. teknikfaktor. Denna behandlades ursprungligen som en restpost. I den traditionella neoklassiska tillväxtmodellen förutsattes att det föreligger ett konstant flöde av tekniska förändringar där företaget tillgodogör sig de bäst lämpade lösningarna.

Som respons på den kritik som framförts har det visserligen skett ett antal försök att kvantifiera teknikfaktorn, vilket inom ramen för den neo-

---

[12] Såsom en sammanhållen teoribilding har neoklassicismen varit så dominerande att nationalekonomer vars arbeten baseras på neoklassiska modeller betecknas som "main stream economics". Självfallet finns det ett flertal antal olika inriktningar inom ramen för denna teoribildning. Keynesiansismen betraktas i vissa sammanhang som en egen teoretisk riktning i förhållande till neoklassicismen.

[13] En redogörelse härom finns i IVA-Rapport 383 Tekniken på väg in i ekonomisk teori (1990).

[14] Gille, Bertrand red: The History of Techniques, volume 2 Techniques and Sciences s. 889 (1986).

[15] Samuelson, Paul & Nordhous, Wiliam: Economics s. 792 (12 uppl. 1985).

klassiska teoribildningen givits beteckningen "growth accounting".[16] Genom förbättringar av ekonometriska metoder och det statistiska underlaget har beräkningarna av restposten förfinats och utvecklats i syfte att reducera osäkerheten om den tekniska utvecklingens betydelse.[17] Detta till trots menar emellertid många att det är tillväxtmodellen som sådan som saknar potential att förklara de bakomliggande faktorer som styr teknikfaktorn. Strävandet inom neoklassicismen att utforma jämviktsmodeller och att finna matematiskt påvisbara samband mellan olika faktorer medför att analyserna avgränsas till statiskt mätbara faktorer. Metodologiskt har, om än något hårddraget, den neoklassiska teoribildningen ansetts vara präglad av en strävan att framstå som den teoretiska fysiken inom samhällsvetenskapen, med all dess logiska elegans och matematiska formalism.[18]

Under de senaste decennierna har dock den tekniska utvecklingens dynamiska betydelse för industristaternas ekonomiska tillväxt givits en allt mer framträdande placering inom den nationalekonomiska diskursen.[19] Rosenberg menar att det skett ett teoretiskt uppvaknande avseende den tekniska utvecklingens betydelse, men att det alltjämt föreligger påtaglig osäkerhet om teknologins drivkrafter i sig, dess förutsättningar, möjligheter och begränsningar.[20] "I am suggesting that in a world where rapid technological change is taking place we may need an analytical apparatus which focuses in a central way upon the process of technological change in itself, rather than treating it simply as an exogenous force which leads to disturbances from equilibrium situations and thereby sets in motion an adjustment process lead to a new equilibrium."[21]

---

[16] Betydelsefull för denna utveckling var bl.a. Arrow, Kenneth: Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention s.s. 609–626 (1962).

[17] Matematiska mätningar av kvalitativa moment sker inom ramen för den numer så uppmärksammade produktivitetsforskningen. Nationalekonomer med teorier inom produktivitetsforskningen gör gällande, visserligen med viss friskrivning, att man nått så långt att den berömda restposten i princip inte existerar. Se Hjalmarsson, Lennart: Teorier och metoder i forskning om produktivitet och effektivitet med tillämpning på produktion av tjänster s.s. 103–104 (1991).

[18] Freeman, Christopher: Introduction s. 3 i Techncal Change and Economic Theory (1988).

[19] En kortfattad redogörelse om utvecklingen finner vi i Granstrand, Ove: Economics of Technology – An Introduction and Overview of a Developing field s.s. 1–24 (1994). Jfr även Vernon, John: The Technology Factor in International Trade s. 1 (1970). Rosenberg, Nathan & Mowery, David: Technology and the Pursuit of Economic Growth s. 3 (1989).

[20] Rosenberg, Nathan: Models Incorporating Technology Factor, comments s. 70 (1970).

[21] A.a. s.s. 69–70.

2.2.2 Schumpeters "creative destruction" och den dynamiska omvandlingen av ekonomisk teori

Enligt Rosenberg har ekonomisk teori i första hand att fokusera på omvandlingsprocessen i sig. Därmed har äldre teoribildare som tidigare frånkänts mer ingripande betydelse åter lyfts fram i ljuset. Det mest framträdande exemplet är Schumpeter, vars teorier tar sikte på den drivkraft som emanerar ur vad han kallar *kreativ förstörelse.*[22] Kortfattat består teorin av idén att nya innovationer omvandlar och slår ut äldre verksamheter för att ersätta dem med nya. Teknikutvecklingen är enligt Schumpeter en dynamisk kraft som möjliggör innovationer; det skapas nya produkter och produktionsprocesser, nya marknader öppnas och sektorer omvandlas.[23] Innovationsverksamhet betraktas som en integrerad och drivande kraft i det marknadsekonomiska systemet.[24] Schumpeter gör en klar distinktion mellan teknisk utveckling i sig (invention) och den marknadsmässiga innovationsverksamheten. "It is entirely immaterial whether an innovation implies scientific novelty or not. Although most innovations can be traced to some conquest in the realm of either theoretical or practical knowledge that has occurred in the immediate or the remote past, there are many which cannot."[25] Den samhällsekonomiska drivkraften består enligt Schumpeter i att framgångsrika innovationer blir föremål för imitation och härigenom sprids inom olika delar av näringslivet.[26] I och med att andra företag får tillgång till tekniken ökar investeringarna, vilket resulterar i ekonomisk tillväxt för nationalstaten.[27]

---

[22] Det teoretiska erkännandet av tidigare alster med dynamisk inriktning, av bl.a. Schumpeter, har bidragit till ett ökat intresse inom den ekonomiska teorin av att analysera den tekniska utvecklingen och i synnerhet innovationsverksamheten som oregulär och icke mätbar faktor för ekonomisk utveckling. Schumpeters två mest uppskattade verk är Business Cycles (1939) och Capitalism, Socialism and Democracy (1956). En annan ekonomisk teoretiker som åter kommit att uppskattas är Thorstein Veblen. Hans mest diskuterade alster är The Theory of the Leisure Class (1925).

[23] Schumpeter, Joseph. Business Cycles vol 1 s. 84 (1939).

[24] A.a. s.s. 86–87. Jfr även a.a vol. 2 s.s 1020–1021.

[25] A.a. vol. 1 s. 84.

[26] A.a. s. 100.

[27] Vid ekonomiskt historiska analyser av de nordiska ländernas industrialisering har det visats att den i höggrad möjliggjordes genom framgångsrik imitation av utländsk teknik, i synnerhet brittisk. Se redogörelser härom i Fritz, Martin: British Influence on Developments in the Swedish Foundry Industry around the turn of the Eighteenth Century s.s. 59–72 (1992). Adamson, Rolf: Borrowing and Adaption of British Technology by the Swedish Iron Industry in the Early Nineteenth Century s.s 95–134 (1992). Jörberg, Lennart: The Diffusion of Technology and Industrial Change in Sweden during the Nineteenth Century s.s. 185–200 (1992). Wohlert, Claus: The Introduction of the Bessemer Process in Sweden s.s. 295–306 (1992).

Allt fler studier inriktas numer mot innovationsverksamhet. Den kommersiella kreativiteten att omsätta tekniska idéer framstår som det dynamiska moment som genererar ekonomisk expansion och samhällelig omvandling. Den svenske schumpeterianen Dahmén har på senare år fått något av ett internationellt genombrott.[28] Hans mest uppmärksammade bidrag är teorin om att innovationsverksamhet sker i *utvecklingsblock* och att teknisk förändring skapar ett *omvandlingstryck*. Tekniska framsteg eller genombrott vid ett visst skede är, för att vara exploaterbara, beroende av tekniska framsteg även inom andra områden. Detta sammanhänger enligt Dahmén bl.a. med att också investeringar sker i block, d.v.s. en investering i ett nytt projekt genererar nya investeringar.[29] Konklusionen är att innovationer måste vara samspelta med andra innovationer för att resultera i omvandling av näringslivet.[30] Själva omvandlingen består av tre olika processer: utslagning av gammalt, tillskapandet av nytt, samt överföring av resurser. Omvandlingstrycket är således den hastighet under vilka dessa tre processer verkar.

Det i dagsläget mest uppmärksammade exemplet på kreativ förstörelse och utveckling i utvecklingsblock är datoriseringen av det industriella samhället. Samspelet mellan utvecklingen inom hårdvaru- respektive mjukvarusidan kan anses utgöra ett tydligt exempel på utvecklingsblock. Omvandlingstrycket är oerhört högt och nya landvinningar inom området fortsätter att förändra det sätt på vilket vi arbetar, skapar och kommunicerar. Datateknikens intåg i det industriella systemet anses av Freeman, en evolutionär teoretiker i schumpeteriansk anda, utgöra ett så avgörande teknologiskt genombrott att man kan tala om en övergång till ett "information technology paradigm".[31] Datateknikens kommersiella implikationer är inte begränsade till tillämpning inom vissa varu- och tjänstemarknader utan resulterar i kontinuerlig utveckling inom hela näringslivet. Det marknadsmässiga inträdet av datatekniken är i enlighet med Freemans teorier jämförbart med ångmaskinens och sedermera

---

[28] Dahméns arbeten anses i flera avseenden ha vidareutvecklat Schumpeters idéer om innovationsverksamhet. Precis som Schumpeter har Dahmén ett förflutet som ekonomisk historiker. Dahmén är kritisk mot Schumpeter för att han inte fullföljde implikationerna av sina egna teser. Han anser att Schumpeter var för låst vid det statiska equilibrumet. Dahmén, Erik: Economic-Structural Analysis s. 20 (1991).

[29] Dahmén relaterar innovationen och entreprenörens dynamiska funktion till felinvesteringen. Dahmén, Erik: Economic-Structural Analysis s. 12 (1991).

[30] Dahmén, Erik: Notes on the Concept Development Block and Industrial Transformation s. 63 (1991). Se även Dahmen, Erik: Towards Research on the Technology of Economic Development s. 419 (1994).

[31] Freeman, Christopher & Perez, Carlota. Structural Crises of Adjustment s. 60 (1988).

elektricitetens revolutionerande omvandling av näringslivet. Relaterat till samhället beskrivs den nu pågående omvandlingsprocessen ofta med att vi befinner oss i en brytningstid där det industriella välfärdssamhället övergår till vad som kan betecknas ett neoindustriellt kunskapssamhälle.

Även politiskt har dessa mer dynamiska teorier fått inflytande.[32] Den kanske viktigaste politiska slutsatsen utifrån Schumpeters teorier är att nationell konkurrenskraft i första hand är relaterad till den inhemska ekonomiska situationen, där den viktigaste faktorn för ekonomiskt välmående är förekomsten av industriell innovationsverksamhet [33] De mer "mogna" industriella staternas konkurrenskraft anses också i allt högre grad vara beroende av förmågan till industriell förnyelse i expansiva branscher.[34] Den pågående debatten präglas av uppfattningen om att kopplingen mellan vetenskap och marknad blir alltmer betydelsefull.[35] Möjligen har inte tillräckligt stor vikt lagts vid den "kreativa förstörelsens" negativa sida. Den högteknologiska omvandlingen av industrisamhället innebär inte att endast enstaka produkter och tjänster utkonkurreras, utan att t.o.m. hela näringsgrenar slås ut. Denna "kreativa" utslagning innebär att vi aldrig kan upphöra i vår strävan att vara mest högteknologisk. Industrinationerna precis som företagen anses vara beroende av att verka för förnyelse och bättre konkurrenskraft.[36]

Inom den ekonomiska teorin såväl som inom politiken fokuserar man alltmer mot innovationsprocessen som förutsättningen för konkurrenskraft på såväl företags- som nationalstatsnivå. Drivkrafterna för själva innovationsverksamheten blir därmed en mycket central frågeställning. Inom den ekonomiska skolbildning som i schumpeteriansk anda betecknas som evolutionär menar man att analysen bör fokuseras kring "how the broader institutional context shapes and constrains corporate strategies and organizational change".[37]

---

[32] Beräkningar av betydelsen av innovationsverksamhet för amerikansk ekonomisk tillväxt visar att innovationsverksamhet svarar för mellan 30% och 70%. Grabowski, Henry & Vernon, John: The Impact of Regulation on Industrial Innovation s. 1 (1986).

[33] A.a. s. ii.

[34] Ds 1992:109 R&D for Swedish Industrial Renewal, a study for policy markers and industry stategists s.s. 16–17.

[35] Ett betydelsefullt bidrag var bl.a. Nelson, Richard: The Simple Economics of Basic Scientific Research. s.s. 297–306 (1959).

[36] Se exempelvis Soete, Luc: International Competitiveness, Trade and Technology Policies s.s. 355–374 (1994). Wheelwright, Steven: Restoring the Competitive Edge in U.S. Manufacturing s.s. 83–85 (1987). Piatier, A: Barriars to Innovation s.s. 192–204 (1984).

[37] Dosi, Giovanni & Malerba, Franco: Organizational Learning and Institutional Embeddedness s. 1 (1996).

2.3 Teorier om institutioner och reglering som drivkraft för industriell omvandling

På senare tid har det således skett en intresseförskjutning inom den ekonomiska vetenskapen mot mer dynamiska teorier. Denna förskjutning har inneburit att normsystem under beteckningar som institutioner, spelregler, reglering etc. givits en mer framträdande position som drivkraft för ekonomisk utveckling och omvandling.

2.3.1 Marknadens normsystem som spelregler

Modernare ekonomiska innovationsteorier, som givits benämningen *evolutionära*, hävdar att den industriella omvandlingen är relaterad till företagens förmåga att introducera innovationer i samspel med det *institutionella regelsystemet.*[38]

I ekonomiskt teoretiska sammanhang analyseras inverkan från olika normsystem ofta utifrån vad som betecknas som institutioner. Begreppet institution innefattar i dess abstrakthet olika former av normsystem i en särskild struktur, organisation etc.[39] Det kan vara fråga om allt från de finansiella marknadernas struktur till vetenskapssamhällets tillämpade normsystem. Den ekonomiske teoretikern North förklarar att "(i)nstitutions are made up of formal rules (constitutions, statute and common laws, regulations), informal constraints (conventions, norms of behavior, and self imposed codes of conduct), and their enforcement characteristics."[40] Institutionsbegreppet representerar såväl rättsliga som utomrättsliga normsystem i en funktionell kontext.[41]

Institutionernas främsta funktion anses i dessa sammanhang vara att minska osäkerheten i relationen mellan människor. I denna vida kontext

---

[38] Se om denna utveckling i samlingsverket Dosi, Freeman, Nelson, Silverberg & Soete (red): Technical Change and Economic Theory (1988). En kortfattad redogörelse för de nya evolutionära teorierna finner vi också i Nelson, Richard: Economic Growth via the Coevolution of Technology and Institutions s.s. 21–32 (1994).

[39] North, Douglass C: Institutionerna, tillväxten och välståndet s. 20 (1993).

[40] North, Douglass C: Economics and Cognitive Science s. 2 (1996). Citatet förekommer också i not 21 i kapitel 1.

[41] Institution är visserligen ett vanskligt begrepp som används i olika sammanhang i den ekonomiska disciplinen. Inom sociologin beskrivs institutioner som ett system av positioner och roller vilka karaktäriseras av viss beständighet medan individerna som besitter dessa kontinuerligt byts ut. Se Boglind, Anders: Strukturalism och funktionalism s.43 (1993). Jfr även Liedman, Sven-Eric & Olausson, Lennart: Ideologi och Institution s. 10 (1988).

verkar institutioner således på motsvarande sätt som spelregler.[42] Begreppet spelregler är centralt i den ekonomiska teorins förklaringsmodeller om rättens och andra normsystems ekonomiska betydelse.[43] Med spelregler avses bl.a. stiftad lag, sedvanerätt, privaträttsliga kontrakt, moralnormer och konventioner som inverkar på olika aktörers agerande i en särskild kontext. Spelreglerna precis som institutionerna måste således förstås i samspelet mellan system och miljö.[44]

Oavsett om man analyserar den industriella omvandlingen utifrån ett institutionellt eller spelregelsrelaterat synsätt, har det blivit alltmer uppenbart att innovationsverksamheten som drivkraft är beroende av förekomsten av olika offentliga ingripanden. Vid analys av spelreglernas ekonomiska betydelse framträder statsmaktens roll som garant för upprätthållandet av rättsliga normer genom dess rättsordning som det mest gripbara. Det har t.o.m. hävdats att utvecklingen från envälde till välfärdsstat präglas av samhällsmedlemmarnas lojalitet i förhållande till de av statsmakten uppställda spelreglerna.[45] North menar i sina tidigare alster att det är statsmaktens omorganisering av äganderätten som utgör det viktigaste bidraget till industriell utveckling.[46] Han går t.o.m. så långt att han hävdar att funktionen av det rättsliga normsystemets omorganisering utgjort den progressiva motorn i utvecklingen och t.o.m. varit grunden för industriella revolutioner.[47]

North betraktar följaktligen statsmaktens omorganisering av äganderättsinstitutet som drivkraft utifrån ett marknadsfunktionellt perspektiv. Förändringar i såväl rättssystem som miljöer resulterar i förändringar avseende vilka som har rätt att äga, vad som kan vara föremål för ägande och vad äganderätten innebär i den särskilda relationen. Det har hävdats att den första med industrialiseringen förknippade omorganiseringen av äganderätten avsåg inordnandet av rätten till kapitalet som produktionsfaktor. Ett viktigt exempel är betydelsen av de bolagsrättsliga regler som kvalificerade bolaget till ett självständigt rättsligt subjekt med egen för-

---

[42] North, Douglass C: Where have we been and where are we going? s. 6 (1996).

[43] Se exempelvis Narin, Francis: Technology Indicators and Corporate Strategy. s.s. 19–23 (1993).

[44] Jfr Febbrajo, Alberto: The Rules of the Game in the Welfare State s. 137 (1985).

[45] Sejersted, Francis: Demokratisk kapitalisme s. 251 där han hänvisar till Fredrik Stang och Ulf Torgersen (1993).

[46] North fokuserar i sina senare teorier mer på betydelsen av hur olika rättsliga innovationer verkar som drivkraft. Se exempelvis North, Douglass: The Evoluton of Effecient Markets in History s.s. 2–3 (1994).

[47] North, Douglass & Thomas, Robert. Västerlandets uppgång s. 201 (1993).

mögenhetsmassa.[48] Samspelet mellan äganderätten och innovationsverksamhet anses utgöra ytterligare en förskjutning av äganderättens innebörd som ett led i den industriella omvandlingen. "Utvecklingen av en incitamentstruktur genom patentlagar, lagar om företagshemligheter och andra lagar ökade avkastningen för innovationer och medförde också att det växte fram en uppfinningsindustri som integrerade i den ekonomiska utvecklingen i Västerlandet under nyare tid. Detta utgjorde sedan basen för den andra industriella revolutionen."[49]

I dagens kunskapsorienterade samhälle, där förutsättningarna att skapa uthålliga komparativa fördelar framstår som alltmer förknippade med möjligheterna att få tillgång till och att bevara ny teknik, har den institutionella och evolutionära teorin således alltmer kommit att fokuseras på *spelreglernas funktion för kunskapsselektion.*[50] Särskilt har framhållits statsmaktens medvetna ingripande, syftande till att skapa incitament för innovationsverksamhet och för att ny kunskap sprids inom näringslivet.[51] Spelreglernas och institutionernas funktion för att skapa och förhindra kunskapsmonopol blir härvidlag allt väsentligare.[52]

Svårigheten är att avgöra vilka spelregler och institutioner som stimulerar utvecklingen i en positiv riktning.[53] Vilka regler främjar innovationsverksamhet och den därmed förknippade konkurrenskraften? "Även om det intuitivt är lätt att förstå spelreglernas betydelse är det emellertid svårare att förutsäga, ex ante, vilka typer av regler som befrämjar respektive förhindrar den tekniska utvecklingen."[54] North påtalar i detta sammanhang att en grundläggande brist inom den ekonomiska teo-

---

[48] Se bl. a. Collin, Sven-Olof: Aktiebolagets kontroll s.s. 22–23 (1990). Jfr även Hydén & Andeberg: Rätten i förvandling s. 217 (1995).

[49] North, Douglass C: Institutionerna, tillväxten och välståndet s. 117 (1993). Beträffande det andra industriella genombrottet som anses vara kring 1880 och 1900 se bl.a. Heckscher. Eli F: Industrialismen, den ekonomiska utvecklingen sedan 1750 s. 229 (7 uppl. 1964). Rosenberg, Nathan & Birdzell: Västvärldens väg till välstånd s. 257 (1991).

[50] Se exempelvis Ginsburg, Douglas: Antitrust, Uncertainty and Technological innovation s.1 (1980). Rosenberg, Nathan & Mowery, David: Technology and the pursuit of Economic growth s. 293 (1989). Jfr även Ohlsson, Lennart. Sverige som innovativ industrimiljö, en idéskrift om framtiden s. 33 (1993).

[51] Jfr Rosenberg, Nathan: Science–Technology–Economy Interactions s.336 (1994).

[52] Jfr IVA: Tekniken på väg in i ekonomisk teori s. 22 (1990). Grönbok om innovation, EU Bull. Suppl. 5/95 s. 22.

[53] Se exempelvis Jorde, Thomas & Teece, David: Innovation and Cooperation: Implication for Competition and Antitrust s.s. 75–96 (1990).

[54] IVA-Rapport 383. Tekniken på väg in i ekonomisk teori s. 23 (1990).

rin är att "the explanations lack both analytical content and understanding of the nature of institutions or the way they evolve."[55]

2.3.2 Offentlig reglering för konkurrenskraft

2.3.2.1 Begreppet reglering och dess värdemässiga belastning

Termen *reglering* används i ekonomiska sammanhang i sin vidaste begreppsmässiga innebörd som beteendekontroll.[56] Ofta används emellertid termen i en avsevärt mer begränsad kontext, där det som begrepp sätts i relation till termen avreglering.[57] Reglering är i denna begreppsmässiga relation en beteckning för ingripanden från statsmaktens sida som hämmar fri konkurrens.[58] Till skillnad från termerna spelregler och institutioner anknyter således begreppet, i vart fall underförstått, till Smiths klassiska ställningstagande om den osynliga handen.[59] Denna Smiths metafor har såsom förförståelse inom ekonomisk teori en djupare närmast gudomlig innebörd.[60] Samuelson och Nordhaus tydliggör detta väl när de anser sig fånga essensen i Smiths budskap med följande uttalande: "You think you are helping the economic system by your well-meaning laws and interference's. You are not. Laissez-faire, let be, hands off. The oil of self-interest will keep the economic gears working in almost miraculous fashion. No one need plan. No sovereign need rule. The market will answer all things."[61]

Reglering diskuteras således utifrån ett marknadsekonomiskt idealtillstånd förknippat med individuell frihet och respekt för den individuella viljan.[62] Hayek anses vara en av de mest betydelsefulla ekonomer som systematiskt försökt presentera en ekonomisk teori som baseras på fundament som privat ägande, fria marknader och minimal inblandning från

---

[55] North, Douglass C: Where have we been and where are we going? s. 5 (1996).

[56] Ogus, Anthony: Regulation – Legal Form and Economic Theory s. 1 (1994).

[57] I ekonomisk teori innefattar reglering alltid någon form av kontroll från överordnad maktsfär, privat såväl som offentlig. Ogus, Anthony: Regulation – Legal Form and Economic Theory s. 2 (1994).

[58] Se exempelvis Ds Fi 1986:15 Regleringar och teknisk utveckling, rapport till expertgruppen för studier i offentlig ekonomi s.s. 91–92.

[59] Smith nämner visserligen termen "invisible hand" endast i förbigående. Se Smith, Adam: An Inquiry into the Nature of the Wealth of Nations s. 292 (1993, originalet från 1776).

[60] Särskilt belysande för denna utveckling är Smiths beskrivning av egennyttans betydelse. Smith, Adam: Folkens välstånd volym II s.s 19–20 (1911, originalet från 1776). Smith, Adam: Den osynliga handen s.s. 183–184 (1994, originalet från 1776).

[61] Samuelson, Paul & Nordhaus, William: Economics s. 760 (1985, 12 uppl.).

[62] Sunstein, Cass R: After the Rights Revolution s. 36 (1990).

statsmakten.[63] Enligt Hayek måste den reglering som införs av det offentliga stå tillbaka för den reglering som aktörer på marknader anser skall föreligga, en s k "spontaneous order".[64] I denna spontana ordning innefattar dock Hayek privaträttslig reglering som emanerar ur såväl lagstiftning som domstolsavgöranden.[65]

Det begreppsmässiga förhållandet mellan reglering och avreglering är, i enlighet med den marknadsliberala idétraditionen, något förvirrande. Reglering används i spänningsfältet mellan å ena sidan föreställningen om reglering som uttryck för marknadskrafternas åsidosättande och å andra sidan föreställningen om lagstiftning som reglering. Förvirringen förstärks av den anglo-amerikanska rättstraditionens inflytande på den ekonomiska teorin, enligt vilken reglering ofta sätts i relation till "common law".[66] Uppenbart i sammanhanget är att inte ens de mest långtgående marknadsliberalerna anser att alla rättsregler är negativa för marknadsekonomin. Detta följer redan av den betydelse äganderätten tillmäts för det marknadsekonomiska systemet.

Den ekonomiska diskussionen om regleringens betydelse präglas alltför ofta av basala och förenklade föreställningar om ekonomisk organisation och samhällelig styrning.[67] I dagens ekonomiska teorier där betydelsen av reglering för industriell omvandling ges allt större utrymme förefaller dock diskussionen bli alltmer nyanserad. Sunstein konstaterar exempelvis att även om "individual freedom is the goal, laissez-faire is not the solution".[68] Det blir således alltmer uppenbart även inom ekonomisk teori att en avreglerad marknad kräver mer reglering, för att upprätthålla konkurrens etc., än vad som är fallet på en marknad med statsmonopol.[69]

2.3.2.2 Reglering för effektivitet

Inom den ekonomiska vetenskapen har det utvecklats en särskild rättsekonomisk disciplin som fokuserar på regleringars effektivitet.[70] Regle-

---

[63] Tomlinson, Jim: Hayek and the market s. viii (1990).
[64] Hayek, Friedrich: Law, Legislation and Liberty s. 66 (1979).
[65] A.a.
[66] Possner, Richard: Economic Analysis of Law s. 367 (4 uppl. 1992).
[67] Se exempelvis Fölster, Stefan: Konsten att (av)reglera i samhällets tjänst s. 9 (1994).
[68] Sunstein, Cass R: After the Rights Revolution s. 42 (1990).
[69] Jfr även Sandgren, Claes: Utvecklingstendenser inom avtalsrätten s. 91 (1993).
[70] För en allmän överblick över utvecklingen inom det rättsekonomiska ämnet se Mercuro, Nicholas & Medema, Steven: Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism (1997).

ring analyseras utifrån dess resursallokering. I enlighet med neoklassisk mikroteori bedömer man bl.a. om regleringen är Pareto-optimal, d.v.s. man bedömer regleringens effektivitet utifrån antagandet om att regleringen skall resultera i att ingen skall få det sämre samtidigt som andra får det bättre.[71] Såsom effektivitetsbegrepp har visserligen Pareto-optimalitetet ifrågasatts även inom rättsekonomin då det anses fokusera alltför mycket på den individuella nyttan och anses mer lämpat för kontraktsanalyser. "Almost by definition, a voluntary contract produces a Pareto improvement. A system has become Pareto-optimal if it is not possible to make any change in the status quo without making at least one person worse off. Some forms of contemporary regulation are justifiable as means of making Pareto improvements; most are not, because they produce losers as well as winners."[72] Som utgångspunkt för effektivitetsanalyser av reglering förespråkas därför istället, bl.a. av Posner, det s k Kaldor-Hicks-kriteriet. "When an economist says that free trade or competition or the control of pollution or some other policy or state of the world is efficient nine times out of ten he means Kaldor-Hicks efficient."[73] Enligt Kaldor-Hicks-kriteriet bedöms förändringar i reglering som effektiva om man med hypotetiska kompensationer kan förhindra att någon får det sämre samtidigt som några får det bättre.[74]

Den rättsekonomiska teorin präglas av förhållningssättet till de två icke önskvärda tillstånden "marknadsmisslyckanden" och "regleringsmisslyckanden". Särskilt framträdande är det traditionella marknadsliberala förhållningssättet till reglering som misslyckanden. Reglering som företeelse har beroende på bristande effektivitet ansetts resultera i minskad produktivitet, inflation, arbetslöshet etc.[75] Samtidigt har vi den mer regleringsvänliga traditionen inom rättsekonomin som fokuseras kring reglering för undvikande av marknadsmisslyckanden. "Government regulation preventing monopolistic behavior or cartels – like the basic rules of contract, tort, and property – is designed to ensure a well-function market."[76]

Ett traditionellt marknadsliberalt förhållningsätt resulterar i distinktionen mellan konkurrenshämmande och konkurrensfrämjande regle-

---

[71] Posner, Richard: Economic Analysis of Law s. 13 (4 uppl. 1992).
[72] Sunstein, Cass R: After the Rights Revolution s. 34 (1990).
[73] Posner, Richard: Economic Analysis of Law s. 14 (4 uppl. 1992).
[74] A.a. s. 13.
[75] Sunstein, Cass R: After the Rights Revolution s. 32 (1990).
[76] A.a. s. 48.

ringar. Konkurrenshämmande är sådana regleringar som hindrar etablering, import, prissättning och annan näringsutövning i olika avseenden. Konkurrensfrämjande regleringar däremot syftar till att hindra etablering av monopol och karteller och till att undanröja otillbörliga beteenden på marknaden.[77] Det ökade intresset för betydelsen av högteknologisk utveckling som konkurrenskraft har dock kommit att påvisa att en sådan distinktion är alltför förenklad.[78] Konkurrenskraftsfrämjande reglering är följaktligen inte längre detsamma som konkurrensfrämjande reglering.[79]

2.3.2.3 Reglering för kunskapsselektion

Studier om regleringens inverkan för innovationsverksamhet pekar på betydelsen av offentliga ingripanden för att stödja kunskapsproduktion, kunskapsspridning etc.[80] Särskilt intresseväckande i förhållande till Hayeks och andra traditionellt marknadsliberala ställningstaganden är de nyare teoretiska studier som visar hur reglering, exempelvis om miljö- och säkerhet, kan generera teknisk expansion och innovationsverksamhet i näringslivet. Porter framhåller vikten av statsmaktens stimulerande och även reglerande åtgärder i förhållande till det inhemska näringslivets innovationsverksamhet.[81] Statsmakten har enligt Porter ett politiskt ansvar för att skapa gynnsamma villkor för näringslivet, bl.a. genom delaktighet i forskning och utveckling, stimulerandet av tidig efterfrågan av avancerade produkter och tjänster, strikta säkerhets- och miljöföreskrifter, samt ingripande för vitaliserande konkurrensmiljöer.[82] Porter instämmer delvis i den traditionellt liberala uppfattningen att marknadsreglering i olika avseenden kan underminera företagens konkurrenskraft. Han understryker dock att fallet ofta kan vara det motsatta om statsmaktens inblandning präglas av förutseende av den framtida utvecklingen. Reglering som enligt Porter kan verka långsiktigt gynnsamt för näringslivets konkurrenskraft kan delas in i två huvudtyper, varav den ena relaterar till produktstandarder och den andra till konkurrens.[83]

---

[77] Fölster, Stefan: Konsten att (av)reglera i samhällets tjänst s.10 (1994). Jfr även Krueger, Anne: The Political Economy of the Rentseeking Society s.s. 291–303 (1974).

[78] Se bl.a. Jorde, Thomas & Teece, David: Innovation and Cooperation: Implication for Competition and Antitrust s.s. 89–93 (1990).

[79] Jfr dock om konkurrensbegreppets förändrade innebörd i avsnitt 4.3.

[80] Se bl.a. Petraf, Margaret: The Cornerstones of Competitive Advantage: A Resource-Based View s. 187 (1993).

[81] Porter, Michael: The competitive advantage of nations s. 6 (1990).

[82] Sölvell, Zander & Porter: Advantage Sweden s. 233 (1991).

[83] Porter, Michael: The competitive advantage of nations s. 647 (1990).

En generell trend inom ekonomisk teori som alltmer även präglar rättsekonomin är föreställningen om nödvändigheten av offentlig planering och reglering för nationalstatens högteknologiska konkurrenskraft. Denna föreställning förstärks av den mikroekonomiska insikten om att reglering som statlig intervention kan verka som spelregler, vilka förändrar beteenden i en riktning som företagen själva önskar men beroende på konkurrenssituationen inte ansett vara möjligt. "Here the shield of the law removes psychological pressures and thus helps people do what in fact they want to do."[84] Frågan är följaktligen vilken reglering som stimulerar nyskapande av kunskap och spridningen av kunskap inom det inhemska näringslivet.

2.3.3 Rättens funktioner för "corporate governance"

Föreställningen om reglering som ett instrument för att skapa ett omvandlingstryck inom näringslivet blir således alltmer förekommande inom ekonomisk teori. Denna förskjutning mot ett dynamiskt förhållningsätt påvisar också komplexiteten angående vilken reglering som verkar konstruktivt. North menar att den ekonomiska teorin hittills präglats av en avsaknad av insikt om själva processen där normer interagerar i det ekonomiska systemet.[85] Redan detta uppmärksammande innebär att den ekonomiska vetenskapen närmar sig rättsteorin.

Denna teoretiska förskjutning inom nationalekonomin är i och för sig inte enbart ett nytt fenomen, utan kan härledas till tidigare teoretiska insatser.[86] Ett exempel på ett arbete med stort inflytande både inom ekonomisk teori och rättssociologi är studien "The Modern Corporation and Private Property", publicerad år 1932 av juristen Berle och ekonomen Means.[87] I studien analyserar författarna hur ett fåtal personer av företagsledare och kapitalägare genom att utnyttja de möjligheter som bolagslagstiftningen erbjöd, alltmer kontrollerade näringslivet.[88] Arbetet är banbrytande inom den mikroekonomiska teoribildning som analyserar "corporate governance". Det kanske mest betydelsefulla bidraget för ut-

---

[84] Sunstein, Cass R: After the Rights Revolution s. 51 (1990).

[85] North, Douglass C: Where have we been and where are we going? s. 5 (1996).

[86] Möjligen är det t.o.m. så att man bör betrakta Berle och Means som kulmen på en "rättssociologisk" debatt som kan härledes via Karl Marx m.fl. ända tillbaka till Adam Smith.

[87] Sjernquist, Per & Widerberg, Karin: Rätten i samhällsbyggandet s. 12 (1980). Se även Collin, Sven-Olof. Aktiebolagets kontroll s.s. 5–6 (1990).

[88] Se Berle, Adolf & Means, Gardiner: The modern corporation and private property bl.a. s.s 127–152 (1947, originalet från 1932).

vecklingen i denna riktning är emellertid The Nature of the Firm från 1937 av Coase. Arbetet utgör ett väsentligt bidrag till en framväxande kontraktsteori, enligt vilken ekonomin är organiserad av kontraktuella relationer mellan aktörer.[89]

I den nyare institutionella teorin analyseras företagens "corporate governance system" utifrån inverkan av institutioner, spelregler och reglering. "At a fundamental level, corporate governance is concerned with the relationship between the internal governance mechanism of corporations, and society's conception for the scope of corporate accountability."[90] Särskilt intressant för detta arbete är de teorier som fokuserar på kontrollen över teknik och kunskap. Bland dessa har företaget i sig ansetts utgöra ett "governance system" vilket såsom hierarki kontrollerar olika kunskapstransaktioner.[91] I linje med denna teoretiska utveckling har också intresset ökat avseende patentinstitutets strategiska funktioner.[92]

Utmärkande för den teoribildning inom industriell organisation som ovan betecknats evolutionär är att man utvecklat en "competence-based theory of the firm".[93] Inverkan av olika försök att styra och påverka näringslivet betraktas inte utifrån olika antaganden om rationella beteenden, utan i stället från de ekonomiska aktörernas förmåga till inlärning med ledning av resultatet av erfarenheter, kompetens och rutiner. "Learning is local, being highly affected by the cognitive frames and actual competence's of firms, and is cumulative in that it builds on what has been already learn."[94] Patentinstitutets funktioner måste analyseras utifrån förutsättningarna hos den specifika ekonomiska aktören att tillgängliggöra patentinstitutets möjligheter i den specifika ekonomiska kontext aktören befinner sig. Samspelet mellan statsmaktens styrning och företagens förmåga att utnyttja möjligheter, skapade av statsmakten, har i en-

---

[89] För en närmare redogörelse av de teorier som vuxit fram om företaget se Knudsen, Christian: Theories of the Firm, Strategic Management, and Leadership s.s. 179–217 (1995).

[90] Deakin, Simon & Hughes, Alan: Comperative Corporate Governance: An Interdisciplinary Agenda s. 2 (1997).

[91] Se bl.a. Håkansson, Håkan: Technological Collaboration in Industrial Networks s.s. 371–379 (1990). Tsoukas, Haridimos: The Firm as a Distributed Knowledge System: A Constructionist Approach s.s. 11–25 (1996).

[92] Se exempelvis Kitch, Edmund: The Law and Economics of Rights in Valuable Information s.s. 683–723 (1980). Armstrong, John: Trends in Global Science and Technology and What They Mean for Intellectual Property Systems s.s. 192–207 (1993).

[93] Dosi, Giovanni & Malerba, Franco: Organizational learning s.s. 8–9 (1996).

[94] A.a. s.5.

lighet härmed blivit en fråga om "corporate governance", ett alltmer centralt diskussionsämne i såväl akademiska som politiska kretsar världen över.[95] Särskilt betecknande är föreställningen om statsmakten såsom en aktör i allians med det inhemska näringslivet.[96] "Nationally specific patterns of government policy and corporate strategy, distinctive routines that characterize one country and not another, are the result."[97]

2.4 Teorier om statsmaktens delaktighet för innovationsverksamhet

Bedömningen av vad som gör vissa stater mer framgångsrika än andra fokuseras i ekonomisk teori på staternas "konkurrenskraft". Vid makroekonomiska analyser av tillväxtens drivkrafter i ett internationellt komparativt perspektiv förekommer det att man betraktar nationalstaterna som aktörer på en global marknad. Relevanta frågor är vilka faktorer som genererar konkurrenskraft, hur dessa faktorer kan befrämjas och utnyttjas utifrån nationens särskilda förutsättningar. Sverige måste, sägs det, ligga långt framme i den tekniska utvecklingen och svenskt näringsliv får inte släpa efter konkurrerande industrinationers näringsliv i det industriella nyskapandet av produkter och tjänster. Ett misslyckande härvidlag medför, hävdar man, lägre export och långsammare tillväxt.[98]

Den europeiska unionen betraktas som en union av starka stater, vilka tillsammans kan generera än mer högteknologisk konkurrenskraft. Ett väsentligt ekonomiskt-politiskt skäl till att skapa EG:s inre marknad var också att handeln med högteknologiska varor skulle öka.[99] Det är även ett uttalat mål med gemenskapens forskningsprogram att stärka den internationella konkurrenskraften för europeisk industri inom högteknologiska sektorer, särskilt i förhållande till USA och Japan.[100]

---

[95] Termen "corporate governance" används här i sin vidare begreppsmässiga innebörd där jag innefattar rättsliga, kulturella och institutionella faktorer som påverkar och bestämmer vad företag kan göra, hur de gör det, hur kontroll utövas och innehas. Jfr Deakin, Simon & Hughes, Alan: Comperative Corporate Governance: An Interdisciplinary Agenda s. 3 (1997).

[96] Jfr Galbraith, John Kenneth. Den nya industristaten s. 314 (1969).

[97] Zysman, John: Institutions and Economic Development s. 416 (1996).

[98] Se Eklund, Klas. Sverige – ett land med tillväxtproblem s. 21 (1987).

[99] Se Growth, Competitiveness, Employment – The Challenges and Ways Forward into the 21st Century s.s. 86–87, White Paper 6/93 part C.

[100] Jfr art 130 f i Romfördraget. Se även Commission of the European Communities: EC Research Funding s. 7 (1992, 3.uppl).

Ur ett nationalstatligt konkurrenskraftsperspektiv har utbytet av kunskap och information följaktligen uppmärksammats som en alltmer väsentlig faktor vid sidan av den i marknadsekonomin så centrala handeln med varor och tjänster.[101] Avsikten i detta avsnitt är att påvisa hur diskussionen inom teori såväl som politik har kommit att alltmer fokusera på betydelsen av statsmaktens åtgärder för ett högteknologiskt näringsliv. "There clearly is a new spirit of what might be called 'techno-nationalism' in the air, combining a strong belief that the technological capabilities of a nation's firms are a key source of their competitive performance, with the belief that these capabilities are in a sense national, and can be built by national action."[102]

2.4.1 Industristatens beroende av ett högteknologiskt hemmabaserat näringsliv i omvandling

Mikroekonomiskt är det närliggande att avvisa frågan om nationalstaternas konkurrenskraft som uttryck för en förenkling av en komplicerad verklighet. Varken nationer eller regioner är i sig själva produktiva eller konkurrenskraftiga, utan det är företagen.[103] Det har också hävdats att det inte är stater som är högteknologiska utan dess näringsliv. Det marknadsekonomiska systemet baseras på tanken att det är företag som driver fram utvecklingen. Företagen är därtill rörliga eller i vart fall flyttbara, varför det t.o.m. kan ifrågasättas om det är relevant att tala om nationalstaternas näringsliv.[104] Samtidigt kan inte bortses från att det i huvudsak är inom ett begränsat antal rika stater som den industriella utvecklingen äger rum.

Begreppet "nationalstatens konkurrenskraft" förefaller i dag diskuteras utifrån föreställningen om ett gemensamt projekt mellan statsmakt och ett för stunden inhemskt näringsliv.[105] Statsmakten uppträder i detta projekt i en mängd roller och institutionella sammanhang. Betecknande är att nationalstaten betraktas dels som kommersiellt del-

---

[101] Se Petraf, Margaret: The Cornerstones of Competitive Advantage: A Resource-Based View s. 183 (1993). Kitch, Edmund: The Law and Economics of Rights in Valuable Information s. 707 (1980). Jfr även Arrow, Kenneth: Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention: The Rate and Direction of Economic Activity s.s. 614–615 (1962).

[102] Nelson, Richard: National Innovation Systems s.382 (1996).

[103] Porter, Michael E. The competitive advantage of nations s. 577 (1990).

[104] Beträffande företagens rörlighet se bl.a. Blomström, Magnus. Teknologi, konkurrenskraft och ekonomisk tillväxt (1992).

[105] Se bl.a. Rosenberg, Nathan: Why do firms do basic research (with their own money)? s. 173 (1990).

aktig aktör i förhållande till näringslivsaktörer och dels som en aktör eftersträvande konkurrenskraft inom globalt samfund av nationalstater.[106]

Det mest uppmärksammade exemplet, vad gäller statlig inblandning för att gynna inhemskt näringsliv, är det "japanska undret" efter andra världskriget.[107] Japansk industrialisering anses ha möjliggjorts genom att såväl privata som offentliga aktörer medvetet verkat för att tillägna sig utländsk teknik i så stor utsträckning som möjligt. Japanska ministeriet för internationell handel och industri (MITI) har lyfts fram som en aktör som genom kontroll över teknikhandel stimulerade utvecklingen av inhemsk japansk avancerad teknik.[108] Direkt bidragande i detta avseende anses även det huvudsakligen offentligt finansierade Information Center of Science and Technology, som från och med dess etablerande 1957 samlat in ofantliga mängder tekniska beskrivningar från patentregister etc. för vidarespridning inom Japan.[109]

Ekonomiskt-historiskt har det dessutom blivit alltmer uppenbart att Japan inte är unikt i sättet att åstadkomma industrialisering genom imitation.[110] Den kanske mest påtagliga lärdomen av det japanska exemplet är betydelsen av ett utvecklat normsystem just för samverkan mellan offentligt och privat agerande, syftande till att få tillgång till och kontrollera resultatet av teknologiskt kreativa verksamheter.[111]

2.4.2 Teknikprotektionism för det hemmabaserade näringslivets konkurrenskraft

Teorier om statsmaktens beroende av högteknologisk innovationsverksamhet har i huvudsak fokuserat på forskningens betydelse för den eko-

---

[106] Se exempelvis Rosenberg, Nathan & Mowery, David: Technology and the Pursuit of Economic Growth s.s. 217–219 (1989).

[107] Jfr Lynn, Leonard H. Technology Transfer to Japan: What We Know, What We Need to Know, and What We Know That May Not be So s. 256 (1985).

[108] A.a. s. 258.

[109] A.a. s. 257.

[110] Beträffande betydelsen av imitation se bl.a. Machlup, Fritz: The Optimum Lag of Imitation Behind Innovation s. 239 (1958). Jfr även Mansfield, Edwin: How Rapidly Does New Industrial Technology Leak Out? s.s. 217– 223 (1985).

[111] Jfr Lynn, Leonard H. Technology Transfer to Japan: What We Know, What We Need to Know, and What We Know That May Not be So s. 256 (1985). Vad gäller sammanflätningen mellan offentlig och privat verksamhet jfr även Sandgren, Claes. Statens stöd till forskning och utveckling s. 24 (1981).

nomiska utvecklingen.[112] Vilka FoU-orienterade åtgärder bör företrädare för det offentliga vidta, eller avstå från att vidta, för att vidmakthålla och även öka den tekniska utvecklingen inom näringslivet?[113] Vetenskapsteoretikerna Irvine och Martin har ringat in tre sammanhängande temata som de anser funnit acceptans hos de industriella staternas politiska företrädare på senare tid.[114] För det första föreligger det numera ett politiskt erkännande av den stegrande utvecklingshastigheten inom det tekniska FoU-området. Ett andra temata är den politiska ambitionen att prioritera verksamhet med samhällsekonomisk relevans.[115] Det tredje är övertygelsen om att bristen på resurser innebär att man måste avgränsa satsningarna till vissa för nationen strategiska områden.

Satsningar på forskning motiveras allt oftare av den uttryckliga ambitionen att härigenom främja den egna konkurrenskraften i förhållande till andra stater. De svenska satsningarna anses exempelvis inte stärka konkurrenskraften i tillräckligt hög grad; "den avkastning Sverige i sin helhet får av investeringarna i forskning är lägre än vad som borde vara möjligt".[116] Härvidlag har bl.a. gjorts gällande att Sverige är unikt bland OECD-länderna eftersom det samtidigt föreligger ökande FoU-intensitet, låg produktivitetsutveckling och dålig utväxling i exporten av högteknologiska produkter.[117] Vissa ekonomer menar att det forskningsmässiga resultatet är bristfälligt, vilket anses bero på att en betydande del av FoU-investeringarna gjorts i branscher som traditionellt inte räknas som

---

[112] Den teoretiska diskussionen om forskningspolitiken sker i första hand inom de två disciplinerna ekonomisk teori och vetenskapsteori. Diskussionen är emellertid inte integrerad. Den vetenskapsteoretiska diskussionen har i första hand fokuserats på den inomvetenskapligt relaterade forskningens betydelse för samhällsutvecklingen, medan den nationalekonomiska diskussionen har tagit utgångspunkt i näringslivets behov av ny teknik och betydelsen därav.

[113] Se bl.a. Jorde, Thomas & Teece, David: Innovation and Cooperation: Implication for Competition and Antitrust s. 93 (1990).

[114] Irvine, John & Martin, Ben: Foresight in Science, Picking the winners s. xiii (1984). Beträffande förändringsprocessen jfr även Niklas Bruun: Beställningsforskning i högskola, en avtalsrättslig studie s. 11 (1985).

[115] I ett historiskt perspektiv har det framförts att det var efter andra världskriget då man betraktade ansträngningarna att framställa atombomben, som många för första gången insåg vad offentliga FoU-program inom ett särskilt prioriterat område kan åstadkomma. Irvine, John & Martin, Ben R. Foresight in Science, Picking the winners s. 15 (1984). Jfr även Rosenberg, Nathan & Mowery, David: Technology and the Pursuit of Economic Growth s.s. 123–125 (1989).

[116] Forskningens utmaningar, Ds 1992:97 s. 19.

[117] Ohlsson-Vinell. Tillväxtens drivkrafter, en studie av industrins framtidsvillkor s. 33, s.s. 235–237 (1987).

högteknologiska.[118] Resultatet härav anses vara att den svenska exporten har för stor andel av produkter med lågt teknologiinnehåll.

En relativt vanlig ståndpunkt bland ekonomiska experter är att ökade resurser till forskning genom forskarsamhällets etablerade kanaler inte med automatik kommer att leda till resursförstärkning för den svenska konkurrenskraften.[119] De svenska satsningarna på FoU anses visserligen generera tekniska uppfinningar med kommersiell potential, men dessa realiseras inte i tillräcklig hög grad av det svenska näringslivet. Risken anses vara att svenska offentliga satsningar utgör stödpengar till företag som placerar produktionen i andra länder.[120] Vad som krävs enligt detta synsätt är således att statsmakten vidtar åtgärder för att stimulera exploatering i Sverige. "De regler och föreskrifter som tillsammans med finansieringssystemets inriktning påverkar utvecklingen av forskningen och utvecklingsarbete måste ges en sådan utformning att Sverige kan hävda sig i den internationella konkurrensen."[121]

Precis som i Sverige har det förekommit diskussion om utfallet av EU's satsningar på särskilda forskningsprogram. "The greatest weakness of Europe's research base, however, is its comparatively limited capacity to convert scientific breakthroughs and technological achievements into industrial and commercial successes."[122] OECD har vid utvärdering av EU's forskningsprogram understrukit betydelsen av samverkan mellan offentlig forskning och näringsliv i syfte att främja unionens konkurrenskraft.[123] EU-kommissionen konstaterar att man i huvudsak har två typer av instrument till sitt förfogande. Det ena är gemenskapsfinansierade stödprogram såsom ramprogrammen för forskning och utveckling, strukturfonder etc. Det andra instrumentet består i "spelreglerna", eller med andra ord av regleringar av olika slag.[124]

Såväl den politiska som teoretiska inställningen till FoU som medel för nationell konkurrenskraft har skapat ett dilemma vad gäller förhållan-

---

[118] Nutek: Näringslivets utveckling till 2004 – tillväxt eller stagnation s. 49 (1992).
[119] SOU 1991:82 Drivkrafter för produktivitet och välstånd s. 284.
[120] SOU 1994:6 Sverige och Europa. En samhällsekonomisk konsekvensanalys s. 198. Se även Ohlsson, Lennart. Förnyelsepolitiken och riskkapitalet s. 45.Jfr Ds 1992:109 R&D for Swedish Industrial Renewal – a study for policy makers and industry stategists s. 17.
[121] SOU 1994:6 Sverige och Europa. En samhällsekonomisk konsekvensanalys s. 198.
[122] Growth, Competitiveness, Employment – The Challenges and Ways Forward into the 21st Century s.87 EU Bull. suppl. 6/93.
[123] Se Prop 1992/93:170 Forskning för kunskap och framsteg s. 22.
[124] SOU 1994:6 Sverige och Europa. En samhällsekonomisk konsekvensanalys s. 196.

det mellan den fria, öppna och gränsöverskridande forskningsverksamheten i förhållande till de enskilda staternas behov av kontroll över forskningsresultats spridning och kontroll. "Ju framgångsrikare en stat är att internationalisera sin FoU, desto mindre blir dess förmåga att kontrollera forskningens avkastning. Ju mer obenägen en stat är att internationalisera sin FoU – ett scenario av kognitiv protektionism – desto mer osannolikt är det att forskningen blir framgångsrik och därmed ger upphov till nya ekonomiska tillämpningar."[125]

Konkurrensrelationen mellan EU, USA och Japan, men även relationen till u-länder som Kina m.fl., påvisar ett teknikprotektioniskt förhållningsätt som syftar till att förhindra imitation, plagiat etc. Från amerikanskt håll har bl.a. uttalats: "It can no longer be doubted that foreign intervention in high-technology industries exists and that it works to the competitive disadvantage of American producers".[126] Utvecklingen inom GATT visar även att denna teknikprotektionism mycket väl kan kombineras med en strävan om frihandel av varor, företrädesvis högteknologiska sådana. Beträffande betydelsen för Sverige att ansluta sig till TRIPS[127] uttalades att "(b)ristfälligt eller obefintligt immaterialrättsligt skydd i många utvecklingsländer har under lång tid vållat rättsinnehavare avsevärda förluster."[128]

En annan utvecklingstendens som alltmer uppmärksammats kan beskrivas som teknikens förvetenskapligande, d.v.s. att innovationer som tidigare var resultatet av sporadiska uppfinningar nu alltmer är direkt kopplade till de moderna vetenskapernas genombrott.[129] Intåget i vad som kan betecknas ett kunskapssamhälle medför att distinktionen mellan forskningens frihet och marknadens frihet blir mer otydlig och komplex.[130] Värdet om kontroll över kunskap framstår som allt mer väsentligt i olika kommersiella relationer såväl på individuell nivå som på institutions- och t o m nationalstatsnivå. Man kan sålunda inte bortse från att statsmakten även har en central roll som direkt delaktig i marknadspro-

---

[125] Sörlin, Sverker. De lärdas republik s. 27 (1994).

[126] Tyson, Laura. Who's Bashing Whom? – Trade Conflict in High-Technology industries s. 253 (1992).

[127] En kortfattad beskrivning av vad TRIPS är finns nedan i avsnitt 3.2.2.2.

[128] Prop 1994/95:35 Sveriges anslutning till Världshandelsorganisation m. m Del A s. 64.

[129] Beträffande begreppet förvetenskapligande se Habermas, Jürgen. Teknik och vetenskap som "ideologi" s. 86 (1984, originalet från 1968).

[130] Ställningstaganden i denna riktning återfinner vi redan hos Nelson, Richard: The Simple Economics of Basic Scientific Research. s. 305 (1959).

cessen både utifrån ett makroperspektiv i relation till andra stater och i ett mikroperspektiv i relation till företag.[131]

2.4.3 Reglering för högteknologisk konkurrenskraft

Den teoretiska diskussionen beträffande regleringens betydelse för högteknologisk konkurrenskraft har, precis som den politiska, i enlighet med marknadsekonomisk tradition kommit att ta sin utgångspunkt i dynamiken mellan å ena sidan frihet/öppenhet och planering/protektionism å den andra. Diskussionen har visserligen blivit alltmer mångfacetterad efterhand som betydelsen av statlig reglering och styrning för innovationsverksamhet har vunnit acceptans.[132] I sin mest naiva form anses andra staters reglering och innovationsverksamhet vara uttryck för snedvridande av konkurrensen mellan olika stater.[133] "Some have gone so far as to argue that presently there is a war between competing national innovation systems that only can be resolved if there are new accepted standards regarding what is fair and what is not."[134] I mer nyanserade diskussioner inser man emellertid även inom ekonomisk teori att innovationsverksamhet och konkurrens inte är frågan om nollsummespel. Richard Nelson, som är en av förgrundsgestalterna i den ovan nämnda evolutionära teoribildningen, menar att man inom vad som betecknas "the new trade theory" alltmer erkänner att föreställningen om frihandel såsom ett Paretooptimalt tillstånd inte kan upprätthållas.[135]

Vi är således på väg in i en era inom ekonomisk teori där man intar ett mer nyanserat förhållningssätt till de liberala föreställningarna om laissez-faire och frihandel. Ekonomisk teori analyserar alltmer "the legal/regulatory system" som en väsentlig del i de nationella innovationssystemen.[136] Därmed inte sagt att protektionism skulle vara önskvärt marknadstillstånd.[137] Enligt ett nyanserat förhållningssätt framträder istället öppenhet och protektionism som olika moment i en pågå-

---

[131] Rosenberg, Nathan: Why do firms do basic research (with their own money)? s. 173 (1990). Armstrong, John: Trends in Global Science and Technology and What They Mean for Intellectual Property Systems s. 199 (1993).

[132] Idag talar man om institutionell konkurrens mellan stater se Siebert, Horst: Europas nya ekonomiska karta s. 34 (1992).

[133] Ett exempel på ett långtgående resonemang i dessa avseenden finner vi hos Tyson, Laura. Who's Bashing Whom? – Trade Conflict in High-Technology Industries (1992).

[134] Nelson, Richard: National Innovation Systems s. 405 (1996).

[135] A.a s. 407.

[136] Zysman, John: Institutions and Economic Development s.425 (1996).

[137] Jfr a.a. s. 419.

ende process mer än motsatta tillstånd. Komplexiteten i processen tydliggörs om vi skiljer mellan protektionism avseende varumarknader i förhållande till protektionism avseende teknik- och kunskapsmarknader.

Analyser av ekonomisk reglering visar att en och samma form av reglering i vissa fall kan skapa en öppenhet och tekniskpridning samtidigt som den i andra kan verka teknikprotektionistiskt och t.o.m. monopolskapande på en varu- och tjänstemarknad. Det gäller inte minst den reglering som etablerar grundförutsättningar för innovationsverksamhet såsom reglering mot konkurrensbegränsning, standardisering, patentlagstiftning etc.[138] När det gäller teknisk standardisering har det hävdats att: "If they are transparent, nondiscriminatory, universal and non-mandatory, then standards provide powerful instruments to promote trade and to overcome technical barriers of incompatibility between operation systems, programming languages or human languages. On the other hand they can be used to protect or give advantage to local suppliers over foreign products."[139] Motsvarande studier visar hur konkurrensreglering kan motverka att affärsidéer, nya produkter och andra innovationer förverkligas.[140] Även patenträtten anses, beroende i vilken kontext den analyseras, kunna såväl hämma som främja tekniskpridning på kort respektive lång sikt. Patenträttigheten analyseras både som en ensamposition och som ett väsentligt instrument för teknikhandel.[141] Reglering överhuvudtaget förefaller alltmer analyseras utifrån en funktionell kontext som dessutom befinner sig i förändring. Detta dynamiska förhållningssätt till vad som ur ett långsiktigt ekonomiskt perspektiv är positivt respektive negativt innebär också att man accepterar svårigheterna med att påvisa jämviktslägen och samband; "the links between regulatory intentions and economic outcomes are complex and multilayered".[142]

---

[138] Se Grönbok om innovation, EU Bull. Suppl. 5/95 s. 22.

[139] Howells, Jeremy & Wood, Michelle: The Globalisation of Production and Technology s. 131 (1993).

[140] Ginsburg, Douglas: Antitrust, Uncertainty and Technological innovation s. 1 (1980).

[141] Se bl.a Caves, Crokell & Killing: The Imperfect Market for Technology Licenses s. 265 (1983). Grindley, Peter & Nickerson, Jack: Licensing and Business Strategy in the Chemicals Industry s. 107 & s. 118 (1996). Kitch, Edmund: The Law and Economics of Rights in Valuable Information s. 683, s. 707 (1980).

[142] Deakin, Simon & Hughes, Alan: Comperative Corporate Governance: An Interdisciplinary Agenda s. 6 (1997).

Mycket tyder på att den ekonomiska teorin alltmer kommer att närma sig rättsteorin för att inhämta förståelse för den samhällsomvandlande och samtidigt rättsomvandlande processen i sig. En teoretisk utveckling i denna riktning ställer även krav på att man betraktar regleringen i ett vidare perspektiv, där inte endast ekonomiska värden är allenarådande. I kapitlets följande avsnitt skall jag med utgångspunkt i den ideologiska förändringsprocess vi befinner oss i försöka ge en bild av vissa centrala föreställningar om kunskapssamhället. Jag kommer också att föra en allmän diskussion om betydelsen av kollektiv kontroll/behärskelse över den industriella omvandlingen. Avsikten är att påvisa betydelsen av att kombinera ekonomisk teoribildning med teorier om "technological responsibility" etc.

2.5 Kunskapsproduktion, framväxande kunskapsmarknader och den förhärskande teknostrukturen

Föreställningen om globaliseringen av marknadsekonomin och den accelererande kunskapsproduktionen har således genererat en föreställning om ett strukturellt normsystem där nationalstaten precis som en kommersiell aktör strävar efter konkurrensfördelar genom att stimulera högteknologiskt företagande baserat inom nationalstaten.[143]

Enligt min mening kan dessa föreställningar närmare analyseras utifrån de tre i förhållande till varandra korrelerande koncepten: den övergripande kunskapsproduktionsfunktionen, den i det västerländska samhället förhärskande teknostrukturen, samt de framväxande teknik- och kunskapsmarknaderna. Jag menar att det högteknologiska samhället bör förstås utifrån ett kunskapssociologiskt angreppsätt. Detta angreppsätt återfinns inte endast inom vetenskapsteori, utan blir alltmer utspritt i samhällsvetenskapens olika discipliner.

[143] Se bl.a. Siebert, Horst: Europas nya ekonomiska karta s.s. 20–24 (1992). Jfr även Galbraith, John Kenneth. Den nya industristaten s. 314 (1969).

2.5.1 Antagandet om kunskapsproduktionen som övergripande drivkraft

Antagandet om att det föreligger en i samhällsekonomin underliggande *kunskapsproduktionsfunktion* blir alltmer förekommande.[144] Kunskapsproduktionsfunktionen representerar härvidlag basen ur vilken all samhällsorganisation emanerar.[145] Filosofen Jonas beskriver den industriella utvecklingen som en kumulativ process, vilken "förstärker i kontinuerlig återverkan de särskilda krafter vilka har frambringat den: det redan skapade framtvingar den ständigt nya uppfinningsrika insatsen av dessa krafter för att upprätthålla och utveckla det skapade och belönar dem med ökad framgång – som återigen bidrar till deras befallande anspråk."[146] Utifrån ett industriellt perspektiv skulle funktionen kunna beskrivas som en innovativ tävlan i mänskliga relationer om att kontinuerligt utvinna och omsätta nya tekniska produkter och produktionsprocesser, vilken genom den tekniska utvecklingens fortskridande blivit alltmer teknologiskt avancerad.[147]

Hayek hävdar att "(d)e flesta fördelarna i samhällslivet, framförallt i dess mer avancerade former som vi kallar 'civilisation', vilar på det faktum att individen kan dra fördel av mer kunskap än han själv är medveten om. Man skulle kunna säga att civilisationen börjar när individen för att uppnå sina mål kan utnyttja mer kunskap än han själv förvärvat och när han kan gå bortom sin okunnighets gränser genom att dra fördel av kunskap som han inte själv besitter."[148] Hayek menar att om man skall förstå marknadens funktion måste man betrakta den som "a social instrument for mobilizing all the bits of knowledge scattered throughout the economy".[149]

---

[144] Termen hittar vi bl.a. hos Nadiri, Ishaq. Innovationer och tekniskspridning s. 13 (1994). Den grundläggande inställningen till kunskapsproduktionsfunktionen åskådliggörs i Prop. 1992/93:170 Forskning för kunskap och framsteg s. 29. Jfr även Arrow, Kenneth: Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention: The Rate and Direction of Economic Activity s. 616 (1962). Rosenberg, Nathan & Mowery, David: Technology and the pursuit of Economic growth s. 3. (1989). Granstrand, Ove: Technological, Technical and Economic Dynamics – Towards a Systems Analysis Framework s.190. (1994).

[145] Kunskapsproduktionsfunktionen kommer att behandlas med utgångspunkt i den historiska materialismen i avsnitt 4.2.

[146] Jonas, Hans. Ansvarets princip. Utkast till en etik för den teknologiska civilisationen s.s. 35–36 (1994, originalet från 1979).

[147] Schumpeters teoribildning omfattar inte drivkrafterna för innovationsverksamheten i sig, utan han förefaller utgå ifrån att det föreligger någon form av "primitiv urkraft". Jfr Erixon, Lennart. Omvandlingstryck och produktivitet s. 250 (1991).

[148] Hayek, Friedrich. Frihetens grundvalar s. 35 (1983, originalet från 1959).

[149] Hayek, Friedrich. Use of Knowledge in Society s. 214 (1945).

Hayeks främsta bidrag är, enligt min mening, att han uppmärksammar och understryker den dynamiska och svårdefinierbara kunskapsprocess som lägger grunden till industrialisering och ekonomisk utveckling.

Kunskapsproduktionen kan förenklat anses bestå av tre icke separerbara huvudmoment: dels kreativitet att finna ny kunskap, dels kreativiteten att omvandla kunskap till tillämpning och dels kreativiteten att omsätta tillämpningen i kommersiell verksamhet.[150] Begreppsmässigt har i första hand termerna grundforskning och vetenskap kommit att representera det första kunskapsmomentet, tillämpad forskning och utveckling det andra, samt innovationsverksamhet det tredje.[151] Ett otal mer exakta definitioner av begreppen och även ytterligare indelningar har gjorts, dels i syfte att förklara företeelserna för att härigenom bl.a. kunna separera olika verksamheter från varandra och dels i normativt syfte för att bestämma olika ansvarsområden och för att rikta finansiering till viss verksamhet.[152]

Det vetenskapsområde där frågan om kunskapsprocesser i samhället givits störst utrymme är vetenskapsteorin. Traditionellt fokuseras visserligen den vetenskapsteoretiska diskussionen på den inomvetenskapliga verksamheten och miljön.[153] Man kan dock spåra en intresseförskjutning även inom denna disciplin i förhållande till innovationsverksamhet såsom kreativ företeelse. Forskningspolitiska studier inom disciplinen, vilka fokusera på nationalstatens beslutsfattande och agerande för att stödja den tekniskt relaterade FoU-verksamheten, förefaller få en alltmer framträdande roll.[154] Detta närmande mellan vetenskapsteori och ekonomisk teori speglar att samspelet mellan vetenskap och näringsliv blivit allt intimare.

I sin abstrakta kontext betraktas lämpligen kunskapsproduktionsfunktionen som någon form av kunskapsprocess mellan de tre ovan antydda huvudmomenten.[155] Avsevärt förenklat kan kunskapsprocessen i

---

[150] Jfr bl.a. Granstrand, Ove: Technology, Management and Markets s.s 4–8 (1982). Roussel, Saad & Erickson: Third Generation R&D – Managing the Link to Corporate Strategy s.s. 13–21 (1991).

[151] [143] Se bl.a. Proposition 1983/84: 107 Om forskning s. 7. Proposition 1989/90 Om forskning s. 11. SOU 1991:82 Drivkrafter för produktivitet och välstånd s. 10. Proposition 1992/93/170 Forskning för kunskap och framsteg s. 15.

[152] Det skall understrykas att jag i föreliggande arbete inte finner det meningsfullt att använda mig av dessa mer precisa definitioner.

[153] Håkan Törnebohm: Forskning om forskning s. 24 (1984).

[154] Irvine, John & Martin, Ben R. Foresight in Science, Picking the winners s. xiii, jfr även s. 1 (1984).

[155] OECD har definierat innovationsbegreppet i Innovation Policy – Trends and Perspectives (1982). Se härom bl. a. i SOU 1993:84 Innovationer för Sverige s.s 9–10.

detta industriella sammanhang anses utgöra skeendet "mellan forskning och marknad" eller "från idé till produkt". Kunskapsprocessen är i detta avseende i princip synonymt med den huvudsakliga innebörden av begrepp som "entrepreneural process", "innovationskedja", "kommersialiseringskedja" etc. Att påvisa en särskild process med ett antal i ordning följande steg låter sig emellertid svårligen göras då det ena skeendet inte är jämförbart med det andra, beroende bl.a. på kunskapens karaktär och de medverkande aktörernas roller.[156] Det är belysande för komplexiteten att ren kunskap såsom resultatet av det första huvudmomentet är en förutsättning för tillämpad kunskap, samtidigt som den tillämpade kunskapen enligt det andra huvudmomentet genererar frågor som kräver ren kunskap. Därmed utgör den tillämpade kunskapen en viktig förutsättning för den rena kunskapen.[157] Flertalet teoretiker är numer också överens om att en linjär relation med grundforskning å ena sidan och produktion å den andra, har föga med verkligheten att göra.[158]

2.5.2 Teknikmarknader och länkar mellan vetenskapssamhället och industrin

Kunskapsproduktionens ökande samhälleliga implikationer har i kunskapsteoretiska sammanhang sammanfattats med följande: "capture of the benefits of knowledge; management of uncertainty, globalism; technology as a commodity; changing sources of innovation; new roles for public sector research agencies; new roles for universities".[159] Betecknande för den kunskapsteoretiska diskussionen är uppmärksammandet av hur marknadens konkurrensrelationer alltmer sträcker sig ända in i den traditionellt akademiska vetenskapsvärlden. Mer nyanserat kan vi säga att man i kunskapsteoretiska kretsar alltmer fokuserar på en ökande interaktion mellan forskarsamhällets och marknadernas normkulturer.

---

[156] Jfr Walsh, James & Ungson, Gerardo Rivera: Organizational Memory s.s. 57–91 (1991).

[157] Se Jorde, Thomas & Teece, David: Innovation and Cooperation: Implication for Competition and Antitrust. s. 76 (1990). Se även North, Douglas. Institutionerna, tillväxten och välståndet s. 118 (1993).

[158] Se bl.a. Rosenberg, Nathan & Mowery, David: Technology and the pursuit of Economic growth s.s. 7–15 (1989). Sejersted, Francis.Demokratisk kapitalisme s. 144 (1993). En djupare analys av vetenskapens roll finner vi i David, Paul: Positive Feedbacks and Research Productivity in Science: Reopening Another Black Box s.s. 65–85 (1994).

[159] Dessa teman diskuterades vid en vetenskapsteoretisk workshop om "priorities in future science and technology" vid 4s/ESST-Joint Conference i Göteborg den 14 augusti 1992.

Dynamiken mellan forskningsmiljöer och kommersiella marknader har bl.a. analyserats utifrån föreställningen om en teknostruktur.[160] Begreppet teknostruktur används som beteckning på en samhällelig infrastruktur baserad på en fusion mellan näringslivet och statsmakten i jakten på alltmer avancerad teknik.[161] Teknostrukturen kan således ses som en återspegling av den i dagsläget förhärskande maktsituationen i de politiska och marknadsekonomiska sfärerna. Denna utmärks av strävan att kontrollera kunskapsproduktionen. Betecknande för teknostrukturen är härigenom att den skapar en överbyggnad knuten till institutionella strukturer inom nationella marknader. [162]

När man betraktar företaget som ett kunskapshanteringssystem framstår kontroll över kunskap, dels för tillgängliggörande inom verksamheten och dels i förhållande till konkurrenter m.fl., som den övergripande managementuppgiften.[163] I enlighet med de empiriska reflektioner som framförts kan det göras gällande att kunskapsproduktionens ökade betydelse har medfört att företagens behov av tillgång till kunskap övergått till att avse behovet av att kontrollera utnyttjandet av kunskap.[164] Teknikmarknaden kan med utgångspunkt i en teoretisk modell avseende kunskapsproduktionsfunktionen beskrivas som kontraktuella relationer genererande interaktion mellan två kreativa huvudmoment; å ena sidan vetenskap/forskning och å andra sidan kommersiell tillämpning i produkter och processer.[165] Teknikmarknadens tydliggörande är förknippad med kunskapsstegringen inom näringslivet och ett resultat av att den i huvudsak offentligt finansierade forskningsverksamheten tillerkänns alltmer påtagliga kommersiella värden. Den strukturella basen för teknikmarknaden som företeelse är således sammanflätningen mellan offentlig och privat verksamhet,

---

[160] von Wright använder sig av termen teknosystem när han diskuterar alliansen mellan vetenskap och industri. Se Jfr även von Wright, Georg Henrik: Myten om framsteget s.s. 113–126 (1993).

[161] Galbraith, John Kenneth. Den nya industristaten s. 314 (1969). Jfr även Rosenberg, Nathan: Why do firms do basic research (with their own money)? s. 173 (1990).

[162] Se vidare om teknostrukturen som överbyggnad i avsnitt 4.2.

[163] Moderna teorier om företaget som kunskapssystem förefaller ha tagit stort intryck av Hayks teorier om kunskapsselektion. Se Tsoukas, Haridimos: The Firm as a Distributed Knowledge System: A Constructionist Approach s. 11 (1996). Fransman, Martin: Knowledge Segmentation s. 169 (1994).

[164] Se Granstrand, Ove & Sjölander, Sören: Managing innovation in multy-technology corporations s. 38 (1990). Ernst, Holger: The Patent Portfolio for Strategic R&D Planning s. 492 (1997). Jfr även Narin, Francis: Technology Indicators and Corporate Strategy s.s. 19–23 (1993).

[165] Jfr Grindley, Peter & Nickerson, Jack: Licensing and Business Strategy in the Chemicals Industry s. 102 (1996).

vilken grovt förenklat kan hänföras till trepartskonstellationen forskare/ vetenskapsmän, offentligt huvudmannaskap för forskningsverksamheten och befintligt näringsliv som presumtiva intressenter av verksamhetens resultat.[166] I praktiken anses det föreligga en kontraktuell mångfald och organisatorisk variationsrikedom där aktörerna i konstellationen uppträder i olika roller, ingår i olika interna och externa nätverk etc.[167] Senare tids utveckling präglas generellt av att offentliga aktörer eller aktörer med offentlig anknytning alltmer har kommit bedriva verksamhet baserad på resultatet av forskningsverksamhet som exploaterbara tillgångar.[168]

Redan med utgångspunkt i den teoretiska diskussionen kan vi konstatera att reglering såsom grunden för organisation av den offentliga forskningsverksamheten härmed blir alltmer inriktad mot att finna former för samverkan med näringslivets aktörer och potentiella framtida aktörer.[169] Reglering har alltmer inriktats mot att stärka den teknostrukturella alliansen som basen för en högteknologisk och konkurrenskraftig industristat.[170]

Det har även uppmärksammats att teknikmarknadernas framträdande medför att offentlig styrning medelst avtalsformer och kontraktuella beslutsformer kommer att få en mer framträdande roll i förhållande till reglering och mer traditionella beslutsformer.[171] Eftersom statsmakten verkar i en mängd olika kommersiella relationer utgör avtalsrelationerna och de därtill kopplade överenskommelserna ett väsentligt medel för statsmakten att tillgodose sina intressen.[172] Sett utifrån lagstiftarens per-

---

[166] Utvecklingen i USA har haft stort inflytande. Se härom i National Research Council: Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technolgy i introduktionen s. 25 (1993).

[167] Se Håkansson, Håkan: Technological Collaboration in Industrial Networks s. 374 (1990). Håkansson, Håkan: Economics of Technological Relationships s.s. 253–270. Jfr även Kotabe, Masaaki & Swan, Scott: The Role of Strategic Alliances in High-technology New Product Development s. 624 (1995). Haraldsen, Tone: Teknologi, økonomi og rom s.s. 8–10 (1994).

[168] Om utvecklingen i USA se bl.a. Nielsen, Lita: The Rise of Intellectual Property Protection in the American University s.s. 1460–1461 (1998). Beträffande utvecklingen i Sverige se bl.a. SOU 1996:70 Samverkan mellan högskolan och näringslivet.

[169] Se Armstrong, John: Trends in Global Science and Technology and What They Mean for Intellectual Property Systems s.s. 198–201 (1993). Se även Scherer, F M: Pricing, Profits, and Technological Progress in the Pharmaceutical Industry s.s. 113–115 (1993).

[170] Jorde, Thomas & Teece, David: Innovation and Cooperation: Implication for Competition and Antitrust. s.s. 89–93 (1990).

[171] Även om Sandgren inte uttryckligen lyfter fram teknikmarknaden som företeelse i sig, följer detta i vart fall indirekt av hans analys av avtalsinstitutets förändrade betydelse i ett förändrat industriellt system. Se Sandgren, Claes. Utvecklingstendenser inom avtalsrätten s.s. 101–109 (1993).

[172] Jfr a.a. s. 93.

spektiv kan avtalet således betraktas som ett rättsligt instrument, vid sidan av andra rättsliga instrument, vilket utnyttjas i den utsträckning statsmakten inte reglerat eller intervenerat inom ett särskilt område etc.

2.6 Risksamhället och frågan om kontrollen över den industriella omvandlingen

I den mer sociologiskt och filosofiskt orienterade diskussionen om industrialiseringen av näringslivet ses själva industrialiseringen ofta som icke urskiljbar i relation till förändringen av samhällslivet i en vidare kontext. Sociologen Beck förklarar: "Moderniteten tillskrivs i kraft av sin egen dynamik förmågan till självupphävande och självförändring. Det uppfattas som en koppling mellan upplösning och nystrukturering, som en process som skapar garantier och återigen krossar dem. Modernisering betyder alltså en ofrivillig syntes av innovation och revolution. Man söker innovation och sätter igång revolution."[173]

Becks förklaring skall ses som ett bidrag i den kritiska riktning inom filosofi och sociologi som ifrågasätter förhållningssättet till teknik och industrialisering som en oproblematisk tillhandahållare av goda ting. Betecknande för denna teoretiska riktning är att de fokuserar på samhället som ett risksamhälle där det saknas kontroll över teknikens implikationer.[174] I detta sjätte avsnitt skall jag med utgångspunkt i bl.a. dessa teorier ge en bild av betydelsen av kollektiv kontroll över teknik- och kunskapsmarknader, initierat av andra behov än att generera konkurrenskraft.

2.6.1 Industrisamhällets tekniska omvandling till ett artificiellt risksamhälle

Det anses idag vara uppenbart att industriell produktion har påverkat naturresurser och miljö i den grad att vi skapat artificiella miljöer vid sidan av, och på bekostnad av, naturen.[175] Exempelvis har utvecklingen inom dator- och informationsteknik skapat nya artificiella kommunikationsförutsättningar för mänskliga relationer, vilka representeras av termer som multimedia, hypermedia, infotainment, edutainment etc. Teknik-

---

[173] Beck, Ulrich: Att uppfinna det politiska – Bidrag till en teori om reflexiv modernisering s. 69 (1995).

[174] Se om denna utveckling i Hviid Nielsen, Torben: Risici – i teknologien, i samfundet og i hovederne s.s. 61–77 (1996).

[175] Jfr Ost, Francois. Law, Technology and the Environment: a challange to the great dichotomies in western rationality s.s. 175–182 (1995).

områden som genteknik och bioteknik har t.o.m. givit livet i sig självt en ny innebörd. I bakgrunden finns också insikten om att tävlan om teknisk utveckling aktualiserat hotet om mänsklighetens antingen plötsliga eller stegvisa undergång.[176] von Wright konstaterar: "Orsaken är välkänd: De senaste årtiondena har det blivit alltmer uppenbart, att omvandlingen inte varit odelat välsignelsebringande. Industristaterna finner sig ställda inför allvarliga hot mot miljön i form av nedsmutsning och förgiftning. Den ändrade livsstilen har fått återverkningar i form av alienering och stress. Till detta kommer faran, att jordens naturtillgångar kanske inte skall förslå för att mätta behoven hos en snabbt ökande folkmängd och sist, men inte minst, den skugga över våra liv, som kastas av vapen av hittills okänd och oanad ödeläggande verkan."[177]

En närliggande konklusion är att mänskligheten är så mottaglig för nya tekniska innovationer att verksamheten sker utan övervägande av påföljande negativa konsekvenser.[178] Mer nyanserat betraktas tekniken som ett redskap på gott och ont, vars utnyttjande återspeglar förhärskande intressen, värden och ideologier.[179] Samtidigt som det är uppenbart att den förödande exploateringen av naturens resurser vi nu upplever är resultatet av teknisk utveckling och industrialisering, framstår fortsatt teknisk utveckling och därpå följande innovationsverksamhet i en ekologisk riktning som den enda realiserbara utvecklingsvägen.[180]

Marcuse konstaterar också att teknologin "som värld av verktyg kan förstärka såväl människans svaghet som hennes styrka."[181] Han menar samtidigt att människan blir alltmer maktlös inför sin egen apparat. Beck menar att maktlösheten är karaktäriserande för det moderna samhällets nuvarande utvecklingsfas, som Beck betecknat "risk society", där de sociala, politiska, ekonomiska och individuella riskerna blir så påtagliga att de inte kan kontrolleras av de institutioner som är avsedda att verka för och skydda det industriella samhället.[182] "The transition from the industrial to the risk period of modernity occurs undesired, unseen and com-

---

[176] Belysande är Barbours analys av tekniken som hot, som makt och som befriare. Barbour, Ian: Ethics in an Age of Technology s.s. 3–25 (1992).

[177] von Wright, Georg Henrik. Vetenskapen och förnuftet s. 15 (1994). Jfr även von Wright, Georg Henrik: Myten om framsteget s.s 140–148 (1993).

[178] Chinoy, Ely: Society – An Introduction to Sociology s.s. 300–301 (1961).

[179] Se exempelvis Barbour, Ian: Ethics in an Age of Technology s.s. 15–25 (1992).

[180] Jfr Beck, Ulrich: Ecological Politics in an Age of Risk s.s. 166–169 (1995, originalet från 1988).

[181] Marcuse, Herbert: Den endimisionella människan s. 217 (1969, originalet från 1964).

[182] Beck utvecklar sin teori i Risk Society – Towards a New Modernity (1992, originalet från 1986).

pulsively in the wake of the autonomized dynamism of modernization, following the pattern of latent side effects. One can virtually say that the constellations of risk society are produced because the certitudes of industrial society (the consensus for progress or the abstraction of ecological effects and hazards) dominate the thought and action of people and institutions in industrial society. Risk society is not an option that one can choose or reject in the course of political disputes. It arises in the continuity of autonomized modernization processes which are blind and deaf to their own effects ant threats."[183]

Redan Veblen varnade, i sitt arbete från början av 1900-talet, för "problems which arise because of men's slowness to adjust their cultural attitudes to the rapid changes imposed by scientific and technological advance".[184] Såväl Veblen som den nutida Beck menar att den destruktiva utvecklingen inom industrisamhället är resultatet av en institutionell kris avseende industrisamhället i sig självt.[185]

2.6.2 Teknostrukturen och betydelsen av överordnade värden

Vid en analys av förutsättningarna till kontroll över den tekniska utvecklingen kommer man ofrånkomligen att ställas inför någon form av evolutionärt betraktelsesätt där den samhälleliga omvandlingen framstår som en kontinuerlig process, vilken förutom förnyelse också resulterar i en utslagning av det gamla. I sin deterministiska förlängning innebär en evolutionär ansats att, eftersom vi aldrig kan se det framtida resultatet av de villkor under vilka vi lever i dag, kan vi aldrig kontrollera utvecklingen. Hayek förfinar denna konklusion retoriskt; "det är endast vår djupa och omfattande okunnighet om civilisationens karaktär som gör det möjligt för oss att tro att vi styr och kontrollerar den".[186] Betecknande för både Schumpeter och Hayek är den vikt de lägger vid "konkurrens" som en nödvändig urvalsgrund av potentiell och funktionell kunskap. Hayek beskriver konkurrens som en undersökningsprocedur där personer inhämtar och kommunicerar kunskap.[187] Konkurrensproceduren kan enligt

---

[183] Beck, Ulrich: The Reinvention of Politics: Towards a Theory of Reflexive Modernization s.s. 5–6 (1994).

[184] Veblen, Thorstein. The Place of Science in Modern Civilisation i förordet (1961).

[185] Beck, Ulrich. The Reinvention of Politics: Towards a Theory of Reflexive Modernization s. 8 (1994). Analysen kommer att utvecklas i avsnitt 4.2, med utgångspunkt i bl.a. Marx och Schumpeters teorier.

[186] Hayek, F A. Frihetens grundvalar s. 37 (1983, originalet från 1959).

[187] Se Hayek, Friedrich. Competition as a discovery procedure s.s. 273–275 (1994, originalet från 1969).

Hayek jämföras med vetenskapen såtillvida att det enda resultatet av verksamheten som med säkerhet kan förutses är att den kommer att resultera i mer kunskap.[188] Även om i synnerhet Hayeks mer rättsteoretiskt präglade analyser av den marknadsmässiga inverkan av reglering på ett insiktsfullt sätt påvisar samhällsrelationernas komplexitet, behöver konklusionen dock nödvändigtvis inte vara att redan strävan efter att styra är ofruktbar och att vi har att förlita oss på någon form av "spontaneous order".[189] Det framstår istället som mer konstruktivt att betrakta evolutionen såsom beroende av mänsklig strävan, såväl individuell som kollektiv, just efter att styra utvecklingen, dvs. att rättssystem och andra normsystem är nödvändiga moment för samhällets utveckling.

Med utgångspunkt i den teoretiska diskussionen om teknikens destruktiva sida kan vi konstatera att komplexiteten med teknikens oförutsägbarhet är integrerad med komplexiteten avseende regleringens oförutsägbarhet. Rättslig styrning är precis som tekniken ett medel för kontroll. "Med hänsyn till den kvasieskatologiska potentialen i våra tekniska processer blir bristen på kunskap om de yttersta följderna i sig ett skäl till ansvarsfull återhållsamhet – såsom det näst bästa efter att äga visheten själv."[190] Vi står alltså inför frågan om betydelsen av de oavsedda sideffekterna av olika styrningsåtgärder.[191]

Sammantaget kan vi ur diskussionen om teknikens destruktiva inverkan lyfta fram två i sig icke separerbara huvudfrågor. Den ena frågan är relaterad till vad som kan betecknas industrisamhällets omvandlingsriktning, vilken förtydligas av North: "När tekniken väl börjar utvecklas i en viss riktning och detta leder till ökad avkastning, kan alternativa utvecklingsvägar och alternativ teknik komma att väljas bort och utvecklingen således ledas i en speciell riktning."[192] Den andra frågan gäller förutsättningarna för u-ländernas industrialisering och ekonomiska expansion. För att u-länderna skall kunna inta samma form av välstånd som i-nationerna krävs det en enorm omsättning av teknisk kunskap på skapade marknader.

Det nära förhållandet mellan de två frågeställningarna förtydligas med att vi samtidigt kan konstatera att en industrialisering av u-länderna till

---

[188] Hayek, Friedrich. The Political Order of a Free People s. 68 (1979).

[189] Se bl.a. Hayek, Friedrich. Competition as a discovery procedure s. 276 (1994, originalet från 1969).

[190] Jonas, Hans. Ansvarets princip . Utkast till en etik för den teknologiska civilisationen s. 54 (1994, originalet från 1979).

[191] Jfr Dahlberg-Larsen. On the evolution of Law and the importance of unintended consequences s. 51 (1979).

[192] North, Douglas. Institutionerna, tillväxten och välståndet s. 118 (1993).

en nivå motsvarande Japan, USA och Europa skulle resultera i en ekologisk katastrof. Dilemmat utvecklas av filosofen Jonas: "En sak är dock klar – och här har vi ett huvudproblem – varje konstruktiv lösning kräver en hög insats av teknologi, (redan jordens befolkningssiffror idag utesluter en återgång till tidigare tillstånd), de därigenom förorsakade såren kräver nya tekniska framsteg för att läkas, alltså redan defensivt krävs förbättrad teknologi. Offensivt kommer den samtidigt att verka för ett ytterligare tillbakaskjutande av den förut nämnda toleransgränsen för naturen; varje framsteg är således tveeggat och blir med nödvändighet allt prekärare, och är naturligtvis inte utan ände. Den här rådande dialektiken där ett framsteg, som för att lösa de av detta självt skapade problemen måste skapa nya, alltså blir sitt eget tvång, är ett kärnproblem i den av oss sökta framtidsansvarets etik."[193]

Den för mänskligheten alltmer påträngande frågeställningen blir då huruvida det är möjligt att kombinera erkännandet av konkurrensen om tekniska innovationer som drivkraft för utveckling, samtidigt som vi kollektivt vinner kontrollen över den accelererande industriella omvandlingen och de alltmer komplexa samhälleliga strukturerna. Frågeställningen framstår som så betydelsefull att den har såväl transnationella som transgenerationella dimensioner, dvs. att den är av universell karaktär och att även relaterad till det kollektiva ansvaret inför framtida generationer.[194] Det finns således anledning att ifrågasätta om inte nuvarande generationers lycka sker på bekostnad av framtida generationers olycka och möjligen även icke existens. Motsvarande frågeställning är måhända än mer konkret i relationen mellan i-länder och u-länder. "En gång kunde man säga fiat iustitia, pereat mundus, 'rättvisan må ha sin gång även om det medför att världen går under' – där 'värld' betyder den förnybara enklaven i det hela, som aldrig går under. Nu när det helas undergång på grund av människans handlingar, vare sig dessa nu är rättfärdiga eller orättfärdiga, har blivit en reell möjlighet kan detta talesätt inte längre uttalas ens retoriskt. Frågor som aldrig förut var föremål för lagstiftning träder in i kretsen av de lagar vilka den globala 'staden' måste stifta, på det att de må finna en värld för människornas kommande släkten."[195]

---

[193] Jonas, Hans. Ansvarets princip – utkast till en etik för den teknologiska civilisationen s.s. 279–280 (1994, originalet från 1979).

[194] Jfr Ost, François. Law, Technology and the Environment: a challange to the great dichotomies in western rationality s. 175 (1995).

[195] Jonas, Hans. Ansvarets princip – utkast till en etik för den teknologiska civilisationen s. 37 (1994, originalet från 1979).

Jonas lämnar inte bara en varningssignal, han understryker också betydelsen av att genom samhällelig organisation finna former för att stävja den tekniska utvecklingens destruktiva sida. I en kontext där tävlan om teknisk utveckling beskrivits som den väsentligaste faktor för samhällsekonomisk utveckling bör man även uppmärksamma Parsons ställningstagande om att det inte är strävan efter nyttomaximering eller ekonomiska transaktioner som håller samhällen samman, utan istället en viss värdegemenskap och en tilltro att andra skall hålla sig till spelets regler.[196] Inom den ekonomiska teorin har det visserligen diskuterats om det inte är så att utvecklingen från envälde till välfärdsstat präglas av samhällsmedlemmarnas lojalitet i förhållande till uppställda spelregler.[197] I detta perspektiv har det t.o.m. ansetts vara så att äran i stor utsträckning tillfaller dem som haft till uppgift att vårda förvalta och anpassa dessa regler.[198] Med Mathiesens begreppsapparat skulle man kunna hävda att samhällets omvandling bl.a. är resultatet av en produktionsprocess inom en rättslig superstruktur bestående av rättsväsendets översta skikt såsom domstolar, de juridiska fakulteterna och andra högre rättsliga instanser.[199] Tillspetsat skulle konklusionen således vara att även ansvaret för teknikutvecklingens destruktiva sidor bör placeras inom denna superstruktur.

2.7 Styrmedel för kontroll över kunskap och kunskapsprocesser – avslutande reflektioner

Den ökande insikten om betydelsen av reglering och offentlig planering inom ekonomisk teori måste ses i ljuset av en framväxande "teknonationalism". Nelson skriver: "There clearly is a new spirit of what might be called 'techno-nationalism' in the air, combining a strong belief that the technological capabilities of a nation's firms are a key source of their competitive performance, with the belief that these capabilities are in a sense national, and can be built by national action."[200]

En annan såväl teoretisk som politisk utvecklingstendens som uppmärksammar betydelsen av dynamiken mellan reglering och teknisk ut-

---

[196] Parsons inställning återges av Boglind, Anders. Strukturalism och funktionalism s. 43 (1993).
[197] Sejersted, Francis.Demokratisk kapitalisme s. 251 (1993).
[198] A.a.
[199] Mathiesen, Thomas. Rätt, samhälle och politiskt handling s. 120 (1980).
[200] Nelson, Richard: National Innovation Systems s. 382 (1996).

veckling, är den som eftersträvar "technological responsibility".[201] Dessa två utvecklingsriktningar, vilka i huvudsak har skilda ursprung, kan numer inte hållas isär. Betecknande för dem båda är fokuseringen på regleringens interagerande med andra styrmedel i den samhällsomvandlande processen. Vid en analys av rättens interaktion med innovationsverksamhet framträder rätten som ett eller flera system i *ett konglomerat av styrsystem*. Det industriella samhället präglas enligt båda dessa inriktningar av att normsystem avseende forskning, produktion och marknadsbearbetning, innefattande såväl offentlig som privat verksamhet, växer samman till alltmer oöverskådliga och sammanflätade system.[202]

Vad vi nu upplever inom ekonomisk teori kan utgöra en början till ett nytt förhållningssätt till marknadsekonomin, där vare sig frihet eller effektivitet längre är de främsta värdena. Det är inte längre provocerande att beskriva marknader såsom resultatet av planering och reglering. "Markets do not exist or operate apart from the rules and institutions that establish them and that structure how buying, selling, and the very organization of production take place."[203] Marknader har i enlighet med "teknonationalismen" kommit att betraktas som nationella system vilka är sammanlänkande via regler, institutioner etc.[204]

Denna teoretiska förskjutning mot ett mer dynamiskt förhållningssätt inom ekonomisk teori påvisar betydelsen av interaktion med teorier inte endast inom sociologi, utan även filosofi, vetenskapsteori och inte minst rättsteori. Effektivitetsanalyser av reglering är inte längre tillfyllest, utan regleringar måste istället analyseras i ett större samhällsvetenskapligt perspektiv där effektivitet är ett värde bland andra.[205] Ideologiskt sett kan man möjligen hävda att det dessutom skett en förskjutning avseende vilket förhärskande värde som skall tillmätas betydelse. Strävan efter marknadsekonomisk frihet och allokeringseffektivitet har efterhand ersatts med en strävan efter högteknologisk konkurrenskraft.

Jag menar således att den ekonomiska teorin alltmer präglas av en

---

[201] Utvecklingen mot "technological responsibility" beskrivs av bl.a. Bogen, Kenneth: Public Policy and Technological Risk s. 67 (1980). I detta sammanhang talas också om en utveckling mot att se till teknikens betydelse för en bärkraftig utveckling. Se bl.a Hviid Nielsen, Torben: "Bærkraftig utvikling" og "samfunnsmessig nytte" som rettslige standarder i den norske Gentekniklovenn s. 1 (1995)

[202] Jfr Habermas, Jürgen. Kommunikativt handlande, texter om språk, rationalitet och samhälle s. 375 (1988).

[203] Zysman, John: Institutions and Economic Development s. 412 (1996).

[204] A.a.

[205] Jfr Dworkin, Ronald: Is wealth a value? s.s. 191–226 (1992).

ideologiskapande föreställning om betydelsen av statsmaktens reglering för att skapa ett högteknologiskt näringsliv i omvandling. Det mest framträdande är föreställningen om betydelsen av kontroll över teknisk kunskap och teknologiska kunskapsprocesser såsom ett särskilt värde. Statsmaktens uppgift enligt detta förhållningssätt är således att tillhandahålla medel för kunskapskontroll inom det inhemska näringslivet, men även att själv kontrollera kunskap då statsmakten genom den teknostrukturella alliansen är direkt delaktig i innovationsprocesser. Inte endast den ekonomiska teorin präglas av denna föreställning, utan den ideologiskapande kraften är enligt min mening så stark att hela samhällsvetenskapen i allt större utsträckning kommer ge utrymme för och behandla föreställningar relaterade till denna "teknonationalism".

Föreställningen om betydelsen av kontroll över kunskap och kunskapsprocesser skall även ses i ljuset av teorier om risksamhället etc. Dessa teorier härstammar från ett annat kunskapsintresse och har egentligen inget fotfäste inom den ekonomiska vetenskapen. Vi kan också argumentera för att kontroll i detta sammanhang är uttryck för ett annat värde. I den framtida utvecklingen inom samhällsteorin kommer det dock med största sannolikhet bli allt svårare att hålla isär de två infallsvinklarna för kontroll över den industriella omvandlingen, vilket inte minst tydliggörs av att reglering för att undvika risker kan ha stor betydelse för den högteknologiska konkurrenskraften.

Vi går således mot ett teoretiskt förhållningssätt där kontrollen över kunskap och kunskapsprocesser framstår som ett alltmer centralt värde.[206] Denna teoretiska förskjutning påvisar hur teknik och teknologi såsom företeelser har stora likheter med rätten och t.o.m. samhällsvetenskapen. "Technology is the process of modifying the relationship between people and things to produce more efficiently that which is desired."[207] Teknologin, rätten och samhällsvetenskapen sammanförs som medel för kontroll över den artificiella miljö som samhället utgör.[208] Samhällsvetenskapen, precis som rätten och precis som tekniken, utgör delmoment i en strävan efter kontroll över kunskap. Kontrollen över kunskap bör i enlighet härmed analyseras i ett större styrmedelsorienterat perspektiv.

---

[206] Barbour beskriver hur olika aktörer inom samhället interagerar för att "controlling and governing technology". Barbour, Ian: Ethics in an Age of Technology s. 213 (1992).

[207] Gibbons, Hugh. The Relationship between Law and Sicence, part II s. 181 (1982).

[208] A.a. s. 173.

Sammantaget kan därför konstateras att när vi skall analysera patentinstitutets funktioner måste detta ske i ljuset av det ökade intresset för kontroll över kunskap. Det nyvaknade intresset för patentinstitutets betydelse för företagens och även nationalstaternas konkurrenskraft har och kommer att påverka strategiska beteenden hos olika aktörer såväl som resultera i strukturella förändringar. Vi kan bl.a. fråga oss om de framträdande teknikmarknaderna är strukturella förändringar som är relaterade till patentinstitutets funktioner. Möjligen är det ökade intresset för patentinstitutet bidragande till att det framträder kunskapsmarknader, till att vetenskapssamhället marknadsanpassas och kanske även till att förstärka den teknostrukturella alliansen mellan statsmakten och näringslivet. Vi kan även fråga oss huruvida patentinstitutet påverkar den tekniska omvandlingen i en konstruktiv riktning. Intressant är också hur de teoretiska och politiska föreställningarna om teknonationalism osv. påverkar patentinstitutet. Är det möjligen också så att föreställningar om risksamhället påverkar patentinstitutets utformning och innebörd?

Kapitel 3

Patentinstitutets teoretiska förankring och den industriella omvandlingen

"Today the law of intellectual property constitutes the legal key to immense riches. It controls all industries marked by innovations, and it governs all processes of communication at the national as well as the international level." (Koktvedgaard, Mogens. The Law of Intellectual Property Toward Year 2000.)

3.1 Analys av patentinstitutets teoretiska grundvalar

I detta kapitel skall jag närma mig frågan om hur patentinstitutet påverkas av den industriella omvandlingen och hur det verkar som integrerad drivkraft och/eller motkraft för den industriella och samhälleliga omvandlingen. Institutet skall analyseras som en del i ett mångfacetterat styrsystem där rättsliga styrmedel endast är ett medel bland flera. Huvudtemat i kapitlet är patentteoretiskt och ambitionen är att analysera föreställningar om ändamålet med patentsystemet, om patenträttens samlade innehåll, om patentinstitutets övergripande funktioner, samt hur de olika föreställningarna samspelar.

3.1.1 Rätten till kunskap i dynamiken mellan system och miljö

Analysen av patentinstitutet vilar på antagandet att omvandlingsprocesser, där de patenträttsliga reglerna påverkar samhällsomvandlingen och där olika samhälleliga förhållanden påverkar patentinstitutets omvandling, är ideologiska till sin karaktär. Föreställningar om patentinstitutet påverkar beteenden i näringslivet, samtidigt som föreställningar om förhållanden i näringslivet, och om hur patentinstitutet verkar i dessa förhållanden, påverkar rättsbildare och rättstillämpare. Min ambition i detta kapitel är därför att, med utgångspunkt i relationen mellan föreställningar om patenträttens ändamål, dess rättfärdigande och legitimitet, ge en

bild av vissa av dessa dominerande föreställningar. Sambanden mellan dessa föreställningar och förhållningssätten till patentinstitutet, såväl internt inom den juridiska professionen som externt bland användare i näringslivet etc., är särskilt intressanta.

Vi befinner oss således i den svårgripbara dynamiken mellan föreställningar om patentinstitutets innehåll och dess funktion. Utmärkande för denna dynamik är den inneboende spänningen mellan system och miljö, där föreställningen om system representerar det förenklade och föreställningen om miljö det komplexa och öppna. Patentinstitutet kan å ena sidan ses som system av normer och å den andra som en obestämbar mängd av föreställningar vilka uppkommer och tillämpas i en miljö av olika aktörer. Utifrån ett funktionellt perspektiv kan patentinstitutet ses som ett institutionellt system där patentverken, patentdokumentationen och själva patenträttigheten utgör de framträdande institutionerna. Samtidigt kan funktionerna av patentinstitutet betraktas utifrån interaktionen och utbytet av kunskap mellan olika aktörer inom kommersiella och byråkratiska miljöer.

I takt med att samhället förändras mot ett kunskapssamhälle, och innovationsverksamhet ges allt större betydelse, ökar också intresset för att diskutera rätten till kunskap. För företag blir det alltmer betydelsefullt att kontrollera kunskap. Då blir det också mer aktuellt att tala i termer om rätt till uppfinningar, företagshemligheter, teknik, kunskap etc. Frågan är hur dessa "externa" föreställningar påverkar det "interna" förhållningssättet inom den juridiska professionen. En historiskt sett återkommande diskussion externt såväl som internt är om patentet skall betraktas som en monopolsituation eller en egendomsrätt? Om vi använder oss av ett egendomsrelaterat synsätt där vi analyserar patentet utifrån den traditionella civilrättsliga systematiken, skall vi då betrakta patentet som egendomsrätten eller som själva egendomen? Det kanske mest väsentliga att konstatera är att förhållningssätten i dessa avseenden inte är statiska utan att det föreligger en ideologisk process i dynamiken mellan internt och externt som kontinuerligt påverkar och förändrar vår inställning.

3.1.2 Rättsteoretiska utgångspunkter för kapitlets uppläggning

Kapitlet fokuseras kring en analys av patentinstitutet såsom resultatet av en kommunikativ process mellan olika aktörer inom och utom den juridiska professionen. Den kommunikativa processen i sig kommer först att analyseras i de två påföljande kapitlena. I detta kapitel närmar jag mig istället den ideologiska kunskapsprocessen med utgångspunkt i föreställ-

ningar om institutets *ändamål*, patentregleringens *legitimitet* och *rättfärdigande*, samt dess samlade *funktion*. Analysen av föreställningarna utgör ett viktigt steg i en strävan att förstå patentinstitutets ideologiska betydelse.

Patentinstitutet och de institutioner som därigenom skapats, bl.a. förprövningssystemet och patentet, utgör i sig medel för att kontrollera kunskapsprocesser. Som kommersiellt styrmedel är patentinstitutet självfallet beroende av förhållningssättet bland dem som har möjlighet att nyttja det. Visserligen baseras legitimiteten för ett regelkomplex alltid på någon form av allmänt systemförtroende.[1] Vad gäller relationer till kommersiella aktörer, för vilka regelkomplexet är avsett att utgöra ett styrmedel, är situationen mer komplicerad. Legitimiteten är här beroende av erfarenheter och föreställningar avseende regelkomplexets funktioner i förhållande till egna intressen, men även i förhållande till förhärskande värderingar.[2]

När institutets målgrupp anser att normerna inte motsvarar deras förväntningar och således inte vinner legitimitet i något eller några avseenden uppkommer ett förändringstryck.[3] Utvecklingen under de senaste decennierna där medvetandet om patenträttigheten och patentdokumentationen som konkurrensmedel kontinuerligt ökat, präglas av ett tryck för förändring inte bara avseende funktionen utan även avseende patenträttens tillämpning och innehåll. I avsnitt 3.2 kommer jag ge en bild av det jag valt att beskriva som det patenträttsliga uppvaknandet. Avsnittet kan ses som en introduktion till de följande mer teoretiskt orienterade avsnitten.

Diskussionen om patentinstitutets ändamål och historiska legitimitet behandlas i avsnitt 3.3. Rättsteoretiskt är distinktionen mellan de två begreppen ändamål och legitimitet uppenbar vid en första anblick. Ändamålet är förknippat med lagstiftarens avsikter, medan legitimiteten är förknippad med hur normkomplexet uppfattas bland dess adressater. Ett realistiskt förhållningssätt lär oss dock att lagens ändamål inte är uttryck för en avgränsad viljeförklaring. Legitimiteten för ett visst normkomplex baseras dessutom inte endast på egna erfarenheter, utan påverkas även av andras teoretiska och politiska ställningstaganden. Kollektiva legitimationsgrunder kommer följaktligen också påverka ändamålet.

Lagens ändamål, precis som dess legitimitet, måste därtill ses i ljuset

---

[1] Peczenik, Alexander: Vad är rätt? s. 48 (1995).
[2] A.a. s. 49.
[3] A.a.

av dess rättfärdigande inom den juridiska professionen. Peczenik skiljer i detta sammanhang på ett tillräckligt rättfärdigande och ett djupgående rättfärdigande.[4] Det tillräckliga rättfärdigandet avser den rättsliga argumentationens förankring inom rättssystemet i förhållande till rättskällor, systemets koherens etc. Det mer djupgående rättfärdigandet består enligt Peczenik av den rättsliga argumentationens förhållande till moraliska ställningstaganden och andra värden.[5] Således säger det sig självt att det är mycket svårt att skilja på huruvida olika föreställningar om patentinstitutet utgör ändamål, verkar legitimerande eller rättfärdigande. Avsikten i avsnitt tre är att ge en ideologisk bakgrund, där jag ringar in olika föreställningar som jag menar är relevanta såväl som ändamål som legitimerings- och rättfärdigandegrunder.

I avsnitt 3.4 skall jag med ledning av olika ekonomiska analyser av patentinstitutet ge en bild av patentinstitutets funktioner och ökade strategiska betydelse. Jag kommer här att förhålla mig till den mer dynamiska patentteorin som analyserar patentinstitutets funktioner i en konkurrensrelationell kontext där olika aktörer ställs emot varandra. Avsikten i det fjärde avsnittet är att, utifrån en översiktlig förståelse av hur patentinstitutets funktioner förändras och hur dessa förändrade funktioner uppfattas inom ekonomisk teori, påvisa hur patentinstitutets legitimitet också förändras.

I avsnitt 3.5 är avsikten bl.a. att påvisa hur den patentteoretiska utvecklingen samspelat med den ideologiska förändringen inom rättsfilosofin. Jag kommer att analysera hur förändrade rättsfilosofiska förhållningssätt verkar rättfärdigande bland aktörer inom den juridiska professionen, vilket återspeglas i det rättsliga förhållningssättet till patentet som en egendomsrätt respektive en monopolställning. Särskilt väsentligt, avseende dessa "interna" funktioner är att analysera den förvirring som skapats kring patentets rättsliga innebörd och dess systematiska inplacering i rättssystemet. I avsnittet kommer särskild vikt läggas vid den rättsteoretiska diskussionen i Sverige och övriga Norden. Detta avsnitt ger därmed en översiktlig bild av hur patentinstitutets djupgående rättfärdigande har förändrats över tiden. Följaktligen är det framförallt i det femte avsnittet som jag kommer att behandla den rättsvetenskapliga patentteorin.

---

[4] Peczenik, Alexander: Vad är rätt? s. 379 (1995).
[5] A.a.

I det avslutande sjätte avsnittet summeras diskussionen om dynamiken mellan patentinstitutets ändamål, legitimitet och rättfärdigande. Avsikten är att skapa ett underlag för att gå vidare och teoretiskt analysera patentinstitutet som ett viktigt inslag i en samhällsomvandlande kunskapsprocess.

3.2 Patentinstitutet i rörelse

3.2.1 Patenträttsligt uppvaknande för marknadsmakt

Det kommersiella intresset för patentsystemets och den enskilda patenträttighetens marknadsmässiga funktioner har under det senaste decenniet ökat dramatiskt i de västerländska staterna. Förändringen i förhållningssättet till patentinstitutet förefaller vara direkt relaterad till medvetandegörandet om betydelsen av högteknologisk konkurrenskraft. Vid inledningsanförandet till den första av EU-kommissionen anordnade kongressen om immaterialrätt och innovation år 1990 konstaterades att: "We can say, without exaggeration, that we have a chance to look at the newest strategies in technological marketing. The current decade can be defined by an incredible growth in technological information and creativity, and markets will be conquered by those firms that make better use of R&D through licensing and patent grants."[6]

Kommissionens engagemang antyder att uppvaknandet inte enbart är knutet till företagens agerande. Det är också ett uttryck för patentinstitutets strategiska betydelse för offentliga aktörer inom industristaterna och sammanslutningar av stater som EU.[7] Inom OECD har man bl.a. uppmärksammat det statistiska sambandet mellan patentansökningar och produktivitet inom den inhemska industrin.[8] Ju fler patent som beviljats i förhållande till avsatta medel till FoU desto produktivare anser man näringslivet vara.[9] I relationen mellan stater framstår patentinstitutet allt-

---

[6] Uttalandet gjordes vid inledningsanförandet till den första Patinova-kongressen av Fernando Panizo. Täger & von Witzleben (red):Strategies for the Protection of Innovation, Proceeding of the First European Congress on Industrial Property Rights and Innovation s. 9 (1990).

[7] Jfr Grönbok om innovation, EU bull. suppl. 5/95. Jfr även Straus, Joseph: The present state of the patent system in the European Union – as compared with the situation in the United States of America and Japan (1997).

[8] Se redogörelse härom i Nadiri, M Ishaq. Innovationer och tekniskpridning s. 16 (1991).

[9] Jfr Hall, Griliches & Hausman: Patents and R and D: Is there a Lag? s.s. 265–283 (1986).

mer som instrument i strävandet om ekonomisk expansion i den industrialiserade världen.[10] Utmärkande är antagandet om sambandet mellan den relativa konkurrenskraften och funktionen av patentinstitutet.

Mikroekonomiskt kan det patenträttsliga uppvaknandet beskrivas som ett management-strategiskt medvetandegörande.[11] Det spontana intrycket är att det ökade intresset för det immaterialrättsliga rättsområdet framtvingas av ett internationellt sett allt hårdare konkurrensklimat, där bl.a. japanska företag kommit att inse betydelsen av att kombinera konkurrens-, innovations- och patentstrategier.[12] Empiriska studier visar att japanska företag tidigt utvecklade strategier för att söka patent i större utsträckning än andra industrinationers näringsliv.[13] Dessutom är japanska företags inblandning i processer avseende patentintrång och ogiltighet av patent etc. påtagligt högre.[14] De japanska företagen utgör föregångare vad gäller att tillmäta patenthantering en strategisk betydelse, även på "top management level".[15] Denna strategiska hantering omfattar inte endast överväganden avseende vilka uppfinningar, vid vilken tidpunkt och i vilka stater man skall ansöka om patent, utan även överväganden om hur man skall utnyttja patentets ensamrättsposition i kommersiella relationer som licensiering, korslicensiering, marknadsinriktade standardiseringsåtgärder etc.[16]

Patenthantering har alltså blivit ett strategiskt handlande utifrån antaganden om patentinstitutets funktioner på alltmer högteknologiska och internationella varumarknader.[17] Patentstrategiska överväganden blir

---

[10] Se bl.a Armstrong, John: Trends in Global Science and Technology and What They Mean for Intellectual Property Systems s.s. 192–207 (1993). Frischtak, Claudio: Harmonization Versus Differentiation in Intellectual Property Right Regimes s.s. 89–106 (1993).

[11] Det strategiska medvetandegörandet tydliggörs i bl.a. följande artiklar: Knight, Jackson: Developing a patent strategy model. I: Patent strategies s.s. 12–27 (1996). Ernst, Holger: The Patent Portfolio for Strategic R&D Planning s.s. 491–496 (1997). Oppenländer, Karl: The Implications of Patent Rights for Corporate Innovation Policies in the Future European Single Market s.s 17–25 (1990). Täger, U Ch: Patent Protection as a Determining Factor in the Process of Innovation s.s. 301–311 (1990).

[12] Se Weber, Samuel: The Patent Battle Takes an Ugly Turn s.s. 51–56 (1991). Rahn, Gunram: Patent strategies of Japanese companies s. 3 (1996).

[13] IVA-M 281. Profit from Innovation – A Comparison of Swedish and Japanese Intellectual Property Management s.s. 38–39, 47 (1993).

[14] A.a. s. 86.

[15] A.a. s. 47.

[16] Se exempelvis Glazier, Stephen: Patent Strategies for Business s.s. 3–9 (2:a uppl. 1995). Goldscheider, Robert: Technology Management s.s.1.5–1.6 (1991). Knight, Jackson: Patent Strategy For Researchers and Research Managers s.s. 53–98 (1996).

därför också mer och mer internationella till sin karaktär, vilket bl.a. förklaras med "hårdnande internationell konkurrens, strukturomvandling mot ökad produktspecialisering för enskilda företag samt teknologisk uppgradering av produkter och att produktionsprocesser går hand i hand."[18] Möjligheterna för det enskilda företaget att skapa uthålliga komparativa fördelar blir alltmer förknippad med förmågan att få tillgång till och att bevara ny teknik. Eftersom i princip allt kan imiteras, är det nödvändigt att strävan efter förnyelse är konstant och aldrig upphörande inom företaget.[19] Cyniskt sett är det å ena sidan frågan om att undvika andras imitation och snyltning på egna innovationer och å den andra sidan att möjliggöra imitation avseende andras framgångsrika och eventuellt framgångsrika innovationer.

Patentinstitutet som instrument för att förhindra imitation anses visserligen skilja sig mellan olika företagskulturer, branscher och industriella klimat inom olika geografiska hemmamarknader.[20] Särskilt inom vissa sektorer, exempelvis kemi- och läkemedelsindustri, har patentinstitutet ansetts vara av stor betydelse för att förhindra imitation.[21] Inom andra industriella sektorer menar man att det bästa sättet är att vara först på marknaden med en produkt/process.[22] Det har också konstaterats att förekomsten av ett immaterialrättsligt regelverk värderas högre i högteknologiska sektorer och för högteknologiska investeringar.[23] Betydelsen är konkurrensrelationell, d.v.s. om vissa företag utnyttjar patentinstitutionen i stor omfattning kommer andra företag tvingas att anpassa sig till

---

17 Patentstatistik visar även att patentsökandet har kommit att bli alltmer internationellt. Profit from Innovation – a comparison of swedish and japanese intellectual property management s. 21 (1993). Jfr även United Nations. Intellectual property rights and foreign direct investment s. 1 (1993).

18 Andersson, Atlestam, Dreborg och Stenberg: Teknikpolitik för tillväxt, åtgärder för bättre utnyttjande av teknologisk kompetes s. 5 (1993).

19 Se exempelvis Armstrong, John: Trends in Global Science and Technology and What They Mean for Intellectual Property Systems s. 195 (1993). Porter, Michael E: The competitive advantage of nations s. 580 (1990).

20 Se Mansfield, Edwin: Unauthorized Use of Intellectual Property: Effects on Investment, Technology Transfer, and Innovation s.s. 107–145 (1993). Scherer, F M: The Economic Effects of Compulsory Patent Licensing s.s. 13–14 (1977).

21 Se Scherer, F M: Pricing, Profits, and Technological Progress in the Pharmaceutical Industry s. 113 (1993). Grabowski, Henry & Vernon, John: Brandloyalty, Entry, and Price Competition in Pharmaceuticals after the 1984 Drug Act s. 347 (1992).

22 IVA: Profit from Innovation – A Comparison of Swedish and Japanese Intellectual Property Management s. 19 (1993).

23 Se Merges, Robert & Nelson, Richard: On the Complex Economics of Patent Scope. Columbia Law Review s. 908 (1990). IVA-M 281. Profit from Innovation – A Comparison of Swedish and Japanese Intellectual Property Management s. 19 (1993).

motsvarande beteende. Förklaringen är dock inte ensam tillfyllest för att förklara skillnaden mellan olika marknader, utan även förutsättningarna till imitation, reverse engineering etc. spelar in.

Funktionen av patentinstitutet är relaterad till de kommersiella aktörernas samlade kunskap om patentinstitutet.[24] Vid empiriska studier av patentinstitutets funktioner har man således att beakta å ena sidan företagens handlande (avstående från handlande) och å andra sidan kunskapen (den bristande kunskapen) om patentinstitutet och om funktionen av patentinstitutet. Med kunskap om funktionen avser jag således ett subjektivt förhållningssätt till ett visst regelkomplex, vilket utgör ett uttryck för rättens interaktion med praktisk verksamhet. Ett ökat tillgängliggörande av kunskapen om funktionen av patentinstitutionen kommer mer konkret till uttryck genom att rättslig argumentation blir alltmer relevant i olika avseenden, varför tillgängliggörandet även kan betraktas som uttryck för en rättsliggörandeprocess.

Sammantaget innebär uppvaknandet, i sin praktiska kontext, en övergång mot ett mer offensivt utnyttjande av patentinstitutet. Uppvaknandet som uttryck för ökad kunskap om patentinstitutets möjliga funktioner kommer i sin tur att generera en än mer ingripande funktion av patentinstitutet. Vi befinner oss på så vis i en accelererande informations- och kunskapsprocess inom olika företag, branscher, marknader, där mer eller mindre underbyggd kunskap om vad patentinstitutionen har att erbjuda relateras till interna strategier, konkurrenters agerande, övergripande marknadsnormer etc. Uppvaknandet kan således ses som en ideologisk process som kommer att resultera i en förändrad funktion av patentinstitutet och därmed även av dess materiella innehåll. Det individuella förhållningssättet som påtryckningsfaktor i förändringsprocessen tydliggörs av Witzleben som påpekat att "(t)here is no denying that the patent system is the best way to promote and protect innovation, although the system will certainly have to be adapted to a constantly changing reality, due to the nature of inventions and the nature of the market itself."[25]

3.2.2 Patentinstitutets funktionella omvandling

Uppvaknandet bör följaktligen betraktas som en kommunikativ process där föreställningar om förändrade tekniska och marknadsmässiga förhål-

[24] STU: Effektivare innovationsprocess, förutsättningar och förslag s. 62 (1990).

[25] von Witzleben, Alexander: The history of the First European Conference on Industrial Property Rights and Innovation s. 9 (1990).

landen ställer krav på kontinuerlig anpassning av förhållningssättet till immaterialrättens betydelse. Detta ställer i sin tur krav på en kontinuerlig anpassning av patenträttens innehåll. Koktvedgaard framhåller också att anledningen till att rättsområdet immaterialrätt expanderat avsevärt är "an obvious consequence of industrialization and the high technology consumer society of our times which necessarily puts much emphasis on an efficient and nuanced legal protection of knowledge and know-how, applied technology, art and culture."[26]

3.2.2.1 Den tekniska förändringens inverkan på immaterialrätten

Den tekniska utvecklingens strukturella påverkan på immaterialrätten sker i första hand genom anpassning av befintliga skyddsformer, men också genom att det skapas nya skyddsformer. Patentlagen har reformerats och anpassats ett flertal gånger, bl.a. för att tillgodose speciella marknadsförutsättningar inom läkemedelsindustrin.[27] I många stater har man infört en särskild skyddsform för bruksmönster, vilken är avsedd att fylla en lucka mellan patent- och mönsterrätten.[28] Skyddet för nya växtsorter är ett relativt tidigt exempel på en särskild skyddsform, vilken möjligen skulle kunna ha inkorporerats inom patenträtten. Den datatekniska utvecklingen, som haft stor inverkan på immaterialrätten, har resulterat i att de befintliga skyddsformerna anpassats, men även i att det skapats en särskild skyddsform för utformningen av kretsmönster.

Det är vidare viktigt att observera att den industriella omvandlingens inverkan på de immaterialrättsliga skyddsformerna inte endast är en fråga om ny och förändrad lagstiftning. Domstolarna och patentverken har kontinuerligt att ta ställning till tillämpningen av lagstiftningen på förändrade tekniska och marknadsmässiga förhållanden. Den rättsvetenskapliga doktrinen skall inte heller underskattas som anpassande rätts-

---

[26] Koktvedgaard, Mogens: The Law of Intellectual Property toward Year 2000 s. 155 (1993).

[27] Patentering av läkemedel var tidigare en kontroversiell fråga också bland i-länder. Föreställningarna om vad som är patenterbart och vad patentet bör innefatta har efter hand förändrats. Ett av de senare stegen i utvecklingen var att förlänga skyddstiden. För EU utfärdades en förordning om tilläggsskydd för läkemedel EEG 1768/92. Beträffande den ekonomiska bakrunden till förändringen se Grabowski, Henry & Vernon, John: Longer Patents for Lower Imitation Barriers: The 1984 Drug Act (1986). Statman, Meir: The Effect of Patent Expiration on the Market Position on Drugs. s.s. 140–151 (1981).

[28] Beträffande strävan om harmonisering i EU se COM (95) 370, The Protection of Utility Models in the Single Market.

bildare. Diskussionen om regleringens tillämpning skapar en kontinuerlig utfyllnad av de rättsliga föreställningarna.[29]

Under senare tid är det främst utvecklingen inom mikroelektronik, informationsteknologi och bioteknik som påverkat immaterialrätten.[30] Det har de senaste decennierna bl.a. fortgått en omfattande diskussion om immaterialrättsinstitutens anpassning till datatekniken. Datatekniska hårdvaror ansågs innefattas i det patenterbara området. Mer tveksamt har det varit hur man skall hantera mjukvaror som datorprogram och databaser.[31] Upphovsrätten anpassades relativt omgående för att tillgodose skyddsbehovet för datorprogram. Beträffande patenträttens tillämplighet ansågs datorprogram som sådana inte uppfylla kravet på teknisk karaktär, vilket beträffande EPC och den svenska patentlagen resulterade i att datorprogram uttryckligen undantogs från vad som skulle anses utgöra en uppfinning.[32] Utvecklingen visar emellertid att patenträtten anpassats genom förändrad praxis, varför även uppfinningar utformade i programvara numer kan vara patenterbara.[33] En utmaning som står för dörren är hur den digitala kommunikationstekniken kommer att påverka de immaterialrättsliga instituten. "Digital teknik för produktion och spridning av kommunikationsinnehåll samt diverse sekundära utnyttjanden av innehåll, baserade på digital eller annan teknik, förmedlat av sådan teknik, kommer att innebära en rättslig omvälvning som ännu är svåröverblickbar."[34] Med utgångspunkt i utvecklingen i USA har det bl.a. diskuterats hur patentinstitutet interagerar med utvecklandet av en "information infrastructure".[35]

3.2.2.2 De marknadsmässiga förändringarnas inverkan på immaterialrätten

Det är inte enbart den tekniska utvecklingen som ställer krav på förändringar av immaterialrätten, utan även mer renodlade marknadsbeteen-

---

[29] Patentinstitutets kommunikativa omvandling behandlas utförligt i avsnitt 5.3.

[30] Se Barton, John: Adapting the Intellectual Property System to New Technologies s.s. 256–283 (1993).

[31] Se allmänt om den internationella utvecklingen i Samuelson, Pamela: A Case Study on Computor Programs s.s. 284–318 (1993).

[32] Se art. 52.2c EPC och 1 § 2 stycket patentlagen.

[33] Se Olsson, Henrik. Patentability and Computer Software in the USA and Europe (1996). Kahin, Brian: The Software Patent Crises s.s. 53–58 (1990).

[34] Karnell, Gunnar: Digitalisering och upphovsrätt s. 7 (1994). Jfr även Dreier, Thomas. Digitaliserad upphovsrätt: inverkan av skilda synsätt och praktiska konsekvenser för informationsutbyte i digitala nätverk s.118 (1994).

[35] Samuelson, Pamela: A Case Study on Computor Programs s. 317 (1993).

den. Internationalisering och marknadsintegration ställer allt högre krav på harmoniserad lagstiftning. Inom EU har det länge varit ett uttryckligt strävande att harmonisera immaterialrättslagstiftning och även att konstituera immaterialrättigheter som omfattar hela den gemensamma marknaden. Enligt Kommissionen är det en viktig målsättning "att skapa ett rättsligt system för intellektuell och industriell äganderätt i Europa som i en miljö i stark utveckling (särskilt inom biologin och informationssamhället) fortsätter att ge stimulans till individuell innovation och samtidigt möjlighet till stor spridning av nyheter."[36]

På den internationella arenan har skyddssystemet förstärkts med bl.a. det multilaterala avtalet om TRIPS (Trade Related Intellectual Property Rights), vilket syftar till mer kraftfulla ingripanden mot handeln med "förfalskade varor".[37] Avsikten är att skapa ett tryck på framförallt utvecklingsländerna i syfte att förmå dessa att uppfylla en miniminivå av skydd mot plagiering och dessutom effektivt tillämpa sanktionsbestämmelser. Ett uttalat syfte har t.o.m. varit att förhindra att utvecklingsländer använder sig av "tvångslicensiering som ett handelspolitiskt instrument i stor omfattning."[38]

Industristaternas agerande inom ramen för både de bilaterala och multilaterala förhandlingarna om utvecklingen av det internationella immaterialrättssystemet präglas av en strävan om att stärka den inhemska industrins konkurrenskraft. Ett tydligt exempel utöver TRIPS är USAs agerande beträffande skyddet för kretsmönster. Här har USA agerat med hårdhet för att gynna den egna halvledarindustrin.[39] Även EU-kommissionens arbete för att förstärka den immaterialrättsliga regleringen är i stor utsträckning ett resultat av en föreställning om att den europeiska industrins konkurrenskraft måste förstärkas i förhållande till aktörer inom i första hand USA och Japan.[40] Ett exempel där denna föreställning tydliggörs är Kommissionens förslag till direktiv avseende patentering av bioteknik.[41]

---

[36] Grönbok om innovation, Bull. EU Suppl. 5/95 s.s. 24–25.

[37] Prop. 1994/95:35 Sveriges anslutning till Världshandelsorganisationen m.m., Del A s. 65.

[38] A.a.

[39] USA utnyttjade bl.a. ett krav om reciprocitet när de utformade sin lag om "mask works" år 1984.

[40] Jfr Levin, Marianne. Immaterialrättsliga skiljevägar s.s. 112–115 (1996).

[41] Proposal for a European Parliament and Council Directive on the legal protection of biotechnological inventions, COM (95) 661 final.

3.2.2.3 Samhällelig förändring och värdemässiga överväganden

Patenträttens anpassning till det genteknologiska området har skapat en diskussion av moralisk karaktär. Kommissionens direktivförslag har mötts av kraftigt politiskt motstånd och starka åsikter har framförts mot patenterbarhet överhuvudtaget.[42] Som ovan antytts har dock patenträttens "självanpassning" redan resulterat i att det föreligger förutsättningar till patenterbarhet i flertalet industrinationer. En spännande parallell är omvandlingen av patenträtten vad gäller läkemedel. I många stater intogs först en skeptisk attityd och läkemedel ansågs inte patenterbara. Stegvis infördes sedan möjligheter att patentera processer för produktion av läkemedel och så småningom full möjlighet till patenterbarhet.[43] Det har i efterhand hävdats att bristen på möjlighet till patent inom läkemedelsbranschen bromsade utvecklingen. Penicillinet anses exempelvis ha försenats flera decennier.[44]

Diskussionen på det gentekniska området väcker frågan om patentsystemets betydelse som drivkraft för industrisamhällets omvandling i destruktiv riktning.[45] Godenhielm konstaterar, när han studerar patentinstitutet som ett medel för industriell omvandling, "att rätten är en process, där målen/värdena hela tiden formuleras på nytt och där medlen därför ständigt varierar."[46] Det finns också all anledning att instämma med Bruun då han hävdar att "during a time of change it is important to discuss the social reasons for, as well as the legitimation (both in the deontological and the consequental sense) of, the protection of intellectual property and its fundamental conditions."[47]

Vi kan sammantaget konstatera att även om immaterialrätten omvandlats och expanderat i mycket stor omfattning är den rättsliga strukturen, med de tre centrala immaterialrättsliga skyddsformerna patent, upphovsrätt och kännetecknensrätt, fortfarande densamma alltsedan till-

---

[42] Utvecklingen inom det gentekniska området berörs kortfattat i avsnitt 5.3.3.3.

[43] Se härom Domeij, Bengt: Patent på 2:a medicinska indikationen och förbudet mot patent på medicinska förfaranden (1994). Jfr även Koktvedgaard, Mogens: The Law of Intellectual Property toward Year 2000 s. 159 (1993).

[44] Forskningsrådsnämnden: Källa/38, Gentekniken och juridiken – aktuell debatt om patentfrågor inom gentekniken s. 19 (1992).

[45] Diskussionen behandlas närmare ovan i avsnitt 5.3.3.3.

[46] Bernt Godenhielm lyfter också fram betydelsen av den av Lars D. Erikssons utvecklade alternativa jurisprudensen. Godenhielm, Berndt. Patentskyddets omfattning i europeisk och nordisk rätt s. 36 (1994).

[47] Jfr Bruun, Niklas. The Role of The Patentsystem in the Protection of Intellectual Property, NIR 1992 s. 206.

komsten av de så betydelsefulla Paris- och Bernkonventionerna.[48] Samspelet mellan de olika immaterialrätterna har dock blivit alltmer påfallande, inte minst beroende på den "technologization" av upphovsrätten som skett vid den datatekniska anpassningen.[49] Patentinstitutet kan således inte analyseras isolerat. Bilden är så komplex att vi måste ta hänsyn till en rad olika regelkomplex, vilka alltmer återspeglar den ökande fokuseringen på immateriella tillgångar. Sandgren frågar sig t.o.m. "(o)m lagstiftaren hade tabula rasa skulle kanske kategorierna fysisk tillgång – immateriell tillgång användas som medel att sortera upp verkligheten."[50]

3.2.3 Patentinstitutet och industrisamhällets ideologiska omvandling

Den mest framträdande ideologiska aspekten avseende det patenträttsliga uppvaknandet är, som jag ser det, förknippat med kunskapsproduktionsfunktionen[51] som ett för den samhälleliga omvandlingen övergripande koncept. Den oinskränkta tron på teknikens förmåga till framsteg framstår här som den mest framträdande strukturella normen. Vi skall ha klart för oss att denna tilltro till tekniken varit ett ideologiskt fundament för patentinstitutet alltsedan det tillskapades. I den amerikanska konstitutionen från år 1776 förklarades att patenträttens ändamål är "to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries".[52] Betecknande för utvecklingen är ändock det ökande inflytande från den ideologiska utveckling som ovan beskrivits som teknonationalism. Ett viktigt antagande är att patentinstitutet fått allt större betydelse som ideologiskt moment i den samhällsomvandlande processen.

Föreställningarna om patentinstitutets funktioner framstår i detta perspektiv som intimt förknippade med det industriella samhällets omvandling, där nya näringsgrenar blir alltmer kunskapsorienterade.[53] Det

---

[48] Jfr Sandgren, Claes: Kunskapssamhället och rättssystemet s. 59 (1995).

[49] Jfr Koktvedgaard, Mogens: The Law of Intellectual Property toward Year 2000 s. 156 (1993).

[50] Sandgren, Claes: Kunskapssamhället och rättssystemet s.s. 62–63 (1995).

[51] Se närmare i avsnitt 2.5.1.

[52] Informationen är hämtad från Walterscheid, Edward C: The Early Evolution of the United States Patent Law: Atecedents (Part 1) s. 697 (1994).

[53] Jfr Merges, Robert & Nelson, Richard: On the Complex Economics of Patent Scope. Columbia Law Review, s. 908 (1990). Jfr även Merges, Robert & Nelson, Richard: Market Structure and Technical Advance s. 201 (1992).

patenträttsliga regelkomplexet har sålunda kommit att uppmärksammas allt mer inom forsknings- och vetenskapsrelaterad verksamhet, där gränserna mellan offentlig och privat verksamhet framstår som påtagligt flytande.[54] Handel med tjänster, varor och kunskap som omfattas av immaterialrätt ökar också kontinuerligt.[55]

Utmärkande för patentinstitutets inverkan i kommersiella relationer är föreställningen om att det kan utnyttjas för att möjliggöra konkurrenskraft. Det råder härvidlag ingen tvekan om att utnyttjandet av patentinstitutets funktioner kan vara av väsentlig betydelse för *enskilda ekonomiska intressen.* "Needless to say, patents play a role in this innovation-based struggle for competition advantage. We still know very little about exactly what that role is and how important it is, and we should know more. It is hardly surprising that Hitachi has one of the biggest and most valuable patent portfolios in the world."[56]

Återigen finns det anledning att uppmärksamma att samspelet mellan patentinstitutet som drivkraft i förhållande till andra i samhället existerande faktorer präglas av en påfallande komplexitet. Närmandet till dessa svårgripbara ideologiska kunskapsprocesser sker lämpligen utifrån två ansatser. Dels är det frågan om att förstå vilka föreställningar som verkar som förhärskande ideologier och dels har vi att förstå de kommunikativa processer där föreställningar överförs.[57] De två ansatserna interagerar, vilket också återspeglas i det svårgripbara sambandet mellan patentinstitutets ändamål, legitimitet och föreställningarna om dess funktion.

3.3 Patentinstitutets ideologiska bakgrund

Rättsvetenskapligt är det närliggande att relatera patentinstitutets funktion till dess rättspolitiska ändamål. Relationen häremellan har beskrivits som en fråga om rättspolitisk adekvans, vilken bestäms av i vilken utsträckning de rättspolitiska ändamålen förverkligas av rättsreglernas tillämpning i olika relationer.[58] Betydelsen av föreställningen om denna rättspolitiska adekvans skall inte underskattas, inte minst för att den för-

[54] Jfr Sherman, Brad: Governing Science – Patents and Public Sector Research in the United Kingdom s. 22 (1995).

[55] Se bl.a. Mansfield, Edwin: Unauthorized Use of Intellectual Property: Effects on Investment, Technology Transfer, and Innovation s. 132 (1993).

[56] IVA-M 281. Profit from Innovation – A Comparison of Swedish and Japanese Intellectual Property Management s. 10 (1993).

[57] Jfr avsnitt 1.5 om arbetets fyra huvuduppgifter.

[58] Hellner, Jan. Lagstiftning inom förmögenhetsrätten s. 210 (1990).

utsätter ett ställningstagande om vad som utgör institutets ändamål. Det blir enligt min mening särskilt intressant om vi med utgångspunkt i samhällsfilosofiska och samhällspolitiska ställningstaganden söker kartlägga de rättspolitiska ändamålen i en vidare kontext där vi även beaktar patentinstitutets legitimitet och föreställningarna om dess funktion.[59]

3.3.1 Patentinstitutets historiska motiv, legitimitets- och rättfärdigandegrunder

I princip kan hävdas att det är fyra övergripande föreställningar, vilka framträder under delvis olika idéhistoriska epoker, som utgör patentinstitutets ändamål och som verkar både legitimerande och rättfärdigande.[60] En första föreställning kan betecknas som *naturrättslig* (natural-law thesis) och baseras på ställningstagandet att uppfinnaren har en naturlig egendomsrätt till sin uppfinning. Denna föreställning, vilken som dominerande rättfärdigandegrund i huvudsak endast haft avgörande betydelse i Frankrike, skiljer sig från de andra mer utilitaristiskt orienterade föreställningarna.

Två till varandra närbesläktade föreställningar baseras på tanken om det tillfälliga monopolet. Den ena av dessa kan beskrivas som en *monopol- och belöningsmotivering* (reward-by-monopoly thesis) där rättsskyddet betraktas som en belöning till uppfinnaren för hans insatser i form av ett tidsbegränsat monopol för utnyttjande. Den angränsande motiveringen kan betecknas som en *monopol- och profitsporremotivering* (monopoly-profit-incentive thesis) där rättsskyddets existens är avsett att stimulera till kreativitet och investering. Skillnaden mellan de två föreställningarna är förenklat att belöningsmotiveringen är bakåtriktad och tar sikte på vad uppfinnare och andra har åstadkommit, medan profitsporremotiveringen är framåtriktad och syftar till att stimulera framtida insatser i olika avseenden. Belöningsmotiveringen är besläktad med den naturrättsliga föreställningen, såtillvida att den baseras på ett grundläggande värde om

---

[59] Jfr Bruun, Niklas. The Role of The Patentsystem in the Protection of Intellectual Property s. 206 (1992).

[60] Teoretiska diskussioner om patentinstitutet fokuseras ofta kring dessa fyra föreställningar. Se framförallt Machlup, Fritz & Penrose, Edith: The Patent Controversy in the Nineteenth Century s. 10 (1950). Se även Machlup Fritz, An Economic Review of the Patent System s. 21 (1958). Basber Björn L. Patenter og teknologisk endring i Norge 1840–1980, en metodediskusjon om patentdata anvendt som teknologi-indikator s. 13 (1984). Se även Dutton, H I. The patent system and inventive activity, during the industrial revolution 1750–1852 s. 17 (1985).

rättvisa för uppfinnaren.[61] En fjärde föreställning är tanken om *utväxling av hemlighet* mot patenträttighet. "Man kan i patentskyddet se en ersättning som staten tillerkänner uppfinnaren, under villkor att denne låter uppfinningen offentliggöras och ställer densamma efter patenttidens utlöpande till allmänhetens fria förfogande."[62] Patentet utgör enligt detta betraktelsesätt således en form av socialt kontrakt, vilken innefattar en ensamrätt för priset av offentlighet. Föreställningen baseras på antagandet att om inte statsmakten skulle tillhandahålla ett patentsystem kommer uppfinnare och innovatörer i större utsträckning att hemlighålla uppfinningar och på så vis hämma teknikens spridning.

I den moderna industristatens patentreglering är det otvivelaktigt de mest nyttoorienterade motiveringarna, d.v.s. profitsporremotiveringen och utväxlingsmotiveringen, som tydligast vunnit gehör. I exempelvis patentlagstiftningskommitténs betänkande från 1919 uttalas att "(a)ll patentlagstiftnings ändamål är att uppmuntra uppfinnareverksamheten genom att bereda uppfinnarna möjlighet att av sitt arbete draga ekonomisk vinst, att framkalla gjorda uppfinningars offentliggörande samt att därigenom befordra de tekniska vetenskapernas och näringslivets utveckling."[63]

De olika motiven utesluter emellertid inte varandra. Tvärtom återfinns de ofta som parallella tankeslingor just i ändamålsdiskussionerna.[64] Föreställningarna verkar dessutom inte endast som ändamål, utan skall ses i spänningsfältet mellan den rättspolitiska motiveringen, legitimiteten bland användare och rättfärdigandet inom den juridiska professionen. Är ändamålen acceptabla bland en bredare krets inom näringslivet skapas en legitimitet för patentinstitutet. Om å andra sidan ändamålen inte är överensstämmelse med förhärskande intressen inom näringslivet uppstår istället ett förändringstryck på patentregleringen och dess ändamål. Vi får i sammanhanget inte heller bortse från funktionen av patentinstitutet och den rättspolitiska adekvansen. För att legitimitet skall föreligga i enlighet med ändamålen krävs också att dessa uppfylls genom regleringens tillämpning i näringslivet. Brister i funktionen kan således också skapa ett förändringstryck på regleringen. Samtidigt skapar funktio-

---

[61] Machlup Fritz, An Economic Review of the Patent System s. 21 (1958).

[62] Patentlagstiftningskommitténs betänkande VI, 1919. Förslag till Lag om patent m. m. s. 161.

[63] A.a.

[64] Se exempelvis Eisenberg, Rebecca: Patents and the Progress of Science – Exclusive Rights and Experimental Use s. 74 (1991).

nen i sig egen legitimitet och kan medföra att det kan urskiljas nya grunder. Innebörden härav är att patentinstitutet kan ha legitimitet trots att vare sig ändamålen är acceptabla eller att de uppfylls. Frågan vi måste ställa oss är följaktligen huruvida de fyra föreställningarna fortfarande är relevanta eller om det har etablerats nya föreställningar.

Oavsett om vi förhåller oss till ändamål, legitimitets- eller rättfärdigandegrunder är självfallet förtroendet för rättsordningen som sådan dessutom en väsentlig faktor vad gäller uppkomsten av legitimitetskriser och förändringstryck. Bland aktörerna inom den juridiska professionen har argumentens formella rättfärdigande en påtaglig betydelse. Samtidigt får vi inte bortse från det djupare rättfärdigandet där ändamål och andra värden som bl.a. kan härledas till funktion påverkar tillämpning och tolkning etc. Särskilt intressant blir detta då vi, som i förevarande fall, hanterar ändamål som har direkt relevans för hela rättens rättfärdigande. Motivet att patent är en grundläggande naturlig rättighet har som rättfärdigandegrund en direkt inverkan på den juridiska professionens förhållningssätt till rätten som företeelse i sig. En naturrättslig motivering till varför vi måste ha ett patentinstitut är med nödvändighet förknippad med någon form av naturrättsligt förhållningssätt till rätten generellt.

Min huvudpoäng är ett framhållande av betydelsen av att förstå patentinstitutet utifrån dess bakomliggande ideologier, vilka såsom förhärskande ändamål, legitimitets- och rättfärdigandegrunder också måste förstås i en mer övergripande ideologisk kontext. De här redovisade fyra ändamålen/legitimitetsgrunderna för patentinstitutet skall därför sättas in i ett större ideologiskt perspektiv där vi även beaktar tilliten till den tekniska utvecklingen och föreställningar om det industrialiserade samhället i sig. Jag kommer därför att utgå ifrån ett historiskt perspektiv där förhållningssättet till industrialismen växer fram och förändras.[65]

3.3.2 Patenträttens merkantilistiska ursprung

Den gängse uppfattningen är att patentteorierna har sitt ursprung i den samhällsuppfattning som givits beteckningen merkantilism. Den första reglering som möjliggjorde någon form av skydd för uppfinningar anses ha tillkommit i Venedig år 1474.[66] Venedig var vid denna tidpunkt en

---

[65] Den historiska analysen baseras huvudsakligen på sekundärkällor.

[66] Se exempelvis Machlup Fritz, An Economic Review of the Patent System s. 2 (1958). Neumeyer, Fredrik. Patent i omvandling, en översikt över svenska och internationella patentfrågor s. 7 (1977). Neymeyer uppmärksammar den tidigare uppfattningen att patentet hade sitt ursprung i 1600-talets England.

blomstrande stat där man insåg betydelsen av handel och manufaktur inom den egna maktsfären. Under 1500-talet spreds kunskapen om betydelsen av skydd för nya uppfinningar tillsammans med de merkantilistiska idéerna till Tyskland, Frankrike, Nederländerna och England.[67]

Betraktar vi merkantilism mer som ett begrepp för en politisk åskådning än en tidsepok etc., kan begreppet enligt Heckscher sammanfattas som idéer om upprättande av ett enhetssystem för varje nationalstat.[68] Merkantilismen som uppfattning är i detta avseende en reaktion mot partikularismen och den statsupplösning som var resultatet av bl.a. olika ekonomiska faktorer under senmedeltiden.[69] Patentteoriernas ursprung inom merkantilismen är således förknippat med intresset av att stödja industriell utveckling för att stärka nationalstaten i en kontext där staten utgör en ekonomisk enhet i konkurrens med andra stater.[70] Betecknande för merkantilistisk näringspolitik var att statsmakten genom att utfärda privilegier sökte att kontrollera och även stimulera den inhemska näringsverksamheten.[71]

Patentinstitutet emanerar således ur ett privilegiesystem, där man uppmärksammade den samhällsekonomiska betydelsen av en tidsbegränsad ensamrätt och av att teknik är tillgänglig inom det inhemska näringslivet.[72] "Ej så, som om privilegiepolitiken haft till enda uppgift att uppmuntra och belöna uppfinningar; denna hvilade på en långt bredare näringspolitisk basis, i det den afsåg höjandet öfver hufvud af förädlingsnäringen och i lika stor omfattning äfven af handeln. Men bland alla de synpunkter, som spelade in vid privilegiernas meddelande, kan tydligen

---

67 Historiska redogörelser om den tidiga utvecklingen i Europa hittar vi i Fox, Harold: Monopolies and Patents (1947). Kaufer, Erich: The Economics of the Patent system s.s. 6–8 (1989). Walterscheid, Edward C: The Early Evolution of the United States Patent Law (Part 1) s. 706 (1994). Se även även Machlup Fritz, An Economic Review of the Patent System s.s. 2–3 (1958).

68 Eli Heckschers omfattande verk om merkantilismen är uppdelat i två delar där den första behandlar merkantilismen som enhetssystem, medan den andra behandlar merkantilismen som ett makt- och skyddssystem.

69 Heckscher, Eli. Merkantilismen första delen s.s. 17–18 (1953). Se även Johansson, Börje. Ekonomisk dynamik i Europa – nätverk för handel, kunskapsimport och innovationer s. 227 (1993). För en utförligare redogörelse se Fox, Harold: Monopolies and Patents s.s. 24–85 (1947).

70 Liedman, Sven-Eric. Från Platon till Reagan s. 106 (1986).

71 Se exempelvis Godenhielm, Berndt. Patentskyddets omfattning i europeisk och nordisk rätt s. 3 (1994). Bernitz, Ulf. Marknadsrätt s.s. 116–117 (1969).

72 Berndt Godenhielm beskriver den merkantilistiska förståelsen av patentinstitutet som den nationalekonomiska teorin. Se Godenhielm, Berndt: Patentskyddets omfattning i europeisk och nordisk rätt s. 6 (1994).

äfven hänsynen till ett privilegieradt företags egenskap att grunda sig på en uppfinning hafva spelat in."[73]

Merkantilismen som idétradition har ett påtagligt inslag av vad jag kallar teknonationalism. Detta manifesteras i en önskan från makthavare att uppmuntra utvecklandet av nya näringar inom deras egna maktsfärer.[74] I denna strävan ingick patentet som ett styrmedel tillsammans med olika finansiella incitament och gynnsamma skatter etc.[75] Avsikten var, uttryckt med dagens begrepp, att attrahera innovationsverksamhet mer än uppfinnandet i sig. Bl.a. i England under den Elizabethanska perioden prioriterades ofta importen av utländsk framgångsrik teknik vid beviljandet av privilegier.[76] I privilegiesystemet ansåg man vid patentets beviljande inte det avgörande huruvida den som ansökte därom var uppfinnare. Inte heller krävdes alltid att tekniken var ny. Ofta var det tillfyllest att en person kunde möjliggöra en tidigare inom staten inte brukad manufaktur.[77]

I takt med att de merkantilistiska idéerna ifrågasattes kom också förhållningssättet till patentinstitutet att förändras. I 1623 års Statute of Monopolies placeras de individuella uppfinnarna i centrum, även om lagen ännu inte föreskrev att patent skulle beviljas utifrån i förväg bestämda kriterier.[78] Utformningen av det engelska statutet, där det föreskrevs att patent skulle beviljas till "the true and first inventor", anses påvisa hur övergången från privilegiesystem till patentsystem i dagens bemärkelse är intimt förknippad med övergången till en individorienterad samhällsuppfattning, präglad av övertygelsen om vikten av fri handel och konkur-

---

[73] Ekeberg, Birger: Studier i patenträtt s. 3 (1904).

[74] Jfr bl.a. Lundell, J: Några anmärkningar om Uppfinningspatenter s. 66 (1852). Jfr även Fox, Harold: Monopolies and Patents s. 25 (1947).

[75] Walterscheid, Edward C: The Early Evolution of the United States Patent Law (Part 1) s. 707 (1994).

[76] En närmare redogörelse härom finner vi i Fox, Harold: Monopolies and Patents s.s 43–56 (1947). Jfr även Walterscheid, Edward C: The Early Evolution of the United States Patent Law (Part 1) s. 699 (1994).

[77] Machlup Fritz, An Economic Review of the Patent System s. 2 (1958). Bernitz, Ulf. Marknadsrätt s. 118. Godenhielm, Berndt. Patentskyddets omfattning i europeisk och nordisk rätt s. 4 (1994).

[78] Se härom i Bernitz, Ulf: Marknadsrätt s. 119. Kaufer, Erich: The Economics of the Patent system s. 6 (1989). Walterscheid beskriver Statute of Monpolies såsom en kodifiering av existerande common law. Walterscheid, Edward C: The Early Evolution of the United States Patent Law (Part 2) s. 876 (1994).

rens.[79] Patentet betraktades dock fortfarande som ett tillstånd utgivet av statsmakten – "grant of monopoly powered by the state over the commercial exploitation of an invention for a limited time".[80] I Statute of Monopolies utgjorde patentet ett undantag i förhållande till huvudreglerna enligt vilka monopol var prima facie i strid med common law.[81] Monopol ansågs i enlighet med de framväxande marknadsliberala föreställningarna vara skadligt då det antogs hindra handeln, skapa höga kostnader och arbetslöshet.[82]

Den fortsatta marknadsliberala utvecklingen innebar att patenträttens utformning alltmer påverkades av en samhällsuppfattning om betydelsen av en individualisering av hela rättssystemet. Det förelåg en strävan att omvandla "den samhälleliga reproduktionens sfär till en angelägenhet privatpersoner emellan".[83] Rättssystemets omvandling präglades således av visionen om att möjliggöra en privat sfär där enskilda fritt kan förfoga över privatägd egendom utan statligt ingripande och kontroll.[84] Vi går därmed in i en era där patentet inte längre endast betraktas som en monopolposition utan också såsom en privaträttslig förmögenhetsrätt till uppfinningar.

3.3.3 Liberalismen och föreställningen om rätten att förfoga över egna uppfinningar

Tanken om patentet som en till uppfinnaren tillhörande rättighet motiverades dels som ett naturligt ägande och dels som ett mer utilitaristiskt ställningstagande för att belöna uppfinnaren och/eller gynna skaparinsatsen. Särskilt inom den franska rättskulturen hade upplysningstidens läror om det naturliga ägandet inflytande för patentinstitutets utformning.[85] Frankrike, som var den första stat där man betraktade patentet som äganderätt, var i princip också den enda stat som skapade en egen-

---

[79] Ulf Bernitz beskriver den period utifrån föreställningen om det privaträttsliga systemets erkännande. Marknadsrätt s.s. 118–119. En liknande inställning finner vi hos Machlup och Penrose, The Patent Controversy s. 2 (1959). Jfr även Undén, Östen. Översikt över den svenska patenträtten s. 1 (1915).

[80] Walterscheid, Edward C: The Early Evolution of the United States Patent Law (Part 1) s. 700 (1994).

[81] Jfr Bernitz, Ulf: Marknadsrätt s.s. 118–119 (1969). Walterscheid, Edward C: The Early Evolution of the United States Patent Law (Part 2) s. 876 (1994).

[82] Beträffande det tidiga motståndet mot monopolet i England se Fox, Harold: Monopolies and Patents s.s 127–145 (1947).

[83] Habermas, Jürgen. Borgerlig offentlighet s. 99 (1984, originalet från 1962).

[84] A.a. s.s. 100–101.

[85] Machlup Fritz, An Economic Review of the Patent System s. 22 (1958).

domsrätt baserad på naturrättsliga överväganden.[86] Den naturrättsliga ansatsen innebar bl.a. att det franska patentinstitutet inte baserades på ett system med administrativ förprövning.[87]

Även i England diskuterades den naturrättsliga motiveringen flitigt i början av 1800-talet. En förespråkare för det naturrättsliga betraktelsesättet sammanfattade sina synpunkter bl.a. enligt följande: "If anything can be called a man's exclusive property, it is surely that which owes its birth entirely to combinations formed in his mind, and which, but for his ingenuity, would not have existed."[88]

I den naturrättsliga föreställningen jämställdes immateriell och materiell egendom.[89] Kritiken mot den franska hållningen var dock omfattande, i England såväl som i andra stater. En vanlig filosofisk inställning var att uppfinningen möjligen kunde ses som uppfinnarens exklusiva tillgång så länge han höll den för sig själv. När uppfinningar gjorts tillgängliga menade man dock att de borde vara allas tillgångar.[90] Vidare hävdade man att det naturrättsliga förhållningssättet i Frankrike präglades av en motsägelsefullhet. "Sjelfva patentlagen, hvars motiver så högtidligt erkände uppfinnares ovillkorliga äganderätt, förnekade likaledes icke desto mindre denna rätt, dels genom stadgandet, att uppfinnare endast under 5, 10 eller 15 år skulle med andras uteslutande få draga fördel af sina uppfinningar, och dels genom förklarandet, att hvar och en, som till Frankrike införde en utländsk uppfinning, skulle få åtnjuta samma förmåner som om han vore uppfinnare; ty hvad skall man väl tänka om en oinskränkt äganderätt, som begränsas till några få år, och huru kunde lagen till förmån för infödda beröfva en utländsk uppfinnare en rättighet, hvars allmänna okränkbarhet den sjelf erkänt?"[91]

Utvecklingen inom den anglo-amerikanska rättskulturen präglades av ett utilitaristiskt synsätt. Bentham, som en förgrundsgestalt för det utilitaristiska synsättet, hävdade bl.a. att det inte finns någon naturlig egen-

---

[86] Se Walterscheid, Edward C: The Early Evolution of the United States Patent Law: Atecedents, Part 1 s. 699 (1994). Machlup Fritz, An Economic Review of the Patent System s. 22 (1958).

[87] Bernitz, Ulf. Marknadsrätt s. 122 (1969).

[88] Uttalandet har gjorts advocate J R McCulloch i samband med 1820-talet patentreform i England, vilken var en av de ivrigaste förespråkarna för ett naturrättsligt betraktelsesätt på patenträtten. Se Dutton, H I. The patent system and inventive activity, during the industrial revolution 1750–1852 s. 18 (1985).

[89] Machlup, Fritz & Penrose, Edith: The Patent Controversy s. 11 (1950).

[90] A.a. s. 12.

[91] Lundell, J. Några anmärkningar om Uppfinningspatenter s. 67 (1852). Jfr även Bernitz, Ulf. Marknadsrätt s. 122 (1969).

dom, utan egendomen är helt och hållet en konsekvens av lagstiftning.[92] Vad gäller själva individualiseringen av patentinstitutet var denna direkt relaterad till den ekonomiska liberalismens fokusering kring marknadsfrihet. Smith, Bentham och Mill tillhörde dem som motiverade patentlagstiftningen med argument om betydelsen av en tidsbegränsad exklusivitet som belöning och incitament för uppfinnare.[93] Smith förespråkade patentsystemet då han menade det vara väsentligt att uppfinnaren under en tidsbegränsad period kan erhålla kompensation för nedlagt arbete, i synnerhet då denna belöning var beroende av att uppfinningen faktiskt var kommersiellt framgångsrik enligt principerna om utbud och efterfrågan.[94] Mill lyfte även fram en moralisk dimension och menade att "it would be a gross immorality in the law to set everybody free to use a person's work without his consent and without giving him an equivalent".[95] Bentham underströk bl.a. betydelsen av patent som incitament i förhållande till s.k. free-riders: "A man will not be at the expense and trouble of bringing to maturity an invention unless he has a prospect of an adequate satisfaction, that is to say, at least of such a satisfaction as to his eyes appears an adequate one, for such troubles and expense."[96]

I Sverige är patentlagstiftningen såväl som diskussionen om densamma av ett relativt sent datum och utvecklades under första hälften av 1800-talet.[97] Gemensamt med föregångsländer som England, USA, Frankrike m.fl. var att patentlagstiftningens inträde sammanföll med avvecklandet av en detaljerad näringsreglering till förmån för en näringspolitik som var orienterad mot liberalisering och avreglering. Utvecklingen i Sverige präglades i första hand av tanken att belöna uppfinnaren. "Ehuru äfven sådana uppfinningar, som kostat upphofsmannen otrolig möda, ihärdighet och försakelse, utan tvifvel en gång kunnat åstadkommas genom andras bemödanden, om han blifvit bortryckt från sitt ofulländade verk; så torde de dock i sådana fall icke så snart hafva skådat da-

---

[92] Bentham, Jeremy: Manual of Poltical Economy s.s. 263–265 (1952, originalet från 1793–1795).

[93] Dutton, H I. The patent system and inventive activity, during the industrial revolution 1750–1852 har fungerat som huvudkälla för denna del av framställningen.

[94] Smith, Adam. Lectures on Jurisprudence s.83 (1978, originalet från 1762–63).

[95] Mill, John Stuart. Principles of Political Economy, Books IV and V s. 296 (1985, originalet från 1848)

[96] Bentham, Jeremy: Manual of Poltical Economy s. 262 (1952, originalet från 1793–1795).

[97] I Sverige ersattes det tidigare privilegiesystemet år 1834 av en patentregleringen. Nya patentförfattningar träde i kraft 1856 och 1884. Fram till 1967 genomfördes därefter ett antal mer begränsade förändringar.

gen. Men derigenom att han, om också blott några år tidigare än eljest skulle händt, först lyckats bereda samhället förvärfvat en förträdesrätt framför alla andra, och där är just denna rätt som lagen, för att bevisa honom en tillbörlig återtjenst, äfven bör erkänna och skydda."[98]

Sammantaget kan således konstateras att individualiseringen av patenträtten motiverades av de två föreställningar som ovan kallats belöningsmotivering och profitsporremotivering. Båda hade sin idémässiga grund i utilitarismen. Det samhällsekonomiska perspektivet på patentinstitutet lade emellertid även grunden för tanken om betydelsen av utväxling av hemlighet mot patenträttighet. Särskilt väsentligt var, enligt denna motivering, förprövningssystemet och den dokumentationsfunktion som därigenom skapas. År 1775 argumenterade Edmund Burke för denna legitimationsgrund: "Monopoly is an odious term ... [but a patent] .... is not making a monopoly of what was common. It is the direct reverse, for the condition of the patent, compelling a discovery, makes that common which was private before."[99]

Patentinstitutets ändamål och även dess legitimitet kom under 1800-talet alltmer att präglas av dynamiken mellan föreställningen om patentets samlade funktion såsom en monopolställning och föreställningen om patentets funktion som en tidsbegränsad äganderätt till uppfinningar. Stegvis och efter mycket motstånd utvecklades föreställningar enligt vilka immateriella tillgångar ansågs kunna utgöra egendom inom de anglo-amerikanska patentsystemen. Det var också först under slutet av 1800-talet som termen "intellectual property" började användas.[100] Föreställningen om patent som monopol var dock fortfarande utbredd, något som bidrog till en inom marknadsliberala kretsar legitimitetskris för hela patentinstitutet.

3.3.4 Antipatentrörelsen och dess ideologi

Den omständigheten att patentinstitutets legitimitet varit förknippad med dess samhällsekonomiska inverkan har också inneburit att institutet ifrågasatts från tid till annan. Mellan åren 1850–1873 var diskussionen så intensiv att perioden har beskrivits som "the patent controversy".[101] Pa-

---

[98] Lundell, J. Några anmärkningar om Uppfinningspatenter s. 78 (1852).

[99] Citatet hämtat från sekundkällan Dutton, H I. The patent system and inventive activity, during the industrial revolution 1750–1852 s. 23 (1985).

[100] Walterscheid, Edward C: The Early Evolution of the United States Patent Law: Atecedents (Part 1) s. 702 (1994).

[101] Se Machlup, Fritz & Penrose, Edith: The Patent Controversy s. 2 (1950). Se även Bernitz, Ulf. Marknadsrätt s. 126 (1969).

tentinstitutets ändamål och legitimitet hade i och för sig länge varit en "het fråga" inom både den filosofiska och politiska diskussionen, men det var först under 1800-talet som kritiken blev så omfattande att vi kan tala om en antipatentrörelse.[102] Kritikerna, som var aktiva i bl.a. England, Tyskland och Holland, ifrågasatte patentsystemets existens utifrån i första hand ett frihandels- och frikonkurrensperspektiv.[103] Man menade att patentet var ett monopol som motverkade konkurrens och handel.

Under patentkontroversen ifrågasattes och diskuterades patentinstitutets ändamål och legitimitetsgrunder ingående. Argument som framfördes mot belöningsmotiveringen var bl.a. att individens insats inte skulle överdrivas då uppfinnande är en kollektiv process.[104] Incitamentsmotivet kritiserades ur två perspektiv: För det första ifrågasattes om det överhuvudtaget krävdes incitament för uppfinnande och för det andra ställde sig kritikerna tveksamma till om patentet kunde fungera som ett effektivt incitament.[105] Även föreställningen om hemlighetsutväxling ifrågasattes. Kritikerna menade att de uppfinningar som på ett effektivt sätt kan hemlighållas inte patentsöks, varför patentsystemet huvudsakligen utnyttjades av dem vars uppfinningar annars skulle varit tillgängliga för andra.[106] Det hävdades rentav att patentinstitutet har en direkt stimulerande inverkan på hemlighållande under utvecklingsskedet.[107]

Eftersom antipatentrörelsen betraktade patentet som ett monopol blev det närmast ett självändamål bland dem som förespråkade patentsystemet att se patent som en egendomsrätt. "It was strategically essential for the latter (patentförespråkarna[108]) to separate as far as possible the idea of patent protection from the monopoly issue and from the free trade issue. This was attempted by presenting the case of patent protection as one of natural law and private property, of man's right to live by his work and society's duty to secure him his fair share, and of society's interest in achieving swift industrial progress at the smallest possible cost."[109] Kritiken mot patentinstitutet var så massiv att det vid slutet av 1860-talet

[102] Machlup Fritz, An Economic Review of the Patent System s. 25 (1958).
[103] Antipatentrörelsen i England har beskrivits som en motreaktion mot framställningar om ett förbättrat skydd för uppfinnare bland patentvänliga grupperingar. Machlup, Fritz & Penrose, Edith: The Patent Controversy s. 2 (1950).
[104] A.a. s. 17.
[105] A.a. s. 21
[106] A.a. s. 27.
[107] Machlup Fritz, An Economic Review of the Patent System s. 24 (1958).
[108] Upplysningen om patentförespråkarna är min egen.
[109] Machlup, Fritz & Penrose, Edith: The Patent Controversy s. 9 (1950).

verkade som om patentinstitutet inte skulle överleva.[110] Motsättningarna beträffande patentinstitutet resulterade bl.a. i att parlamentet i Schweiz, som var det enda europeiska land som inte hade ett patentsystem, vid upprepade tillfällen motsatte sig föreslagen patentlagstiftning bl.a. med motiveringen att "economists of greatest competence had declared the principle of patent protection to be pernicious and indefensible".[111] I Holland där frihandelsrörelsen var särskilt stark avskaffade man patentsystemet år 1869.

I slutet av 1800-talet hade dock i princip allt väsentligt motstånd mot patentinstitutet upphört, trots att några samhällsekonomiskt positiva effekter av patentinstitutet inte kunnat påvisas. Det slutliga nederlaget för antipatentrörelsen har ansetts vara beroende av ett "komplicerat samspel av olika ekonomiska, ideologiska och rättsliga faktorer."[112] Den förändrade inställningen vid denna tid har även beskrivits som patentombudens seger och anses i vart fall delvis kunna förklaras av att patentombudskåren genomfört en oerhört framgångsrik marknadsföringskampanj mellan 1867–1877.[113] Även den omständigheten att frihandelsrörelsen efterhand försvagats, vilket i sin tur bl.a. berodde på en ekonomisk depression vid denna tid, anses ha bidragit.[114] En ytterligare omständighet som lyfts fram är den patentvänliga inriktning som präglade den första internationella patentkongressen, ett möte i anslutning till världsutställningen i Wien 1873.[115] Det har även uttalats att den viktigaste faktorn för att patentsystemet bevarades i England, där diskussionen kanske var mest intensiv, var att patentsystemet existerat under lång tid och utgjorde ett väsentligt inslag i spelreglerna mellan olika aktörer.[116]

En förklaring till antipatentrörelsens nederlag är just det inneboende spänningsfältet mellan föreställningarna om patentet som en monopolsituation och som en ägande/egendomsrätt. Antipatentrörelsens förhärskande ideologi var det liberala frihetsidealet, enligt vilket patentet förkastades som en skadlig monopolsituation. I den liberala föreställningsvärlden intar samtidigt föreställningen om det individuella ägandet en stark position. Om vi ser patentet som både ett monopol och en egendomsrätt

---

[110] A.a s. 5.
[111] Machlup Fritz, An Economic Review of the Patent System s. 4 (1958).
[112] Bernitz, Ulf: Marknadsrätt s. 128 (1969).
[113] Machlup Fritz, An Economic Review of the Patent System s. 4 (1958).
[114] Machlup, Fritz & Penrose, Edith: The Patent Controversy s. 6 (1950).
[115] Bernitz, Ulf. Marknadsrätt s. 127 (1969).
[116] Se Dutton, H I. The patent system and inventive activity, during the industrial revolution 1750–1852 s. 29 (1985).

framstår agerandet från antipatentrörelsens sida inte endast som ett ställningstagande mot monopol utan även som ett ställningstagande för kollektivt ägande till kunskap.

3.3.5 Rättsekonomi och det effektiva patentsystemet

Efter antipatentrörelsens nederlag förlorade frågan om patentinstitutet sin politiska såväl som filosofiska aktualitet.[117] Något egentligt organiserat motstånd mot patentinstitutet i de västerländska industristaterna har inte förekommit under detta århundrade. Diskussionen har istället i stor utsträckning fokuserats kring hur funktionen av patentinstitutet förhåller sig till det axiomatiska antagandet om att tillgängliggörandet av kunskap besitter ett ekonomiskt värde såväl för individen som för samhället. Machlup sammanfattar den ekonomiska diskussionen fram till 1958 med att: "The most perplexing and disturbing confusions occur in discussions about the 'value of patents'. This is no wonder, what with the large number of possible meanings in the minds of the writers on the subject: they may be talking about (a) the value of patents to their owners, (b) the value of patents to society, (c) the value of the patent system to society, (d) the value of patented inventions to their users, (e) the value of patented inventions to society, (f) the value of the patent induced inventions to society. But even that is not all, because the social value of inventions may depend on the degree to which they are used, and the value of patents to their owners on the way they are exploited."[118]

Under 1900-talet är den osäkerhet som föreligger beträffande patentinstitutets värde alltjämt uppenbar.[119] Man kan möjligtvis tycka att den omständigheten att patentinstitutet faktiskt avskaffades i Nederländerna under en period och avsevärt försenades i Schweiz skulle tjäna som empiriskt underlag för klargörande analyser. Endast vissa studier hävdar dock att avsaknaden av patenträttsligt skydd försenade den tekniska utvecklingen i dessa länder avsevärt.[120] Andra menar att man inte kan se nå-

---

[117] Jfr Machlup Fritz, An Economic Review of the Patent System s. 25 (1958). Jfr David, Paul: Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb: Patents, Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History s. 20 (1993).

[118] Machlup Fritz, An Economic Review of the Patent System s. 54 (1958). Ett exempel på en relativt intetsägande empirisk analys i detta avseende är Harris, James: The Economic Impact of Patents s.s. 340–362 (1958).

[119] David, Paul: Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb: Patents, Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History s. 21 (1993).

[120] Se Dutton, H I. The patent system and inventive activity, during the industrial revolution 1750–1852 s.s. 5–6 (1985). Se även Harris, James. Comments on the Use of Patent Statistics with Recommendations for Furhter Studies s. 3 (1979).

gon direkt negativ inverkan, men att detta mycket väl kan förklaras med att länderna som inte hade patent "may have been free riding on domestic and foreign inventions that were stimulated by patent protection abroad."[121]

En snarlik empiriskt influerad diskussion som präglas av motsvarande osäkerhet är den historiska analysen av patentsystemets bidrag till den industriella revolutionen. Vissa menar att den industriella revolutionen var "the age of patentless invention" och att patent i huvudsak var irrelevant som ett medel att introducera uppfinningar. [122] Andra menar att patentsystemet varit bidragande och även påskyndat den industriella revolutionen.[123] Ytterligare andra hävdar att patentsystemet var direkt avgörande för det industriella genombrottet och att "it was not by accident that the patent system had its origins in England nor that the Industrial Revolution was the inevitable consequence"[124]. Fox hävdar t.o.m. att patentsystemet "has been one of the greatest of all elements which have contributed towards the expansion of industry and the development of science and the useful arts"[125].

Osäkerheten finner vi också i den mest framträdande ekonomiska inriktningen under 1900-talet, den neoklassiska. Studierna har i stor utsträckning fokuserats på att skapa optimeringsmodeller som förklarar när patentinstitutets funktioner i olika avseenden uppnår effektivitet.[126] Vanligtvis riktar sig dessa rättsekonomiska analyser till statsmakten såsom ansvarig för ett effektivt företagsklimat.

3.3.5.1 Patentinstitutets ändamål och den rättsekonomiska effektivitetsanalysen

I den rättsekonomiska analysen framstår effektivitetsbegreppet som det övergripande värdet. Effektivitet är emellertid ingalunda ett enhetligt begrepp, utan varierar tvärtom i olika avseenden. Det är heller inte ensamt som övergripande värde utan skall ses tillsammans med strävanden

---

[121] Se Eisenberg, Rebecca: Patents and the Progress of Science – Exclusive Rights and Experimental Use s. 82 (1991).

[122] Se Dutton, H I. The patent system and inventive activity, during the industrial revolution 1750–1852 s.s. 1–10 (1985).

[123] A.a.

[124] Fox, Harold: Monopolies and Patents s. 85 (1947).

[125] A.a s. 212.

[126] Den neoklassiska utvecklingen beskrivs i Kaufer, Erich: The Economics of the Patent System (1989). Jfr även Besen, Stanley & Raskind, Leo: An Introduction to the Law and Economics of Intellectual Property s.s. 3–27 (1991).

om tillväxt och värdemaximering etc.[127] Betecknande för de rättsekonomiska analyser som studerar den rättspolitiska adekvansen är att de relaterar förhärskande patenträttsliga ändamål om incitament och hemlighetsutväxling till övergripande värden om effektivitet, välfärd etc.[128] Vi ställs i dessa analyser inför frågan inte bara om ändamålen uppfylls utifrån ett effektivitetsperspektiv utan även om ändamålen är effektiva i förhållande till dessa övergripande värden. Är exempelvis incitamentsändamålet ett viktigt ändamål då vi eftersträvar ett samhälle som "maximizes its wealth when all the resources of that society are so distributed that the sum of all such individual valuations is as high as possible"?[129] På en övergripande nivå bör man i enlighet härmed också fråga sig hur teknisk utveckling som ett övergripande självständigt värde förhåller sig till centrala rättsekonomiska värden. Utmärkande är således en värdeosäkerhet, vars komplexitet tydliggörs av att vi vid en bedömning av huruvida patentinstitutet är effektivt har att integrera frågeställningen om ändamålen inte bara som mål utan även som medel för andra mål, exempelvis teknisk utveckling, är effektiva och/eller välståndsmaximerande. Bristen på problematiserande i detta avseende är bestickande.[130]

Många rättsekonomiska analyser av den rättspolitiska adekvansen hamnar i en cost-benefit-diskussion där såväl kostnaderna för som nyttan av patentinstitutet baseras på ett antal alltför kategoriska antaganden. Särskilt framträdande är antagandet att när patentet skapar ett monopol

---

[127] Jfr Dworkin, Ronald M: Is Wealth a Value? s. 500 (1982).

[128] Tydliga exempel är: Beck, Roger: Patent, Property Rights, and Social Welfare: Search for a Restricted Optimum s.s. 1045–1055 (1976). Hall, Griliches & Hausman: Patents and R and D: Is there a Lag? s.s. 265–283 (1986). Ett intresseväckande bidrag inom det upphovsrättsliga området är Riis, Thomas: Ophavsret og retsøkonomi, se bl.a s.s 66–86 (1996).

[129] Dworkin, Ronald M: Is Wealth a Value? s. 498 (1992).

[130] Ett belysande exempel är Björn Elsässers teoretiska modell om patentsystemets bristande samhällsekonomiska effektivitet i förhållande till nedlagda FoU-investeringar. Huvudtanken i Elsässers modell tydliggörs i följande uttalande: "Om företaget lyckats förvärva ett patent för den nya produkten uppkommer en form av monopol – så länge patentet gäller. Priset kommer nu att överstiga gränskostnaden och tillverkningen av den nya produkten blir för liten ur samhällsekonomisk synvinkel. En snedvridning av resursfördelningen uppkommer som ger upphov till välfärdsförluster för samhället.". Modellen baseras på det värderelaterade huvudantagandet att en liten produktion med nödvändighet innebär välfärdsförluster. Elsässer gör dessutom ett antal ifrågasättbara antaganden avseende funktionen av patentinstitutet. Han bortser helt ifrån att patent i princip aldrig skapar en reell monopolsituation och medför att monopolvinster kan tas ut. Inte heller beaktar han att patentet såsom medel för tekniskspridning där patenträttigheten i sig kan användas för att licensiera tekniken. Se Elsässer Björn: Samhällsekonomi och teknisk utveckling s. 157 (1987).

föreligger bristande effektivitet, föranledande välfärdsförluster.[131] Visserligen har Schumpeters idéer om betydelsen av monopolet för innovationsverksamheten börjat få alltmer inflytande också på den rättsekonomiska diskussionen.[132]

Det är således inte alls ovanligt att man i rättsekonomiska studier utgår ifrån antagandet att patentet såsom ett monopol skapar produktionsrestriktioner och utgör en deadweight loss.[133] En särskilt vedertagen föreställning i detta sammanhang är att patentinstitutet präglas av en inneboende kontradiktion, manifesterad i den patenträttsliga ensampositionens dubbla funktion som å ena sidan incitament och som monopolskapande å den andra.[134] Rosenberg beskriver motsättningen som en cost-benefit-relation där "the benefits of the patent system are the increase in output which society owes to that class of inventions which would not have been made at all in the absence of the system, plus the increase in output owing to the earlier introductions of inventions which would have come anyway, but at a later date. The costs of the system are the restrictions in output for which the patent laws are responsible by allowing all holders of patent inventions to exclude others from their use during the period of patent protection".[135] Patentsystemets nationalekonomiska legitimitet skulle, i enlighet med Rosenbergs inställning, bestå i den samhällsekonomiska insikten att man måste acceptera en sådan försening av de tekniska framstegens spridning för att garantera att det genereras nya framsteg.

Analysen kan och har också ifrågasatts på en rad punkter. Bland kritiker till patentinstitutet ifrågasätts fortfarande om det är nödvändigt "to endure the output-restricting effects of patent monopolies in order to

---

[131] Fokuseringen på förhindrandet av monopol har i en mer teoretisk analys beskrivits som en fokusering på av patentinstitutet skapade sekundära problem. Två andra sådana problem som ringats in är "rent-seeking" och "inhibition of future innovation problems". Dam, Kenneth W: The Economic Underpinnings of Patent Law s. 3 (1995).

[132] Se bl.a. Kleinknecht, Alfred: Innovation Patterns in Crises and Prosperity: Schumpeter's Long Cycle Reconsidered s.s. 109–123 (1984). Se även Kahn, Alfred: The Role of Patents s. 310 (1962).

[133] Tydliga exempel är Beck, Roger: Competition for Patent Monopolies s.s. 91–110 (1981). Harris, Christopher & Vickers, John: Patent Races and the Persistence of Monopoly s.s. 461–481 (1985).

[134] Se härom i Cooter, Robert & Ulen, Thomas. Law and Economics s. 135 (1988).

[135] Rosenberg, Nathan. Technology and American Economic Growth s. 188 (1972).

stimulate invention."[136] Det har hävdats att det är fullt tillräckligt att vara först ut på marknaden för att uppfinnande skall stimuleras.[137] Ett alternativ till patent, som diskuterats i princip sedan institutets inrättande, är att statsmakten delar ut pris till framgångsrika uppfinnare.[138] Kritiken utgör således ett ifrågasättande av patentinstitutets legitimitet som incitamentskapande.

Samtidigt har det hävdats att det är uppenbart att en exklusiv rätt till en uppfinning på intet sätt behöver innebära att det skapas monopol.[139] Dessa kritiker menar att den marknadsmakt som patentet skapar regelmässigt är mycket begränsad. De menar att det t.o.m. kan vara så att företag som har patent ännu inte etablerat någon marknadsposition överhuvudtaget. I sin förlängning innebär även denna kritik att patentinstitutets legitimitet som incitamentskapande ifrågasätts, förutsatt att man ser monopolsituationen som väsentlig. Det är emellertid kanske mer närliggande är att betrakta kritiken som ett ifrågasättande av lämpligheten i att betrakta patent som monopol överhuvudtaget.

Inom rättsekonomin är det förvisso också förekommande att se patentinstitutet som ett moment i strävan efter "economic rents".[140] I denna "rent seeking" betraktas patentinstitutets funktioner utifrån en strävan hos olika ekonomiska aktörer att utnyttja patentet för att skapa kostnadsfördelar. "As a result of the invention, protected by the patent, the inventor has a cost advantage that allows him to make more money – economic rent – than his competitors."[141] Det har i dessa analyser hävdats att allt för stor fokusering på "rent seeking" kan resultera i att effektiviteten undermineras i olika avseenden. Exempelvis menar man att strävanden efter patent kan innebära att forskningsprocessen påskyndas i alltför stor utsträckning.[142]

En generell kritik som kan riktas mot den ekonomiska analysen av patent som monopol är att den lägger för stor vikt vid patenträttighetens

---

[136] Eisenberg, Rebecca: Patents and the Progress of Science – Exclusive Rights and Experimental Use s. 76 (1991).

[137] Som härom i Machlup, Fritz: An Economic Review of the Patent System s. 55 och s. 63 (1958).

[138] A.a. s.15.

[139] Dam, Kenneth W: The Economic Underpinnings of Patent Law s. 6 (1995).

[140] Enligt min mening har denna analys klara likheter med ett förhållningsätt där patentinstitutet behandlas utifrån en strävan om konkurrenskraft. Jfr Dam, Kenneth W: The Economic Underpinnings of Patent Law s. 19 (1995).

[141] A.a. s. 6.

[142] Se Eisenberg, Rebecca: Patents and the Progress of Science – Exclusive Rights and Experimental Use s. 77 (1991).

inverkan för investeringsvilja etc. i förhållande till funktionerna för offentliggörande och spridning. Om man betraktar patenträttigheten tillsammans med förprövningssystemet som instrument för tekniskspridning (hemlighetsutväxling) framträder ovan beskrivna motsägelse inte lika tydligt. Det har också ifrågasatts om man inte inom ekonomisk teori generellt underskattar de drivkrafter som medför att företag patenterar teknik som annars skulle kunna hemlighållas hur länge som helst.[143] En analys härvidlag förutsätter en samlad bedömning av dokumentationsfunktion, själva förprövningens och även patentens funktion som medel att uppnå spridning och som medel att stimulera nyetablering.[144]

Samtidigt kan vi se att kritik riktas mot hemlighetsutväxling som legitimitetsgrund för patentinstitutet. Det har ifrågasatts om patentinstitutet överhuvudtaget resulterar i spridning av teknik som annars skulle ha hållits hemlig.[145] Man hävdar att hemlighållande många gånger inte är möjligt för de uppfinningar som patentsökts och att i situationer där hemlighållande är ett attraktivt alternativ på lång sikt kommer uppfinnare/innovatörer också att välja hemlighållandet. Detta anses ligga i sakens natur eftersom så snart ett hemlighållande är möjligt för uppfinnare/innovatörer kommer det också att vara möjligt för en imitatör.[146]

Det är en alltför tillspetsad konklusion att den neoklassiska analysen av huruvida patentinstitutet leder till tillväxt, välstånd eller är effektivt över huvud taget inte resulterat i mer kunskap än som var tillgänglig under 1800-talet. Mycket tyder emellertid på att vi fortfarande måste hålla med Machlup när han konstaterar att "(n)one of the empirical evidence at our disposal and none of the theoretical arguments presented either confirms nor confutes the belief that the patent system has promoted the progress of the technical arts and the productivity of economy".[147]

3.3.5.2 Patenträttsliga regler och den rättsekonomiska effektivitetsanalysen

Machlup menade att den ekonomiska teorin, i stället för att försöka uppskatta den totala samhällskostnaden eller vinsten av patentinstitutet, borde inriktas på att analysera mer avgränsade frågor som vad förändringar

---

[143] Suchman, Mark: Uppfinningar och ritualer: anteckningar om sambandet mellan magi och intellektuell egendom i skriflösa samhällen s. 229 (1984).

[144] Jfr Sandgren. Statens stöd till forskning och utveckling s. 221 (1981).

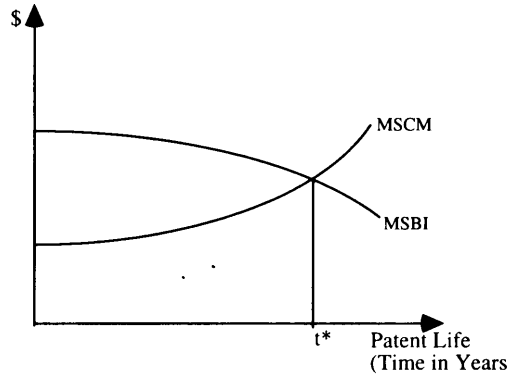
[145] Bowman, Ward S: Patent and Antitrust Law s. 13 (1973). Scherer: Industrial Market Structure and Economic Performance s. 381 (1970).

[146] Eisenberg, Rebecca: Patents and the Progress of Science – Exclusive Rights and Experimental Use s. 79, (1991).

[147] Machlup, F. An Economic Review of the Patent System s. 79 (1958).

avseenden giltighetstid, skyddsomfång, ensamrättsbefogenheter etc. skulle innebära.[148] Om man skall härleda upprinnelsen till det patentteoretiska uppvaknandet inom ekonomisk teori torde Machlups arbete tillsammans med bl.a. Nelsons och Arrows artiklar från 1960-talet haft en avgörande betydelse.[149] Utmärkande för den ekonomiskt orienterade patentteori, som därefter huvudsakligen växte fram inom USA, var att den med utgångspunkt i mer avgränsade frågeställningar om just skyddstid, skyddsomfång etc. utvecklade optimeringsmodeller enligt vilka man kunde avgöra allokeringseffektiva brytpunkter. Även i dessa modeller betraktas patentet vanligtvis som ett monopol, vilket utgör ett incitament till investering samtidigt som det begränsar tekniskspridning och imitation.[150]

Betecknande även för dessa mer avgränsade teorier är att de präglas av ett förenklat förhållningssätt till dynamiken mellan patentinstitutets innehåll, funktioner, ändamål och legitimitet. Ett tydligt exempel härvidlag är Cooters och Ulens analys av patenträttens effektivitet vad gäller skyddstiden, "The Optimal Life of Patents".



Enligt modellen respresenterar MSCM-kurvan marginalkostnaden för att bevilja patent. Kurvan är enligt författarna uppåtgående eftersom alla monopol skapar effektivitetsförluster som ökar med tiden. MSBI-kur-

[148] A.a s .80.

[149] Arrow, Kenneth: Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention: The Rate and Direction of Economic Activity. Economic and Social Factors (1962). Nelson, Richard: The Simple Economics of Basic Scientific Research (1959).

[150] Betydelsefull för denna riktning är bl.a. William Nordhaus artikel The Optimal Life of a Patent (1967). Andra exempel är bl.a. Gilbert, Richard & Shapiro, Carl: Optimal Patent Length and Breadth (1990). Klemperer, Paul: How broad should the scope of patent protection be? (1990).

van som representerar marginalvinsten av uppfinningsaktiviteten är istället nedåtgående då aktiviteten antas minska med tiden. Optimal skyddstid t* är således brytpunkten mellan de två kurvorna.[151] Den enda ansats till nyansering som författarna gör är att konstatera att brytpunkten kommer att variera beroende på om det är frågan om en "major invention" eller "minor invention". Vi kan konstatera att alla de problem som ovan diskuterats angående patentinstitutets inneboende motsättning aktualiseras av de antaganden som görs. Modellen är ett, enligt mitt förmenande, illustrativt exempel på ett inom ekonomisk teori okritiskt förhållningsätt till det dynamiska sambandet mellan rättens innehåll och funktion, där värde- och intressebaserade antaganden tas för givna.

3.3.5.3 Patentinstitutets legitimitet och den rättsekonomiska effektivitetsanalysen

Rättsekonomin som disciplin strävar i relativt ringa utsträckning efter att beskriva reella förhållanden. Visserligen finns en deskriptiv sida som består i att beskriva huruvida någonting är effektivt etc. Men denna måste hela tiden ses i ljuset av den normativa ambitionen att utveckla användbara modeller för politiker, domstolar, patentmyndigheter, företag etc. Vi skall därför inte underskatta teoriernas inverkan på patentinstitutets legitimitet och rättfärdigande inom den juridiska professionen.

I en ideologisk kontext är det väsentligt att understryka att den neoklassiskt orienterade patentteorin, som jag ser det, präglas av två huvudsakliga problem. Det ena är att man i för stor utsträckning bortser från den komplexitet som utmärker dynamiken mellan patenträttens innehåll och patentinstitutionernas funktioner. David konstaterar i en utvärdering av den ekonomiska patentteorin: "They should take more pains not to allow familiar, simplifying abstractions to obscure a central fact about the nature of the world for which they would prescribe institutions reforms, namely that the complex of body of law, judicial interpretation, and administrative practice that one has to grapple with in this field was not created by some rational, consistent, social welfare-maximizing public agency. What one is faced with, instead, is a mixture of the intended and unintended consequences of an undirected historical process . . . So, it would be really quite remarkable if the evolution of legal institutions concerning patents, copyrights, and trade secrets had somehow resulted in a

[151] Cooter, Robert & Ulen, Thomas: Law and Economics s. 137 (1988).

set of instruments optimally designed to serve either public policy purposes or the private economic interests of individuals and firm seeking such protections."[152] De senaste årens omorientering inom ekonomisk teori mot företagens erfarenheter och hur deras beteenden påverkas av olika institutioner är säkerligen i vart fall resultatet av en intuitiv medvetenhet om problemet.[153] Den evolutionärt orienterade teorin som initierats bl.a. av Nelson och Winter möjliggör också en ny utvecklingsriktning där ekonomisk teori och rättsteori i större utsträckning kan korsbefruktas inom patentteorin.[154]

Det andra problemet är att man i alltför ringa utsträckning eftersträvar klarhet i hur olika värden förhåller sig till varandra såväl i verkligheten som i den egna analysen av patentinstitutet. David konstaterar: "Unlike the debates over intellectual property institutions in earlier eras, which had captured the attention of such great political and social philosophers as Thomas Jefferson, the current discussions reflect relatively slight interest in philosophical questions. Little attention is being paid to such issues as the 'natural rights' of inventors and authors to the fruits creative efforts or the justice of claims advanced on behalf of all humanity to benefit from the collective, social processes trough which new scientific and technological ideas arise."[155] Ännu har vi dock inte sett någon mer fördjupad diskurs, eller ens ambition därtill, såvitt avser denna problemställning.

3.3.6 Postindustriell värdevilsenhet?

Konsekvensen av värdeosäkerhet är, vid rättspolitiska överväganden såväl som vid rättstillämpning, allvarlig då man alltmer tenderar att hamna i en situation där man inte vet vilka frågor man har att ställa när man bildar sig en uppfattning om patentinstitutets konsekvenser. I takt med att industrisamhället omvandlas mot ett alltmer komplext kunskapssamhälle tilltar dessutom risken för förvirring. En utveckling mot ett förhållningssätt som patentteoretikern Merges ger uttryck för när han konstaterar att "as long as there are some inventors to whom patents make a difference, it is worth having a patent system and it is worth trying to influence their

---

[152] David, Paul: Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb: Patents, Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History s. 21 (1993).

[153] Se avsnitt 3.4.

[154] Ett mycket belysande exempel på denna korsbefruktning är Merges, Robert & Nelson, Richard: On the Complex Economics of Patent Scope s.s. 839–916 (1990).

[155] David, Paul: Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb: Patents, Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History s. 20 (1993).

behavior", leder inte utvecklingen i en konstruktiv riktning.[156] Jag menar att vi kan argumentera för att den ekonomiska patentteorin har varit direkt bidragande till en värdeosäkerhet såväl vad gäller patentinstitutets legitimitet som dess rättfärdigande.

3.3.6.1 Patentinstitutet och det ideologiska förhållandet mellan mål och medel

I enlighet med Dworkin menar jag att effektivitets- och välståndssträvanden endast är värden bland andra – "wealth maximization is only one among several components of social value"[157] Ekonomiskt välstånd, tillväxt och effektivitet är värden som måste relateras till andra värden relevanta för patentinstitutet. Värdet effektivitet kan kontrasteras inte endast mot rättvisa, utan även mot teknisk utveckling, kunskapspridning, frihet etc. Jag menar följaktligen att det föreligger ett egenvärde i att klargöra det inbördes förhållandet mellan olika relevanta värden för att vi sedan skall kunna diskutera vad som utgör ändamål, vad som ligger till grund för tolkning av innehållet i patenträtten, vad som påverkar dess legitimitet osv.

Väsentligt är således att ta ställning till vad som är medel och i förhållande till vilka mål.[158] Vi kan exempelvis fråga oss om teknisk utveckling är ett medel för välstånd eller om välstånd är ett medel för teknisk utveckling osv. Hellner menar att ändamål i lagstiftningsarbete kan särskiljas i förhållande till varandra som ultimärmål och primärmål; "de förra eftersträvas på grund av sitt värde i och för sig, de senare eftersträvas som medel för att nå de förra".[159] Aubert förklarar att förhållandet mellan mål och medel aldrig är annat än relativ. "Det som i ett sammanhang är ett mål är i ett annat sammanhang bara ett medel för att nå andra mål."[160] Betraktat i en specifik relation bör vi dock kunna relatera mål till varandra som ultimär- och primärmål.

När vi sammanväger diskussionerna om ändamål, legitimitet, rättfärdigande etc., kan vi argumentera för att historien visar att värdet om "teknisk utveckling" utgör patentinstitutets ultimärmål.[161] Såväl inom merkantilismen som liberalismen har föreställningen om betydelsen av teknisk utveckling intagit positionen som ett generellt övergripande vär-

---

[156] Merges, Robert P; Uncertainty and the Standard of Patentability s. 9 (1992).
[157] Dworkin, Ronald M: Is Wealth a Value? s.s 500–501 (1992).
[158] Jfr a.a.
[159] Hellner, Jan: Lagstiftning inom förmögenhetsrätten s. 174 (1990).
[160] Aubert: Rettens sociale funksjon s. 17 (1981). Jfr även Edström, Örjan: MBL och utvecklingsavtalet s.s. 22–23 (1994).
[161] Se närmare om teknisk utveckling som värde i avsnitt 4.2.

de. Även i förhållande till den tekniska utvecklingen föreligger dock en värdeotydlighet. Är det förmågan att uppfinna ny teknik som är ultimärmålet eller är det förmågan att kommersiellt omsätta tekniska lösningar, d.v.s. innovationsverksamhet? Enligt min mening kan vi här skönja en förskjutning mot innovationsverksamhet som ultimärmål, i förhållande till vilket teknisk utveckling som sådan utgör ett medel. Ett viktigt bidrag till denna förskjutning är Schumpeters teorier om att den fundamentala drivkraften för industriell utveckling inte är uppfinnandet utan innovationsprocessen.

En värdemässig fokusering på innovationsverksamhet kan ses som en förskjutning mot ett mer nymerkantilistiskt förhållningssätt. Ekeberg konstaterade om det merkantilistiska ursprunget i detta avseende: "Bristen å kapital och initiativ gjorde nämligen, att från regeringens ståndpunkt uppfinnareverksamheten kom att helt och hållet få träda tillbaka för verksamheten till uppfinningens exploiterande; den senare åtgärdens nytta för näringslifvet var mera påtaglig, och att den förra var en förutsättning för densamma, undgick så mycket lättare uppmärksamheten, som de flesta uppfinningar härrörde från utlandet."[162]

Vi skall ha klart för oss att det är en avsevärd skillnad om patentinstitutets ändamål och djupjustifiering baseras på föreställningen om uppfinnande eller innovationsverksamhet som ultimärmål.[163] En förskjutning i detta avseende innebär nämligen en förskjutning av vilka intressen som tillgodoses.[164] Uppfinnaren som historiskt ställts i centrum får stå tillbaka för innovatören, vilken det för storindustrin också är mycket lättare att identifiera sig med. En ytterligare nyansering, enligt vilken endast strukturomvandlande innovationer anses utgöra ett ultimärmål, skulle visserligen resultera i en återgång såtillvida att uppfinnarens intresse skulle förstärkas.[165]

Min poäng är således den att när vi behandlar profitsporre- och hemlighetsutväxlingsändamålen som primärmål är det en markant skillnad

---

[162] Ekeberg, Birger: Studier i patenträtt s. 6 (1904).

[163] Inom rättsekonomin sker det regelmässigt ingen distinktion häremellan, vilket enligt min mening är ett tydligt symptom på den värdeförvirring som föreligger. Det skall dock inte bortses ifrån att vissa teoretiker uppmärksammar värdemässiga förändringar. Se exempelvis Machlup Fritz, An Economic Review of the Patent System s. 36 (1958). Scherer, F M: The Economic Effects of Compulsory Patent Licensing s. 13 (1977).

[164] Om begreppen intresse och intressekonflikt se Aubert, Vilhelm: Socialt samspel s. 121 (fjärde upplagan 1970).

[165] Se om marknadsteknologiska paradigmskiften i avsnitt 2.2.2 och 4.4.1.4.

om patentinstitutet skall skapa incitament för forskning eller för marknadsbearbetning och om patentinstitutet skall stimulera till kunskapsspridning bland forskare eller tillverkande företag o.s.v. Om vi förhåller oss till profitsporremotivet är den rättspolitiska adekvansen självfallet avhängig av vad patentinstitutet skapar respektive är tänkt att skapa incitament för: forskning, utveckling, samverkan inom FoU-enheter och näringsliv, kommersiell omsättning genom nyetablering, kommersiell omsättning genom överföring till befintlig industri, kreditberedvillighet i olika avseenden etc. Problemet är således att när incitamenten ökar för vissa aktörer kan de samtidigt minska för andra.[166] I vissa relationer kan man t.o.m. urskilja direkta intressekonflikter, som exempelvis mellan skapare och utnyttjare av uppfinningar.[167] Jag menar också att förskjutningen avseende ultimärmålet bidragit till att patentinstitutets betydelse som profitsporre förskjutits till investerare som det förhärskande intresset. Möjligen är det så att vi befinner oss i en brytningstid. Patentinstitutets funktioner avseende investeringar diskuteras särskilt mycket beroende på att tillämpningen av befintlig patentlagstiftning inte anses tillgodose kraven på ett tillförlitligt skydd för resultatet inom nya teknikområden, som exempelvis datateknik, bioteknik etc. Att det föreligger ett samband mellan ändamål, rättfärdigande och legitimitet är därmed uppenbart, om än inte tillräckligt uppmärksammat och problematiserat.

3.3.6.2 Patentinstitutet och moraliska värden

Med ledning av den svepande idéhistoriska genomgång som hittills skett kan vi tydligt se att diskussionen om patentinstitutets ändamål såväl som legitimitet bottnar i ett nyttoperspektiv och i förvånansvärt ringa utsträckning tar sin utgångspunkt i andra moraliska överväganden.[168] Filosofer som Bentham och Mill utgick visserligen i sina ekonomiska diskussioner om patentinstitutet från att argumenten måste vila på någon form av rättvisa, att systemet var "proportionate and essentially just".[169] Den ovan diskuterade belöningsprincipen baserades enligt Mill också på rätt-

---

[166] Jfr Eisenberg, Rebecca: Patents and the Progress of Science – Exclusive Rights and Experimental Use s. 77 (1991).

[167] Jfr Posner, Richard: Economic Analysis of Law s. 41 (4 uppl. 1992).

[168] Det finns ett och annat undantag. Glass, Brett: Patently Unfair? – The System Created to Protect the Individual Inventor May Be Hindering Innovation s.s. 56–62 (1990). Jfr Paine, Lynn Sharp. Trade Secrets and the Justification of Intellectual property s.s. 247–263 (1991).

[169] Bentham, Jeremy: Manual of Poltical Economy s.s. 263 (1952, originalet från 1793–1795).

viseövervägande.[170] "Att uppfinnaren bör ha ersättning och belöning för den tjänst han gör samhället, kan inte bestridas. Om vem som helst omedelbart finge dra nytta av hans begåvning utan att ha tagit del i arbetet och utgifterna, skulle ingen eller blott förmögnare och mycket socialt sinnade personer åtaga sig sådana utgifter och sådan arbete, eller staten skulle nödgas ekonomiskt belöna uppfinnaren för hans tjänster."[171] Han konkluderar med att ett avskaffande av patentsystemet kommer att "göra hjärnans män i än högre grad än nu till tjänare under penningpungarnas män".[172]

En moralisk fråga med stor betydelse utifrån föreställningen om samhället som "risk society" och med direkt samband med profitsporremotivet, är patentsystemets dirigerande verkningar i samspelet mellan vad som är patenterbart och hur företag m.fl. agerar inom teknikområden.[173] Är det moraliskt godtagbart att styra den industriella omvandlingen mot genteknik?[174] Intresset i detta sammanhang är också att "allmänheten" förefaller betrakta patentet som ett uttryck för ett moraliskt ställningstagande från statsmaktens sida om vilken kunskapsinriktning vi skall ha inom samhället, såväl som vilka intressen som skall tillgodoses.[175]

Enligt min mening är båda dessa moraliska dimensioner förknippade med den historiskt naturrättsliga tanken om människornas rätt till sina egna tankar och idéer.[176] Visserligen är det naturrättsliga förhållningssättet inte så enkelt som först kan tyckas. Komplexiteten blir mer tydlig om vi lyfter fram den religiösa sidan av den naturrättsliga tanken. Jag menar att denna inte bör underskattas även om den inte alls är lika tydlig som i österländska kulturkretsar. "It is acknowledged in Islam that all composites of knowledge originate from or owe their origin to God – in the sense of the sum of what is known. Based on this argument, some oppose the recognition of intellectual property, as intellectual property involves the

---

[170] Jfr Eberstein, Gösta: Om uppfinningar och upptäckter såsom föremål för rättsskydd s. 5 (1932).

[171] Citatet är hämtad från Undén, Östen. Översikt över den svenska patenträtten s.17 (1915). (Undén hänvisar till Mill, John Stuart: Principles of political economiy, Book V, CH. X § 4)

[172] A.a.

[173] Frågan har uppmärksammades av Plant, Arnold: The Economic Theory Concering Patents for Inventions s. 38, s.s 45–47 (1934).

[174] Beträffande etiska överväganden avseende patentering av gentekniska uppfinningar se närmare i avsnitt 5.3.3.3.

[175] Jfr Bruun, Niklas. The Role of The Patentsystem in the Protection of Intellectual Property NIR 1992 s. 206.

[176] Jfr Eckhoff, Torstein. Rett, moral og politikk s.s. 10–13 (1989).

allocation of property rights to knowledge is a form of restriction on the availability of knowledge."[177] Även i den västerländska traditionen kan vi urskilja dessa tankar om kollektivets rätt till kunskap; "hvarje uppfinning, enligt sakens natur, egentligen tillhörer menskligheten, och att uppfinnaren ingalunda dertill har någon oinskränkt äganderätt".[178] Den naturliga rätten till uppfinningar måste således betraktas utifrån både en individuell och kollektiv sida, där kontrollen över kunskap får delvis helt olika innebörd.

På motsvarande sätt som diskussionen om uppfinnarens rätt till sina egna uppfinningar präglades av en rättviseambition, har diskussionen om patentets begränsningar i förhållande till kollektivets intressen ett ursprung i rättviseöverväganden. "Kan man då tänka sig något mer onaturligt, mera orättvist, mera menligt för menskliga odlingens utveckling, om lagen stadgade, att hvarje uppfinnare skull äga ett ständigt monopol att på ett visst sätt använda en kostnadsfri naturkraft."[179]

3.3.6.3 Teknonationalismen och kontroll över kunskap som ett övergripande värde med moraliska dimensioner

En väsentlig utgångspunkt för arbetet i sin helhet är att föreställningen om kontroll över kunskap utgör ett för patentinstitutet särskilt centralt värde. Såsom ett värde skall kontrollen över kunskap kontrasteras med friheten att disponera över kunskap såsom ett annat. Spänningsfältet dem emellan återspeglas i ändamål såväl som i rättfärdigande och legitimerande föreställningar. Om vi fokuserar på dynamiken dem emellan kan vi motverka den värdeosäkerhet som råder och se den ideologiska "path-dependance" som, med ursprung i både en utilitaristisk/välståndsorienterad och en moralisk/religiös idétradition, leder oss in i framtiden.[180]

Under inflytande av de merkantilistiska idéströmmarna utvecklades patentet som ett medel för statsmakten att stimulera näringsverksamhet inom det egna territoriet. Den strävan om kontroll/behärskelse som var framträdande under denna period, skall ses såväl ur statsmaktens som näringsidkarens perspektiv. Betraktat utifrån statsmaktens sida var patentet ett moment bland flera för att skapa kontroll och på så vis behärska näringslivet. För näringsidkaren skapade patentet föreställningen om en

---

[177] Azmi, Ida Madieha Abdul Ghani: Basis for the Recognition of Intellectual Property in Light of the Shari'ah s. 650 (1996).

[178] Lundell, J: Några anmärkningar om Uppfinningspatenter s. 77 (1852).

[179] A.a. s. 74.

[180] Se vidare om Norths teorier om path-dependance i avsnitt 4.3.

monopolställning, där andra utestängdes inte bara från utnyttjande av en viss uppfinning utan ofta från hela näringsverksamheter i sig. Utvecklingen under inflytandet av de liberala idéströmmarna präglades av frihetsidealets inflytande på patentinstitutet. För statsmakten innebar frihetsföreställningen ett krav på icke interventionism och ökande rättigheter för samhällsmedlemmarna. Även för den individuella näringsidkaren innebar frihetsidealet en strävan att tillskapa rättigheter. I förhållande till statsmakten utgjorde dessa föreställningar om ickeskyldigheter.[181] Den ideologiska förskjutningen resulterade i en rättsideologisk förskjutning där patentet, som enligt merkantilismen var att betrakta som ett rättsligt monopol, alltmer kom att betraktas som en ägande-/egendomsrätt. Denna i och för sig stegvisa övergång mot ett egendomsrelaterat synsätt får ses som resultatet av såväl den naturrättsliga som den utilitaristiska idétraditionen.

Jag menar inte att frihet och kontroll skall ses som två separata värden som vuxit fram ur två separata idéströmmar. Snarare bör de betraktas som två sidor av samma mynt där den ena sidan intar en mer framträdande position beroende på vilken ideologisk kontext vi befinner oss i. Bilden blir mer nyanserad om vi kompletterar dikotomin frihet och kontroll med dikotomin individuell och kollektiv kontroll. Utmärkande för den liberala idétraditionen är frihetens förknippande med värdet om den individuella kontrollen. Betydelsen av värdet om kollektiv kontroll har emellertid ökat i takt med den teknostrukturella omvandlingen av det västerländska samhället.[182]

Utifrån dagens situation kan vi konstatera att det skett en ideologisk förskjutning där kontrollvärdet åter fått större betydelse. Den framväxande teknonationalism, som blir alltmer tydlig inom såväl teori som politik, kan enligt min mening mycket väl beskrivas som ett nymerkantilistiskt förhållningssätt. Relationen mellan statsmakt och näringsliv som en teknostrukturell allians påvisar komplexiteten i dynamiken mellan individuell och kollektiv kontroll. Individuell kontroll inom nya teknikområden stimuleras genom statsmaktens direkta delaktighet i syfte att det inhemska näringslivet generellt skall nå en kontrollposition i relation till andra statsmakters inhemska näringsliv. Patentinstitutet som medel för kontroll framträder också mer tydligt som ett moment i ett större näringspolitiskt program baserat på statsmaktens intervention för ökad

[181] Se vidare i avsnitt 3.5.
[182] Se vidare i avsnitt 4.4.

konkurrenskraft. Bilden kompliceras ytterligare av det ökande inflytandet av det kollektiva momentet som förankrats i en moralisk bakgrundsideologi fokuserande på ansvaret för teknologins risker i enlighet med bl.a. Jonas och Becks teorier. Ett moraliskt förhållningsätt till kontrollen över kunskap är numer inte bara frågan om en rättviseavvägning mellan olika intressen, utan inkluderar även omvandlingsriktningen för hela samhället.

3.4 Patentinstitutets funktionella relationsbundenhet

Nelsons och Winters m.fl. ställningstagande att "patents do not always work in practice, as they do in theory" har banat väg för en ny inriktning inom patentteorin där man i större utsträckning än tidigare strävar efter att förklara patentets funktioner utifrån företagens beteenden.[183] Denna evolutionärt orienterade ekonomiska teori lär oss att vi måste gå över till en mer "competence-based theory of the firm".[184] För att vi skall se vilken funktion patentinstitutet har för kontrollen över kunskap är det väsentligt att vi förstår sambandet mellan vilken funktion patentinstitutet kan tänkas ha utifrån vår föreställning om reglernas innehåll, vad företag anser om patentinstitutet och vilken funktion det i realiteten har.[185]

I detta avsnitt kommer jag att med utgångspunkt i den mer dynamiskt orienterade patentteorin problematisera samspelet mellan patentinstitutets funktioner och dess legitimitet. Avsikten är att utifrån en översiktlig bild av patentinstitutets förändrade funktioner och hur dessa förändrade funktioner förklaras inom ekonomisk teori påvisa hur också patentinstitutets legitimitet håller på att förändras. Avsnittet kan ses som en introduktion till den mer ingående analysen av patentinstitutets funktioner som kommer att presenteras i kapitel fyra.

3.4.1 Konkurrensrelationella patentstrategier för kunskapskontroll

När man i nutida ekonomisk teori analyserar konkurrensrelationer ser man inte endast till graden av tävlan, utan är alltmer intresserad av den

---

[183] Levin, Klevorick, Nelson & Winter: Appropriating the Returns from Industrial Research and Development s. 784 (1987).

[184] Det inlärningsorienterade synsättet inom ekonomisk teori mer generellt tydliggörs bl.a. i Dosi, Giovanni & Malerba, Franco: Organizational learning s. 11 (1996).

[185] Se exempelvis Merges, Robert P; Uncertainty and the Standard of Patentability s. 5 (1992).

positiva inverkan av olika samverkansformer.[186] Konkurrensrelationer anses innefatta både ett tävlings- och ett samverkansmoment.[187] I vissa sammanhang är själva tävlingsmomentet det mest framträdande och vice versa. Företeelsen konkurrens har alltmer kommit att beskrivas som en undersökningsprocedur där personer inhämtar, imiterar och kommunicerar kunskap.[188] När man gör gällande att konkurrensklimatet hårdnar är det framförallt tävlingsmomentet att kontrollera kunskap man åsyftar.[189]

I dynamik med ett förändrat beteende inom näringslivet där patentet framträder som allt viktigare konkurrensmedel och där man menar att "management today has little choice but to adopt a more active IP and licensing stance", har ekonomisk teori alltmer fokuserat på patentinstitutets betydelse för företagen i deras strävan efter att skapa kontroll över kunskap och även för att selektera kunskap.[190] Förändringsprocessen återspeglas följaktligen i praktik såväl som i teori. Jag kommer därför under denna rubrik att, med utgångspunkt i ett antal ekonomiska analyser, ge en översiktlig bild av patentinstitutets funktioner för kunskapskontroll och tekniköverföring.

3.4.1.1 Formell och informell kontroll över kunskap

I syfte att nå förståelse för patentinstitutets funktioner riktas fokus alltmer mot patentinstitutets dynamiska förhållande till utomrättsliga normsystem och den faktiska kontrollen över kunskap.[191] Patent och patentportföljer framträder som en form av marknadsfunktionellt ägande i olika konkurrensrelationer.[192] En sedan länge vedertagen insikt är att även om man har *rätten till* uppfinningar behöver det inte med nödvän-

---

[186] Förhållningssättet är uppenbart i den transaktionsorienterade skolan. Se bl.a Williamson, Oliver: Transaction-cost Economics – The Governance of Contractual Relations s. 247 (1979).

[187] Se bl.a. Kotabe, Masaaki & Swan, Scott: The Role of Strategic Alliances in High-technology New Product Development s. 632 (1995).

[188] Ett exempel är Tsoukas, Haridimos: The Firm as a Distributed Knowledge System s.s. 11–25 (1996). Föreställningarna om konkurrens som selektionsprocess kan härledas till: Hayek, Friedrich. Competitions as a discovery procedure s. 273–275 (1994, originaleet från 1969).

[189] Jfr Weber, Samuel: The Patent Battle Takes an Ugly Turn s.s. 51–56 (1991).

[190] Grindley & Teece: Managing Intellectual Capital s. 8 och s. 29 (1997).

[191] Kontroll används här huvudsakligen som begrepp både för en position och för beteenden. Jfr avsnitt 1.2.

[192] Se exempelvis Kitch, Edmund: The Law and Economics of Rights in Valuable Information s. 683 (1980).

dighet innebära att man har *kontroll över* det kommersiella förfogandet av kunskapen.[193] Ofta är exempelvis skyddsomfånget så begränsat att det kan kringgås av en lösning med snarlik teknisk effekt.[194] Omvänt kan man ha kontroll över kunskap utan att för den skull ha rätten till den, exempelvis genom hemlighållande eller beroende på att ingen annan har kompetens att utnyttja det.[195] Vi kan visserligen alltid se patentet som en kontrollposition. Denna position innebär dock långt ifrån alltid att man kan förhindra andra från att utnyttja det man själv betraktar som själva innovationen. För att det skall föreligga någon form av kontroll i detta avseende är det dessutom ofta fråga om att ha ett flertal rättigheter i en portfölj, vilken kontinuerligt utökas i takt med att den särskilda innovationen förbättras.[196] Vi kan således konkludera att, som Israel uttrycker det, "ägandet och kontrollen kan flyta samman men behöver inte det".[197]

Dynamiken i förhållandet mellan *kontroll och icke kontroll* anses emanera ur de samlade formella och informella restriktionerna vad gäller tillgängliggörande av kunskap i olika relationer. "I alla samhällen, från det primitivaste till de mest avancerade, ålägger människor sig själva restriktioner för att strukturera sitt förhållande till andra. I situationer med begränsad information och begränsad förmåga att behandla informationen minskar dessa restriktioner kostnaderna för samspelet mellan människor i jämförelse med en värld utan restriktioner. Det är emellertid mycket lättare att beskriva och uttrycka sig exakt om formella regler som samhället utformat, än att beskriva och uttrycka sig precist om de informella metoder människor har valt för att strukturera det mänskliga samspelet."[198].

Som särskilt väsentliga framstår de restriktioner som följer av överenskommelser mellan olika aktörer.[199] Teknikmarknaden förklaras i det-

---

[193] Distinktionen mellan rätt och kontroll var en av huvudpoängerna i Berle & Means klassiska arbete om kontroll över aktiebolaget. De utvecklar bl.a. vissa tankar om "the legal postion of control". Se Berle, Adolf & Means, Gardiner: The modern corporation and private property (1947, originalet från 1932). Beträffande patentinstitutet se Kitch, Edmund: Patents: Monopolies or Property Rights? s. 31 (1986).

[194] Merges, Robert & Nelson, Richard: On the Complex Economics of Patent Scope s. 876 (1990).

[195] Beträffande utvecklingen där man alltmer eftersträvar kontroll över vetenskapligt resultat genom patentering såväl som genom hemlighållande se Nelkin, Dorothy: Science as Intellectual Property – Who Controls Research? (1984).

[196] Se Ernst, Holger: The Patent Portfolio for Strategic R&D Planning s. 493 (1997). Jfr även Schaafsma, Paul: Patent Mapping: A Graphical Model of Patent Rights, s. 953 (1995).

[197] Israel, Joachim. Alienation och byråkratisering – industrisamhället i omvandling s. 155 (1982).

[198] North, Douglass C. Institutionerna, tillväxten och välståndet s. 64 (1993).

ta sammanhang lämpligen som kontraktuella transaktioner där kunskap överförs mellan olika aktörer.[200] Beroende på vilket perspektiv man anlägger kan kunskapen anses vara subjektsbunden till forskare, konstruktörer etc. eller objektsbunden till patentsökta uppfinningar, företagshemligheter etc.[201] Såsom avtalsinnehåll utgör dessa dispositioner, precis som innehållet i författning, rättsliga normer som kan komma att upprätthållas av domstol.[202] Insikten om att avtalsformer som anställnings-, uppdrags- och samarbetsavtal kan betraktas som förfoganden över kunskap, innebär att dessa avtalsformer också kan anses blandade då de innefattar licensmoment.

Traditionellt är den vanligaste formen för subjektsbundet tillgängliggörande och tillgodogörande av kunskap att anställa forskare m.fl. Anställningsrelationen kan samtidigt ses som tillgängliggörande och förfogande över ett objektsbundet arbetsresultat. Även andra subjektsrelaterade kontraktuella relationer såsom uppdragsavtal, samarbetsavtal, associationsavtal etc. kan betraktas såsom objektsbundna kunskapstransaktioner och licenser, på samma sätt som patentlicensavtal samtidigt kan ses som samarbetsavtal etc. Man kan således anlägga såväl ett subjektsbundet som ett objektsbundet perspektiv på flertalet avtalsformer. Distinktionen mellan subjekts- och objektsbundenhet är följaktligen mer en fråga om perspektiv än en beskrivning av faktiska förhållanden.

Den ökande strategiska betydelsen av patentinstitutet innebär förändrade funktioner för kontrollen över kunskap. De formella restriktionerna blir mer påtagliga.[203] Att vara först ut på marknaden är inte längre lika vä-

---

[199] Se Kotabe, Masaaki & Swan, Scott: The Role of Strategic Alliances in High-technology New Product Development s. 624 (1995). Grindley, Peter & Nickerson, Jack: Licensing and Business Strategy in the Chemicals Industry s. 97 (1996).

[200] Kitch, Edmund: The Law and Economics of Rights in Valuable Information s. 707 (1980). Grindley, Peter & Nickerson, Jack: Licensing and Business Strategy in the Chemicals Industry s. 102 (1996).

[201] Jfr Kitch, Edmund: The Law and Economics of Rights in Valuable Information s.s. 683–684 (1980). Jfr även Machlup Fritz, An Economic Review of the Patent System s.s. 35–36 (1958).

[202] Se Kitch, Edmund: The Law and Economics of Rights in Valuable Information s. 683 (1980).

[203] Se exempelivs Grindley & Teece: Managing Intellectual Capital s. 8 (1997). Ernst, Holger: The Patent Portfolio for Strategic R&D Planning s. 491 (1997).

sentligt.[204] Det ökade patentstrategiska förhållningssättet skall också ses i ljuset av en förändringsprocess där licensiering av kunskap blir allt väsentligare.[205] Den objektsbundna överföringen blir följaktligen viktigare, vilket också innebär att licensmomentet i olika avtalsrelationer blir mer påtagligt.[206]

3.4.1.2 Patentinstitutets funktion för öppen och bunden tekniköverföring

Föreställningen om individuell kontroll över kunskap består förenklat uttryckt i föreställningen om tre olika förmågor: att *tillgängliggöra* sig kunskap, att *tillgodogöra* sig kunskap för eget nyttjande och att *förhindra* annans utnyttjande av denna kunskap.[207] Om man betraktar kontrollen över kunskap utifrån tillgängliggöranden på en teknikmarknad kan denna följaktligen ses som dels personbunden till forskare, forskningsinstitut, kunskapsföretag m.fl. och dels objektbunden till patent, företagshemlighet, holdingbolag etc. Företag utgör såväl subjekt som objekt; i vissa fall verkar associationen som person och i andra fall, precis som patentet, som ett kunskapsöverföringsinstrument.[208]

För producerande företag anses kontroll över kunskap förutsätta någon form av subjektsbundenhet till individer. Detta sammanhänger med att företagens tillgodogörande av tillgänglig teknik förutsätter viss skicklighet och kompetensnivå.[209] Kontroll över kunskap innebär således att i vart fall vissa nyckelpersoner har förmågan att tillgodogöra sig tillgänglig kunskap.[210]

---

[204] Jorde, Thomas & Teece, David: Innovation and Cooperation s. 83 (1991). Jfr även Foray, Dominique: The economics of knowledge distribution and the patent system s.s. 12–13 (1998). Lieberman, Marvin & Montgomery, David: First-Mover Advantages s. 47 (1988)

[205] Smith, R: Management of Corporate Intellectual Property Law Department s.822 (1989). Rahn, Gunram: Patent strategies of Japanese companies. Patent strategies s. 5 (1996). Stamm, Otto: Intellectual Property Rights and Competitive Strategy s. 224 (1993).

[206] Grindley, Peter & Nickerson, Jack: Licensing and Business Strategy in the Chemicals Industry s. 107 (1996).

[207] Mansfield, Edwin: How Rapidly Does New Industrial Technology Leak Out? s. 221 (1985). Scherer, F M: The Economic Effects of Compulsory Patent Licensing s. 21 (1977). Jfr även Cohen, Wesley & Levinthal, Daniel: Innovation and Learning: The Two Faces of R&D s. 593 (1989).

[208] Kitch, Edmund: The Law and Economics of Rights in Valuable Information s. 689 (1980).

[209] A.a. s. 712. Se även Mansfield, Edwin: How Rapidly Does New Industrial Technology Leak Out? s. 221. Jfr Pavitt, Keith. Technology Transfer among the The Industrially Advanced Countries: An overview s. 6. (1985).

[210] Narin, Francis: Technology Indicators and Corporate Strategy s. 23 (1993).

Strukturellt kan man tala om bunden kunskapsöverföring genom kunskapsmarknader och innovationsnätverk, dvs. de kanaler och bindningar varigenom företag får tillgång till ny teknik och förmedlar teknik vidare.[211] I denna, om man så vill, nätverksekonomi utgör kunskap produkter för vissa, humankapital, tillverkningsprocesser eller tjänster för andra.[212]

I enlighet med en "competence-based theory of the firm" skapar patentinstitutet möjligheter för tillgängliggörande i olika avseenden. Effekterna är beroende av att företagen anpassar sitt beteende för att utnyttja dessa möjligheter och besitter tillräcklig kompetens för att tillgodogöra kunskapen.[213] Denna "inlärningsprocess" är inte heller endast en fråga om företagens individuella strategi och kompetens, utan i stor utsträckning en kollektiv process. Det patenträttsliga uppvaknandet kan alltså ses som en kollektiv inlärning där företagen alltmer utnyttjar systemet. Själva processen kan ses som resultatet av ett ökande konkurrenstryck i den mening att behovet av att tillgodogöra sig ny högteknologisk kunskap och kommersiellt omsätta denna kontinuerligt ökar. Ett hårdnande konkurrenstryck behöver inte innebära att benägenheten att utnyttja patenträttighetens funktioner för att tillgängliggöra kunskap får stå tillbaka för dess funktioner att utestänga andra från nyttjande.[214] Patentet kan således, såsom ett medel för tillgängliggörande, utnyttjas såväl för att skapa samverkansrelationer som för att kommersiellt omsätta teknik hos kunder m.fl.[215]

En generell reflektion är att det kollektiva utnyttjandet resulterar i alltmer bundna kunskapsstrukturer.[216] Kommersiellt intressant kunskap är inte öppet tillgänglig som tidigare och det förutsätts i allt högre grad tillstånd av andra för att man skall kunna tillgodogöra sig ny kunskap.[217]

---

[211] Se Håkansson, Håkan: Technological Collaboration in Industrial Networks s.s. 371–379 (1990). Kotabe, Masaaki & Swan, Scott: The Role of Strategic Alliances in High-technology New Product Development s. 632 (1995). Jfr även Foray, Dominique: The economics of knowledge distribution and the patent system s. 11 (1998).

[212] Se exempelvis Tsoukas, Haridimos: The Firm as a Distributed Knowledge System s. 15 (1996).

[213] Se bl.a. Dosi, Giovanni & Malerba, Franco: Organizational learning s. 11 (1996).

[214] Se Priest, George: Cartels and Patent License Arrangements s. 356 (1977).

[215] Jfr Shapiro, Carl: Patent Licensing and R&D Rivalry s. 29 (1985).

[216] Se exempelvis Grindley, Peter & Nickerson, Jack: Licensing and Business Strategy in the Chemicals Industry s. 107 (1996).

[217] Se bl.a. Ernst, Holger: The Patent Portfolio for Strategic R&D Planning s. 493 (1997). Merges, Robert & Nelson, Richard: On the Complex Economics of Patent Scope s. 907 (1990).

Patentinstitutets funktioner har i enlighet härmed kommit att förstås som en bland flera "social structures that improve the appropriability of returns from innovation".[218]

3.4.1.3 Patentinstitutets funktion för teknikmarknadsmakt

I den dynamiska teorin har man alltmer börjat frångå synen på patent som ett monopol.[219] Anledningen är bl.a. att den empiriska insikten att enskilda patent sällan medför en position där innehavaren inte utsätts för konkurrens. En teori som fått relativt stor uppmärksamhet är den s.k. "prospect theory", enligt vilken patentet kan ses som en inmutning i ett tekniskt område.[220] Teorin har väckt uppmärksamhet framförallt beroende på att den påvisar betydelsen av att se patentet som ett medel som kan kontrollera framtida innovationer.[221]

Prospektteorin blir särskilt intressant i ljuset av insikten att den teknologiska kunskapsstegringen i näringslivet förstärker betydelsen av att kontrollera kunskap i ett så tidigt skede som möjligt.[222] Huvudmålet med en patenthanteringsstrategi är i detta perspektiv att kontrollera den för verksamheten väsentliga teknikmarknaden eller i vart fall ha så omfattande marknadsmakt på teknikmarknaden som möjligt.[223] Av detta följer att patentansökningsförfarandet övergår från att avse en så bra ansökning som möjligt på en teknisk lösning, till olika strategiska patentkravsformuleringar i olika utvecklingsskeden, vilka sedan omgärdas med ytterligare patentansökningar och kravformuleringar för att täcka upp tänkbara tillämpningar.[224] Det är således inte längre fråga om att ansöka om ett patent för en renodlad teknisk lösning, utan i stället att sträva efter patent på basteknologier för att därefter utveckla så många tillämpningar som

---

[218] Levin, Klevorick, Nelson & Winter: Appropriating the Returns from Industrial Research and Development s.s. 816 (1987).

[219] Kitch, Edmund: Patents: Monopolies or Property Rights? s.s. 31–49 (1986).

[220] Kith, Edmund: The Nature and Function of the Patentsystem s.s. 267–271 (1977).

[221] Merges, Robert & Nelson, Richard: On the Complex Economics of Patent Scope s. 865 (1992). Beck, Roger: The Prospect Theory of the Patent System and Unproductive Competition s. 207 (1983).

[222] Armstrong, John: Trends in Global Science and Technology and What They Mean for Intellectual Property Systems s. 195 (1993).

[223] Ernst, Holger: The Patent Portfolio for Strategic R&D Planning s. 493 (1997). Knight, Jackson: Developing a patent strategy model s. 20 (1996).

[224] IVA: Profit from Innovation – A Comparison of Swedish and Japanese Intellectual Property Management s.s. 48–49 (1993). Se även Rahn, Gunram: Patent strategies of Japanese companies s. 5 (1996).

möjligt och patentera dessa.[225] De stora företagens patentstrategier där man bygger upp enorma patentportföljer kan därför beskrivas som omfattande inmutningar på kunskapsmarknaden.[226]

Föreställningen om patentet som prospekt visar att förutsättningarna till kommersiell framgång är förknippad med aktörens marknadsmakt, där finansiell styrka osv. skall ses tillsammans med kompetens att utnyttja patentinstitutets funktioner.[227] Dessa prospekt förstärks dessutom av statsmaktens direkta delaktighet i syfte att stödja högteknologiska aktörer.

3.4.1.4 Patentinstitutet i den teknostrukturella alliansen mellan statsmakt och näringsliv

Den strukturella basen för kunskapsmarknaden som företeelse utgörs av en sammanflätning mellan offentlig och privat verksamhet. Denna kan grovt förenklat hänföras till trepartskonstellationen forskare/vetenskapsmän, offentligt/privat huvudmannaskap för forskningsverksamheten och befintligt näringsliv som presumtiva intressenter av verksamhetens resultat.[228] Patentinstitutets inverkan i det moderna västerländska näringslivet studeras också alltmer utifrån en konkurrensrelationell kontext där gränsen mellan vetenskap och näringsliv blir alltmer otydlig. Det har t.o.m. ifrågasatts om inte det förändrade förhållningssättet till patentinstitutet varit direkt bidragande till att skapa en miljö inom vetenskapssamhället där normer som vetenskapens frihet, dess öppenhet och strävan om offentlig tillgänglighet har fått stå tillbaka.[229]

Det kunskapsbaserade företaget är den aktör inom den teknostrukturella alliansen som har kommit att representera drivkraften för industrisamhällets omvandling. Kunskapsbaserade småföretag utgör å ena sidan

---

[225] Kleinknecht, Alfred. Innovation Patterns in crisis and prosperity: Schumpeter's lonch cycle reconsidered s. 176 (1984). Ernst, Holger: The Patent Portfolio for Strategic R&D Planning s. 493 (1997).

[226] Jfr Smith, R: Management of Corporate Intellectual Property Law Department. s. 820 (1989).

[227] Se bl.a. Gilbert, Richard & Newbery, David: Preemptive Patenting and the Persistence of Monopoly s. 521 (1982). Scherer, F M: The Economic Effects of Compulsory Patent Licensing s. 54.

[228] Se bl.a. Armstrong, John: Trends in Global Science and Technology and What They Mean for Intellectual Property Systems s. 198 (1993)

[229] Sherman, Brad: Governing Science – Patents and Public Sector Research in the United Kingdom s. 22 (1995). Foray, Dominique: The economics of knowledge distribution and the patent system s. 21 (1998). Jfr även Ernst, Holger: The Patent Portfolio for Strategic R&D Planning s. 492 (1997).

morgondagens eventuella industriföretag och å andra sidan kanaler för förnyelse av etablerad industri.[230] Kunskapsföretaget befinner sig härigenom alltid i någon form av konkurrensrelation till storindustrin, där patentet framstår som det viktigaste rättsliga instrumentet för att skapa kontroll över kunskap, oavsett om företaget befinner sig i kontraktuell allians med storföretagen eller inte. Det har också med hänvisning till den patentstrategiska utvecklingen inom bioteknik och mikroelektronik hävdats att "patent positioning often is important at the birth of science-based industries."[231]

Betecknande för kunskapsföretaget är bristen på finansiella resurser. Det gäller såväl möjligheterna att förverkliga egna idéer inom företaget som att strategiskt hantera patentsystemet i förhållande till konkurrenter.[232] Den marknadsmakt som det stora industriföretaget besitter utnyttjas, förutom för att förnya den egna verksamheten, för att skydda tidigare investeringar och motverka alltför snabba förändringar.[233] I förhållandet mellan det mindre kunskapsföretaget och den etablerade storindustrin, har det också ifrågasatts om inte patentinstitutet förstärker de etablerade företagens marknadsmakt, snarare än utgör ett medel för uppfinnare att förverkliga sina idéer.[234] Det finns rentav anledning att ifrågasätta om inte statsmaktens delaktighet förstärker denna marknadsmakt hos den etablerade industrin.

3.4.2 Konkurrensrelationella patentstrategier för nationell konkurrenskraft

I dynamisk ekonomisk teori är det också förekommande att patentinstitutet analyseras som ett väsentligt inslag i nationalstaternas strävan om "competitive market systems."[235] Betecknande för denna teoribildning är att den är policyinriktad. Vanligen ser man statsmakten som en aktör

---

[230] Se exempelvis Jonsson, Klingström & Westerström: Så föds företag ur forskning s. 25 (1991).

[231] Merges, Robert & Nelson, Richard: On the Complex Economics of Patent Scope s. 908 (1990).

[232] Se bl.a. Grönbok om innovation s.s. 43–44 EU bull. suppl. 5/95.

[233] Se exempelvis SOU 1993:84 Innovationer för Sverige s. 21.

[234] Glass, Brett: Patently Unfair? – The System Created to Protect the Individual Inventor May Be Hindering Innovation s. 58 (1990).

[235] Exempel är Armstrong, John: Trends in Global Science and Technology and What They Mean for Intellectual Property Systems s. 198 (1993). Frischtak, Claudio: Harmonization Versus Differentiation in Intellectual Property Right Regimes s. 101 (1993). Petraf, Margaret: The Cornerstones of Competitive Advantage: A Resource-Based View s.s. 183–187 (1993).

som tillsammans med det inhemska näringslivet bildar en allians "in response to foreign industrial and technology policy."[236] Ett grundläggande antagande i denna teknonationalistiska hållning, vilket återspeglas i teori såväl som praktik, är att det är av väsentlig betydelse att så mycket kunskap som möjligt skall tillägnas och tillgodogöras/omsättas inom den egna maktsfären. Förhållningssättet till andra nationalstater är dock inte självklart, utan präglas av motsättningen mellan önskan om att det inhemska näringslivet kan tillgodogöra sig ny kunskap utifrån och önskan om att andra staters näringsliv utestängs från att utnyttja den inhemska kunskapen. Sörlin uttrycker dilemmat väl då han hävdar att "(j)u framgångsrikare en stat är att internationalisera sin FoU, desto mindre blir dess förmåga att kontrollera forskningens avkastning" och att (j)u mer obenägen en stat är att internationalisera sin FoU – ett scenario av kognitiv protektionism – desto mer osannolikt är det att forskningen blir framgångsrik och därmed ger upphov till nya ekonomiska tillämpningar."[237]

Patentinstitutet betraktas följaktligen som ett instrument för att säkerställa att det inhemska näringslivet har gynnsamma konkurrensförhållanden i förhållande till andra nationalstaters näringsliv.[238] "To the extent that research can be conducted through international networks, joint research programs, and shared facilities, the role of intellectual property protection is becoming more pronounced at the global level. Any country that wants its researchers to participate in internationalized research will want to be sure the protection it provides is equivalent to that afforded research participants in other countries."[239]

Samtidigt betraktas patentinstitutet som ett instrument för att förhindra att andra staters näringsliv tillgodogör sig kunskap på det inhemska näringslivets bekostnad. Förhållningssättet är väl etablerat i praktiken och återfinns bl.a. hos EU-kommissionen när man, i samband med att man understryker hur andelen av varor och tjänster som omfattas av immate-

---

[236] Jorde, Thomas & Teece, David: Innovation and Cooperation: Implication for Competition and Antitrust s. 93 (1990).

[237] Sörlin, Sverker. De lärdas republik s. 27 (1994).

[238] Vi kan numer finna komparativa analyser där patentinstitutet värderas utifrån huruvida det utgör en kostnadseffektiv miljö ur skyddssynpunkt. Se exempelvis Bednarek, Michael D: Planning a Global Patent Strategy to Maximize Value: Where to Get the Most "Bang for Your Buck" s.s. 386–387 (1995). Jfr även Petraf, Margaret: The Cornerstones of Competitive Advantage: A Resource-Based View s. 187 (1993).

[239] Sherwood, Robert: Why a Uniform Intellectual Property System Makes Sense for the World s. 79 (1993).

rialrättigheter kontinuerligt ökar, konstaterar att det är uppenbart att medlemsstaterna var och en för sig saknar tillräcklig ekonomisk och politisk makt för att tvinga utomstående länder att upphöra med intrång på immateriell äganderätt.[240] Även i Sverige återfinner vi förhållningssättet när man i samband med anslutningen till TRIPS hävdar att: "Bristfälligt eller obefintligt immaterialrättsligt skydd i många utvecklingsländer har under lång tid vållat rättsinnehavare avsevärda förluster. Avtalet måste mot denna bakgrund anses ha en avsevärd principiell betydelse eftersom åtskilliga utvecklingsländer för första gången inlemmas i en övergripande och sanktionerad internationell immaterialrättslig skyddsordning."[241]

De stater och grupper av stater som är drivande beträffande den internationella utvecklingen av immaterialrättsliga system är också i första hand de som vill skydda det egna högteknologiska näringslivet. Det har ifrågasatts om inte utformningen av de immaterialrättsliga systemen, tillsammans med dess utnyttjande, de facto befäster konkurrenspositionerna mellan i- och u-länder, snarare än att skapa förutsättningar till utjämning. [242] Som respons på ett ifrågasättande i detta avseenden har bl.a. följande uttalats: "If intellectual property is viewed as a tool of exploitation, it is easy to follow this argument. If, on the other hand, intellectual property is viewed as a tool of development, as suggested here, then a different perspective emerges. Viewed from the perspective of opportunity gains and losses for the development process, intellectual property can be seen as part of a country's infrastructure."[243]

Med utgångspunkt i teori såväl som i praktik framträder ett konkurrensrelationellt förhållningssätt mellan stater där patentstrategier på nationell nivå framstår som ett väsentligt inslag för att förstärka konkurrenskraften.

3.4.3 Patentinstitutets legitimitet och föreställningen om högteknologisk konkurrenskraft

Frågan är således om vi utifrån denna översiktliga analys av den moderna

---

[240] EU-kommissionens rapport till arbetsgruppen, regeringskonferensen 1996 s.s. 58–59.

[241] Prop 1994/95:35 Sveriges anslutning till Världshandelsorganisation m.m. Del A s. 64. Jfr ovan avsnitt 3.2.

[242] United Nations. Intellectual property rights and foreign direct investment s. 1 (1993). Greer, Douglas: The Case Against Patent Systems in Less-Developed Countries s. 223 (1973). Jfr även Mansfield, Edwin: Unauthorized Use of Intellectual Property: Effects on Investment, Technology Transfer, and Innovation s. 109 (1993).

[243] Sherwood, Robert: Why a Uniform Intellectual Property System Makes Sense for the World s. 81 (1993).

ekonomiska patentteorin och den förändrade verklighet som den återspeglar, också kan se några förändringstendenser avseende patentinstitutets legitimitet. Betecknande för teorin är som jag ovan sagt bristen på diskussion kring vilka värden som är kollektivt eftersträvansvärda. Även om vi fortfarande återfinner föreställningar om incitament för uppfinnare och om betydelsen av hemlighetsutväxling, har dessa förlorat sin framträdande betydelse. Den omständigheten att man inte längre ser patentet som ett effektivitetshämmande monopol, har onekligen förbättrat klimatet till patentinstitutets förmån. Utmärkande för patentinstitutets legitimitet i dag, i såväl teori som praktik, är att det bedöms utifrån föreställningen om dess funktioner att tillgodose strävan om högteknologisk konkurrenskraft. Uppfinningar, patent och t.o.m. patentinstitutet som sådant anses utgöra "intagible sources of sustainable competitive advantage".[244]

Utmärkande för föreställningen om högteknologisk konkurrenskraft är att den är förknippad med ett *egenintresse om kunskapskontroll.* Varje aktör, oavsett om det är en individ, ett företag eller en nation, eftersträvar att tillgodogöra sig själv så mycket kunskap som möjligt och att utestänga andra som befinner sig i konkurrensrelation. Såsom ett förhärskande värde är föreställningen om konkurrenskraft följaktligen mångfacetterad och kan analyseras ur olika horisontella konkurrensrelationer. Vi kan ställa u-länder mot i-länder, stora företag mot kunskapsföretag, uppfinnare mot finansiär osv. Patentinstitutets legitimitet är på så vis förknippad med föreställningar om patentinstitutets funktioner utifrån olika horisontella såväl som vertikala intressemotsättningar. Frågan är om inte konkurrenskraften hos den teknonationella alliansen mellan den västerländska industristaten och den inhemska storindustrin är det intresse som härvidlag är av störst betydelse.

3.5 Rättsvetenskapliga patentteorier och patentinstitutets rättfärdigande

I detta avsnitt skall jag översiktligt behandla den rättsvetenskapliga diskussionen om patentinstitutets grundläggande karaktär. Särskilt intressant är också att analysera hur denna diskussion påverkar institutets systematisering och det konkreta förhållningssättet till patentet som rättslig

[244] Hall, Richard: A Framework Linking Intangible Resources and Capabilities to Sustainable Competitive Advantage s. 607 (1993).

konstruktion. Jag menar att det ideologiska spänningsfältet mellan föreställningarna om frihet och kontroll också återspeglas i det interna förhållningssättet till patent som en konkurrensrelaterad ensamposition och som en objektsanknuten rättighet. Denna dualism kan härledas tillbaka redan till institutets tillkomst under 1700-talet.[245] Rättsvetenskapligt var det dock framförallt under den andra hälften av 1800-talet som den teoretiska diskussionen spetsades till och utmynnade i olika objektsteorier.

De två förhållningssätten kan i enlighet med Wilhelmssons terminologi beskrivas som allmänna läror inom patenträtten, vilka åtminstone delvis är motstridiga. "När man talar om motsättningar inom rätten är det inte eventuella juridiskt tekniska konflikter mellan konkreta normer som står i centrum för intresset. Vad som i högre grad är av intresse här är insikten att olika element av det konkreta rättsmaterialet (enskilda lagparagrafer, rättsfall osv.) kan ge uttryck för etiska, samhällsfilosofiska och samhällspolitiska utgångspunkter som står i strid med varandra. Detta står i samband med rättens samhälleliga natur: då rätten utvecklas som ett resultat av vid varje tidpunkt rådande (motstridiga) sociala intressen och intressekombinationer, är det naturligt att den avbalansering av intressen som vid en tidpunkt petrifierats i ett konkret rättsmaterial inte nödvändigtvis är densamma som kommer till uttryck i material från en annan tidpunkt."[246]

Min avsikt är att påvisa hur det förändrade rättsfilosofiska förhållningssättet verkar rättfärdigande bland aktörer inom den juridiska professionen, vilket återspeglas i patenträttens konkreta utformning och dess systematisering i förhållande till andra rättsområden. Avsnittet kan ses som en introduktion till den mer ingående analys av patentinstitutet som kommer att presenteras i kapitel fem.

3.5.1 Patentinstitutet och den ideologiska förändringsprocessen inom rättsteorin

Patentinstitutet befinner sig under ett kontinuerligt ideologiskt tryck för förändring. Ekonomiska och samhällsteoretiska föreställningar påverkar oavbrutet såväl patentinstitutets innehåll som dess funktion. Man kan dock inte bortse från de övergripande ideologiska föreställningar som

---

[245] Bl.a. Godenhielm lyfter fram denna dualism se Patentskyddets omfattning på basen av patentanspråkets funktionella innehåll s. 13 (1950). Jfr även Koktvedgaard, Mogens. Patentloven s. 10 (1971).

[246] Wilhelmsson, Thomas: Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna lärorna s. 37 (1986).

emanerar ur den juridiska professionens patentteoretiska diskussioner. Även om dessa svårligen kan hållas isär från en mer allmän samhällsteoretisk inverkan, har vi enligt min mening mycket att lära från dynamiken mellan den patentteoretiska omvandlingen och det övergripande rättsfilosofiska förhållningssättet till rättssystemet i sig. Den rättsfilosofiska exposé som här skall genomföras kan dock inte bli annat än översiktlig och summarisk. Framställningen kommer att återknyta till redogörelsen ovan i avsnitt 3.3.

3.5.1.1 Patenträttsteorin och det nationalekonomiska ursprunget

Patentinstitutets allmänna läror har sitt ursprung i en rättsfilosofisk tradition som kan betraktas som nationalekonomisk.[247] Tankegångarna växte fram under en epok där rättsfilosofin alltmer separerades från teologin och gav utrymme åt bl.a. framväxandet av en ekonomisk tradition.

Patenträttens rättsfilosofiska ursprung i den nationalekonomiska traditionen manifesteras i föreställningen om patentet som en monopolställning.[248] I 1624 års Statute of Monopolies ansågs alla monopol som utgångspunkt vara ogiltiga; dock inte de som grundande sig på nya uppfinningar.[249] Patentinstitutet växte således fram ur föreställningen om patentet som ett "grant of monopoly by the state over the commercial exploitation of an invention for a limited time"[250] Föreställningen emanerade ur ett näringspolitiskt förhållningssätt, där patentinstitutet betraktades som en del i näringsregleringen. De samhällsekonomiska ändamålen kom på så vis också att rättfärdiga patentinstitutet inom den juridiska professionen, vilket påverkade dess systematisering inom det rättsområde vi idag betecknar konkurrensrätt.[251]

Detta konkurrensrättsliga ursprung skapade en rättsteoretisk bild av patent som en undantagskonstruktion, där patentet hela tiden skall ses i en konkurrensrättslig avvägning i förhållande till huvudreglerna som förbjuder konkurrensbegränsningar.[252] Ekeberg beskriver i sin avhandling från början av seklet "hvarför teorien om patenträttens monopolnatur i

---

[247] Jfr ovan i avsnitt 3.3.2.

[248] Se om patenträttens och konkurrensrättens gemensamma ursprung i Koktvedgaard, Mogens: Immaterialretspositioner s. 50 (1965).

[249] Se Bernitz, Ulf. Marknadsrätt s. 119 (1969).

[250] Walterscheid, Edward C: The Early Evolution of the United States Patent Law: Atecedents, Part 1 s. 700 (1994).

[251] Koktvedgaard, Mogens: Immaterialretspositioner s. 54 (1965).

[252] Jfr Ekeberg, Birger: Studier i patenträtt s. 20 (1904).

sagda mening vunnit sådan genklang i det allmänna medvetandet. Detta synes oss bero därpå, att man ensidigt fäst sig vid den skyddade nyttighetens egenskap att tillåta ett outtömligt tillgodogörande; den har i kraft af själfva denna sin egenskap ansetts i och med sin existens äfven rättsligen ingå i den för alla gemensamma fonden af nyttigheter, tills den uttryckligen genom en akt af statsverksamheten lagts inom viss rättssfär."[253] Föreställningen om patentet som monopol skapade i enlighet härmed den rättsteoretiska föreställningen om patentet som en förbudsposition, där patenthavaren har en ställning där han kan förhindra andras nyttjande och även kan förvänta sig statsmaktens bistånd i detta avseende.[254] Patentinstitutet "vore att betrakta såsom en blott reflex af den allmänna näringsfriheten ålagd inskränkning, såsom en jus facultivum (patenthafvarens rätt att idka näring), förstärkt med en förbudsrätt mot andra af visst bestämdt innehåll."[255] Jag menar således att det konkurrensrättsliga ursprunget och förhållningssättet lyfter fram föreställningen om statsmaktens delaktighet och det politiska ansvaret för näringspolitiken som ett centralt moment vid patentinstitutets rättfärdigande.

Bilden blir tydligare när vi får klart för oss att denna nationalekonomiska rättfärdigandegrund redan i ett tidigt skede kontrasterades mot ett förhållningssätt som fokuserade på skaparprestationen. Utmärkande för patentinstitutet i förhållande till privilegiesystemet var också att uppfinnaren i större utsträckning fick ett lagligt anspråk på skydd och var inte längre hänvisad till statsmaktens skönsmässiga överväganden.[256] I enlighet med Godenhielm kan vi konstatera att det tidigt utvecklades en dualism där vi å ena sidan har föreställningen om patentet som en mer näringspolitiskt relaterad monopolposition och å andra sidan en föreställning om patentet som ett instrument förknippat med skaparprestationer.[257]

3.5.1.2 Inflytandet från naturrättsliga äganderättsteorier

Utifrån vad som diskuterats i avsnitt 3.3 kan vi konstatera att liberalismens framväxt innebar att skapandet gavs allt större betydelse och att man alltmer underströk betydelsen av att "both recognize and protect a property right in invention".[258] Endast i Frankrike betecknades egendomsrätten

---

[253] A.a.
[254] A.a. s. 16.
[255] A.a. s. 18.
[256] Undén, Östen. Översikt över den svenska patenträtten s. 6 (1915).
[257] Jfr Godenhielm, Berndt: Patentskyddets omfattning på basen av patentanspråkets funktionella innehåll s. 13 (1950).

som en naturrätt. I andra länder växte föreställningen om patent som en egendomsrätt fram mer stegvis.[259] Rättsfilosofiskt råder dock ingen tvekan om att västerlandets samtliga patentsystem påverkats av den naturrättsliga diskussionen under 1600- och 1700-talet. Lockes "labour theory", enligt vilken det naturliga ägandet emanerar ur föreställningen om att alla har rätten att njuta frukterna av sitt eget arbete, har otvivelaktligen varit avgörande för inverkan av belöningsprincipen som ändamål.[260] Lockes teorier banade väg för teorier där uppfinnarnas rätt till sina uppfinningar kunde förstås som rätten till privat egendom.[261] En annan inflytelserik filosof var Hume som i sin egendomsteori definierar egendom som "a relation between a person and an object as permits him, but forbids any other, the free use and possession of it, without the laws of justice and moral equity".[262] Humes teorier, som hade stort inflytande inom den mer utilitaristiska traditionen, var ett väsentligt bidrag för att skapa ett förhållningssätt till patentet där det samtidigt utgör ensamrätt och egendomsrätt.

Något entydigt naturrättsligt inflytande vad gäller föreställningen om patentet som en "natural law right" har det inte varit frågan om, inte ens i Frankrike.[263] I ingressen till Frankrikes första patentlag från 1791 stadgades visserligen att uppfinnaren hade naturlig rätt till sina idéer.[264] En närmare studie av patenträttighetens utformning och institutets systematisering visar dock att ambitionen inte fullföljdes. "I Frankrike åter uppsvingade man sig djerft till den filosofiska naturrättens rymder, för att finna en allmän grund för en oinskränkt äganderätt till uppfinningar. Ungdomligt svärmande för förverkligandet af den tidens älsklingssyften, önskade församlingens medlemmar att äfven i denna fråga gör sig till menskligheten målsman och till försvarare af hennes misskända rättigheter. Derföre skulle den naturliga rättvisans ovillkorliga fordringar i främsta rummet tillfredssättas genom en högtidlig förklaring, att hvarje uppfinning vore upphofsmannens uteslutande egendom; men när församlingen öfvergick från ord till sak, fick den plötsligt en annan ingifvel-

---

[258] Walterscheid, Edward C: The Early Evolution of the United States Patent Law: Atecedents (Part 1) s. 699 (1994).

[259] A.a s. 702

[260] Locke, John: Two Treatises of Government s.s. 304–308 (1980, originalet från 1689).

[261] Beträffande Lockes betydelse för upphovsrätten se bl a Nordell, Per Jonas: Rätten till det visuella s. 4 (1997).

[262] Cairns, Huntington: Legal Philosophy from Plato to Hegel s. 385 (1949).

[263] Se ovan avsnitt 3.3.4.

[264] Utvecklingen i Frankrike beskrivs bl.a. i Undén, Östen. Översikt över den svenska patenträtten s.s. 3–4 (1915).

se och uppoffrade utan tvekan följdriktigheten för verklighetens kraf."[265] Precis som i andra stater tidsbegränsades patentet. Det var inte heller nödvändigt att uppfinningen var en nyhet i dagens mening, utan även andras uppfinningar kunde patenteras om de infördes av sökanden till Frankrike.[266]

På ett rättfärdigandeplan skall dock betydelsen av utvecklingen i Frankrike inte underskattas. Den franska diskussionen har säkerligen haft stor betydelse för den så framträdande föreställningen att uppfinnaren förutsätts ha rätt till sina uppfinningar. Övergången i förhållningssättet, som påverkar oss än i dag, beskrivs väl av Wieselgren i slutet av 1800-talet: "Striden är icke slut; men slagfältet är ett annat än det förra. Det är icke mera fråga om att så trångt som möjligt utstaka gränserna för den nya rätten, fattad såsom en af särskild gunst mot det andliga arbetets män stadgad inskränkning i alla andras rättigheter; i stället gäller striden i hvilken grad desse det andliga arbetets män, med hänsyn till det allmännas intresse, böra underkastas inskränkning i sina annars obestridda rättigheter."[267]

Föreställningarna om patentet som en till uppfinnaren förknippad egendomsrätt, leder också patentinstitutet från det näringspolitiska området mot det privaträttsliga området, där den romerskrättsliga traditionen är stark.

3.5.1.3 Inflytandet från den historiska skolan och patenträttighetens inordnande i den romerskrättsliga systematiken

Diskussionen i Tyskland präglades inte på motsvarande sätt som i Frankrike av konstruktionen av patentet såsom en äganderätt – à propriété industrielle. Flertalet menade istället att patenträttigheten tillsammans med de andra immaterialrättigheterna skall betraktas som en klass för sig.[268] I enlighet med den systematiska tradition som emanerade ur den historiska skolan ökade därför under 1800-talet fokuseringen på de patenträttsliga begreppen och deras rättsliga klassificering.[269]

---

[265] Lundell, J: Några anmärkningar om Uppfinningspatenter s. 68 (1852).
[266] A.a. s. 69.
[267] Wieselgren, Sigfrid: Om den immateriella eganderäten del 2 s. 19 (1883).
[268] Undén, Östen. Översikt över den svenska patenträtten s. 11 (1915).
[269] Savigny och andra teoretiker avvisade den överdrivna fokuseringen på förnuftets betydelse. Väsentligt var istället att se till rättens föränderlighet, vilket gjorde den historiska analysen mer väsentlig. Se Björne, Lars: Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert s.s. 60–67 (1984). Jfr även Wilhelm, Walter: Den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet s.s. 13–14 (1989).

Även om man i den tyska diskussionen regelmässigt tog avstånd från föreställningen om patentet såsom en äganderätt, har dess inflytande i avsevärd utsträckning bidragit till att patentinstitutet ur ett systematiskt perspektiv förflyttats från den konkurrensrättsliga sfären. Inflytandet från bl.a. Tyskland resulterade i att den patentteoretiska diskussionen alltmer kom att handla om hur patentinstitutet skulle systematiseras inom det privaträttsliga området. "Ett träget användt och tvifvelsutan farligt vapen mot ifrågavarande rättsinstitut hafva dess motståndare haft att tillgå i det onekliga förhållandet, att ett med hänsyn till privaträtten så utbildadt system som den romerska rätten saknat plats derför."[270] Eftersom patentinstitutet inte förekom inom den romerska rätten fokuserades de teoretiska inläggen i stor utsträckning på förutsättningarna till anpassning och analogier.

Ekeberg lyfter fram omständigheten att vare sig besittningsläran eller vindikationsläran ansetts tillämpliga såsom argument för att privaträttens regler om äganderätten i vart fall inte direkt kan tillämpas.[271] Han menar också att äganderätten endast kunna användas i bildlik bemärkelse.[272] Undén menade att patenträttigheten borde systematiseras som en till äganderätten besläktad rättighet till uppfinningar.[273] Eberstein som intar en liknande position efterlyser samtidigt stor försiktighet vad gäller analogier till den hävdvunna romerska systematiken.[274] Han kritiserar också Patentlagstiftningskommitténs betänkande av år 1919 då han menar att de "icke dragit sig för att tillmäta sakrättsliga analogier den avgörande betydelsen".[275]

Den oenighet som råder om patentinstitutets, patenträttighetens och även uppfinningars rätta natur är slående.[276] Brytningen mellan 1800- och 1900-tal representerar objektsteoriernas storhetstid, där uppfinningarna såsom egendom inlemmas i den privaträttsliga ordningen. Utvecklingen präglas dock av en oenighet inom patentteorin om patentets rättsliga karaktär, vilket även återspeglades i ett diversifierat förhållningssätt till institutets systematisering.

---

[270] Wieselgren, Sigfrid: Om den immateriella eganderäten del 1 s. 2 (1882).
[271] Ekeberg, Birger: Studier i patenträtt s. 42 (1904).
[272] A.a.
[273] Undén, Östen. Översikt över den svenska patenträtten s. 12 (1915).
[274] Eberstein, Gösta: Om den rättsliga grunden för patentsksyddet s. 40 (1927).
[275] A.a s. 41.
[276] Undén, Östen. Översikt över den svenska patenträtten s.11 (1915).

3.5.1.4 Egendomsteorin och patentet som överlåtbar förmögenhetsrätt

I den patentteoretiska diskussionen utvecklades en föreställning om patentet som en privat egendom. "Endast för den tid detta lagliga skydd blifvit utlofvadt utgör uppfinnarens rätt en verklig och välförfvärfad privategendom, den ingen ostraffadt bör få kränka."[277] Den svenska patentförordningen från år 1844 föreskrev också att "patent, samt den rätt detsamma medför, är att anse såsom innehfvarens lagliga egendom. Det kan i följd deraf gå i arf och genom hvad laglig afhandling som helst på annan person öfverlåtas".[278]

Föreställningen om patentets överlåtbarhet resulterade i ett patentteoretiskt förhållningssätt som skiljer sig i förhållande till föreställningen om patentet som en monopolposition såväl som till föreställningen om patentet såsom en egendomsrätt till en uppfinning. Att det var patenträttigheten som ansågs vara överlåtbar motverkade också de patentteorier som givit patenträtten en personrättslig karaktär.[279]

Den strävan om införlivande i privaträtten som förelåg under 1800-talets senare hälft påverkades dock av två konkurrerande patentteoretiska förhållningssätt där patent såväl som uppfinningen ansågs utgöra privaträttslig egendom.[280] Vid sekelskiftet var det de till uppfinningen orienterade objektsteorierna som vunnit störst uppskattning.

3.5.1.5 Objektsteorierna

Utmärkande för objektsteorierna är föreställningen om den immateriella uppfinningen såsom förmögenhetsrättslig egendom. "Man kan visserligen taga i händerna den sak, i vilken en uppfinning tagit gestalt, men saken är icke i rättslig mening uppfinningen själv, utan bara en reproduktion av uppfinningen, någonting abstrakt, en tanke."[281] Kohlers teori om immateriella objekt som föremål för immaterialrätt var särskilt inflytelserik och Kohler själv har också beskrivits som något av immaterialrättsteoriernas upphovsman.[282] Inflytandet på den nordiska rättsvetenskapen såväl som lagstiftningsarbetet under början av 1900-talet är mycket på-

---

[277] Lundell, J: Några anmärkningar om Uppfinningspatenter s. 78 (1852).

[278] Jfr den nuvarande amerikanska patentregleringen, Patent Act § 261, där det föreskrivs att "patents shall have the attributes of personal property".

[279] Patentlagstiftningskommitténs betänkanden VI, 1919. Förslag till lag om patent m m s. 161.

[280] Ekeberg, Birger: Studier i patenträtt s. 17 och s. 26 (1904).

[281] Eberstein, Gösta: Om uppfinningar och upptäckter såsom föremål för rättsskydd s. 6 (1932).

[282] Se Koktvedgaard, Mogens: Immaterialretspositioner s. 105 (1965).

taglig.[283] Patentet kom att alltmer betraktas som en mer eller mindre vidsträckt uteslutanderätt till tekniska idéers utnyttjande.[284] I Sverige var Ekeberg och Eberstein några av de mer framträdande förespråkarna för ett objektsrelaterat förhållningssätt till patenträtten.[285]

Ett objektsteoretiskt förhållningssätt innebär dock inte att det skapas ett enhetligt förhållningssätt. Även enligt de naturrättsliga patentteorierna betraktades uppfinningen som objekt. Den mest komplexa frågeställningen utifrån ett objektsteoretiskt förhållningssätt är just att bestämma vad som utgör uppfinningen. Enligt ett naturrättsligt förhållningssätt var det närliggande att betrakta uppfinningen såsom den förstods av uppfinnaren såsom objekt. Enligt Kohler m.fl. var uppfinningen istället det man fick patent för och utgjorde såtillvida ett rättsligt begrepp för en mer objektiv företeelse.[286] Denna "objektiva idé-lära", som den betecknats i den tyska såväl som den nordiska diskussionen, baseras på föreställningen om uppfinningen såsom en immateriell tankekonstruktion.[287] Ekeberg beskriver "uppfinningens egenskap att vara en abstrakt kausalitetsprincip, en funktionstanke, praktiskt realiserbar i tusen former".[288] Patentkraven, som det mest betydelsefulla inslaget i patentdokumentationen, anses bestämma vad som utgör uppfinningen och har på så vis en abstraherande och även generaliserande funktion.[289] Abstraktionen sker genom beskrivningen av uppfinningen som en immateriell företeelse. Generaliseringen består i att det inte längre endast är den först avsedda applikationen som utgör uppfinningen, utan den kan innefatta även framtida tilllämpningar. Patentkravslärans betydelse för att bestämma uppfinningen tillmäts härvidlag särskild betydelse.

Den egendomslära som emanerade ur ett dylik objektivt objektsteoretiskt förhållningssätt innebar att det måste utvecklas principer för materiell avgränsning av vad som kan vara föremål. Denna avgränsning innefattar en bedömning av karaktären på det som skyddas såsom idé och utformning etc. Beträffande skillnaden mellan auktorrätt och patent uttalas i Patentlagstiftningskommitténs betänkande från 1919 att auktorrätten skyddar viss prestation medan patenträtten skyddar "innehållet i en and-

---

[283] Betydelsefulla verk av Kohler var Forschungen aus dem Patentrecht (1888), Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht (1907).
[284] Ekeberg, Birger: Studier i patenträtt s. 47 (1904).
[285] Eberstein, Gösta och Ljungman, Seve: Industriellt rättsskydd s. 4 (1963).
[286] Ekeberg, Birger: Studier i patenträtt s. 58 (1904).
[287] A.a. s.47 (1904).
[288] A.a s. 109.
[289] Jfr Koktvedgaard, Mogens. Immaterialretspositioner s. 144 (1965).

lig verksamhets resultat på sådant sätt, att dettas tillgodogörande förbjudes varje annan än skyddsrättens innehavare, även om dennes andres självständiga andliga verksamhet lett till ett resultat av samma innehåll".[290] Bedömningen om vad som utgjorde objektet kom således att påverka innebörden av patentet.

3.5.1.6 Rättsrealistiskt ifrågasättande av objektsteorierna

Den rättsrealistiska utvecklingen inom den nordiska rättsvetenskapen resulterade i att objektsteorierna kom att ifrågasättas alltmer. Det var framförallt Ross analyser på det upphovsrättsliga området som lade grunden till denna kritik. Ross frågade sig om verket som en immateriell företeelse kunde vara föremål för en egendomsrätt.[291] Ross menade själv att några immateriella objekt inte föreligger annat än som en individuell upplevelse och att någon annan andlig värld än det egna medvetandet inte föreligger.[292] Ross kritik tydliggörs enligt följande: "Værket selv er altsaa en Abstraktion, ingen Realitet. Det er den relative Enhed i Ideindhold i en Serie af Oplevelser. Alene disse er Realiteter. At raade over Værket kan derfor kun betyde at raade over disse Oplevelser. Hvorledes kan det saa ske? Uformidlet af materielle Omstændigheder eller Genstande kan jeg i mit eget Indre frembringe eller genkalde en aandelig Oplevelse. Men bortset fra dette ethvert Herredømme over, om Oplevelsen hos andre end Ophovsmanden skal forekomme eller ej, betinget af et Herredømme over visse ydre, materielle Omstændigheder eller Genstande. Og det er øjensynligt det, der interesserer Retsordenen. Opgaven maa derfor være at undersøge, paa hvilke Maader Oplevelse af Værket kan formidles."[293]

Ross analys var således i första hand en kritik av objektsteorin och utformningen av immaterialrättsinstitutet i enlighet med denna. Någon närmare normativ programförklaring inom immaterialrättsteorin formulerade han inte.[294] Av hans kritik följer dock att immaterialrätterna måste analyseras utifrån förfoganden över verk och uppfinningar som materiella företeelser. Ross menade också att patentet rimligen skulle be-

---

[290] Patentlagstiftningskommitténs betänkanden VI, 1919. Förslag till lag om patent m.m. s. 162. Eberstein ifrågasätter detta synsätt och menar att det inte förligger någon principiell skillnad "mellan patenträtten och de egentliga aktorrätterna i fråga om grunden till rättsskyddet". Eberstein, Gösta: Om den rättsliga grunden för patentskyddet s.s. 43–44 (1927).

[291] Ross, Alf: Ophavsrettens grundbegreber s. 340 (1945).

[292] A.a. s. 344.

[293] A.a. s. 345.

[294] Hänvisning kapitel 5.

traktas i en mer öppen konkurrensrättslig kontext.[295] Han menade nämligen att den äganderättsinspirerade objektsteorin hade en rättspolitisk sida enligt vilket den eftersträvade erkännandet av mer omfattande immaterialrättigheter.[296]

Det rättsrealistiska förhållningssättet inom patentteorin har utvecklats av Koktvedgaard, som i enlighet med Ross menar att några immateriella objekt inte föreligger och att någon föreställning därom inte heller bör användas inom immaterialrättsteorin. Han menar att patentet som rättslig företeelse skall betraktas såsom ensamrättspositioner vars innehåll och beskaffenhet skall ses utifrån dess "konkurrencemæssiga relationsbinding".[297]

Sett i ljuset av den förhärskande objektsteorin är det inte uppseendeväckande att den rättsrealistiska immaterialrättsteorin uppfattades som en "radikal" kritik, då man betonade ett funktionellt förhållningssätt till immaterialrättsinstituten.[298] En väsentlig reflektion är dock att den rättsrealistiska immaterialrättsteorin inte förverkligats. Den objektsteoretiska förklaringsmodellen lever kvar vid sidan av ett rättsrealistiskt förhållningssätt. T.o.m. bland framträdande nutida patentteoretiker som Godenhielm återfinner vi fortfarande ett objektsteoretiskt förhållningssätt.[299] Möjligen skulle man kunna hävda att de olika traditionerna resulterar i en patentteoretisk förvirring, vilken återspeglas i patenträttens utformning, dess tillämpning och systematisering.

3.5.2 Rättsdogmatisk förvirring om patentets rättsliga status

Ett övergripande patentteoretiskt förhållningssätt är enligt min mening nära förknippat med frågan om patentinstitutets rättfärdigande. De värden och intressen som bör tillgodoses kan inte hållas isär från en betraktelse av om patentet skall betraktas som en naturlig rättighet, en egendomsrätt, en förmögenhetsrättslig egendom i sig, en näringsrättslig förbudsrätt etc.[300] Jag instämmer såtillvida i det rättsrealistiska förhållningssättet där man medger, och även lyfter fram, att patentteorier om

---

[295] Ross, Alf: Om ret og retfærdighed s. 263 (3 uppl. 1971).
[296] Ross, Alf: Opphavsrettens grundbegreber s. 340 (1945).
[297] Koktvedgaard, Mogens: Immaterialretspositioner s. 21 (1965).
[298] Se Strömholm, Stig: Upphovsrättens verksbegrepp s. 42 (1970).
[299] Om vi jämför Godenhielms synsätt i sin avhandling med hans senare alster kan vi visserligen konstatera att det modifierats något. Godenhielm, Berndt: Patentskyddets omfattning på basen av patentanspråkets funktionella innehåll se s.s. 27–30 (1950). Godenhielm, Berndt: Patentskyddets omfattning s.s. 107–115 (1994).
[300] Jfr Eberstein, Gösta: Om den rättsliga grunden för patentsksyddet s. 48 (1927).

egendomsrätt besitter en rättspolitisk sida. Betraktar vi endast patentet som en förbudsrätt, utgörande ett avgränsat undantag till principen om konkurrensfrihet, kommer detta att begränsa patentinstitutets innebörd inom den juridiska professionen. Annorlunda är det om vi istället betraktar uppfinningar som föremål för ägande, i förhållande till vilka konkurrensregleringar i olika avseenden utgör inskränkningar.

Den osäkerhet som präglar dagens patentteori gör det än svårare att föra en öppen diskurs om vilka värden och intressen som skall tillgodoses. I detta avsnitt skall jag översiktligt diskutera hur denna osäkerhet återspeglas i dynamiken mellan den teoretiska och den mer dogmatiska patenträttsliga diskussionen.[301] Analysen begränsas till nordiska förhållanden.

3.5.2.1 Det trippelbottnade egendomsperspektivet

De olika egendomsteorier som behandlats ovan influerar fortfarande förståelsen för patentinstitutet inom den juridiska professionen. Detta skapar en slags generell förvirring vad gäller såväl patenträttens innehåll som tillämpning. I den svenska diskussionen kan vi återfinna tre olika förhållningssätt till uppfinnings- och patentbegreppen. Ett första förhållningssätt är att patentet betraktas som egendom. Ett andra är att den objektiva uppfinningen, såsom den anses komma till uttryck i patentkraven, betraktas som egendom. Enligt ett tredje subjektivt förhållningssätt utgör en viss idé eller idékomplex själva egendomen. Inom patenträtten förefaller vi således ha ett trippelbottnat egendomsperspektiv. Till dessa kan tillföras ett fjärde perspektiv, vilket förvisso är förenligt med de andra tre perspektiven, där vi betraktar uppfinningen som ett materiellt objekt.

Enligt den objektiva objektsteorin är det den patenterbara uppfinningen som utgör den förmögenhetsrättsliga egendomen. Denna objektivt bestämbara uppfinning kan patentsökas och kommer om så skett att patenteras.[302] Utifrån ett dogmatiskt perspektiv är detta objektsrelaterade förhållningssätt särskilt framträdande vid diskussioner om vem som har rätten att ansöka om patent och även avseende vilket utnyttjande som är otillåtet. I kontraktuella relationer, relaterade till vem som har rätt att ansöka om patent, exempelvis mellan anställda och arbetsgivare, utgår man också från den patenterbara uppfinningen som ett överlåtbart immateriellt objekt som kan fastställas objektivt.[303]

---

[301] De frågor som kommer behandlas i avsnittet kommer mer ingående analyseras i avsnitt 5.3.

[302] Jfr Koktvedgaard och Levin: Lärobok i immaterialrätt s. 33 (5 uppl. 1997).

Berndt Godenhielm, som i stor utsträckning fokuserat på frågan om vad som utgör patenterbara uppfinningar och vad ett patent skapar för skyddsomfång, intar också ett övergripande objektsrelaterat förhållningssätt. "Uppfinningen innefattar en teknisk handlingsregel, där ett angivet tekniskt problem erhåller en lösning. Uppfinningen är sålunda av immateriell karaktär och bör icke förväxlas med de konkreta föremål, vari uppfinningen eventuellt materialiserats. Typiskt för uppfinningen är därför, att den kan konkretiseras i olika gestaltningar utan att uppfinningen därför ändrar karaktär eller innehåll."[304] Dogmatiskt befästs också detta objektsteoretiska förhållningssätt i patentansökningsförfarandet där patentbeskrivningen tillsammans med patentkraven ger uppfinningen dess karaktär som abstrakt objekt. Den gängse uppfattningen är att uppfinningen bestäms av patentkravens utformning (se 39 § svenska patentlagen), varför vi genom tolkning av desamma anses kunna bestämma vad som utgör uppfinningen. Man kan följaktligen argumentera för att ett otillåtet utnyttjande av uppfinningen enligt 3 § patentlagen avser den objektivt bestämbara uppfinningen.

Den patenterbara uppfinningen är dock inte det enda objekt som figurerar i den dogmatiska patenträttsliga diskussionen. I 44 § patentlagen stadgas att registrering kan ske när patent övergår till annan. I den dogmatiska diskussionen om överlåtelser och licenser utgår man generellt från att det är fråga om dispositioner av patent och patentansökningar. Om pantsättning stadgas i 94 § patentlagen att det är patent och patentansökningar som kan pantsättas i Sverige. Den omständigheten att man i vissa sammanhang diskuterar rätten till uppfinningen och i andra förhåller sig till rätten till patentet och patentansökan talar för att det objektsrelaterade synsättet kan betecknas som dubbelbottnat. Godenhielm konstaterar också i sin komparativa analys av patentsystem, utan att närmare problematisera frågan, att äganderätten till en uppfinning i allmänhet kan övergå samtidigt som även rätten till patentansökan respektive beviljat patent regelmässigt är överlåtbara "enligt allmänna regler för överlåtelse av förmögenhetsrättigheter."[305]

Till detta tillkommer dock en tredje nivå där uppfinningen i dess mer generella tekniska förståelse används. "Man kan enten definere en opfin-

---

[303] I lagen om rätten till arbetstagares uppfinningar behandlas förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare som en fråga om vem som skall ha rätten till de patenterbara uppfinningar som åstadkommits Se i första hand 1 § och 3 § i lag (1949:345) om rätten till arbetstagares uppfinningar. Se nedan i avsnitt 5.3.

[304] Godenhielm, Berndt: Utländsk och internationell patenträtt s. 14 (1953).

[305] A.a s. 15.

delse som ensbetydende med den patenterbare opfindelse (det specielle opfindelsesbegreb). I så fald afhænger det i hovedsagen af opfinderen selv, om opfindelsen skal udvikle sig til en patentret. Men man kan også arbejde med et mere alment opfindelsesbegreb, der rummer såvel patenterbare opfindelser som andre forhold."[306] Vad gäller patenterbarheten stadgas i 2 § patentlagen att patent endast meddelas på uppfinningar som väsentligen skiljer sig från vad som tidigare varit känt. Uppfinningsbegreppet används här i ett vidare sammanhang än som objektivt bestämbara uppfinningar. I kontraktuella sammanhang säger det sig själv att man ofta använder uppfinningsbegreppet i dess tekniskt mer vidsträckta kontext.

Utifrån svenska förhållanden skapar bristen på ett enhetligt patentteoretiskt förhållningssätt en del svårigheter och enligt min mening en förvirring som är direkt hämmande för såväl patentinstitutets funktioner som dess förändring. Ett tydligt exempel på en sådan hämmande förvirring återfinns inom den sakrättsliga diskussionen. Sakrättsligt skiljer man regelmässigt mellan en statisk och en dynamisk sida.[307] Den statiska sakrätten, som avser reglerna för att ostört få utöva sin rätt till egendom, är det moment i den patenträttsliga diskussionen som är mest utvecklad. I relation till den statiska sidan är den dynamiska sidan försummad och outvecklad, något som enligt min mening sammanhänger med den osäkerhet som den teoretiska diskussionen inom immaterialrätten skapat. Hessler skriver i sin handbok: "Om äganderätt brukar man i allmänhet tala endast då objektet är en sak. Av samma juridiska konstruktion är emellertid även vissa rättigheter med annat – utomjuridiskt – objekt, såsom författarrätt, där objektet är ett verk, eller patenträtt, där objektet är en uppfinning... I den förevarande framställningen synes det lämpligt att sammanföra dessa rättigheter med äganderätt."[308] När Hessler senare i framställningen diskuterar godtrosförvärv, tvesala, skydd mot borgenärer vid förvärv så förhåller han sig till patentet som det relevanta objektet.[309] Detta hindrar honom visserligen inte att samtidigt förhålla sig till verket.[310] En generell reflektion är dock att diskussionen inom den dyna-

---

[306] Koktvedgaard, Mogens: Immaterialretspositioner s.s. 140–141 (1965).

[307] I dagens diskussioner används termen sakrätt företrädesvis för den dynamiska sakrätten. Se Hessler, Henrik: Allmän sakrätt s. 7 (1973). Håstad, Torgny: Sakrätt avseende lös egendom s. 12 (tredje upplagen 1987).

[308] Hessler, Henrik: Allmän sakträtt s. 21 (1973). I not 9 på s. 21 påtalar han dock sin osäkerhet om huruvida det är riktigt att jämställa immaterialrätter med äganderätter och hänvisar till den rättsrealistiska diskussonen om verksbegreppet.

[309] A.a. s. 138, s. 232, s. 255.

miska sakrätten, vilken regelmässigt delas upp i omsättningsskydd och borgenärsskydd, i huvudsak tar utgångspunkt i dispositioner av patent och patentansökningar, d.v.s. inte uppfinningar.[311]

I en kommersiell kontext är det vidare så att vi kan se kontraktuella dispositioner av inte endast patent och patentansökningar, utan även av patenterbara uppfinningar i dess vidare tekniska kontext. Skillnaden mellan dessa dispositioner är påtaglig. En överlåtelse av en uppfinning i dess vidare tekniska bemärkelse kan innefatta ett flertal patenterbara uppfinningar och varje patenterbar uppfinning kan omfattas av ett flertal olika patent. Diskussionerna om möjligheterna till exstinktiva godtrosförvärv eller principen att köp bryter legostämma får helt andra dimensioner. Rättsliga ställningstaganden om att patent och patentansökningar kan utmätas, ingå i konkurs och pantsättas framstår som alltför otillräckliga i det trippelbottnade perspektiv som patentteorin erbjuder.[312] Internationellt sett blir förvirringen dessutom än mer påtaglig. En säkerhetsöverlåtelse av uppfinningen i sin vida tekniska kontext kan i princip innefatta flera patenterbara uppfinningar, vilka i sin tur innefattar alla möjliga patentansökningar och patent i alla länder. Ett erkännande av uppfinningen som egendom ger omsättningsskyddet och borgenärsskyddet en internationell dimension där andra nationers patentreglering med nödvändighet aktualiseras.

Den patentteoretiska osäkerheten är enligt min mening t.o.m. så påtaglig att vi kan ifrågasätta om patentet utgör en sakrättighet överhuvudtaget. Vi kan argumentera för att problematiken bottnar i självmotsägelsen att immateriella tillgångar kan nyttjas och disponeras över.[313] Licenser behöver nödvändigtvis inte betraktas som upplåtelser av egendom utan kan istället ses som tillstånd att bedriva viss verksamhet.

3.5.2.2 Rättigheten och monopolet

Fullföljandet av det realistiska ifrågasättandet leder till ett förhållningssätt där vare sig uppfinningen eller patentet betraktas som egendom. I den svenska diskussionen förklarar Sandgren att patenträttigheten och patentansökningarna i samband med licensrelationer endast utgör fram-

---

[310] A.a s. 232.

[311] Se Rodhe, Knut: Handbok i sakrätt s. 11, s. 59, s. 192 (1985). Håstad, Torgny: Sakrätt avseende lös egendom s. 39 (tredje upplagen 1987).

[312] Av stadgandet i 54 § 2st patentlagen framgår att man menar att ett patent kan utmätas indirekt. I 3:3 1 stycket konkurslagen stagas att om en egendom kan utmätas kan den även ingå i konkurs.

[313] Jfr Karlen, Peter. Att skapa världen: äganderätt till estetiska verk s. 173 (1994).

ställningstekniska hjälpmedel och att det inte är frågan om några dispositioner av immateriell egendom.[314] I enlighet med Sandgrens förhållningssätt innebär licensen istället att licensgivaren avstår från att göra sin ensamrätt gällande gentemot licenstagaren som får tillstånd att bedriva viss verksamhet.[315]

Koktvedgaard förklarar: "Sondringen mellem rettighedernes genstand og indhold forsvinder når man bearbejder rettighedsbegrebet logisk-analytisk. Man foretager her en »atomisering« af rettighedsbegrebet, således at det kommer til at fremstå som en fremstillingsteknisk rekvisit, der er egnet til at samle en række reale og konkrete handlingsforløb. Genstandslæren mister herved ikke blot sin selvstændige betydning: I det konkrete handlingsforløb forsvinder genstandslæren helt."[316] Koktvedgaard menar i enlighet härmed att patenträtten skall betraktas som ett "konkurrencepræget retsbeskyttelse".[317] Patenträttigheten kommer i detta relationella sammanhang således till uttryck i förhållandet mellan rättighetsinnehavaren och dennes konkurrenter/intressenter.

I en dogmatisk argumentation finner föreställningen om patentet som en konkurrensrelationell kontrollposition stöd i kanske framförallt straffbestämmelsen om patentintrång (57 § patentlagen). Där stadgas att den som gör intrång i den ensamrätt som patent medför kan ådömas straff. Med utgångspunkt i denna bestämmelse kan man således betrakta kommersiella relationer som avståenden från att göra gällande intrång. Vi kan också undgå att tala om överlåtelse av patentet och istället betrakta transaktionen som ett avstående av sin ensamrätt till förmån för någon annan. Patenthavarens kontrollposition bestäms utifrån dennes förutsättningar att i förhållande till samarbetsparter tillåta och i förhållande till konkurrenter förbjuda vissa beteenden.

Enligt Koktvedgaard skall patenträtten således förstås utifrån den konkurrenskontext där den nya tekniken kommer att utnyttjas.[318] Även om hans synpunkter inte vunnit någon generell acceptens, kan de svårligen bortses ifrån vid bedömningar av bl.a. patenterbarhet och skyddsomfång.[319] En analys av dynamiken mellan patentdokumentationens funktion för att å ena sidan uttrycka uppfinningshöjden och å den andra be-

---

[314] Sandgren, Claes: Patentlicenser s.s. 119–122 (1974).
[315] A.a. s. 120.
[316] Koktvedgaard, Mogens: Immaterialretspositioner s.s. 85–86 (1965).
[317] A.a. s. 186.
[318] A.a. s. 231.
[319] Koktvedgaards analys kommer att behandlas nedan i 5.3.

stämma skyddsomfång påvisar att föreställningen om patentkraven som objektivt medel att definiera uppfinningen i vart fall är alltför förenklad.[320] Deskriptivt är det inte heller uppseendeväckande att påstå att grundhandlingen (krav och beskrivning) alltid tolkas utifrån föreställningar om den tekniska och kommersiella kontext som föreligger just då bedömningen sker.[321]

Den dogmatiska förlängningen av Ross och Koktvedgaards realistiska resonemang är att vi även normativt skall erkänna att patentet skall förstås utifrån de enskilda konkurrensrelationer där patentet aktualiseras.[322] Patentet kan härvidlag förstås som en kontrollposition vilken möjliggör för patenthavaren att ingripa mot vissa konkurrensbeteenden. För att avgöra vilka beteenden som utgör intrång skall vi inte endast se till vad konkurrenten gjort, utan vi måste relatera det till det egna agerandet såsom ett konkret uttryck för vad patentet rimligen skyddar. Ett ytterligare utvecklat realistiskt förhållningssätt påvisar att den enskilda konkurrensrelationen inte kan ses isolerat. Vi har även att ta hänsyn till övriga konkurrenters tekniska framåtskridanden och marknadsmässiga beteenden för att vi skall få en klarare bild av vad som utgör ett rimligt skyddsomfång och vilka beteenden som därigenom bör utgöra intrång.

En central fråga för den realistiskt influerade diskussionen är om vi endast skall bestämma patentet negativt, som en förbudsrätt. Koktvedgaard menar att även om patentet kan utformas rent negativt i lagtekniskt hänseende, bör den ändå uppfattas positivt som en ensamrätt.[323] Utifrån ett konkurrensrelaterat förhållningssätt skulle således denna ensamrätt bestå i tre huvuddelar: rätten att själv bedriva viss verksamhet, rätten att utesluta andra från viss verksamhet och rätten att tillåta andra att bedriva denna verksamhet.[324] Ensamrätten kan i detta perspektiv betraktas som subjektsbunden istället för objektsbunden.[325] En dogmatisk tolkning av relevanta lagrum leder oss dock till den förvirring jag här velat åskådliggöra.

---

[320] Koktvedgaard lägger på motsvarande sätt som jag själv skulden på patentteoretikerna. Koktvedgaard, Mogens. Immaterialretspositioner s. 150 (1965).

[321] Se bl.a. a.a. s. 152.

[322] A.a. s. 231.

[323] A.a. s. 196.

[324] Jfr Goodin, Robert. Äganderätten och plikten att bevara s. 135 (1994).

[325] Subjektsbundna förhållningssätt har i den immaterialrättsliga diskussionen beskrivits som personlighetsrättigheter. Se härom i bl.a. Rosén, Jan: Förlagsrätt s.s. 106–110 (1989).

3.5.3 Patentinstitutets systematiska rörlighet

Den patentteoretiska osäkerhet som råder återspeglas även i diskussionen om patentinstitutets systematisering. Vi kan här urskilja två huvudriktningar, där den ena kan betecknas som förmögenhetsrättslig och den andra som konkurrensrättslig. Historiskt har patenträtten sitt ursprung i näringsrättslig reglering, men diskussionen kom som ovan diskuterats att efterhand relateras till en civilrätt härledd från en romerskrättslig tradition.

3.5.3.1 Patenträttens förmögenhetsrättsliga ställning

Av diskussionen i föregående avsnitt kan vi sluta oss till den relevanta insikten att objektsteorierna från slutet av 1800-talet fortfarande har stort inflytande på patentinstitutets utformning. Vi skall också ha klart för oss att många av de bestämmelser som i dag skapar patentinstitutet har sitt ursprung från denna period.[326] Det var också under denna period som föreställningen om patentinstitutet som förmögenhetsrätt växte sig som starkast. Vid denna tidpunkt använde man sig visserligen fortfarande av den romerskrättsliga indelningen av förmögenhetsrätten i sakrätter som rättigheter, vilka kunde göras gällande mot vem som helst, och i obligationsrätter som endast kunde göras gällande mot en viss part. En central fråga var också om de olika immaterialrättigheterna skulle betraktas som sakrättigheter eller som en särskild kategori.[327]

Under 1900-talet etablerades alltmer uppfattningen att patenträtten tillsammans med de andra immaterialrättigheterna utgör ett eget rättsområde inom förmögenhetsrätten.[328] Utvecklingen i denna riktning har t.o.m. gått så långt att man velat se immaterialrätten som ett i första hand civilrättsligt område. "Den nära anknytningen till marknadsrätten gör att immaterialrätten inte uteslutande kan betraktas från ett privaträttsligt perspektiv. Här som på så många andra håll blir gränsen suddig mellan ren civilrätt och mer offentligrättsligt präglad lagstiftning."[329] Även om vi bortser i från patenträttens ursprung är denna fokusering på distinktionen mellan civilrätt och offentligrätt förbryllande. Betraktat ur ett historiskt perspektiv har exempelvis straffrätten utgjort ett väsentligt inslag.

Det privaträttsliga förhållningssättet har bland vissa växt sig så starkt

---

[326] Koktvedgaard, Mogens. Patentloven s. 10 (1971).

[327] Se Wieselgren, Sigfrid: Om den immateriella eganderäten del 1 s. 19 (1882).

[328] Se Undén, Östen. Översikt över den svenska patenträtten s. 10 (1915). Eberstein, Gösta: Om den rättsliga grunden för patentskyddet s. 44 (1927).

[329] Kooktvedgaard, Levin. Lärobok i immaterialrätt s. 20 (5 uppl. 1997).

att vid definition av marknadsrätten såsom ett funktionellt rättsområde, vilket således baseras på en annan kategorisering, har man valt att hålla immaterialrätten utanför. "Man kan erinra om att marknadsrättens allmänna inriktning bestäms av dess uppgift att normera marknadsförhållandena i stort och den omedelbara anknytningen till den ekonomiska politiken i samhället som detta medför. I detta perspektiv framstår immaterialrätten som ett specialområde för sig. Området ligger vanligen vid sidan om de ekonomiskt-politiskt brännbara frågorna och tillhör med sin i hög grad juristledda utveckling en annan rättslig miljö än marknadsrätten. Ett annat huvudskäl är, att immaterialrättigheter är utformade såsom förmögenhetsrättigheter och inte som regler, som förbjuder vissa former av efterbildning och därigenom direkt normerar företagens uppträdande på marknaden."[330] Samtliga de argument som Bernitz här framför kan ifrågasättas. Det är fullt möjligt att inta motsatt synsätt och argumentera för att vi bör betrakta immaterialrätten som en del av konkurrensrätten.

3.5.3.2 Patentreglering som allmän konkurrensrätt

I den nordiska immaterialrättsliga diskussionen är det framförallt Ross och Koktvedgaard som särskilt förordat ett synsätt där patenträtten skall ses i ljuset av den mer funktionellt orienterade allmänna och även speciella konkurrensrätten, där statsmakten intervenerar för att åstadkomma en effektiv konkurrens. De menar visserligen att det förvisso är fullt möjligt att se konkurrensrätten som en förgrening av det vidsträckta förmögenhetsrättsliga området.[331]

Med en konkurrensrättslig systematisering kan vi behandla patentinstitutet tillsammans med annan reglering som inverkar på kontroll över kunskap. Patentinstitutet har inte endast systematisk samhörighet med de andra immaterialrättsinstituten, utan även med skyddet för företagshemligheter[332] och med regler som begränsar kontrollpositionen, som exempelvis regler mot konkurrensbegränsning etc.[333] Levin menar, i enlighet med Koktvedgaards teorier, att det föreligger en grundläggande dynamik mellan patenträtten och reglerna mot konkurrensbegränsning, vilka tillämpas för att begränsa konsekvenserna av en alltför långtgående

[330] Bernitz, Ulf. Marknadsrätt s. 67 (1969).

[331] Jfr Koktvedgaard, Mogens. Immaterialretspositioner s. 190 (1965).

[332] Se exempelvis om utvecklingen i USA Cheung, Steven: Property Rights in Trade Secrets s.s. 40–53 (1982).

[333] En översiktlig och ytlig genomgång av förhållandet mellan konkurrensrätt och immaterialrätt bland OECD-länder finner vi i OECD: Competition Policy and Intellectual Property Rights s.s 27–48 (1989).

ensamposition.[334] Farorna med exempelvis en förstärkning av immaterialrättigheterna motverkas, enligt Levin, av en avvägning i förhållande till regler som syftar till att upprätthålla en effektiv konkurrens. "Denna avvägning kan sägas vara rättsområdets hela livsnerv och skapar grunden för dess berättigande."[335]

Samspelet med normbildning som standarder, certifiering, ackreditering etc. blir också särskilt intressant. Både konkurrensbegränsningsrättten och standardiseringsnormer kan utgöra begränsningar avseende möjligheterna att förfoga över patenträtten. Omvänt kan patentlagstiftningen, precis som standardiseringsnormer, anses konkurrensstimulerande. Dessutom kan både patentlagstiftning och konkurrensbegränsningsrätt anses utgöra viktiga moment i en strävan att bygga upp enhetliga standarder. Det är också fullt möjligt att se de tre områdena som inslag i ett intervenerande system. Standardisering, konkurrenslagstiftning såväl som patenträtten kan följaktligen betraktas som intervenerande reglering som syftar till att skydda svagare intressen. Samtidigt kan vi visserligen argumentera för att dessa tre områden utgör de kanske viktigaste inslagen i en strävan efter att skapa självreglerande kunskapsmarknader.[336]

I jämförelse med en förmögenhetsrättsligt rättighetsbaserad systematik kan vi argumentera för att en konkurrensrättslig kategorisering ökar förutsättningarna att ta hänsyn till värden och intressen i tillämpningen.[337] Just därför framstår det som särskilt märkligt att den realistiska kritiken i stor utsträckning skapat den förvirring som i dag råder inom såväl patentteori som dogmatik.[338]

---

[334] Levin, Marianne. Immaterialrättsliga skiljevägar s. 117 (1996).

[335] A.a.

[336] Om intervenerande och självreglerande system. Se bl.a Hydén, Håkan: Ram eller lag? Om ramlagstitning och samhällsorganisation s.s. 45–57 (1984).

[337] Jfr Andersen, Mads Bryde: Immaterialret og marked – et indlæg i diskussionen om ophavsrettens forhold till den almindelige konkurrenceret s. 414 (1993).

[338] Nu skall i och för sig inte all skuld läggas på de rättsrealistiska strävandena, inte minst med tanke på att förvirringen också är ett internationellt fenomen. Fritz Machlup konstaterar "The meaning and object of 'property' and 'property rights' are shrouded by confusions, which, however are more troublesome to lawyers than to economists. But it is almost embarrassing how often the controversial idea of property right in invention is confused with the non controversial idea of a property right in a patent." An Economic Review of the Patent System s. 53 (1958).

3.5.4 Patentinstitutets rättfärdigande i dynamiken mellan frihet och kontroll

3.5.4.1 Patentteoretiska meningskiljaktigheter, patenträttslig förvirring och rättspolitisk osäkerhet

Den patentteoretiska diskussionen har alltså resulterat i en situation där vi laborerar med tre kategorier av immateriell egendom och ett konkurrerande egendomslöst perspektiv. Motsättningen framträder mellan vad som kan anses utgöra två allmänna läror, där det ena förhållningssättet är objektsbundet och det andra subjektsbundet.

Enligt min mening är den patentteoretiska osäkerheten ett uttryck för en osäkerhet avseende förhållandet mellan institutets värdemässiga rättfärdigande på djupnivå och dess konkreta utformning. Till skillnad från diskussioner om legitimitet har strävanden som koherens mellan rättsområden, inre systematik m.m. stor betydelse vad gäller rättfärdigandet inom den juridiska professionen.[339] Osäkerheten såväl som omedvetenheten skall sättas in i en större kontext där det saknas insikt om sambanden mellan ändamål, rättfärdigande och legitimitet. Det uppstår alltså en osäkerhet om vad man menar vara mål respektive medel och hur dessa förhåller sig till varandra.[340]

Om vi exempelvis utgår ifrån att ett av de viktigare målen med patentinstitutet är att det skall utgöra incitament till investeringar inom nya tekniska områden, säger det sig självt att osäkerheten om vad som är möjligt att disponera över vad gäller pantsättning, säkerhetsöverlåtelser och andra kontraktuella dispositioner kan ha en hämmande inverkan. Komplexiteten blir uppenbar då värdet av en eventuell investering skall uppskattas. Tillgångens ekonomiska värde är relaterad till såväl den statiskt sakrättsliga skyddspositionen som den dynamiska sidan vad gäller borgenärs- och omsättningsskydd.

Helt självklart är det visserligen att patentinstitutets stimulerande funktioner kommer att motverkas. Klart är att förutsättningarna att styra försvåras, varför eventuella konstruktiva effekter, precis som de destruktiva, kan betraktas som oavsedda. Det något paradoxala i sammanhanget är att det rättsrealistiska förhållningssättet ökar förutsättningar för oss att förstå varför denna form av patentteoretisk förvirring kan uppkomma, samtidigt som det normativa bidraget avseende patentteorin är det huvudsakliga skälet till den förvirring som råder i Norden. Även om vi kan

[339] Se bl.a. Peczenik, Aleksander: Vad är rätt s. 150 (1995).
[340] Jfr ovan i avsnitt 3.3.6.

finna motsvarande spänningsfält inom rättsvetenskapliga diskurser i andra länder, är den särskilt tillspetsad här i Norden beroende just på rättsrealismens vetenskapliga inflytande.[341]

3.5.4.2 Patentinstitutets rättfärdigande och dess rättspolitiska förankring

Ross förklarade att en äganderättsinspirerad objektsteori inom det immaterialrättsliga området också måste analyseras utifrån ett rättspolitiskt perspektiv.[342] Graver anlägger ett liknande perspektiv avseende kategoriseringar inom rätten. "Kategorisering er alltså snakk om systematikk, og valg av systematikk er spørsmål om bl.a. vane, ideologi og pedagogisk og estetisk sans."[343] Den ideologiska dimensionen avseende systematiseringen är ett uttryck för bejakandet av vissa värden och intressen. Ett äganderättsrelaterat förhållningssätt till patent, såsom en del av det förmögenhetsrättsliga systemet, är i enlighet härmed en strävan om erkännande av ett mer långtgående immaterialrättsligt skydd. Det mer subjektsbundna och konkurrensmässiga förhållningssättet skulle således vara ett rättspolitiskt ställningstagande för en mer begränsad strävan. Betraktat utifrån dikotomin kontroll och frihet är dock bilden inte så enkel att ett objektsbundet förhållningssätt till patentet skulle vara ett uttryck för strävan om mer kontroll, medan det konkurrensrelaterade skulle vara ett uttryck för en strävan om större utrymme för frihet. Snarare är det mer belysande att påstå att det egendomsrelaterade förhållningssättet är mer fokuserat på individuell kontroll och att det konkurrensrelaterade i större utsträckning lyfter fram den kollektiva dimensionen.

Ett realistiskt förhållningssätt där patentet analyseras i en konkurrensrelationell kontext inkluderar överväganden avseende funktionen av rätten. Vad som utgör patentet måste ses utifrån ageranden och förhållanden i den särskilda situationen. Om vi resonerar vidare enligt det realistiska förhållningssättet kommer vi alltså, paradoxalt nog, att nödgas inkludera ett objektsrelaterat förhållningssätt som innefattar samtliga av de tre egendomsdimensioner som ovan diskuterats.

Koktvedgaard beskriver de olika immaterialrättigheterna som discipliner "der skal kunne praktiseres ved domstolene".[344] Patentet skall kunna tillämpas också vid patentverken. Patentets innebörd i en konkret intrångssituation kommer därför att baseras på en "identitetsoplevelse hos

---

[341] Se bl.a. Dam, Kenneth W: The Economic Underpinnings of Patent Law s. 13 (1995).
[342] Ross synpunkter i detta avseende behandlas i avsnitt 5.3.
[343] Graver, Hans Petter: Kategorisering av rettsregler som legalstrategi s. 55 (1988).
[344] Koktvedgaard, Mogens: Immaterialretspositioner s. 97 (1965).

en eller flere sagkyndige iagttagere."[345] De sakkunniga iakttagarna vid domstolarna är i enlighet härmed nödgade att bedöma inte endast tekniken utan också parternas konkurrensmässiga relation till varandra.

När vi diskuterar konflikter relaterade till kontraktuella dispositioner innebär ett utvecklat realistiskt synsätt att vi måste ta hänsyn till aktörernas förhållningssätt till patentinstitutet i sig. Ett inom näringslivet utbrett beteende där man disponerar över tekniska uppfinningar, patenterbara uppfinningar och patent såsom förmögenhetsrättslig egendom innebär att domstolarna måste lösa konflikter avseende den dynamiska sakrätten. Det skapas således ett kontinuerligt tryck gentemot domstolarna till förmån för förändring eller befästande av tidigare intagna positioner. Ett realistiskt förhållningssätt visar därför vägen mot en kommunikativ förståelse av patentinstitutet.

3.6 Patentinstitutets funktioner i en omvandlande kunskapsprocess – avslutande reflektioner

En analys av samspelet mellan patenträttens innehåll och dess funktion påvisar att båda är resultatet av en kommunikation mellan olika aktörer där föreställningar om institutet kontinuerligt byts ut och överförs. Komplexiteten i denna process uppmärksammar vi redan när vi relaterar patentinstitutets ändamål till dess legitimitet bland dess avnämare och till rättfärdigandet inom den juridiska professionen. Jag skall i detta sista avsnitt närma mig denna komplexitet.

3.6.1 Patentinstitutet som kommunikativ process

Patentinstitutet befinner sig under kontinuerlig förändring inte endast vad gäller det patenterbara området, utan också vad gäller patentets mer rättsliga innebörd och institutets systematisering inom olika områden.

3.6.1.1 Dynamiken mellan den tekniska utvecklingen och uppfinningsbegreppet

Redan när vi diskuterar vad som utgör tekniska uppfinningar står det klart att vi befinner oss i en kommunikativ process. Den tekniska utvecklingen resulterar i en kontinuerlig förskjutning av det patenterbara området. T.o.m. de enskilda uppfinningarna kan regelmässigt ses som resultatet av en kommunikativ process. "Så ofta en uppfinning haft att genom-

[345] A.a. s. 146.

gå flera stadier på skilda tider för att mer och mer närma sig fulländningen, såsom fallet varit med de flesta, är det temligen onyttigt att spörja, hvem äran deraf förnämligast bör tillerkännas; ty alla stadierna hafva varit nödvändiga, och den, som sist dervid lagt hand, skulle ej lyckats i så hög grad som han gjort, om han saknat föregångare."[346] I dagens situation där vi diskuterar betydelsen av "patentmattor" inom olika teknikområden är det än mer uppenbart att förmågan att i den kommunikativa processen kontinuerligt finna tekniska tillämpningar och nya lösningar är av avgörande betydelse för företagen i deras strävan om konkurrenskraft.

Mer intressant för detta arbete är att patenträttens tillämpning inom nya teknikområden visar att den kommunikativa processen inte endast resulterar i en förändring av det patenterbara området, utan även av kraven vad gäller patenterbarhet i sig. Beviljandet av patent inom det bioteknologiska området har givit föreställningen om teknisk effekt en ny innebörd.[347] Motsvarande gäller beträffandet föreställningen om teknisk karaktär inom det informationsteknologiska området. Insikten att vi befinner oss i en kommunikativ process även här visar oss att samtliga kriterier vad gäller patenterbarhet befinner sig i rörelse. Kraven på uppfinningshöjd och nyhet förändras kontinuerligt. Det är t.o.m. så att kriterierna på patenterbarhet utifrån ett rent deskriptivt perspektiv aldrig är de samma i två situationer, då varje kontext i sig uppställer speciella krav. Väsentligt är dock att dessa skillnader som utifrån ett deskriptivt perspektiv alltid föreligger i ett utvecklingsperspektiv, resulterar i förändringsmönster som utnyttjas normativt i diskussionen om vad som utgör gällande rätt.

3.6.1.2 Dynamiken mellan patenträttigheten och patentteorierna

Jag menar således att även den patentteoretiska diskussionen såsom en kommunikativ process påverkar den konkreta patenträtten och dess tillämpning. I princip samtliga patentteoretiska förhållningssätt återspeglas i dagens patenträtt. Den teoretiska diskussionen är dock endast ett bland flera moment i den kommunikativa process som förändrar institutet. Såväl den dogmatiska diskussionen som den teoretiska kan även ses som ett led i en diskurs med institutets utnyttjare. Föreställningar om patentets funktion och innebörd bland dessa kommer kontinuerligt också att på-

[346] Lundell, J: Några anmärkningar om Uppfinningspatenter s. 65 (1852).
[347] Se vidare i avsnitt 5.3.

verka rätten.

I enlighet med ett rättsrealistiskt förhållningssätt finns det visserligen anledning att instämma i att själva existensen av immateriella objekt kan ifrågasättas. Det är samtidigt viktigt att inse att föreställningarna om desamma är en realitet. Patentinstitutets funktioner i olika ekonomiska kontraktuella och konkurrensrelaterade relationer har enligt min mening skapat en dogmatisk situation där vi är nödgade att anamma ett objektsrelaterat synsätt med åtminstone tre dimensioner. Intersubjektiva antaganden om förekomsten av immateriell egendom i olika avseenden innebär att vi måste förhålla oss till förekomsten av föreställningarna.[348] Bl.a. Strömholm understryker betydelsen av att ett objektsrelaterat förhållningssätt måste ta sin utgångspunkt i objektsbegreppets funktion i olika avseenden.[349] Jag menar därför att man inom rättstillämpningen kommer att behöva utveckla ett sakrättsligt förhållningssätt som innefattar den tekniska uppfinningen, den patenterbara uppfinningen och patentet såsom överlåtbar egendom. En disposition av den tekniska uppfinningen innefattar alla eventuella patenterbara uppfinningar avseende tekniken och alla de patentansökningar och patent som kan aktualiseras därmed. Redan ett ökat medvetande om den kommunikativa processens konsekvenser är ett viktigt steg för att minska förvirring och osäkerhet.

I samma anda menar jag att de objektsbundna förhållningssätten inte ens behöver vara konkurrerande med det subjektsbundna. Utifrån ett mer språkligt orienterat perspektiv förklarar Strömholm att "varje sats som beskriver ett rättsligt förfogande med avseende på ett visst objekt (kan) omskrivas till ett uttalande som avser en disposition över en viss rättsligt skyddad position".[350] Även Undén uppmärksammade betydelsen av det juridiska språket i detta avseende. "Man säger inte i juridiskt språk att ägaren till en fastighet har rättsligt monopol, fastän han är befogad att med andras uteslutande disponera över fastigheten. Men ifråga om immateriell förmögenhetsrätt, där ett yttre objekt inte drager uppmärksamheten till sig, fäster man i stället huvudvikten vid förbudet för andra att göra intrång i rätten."[351] Betraktar vi patentinstitutet som en kommunikativ process, där vi inkluderar inverkan av föreställningar bland institutets avnämare, blir det än mer tydligt att regler som avser skyddad position kan ligga till grund för kontraktuella objektsförfoganden mellan oli-

[348] Se 5.3.
[349] Strömholm, Stig. Det upphovsrättsliga verksbegreppet s. 137 (1970).
[350] A.a. s. 140.
[351] Undén, Östen. Översikt över den svenska patenträtten s. 12 (1915).

ka kontraktsparter. Dessa ställer i sin tur krav på ett objektsbundet förhållningssätt inom patenträtten. Även om jag instämmer med Levin och Koktvedgaard när de i sin lärobok förklarar att immaterialrättens gemensamma nämnare inte består i en "föremålslära", utan snarare består av en gemensam metod att bestämma ensamrättens innehåll och omfång, är det ändå så att just denna metod har resulterat i en föremålslära – eller snarare i flera föremålsläror.[352]

3.6.1.3 Äganderätten till kunskap – ett kommunikativt scenario

Den rättsrealistiska uppfattningen är att uppfinningar inte föreligger annat än som fysiska föremål, yttre handlingar och psykiska processer.[353] Som ovan framhållits instämmer jag dock med Strömholm när han konstaterar att även om det är korrekt att psykiska processer inte är tillgängliga för iakttagelse, kan de inte bortses ifrån.[354] Utifrån ett kommunikativt perspektiv är det uppenbart att kommunikationen av föreställningar om förekomsten av immateriell egendom rentav är själva grunden för dess existens. Redan Marx och Engels förklarade för oss att nya förändringar i produktions- och handelsförhållande resulterade i förändringar bland arterna av egendom.[355] I dag kan vi se inte endast hur uppfinningar inom nya teknikområden blir patenterbara, utan även hur patenterbarhetskriterier och t.o.m. patentidén i sig anpassas. Det är därför inte orealistiskt att vi på sikt kan komma att förhålla oss till äganderätten till kunskap. Därmed inte sagt att jag finner detta vara en önskvärd utveckling.

Strömholms påpekande att "varje sats som beskriver ett rättsligt förfogande med avseende på ett visst objekt (kan) omskrivas till ett uttalande som avser en disposition över en viss rättsligt skyddad position", kan inte appliceras med samma självklarhet i omvänd riktning.[356] Exempelvis skapar skyddet för företagshemligheter en skyddsposition, utan att vi för den skull betraktar det som egendomsrätt. På sikt är det dock fullt möjligt att så kommer ske. Redan i dag kan vi skönja tendenser i denna riktning, inte minst i sakrättsliga sammanhang. Ju mer företag kommer att betrakta hemligheter som tillgångar vilka de förfogar över kontraktuellt, desto

---

[352] Koktvedgaard och Levin: Lärobok i immaterialrätt s.s. 34–35 (5 uppl. 1997).

[353] Den realistiska synen hos Ross och Koktvedgaard kommer att närmare analyseras i avsnitt 5.3.

[354] Strömholm, Stig: Upphovsrättens verksbegrepp s. 68 (1970).

[355] Marx, Karl: Utdrag ur den tyska ideologin s. 129 i Människans frigörelse (1971, originalet från 1845–46).

[356] Strömholm, Stig. Det upphovsrättsliga verksbegreppet s. 140 (1970). Jfr även Sandgren, Claes: Patentlicenser s. 121 (1974).

större tryck skapas i förhållande till rätten. Utifrån ett systematiskt perspektiv förhåller vi oss dock i huvudsak till skyddet för företagshemligheter som moment i konkurrensrätten.[357]

Jag menar följaktligen att det föreligger en kommunikativ process där inställningen och strävan inom näringslivet kommer påverka det rättsliga synsättet på patentidén och föreställningen om rätten till kunskap. Dagens industripolitiska förhållningssätt tydliggörs av Ohlssons påpekande "(a)tt kunskap är en immateriell tillgång för ett företag är väl känt, men det har inte tillräckligt betonats att tillgången därmed är en av företaget icke-ägd resurs."[358] Med att den är icke-ägd menar Ohlsson således att den inte är kontrollerbar på motsvarande sätt som materiella tillgångar. Uttalandet kan på så vis ses som ett funktionellt förhållningssätt som påvisar att patentinstitutet överhuvudtaget inte betraktas som grunden för någon form av ägande till kunskap. Betraktat i sin industripolitiska kontext kan dock uttalandet snarare ses som ett led i en strävan om att kontrollförutsättningarna för det inhemska näringslivet bör öka. I en mer detaljerad studie av offentlig styrning av FoU-verksamhet diskuterar samme författare möjligheterna till att stimulera "ägandegörande av FoU-resultat".[359]

3.6.2 Patentinstitutets funktioner i dynamiken mellan legitimering och rättfärdigande

Patentinstitutet befinner sig således i en kontinuerlig rörelse såsom resultatet av det förändringstryck den industriella omvandlingen genererar. Förändringstrycket är i sig ideologiskt, eftersom förändringen av patentinstitutet är resultatet av hur aktörer inom den juridiska professionen uppfattar möjligheterna till kontroll över kunskap. Det är på så vis föreställningarna i näringslivet som skapar föreställningar inom den juridiska professionen. Relationen mellan rätten till och kontrollen över kunskap är dock avsevärt mer komplex till sin karaktär. Vad gäller patentinstitutet, som ett formellt fundament i denna multidimensionella interaktion av normer i olika konkurrensrelationer, kan man fråga sig vilka intressen och även vilka värden som institutet tillvaratar.

Utformningen av patentinstitutet bör följaktligen betraktas som ett moment i ett samhälleligt ansvarstagande för såväl kontroll över kunskap som kontroll över den industriella omvandlingen. Ett konkurrensrätts-

---

[357] Koktvedgaard, Mogens: Immaterialretspositioner s. 58 (1965).
[358] Ohlsson, Lennart. Sverige som innovativ industrimiljö, en idéskrift om framtiden s. 43 (1993).
[359] Ohlsson, Lennart & Vinell, Lars. Tillväxtens drivkrafter s. 148 (1987).

ligt förhållningssätt har av tradition större förutsättningar att skapa ett medvetande om detta ansvar.[360] Det civilrättsliga området präglas i större utsträckning av föreställningen om statsmaktens delaktighet i marknadsaktörernas självreglering, varför således ett objektsrelaterat förhållningssätt har ett ideologisk närmare samband med strävan om individuell frihet och kontroll. Visserligen baseras även det konkurrensrelationella och subjektsbundna förhållningssättet på en strävan om individuell kontroll.[361] Förenklat representerar dock dynamiken mellan ett objektsbundet och civilrättsligt synsätt i förhållande till ett subjektsbundet och konkurrensrättslig synsätt en värdemässig avvägning mellan individuell och kollektiv behärskelse som mycket väl kan vara fruktbar när det skapas ett medvetande därom.

Det ökande intresset i näringslivet avser i första hand institutets funktioner för individuell kontroll. Ett förändrat beteende i denna riktning inverkar på patentinstitutet, vilket i sin tur påverkar industrisamhällets rörelse. Ökat medvetande om patentinstitutets funktioner resulterar även i större medvetenhet om förändringar av den patenträttsliga regleringen i sig. Vi befinner oss således i en kommunikativ process där föreställningar om patentinstitutets innehåll och funktioner relateras till föreställningar om samhället i olika avseenden. Denna som jag menar ideologiska process kan därför också ses som ett uttryck för en större samhällsomvandlande process där det patenträttsliga uppvaknandets kollektiva sida på sikt kommer att ges större utrymme.

Teorier om samspelet mellan patentsystemet och den samhällsekonomiska utvecklingen präglas dock i detta skede av ett stort mått av osäkerhet. Machlups övergripande konklusion att den ekonomiska vetenskapen inte besitter tillräcklig kunskap för att avgöra om patentinstitut har en sammantaget positiv eller negativ inverkan på samhället, får fortfarande anses gällande. "The best we can do is to state assumptions and make guesses about the extent to which reality corresponds to these assumptions."[362] Jag menar också att huvuduppgiften i dag är att med utgångs-

---

[360] Jfr Azmi, Ida Madieha Abdul Ghani: Basis for the Recognition of Intellectual Property in Light of the Shari'ah s. 651 (1996).

[361] Vad gäller omvandlingen av immaterialrättigheterna i en riktning där man ser till kollektiva intressen är det svenska avtalslicenssystemet inom upphovsrätten mycket intressant. Historiskt finns det dock förslag på andra kollektiva styrsystem som i större utsträckning leder till tveksamhet. Italien presenterade år 1923 ett konventionsförslag, under inflytande av fascistiska strävanden, till Nationernas förbund 1923 angående vetenskaplig äganderätt. Se härom i Eberstein, Gösta: Om uppfinningar och upptäckter såsom föremål för rättsskydd NIR 1932 s. 11.

punkt i ett dynamiskt förhållningssätt uppställa antaganden om patentinstitutets funktioner i en kommunikativ kontext.

Det centrala för detta arbete är följaktligen att skapa förståelse för patentinstitutets faktiska och möjliga funktioner som kunskapsbärande moment i en övergripande kunskapsproduktionsfunktion, samtidigt som det utgör ett ingripande styrmedel i relationer inom ramen för vad som ovan skisserats som teknostrukturen. Vi står här inför vad som beskrivits "a failure to understand complex systematic effects of regulatory interventions".[363] Då måste vi också förstå interaktionen mellan olika kunskapsprocesser och kunskapsföreställningar. Vi måste därför bl.a. skilja mellan föreställningar om vad företag anser om patentinstitutet och om dess funktioner, i förhållande till de föreställningar som skapar patentinstitutet.[364] Utifrån ett övergripande ideologiskt perspektiv måste vi även se dessa föreställningar som grunden för patentinstitutets ändamål, legitimitet och rättfärdigande.

Analysen av patentinstitutet som kommunikativ process spänner över ett teoretiskt brett spektra. Det är frågan om såväl analyser om vad som anses utgöra patenträttens innehåll som empiriskt konsekvensbaserade analyser. Särskilt relevant i sammanhanget är också att analysera och utveckla teorier om patentinstitutets interaktion med samhällets omvandling. Min konklusion är att ett metodologiskt angreppssätt avseende patentinstitutets funktioner ställer krav på att vi förhåller oss till teorier om vad som utgör rätt, till teorier om samspelet mellan rätten och andra normsystem, samt till teorier om normer etc. i samhället generellt. Ett viktigt första steg för att få förståelse för funktionerna i dessa avseenden är insikten om komplexiteten i sig.[365]

---

[362] Machlup, Fritz: An Economic Review of the Patent System s.s. 79–80 (1958).
[363] Sunstein, Cass R: After the Rights Revolution s. 91 (1990).
[364] Se exempelvis Merges, Robert P; Uncertainty and the Standard of Patentability s. 5 (1992).
[365] Jfr Sandgren, Claes. Kunskapssamhället och rättssystemet s. 63 (1995).

Kapitel 4

Rättssystemens ideologiska interaktion med kunskapsevolutionen

"(T)he feeling of meaninglessness is closely bound up with the feeling of not being able to understand ones own situation of life and the forces determining it. It makes no difference whether it is a question of legal, technological, or economic factors, they are all powerful forces outside yourself which often determine the results of your actions much more than you do yourself." (Dalberg-Larsen, Jørgen. On the evolution of law and the importance of unintended consequences s. 58.)

4.1 Analys av rättens strukturella funktioner i ljuset av teorier om industriell omvandling

Redan föreställningen om kunskapssamhällets framväxt är i sig ett uttryck för att värdet om kontroll över kunskap har fått en alltmer framträdande betydelse. Patentet, såsom föreställningar om egendomsrätt till tekniska idéer, kommer i relation till ägande över land, anläggningar och varor att få en alltmer framträdande position. Patentinstitutets funktion har också en samhällsomvandlande dimension. Denna måste förstås och förklaras utifrån en strukturell analys av de samhällsomvandlande drivkrafterna. Det är inte tillfyllest att analysera konceptet om kontroll över kunskap utifrån teorier om rätten i sig. Frågan måste inkorporeras i ett större samhällsteoretiskt perspektiv.

En central slutsats i tredje kapitlet var att vi för att förstå patentinstitutets funktioner måste ha mer ingående förståelse för de processer som omvandlar näringslivet. Jag konstaterade att patentinstitutets funktioner måste ses som en ideologisk process där föreställningar om patentinstitutet verkar tillsammans med andra ideologier. Vi måste följaktligen inhämta kunskap om de förhärskande ideologierna i det kunskapsorienterade samhället för att först därefter bilda oss en uppfattning om patent-

institutets funktioner. Ambitionen blir därmed att förklara patentinstitutets funktioner utifrån begreppsparet ideologi och evolution.

4.1.1 Evolution och ideologi

Det ökade intresset för betydelsen av institutioner inom ekonomisk teori har resulterat i att det anses allt viktigare att anlägga ett mer övergripande och strukturellt perspektiv där ekonomisk utveckling betraktas som en normstyrd process.[1] "Evolution in those institutional structures will provoke evolution in economic routines. An institutionally based account of diversity in advanced industrial countries therefore needs some approach to the question of origins and evolution of institutions."[2] Detta mer dynamiska förhållningssätt inom ekonomisk teori innebär att man åter alltmer konfronteras med grundläggande frågor om vilka faktorer som genererar ekonomisk omvandling.[3] Teorier av ekonomer som Marx, Veblen, Schumpeter, vilka bl.a. strävade efter att förklara hur ny teknik och institutioner verkade som övergripande drivkrafter, blir återigen av stort intresse.

Kunskap om möjligheterna att kontrollera kunskap kan, som ovan beskrivits, betraktas som ett väsentligt kreativt moment i en övergripande kunskapsproduktion.[4] Patentinstitutets funktioner i innovationsverksamhet, där det påverkar föreställningar hos de medverkande aktörerna, innefattas i denna samhällsomvandlande kunskapsproduktion. Ett centralt antagande är att kunskapsproduktionen baseras på en kommunikativ process där olika föreställningar avseende innovationsverksamhet och även avseende rättslig kontroll över densamma utväxlas i interaktionen mellan olika subjekt. Analysen kommer därför att fokusera på den kommunikativa process där föreställningar om patentinstitutet påverkar kontrollen över innovationsverksamhet.[5] Själva kontrollen kommer att be-

---

1 Jfr ovan i avsnitt 2.3. Detta intresse återspeglas också i rättsvetenskapen, se exempelvis Daintith, Terence & Teubner, Gunther: Sociological Jurisprudence and Legal Economics – Risks and Rewards s. 6 (1986).

2 Zysman, John: Institutions and Economic Development s. 425 (1996).

3 Jag menar att denna utveckling innebär att de ekonomiska och juridiska rationalitetsuppfattningarna närmar sig varandra. Beträffande skillnaderna se bl.a. Andersen, Peder & Dalberg-Larsen: Lidt om øknomisk og juridisk rationalitetsopfattelse s.s 111–123 (1989).

4 Se ovan i avsnitt 2.5.

5 I enlighet med vad som sagts i avsnitt 1.2 kan kontroll betraktas som olika begrepp. Kontroll används omväxlande som begrepp för en position, ett beteende och ett värde. Några klara distinktioner låter emellertid sig inte göras. Jag menar nämligen att de olika begreppen måste förstås som moment i ett gemensamt koncept.

handlas utifrån det teoretiska konceptet om *"corporate governance"*, vilket på en övergripande nivå "is concerned with the relationship between the internal governance mechanism of corporations, and society's conception for the scope of corporate accountability."[6]

I enlighet med gängse begreppsbildning kan de kommunikativa processer som innefattar rättsliga och även samhällsvetenskapliga föreställningar betecknas som ideologiska, medan de föreställningar som överförs utgör ideologier. Alla ideologier är "imaginära" till sin karaktär i den meningen att vi saknar kontroll över dynamiken mellan ideologiernas omvandling och de reella existensbetingelsernas förändring.[7] Samspelet mellan ideologi och evolution är på så vis ideologiskapande och kommer att återverka i de kognitiva processerna. Den övergripande frågan om kollektiv kontroll över evolutionen är härmed också en fråga om kontroll över en ideologisk kunskapsprocess.[8]

Metodologiskt är det i huvudsak frågan om en *kunskapssociologisk analys* av hur rätten som en ideologisk process verkar i förhållande till andra kunskapsprocesser.[9] Det kunskapssociologiska angreppssättet blir härigenom flerhövdat i och med att det är rättens funktion för kontroll över kunskapsproduktionen som är föremål för studien.

4.1.2 Kunskapssociologiska utgångspunkter för kapitlets uppläggning

I avsnitt 4.2 kommer jag att analysera samhällets ekonomiska omvandling som kunskapsprocesser. En viktig teoretisk utgångspunkt är Marx teori om den historiska materialismen. Särskilt intressant för detta arbete är dess inverkan på å ena sidan Marcuses och Habermas samhällsteorier om senkapitalismen och å andra sidan de inom nationalekonomin mer institutionellt orienterade teorierna, vilka utvecklats av Schumpeter, Hayek och North. Även om Schumpeter och Hayek aktivt ifrågasatt den materialistiska teorin är det ändock påtagligt att den haft stort inflytande

---

[6] Deakin, Simon & Hughes, Alan: Comperative Corporate Governance: An Interdisciplinary Agenda s. 1 (1997).

[7] En redogörelse om olika ideologibegrepp bl.a. utifrån huruvida ideologier är falska återspeglingar av verkligheten eller ej finner vi i Bruun, Niklas: Kollektivavtal och rättsideologi s.s. 30–34 (1979).

[8] Beträffande det evolutionsbegrepp som vuxit fram inom den sociologiskt orienterade rättsteorin se Teubner, Günther: Refleksiv ret s. 42 (1988, originalet från 1982).

[9] Om begreppet kunskapssociologi se Rigné. E, M: Kunskaps- och vetenskapssociologi s. 177 (1993). Jfr Elzinga, Aant & Jamison, Andrew: Forskningssociologi s. 145 (1984). Jfr även Wiethölter, Rudolf: Social Science in Economic Law s. 53 (1986).

på deras teorier. För Habermas anses den materialistiska teorin varit direkt avgörande då denne utvecklat sin teori om kommunikativt handlande.[10] Habermas har dock efterhand alltmer tagit avstånd från att beskriva samhället utifrån metaforen bas och överbyggnad.[11] Jag menar att metaforen är en viktig utgångspunkt när vi skall analysera teknikutvecklingens och innovationsverksamhetens betydelse som produktivkraft.

En analys av rätten i ett övergripande samhällsteoretiskt perspektiv påvisar att den rättsteoretiska forskningsmetoden, som Peczenik uttrycker det, inte är "juridisk i ordets vanliga betydelse, utan artegen och besläktad med filosofin."[12] I detta arbete är det kunskapssociologiska inslaget särskilt framträdande. Analysens kunskapssociologiska karaktär återspeglas också i kapitlets huvudsyfte att, med utgångspunkt i teorier om samhällsomvandlande kunskapsprocesser, söka förklara rättens strukturella betydelse för samhällsomvandlingen och kontrollen över densamma.[13] En analys av rättens funktioner för kontroll över kunskap och kunskapsprocesser förutsätter således insikt om kunskapsproduktionen i sig.[14] Det är inte så mycket en fråga om att förstå företagens "corporate governance structure" som att förstå samhällets "governance structures", där företaget i sig är ett moment. I dessa "governance structures", eller kontrollstrukturer som de hädanefter kommer att kallas, verkar rätten i symbios med teorier, metoder, strategier, moral o.s.v. Följaktligen måste en teori om rätten, såsom föreställningar vilka påverkar förutsättningarna till kontroll över kunskapsproduktionen, integreras med en teori om samhället i sig.[15]

Det kunskapssociologiska förhållningssättet har alltså flera dimensioner. Detta sammanhänger bl.a. med antagandet om att inte endast teknikutveckling och innovationsverksamhet, utan även kontrollen över desamma bör betraktas som kommunikativa kunskapsprocesser. Den kommunikativa processen är påtaglig även på ett övergripande plan där föreställningar förflyttas mellan ändamål, legitimering och rättfärdigande. Det gäller därför att skapa förståelse för de kunskapssociologiska proces-

---

[10] Habermas, Jürgen: Communication and the Evolution of Society s. 95 (1979, originalet från 1976).

[11] Jfr Rockmore, Tom: Habermas on historical materialism s. vii (1989).

[12] Peczenik, Alexander: Vad är rätt? s. 379 (1995).

[13] Jag menar också detta vara ett viktigt konstruktivt moment i en ideologikritisk analys. Jfr Trubek, David: Critical Legel Studies and Empiricism s.s. 90–91 (1986).

[14] Beträffande begreppet kunskapsproduktionsfunktion se avsnitt 2.5.

[15] Jfr bl.a. Teubner, Gunther: After Legal Instrumentalism? – Strategic Models of Post-Regulatory Law s.s. 299–303 (1986). Dalberg-Larsen: Jørgen: Lovene & Livet – En retssociologisk grundbog s.s. 50–54 (1990). Hydén, Håkan: Rättssociologiens relevans ved behandlingen af formueretlige spørgsmål s.s. 125–128 (1989).

serna i olika dimensioner. Bilden problematiseras av att rättsvetenskapen och dess teorier precis som andra teorier, verkar ideologiskt och härigenom också utgör moment i själva kunskapsprocesserna.

Det är i detta sammanhang som det ökade intresset för patentinstitutet inom ekonomisk teori blir särskilt intressant. De föreställningar som är förhärskande inom ekonomisk teori och politik har för närvarande en ideologisk särställning. Dessa för "kunskapssamhället" framträdande föreställningar, som jag valt att samla under beteckningen "konkurrenskraftsideologin", har visserligen sitt ursprung i det tidiga industrisamhällets teoribildning och politiska förhållningssätt. Implikationerna på nationalstatsnivå har dock blivit så mycket tydligare i det kunskapsfokuserade samhället, varför vi t.o.m. kan tala om ett teknonationalistiskt förhållningssätt. Insikten om vad såsom myter utgör de bärande momenten i denna för samhället förhärskande ideologi är nödvändig för att vi skall förstå drivkraften i det kunskapsbaserade samhällets reproduktion och omvandling. Ambitionen i avsnitt 4.3 är därför att i en utveckling av analysen i arbetets andra kapitel beskriva framväxten av konkurrenskraftsideologin och det just med utgångspunkt i dynamiken mellan konkurrens- och handelsteori.

De två angreppsätten i 4.2 respektive 4.3 knyts samman i avsnitt 4.4 som är kapitlets huvudavsnitt. Ambitionen i avsnittet är att utveckla en teori om rättens funktioner utifrån insikten om hur samhällen, företag och individer verkar som strukturer eftersträvande kontroll över kunskap och kunskapsprocesser. Jag kommer att närma mig sambandet mellan ideologi och evolution utifrån dynamiken mellan å ena sidan idé- och kunskapssystem och å andra sidan olika kontrollstrukturers ageranden inom handlingssystem.[16]

Den i avsnitt 4.4 utvecklade teorin kommer att appliceras på patentinstitut i 4.5. Jag kommer i avsnittet att analysera hur patentinstitutet påverkar olika kontrollstrukturer strukturellt såväl som strategiskt. I det avslutande avsnittet 4.6 kommer jag mer sammanfattande att problematisera den kommunikativa teorin om rätten som idé- och handlingssystem.

---

[16] Viktiga inspirationskällor för denna analys är Håkan Hydéns, Jørgen Dalberg-Larsens, Torstein Eckhoffs, Hans Petter Gravers m.fl. strävanden efter att utveckla en teori som analyserar förhållandet mellan rätt och samhälle. Hydén lyfter också fram dynamiken mellan rätten som ideologi respektive som handlingsinstrument och relaterar denna till det socio-ekonomiska systemet. Se bl.a. Hydén, Håkan: Rätten som strategi s. 34 (1982). Liknande förhållningssätt finner vi även hos Jørgen Dalberg-Larsen. Se bl.a Retsstaten, velfærdsstaten – og hvad så? s.21 (1984). Jfr även Graver, Hans Petter: Normative systemer – skisse til en oppløsning av retsbegrepet s. 53 och s.s 60–63 (1989).

4.2 Teknologisk maktutövning och samhällsevolution

Enligt den förhärskande uppfattningen besitter innovationsverksamhet en särposition i den samhälleliga omvandlingen. Begreppet innovationsverksamhet representerar den tekniska utvecklingens kommersiella omsättning.[17] Ur ett strukturellt samhälleligt perspektiv framstår således den tekniska utvecklingen som en fundamental förutsättning för samhällelig omvandling och utveckling.

4.2.1 Kunskapsproduktion som samhällets bas

En samhällsteori relaterad till kunskapsproduktion som drivkraft kommer ofrånkomligen att brottas med problem inom det ur ett filosofiskt perspektiv klassiska spänningsförhållandet mellan materialism och idealism, vilket ställt på sin spets avser frågan om verkligheten är av materiell eller andlig natur.[18]

4.2.1.1 Materialismen och produktivkrafterna

Antagandet om den tekniska utvecklingen som den främsta kraften för samhällets omvandling anknyter till det av Karl Marx närmast teknikdeterministiska uttalandet att "handkvarnen ger upphov till feodalsamhället, ångkvarnen till det kapitalistiska samhället".[19] I ljuset av Marx övriga arbeten kan man dock inte beteckna honom som teknikdeterminist. I hans så centrala materialistiska teori är det istället det sociala produktionssättet och inte tekniken som är den väsentliga faktorn inte bara för kontrollen över samhället utan också för dess omvandling.[20] Ett av Marx viktigare ställningstaganden var just att han vände sig mot antagandet att det var teorier och idéer som var den främsta drivkraften för samhällets utveckling. Enligt den materialistiska teorin är det istället förändringar i produktion och utbud etc. som genererar samhällsförändring. De mate-

---

[17] Se exempelvis Jorde, Thomas & Teece, David: Innovation and Cooperation: Implication for Competition and Antitrust s. 76 (1990).

[18] Jfr Månson, Per: Från Marx till marxism – en studie av Karl Marx och marxismens framväxt s. 365 (1987).

[19] Marx, Karl: Filosofins elände I:6, s. 179 (s. 141) (1949, originalet från 1847).

[20] A.a. s. 142.

riella förhållanden som emanerar ur dessa produktionsförutsättningar sätter sedan gränser för vilken betydelse idéer kan ha.[21]

Enligt Marx är basen i samhället summan av de produktionsförhållanden som bildar samhällets ekonomiska struktur. Utifrån denna bas reser sig en politisk och juridisk överbyggnad, vilken motsvaras av det i samhället samlade medvetandet, dvs. dess ideologi.[22] Kunskap och idéer som moment i överbyggnaden är i enlighet härmed en social produkt av den styrande klassens kunskapsintressen.[23] Den marxistiska uppfattningen att den hegemoniska makten kontrollerar kunskapsproduktionen manifesteras i ställningstagandet att "det är inte människornas medvetande som bestämmer deras vara utan tvärtom är det deras samhälleliga varande som bestämmer deras medvetande".[24]

Marx materialistiska teori framstår idag som mindre övertygande. I takt med samhällets omvandling mot ett kunskapsorienterat samhälle har det blivit alltmer uppenbart att han underskattat inverkan av kunskap som produktionsmedel i sig. Den industriella varuproduktionen är endast en av innovationsverksamhetens materiella uttrycksformer. Tydliggörandet av kunskapsproduktionens inverkan är relaterat till industrisamhällets omvandling. Habermas förklarar omvandlingen som "teknikens förvetenskapligande". Denna utgör resultatet av att "vetenskap, teknik och ekonomisk exploatering vuxit samman till ett enda system".[25] Samhällets förändring gjorde teknik och vetenskap till den främsta produktivkraften. Marx arbetsvärdeteori förlorade därmed sin aktualitet. Herbert Marcuse, som utvecklat Marx teorier i flera avseenden, understryker dock att Marx förutsåg att den industriella automationen skulle komma att medföra att teorin om arbetets mervärde successivt förlorade sitt förklaringsvärde.[26] Vad gäller den materialistiska teorin är det dock

---

[21] Marx, Karl: Kapitalet – Kritik av den politiska ekonomin, första boken s.s. 328–335 (1974, originalet från 1867). Jfr Marx, Karl: Kapitalet – Kritik av den politiska ekonomin, tredje boken s.s. 92–93 (1973, originalet från 1894 utgiven av Engels). Jfr även Engels: Herr Eugen Dührings omvälvning av vetenskap s. 367. (1976, en översättning av 3e upplagan från 1891).

[22] Marx, Karl: Till kritiken av den politiska ekonomin, förordet s. 9 (1970, originalet från 1859).

[23] Marx, Karl: Grunddragen i kritiken av den politiska ekonomin s. 191 (1971, originalet från 1857/58)

[24] Marx, Karl. Till kritiken av den politiska ekonomin s. 9 (1970, originalet från 1859).

[25] Habermas, Jürgen. Teknik och vetenskap som ideologi s. 85 (1984, originalet från 1968).

[26] Marcuse, Herbert: Den endimensionella människan s. 49 (1969, originalet från 1964).

möjligt att en fokusering på kunskap som produktivkraft kan, om inte förstärka, så i vart fall bevara dess förklaringsvärde.

4.2.1.2 Kunskapsproduktion som såväl bas som överbyggnad

Marcuse ger tekniken en mer central plats i förhållande till den mer traditionella materialistiska teorin. Han analyserar det tekniska förnuftet både som produktivkraft och som ett väsentligt moment i överbyggnaden.[27] Det tekniska förnuftet i sig självt är enligt Marcuse en ideologi vilken baseras på tanken om tekniken som beräknad maktutövning över natur och människor. "Vetenskaplig-teknisk rationalitet är sammanvävda i de nya formerna av social kontroll."[28] Även Habermas studerar tekniken utifrån dess dubbelfunktion som produktivkraft och ideologi.[29] Dubbelfunktionen, som verkar självreproducerande inom industrisamhället, kräver enligt Habermas "en kontinuerligt utvidgad teknisk kontroll över naturen och en ständigt förfinad socialorganisatorisk förvaltning av människor och deras inbördes relationer."[30] Habermas betraktar således den självreproducerande processen som ett kretslopp där vetenskap, teknik, industri och förvaltning sluter sig samman.[31]

Jag menar att denna självreproducerande process som Habermas beskriver kan förklaras som en samhällsövergripande kunskapsproduktionsfunktion, innefattande de tre momenten utvinnande, omsättande och kontrollerande av kunskap. I det ökande ömsesidiga beroendet mellan vetenskap och marknad – den kanske mest framträdande utvecklingstendensen från slutet av 1800-talet – framstår kunskapens utvinnande och omsättning allt tydligare såsom marknadsekonomins underliggande drivkraft. I och med det informationstekniska genombrottet blir det än tydligare att kontrollen över kunskapsprocesserna i sig är den viktigaste produktivkraften, vilket bl.a. sammanhänger med framväxten av teknik- och kunskapsmarknader. Industrisamhällets maktfokus har också förskjutits från industriellt produktionsinriktad verksamhet till mer kunskapsinriktad verksamhet där tillgängliggörande av kunskap som sådan tillerkänns kommersiella värden och är föremål för handel.

---

[27] Jfr även Horkheimer: Notes on science and the crises s. 3 (1995, originalet från 1972).

[28] Marcuse, Herbert: Den endimensionella människan s. 141 (1969, originalet från 1964).

[29] Habermas, Jürgen. Teknik och vetenskap som "ideologi" s. 71 (1984, originalet från 1968).

[30] Habermas, Jürgen. Kommunikativt handlande, texter om språk, rationalitet och samhälle s. 374 (1988).

[31] A.a. Jfr även Habermas, Jürgen: Communication and the Evolution of Society s. 138 (1979, originalet från 1976).

Numer finns det således anledning att modifiera det marxistiska antagandet om reproduktionen av industrisamhället utifrån metaforen om relationen mellan bas och överbyggnad.[32] Vi kan enligt min mening konkludera att kunskapsproduktion alltid varit relevant såväl som samhällets bas som dess överbyggnad; samtidigt har dock basen stegvis omvandlats utifrån återverkningarna från överbyggnaden mot ett alltmer kunskapscentrerat stadium.[33] Jag menar således att ett upprätthållande av skillnaden mellan bas och överbyggnad alltjämt har stort förklaringsvärde. Vi måste dock skilja mellan funktionen av kunskapsproduktionen inom basen respektive inom överbyggnaden.[34]

Med ledning av Liedmans indelning i materiell, administrativ och ideologisk användning av kunskap kan man enligt min mening skapa en bild av hur kunskapsproduktionen verkar i dynamiken mellan bas och överbyggnad.[35] Indelningen tar nämligen sikte på funktionen av kunskap och inte kunskapen i sig. Det är följaktligen fullt möjligt att en viss kunskap har olika användning. Materiell användning föreligger då kunskapen resulterar i nya innovationer.[36] Användningen är administrativ när den omsätts i politiska, juridiska och administrativa processer. En ideologisk användning föreligger slutligen när kunskap medför att föreställningar och attityder hos människor påverkas.[37] Med en mindre revidering av Liedmans teori menar jag att man kan förklara inverkan av den tekniska utvecklingen som en materiell kunskapsprocess, medan överbyggnadens reproduktion sker genom en ideologisk kunskapsprocess. De administrativa kunskapsprocesserna representerar kontrollprocesserna inom företagande, förvaltning etc.

4.2.1.3 Kontroll över innovationsverksamhet

I enlighet med en modifierad materialistisk teori kan vi mer tillspetsat hävda att kontrollen över de materiella kunskapsprocesserna utgör basen såväl för industrisamhället som för kunskapssamhället.[38] Den materiella kunskapsprocessen innefattar de mänskliga interaktioner där ny teknik

---

[32] Jfr a.a.

[33] Jfr Habermas, Jürgen. Kommunikativt handlande, texter om språk, rationalitet och samhälle s. 374 (1988).

[34] Jfr Dalberg-Larsen, Jørgen: Retsstaten, velfærdsstaten – og hvad så? s. 85 (1984).

[35] Liedman, Sven-Eric & Olausson, Lennart: Ideologi och Institution. s. 13 (1988).

[36] Valet av beteckningen materiell kan lösryckt ur sin kontext skapa en viss förvirring med tanke på att allt forskningsresultat är av immateriell karaktär.

[37] Liedman, Sven-Eric & Olausson, Lennart: Ideologi och Institution. s. 13 (1988).

[38] Jag kommer förklara förhållandet mellan de tre kunskapsprocesserna i avsnitt 4.4.1.5.

och kommersiellt omsättningsbar kunskap skapas. Begreppsmässigt kan de materiella kunskapsprocesserna i huvudsak jämställas med vad som ovan benämnts innovationsprocesser. Själva innovationen kan härigenom betraktas som en materialisering av den tekniska kunskapen.

Inom nationalekonomin är det i första hand den österrikiska skolan, med Schumpeter och Hayek i centrum, som utvecklat idéer om kunskapsprocesser som den främsta drivkraften för såväl företagets som industrisamhällets omvandling.[39] Schumpeters teori förklarar hur samhällsomvandlande kunskapsprocesser genereras av innovationer, vilka sedan imiteras, anpassas och utvecklas, ständigt skapande nya innovationer.[40] Hayek betraktar i samma anda marknadens funktion som ett instrument för att samla in kunskap och omsätta densamma i så många olika sammanhang som möjligt.[41] Han fokuserar visserligen inte på innovationsverksamhet i samma utsträckning som Schumpeter, utan lyfter istället fram konkurrens som urvalsfaktor för kunskapsspridning och tillämpning.[42] Såväl Schumpeters som Hayeks analys mynnar dock ut i antagandet att kunskap inte endast är en produktivkraft tillsammans med andra faktorer, utan sett som processer utgör basen för det ekonomiska systemet i sin helhet.[43]

Utvecklar vi antagandet om att omvandlingen av det industriella samhället sker medelst innovationsverksamhet i konkurrens mellan olika aktörer kan vi konkludera att varken företaget eller det industriella samhället generellt kan upphöra att sträva efter framgångsrik innovationsverksamhet. Resultatet av förnöjsamhet är detsamma som utslagning till följd av annans innovationsverksamhet. Att omvandlingstakten dessutom är kontinuerligt ökande och att marknadsekonomin internationaliseras i allt högre grad, medför ökade krav på kreativitet inom nationalstaternas inhemska näringsliv. Annars riskerar de att bli offer för omvandlingens baksida, dvs. utslagningen.[44]

Den materiella kunskapsprocessens funktion såsom grund för kontinuerlig förnyelse av produktivkrafterna förefaller dessutom resultera i

---

[39] Jfr ovan i avsnitt 2.2. Även andra teoretiska bidrag, bl.a. inom den tidiga institutionella teorin har varit betydelsefull för denna utveckling. Se exempelvis Veblen, Thorstein: The Theory of the Leisure Class s. 131 (1970, originalet från 1899).

[40] Schumpeter, Joseph. Business Cycles s. 100 (1939).

[41] Hayek, Freidrich. Use of Knowledge in Society s. 214 (1945).

[42] Hayek, Friedrich. Frihetens grundvalar s. 35 (1983, originalet från 1959).

[43] Både Hayek och Schumpeter är påtagligt påverkade av Marx analys av det ekonomiska systemets drivkrafter.

[44] Jfr Galbraiths ställningstagande om det tekniska imperativet i Den nya industristaten s.s. 19–28 (1969).

marknadsteknologiska paradigmskiften där hela det industrialiserade samhället går in i nya faser. Tydligast i dag är det informationsteknologiska genombrottet där industrisamhället stegvis övergår till ett kunskapssamhälle. North beskriver denna övergång som en ekonomisk revolution, "a revolution which we are still attempting to assimilate. That revolution is the wedding of science and technology, which is the underlying determant of modern productivity. It is a revolution because it is a fundamental change in the stock (and flow) of knowledge which entails an equally fundamental change in the organization of human beings and the structure of societies."[45]

North analys lär oss, i likhet med en modifierad materialistisk teori, att den materiella kunskapsprocessens verkningar inom det ekonomiska handlingssystemet, eller om man så vill den ekonomiska strukturen, är bestämmande "i sista instans". I likhet med de marxistiska tankarna om överbyggnadens reproducerande funktion menar North vidare att realiserandet av den vetenskapliga och tekniska kunskapen är beroende av "restructuring of economic, social and political institutions and organizations".[46]

4.2.2 Kunskapsproduktionens ideologiska kontext

Konklusionen utifrån en modifierad materialistisk teori är således att de materiella kunskapsprocesserna har resulterat och fortfarande resulterar i en förskjutning i basen. I enlighet med Althussers beskrivning av bas/överbyggnad såsom en byggnadsmetafor kan vi konstatera att byggnaden i sig kontinuerligt förändras.[47] Vi bör därför ställa oss frågan hur basen i denna föränderliga form interagerar med överbyggnaden där rätten utgör ett organisatoriskt och även ett ideologiskt moment.

4.2.2.1 Överbyggnad i omvandling

Överbyggnaden består enligt Marx av två nivåer: den juridiskt/politiska och den ideologiska. Den juridiskt/politiska nivån kommer till uttryck i statsmakten och rätten, medan den ideologiska nivån manifesteras i samhällets samlade medvetande innefattande olika religiösa, moraliska, juridiska och politiska ideologier.[48] Nivåerna i överbyggnaden är samman-

---

[45] North, Douglass C. Institutions, Organizations and Market Competition s. 5 (1996).

[46] A.a.

[47] Althusser, Louis. Ideologi och ideologiska statsaparater s. 114 (1976).

[48] Marx, Karl. Till kritiken av den politiska ekonomin, förordet s.s. 7–10 (1970, originalet från 1859). Jfr Marx-Engels: Die deutsche Ideologie i Marx, Människans frigörelse s. 131 (1970, originalet från 1845).

länkande och statsmakten besitter såsom det repressiva inslaget i överbyggnaden den främsta ideologiska makten, vilket i enlighet med Engels tankegångar kommer till uttryck i statsmaktens uppgift att försvara förhärskande intressen mot såväl inre som yttre angrepp.[49]

Interaktionen mellan de olika nivåerna förtydligas av Althusser som skiljer mellan statsmakt och statsapparat. Althusser betraktar statsapparaten som både det repressiva och det ideologiska medlet för statsmakten. Statsapparaterna innefattar enligt Althusser en offentlig och en privat sfär.[50] De ideologiska statsapparaterna som religion, kultur, politik, skola osv. förekommer i båda dessa sfärer.[51] Althusser öppnar genom sin vidareutveckling vägen för en mer komplex syn på statsmakten som kontrollerande moment i samhällets superstruktur. Ett huvudtema för Althusser är att påvisa hur makten över de ideologiska statsapparaterna är minst lika väsentlig som den repressiva makten.[52] Statsmakten såsom en struktur, integrerad i både den privata och offentliga sfären, strävar efter att kontrollera såväl den ideologiska statsapparaten som den repressiva.

Denna traditionellt marxistiska uppfattning om interaktionen mellan makt och kunskap baseras således på idén att varje härskande klass i ett samhälle utvecklar en ideologi, vilken genom den hegemoniska makten överförs till samhället generellt. På så vis tillgodoser den förhärskande ideologin den hegemoniska maktens intressen. I relationen mellan bas och överbyggnad ligger det således nära till hands att tolka den materialistiska teorin så att basen är uteslutande bestämmande över överbyggnaden.[53] Engels uppmärksammar problemet med att lägga alltför stor vikt vid kontrollen över de ekonomiska produktivkrafterna.[54] "Den ekonomiska situationen utgör grundvalen, men överbyggnadens olika beståndsdelar – klasskampens politiska uttryck och deras konsekvenser – de författningar, som efter en politisk drabbning upprättats av den segrande klassen, de juridiska formerna, ja till och med de sätt på vilket dessa politiska sammanstötningar avspeglats i kombattanternas tankesätt; politiska, juridiska och filosofiska tankegångar, religiösa föreställningar och de-

---

[49] Engels, Friedrich. Ludwig Feuerbach den klassiska tyska filosofins slut s. 68 (1929, originalet från 1888).

[50] Althusser, Louis. Ideologi och ideologiska statsaparater s.s. 120–121 (1976).

[51] A.a. s. 121.

[52] A.a s. 122.

[53] Jfr Cain, Maureen & Hunt, Alan: Marx and Engels on Law s. 49 (1979).

[54] De ekonomiska produktivkrafterna är enligt Engels bestämmande "in the last instance" eller "in the final analysis". Jfr Cain, Maureen & Hunt, Alan: Marx and Engels on Law s. 50 (1979).

ras sätt att vidareutvecklas till dogmatiska system – allt detta påverkar också historien och får ofta en avgörande betydelse för den historiska kraftmätningens yttre gestaltningar."[55]

Med utgångspunkt i överbyggnaden menar Althusser att reproduktionen av samhället, dvs. förnyelsen av produktionsförhållandena, säkras av den juridiskt/politiska och ideologiska överbyggnaden.[56] Enligt Althusser har överbyggnaden en relativ autonomi i förhållande till basen. Habermas går längre och menar att någon autonomi inte kan upprätthållas.[57] "Självreproduktionens lagar kräver av ett industriellt utvecklat samhälle att det sörjer för sin fortlevnad genom en ständigt utvidgad teknisk kontroll över naturen och en ständigt förfinad socialorganisatorisk förvaltning av människor och deras inbördes relationer. I detta system sluter sig vetenskap, teknik, industri och förvaltning samman till ett kretslopp, inom vilket förhållandet mellan teori och praxis nu endast kan göra sig gällande som ändamålsrationell tillämpning av erfarenhetsvetenskapligt beprövade tekniker."[58]

Jag delar Habermas uppfattning och menar att vi kan se de ekonomiska produktivkrafterna som en ideologisk process och vetenskapen som ett väsentligt inslag i basen.[59] Som nedan skall utvecklas menar jag också att vi som Habermas bör ersätta metaforen med ett kommunikativt förhållningsätt. [60] Min mening är ändock att metaforen, särskilt med tanke på intresset för innovationsverksamhetens betydelse, besitter ett påtagligt förklaringsvärde för att beskriva förändringen av marknadsekonomin. Vi kan utifrån metaforen argumentera för att vad vi nu upplever är hur den förändrade ekonomiska grundvalen i basen resulterar i en ideologisk förskjutning som påverkar den juridiska och politiska överbyggna-

---

[55] Ur Engels Brev till Joseph Block, hämtat från Elwin, Göran & Victor, Dag: Rätt och Marxism s.s 77 (1978, originalet från 1890).

[56] Althusser, Louis. Ideologi och ideologiska statsaparater s. 114 (1976).

[57] Habermas, Jürgen. Teknik och vetenskap som ideologi s. 82 (1984, originalet från 1968).

[58] Habermas, Jürgen. Kommunikativt handlande, texter om språk, rationalitet och samhälle s. 374 (1988).

[59] Habermas, Jürgen: Communication and the Evolution of Society s. 144 (1979, originalet från 1976).

[60] Det har uppmärksammatas att Habermas efterhand visat allt större intresse för Hegels idealism i syfte att utveckla teorin om den historiska materialismen till en teori om kommunikativt handlande. "Habermas holds that Hegel's radical critique of epistemology opened up a possibility for future epistemology as well as for an understanding of the link of scientific knowledge to interest." Rockmore, Tom: Habermas on historical materialism s. 51 (1989).

den, samtidigt som överbyggnaden fått kontinuerligt ökande betydelse för basens rekonstruktion.[61] Samtidigt bör vi visserligen vara medvetna om att metaforen bas/överbyggnad utgör en alltför förenklad föreställning av ett alltmer komplext kunskapssamhälle. Om vi betraktar kunskapsproduktionen som bas framstår reproduktionen som mer komplex eftersom kunskap i sig är ideologisk till sin karaktär.[62] Kontrollen över kunskapsproduktionsfunktionen skulle således utgöra såväl basen som överbyggnaden. De två nivåerna sammanförs. Samtidigt kan vi även hävda att basen omvandlats utifrån återverkningarna från överbyggnaden mot ett alltmer kunskapscentrerat stadium.[63]

Vi kan behålla metaforen om vi förhåller oss till tre interagerande kunskapsprocesser, den materiella, den administrativa och den ideologiska kunskapsprocessen. Den administrativa kunskapsprocessen representerar den repressiva statsapparaten medan den ideologiska processen såsom ideologisk statsapparat resulterar i samhällets reproduktion. Med insikt om metaforens begränsningar besitter den ett förklaringsvärde som inte skall underskattas vad gäller dynamiken mellan ideologi och evolution. Det är enligt min mening uppenbart att när den tekniska grundvalen i basen förändras kommer detta att medföra en ideologisk förskjutning som återspeglas i rättssystemet såsom en del av överbyggnaden. Habermas konstaterar också i likhet med Schumpeter att "(u)nderifrån uppstår ett permanent anpassningstryck, så snart territoriellt utbyte av varor och arbetskraft samt kapitalistiska företagsformer har institutionaliserats, och därmed det nya produktionssättet slagit igenom."[64]

4.2.2.2 Teknostrukturens kontroll över den materiella kunskapsprocessen

En viktig utgångspunkt för den fortsatta analysen är följaktligen att kontrollen över den materiella kunskapsproduktionen utgör någon form av bas.[65] Marcuse påvisar i sina teorier om senkapitalismen hur de som har makten över tekniken och vetenskapen är de som bestämmer samhällets utveckling.[66] "Herraväldet över avancerade och avancerande industri-

---

[61] Jfr Marx, Karl. Till kritiken av den politiska ekonomin, förordet s.s. 7–10 (1970, originalet från 1859). Jfr även Dalberg-Larsen, Jørgen: Retsstaten, velfærdsstaten – og hvad så? s. 41 (1984).

[62] Jfr Althusser, Louis. Ideologi och ideologiska statsaparater s. 124 (1976).

[63] Jfr Habermas, Jürgen. Kommunikativt handlande, texter om språk, rationalitet och samhälle s. 374 (1988).

[64] Habermas, Jürgen. Teknik och vetenskap som ideologi s. 79 (1984, originalet från 1968).

[65] A.a s.s. 81–82.

[66] Marcuse, Herbert: Den endimensionella människan s. 205 (1969, originalet från 1964).

samhällen kan bibehållas bara om det kan mobilisera, organisera och utnyttja de tekniska, vetenskapliga och mekaniska krafter som åtkomliga för den moderna industricivilisationen."[67]

Kunskapssamhällets superstruktur[68] präglas av en strävan att kontrollera den högteknologiska innovationen som "den främsta produktivkraften av det statligt regisserade vetenskapliga framsteget".[69] Denna övergripande kontrollstruktur, vilken betecknats teknostruktur, utgör i enlighet med Marcuses och den unge Habermas tankar den hegemoniska maktstrukturen i kunskapssamhället, vilken kontrollerar såväl den offentliga som den privata statsapparaten.[70] Betecknande för teknostrukturen är således strävan efter att kontrollera den materiella kunskapen i syfte att säkra kontrollen över reproduktionen av produktivkrafterna.[71]

Habermas lyfter fram två nödvändiga utvecklingstendenser, dels "en ökning av statens interventionistiska aktivitet vilken måste till för att systemet ska kunna tryggas" och dels "ett växande ömsesidigt beroende mellan forskning och teknik, vilket har gjort vetenskapen till den främsta produktivkraften."[72] Statsmaktens administrativa åtgärder inriktas i enlighet med denna uppfattning alltmer mot åtgärder som syftar till att tillägna det egna näringslivet kunskap och förhindra andras utnyttjande av densamma, något som tydliggörs bl.a. i en ökad fokusering på rättsskydd för kunskap manifesterad i olika immateriella tillgångar.

Teknostrukturen, såsom en superstruktur, består av en mängd olika "governance structures" – kontrollstrukturer – på olika nivåer, som tar sig olika uttryck beroende på vilket perspektiv man anlägger. Såvitt avser kontroll över den materiella kunskapsprocessen kan vi betrakta företag, högskolor, teknikparker etc. som olika kontrollstrukturer. Vi kan även se specifika kontraktuella samverkansprojekt vad gäller FoU och innovationsverksamhet mellan företag och offentliga aktörer som kontrollstrukturer. En annan framträdande kontrollstruktur avseende den mate-

---

[67] A.a. s. 21.

[68] I enlighet med metaforen bas/överbyggnad kan vi analysera elementen i samhället såsom strukturer. Termen överbyggnad motsvaras av den engelska termen "superstructure". Här används dock termen superstruktur mer som beteckning på en struktur med extra stort inflytande.

[69] Habermas, Jürgen. Teknik och vetenskap som ideologi s. 91 (1984, originalet från 1968).

[70] Galbraith, John Kenneth. Den nya industristaten s. 314 (1969).

[71] Jfr Althusser, Louis. Ideologi och ideologiska statsapparater s. 124 (1976). Jfr även Mathiesen, Thomas. Rätt, samhälle och politisk handling s. 79 (1980).

[72] Habermas, Jürgen. Teknik och vetenskap som ideologi s. 82 (1984, originalet från 1968).

riella kunskapsprocessen är patentverken som administrerar och hanterar den offentliga patentdokumentationen för kunskapsspridning.

Ser vi samhället såsom kontrollstrukturer på olika vertikala nivåer är komplexiteten så påtaglig att kollektiv kontroll över kontrollformerna förfaller vara omöjlig att uppnå.[73] Frågan om maktrelationer inom industristaterna präglas alltmer av komplexiteten och osäkerheten om våra egna levnadsvillkor. Dalberg-Larsen frågar sig om inte de oavsedda effekterna av försöken att styra industristaten i sig utgör väsentliga moment för evolutionen.[74]

4.2.3 Rättsliga kunskapsprocesser för kontroll över kunskap

Förståelsen för uppkomsten av rättens oavsedda effekter förutsätter insikt om rättens relation till den materiella kunskapsproduktionen som sådan. Vi står inför den för materialismen så väsentliga frågan om rätten endast är en passiv reflektion av de tekniska och ekonomiska drivkrafterna i samhället eller om rätten såsom ett av statsmakten underbyggt normsystem är en direkt förutsättning för såväl tekniska som ekonomiska framåtskridanden.[75]

4.2.3.1 Rättssystemet som överbyggnadsfenomen

Marx och Engels, som tagit intryck av Hegel, menade att rätten inte kan betraktas som ett autonomt och slutet system.[76] I enlighet med deras dialektiska förhållningssätt till relationen mellan bas och överbyggnad utgör rätten resultatet av de ekonomiska förhållandena i samhället, samtidigt som rätten liksom andra moment i överbyggnaden är väsentliga för produktivkrafternas och även samhällets reproduktion.[77] Engels förklarar att transformationen sker genom att ekonomiska förhållanden formas till juridiska motiv då de sätts i relation till det i övrigt gällande rättssystemet.[78] Samtidigt uppmärksammar de rättskunniga mycket sällan de ekonomiska förhållandenas inflytande, beroende på att det för dem själva framstår

---

[73] Jfr Habermas, Jürgen: Communication and the Evolution of Society s. 149 (1979, originalet från 1976). Jfr även Dalberg-Larsen, Jørgen: Luhmann og retten s. 129 (1992).

[74] Dalberg-Larsen, Jørgen. On the evolution of law and the importance of unintended consequences s. 52 (1989).

[75] Jfr Aubert, Vilhelm. Continuity and Development s. 161 (1989).

[76] Jfr redogörelsen av Eriksson, Lars D: Om rättens samhälleliga förankring s. 87 (1980).

[77] Marx, Karl: Till kritiken av den politiska ekonomin s. 8 (1970, originalet från 1859). Jfr även Eriksson, Lars D: Om rättens samhälleliga förankring s. 84 (1980).

[78] Engels, Friedrich: Ludwig Feuerbach och den klassiska tyska filosofins slut s.s. 75–77 (1929, originalet från 1888). Jfr även Marx, Karl. Filosofins elände s. 85 (1949, originalet från 1846/47).

som om de bearbetar rent tankematerial, vilket i sin tur återverkar på de ekonomiska förhållandena.[79]

I marxismen manifesteras det dialektiska förhållandet mellan rätten och samhällsomvandlingen i dynamiken egendom – äganderätt.[80] Precis som Hegel i hans dialektiska härledning av rättens innersta kärna, ansåg Marx att egendomen utgör ett fundament i den rättsliga överbyggnaden. Skillnaden dem emellan var dock avgörande såtillvida att Hegel betraktade egendomen som en materialiserad frihet.[81] Lars D Eriksson pekar på att Marx vände den hegelska dialektiken upp och ned. "Han förkastade dess idealism och förankrade dialektiken i den samhälleliga verkligheten. Hegel begynte Rättsfilosofin med en dialektisk utredning av det abstrakta begreppet frihet, viljans frihet, medan Marx begynte Das Kapital med en dialektisk utredning av det konkreta samhälleliga fenomenet vara, varubegreppet."[82]

Marx fokuserade således på ett dialektiskt förhållande där den industriella omvandlingen förändrade och utvecklade den i privaträtten förankrade egendomsrätten, samtidigt som egendomsrätten reproducerade produktivkrafterna och de därtill förknippade maktstrukturerna i det kapitalistiska samhället.[83] Dialektiken består således i att i ena riktningen härleda egendomens sociala ursprung och i andra riktningen betrakta ägandet som sociala relationer i en materialistisk verklighet. I dag kan vi konstatera att egendomens sociala ursprung alltmer förskjutits mot kunskapsproduktionsfunktionen och de sociala relationerna präglas alltmer av den teknostrukturella strävan av att kontrollera denna kunskapsproduktion. Varu- och varumarknadsbegreppen får därför bytas ut mot kunskaps-, innovations- och teknikmarknadsbegreppen som teoretiska fundament i förklaringen av materialismen.[84] Vi befinner oss således i en situation där den hegelska tankeprocessen har givits en materialistisk form, vilket återspeglas i vad som utgör egendom och hur egendomsrätten verkar i det ekonomiska systemets sociala relationer.[85]

---

[79] Engels, Friedrich: Ludwig Feuerbach och den klassiska tyska filosofins slut s.77 (1929, originalet från 1888).

[80] Cain, Maureen & Hunt, Alan: Marx and Engels on Law s. 67 (1979).

[81] Hegel, G W F: Philosophy of Right s. 20 (1981, originalet från 1821). Jfr även Eriksson, Lars D: Hegel och rättsfilosofins betydelse s. 73 (1980).

[82] A.a.

[83] Jfr Cain, Maureen & Hunt, Alan: Marx and Engels on Law s. 67 (1979).

[84] Jfr Eriksson, Lars D: Strukturförklaringar i marxistisk rättsteori s.s. 37–39 (1980).

[85] Jfr Habermas, Jürgen: The Theory of Communicative Action – The Critique of Functionalist Reason, vol. 2, s. 340 (1987, originalet från 1981).

Galbraith som i marxistisk anda menar att makten är ägandets prerogativ, påvisar att en förändrad fokusering vad gäller egendomsanspråk också påverkar maktstrukturer.[86] "Varför gav en gång jordinnehav en våldsmakt över den dominerande formen av producerande företag och på samma gång i hela samhället? Varför förutsattes det under andra omständigheter, att en sådan makt både över företaget och i samhället som helhet skulle tillfalla den som ägde kapital?"[87] När egendomsanspråken alltmer riktas mot kunskap och patentinstitutet får en alltmer framträdande betydelse, kommer detta att på motsvarande sätt återspeglas i samhällets maktstrukturer.

Det är uppenbart att Marx och Engels teorier har haft stort inflytande på den ekonomiska analysen av äganderättens funktion.[88] De ekonomiska historikerna Rosenberg och Birdzell konstaterar exempelvis att statsmaktens påverkan på den ekonomiska utvecklingen kommer till uttryck i de regler för äganderätt som upprätthålls.[89] Ett än mer intressant exempel för detta arbete är Norths konklusion att patentinstitutet som incitamentstruktur för innovationsverksamhet lade grunden till den andra industriella revolutionen.[90]

Utmärkande för de ekonomiska teorierna om egendomsrättens funktioner är att de i första hand tar sikte på verkningarna i de sociala relationerna, dvs. de tar inte ställning till rättsreglernas innebörd i sig. Betraktar vi patentet såsom en egendomsrätt utifrån Marx perspektiv består patentet i en tvångsmakt som kommer att utövas av statsapparatens privata sfär. Hegels resonemang, å andra sidan, leder oss till ett förhållningssätt till patentet såsom en frihet för privata aktörer.[91] Jag menar således att vi i jämförelsen mellan dessa två förhållningssätt kan spåra en dynamik mel-

---

[86] Galbraith, John Kenneth. Den nya industristaten s. 47 (1969).

[87] A.a. s. 45.

[88] Se bl.a Skogh, Göran & Lane, Jan-Erik. Äganderätten i Sverige s. 47 (1993).

[89] Rosenberg, Nathan & Birdzell, L E: Västerlandets väg till välstånd s.s. 358–359 (1991).

[90] North, Douglass C. Institutionerna, tillväxten och välståndet s. 117 (1993). Perioden mellan 1880 och 1900 anses av vissa ekonomiska historiker kunna beskrivas som ett andra industriellt genombrott. Se bl a Hecksscher. Eli F. Industrialismen, den ekonomiska utvecklingen sedan 1750 s. 229 (7 uppl. 1964). Rosenberg, Nathan & Birdzell, L E: Västvärldens väg till välstånd s. 257 (1991). Precis som vid det första genombrottet skapades ett antal grundläggande uppfinningar avseende kraftkällor, i första hand elektriciteten och explosionsmotorn, förutsättningar för tekniska omvälvningar i näringslivet i stort.

[91] Hegel, G W F: Lectures on Natural Right and Political Science s.s. 61–62 (1995, originalet från 1817/18). Hegel, G W F: Philosophy of Right s.s. 20–22 (1981, originalet från 1821).

lan frihet och kontroll som enligt min mening påtagligt karaktäriserar patentinstitutet. Det är inte fråga om en antagonistisk relation, utan snarare ett ömsesidigt beroende. I den ideologiska kunskapsprocessen kan patent såsom en egendomsrätt mycket väl verka i första hand som en föreställning om frihet, medan patentet i den administrativa processen verkar som tvångsmakt.

4.2.3.2 Kontroll över teknisk kunskap i dynamiken mellan administrativa och ideologiska kunskapsprocesser

Om vi konstaterar att den materiella kunskapsprocessen utgör basen, kan vi beskriva den rättsliga överbyggnaden som ideologiska kunskapsprocesser som verkar i olika sociala relationer. Samspelet mellan rätten och den industriella omvandlingen måste då sökas i dynamiken mellan en administrativ och ideologisk sfär.

Patentinstitutet såsom det kommer till uttryck i patentverkens och domstolarnas verksamhet kan beskrivas som en administrativ kunskap. De olika organisationerna utövar, såsom delar av statsapparaten, tvångsmakt i patenträttsliga frågor. Företagens agerande inför dessa organisationer är därmed också ett inslag i den administrativa kunskapsprocessen. Jag menar t.o.m. att allt strategiskt utnyttjande av patentinstitutet bland företag skall ses som en administrativ kunskapsprocess. Den kommunikativa överföringen av föreställningar mellan olika aktörer skall dock ses som resultatet av en ideologisk kunskapsprocess. Föreställningarna om vad patentet är, vad det skapar för kommersiella möjligheter etc. är ideologiska föreställningar som kontinuerligt påverkar de aktörer som utnyttjar patentinstitutet. Den administrativa kunskapsprocessen påverkas av den ideologiska och vice versa. Jag menar följaktligen att det patenträttsliga uppvaknandet är resultatet av en ideologisk kunskapsprocess, vilket förstärks av företagens agerande genom den administrativa processen.

Betecknande för kunskapsprocesserna är den komplexitet som föreligger avseende möjligheterna att se hur förändringarna verkar. Patentinstitutionen befinner sig, precis som samhället generellt, i en sådan process där delarna skapar alltmer komplexa helheter.[92] Rättsvetaren Ost beskriver rättens relation till samhället utifrån ett "paradigm of complexity".[93]

---

[92] Jfr Liedman, Sven-Eric. Motsatsernas spel s.s. 68–69 (1983). Jfr även Eriksson, Lars D: Hegel och rättsfilosofins betydelse s. 54 (1980).

[93] Ost, François & van de Kerchove, Michel: Creation and Application of Law: A Circular Structure? s. 181 (1987).

Han menar att omvandlingsprocessen av rätten såväl som av samhället är så komplex att den förblir okänd och på så vis utgör en gömd ordning.[94] Denna gömda ordning innefattar enligt min terminologi dynamiken mellan de materiella, administrativa och ideologiska kunskapsprocesserna. Ett grundläggande antagande härvidlag är att kontroll över den materiella kunskapsprocessen förutsätter kontroll över de administrativa kunskapsprocesserna, vilka bl.a. innefattar rättsliga föreställningars verkan i olika sociala relationer. Kontroll över de administrativa kunskapsprocesserna förutsätter i sin tur insikt om hur de ideologiska kunskapsprocesserna verkar, dvs. hur verksamheten påverkas utifrån olika föreställningar. Patentinstitutet såsom ideologiska föreställningar i dynamiken mellan frihet och kontroll måste ses i sitt större ideologiska sammanhang.

4.2.4 Ideologiska kunskapsprocesser inom komplexitetsparadigmet

Den ideologiska kunskapsprocessen kan beskrivas som en kommunikation mellan individer där det sker en "avspärrning av föreställningsvärlden".[95] Avspärrningen är en process där det "uppstår ett mönster av endimensionellt tänkande och beteende genom vilket idéer, önskemål och invändningar som genom sitt innehåll går utanför den gällande föreställningsvärlden antingen kämpas ner eller reduceras till den grad att de passar in i föreställningsvärlden."[96] Denna avspärrade föreställningsvärld reflekterar vad jag hittills betecknat den i samhället förhärskande ideologin.

4.2.4.1 Industrisamhällets bakgrundsideologi

Marcuse hävdar att den tekniska utvecklingen besitter en dubbel funktion som både produktivkraft och ideologi. Samspelet mellan vetenskap/teknik och marknad har, enligt Habermas i samstämmighet med Marcuses tankegångar, kommit att utgöra en bakgrundsideologi mer attraktiv än tidigare ideologier.[97] Habermas förklarar att föreställningen om det teknovetenskapliga framsteget "såsom bakgrundsideologi kan tränga in i medvetandet hos den avpolitiserade massan av befolkningen och där ut-

---

[94] A.a.

[95] Marcuse, Herbert: Den endimensionella människan s. 89 (1969, originalet från 1964).

[96] A.a s. 28.

[97] Habermas, Jürgen. Teknik och vetenskap som "ideologi" s. 92 (1984, originalet från 1964). Marcuse. Den endimensionella människan s. 152 (1969, originalet från 1968).

veckla legitimerande kraft"[98] Som ideologi rättfärdigar den inte endast en klass intressen på bekostnad av en annan klass, utan drabbar t.o.m. "människosläktets emancipationsintresse som sådant".[99] Detta emancipationsintresse, vilket övergått från att behärska naturen till att behärska hela samhället, förstärks således av vetenskapssamhället när det samverkar med de kommersiellt orienterade kunskapsintressena .[100]

Idén om teknologin som en oproblematisk tillhandahållare av goda ting har sin grund i liberalismens utveckling i västerlandet.[101] Som politisk åskådning kan liberalismen samtidigt betraktas som ett resultat av det industriella genombrottet där det krävdes en ny politisk ideologi som betonade den individuella rörelsefriheten och industrialismens dynamiska omvandling.[102] Konstellationen vetenskap och teknik kom i denna kontext att fungera som maktlegitimering i det västerländska samhället.[103] Enligt Marcuse förstärks denna legitimering i interaktion med den vetenskapliga-tekniska rationaliteten, varför manipulationen av mänskligt beteende blir alltmer sammanvävda i nya former av social kontroll.[104] Innebörden härav är att den traditionellt liberala tilltron till teknologins förmågor i allmänhet ersatts av en uttalad strävan om högteknologiskt herravälde eller, om man så vill, av en ambition om högteknologisk konkurrenskraft.

4.2.4.2 Från en marknadsliberal framstegsideologi mot en regleringsfokuserad konkurrenskraftsideologi

Med dagens situation för ögonen förefaller den förhärskande ideologin, förvisso maskerad i samhällsrelationernas mångfacetterade komplexitet, inte vara lika knuten till det liberala frihetsidealet. Istället har det gemensamma intresset för privata och offentliga aktörer att generera högteknologisk konkurrenskraft kommit att få allt större betydelse. Statsmakten

---

[98] Habermas, Jürgen. Teknik och vetenskap som ideologi s. 86 (1984, originalet från 1968).

[99] A.a s. 92.

[100] Jfr Habermas, Jürgen: The Theory of Communicative Action – The Critique of Functionalist Reason, vol. 2 s. 340 (1987, originalet från 1981).

[101] Se bl.a Byrne, Edmund & Pitt, Joseph. Technological Transformation, Contextual and Conceptual Implications i introduktionen s. ix (1989).

[102] Stjernquist, Per & Widerberg, Karin. Rätten i samhällsbyggandet s. 32 (1980). Jfr även Borgmann, Alberts. Technology and the Crises of Liberalism s. 117 (1989).

[103] Habermas, Jürgen. Teknik och vetenskap som ideologi s. 82 (1984, originalet från 1968).

[104] Marcuse, Herbert: Den endimensionella människan s. 142 (1969, originalet från 1964).

och det inhemska näringslivets egenintressen sammanfaller såtillvida att så mycket kunskap som möjligt skall tillgodogöras det inhemska näringslivet.[105] Vi kan i detta sammanhang urskilja två, i sig sammanlänkande, teoretiska fält där föreställningar har kommit, och i framtiden än mer kommer, att verka som bärande moment i kunskapssamhällets avspärrade föreställningsvärld. Det ena fältet innefattar föreställningar om företag, regioner, nationalstater etc. som konkurrerande aktörer på en världsmarknad där konkurrenskraften är relaterad till förmågan att omvandla FoU-resultat till kommersiellt framgångsrika varor och tjänster. Det andra innefattar de förändrade föreställningarna om förhållandet mellan forskningens frihet å den ena sidan och marknadsfrihet å den andra. Sammantaget resulterar dessa delvis motsägelsefulla föreställningar i en ideologi om sammanflätningen av offentlig och privat verksamhet för kunskapsproduktion.[106]

Det marknadsliberala förhållningssättet kombinerat med antagandet om att det är ogörligt att kontrollera kontrollformer har fått ekonomiska teoretiker att förespråka teorier om "laissez faire" och "spontaneous order", vilka som ideologier även återspeglas i samhällsevolutionen i sig.[107] Dagens ekonomiska teorier påverkas emellertid alltmer av insikten om nödvändigheten av att rätts- och normsystem (institutioner) efterhand måste bli alltmer mångfacetterade och ingripande för att som bakgrundsstruktur för det ekonomiska handlingssystemet möjliggöra ekonomiskt välstånd.[108] North menar att "(o)nce we recognize this fundamental role of institutions in reducing uncertainty we must restructure the theoretical framework we use in economics and the social sciences. Institutions not only provide the incentive structure of a society at a moment of time and therefore constrain the choice set but also they are the carriers of the process of change".[109] Det förändrade teoretiska förhållningssättet som North m.fl. representerar är en konsekvens av det andra ekonomiska genombrottet, vilket präglas av en dynamisk förskjutning i riktning mot en *konkurrenskraftsideologi.* Utmärkande för denna ideologi i kunskapssamhället är att konkurrenskraft blivit en fråga om kunskapsselektion och förmågan att kontrollera kunskap.

---

[105] Jfr vad som sagts i avsnitt 2.3.
[106] Jfr Galbraith, John Kenneth. Den nya industristaten s. 314 (1969).
[107] Jfr avsnitt 2.3 och 2.4
[108] North, Douglass C: Economics and Cognitive Science s. 3 (1996).
[109] A.a s. 2.

4.3 Konkurrenskraftsideologin

Av analysen i 4.2 följer att patentinstitutet kan betraktas som en ideologisk process som påverkar beteendet i näringslivet. Patentinstitutet påverkar den administrativa processen i näringslivet, vilken bl.a. syftar till att kontrollera teknisk utveckling som en materiell kunskapsprocess. Den administrativa processen genererar erfarenheter och föreställningar som i sin tur kommer att påverka patentinstitutets inflytande i den ideologiska processen. För att vi skall kunna bilda oss en uppfattning om patentinstitutets funktioner måste vi följaktligen även ha en viss förståelse för den ideologiska kontext där patentinstitutet verkar.[110]

I detta avsnitt skall jag med utgångspunkt i ekonomisk teori försöka påvisa den ideologiska förskjutning som jag menar vara resultatet av dynamiken mellan förändringen i basen mot kunskapsorienterad produktion och dess verkan inom den politiska och rättsliga överbyggnaden. Jag kommer att analysera ekonomisk teori både som ideologiskapande i förhållande till den ekonomiska praktiken och som en reflektion av densamma. Avsnittet är såtillvida en vidareutveckling av vad som sagts i kapitel två.

4.3.1 Myten om den konkurrenskraftiga industristaten

I den ekonomiska teorin har termen konkurrens kommit att representera det kapitalistiska systemets ekonomiska fundament. Såsom en retorisk term i politiska sammanhang framträder konkurrens alltmer som ett politiskt självändamål. Termen konkurrenskraft präglas, precis som konkurrens, av dess karaktär som ett i marknadsekonomin eftersträvansvärt tillstånd. Förenklat är konkurrens ett eftersträvansvärt tillstånd för marknader medan konkurrenskraft avser ett tillstånd för de på marknaden befintliga aktörerna.

Antagandet om betydelsen av högteknologisk konkurrenskraft är grunden till den ideologiska förskjutning vi nu upplever. Det är betecknande för nutida diskussion om konkurrenskraft att gränserna mellan makro- och mikroteorier blir alltmer otydliga.[111] Diskussionen om nationernas konkurrenskraft sätts alltmer i relation till företagens konkurrenskraft, varför konkurrensteorier även inbegriper nationalstater. Den ideologiska förskjutningen har medfört att teorier som tidigare var uppdelade

[110] Jfr Trubek, David: Critical Legal Studies and Empiricism s. 95 (1986).

[111] Jfr Dosi,Giovanni & Orsenigo, Luigi. Coordination and transformation: an overview of structures, behaviours and change in evolutionary environments s. 13 (1988).

på överväganden avseende teknik-, konkurrens- och handelspolitik, numer är alltmer sammanlänkade.[112]

4.3.1.1 Ursprunget i handelsteorin om "comparative advantage"

De klassiska makroekonomiska handelsteorierna om "comparative advantage" är de första som diskuterar i termer av nationalstatens konkurrenskraft. Ricardo introducerade "the theory of comparative advantage" år 1817 i sitt alster On the Principles of Political Economy and Taxation. "It is quite important to the happiness of mankind, that our enjoyments should be increased by the better distribution of labour, by each country producing those commodities for which by its situation, its climate, and its other natural or artificial advantages it is adaptent, and by their exchanging them for the commodities of other countries, as they should be augmented by a rise in profits...It is this principle which determines that wine shall be made in France and Portugal, that corn shall be grown in America and Poland, and that hardware and other goods shall be manufactured in England."[113]

I historisk belysning ger Ricardos exemplifiering England en särställning.[114] Detta till trots har den grundläggande tanken om betydelsen av specialisering vunnit generellt gehör ända tills våra dagar, om än i utvecklad form. Den neoklassiska handelsteorimodellen utarbetad av Heckscher och Ohlin stipulerar att nationer med billig arbetskraft kommer att exportera arbetskraftintensiva produkter och nationer med billigt kapital kommer att exportera kapitalintensiva produkter. I enlighet med Ricardo menar de att stater bör specialisera sig inom olika branscher, d v s handeln bör vara interindustriell.[115] Samuelson som vidareutvecklat den neoklassiska handelsteorin menar att det viktigaste är att det sker en koncentration av produktion till de områden där det föreligger högst produktivitet.[116] Nyare handelsteorier ifrågasätter dock den traditionella neoklassiska teo-

---

[112] Jfr Jorde, Thomas & Teece, David: Innovation, Cooperation and Antitrust s. 62 (1990).

[113] Ricardo, D. On the Principles of Political Economy and Taxation tredje upplagan s. 132 och s. 134 (1953, originalet från 1817).

[114] För att mäta staternas konkurrenskraft i förhållande till varandra, på världsmarknaden eller på en viss delmarknad, utgår man från staternas marknadsandel av världens samlade export. Det är emellertid inte endast en fråga om relativ position utan även om att skapa en större om man så vill global ekonomisk tillväxt.

[115] Bertil Ohlins presenterar sin handelsteori, vilken inspirierats av Eli Hechscher, i Interregional and International Trade (1933). Jfr även Ohlins avhandling "Handelns teori" (1924).

[116] Samuelson, Paul & Nordhaus, Wiliam. Economics s. 833 (12 uppl. 1985).

rin och menar att handeln i stor utsträckning är och bör vara intraindustriell, dvs. att den sker inom samma branscher.[117]

När man i neoklassisk handelsteori analyserar konkurrenskraft betraktas således nationalstaterna ofta som konkurrensaktörer. För att mäta staternas konkurrenskraft i förhållande till varandra, på världsmarknaden eller på en viss delmarknad, utgår man från staternas marknadsandel av världens samlade export.[118] De mer "mogna" industriella staternas konkurrenskraft anses i allt högre grad vara beroende av förmågan till industriell förnyelse i expansiva branscher, varför marknadsandelsmåttet anses vara särskilt betydelsefullt avseende export av högteknologiska produkter.[119] I ett internationellt perspektiv är det frågan om att ha så hög förädlingsgrad som möjligt i den internationella produktionen.

4.3.1.2 Nationalstaten som institutionell hemmabas

Porter tillhör dem som menar att de neoklassiska handelsteorierna saknar tillräckligt förklaringsvärde, då de inte i tillräcklig grad beaktar frågans komplexitet. Nationalstatens förutsättningar för ekonomisk framgång bestäms enligt Porter av i vilken utsträckning företag som är baserade inom nationen är produktiva, vilket bl.a. innefattar de kommersiella förutsättningarna att åstadkomma kvalitativ avancerad verksamhet och nya innovationer.[120] Om man vill inhämta förståelse för vad som kan skapa konkurrenskraft inom en viss region, nation eller sammanslutning av nationer måste man därför primärt studera förutsättningarna för företagens utveckling inom området. Det är således inte tillfyllest att ta hänsyn till de inom neoklassiska teorier traditionellt beaktade faktorerna. Porter framhäver vikten av statsmaktens stimulerande och även reglerande åtgärder i förhållande till det inhemska näringslivets innovationsverksamhet.[121] Statens konkurrenskraft, i den utsträckning man enligt Porter kan tala om konkurrenskraft, består i förmågan att skapa gynnsamma villkor för näringslivet, bl.a. beträffande delaktighet i forskning och utveckling,

---

[117] Se Dosi, Giovanni & Soete, Luc. Technical change and international trade s. 421 (1988). Soete, Luc: International Competitiveness, Trade and Technological Policies s. 355 (1994)

[118] Nutek: Näringslivetsutveckling till 2004 – tillväxt eller stagnation? s. 53 (1992).

[119] Ds 1992:109 R&D for Swedish Industrial Renewal, a study for policy markers and industry stategists s.s. 16–17.

[120] Enligt Porter är produktiviteten i princip den faktor som är av intresse vid bedömningen. Produktivitet är ett effektivitetsmått vid utnyttjandet av landets resurser arbetskraft och kapital. Porter, Michael E. The competitive advantage of nations s. 6 (1990).

[121] A.a.

stimulerandet av tidig efterfrågan av avancerade produkter och tjänster, strikta säkerhets- och miljöföreskrifter, ingripande för vitaliserande konkurrensmiljöer etc.

North, som understryker betydelsen av samspelet mellan institutioner och organisationer för att skapa incitament för ekonomisk expansion, menar att man inom ekonomisk teori måste tänka om vad gäller hela processen för ekonomisk förändring.[122] Generellt sett är institutionernas viktigaste uppgift att tillhandahålla strukturer för interaktion mellan olika aktörer i syfte att minska osäkerhet. Vissa institutioner uppmuntrar teknisk kreativitet etc. och minskar transaktionskostnader, medan andra ökar desamma.[123] North menar således att ekonomisk teori måste fokusera på hur olika institutioner i samhället minskar transaktionskostnaderna för såväl privata som offentliga organisationer.[124]

Nelson förklarar i samma anda att det inte bara är inom teori utan också inom ekonomisk politik som det utvecklats en 'teknonationalism'. Denna bygger på en föreställning om att institutionernas inverkan på de tekniska förutsättningarna för de inhemska företagen är avgörande för deras konkurrenskraft. Dessa förutsättningar är nationella till sin karaktär och beroende av statsmaktens agerande.[125]

4.3.1.3 Dynamiken mellan öppenhet och protektionism

Frågan om förutsättningarna för konkurrenskraft har således alltmer kommit att bli en fråga om vilken verkan de inhemska rätts- och normsystemen har som incitament för innovationsverksamhet. Den andra sidan av myntet är att den västerländska industristatens strävanden efter konkurrenskraft kommit att innefatta reglering och protektionism avseende kunskapsproduktion och kunskapsmarknader. Detta sker dessutom samtidigt som man förespråkar frihandel för varor där man intagit en teknologiskt ledande position.

Komplexiteten avseende förhållandet mellan protektionism och frihandel uppmärksammades redan under 1800-talets första hälft av List. Denne ifrågasatte Ricardos klassiska handelsteori i flera avseenden och förespråkade istället balans mellan jordbruk, industri och handel.[126] Sam-

---

[122] North, Douglass C: Where have we been and where are we going? s. 4 (1996).
[123] A.a. s.s. 5–6.
[124] North, Douglass C. Institutions, Organizations and Market Competition s. 5 (1996).
[125] Nelson, Richard: National Innovation Systems s. 383 (1996).
[126] Se härom i Burke, Genn-Bash and Haines. Competition in Theory and Practice s.s. 15–16 (1991).

tidigt som List accepterade betydelsen av frihandel inom jordbruk och andra utvecklade sektorer, menade han att industriella sektorer under utveckling måste skyddas. Innebörden av resonemanget var att befolkningen på kort sikt fick betala mer för icke konkurrensutsatta industrivaror, men på längre sikt hade förutsättning att skörda frukterna därav. Möjligen skulle Ricardos teorem om att bekämpa protektionism och verka för frihandel kunna genomföras när det förelåg någon form av balans inom alla sektorer.[127]

Handelsteorin brottas allt tydligare med dilemmat mellan traditionellt marknadsliberala strävanden om fri konkurrens/frihandel å ena sidan och statlig planering för incitamentstrukturer och teknikprotektionism å den andra. Detta sammanhänger med tydliggörandet av innovationsverksamhetens, eller om man så vill den materiella kunskapsproduktionens, betydelse för konkurrenskraft. Intresseväckande i detta sammanhang är Hayamis och Ruttans generaliserade förklaringsmodell enligt vilken nationalstaternas industrialisering är beroende av "organizational and institutional infrastructures".[128] Förenklat sett förhåller sig Hyami och Ruttan till en utveckling i tre steg.[129] Det första steget mot industrialisering består i förmågan att möjliggöra för det inhemska näringslivet att mer eller mindre plagiera produkter genom reverse engineering etc., det andra i att stimulera överföringen av mer know-how inriktad teknik och det tredje där kunskapsöverföringen avser vetenskaplig och grundforskningsorienterad kunskap som möjliggör för nationens näringsliv att finna egna tekniska tillämpningar i form av nya produkter och tjänster etc. Nationalstatens huvuduppgift skulle alltså bestå i att konstruera för utvecklingsfasen ändamålsenliga rättssystem och genom egen delaktighet underlätta tillgängliggörande av exploaterbar kunskap bland dem som kan komma att utgöra det framtida inhemska näringslivet.[130] Konkurrenskraftsideologin innefattar emellertid även ett incitament till att förhindra tillgängliggörande inom andra stater.

Inom ekonomisk teori har man i enlighet härmed alltmer kommit att inse att internationell handel mellan stater inte är fråga om ett nollsummespel där frihet ligger i allas intresse på lång sikt. I stället har insikten

---

[127] A.a.

[128] Hayami, Yujiro & Ruttan, Vernon W. Agricultural Development : An International Perspective s.s. 4–5, s. 274 (1971).

[129] A.a. s.s. 54–63, s.s. 174–176.

[130] Jfr även Hayami, Yujiro: Development Economics : From the Poverty to the Wealth of Nations s.s. 272–283 (1997).

om att globala marknaderna inom högteknologiska situationer baseras på "national systems of innovation" vunnit terräng.[131] "What has come to be called 'the new trade theory' recognizes some of this, nervously. If there are large 'up-front' R&D costs, or significant learning through doing or using, or major externalities in certain activities like research and training, the simple arguments that free trade is Pareto optimal falls apart."[132] Frihetsidealet såväl inom handelsteori och konkurrensteori har i enlighet härmed kommit att ifrågasättas.[133]

4.3.1.4 Konkurrenskraftsideologin och konkurrensrelationismen

Utifrån ett konkurrenskraftsideologiskt förhållningssätt bör patentinstitutet utformas och utnyttjas så att det stimulerar innovationsverksamhet hos det inhemska näringslivet, samtidigt som det i relationer till andra stater bör utnyttjas för att förhindra överföringen och utnyttjandet av kommersialiserbar kunskap som utvecklats av det inhemska näringslivet. Patentinstitutets centrala position för en konkurrenskraftig industristat är härigenom uppenbar. "We are now in an information age where global competition is the norm. Intellectual property has become a key production factor comparable to other factors such as labour, raw materials and capital. Under the theory of comparative advantage, a nation competes by taking advantage of those production factors which they possess in abundance; thus non-protection of intellectual property disorts trade, for it provides the pirate with an artificial competitive advantage."[134]

Myten om den konkurrenskraftiga industristaten bottnar således i en konkurrensrelationell föreställning där inte endast företag, utan även stater och andra organisationer befinner sig i konkurrensrelationer till varandra. Denna konkurrensrelationella föreställning innefattar dessutom antagandet om att konkurrens är positivt och nödvändigt för att vi skall nå konkurrenskraft. North menar att denna omvandling är resultatet av konkurrensen mellan olika organisationer. "The continuous interaction between institutions and organizations in the economic setting of scarcity and hence competition is the key to institutional change."[135]

---

[131] Se Zysman, John: Institutions and Economic Development s. 436 (1996). Se även Nelson, Richard: National Innovation Systems s. 394 (1996).

[132] A.a. s. 407.

[133] Jfr Zysman, John: Institutions and Economic Development s. 419 (1996).

[134] Julian-Arnold, Gianna: International Compulsory Licensing – the Rationales and the Reality s. 369 (1992).

[135] North, Douglass C: Where have we been and where are we going? s. 6 (1996).

4.3.2 En konkurrensrelationell världsuppfattning i förändring

Konkurrenskraftsideologin tydliggörs, enligt min mening, bl.a. av innebördsförskjutningen av begreppet konkurrens som ett inom ekonomisk teori eftersträvansvärt tillstånd.

4.3.2.1 Konkurrens som tillstånd av frihet eller effektivitet?

I den klassiska ekonomiska teorin används konkurrens som begrepp för vad som något förenklat kan beskrivas som aktörernas rörelsefrihet inom marknadsekonomin. Adam Smith och andra klassiska ekonomer ansåg att konkurrens var ett eftersträvansvärt tillstånd där företagen hade ekonomisk frihet att utan offentlig reglering och annan styrning bedriva kommersiell verksamhet. Det ekonomiska systemet består i enlighet härmed av obundna privata aktörer, vilka både tävlade och samverkade för att nå framgång med sin kommersiella verksamhet.[136]

Den neoklassiska teoribildningen innebar dock att konkurrens alltmer användes som begrepp för en allokeringseffektiv koncentrationsgrad inom en viss marknad. Konkurrens kom på så vis att representera ett tillstånd av tävlan mellan företag i förhållande till i första hand olika samverkanskonstruktioner inom en viss marknad.[137] Jag menar inte att termen konkurrens i dessa neoklassiska sammanhang utgör ett helt annat begrepp, men det är frågan om en begreppsmässig rörlighet som kan skönjas.

Vid en första anblick förefaller dock konkurrensbegreppets förskjutning inte innebära annat än att Schumpeter fått gehör för sina innovationsteorier och att konkurrens åter innefattar samarbete som ett viktigt tillstånd för att skapa ekonomisk expansion.[138] En närmare teoretisk analys visar dock att begreppet konkurrens alltmer kommit att diskuteras som en kunskapsprocess som selekterar kunskap. Konkurrensbegreppets innebörd som selektionsfunktion anknyter till ett evolutionärt synsätt. Konkurrens i denna kontext representerar det tryck som resulterar i samhällets omvandling i form av utslagningen av det gamla och tillskapandet av det nya.[139] Den ideologiska förskjutning som konkurrenskraftsideologin medför framträder dock först när man betraktar konkurrens som kunskapsprocess tillsammans med andra kunskapsprocesser i samhället.

---

[136] Belysande är Smith, Adam. The Theory of Moral Sentiments (London 1759) s.s. 184–185, s.s. 236–237 (1976, originalet från 1759).

[137] Se exempelvis Samuelson, Paul & Nordhaus, William: Economics s.s 502–553 (12 uppl. 1985).

[138] Jorde, Thomas & Teece, David: Innovation, Cooperation and Antitrust s. 47 (1990).

[139] Dahmén, Erik: Economic-Structural Analysis s. 20 (1991).

4.3.2.2 Konkurrens som selektionsprocess i en institutionell kontext

Hayek som genom sina teorier i stor utsträckning lagt grunden för denna utveckling menar precis som Smith att företagens fullkomliga frihet är grunden för konkurrens och drivkraften är egenintresset.[140] Som en marknadsföreteelse menar han dock att konkurrens verkar som ett instrument som samlar in och sprider kommersiellt tillämpbar kunskap.[141] Även om Hayek ifrågasätter konkurrens som ett önskvärt tillstånd, på den grunden att dess resultat är oförutsägbara och därmed ostyrbara, menar han att det inte finns något alternativ till konkurrens och den spontana ordning som den skapar.[142] "The peculiarity of competition – which it has in common with scientific method – is that its performance cannot be tested in particular instances where it is significant, but is shown only by the fact that the market will prevail in comparison with any alternative arrangements. The advantages of accepted scientific procedures can never be proved scientifically, but only demonstrated by the common experience that, on the whole, they are better adopted to delivering the goods than alternative approaches."[143] Som upptäcktsprocess innebär konkurrens att nya intressen för icke kända aktörer kommer att tillgodoses.[144] Konkurrens framstår således i Hayeks teorier närmast som en form av "primitiv urkraft".[145]

Den omvandling som vi i dag upplever i ekonomisk teori präglas av att konkurrens såsom urvalsprocess sätts i relation till institutionell omvandling och olika organisationers agerande i förhållande till dessa. Bl.a. Arrows teorier var direkt bidragande till en utveckling där effektiv konkurrens alltmer kom att betraktas som ett effektivt innovationsklimat.[146] Anhängare av ett mer industriorienterat evolutionärt perspektiv anser att konkurrens måste analyseras utifrån institutionernas funktion vad gäller dels att uppmuntra FoU-verksamhet och dels att stimulera lösningar med långsiktig potential.[147] "Individuals and/or organisations deviate from the normal way of doing things; adjust to external environmental

---

[140] Hayek, Friedrich: The Political Order of a Free People. s.68 (1979). Se även Hayek, Friedrich: Individualism and Economic Order s. 95 (1949).

[141] Hayek, Friedrich: Use of Knowledge in Society s. 214 (1945).

[142] Hayek, Friedrich: Competition as a Discovery Procedure s.s. 273–274 (1994, originalet från 1969).

[143] A.a s. 274.

[144] A.a s. 275.

[145] Jfr Erixon, Lennart. Omvandlingstryck och produktivitet s. 250 (1991).

[146] Arrow, Kenneth: Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention s. 609 (1962).

[147] Jfr IVA: Tekniken på väg in i ekonomisk teori s. 22 (1990).

changes; respond in creativity, and sometimes unexpected ways to competitive challenges; or explore what they believe to be (rightly or wrongly) unexploited opportunities. In turn, individual and organisational behaviours, to different degrees and through different processes, are selected, penalised or rewarded. They are selected ex ante on the basis of the cognitive structures, visions of the world and competence's of individuals and of the prevailing norms of organisations. They are also selected ex post. In contemporary mixed economies, market competition and other forms of more discretionary selection (such as choices by governments, financial institutions, etc.) sort out the behaviours, products, techniques and organisational forms which – on some economic and/or institutional criteria – are preferred."[148]

Även North utvecklar i Schumpeters och Hayeks fotspår en teori om konkurrens som en selektionsprocess i dynamiken mellan organisationer och institutioner. Precis som Hayek lyfter han fram konkurrens som en kollektiv inlärningsprocess, vilken selekterar kunskap som kan omsättas i nya varor och tjänster.[149] I denna process påverkar institutionerna, d.v.s. normsystemen, organisationerna i dess konkurrens med varandra, samtidigt som organisationernas konkurrensagerande påverkar institutionerna.[150] North betraktar inte organisationerna endast som företag på en marknad utan menar att man måste ta med alla organisationer och även analysera andra arenor än marknader.[151]

4.3.2.3 Konkurrensbegreppet och föreställningen om kunskapskontroll

Min bedömning är således att man inom ekonomisk teori stegvis närmat sig ett förhållningssätt där det eftersträvansvärda tillståndet på marknaden såväl som för den enskilda aktören består i kunskapskontroll. Konkurrens utgör en kunskapsprocess som resulterar i att kunskap selekteras och tillgängliggörs i olika kommersiella relationer. Konkurrenskraft blir då ett uttryck för den enskilda organisationens förmåga till kunskapskontroll. Denna begreppsförskjutning resulterar emellertid i att tidigare uppdelning i konkurrens-, handels- och tillväxtteorier alltmer flyter samman och hela konceptet om ekonomisk omvandling av samhället måste

[148] Dosi,Giovanni & Orsenigo,Luigi. Coordination and transformation: an overview of structures, behaviours and change in evolutionary environments s. 13 (1988). Se även Dosi, Giovanni & Malerba, Franco: Organizational learning s. 9 (1996).

[149] Se North, Douglass C. Institutions, Organizations and Market Competition s. 3 (1996).

[150] North, Douglass C: Where have we been and where are we going? s. 6 (1996).

[151] A.a s.s. 5–6.

omprövas. Konkurrens blir en process där såväl offentliga som privata aktörer verkar på olika nivåer och där reglering och normsystem allt tydligare är nödvändiga inslag.

Alltjämt befinner vi oss dock i en brytningstid. Konkurrens såsom uttryck för kunskapskontroll har än så länge endast tangerats. Särställningen av konkurrensbegreppet är i stor utsträckning en återspegling av den komplexitet som präglar vad som kan betecknas en konkurrensrelationell världsuppfattning. Grundläggande i denna världsuppfattning är att organisationers egenintresse bejakas och sätts i relation till andra organisationers intressen. I enlighet med vad som hittills sagts har teknostrukturen, dvs. alliansen mellan statsmakten och det inhemska näringslivet, kunnat motiveras i en strävan om såväl konkurrens som konkurrenskraft. Om man idag i stället betonat friheten eller tävlan i större utsträckning hade denna allians inte framstått som ett lika eftersträvansvärt tillstånd.

Komplexiteten i detta konkurrensrelationella synsätt är påtaglig, inte minst beroende på att distinktionen mellan organisationen som sådan och de institutioner på vilken den vilar är svårbestämbar. Till detta tillkommer att organisationer såsom nätverk på olika vertikala nivåer innefattar andra organisationer. Komplexiteten är således uppenbar eftersom en konkurrensrelationell föreställning baseras på antagandet om betydelsen av konkurrenskraft i förhållande till externa aktörer samtidigt som man eftersträvar enhet och samverkan internt.[152] Med strävan om kunskapskontroll för ögonen står vi således inför en målkonflikt där alla organisationer, såväl sammanslutningar av stater, enskilda stater, regioner, företagssammanslutningar, företag, avdelningar etc., verkar för kunskapsspridning internt och protektionism externt. Institutionernas betydelse för att minska osäkerhet och därtill relaterade transaktionskostnader framstår som en av de hetaste frågorna på agendan inom ekonomisk teori.[153]

[152] Jfr Burke, Genn-Bash & Haines Competion in Theory and Practice s.s. 2–3 (1991).
[153] Jfr Harris, Donald & Veljanovski, Cento: The Use of Economics to Elucidate Legal Concepts: The Law of Contract s.s. 110–111 (1986).

4.3.3 Institutioner för konkurrenskraft och selektion under ideologisk omvandling

När rätten behandlas som drivkraft inom ekonomisk teori används bl.a. begreppet institution.[154] När man inom ekonomisk teori analyserar institutionernas betydelse förefaller inte föreställningarna om normernas innehåll i sig vara det väsentliga, i stället fokuserar man på funktionen i den särskilda ekonomiska kontexten.[155]

Det konkurrensteoretiska idealtillståndets förskjutning från frihet och tävlan till selektion förändrar visserligen inställningen till reglering och offentliga ingripanden också inom ekonomisk teori.[156] Teorier om konkurrens som frihetsrelationer var nära förbunden med en laissez-faire ideologi. Äganderätten såsom en samlingsterm ansågs, tillsammans med principen om avtalsfrihet, utgöra konkurrenskapitalismens rättsliga fundament.[157]

4.3.3.1 Marknadsekonomins institutionella kontext

Karakteristiskt för Schumpeter som lade grunden för selektionstanken är att han betraktar kapitalismens fundament som dynamiska relationer. Dessa påverkas och styrs av institutioner och normer, där bl.a. statsmaktens påverkan på den ekonomiska utvecklingen kommer till uttryck i de regler för äganderätt som upprätthålls.[158] Schumpeter uppvisar härvidlag påtagliga likheter med Marx. Schumpeters innovationsteori innebär dock att han underkänner Marx teori om kapitalismens ofrånkomliga förintande i och med kapitalisternas krympande förutsättningar till mervärden.[159] Han framlägger i sitt arbete "Capitalism, Socialism and Democracy" istället följande profetia om kapitalismens undergång genom sin egen framgång: "The capitalist process, so we have seen, eventually decreases the importance of the function by which the capitalist class lives. We have also seen that it tends to wear away protective strata, to

---

[154] Se ovan i 2.2.

[155] Jfr North, Douglass C. Institutionerna, tillväxten och välståndet s. 64 (1993). North, Douglass C: Where have we been and where are we going? s. 6 (1996).

[156] Selektionstanken återfinner vi även i tidiga institutionella teorier. Se bl.a. Veblen, Thorstein: The Theory of the Leisure Class s. 131 (1970, originalet från 1899).

[157] Detta är den gängse uppfattningen om vad som utmärker den liberala idétraditionen. Jfr Dalberg-Larsen, Jørgen: Retsstaten, velfærdsstaten – og hvad så? s. 34 (1994). Jfr även Aubert, Vilhelm. Continuity and Development s. 173 (1989).

[158] Schumpeter, Joseph: Capitalism, Socialism and Democracy s. 140 (1950).

[159] Schumpeter uttalar sin beundran för Marx som ekonomisk teoretiker i Capitalism, Socialism and Democracy s. 21 (1950). Han menar vidare att man måste skilja mellan Marx insats som ekonomisk teoretiker och som politisk agitator.

break down its own defenses, to disperse the garrisons of its entrenchments. And we have finally seen that capitalism creates a critical frame of mind which, after having destroyed the moral authority of so many other institutions, in the end turns against its own; the bourgeois finds to his amazement that the rationalist attitude does not stop at the credentials of kings and popes but goes on to attack private property and the whole scheme of bourgeois values".[160] Schumpeter efterlyser det normativa erkännandet, stimulerandet och skyddandet av den kreativa process som genererar industriell omvandling.[161] Habermas konstaterar också att Marx och Schumpeter var och en på sitt vis påvisat att det kapitalistiska produktionssättet skall förstås som en mekanism, "vilken tryggar en permanent utvidgning av det ändamålsrationella handlandets subsystemer, och därmed i grunden skakar den institutionella ramens traditionalistiska 'överlägsenhet' gentemot produktivkrafterna."[162]

Visserligen finns det utifrån dagens situation anledning att ifrågasätta Schumpeters analys om den kapitalistiska processens praktiska oförmåga att försvara dess grundläggande institutioner och värden. Om man betraktar Schumpeters uttalande mer som en varning än som undergångsprofetia, kan man med beaktande av senare tids ekonomiskt liberala strömningar konstatera att den hörsammats, i vart fall beträffande behovet av att värna om de kapitalistiska fundamenten.

4.3.3.2 "Spontaneous order" under omprövning

Hayek delar Schumpeters och även Marx evolutionära förståelse av samhällets omvandling såsom relaterad till produktions- och konkurrensförhållanden. Till skillnad från framförallt Marx menar han att offentlig reglering måste stå tillbaka för de institutioner som aktörer på marknader anser skall föreligga, en s.k. "spontaneous order".[163] Den spontana ordningen söker nya vägar med hjälp av den information konkurrensen skapar. Hayek uppvisar härvid, till skillnad också från Schumpeter, en anmärkningsvärt optimistisk tilltro till marknadsaktörernas förmåga.[164]

Det framstår som paradoxalt i sammanhanget att Hayeks och Schumpeters teorier om kollektiva inlärningsprocesser respektive kreativ de-

[160] A.a. s. 141
[161] Schumpeter, Joseph: Business Cycles s. 84 (1939).
[162] Habermas, Jürgen. Teknik och vetenskap som ideologi s. 77 (1984, originalet från 1968).
[163] Hayek, Friedrich: The Political Order of a Free People s.s. 132–133 (1979).
[164] A.a.

struktion har visat vägen till ett förhållningssätt till institutioner där reglering och statsmaktens delaktighet utgör centrala moment.[165] Den industriella utvecklingen har inneburit att strävan efter konkurrenskraft förutsätter vetenskaplig utvecklingskraft, vilket redan därav ställer andra krav på statsmaktens inblandning än vad som ansågs vara fallet då laissez-faire-ideologin var förhärskande. I dag är det allt vanligare att betrakta marknader som vilken annan social organisation som helst, vilka varken kan existera eller fungera utan de institutioner som skapar dem.[166] Intresset för hur nationalstaterna styr innovationsverksamheten har också resulterat i att man numera betraktar globala teknikmarknader som sammanlänkade nationella marknader och innovationssystem, vilka baseras på regler och institutioner.[167]

Teorier i schumpeteriansk anda framförda inom den historiska disciplinen av North, Rosenberg, Birdzell m.fl. och inom den mer företagsorienterade traditionen av Nelson, Freeman, Dosi m.fl. fokuserar alltmer på betydelsen av olika reglerande och deltagande åtgärder från statsmakten. North konstaterar bl.a. att näringslivets konkurrenskraft är beroende av kontinuerlig omstrukturering av hela samhället och inte endast näringslivet i sig.[168] I denna omstrukturering är vi bundna av kollektiva och enskilda beslut som tidigare tagits. Det föreligger enligt North en "path dependence" som resulterar i en stegvis övergång som vi svårligen kan förutse.[169]

Under hela den industriella utvecklingen har patentinstitutets funktioner att stimulera selektion diskuterats. Det har sedan länge också ansetts föreligga en inneboende motsättning i förhållande till den allmänna strävan om att upprätthålla konkurrens. När det önskvärda konkurrenstillståndet nu förskjutits mot selektion förändras emellertid uppfattningen om patenträttighetens konkurrensbegränsande innebörd. Motsätt-

---

[165] Hayek menar precis som Smith att företagens fullkomliga frihet är grunden för konkurrens och drivkraften är egenintresset, samtidigt förfäktar han emellertid betydelsen av att statsmakten intervenerar för att förhindra företagen från att genom samarbete motverka konkurrens. De två momenten skapar enligt min mening en motsägelsefullhet, vilken tydliggörs i ljuset av hans eget resonemang om konkurrens som kunskapsprocess och civilisationens uppbyggnad kring i förväg icke planerade kunskapsgenombrott. Hayek, Friedrich: The Political Order of a Free People s. 68 (1979).

[166] Se exempelivs Zysman, John: Institutions and Economic Development s.s. 411–412 (1996).

[167] Se Nelson, Richard: National Innovation Systems s. 394 (1996). Zysman, John: Institutions and Economic Development s. 436 (1996).

[168] North, Douglass C. Institutions, Organizations and Market Competition s. 8 (1996).

[169] North, Douglass C: Where have we been and where are we going? s. 10 (1996).

ningen mellan konkurrens och ensamrätt framstår inte längre som självklar.[170] Istället framstår patentinstitutet som en tidigare underskattad reglering för att stimulera konkurrenskraft. "The danger posed by inadequate IPR protection is that economic losses suffered by innovating firms could lead to a reduction in the rate of industrial innovation in the United States and other technologically advance countries capable of generating innovations. A lower rate of innovation could, in turn, result in slower world economic growth, which would hurt all countries."[171]

4.3.4 Konkurrenskraftsideologin som normer med strukturella funktioner

I ekonomiska analyser studerar man regelmässigt patentinstitutet och andra regelkomplex utifrån dess funktioner som beteenden i kommersiella relationer. I den dynamiska teorin representerar North en ny inriktning när han talar om "path dependence" och lyfter fram "belief systems" som förklaringsmodell i dynamiken mellan institution och organisation.[172] Analysen av patentinstitutets funktioner kan i enlighet med Norths teorier relateras till konkurrenskraftsideologin som ett idésystem. Jag menar att vi även kan se patentinstitutet som ett inslag i ett rättsligt idésystem.

4.3.4.1 Konkurrenskraftsideologin som idésystem

På idésystemsnivå verkar föreställningar om verkligheten, dvs. ideologier, som normer för beteenden och strategiska överväganden inom ett ekonomiskt handlingssystem.[173] *Föreställningarna inhämtas genom betraktelser av andras, och även egna, beteenden, beslut, uttalanden och teorier.* Genom egna beteenden etc. återförs sedan föreställningar till idésystemsnivå via den administrativa kunskapsprocessen. Vissa föreställningar/ideologier har sådana handlingsdirigerande funktioner i ett kollektivt perspektiv att vi kan tala om dem som normer.

Ett viktigt ställningstagande är att vi i den ideologiska processen selekterar föreställningar utifrån andras agerande m.m. Denna selektion är inte självständig. Vissa föreställningar har en så stark normerande verkan att vi inte kan bortse ifrån dem. Belysande är Kuhns och Poppers påpe-

---

[170] Se bl.a diskusion om Kitchs inflytande i Merges, Robert & Nelson, Richard: On the Complex Economics of Patent Scope s. 872 (1990).

[171] National Research Council: Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technolgy s. 5 (1993).

[172] North, Douglass C: Where have we been and where are we going? s. 10 (1996).

[173] Jfr Hydén, Håkan: Rätten i förvandling – en strukturell teori om normer och regler s. 27 (arbetsutkast).

kande om att teorier fungerar som spelregler för själva vetenskapsprocessen och därigenom är styrande av resultatet.[174] Motsvarande resonemang kan föras beträffande kunskapsprocesser mer generellt. Kreativiteten i olika miljöer bestäms av vissa övergripande föreställningar. Dessa genererar och motarbetar kreativitet, likaväl som de påverkar vilket resultat som skall förmedlas. Ideologier realiseras genom institutionerna och, som Althusser uttrycker det, "interpellerar eller anropar individerna i deras egenskap av subjekt".[175] Framgångsrika ideologier kommer att inom handlingssystemet uppfattas som självklara och av naturen givna.[176] Vissa föreställningar uppfattas som så centrala och självklara att de påverkar och t.o.m. bestämmer vilka andra föreställningar som inhämtas och beaktas såsom relevanta. Jag menar att de föreställningar som jag här diskuterat som konkurrenskraftsideologin besitter en sådan funktion.

Med återkoppling till den ovan beskrivna teknostrukturella alliansen mellan företag och statsmakt finns det anledning att begrunda von Wrights konstaterande att den i industrisamhället förhärskande tillväxtideologin omintetgör förutsättningarna att finna styrmekanismer för att konstruktivt kontrollera den tekniska utvecklingen.[177] Möjligen innebär konkurrenskraftsideologins institutionella förankring att förutsättningarna åter ökar i detta avseende. "What underlies the formation and evolution of institutions? It is the ubiquitous drive to reduce uncertainty–to create order from disorder that leads humans to scaffold both the mental models they possess–ie belief system–and the external environment–ie–institutions."[178] Det paradoxala är i så fall att detta endast är ett biresultat av konkurrenskraftsideologins huvudsyfte att skapa framgång för den egna organisationen oavsett om det är ett företag, en stat eller en sammanslutning av stater. Frågan är dock om denna strävan efter kontroll över de materiella kunskapsprocesserna också kommer att öka vår förståelse av hur vi skall kontrollera styrformerna i sig. Möjligen kan vi betrakta Norths teori om "beliefsystems" som ett steg i denna riktning.

4.3.4.2 Konkurrenskraftsideologin och den ideologiska interaktionen

I den framväxande konkurrenskraftsideologin står vi således inför en si-

---

[174] Kuhn, Thomas. Logic of Discovery on Psychology of Research s. 4 (1981, originalet från 1965).
[175] Althusser, Louis. Ideologi och ideologiska statsaparater s. 141 (1976).
[176] Jfr begreppet doxa, se härom i bl.a Moi, Toril. Att erövra Bourdieu s. 10 (1994).
[177] von Wright. Georg Henrik. Att förstå sin samtid s. 331 (1994).
[178] North, Douglass C: Where have we been and where are we going? s. 19 (1996).

tuation där man upplever att reglering är väsentlig för konkurrenskraft samtidigt som man saknar förutsättningar att överblicka vilka regleringar som är stimulerande på lång sikt. North menar att eftersom institutionerna återspeglar förekommande "belief systems" i samhället måste vi vända oss till det kulturella arvet för att se varför vi misslyckats med att skapa institutioner med kapacitet att gynna kreativitet och ekonomisk omvandling.[179] Precis som Hayek lyfter North fram de kollektiva inlärningsprocesserna mellan olika aktörer (organisationer) som påverkar spelets regler.[180] "Since institutions are a creation of the belief system of those players who can shape the rules of the game we must examine the way diverse belief systems emerge which takes us to the role of time."[181] North menar således att institutionerna är resultatet av aktörernas (organisationernas) samlade föreställningar.[182] En väsentlig nyckel till förståelsen av hur dessa "belief system" utvecklas är enligt North människans drivkraft att förklara osäkerheten, ur vilken även myter, fördomar etc. uppkommer.[183]

Kunskapssociologiskt är komplexiteten påtaglig. Konkurrenskraftsideologin förmedlar föreställningen att kontroll och selektion av kunskap för konkurrenskraft i stor utsträckning är resultatet av hur institutionerna påverkar möjligheterna för en viss aktör att kontrollera materiell kunskap i en konkurrensrelationell kontext. Institutionerna i sin tur bestäms av "belief systems", vilket således resulterar i att i takt med att konkurrenskraftsideologin blir alltmer förhärskande kommer institutionernas funktioner att förändras.

Dalberg-Larsen, som lyfter fram betydelsen av de oavsedda konsekvenserna av vårt handlande, menar också att dagens situation är resultatet av "the unintended consequences of law and State in the previous phases of the evolution and with the unintended consequences of previous ideologies".[184] Ett rimligt antagande är följaktligen att patentinstitutets funktioner måste ses utifrån någon form att "path dependence" där vissa ideologier, medvetet såväl som omedvetet, ges en sådan framträdande betydelse att de avspärrar vissa utvecklingsvägar. Jag menar att vi kan

---

[179] North, Douglass C: Economics and Cognitive Science s. 3 (1996).
[180] Se North, Douglass C: Institutions, Organizations and Market Competition s. 3 (1996).
[181] North, Douglass C: Economics and Cognitive Science s. 3 (1996).
[182] North, Douglass C: Where have we been and where are we going? s. 5 (1996).
[183] North, Douglass C: Economics and Cognitive Science s. 4 (1996).
[184] Dalberg-Larsen, Jørgen. On the evolution of law and the importance of unintended consequences s. 55 (1989). Jfr även David, Paul: Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb s. 21 (1993).

argumentera för att de föreställningar jag i detta avsnitt valt att beteckna konkurrenskraftsideologin har ett strukturellt inflytande på ekonomin som ett handlingssystem och kommer att avspärra konkurrerande värden. En konsekvens härav skulle följaktligen vara att om patentinstitutets ändamål inte är i överensstämmelse med konkurrenskraftsideologin, kommer patentinstitutet att få oavsedda effekter.

4.4 Strävan efter kontroll över kunskapstransaktioner

Teknik kan beskrivas som ett medel att kontrollera naturkrafter. På motsvarande sätt kan vi se patentet som ett medel till individuell kontroll över teknik. Ser vi till patentinstitutet mer generellt framstår detta som ett kollektivt medel att påverka och i viss utsträckning även att kontrollera innovationsverksamhet. Vi kan t.o.m. argumentera för att rätten som sådan är ett medel att kontrollera kunskapsprocesserna i samhället. Bilden blir än mer komplex om vi samtidigt utgår ifrån att det enskilda patentet, patentinstitutet och även rätten generellt är kunskapsprocesser i samhället som behöver kontrolleras.

I detta avsnitt kommer jag att presentera en teori om rättens funktioner som en kommunikativ process. Ambitionen är att teorin i så stor utsträckning som möjligt skall fånga den komplexitet som i realiteten föreligger, varför jag kommer att utforma teorin med utgångspunkt i en diskussion om vad som är betecknande för den kunskapsorienterade marknadsekonomin. Jag kommer i stor utsträckning att förhålla mig till den teoretiska diskussionen i avsnitt 4.2 och till nyare institutionell teori.[185]

4.4.1 Det ekonomiska handlingssystemet som kunskapsprocess

Förståelse för rättens funktioner för kollektiv kontroll över kunskapsproduktionen skall enligt min mening sökas i det dualistiska förhållandet mellan *handlingssystem och idésystem.*[186] Samhället kan analyseras utifrån

---

[185] De mer sociologiskt orienterade teorierna om rätten av framförallt Habermas, Luhmann och Teubner kommer i detta kapitel endast att beröras sporadiskt. Jag kommer att mer ingående behandla dessa i kapitel fem.

[186] Jfr Habermas beskrivning av rätten som ett "system of knowledge" och "system of action". Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s.s. 79–80 (1996, originalet från 1992). Habermas uppdelning skall förstås utifrån hans kommunikativa teori där han kombinerar ett systemteoretiskt perspektiv med det konkurrerande och mer öppna förhållningssätet till samhället som en livsvärld. Se framförallt Habermas, Jürgen: The Theory of Communicative Action, vol. two – The Critique of Funtionalist Reason

en rad olika handlingssystem.[187] Jag kommer i första hand att förhålla mig till ett ekonomiskt, ett rättsligt och ett politiskt handlingssystem. Användandet av handlingssystem är en till sin karaktär förenklande förklaringsmodell. Förenklingen är nödvändig för att vi skall kunna närma oss sambandet mellan helheten och dess olika delar.[188] Samtidigt är det lika väsentligt att reduceringen inte är för långtgående då förklaringsvärdet därigenom begränsas. Jag kommer därför att förhålla mig till handlingssystemet som kontrollstrukturer (governance structures) på olika vertikala nivåer.[189]

4.4.1.1 Ekonomiska handlingssystem och dess kontrollstrukturer

Det ekonomiska handlingssystemet, som regelmässigt analyseras utifrån dess förmåga att förvalta knappa resurser, kan istället analyseras utifrån strävan och förmågan att kontrollera kunskap.[190] Handlingssystemet är inte avgränsat och slutet. Istället kan det karaktäriseras som ett konglomerat av ekonomiska kontrollstrukturer. Fysiska personer är de minsta möjliga kontrollstrukturerna, vilka tillsammans interagerar och skapar företag, organisationer och andra kontrollstrukturer. Varje enhet med viss grad av autonomi utgör en kontrollstruktur som eftersträvar enhet internt och konkurrens externt. Internt är olika kontrollstrukturer sammanlänkade i såväl vertikala som horisontella relationer. Varje kontrollstruktur kan beskrivas som en *holistisk enhet* i förhållande till underordnade strukturerna.

I enlighet med traditionell ekonomisk teori utgör företagen de centrala enheterna.[191] Också vad gäller innovationsverksamhet betraktas företagen som de viktigaste aktörerna.[192] "The firm is the main agent of

---

[187] Analysen skulle exempelvis blivit mer heltäckande om jag förhållit mig till ett sociokulturellt och kanske även ett religiöst handlingssystem.

[188] Jfr Margareta Bertilsson förklaring av systemet som ett ordningsbegrepp i relationen mellan del och helhet. Slaget om det moderna s. 64 (1987). Jfr även Luhmanns beskrivning av sociala system. Luhmann, Niklas: A socilogical theory of law s. 29 (1985).

[189] En intresseväckande beskrivning av begreppen system och struktur finner vi i Eckhoff, Torstein & Sundby, Nils Kristian: Rettssystemer – Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien s.17 (1976).

[190] Jfr Deakin, Simon & Hughes, Alan: Comperative Corporate Governance: An Interdisciplinary Agenda s. 2 (1997).

[191] I den mer dynamiskt orienterade teorin har företaget beskrivits ur en rad olika perspektiv och har karaktäriserats som bl.a. beslutsfattare, produktionsfunktion, intressekoalition, kontraktsnäste, marknadsagent och även kunskapsselekterare. Se Knudsen, Christian: Theories of the Firm, Strategic Management, and Leadership s.s. 179–217 (1995). Jfr även Farjat, Gerard: The Contribution of Economics to Legal Analysis: The Concept of the Firm s.s. 194 (1986).

[192] Detta ifrågasattes visserligen redan av Arrow i "Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention" s. 624 (1962).

innovation. Its strategies, investment, organizational decisions, and technology choices are the source of innovation."[193] Dessa innovationsagenter utgör kontrollstrukturer som i sin tur utgör konglemerat av kontrollstrukturer och som dessutom kan utgöra moment i andra övergripande kontrollstrukturer. Vertikalt kan företaget i ena riktningen ofta delas in i avdelningar som i sin tur består av olika enheter osv. I andra riktningen kan vi urskilja företagsgrupper, nätverk, branscher etc. Den vertikala relationen mellan kontrollstrukturer kan beskrivas som en lojalitetsrelation. Horisontella relationer mellan individer, företag och andra kontrollstrukturer kan beskrivas som konkurrensrelationer. Den vertikala lojaliteten skapar ett tryck att samverka i horisontella relationer. I hierarkiska kontrollstrukturer ökar kraven på vertikal lojalitet och horisontell samverkan.[194]

Systemteoretiskt utgår man ofta från att det inom systemet råder en form av "regulativ ordning".[195] Även enligt mitt betraktelsesätt föreligger en ordning såtillvida att olika kontrollstrukturer befinner sig i olika kontraktuella förhållanden till varandra. Dessa kontraktuella relationers omfattning och intensitet avgör också när man kan betrakta flera kontrollstrukturer som en enhetlig kontrollstruktur.

4.4.1.2 Kontrollstrukturer och kontraktuella relationer

I den nya institutionella teorin framställs strävandet om att öka utvecklingskraften i näringslivet som en fråga om att skapa ekonomiska, sociala och politiska institutioner och organisationer, vilka kontinuerligt omorganiseras i syfte att minska transaktionskostnader.[196] Det ekonomiska handlingssystemets funktioner analyseras också utifrån förutsättningar hos olika aktörer att kontrollera kontraktuella transaktioner.[197]

Williamsson utgör tillsammans med Coase och North förgrundsgestalter i den nya institutionella teorin som menar att kontrollstrukturer och mänskliga relationer skall granskas i ett jämförande kontraktuellt perspektiv där transaktionen är den grundläggande enheten. Avsevärt förenklat består transaktionen i att en vara eller en tjänst i sitt "kommer-

---

[193] Zysman, John: Institutions and Economic Development s. 437 (1996).

[194] Det har bl.a diskuterats varför man inom vissa samhällen, som exempelvis det japanska, har ett större mått av lojalitet inom företaget. Se bl.a. Hirst & Thompson: Globalization in Question s. 149 (1996)

[195] Jfr Bertilsson, Margareta: Slaget om det moderna s. 75 (1987).

[196] North, Douglass C. Institutions, Organizations and Market Competition s. 5 (1996).

[197] Se Williamson, Oliver: Transaction-cost Economics – The Governance of Contractual Relations s. 247 (1979).

sialiseringsled" övergår från ett stadium till ett annat, från råvara till halvfabrikat, från delar till sammansättning, från produktion till distribution, från ett distributionsled till ett annat.[198]

Kommersiell verksamhet enligt transaktionskostnadsanalys är i huvudsak en "mechanism of governance" beträffande olika transaktioner. Företaget beskrives därför som ett kontraktsfäste – "a nexus of contracts", samtidigt som det utmärks av att det föreligger en hierarkisk kontroll över de transaktioner som genomförs enligt de olika kontrakten.[199] I den utsträckning transaktioner genomförs av eller i samverkan med personer som befinner sig utanför den hierarkiska kontrollen, dvs. utanför företaget, anses transaktionerna ske genom särskilda kontrakt enligt traditionell marknadsmodell.[200]

När ett företag för in allt fler transaktioner i kommersialiseringsledet inom organisationen föreligger vertikal integration, vilket kan beskrivas som ett "beslut av företaget att utnyttja interna eller administrativa transaktioner i stället för marknadstransaktioner för att nå sina ekonomiska syften".[201] En "horisontell integration" omfattar istället förfaranden där företaget utökar antalet varor och tjänster, vilket precis som vertikal integration bl.a. kan ske genom förvärv av företag.

Jag menar att de kontraktuella relationerna mellan och inom kontrollstrukturer bl.a. kan analyseras utifrån delaktighet avseende innovationsverksamhet, dvs. utifrån insatserna att gemensamt kontrollera den materiella kunskapsproduktionen. Delaktigheten består härvidlag i ett samordnat mänskligt handlande i en mängd olika sociala relationer.[202] Vi kan urskilja en ekonomisk delaktighet som avser de olika aktörernas finansiering å ena sidan och ekonomiskt utfall å den andra. Särskilt väsentlig är också den till humankapitalet bundna arbetsmässiga delaktigheten, vilken är grunden till det reella tillgodogörandet och omsättandet av FoU inom tillverkning, försäljning osv. Dessutom kan vi urskilja en rättslig

---

[198] Williamson, Oliver: Antitrust Lenses and the Uses of Transaction Cost Economics Reasoning s. 138 (1992).

[199] Williamson, Oliver E: The Mechanism of Governance s. 98 (1996).

[200] A.a. s. 101.

[201] Michael E. Porter, Konkurrensstrategi s. 286 (1980).

[202] Det blir allt vanligare att man som drivkrafterna i framväxten och utvecklandet av företagande talar om samordnat mänskligt handlande. Sven-Erik Sjöstrand: Om företagsformer s. 12 (1993).

delaktighet avseende rätten till de immateriella tillgångarna, dvs. till innovationen, via överlåtelser och licenser.[203]

Delaktigheten mellan olika aktörer i innovationsprocessen, där teknik utvecklas, förädlas och sprids, skapar en mängd kontrollstrukturer i olika dimensioner. I detta kluster av sociala relationer framträder, utöver de enskilda fysiska personerna, olika organiserade enheter.[204] Associationsavtalet utgör, utifrån detta funktionella perspektiv, endast ett kommersiellt alternativ till andra samverkansformer, såsom legotillverkningsavtal, licensavtal, franchiseavtal, distributionsavtal etc., vilka inte skapar någon juridisk person. Licensavtalet kan likväl, precis som associationen, utgöra den formaljuridiska grunden för en stark kontrollstruktur. Bedömningen av delaktigheten är således inte avhängig den formaljuridiska utformningen av den kontraktuella relationen. Samtidigt skall vi inte bortse från den funktionella betydelsen av föreställningen om bl.a. associationens rättskapacitet, enligt vilken personer tillsammans som ett subjekt kan ikläda sig rättigheter och skyldigheter.[205] Den rättsliga associationen, i synnerhet aktiebolaget, är avsedd att utnyttjas för utövande av hierarkisk makt och kan på så vis nästan alltid betraktas som en kontrollstruktur i något avseende. Den institutionella teoretikern Collin beskriver aktiebolaget, inte som ett företag, utan som "en form för kontroll och kapitalförsörjning av företag."[206]

Anlägger man ett transaktionsteoretiskt perspektiv kan företaget således beskrivas som *governance-structures* vars kontraktuella organisation och normstruktur syftar till att kontrollera kunskap.[207] Detta är särskilt påtagligt för de organisationsformer som utgör länkar mellan forskning och industri. Särpräglande för högteknologisk näringsverksamhet är att det förutsätts höga investeringar samtidigt som det s.k. "scrap value" är lågt.[208] Kontraktuella transaktioner som syftar till högteknologisk förny-

---

[203] Beträffande olika former av delaktighet jfr Sandgren, Claes: Statens stöd till forskning och utveckling s.s. 238–273 (1981).

[204] Jfr Mayer, Colin: Corporate Governance, Competition and Performance s. 155 (1997). Jfr även Williamson, Oliver: Organizational Forms and Internal Efficiency – Markets and Hierarchies s. 322 (1973). En belysande presentation av organisationsteori finner vi i Abrahamsson, Bengt: Varför finns organisationer? – Kollektiv handling, yttre och inre logik, se bl. a. s.s. 46–56 (1986).

[205] Jfr bl.a. Nial. Svensk associationsrätt i huvudrag s. 30 (3 uppl. 1985).

[206] Collin, Sven-Olof: Aktiebolagets kontroll s. 3 (1990).

[207] En redogörelse av teorier om företaget som en enhet som producerar och kontrollerar kunskap finner vi hos Tsoukas, Haridimos: The Firm as a Distributed Knowledge System: A Constructionist Approach s.s. 11–25 (1996).

[208] Jfr North, Douglass C. Institutions, Organizations and Market Competition s. 6 (1996).

else kräver därför långsiktighet och kontroll för att man skall kunna nå fram till kommersiell omsättning.

Inom den institutionella teorin drar man slutsatsen att vi för att uppnå effektiva marknader är beroende av institutioner som skapar låga transaktionskostnader. Dessa kostnader är i första hand "the costs involved in protecting property rights, measuring what is being exchanged, and in enforcing agreements."[209] Vad gäller samspelet till äganderätten konstaterar Williamsson att "(i)f investments in knowledge cannot lawfully be protected or if nominal protection [e.g.a patent] is ineffective, then [1] the ex ante incentives to make such investments are impaired and [2] the incentive to embed such investments in protective ex post governance structures are increased."[210]

Även om dessa investeringsrelaterade överväganden inte är de enda, t.o.m. kanske inte ens bland de viktigare, problemställningar vi bör analysera, påvisar Williamsons uttalande ändå samspelet mellan föreställningen om rätten och marknadsorganisationen. En ensamrätt som uppfattas som mindre ändamålsenlig ställer m.a.o. krav på kontraktuell kontroll över vad som ovan beskrivits som teknik- och kunskapsmarknaden inte bara för att tillgängliggöra kunskap utan även för att förhindra icke önskvärt nyttjande.[211]

4.4.1.3 Teknostrukturen som kontraktuella innovationsnät

Betydelsen av teknikmarknaden, som de kanaler och kontaktnät genom vilka företag får tillgång till ny teknik och förmedlar teknik vidare, är så påtaglig i det ekonomiska handlingssystemet att vi kan tala om att vi befinner oss i en nätverksekonomi fokuserad kring kunskapstransaktioner.[212] I en teoretisk modell avseende den materiella kunskapsprocessen beskrivs därför teknikmarknaden lämpligen som kontraktuella relationer vilka främjar interaktionen mellan två kreativa huvudmoment; å ena sidan vetenskap/forskning och å andra sidan kommersiell tillämpning i produkter och processer. Betecknande är således sammanflätningen mellan offentlig och privat verksamhet, vilken grovt förenklat kan hänföras till trepartskonstellationen forskare/vetenskapsmän, offentligt/privat hu-

[209] A.a. s. 10.
[210] Williamson, Oliver E: The Mechanism of Governance s. 114 (1996).
[211] Jfr Jorde, Thomas & Teece, David: Innovation, Cooperation and Antitrust s. 55 (1992).
[212] Se bl.a Håkansson, Håkan: Technological Collaboration in Industrial Networks s.s. 371–379 (1990).

vudmannaskap för forskningsverksamheten och befintligt näringsliv som presumtiva intressenter av verksamhetens resultat.[213] Dessa bindningar mellan olika kontrollstrukturer, vilka tillgängliggör och förmedlar teknik vidare, kan beskrivas som innovationsnät.

Själva nätet består av kommunikativa transaktioner mellan kontrollstrukturer. Transaktionerna innebär att tekniken kontinuerligt förnyas samtidigt som den finner nya kommersiella tillämpningar när den överförs mellan olika företag och teknikområden. Ett tekniskt genombrott inom ett teknikområde fortplantas och leder till förändringar och förbättringar inom andra.[214] Detta är särskilt tydligt avseende nya energikällor och förändringar av vad som kan betecknas tekniska materialiseringsformer, vilka ger tekniken nya medier och dimensioner.[215]

Tankeväckande är att relatera produkt och processuppfinningar i förhållande till varandra. Produktuppfinningen kan mycket förenklat betraktas som ett redan känt sätt att tillverka något nytt medan processuppfinningar utgör ett nytt sätt att producera något redan känt. I sin mer komplexa nätverkskontext kan vi ser hur råvarudefinierade näringsgrenar, som historiskt präglas av processinnovationer, utnyttjar teknik från produktdefinierade industrigrenar som verkstadsindustrin utmärks av.[216] Detta nätverksrelaterade betraktelsesätt är således väl i överensstämmelse med Dahméns teorier om utvecklingsblock, enligt vilken investering i ett nytt kunskapsprojekt genererar nya investeringar.[217] Innovationsprocessen förutsätter härigenom en större samhällelig kommunikativ process där kunskap tillgängliggörs mellan olika kontrollstrukturer.[218] Inte bara uppfinningar, utan även patentstrategier m.m. måste följaktligen betraktas i ljuset av en kommunikativ process.

I enlighet med schumpeterianska och institutionella teorier är det befintliga företag, i första hand de större företagen, som har förutsättningar att utnyttja forsknings- och vetenskapsresultat genom dess maktposition

---

[213] Se bl.a. Armstrong, John: Trends in Global Science and Technology and What They Mean for Intellectual Property Systems s. 192 (1993).

[214] Jfr bl.a. Lieberman, Marvin & Montgomery, David: First-Mover Advantages s. 43 (1988).

[215] Jfr Dutton, H I: The patent system and inventive activity, during the industrial revolution 1750–1852 s. 9 (1985).

[216] Jfr Johansson, Börje: Ekonomisk dynamik i Europa – nätverk för handel, kunskapsimport och innovationer s.s. 108–109 (1993).

[217] Se Dahmén, Erik: Economic-Structural Analysis. s. 12 (1991). Dahmén, Erik: Dynamics of Entrepreneurship, Technology and Institutions s.s. 6–10 (1994).

[218] Dahmén, Erik: Notes on the Concept Development Block and Industrial Transformation s. 63 (1991).

i olika kontraktuella relationer. Detta anses bl.a. bero på att kostnaderna för kontraktuella transaktioner är lägre inom företaget.[219] I den kontraktuella mångfald som föreligger avseende kontroll på teknikmarknaden innehar företaget som hierarki således en särskild position. Transaktionskostnaderna är regelmässigt lägre i förhållande till mer renodlade marknadsöverenskommelser som överlåtelser av FoU-resultat som patenterade uppfinningar och företagshemligheter och till hybrider såsom joint-ventures.[220]

Innovationsnäten anses ofta vara uppbyggda kring ett fåtal större företag.[221] Inom nätverksforskningen beskrivs detta med att det kring vissa dirigerande företag skapas innovationskedjor och länkar av aktörer som antingen tillför kunskap eller skapar förutsättning för avsättning av kunskap.[222] Storföretagens förmåga att kontrollera kunskapsmarknaden är således även relaterat till agerandet i teknikmarknadsrelationer utanför deras hierarkier, vilket i stor utsträckning präglas av strategiska allianser och andra hybridformer där de har förutsättningar att diktera villkoren.[223] Den materiella kunskapsprocessens inverkan på det ekonomiska handlingssystemet förefaller följaktligen i huvudsak vara resultatet av den administrativa kunskapsprocessen inom vissa starka och stabila strukturcentra. Betraktar man den materiella kunskapsprocessens strukturomvandlande inverkan måste man dock modifiera detta förhållningssätt. I enlighet med institutionell teori där industriell omvandling förutsätter institutionell och organisatorisk förändring kan nämligen hävdas att det kontinuerligt krävs tillskapande av nya strukturcentran som slår ut gamla strukturcentran.[224] Kontrollstrukturerna är därför alltid i rörelse, precis som innovationsnäten och teknikmarknaden i sig.

4.4.1.4 Kontrollstrukturerna och det marknadsteknologiska paradigmskiftet

Dahmén menar i sin teori om utvecklingsblock att en teknisk lösning inom ett område måste samspela med andra tekniska framgångar inom an-

---

[219] Williamson, Oliver: Organizational Forms and Internal Efficiency – Markets and Hierarchies: Some Elementary Considerations s. 322 (1973).

[220] Jfr Johansson, Börje. Ekonomisk dynaimk i Europa, nätverk för handel, kunskapsimport och inovationer s. 81 (1993).

[221] Se a.a. s. 58.

[222] A.a. Jfr även Haraldsen, Tone: Teknologi, økonomi og rom s.10 (1994).

[223] Jfr Kotabe, Masaaki & Swan, Scott: The Role of Strategic Alliances in High-technology New Product Development s. 632 (1995).

[224] Se bl.a Glete, Jan. Nätverk i näringslivet s. 25 (1994). Jfr även Habermas, Jürgen. Borgerlig offentlighet s.s. 103–105 (1984, originalet från 1962).

dra områden för att leda till industriell omvandling.[225] Själva omvandlingen består av tre olika processer: utslagning av gammalt, tillskapandet av nytt, samt överföring av resurser.[226] Tillspetsat har, i enlighet med dessa teorier, t.o.m. hävdats att "(o)m innovativa entreprenörer väljer att ansluta sig till existerande strukturer genom att ta anställning i storföretag eller genom att sälja sina företag till sådana innan de vuxit till större omfång, uppstår inga nya centra som kan driva på strukturomvandlingen. Innovationer och framgångsrikt entreprenörskap på mikronivå stannar i så fall på denna nivå och når inte upp på ekonomins mesonivå (strukturcentrats nivå), där de har chans att stöpa om näringslivets grundläggande struktur."[227]

Bildandet av nya strukturcentran kan således ses som resultatet av kampen mellan det gamla och det nya. När ett dylikt genombrott har verkningar i alla sektorer av näringslivet har det beskrivits som ett *marknadsteknologiskt paradigmskifte*.[228] Vi kan i enlighet härmed möjligen konkludera att den tekniska utvecklingens fortskridande, teknikmarknadernas framväxt etc. har resulterat i ett nytt kunskapsfokuserat marknadsteknologiskt paradigmskifte – "the information technology paradigm".

Jag menar följaktligen att Kuhns paradigmbegrepp inte endast är relevant såsom beteckning på en strukturomvandlande process inom vetenskapen, utan även förklarar kunskapsprocessen inom marknader, kanske t.o.m. bättre än inom vetenskapen.[229] Enligt Kuhn verkar förhärskande teorier som normer för vetenskapen, varför ett genomgripande vetenskapligt genombrott, ett paradigmskifte, förutsätter att de normer och värderingar som präglar vetenskapsmännen inte endast ifrågasätts utan även ersätts.[230] Det marknadsteknologiska paradigmskiftet är, om man anpassar Kuhns teori till detta område, inte endast resultatet av den materiella kunskapsprocessen, dvs. av nya omsättningsbara tekniska lösningar, utan kan först ske då institutionerna förändrats och anpassats. North menar också att organisationernas mest framträdande drivkraft –

---

[225] Dahmén, Erik: Economic-Structural Analysis. s. 12 (1991).

[226] En närmare studie av dessa processer finner vi i Lundberg, L: Internationell konkurrens och omvandling – En studie av internationell konkurrenskraft och strukturomvandling i svensk industri (1988).

[227] Glete, Jan: Nätverk i näringslivet s. 25 (1994).

[228] Freeman, Christopher & Perez, Carlota: Structural Crises of Adjustment s. 38 (1988).

[229] Beträffande Kuhns paradigmbegrepp se Kuhn, Thomas: De vetenskapliga revolutionernas struktur s. 46 (1979, originalet från 1962).

[230] Kuhn, Thomas: Logic of Discovery or Psychology of Research s. 2 (1981, orignalet från 1965)).

strävan till överlevnad – kontinuerligt präglas av institutionernas verkan för "the pay-off structure".[231]

I sina tidigare arbeten lyfter North fram betydelsen av statsmaktens omorganisering av äganderätten som det kanske viktigaste inslaget för strukturell omvandling. Den första till industrialiseringen förknippade omorganiseringen av äganderätten i sin vidaste kontext avsåg inordnandet av rätten till kapitalet som produktionsfaktor. Ett centralt exempel på detta anses vara utformningen av bolagsrätten utifrån föreställningen om aktiebolaget som en självständig person och som överlåtbar egendom.[232]

En ytterligare förskjutning av äganderättens fokusering som ett led i den industriella omvandlingen avsåg samspelet mellan äganderätten och innovationsverksamhet, vilken av North beskrivs med följande uttalande. "Utvecklingen av en incitamentstruktur genom patentlagar, lagar om företagshemligheter och andra lagar ökade avkastningen för innovationer och medförde också att det växte fram en uppfinningsindustri som integrerade i den ekonomiska utvecklingen i Västerlandet under nyare tid. Detta utgjorde sedan basen för den andra ekonomiska revolutionen."[233]

Marknadsteknologiska paradigmskiften kan mot bakgrund av tanken om kunskapsprocesser mellan kontrollstrukturer analyseras utifrån ett subjektsförskjutningsperspektiv, där fokuseringen kring individens äganде överges till förmån för ett perspektiv där företag och andra svårbestämbara enheter ställs i centrum. [234] Patentinstitutet utgör i detta sammanhang, precis som aktiebolagsinstitutet, former för kontroll över den materiella kunskapsproduktionen. Utnyttjandet av formen i sig måste betraktas utifrån en kontinuerlig omvandling av befintliga kontrollstrukturer. Först när tekniska genombrott tillsammans med etablerandet av nya kontrollstrukturer lyckas omkullkasta det förhärskande materiella förhållningssättet sker ett marknadsteknologiskt paradigmskifte.

4.4.1.5 Kommunikativa kunskapsprocesser mellan kontrollstrukturer

Jag menar således att det ekonomiska handlingssystemet måste analyseras som ett kollektiv av kontrollstrukturer på olika vertikala nivåer, vilka strävar efter kontroll (governance) över framförallt materiell kunskap. Individen, enheten, företaget, nätverket, branschen, det inhemska näringslivet utgör kontrollstrukturer på olika vertikala nivåer. Med undan-

---

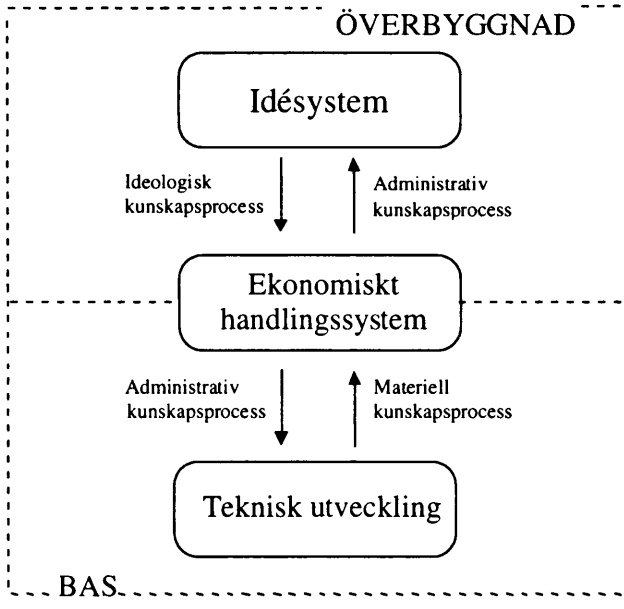
[231] North, Douglass C: Where have we been and where are we going? s. 8 (1996).
[232] Se bl a Hydén, Håkan & Andeberg, Eva. Rätten i förvandling s. 217 (1995).
[233] North, Douglass C. Institutionerna, tillväxten och välståndet s. 117 (1993).
[234] Jfr Grey, Thomas. Ägandebegreppets upplösning s. 243 (1994).

tag från individen baseras samtliga kontrollstrukturer på en abstraktion av intersubjektivt beteende. Vi kan därför också välja hur vi avgränsar den relevanta kontrollstrukturen såsom en vertikal enhet, så länge vi är medvetna om att det endast är en abstraktion. En bild av en kontrollstruktur kan alltid ersättas med en annan bild som tar utgångspunkt i en kontrollstruktur på en annan vertikal nivå.

Förespråkare för en "competence-based theory of the firm" hävdar att företagen skiljer sig från varandra vad gäller "abilities to mobilize resources, identify strategic dimensions and implement strategic changes".[235] Om vi istället tar utgångspunkt i kontrollstrukturen som en abstraktion kan vi på motsvarande sätt konstatera att denna förmåga skiljer sig mellan ekonomiska enheter, kontraktuella nätverk och t.o.m mellan olika stater. Kontrollstrukturen som en holistisk enhet skapas av de underordnade kontrollstrukturernas förmåga att i en intern kommunikativ process tillgängliggöra och tillgodogöra sig kunskap. Det ekonomiska handlingssystemet utgör följaktligen en övergripande kontrollstruktur baserad på en oerhörd mängd kommunikation mellan olika kontrollstrukturer.

Om vi håller fast vid metaforen bas/överbyggnad kan kommunikationen inom såväl som mellan kontrollstrukturer förklaras utifrån de materiella, administrativa och ideologiska kunskapsprocesserna. Den tekniska utvecklingen i basen, innefattande nya tekniska idéer och kommersiella lösningar, utgör såsom en materiell kunskapsprocess den i sista hand avgörande drivkraften för det industriella (materialistiska) samhällets utveckling. Ser vi till överbyggnaden utgör konkurrenskraftsideologin det kanske viktigaste inslaget i ett reproducerande idésystem. Kontrollstrukturernas agerande resulterar i att det via den administrativa kunskapsprocessen produceras nya tekniska idéer och att det genereras nya föreställningar till den ideologiska överbyggnaden. Idésystemet för det ekonomiska handlingssystemet får på motsvarande sätt ses som en holistisk enhet av de underordnade kontrollstrukturernas idésystem.

[235] Dosi, Giovanni & Malerba, Franco: Organizational learning s. 12 (1996).



Nu menar jag visserligen att det inte är nödvändigt att hålla fast vid metaforen, utan att vi som Habermas kan konstatera att även den tekniska utvecklingen är en ideologisk process och att den reproducerande processen utgör ett kretslopp där vetenskap, teknik, industri och förvaltning sluter sig samman.[236] Den tekniska utvecklingen utgör följaktligen även den ett idésystem och den materiella kunskapsprocessen är också en ideologisk kunskapsprocess. Förklaringsmodellen är såtillvida lika användbar även om vi inkluderar den tekniska utvecklingen bland idésystemen. Jag menar dock det är väsentligt att vi förhåller oss till den materiella kunskapsprocessen för att understryka dess betydelse.

Ovanstående bild är illustrativ för såväl hela det ekonomiska handlingssystemet som för en mer avgränsad kontrollstruktur, exempelvis det högteknologiska företaget. Genom den administrativa kunskapsprocessen utvecklar och omsätter företaget egen teknisk kunskap. Man utvecklar också affärspolicys, tillverknings- och exploateringsstrategier etc, vilka genom den ideologiska kunskapsprocessen kommer att verka reproducerande på verksamheten. För att vi skall få en rättvisande bild är det dock nödvändigt att vi lyfter fram det kommunikativa inslaget. Den ideo-

[236] Habermas, Jürgen. Teknik och vetenskap som "ideologi" s. 71 (1984, originalet från 1968). Habermas, Jürgen. Kommunikativt handlande, texter om språk, rationalitet och samhälle s. 374 (1988).

logiska processen selekterar kunskap med ursprung i en mängd olika kontrollstrukturer. Som jag ser det representerar *idésystemet ett kunskapsursprung* och innefattar föreställningar med ursprung i praktiskt handlande, ställningstaganden och teori inom en specifik kontrollstruktur.[237] I den ideologiska kunskapsprocessen måste vi alltså tala om inflytande från olika idésystem.

Patentinstitutets inflytande emanerar huvudsakligen ur ett rättsligt idésystem eftersom föreställningarna har sitt kunskapsursprung inom det rättsliga handlingssystemet. Den administrativa processen inom den ekonomiska kontrollstrukturen genererar föreställningar om patentinstitutets funktion m.m, vilka genom den ideologiska processen kommer att verka normerande på andra ekonomiska kontrollstrukturer. Föreställningar relaterade till patentinstitutet kommer på så vis att selekteras från både rättsliga och ekonomiska idésystem.

4.4.2 Idésystem för privat kunskapskontroll

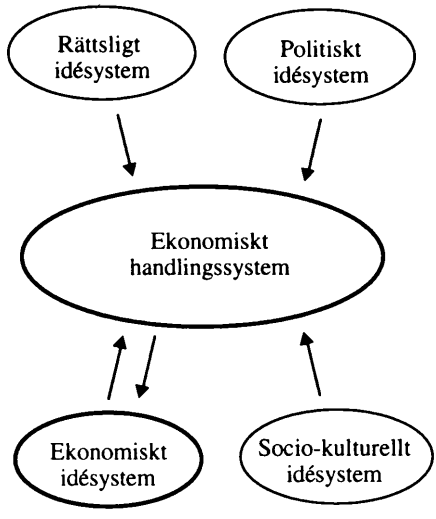
I syfte att gå vidare och öka förståelsen för patentinstitutet som medel i strävan om *privat* kunskapskontroll skall jag följaktligen analysera rätten som en ideologisk kunskapsprocess med strategiska såväl som strukturella verkningar på det ekonomiska handlingssystemets kontrollstrukturer.

4.4.2.1 Ekonomiska handlingssystemet under inflytande av idésystem

För det ekonomiska handlingssystemet kan man enligt min mening urskilja fyra olika influerande idésystem: det ekonomiska, det rättsliga, det politiska och det sociokulturella idésystemet. Varje idésystem korresponderas av ett handlingssystem, dvs. det ekonomiska idésystemet genereras ur det ekonomiska handlingssystemet medan det politiska idésystemet genereras ur ett politiskt handlingssystem osv. I den ideologiska kunskapsprocessen, dvs. vad gäller idésystemens implikationer på ett visst handlingssystem, är föreställningar inom de olika idésystemen konkurrerande.

---

[237] Jfr Eckhoff, Torstein & Sundby, Nils Kristian: Rettssystemer – Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien s. 22 (1976).



Bundenheten mellan handlingssystemet/kontrollstrukturen och det egna idésystemet innebär att när föreställningar från det rättsliga idésystemet tillämpas i det ekonomiska handlingssystemet kommer de, i vart fall vissa, att återföras genom den administrativa kunskapsprocessen till det ekonomiska idésystemet. Patenträttsliga överväganden kommer att överföras till patentstrategiska överväganden osv.

På ett övergripande plan, i förhållande till det ekonomiska handlingsystemet, innefattar det rättsliga idésystemet föreställningar om den administrativa processen i det rättsliga handlingssystemet såsom en rättslig superstruktur innefattande lagstiftare, rättsvetare, domare och myndighetsutövare.[238] Motsvarande kommunikation föreligger inom handlingssystemet eftersom varje kontrollstruktur har sitt eget idésystem. Föreställningen om gällande rätt är därför, precis som teorier och erfarenheter, uttryck för föränderliga argument. Stig Strömholm förklarar att "(d)en vid varje given tidpunkt förhärskande rättsuppfattning och den i varje ögonblick gällande rätten utgör svar på frågor och reaktioner på problem i tiden; rätten uttrycker en människogrupps kollektiva erfaren-

[238] En viktig inspirationskälla är Hydén, Håkan: Rätten i förvandling – en strukturell teori om normer och regler (arbetsutkast). Hydén skiljer mellan ekonomiska handlingssystem, politiskt/administrativa handlingssystem, sociokulturella handlingssystem, naturgivna handlingssystem (teknikexploatering och miljöomvårdnad). Hydén betraktar inte det rättsliga systemet som ett självständigt handlingssystem, utan behandlar istället de olika handlinggsystemen med utgångspunkt i rätten som abstrakt företeelse, se s. 19.

het, i bästa fall ett slags till ord och formler förtätad beprövad samhällelig klokhet, i sämsta hand till handlingsnormer frusna vanföreställningar."[239]

Det ekonomiska idésystemet intar en särställning i förhållandet till andra idésystem beroende på dess särskilda relation till den materiella kunskapsprocessen. Konkurrenskraftsideologin representerar de förhärskande föreställningarna i det ekonomiska idésystemet och dominerar därmed alltmer beteendet inom det ekonomiska handlingssystemet. Detta återverkar både på det rättsliga och det politiska handlingssystemet. Vad gäller inverkan på det ekonomiska handlingssystemet kan den särskilda betydelsen av det ekonomiska idésystemet förklaras redan därav att föreställningar baserade på eget agerande, egna ställningstaganden och teorier har stor betydelse för eget framtida handlande. Viktigt i sammanhanget är dock att "(a) change in action does not necessarily imply a change in strategy. Changes in strategy requires changes in condition-action combination."[240] Den kommunikativa dynamiken mellan de administrativa och ideologiska kunskapsprocesserna innebär dessutom att det långt ifrån alltid är klart när föreställningar härstammar från eget beteende eller för den skull vad de har för ursprung överhuvudtaget.

4.4.2.2 Den ideologiska kunskapsprocessens strategiska funktioner

Det ekonomiska idésystemets särställning innebär att generaliserat ekonomiskt handlande, national- och företagsekonomiska teorier, ekonomiskt politiska tankegångar etc. har en särskild inverkan på de ekonomiska kontrollstrukturernas strategier.[241] Föreställningar om innehållet i gällande rätt och moraliska ställningstaganden relateras till dessa föreställningar. Funktionen av det rättsliga idésystemets föreställningar kan genom den administrativa processen komma att överföras till det ekonomiska idésystemet.[242] Innebörden härav är att i nästa skede kommer den rättsliga föreställningen i det rättsliga idésystemet att kompletteras med en erfarenhetsmässig föreställning utifrån funktionen i det ekonomiska handlingssystemet.

I strävan efter kontroll över den materiella kunskapsprocessen, och även den egna verksamheten, verkar således föreställningarna i idésyste-

---

[239] Strömholm, Stig: Europa och Rätten s. 9 (1991).

[240] MacCrimmon, Kenneth R: Capabilities for Strategic Change s. 218 (1996).

[241] Beträffande strategin som en strävan om styrning av innovationsprocesser se bl.a. Ernst, Holger: The Patent Portfolio for Strategic R&D Planning s. 491 (1997).

[242] Jfr Hydén: Håkan: Retssociologiens relevans vid behandlingen af formueretlige spørgsmål s. 126 (1989).

men som normer för strategiska överväganden. Vad som utgör strategiska normer och vilken prioritet de ges är relaterat till selektionen av föreställningar i de specifika relationerna.[243] Såsom strategiska normer kommer inflytandet från det rättsliga idésystemet att präglas av antagandet om funktionen i den särskilda kontext där det krävs strategiska överväganden. Vilka rättsliga föreställningar som selekteras är dock först och främst beroende av kontrollstrukturens kunskap om resultatet av den administrativa processen i det rättsliga handlingssystemet, dvs. om lagar, förarbeten, domar m.m. Den enskilda kontrollstrukturens strävan efter kontroll över kunskap är beroende av förmågan att dels tillgängliggöra sig olika föreställningar och dels att kommersiellt omsätta dessa föreställningar. Detta gäller även föreställningar med ursprung i det rättsliga handlingssystemet.

I och med konkurrenskraftsideologins fokusering på betydelsen av institutioner kommer inflytandet av det ekonomiska idésystemet som strategiska normer att påverka föreställningarna om rätten.[244] Konsekvensen är bl.a. ett ökande intresse för patentinstitutet. Det strategiska erkännandet av det temporära kunskapsmonopolet återverkar på selektionen av föreställningar från det rättsliga idésystemet, vilket i sin tur innebär att det genereras allt fler patentstrategiska föreställningar. Denna kommunikativa process innebär att föreställningar relaterade till patentinstitutet får allt starkare normerande verkan på det strategiska beteendet.

I dynamiken mellan det ekonomiska handlingssystemet och det rättsliga idésystemet intar avtalsstatutet en särskild position. De administrativa kunskapsprocesserna mellan och inom kontrollstrukturer resulterar i att det utformas ett avtalsinnehåll, eller snarare flera avtalsinnehåll beroende på hur många avtalsparter som är inblandade. Dessa föreställningar om avtalsinnehåll kommer sedan att genom den ideologiska processen verka som strategiska normer för företagens beteenden. Detta gäller framförallt kontrollstrukturens egna föreställningar om avtalsinnehållet, men även andras konkurrerande förställningar kan få inflytande. Modellen förklarar således att ett avtalsförhållande också utgör flera kommunikativa förhållanden där avtalsinnehållet, om man kan tala om ett sådant, befinner sig i kontinuerlig rörelse. Komplexiteten i avtalsprocessen blir härigenom tydlig. Genom den administrativa processen kommer de överenskommelser som gjorts att i större eller mindre utsträckning verka

[243] Jfr Mayer, Colin: Corporate Governance, Competition and Performance s. 153 (1997).

[244] Jfr North, Douglass C: Where have we been and where are we going? s.s. 6–7 (1996).

normerande på selektionen från det ekonomiska idésystemet. Har den administrativa processen resulterat i att avtalet fått en stark normerande kraft kommer föreställningar om avtalsinnehållet att tillmätas betydelse som strategiska normer. Det patenträttsliga uppvaknandet påverkar följaktligen också patentlicensernas strategiska betydelse.[245]

4.4.2.3 Den ideologiska kunskapsprocessens strukturella funktioner

För att man skall förstå dynamiken mellan kunskapsprocesserna inom det ekonomiska handlingssystemet krävs att man lyfter upp analysen på ett mer strukturellt plan.[246] Föreställningar med ursprung i det rättsliga idésystemet har en särskilt betydelsefull uppgift för att det konstitueras organisationer och att det skapas institutioner som kan utnyttjas för att kontrollera kunskap och kunskapsprocesser.[247] Den rättsliga föreställning som innehar de mest framträdande strukturella funktioner är givetvis föreställningen om avtalets bindande verkan. Funktionellt kan denna föreställning i princip betraktas som en delegation från statsmakten att rättsbilda i avgränsade relationer. Föreställningen är av fundamental betydelse för att det skall konstitueras organisationer och andra kommersiella relationer. Även på en mer övergripande strukturell nivå kan vi konstatera att föreställningen är avgörande för utvecklandet av nya branscher, marknader o.s.v. Andra exempel på rättsliga föreställningar som konstituerar marknadens subjekt och objekt är föreställningar om olika rättsliga associationer och om immaterialrättigheter. På en övergripande strukturell nivå kan vi också konstatera att utan exempelvis föreställningar om upphovsrättsinstitutet hade vare sig mediasektorn eller programvarumarknaden sett ut som den gör i dag. Även föreställningar om patentinstitutet får i och med uppvaknandet en allt mer strukturell position och vi kan numer ifrågasätta om de är direkt bidragande till att det framträder teknik- och kunskapsmarknader.[248]

Med utgångspunkt i dynamiken mellan handlingssystem och idésystem kan vi dock konstatera att det är en förutsättning att vi förstår det rättsliga idésystemets strategiska funktioner för att vi skall kunna bilda

---

[245] Jfr bl.a Ernst, Holger: The Patent Portfolio for Strategic R&D Planning s. 492 (1997).

[246] Jfr Trubek, David: Critical Legal Studies and Empiricism s. 91 (1986). Jfr även Hydén, Håkan: Rätten i förvandling – en strukturell teori om normer och regler s. 27 (arbetsutkast).

[247] Jfr Christie, Nils: Samhällsförändringar och mänskliga anpassningsproblem s.s 11–14 (1974).

[248] Se vidare om patentinstitutets strukturella funktioner i avsnitt 4.5.

oss en uppfattning om dess strukturella funktioner. Vi måste förstå hur konkurrenskraftsideologin verkar avspärrande vid kontrollstrukturernas selektion av föreställningar från olika idésystem. Dessutom måste vi förstå hur olika rättsliga föreställningar förvanskas vid selektion och även ges en strategisk innebörd i den administrativa processen. Teubner tillhör dem som uppmärksammar den komplexa omvandlingen av de industriella strukturerna: "Contrary to the view of economists, with the exception perhaps of Nelson and Winter, the boundary between the economy's spontaneous and organized spheres, between 'market and hierarchy', is not constituted by rational choice but by evolution."[249]

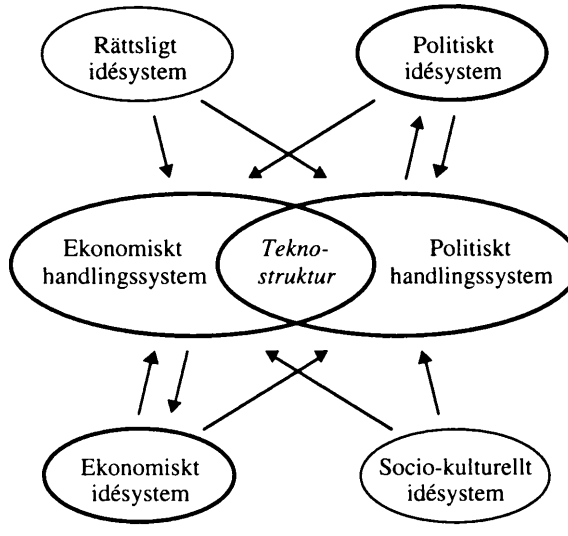
4.4.3 Offentlig delaktighet för privat kontroll över materiella kunskapsprocesser

Ett nödvändigt steg mot en ökad förståelse av evolutionen är att vi skapar oss en bild av statsmaktens delaktighet för att stimulera kontroll över materiell kunskap i det ekonomiska handlingssystemet. Jag menar att den alltmer väsentliga teknostrukturella alliansen mellan statsmakten och näringslivet i syfte att generera nya innovationer förklaras utifrån hur det ekonomiska handlingssystemet och det politiska handlingssystemet överlappar varandra.

Teknostrukturen utgör enligt min mening något av en superstruktur inom det ekonomiska handlingssystemet. Statsmaktens delaktighet består i stor utsträckning av att tillhandahålla FoU-resurser, men också i att skapa kommersiella länkar för nya näringar och för att förse det etablerade näringslivet med kunskap. Exempel på sådana länkar är teknikparker, innovationscentra etc., vars tekniskpridande näringsverksamhet utgör materiella kunskapsprocesser för andra aktörer. Verksamheten i teknostrukturen präglas av föreställningar från det ekonomiska idésystemet om hur man genom delaktighet kan gynna kunskapskontroll inom det inhemska näringslivet. Två fundamentala föreställningar i detta avseende är att mängden tillgänglig kunskap kontinuerligt ökar för det inhemska näringslivet och att kostnaderna för att omsätta kunskapen inte ökar mer än den produktivitetsvinst som uppnås därigenom.[250] Eftersom utfallet härvidlag alltid innefattar ett mått av risktagande, uppställs förväntningar på statsmaktens ekonomiska delaktighet avseende riskkapi-

[249] Teubner, Gunther: Law as an Autopoietic System s. 135 (1993).
[250] Jfr North, Douglass C. Institutions, Organizations and Market Competition s. 16 (1996).

tal.[251] Finansieringsbolag, venturekapital-marknader, innovationsbörser etc. skapas därför ofta med statsmaktens kommersiella delaktighet. Galbraith konstaterar beträffande de moderna bolagen att de i ökad utsträckning arbetar tillsammans med byråkratin och fordrar byråkratins delaktighet avseende uppgifter de själva inte kan utföra så väl, vilket i takt med den industriella omvandlingen resulterat i "en nära fusion mellan det industriella systemet och staten i verksamheter som fordrar avancerad teknik."[252] Konkurrenskraftsideologins reproducerande funktioner har på så vis resulterat i en *överlappning* mellan det ekonomiska och politiska handlingssystemet.



Handlingssystemens överlappning avser statsmaktens och storindustrins kommersiella delaktighet i den teknostrukturella allians som syftar till att det inhemska näringslivet skall generera och kontrollera innovationer i så stor utsträckning som möjligt. I enlighet med konkurrenskraftsideologin kommer den högteknologiska utvecklingen inom näringslivet att öka kraven på statsmaktens inblandning, vilket bl.a. resulterat i att marknadens konkurrensrelationer alltmer sträcker sig ända in i den traditionellt akademiska vetenskapsvärlden.[253]

Eftersom de offentliga aktörernas kommersiella delaktighet direkt syftar till att kontrollera de materiella kunskapsprocesserna i basen kom-

[251] Jfr Sandgren, Claes. Statens stöd till forskning och utveckling s. 238 (1981).
[252] Galbraith, John Kenneth. Den nya industristaten s. 314 (1969).
[253] Jfr Dalberg-Larsen, Jørgen: Retsstaten, velfærdsstaten – og hvad så? s. 161 (1984).

mer överlappningen mellan handlingssystemen att inta en särställning avseende samhällsomvandlingen och återverkan på det politiska idésystemet. Den administrativa processen inom teknostrukturen är kunskapsursprung för föreställningar inom det politiska såväl som ekonomiska idésystemet. Konkurrenskraftsideologins implementerande i det politiska idésystemet resulterar bl.a. i föreställningen att den moderna industristaten är beroende av att det kontinuerligt utvecklas högteknologiska innovationer vilka omsätts inom det inhemska näringslivet. Inom det politiska handlingssystemet har statsmaktens traditionella styrmedel alltmer kommit att kompletteras av kontraktuella styrmedel.[254] I överlappningen befinner vi oss således i ett dubbelspel där statsmakten intar rollen som medlare, med ansvar för samhället i stort, och samtidigt är direkt delaktig i kontraktuella relationer med vissa kommersiella aktörer.[255]

Jag menar att överlappningen med det ekonomiska handlingssystemet har inneburit att traditionella principer om forskningens frihet etc. får stå tillbaka för strategiska överväganden om utnyttjande av patentsystemet.[256] T.o.m. det samhälleliga ansvaret att åstadkomma kontroll över den materiella kunskapsproduktionens generella verkningar på samhället, får stå tillbaka för strävan om att näringslivet skall nå kommersiell kontroll i så stor utsträckning som möjligt.

4.4.4 Konkurrenskraftsideologins inflytande på det politiska handlingssystemet

Även det politiska handlingssystemet bör analyseras som kontrollstrukturer på olika vertikala nivåer. Antagandet om det politiska handlingssystemet som olika kontrollstrukturer påvisar bl.a. att nationalstaten och statsmakten som en systematisk enhet svårligen är att betrakta som en ens i teoretiska sammanhang stabil enhet, vilket många gånger tas för givet såväl i rättsliga som politiska sammanhang. Vi kan t.o.m. argumentera för att staten som en "koalition av koalitioner" framstår som en allt svagare koalition, samtidigt som nya koalitioner blir mer framträdande.[257] Enligt min terminologi utgör staten en kontrollstruktur, innefattande kontrollstrukturer, vid sidan av andra kontrollstrukturer.[258]

---

[254] Jfr Sandgren, Claes: Utvecklingstendenser inom avtalsrätten s. 94 (1993).

[255] Jfr Febbrajo, Alberto: The Rules of the Game in the Welfare State s.s. 144–145 (1985).

[256] Se vidare nedan i avsnitt 4.5.

[257] Jfr Hettne, Björn. Internationella relationer s. 18 (1992).

[258] Jfr Marcuse som beskriver samhället såsom ett "sammanhang av sammanhang". Marcuse, Herbert: Den endimensionella människan s. 179 (1969, originalet från 1964).

Politiska kontrollstrukturer (governance structures) skall följaktligen inte endast relateras till nationalstaten utan måste delas upp i fler nivåer. Hirst och Thompson, som studerar den internationella utvecklingen, använder sig av fem "governance levels", där den högsta nivån i dagsläget är kontroll som sker genom avtal mellan de stora industriblocken, d.v.s. Europa, Japan och Nordamerika. En andra nivå är den kontroll som sker genom att ett stort antal stater etablerar internationella organisationer som t.ex. WTO. Som en tredje nivå betraktar de den kontroll som sker inom regioner av stater som EU och NAFTA. Den fjärde nivån är den nationella kontrollen och den femte den regionala/lokala kontrollen.[259]

Konkurrenskraftsideologin har alltså kommit att ges en alltmer framträdande strategisk betydelse också inom det politiska handlingssystemet. En vanlig politisk föreställning är att det ekonomiska systemet internationaliserats i sådan grad att nationalstaterna måste konkurrera med varandra om att erbjuda mest gynnsamma villkor för företag.[260] Föreställningen är i princip förekommande på alla vertikala nivåer. Exempelvis kan vi betrakta EU som en kontrollstruktur som stöder innovationsprocessen internt och som i förhållande till externa kontrollstrukturer som USA och Japan vill skapa ett så gynnsamt institutionellt klimat som möjligt.[261]

I enlighet med konkurrenskraftsideologins implementering i det politiska idésystemet har aktörerna inom det politiska handlingssystemet, oavsett nivå, att utforma spelregler som på strukturell och strategisk nivå resulterar i att det selekteras ny materiell kunskap in i det ekonomiska handlingssystemet och att transaktionskostnaderna för kontrollen över den materiella kunskapen inte blir för stora. "The inability to have low costs specification of the attributes being exchanged and enforcement of agreements in economic markets is ultimately a function of the political markets of economies because it is the polity that specifies the property rights and provides the instruments and resources to enforce contracts."[262]

När vi nu också analyserar det politiska handlingssystemet som kontrollstrukturer avseende kunskapsprocesser blir det än mer uppenbart att vi befinner oss i ett komplext och pluralistiskt samhälle där " the rule of

---

[259] Hirst & Thompson: Globalization in Question s.s. 121–122 (1996)

[260] Jfr a.a. s. 1. Jfr även Porter, Michael E. The competitive advantage of nations s. 30 (1990).

[261] Hirst & Thompson: Globalization in Question s. 152 (1996).

[262] North, Douglass C. Institutions, Organizations and Market Competition s. 11 (1996).

law" blir allt väsentligare.[263] I förhållande till det politiska handlingssystemet bör vi urskilja ett rättsligt handlingssystem, vilket innefattar de kontrollstrukturer som genom sina administrativa kunskapsprocesser genererar det underlag utifrån vilket föreställningar om vad som utgör gällande rätt selekteras.[264] Precis som i förhållandet mellan det ekonomiska och politiska handlingssystemen föreligger det dock överlappningar i förhållande till det rättsliga. Jag menar exempelvis att lagstiftningsprocessen sker i överlappningen mellan det rättsliga och politiska handlingssystemet.[265] Betraktar man det rättsliga handlingssystemet som olika kontrollstrukturer kan man omöjligen bortse ifrån bundenhet till statsmakten och den parlamentariska processen.[266] För den demokratiska legitimiteten är det självfallet väsentligt att den parlamentariska kontrollstrukturen verkar som någon form av överordnad kontrollstruktur i förhållande till kontrollstrukturer inom det rättsliga handlingssystemet. Den europeiska dimensionen och den rättsliga integration som sker inom ramen för den europeiska unionen ger emellertid det rättsliga handlingssystemet en ny överordnad maktsfär.[267] Samtidigt är det uppenbart att statsmakten vare sig på EU-nivå eller på nationell nivå är en enhet eller rationell planläggare.[268] Också det rättsliga handlingsystemet bör betraktas som en kontrollstruktur, vilken innefattar andra kontrollstrukturer på olika vertikala nivåer.[269]

---

[263] Jfr Hirst & Thompson: Globalization in Question s. 193 (1996). Jfr även Broekman, Jan. Legal Subjectivity as Precondition for the Intertwinement of Law and the Welfare State s. 86 (1986).

[264] Jfr Dahlberg-Larsen som menar att med utgångspunkt i den juridiska professionen kan bestämma rätten som ett socialt system. Dalberg-Larsen, Jørgen: Retsstaten, velfærdsstaten – og hvad så? s. 25 (1984).

[265] Jfr Eckhoff, Torstein & Sundby, Nils Kristian: Rettssystemer – Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien s. 264 (1976).

[266] Habermas, Jürgen: Law as Medium and Law as Institution s. 207 (1986).

[267] Om samspelet mellan industriella utveckling, nationalstaternas upplösning och europeisk integration, se bl a. Allart, Erik. The Nation State and Nationalism with Different Forms of Technology s. 87 (1993).

[268] Dalberg-Larsen, Jørgen: Retsstaten, velfærdsstaten – og hvad så? s. 175 (1984).

[269] Jfr Teubner, Gunther: 'Global Bukowina' – Legal Pluralism in the World Society s. 12 (1997).

4.5 Patentinstitutets funktioner för kontroll över industrisamhällets omvandling

I detta avsnitt skall jag diskutera patentinstitutets funktioner och legitimitet i det ekonomiska handlingssystemet. Med utgångspunkt i förhållandet mellan handlings- och idésystem är det min ambition att öka förståelsen för hur patenträtten, såsom resultatet av en administrativ kunskapsprocess inom ett rättsligt handlingssystem, påverkar kontrollen över kunskap bland det ekonomiska handlingssystemets kontrollstrukturer. Jag skall följaktligen analysera patentinstitutets påverkan som en ideologisk kunskapsprocess där de ekonomiska kontrollstrukturernas föreställningar om patenträtten sammanförs med patentstrategiska överväganden och andra föreställningar om att generera konkurrenskraft.

Jag kommer i detta avsnitt att återvända till den ekonomiska patentteorin. Huvudsakligen kommer jag att förhålla mig till de mer evolutionärt orienterade teorier som bl.a. beskriver patentsystemet som "social structures that improve the appropriability of returns from innovation".[270] Dessa analyser baseras ofta på empiriska undersökningar av beteenden och uttalade föreställningar inom olika sektorer och företag.[271] Betecknande för det teoretiska förhållningssättet är Nelsons m.fl. ställningstagande om att "the mere existence of a patent or other legal protection says nothing about its efficacy in a competitive context".[272]

4.5.1 Patentinstitutet som idésystem och som handlingssystem

Av hittillsvarande analys följer att patentinstitutets funktion såväl som dess legitimitet skall förstås utifrån en kommunikativ process i dynamiken mellan kontrollstrukturer och idésystem. Institutets funktion är resultatet av de samlade patenträttsliga föreställningarnas normerande verkan på det ekonomiska handlingssystemets kontrollstrukturer. Funktionen påverkas följaktligen av strategiska föreställningar om patent och dess betydelse från det ekonomiska idésystemet. Redan i det förenklade förhållandet mellan de rättsliga och ekonomiska handlingssystemen är

---

[270] Levin, Klevorick, Nelson & Winter: Appropriating the Returns from Industrial Research and Development s. 816 (1987).

[271] Ett intressant exempel är Nelson m.fl. omfattande empiriska studie av företags attityder och beteenden vad gäller att patentera produkter i förhållande till processer, att patentera för att förhindra plagiat i förhållande till att generera licensintäkter etc. Levin, Klevorick, Nelson & Winter: Appropriating the Returns from Industrial Research and Development s.s.783–820 (1987).

[272] A.a. s. 817.

det kommunikativa inslaget uppenbart. Den administrativa processen inom det rättsliga handlingssystemet genererar föreställningar om vad som är patenterbart, omfattas av patent, kommer utgöra patentintrång etc. Dessa föreställningar kommer i den ideologiska processen påverka beteenden bland de ekonomiska handlingssystemets kontrollstrukturer. Den administrativa processen i det ekonomiska handlingssystemet, dvs. själva agerandet, resulterar i att patenträttsliga erfarenheter kan selekteras till det ekonomiska idésystemet såsom strategiska överväganden. Patentinstitutets legitimitet är också relaterad till dessa erfarenhetsmässiga föreställningar.

Den ideologiska processen är förvanskande till sin karaktär. Eftersom funktionen är beroende av de patenträttsliga normernas tillgänglighet och kontrollstrukturernas förmåga att tillgodogöra sig desamma är risken för missförstånd betydande.[273] Varje kommunikativt steg kan resultera i ökad förvanskning, men även i ökat klargörande. Legitimitetsprocessen innefattar i sin tur ytterligare förvanskande moment eftersom den är beroende av förutsättningarna hos kontrollstrukturerna att förstå patentinstitutets funktion och att tillgodogöra sig andras föreställningar därom.

Konkurrenskraftsideologin kommer att ha ett direkt inflytande på såväl patentinstitutets legitimitet som på dess strategiska funktioner och det oberoende av vilken kontrollstruktur vi väljer att analysera. Patentinstitutets legitimitet är direkt relaterad till huruvida dess funktioner uppfyller de olika kontrollstrukturernas föreställningar om vad som gynnar den egna konkurrenskraften. Legitimiteten är i sin tur avgörande för i vilken utsträckning företagen strategiskt kommer att tillgodogöra sig patenträttsliga föreställningar och att anpassa sitt beteende, vilket kommer ge institutet förändrade funktioner och därmed nytt underlag för förändrad legitimitet o.s.v. Just nu är det uppenbart att vi befinner oss i en kunskapsprocess där patentstrategiska överväganden och agerande ges allt större strategisk betydelse.[274]"With the general strengthening of intellectual property protection has come recognition that it is more than a

[273] Jfr Pavitt, Keith. Technology Transfer Among the Industrially Advanced Countries: An overview s. 6. (1985).

[274] Vi kan också se en utveckling där patentinformation m.m används i syfte formulera konkurrensstrategier och att bedöma andras konkurrenskraft m.m Se exempelvis Brockhoff, Klaus: Instruments for patent data analyses in business firms s.s. 41–58 (1992). Mogee, Mary: Using Patent Data for Technology Analysis and Planning s.s. 43–49 (1991). Narin, Smith & Albert: What patents tell you about your competition s.s. 52–59 (1993).

tactical concern. A business or technology strategy is incomplete unless it addresses intellectual property."[275]

Än mer intressant blir det när vi hävdar att konkurrenskraftsideologins inverkan på patentinstitutets legitimitet inte endast är relevant i en konkurrensrelationell kontext mellan företag, utan även i relationer som innefattar offentliga aktörer och t.o.m. mellan nationalstater.[276] När vi analyserar patentinstitutets inverkan på det ekonomiska handlingssystemet är således inte endast uppfinnare och företag relevanta kontrollstrukturer. Organisationer inom teknostrukturen såsom forskningsinstitut och högskolor får allt större betydelse. Statsmaktens olika näringsorienterade myndigheter blir också allt mer engagerade i patentrelaterade frågor.[277] Dessa kontrollstrukturer är särskilt intressanta eftersom de befinner sig i överlappningen mellan de ekonomiska och politiska handlingssystemen.

Vi kan även betrakta den administrativa kunskapsprocessen i det rättsliga handlingssystemet som patentinstitutet. Konkret består patentinstitutet av handlanden manifesterade i patentlagen, patentverkets meddelade beslut m.m. Strukturellt sett är patentinstitutet knutet till verksamheten inom kontrollstrukturer som patentverk, domstolar m.fl. Patentverkets förprövning, beviljande av patent och invändningar m.m. representerar det oförvanskade kunskapsursprunget. Motsvarande gäller de judiciella kontrollstrukturernas verksamhet när de prövar patenträttsliga konflikter rörande intrång, ogiltighet, överföring m.m. Dessa administrativa kunskapsprocesser inom de dömande kontrollstrukturerna kommer i större eller mindre utsträckning verka normerande på selektionsprocessen hos andra kontrollstrukturer såväl inom det rättsliga handlingssystemet som inom det ekonomiska. När kontrollstrukturer från det ekonomiska handlingssystemet konfronteras med konkreta ärenden hos patentverk och domstolar är kommunikationen särskilt intensiv. De konkreta föreställningar som selekteras om bedömningen av uppfinnarinsatser, patenterbarhet, skyddsomfång, otillåtna beteenden o.s.v. kommer att påverka generella föreställningar om vad som är rättens innehåll såväl bland de rättsliga som ekonomiska handlingssystemens kontrollstrukturer.

---

[275] Shapiro, Amram: Respond to the Changing Patent System s. 42 (1990).

[276] Se bl.a Armstrong, John: Trends in Global Science and Technology and What They Mean for Intellectual Property Systems s. 198. Shapiro, Amram: Respond to the Changing Patent System s. 38 (1990).

[277] Jfr Andersen, Mads Bryde: Immaterialret og marked – et indlæg i diskussionen om ophavsrettens forhold till den almindelige konkurrenceret s. 409 (1993).

Sammanfattningsvis måste vi, för att förstå patentinstitutets kommunikativa funktioner, omväxlande betrakta det som moment i rättsliga idésystem respektive som moment i rättsliga handlingssystem.

4.5.2 Patentinstitutets strukturella inverkan på samhället och dess kontrollstrukturer

När vi analyserar patentinstitutets funktioner bör vi alltså skilja mellan dess strukturella och strategiska funktioner.[278] Såvitt avser de strukturella funktionerna är det väsentligt att bestämma på vilken strukturell nivå vi analyserar patentinstitutets inverkan. Utifrån ett strukturellt perspektiv kan vi analysera patentinstitutet i en kontext där institutet har bidragande funktioner till att det konstitueras kontrollstrukturer på olika nivåer, vilkas verksamhet resulterar i att det selekteras ny kunskap, nya innovationer, nya industrigrenar osv.[279] Betraktat ovanifrån kan vi fråga hur patentinstitutet påverkar samhället och den industriella inriktningen generellt, dvs. vi analyserar inverkan på det västerländska samhället som någon form av övergripande kontrollstruktur. Vi kan också granska inverkan på nya och gamla tekniska branscher som kontrollstrukturer. Ju längre ner vi kommer bland de vertikala strukturnivåerna, ju mer konkret blir samtidigt patentinstitutets strukturella funktioner. Vi kan bl.a. granska hur patentinstitutet lägger grunden till samverkan mellan individer och på så vis genererar nya företag inom det ekonomiska handlingssystemet.

4.5.2.1 Patentinstitutets reproduktion av ett funktionellt egendomsbegrepp

Kommunikationen mellan de rättsliga och ekonomiska handlingssystemen påverkar kontinuerligt vad som är egendom och även vad rätten därtill innefattar.[280] Föreställningar om uppfinningar, om patent som egendom såväl som rättighet, skiljer sig mellan olika kontrollstrukturer. Den vertikala lojaliteten inom kontrollstrukturer gör det dock relevant att tala om en föreställning, vilken följaktligen består av ett i vissa avseenden gemensamt förhållningssätt mellan underordnade kontrollstrukturer. Horisontellt sett innebär dock de ideologiska kunskapsprocesserna att föreställningarna hos en kontrollstruktur påverkar andra kontrollstrukturer

---

[278] Jfr Foray, Dominique: The economics of knowledge distribution and the patent system s. 5 (1998).

[279] Jfr North, Douglass C: Institutionerna, tillväxten och välståndet s. 60 (1993).

[280] Jfr Cain, Maureen & Hunt, Alan: Marx and Engels on Law s. 67 (1979). Jfr även Demsetz, Harold: Toward a Theory of Property Rights s. 350 (1967).

som ger egendomen och rätten en ny innebörd genom sitt administrativa handlande osv.

Vi kan härvidlag fråga oss i vilken utsträckning det beror på det rättsliga respektive det ekonomiska handlingssystemets kontrollstrukturer att vi betraktar uppfinningar och patent som rättsliga objekt. Det är fullt möjligt att det rättsliga handlingssystemets kontrollstrukturer givit uppfinningen en innebörd som ett immateriellt objekt i sina administrativa kunskapsprocesser. Denna föreställning har sedan selekterats av det ekonomiska handlingssystemets kontrollstrukturer. Å andra sidan kan vi också tänka oss att det är den materiella kunskapsprocessens inverkan på de ekonomiska kontrollstrukturerna som innebär att de ställer anspråk på kunskap som egendom, vilket sedan de rättsliga kontrollstrukturerna tar till sig via den egna ideologiska selektionsprocessen.

Om vi för enkelhetens skull utgår från Marx dialektiska ställningstagande att den industriella omvandlingen förändrar och utvecklar egendomsrätten, samtidigt som egendomsrätten reproducerar produktivkrafterna och de därtill förknippade maktstrukturerna i det kapitalistiska samhället, kan vi urskilja två huvudriktningar i den annars så mångfacetterade kommunikativa processen.[281] I detta avsnitt skall jag begränsa mig till att se hur patentinstitutet genom en ideologisk kunskapsprocess påverkar och reproducerar det ekonomiska handlingssystemets kontrollstrukturer.[282]

4.5.2.2 Patentinstitutets industriellt dirigerande funktioner[283]

North som menar att patentinstitutet varit en avgörande drivkraft för samhällsomvandlingen hävdar att "(n)är tekniken väl börjar utvecklas i en viss riktning och detta leder till ökad avkastning, kan alternativa utvecklingsvägar och alternativ teknik komma att väljas bort och utvecklingen således ledas i en speciell riktning."[284] Den schumpeterianska teorin lär oss vidare att vi måste se till patentinstitutets samhällsomvandlande funktioner efter själva FoU-stadiet.[285] Strukturellt sett bör vi därför inte endast fråga oss hur patentinstitutet verkar som incitament för uppfinnande, utan också i vilken utsträckning det genererar motiv för att bedriva innovationsverk-

---

[281] Jfr Cain, Maureen & Hunt, Alan: Marx and Engels on Law s. 67 (1979).
[282] Se om den andra huvudriktningen i avsnitt 5.3.
[283] Se ovan i avsnitt 3.3.
[284] North, Douglas. Institutionerna, tillväxten och välståndet s. 118 (1993).
[285] Jfr Eisenberg, Rebecca: Patents and the Progress of Science – Exclusive Rights and Experimental Use s. 90 (1991).

samhet, att finansiera innovationer, att förvärva innovationer, att distribuera och sälja nya produkter etc.[286] Vi måste också fråga oss hur institutet bidrager till att det skapas kontrollstrukturer inom det ekonomiska handlingssystemet. Patentinstitutets inverkan som incitament i dynamiken mellan teknisk förändring, industriell förändring, det ekonomiska systemets förändring och samhällets förändring måste nämligen ses i ljuset av hur patentinstitutet bidrar till tillskapandet och förändringen av olika kontrollstrukturer såsom företag inom nya teknikområden, branscher etc.

I enlighet med den gängse uppfattningen skulle vi således kunna argumentera för att utan patent eller annat immaterialrättsligt skydd hade det inte skapats incitament för FoU, investering och innovativa marknadsåtgärder inom nya teknikområden som genteknik, microelektronik, informationsteknik etc. Omvänt innebär detta ställningstagande att förekomsten av immaterialrättsligt skydd är grunden för förekomsten av nya företag som samlat genererar nya branscher.[287] Incitamentet för en samhällsomvandling i denna tekniska riktning skulle härigenom också vara grunden till föreställningen om kunskapssamhället som kontrollstruktur. Vi kan idag också finna analyser som poängterar patentinstitutets strukturella funktioner i en utveckling mot "privatization of knowledge"[288]

Osäkerheten om patentinstitutets strukturella inverkan är också skälet till att vi alltid kommer att ha svårt att ta ställning till om patentinstitutet har en samlad positiv funktion. Samhället skulle förmodligen se helt annorlunda ut utan patentinstitutet. Huruvida det hade varit ett bättre eller ett sämre samhälle kan vi svårligen ta ställning till. Det är dock på intet sätt självklart att patentinstitutet skulle ha så ingripande funktioner som jag här låter påskina, även om det kommunikativa skede vi nu befinner oss i alltmer pekar i denna riktning.[289]

---

[286] Jfr Besen, Stanley & Raskind, Leo: An Introduction to the Law and Economics of Intellectual Property s. 6 (1991). Frischtak, Claudio: Harmonization Versus Differentiation in Intellectual Property Right Regimes s. 94 (1993).

[287] Se bl.a. Cubert, Jeremy; U.S. Patent Policy and Biotechnology: Growing Pains On the Cutting Edge s. 174 (1995).

[288] Foray, Dominique: The economics of knowledge distribution and the patent system s. 20 (1998).

[289] Nelson m.fl. konstaterar helt korrekt att analyser om patentinstitutets funktioner är utspridda och motsägelsefulla, vilket sammantaget ger en osäker bild. Samtidigt är deras egen studie, tillsammans med de som gjorts av Teece m.fl. uttryck för den ökade uppmärksamheten på patentinstitutets betydelse. Levin, Klevorick, Nelson & Winter: Appropriating the Returns from Industrial Research and Development s. 784 (1987). Grindley, Peter & Teece, David: Managing Intellectual Capital s. 8 (1997).

4.5.2.3 Patentinstitutets strategiska möjligheter skapar strukturella omvandlingsprocesser

Sett som en kommunikativ process är patentinstitutets strukturella funktioner beroende av kontrollstrukturernas kollektiva agerande. Patentinstitutets funktioner är beroende av individernas, enheternas, företagens och andra kontrollstrukturers strategiska övervägande och agerande vad gäller att tillgängliggöra, att tillgodogöra sig och att utestänga andra från att utnyttja materiell kunskap. Dessutom måste vi väga in kontrollstrukturernas förmåga att tillgodogöra sig kunskap om patentinstitutets möjligheter i dessa avseenden.

Ideologiska, administrativa och materiella kunskapsprocesser skapar en kommunikativ process mellan kontrollstrukturer. Inverkan av patentinstitutet som idésystem skiljer sig följaktligen från kontrollstruktur till kontrollstruktur. Kommunikationen mellan de olika kontrollstrukturerna skapar visserligen ett visst klimat som dessa anpassar sig till. Vi kan exempelvis tydligt notera att det finns grundläggande gemensamma beteendemönster inom olika branscher.[290] Särskilt väsentligt för dessa mönster är de föreställningar som skapas utifrån de olika strukturernas benägenhet till kopiering, plagiat, imitering etc.[291] Den strukturella betydelsen av patent och andra immaterialrättigheter är större inom branscher där den materiella kunskapsprocessen i högre grad möjliggör kopiering och imitation. Ett tydligt exempel på en sådan imitationsbenägen bransch är läkemedelsindustrin, vilken agerar inom ett teknikområde där patentstrategiska överväganden tidigt gavs stor betydelse.[292] Den strukturella betydelsen skulle enligt denna hypotes också vara påtaglig inom kontrollstrukturer som fokuserar kring nya teknikområden som bioteknik och informationsteknologi.[293]

I dynamiken mellan de administrativa och ideologiska kunskapsprocesserna kan vi se att det efterhand skapas större fokusering kring betydelsen av kontroll över kunskap, vilket följaktligen ger patentinstitutet en

---

[290] Se Levin, Klevorick, Nelson & Winter: Appropriating the Returns from Industrial Research and Development s. 816 (1987).

[291] A.a s. 811.

[292] Se bl.a Scherer, F M: Pricing, Profits, and Technological Progress in the Pharmaceutical Industry s.s. 97–115 (1993). Statman, Meir: The Effect of Patent Expiration on the Market Position on Drugs. s.s. 140–151 (1981).

[293] Se bl.a Weber, Samuel: The Patent Battle Takes an Ugly Turn s.s. 51–56 (1991). Ratmann, George: Biotechnology Case Study s.s. 319–328 (1993). Jfr Barton, John: Adapting the Intellectual Property System to New Technologies s.s. 257–266 (1993).

ny strukturell innebörd inom dessa områden.[294] Sådana tendenser kan vi idag även skönja inom elektroniska och t.o.m. verkstadstekniska branscher, bland vilka man för några år sedan inte tillerkände patentinstitutet någon större strategisk betydelse.[295]

Den materiella kunskapsprocessens inverkan vad gäller benägenheten till kopiering etc. är inte relevant endast i relationen mellan konkurrenter, utan även i relationer till kunder och konsumenter. Inom det informationsteknologiska området är upphovsrättens strukturella inverkan påtaglig. Utan upphovsrätt skulle vi kunna ifrågasätta existensen av de kulturella- och mediainriktade sektorerna generellt. Den digitala utvecklingen har också ökat intresset för upphovsrättens strukturella funktion inom de så starkt framväxande informationsteknologiska sektorerna.[296] Anpassningen av patentinstitutet till det informationsteknologiska området har inneburit att man även uppmärksammat institutets strukturella funktioner för framtidens "information infrastructure".[297] Det ökande patentstrategiska agerandet inom informationsteknologin har också uppmärksammats som ett strukturellt medel avseende "privatization of collective information".[298]

4.5.2.4 Ensamrättens strukturellt begränsande funktioner och betydelsen av inskränkningar

Med ett strukturellt perspektiv är det, som framgått, inte helt ovanligt att man hävdar att patent och andra immaterialrättigheter har en negativ inverkan.[299] I den teoretiska såväl som den politiska diskussionen har föreställningen om patentet, som ett effektivitetshämmande monopol som skulle relateras till den effektivitetsfrämjande öppenhet som institutet innebär, efter hand kommit att förändras.[300] "The old regime–whereby the antitrust authorities pressed major IP owners to give up whatever rights the held, where the courts were reluctant to enforce IP rights and

---

[294] Grindley & Teece: Managing Intellectual Capital s. 8 (1997).

[295] Jfr IVA: Profit from Innovation – A Comparison of Swedish and Japanise Intellectual Property Management s.s. 52–67 (1993).

[296] Samuelson, Pamela: A Case Study on Computor Programs s. 315 (1993).

[297] A.a s.317. Jfr även Kahin, Brian: The Software Patent Crises s. 58 (1998).

[298] Se Foray, Dominique: The economics of knowledge distribution and the patent system s. 24 (1998).

[299] Ett tydligt exempel är Klemperer, Paul: How broad should the scope of patent protection be? s.s. 113–130 (1990). Jfr ovan avsnitt 3.3.

[300] Ett tidigt bidrag på denna förändringsprocess var Beck, Roger: The Prospect Theory of the Patent System and Unproductive Competition s.s. 193–209 (1983). Se även Kitch, Edmund: Patents: Monopolies or Property Rights? s. 32 (1986).

were eager to see IP as a barrier to competition rather than as an instrument of it–has faded away."[301]

Även om man alltmer fokuserar på patentinstitutets positiva funktioner för konkurrenskraft i olika sektorer etc., säger det sig självt att en alltför stark konkurrenskraft för vissa kan motverka konkurrenskraften för andra. Ett belysande exempel som diskuteras är hur biltillverkares strategiska agerande i förhållande till mönsterrätten förhindrar förekomsten av en effektiv reservdelsbransch.[302]

De olika immaterialrättigheterna genererar förvisso en strukturell utveckling, men skapar också sekundära strukturella problem.[303] Inom den immaterialrättsliga traditionen är det gängse att man genom inskränkningar i ensamrätten motverkar strukturella begränsningar etc.[304] På så vis har man velat hantera såväl de primära som de sekundära strukturella problemen. Ur ett kommunikativt perspektiv kan vi skilja mellan ensamrättsbefogenheternas möjliga funktioner i förhållande till de inskränkningar som i olika avseenden införts för att motverka strukturellt hämmande konsekvenser etc.

Ett centralt exempel är inskränkningarna i ensamrätten till spridning avseende förfoganden av exemplar som tidigare omsatts av rättsinnehavaren eller med dennes tillstånd. Vi skulle exempelvis kunna argumentera för att konsumtionsprincipens utformning såsom inskränkning är direkt avgörande för förekomsten av fria varumarknader. Kommunikativt sett är det relevant att ifrågasätta om vi inte är på väg in i en era där varu- såväl som tjänstemarknaden blir alltmer beroende av förfoganden över immaterialrättsliga dispositioner och tillåtelser.

4.5.3 Teknikmarknadens dirigerande funktioner i förhållande till varu- och tjänstemarknader

Den strukturella dynamiken mellan frihet och kontroll diskuteras av tradition som en fråga om patentets begränsande inverkan på tekniskspridning i förhållande till dess funktion som incitament för olika aktörer.[305] Det har av ekonomiska teoretiker som använder mer statiska effektivitetsöverväganden hävdats att patentskyddet begränsar spridningen av

---

[301] Grindley & Teece: Managing Intellectual Capital s. 34 (1997).

[302] Beträffande diskussionen inom EU se bl.a. Tillberg, Joanna: Mönsterskydd i Europa – Kommissionens ändrade förslag s.s. 163–169 (1996).

[303] Dam, Kenneth W: The Economic Underpinnings of Patent Law s. 3 (1995).

[304] Ett tydligt exempel är diskussionen kring inskränkningarna i 2 kap Upphovsrättslagen, se bl.a. SOU 1990: 30 Översyn av upphovsrättslagstiftningen s.s. 160–162.

[305] Se ovan i avsnitt 3.3.

kunskap, vilket talar för att ett patentskydd skall vara så snävt som möjligt.[306] I effektivitetsanalyser som kan beskrivas som mer dynamiska ges däremot den långsiktiga incitamentsaspekten större utrymme, varför man också argumenterar för betydelsen av mer omfattande patenträttsligt skydd.[307] Det ökande dynamiska intresset inom ekonomisk teori har också kommit att innebära att man börjat fokusera på hur ett starkt patentskydd stimulerar tekniskspridning.[308] Jag menar att också analysen av patentinstitutets strukturella funktioner kan ses i ljuset av starkt och svagt patentskydd. Ett starkt skydd kan innebära att patenthavare kan kontrollera även framtida innovationer.[309] När vi analyserar vad som är ett starkt patentskydd är det också väsentligt att vi inbegriper innebörden av de ensamrättsliga befogenheterna i relation till dess inskränkningar.

4.5.3.1 Inskränkningarnas strukturella funktioner

Strukturellt sett skulle vi kunna argumentera för att en konsumtionsprincip som endast ger en rätt att överlåta exemplar vidare kommer innebära att det inte kommer utvecklas företag som hyr ut exemplar etc. En regel om nationellt begränsad konsumtion kommer också innebära att varumarknader kommer att vara nationella. Skulle vi inte ha någon konsumtionsprincip överhuvudtaget skulle en möjlig konklusion vara att det inte heller skulle föreligga några varumarknader för immaterialrättsligt skyddade exemplar. I dynamiken mellan frihet och kontroll är denna föreställning självfallet alltför förenklad. För att förstå funktionen av konsumtionsprincipen och andra inskränkningar måste vi skaffa kunskap om hur den administrativa processen inom det ekonomiska handlingssystemets kontrollstrukturer påverkar föreställningar om vad som är tillåtna beteenden, vad som är beteenden som kräver tillstånd och vad som är otillåtna beteenden.

Föreställningarna om ensamrättsbefogenheter och inskränkningar genererar föreställningar om vilka beteenden som är tillåtna, otillåtna och vilka som kräver tillstånd. Bedömningen i detta avseende är dock

---

[306] Se bl.a Klemperer, Paul: How broad should the scope of patent protection be? s.s. 113–130 (1990). Jfr även Gilbert, Richard & Shapiro, Carl: Optimal Patent Length and Breadth s.s. 106–112 (1990).

[307] Beck, Roger: The Prospect Theory of the Patent System and Unproductive Competition s. 195 (1983). Jfr Merges, Robert & Nelson, Richard: On the Complex Economics of Patent Scope s. 875 där de diskuterar inflytandet från prospektteorin (1990).

[308] Se Ordover, Janusz; A Patent System for Both Diffusion and Exclusion s. 44 (1991).

[309] Se Merges, Robert & Nelson, Richard: On the Complex Economics of Patent Scope s. 843 (1990).

även beroende av föreställningar om kollektiva beteenden inom det ekonomiska handlingssystemet. Den strukturella inverkan måste ses utifrån hur de rättighetsinnehavande kontrollstrukturerna agerar. Administrativt kan rättsinnehavare mycket väl skapa en organiserad licensgivning, där kontrollen endast kommer användas för att skapa ekonomiska intäkter och inte för att utestänga andra från utnyttjande. Vi kan här skilja mellan marknadsstrukturer där individuella aktörer uppvisar benägenhet att ingå licensavtal i stället för att förbjuda utnyttjande och marknadsstrukturer där det utvecklats kollektiva lösningar som innebär att man mot viss ersättning är garanterad en licens.[310] Den kommunikativa processen mellan kontrollstrukturer innebär således inte bara att en och samma inskränkning kan ha mycket skiftande strukturella implikationer, utan också att vi i detta avseende befinner oss i en kontinuerlig rörelse som kan resultera i drastiska scenförändringar.[311]

4.5.3.2 FoU-undantagets strukturella funktioner

Ett intressant exempel i dynamiken mellan kontroll och frihet är den strukturella funktionen av undantaget för att utnyttja patenterade uppfinningar för experiment. Inskränkningen som i svensk rättstradition skall ses i ljuset av det generella motivet om hemlighets-utväxling, stipulerar ett generellt undantag för experimentell verksamhet och innefattar såväl forskning som utveckling.[312] Patentdokumentationen tillgängliggör kunskap och undantaget ger möjlighet för olika aktörer att tillgodogöra sig kunskap.[313] Båda dessa moment är således mycket väsentliga för att patentinstitutet skall stimulera tekniskspridning.

I USA har emellertid inskränkningen givits ett mer begränsat innehåll och omfattar endast forskning som inte motiveras av kommersiella skäl,

---

[310] Scherer, F M: The Economic Effects of Compulsory Patent Licensing s. 57 (1977).

[311] Inom exempelvis det elektroniska området har det kommersiella klimatet gått från en situation där patentering var relativt sporadisk till en situation där man antingen måste betala hög royalties eller utvecklat en tillräcklig stor patentportfölj som kan korslicensieras. Grindley & Teece: Managing Intellectual Capital s. 8 (1997).

[312] Beträffande svensk rätt har uttalats att patentet inte skyddar uppfinningens "begagnande som kunskapskälla eller som grundval för fortsatt forskning, experiment eller undervisning." Jacobsson, Tersmeden & Törnroth; Patentlagstiftningen en kommentar s. 114 (1980).

[313] Svenska PRV har beskrivits som en av världens mest omfattande tekniska dokumentationsbaser. STU: Effektivare innovationsprocess, förutsättningar och förslag s. 63 (1990).

såsom grundforskning.[314] Med ett svenskt perspektiv är det närliggande att anta att en dylik begränsning kommer att strukturellt begränsa förekomsten av FoU-verksamhet och även motverka tekniskpridning. Motivet för denna mindre omfattande inskränkning är dock att ett alltför långtgående undantag för FoU motverkar kunskapsspridning, eftersom företag i större utsträckning kommer att hemlighålla kunskap.[315] Detta hemlighållande, menar man vidare, kommer resultera i att forskning i större utsträckning bedrivs parallellt utan utbyte av erfarenheter.[316]

Dessa två rättspolitiska förhållningssätt är således oförenliga. De baseras helt enkelt på olika antaganden om hur kontrollstrukturerna kommer att agera i förhållande till inskränkningarna. Jag menar också att vi inte utan vidare kan avfärda något av synsätten. Utifrån antaganden om interaktionen mellan olika idésystems föreställningar på de FoU-orienterade kontrollstrukturerna kan vi bilda oss en uppfattning om olika möjliga administrativa beteenden. Vi kan m.a.o. analysera inskränkningens potentiella funktioner. Vad vi redan utifrån motsättningen mellan det svenska och det amerikanska förhållningssättet kan konstatera är att den strukturella inverkan är svår att bestämma enbart på rättspolitisk grund. Samtidigt är det lika uppenbart att bestämmelsen är av mycket central betydelse för hela det ekonomiska systemet.

Såväl patentdokumentationen som det enskilda patentet, såsom resultat av den administrativa kunskapsprocessen, besitter kunskapsbärande funktioner och har stor tekniskpridande betydelse. Detta förutsätter dock att patenträttsliga föreställningar genom den ideologiska processen resulterar i att kunskap tillgängliggörs och även tillgodogörs av de ekonomiska kontrollstrukturerna. Med utgångspunkt i svenska förhållanden skulle vi möjligen kunna argumentera för att patentdokumentation i relativt ringa utsträckning utnyttjas av ekonomiska kontrollstrukturer. Detta kan visserligen förklaras mer med patentklassificeringens svårtillgänglighet etc. än med okunskap om patentinstitutets möjligheter.[317] Vi skulle även kunna argumentera för att patentet i allt för ringa utsträckning utnyttjas för tekniköverföring mellan företag. Sett i detta sammanhang är det fullt möjligt att en begränsning av FoU-undantaget skulle

---

[314] Eisenberg, Rebecca: Patents and the Progress of Science: Exclusive Rights and Experimental Use. s. 73 (1991).

[315] A.a. s. 118.

[316] A.a.

[317] Se bl.a. Ernst, Holger: The Patent Portfolio for Strategic R&D Planning s. 491 (1997).

innebära att kontrollstrukturerna i större utsträckning skulle utnyttja patentdokumentationen. Det är också möjligt att det skulle skapas licensstrukturer där FoU-resultat i större utsträckning utbytes mellan FoU-inriktade företag.[318] Ökad kontroll skulle på så vis kunna resultera i ökad tekniskspridning. Om å andra sidan de olika kontrollstrukturerna endast använde patent för att utestänga andras utnyttjande, skulle begränsningen också få en strukturellt hämmande verkan. Vi bör dock fråga oss om vi överhuvudtaget kan acceptera risken av denna hämmande verkan. Samtidigt är det väsentligt att se funktionen av patentinstitutet i ett större rättsligt sammanhang där vi även inkluderar funktionerna av andra rättsliga föreställningar emanerade ur bl.a. konkurrensvårdande myndigheters administrativa kunskapsprocesser. Det skulle exempelvis vara fullt möjligt att om vägran att ge licens i FoU-sammanhang ansågs utgöra missbruk av dominerande ställning, skulle detta kunna resultera i att det växte fram strukturella licensnät etc.[319]

FoU-undantagets strukturella funktioner måste m.a.o. analyseras utifrån antaganden om hur föreställningar om undantaget i den ideologiska kunskapsprocessen stimulerar inte bara *öppen tekniköverföring*, utan också *bunden* sådan.[320] På ett strukturellt plan måste vi även fråga oss om det är önskvärt med en utveckling där tekniköverföring blir alltmer bunden och förutsätter licensrelationer.

4.5.3.3 Bunden tekniköverföring och licensstyrda marknader

Jag menar att vi som ett övergripande strukturellt antagande kan lyfta fram utvecklingen mot alltmer bunden tekniköverföring, vilken ovan beskrivits som en framträdande teknik- och kunskapsmarknad.[321] Denna utveckling är resultatet av interaktionen mellan de materiella, administrativa och ideologiska kunskapsprocesserna. Ny teknologi som informationsteknologi, bioteknologi etc. har tillsammans med ett immaterialrättsligt strategiskt uppvaknande givit patent- och upphovsrättsinstituten ett nytt strukturellt genombrott. "For en konkurrenceretlig synsvinkel kan dette udtrykkes således, at vi har fået et nyt marked for information,

---

[318] Jfr Grindley, Peter & Nickerson, Jack: Licensing and Business Strategy in the Chemicals Industry s. 107 (1996).

[319] Ordover frågar sig "how much lattitude should licensors have in structuring licenses?". A Patent System for Both Diffusion and Exclusion s. 51 (1991).

[320] Beträffande begreppen öppen och bunden tekniköverföring se Lindström, Göran: Teknikköp – en introduktion (1984).

[321] Jfr Kitch, Edmund: The Law and Economics of Rights in Valuable Information s. 707 (1980).

der vel baserer sig på ophavsretlige retspositioner."[322] Ser vi till immaterialrätternas samlade strukturella funktion kan vi tala om framväxten av licensstyrda teknik- och kunskapsmarknader.[323]

Innebörden av en licensstyrd marknad är att kommersiella transaktioner som FoU, varuproduktion, försäljning, distribution, tillhandahållande av tjänster etc. alltmer förutsätter tillstånd av andra kontrollstrukturer inom handlingssystemet. Teknikmarknaden är en marknad centrerad till förfoganden över kontrollpositioner. Dessa positioner kan avse reell kontroll över kunskap, dvs. för att kunskapen skall kunna tillgodogöras av någon annan krävs innehavarens delaktighet, men kan i vissa fall avse rent rättsliga positioner. Exempel är när nya innovationer lätt kan analyseras med hjälp av reverse engineering. Än mer tydligt är det beträffande upphovsrätten inom det informationsteknologiska området, där exempelvis utnyttjande av datorprogram förutsätter licenser. Även spridning av exemplar genom distribution, uthyrning m.m. kan förutsätta tillstånd för att undgå intrång. Många gånger är det dock fråga om dispositioner av kontrollpositioner som innefattar såväl tekniska, marknadsmässiga och rättsliga moment.

Teknikmarknaden såsom dispositioner av kontrollpositioner påvisar även en vertikal och horisontell komplexitet mellan kontrollstrukturer. Inom exempelvis ett företag verkar olika individer som forskare, konstruktörer, innovatörer etc., vilka såsom uppfinnare och upphovsmän besitter kontrollpositioner. För att företag såsom kontrollstrukturer skall skapa kontroll över innovationer krävs därför att kontrollpositioner överförs helt eller delvis. Komplexiteten i dagens innovationsverksamhet ger härigenom teknikmarknader såväl internt inom kontrollstrukturer som externt till andra strukturer en kollektiv karaktär.[324] Varje transaktion av kontrollpositioner baseras på och förutsätter en mängd tidigare dispositioner av kontrollpositioner. Detta är uppenbart inom informations- och mediasektorer vad gäller upphovsrättsligt skyddade prestationer, men även avseende patentinstitutet blir det alltmer uppenbart att innovationsprocesser förutsätter nätverk av licenser. Dessa nätverk kan analyseras

---

[322] Andersen, Mads Bryde: Immaterialret og marked – et indlæg i diskussionen om ophavsrettens forhold till den almindelige konkurrenceret s. 405 (1993).

[323] Jfr Merges, Robert & Nelson, Richard: On the Complex Economics of Patent Scope s. 907 (1990).

[324] Jfr Eisenberg, Rebecca: Patents and the Progress of Science: Exclusive Rights and Experimental Use. s. 97 (1991).

som transaktioner inom integrerade kontrollstrukturer eller som kontraktuella transaktioner mellan kontrollstrukturer.[325]

Den konkurrensrelationella kommunikationen mellan det ekonomiska handlingssystemets kontrollstrukturer har inom många kontrollstrukturer resulterat i patentstrategiska överväganden som syftar till att skapa så omfattande kontrollpositioner som möjligt. "The size of the patent portfolios of some firms is often to great for it to be feasible to identify individual infringements. Companies may own thousands of patents, used in tens of thousands of products, and may add hundreds more each year."[326] I denna kommunikativa utveckling mot att bygga upp patentportföljer ingår förutom ökad patentering också ökade åtgärder för bevakning av konkurrenters patentstrategiska agerande. Innebörden härav är i sin tur att allt fler patent utgör beroendepatent. För att kunna förfoga över egna patenterade uppfinningar måste följaktligen tillstånd inhämtas från andra kontrollstrukturer.[327] Utvecklingen i detta avseende har givit diskussionen om patentinstitutets legitimitet en dimension, där vi kan fråga oss om det är strukturellt önskvärt att patenthavare genom sina patentportföljer kan kontrollera även nästa generation av uppfinnare inom teknikområdet.[328] Utvecklingen måste förstås utifrån kommunikationen av föreställningar relaterade till patentens skyddsomfång.[329] Legitimitetsdiskussion kommer i enlighet med vad som ovan sagts analyseras utifrån de strategiska överväganden och ageranden som utgör resultatet av föreställningar om patentet utifrån det rättsliga idésystemet. Insikten om den kommunikativa komplexiteten avseende patentinstitutet strukturella funktioner kan också skönjas hos Scotchmer: "A main conclusion of this essay is that it is misleading to ask how broad patent protection should be without simultaneously asking whether research firms can integrate or otherwise cooperate. Similarly, it is misleading to as how leniently socie-

---

[325] Jfr Teece, D J: Profiting from technological innovation s. 293 (1986).

[326] Grindley & Teece: Managing Intellectual Capital s. 9 (1997).

[327] Många stater har tvångslicensbestämmelse som under vissa villkor kan aktualiseras då det föreligger beroendeförhållanden. Jfr Julian-Arnold, Gianna: International Compulsory Liensing – The Rationales and the Reality s. 350 (1992).

[328] Se Merges, Robert & Nelson, Richard: On the Complex Economics of Patent Scope s. 907 (1990). Se även Scotchmer, Suzanne: Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law s.s. 29–30 (1991).

[329] Jfr Merges, Robert & Nelson, Richard: On the Complex Economics of Patent Scope s. 843 (1990).

ty should treat cooperation among research firms without simultaneously asking how broad patent protection should be."[330]

En sammantagen slutsats avseende patentinstitutets strukturella funktioner är att den alltmer bundna tekniköverföringen påvisar den i västerlandet förhärskande teknostrukturen. Inom många områden kan vi se hur de stora företagen korslicensierar uppfinningar sinsemellan. "Cross-licensing enables firms to protect their IP while at the same time obtaining freedom to manufacture. The new IP and licensing circumstances have increased incentives to build IP portfolios and to innovate."[331] Inom bl a det elektroniska området är det alltmer frågan om att antingen betala höga royaltyn eller utveckla egna patentskyddade lösningar som kan korslicensieras.[332] Korslicensiering skall inte heller enbart ses som en förutsättning för marknadstillträden, utan utgör väsentliga inslag i strategiska allianser mellan kontrollstrukturer.[333] "Technology trading between direct competitors is an economically advantageous form of cooperative R&D."[334]

4.5.3.4 Marknadsanpassning av det offentliga FoU-systemet

Bilden av teknostrukturen som nätverk av förfoganden av kontrollpositioner mellan teknologiskt framgångsrika företag blir mer tydlig, men även mer komplex, när vi studerar statsmakten och dess kontrollstrukturers delaktighet. En stor del av FoU och alltmer även innovationsverksamhet bedrivs av eller i samverkan med offentliga kontrollstrukturer som högskolor/universitet, högskoleanställda, sektorsforskningsorgan etc.[335] Bland dessa kontrollstrukturer där forskningens frihet och kunskapsspridningens öppenhet har hyllats som grundläggande principer för verksamheten, är delaktigheten i bundna kunskapsprocesser alltmer uppenbar. Patentstrategier utformas även bland dessa för att överföra kontrollpositioner till vissa aktörer.

Vi kan här, precis som ovan, argumentera för att institutets funktioner å ena sidan kommer att resultera i ökad tekniskspridning, förvisso bunden,

---

[330] Scotchmer, Suzanne: Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law s. 37 (1991).

[331] Grindley & Teece: Managing Intellectual Capital s. 29 (1997).

[332] A.a. s. 8.

[333] A.a s.s. 13–14.

[334] Von Hippel, Eric: Cooperation between rival: Informal know-how trading s.s. 291–302 (1987).

[335] Se bl.a. Nelsen, Lita: The Rise of Intellectual Property Protection in the American University s.s. 1460–1461 (1998).

och å andra sidan i en mer begränsad spridning till vissa privilegierade mottagare. Det finns följaktligen anledning att ifrågasätta om man inom den offentliga sfären överger de grundläggande värdena om forskningens frihet och öppenhet, såsom en följd av en strukturell utveckling mot bundenhet och licensstyrning. Det är visserligen också möjligt att de offentliga aktörernas patentstrategiska agerande kommer att utgöra ett led i en strävan om större öppenhet, exempelvis genom att licenser utan kostnad tillhandahålls för alla som önskar tillgodogöra sig kunskap i något avseende. Offentliga aktörer kan alltmer komma att ägna sig åt "patent buy-outs" i syfte att öka tillgänglighet och tillgodogöranden.[336]

I enlighet med vad ovan sagts om konkurrenskraftsideologin och FoU kan vi se hur de offentliga FoU-systemen alltmer har marknadsanpassats och efterhand givit patentinstitutet större betydelse. Inom nya teknikområden som bioteknik och informationsteknik är steget mellan vetenskap och marknad inte heller särskilt långt.[337] Det är också allt vanligare att universitet och högskolor är aktivt verksamma vad gäller kommersialisering av rätten till FoU-resultat.[338] Särskilt intressant för detta arbete är argumentet att patentinstitutet haft en direkt pådrivande funktion avseende tillkomsten av ett "ethos of commercial exploitation".[339] Betraktar vi omvandlingen som en kommunikativ process kan vi också argumentera för att föreställningar om patentinstitutet föder patentstrategiska överväganden, vilka i sin tur innebär att kommersiella överväganden kommer tillmätas ökad betydelse i styrningen även av FoU-verksamheten. "While the patenting of research in the public sector is relatively new and its ultimate impact remains uncertain, a number of factors suggest that if it does take hold, it will become a powerful technique in the management of science. One particularly important reason for this can be traced to the self fulfilling nature of patents as a means of managing research.[340]

---

[336] Foray, Dominique: The economics of knowledge distribution and the patent system s. 27 (1998).

[337] Sherman, Brad: Governing Science – Patents and Public Sector Research in the United Kingdom s. 22 (1995).

[338] Jfr Bertha, Steve: Intellectual Property Activities in U.S. Research Universities s. 513 (1996).

[339] Sherman, Brad: Governing Science – Patents and Public Sector Research in the United Kingdom s. 24 (1995).

[340] A.a. s. 38 (1995).

4.5.3.5 Teknostrukturen och statsmaktens förfoganden över kontrollpositioner
På ett mer övergripande samhälleligt plan är patentinstitutets funktioner för att förstärka den teknostrukturella alliansen mellan statsmakt och inhemskt näringsliv särskilt framträdande. I enlighet med konkurenskraftsideologin och fokuseringen på kunskapsselektion istället för tävlan anses FoU-joint ventures och korslicensiering mellan inhemska industriföretag vara ett viktigt medel för att stimulera innovationsverksamhet.[341] Inom ramen för EU's forskningsprogram stimuleras europeiska företag att samarbeta och utbyta kunskap.[342] Resultaten av de enskilda projekten uppmanas man att patentera.[343] Kommissionen är direkt involverad i utformandet av avtalen där det föreskrivs att endast delaktiga aktörer skall få tillgång till resultatet.[344] Den offentliga intervention och patentpolicy som utformas på EU-nivå är enligt min mening direkt bidragande till en omvandlingsprocess där strategiska allianser mellan storföretag fördelar kontrollspositioner i ett marknadssystem där alltfler kunskapstransaktioner blir bundna.

Vad gäller statsmaktens patentstrategiska intervenering för att förstärka kontrollpositioner för stora inhemska företag är det framförallt Japan som tilldragit sig intresse. MITI – Ministry of International Trade and Industry – har ofta varit direkt involverade för att patentportföljer skall korslicensieras bland inhemska företag.[345] Ur ett kommunikativt perspektiv skulle man möjligen kunnat anta att förutsättningarna att lyckas med kunskapsöverföring inom teknostrukturen är bättre i Japan än i Västeuropa, då det förefaller råda större vertikal lojalitet i förhållande till statsmakten än inom EU.[346]

Utvecklingen mot bunden tekniköverföring på teknostrukturens villkor blir än mer uppenbar när vi ser hur patenterad teknik görs till euro-

---

[341] Jfr Jorde & Teece: Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust s.s. 75–96 (1990).

[342] Se härom i bl.a Sandgren, Claes: Forsknings- och utvecklingssamarbete inom EES och EG (1994).

[343] A.a s. 41 och s. 53.

[344] Se bl.a NUTEK: FoU-samarbete inom EG, svenska erfarenheter från BRITE/EURAM s. 28 (1992).

[345] Rahn, Gunram: Patent strategies of Japanese companies. Patent strategies s. 3 (1996).

[346] Vissa svenska erfarenheter avseende EU:s forskningsprogram har varit att de deltagande företagen håller inne med kunskap etc. NUTEK: FoU-samarbete inom EG, svenska erfarenheter från BRITE/EURAM s.28 (1992). Beträffande japansk lojalitet i detta avseende se bl a Lynn, Leonard H. Technology Transfer to Japan: What We Know, What We Need to Know, and What We Know That May Not be So s. 258 (1985).

peisk standard av organ som CEN, CENELEC och ETSI.[347] Tidigare hade det onekligen legat nära till hands att ifrågasätta huruvida man kan förena å ena sidan en politisk strävan efter att stimulera patentering i så stor utsträckning med en strävan efter att samma teknik skall kunna bli europeisk standard. "Standardization aims at diffusing technology in the public interest, while intellectual property rights aim to secure private property protection."[348] Bilden blir dock klarare om vi betraktar kommissionens policy som ett moment i den kommunikativa övergången mot ett bunden och licensstyrd marknadsekonomi där standardisering är ett viktigt sätt att gynna den inhemska teknostrukturen. Att standarder alltmer är patenterade är ett strukturellt uttryck för hur etablering och kommersiella ageranden inom det moderna ekonomiska handlingssystemet förutsätter tillstånd av de privata kontrollstrukturer som besitter de mest omfattande kontrollpositionerna. Vi kan på motsvarande sätt som ovan se policyn som ett moment i en konstruktiv utveckling där standardiseringen innebär ett ökat spridande, förvisso bunden sådan, av en ny och viktig teknologi.[349] Vi kan också se policyn som en ambition att gynna europeisk industri, genom att förstärka deras kontrollpositioner i förhållande till aktörer med hemmabas i andra länder. "A European standard can find itself in competition with standards set by other major trading partners such as the American or Far Eastern markets."[350]

På global nivå framträder en bild där teknostrukturer såsom förhärskande maktcentran inom separata ekonomiska handlingssystem verkar i en kommunikativ process med patentinstitutet som medel för att förstärka kontrollpositioner.[351] Patentinstitutet, såsom ett idésystem, är strukturellt dirigerande i en process där det ekonomiska handlingssystemet reproduceras i en riktning där kommersiella transaktioner alltmer förutsätter tillstånd av privata aktörer. Man får således inte underskatta patentinstitutets strukturella betydelse som moment i konstituerandet av det ekonomiska handlingssystemet i sig självt. I Kommissionens Grönbok

---

[347] De tre erkända standardiseringsorganistationerna på europeisk nivå är CEN (European Committee for Standardization), CENELEC (European Committee for Electro-Technical Standardization) och ETSI (European Telecommunications Standards Institute).

[348] COM (92) 445 Intellectual Property Rights and Standardization s. 1.

[349] Farrell, Joseph: Standardization and Intellectual Property s. 47 (1989). Jfr Farrell, Joseph & Saloner, Garth: Standardization, compatibility, and innovation s.s. 35–50 (1985). Jfr även COM (92) 445 s. 16.

[350] COM (92) 445 s. 4.

[351] Jfr Armstrong, John: Trends in Global Science and Technology and What They Mean for Intellectual Property Systems s. 199 (1993).

om gemenskapspatent och patentsystemet i Europa diskuteras också betydelsen av att ett gemenskapspatent inte endast utifrån ambitionen att förstärka europeisk konkurrenskraft i förhållande till USA och Japan, utan också som medel i genomförandet av den inre marknaden.[352]

4.5.3.6 Västerländska teknostrukturer och u-ländernas industriella omvandling

I ett globalt perspektiv, där EU såsom en kontrollstruktur befinner sig i konkurrens med andra kontrollstrukturer, är det väsentligt att fråga sig hur patentinstitutet verkar strukturellt bland de svagaste aktörerna i detta konkurrensrelationella förhållningssätt. Betecknande för u-länderna är att de saknar en överbyggnad för kunskapsproduktion, såväl vad gäller FoU, innovationsverksamhet som spridning.[353] I en utveckling där vi går mot alltmer bunden tekniköverföring finns det också anledning att fråga sig om inte patentinstitutet verkar och än mer kommer att verka som ett medel för att utestänga u-länderna från delaktighet, och därmed också ekonomiska utveckling. Å andra sidan kan vi tänka oss en ideologisk utveckling där en förskjutning mot bunden tekniköverföring kommer resultera i att det konstitueras kontrollstrukturer som i högre utsträckning kan såväl tillgängliggöra som bidra till tillgodogörande av materiell kunskap.[354] Patentinstitutet kan i dynamiken mellan handlingssystem och idésystem följaktligen mycket väl verka kunskapsbärande och bidra till ökad innovationsverksamhet.

Situationen vad gäller patentinstitutets strukturella inverkan i förhållandet mellan i- och u-länder präglas framförallt av förverkligandet av TRIPS.[355] För alla inblandade aktörer i den rättsliga omvandlingsprocess där immaterialrättslig reglering införts i GATT:s regelverk är det uppenbart att TRIPS kommer att få ingripande verkningar på de ekonomiska kontrollstrukturerna i u-länderna.[356] En annan sak är huruvida dessa huvudsakligen är positiva eller negativa. Bland u-länderna är uppfattningen att det immaterialrättsliga systemet är alltför ensidigt. Detta

---

[352] KOM(97) 314 slutlig Grönbok om gemenskapspatentet och patentsystemet i Europa s. 4.

[353] Greer, Douglas: The Case Against Patent Systems in Less-Developed Countries s. 259 (1973).

[354] Jfr Frischtak, Claudio: Harmonization Versus Differentiation in Intellectual Property Right Regimes s. 74 (1991).

[355] Se om bakgrunden till TRIPS i Cordray, Monique: GATT v. WIPO s. s.s. 121–144 (1994).

[356] Jfr Braga, Carlos: Trade-Related Intellectual Property Issues s. 397 (1995).

är inte särskilt förvånande när studier visar att 5/6 av alla beviljade patent i u-länder har rättsinnehavare i i-länder och att 95% av patenten inte utnyttjas inom u-länderna.[357] För u-länderna är det framförallt funktionerna av den passiva sidan av patentet, dvs. förbudsrätten, som förknippas med patentinstitutet. Det är inte heller orimligt att TRIPS betraktas som ett utslag av att de starka i-nationerna, med USA i spetsen, lyckats utnyttja sitt starka förhandlingsläge avseende internationell frihandel i syfte att påtvinga ovilliga u-länder ett immaterialrättsligt regelsystem som skapar skydd för i-ländernas exportindustri.[358]

Sekretariatet vid UNCTAD konstaterar i en utvärdering av TRIPS att negativa konsekvenser är bl.a. att aktörer förhindras att plagiera, imitera etc.[359] Företag som utpräglat ägnar sig åt plagiat måste stänga och säga upp anställda etc., vilket i sin tur kommer resultera i kostnadshöjningar.[360] Vad gäller den positiva sidan menar man att TRIPS kan resultera i ökade utländska investeringar och tekniskspridning.[361]

Med utgångspunkt i Hayamis och Ruttans förklaringsmodell[362] skulle vi kunna hävda att TRIPS funktioner kommer resultera i att u-länder inte kan påbörja det första utvecklingssteg där det inhemska näringslivet för att utvecklas är beroende av att mer eller mindre plagiera produkter genom reverse engineering.[363] I UNCTAD rapporten konstateras också att "in those nations in which technological development is at a rudimentary stage and to which technology transfer and diffusion is limited, with little in the way of offsetting local innovation, there could be a net cost over the long term.[364] Sett ur ett längre kommunikativt perspektiv skulle det måhända kunna ifrågasättas om det inte även för i-länder skulle vara mer ekonomiskt gynnsamt att dessa länder, om inte uppmuntrades så i vart fall, tilläts "free riding" och piratkopiering.[365]

---

[357] Se bl.a. UNCTAD's Committee on Transfer of Technology, en rapport om The Role of Patent System in the Transfer of Technology (1975).

[358] Jfr Smith, Jörgen. Forhandlingen om ny GATT – avtale og dens betydning for det industrielle rettsvern s.s. 171–172 (1989). Jfr även United Nations: Intellectual property rights and foreign direct investment s. 5 (1993).

[359] UNCTAD: The TRIPS Agreement and Developing Countries s. 1 (1997).

[360] A.a. s. 2.

[361] A.a. s. 1.

[362] Se ovan i avsnitt 4.3.1.3.

[363] Betydelsen av imitation för svensk industrialisering behandlas av bl.a. Jörberg, Lennart. Technology Diffussion in Sweden s. 191 (1991).

[364] UNCTAD: The TRIPS Agreement and Developing Countries s. 2 (1997).

[365] Jfr Julian-Arnold, Gianna: International Compulsory Licensing – the Rationales and the Reality s. 360 (1992).

En väsentlig strukturell konsekvens, som flertalet analytiker torde vara överens om, är att det ekonomiska handlingssystemets kontrollstrukturer i u-länderna står inför ett ökande beroende av i-ländernas både privata och offentliga kontrollstrukturer vad gäller såväl investeringar som tekniskspridning.[366] Att det skulle föreligga ett strukturellt samband mellan förstärkt immaterialrättsligt skydd och ökade utländska direktinvesteringar har avfärdats i empiriska studier.[367] I enlighet med ett kommunikativt perspektiv måste frågan om direktinvesteringar analyseras utifrån inverkan av en ideologisk kunskapsprocess där en mängd olika föreställningar kommer att påverka företagens strategiska överväganden. Betydelsen av att se till den ideologiska inverkan av olika idésystem gäller även beträffande TRIPS funktioner mer generellt.

Betydelsen av ett större perspektiv efterlyses också i UNCTAD-rapporten, där man konstaterar att de långsiktiga fördelarna med TRIPS för de enskilda u-länderna "will depend on its own innovation strategy and technology development policies".[368] Man menar att TRIPS implementering måste ske under överväganden om att de skall stimulera inhemsk innovationsverksamhet. Patenträtten bör, menar man, inte ge mer omfattande skydd än nödvändigt för att inte förhindra utnyttjandet av följduppfinningar i allt för stor utsträckning. Vidare menar man att "IPR systems should also interact coherently with other regulatory and economic systems, including competition law, trade and FDI policies".[369] Särskilt viktigt är också att de immaterialrättsliga reglerna kompletteras med åtgärder som syftar till att FoU-information och annan teknisk kunskap sprids inom u-länderna.[370] Det paket av åtgärder som föreslås skulle i enlighet med Hayami och Ruttan emellertid endast vara aktuellt för utvecklingsländer som i vart fall befinner sig på utvecklingsnivå två, d.v.s. länder som utvecklas genom att statsmakten och andra aktörer stimulerar överföringen av mer know-how-inriktad teknik.[371] Utifrån dynamiken mellan idésystem och handlingssystem inser vi hur avsevärt mer omfattande de strukturella problemen är i U-länderna eftersom de normalt saknar poli-

---

[366] UNCTAD: The TRIPS Agreement and Developing Countries s. 3 (1997).

[367] Se United Nations. Intellectual property rights and foreign direct investment s. 1 (1993)

[368] UNCTAD: The TRIPS Agreement and Developing Countries s. 1 (1997). Se även Braga, Carlos: Trade-Related Intellectual Property Issues s.s. 398–399.

[369] UNCTAD: The TRIPS Agreement and Developing Countries s. 4. (1997).

[370] A.a s.1.

[371] Se Hayami, Yujiro & Ruttan, Vernon W. Agricultural Development: An International Perspective s.s 59–61 (1971). Se ovan 4.3.1.3.

tiska och rättsliga kontrollstrukturer, genom vilka ideologiska kunskapsprocesser konstituerar ekonomiska kontrollstrukturer, som i sin tur producerar och kontrollerar materiell kunskap o.s.v. Avsaknaden av kontrollstrukturer gör beroendet av i-ländernas kontrollstrukturer än mer påtagligt inte bara för att tillgängliggöra kunskap, utan även för att det skapas kontrollstrukturer som kan tillgodogöra sig kunskapen.

Ser vi till patentinstitutets strukturella funktioner för bunden kunskapsöverföring är det inte uteslutet att TRIPS kan utgöra ett bidrag i ett program där utländska FoU-enheter etablerar sig och högteknologiska företag investerar i u-länder. Det är följaktligen möjligt att TRIPS skulle kunna bidra till att det etableras kontrollstrukturer som kan generera nya innovationer. För att TRIPS skall verka konstruktivt krävs dock att i vart fall vissa kontrollstrukturer inom u-länderna befinner sig på den utvecklingsnivå som Hayami och Ruttan anser utgör den högsta, d.v.s. där den mest relevanta kunskapsöverföringen avser vetenskaplig och grundforskningsorienterad kunskap. Det är på denna nivå som kunskapsöverföringen möjliggör för nationens näringsliv att finna egna tekniska tillämpningar i form av nya produkter och tjänster etc.[372] Beroendet till i-länderna skulle i ett sådant scenario minska först då kontrollstrukturerna inom u-länderna erhållit motsvarande "bargain-power" som konkurrenter med hemmabas i i-staterna. Innebörden härav är också att det krävs ett mer eller mindre ensidigt engagemang från i-staterna och deras kontrollstrukturer under en relativt lång period.

Tankegångar om industristaternas engagemang i u-ländernas teknologiska utveckling är på intet sätt någon ny företeelse. Utvecklingen av TRIPS kan rentav ses som en reaktion mot sådana strävanden. Under 1970-talet diskuterades flitigt inom framförallt UNCTAD ett utvecklingsprogram som gick under beteckningen New Economic World Order, vilket inkluderade ett förslag avseende tekniköverföring etc.[373] Vid utformandet av förslaget diskuterade bl.a. "the weak bargaining positions of the developing countries, the lack of adequate domestic institutions to select and make good use of technology, the shortages of trained personnel, inadequate facilities for selecting appropriate technology."[374] I dis-

---

[372] Se Hayami, Yujiro & Ruttan, Vernon W. Agricultural Development : An International Perspective s. 290, s. 307 (1971).

[373] Se Fikentscher, Wolfgang: The Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology – A Study in Third World Development s. 1 (1980). Jfr även Smith, Jörgen. Forhandlingen om ny GATT – avtale og dens betydning for det industrielle rettsvern s. 171 (1989).

[374] Shachter, Oscar: Transfer of Technology and Develping Countries s. 156 (1980).

kussionen utvecklades en "developing ideology" som baserades på värdet om "universal human heritage", vilket bl.a. innefattade föreställningen om att kunskap skulle vara tillgänglig för hela mänskligheten.[375] I det program som sedan utformades ansågs också patentinstitutet vara ett viktigt medel som måste reformeras.[376] Inom WIPO – World Intellectual Property Organisation – bedrevs samtidigt arbete för en revisionen av Pariskonventionen som skulle bidra till att skapa en ny ekonomisk världsordning.[377] Avsikten var bl.a. att med användning av patentdokumentation inrätta ett centra för teknisk dokumentation och informationsspridning.[378] De förslag som upprättades har emellertid aldrig förverkligats och förefaller inte heller längre diskuteras. Industristaternas näringslivsrepresentanter argumenterade tidigt för risken att patentsystemet skulle urvattnas och motsatte sig särbehandling av u-länderna.[379] En gängse uppfattning i bl.a. USA är också att ett tvångslicenssystem som gynnade u-länder bara skulle göra investeringar mer osäkra och därmed mindre attraktiva.[380] U-ländernas inflytande i UNCTAD och WIPO var också en avgörande faktor för att USA m.fl. ansåg att det var viktigt att lyfta över IPR-agendan till GATT.[381]

4.5.4 Patentinstitutets funktioner för fördelning av makt och risker

En analys av patentinstitutets funktioner visar alltså att det, i dynamiken mellan värden om öppenhet/frihet å ena sidan och bundenhet/kontroll å den andra, har utvecklats alltmer bundna och kontrollerande strukturer. Detta behöver nödvändigtvis inte innebära att svaga kontrollstrukturer som u-länder motverkas. Så länge konkurrenskraftsideologin tillåts att blomma ut även i dessa relationer kommer emellertid patentinstitutet att verka utvecklingshämmande. Skulle istället värden om "universal human heritage" komma att få ett större inflytande är det fullt möjligt att utvecklingen skulle ta en annan riktning. Utmaningen i analysen av rätten som

---

[375] Fikentscher, Wolfgang: The Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology – A Study in Third World Development s. 25 (1980).

[376] A.a. s. 7.

[377] Neumeyer, Fredrik. Patent i Omvandling, en översikt över svenska och internationella patentfrågor s.s. 93–94 (1977).

[378] A.a.

[379] A.a.

[380] Se Julian-Arnold, Gianna: International Compulsory Licensing – the Rationales and the Reality s. 357 (1992).

[381] Se bl a Cordray, Monique: GATT v. WIPO s.s. 137–141 (1994).

handlings- och idésystem är följaktligen att utifrån förståelsen för den kommunikativa processen bilda sig en uppfattning om hur olika värden och intressen tillgodoses. Funktionen av patentinstitutet innebär alltid att vissa intressen i relationer mellan kontrollstrukturer kommer stimuleras på bekostnad av andra. Viktigt är därför att söka kunskap om hur föreställningar överförs och förvanskas mellan idésystem. Intressant är bl.a. att se hur kommunikationen resulterar i att olika värden och intressen tillgodoses som patentinstitutets syften, ligger till grund för patentinstitutets djupjustifiering inom det rättsliga handlingssystemet och legitimerar patentinstitutet inom det ekonomiska handlingssystemet.[382]

4.5.4.1 Patentinstitutets värde- och intresseförmedlande funktioner

Patentinstitutets funktioner kan förstås utifrån hur olika kontrollstrukturer skapar och förstärker kontrollpositioner. För att förstå innebörden av själva kontrollpositionerna måste vi dock gå vidare och se hur föreställningar om olika patenträttsliga regler påverkar maktförhållanden i olika konkurrensrelationer genom att förskjuta riskfördelningen. Om vi förenklar så mycket som möjligt kan vi exempelvis konstatera att ett omfattande skyddsomfång minskar benägenheten hos konkurrenter att imitera, vilket i sin tur innebär att patenthavaren är mer benägen att öppet presentera sin uppfinning. Vill man inom det rättsliga handlingssystemet förstärka kontrollpositionerna för uppfinnare inom vissa teknikfält skulle man således förstärka skyddsomfånget. Komplexiteten i den kommunikativa processen innebär emellertid att denna form av enkla samband sällan låter sig fastställas i realiteten. Det är först när vi kan fånga hela komplexiteten i de ideologiska, administrativa och materiella kunskapsprocessernas inverkan på samhällets kontrollstrukturer i alla dess dimensioner som vi kan bestämma sambanden. Även om det säger sig självt att vi aldrig kommer att nå dit hän, måste vår ambition vara att kontinuerligt förbättra prognosen, d.v.s. att vi som kollektiv måste ständigt sträva efter ökad insikt om komplexiteten i syfte att behärska patentinstitutet.

Om vi begränsar oss till att se hur patentinstitutet såsom en ideologisk kunskapsprocess påverkar och reproducerar det ekonomiska handlingssystemets kontrollstrukturer, kan vi hävda att kunskapsursprunget är den administrativa kunskapsprocessen inom det rättsliga handlingssystemet. Dokumentation som kommer att påverka föreställningar om exempelvis

[382] Jfr Das, Bal Gopal: Intellectual Property Dispute, GATT, WIPO s. 178 (1994).

skyddsomfång är inte enbart patentverkets beslut och dess överprövning utan också instruktioner, förarbeten, handböcker etc. Dessa alster, som förvisso ofta baseras på outtalade värden och intressen, kommer sedan att i den ideologiska kunskapsprocessen påverka kontrollstrukturerna i det ekonomiska handlingssystemet. Denna ideologiska process är förvanskande till sin karaktär. Vad gäller skyddsomfångsbedömning minskar visserligen det förvanskade inslaget, som annars skulle vara omfattande, tack vare patentombuden som verkar som mellanhänder i förhållande till kontrollstrukturer inom det ekonomiska handlingssystemet. Möjligen skulle man kunna säga att patentombuden och deras verksamhet framförallt inom ramen för förprövningssystemet minskar det kommunikativa avståndet mellan det rättsliga handlingssystemet och det ekonomiska handlingssystemet.[383] Detta gäller även i den andra riktningen när de ekonomiska kontrollstrukturerna ställer anspråk på det skyddsomfång de vill ha för sina uppfinningar, vilket aktualiseras vid förprövning såväl som vid intrångsprocesser.

I det ekonomiska handlingssystemet är funktionerna beroende på kontrollstrukturernas strategiska agerande i den konkurrensrelationella kontext de verkar. Strategiska överväganden om skyddsomfång kommer därför också relateras till en rad föreställningar med olika ursprung. Vid en bedömning om en kontrollstruktur skall förvärva viss materiell kunskap, kan skyddsomfånget vara en väsentlig indikator på värde. Andra kontrollstrukturer kanske inte tillmäter ett skyddsomfång något värde överhuvudtaget, utan ser det endast som ett hinder för att få tillgodogöra sig tekniken kommersiellt. Om ett företag överväger att imitera teknik kommer inte endast skyddsomfånget att tillmätas vikt, utan även den finansiella styrkan och andra faktorer som relaterade till patenthavarens förutsättningar att med framgång hindra intrång. Införandet av en rättsskyddsförsäkring för uppfinnare och småföretag kan som exempel vara en faktor som förskjuter riskfördelningen, och därmed kontrollpositionerna, i större utsträckning än en generell skyddsomfångsutvidgning.

Patentinstitutets funktioner i den administrativa kunskapsprocessen inom de ekonomiska kontrollstrukturerna manifesteras i kontraktuella transaktioner, patentansökningar, intrångsprocesser, patentstrategiska handlingsplaner osv. De föreställningar som dessa olika handlingar skapar, utgör moment i det ekonomiska idésystemet. I det ekonomiska idé-

[383] Betydelsen av en specialiserad patentombudskår behandlas bl.a. i Dybdahl Østerborg, Lise: Den Europæiske patentagent – et nyt erhverv og en ny stand s.s. 227–247 (1993).

systemet innefattas förutom kontrollstrukturernas egna erfarenheter också föreställningar om andras strategiska beteende etc. Patentinstitutets legitimitet baseras på de samlade föreställningarna om institutets strategiska inverkan avseende risktagande och möjligheter att utöva makt. Föreställningar om institutets strukturella inverkan kommer samtidigt att förändra kraven på vilka förutsättningar som skall vara uppfyllda för att patentinstitutet skall uppfylla egna intressen. En strukturell övergång till mer bundna transaktioner innebär att värden som kontroll och kontraktuell behärskelse kommer att ges större betydelse. För de stora företagen är det enskilda patentets skyddsomfång inte längre lika intressant, utan istället är det funktionen av hela patentportföljer vid korslicensdiskussioner etc. som tillmäts betydelse.

Ingripande värdeförskjutningar kommer också, i vart fall på sikt, att påverka patentinstitutets rättfärdigande inom det rättsliga handlingssystemets kontrollstrukturer. Den administrativa processen i det ekonomiska handlingssystemet resulterar i att föreställningar förändras inom det rättsliga handlingssystemets kontrollstrukturer. Inte bara uttalanden om legitimitet utan också strategiska beteenden, uttalanden och teorier avseende incitament, riskfördelning etc förändrar kontinuerligt föreställningar inom de rättsliga kontrollstrukturernas ekonomiska idésystem.

4.5.4.2 Patentinstitutets strategiska funktioner vid konkurrensrelationella intressemotsättningar

En generell slutsats är att patentinstitutets funktion att skapa och förstärka kontrollpositioner skiljer sig mellan olika kontrollstrukturer. I den multidimensionella process där de materiella och ideologiska kunskapsprocesserna kontinuerligt påverkar risk- och maktfördelningen kan vi dessutom se hur förstärkta kontrollpositioner för vissa kontrollstrukturer sker på bekostnad av andra strukturers kontrollintressen. Intressemotsättningarna är inte endast relevanta att studera mellan innovativa och imiterande företag i konkurrenssituation med varandra, utan även mellan olika kontrollstrukturer som besitter roller såsom forskare, uppfinnare, innovatörer, finansiärer, tillverkare, grossister och andra utnyttjare av skyddad kunskap eller av exemplar.[384] Förstärkta positioner för vissa av dessa roller kommer också att påverka andra roller negativt, i vart fall i relationen mellan varandra. Sett som kontrollstrukturer utgör de olika

[384] Jfr Andersen, Mads Bryde: Immaterialret og marked – et indlæg i diskussionen om ophavsrettens forhold till den almindelige konkurrenceret s. 409 (1993).

rollerna ofta delar i hierarkiskt organiserade kontrollstrukturer som ställer krav på relativt omfattande vertikal lojalitet. Inom dessa organisationer finns det föga utrymme för exempelvis forskare, uppfinnare, konstruktörer m.fl. att ha alltför starka kontrollpositioner i förhållande till företaget som huvudman för verksamheten.[385] Kontrollpositionerna för de större högteknologiska företagen är just relaterade till kontrollen över dessa roller såväl internt som externt. På så vis kan vi även se vertikala intressemotsättningar, vilka förvisso är mer påtagliga i relationer utanför den hierarkiska organisationen, som exempelvis mellan högskoleforskare och stora industriföretag. Man kan även argumentera för att det föreligger en generell motsättning mellan kapitalstarka stora kontrollstrukturer i förhållande till mindre och kostnadskänsliga strukturer. Motsättningen visar sig särskilt tydligt när vi ser till funktionen av officiella avgifter och ombudskostnader etc. som är förknippade med patentinstitutet som handlingssystem.

I enlighet med vad som framhållits i kapitel tre menar jag att det är väsentligt att analysera patentinstitutets funktioner utifrån olika intressemotsättningar mellan kontrollstrukturer. Förståelse för hur föreställningar om patenträttsliga regler inverkar strategiskt i olika intresserelationer är ett nödvändigt steg för att vi skall kunna se de strukturella funktionerna av den samlade kommunikativa processen. Vår förståelse av funktionen baseras på antaganden om hur olika rättsregler, beslut etc påverkar balansen i intresserelationer vad gäller kontrollen över kunskap. Det är viktigt att vi frigör oss från föreställningen om marknadsrelationer som en tävlan mellan företag och i stället ser företag såväl som marknader som kontrollstrukturer bestående av andra kontrollstrukturer som befinner sig i horisontella och vertikala relationer till varandra. De vertikala relationerna präglas av en lojalitet som är större eller mindre beroende på integrationsgraden inom strukturen. I de horisontella relationerna är tävlan och samverkan två sidor av samma mynt, d.v.s. även i samverkansrelationer är det frågan om att skapa så starka kontrollpositioner som möjligt. Detta är nog så tydligt i den strukturella omvandling där alltfler kunskapstransaktioner är bundna. Varje kontrollstruktur i dessa dimensionella kunskapsnätverk representerar i princip ett eget intresse, som endast i vissa avseenden är förenligt med andra kontrollstrukturers intressen. Den vertikala lojaliteten i hierarkiska organisationer innebär att exempelvis en

[385] Jfr Glass, Brett: Patently Unfair? – The System Created to Protect the Individual Inventor May Be Hindering Innovation s. 56 (1990).

konstruktör på ett industriföretag regelmässigt måste verka för att stärka industriföretagets kontrollpositioner externt. Internt däremot kommer konstruktören i större eller mindre utsträckning att verka för att stärka sina egna kontrollpositioner i förhållande till företaget och även till andra konstruktörer, FoU-enheter etc. inom företaget.

Graden av kontroll över kunskap är i samverkansrelationer direkt relaterade till förutsättningarna att erhålla så goda ekonomiska villkor som möjligt och en så förmånlig position som möjligt om och när samverkansrelationen upphör. Regler om vem som har rätten till resultatet i arbetstagarrelationer, uppdragstagarrelationer, forskningssamverkansrelationer etc., är följaktligen av stor betydelse i detta avseende. I symbios med andra föreställningar från det ekonomiska idésystemet genereras föreställningar om de inblandade samverkansparternas kontrollpositioner. Bilden kompliceras ytterligare av att regler om rätten till immateriella prestationer regelmässigt är dispositiva till sin karaktär, varför förutsättningarna till kontroll över ny kunskap är beroende av den kontrollposition man redan besitter.

I en utveckling där kunskapstransaktioner blir alltmer bundna kommer de som besitter omfattande kontrollpositioner att utnyttja dessa för att i samverkansrelationer också ha kontroll över uppfinnare, konstruktörer m.fl.[386] Ett antagande i enlighet härmed är att ett ökat skyddsomfång inte nödvändigtvis stärker uppfinnares och forskares kontrollpositioner.[387] Vi kan exempelvis argumentera för att om finansiärer inte nöjer sig med ekonomisk delaktighet utan även ställer krav på reell kontroll över innovationer är det fullt möjligt att ett förstärkt skyddsomfång kommer att motverka uppfinnarnas framtida kontrollpositioner, eftersom förbättringar och nya lösningar relaterade till uppfinningen i större utsträckning kommer att befinna sig i beroenderelation till den första uppfinningen. I en kommunikativ utveckling där föreställningarna om de kapitalstarka kontrollstrukturernas kontrollpositioner efterhand förstärks kommer kreativa aktörer följaktligen att bli alltmer bundna till dessa, vilket också kan motverka strukturella genombrott i näringslivet.[388]

Jag menar att vi kan ifrågasätta Teece och Grindley när de gör gällan-

---

[386] Jfr Gilbert, Richard & Newbery, David: Preemptive Patenting and the Persistence of Monopoly s. 521 (1982)

[387] Jfr Teece, David: Profiting from technological innovation: Implications for integration, collaberation, licensing and public policy s. 297 (1986).

[388] Jfr Glass, Brett: Patently Unfair? – The System Created to Protect the Individual Inventor May Be Hindering Innovation s. 62 (1990)

de att "cross-licensing outcomes do not, however, tilt towards the large firm at the expense of the small. Rather, they favor firms with significant IP regardless of size. In particular market niche where patents from two firms overlap, a small firm may have as many patents as a large firm, and as much bargaining power as the large firm."[389] Teece själv hävdar i ett tidigare alster att en av anledningarna till att små högteknologiska företag misslyckas medan stora multinationella företag med mindre teknisk kompetens lyckas att med kommersiell framgång omsätta ny teknik, är att de stora företagen i mycket större utsträckning innehar resurser inom företagets ramar och inte behöver köpa in dem av andra externa aktörer.[390] Motsvarande gäller enligt min mening beträffande möjligheterna att strategiskt utnyttja patentinstitutet för att skapa kontrollpositioner i syfte att kunna utbyta kunskap. Kapitalstarka aktörer har helt andra förutsättningar att skapa hela patentportföljer inom teknikområden, vilket förstärker kontrollpositionerna inte bara i relation till konkurrenter utan även i förhållande till samverkansparter inom FoU, tillverkning, distribution etc.[391] Än mer väsentligt är att finansiell styrka ökar benägenheten att ta risker i relationer där kontrollen över kunskap ifrågasätts. Hotet om intrång eller ansvaret för att beivra intrång i licensrelationer etc verkar inte hämmande i samma utsträckning som för en kapitalsvag kontrollstruktur, vilket i sin tur förstärker kontrollpositionen för den kapitalstarka aktören i konkurrensrelationella förhållanden till konkurrenter såväl som till samverkansparter.

Viktigt att förstå i sammanhanget är vidare att osäkerheten om innebörden av patenträttsliga normer kommer att gynna vissa intressen på bekostnad av andra. Medvetenheten om förekomsten av denna osäkerhet innebär att vi kan spekulera med densamma då vi analyserar patentinstitutets funktioner. Osäkerhet är i sig många gånger oundvikligt, vilket redan följer av den immateriella dimensionen, och inte heller behöver osäkerhet nödvändigtvis gynna starkare kontrollstrukturer. Exempelvis kan osäkerheten om skyddsomfång i vissa situationer gynna ett kapitalsvagt forskningsnära företag vid licensförhandlingar etc., medan i andra situationer där företaget skall beivra intrång kan osäkerheten ha motsatt effekt.

---

[389] Grindley & Teece: Managing Intellectual Capital s. 32 (1997).

[390] Teece, David: Profiting from technological innovation: Implications for integration, collaberation, licensing and public policy s. 302 (1986).

[391] Se bl.a Ernst, Holger: The Patent Portfolio for Strategic R&D Planning s. 493 (1997). Jfr även Ordover, Janusz; A Patent System for Both Diffusion and Exclusion s.s. 49–51 (1991).

Kommunikativt sett är det vidare intressant att inte endast försöka urskilja fördelningen av osäkerheten mellan olika intressen utan också analysera dess ursprung. I vissa fall är osäkerheten en funktion som eftersträvats inom den rättsliga handlingssystemet när reglerna utformats. Som exempel kan nämnas prioritetsregeln, vars medvetna funktion är att skapa osäkerhet om den kontrollposition som ansökningen i framtiden kommer att innebära. Vi kan även urskilja den osäkerhet som uppkommer beroende på att det föreligger osäkert rättsläge. Ett exempel är den osäkerhet som råder beträffande vad som utgör egendom och vilka dispositioner som skapar ett omsättnings- respektive borgenärsskydd. Dessutom kan vi urskilja den osäkerhet som uppkommer beroende på att de ekonomiska kontrollstrukturerna inte har tillräcklig kunskap om patentinstitutets innebörd.

Med utgångspunkt i den i kapitel tre diskuterade sakrättsliga förvirringen inom det rättsliga handlingssystemet kan vi, i enlighet med ett traditionellt marknadsliberalt förhållningssätt, argumentera för att osäkerheten generellt sett innebär att de rättsliga kontrollstrukturerna i sin kommunikativa process misslyckats med sin uppgift att utforma spelregler som skapar tillit för företagens transaktioner. Vi kan argumentera för att otydligheten om vad som är förmögenhetsrättslig egendom skapar en generell osäkerhet som motverkar allas intressen då det ideologiskt sett resulterar i ett föreställningslöst tillstånd, vilket bl.a. innebär att finansiärer och andra kontrollstrukturer inom det ekonomiska handlingssystemet inte betraktar immateriella tillgångar som säkerheter osv. Sett utifrån intresserelationer mellan kapitalsvaga och kapitalstarka kontrollstrukturer innebär denna situation att kapitalsvaga aktörer inte kan förvänta sig investeringar som endast baseras på ekonomisk delaktighet, dvs. som inte engagerar sig i verksamheten annat än att de förväntar sig ett ekonomiskt utfall. Funktionen av osäkerheten är följaktligen att små kunskapsintensiva kontrollstrukturer i än högre utsträckning är beroende av stora kapitalstarka kontrollstrukturer som ställer krav på kontroll över kunskapen för att engagera sig.

4.5.4.3 Intervenering av rättsliga kontrollstrukturer vid konkurrensrelationella intressemotsättningar

I en analys av vilka intressen patentinstitutet tillvaratar är det väsentligt att vi även inkluderar de rättsliga kontrollstrukturernas intervenering och möjliga intervenering i de specifika intresserelationerna. När vi betraktar patentinstitutet som ett moment i det rättsliga handlingssystemet

kommer mottagande av patentansökningar, granskning av ansökningar, beviljande av patent, beviljandet av invändningar, ogiltighetsförklaringar av patent, ingripanden för att beivra intrång, utdömande av straff m.m. att utgöra det mest konkreta inslaget som påverkar föreställningar inom de ekonomiska kontrollstrukturernas rättsliga idésystem. Särskilt viktig är givetvis den medvetna kommunikationen, även om den sker via ombud, eftersom den avser och kommer påverka kontrollen över en specifik materiell kunskap, vilket också innebär att risken för förvanskning är mindre. Vi kan enligt min mening argumentera för att den administrativa processen i rättsliga kontrollstrukturer som patentverk, åklagare, domstolar utgör grunden för en självreglerande process inom det ekonomiska handlingssystem samtidigt som det innebär en intervenering i olika intresserelationer vad gäller kontrollen över kunskap. Den administrativa processen skapar inte bara föreställningar om vad patent innebär för kontrollpositioner, utan också prognoser om när man i framtiden kan förvänta sig ingripande från rättsliga kontrollstrukturer.

Även här kan vi argumentera för att graden av ingripande i intresserelationer är beroende av i vilken utsträckning kontrollstrukturerna har finansiell styrka att initiera det rättsliga handlingssystemets kontrollstrukturer och utnyttja de kontrollstrukturer som utgör förmedlande länkar. De reella kostnaderna för att på internationell basis ansöka om ett ändamålsenligt patentskydd för en ny teknik är omfattande. Även för att bevaka patentregister och att göra invändningar krävs relativt omfattande resurser. De kostnadsmässiga riskerna med att initiera en intrångsprocess är bara vad gäller ombudskostnader så omfattande att de har en avhållande inverkan.[392]

Det finns följaktligen anledning att ifrågasätta om inte patentinstitutets funktioner för kunskapskontroll förutsätter kapitalmässig styrka. Patentinstitutet får utifrån detta intresserelationella förhållningssätt närmast en konserverande funktion där de stora och multinationella industriföretagen kan skydda tidigare investeringar och motverka alltför snabba förändringar.[393] Jag menar också att en analys av patentinstitutets funktioner i denna riktning förstärker den strukturella bilden av att stora kontrollstrukturer med omfattande kontrollpositioner utökar sina kontrollpositioner alltmer genom att skapa och kontrollera nätverk av kontraktuella allianser där kunskap överförs i bundna transaktioner. I enlig-

[392] Glass, Brett: Patently Unfair? – The System Created to Protect the Individual Inventor May Be Hindering Innovation s. 62 (1990).
[393] A.a s. 58.

het med Mathiesens teorier kan vi argumentera för att patentinstitutet verkar överbyggande och stödjade för befintliga kontrollstrukturers intressen.[394] Bilden är dock inte entydig, utan i patentinstitutets karaktär ligger även att det kan verka upphävande och utgöra ett medel för att attackera förhärskande kontrollstrukturer.[395] Möjligen är det så att vi kan förklara patentinstitutets funktioner utifrån föreställningen om marknadsteknologiska paradigmskiften. Patentinstitutet förstärker generellt förhärskande strukturer i paradigmet och motverkar på så vis strukturell omvandling. Från tid till annan kommer dock den materiella kunskapsprocessen i symbios med föreställningar om patentinstitutet etc. att resultera i kontrollpositioner som befintliga strukturer inte kan underordna sig, vilket kommer att resultera i en generell attack mot paradigmet i sig.

Komplexiteten i processen är även i detta teoretiskt spekulativa sammanhang alltför omfattande för att vi skall kunna ge en generell förklaring till hur patentinstitutet verkar som spelregler/idésystem och ingripanden/handlingssystem. Nästa steg i syfte att öka förståelsen för komplexiteten är därför att analysera den kommunikativa processen inom det rättsliga handlingssystemet.

4.6 Rättens funktioner inom det ekonomiska handlingssystemet – avslutande reflektioner

I detta sista avsnitt skall jag ge några sammanfattande reflektioner. Avsnittet bygger på vad som anförts ovan om det rättsliga idésystemets betydelse som drivkraft i det ekonomiska handlingssystemet.

4.6.1 Komplexitetsparadigmet och föreställningen om rätten

Utgångspunkten är den omvandlingsprocess där rätten påverkar och förändrar det industriella samhället å ena sidan, medan föreställningar om den tekniska och industriella utvecklingen etc. påverkar rätten å den andra. Situationen präglas av vår kollektiva oförmåga att generera en kreativ industriell utveckling och samtidigt undvika den destruktiva sidan av densamma.

Dalberg-Larsen konstaterar i sin analys av rättens oavsedda effekter att det föreligger en risk för att om syften som ställs upp för olika regle-

[394] Mathiesen, Thomas: Rätt, samhälle och politisk handling s. 155 (1980).
[395] A.a. s. 199.

ringar sällan realiseras kan detta resultera i maktlöshet och att vi ger upp vår kollektiva strävan mot en harmonisk evolution.[396] Hayek menade, då han förespråkade "spontaneous order", att reglering regelmässigt misslyckas och gynnar aktörer som redan besitter en maktposition.[397] I dagens högteknologiska samhället blir det dock även för marknadsorienterade ekonomer alltmer uppenbart att vi inte kan förlita oss på någon spontan ordning. "Regulation is a key influence on the development of governance systems. It reflects as well as influences national differences in corporate organization."[398] Jag menar också att även om vi aldrig kommer att kunna nå tillräcklig kunskap för att uppnå målen med all lagstiftning och det dessutom är så att reglering tenderar att gynna dem som redan besitter maktpositioner, måste vi frigöra oss från det retoriskt marknadsliberala förhållningssättet att avreglering är ett självändamål och att vi befinner oss i en regleringskris endast relaterad till en offentlig överreglering.[399] Liksom Dalberg-Larsen menar jag att vi måste fortsätta med "trial and error" och kontinuerligt utvärdera reglering för att öka våra förutsättningar att uppnå kontroll.[400] Samtidigt och just som ett led i denna utvärdering måste vi, i såväl den rättsbeskrivande som den rättsbildande processen, eftersträva teoretisk förståelse av funktioner och samband i samhället. Vi måste m.a.o. fokusera på den i komplexitetsparadigmet gömda ordningen.

4.6.1.1 Rättsliga idésystem och den ideologiska kunskapsprocessen

Förståelse för rättens funktioner förutsätter, enligt min mening, att vi inser betydelsen av att skilja mellan handlingssystem (governance systems) och idésystem (belief systems). Handlingssystemen är uttryck för social interaktion i olika avseenden, medan idésystem representerar handlingssystemets föreställningar som baseras på beteenden, teorier, uttalanden i det egna och andra handlingssystem. För att teorin skall vara förklarande och samtidigt bevara komplexiteten i så stor utsträckning som möjligt krävs vidare att vi delar in handlingssystemet i kontrollstrukturer (governance structures) i olika dimensioner. Varje kontrollstruktur har sina egna idésystem av föreställningar. Betecknande för kontrollstrukturer inom

---

[396] Dalberg-Larsen, Jørgen. On the evolution of law and the importance of unintended consequences s. 56 (1989).
[397] Hayek, Friedrich: The Political Order of a Free People s.s. 132–133 (1979).
[398] Mayer, Colin: Corporate Governance, Competition and Performance s. 173 (1997).
[399] Jfr ovan i avsnitt 2.3.
[400] Dalberg-Larsen, Jørgen. On the evolution of law and the importance of unintended consequences s. 65 (1989).

det ekonomiska handlingssystemet är att de eftersträvar kontroll/behärskelse/makt över i första hand de materiella kunskapsprocesserna. Med en analys av kommunikationen mellan kontrollstrukturer inom och mellan handlingssystem kan vi öka förståelsen av rättens funktioner. Rätten utgör då ett rättsligt idésystem hos de olika ekonomiska kontrollstrukturerna, vilket innefattar föreställningar om beslut, ageranden, ställningstaganden inom det rättsliga handlingssystemet. En kommunikativ teori om rätten som idésystem med funktioner inom olika kontrollstrukturer resulterar följaktligen i en ideologisk analys av hur olika föreställningar med olika kunskapsursprung interagerar.

Rätten befinner sig följaktligen i någon form av symbios med i samhället förhärskande ideologier. Denna insikt är vedertagen bland ett flertal samtida nordiska rättsvetare. Hydén menar att rätten kan ses som ett ideologiskt system.[401] Dalberg-Larsen betraktar rätten som ett "system av normer med tillknutna ideologiska föreställningar om rättens karaktär och funktion, som skapas, vidareutvecklas och används i speciella organ bemannade med särskilda persongrupper, den juridiska professionen".[402] Även vad gäller inflytandet på rätten menar flera rättsvetare att denna process är ideologisk.[403] Bruun betraktar rättsideologin som ett teoretiskt rättsmedvetande vilket först och främst styrs av produktionskrafterna, men även av historia, traditioner, moral etc.[404] Eriksson menar att "(j)urisprudensen som en praxeologisk verksamhet ansluter sig alltid till de i samhället rådande maktförhållandena. Den är en del av den politiska maktstrukturen."[405]

I enlighet med dessa tankegångar kan rätten som idésystem ses som såväl olika ideologier som moment i förhärskande ideologier. Om vi som Dalberg-Larsen skiljer mellan "ideologi som fenomen och ideologiska verkningar av ideologier och andra fenomen", kan vi betrakta kollektiva föreställningar i rättsliga idésystem såsom ideologier, vilka i en ideologisk kunskapsprocess påverkar de administrativa kunskapsprocesserna inom kontrollstrukturerna.[406] Som fenomen är ideologier m.a.o. föreställningar i idésystem. I den ideologiska kunskapsprocessen kommer föreställningar om rätten i det rättsliga idésystemet tillsammans med före-

---

[401] Hydén, Håkan. Rättens samhälleliga funktioner s. 25 (1978).
[402] Dalberg-Larsen, Jørgen: Retsstaten, velfærdsstaten – og hvad så? s. 25 (1984).
[403] A.a. s. 12.
[404] Bruun, Niklas. Kollektivavtal och rättsideologi s. 36 (1979).
[405] Eriksson, Lars D. Marxistisk teori och rättsvetenskap s. 110 (1980).
[406] Dalberg-Larsen, Jørgen: Retsstaten, velfærdsstaten – og hvad så? s. 24 (1984).

ställningar från andra idésystem att verka som normer för kontrollstrukturer inom olika handlingssystem. Beteenden, teorier, uttalanden inom olika kontrollstrukturer resulterar i att det skapas nya föreställningar inom idésystemen inom andra kontrollstrukturer såväl som inom det egna.

Patentinstitutet verkar ideologiskt på kontrollstrukturerna inom det ekonomiska handlingssystemet. De ekonomiska kontrollstrukturerna kommer genom sitt beteende, strategiska ställningstaganden och uttalanden att skapa patentrelaterade föreställningar hos den egna och hos andra kontrollstrukturer, vilka sedan kommer verka normerande på den administrativa kunskapsprocessen inom det ekonomiska handlingssystemet. Det som ovan beskrivits som det "patenträttsliga uppvaknandet" kan ses som en kommunikativ process där patentinstitutet kommit att få en allt mer ingripande ideologisk betydelse.

4.6.1.2 Konkurrenskraftsideologins avspärrande verkan

Marcuse talar om en "avspärrning av föreställningsvärlden" och om den endimensionella människan som inkorporerar allt inom den förhärskande föreställningsvärlden.[407] Denna avspärrning återfinns även i vetenskapsvärlden där begreppen inrättas efter den nuvarande teknologiska ordningen.[408]

I detta sammanhang finns det anledning att åter understryka vikten av att kontinuerligt förändra vårt förhållningssätt till även egna teorier allt eftersom att samhället omvandlas. Analysen av hur de kognitiva processerna verkar innebär att vi ständigt måste utveckla våra normativa modeller. Eftersom samhällsvetenskapen i sig är normativ och utgör en integrerad del i den samhällsomvandlande processen, kommer de kognitiva processerna att påverkas. Konkurrenskraftsideologin såsom en integrerad del i såväl teori och praktik befinner sig på så vis i kontinuerlig omvandling.

Habermas menar i sina tidigare teorier att vi i detta sammanhang måste skilja mellan den *aktiva anpassningens form* i relation till den passiva anpassningens form. I den aktiva anpassningens form ligger en strävan efter att skapa behärskelse över den egna situationen och omvandlingen genom förståelse och planering.[409] "Målet för den marxistiska kritiken var att omvandla den sekundära anpassningen av den institutionella ramen

---

[407] Marcuse, Herbert: Den endimensionella människan s. 89 (1969, originalet från 1964).
[408] A.a s.177.
[409] Habermas, Jürgen. Teknik och vetenskap som ideologi s. 95 (1984, originalet från 1968).

till aktiv anpassning, för att på så vis själva samhällets strukturella omvandling skulle kunna bringas under kontroll."[410]

4.6.2 Rättsliga idésystemets funktioner i en kommunikativ process

I en kommunikativ teori om rätten som idésystem, bundna till olika kontrollstrukturer, är det av avgörande betydelse att medvetandegöra rättens interaktion med den industriella omvandlingen. För att kunna uttala oss om patentinstitutets funktioner krävs således att vi har en realistisk bild av de samhällsomvandlande processerna samtidigt som vi har en uppfattning om hur olika ideologiska föreställningar kommer att påverka inflytandet från föreställningar om rätten.

Mathiesen uppmärksammar helheten mellan materialitet, rätt och rättens funktion och konstaterar att rättens funktion är lika nödvändig för materialitetens fortsatta existens som materialiteten är en förutsättning för rättens framväxt.[411] Han påtalar samtidigt komplexiteten och understryker att vi svårligen kan utmönstra statiska samband. "Samma andliga fenomen, samma idésystem, kommer vid olika tidpunkter, d.v.s. under olika historiska villkor, att i varierande grad stå i ett dialektiskt förhållande till materialiteten."[412] Att detta gäller patentinstitutet är uppenbart inte minst med tanke på att det befinner sig i direkt förbindelse med den tekniska omvandlingen och utgör ett medel inom det ekonomiska handlingssystemet för att kontrollera den materiella kunskapsprocessen i sig. Utmaningen är följaktligen att utforma en förklaringsmodell som bevarar komplexiteten såtillvida att vi kan ta till oss dynamiska förändringar som att förhärskande ideologier ersätts, kontrollstrukturer produceras och reproduceras m.m.

4.6.2.1 Rättsliga idésystem som kommunikativa länkar mellan kontrollstrukturer

Handlingssystemen skall inte betraktas som slutna enheter, utan kan istället ses som konglomerat av kontrollstrukturer i olika dimensioner. Jag menar att kommersiella relationer kan förklaras som kontrollstrukturer som verkar i horisontella såväl som vertikala nivåer inom ett ekonomiskt handlingssystem. Fysiska personer, som ju utgör de minsta möjliga kontrollstrukturerna, interagerar och skapar strukturer med olika orga-

[410] A.a. s. 96.
[411] Mathiesen, Thomas: Rätt, samhälle och politisk handling s. 156 (1980).
[412] A.a. s. 166.

nisatoriska nivåer. Storföretag kan vertikalt delas in i olika företag, avdelningar, enheter precis som forskningscentran kan delas in i institutioner, institut, enheter o.s.v. Betecknande är att ju mer vertikal lojalitet som föreligger mellan de olika nivåerna desto mer autonom är kontrollstrukturen. Även mer abstrakta och svårdefinierade strukturer som exempelvis det inhemska näringslivet kan betraktas som en egen kontrollstruktur, dock med relativt begränsade krav på vertikal lojalitet. I en konkurrenskraftsideologisk kontext förefaller patentinstitutets strukturella funktioner vara ett viktigt led i en utveckling där det skapas innovationsnät och bundna kunskapstransaktioner som ökar kraven på vertikal lojalitet inom teknostrukturen såsom en allians mellan statsmakten och det inhemska näringslivet.

Idésystemen betecknar olika kunskapsursprung. Föreställningar som emanerar ur den administrativa kunskapsprocessen inom det rättsliga handlingssystemet utgör de olika kontrollstrukturernas rättsliga idésystem. Den juridiska professionen såsom olika kontrollstrukturer representerar härvidlag ett eget handlingssystem som genom den administrativa processen skapar en mängd kunskapsunderlag.[413] Företag hämtar dock inte sina föreställningar om rätten endast från kontrollstrukturer inom den juridiska professionen, utan många föreställningar är resultatet av föreställningar om ageranden, uttalanden m.m. av andra kontrollstrukturer inom bl.a. det ekonomiska handlingssystemet. Det är således inte endast frågan om en ideologisk process där föreställningar om vad som sägs i rättsliga källor överförs, utan i lika hög grad överförs föreställningar om bl.a. patentinstitutet genom att ekonomiska kontrollstrukturer i sin administrativa kunskapsprocess ställer upp programförklaringar, agerar i konflikter etc. Patentinstitutets funktioner bör därför ses som resultatet av kontrollstrukturens både rättsliga och ekonomiska idésystem, d.v.s. funktionen är resultatet av föreställningar med kunskapsursprung inom både det rättsliga och det ekonomiska handlingssystemet. Vill vi göra bilden än mer rättvisande kan vi hävda att varje kontrollstruktur utgör ett eget kunskapsursprung i den kommunikativa processen, varför exempelvis det rättsliga idésystemet inte bara kan delas in i undergrupperingar beroende på om föreställningarna baseras på lagstiftning, patentverkets beslut etc., utan också om det är Lennart Törnroth, Stig Strömholm eller någon annan som utgör kunskapsursprung. I vissa fall kan vi nöja oss med ett kunskapsursprung på handlingssystemsnivå, medan det i andra kan

[413] Jfr Luhmann, Niklas: The Self-reproduction of Law and its Limits s. 120 (1985).

vara relevant att t.o.m. ta utgångspunkt i uttalanden, ageranden m.m. av enskilda individer.

När vi därefter analyserar de olika kunskapskällornas funktioner inom det ekonomiska handlingssystemet kan vi skilja mellan dess strategiska och strukturella funktioner. Den strukturella funktionen är relaterad till hur kunskap producerad av det rättsliga handlingssystemet uppfattas av den ekonomiska kontrollstrukturen och vilken vikt den såsom en föreställning i det rättsliga idésystemet tillerkänns i förhållande till andra föreställningar. Utifrån analysen av vilken strategisk betydelse olika föreställningar tillerkänns i den kommunikativa processen mellan kontrollstrukturer kan vi bilda oss uppfattningar om föreställningarnas strukturella funktioner. I enlighet med Mathiesen menar jag att vi kan skilja mellan huruvida föreställningar verkar överbyggande och stödjade för befintliga kontrollstrukturers intressen, verkar utvecklande och förstärker kontrollstrukturerna eller om de verkar upphävande och attackerar kontrollstrukturerna.[414] Vidare är det givetvis väsentligt att skilja mellan processer där föreställningar verkar stödjande respektive upphävande på mindre kontrollstrukturer som företag eller om det avser större kontrollstrukturer som industrigrenar.

Patentinstitutets bundenhet till de materiella kunskapsprocesserna visar oss att funktionen av föreställningar om de specifika patenten kan verka såväl överbyggande, utvecklande som upphävande på kontrollstrukturer. Funktionen är bl.a. beroende av teknikens karaktär. Ju mer genomgripande den patenterade uppfinningen är desto större är förutsättningarna att utnyttjandet av patentet kan vara ett moment i ett nytt marknadsteknologiskt paradigmskifte, vilket skulle kunna få återverkningar på strukturell nivå för hela det ekonomiska handlingssystemet. Regelmässigt torde dock föreställningar om de specifika patenten såväl som om patentinstitutet ha en begränsat utvecklande funktion, där kontrollpositionerna stärker de redan etablerade kontrollstrukturerna. Även på handlingssystemnivå kan vi argumentera för att patentinstitutet regelmässigt har överbyggande och utvecklande funktioner. Den patenträttsliga utvecklingen kan således, i enlighet med vad ovan sagts, ses i en kommunikativ process där konkurrenskraftsideologin utvecklar och förstärker det ekonomiska handlingssystemet.

Omvandlingen av samhället kan således ses som resultatet av en ideologisk kunskapsprocess, där inverkan av föreställningar om rätten också

[414] Mathiesen, Thomas: Rätt, samhälle och politisk handling s. 199 (1980).

innebär att värden inom de ekonomiska kontrollstrukturerna befästs och förstärks, men också att det förmedlas nya värderelaterade ställningstaganden. Som en följd av att konkurrenskraftsideologin förstärkts i den ideologiska processen menar jag att kontroll över kunskap för kommersiell konkurrenskraft utgör ett värde som alltmer ges företräde. Föreställningar om patentinstitutet utgör i denna kontext särskilt framträdande ideologiska moment och påverkar strukturer mot ett strategiskt agerande där kunskapsprocesser blir mer bundna o.s.v. Patentinstitutets ideologiskt centrala position inom konkurrenskraftsideologin är enligt min mening också förklaringen till varför det patenträttsliga uppvaknandet bidragit till introducerandet av ett "ethos of commercial exploitation" inom forskningsorienterade kontrollstrukturer.[415] Innebörden härav är att värden om forskningens frihet har fått stå tillbaka. På internationell nivå, i relationen mellan stater, kan vi på motsvarande sätt argumentera för hur patentinstitutets ideologiska funktioner också fått värden om "common heritage" att stå tillbaka för konkurrenskraftsideologin.[416]

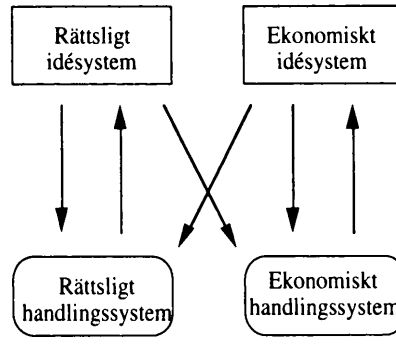
4.6.2.2 Kommunikativ återföring från det ekonomiska handlingssystemet

Kunskapsursprunget för patentinstitutet som ideologisk process är den administrativa processen inom det rättsliga handlingssystemets kontrollstrukturer. Vi skall dock ha klart för oss att de värden som patentinstitutet förmedlar långt ifrån har sitt ursprung inom dessa kontrollstrukturer. Den administrativa processen inom det rättsliga handlingssystemet kan, precis som inom det ekonomiska handlingssystemet, ses som resultatet av ideologiska kunskapsprocesser där föreställningar från andra idésystem påverkar utformningen, tillämpningen och analysen av rättsregler. Förändringar avseende föreställningar om patentstrategiska beteenden från det ekonomiska idésystemet kommer alltid att påkalla förändringar i rätten, förnyad tolkning osv. Det sker bl.a. genom att föreställningar om patenträtten från det rättsliga idésystemet relateras till föreställningar om en förändrad verklighet, i detta fall till föreställningen om det strategiska handlandet i det ekonomiska idésystemet. Ser vi endast till det kommunikativa förhållandet mellan det ekonomiska och rättsliga handlingssystemet skulle vi således kunna hävda att det föreligger ett administrativt och ideologiskt kretslopp.

---

[415] Sherman, Brad: Governing Science – Patents and Public Sector Research in the United Kingdom s. 24 (1995).

[416] Jfr Fikentscher, Wolfgang: The Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology – A Study in Third World Development s. 26 (1980).



Utvecklar vi denna förenklade bild skulle vi, i enlighet med den modifierade materialistiska teori som diskuterats ovan, kunna argumentera för att det är den materialistiska kunskapsprocessens påverkan på det ekonomiska handlingssystemet som utgör den viktigaste strukturella drivkraften inte bara inom det ekonomiska handlingssystemet, utan också det rättsliga, politiska etc. Följaktligen skulle också den ideologiska kunskapsprocessen inom det rättsliga handlingssystemet resultera i att konkurrenskraftsideologiskt förstärkande föreställningar ges företräde. För att öka vår förståelse är det dock nödvändigt att vi analyserar den kommunikativa processen inom det rättsliga handlingssystemet. I den fortsatta framställningen kommer jag huvudsakligen att förhålla mig till den materiella kunskapsprocessen som ett inslag i det rättsliga kontrollstrukturernas ekonomiska idésystem och kommer således betrakta dess inverkan som ett inslag i den ideologiska kunskapsprocessen. Jag kommer i enlighet med Habermas teorier att fokusera på att förklara den kommunikativa processen i första hand.[417]

En särskild problemsituation inom det rättsliga handlingssystemet är att aktörerna inom de olika kontrollstrukturerna i stor utsträckning är ovilliga att medvetandegöra inflytandet från andra idésystem och därigenom interaktionen med andra handlingssystem. Engels förklarade att de rättskunniga inte uppmärksammar de ekonomiska förhållandenas inflytande, beroende på att den interna systematiseringen för dem själva framstår som de bearbetar rent tankematerial.[418] I enlighet med Habermas kan vi argumentera för att det utmärkande för adaptionen inom det

[417] Se ovan i avsnitt 4.4.

[418] Engels, Friedrich: Ludwig Feuerbach och den klassiska tyska filosofins slut s. 77 (1929, originalet från 1888). Jfr även Marx, Karl. Filosifins elände s. 85 (1949, originalet från 1846/47).

rättsliga handlingssystemet är att den har en passiv form.[419] Risken är följaktligen att det förvanskande inslaget i den ideologiska kunskapsprocessen där de rättsliga kontrollstrukturerna skapar sina föreställningar om ekonomiska förhållanden etc är särskilt påtagligt. Habermas förespråkar också den aktiva anpassningens form, vilken således baseras på en strävan om att skapa behärskelse över den egna situationen och omvandlingen genom förståelse och planering.[420]

4.6.2.3 Kontrollen över den administrativa kunskapsprocessen och analysen av rätten som idésystem

Sammantaget menar jag att förståelsen för rättsliga idésystems funktioner är ett väsentligt moment i dynamiken mellan evolution och ideologi. I den ideologiska processen ingår det att vi intuitivt/passivt bedömer konsekvenserna av olika föreställningar. För att kontrollstrukturerna skall förstå den ideologiska processens verkningar i sig är det därför viktigt att de medvetandegör överväganden om konsekvens och funktion. Jag menar således att kontinuerliga antaganden om rättens funktioner är ett nödvändigt inslag i den aktiva anpassningens form såväl inom det ekonomiska handlingssystemet som inom det rättsliga.

Rättsvetenskapen har enligt min mening ett särskilt ansvar för ett ökat medvetandegörande om hur rätten verkar i samhället. Av framställningen i detta kapitel följer att det i denna strävan är väsentligt att vi också har förståelse för den kommunikativa process där rättsliga föreställningar skapas, omvandlas etc. inom det rättsliga handlingssystemet. Betraktar vi rätten såsom en kommunikativ process mellan idésystem och handlingssystem har vi enligt min mening ökade förutsättningar att förstå hur andra, utifrån olika antagande om funktion, tillerkänner olika föreställningar mer eller mindre strategisk betydelse. Ett sådant förhållningssätt skapar insikt om olika föreställningars funktioner på en mer strukturell nivå. I detta medvetandegörande är det särskilt väsentligt att ha en uppfattning om vilka föreställningar som är de ideologiskt förhärskande. Dessa ger oss nämligen en bild av hur andra föreställningar kommer att verka, vilket innebär att vi kan skönja en "path dependence".[421]

---

[419] Habermas, Jürgen. Teknik och vetenskap som ideologi s. 95 (1984, originalet från 1968).

[420] A.a.

[421] Jfr North, Douglass C: Where have we been and where are we going? s. 1 (1996).

Kapitel 5

Rättslig evolution för kunskapskontroll

"Law is unjust or at least not quite in conformity with the idea of justice. This seems to be inevitable as long as we need property." (Luhmann, Niklas: The Self-reproduction of Law and its Limits s.120.)

5.1 Analys av hur rätten omvandlas i dynamiken mellan idésystem och det rättsliga handlingssystemet

I enlighet med konkurrenskraftsideologin är rättslig reglering ett betydelsefullt inslag i en strävan efter att skapa ett näringslivsklimat där framgångsrika innovationer kontinuerligt selekteras. Någon klarhet om vilken reglering som på lång sikt har en främjande respektive begränsande inverkan föreligger emellertid inte. En generell trend är dock att reglering som anses stimulera individuell kontroll över kunskap, exempelvis patentinstitutet, ges alltmer företräde framför reglering som syftar till upprätthållande av konkurrens, öppen kunskapsspridning, frihandel etc.[1]

Vår oförmåga att förutse och förstå såväl strukturella som strategiska funktioner av rättslig reglering innebär att vi ofta talar om en regleringskris.[2] "Laissez faire" eller strävan om marknadens "spontaneous order" är dock, i en konkurrenskraftsideologisk kontext, inte längre ett trovärdigt alternativ.[3] Oavsett om vi stannar vid en ambition att stimulera konkurrenskraft eller går vidare och menar att målet är kollektiv kontroll över samhällets omvandling, måste vi utveckla vår kunskap om rätten

---

1 Se avsnitt 2.3–2.5.

2 Jfr Rottleutner, Hubert som menar att antagandet att det föreligger en generell regleringskris tas för givet i alltför stor utsträckning. Legal Evolution and the Limits of Law s. 215 (1989).

3 Sunstein, Cass R: After the Rights Revolution s. 91 (1996).

som ideologisk kunskapsprocess. Särskilt intressant är att förstå hur konkurrenskraftsideologiska föreställningar medvetet och omedvetet påverkar aktörer inom den juridiska professionen. Denna påverkan innebär att de rättsliga idésystemen kontinuerligt omvandlas. Den rättsliga evolutionen, såsom ett moment i den samhälleliga evolutionen, befinner sig under ett kommunikativt ideologiskt inflytande.

5.1.1 Regleringskrisen och det ekonomiska idésystemets framträdande betydelse

Min teoretiska utgångspunkt i detta avslutande kapitel är rättsrealistisk. Rätten kommer att studeras såsom reella beteenden och föreställningar. Vi står därmed inför en metodologisk separation mellan rättsvetenskap och domarkår. Rättsvetenskapen har att analysera rätten såsom handlanden i olika kontrollstrukturer och söka beskriva hur dessa påverkas av olika idésystem. Domarkåren har däremot en normativ uppgift som måste medvetandegöras så att de i större utsträckning kan ikläda sig ansvar för faktiska konsekvenser av de beslut som fattas.[4]

5.1.1.1 Ökad aktiv adaption inom den juridiska professionen

Engels förklarade alltså att de som är verksamma i den juridiska professionen uppträder som om de är omedvetna om de ekonomiska förhållandenas avspegling inom rätten; "juristen tror att han sysslar med rent tankematerial – så oigenkännliga blir återverkningarna av de ekonomiska kraven."[5] Med Marcuses terminologi kan vi tala om en "avspärrning av föreställningsvärlden" inom den juridiska professionen.[6] Strömholm som har en uttalat positiv inställning till denna avspärrning lyfter fram den s.k. isoleringseffekten.[7] Han menar att betecknande för den rättsliga analysen är att juristen skall varken behöva ifrågasätta vilka värderingar, intressen etc. som är grunden till konflikten eller behöva ta ställning till konsekvenserna av sina rättsliga ställningstaganden.[8]

Jag har drivit tesen att vi, för att kollektivt skapa kontroll över kunskapsproduktionen, måste sträva efter insikt om hur den kommunikativa kunskapsprocessen mellan det rättsliga och ekonomiska handlingssyste-

---

[4] Se bl.a. Hägerström, Axel: Till frågan om begreppet gällande rätt s. 70 (1931).
[5] Engels, Friedrich. Brev till Conrad Schmidt 27 oktober 1880 publicerat i Elwin & Victor (red): Rätt och Marxism s.s. 77–79 (1978).
[6] Marcuse, Herbert: Den endimensionella människan s. 89 (1969, originalet från 1964).
[7] Strömholm, Stig: Har juridiken en framtid? s. 596 (1975).
[8] A.a.

met verkar i båda riktningar. Ingripande och dömande kontrollstrukturer svarar precis som lagstiftaren för att det produceras rättsliga föreställningar som skall tillämpas i andra handlingssystem. Närheten till aktörer från andra handlingssystem i dömande kontrollstrukturer gör att påverkan av föreställningar från andra idésystem är särskilt påtaglig. Jag menar därför att kollektiv kontroll förutsätter att det rättsliga handlingssystemets kontrollstrukturer inser sin delaktighet och därmed också ikläder sig ett ansvar.

Kontrollstrukturer i överlappningen mellan det rättsliga och det politiska handlingssystemet besitter självfallet ett särskilt ansvar, inte minst vad gäller kontrollen över den ideologiska kunskapsprocessen inom det rättsliga handlingssystemet i sig. Med en realistisk hållning är det väsentligt att lyfta fram det demokratiska inflytandet. Domaren måste inse sin värderande uppgift. Samtidigt innebär den vertikala lojaliteten att han måste förhålla sig till samhällets demokratiska inslag och de värden som där produceras. Insikten härom är, som jag ser det, grunden till Lundstedts strävan efter att domare skall bedriva konstruktiv juridik och sträva efter att tillgodose samhällsnyttan såsom beteckning på i samhället existerande värden.[9] Rättsrealisterna förespråkar att domaren för att uppfylla sitt ansvar har att såväl söka värden som att analysera konsekvenser av domslut i förhållande till dessa värden. Hägerström menar att domaren i detta avseende t.o.m. kan vara skyldig att frångå uttrycklig lag. "Ja, stundom kan det bli ett krav på honom, att han handlar mot lagens klara ordalydelse, nämligen om det antingen kan sägas, att lagstiftaren icke kunnat förutse de sociala konsekvenserna under närvarande förhållanden av lagens användande i föreliggande fall eller den i det hela blivit föråldrad."[10]

Problemet vi står inför blir då hur det demokratiska ansvarstagandet skall förverkligas i den värderande verksamheten inom domarkåren. Det är ett missförstånd att det rättsrealistiska förhållningssättet innebär ett förespråkande av att "makt är rätt". Det realistiska synsättet syftar till att medvetandegöra att dömande består i ett självständigt värderande och att ett ansvarstagande i detta avseende tvärtom innebär att man vägrar att gömma sig bakom ett formalistiskt förhållningssätt till rättsideologin. Missförståndet tydliggörs när man behandlar den vertikala lojaliteten.[11]

---

[9] Lundstedt; Grundlinjer i skadeståndsrätten, senare delen. s. 553 (1944).

[10] Se Hägerströms avståndstagande i Till frågan om begreppet gällande rätt s. 87 (1931). Se även Olivecrona Om lagen och staten s. 21 (1940).

[11] Hägerström tar direkt avstånd från tankar om att makt är rätt. Se exemeplvis Hägerström, Axel; En straffrättslig principundersökning s. 215 (1939).

Domarkåren utgör, precis som lagstiftaren, en kontrollstruktur inom vad som kan betecknas statsmakten. Det ligger då nära till hands att dra slutsatsen att ett realistiskt förhållningssätt innebär att domare och andra i den juridiska professionen måste följa statsmaktens dekret. Emellertid utgör statsmakten varken en enhet eller rationell planläggare.[12] Statsmakten bör istället betraktas som kontrollstrukturer innefattande kontrollstrukturer, där individerna i sista hand utgör egna kontrollstrukturer.[13] Betraktat utifrån detta perspektiv kan vi också konstatera att parlamenten såsom det mest tydliga demokratiska inslaget endast utgör en kontrollstruktur bland ett stort flertal andra. Inte heller från ett demokratiskt perspektiv kan parlamentet ses som den enda kontrollstruktur som bör tillhandahålla föreställningar för det rättsliga handlingssystemet. Demokratiska processer måste ses utifrån ett större samhälleligt sammanhang. Möjligtvis har lagstiftaren som parlamentets förlängda arm sin mest betydelsefulla uppgift som ideologisk samordnare för ansvarstagandet inom de kontrollstrukturer som befinner sig i en vertikal lojalitetsposition.

Möjligen är det den realistiska rättsvetenskapens viktigaste uppgift att befrämja aktiv adaption inom den juridiska professionen. Denna strävan innebär att vi genom den juridiska metoden måste motverka isoleringseffekten, samtidigt som vi tar det demokratiska ansvaret på allvar. Ett viktigt steg i denna riktning är att vi accepterar den komplexitet som vi genom den juridiska metoden i dag valt att gömma.[14] Analysen av rätten såsom kontrollstrukturer som kommunicerar via idésystem, visar att det kollektiva ansvaret inte kan hållas isär från det individuella. Kontrollstrukturer verkar individuellt i förhållande till kollektivet av underordnade kontrollstrukturer.

5.1.1.2 Rättsvetenskaplig analys av isoleringseffekten och det rättsliga handlingssystemet som ett självrefererande system

Rättsvetenskapens primära ansvarstagande i förhållande till andra kontrollstrukturer är att beskriva rätten såsom reella föreställningar och beteenden, för att på så vis motverka regleringskrisen som både en reell och en upplevd situation.[15] En viktig uppgift är att finna förklaringsmodeller

---

[12] Dalberg-Larsen, Jørgen: Retsstaten, velfærdsstaten – og hvad så? s. 175 (1984).

[13] Jfr Hirst & Thompson: Globalization in Question s. 190 (1996).

[14] Jfr Ost, François & van de Kerchove, Michel: Creation and Application of Law: A Circular Structure? s. 181 (1987).

[15] Ost och van de Kerchove beskriver rättssystemet som en gömd ordning som verkar i ett "paradigm of complexity". A.a. Jfr avsnitt 1.4.2.2 och 4.2.4.

till den gömda ordning som utmärker kommunikationen inom det rättsliga handlingssystemet. Utifrån dessa modeller har vi sedan att ta ställning till vilka föreställningar som påverkar beteenden. Rättsvetenskapens uppgift är således att strukturellt såväl som mer specifikt analysera "hidden and explicit ideological data in law".[16]

Jag kommer i detta kapitel särskilt fokusera på hur föreställningar från det ekonomiska idésystemet återverkar på det rättsliga idésystemet. Jørgen Dalberg-Larsen beskriver dynamiken där "de interne retlige forhold får betydning ude i samfundet, således at der her opstår nye behov, der kanaliseres in i reten på en måde, de samtidigt nuancerer och udvider rettens værdigrundlag"[17] Frågan är således huruvida föreställningar inom det rättsliga idésystemet förändrats och anpassats i interaktionen med ett framväxande kunskapssamhälle där innovationer inom informationsteknologi och genteknologi etc. kontinuerligt förändrar villkoren för samhälleliga relationer. Jag menar härvidlag att konkurrenskraftsideologin som en beteckning för ett antal föreställningar inom det ekonomiska idésystemet har en central position i transformationen av rätten idag.[18]

Teubner tillhör dem som understryker betydelsen av att vi utökar vår kunskap om hur bl.a. det ekonomiska systemet påverkar rättens strukturer och innehåll.[19] Han konstaterar att det är framförallt allt inom den sociologiskt orienterade rättsteorin och rättsekonomin som man kommit att intressera sig för dessa mer funktionellt orienterade frågor.[20] I den rättsekonomiska forskningen urskiljer han huvudsakligen två huvudtraditioner där den ena företräds av Posner och är effektivitetsinriktad, medan den andra företräds av Hayek och är mer selektionsinriktad.[21] Han menar att båda inriktningarna underskattar betydelsen av kunskap om processerna inom det rättsliga systemet/ordningen. "Both versions systematically underplay the autonomy of the legal system, which is equipped with its own evolutionary mechanisms. Legal norms are viewed entirely as the outcome of processes of economic selection. There is no attempt to deal with mechanisms of variation within the law which alter the substance of legal norms; nor is any consideration given to how these

---

[16] Van Hoecke, Mark & Ost, François: Epistimological Perspectives in Legal Theory s. 36 (1993).

[17] Dalberg-Larsen, Jørgen. Retsvidenskap, retlige verdier og systemteori s. 933 (1996).

[18] Jfr Engels, Friedrich. Ludwig Feuerbach den klassiska tyska filosofins slut s. 68 (1929, originalet från 1888).

[19] Teubner, Gunther: Law as an Autopoietic System s. 81 (1993).

[20] A.a.

[21] A.a s.s. 56–57.

are selected by legal institutions according to their own criteria or to their stabilization in legal culture."[22] Konsekvensen av detta underskattande är att Hayek övervärderar betydelsen av den spontana ordningen och marknadens förmåga att själv skapa sina spelregler. Possner förblir oförmögen att se hur de ekonomiska och rättsliga förhållandena befinner sig i symbios och kontinuerligt påverkar varandra.[23]

I strävan att förstå den gömda ordningen inom det rättsliga handlingssystemet kommer jag i detta kapitel att i stor utsträckning förhålla mig till den sociologiskt orienterade rättsteorin. Analysen av rätten såsom strukturell företeelse skall, i enlighet med vad som utvecklats i föregående kapitel, ske utifrån antagandet om ett rättsligt handlingssystem som består av olika kontrollstrukturer, vilka påverkas av föreställningar från olika idésystem. Avsikten är härigenom att i så stor utsträckning som möjligt bevara komplexiteten i analysen. Teubner förklarar att vi kan se en generell trend där "(t)he new legal pluralism moves away from questions about the effect of law on society or even the effect of society on law toward conceptualizing a more complex and interactive relationship between official and unoffical forms of ordering."[24]

Teubner själv beskriver, precis som Luhmann, rätten som ett autopoietiskt system med en operationell slutenhet i förhållande till andra system. Teorin om det autopoietiskt självrefererande rättssystemet kan närmast karaktäriseras som en strukturell förklaring av isoleringseffekten. Att systemet är självrefererande innebär, enligt Luhmann, att det är ett självreproducerande system där aktörerna endast lägger vikt vid självgenererad kunskap och anser sig ha förmågan att skilja mellan internt relevant information i förhållande till extern icke relevant information.[25] Denna slutenhet är dock endast normativ. Kognitivt är rättssystemet öppet och det sker en kontinuerlig kunskapsöverföring via vad man betecknar strukturella kopplingar.[26]

En annan sociologiskt orienterad rättsteori som ökar förståelsen för den gömda ordningen är Jürgen Habermas kommunikationsteori. Habermas kombinerar den systemteoretiska analysen med analysen av livsvärlden, vilket skapar större utrymme för själva den kommunikativa pro-

---

[22] A.a. s. 57.

[23] A.a.

[24] Teubner, Gunther: The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism s. 1448 (1992).

[25] Luhmann, Niklas: Operational Closure and Structural Coupling – The Diffrentiation of the Legal System s. 1420 (1992)

[26] Tuori, Kaarlo: Två tolkningar av rättens evolution s. 59 (1987).

cessen i sig, men också för olika värden och hur dessa kan relateras till ett demokratiskt förhållningssätt.[27] Även om Habermas delvis är kritisk mot Luhmans och Teubners teorier om det autopoietiska rättssystemet ser även han rätten som idésystem med en självständig betydelse. "The legal system, or the structures underlying it, regain some of the autonomy they lost in the critique of ideological superstructures. Law is no longer considered merely an epiphenomenon but is given back its own inner logic."[28] Habermas teorier påvisar, för mig, betydelsen av att samtidigt se rätten som individuella föreställningar/beteenden i en kommunikativ process och som mer abstrakta ideésystem knutna till olika kontrollstrukturer.

5.1.2 Ideologikritiska utgångspunkter för kapitlets uppläggning

Ambitionen är nu att, utifrån ett ideologikritiskt förhållningssätt, påvisa hur öppna och dolda föreställningar påverkar beteenden inom den juridiska professionen.[29] Härigenom kan vi se hur olika värden och intressen utesluts till förmån för andra.[30] Den ideologikritiska uppgiften kan således ses som ett led i strävan till självförståelse, syftande till ett ökat ansvarstagande inom den juridiska professionen.[31] Ett viktigt led i detta ansvarstagande är att analysera hur föreställningar överförs och förvanskas mellan olika aktörer.[32] Kapitlet kommer att präglas av den dubbla uppgiften att kritisera den juridiska professionens förhållningssätt till rättsideologier och att genomföra en konstruktiv analys av det rättsliga handlingssystemet som kontrollstrukturer, vilka influeras av olika idésystem.

Theodor Geiger, som kan hänföras till de skandinaviska realisterna, menar att man kan särskilja teoretisk och pragmatisk ideologikritik.[33] Uppsalaskolan representerar en teoretisk ideologikritisk hållning i sin

---

[27] Habermas, Jürgen: Law as Medium and Law as Institution s. 204 (1986).

[28] Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s. 45 (1996, originalet från 1992).

[29] Jfr Van Hoecke, Mark & Ost, François: Epistimological Perspectives in Legal Theory s. 36 (1993).

[30] Jfr Held, David: Introduction to Critical Theory s.s. 172–173 (1980).

[31] Jfr Eckhoff; Rettslige vurderinger s. 88 (1970).

[32] När vi konstaterat att rättsvetenskapens uppgift är att beskriva rätten som reella föreställningar och beteenden kommer distinktionen mellan ett externt och ett internt förhållningssätt till rätten att förlora sin tidigare innebörd och det blir ointressant huruvida ideologikritiken är intern eller extern. Jfr Christensen, Anna. Ideologikritik contra dogmatik s.s. 61–62 (1982). Doublet, David Roland: Rett, vitenskap og fornuft s. 61 (1995). Jfr även Göransson, Håkan. Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument s.s. 27–28 (1988). Göransson intar positionen att han samtidigt är rättsdogmatisk och ideologikritisk, men utvecklar dock inte sina tankegångar.

[33] Geiger, Theodor; Debat med Uppsala om moral og ret s. 46 (1946).

ambition att avvisa rättsideologier som ovetenskapliga. Betecknande för den pragmatiska ideologikritiken är istället att den "sigter til ideologiernes betydning for samfundslivet og undersøger de virkninger, som metafysiske og værdiforestillinger samt derigennem forvrængede, teoretiske påstande avstedkommer i den sociale virkelighed."[34] Min ideologikritiska ambition att analysera rätten som en kommunikativ process i dynamiken mellan idésystem och handlingssystem kan följaktligen beskrivas som pragmatisk.[35]

Med utgångspunkt i ett realistiskt perspektiv kan vi argumentera för att gällande rätt är funktionen av föreställningar från olika idésystem inom det rättsliga handlingssystemet. Det är också fullt möjligt att betrakta rättsliga idésystem som uttryck för gällande rätt. Jag menar att vi med ett kommunikativt förhållningssätt till rättens utveckling och omvandling måste förhålla oss till båda dessa uttrycksformer. I avsnitt 5.2 kommer jag att utveckla hur dynamiken mellan dessa två förhållningssätt till rätten bidrar till att öka vår strukturella förståelse för hur ideologier kontinuerligt förändrar rätten och även vidgar dess domäner.

Den strukturella analysen av rätten i 5.2 kommer att präglas av spänningen mellan öppenhet och slutenhet inom det rättsliga handlingssystemet.[36] I det tredje avsnittet (5.3) är ambitionen att applicera de strukturella förklaringarna för att analysera inverkan av föreställningar från det ekonomiska idésystemet. Tillspetsat kan vi här tala om en analys av konkurrenskraftsideologins funktioner på patentinstitutet som en administrativ kunskapsprocess inom det rättsliga handlingssystemet. Ett viktigt led i denna analys är att utveckla ett kommunikativt förhållningssätt till patentinstitutet som både beteenden i kontrollstrukturer och som moment i rättsliga idésystem. Med utgångspunkt i en kritisk analys av den rättsrealistiska rättighetsdiskussionen och den patentteoretiska diskussionen i Norden kommer jag att beskriva nödvändigheten av att inta ett kommunikativt förhållningssätt till patent- och uppfinningsidéerna.[37]

---

[34] A.a.

[35] Termen pragmatisk används här något annorlunda än i inledningen se avsnitt 1.4.

[36] Luhmann, Niklas: Operational Closure and Structural Coupling – The Differentiation of the Legal System s. 1424 (1992).

[37] Ett viktigt rättsvetenskapligt ställningstagande är att patentinstitutet måste granskas såsom olika föreställningar och beteenden inom kontrollstrukturer såsom domstolar, patentmyndigheter o.s.v. Jag förespråkar följaktligen ett pluralistiskt förhållningssätt till rätten, vilket i princip kan föras ned på individnivå. Någon detaljstudie av den kommunikativa utvecklingen inom och mellan olika domstolar, patentverk, parlament o.s.v. är dock inte möjlig att genomföra inom ramen för detta arbete.

I avsnitt 5.4 kommer jag avslutningsvis reflektera över dynamiken mellan individuell och kollektiv kontroll över kunskap och kunskapsprocesser. Den kollektiva kontrollen över rätten som en administrativ kunskapsprocess inom det rättsliga handlingssystemet kommer här ses i ett perspektiv där vi eftersträvar samhällelig kontroll över de materiella kunskapsprocesserna. Självkritiskt kan det åter vara på plats att uppmärksamma Teubner som menar att "new legal pluralists tend to replace 'law' by social control".[38]

5.2 Dynamiken mellan rätten som idésystem och handlingssystem

Jørgen Dalberg-Larsen beskriver rätten såsom innefattande fyra element: rätten som norm (system av normer), rätten som ideologi , rätten som vissa organ, samt rätten som samhällssektor.[39] Jag har valt att begränsa uppdelningen till två huvuddelar, dvs. det rättsliga handlingssystemet (system of action) och det rättsliga idésystemet (system of knowledge).[40] Det rättsliga handlingssystemet kan visserligen beskrivas som olika organ och kan sammantaget ses som en samhällssektor. Det rättsliga idésystemet kan förstås både som ett system av normer och som ideologi. En väsentlig reflektion i rättsrealistisk anda är dock att rätten som idésystem aldrig kan vara något annat än ideologi, dvs. det existerar inte annat än som föreställningar.

Utmaningen består alltså i att kombinera de två förhållningssätten där rätten samtidigt är föreställningar och beteenden. Habermas konstaterar: "Law is two things at once: a system of knowledge and a system of action. It is equally possible to understand law as a text, composed of legal propositions and their interpretations, and to view it as an institution, that is, as a complex of normatively regulated action."[41] Med ett traditionellt rättsrealistiskt förhållningssätt kan vi hävda att utmaningen består i att kombinera de ideologiska och behavioristiska traditionerna. Den ideologiska traditionen som framförallt företräds av Olivecrona leder oss till ett förhållningssätt där det åter är fråga om att vårda rättsideologin som en existerande realitet, förvisso baserad på en kollektiv fiktion. Jag instämmer med Olivecrona i hans realistiska utgångspunkt att vi kan "definiera

---

[38] Teubner, Gunther: The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism s. 1449 (1992).

[39] Dalberg-Larsen, Jørgen: Retsstaten, velfærdsstaten – og hvad så? s. 21 (1984).

[40] Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s.s. 79–80 (1996, originalet från 1992).

[41] A.a.

rättsreglerna såsom uttryck för idéer om handlingssätt (av t.ex. domare) i tänkta situationer"[42]. Väsentligt är dock att vi, till skillnad från Olivecrona, förhåller oss till de faktiskt förekommande idéerna som psykologiska företeelser i samhället. I annat fall är risken påtaglig att idéerna om handlingssätt i alltför stor utsträckning kommer att bli egna normativa ställningstaganden. Ross, som i större utsträckning företräder den behavioristiska traditionen, påpekar att kritiken mot den ideologiska traditionen bottnar i problemet med att idéerna i första hand är individuella.[43] Enligt Ross teori är det istället beteendet och det förväntade beteendet inom domstolen som skapar rättens giltighet.[44] Han inser också vikten av att kombinera de ideologiska och behavioristiska angreppssätten, om än med de traditionella rättskällorna som kunskapskälla.[45]

I detta avsnitt skall jag följaktligen analysera rätten som föreställningar med verkningar inom det rättsliga handlingssystemets kontrollstrukturer. Vi kan och bör betrakta föreställningarna om rätten såväl som dess verkningar som uttryck för den reella rätten.

5.2.1 Det rättsliga handlingssystemet och dess kontrollstrukturer

Rätten som samhällssektor beskrives lämpligen som ett rättsligt handlingssystem, vilket såsom en sammantagen kontrollstruktur är uppbyggd på en rad kontrollstrukturer i olika dimensioner. Det rättsliga handlingssystemet, såsom ansvarigt för rättens produktion, reproduktion och upprätthållande, kan härigenom analyseras utifrån olika nivåer där vi under handlingssystemet exempelvis kan urskilja lagstiftare, domare och rättsvetare som tre övergripande kontrollstrukturer.[46] De allmänna domstolarna utgör sedan en underordnad kontrollstruktur till domstolsväsendet o.s.v. Handlingssystemet är på så vis uppbyggd av en mängd strukturer som befinner sig i horisontella och vertikala relationer till varandra, varför även rätten som organ bör förklaras utifrån tanken om kontrollstrukturer. Att det är vertikala relationer innebär att det föreligger en lojalitet i förhållande till överordnade strukturer.

5.2.1.1 Handlingssystemets konstituerande normer

I Uppsalaskolans rättsrealistiska analyser liknas ofta rätten vid ett maski-

---

[42] Olivecrona, Karl: Om lagen och staten s. 27 (1940).
[43] Ross, Alf: Om ret og retfærdighet s. 87 (3 uppl. 1971).
[44] A.a. s. 47.
[45] A.a. s. 89.
[46] Jfr Doublet, David Roland: Rett, vitenskap og fornuft s. 39 (1995).

neri.[47] "Emellertid är det – om man nu betraktar rätten eller samhället såsom ett slags maskineri – av vikt att städse hålla i minnet, att materialet i detta maskineri väsentligen icke utgöres av kroppsliga ting i vanlig mening utan av människorna såsom psyko-fysiska existenser, dvs. av deras handlingar såsom bestämda av faktorer, vilkas inflytande förmedlas genom en samverkan mellan förnuft och känslor. Det är självfallet detta förhållande som utgjort betingelsen för hela rättsideologin."[48] Antagandet om det rättsliga handlingssystemet motsvarar för mig den realistiska föreställningen om rätten som maskineri. De av maskineriet producerade rättsideologierna såväl som rättskälleideologierna kan enligt min terminologi förklaras som rättsliga idésystem. För att förstå dynamiken mellan dessa system såväl som deras komplexitet, använder jag antagandet om att vi kan se relationer som kontrollstrukturer i olika dimensioner, där människorna utgör de minsta enheterna.

Teorier om rätten som handlingssystem har framförallt utvecklats inom den sociologiskt orienterade rättsteorin.[49] I enlighet med exempelvis Luhmann och Teubner ser jag det rättsliga handlingssystemet som nätverk av olika interagerande element.[50] För mig är dock det rättsliga handlingssystemet begränsat till den juridiska professionen. Därmed skiljer jag mig från Luhmann som ser rätten som ett subsystem som innefattar alla beteenden och all kommunikation som är relaterad till rättsliga föreställningar i samhället.[51] Jag menar således att det rättsliga handlingssystemet består av aktörer inom juristprofessionen, varför de faktorer som konstituerar det rättsliga handlingssystemet också är desamma som konstituerar den juridiska professionen.[52] Doublet som tagit stort intryck av Luhmann menar att det är det "kommunikative juridiske felleskaps argumentationspraksis som setter de normative betingelser for hva som skal til for at en aktør aksepteres som medlem av det juridisk kommunikative fellesskap".[53] Det rättsliga handlingssystemet konstitueras i enlighet här-

---

[47] Jfr avsnitt 1.4.2.1.

[48] Lundstedt; Grundlinjer i skadeståndsrätten, senare delen s. 587 (1944).

[49] Teubner inser betydelsen av att förhålla sig till rätten både som handlingsystem och idésystem när han uttalar "(w)e can only conceive of the law producing itself if we understand it no longer as a mere system of rules but as a system of action."Teubner, Gunther: Law as an Autopoietic System s. 18. (1993).

[50] A.a. s. 11.

[51] Luhmann, Niklas: Operational Closure and Structural Coupling – The Diffrentiation of the Legal System s. 1425 (1992). Jfr Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s. 195 (1996, originalet från 1992).

[52] Jfr Dalberg-Larsen, Jørgen: Retsstaten, velfærdsstaten – og hvad så? s. 57 (1984).

[53] Doublet, David Roland: Rett, vitenskap og fornuft s. 26 (1995).

med av föreställningar om metoden för rättslig argumentation. För att en aktör skall kunna verka inom det rättsliga handlingssystemet krävs behärskelse över metodiken för rättslig argumentation.[54] Detta kan uttryckas med att det föreligger vissa gemensamma relevanskriterier för den juridiska argumentationen, vilka bestämmer vad som är rättsligt och därmed kan ses som en åtgärd inom det rättsliga handlingssystemet.[55] Luhmann och Teubner menar även de att det rättsliga subsystemet skall förstås utifrån en "binare code" som bestämmer vad som är "legal/illegal".[56]

Vi antar alltså att det rättsliga handlingssystemet konstitueras utifrån ett gemensamt förhållningssätt till vad som är rättsligt. Det skulle följaktligen vara den i sig illusoriska föreställningen om en existerande gällande rätt som konstituerar det rättsliga handlingssystemet. Olivecrona som i realistisk anda förklarade att rätten inte existerar annat än som fantasiföreställningar menade att detta "föreställningsinnehåll är en realitet och det vore orimligt att förneka att det spelar den allra största roll i alla civiliserade samhällen som förebild för människors handlingssätt."[57] Jag menar att vi kan argumentera för att just det gemensamma i att förhålla sig till rätten som något existerande lägger grunden till en föreställning om rättens autonomitet, vilket i sin tur skapar ett gemensamt förhållningssätt inom ett handlingssystem. I enlighet med Posner, Peczenik m.fl. skulle vi i detta sammanhang också kunna konstatera att det samtidigt ligger i den rättsliga professionens egenintresse att lyfta fram betydelsen av rätten och den rättsliga argumentationens autonomitet.[58]

5.2.1.2 Det rättsliga handlingssystemet som en självrefererande ordning

Vi kan följaktligen argumentera för att det är vissa gemensamma föreställningar om vad som är juridisk metod, men också om vad som utgör rätten, som konstituerar det rättsliga handlingssystemet. Dessa föreställningar utgör föränderliga element i en ideologisk kunskapsprocess. Alltså står det rättsliga handlingssystemet under ett kontinuerligt omvandlingstryck. Sambandet mellan föreställningar om juridisk metod, om rätten som ett enhetligt system etc. och de reella förhållanden i dessa avseenden

---

[54] A.a s. 44.

[55] Jfr Strömholm, Stig: Ideer och tillämpningar s. 230 (1978).

[56] Teubner, Gunther: The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism s. 1451 (1992).

[57] Olivecrona, Karl. Om lagen och staten s. 49 (1940).

[58] Jfr nedan i avsnitt 5.4.1.2.

blir då särskilt intressant. Doublet menar att den juridiska metodens konstitutiva funktion är direkt relaterad till rättens helhetsstruktur för "rettsstatens opprettholdelse og funksjon".[59] Med min terminologi är det gemensamma metodologiska förhållandet i stället uttryck för en vertikal lojalitet, vilken i sista hand bottnar i accepterandet av vissa fundamentala rättsstatsvärden.[60]

Den konstituerande föreställningen om rättssystemets dogmatik med inre konsistens manifesteras i en föreställning om en rättskällelära, eller om man så vill i föreställningen om en enhetlig rättskälleideologi.[61] Föreställningen om rättskälleläran verkar samtidigt konstituerande på strukturellt plan samtidigt som den verkar regulativt på ett strategiskt plan. Som regulativa principer skapar rättskälleläran i sin mest renodlade form idén om den enda rättsliga lösningen.[62] Det kan i ljuset härav förefalla paradoxalt att flertalet aktörer inom det rättsliga handlingssystemet som förespråkar en monistisk rättskällelära samtidigt är införstådda med att verkligheten avseende rättskällelärors verkningar är synnerligen disparat och lämnar stort utrymme för egna överväganden och att företeelsen rätten svårligen kan betecknas som vare sig system eller ordning. Motsättningen blir dock mindre påtaglig när vi skiljer mellan ett analytiskt deskriptivt förhållningsätt där vi analyserar hur rättskällor verkar inom det rättsliga handlingssystemet och ett normativt synsätt där vi tar ställning till vad som bör utgöra rättskällor och hur dessa förhåller sig till varandra.

När Luhmann och Teubner beskriver rätten som ett självrefererande system lyfter de fram skillnaden mellan det normativt slutna och det kognitivt öppna. Aktörerna inom det rättsliga handlingssystemet bestämmer utifrån "the legal code" vad som är rättsligt relevant och beter sig som om systemet är slutet.[63] Den normativa föreställningen om den monistiska rättskälleläran skapar härigenom föreställningen om det enhetliga rättssystemet, vilket i sin tur gör systemet självrefererande.[64] Samtidigt är systemet kognitivt öppet, vilket betyder att systemet oavbrutet påverkas av föreställningar från den omgivande miljön.

---

[59] Doublet, David Roland: Rett, vitenskap og fornuft s.s. 31–32 (1995).
[60] Jfr a.a. s. 47.
[61] Jfr a.a s. 61.
[62] Jfr a.a s. 243.
[63] Teubner, Gunther: Law as an Autopoietic System s. 12 (1993).
[64] Luhmann, Niklas: The Self-reproduction of Law and its Limits s. 112 (1985). Luhmann, Niclas: Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of The Legal System s. 1420 (1992).

Vi kan med utgångspunkt i ett rättsrealistiskt förhållningssätt ifrågasätta om inte den normativa slutenheten verkar fasadlegitimerande och därmed lägger själva grunden till isoleringseffekten. Ett rättsrealistiskt ansvarstagande inom rättstillämpningen består i en strävan att undvika denna fasadlegitimation i så stor utsträckning som möjligt. "Om den bindande kraften är en realitet, så kan den inte skadas genom några teorier. Rätten fortsätter då att vara bindande, vad som än skrives om saken i rättsfilosofiska böcker. Ingen teori kan då utgöra något hot mot själva rättsordningen utan endast mot föregående teorier i ämnet. Det kan tilläggas, att om dessa teorier vore riktiga så skulle hotet mot dem inte kunna vara farligt, eftersom sanningen nödvändigtvis måste komma fram i det långa loppet. Om å andra sidan den bindande kraften befunnes vara en illusion, borde det framstå som särdeles viktigt att denna illusion skingrades så snart som möjligt..."[65] Utifrån Olivecronas uttalande kan vi även ifrågasätta om en ökad normativ öppenhet till andra idésystem och medveten pluralism skulle resultera i ett rättsrealistiskt dilemma. Att vi normativt erkänner att det inte finns någon bindande rätt, enhetlig rättskällelära, enhetligt system eller ordning, behöver inte innebära att vi hotar det rättsliga handlingssystemet och det därigenom skapade idésystemen i sig.[66]

5.2.1.3 Kontrollstrukturernas dimensionella komplexitet

Genom att betrakta rätten som kunskapsprocesser mellan olika kontrollstrukturer skapas förståelse för såväl den rättsliga som den samhälleliga evolutionen. Individerna inom den juridiska professionen formerar kontrollstrukturer, vilka alla har sitt eget förhållningssätt till rättsdogmatisk metod och därmed även till rättskälleläran. Om vi utgår ifrån att kontrollstrukturernas enhet bl.a. är resultatet av rättskällelärans strukturella funktion kommer nivån av enighet att fördjupas ju mer avgränsad den kontrollstruktur vi analyserar är.[67] Den pluralism som föreligger beträffande rättskällor kan i enlighet härmed bindas till olika kontrollstrukturer. Förutsättningarna för en normativt pluralistisk rättskällelära ökar härigenom, då det är lättare att tolerera rättskälleläror som uttryck för en miniminivå av enighet som måste uppfyllas inom en specifik kontrollstruktur. Ett rättsrealistiskt antagande, som följer också av Luhmans teo-

---

[65] Olivecrona, Karl. Om lagen och staten s. 12 (1940).
[66] Se avsnitt 1.4 och 5.4.
[67] Jfr Doublet, David Roland: Rett, vitenskap og fornuft s. 184 (1995).

rier, är att det rättsliga handlingssystemet skapar sin egen enhet – "(t)he unity of the system is produced by the system itself."[68]

Kontrollstrukturer kan, i enlighet med vad som ovan sagts, urskiljas i vertikala såväl som i horisontella relationer. Beroende på vilken vertikal nivå vi befinner oss kan vi urskilja olika horisontella kontrollstrukturer. På en relativt övergripande nivå kan vi horisontellt urskilja lagstiftaren, domarkåren och rättsvetenskapen som olika kontrollstrukturer. På en lägre vertikal nivå kan vi beträffande patentinstitutet urskilja det administrativa förprövningssystemet och det judiciella domstolssystemet. De enskilda individerna befinner sig enligt detta synsätt på den lägsta vertikala nivån. På den högsta vertikala nivån kan vi se olika nationella patentorganisationerna som kontrollstrukturer i horisontella relationer. I de vertikala relationerna mellan kontrollstrukturer, såsom individen, avdelningen, domstolen, domstolssystemet, rättsstaten etc., föreligger en lojalitetsskyldighet till den överordnade kontrollstrukturen. Ett förändrat förhållningsätt inom en överordnad struktur som Patentbesvärsrätten påkallar förändring i en lägre struktur som Patent- och registreringsverket. Patentbesvärsrätten har här ett överordnat ansvar för förprövningssystemet som en överordnad vertikal nivå. Det föreligger alltid skillnader i horisontella relationer, samtidigt som den vertikala lojaliteten gör det möjligt att tala om de olika horisontella strukturerna som delar i en större kontrollstruktur. Om vi går utanför rättsstaten och exempelvis fokuserar på det horisontella förhållandet mellan olika patentorganisationer föreligger inte någon uppenbar överordnad struktur, varför det ligger nära till hands att hävda att organisationerna representerar olika rättsliga handlingssystem. Samtidigt menar jag att även en mindre långtgående rättslig integration, som exempelvis EPO-samarbetet, påkallar en viss vertikal lojalitet som innebär att inom de olika nationella patentorganisationerna, i vart fall i vissa avseenden, förhåller sig till en överordnad kontrollstruktur.

Analysen av det rättsliga handlingssystemet som olika kontrollstrukturer lär oss att en uppdelning mellan rättsbildande och rättstillämpande kontrollstrukturer svårligen låter sig göras. I dynamiken mellan handlingssystem och idésystemen klargörs att samtliga kontrollstrukturer inom det rättsliga handlingssystemet i olika utsträckning producerar och reproducerar innehållet i det rättsliga idésystemet under inflytande av

---

[68] Luhmann, Niclas: Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of The Legal System s. 1420 (1992).

samtliga idésystem. "Naturally, from an empirical standpoint one can see that in our type of society this production and reproduction of law involves various institutions that simultaneously fullfill several functions. In constitutional democracies, political legislation is considered to have the central function. Today this involves more than just political parties, electorates, parliament bodies, and Government leaders. It also involves the courts insofar as they interpret and develop law, and administrative agencies insofar as they exercise a rather broad discretion."[69] En funktionell analys visar att kontrollstrukturer inom dömande, myndighetsutövande och rättsvetenskaplig verksamhet samtliga bedriver rättsbildning. Å andra sidan är lagstiftande kontrollstrukturer i sin strävan att skapa koherens inom rätten, precis som andra kontrollstrukturer tvungna att förhålla sig till olika rättsliga texter etc. som begränsar öppenheten.[70] Analyserar vi bidragen vad gäller rättsbildning från olika kontrollstrukturer kan vi möjligen urskilja ett gränssnitt som utgör det rättsliga handlingssystemets superstruktur. Mathiesen beskriver den rättsliga superstrukturen som rättsväsendets översta och mest prominenta skikt, bestående av aktörer från de högsta domstolarna, de juridiska fakulteterna och vissa utredande juridiska enheter i statsförvaltningen.[71] Med utgångspunkt i Mathiesens tankar skulle den rättsliga superstrukturen kunna beskrivas som den auktoritativa kraft som håller samman det rättsliga handlingssystemet och upprätthåller dess konstitutiva föreställningar.

5.2.1.4 Kommunikation i dynamiken mellan öppenhet och slutenhet

Luhmann konstaterar vid sina funktionella analyser att rätten som system samtidigt är "normatively closed" och "cognitively open". Det föreligger enligt Luhman inte någon motsättning mellan denna öppenhet och slutenhet, utan tvärtom är det frågan om ett ömsesidigt beroendeförhållande."Normative closure does not exclude cognitive openness. On the contrary, it requires the exchange of information between system and environment."[72] För mig utgör de rättsliga kontrollstrukturernas inhämtande av olika föreställningar från andra idésystem än det rättsliga ett uttryck för denna kognitiva öppenhet. Då inhämtandet sedan legitimeras i enlighet med en rättskällelära och en subsumtionslogisk metod framstår

---

[69] Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s. 196 (1996, originalet från 1992).
[70] Jfr Hellner, Jan: Lagstiftning inom förmögenhetsrätten s.s. 212–216 (1990).
[71] Mathiesen, Thomas: Rätt, samhälle och politisk handling s. 84 (1980).
[72] Luhmann, Niklas: The Self-reproduction of Law and its Limits s. 113 (1985).

det som om det föreligger ett slutet rättsligt idésystem.[73] Den administrativa kunskapsprocessen inom det rättsliga handlingssystemet är såtillvida resultatet av ett normativt slutet förhållningssätt, vilket begränsar inte bara möjligheten till medveten kunskapsinhämtning utan påverkar självfallet även den ideologiska kunskapsprocessen i sig.[74] Funktionellt sett föreligger visserligen markanta skillnader mellan såväl medvetenheten som den faktiska öppenheten mellan de olika kontrollstrukturerna.

Det självrefererande rättssystemet är enligt Luhmann och Teubner också självproducerande, vilket enligt min terminologi betyder att handlingssystemet skapar sina egna kontrollstrukturer. "In the case of law, this means that autopoietic closure can occur only when communication about law constitutes its own elements – legal acts. These legal acts change legal structures, and thereby set in motion the autopoietic cycle of legal act."[75] På motsvarande sätt som inom det ekonomiska handlingssystemet har det rättsliga idésystemet strukturella funktioner.[76]

Luhmann kommer, precis som Teubner, i sin analys fram till att den normativa slutenheten resulterar i att rätten utgör ett eget autonomt subsystem som baseras på en egen diskurs. Denna internt pågående diskurs gör subsystemet till ett "information-processing system" som utifrån den binära koden rättsligt/utomrättsligt kommunicerar information.[77] För mig kan också tillämpning av rättskälleläror ses som en kommunikativ metod, där rättskällorna är uttryck för ursprung i olika kontrollstrukturer. Utifrån detta synsätt är det specifika rättskällematerialet mer betydelsefullt ju senare det tillkommit.

Det rättsliga handlingssystemet består av kontrollstrukturer som producerar föreställningar i rättsliga idésystem, vilka sedan kommuniceras till andra kontrollstrukturer. Rättsliga idésystem befinner sig följaktligen, oavsett vilken vertikal nivå vi studerar, under konstant omvandlingstryck. Om vi exempelvis analyserar patenterbarhetskriterierna kan vi se hur dessa behandlas olika inom olika kontrollstrukturer avseende olika teknikområden. Vi kan studera den kommunikativa föränderligheten av patenterbarhetskriterierna på ett mer övergripande allmänt plan såväl som på ett mer avgränsat tekniskt område.[78] Kravet på vertikal lojalitet

---

[73] Jfr Luhmann, Niklas: Operational Closure and Structural Coupling – The Diffrentiation of the Legal System s. 1427 (1992).
[74] Jfr Luhmann, Niklas: The Self-reproduction of Law and its Limits s. 114 (1985).
[75] Teubner, Gunther: Law as an Autopoietic System s. 31 (1993).
[76] Jfr Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s. 117 (1996, originalet från 1992).
[77] Luhmann, Niklas: The Self-reproduction of Law and its Limits s. 114 (1985).
[78] Se nedan i avsnitt 5.3.

innebär att utvecklingen inom de olika teknikområdena inte kan gå för långt i olika riktningar.

Av vad som hittills sagts följer att horisontell kommunikation mellan olika individer i vissa fall också är ett utslag för vertikal lojalitet, vilket exempelvis är fallet i relationer mellan individer verksamma inom Patent- och registreringsverket och Patentbesvärsrätten. Innebörden härav är att även om det är frågan om meningsutbyten i båda riktningar kommer ställningstaganden inom Patentbesvärsrätten tillerkännas större normativ betydelse. Den kommunikativa relationen till lagstiftaren som kontrollstruktur blir särskilt intressant. Lagstiftaren befinner sig i överlappningen mellan det rättsliga och politiska handlingssystemet, varför agerandet inom lagstiftande kontrollstrukturer inom den demokratiska staten med nödvändighet måste tillmätas särskild normativ betydelse i kommunikationen. Överlappningen är för mig ett uttryck för handlingssystemets begränsade autonomitet. Följaktligen menar jag att både Luhmann och Teubner går för långt i sin analys när de beskriver rätten som ett autopoietiskt system. Jag instämmer med Habermas när han konkluderar: "In sum, the decisive move is the objectiviation of law into an autopoietic system. Described in this way, legal communication is robbed of its *socially integrative* meaning."[79] En utvidgad överlappning till det politiska handlingssystemet och även det sociokulturella handlingssystemet är således, enligt min mening, en önskvärd utveckling, just eftersom den skulle motverka isoleringseffekten.

5.2.2 Den gömda ordningen och ansvaret för den administrativa kunskapsprocessen

Rättsliga idésystem produceras av aktiviteterna i det rättsliga handlingssystemets kontrollstrukturer och kan i enlighet med Hans Petter Gravers teorier beskrivas som "den juristskapte virkelighet".[80] Den process som genererar dessa föreställningar har jag valt att beteckna en administrativ kunskapsprocess. Utmärkande för det rättsliga handlingssystemet till skillnad från andra är den uttalade uppgiften att producera och upprätthålla normer som skall påverka, underlätta, begränsa etc. verksamheten i andra handlingssystem.

Viktigt i sammanhanget är att samtliga kontrollstrukturer selekterar innehållet i sina egna idésystem. Redan i den skandinaviska rättsrealistis-

---

[79] Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s. 50 (1996, originalet från 1992).

[80] Graver betraktar rättsliga argumentation som en social aktivitet. Graver, Hans Petter: Den juristskapte virkelighet s.16 (1986).

ka traditionen insåg man rättens individbundna karaktär. "En regel förefinnes endast som innehåll i intermittent uppdykande föreställningar hos olika individer. Vad som föranleder skenet av permanens är att man har vissa hjälpmedel för att regelbundet väcka dess föreställningar till liv."[81] Idag kan vi konstatera att realisterna förhöll sig till de traditionella hjälpmedlen och misslyckades med att utveckla metoder för att beskriva de individuella föreställningarna som intersubjektiva fenomen.[82] Förutsättningarna till att ge en realistisk bild av rätten ökar om vi analyserar sambandet mellan den rättsproducerande administrativa kunskapsprocessen och den selekterande ideologiska kunskapsprocessen. Särskilt väsentlig är analysen av den ideologiska processen där den enskilda kontrollstrukturen bildar sig uppfattningar om andras och egen producerad kunskap. Det förvanskande momentet i den ideologiska processen gör att vi beträffande all kunskap inom det rättsliga handlingssystemets kontrollstrukturer kan hävda att den är juristskapad. Selektionen av föreställningar som framförs av exempelvis ekonomiska kontrollstrukturer upplevs som skapad inom den egna rättsliga kontrollstrukturen.

5.2.2.1 Förhållandet mellan den ideologiska selektionsprocessen och den administrativa justifikationsprocessen

När vi diskuterar rättsdogmatikens regulativa innebörd är det förklarande om vi särskiljer den ideologiska "search-processen" (selektionsprocessen) från den administrativa "justifications-processen" (justifieringsprocessen).[83] Vi kan urskilja dessa två processer inte endast avseende dömande verksamhet utan även avseende lagstiftande verksamhet och positivistisk rättsvetenskap.[84] I selektionsprocessen, vilken långt ifrån alltid består i ett aktivt sökande, verkar föreställningar från de olika idésystemen som

---

[81] Olivecrona, Karl. Om lagen och staten s.48 (1940).

[82] Jfr avsnitt 5.4.1.

[83] Indelningen i de två processerna har inom rättsvetenskapen lanserats av Wasserstrom, Richard: The Judicial Decision. Towards a Theory of Legal Justification s.s. 138–171 (1961). Stig Strömholm tillhör dem som utvecklat Wasserströms idéer, se Idéer och tillämpningar s. 232 (1978). De vetenskapsteoretiska grundtankarna kan dock härledas till Horkheimers deduktiva modell för empirisk forskning. Dessa tankegångar har utvecklas även av Popper, som betecknar processerna "logic of discovery" och "logic of confirmation". Se Krogh, Thomas. Fra Frankfurt til Hollywood s. 113 (1991).

[84] Både Wasserström och Strömholm fokuserar uteslutande på dömande verksamhet. De här även det gemensamt att de ser "search–processen" som en relativt begränsad rättsfinnandeprocess. Strömholm använder sig dessutom av en trestegsoperation: 1. rättsfinnande 2. efterhandskontroll och 3. redovisning, se Idéer och tillämpningar s. 232 (1978).

mer eller mindre medvetna och uttalade impulser.[85] Processen kan beskrivas som rättsfinnande såtillvida att den kommer resultera i rättsbildning eller rättstillämpning i justifieringsprocessen. Selektionsprocessen är inte hos någon rättslig kontrollstruktur totalt öppen utan begränsas av rättsdogmatiken och kraven på rättslig relevans, vilka måste manifesteras i justifieringsprocessen. Dynamiken mellan de två processerna innebär i sämsta fall att den juridiska argumentationen i justifieringsprocessen verkar som en ren fasadlegitimation.[86] Även om distinktionen mellan en rättsdogmatisk bunden diskurs inom rättstillämpningen och en rättspolitiskt öppen diskurs vid rättsbildning inte låter sig göras, är det självfallet skillnad avseende formalismens begränsande inverkan. Det är även påtagliga skillnader mellan de dömande kontrollstrukturerna i detta avseende.

Rättskälleläran och den rättsdogmatiska metoden verkar regulativt först och främst i justifieringsprocessen, som i sin tur ställer upp ramarna för selektionsprocessen.[87] Den administrativa justifieringprocessens normativa slutenhet emanerar ur föreställningar som exempelvis att "(i)t is always a norm which decides whether facts have legal relevance or not.[88] Med insikt om att rättsdogmatiken inte leder till den enda rättsliga lösningen utan endast ställer varierande krav på behärskelse avseende mer eller mindre bindande argument, kan vi analytiskt närma oss frågan hur rättsdogmatiken möjliggör inhämtande av föreställningar från andra idésystem.

Utifrån teorierna om rätten som autopoiesis kan vi hävda att den binära koden rättsligt/utomrättsligt är resultatet av justifieringsprocessens begränsande inverkan.[89] "In theoretical terms, the ultimate problem always consists of combining external and internal references, and the real operations which produce and reproduce such combinations are always internal operations. Nothing else is meant by closure."[90] Sett i ljuset av detta uttalande är det slutna autopoietiska systemet inte alls nödvändigtvis särskilt slutet.

---

[85] Jfr Van Hoecke, Mark & Ost, François: Epistimological Perspectives in Legal Theory s. 42 (1993).

[86] Strömholm, Stig. Ideer och tillämpningar s. 231 (1978).

[87] Doublet förhåller sig till rättsdomatikens regulativa funktion. Rett, vitenskap og fornuft s. 243 (1995).

[88] Luhmann, Niklas: The Self-reproduction of Law and its Limits s. 113 (1985).

[89] Se Teubner, Gunther: Law as an Autopoietic System s. 21 (1993).

[90] Luhmann, Niklas: Operational Closure and Structural Coupling – The Diffrentiation of the Legal System s. 1431 (1992).

I själva selektionsprocessen är det uppenbart att strävan inte kan begränsas till att finna den giltiga rättsregeln, utan den konkreta situationen påkallar överväganden och avvägningar om mänskliga relationer inom andra handlingssystem. Möjligen kan vi skönja en generell trend där vi går mot en större normativ öppenhet i justifieringsprocessen inom flertalet kontrollstrukturer.[91] Ett funktionellt angreppssätt förklarar de skillnader som nödvändigtvis föreligger mellan olika situationer beroende på tillämpade rättskällor, rättsreglernas utformning, nödvändigt tolkningsutrymme, tolkningsmetoder osv. Det är alltså svårt att i generella termer fastslå en hållbar rättslig argumentations öppenhet till andra idésystem. Detta hindrar inte att vi tydligt ser att det rättsdogmatiska förhållningssättet i den särskilda relationen/situationen bestämmer hur faktiska förhållanden skall beaktas och att just detta påverkar vilka faktiska förhållanden som beaktas.[92] Funktionen av rättskälleläran som metanormer inom den specifika kontrollstrukturen innebär en föreställning om bundenhet i justifieringsprocessen, vilken återspeglas i en viss grad av öppenhet i selektionsprocessen. Detta gäller oavsett om verksamheten i den specifika kontrollstrukturen syftar till att lösa konflikter eller att skapa en ny lag.

5.2.2.2 Ideologiska kunskapsprocesser och den juristskapade verkligheten

Selektionsprocessen kan alltså beskrivas som en ideologisk kunskapsprocess där föreställningar med kunskapsursprung i olika kontrollstrukturer selekteras. Föreställningar om beteenden, uttalanden, teorier relaterade till olika kontrollstrukturer transformeras som fakta, normer och värden till de rättsliga kontrollstrukturerna.[93] Föreställningar relaterade till det ekonomiska handlingssystemet selekteras från det ekonomiska idésystemet. Det rättsliga idésystemet är precis som andra idésystem bärare av normer, fakta och värden som medelst aktiviteter inom det rättsliga handlingssystemet förändras och byts ut under tidens gång.[94] Varje handlingssystem står kontinuerligt under ideologiskt inflytande från samtliga idésystem. Den administrativa återföringen sker till det egna idésystemet. På så vis selekteras således värden från bl.a. det ekonomiska idésystemet till det rättsliga idésystemet.

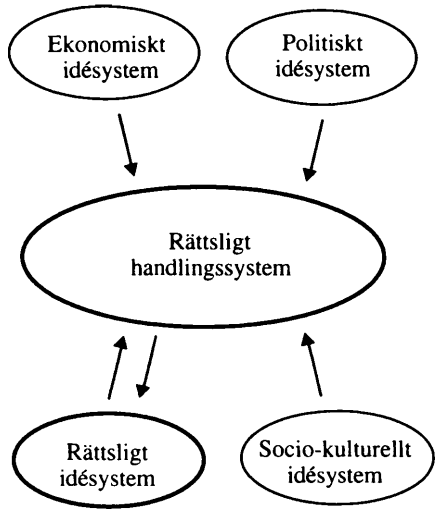
---

[91] Jfr bl.a Stig Strömholms diskussion om de fyra utvecklingsstadierna. Rätt, rättskällor och rättstillämpning s.s. 335–339 (3 uppl. 1988).

[92] Jfr Graver, Hans Petter: Den juristskapte virkelighet s. 86 (1986).

[93] Jfr Håkan Hydén som betraktar rätten som operationaliserade värden. Rätten i förvandling – en strukturell teori om normer och regler s. 34 (arbetsutkast). Jfr även Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s. 18 (1996, originalet från 1992).

[94] Dalberg-Larsen, Jørgen: Retsstaten, velfærdsstaten – og hvad så? s.s. 11–12 (1984).



I relationen mellan de olika idésystemen intar det rättsliga idésystemet en överordnad funktion genom att det tillhandahåller de argument som måste beaktas inom det rättsliga handlingssystemet.[95] Även om dessa argument baseras på värden har de i förhållande till den juridiska professionen karaktären av faktaföreställningar, ett resultat av den dogmatiska justifieringsprocessen. Genom den administrativa återverkande processen transformeras värden från andra idésystem till föreställningen om rättsregler, vilka kommer ha karaktären av fakta. Graden av bundenhet i justifieringsprocessen är som sagt inte endast resultatet av det rättsdogmatiska förhållningssättet, utan måste dessutom relateras till utformningen av det konkreta materialet inom rättsordningen. Rättsreglernas utformning är, enligt Graver, det filter ur vilket verkligheten hämtas och tolkas.[96] Detta filter skiljer sig bl.a. beroende på om de tillämpade rättsnormerna, i enlighet med Håkan Hydens teorier, kan beskrivas som normrationella, intresseavvägande eller målrationella.[97]

Konkurrensrätten är särskilt intressant, om än inte representativ, för att illustrera den problematik som gäller beträffande inhämtande av föreställningar från det ekonomiska idésystemet. Utformningen av de konkurrensrättsliga förbuden om konkurrensbegränsande samarbete och missbruk av dominerande ställning påkallar ställningstaganden om vad

[95] Jfr Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s. 200 (1996, originalet från 1992).
[96] Graver, Hans Petter: Den juristskapte virkelighet s. 40 och s. 85 (1986).
[97] Hydén, Håkan & Anderberg, Eva. Rätten i förvandling s.s. 220–222 (1995).

som inom det ekonomiska handlingssystemet utgör skadlig och önskvärd konkurrens osv. Ramarna för att hämta argument från det ekonomiska idésystemet är härmed förhållandevis vida.[98] Tendensen att hämta intryck från det ekonomiska handlingssystemet såsom faktaunderlag uppmärksammas av Bladini, som menar att det "(m)ot bakgrund av den mängd av ekonomiska teorier som kan användas i syfte att förklara och styra konkurrensen i en välfärdsmaximerande riktning är det något av en paradox att rättsliga analyser av konkurrensrättsliga problem alltid förefaller vara säkrare än vad den ekonomiska teorin ger belägg för."[99]

Denna ansats att betrakta teorier som fakta förklarar delvis hur Gravers "juristskapte virkelighet" inte endast innefattar föreställningar om rätten utan också om samhället i en vidare mening. I den administrativa processen inom det rättsliga handlingssystemet återförs föreställningar hämtade från andra idésystem som rättsligt relevanta fakta till det rättsliga idésystemet. Inom konkurrensrätten sker detta genom att praxis från domstolar och konkurrensvårdande myndigheter efterhand närmare definierar vad som utgör en konkurrensbegränsning, en dominerande ställning, ett missbruk osv. På så vis utökas mängden rättsliga fakta som måste beaktas, vilket minskar behovet av hämta in föreställningar från andra idésystem i själva selektionsprocessen. Denna kommunikativa utfyllnadsprocess inom det rättsliga handlingssystemet är långt ifrån alltid önskvärd, i synnerhet inte när en målrationell lagstiftningsmodell använts. Konkurrensrätten utgör därmed ett belysande exempel på hur även en målrationell lagstiftning underordnas denna förrättsligandeprocess.

Bladinis analys av konkurrensrätten påvisar även hur produktionen av rättsregler inom det rättsliga handlingssystemet inte baseras på mätbara fakta, utan snarare på förtäckta värden. Bladini menar att han med utgångspunkt i en värdeanalys kan urskilja tre huvudlinjer beträffande den rättsliga argumentation inom konkurrensrätten, vilka med min terminologi kan härledas till tre olika idésystem. Den mest framträdande är enligt Bladini de ekonomiska värdeföreställningar som något oprecist kan sammanfattas som värdet om ekonomisk effektivitet. Den andra huvudlinjen som Bladini betecknar "rättvisa" har sitt ursprung i den rättsliga traditionen om "unfair competition" och kan därför mer hänföras till det rättsliga idésystemet. Den tredje huvudlinjen som är mer politisk till sin karaktär, betecknar han "samhällelig godtagbarhet".[100] Analysen visar att den

[98] Bladini, Filip. Den konkurrensrättsliga argumentationen s. 3 (1997).
[99] A.a. s. 5.
[100] A.a. s. 9.

juristskapade verkligheten, oavsett vilket idésystem det kan härledas från, är mer eller mindre förvanskad.[101] "The law 'invents' an image of the economy, and formulates its norms by reference to this image."[102]

Konkurrensrätten är, beroende på sin funktionella öppenhet till det ekonomiska handlingssystemet, ett tydligt exempel på att den ideologiska kunskapsprocessen i den rättsliga analysen ofta har karaktär av en konsekvensanalys. Jürgen Habermas förklarar i mer generella termer att det är tydligt att den juridiska experten inte endast analyserar enskilda normer utifrån föreställningar om rätten, utan också utifrån den förhärskande förförståelse om de samhällsrelationer där rätten kommer att verka.[103] Jag menar att selektionsprocessen omedvetet eller medvetet innefattar ett övervägande om konsekvensen, eller om man så vill ett antagande av den potentiella funktionen, av de rättsliga åtgärder som kan aktualiseras.[104] I den dömande verksamheten är detta antagande relaterat till relationerna i den särskilda konflikten, medan överväganden inom lagstiftning och ofta även rättsvetenskap avser konsekvenser för mänskliga relationer i en mer övergripande kontext. Underlaget för dessa överväganden om den potentiella funktionen hämtas således från idésystemen och kommer såsom värden påverka förståelsen för den särskilda kontexten. Graden av rättsdogmatisk bundenhet som påkallas i justifieringsprocessen inom den särskilda kontrollstrukturen begränsar dels beredvilligheten att medvetandegöra och fullfölja funktionsöverväganden och dels förutsättningarna att lägga resultatet till grund för den rättsliga aktiviteten. Förståelsen för hur de olika idésystemen verkar i det rättsliga handlingssystemets kontrollstrukturer måste därför ha sin utgångspunkt i ett inomdogmatiskt perspektiv avseende den särskilda kontrollstrukturen.[105]

5.2.2.3 Administrativa kunskapsprocesser i ljuset av den vertikala lojaliteten

Den genom selektionsprocessen skapade öppenheten begränsas således i olika grad av justifieringsprocessen. Detta sker genom att kraven på vad som måste beaktas i den administrativa processen påverkar beteendet i den ideologiska selektionsprocessen. I vertikalt led föreligger samtidigt lojalitet i förhållande till överordnade kontrollstrukturer, varför vi även

---

[101] Jfr Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s. 393 (1996, originalet från 1992).
[102] Teubner, Gunther: Law as an Autopoietic System s. 79 (1993).
[103] Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s. 388 (1996, originalet från 1992).
[104] Jfr Wasserstroms diskussion om "the two-level procedure of Justification" i The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification s.s. 140–160 (1966).
[105] Jfr Tuori, Kaarlo. Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin? s. 182 (1988).

funktionellt kan tala om en gemensam rättsdogmatik och rättskällelära. Beroende på hur vi väljer att dela in aktörer/organisationer i olika kontrollstrukturer kommer idésystemen att innehålla olika gemensamma nämnare vad gäller bundenhet och gemensamt förhållningssätt. Vad gäller den ideologiska sökprocessen är denna dock dold och representerar på så vis den gömda ordningen. Om sökprocessen varit mindre dold hade vi säkerligen även i denna process kunnat se gemensamma mönster som manifesterade någon form av vertikal lojalitet.

Det är påfallande hur omedveten den juridiska professionen förefaller vara beträffande vilka värden, intressen etc. som ligger till grund för deras skapade verklighet. De kontrollstrukturer där det råder störst medvetenhet och där sökprocesserna är mer uttalade är de lagstiftande. Det är dock viktigt att understryka att det inte föreligger oinskränkt öppenhet till andra idésystem. Föreställningen om rättens enhet skapar ett rättsdogmatiskt tryck på att lagstiftning uppfyller krav på motsägelsefrihet, fullständighet och frihet från redundans.[106] Om vi exempelvis tar utgångspunkt i den datatekniska utvecklingens påverkan på det immaterialrättsliga området kan vi möjligtvis konstatera att man i lagstiftningsarbetet lägger mycket större vikt vid att systematiskt inkorporera nya tekniska företeelser som exempelvis datorprogram, än att ta ställning vilka intressen respektive värden som gynnas och vilka konsekvenser detta skydd kommer få för framtida marknader.[107] Även om inblandade kontrollstrukturer har uppfattningar i dessa avseenden är dessa inte alltid uttalade och kanske inte heller medvetna.

Kontrollstrukturer inom dömande verksamhet, såväl beträffande rättstillämpning som rättsbildning, är mer bundna till rättsdogmatisk justifiering än vad som är fallet beträffande lagstiftning. Samtidigt föreligger stora variationer mellan kontrollstrukturer inom dömande verksamhet beroende på bl.a. förhållningssätt till rättskällor, lagstiftningsteknik inom området, domstolarnas sammansättning etc. Möjligen föreligger ett mönster såtillvida att ju högre nivå kontrollstrukturen befinner sig på, desto större ansvar har man för systematisering och strukturella överväganden på rättssystemsnivå. Detta tenderar att öka öppenheten.[108]

Enligt min mening kan vi i just denna teoretiska kontext finna viktiga förklaringar till det realistiska förhållningssätt som vi återfinner hos Lundstedt. Den konstruktiva juridiken enligt Lundstedt befinner sig, pre-

[106] Hellner, Jan: Lagstiftning inom förmögenhetsrätten s. 151 och s. 213 (1990).
[107] Se härom i avsnitt 5.3.
[108] Se vidare i avsnitt 5.2.3.

cis som Ross uppmärksammar, i gråzonen mellan det deskriptiva och det normativa. Lundstedts förhållningssätt präglas å ena sidan av hans strävan att domare skall ta sitt ansvar i selektionsprocessen och medvetandegöra vilka värden som påverkar dem, samtidigt som han å andra sidan deskriptivt menar att samhällsnyttan är något som redan påverkar domaren i hans dömande. "Detta betyder, att man i varje fall, där samhällsnyttans innebörd i denna mening icke ligger klar och uppenbar för lagstiftaren, har att gå till en närmare undersökning av hithörande värderingar i samhället, varvid beaktas, 1. att värderingarna, utom av känsloläget, äro bestämda av föreställningarna, i sin tur beroende av kunskapsläget för vederbörande och hans intellektuella kvalifikationer; 2. att det är lagstiftarens värderingar som äro utslagsgivande samt 3. att dessa i sin tur på sätt som jag ovan angivet måste vara influerade av medborgarnas värderingar."[109] Den konstruktiva rättsvetenskapen skulle i enlighet härmed redogöra för dessa värderingar, vilket i princip innebär att så länge sökprocesserna är dolda kommer en sådan vetenskap att innefatta påfallande spekulativa element. En annan sak är att den kommunikativa relationen mellan kontrollstrukturer gör att rättsvetenskapen alltid kommer verka normerande.

5.2.3 Kommunikation mellan rättsliga kontrollstrukturer under inflytande av det ekonomiska idésystemet

För att kunna gå vidare i analysen av det rättsliga handlingssystemets öppenhet till andra idésystem måste vi närmare granska den kommunikativa kunskapsprocessen mellan de olika kontrollstrukturer som kontinuerligt omvandlar det rättsliga idésystemet.[110] Själva den rättsliga argumentationen kan betraktas som en kommunikativ aktivitet såväl i ett kortsiktigt och situationsinriktat perspektiv som i ett mer långsiktigt och kontinuerligt fortgående perspektiv. Gällande rätt kan, som ovan framhållits, ses som resultatet av argumentationen inom en kontrollstruktur och framstår på så vis som ett fruset ögonblick av den mer långsiktigt pågående argumentationen och kunskapsprocessen.[111]

Teubner menar i enlighet med Luhmann och även Habermas att den rättsliga verkligheten skall förstås som just själva kommunikationen. "Legal reality is not that part of social reality which relates to law. Nor is it a reflection of how lawyers view the world. Rather, it is the construction of a world as it comes into existence through the specific limitation (and

[109] Lundstedt; Grundlinjer i skadeståndsrätten, senare delen s.581 (1944).
[110] Jfr Blume, Peter: Law in the Information Society s.107 (1993).
[111] Jfr Doublet, David Roland: Rett, vitenskap og fornuft s.s. 316–317 (1995).

specific opportunities) of legal communication."[112] Teubner förklarar vidare att det rättsliga systemet kan beskrivas som en specialiserad kommunikativ cykel."Specialized cycles of communication have developed out of the general cycle of social communication."[113] Jag menar att vi förvisso kan betrakta det rättsliga handlingssystemet som en diskurs. Samtidigt är det viktigt att inse att det inom ramen för handlingssystemet pågår mängder av olika diskurser och att flera av dessa innefattar strukturer som härrör från andra handlingssystem.

5.2.3.1 Diskurser mellan det rättsliga handlingssystemets kontrollstrukturer
Patentinstitutet måste följaktligen analyseras utifrån funktionerna av patenträttsliga föreställningar som förmedlas och förvanskas i ideologiska kunskapsprocesser. Patenträttsliga föreställningar hämtas från den administrativa kunskapsprocessen inom det rättsliga handlingssystemets kontrollstrukturer. Proceduren som är förknippad med den administrativa processen underlättar för de rättsliga kontrollstrukturerna att finna gemensamma referenspunkter i kommunikationen.[114]

Även beträffande kommunikationen mellan rättsliga kontrollstrukturer kan vi tala om rättens funktioner då det inte endast är föreställningar från det rättsliga idésystemet som kommer att tillmätas betydelse i den ideologiska processen. Tar vi utgångspunkt i en specifik rättsregel eller rättsprincip kan vi konstatera att den samtidigt har funktioner i ett flertal kontrollstrukturer. Alf Ross förklarade att man kan betrakta rättsregeln som anvisningar till domare såväl som till andra aktörer exempelvis inom det ekonomiska handlingssystemet.[115] Bestämmelserna om vad som utgör en patenterbar uppfinning har en rad funktioner inom det ekonomiska handlingssystemet vad gäller värdering av högteknologiska tillgångar, imitations- och samarbetsöverväganden osv. Inom det rättsliga handlingssystemet har bestämmelsen åter andra funktioner, vilka därtill är delvis olika inom allmän domstol i förhållande till förvaltningsdomstol, beroende bl.a. på att bestämmelsen i ena fallet aktualiseras i en uttrycklig konflikt och i det andra i ett ansökningsärende.[116]

---

[112] Teubner, Gunther: Law as an Autopoietic System s.s. 46–47 (1993).
[113] A.a s. 69.
[114] Jfr Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s. 114 (1996, originalet från 1992).
[115] Jfr Ross, Alf: Om ret og retfærdighet s. 47 (3 uppl. 1971).
[116] I vissa fall kan vi visserligen tala om att rättsregler har sin huvudsakliga funktion inom en avgränsad kontrollstruktur, vilket exempelvis är fallet beträffande detaljerade processrättsliga bestämmelser.

Det rättsliga handlingssystemet har en särskild position i kommunikationen mellan handlingssystem; de rättsliga kontrollstrukturerna har som uttrycklig uppgift att skapa och tillämpa normer som riktar sig till andra handlingssystem. Selektionen av det rättsliga idésystemet är följaktligen resultatet av förståelsen av det kreativa utbytet mellan de olika kontrollstrukturerna inom det rättsliga handlingssystemet, där lagstiftaren svarar för den främsta kreativiteten. Samtidigt är det dock uppenbart att många rättsregler och rättsprinciper baseras på föreställningar hämtade från bl.a. det ekonomiska handlingssystemet. Vi kan t.o.m. fråga oss om den administrativa verksamheten inom det rättsliga handlingssystemet präglas av en kodifikation av normer som redan verkar i andra handlingssystem. När vi betraktar överföringen mellan olika kontrollstrukturer som en kommunikativ process kan vi dock konstatera att det inte föreligger något övergripande förhållande mellan orsak och verkan. Snarare innefattar varje agerande av de olika kontrollstrukturerna inom det rättsliga handlingssystemet ett moment av kodifikation/bekräftelse och ett kreativt nyskapande moment.

Kommunikationen mellan kontrollstrukturer är mer eller mindre medveten och uttalad. I den utsträckning den är uttalad och medveten kan vi tala om pågående diskurser. Habermas förklarar komplexiteten i kommunikationen utifrån föreställningen om livsvärlden. Livsvärlden består av nätverk av kommunikativa handlanden som bl a reproducerar rätten som subsystem.[117] "From the vantage point of the theory of communicative action, we can say that the subsystem "law", as a legitimate order that has become reflexive, belongs to the societal component of the lifeworld. Just as this reproduces itself only together with culture and personality structures through the flow of communicative actions, so legal actions, too, constitute the medium through which institutions of law simultaneously reproduce themselves along with intersubjectively shared legal traditions and individual competences for interpreting and observing legal rules."[118]

Rättskällelärorna begränsar de medvetna diskurserna i första hand till de rättsliga kontrollstrukturerna. Vi kan t.o.m. argumentera för att rättskälleläran lägger grunden till den diskurs som etablerar den rättsliga superstrukturen. Diskursen innefattar förenklat det kontinuerliga beaktandet av uttalanden mellan kontrollstrukturer som i sin administrativa pro-

[117] Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s. 80 (1996, orignalet 1992).
[118] A.a. s.s. 80–81.

cess genererar lagstiftning och förarbeten, kontrollstrukturer inom rättsvetenskapen och kontrollstrukturer med överrättsställning. Beroende på vilka kontrollstrukturer vi väljer att analysera kan vi urskilja en mängd olika diskurser. Med utgångspunkt i den positivistiska rättsvetenskapen kan vi urskilja en immaterialrättsligt inriktad diskurs som behandlar frågor relaterade till skyddsförutsättningar, skyddsomfång, ensamrättsbefogenheter etc. Beträffande frågor avseende sakrättsliga dispositioner kan vi hävda att de behandlas i en egen diskurs. Denna uppdelning i två diskurser kan mycket väl vara en bidragande orsak till den osäkerhet som idag föreligger beträffande sakrättsliga förhållanden avseende uppfinningar och patent. Om vi istället tar utgångspunkt i de lagstiftande kontrollstrukturerna kan vi argumentera för att uppdelningen av ansvarsområden på olika departement kan skapa olika diskurser. Att den immaterialrättsliga lagstiftningen vårdas av justitiedepartementet, medan konkurrenslagstiftningen vårdas av näringsdepartementet kan exempelvis vara en bidragande orsak till att vi inte behandlar patent som konkurrensreglering.

En viktig uppgift blir därför att sammanföra olika diskurser med relevans för vår förståelse av patentinstitutets implikationer i samhället. Den största utmaningen just nu är möjligen att sammanföra de nationalekonomiskt orienterade patentdiskurserna med den rättsvetenskapliga.

5.2.3.2 Ekonomiska idésystemets inflytande på den kommunikativa selektionen

Kaarlo Tuori menar att vi kan analysera rätten utifrån tre olika nivåer: ytnivå, rättskulturnivå och djupstrukturnivå.[119] Rättens ytnivå består av rättsreglerna, rättskulturen innehåller allmänna läror inom olika rättsområden och djupstrukturen innefattar för rättssystemet grundläggande rättsprinciper etc.[120] De medvetna diskurserna sker i enlighet med Tuoris teorier huvudsakligen på rättens ytnivå. "I det moderna samhället kan rättens ytnivå i själva verket uppfattas som ett diskussionsforum där såväl lagstiftare, domare som rättsvetenskapsmän upprätthåller en debatt, vars resultat alltid är temporära."[121] Den reella kommunikationen som sker på samtliga nivåer representerar följaktligen den gömda ordningen. Redan

[119] Tuori, Kaarlo: Kant och rättsvetenskapens tidlöshet s. 5 (1997). Jfr Tuori, Kaarlo: Två tolkningar av rättens evolution s. 50 (1987). Tuori, Kaarlo: Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin s. 186 (1988).

[120] Tuori, Kaarlo: Kant och rättsvetenskapens tidlöshet s.s. 5–6 (1997).

[121] A.a s. 5.

genom distinktionen mellan den outtalade ideologiska selektionsprocessen och den uttalade administrativa justifieringsprocessen följer att det föreligger en gömd kommunikation.

I den öppna juridiska diskursen kommer exempelvis immaterialrättens omvandling i förhållande till informationsteknologins inflytande att behandlas i huvudsak som en beskrivning av gällande rätt i denna nya industriella kontext.[122] Tillämpligheten av exempelvis skyddsformer som upphovsrätt och patent kommer diskuteras på nya företeelser som datorprogram etc. Engels förklarade utvecklingen inom civilrätten med att man inom den juridiska professionen försöker "bemästra de motsägelser som uppstår när ekonomiska förhållanden skall översättas till juridiska principer – och i att man sedan får bevittna hur lagsystemets sålunda uppnådda harmoni splittras genom att påverkas av den ekonomiska vidareutvecklingens nya motsägelser."[123] Samtidigt är de rättskunniga enligt Engels inte uppmärksamma på de ekonomiska förhållandenas inflytande. Detta beror på att den interna systematiseringen för dem själva framstår som om de bearbetar rent tankematerial, vilket i sin tur kan generera återverkningar på de ekonomiska förhållandena.[124] Återigen ställs vi inför hur den "rättsliga koden" i den administrativa justifikationsprocessen bestämmer vad som öppet kan kommuniceras, vilken i sin tur påverkar vilka föreställningar som selekteras i den ideologiska sökprocessen. Innebörden är att vi kan argumentera för att de föreligger två, förvisso icke separerbara, kommunikativa processer vilka har olika selektionsmekanismer eller rättsliga koder om man så vill. Habermas söker förklaringar i den gömda ordningen som en livsvärld. "But the legal code not only keeps one foot into the medium of the ordinary language, through which everyday communication achieves social integration in the lifeworld; it also accepts messages that originate there and puts these into a form that is comprehensible to the special codes of the powersteered administration and the money-steered economy."[125]

Vi kan följaktligen argumentera för att områden som immaterialrätt, konkurrensrätt i relativt stor utsträckning kommer att anpassas till förändrade industriella förhållanden även utan lagstiftning. Jämför vi den

---

[122] Se avsnitt 5.3.

[123] Ur Engels brev till Conrad Schmidt, hämtat från Elwin, Göran & Victor, Dag: Rätt och Marxism s.s 85 (1978, originalet från 1890).

[124] Engels, Friedrich: Ludwig Feuerbach och den klassiska tyska filosofins slut s.77 (1929, originalet från 1888). Jfr även Marx, Karl. Filosifins elände s. 85 (1949, originalet från 1846/47). Jfr också ovan i avsnitt 4.2.2.1 och 4.6.2.2.

[125] Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s.s. 80–81 (1996, originalet från 1992).

kommunikativa process som resulterar i att det skapas en ny immaterialrättslig skyddsform, exempelvis kretsmönsterrätten, i förhållande till en kommunikativ process där exempelvis upphovsrätten anpassas till att även omfatta utformningen av kretsmönster, är det i princip endast den förra som förutsätter inblandning av lagstiftande kontrollstrukturer.[126]

Inblandningen av lagstiftande kontrollstrukturer öppnar upp diskursen för värden och intressen i större utsträckning. Diskrepansen mellan de två kommunikativa processerna minskar. Selektionen i sökprocessen blir mer öppen då den rättsliga koden i den administrativa processen är en annan. I synnerhet inom den positivistiska rättsvetenskapen förändras agerandet i den administrativa processen markant, beroende på om man anser sig innefattas i en diskurs med lagstiftaren. Den rättspolitiska diskussionen präglas dock inte så mycket av ställningstaganden om vilka värden och intressen som bör ligga till grund för en viss lagstiftning, utan snarare av en strävan om att få ge uttryck för egna lagstiftningsförslag.

Ett centralt ställningstagande i enlighet med Tuoris teorier är att så länge diskursen på ytnivån är i överensstämmelse med de förhärskande allmänna lärorna och de grundläggande principerna på djupjustifieringsnivå kommer anpassningssträvanden till en förändrad industriell verklighet inte att ifrågasättas. I den utsträckning den administrativa kunskapsprocessen producerar rättsliga föreställningar som står i konflikt med de grundläggande principerna på djupjustifieringsnivå kommer justifieringsproblem uppstå. "Avgränsningsfunktionen kommer till uttryck t.ex. vid bedömningen av enskilda lagars legitimitet: en lag som står i konflikt med någon av djupstrukturens principer är illegitim."[127] Det är inte endast principer relaterade till rättskälleideologier etc. som vi återfinner på djupjustifieringsnivå, utan även grundläggande värden och principer som hela samhället baseras på. Jag menar att värden förknippade med det ekonomiska handlingssystemet intar en särskilt framträdande position.[128] Särskilt intressant är den förskjutning av det förhärskande förhållningssättet inom det ekonomiska handlingssystemet som jag valt att beteckna konkurrenskraftsideologin. Jag menar att det ekonomiska idésystemets inverkan på det rättsliga handlingssystemet också sker på djupstruktursnivå, varför det genereras ett ideologiskt tryck på de rättsliga kontrollstrukturerna att producera rättsliga föreställningar som är konkurrens-

---

[126] Se vidare i avsnitt 5.3

[127] Tuori, Kaarlo: Kant och rättsvetenskapens tidlöshet s.s. 6–7 (1997).

[128] Van Hoecke, Mark & Ost, François: Epistimological Perspectives in Legal Theory s. 41 (1993).

kraftsstimulerande. Den självrefererande selektionsprocessen där grundläggande värden medvetandegörs, innebär dock att konkurrenskraftsideologin kan komma att uppträda i förvanskade versioner.[129]

5.2.3.3 De rättsliga idésystemens progressiva reproduktion

I dynamiken mellan de administrativa och ideologiska kunskapsprocesserna kan vi beskriva rätten som kommunikativa processer där det administrativa resultatet påkallar förändrade föreställningar i andra kontrollstrukturers rättsliga idésystem, såväl inom som utom det rättsliga handlingssystemet.[130] På grund av att den ideologiska kunskapsprocessen i huvudsak verkar i det fördolda är det emellertid svårt att ta ställning till i vilken utsträckning kommunikationen är förvanskande. Med utgångspunkt i den öppna administrativa kunskapsprocessen bör vi dock hålla isär den förvanskning som sker när beteenden, teorier och uttalanden i det ekonomiska handlingssystemet resulterar i rättsliga normer i förhållande till när de missförstås som ekonomiska syften, ekonomiskt bevisunderlag etc. Teubner hävdar, precis som Graver, att man i den rättsliga kommunikationen skapar sin egen verklighet, såväl vad gäller de rättsliga föreställningarna som den miljö de är avsedda att verka. "The process of legal subsumption is not one where by information is relayed from the environment to the law and compared with data already stored there. Instead, a relationship is established between how differently structured internal operational processes: – the interpretative processing of the norm, on the one hand, and the fact-generating processing of evidence, on the other."[131] I den rättsbildande och rättstillämpande administrativa kunskapsprocessen presenteras följaktligen de från det ekonomiska idésystemet selekterade föreställningarna som rättsnormer respektive bevisunderlag.

Föreställningar om ett förändrat industriellt klimat återspeglas i den administrativa process där bl.a. uppfinningsbegreppet kan komma att ges en förändrad innebörd. Exempelvis är begreppet teknisk karaktär som en industriell verklighetsbild en annan efter det datatekniska genombrottet.[132] Förändringen sker stegvis och det är inte säkert att den enskilde individen inser att han låtit sig påverkas av föreställningar från det ekonomiska idésystemet. Varje kommunikativt steg kan ha inneburit att föreställningar från det ekonomiska idésystemet överförts till det rättsliga

[129] Jfr Teubner, Gunther: Law as an Autopoietic System s. 79 (1993).
[130] Jfr David Roland: Rett, vitenskap og fornuft s. 113 (1995).
[131] Teubner, Gunther: Law as an Autopoietic System s. 78 (1993).
[132] Se bl.a. Olsson, Henrik: Patentability and Computer Software s.s. 282–283 (1996).

idésystemet hos andra kontrollstrukturer, vilka i sin tur endast tillför vissa modifierade föreställningar från det ekonomiska idésystemet. Den administrativa processen innebär att kunskapsursprunget i det ekonomiska handlingssystemet ersätts med ett ursprung i det rättsliga.

När vi på detta sätt analyserar den medvetna diskursen på ytnivån kan vi också förstå rätten som ett självrefererande system, vilket omvandlas och även expanderar på idénivå såväl som beteendenivå. Det subsumtionslogiska förhållningssättet till rättskällor i justifieringsprocessen innebär att den kommunikativa processen resulterar i att allt fler föreställningar kan hämtas från det rättsliga idésystemet vid selektionsprocessen.[133] Jag instämmer med Teubner och Luhmann när de förklarar hur det rättsliga systemet skapar normer för sin egen kunskapsselektion, vilka också lägger grunden till den egna identiteten.[134] Den självrefererande selektionen resulterar i "the emergence of self-referential circles in relation to legal acts, legal norms, legal process, and legal dogmatics, with the result that the law becomes increasingly 'autonomous'."[135] Jag menar dock att detta är en utveckling vi kan se hos samtliga kontrollstrukturer oavsett vilken nivå vi studerar. Det är bl.a. därför alltför långtgående att tala om normativ slutenhet.[136]

De normativa implikationerna av Luhmanns och Teubners resonemang är således på intet sätt oproblematiska. Teubner konkluderar, med referens till sin teori om rätten som autopoises, att rättsliga normer inte endast är psykiska fenomen eller kollektiva socialpsykiska fenomen utan de är sociala fenomen vars existens manifesteras i kommunikationen.[137] Han fortsätter: "Legal reality is not that part of social reality which relates to law. Nor is it a reflection of how lawyers view the world. Rather, it is the construction of a world as it comes into existence through the specific limitation (and specific opportunities) of legal communication. 'Legal reality' is to be distinguished from the lawyers view of the world in two ways. It is a social, not a psychic construct; that is, it is the product of communications. And among social constructs, it is a highly selective one, since it has come into existence whithin an autonomous social system, the hybercyclically constituted legal system."[138] Resonemanget ris-

---

[133] Jfr Dalberg-Larsen, Jørgen. On the evolution of law and the importance of unintended consequences s. 58 (1989).

[134] Luhmann, Niklas: Operational Closure and Structural Coupling – The Diffrentiation of the Legal System s. 1427 (1992).

[135] Teubner, Gunther: Law as an Autopoietic System s. 33 (1993).

[136] Jfr Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s. 50 (1996, originalet från 1992).

[137] Teubner, Gunther: Law as an Autopoietic System s.s. 46–47 (1993).

kerar att leda oss in i ett teoretiskt förhållningssätt där den normativa slutenheten framstår inte endast som önskvärd, utan som en nödvändig grund till rättsnormernas och rättssystemets existens. För mig är rätten först och främst reell som föreställningar och beteenden. Jag menar dessutom att det är eftersträvansvärt att motverka alltför långtgående normativ slutenhet. Rätten bör därför beskrivas som flera kommunikativa processer som inte endast avgränsas till det rättsliga handlingssystemet. Med utgångspunkt i den ideologiska kunskapsprocessen i stället för den administrativa kan vi konstatera att det som tillsynes framstår som juridisktekniska konflikter egentligen kan vara moraliska och politiska ställningstaganden som står i strid med varandra.[139]

5.3 Konkurrenskraftsideologins kommunikativa omvandling av patentinstitutet

I detta avsnitt skall jag analysera hur ideologier från det ekonomiska idésystemet påverkar patentinstitutet såsom den juristskapade verkligheten. Jag kommer följaktligen att analysera funktionerna av föreställningar med kunskapsursprung inom det ekonomiska handlingssystemet.

5.3.1 Ekonomiska kontrollstrukturers strävan efter äganderätt till kunskap

När Tuori beskriver selektionen på djupstruktursnivå förhåller han sig till bl.a. en begreppsrelaterad dimension där grundläggande begrepp konstituerar möjligheten för det rättsliga tänkandet på ytnivå såväl som på rättskulturs nivå.[140] Rättighets- och egendomskonstruktionerna är enligt min mening sådana fundamentala kategoriseringar som skapar utrymme för rättsligt tänkande och argumentation samtidigt som de ofta utesluter andra betraktelsesätt. Jag menar att föreställningen om den individuella rätten till egendom har en fundamental betydelse på djupstruktursnivå inte bara för det rättsliga handlingssystemet utan för det västerländska samhället generellt.[141]

5.3.1.1 Äganderätten som uttryck för självhävdade intressen

Ett inledande antagande är just att rättighetsbegreppen regelmässigt har sitt kunskapsursprung inom andra handlingssystem än det rättsliga. De

---

[138] A.a.

[139] Jfr Wilhelmsson, Thomas. Social civilrätt s. 25 (1987).

[140] Tuori, Kaarlo: Kant och rättsvetenskapens tidlöshet s.s. 6–7 (1997).

[141] Jfr Dalberg-Larsen, Jørgen: Retsstaten, velfærdsstaten – og hvad så? s. 127 (1984).

juristskapade rättigheterna är m.a.o. resultatet av normerande föreställningar som emanerar ur det ekonomiska handlingssystemet. Detta uppmärksammades av Alf Ross som konstaterade att "(d)e fundamentale rettighedsbegreber, fx begrebet ejendomsret, er ikke skabt af retsvidenskaben, men overtaget fra den almindelige forestillingskreds."[142] Vi bör följaktligen fråga oss hur patentinstitutet, såsom en grupp funktionellt samhörande regler, påverkas av en marknadsfunktionell föreställning om rätten till kunskap. Hur kommer den omständigheten att man inom det ekonomiska handlingssystemet alltmer talar om äganderätt till kunskap såsom en produktionsfaktor påverka egendomsbegreppets användning för kunskap inom det rättsliga handlingssystemet?

När man analyserar rättigheter utifrån ett funktionellt perspektiv måste man, som ovan hävdats, skilja mellan funktionen i olika kontrollstrukturer inom de olika handlingssystemen. En fundamental distinktion är förhållandet mellan funktionen inom det rättsliga handlingssystemet och inom andra handlingssystem. Om man i enlighet med Ross ställningstagande konstaterar att föreställningen om äganderätt har sitt ursprung inom det ekonomiska handlingssystemet är det kommunikativt sett också rimligt att vi analyserar äganderätten med utgångspunkt i dess funktion inom det ekonomiska handlingssystemet. Äganderättens förändrade funktion i det ekonomiska handlingssystemet, som förutom industriell omvandling kan tillräknas en mängd faktorer som ökad kunskap om det rättsliga idésystemet, förändrade management metoder etc., kommer via den kommunikativa processen mellan olika kontrollstrukturer att resultera i det rättsliga äganderättsbegreppets förändring.

I det ekonomiska handlingssystemet har äganderätten framförallt en konstituerande funktion. Som föreställning utpekar den en viss kontrollstruktur och tillerkänner denna friheten att förfoga över en särskild egendom.[143] Denna föreställning om frihet för ägaren och begränsningar för andra än ägaren överförs även, som rättsfaktum i olika sammanhang, till det rättsliga handlingssystemet. Ross menar att "rettighetsbegrebet typisk anvendes for att markere en situation, i hvilken retsordenen har ønsket at tilsiké en person frihed og magt til – indenfor et vist område – at udfolde sig, som han har lyst til, til varetagelse af egne interesser. Rettighedsbegrebet markerer *individets autonome selvhævdelse*".[144]

De ekonomiska kontrollstrukturernas självhävdelse anpassas och för-

---

[142] Ross, Alf: Om ret og retfærdighed s. 208 (3 uppl. 1971).
[143] Jfr Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s. 78 (1996, originalet från 1992).
[144] Ross, Alf: Om ret og retfærdighed s. 214 (3 uppl. 1971)

ändras utifrån den materiella kunskapsprocessens inverkan. Vi kan exempelvis se hur strävanden efter att skydda investeringar omformuleras till egendomsanspråk vad gäller nya forskningsresultat inom läkemedelsindustri, genteknologi och informationsteknologi. Självhävdelsen kommer sedan att verka normerande som egendomsföreställning i det ekonomiska idésystemet och det inte endast vad gäller formulering av konkreta rättsregler utan även för bestämning av egendoms- och äganderättsbegreppet i sig. Ägande- och egendomsbegreppens förändring kommer på så vis att resultera i nya rättsligt skyddade intressen.[145] Intresseförskjutning som resultat av marknadsteknologiska paradigmskiften, exempelvis informations- och genteknologins omvälvning av samhället, innebär därmed att de värden på vilka egendoms- och äganderättsbegreppet vilar också förändras.[146]

Helt uppenbart är således att näringslivets alltmer stegrande självhävdelse vad gäller rätten till kunskap förändrar innehållet i det rättsliga idésystemet i en kontinuerlig kunskapsprocess mellan kontrollstrukturer. Självhävdelsen är dock inte entydig. Nationalekonomen Lennart Ohlsson konstaterar exempelvis om kunskapens karaktär "(a)tt kunskap är en immateriell tillgång för ett företag är väl känt, men det har inte tillräckligt betonats att tillgången därmed är en av företaget icke-ägd resurs."[147] Även om Ohlssons uttalande kan tolkas som ett önskemål om att näringslivet bör ha bättre kontroll över värdefull kunskap, uttrycker det också det självklara i att kunskap inte kan bli ägd i samma mening som materiella produktionsfaktorer typ fastigheter, varor etc.

Redan kunskapens karaktär av en kollektiv process innebär att ett förhållningssätt till ägande motsvarande vad gäller anläggningar och varor aldrig kan utvecklas. Detta gäller oavsett hur mycket det immaterialrättsliga systemet anpassas till näringslivets egendomsanspråk vad gäller forskningsresultat etc.

Konkurrenskraftsideologin baseras inte på ett intresse, utan är i sig ett uttryck för konkurrensrelationell inverkan och inrymmer såväl individuella som kollektiva intressen i olika avseenden. När vi nu skall analysera konkurrenskraftsideologins inverkan på den administrativa processen inom det rättsliga handlingssystemet är det därför väsentligt att söka klargöra vilka specifika ekonomiska kontrollstrukturers intressen som är

---

[145] Jfr Strömholm, Stig: Rätt, rättskällor och rättstillämpning s.s. 255–256 (3 uppl. 1988).
[146] Jfr Doublet, David Roland: Rett, vitenskap og fornuft s. 423 (1995).
[147] Ohlsson, Lennart. Sverige som innovativ industrimiljö, en idéskrift om framtiden s.43 (1993).

mest framträdande. Inte heller materialiteten utgör således något intresse som skapar ett självständigt normerande tryck.

5.3.1.2 Egendomsrätt för omvandling eller för att skydda etablerad position
Den traditionellt marxistiska uppfattningen är att äganderätten såsom föreställning återspeglar och befäster de i samhället hegemoniska maktstrukturerna. Marx och Engels konstaterade att förändringar i produktions- och handelsförhållanden resulterar i förändringar bland arterna av egendom och egendomsförvärv.[148] Äganderätten som moment i det rättsliga idésystemet skulle således snarare vara ett uttryck för det förhärskande marknadsteknologiska paradigmet än orsaken till det. Om vi utgår ifrån att vi kan analysera det ekonomiska handlingssystemet utifrån paradigmskiften skulle vi följaktligen kunna konstatera att det sker en intresseförskjutning avseende äganderätten på djupstruktursnivå eftersom den materiella kunskapsprocessen i symbios med förändringar inom det ekonomiska handlingssystemet kommer att resultera i ändrade maktförhållanden. Detta kommer i sin tur innebära att äganderättens innebörd på rättskulturnivå såväl som på ytnivå kommer att förändras. Som redan konstaterats i föregående kapitel föreligger inte ett dylikt orsak-verkan förhållande, utan vi kan nu konstatera att de pågående kommunikativa kunskapsprocesserna verkar i olika riktningar. Detta betyder emellertid inte att det marxistiska förhållningssättet skulle vara felaktigt. Tvärtom kan vi nu förstå att det föreligger ett ideologiskt tryck även från kontrollstrukturer utanför det rättsliga handlingssystemet som tillhandahåller normerande föreställningar.[149] Dessa föreställningar verkar i olika grad överbyggande, utvecklande och upphävande på det rättsliga idésystemet. Det är redan vid en övergripande betraktelse uppenbart att ett marknadsteknologiskt paradigmskifte som det informationsteknologiska resulterar i att det rättsliga handlingssystemets kontrollstrukturer i olika avseenden anpassar det rättsliga idésystemet. Vi står således inför en komplex bild där den kommunikativa processen mellan det rättsliga och det ekonomiska handlingssystemets kontrollstrukturer är lika nödvändig för den industriella omvandlingen som för den rättsliga omvandlingen.[150]

Frågan är således vilka föreställningar på djupstruktursnivå med ursprung i det ekonomiska handlingssystemet som selekterar kunskap i den

---

[148] Marx, Karl & Engels, Friedrich. Die deutsche Ideologie s. 64 (1845–46). Hämtat ifrån Marx. Människans frigörelse, i urval av Liedman, s. 168 (1971).
[149] Jfr Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s. 400 (1996, originalet från 1992).
[150] Jfr Mathiesen, Thomas: Rätt, samhälle och politisk handling s. 162 (1980).

ideologiska kunskapsprocessen och hur detta påverkar omvandlingen av rättighets- och egendomsbegreppen. Anna Christensen menar att man beträffande äganderätten kan uttolka två normativa grundmönster, där det ena är ett dynamiskt moment innefattande rätten att förfoga över egendom och det andra ett konservativt moment som innefattar skyddet för etablerad position.[151] Det är svårt att avgöra huruvida Christensen menar att dessa normativa mönster har sitt ursprung i den ekonomiska sfären, samt i vilka riktningar de i så fall verkar normerande. "De olika normativa mönstren bildar inte något sammanhängande system. De har uppstått vid olika tidpunkter, i olika typer av relationer och för att tillgodose olika slags behov. Varje normativt mönster har sitt givna kärnområde eller ursprungsområde, men kan också överföras till nya områden."[152] Bilden kompliceras av att hon samtidigt förefaller betrakta mönstren som oföränderliga pooler som försöker dra till sig all rättslig reglering.[153]

Betraktat på ytnivån kan vi argumentera för att Christensens två mönster inte är annat än den positiva och negativa sidan av den ensamrätt som en egendomsrätt skapar. "Äganderättens normativa grundinnehåll är konservativt. Det går ut på att bevara och skydda besittningen av det traditionella brukandet av en viss egendom. I den moderna äganderätten förenas detta konservativa element med rätt att fritt förfoga över egendomen, framför allt genom olika typer av avtal, att sälja den och t.o.m. förstöra den. Detta är det dynamiska elementet i äganderätten. Det är det dynamiska elementet som betonas i det marknadsfunktionella grundmönstret."[154] I mönstret om etablerad position inkluderar Christensen ett moment som för tankarna till den ideella rätten inom skyddet för intellektuella prestationer, vilken avseende patent framförallt består i rättten att få framstå som uppfinnare. Med ett ekonomiskt perspektiv representerar mönstret om etablerad position därmed bruksvärdet i förhållande till det mer marknadsfunktionella bytesvärdet. Christensen är dock inte konsekvent i sitt förhållningssätt. Detta tydliggörs när hon konstaterar att skyddet för etablerad position endast gäller för den som redan har etablerat en position.[155]

Om vi skall lära oss något av Christensens analys krävs att vi i vart fall

---

[151] Christensen, Anna. Normativa grundmönster i privat och offentlig rätt s. 11 (1995)
[152] Christensen, Anna: Skydd för etablerad position – ett normativt mönster s. 529 (1996).
[153] A.a s. 531.
[154] A.a s. 532.
[155] A.a s. 574.

förhåller oss till mönstren på rättskulturnivå. Christensens mönster om etablerad position bör då delas upp i två olika mönster. Det ena mönstret är det för den industriella omvandlingen konservativa mönstret som innefattar föreställningar som stödjer dem som besitter kontrollen över produktionsmedlen. Det andra mönstret tar istället sikte på den mer bruksvärderelaterade dimensionen innefattande föreställningen om att den som brukar eller har skapat prestationen därigenom har någon form av besittningsrelaterad rätt till densamma. Även om det föreligger samband mellan mönstret representerar de motstridiga intressen och kan även anses skapa två olika allmänna läror. Vi måste följaktligen, beträffande patentinstitutet, hålla isär uppfinnarens intresse som fysisk person och dynamisk kraft i förhållande till investerare och andra som besitter kontrollen över produktionsfaktorerna. Bilden kompliceras av att investeringsintressen inte alltid företräder befintliga maktstrukturer och verkar förstärkande, utan i synnerhet vid marknadsteknologiska paradigmskiften, tvärtom kan verka upphävande och dynamiskt.[156]

Om än förenklat skulle vi, med utgångspunkt i Christensens normativa mönster om etablerad position, kunna konstatera att föreställningarna i det ekonomiska idésystemet om en funktionell egendomsrätt till uppfinningar i det ekonomiska handlingssystemets kontrollstrukturer baseras på två huvudmönster. Det ena baseras på föreställningen om att stimulera den som skapar, vilken vi kan härleda till såväl ett emotionellt förhållningssätt till uppfinnarens naturliga rätt till uppfinningen som till mer ekonomiskt rationella överväganden om betydelsen för uppfinnare att kontrollera sina uppfinnare. Det andra mönstret innefattar istället föreställningar om rätten för dem som investerar att kontrollera resultatet. Mönstren representerar följaktligen två olika konkurrenskraftsrelaterade intressen.

Med ett konkurrenskraftsideologiskt förhållningssätt på djupstrukturnivå kan vi problematisera bilden ytterligare. Christensen har bl.a. vad gäller socialrätten hävdat att det föreligger ett normativt mönster om integration. Enligt min mening kan vi även se detta mönster som ett uttryck för strävan om konkurrenskraft. På europanivå, där integrationen framstår som ett väsentligt medel för att förstärka den institutionella hemmabasen för europeisk industri, är detta särskilt tydligt. Även vad gäller patentinstitutet kan vi se strävan om europeisk integration som ett

[156] Se om den dynamiska omvandlingen i utvecklingsblock m.m. ovan i avsnitt 2.2 och 4.3.

led i ett strävande om konkurrenskraft på rättskultursnivå. Detta integrationsmönster kan följaktligen anses representera konkurrenskraftsintresset för nationalstater och andra kontrollstrukturer på mellanstatlig nivå.

Om vi utgår ifrån konkurrenskraftsideologin som de föreställningar med kunskapsursprung i det ekonomiska handlingssystemet med störst implikationer på djupstruktursnivå, är frågan följaktligen hur denna kommer att påverka kunskapsselektionen på yt- och rättskulturnivå inom det rättsliga handlingssystemet. Med utgångspunkt i den förenklade distinktionen mellan de två mönstren om etablerad position, kan vi exempelvis fråga oss huruvida rätten anpassas då tekniken finns tillgänglig eller först då finansiärer m.fl. intresserar sig för tekniken. I enlighet med Marx och Engels teorier omvandlas det rättsliga idésystemet först då maktförskjutning skett. Om vi även lyfter fram Schumpeters, Dahméns m.fl. teorier kan vi argumentera för att rätten tillgodoser nya intressen först då vi befinner oss i en kommunikativ process som kommer att resultera i ett marknadsteknologiskt maktskifte. Maktförskjutningen leder till en förändrad fokusering på vems konkurrenskraft som stimuleras. Denna förändrade fokusering inom det rättsliga handlingssystemet kommer att återverka normerande på de ekonomiska kontrollstrukturerna och förstärker därmed de upphävande tendenserna inom det ekonomiska handlingssystemet. Patentinstitutet är i detta sammanhang särskilt intressant då det kan karaktäriseras som det rättsliga idésystemets mest framskjutna utpost i förhållande till den industriella omvandlingen. Redan i och med att nya tekniska lösningar patentsöks påbörjas objektsförskjutningen. Patentinstitutet skulle i enlighet härmed verka överbyggande och utvecklande i förhållande till förhärskande maktstrukturer inom industrin fram till dess vi står inför ett omfattande teknologiskt genombrott inom näringslivet. Patentinstitutet kommer då att börja verka utmanande och upphävande.[157] Vi kan, enligt min mening, argumentera för att det är först när investerare börjar intressera sig för nya teknikområden som patentinstitutet kommer att verka upphävande. Patentinstitutets omvandling skulle följaktligen präglas av framförallt det normativa mönstret om etablerad position för dem som har kontroll över produktivkrafterna. Vid marknadsteknologiska paradigmskiften då patentinstitutet verkar upphävande, är det emellertid det andra mönstret om etablerad position, dvs. föreställningen om att gynna det kreativa inslaget, som

[157] Jfr Mathiesen, Thomas: Rätt, samhälle och politisk handling s. 28 (1980).

ges företräde. Detta kan även uttryckas med att de två mönstren samverkar under denna omvandlingsprocess.

Lyfter vi fram integrationsmönstrets verkningar kan vi hävda att detta regelmässigt sammanfaller med strävan om att gynna inhemska företag med etablerade position. Möjligen kommer den ökande medvetenheten om att nya industriella genombrott sällan sker inom befintliga företagsstrukturer att återspeglas också i integrationsmönstret. Att generera ett klimat som stimulerar konkurrenskraft hos uppfinnare, småföretag, avknoppningar, forskningsinstitut skulle visserligen, i ett kortsiktigt konkurrensrelationellt perspektiv, kunna försämra konkurrenskraften hos den befintliga producerande industrin och investeringskapitalet. Å andra sidan skulle möjligen de långsiktiga förutsättningarna för kreativ destruktion inom näringslivet öka. Det normerande tryck som konkurrenskraftsideologin skapar i förhållande till de rättsliga kontrollstrukturerna är följaktligen mångfacetterat och på intet sätt entydigt.

I syfte att gå vidare och öka vår förståelse om det normerande trycket från det ekonomiska idésystemet måste vi närmare analysera den kommunikativa processen. Väsentligt i detta sammanhang är att det ekonomiska idésystemets normerande tryck inte endast via den lagstiftande kontrollstrukturen resulterar till omvandling av det rättsliga idésystemet. Alla kontrollstrukturer, i sista hand den enskilda individen, står under inflytande från konkurrenskraftsideologin. Patenträtten omvandlas av lagstiftare, patentverket och förvaltningsdomstolarna, de allmänna domstolarna, rättsvetenskapen och övrig doktrin etc. Samtliga dessa kontrollstrukturer kommer att påverkas av föreställningar som har kunskapsursprung i det ekonomiska handlingssystemet. Dessa föreställningar införlivas efterhand i det rättsliga handlingssystemet. Resultatet av den administrativa processen i varje kontrollstruktur utgör kunskapsursprung i den ideologiska sökprocess som genererar kommunikation mellan de rättsliga strukturerna. Ett särskilt problem är också att föreställningar som typiskt sett avser ekonomiska förhållanden kommer via denna kommunikativa process att utgöra del i den juristskapade verkligheten. Jag menar således att konkurrenskraftsideologins värdegrund och dess olika intresseföreställningar alltmer kommer att kunna återfinnas i den juristskapade verkligheten.

Vi bör följaktligen fråga oss om den fortsatta kommunikationen kommer att resultera i att patenträttigheten alltmer kommer att motsvara äganderätten, eller måhända kommer processen att leda oss till ett förhållningssätt där vi har äganderätt till patent. Väsentligt i detta samman-

hang är hur förhållningssättet inom det rättsliga handlingssystemet förändras till rättighetskonstruktionen som sådan.

5.3.2 Egendoms- och rättighetsbegreppen under kommunikativ omvandling

Det realistiska synsättet lär oss att någon rätt till kunskap inte kan föreligga annat än som föreställningar och som ageranden utifrån dessa föreställningar.[158] Ju mer man i det ekonomiska handlingssystemet faktiskt förhåller sig till en rätt till kunskap i kontraktuella relationer etc. desto mer kommer detta att, kommunikativt sett, framtvinga ett förändrat förhållningssätt också inom det rättsliga handlingssystemet. Ett centralt antagande, som skall diskuteras närmare, är att det ekonomiska idésystemet har en stark ideologisk kraft såväl vad gäller föreställningar om vad som utgör egendom som föreställningar om vad rätten till egendom består i. Samtidigt är det viktigt att understryka att det är de rättsliga kontrollstrukturerna som formulerar rättsliga föreställningar om bl.a. egendom, vilka verkar som drivkrafter i det ekonomiska handlingssystemet.[159] Rättighetsbegreppets funktioner inom det rättsliga handlingssystemet måste därför också diskuteras.

En gemensam nämnare i de rättsrealistiska teorierna är att man intar ett funktionellt förhållningssätt till rättighetsbegreppet. Särskilt intressant är spänningen mellan hur man beskrev rättighetens funktion i, vad jag betecknar, det ekonomiska handlingssystemet respektive det rättsliga handlingssystemet. Det var framförallt i den tidiga realistiska diskussionen som man fokuserade kring funktionen i den ekonomiska sfären. Efterhand kom man alltmer att analysera hur termen rättighet fungerade i den juridiska argumentationen.[160] Den livliga diskussion som genererades av de rättsrealistiska rättighetsanalyserna från 20-tal fram t.o.m. 60-tal har givit nordisk rättsvetenskap en relativt unik position i förhållande till andra språkområden.[161] Jag menar följaktligen att förståelsen för den kommunikativa omvandlingen av uppfinningsbegreppet, patentbegreppet och även patentinstitutet rimligen bör ta sin utgångspunkt i diskussionen om rättighetsbegreppet inom den skandinaviska realismen.

---

[158] Jfr Ross, Alf: Ejensdomsret och ejendomsovergang s. 13 (1935).

[159] Jfr Wilhelmsson, Thomas; Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna lärorna s. 39 (1986).

[160] För relativt utförlig beskrivning av den realistiska inställningen se bl a Ross, Alf: Virkelighed og Gyldighed i Retslæren kapitel X s.s. 211–243 (1934). Olivecrona, Karl: Rätt och dom kapitel III s.s. 86–145 (2 uppl. 1966).

[161] Jfr Hellner, Jan: Några anteckningar om juridik och filosofi s. 8 (1956).

5.3.2.1 Ett funktionellt egendoms- och äganderättsbegrepp

Axel Hägerström och hans lärjungar förklarade att rättigheter är metafysiska och därmed inte existerar. De tog avstånd från den klassiska läran där man antog att civilrätten bestod av rättigheter och skyldigheter.[162] Lundstedt var den av Hägerströms lärjungar som intog det mest drastiska förhållningssättet till rättighetsbegreppet. Han föreföll rentav mena att man skall undvika att ge det något innehåll och därmed också att i förlängningen upphöra att utnyttja detsamma.[163] Olivecrona, som i huvudsak höll med Lundstedt, är mindre drastisk i sin kritik och menar att eftersom rättighetsbegreppet faktiskt används såsom en idé i en rättslig idévärld och där fyller viktiga funktioner så måste vi förhålla oss till det.[164] "Beträffande rättighetsbegreppet eller rättare sagt rättighetsidén uppstår två frågor som bör hållas noga i sär. Oklarheten på området torde till stor del bero på att denna viktiga distinktion icke iakttagits. Den ena frågan är den om rättighetsidéns innebörd. Detta är frågan om vad som är tänkt vid »rättigheten». Den andra frågan är den hur rättighetsidén användes, vilken roll den spelar i juridiken och i det dagliga livet. Denna fråga kan betecknas som frågan om rättighetsidéns funktion."[165] Olivecrona och Lundstedt delade det funktionella förhållningssättet där rättighetsbegreppet i sig är innehållslöst, men att det skapar funktioner beroende på hur det förstås och används. Skillnaden dem emellan är dock den konstruktiva betydelse som Olivecrona tillmäter rättighetsidén.

Lundstedt beskrev funktionerna av rättigheterna som förmånliga positioner.[166] Föreställningen om rättigheten ger den utpekade innehavaren en position som möjliggör att rättsmaskineriets aktivitet kan påkallas och offentlig makt kan komma att utövas till hans fördel.[167] Olivecrona som i större utsträckning fokuserar på den ideologiska sidan menar att rättigheten skapar en kraftkänsla, vilken framträder som starkast i konfliktsituationer då den är tydligt förknippad med antaganden om att man skulle vinna en rättslig process.[168] "Ägarens kraftkänsla hämtar ständigt näring ur en rad erfarenhetsmässigt givna förhållanden: han vet att han har lagen bakom sig i det att reaktioner enligt lagen kunna drabba dem

---

[162] Hägerström, Axel: Begreppet viljeförklaring på privaträttens område s.s. 102–103 (1961, originalet från 1935).
[163] Se bl.a. Lundstedt A V; Obligationsbegreppet, första delen s. 107 (1929).
[164] Olivecrona, Karl: Rätt och dom s. 90 (2 uppl. 1966).
[165] A.a. s. 91.
[166] Lundstedt A V; Obligationsbegreppet, första delen s. 107 (1929).
[167] A.a.
[168] Olivecrona, Karl. Rätt och dom s. 99 (2 uppl. 1966).

som kränka hans rätt."[169] Han menar vidare att känslan av styrka skall ses i relation till rättighetens handlingsdirigerande funktioner. Utmärkande för äganderättsidén är nämligen att den skapar en mängd följdidéer.[170] Föreställningen om att någon har äganderätten till en sak skapar föreställningar om att statsmakten kommer ingripa om någon stjäl saken. Transaktioner som genomförs avseende saken kommer att upprätthållas av statsmakten. Rättigheten besitter på så vis även upplysande funktioner.[171]

Även Ross utvecklade ett funktionellt förhållningssätt till rättighetsbegreppet. "Som Postulat for en realistisk Retsbetragtning kan den Grundsætning opstilles, at en Bestemmelse af, hvad der foreligger i den typiske Situation, vi kalder en Rettighed, maa føre tilbage til en Angivelse af en eller flere Retsfunktioner. Rettigheden er, hvad den realt betyder i Retslivet, og intet andet. Den typiske Rettighedssituationen er Udtryk for et kompliceret Sæt af Adfærdsindstillinger hos individerne i et Samfund, der bevirker en særlig Handlemulighed for den berettigede og paa forskellig Vis gør en Række Reaktioner funktionelt betingade af hans Forhold."[172] Ross var den som uppvisade störst insikt om betydelsen av att analysera rättigheter i förhållandet mellan idésystem och handlingssystem. Samtidigt hölls han tillbaka av sitt förhållande till rättsvetenskapens traditionella metodik, vilket sammantaget skapade en relativt splittrad bild. I enlighet med Hägerström betraktade han rättighetsbegreppet som metafysiskt och innehållslöst. Precis som Lundstedt lade han stor vikt vid rättighetsbegreppets funktioner som en förmånlig position.[173] Särskilt intressanta är hans teorier om individernas självhävdelse som ovan berörts. "Rettighedsbegrebet markerer individets autonome selvhævdelse... fordi man fra rettighedsbegrebet bør udsondre sådan frihed og magt, der er givet netop ikke til autonom varetagelse af egne interesser, men som en social funktion til varetagelse af sociale interesser"[174] I denna analys klargör Ross betydelsen av ekonomiska intressen när rättighetsidén utformas. Efterhand kom dock Ross att under inflytande av den moderna språkfilsofin att alltmer analysera rättighetsbegreppets funktion i den juridiska argumentationen. Med min begreppsapparat

[169] A.a.
[170] A.a. s. 104.
[171] A.a. s. 110.
[172] Ross, Alf: Ejendomsret og ejendomsovergang s. 13 (1935).
[173] Ross, Alf: Om ret og retfærdighet s. 213 (3 uppl. 1971).
[174] A.a s. 214.

övergick Ross från att tidigare i första hand analysera funktionerna av föreställningar om rättigheter i det ekonomiska handlingssystemet till att analysera funktionerna av föreställningar om rättigheter i det rättsliga handlingssystemet. Under slutet av 40-talet och i början av 50-talet utvecklade Ross tillsammans med framförallt Ekelöf ett funktionellt förhållningssätt till rättighetsbegreppet inom det rättsliga handlingssystemet. Avsikten var att visa hur begreppet används i den juridiska argumentationen.[175]

5.3.2.2 Rättighetsidéns funktion i det rättsliga handlingssystemet

När Ross i början av 50-talet beskrev rättighetsdiskussionens status förklarade han hur den realistiska diskussionen i princip gått igenom tre olika stadier. Först utvecklade Hägerström sin metafysiska teori där rättigheter som inslag i rättsideologin kritiserades och ifrågasattes. Därefter blev diskussionen, bl.a. tack vare Lundstedts bidrag, mer sociologiskt präglad och rättigheterna förklarades som funktioner i samhälleliga relationer. Den senaste utvecklingen präglades, enligt Ross, av uppgiften att "prøve at tyde rettighedsbegrebet retsfunktionelt, dvs. som instrument til beskrivelse af ret og retsforhold".[176] Ross själv tillhörde, precis som Olivecrona, dem som strävade efter att inkludera de två tidigare utvecklingslinjerna i sina senare mer språkfilosofiskt influerade analyser.

För Olivecrona innebar detta bl.a. att han skilde mellan rättighetsidéns funktioner i samfärdseln i förhållande till dess funktion i rättsskipning och i lagstiftning. När Olivecrona gör gällande att rättigheten skapar en känsla av styrka, förhåller han sig till funktionen i samfärdseln. Motsvarande är fallet när han beskriver rättighetsidéns handlingsdirigerande och upplysande funktioner. Vad gäller funktionerna inom rättsskipningen är Olivecronas utgångspunkt att rättigheten såsom en term överhuvudtaget inte används för att uttrycka en föreställning om någonting. Det är istället föreställning om rättigheten som har "en imperativisk, handlingsdirigerande funktion" då det med idén om rättigheten följer ett antal följdföreställningar."[177] "Allmänhetens äganderättsidéer får

---

[175] Se Ekelöf, Per Olof: Juridisk Slutledning och Terminologi (1945). Strahl, Ivar: Till frågan om rättighetsbegreppet s.s. 204–210 (1946). Ekelöf, Per Olof: Till frågan om rättighetsbegreppet s.s. 309–313 (1946). Strahl, Ivar: Till frågan om rättighetsbegreppet s.s. 481–514 (1947). Ekelöf, Per Olof: Om begagnandet av termen rättighet inom juridiken s.s. 151–177 (1950). Ross, Alf: Tü-Tü s.s.468–484 (1951). Ekelöf, Per Olof: Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening? s.s. 546–559 (1952). Ross, Alf: Status i rettighedsdiskussionen s.s. 529–540 (1953).

[176] Ross, Alf. Status i rettighedsdiskussionen s. 532 (1953).

sin praktiska betydelse genom de känslor och handlingsidéer som förbindas med idén att en viss person är ägare till en viss sak. På motsvarande sätt får reglerna om äganderättens uppkomst sin betydelse för domstolarna genom de idéer som finnas om vad en domstol i det konkreta fallet skall göra i anledning av att en person befinnes ha ett laga fång till ett objekt."[178]

Ross konkluderar också att det gemensamma i den rättsrealistiska diskussionen är det rättsfunktionella förhållningssättet.[179] Utgångspunkten för Ross är precis som för Hägerström, Lundstedt och Olivecrona att rättigheter är "magisk-metafysiske forestillinger" som måste förstås utifrån förhärskande ideologier.[180] Ross skiljer också han mellan olika funktionella förhållningssätt. Hans analys om tryggad position och om de självhävdade intressena tar sin utgångspunkt i vad jag betecknar det ekonomiska handlingssystemet. Vad gäller funktionen inom det rättsliga handlingssystemet beskriver han rättigheten som ett begrepp som saknar semantisk referens. "Det sagforhold, en sætning refererer til, kaldes dens semantiske referens og kan mere præcist defineres som det sagforhold, de forholder sig således til den i sætningen udtrykte påstand, at dersom sagforholdets antages at foreligge, antages påstanden også at være sand."[181] Ross menar i likhet med Olivecrona att även om exempelvis egendomsrätten saknar semantisk referens, och ingenting betecknar, fungerar det ändock som ett meningsfullt framställningstekniskt hjälpmedel.[182] Diskussionen med framförallt Ekelöf fokuserade kring frågan om man kan hävda att rättighetsbegreppet har semantiska referenser eller ej. Ekelöf delade Ross rättsrealistiska utgångspunkter, men menade dock att begreppet har semantiska referenser i den rättsliga argumentationen.[183] Han menade att man utifrån en semantisk analys kunde komma fram till att begreppet användes för att beteckna ett rättsfaktum såväl som rättsföljder.[184] Ross å sin sida menade att rättighetsbegreppet saknade innebörd också i denna semantiska kontext och skulle kunna undvaras i den rättsliga argumentationen.[185]

---

[177] Olivecrona, Karl. Rätt och dom s. 125 (andra uppl. 1966).
[178] A.a s. 121.
[179] Ross, Alf: Status i Rettighedsdiskussionen s. 530 (1953).
[180] A.a s. 536 och s. 540.
[181] Ross, Alf: Tü-Tü s. 469 (1951).
[182] A.a s. 478.
[183] Ekelöf, Per Olof: Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening? (1952).
[184] Se Ekelöf, Per Olof: Juridisk Slutledning och Terminologi (1945). Ekelöf, Per Olof: Om begagnandet av termen rättighet inom juridiken s.s. 151–177 (1950).

Det väsentliga resultatet av diskussionen på denna tredje nivå är enligt min mening att man utvecklade ett teoretiskt förhållningssätt till funktionen av föreställningar om rättigheter i det rättsliga handlingssystemet. Utifrån dagens språkfilosofiska teoribildning framstår möjligen frågan om huruvida rättigheten har en semantisk referens som något missriktad.[186] Jag menar dock att själva strävan efter att förstå hur rättighetsidén såsom föreställningar användes inom det rättsliga handlingssystemet utgör ett viktigt steg i den teoretiska utvecklingen. Samtidigt menar jag att man i denna diskussion inte tog konsekvenserna av de insikter man tidigare vunnit. Detta kan förklaras med att man i den senare rättighetsdiskussionen uteslutande fokuserade på den administrativa kunskapsprocessen. Det var frågan om att analysera hur rättighetsidén kom till uttryck i den rättsliga argumentationen, inte hur föreställningar relaterade till rättighetsidén påverkade den ideologiska selektionsprocessen. Framförallt Lundstedts teorier om hur samhällsmaskineriet skapar förmånliga positioner för dem som vi tillerkänner ställning som rättighetshavare hade kunnat bana väg för en utveckling i denna riktning. Både Ross teorier om de självhävdade intressena och Olivecronas teorier om hur ägandet skapar en känsla av styrka genom de följdidéer som skapas är dessutom viktiga bidrag för en sådan utveckling.[187] Jag menar följaktligen att man skulle ha tagit fasta på de mer procedurellt orienterade tankegångar, vilka bl.a. antyds i Lundstedts tankar om samhällsmaskineriet, där man ifrågasätter hur funktionen av rättighetsidén inom det ekonomiska handlingssystemet påverkar funktionen inom det rättsliga handlingssystemet. Något paradoxalt i sammanhanget är att Ross trots sitt eget betydelsefulla bidrag var direkt delaktig i motverkandet av en utveckling i denna riktning.[188] I sin analys av rättighetsdebattens status i början av 1950-talet konstaterade han att Lundstedts analys av hur rättsmaskineriets funktioner skapade olika rättighetssituationer och omvänt hur föreställningen om dessa rättighetssituationer utlöste rättsavgöranden, exekutiva ingripanden etc. i och för sig var korrekt. "Men samtidigt er det klart, at denne begrebsdannelse er af sociologisk, ikke juridisk natur, og følgelig ikke det begrep der er impliceret i retsvidenskabelige udsagn eller praktisk- juridisk argumentation. Den økonomiske fordel, den reelle handlemulighed

---

[185] Ross, Alf: Status i Rettighedsdiskussionen s. 539 (1953).

[186] Jfr Wennström, Bo: The lawyer and language s.s. 60–123 (1996).

[187] Ross, Alf: Om ret og retfærdighet s. 214 (3 uppl. 1971). Olivecrona, Karl. Rätt och dom s.129.

[188] Strahl, Ivar: Till frågan om rättighetsbegreppet s. 206 (1946). Se även Ekelöf: Juridisk slutledning och terminologi s. 211 (1945).

eller »beskyddede position» disse forfattere taler om, er øjensynlig den praktiske konsekvens af en vis retssituation, ikke denne retssituation selv. Men som juridisk begreb må rettighetsbegrebet analyseres som et instrument til beskrivelse af et retsindhold, en retssituation, ikke dennes realøkonomiske konsekvenser".[189]

Återigen står det klart att det grundläggande problemet för den rättsrealistiska traditionen är metodologiskt. Den är i allt för stor utsträckning bunden till det traditionella rättskälletänkandet. Ross avsikt att begränsa prognostänkandet endast till rättskällor leder honom också in på tanken att se rättigheten som ett tydningsschema för hur domstolen kommer att bete sig.[190] Realisterna präglas av sitt ambivalenta förhållande till ett metodologiskt nytänkande inom rättsvetenskapen. T.o.m. hos Olivecrona, som annars är den som i störst utsträckning förhållit sig till traditionell juridisk metod, kan vi finna denna ambivalens. "När man skall undersöka rättighetstermens och rättighetsidéns funktion, måste man givetvis gå empiriskt till väga. Man får alltså försöka observera, hur termen och därtill knutna idéer faktiskt användas i olika sammanhang och vilka faktiska följder användningen har."[191]

I dag, när vi insett betydelsen av kommunikationen mellan olika aktörer, öppnas möjligheten att utifrån ett mer öppet vetenskapligt perspektiv utveckla de realistiska rättighetsteorierna. Rättsvetenskapligt menar jag att vi bör analysera hur rättigheten såsom föreställningar kommuniceras och verkar i olika kontrollstrukturer. Vi måste acceptera hur rättigheten och t.o.m. hur rättighetskonstruktionen uppfattas inom den juridiska diskursen. Möjligen är det därför paradoxalt att just Ross i polemik med Lundstedt uppmärksammar den normativa faran med att rättsfilosofiska analyser av rättighetskonstruktionen i sig kommer att negativt hämma utvecklingen inom rättsvetenskapen; "det er jo meget muligt, ja utvivlsomt det sandsynligste, at en daarlig Retsfilosofi paa en eller anden Maade ogsaa fordærver Retsvidenskaben".[192]

5.3.2.3 Rättsrealistisk kritik av Ross normativa underkännande av objektsteorin

Ett rättsrealistiskt förhållningssätt till patentinstitutet innebär att vi som ett första steg kan konstatera att patentet är metafysiskt, men att det som

---

[189] Ross, Alf. Status i rettighedsdiskussionen s. 532 (1953).
[190] Ross, Alf: Om ret og retfærdighet s.s. 210–211 (3 uppl. 1971).
[191] Olivecrona, Karl. Rätt och dom s. 103 (2 uppl. 1966).
[192] Ross, Alf: Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 233 (1934).

föreställningar kan besitta funktioner inom både det ekonomiska och rättsliga handlingssystemet. Med utgångspunkt i Hägerströms teorier kan vi betrakta patentet som en idé om makt som står över det verkliga livet.[193] "Den tänkta övernaturliga makten, resp. bundenheten är en logisk absurditet. Den skall hänföra sig på en över den naturliga världen höjd verklighet. Men ändock skall varje »rättighet», resp. »plikt» ha till objekt en till den naturliga världen hörande fördel, resp. ett därtill hörande handlingssätt."[194] Som ett andra steg kan vi i enlighet med Lundstedts teorier se hur innehavet av patent skapar en förmånlig position, relaterad till rättsmaskineriets integration med konkurrensrelationer i det ekonomiska handlingssystem. Olivecronas teorier påvisar att ett patentinnehav skapar en känsla av styrka i olika konkurrensrelationer och att ju närmare en konfliktsituation vi befinner oss desto viktigare kommer denna känsla av styrka att vara. Patentet har också en rad handlingsdirigerande och upplysande funktioner beroende på vilka specifika följdidéer vi förhåller oss till.

Ett särskilt problem är att även uppfinningsbegreppet, i den utsträckning det används som beteckning på immateriella företeelser, är metafysiskt. Liksom "rättigheten" består den immateriella "uppfinningen" endast av föreställningar som kan ha funktioner såväl inom det ekonomiska som det rättsliga handlingssystemet. Ross är den ende av de "stora" realisterna som på ett djupare plan intresserat sig för det immaterialrättsliga området. Ross förklarar också att det upphovsrättsliga verket endast existerar i fantasin.[195] Med utgångspunkt i framförallt detta ställningstagande har Ross kommit fram till att immaterialrättigheter inte kan inordnas som egendomsrättigheter.[196] "De særlige regler om varemærker, firmanavn og andre kendetegn og om ophavsrettigheder kan betragte som særlige forgreninger af konkurrenceretten. Der ligger heri den realitet, at deres fortolkning i mange henseender må ske i overensstemmelse med almindelige konkurrenceretlige principper. Men disse retsområder særkendes dog fra den øvrige konkurrenceret derved, at der her etebleres en eneret for en person til en vis handlemåde. Man taler derfor om erhvervsenerettigheder eller udelukkende erhvervsrettigheder. De får derved en vis lighed med de tinglige enerådighesrettigheder, og denne omstændig-

[193] Hägerström, Axel: Begreppet viljeförklaring på privaträttens område s.s. 128–129 (1961, originalet från 1935).
[194] A.a. s. 53.
[195] Ross, Alf: Ophavsrettens grundbegreber s. 350 (1945).
[196] Ross, Alf: Om ret og retfærdighet s. 244 (3 uppl. 1971).

hed har forledt til at konstruere dem som en ejendomsret, hvis genstand ikke er en legemlig ting, men et immaterielt objekt, åndsproduktet som ide. Bortset fra, at der ikke kan tillægges en sådan konstruktion – så lidt som nogen anden konstruktion – retspolitisk vægt ved fortolkning eller lovgivning, er den mere vildledende end vejledende. Dette beror på, at mendens det er klart, hvad det vil sige at have fuld rådighedsret over en ting, er det derimot alt andet end klart, hvad det tilsvarende vil sig med hensyn ti et immaterielt åndsprodukt. Man kan faktisk ikke råde over et åndsprodukt som ide på samme måde som man kan råde over et grundstykke eller en bil. En nærmere analyse vil vise, at det man kort kalder at råde over en forfatters eller kunstners immaterielle værk, i virkeligheden betyder at råde over de materielle betingelser for værkets oplevelse."[197] Vi kan utgå ifrån att Ross skulle resonera på motsvarande sätt vad gäller uppfinningar och patent.

Ross teoretiska synsätt inom det immaterialrättsliga området måste enligt min mening karaktäriseras som normativt. Med utgångspunkt i insikten om att verket är metafysiskt tar Ross normativt ställning för att vi inte skall betrakta upphovsrätten som en egendomsrätt, utan endast som en rätt att förbjuda vissa beteenden. För mig är detta inte ett realistiskt genomtänkt förhållningsätt. Jag menar följaktligen att han inte resonerar i enlighet med sina egna läror. Den rättsrealistiska diskussionen lär oss att i den utsträckning man i det rättsliga handlingssystemet förhåller sig till föreställningar om verket, uppfinningen, varumärket etc. som ett objekt, förvisso metafysiskt, måste vi också acceptera att det har funktioner. I prognostänkandet har vi att bilda oss uppfattningar om hur man kommer att bete sig i domstolar. Patentet, precis som uppfinningsbegreppet, bör i enlighet med Ross egna teorier betraktas som tydningsscheman. Ross intar inte detta synsätt utan är istället normativt delaktig i den rättsliga diskursen och är på så vis direkt bidragande till den förvirring som i dag råder. Det finns t.o.m. grund för att hävda att Ross själv menar att denna form av ställningstaganden inte omfattas av rättsvetenskapens vetenskapliga uppgift.

En tänkbar förklaring till Ross teoretiska ställningstagande är att han fångats av ett mer traditionellt synsätt på egendomsrättigheter där man förhåller sig till dess subjekt, föremål och innehåll. I ett sådant snävt förhållningssätt är verket inte ett reellt objekt.[198] Det är å andra sidan inte

[197] A.a s.263. Se även Ross, Alf: Ophavsrettens grundbegreber s. 337 (1945).
[198] A.a. s. 264.

heller bolag, aktier eller pengar i sig själv. Olivecrona upptäcker denna motsägelsefullhet i Ross teorier när denne i vissa sammanhang övergår att diskutera subjekt, innehåll, föremål och skydd.[199] "Framställningen kunde höra in i vilken handbok som helst. Jag kan icke se annat än att Ross efter vissa utflykter på filosofisk mark återvänt till juridikens vanliga sätt att använda rättighetsbegreppet. I själva verket syftar väl hans framställning ytterst till att vara ett försvar för detta."[200]

Även om jag instämmer i Olivecronas kritik är det samtidigt väsentligt att lyfta fram Ross omfattande realistiska insikter, vilka också kan ses som en förklaring till hans resonemang på det immaterialrättsliga området. Ross kom till insikt om hur rättighetsbegreppet används som förtäckt medel för aktörer att hävda egna intressen. "I Virkeligheden er, saa vidt jeg kan se, dette «principielle» Inhold kun et ensidigt og yderst omfattende Udtryk for Interesser."[201] Denna insikt för in honom på ett resonemang där han uppfattar den egendomsrättsliga konstruktionen inom immaterialrätten som uttryck för "dårlig teori og uærlig politik."[202] I denna sin realistiska analys har Ross nått längre än Olivecrona och uppvisar stor insikt om vad jag betecknar den ideologiska kunskapsprocessen. Detta hindrar dock inte att vi måste förhålla oss kritiska till Ross när han låter den ideologikritiska analysen övergå i en normativ analys av hur vi skall förstå immaterialrättigheternas innebörd.

Den primära rättsrealistiska uppgiften är istället att förklara och kritisera hur patentinstitutet används, dvs. hur olika föreställningar i den ideologiska kunskapsprocessen påverkar den administrativa process där vi uttrycker våra idéer om patentinstitutet. Vi måste acceptera att uppfinningen behandlas som ett rättsligt definierbart objekt som bl.a. överlåts och på annat sätt disponeras över. Detta gäller också patentet. En realistisk uppgift är följaktligen att förklara och kritisera det flerbottnade förhållningssätt som i dag föreligger. Jag inser problemet med att den egna analysen alltid är normativ i något avseende. Därför är det också så väsentligt att göra klart för sig vad man ägnar sig åt. Betraktar vi rätten som uttryck för förekommande föreställningar och beteenden måste vi också eftersträva att förhålla oss till en analys av dessa.

---

[199] Jfr a.a s. 220.
[200] Olivecrona, Karl: Rätt och dom s. 142 (andra uppl. 1966).
[201] Ross, Alf: Ophavsrettens grundbegreber s. 331 (1945).
[202] Ross, Alf: Om ret og retfærdighet s. 264 (3 uppl. 1971).

5.3.2.4 Uppfinnings- och patentidéer som kommunikativa processer

Ett fördjupat rättsrealistiskt förhållningssätt innebär att vi som utgångspunkt bör betrakta både immateriella uppfinningar och patent som individuella föreställningar. Genom den ideologiska kunskapsprocessen hämtar kontrollstrukturerna sina föreställningar om vad som utgör uppfinningar och patent från olika idésystem, det ekonomiska såväl som det rättsliga. Eftersom dessa kunskapsprocesser är kommunikativa behöver vi inte endast betrakta uppfinningar och patent som individuella psykologiska föreställningar, utan samtidigt kan se dem som föränderliga kollektiva föreställningar. Strukturellt sett innebär detta att vi kan analysera patentidén som föreställningar förknippade med olika kontrollstrukturer på olika vertikala nivåer, vilka förändras i kommunikationen mellan de olika kontrollstrukturerna. Vi skall dock vara medvetna om att oavsett på vilken vertikal nivå vi befinner oss kommer det alltid vara frågan om att ge en förenklad bild av en realitet som aldrig låter sig uttömmande beskrivas. Uppfinnings- och patentidén är följaktligen inte endast kontinuerligt föränderliga, utan skiljer dessutom sig beroende på vilka kontrollstrukturer vi analyserar.

I enlighet med Ross menar jag att föreställningarna hos de dömande kontrollstrukturerna är särskilt väsentliga eftersom denna har företräde vid en konfliktsituation. Kommunikativt har visserligen de lagstiftande kontrollstrukturernas föreställningar dessutom särskilt normerande verkan i förhållande till andra kontrollstrukturer inom det rättsliga såväl som ekonomiska handlingssystemet. Jag menar således att det inte är felaktigt att som Ross härleda rättens giltighet till domstolarnas beteenden. Inte heller är det felaktigt att som Olivecrona tillmäta de föreställningar som lagstiftande kontrollstrukturer ger uttryck för särskild betydelse som en bild av vad som är en uppfinning respektive patent. Jag menar att vi t.o.m. kan hävda att det rättsliga handlingssystemet producerar föreställningar om vad som utgör uppfinningar och patent. Det är dock avgörande att vi har klart för oss att uppfinnings- och patentidéerna kommuniceras i en interagerande omvandlingsprocess som baseras på individuella föreställningar.

Vidare menar jag att vi vid analysen av uppfinningsidén som kommunikativ process också, liksom Koktvedgaard, skall lyfta fram betydelsen av "de fysiske realiteter der udgør patentrettens emneverden".[203] Koktvedgaard förklarar i Ross anda att uppfinningar är reella tekniska fe-

[203] Koktveedgaard, Mogens: Imaterialretspositioner s. 145 (1965).

nomen som man abstraherar i patentansökan etc. Även om jag delar Koktvedgaards uppfattning och realistiska utgångspunkt, menar jag att vi kan förklara än mer om vi inte endast betraktar ritningar som beskrivningar av en praktisk realitet utan samtidigt ser ritningen som ett sätt att kommunicera uppfinningsidéer mellan olika kontrollstrukturer. Godenhielm har visst fog för sin uppfattning när han påpekar att Koktvedgaard bortser från att uppfinningar i princip aldrig behöver materialiseras eller på annat sätt resultera i en teknisk realitet.[204] Selektionen av de föreställningar som sammantaget skapar uppfinningsidén sker genom den ideologiska kunskapsprocessen där kontrollstrukturen låter sig påverkas av resultatet av den administrativa processen hos andra kontrollstrukturer. Resultatet kan vara en uttryckt föreställning i en ritning etc, men också ett reellt beteenden – ett experiment, förevisning etc. Jag menar följaktligen att vi skall betrakta uppfinningar såsom idéer/föreställningar som kommuniceras via uttryckta föreställningar och beteenden.

Nordell har skisserat på en förklaringsmodell avseende verksidén inom upphovsrättslig teori. Denna bör, enligt min mening, betecknas som kommunikativ. Nordell förefaller nämligen betrakta verket som individuella föreställningar som kommuniceras, samtidigt som han lägger vikt vid konkreta utföranden som grunden för egna upplevelser/föreställningar av verket.[205] Analysen blir särskilt intressant när han förklarar att kontraktuella dispositioner av upphovsrättsliga verk förutsätter ett i vart fall delvis gemensamt synsätt på vad som utgör verk i en konkret situation. "Om konstnären tror att hans verk är skyddat, så vill han kanske upplåta rätten till det. Men det är förgäves, om den som betraktar verket inte kan uppfatta det som den står inför som ett verk, utan tror att utnyttjandet av alstret är fritt."[206] Han förklarar sedan vidare att även domstolens förhållningssätt till verket är en subjektiv föreställning, men att den kommer ges en objektiv verkan.[207] Även om jag menar att det är missvisande att tala om en objektiv verkan påvisar ändå Nordells analys att verksbegreppet måste förstås i en kommunikativ kontext där domstolens subjektiva föreställningar har en normerande verkan som är särskilt påtaglig i konfliktsituationen.

Jag hävdar alltså att vår analys måste ta sin utgångspunkt i kommuni-

---

[204] Godenhielm, Berndt: Patentskyddets omfattning i europeisk och nordisk rätt s. 109 (1994).
[205] Nordell, Per Jonas: Rätten till det visuella s. 196 (1997).
[206] A.a. s. 197.
[207] A.a.

kationen mellan det ekonomiska och rättsliga handlingssystemet. En väsentlig skillnad i förhållande till verks- och upphovsrättsidéerna är den uppfinningsdefinierande diskurs som sker i samband med förprövningen av patenterbarhet i ansökningsförfarandet. "Den abstraherende beskrivelsesteknik er af afgørende betydning for patentretten, idet man her af praktiske, registreringsmæssige grunde netop må arbejde med abstrakte beskrivelser – patentdokumenter – der fremtræder som løsrevne fra de fysiske fænomener, der udgør patentrettens emneverden. Herved fremkommer der en ikke ubetydelig forskel mellem ophavs- og patentretten."[208] Den normativa avsikten är otvivelaktligen att de beviljade patentkraven skall definiera vad som utgör uppfinningen.[209] Realistiskt sett är uppfinningsidéns uttryck avsevärt mer komplexa. För att vi skall förstå uppfinningsidéns omvandling genom inverkan av den ideologiska kunskapsprocessen, måste vi dock börja i de öppet normativa ställningstagandena i de administrativa kunskapsprocesserna.

Det administrativa förprövningssystemet, med dess invändningsförfarande, är för mig ett tydligt exempel på hur rätten öppet påverkas kommunikativt på ytnivån under stort inflytande från det ekonomiska handlingssystemet. Ansökningshandlingen och framförallt de däri ingående patentkraven fungerar i princip som äskanden från sökanden om vilken teknik man menar vara patenterbar och skall omfattas av skydd. De självhävdade intressena framställs öppet på ytnivå i samband med ansökningens utförande. Den påföljande behandlingen av ansökan under förprövnings- och invändningsförfarandet innebär sedan en koncentrerad diskurs mellan kontrollstrukturer i det ekonomiska handlingssystemet och patentverket i det rättsliga handlingssystemet. Patentombudskåren besitter onekligen en central roll i det kommunikativa utbytet då de regelmässigt har till uppgift inte bara att formulera anspråken i patentkrav och patentbeskrivning etc., att bemöta granskarens synpunkter och eventuella invändningar, utan också att uttolka vad det beviljade patentet innebär.

Redan en analys av patentansökningsförfarandet på ytnivån visar alltså att föreställningar och beteenden inom det ekonomiska handlingssystemet påverkar och omvandlar uppfinningsidén. Tydligast är detta vad gäller det normativa förhållningssättet till patentkraven. Ett vanligt synsätt är att patentkravet i ansökningshandlingen är ett uttryck för patentsökandens vilja, men när patent beviljats är det istället ett uttryck för patent-

[208] Koktvedgaard, Mogens: Immaterialretspositioner s. 144 (1965).
[209] Godenhielm, Berndt: Patentskyddets omfattning i europeisk och nordisk rätt s. 127 (1994).

myndighetens vilja och bestämmer vad patentmyndigheten anser utgör uppfinningen.[210] Sökandens självhävdelse i patentansökningsförfarandet är inte enbart uppenbar utan också avsedd. Det är följaktligen inte heller uppseendeväckande att påstå att det patenterbara området förändras i takt med den tekniska utvecklingen.[211] Ett realistiskt förhållningssätt lär oss dock att vi inte kan hålla isär det patenterbara området från de rättsliga kriterierna på vad som utgör en uppfinning. Redan utifrån en analys på ytnivå kan vi följaktligen anta att patentregleringens utformning och dess tolkning i vartfall delvis är resultatet av självhävdelsen i det ekonomiska handlingssystemet.

Med utgångspunkt i den lagtekniska uppdelningen av uppfinningsbegreppet i den svenska patentlagen kan vi fråga oss hur å ena sidan idéerna om vad som utgör uppfinningar i vidsträckt bemärkelse enligt 1 § patentlagen har förändrats och å andra sidan hur idéerna om vad som utgör en patenterbar uppfinning enligt 2 § patentlagen har förändrats. För mig är det den kommunikativa omvandlingen av det vidsträckta uppfinningsbegreppet som är mest uppenbar. Jag menar att i princip oavsett vilket nyare tekniskt område vi än väljer att analysera – det medicinska, biotekniska, informationsteknologiska – ställs vi inför en kommunikativ process där föreställningen om framförallt kravet på teknisk karaktär, men även kraven på effekt och reproducerbarhet, efterhand har givits en ny innebörd. Mest intressant just nu är kanske hur datorprogramsrelaterade uppfinningar påverkar det juridiska synsättet på vad som kan utgöra en uppfinning och på så vis förändrar uppfattningarna om vad som har teknisk karaktär.[212]

Också idéerna om vad som utmärker den patenterbara uppfinningen förändras. Särskilt vid den s.k. uppfinningshöjdsbedömningen tar man vid ansökningsfarandet fasta på skiftande indikatorer som att uppfinningen innebär ett tekniskt framsteg, har omsatts med kommersiell framgång, bryter ned fördomar, har överraskningseffekter etc.[213] Koktvedgaard konstaterar i sin kommentar till den danska patentlagen att huruvida kravet på uppfinningshöjd är uppfyllt "beror på en konkret, sagkyndig vurdering, og det er næppe muligt att opstile skarpe kriterier."[214] Koktved-

---

[210] A.a. s. 150. Se också Godenhielm, Berndt: Patentskyddets omfång på basen av patentanspråkets funktionella innehåll s. 129 (1950).

[211] Dam, Kenneth W: The Economic Underpinnings of Patent Law s. 5 (1995).

[212] Exempelvis Lars Holmqvist förklarar i sin lärobok från 1976 att datorprogram knappast hör hemma inom patenträtten. Holmqvist, Lars: Patenträtt s. 39 (1976).

[213] Westlander, Olle & Törnroth, Lennarth: Patent – Allmänna domstolars praxis åren 1983–1991 s.s. 289–295 (1995).

[214] Koktvedgaard, Mogens & Østerbog, Lise: Patentloven s. 95 (2 uppl. 1979).

gaards ställningstagande, som förvisso också har en normativ sida, visar i realistisk anda att patentverkens förändrade kriterier i stor utsträckning verkar som fasadlegitimation i förhållande till den värderande verksamhet som egentligen sker. Jag menar också att det är rimligt att anta att det självhävdande trycket från industrin är så omfattande i denna värderande process att man hos patentverken är villiga att stegvis frångå utryckliga bestämmelser, eller i vart fall tänja dess tolkning. Detta är uppenbart vad gäller den i 1 § patentlagen införda bestämmelsen om att vad som enbart utgör ett datorprogram aldrig kan vara uppfinningar.[215] Ett liknande exempel är stadgandet att såsom uppfinning anses inte sådant förfarande för kirurgisk eller terapeutisk behandling eller för diagnostisering som skall utövas på människor eller djur.[216]

Ett kommunikativt förhållningssätt där vi endast förhåller oss till dynamiken mellan den självhävdade processen i det ekonomiska respektive det rättsliga handlingssystemet är självfallet alltför förenklad. Diskursen inom det rättsliga handlingssystemet har självfallet stor inverkan på föränderligheten av uppfinningsidéerna. Särskilt viktig är också den vertikala lojaliteten, vilken i viss utsträckning kan förklara den fasadlegitimering som sker. Granskaren är angelägen att tillämpa de föreställningar man inom patentmyndigheten har utvecklat inom ett visst tekniskt område. På en annan vertikal nivå kan vi se hur den svenska patentmyndigheten är angelägen om att man skall ha gemensamma bedömningsgrunder med det europeiska patentverket etc.[217]

Horisontellt sett är kommunikationen mellan de administrativa och judiciella kontrollstrukturerna särskilt intressant för att belysa uppfinningsidéernas olika uttrycksformer och föränderlighet. I ett konkret intrångsmål är föreställningar som kommer till uttryck under förprövningen av central vikt när man tar ställning till skyddsomfånget.[218] I andra riktningen, om än på ett mer principiellt plan, kommer domstolarnas förhållningssätt till ogiltighetsregeln att verka normerande på patentverkens bedömningar. På ytnivån kan vi hävda att diskursen i båda riktningarna fokuserar på patentkraven och tolkningen av dessa. Koktvedgaard förklarar att det inte är möjligt att med patentkravsläran uppfylla ambi-

---

[215] Jfr Godenhielm, Berndt: Patentskyddets omfattning i europeisk och nordisk rätt s. 47 (1994).

[216] Se bl.a. diskusionen om röntgenfotografering. Proposition 1977/78: Ändringar i patentlagen m. m. 1 Del A s. 176.

[217] Se exempelvis Prop. 1977/78:1 Ändringar i patentlagen m.m. Del A. s. 216.

[218] Westlander, Olle & Törnroth, Lennarth: Patent – Allmänna domstolars praxis åren 1983–1991 s. 282 (1995).

tionen att ge domaren färdigformulerade regler om när det skall anses föreligga patentintrång.[219] Han menar att domaren, när denne tar ställning till om intrång föreligger, kommer att ta hänsyn till den konkurrensrelation där utnyttjandet av tekniken sker. I enlighet härmed menar jag att vi inom ramen för en intrångsprocess kan urskilja en rad kommunikativa transaktioner baserade på administrativa utspel från olika kontrollstrukturer. Bedömningar som gjorts inom ramen för förprövningssystemet kommer att verka normerande på domaren, men det kommer också självhävdelsen från de inblandade ekonomiska kontrollstrukturerna. Godenhielm, som i och för sig inte präglas av samma realistiska patos som Koktvedgaard, låter sig ändock influeras av den kommunikativa spänning som föreligger i förhållande till de ekonomiska kontrollstrukturerna. "Industrins intresse synes kräva att en uppfinning, varpå beviljats patent och som gjorts till föremål för industriellt utövande, bör tillerkännas största möjliga rättskydd. Den omständigheten att ett faktiskt industriellt utövande föreligger, utvisar i regel att uppfinningen besitter en "real merit".[220]

Sett i detta kommunikativa perspektiv är det givetvis inte möjligt att urskilja uppfinningen som ett avgränsat objekt. Samtidigt är det väsentligt att vi tar till oss att aktörerna såväl i förprövningen som i den judiciella konflikthanteringen faktiskt förhåller sig till uppfinningsidén som ett objekt. Förståelsen för uppfinningsidéerna måste ses i dynamiken mellan de administrativa och ideologiska kunskapsprocesserna. Hur man i det administrativa kunskapsprocessen normativt framställer uppfinningen verkar normerande i vart fall viss utsträckning på den ideologiska selektionsprocessen vid exempelvis en intrångsbedömning. Uppfinningsidéerna verkar genom den kommunikativa processen också normerande på hur man förhåller sig till patentidén. Olika uppfinningsidéer skapar m.a.o. olika följdidéer. Möjligen kan vi argumentera för att ett förhållningsätt till uppfinningen som ett immateriellt objekt ökar förutsättningarna till att betrakta patentet som ett oinskränkt idéskydd, medan ett förhållningssätt till uppfinningen som endast en materialiserbar teknisk företeelse tenderar att begränsa patentidén till en föreställning om ett användningsskydd för en viss produkt.[221] Patentlagen ger ingen ledning om

---

[219] Koktvedgaard, Mogens: Immaterialretspositioner s. 153 (1965).

[220] Godenhielm, Berndt: Patentskyddets omfattning i europeisk och nordisk rätt s. 233 (1994).

[221] Jfr diskussionen om ett icke användningsbundet skydd i Proposition 1977/78: Ändringar i patentlagen m. m. 1 Del A s.s. 179–182.

huruvida patentet är ett oinskränkt idéskydd eller ej. Tvärtom menar jag att vi redan av texten i patentlagen kan spåra osäkerheten i förhållandet mellan uppfinnings- och patentidén. Enligt intrångsbestämmelsen i 3 § beskrivs patentet som en rätt att förhindra vissa utnyttjanden av materiella alster och förfaranden. Denna negativa bestämning av patentet baseras enligt min mening på föreställningen om uppfinningar som reella tekniska företeelser och skapar en bild av patentet som en rätt att tillåta eller förbjuda vissa beteenden.[222] I 1 § patentlagen beskrivs patentet i stället som en ensamrätt att utnyttja en uppfinning, vilket i större utsträckning leder tanken till ett objektsteoretiskt synsätt på den immateriella uppfinning.

I en kommunikativ process verkar resultatet av den administrativa kunskapsprocessen hos andra kontrollstrukturer som domstolar, internationella samarbetsorgan, företag etc. normerande på den lagstiftande kontrollstrukturen. De patentidéer som kommer till uttryck i patentlagen är härvidlag ett administrativt resultat av normerande föreställningar som framställts av andra aktörer inom och utom det rättsliga handlingssystemet. Framåtriktat har i sin tur patentlagens patentidéer självfallet en stark normerande verkan på andra kontrollstrukturers administrativa processer.

Uppfinnings- och patentidéerna, såsom de kommer till uttryck inom det rättsliga handlingssystemet, påverkar alltså föreställningar och beteenden inom det ekonomiska handlingssystemet. För att vi ytterligare skall förstå komplexiteten som omger uppfinnings- och patentidéerna, måste vi även analysera hur de ekonomiska kontrollstrukturerna förhåller sig till uppfinningsidéer i kontraktuella relationer etc. Om det bland företagen utvecklas ett gemensamt förhållningssätt till uppfinningar som objekt eller till patent som ett absolut idéskydd oavsett användningsområde, kommer detta att verka normerande på domstolarna och andra rättsliga kontrollstrukturer. Jag menar exempelvis att ett förhållningssätt till patenterbara uppfinningar som egendom skapar ett normerande tryck på de rättsliga kontrollstrukturerna att i den administrativa processen utveckla sakrättsliga regler etc. avseende omsättnings- och borgenärsskydd etc. Detta normerande tryck blir dock annorlunda om det är patentet som uppfattas som egendomen i de kontraktuella transaktionerna. Vidare; om man istället ser patentet som en möjlighet att ge tillstånd

[222] Jfr Godenhielm, Berndt: Patentskyddets omfattning i europeisk och nordisk rätt s. 31 (1994).

för att tillverka produkter eller använda metoder etc. är de sakrättsliga momenten inte lika uppenbara. Förmodligen uppkommer då inget normerande tryck avseende sakrättsliga ställningstaganden överhuvudtaget.

Återigen är det förklarande att med utgångspunkt i Olivecronas teorier se hur olika uppfinnings- och patentidéer skapar olika följdidéer i en kommunikativ process. Det normerande trycket från det ekonomiska handlingssystemet förutsätter dock att det i vart fall i viss utsträckning föreligger ett gemensamt förhållningssätt och inte som i dag en förvirrande osäkerhet. Möjligen skulle man kunna argumentera för att företagen eftersträvar den kraftkänsla[223] som uppfinnings- och patentidéerna kan generera, samtidigt är kommunikationen från det rättsliga handlingssystemet så förvirrande och mångfacetterad att något gemensamt förhållningssätt inte låter sig utvecklas, varför det normerande trycket på det rättsliga handlingssystemets kontrollstrukturer avseende sakrättsliga ställningstaganden etc. blir förvirrande. En generell reflektion är dock att ju mer vi talar om "intellectual capital" o.dyl. desto mer kommer vi i också inom det rättsliga handlingssystemet nödgas att förhålla oss till immateriella föreställningar som ekonomiska tillgångar. Det är en sak att i förprövningssystemet göra gällande att uppfinningen måste ses mot bakgrund av den materiella uppfinningen och en helt annan sak att göra det i ett teknikmarknadsperspektiv där teknikens framtida potentiella tillämpningar utgör förväntade ekonomiska värden.

Nu är det därför inte heller så uppseendeväckande att vi i en av Privattjänstemannakartellen upprättad broschyr om arbetstagaruppfinningar under rubriken "vem äger uppfinningen" kan läsa följande: "Enligt Lagen äger arbetstagaren alltid rätten till sin uppfinning, men arbetsgivaren får överta den i större eller mindre omfattning beroende på vilken kategori den hör."[224] Betecknande för diskursen om rätten till arbetstagarens uppfinningar är att man generellt sett intar ett mer utpräglat objektsrelaterat synsätt, vilket jag menar hänger samman med att man i större utsträckning är hänvisad till att acceptera förhållningssättet inom näringslivet.[225] Grunden till den förvirring som så tydligt kommer till ut-

---

[223] Olivecrona, Karl. Rätt och dom s. 99 (2 uppl. 1966).

[224] Privatjänstemannakartellen: Arbetstagaruppfinningar – en handledning s. 6 (1984).

[225] I en diskussion om arbetstagares uppfinningar talar Sven Edling om köp av patenterbara uppfinningar såsom immateriella objekt. Edling, Sven: Utredningsuppdraget s. 8 i Rätten till arbetstagares uppfinningar (1959). Exempelvis Ljungman förklarar att grundtanken i 1949 års lagstiftning är att "arbetsgivaren skall tillförsäkras viss dispositionsrätt över arbetstagarens uppfinningar..." Ljungman, Seve: Industriellt Rättsskydd s. 21 (1978).

tryck i broschyren har sitt kommunikativa ursprung i förhållandet mellan stadgandena i lagen om rätten till arbetstagares uppfinningar från 1949 och det mellan SAF, CF, SALF och SIF år 1969 ingångna kollektivavtalet om arbetstagares uppfinningar. I lagens 3 § talas om förvärv av rätt till uppfinning och om förutsättningarna att inträda som arbetstagarens rättsinnehavare avseende uppfinningen, medan man i kollektivavtalets § 3 talar om att uppfinningen tillhör arbetsgivaren och att arbetsgivaren har äganderätten till uppfinningar. Att det råder osäkerhet om vad som är tillgångar/egendom i såväl det ekonomiska som rättsliga handlingssystemet är följaktligen uppenbar. Sett i ett sammanhang där man talar om förfoganden kan man stöta på allt från aktörer som disponerar över uppfinningar i vidsträckt teknisk bemärkelse till aktörer som förvärvar och disponerar över äganderätten till ett patent.

Den omständigheten att rätten är en kommunikativ process, eller resultatet av en kommunikativ process om man så önskar, innebär dessutom att man i rättsliga sammanhang blir tvungen att acceptera den otydlighet som föreligger avseende uppfinnings- och patentidéerna i kontraktuella sammanhang. Ett intressant exempel, där osäkerheten återspeglas, är det konkurrensrättsliga gruppundantaget för avtal om tekniköverföring. Gruppundantaget förhåller sig i olika avseenden till förfoganden av patent, uppfinningar, licensierad teknik och licensierad produkt.[226] Någon medvetenhet om distinktionerna mellan de olika egendomstyperna kan dock inte uttydas.

Enligt min mening består problemet i stor utsträckning i att vi saknar insikt om rättens kommunikativa karaktär och om de olika kontrollstrukturernas roller i den omvandlande processen. Något paradoxalt i sammanhanget är att just den realistiska traditionen, som på det patenträttsliga området framförallt företräds av Koktvedgaard, är direkt bidragande till den osäkerhet som föreligger.[227] Detta sammanhänger med att Koktvedgaard, än mer än Ross, valt att normativt omsätta sina realistiska insikter, dvs. han hävdar normativt att uppfinningen som immateriellt

---

[226] I artikel 1:1 punkt 1 är det frågan om utnyttjande av licensierad teknik. Artikel 8.2.2 föreskriver att förordningen gäller avtal om utnyttjande av uppfinningar. I artikel 10 punkt 5 talar man om "patent för vilka licens måste meddelas".

[227] Inom det upphovsrättsliga området är den realistiska traditionen mer utbredd tack vare Ross och även Bergströms arbeten. Se bl.a. Bergström, Svante: Uteslutande rätt att förfoga över verket (1954). Det senaste bidraget i denna upphovsrättsliga tradition är Nordell, Per Jonas: Rätten till det visuella s.196. Den kritik som här framförs mot Koktvedgaard kan även riktas mot Nordells funktionella syn på verksbegreppet. Nordell, Per Jonas: Rätten till det visuella s. 401 (1997).

objekt inte existerar, att patentkraven inte skall definiera uppfinningen, att patentintrång skall bestämmas i en konkurrensrelationell kontext osv.[228] Det paradoxala består i att den realistiska vetenskapsambitionen att minska rättens verkan som fasadlegitimation inom de rättsliga kontrollstrukturerna och att medvetandegöra de värderande inslagen, om inte omintetgörs så i vart fall tenderar att motverkas av normativa ställningstaganden om vad som är gällande rätt. När man kombinerar de två uppgifterna att kritiskt analysera uppfinnings- och patentidéer som beteenden och föreställningar med att normativt utveckla en egen patentidé kommer förutsättningarna till framgång med den första uppgiften, som jag menar vara den viktigaste, att motverkas. Rättsvetenskapens primära uppgift i detta sammanhang är att beskriva uppfinnings- och patentidéerna i de kommunikativa processerna och hur de administrativa och ideologiska kunskapsprocesserna samspelar. Även denna form av analys kommer att verka normerande på andra kontrollstrukturer då den kan utgöra ett kunskapsunderlag för ökad medvetenhet om det egna beteendet i den kommunikativa processen. Därigenom kan de bidra till att avståndet mellan den ideologiska selektionsprocessen och den administrativa justifieringsprocessen minskar.

5.3.2.5 Uppfinningsidén och patentkravsläran i dynamiken mellan den administrativa och ideologiska kunskapsprocessen

För att gå vidare i förståelsen av uppfinnings- och patentidéerna och den process som förändrar dem måste vi närma oss den komplexitet som utmärker förhållandet mellan den ideologiska och administrativa kunskapsprocessen. Denna komplexitet tvingar oss att tala i termer av en gömd ordning. Den ideologiska kunskapsprocessen är bunden till kontrollstrukturens förmåga att tillgängliggöra och tillgodogöra sig olika föreställningar, varför den är förvanskande i sig själv. Metodologiskt ligger det därför också närmast till hands att fokusera på den administrativa kunskapsprocessen och resultatet av denna. Det är i den administrativa processen som uppfinnings- och patentidéerna preciseras. I enlighet med Ross kan vi konstatera att rättskällor är viktiga underlag för förståelse av beteenden och föreställningar hos det rättsliga handlingssystemets kontrollstrukturer. Lagar, förarbeten, domstolsutslag och myndighetsavgöranden kan ses som administrativa ställningstaganden i en horisontell diskurs. Problemet är dock att vi endast i begränsad utsträckning kan bil-

[228] Se nedan i 5.3.2.5

da oss en uppfattning om den ideologiska kunskapsprocessen. Visserligen är det så att ju mer realistiskt influerad den rättsliga kontrollstrukturen är desto mer framträder den ideologiska selektionsprocessen också i justifikationen. Detta till trots är det oundvikligt att vi i analysen av den ideologiska processen, i synnerhet på rättskultur- och djupstruktursnivå, inte bara måste ägna oss åt kunskapsinhämtning från annat håll utan t.o.m. åt ett ganska stort mått av spekulation.

När vi nu skall fördjupa oss i uppfinnings- och patentidéerna faller det sig naturligt att ta utgångspunkt i patentkravsläran, eller patentkravslärorna om man så vill. Jag kommer att begränsa analysen till patentkravslärornas funktioner inom de förprövande och dömande kontrollstrukturerna, varför jag i huvudsak kan förhålla mig till den rättsrealistiskt inspirerade diskursen inom nordisk rättsvetenskap. Bidragande i denna diskurs är framförallt Koktvedgaard, men i viss mån även Godenhielm och Bruun. Det råder dock ingen tvekan om att det är Koktvedgaard som svarat för den realistiskt provocerande kritiken. "Patentkravet, dets formulering, forståelse og betydning, synes overhovdet at være det centrale problem i patentteorin, og der foreligger da også en meget betydelig litteraturmængde herom. Man synes dog aldrig at være nået til nogen højere grad af klarhed vedrørende kravets betydning – der foreligger langtfra national enighed endsige international retsenhet – og de mange drøftelser om patentkravets betydning synes idethele at være et skilexempel på hvor forskruet en retsdisciplin kan blive når den gøres til genstand for idéteoriernes tankespind, samtidigt med at den i hovedsagen skal trives som en 'jus speciale'.[229]

Den realistiskt inspirerande diskussionen måste ses i ljuset av och även som en reaktion mot en traditionellt mer formalistisk hållning där patentkravsläran utformats som ett normativt instrument utifrån vilket domare har att ta ställning till patentskyddets omfattning.[230] Utgångspunkten för det formalistiska förhållningssättet i den svenska diskursen är 39 § patentlagen, där det stadgas att patentskyddets omfattning bestäms av patentkraven och att man kan hämta ledning i beskrivningen när man skall tolka kraven. Motsvarande stadgande återfinns i art 69 i den europeiska patentkonventionen. Ursprunget till den svenska bestämmelsen är det samnordiska utredningsarbetet där man slog fast att patentkravet är av avgörande betydelse vid patentets tolkning.[231] Även om man i ut-

[229] Koktvedgaard, Mogens: Imaterialretspositioner s. 149 (1965).
[230] Bruun, Niklas: Teori och praktik i patenträtten – ekvivalensläran i fokus s. 176 (1990).
[231] NU 1963:6 Nordisk patentlovgivning s. 185.

redningen överlämnar till domstolarna att ta ställning till huruvida det bör utvecklas en extensiv eller restriktiv tolkningstradition, menar man att det är av stor betydelse att man håller sig inom ramen för patentkraven.[232] Ställningstagandena i utredningen bekräftas i den svenska propositionen 1966:40, där det konstateras att bestämmelsen "grundas i uppfattningen att det är patentkravens uppgift att skapa klarhet om vad som begäres skyddat genom patentet och att det då inte bör komma i fråga att låta skyddet omfatta något som över huvud taget inte kan återfinnas i dessa krav".[233] Det formalistiska förhållningssättet till patentkraven lyfts sedan fram som det gällande bl.a. i den svenska kommentaren till patentlagstiftningen.[234] Även i kommentaren lämnas utrymme för en utveckling i extensiv riktning. Här lyfter man i enlighet med internationell terminologi fram den s.k. ekvivalensläran.[235] "Ofta kan i det s.k. intrångsföremålet ingå element som uppvisar avvikelser från motsvarande element enligt patentet. Detta behöver dock inte nödvändigtvis medföra att det handlande som det är fråga om faller utanför patentskyddet. Vad domstolen måste avgöra är huruvida överensstämmelse i patenträttslig mening, s.k. ekvivalens, föreligger (den s.k. ekvivalensläran)."[236] Ekvivalensläran representerar en extensiv tolkningstradition där man fortfarande håller fast vid en formalistisk grundsyn. Vid ekvivalenstolkningen tillåter man sig att ta hänsyn till bakomliggande uppfinningsproblem och uppfinningstanke.[237] Även om ekvivalensläran innebär ett mer öppet förhållningsätt kan vi konstatera att den formalistiska traditionen alltjämt präglar den svenska diskursen, i vart fall på ett normativt plan när man beskriver vad domstolarna har att rätta sig efter.[238]

Den avsedda funktionen med det formalistiska synsättet är att patenthavaren, konkurrenter, allianser m.fl., genom att studera patentkra-

---

[232] NU 1963:6 s. 186.

[233] Proposition 1966:40 Förslag till patentlag m.m. s.s. 149–150.

[234] Jacobsson, Tersmeden & Törnroth: Patentlagstiftningen – en kommentar s. 156 (1980).

[235] Berntd Godenhielm har genom sin avhandling om patentskyddets omfång från 1950 haft stort inflytande på den nordiska diskussionen och det torde gälla särskilt den s.k. ekvivalensläran. Se Patentskyddets omfång på basen av patentanspråkets funktionella innehåll s.s. 197–229.

[236] Jacobsson, Tersmeden & Törnroth: Patentlagstiftningen – en kommentar s. 156 (1980).

[237] Jfr Godenhielm, Berndt: Patentskyddets omfång på basen av patentanspråkets funktionella innehåll s.s. 205–207 (1950).

[238] Westlander, Olle & Törnroth, Lennarth: Patent – Allmänna domstolars praxis åren 1983–1991 s. 276 (1995).

ven skall kunna avgöra vad som fritt får utnyttjas och vad patentet skapar för skyddsposition. En avsedd konsekvens är bl.a. att patenthavarens förmåga att uttrycka patentkraven skall vara direkt avgörande för vilka beteenden som kommer att medföra intrång. Försummelser avseende formuleringarna skall följaktligen resultera i ett sämre skyddsomfång.[239] I dynamiken mellan idé- och handlingssystem kan vi hävda att den normativa ambitionen är att patentkraven skall skapa gemensamma föreställningar om vad som utgör den patenterade uppfinningen. Inom det rättsliga handlingssystemet skulle detta innebära att bl.a. domstolen kan slå fast vad som omfattas av patentet och inom det ekonomiska handlingssystemet skulle företagen kunna förutsäga domstolens beteenden och på så vis bedöma vilka beteenden patenthavaren kan ingripa mot. Frågan är emellertid om patentkravsläran besitter dessa funktioner i realiteten. Möjligen är det så att det inte alls är patentkraven som i den ideologiska processen bestämmer domstolens agerande. Innebörden härav är att inte heller de ekonomiska kontrollstrukturerna kan tolka patentkraven för att förutsäga domstolens agerande, utan att dessa prognoser grundas på de faktorer som i realiteten påverkar domstolarna, om det överhuvudtaget finns enhetliga sådana. Bruun frågar sig om inte patentkravstolkning i första hand är ett visst sätt att skriva domsmotiv.[240] Med min terminologi kan vi fråga oss om inte patentkravsläran i första hand har en fasadlegitimerande funktion i den administrativa justifieringsprocessen. Helt klart är att 39 § patentlagen respektive artikel 69 EPC skapar ett normerande tryck på domstolarna att i den administrativa processen låta patentkraven styra justifieringen av besluten.[241]

Koktvedgaard förklarar i sin avhandling att en genomgång av praxis visar att patentkravsläran inte är hållbar eftersom det är omöjligt att formulera patentkraven så att dessa i sig själv skall kunna avgöra vad som utgör ett tillåtet eller otillåtet handlande.[242] Han menar också att domstolen snarare lägger huvudvikten vid att uppfinnarens tekniska insats skall ges ett effektivt rättsskydd, framför en "spidsfindig udlægning af de formelle patentkrav."[243] Koktvedgaards analys kan så här långt tala för

---

[239] Jfr Godenhielm, Berndt: Patentskyddets omfång på basen av patentanspråkets funktionella innehåll s. 138 (1950).
[240] Bruun, Niklas: Teori och praktik i patenträtten – ekvivalensläran i fokus s. 166 (1990).
[241] A.a. s. 173.
[242] Koktvedgaard, Mogens: Immaterialretspositioner s. 155 (1965).
[243] Koktvedgaard, Mogens: Patentloven s. 167 (1971).

att domstolarna också i den administrativa processen tillåter sig att gå längre än vad som följer av 39 § patentlagen och artikel 69 EPC. Betecknande för Koktvedgaards realistiska kritik är dock att han lyfter fram diskrepensen mellan den ideologiska och administrativa processen. Domstolen hänvisar visserligen till patentkraven och ekvivalensläran i motiveringen, men deras bedömningar baseras i huvudsak på teknisk intuition och är skönsmässiga.[244] Koktvedgaard utvecklar kritiken i kommentaren till den danska patentlagen där han förklarar att ekvivalensläran saknar innehåll och anpassas i motiven bereonde på vilket resultat man kommit fram till på andra grunder. "Hvis fænomene reelt opleves som ligeartede, kalde de ækvivalente. Er forsekellen derimod væsentlig, afvises ækvivalens-betragtningen."[245] Utgår vi ifrån att Koktvedgaards kritik är riktig så kan vi hävda att patentkravsläran verkar fasadlegitimerande och hämmar den ideologiska selektionsprocessen genom sitt normerande tryck. Om domstolarna istället försökt att justifiera sina beslut utifrån de föreställningar som de endast intuitivt lagt till grund för sina beslut, hade detta ökat förutsättningarna för kontrollstrukturerna inom det ekonomiska handlingssystemet att förutse, vilka beteenden som är otillåtna osv. Ett annat ställningstagande av betydelse för ett ökat medvetandegörande är att skyddsomfångsbedömningen alltid sker konkurrensrelationellt. "Patentrettens beskaffenhet indebærer, at retten som hovedregel kun vil blive gjort gældende overfor personer, der stå i et nært og direkte konkurrenceforhold til retsindehavaren."[246] Av Koktvedgaards analys följer sammantaget att den ideologiska processen präglas av hur olika intressen förmedlas utifrån domstolarnas kunskap och intuitiva förståelse av den industriella kontext där uppfinningarna används och kan komma att användas.

Ett tidigare diskuterat problem som i detta sammanhang åter måste ventileras är rättsvetenskapens normativa bidrag vad gäller patentkravsläran. Bruun, som analyserat diskussionen inom den nordiska rättsvetenskapen, konstaterar att det nödvändigtvis inte föreligger någon konflikt mellan Koktvedgaards (och i viss utsträckning Godenhielms) teoretiska förhållningssätt i förhållande till mer formalistiskt orienterade

[244] Koktvedgaard, Mogens: Immaterialretspositioner s. 147 (1965). Jfr även Koktvedgaard, Mogens: Patentloven s. 163 (1971).
[245] Koktvedgaard, Mogens & Østerborg, Lise: Patentloven s. 7 (2 uppl 1979.
[246] Koktvedgaard, Mogens: Immaterialretspositioner s. 231 (1965).

analyser.[247] "Något förenklat kan man hävda att Koktvedgaard är primärt intresserad av vad som de facto sker, hans svenska kritiker är i första hand intresserade av vad det står i lagen och hur domstolarna motiverar och skriver sina avgöranden."[248] Bruun beskriver Koktvedgaard som realistisk empirist och de formalistiskt orienterade patentexperterna som normativister. Problemet är dock att även Koktvedgaard tillåter sig att vara normativist, samtidigt som de formalistiskt orienterade analytikerna säkerligen anser sig beskriva reella förhållanden.[249]

Koktvedgaards normativa ställningstaganden om skyddsomfångsbedömningen baseras i stor utsträckning på hans antagande om uppfinningen som en i första hand materiell företeelse. "Her som andersteds gælder det om at holde fast ved de reale udgangspunkter i virkelighedens verden. Man må vide, hvorfor man abstraherer, og hvad det er man abstraherer fra."[250] Den normativa utgångspunkten för Koktvedgaard är också att det är beskrivningen som bäst uttrycker vad som är uppfinningen och att patentkraven närmast kan ses som en sammanfattning av beskrivningen.[251] Hans huvudpoäng vad gäller skyddsomfånget är att man också normativt måste acceptera att den skall baseras på en helhetsbedömning där intuition och skönsmässighet är nödvändiga inslag.[252] "Hvornår fænomenerne herefter skal anses for så ensartede, at der må statueres krænkelse, kan ikke afgøres efter nogen almidelig regel, men afgørelsen må altid baseres på et konkret sagkyndigt skøn, hvor rettesnoren er, at retsbeskyttelsen skal være reeel og effektiv udan dog at give patenthaveren en så bred beskyttelse, at den kommer til at hvile for tungt på andres, dvs. konkurrenternes erhvervsudøvelse. Denne afvejningsproces er ofte overordentlig vanskelig, bl.a. fordi de momenter, der indgår i afvejningen, er ret vagt defierede. Afvejningen skal imidlertid ikke foreta-

---

[247] Koktvedgaards syn på patentkravsläran har mötts av mycket kritik av framförallt svenska patentexperter. Se Ljungman, Seve: Anm. av Mogens Koktvedgaard: Immaterialretspositioner s. 642 (1968). Borggård, Göran: Anmälan av Mogens Koktvedgaard Patentloven s. 475 (1972). Jacobssen, Tersmeden, Törnroth: Patentlagstiftningen – en kommentar s. 264 (1980). Uggla, Claës: Anmälan av Jacobsson m.fl., Patentlagstiftningen s. 55 (1982).

[248] Bruun, Niklas: Teori och praktik i patenträtten – ekvivalensläran i fokus s.176 (1990).

[249] Ett intressant exempel är Westlander, Olle & Törnroth, Lennarth: Patent – Allmänna domstolars praxis åren 1983–1991 s.s 276–277 (1995).

[250] Koktvedgaard, Mogens: Immaterialretspositioner s.145 (1965).

[251] A.a. s. 157.

[252] Vi kan visserligen se hur Koktvedgaard efterhand har modifierat sitt synsätt i förhållande till formalisterna. Koktvedgaard, Mogens & Levin, Marianne: Lärobok i immaterialrätt s. 242 (5 uppl. 1997).

ges i et historiskt tomrum, og det afgørende er derfor normalt den patentretlige tradition, der lidet efter ledt er oparbejdet, og som til dels er af international beskaffenhed."[253]

Bruun delar i stor utsträckning Koktvedgaards uppfattning. "En öppen argumentation är kanske att föredra. Inom ramen för den kunde man beakta tredje mans (konkurrenternas) skyddsbehov, olika fakta-argument till vilka naturligtvis också hör bl.a. en teknisk jämförelse mellan påstådd intrångsverksamhet och patentdokumentationen. Dessutom är det tänkbart att ekvivalensläran i sin egenskap av internationell teoribyggnad också är ägnad att i viss mån mystifiera och försvåra bedömningen av patentintrångsfrågor framförallt om bedömningen inte i tillräckligt stor utsträckning anknyts till nationell lagstiftning och tradition. Det sagda motiverar ett avståndstagande från ekvivalensläran som en patenträttslig princip för rättsligt beslutsfattande."[254] Bruuns ställningstagande är kunskapskritiskt och är följaktligen inte ett uttryck för vad han menar vara gällande rätt.

Med ett ideologikritiskt perspektiv instämmer jag i Koktvedgaards kritik. Inte heller har jag något emot en kommunikativ utveckling där Koktvedgaard får gehör för sina normativa ställningstagande. Rättsvetenskapligt menar jag dock, i överensstämmelse vad jag sagt ovan, att Koktvedgaard motverkar sina egna syften då han normativt beskriver hur man har att bestämma skyddsomfånget. Ett realistiskt förhållningssätt innebär för mig att vi även måste förhålla oss till funktionen av bestämmelser som 39 § och artikel 69 i den administrativa justifieringsprocessen hos de dömande kontrollstrukturerna. För att gå vidare i den realistiska analysen måste vi istället fråga oss hur kommunikationen går till på rättskulturs- och djupstruktursnivå. Koktvedgaard visar enligt min mening vägen när han, förvisso i ett normativt sammanhang, förklarar att avvägningen av skyddsomfånget inte sker i ett historiskt tomrum, utan sker under inflytande av en internationellt upparbetad patenttradition.[255] Även Godenhielm tycks i vart fall intuitivt lyfta fram betydelsen av insikt på djupstruktureringsnivå och hänvisar till Pöyhönens analys av hur värdet om social rättvisa inverkar på kontraktsrättens djupjustifiering.[256] När han sedan skall överföra Pöyhönens resonemang till det patenträttsliga

---

[253] Koktvedgaard, Mogens: Patentloven s. 165 (1971).
[254] Bruun, Niklas: Teori och praktik i patenträtten – ekvivalensläran i fokus s. 177 (1990).
[255] Koktvedgaard, Mogens: Patentloven s. 165 (1971).
[256] Godenhielm, Berndt: Patentskyddets omfattning i europeisk och nordisk rätt s. 226 (1995).

området tenderar han dock till att stanna vid en normativ analys på ytnivån. "Pöyhönen hänvisade till beaktandet av den svagare partens intresse i avvägning av avtalspartens rättigheter och förpliktelser. Någonting sådant kommer inte med i bilden när man har att bedöma räckvidden av patentskyddet."[257]

För mig är det i och för sig intressant att vi frågar oss hur den patenträttsliga traditionen påverkar den ideologiska kunskapsprocessen. Än mer intressant blir dock analysen när vi går ett steg till och frågar oss hur förhärskande intressen och värden påverkar den patenträttsliga traditionen. I denna analys, som i huvudsak avser en kommunikation på djupstrukturs nivå, är det frågan om att analysera funktionerna av det ekonomiska idésystemet på den ideologiska kunskapsprocessen inom det rättsliga handlingssystemets kontrollstrukturer.

5.3.3 Kommunikativ omvandling av rätten till kunskap under inflytande av det ekonomiska idésystemet

Föreställningarna om patentinstitutet inom det rättsliga handlingssystemet beskrivs sällan som värdemässiga överväganden. I den administrativa processen präglas bedömningen av huruvida patent skall beviljas, patentintrång föreligger eller patent skall ogiltigförklaras av ett subsumtionslogiskt synsätt. Den subsumtionslogiska traditionen är så stark att även om lagreglernas lydelse i sig tillåter och t.o.m. uppmuntrar ett mer värderande och öppet förhållningssätt kommer de rättsliga kontrollstrukturerna i kommunikationen att utveckla nya föreställningar utifrån vilka man kan subsumera.[258] Med ett ideologikritiskt angreppssätt kan vi hävda att det kommunikativt förstärkta subsumtionslogiska förhållningssättet i den administrativa kunskapsprocessen är grunden till problemet med rättens fasadlegitimerande verkningar. Ju mer den ideologiska sök- och selektionsprocessen innefattar värderande överväganden och egna normativa ställningstaganden desto mer fasadlegitimerande blir den administrativa processen.

I det rättsrealistiska strävandet innefattas ambitionen att öka medvetandet om hur vi i den juridiska kommunikationen påverkas av olika värden och intressen. Medvetenhet ökar förutsättningarna för framförallt dömande kontrollstrukturer att ikläda sig ansvar för vilka värden respektive intressen de tillgodoser och för vilka konsekvenser deras ställnings-

---

[257] A.a.

[258] Jfr Hydén, Håkan & Andeberg, Eva: Rätten i förvandling s. 248 (1995).

tagande kommer att få i det ekonomiska handlingssystemet. Rättsvetenskapligt består den rättsrealistiska uppgiften i att ideologikritiskt analysera den kommunikativa processen för att ta ställning till vilka värde- och intresserelaterade föreställningar som påverkar den ideologiska kunskapsprocessen i olika kontrollstrukturer.[259] Beroende på att den ideologiska processen är gömd i den individuella föreställningsvärlden kommer analysen alltid att vara mer eller mindre spekulativ. Det är frågan om att analysera de potentiella funktionerna av olika värden som företrädesvis har sitt kunskapsursprung i det ekonomiska handlingssystemet. Det kommunikativa förhållningssättet lär oss vikten av att analysera värdena och funktionerna utifrån de föränderliga strukturella relationerna inom handlingssystemen. Vi inser följaktligen att ett marknadsteknologiskt paradigmskifte som det informationsteknologiska, genom den kommunikativa processen, kommer att påverka såväl de förhärskande värdena som deras funktioner också inom det rättsliga handlingssystemet.

5.3.3.1 Rätten till kunskap i ljuset av ett marknadsteknologiskt paradigmskifte

Inte endast uppfinnings- och patentidéerna förändras, utan även de värden och intressen de tillgodoser. Betraktar vi uppfinnings- och patentidéerna utifrån kommunikationen mellan det rättsliga och det ekonomiska handlingssystemet kan vi argumentera för att idéerna är resultatet av självhävdelsen i det ekonomiska handlingssystemet. Den industriella och strukturella omvandlingen i det ekonomiska handlingssystemet förändrar självhävdelsen och det normerande tryck som därmed skapas på det rättsliga handlingssystemet. Av ovanstående analys följer att inverkan av olika egenintressen endast i begränsad utsträckning har medvetandegjorts i den öppna diskursen. Jag menar följaktligen att självhävdelsen i stor utsträckning är resultatet av en dold kommunikation på djupstrukturesnivå.

Med utgångspunkt i kommunikationen inom det rättsliga handlingssystemet utgör uppfinnings- och patentidéerna resultatet av en självrefererande process där kontrollstrukturerna administrativt producerar de rättsliga föreställningarna. Uppfinnings- och patentidéerna är i denna mening juristskapade. Denna självrefererande slutenheten är emellertid i första hand ett fenomen i den administrativa processen. Frågan är följ-

[259] Jfr Bruun, Niklas. The Role of The Patentsystem in the Protection of Intellectual Property s. 206 (1992).

aktligen hur olika värden och intressen påverkar de rättsliga kontrollstrukturerna i den ideologiska processen. Förvisso kan vi argumentera för att även den ideologiska processen är självrefererande såtillvida att det är den enskilda kontrollstrukturen som själv skapar sina föreställningar. Väsentligt är dock att det är andras beteenden, uttalanden, teorier etc. som genererar dessa föreställningar, dvs. som verkar självhävdande på den ideologiska processen.

För att vi skall förstå hur olika intressen verkar självhävdande på djupstruktursnivå är det samtidigt viktigt att vi har en uppfattning om uppfinnings- och patentidéernas funktioner i det ekonomiska handlingssystemet. Jag menar att frågan om vilka värden och intressen som kommer att ha funktioner för diskursen inom det rättsliga handlingssystemet måste förstås utifrån vilka konsekvenser de rättsliga föreställningarna får inom det ekonomiska handlingssystemet. Med det modifierade förhållningssättet till den historiska materialismen för ögonen, kan vi förklara det rättsliga handlingssystemets selektion av föreställningar då man tar ställning till vad som är en uppfinning respektive ett patent som ett dialektiskt moment i en reproducerande process. Uppfinnings- och rättighetsidéerna utgör centrala inslag för att stimulera den materiella kunskapsprocessen samtidigt som de utgör resultatet av densamma. Ser vi till den strukturella förändring i det ekonomiska handlingssystemet, som ovan diskuterats som ett marknadsteknologiskt paradigmskifte, kan vi konstatera att det skett och kommer ske en förändring avseende vilka värden och intressen som tillgodoses av patentinstitutet. När den ekonomiska grundvalen i basen förändras kommer detta medföra en i samhället ideologisk förskjutning som återspeglas i rättssystemet som moment i överbyggnaden.

Det informationsteknologiska marknadsparadigmet och de framträdande teknik- och kunskapsmarknaderna har inneburit att vi kan ifrågasätta om inte uppfinnings- och patentidéerna har kommit att inta den kanske mest centrala positionen i överbyggnaden. Den materiella kunskapsprocessen består av uppfinningar, varför uppfinnings- och patentidéerna kommer ha en framträdande betydelse för att reproducera den materiella processen. Jag menar således att uppfinnings- och patentinstitutets funktioner är intimt förknippade med reproduktionen av den materiella processen och de marknadsteknologiska paradigmskiftena. Uppfinnings- och patentidéerna verkar överbyggande och stödjade för befintliga kontrollstrukturers intressen fram till dess vi går in i ett paradigmskifte då patentinstitutet verkar upphävande och utgör ett medel för att attackera de för-

härskande kontrollstrukturerna.[260] Kommunikativt sett kan vi förklara denna förändrade funktion med att de strukturella förändringarna i det ekonomiska handlingssystemet resulterar i att nya intressen påverkar den ideologiska processerna i det rättsliga handlingssystemet, vilket i sin tur innebär att uppfinnings- och även patentidéerna modifieras.

De strukturella förändringarna sker dessutom på olika vertikala plan. Kontrollstrukturer på olika nivåer förändras och omvandlas. Samtidigt som vi kan se hur investerare inom nya teknikområden ställer krav på modifieringar, kan vi se hur uppfinnarnas intressen får stå tillbaka för innovatörernas och hur nationalstatens intressen får stå tillbaka för integrationsintressen på europanivå.[261] Dessa strukturella förändringar genererar ett normerande tryck på den ideologiska processen, vilket innebär att de rättsliga kontrollstrukturerna medvetet såväl som omedvetet kommer att ta hänsyn till dessa intressen. Rättsrealistiskt är det ett egenvärde att öka medvetenheten och även öppenheten i argumentationen i dessa avseenden. Godenhielms ställningstagande att patentskyddets ändamål att befrämja tekniken bör betraktas vid patenttolkningen och att den enskilde uppfinnarens intressen kan ställas mot industriföretagets, skulle följaktligen vara ett steg i riktning mot ett mer realistiskt förhållningssätt bland domstolarna.[262] Ser vi till patentidén kan vi med utgångspunkt i Ross och Koktvedgaards normativa ställningstaganden också argumentera för att ett konkurrensrättsligt förhållningsätt till ensamrätten och undantagen till denna ökar förutsättningarna till att se hur olika intressen tillgodoses.[263] Vid tillämpningen av den s.k. konsumtionsprincipen är förutsättningarna större för att medvetandegöra hur den normerande verkan av olika kontrollstrukturers intressen, som importföretagens intressen av att förhindra "free riders" och EU's strävan om integration, kolliderar och kompletterar varandra.

Ett rättighetsbaserat synsätt inom det rättsliga handlingssystemet framstår följaktligen som mer fasadlegitimerande. Samtidigt kan vi med utgångspunkt i det ekonomiska handlingssystemet konstatera att de självhävdade intressena kommer särskilt tydligt till utryck i kontrollstrukturernas anspråk på rätt till uppfinningar, patent etc. En rättsveten-

---

[260] Mathiesen, Thomas: Rätt, samhälle och politisk handling s. 199 (1980).

[261] Se ovan i avsnitt 4.5.

[262] Godenhielm, Berndt: Patentskyddets omfattning i europeisk och nordisk rätt s. 232 (1995).

[263] Alf Ross lyfter fram hur uppfinnarrätt osv. utgör naturlig del i konkurrensrätten. Ross, Alf: Om ret og retfærdighed s. 263 (3 uppl. 1971).

skapligt relevant frågeställning i detta sammanhang är om inte det marknadsteknologiska paradigmskiftet innebär att företagen i allt större utsträckning kommer att hävda rätten till kunskap och information. Det normerande tryck som härigenom uppstår kan mycket väl komma att förändra det rättsliga idésystemets uppbyggnad i grunden. Enligt detta resonemang är det ingen tillfällighet att Sandgren, när han analyserar inverkan av kunskapssamhället, frågar sig om inte lagstiftaren, om han hade "tabula rasa", skulle använda sig av distinktionen mellan fysiska och immateriella tillgångar som "medel att sortera upp verkligheten".[264] Förklarande i detta sammanhang är Olivecronas beskrivning av rättighetsidéns lagtekniska funktion att knyta ihop olika skilda kategorier av regler på ett enkelt sätt.[265] Än mer förklarande hade det dock varit om han relaterat denna insikt till rättighetens funktioner att skapa en känsla av kraft, vilken han i enlighet med Hägerströms teorier menar ha "den allra största betydelse för uppehållandet av en faktisk egendomsfördelning i samhället".[266] Konklusionen av detta resonemang är att anspråk om rätten till kunskap bland företag m.fl. är ett uttryck för nya förhärskande intressen inom näringslivet och utgör en ny värdebas för hela det rättsliga idésystemet. De reproducerande konsekvenserna av en utveckling i denna riktning, kan alltså i sin tur innebära att en ny egendomsfördelning befästs i samhället.

5.3.3.2 Konkurrenskraftsideologin och det ekonomiska idésystemets föränderlighet

Kommunikationen på djupstruktursnivån är som sagt i stor utsträckning outtalad och gömd i den ideologiska processen. En analys av vilka värden som kommuniceras på djupstruktursnivå i kommunikationen mellan det ekonomiska och rättsliga handlingssystemet kommer därför alltid att innefatta ett spekulativt moment. I diskussionen om patentinstitutets ändamål, legitimitet och rättfärdigande kan vi i vart fall se fragment av de mer framträdande föreställningarna på djupstruktursnivå. Även i den rättsteoretiskt orienterade diskussionen på rättskulturnivå kan vi skönja centrala värden. Min fortsatta analys kommer i första hand att baseras på den tidigare utförda granskningen av ekonomisk teori och politik där jag sammantaget betecknade den förändrade värdebasen i kunskapssamhället som en högteknologisk konkurrenskraftsideologi.

---

[264] Sandgren, Claes. Kunskapssamhället och rättssystemet s.s. 61–63 (1995).
[265] Olivecrona, Karl. Rätt och dom s. 121 (2 uppl. 1966).
[266] A.a s. 99.

Den värdemässiga utgångspunkten är den liberala grundsynen på den tekniska utvecklingen som en oproblematisk tillhandahållare av goda ting. Jag menar att denna grundsyn fortfarande är stark, även om man kan skönja vissa tendenser till ett förändrat förhållningssätt bl.a. utifrån diskussionen om patentinstitutets tillämpning inom det gentekniska området. Det ligger också nära tillhands att stanna vid att betydelsen av att stimulera den tekniska utvecklingen utgör det övergripande värdet för patentinstitutet.[267] Analysen blir emellertid mer intressant när vi relaterar föreställningen om den tekniska utvecklingens betydelse till det liberala frihetsidealet. Vi kan här argumentera för att den patenträttsliga rättstradition allt sedan liberalismens genombrott präglats av föreställningar om framförallt fri konkurrens och fri handel, men även av forskningens frihet etc. Patentet som från början förknippades med monopolet kom alltmer att betraktas som en ägande-/egendomsrätt. Konsekvensen på rättskulturnivå var att patentet å ena sidan sågs som en monopolliknande tvångsmakt som upprätthålls av statsmakten och å den andra sidan som en frihet för privata aktörer att disponera över sin egendom.[268] I den ekonomiska patentteoretiska traditionen var bilden av patentets innebörd som en monopolliknande situation mer entydig. De incitamentskapande funktionerna sattes i relation till dess begränsande inverkan på konkurrens, handel etc. De traditionella värdena om fri konkurrens och handel genererade en rättskultur där patentet framförallt betraktas i en avvägning i förhållande till konkurrensbegränsningsrätten, regler om fri rörlighet för varor etc. som motverkar patentets hämmande inverkan. Marianne Levin konstaterar att "(d)enna avvägning kan sägas vara rättsområdets hela livsnerv och skapar grunden för dess berättigande."[269] Jag menar förvisso att vi fortfarande kan se denna avvägning som livsnerven och kan förklara den ideologiska omvandlingen utifrån konkurrensidéns nya innebörd. I och med att konkurrensidén har förskjutits från frihet och allokeringseffektivitet till kunskapsselektion har patentidén i avvägningen med den allmänna konkurrensreglering fått en ny värdebas. Denna värdebas har hittills diskuterats som konkurrenskraftsideologin.

Det primära i konkurrenskraftsideologin är den värdemässiga föreställningen om högteknologisk kunskapskontroll, vilken i huvudsak kan

---

[267] Jfr Godenhielm, Berndt: Patentskyddets omfattning i europeisk och nordisk rätt s. 232 (1995).

[268] Eriksson, Lars D: Hegel och rättsfilosofins betydelse s. 73 (1980).

[269] Levin, Marianne. Immaterialrättsliga skiljevägar s. 117 (1996).

beskrivas som en strävan efter att selektera framgångsrika innovationer och att vara ensam om att omsätta dessa. Om vi utvecklar den ovan presenterade analysen av Christensens teorier menar jag att vi i konkurrenskraftsideologin kan urskilja två övergripande och delvis motstridiga normerande mönster. Det ena som är en utveckling av mönstret om etablerad position kan betecknas *teknikprotektionistiskt* och består i föreställningarna om att se till att den egna kontrollstrukturen har förutsättningar att kommersiellt omsätta kunskap med framgång utan förödande konkurrens utifrån. Det andra mönstret däremot kan betecknas som *spridningsorienterat* och innefattar föreställningar om kunskapsutbyte och framförallt om spridning för tillgängliggörande inom den egna kontrollstrukturen. Patentinstitutet har redan från sin tillkomst präglats av denna värdemässiga motsättning mellan öppenhet och slutenhet, vilket också förklarar varför patentinstitutet har en central ideologisk funktion för konkurrenskraftsideologins framväxt.

De två mönstrens normerande verkan på rättskulturen innebär enligt min mening att bundna tekniktransaktioner alltmer framstår som också rättsligt eftersträvansvärda marknadsstrukturer. Detta innebär att föreställningen om patentet som monopol kommer att förändras drastiskt, vilket också återspeglas i bl.a. förhållandet mellan patentinstitutet och standardisering.[270] I dag är det t.o.m. önskvärt att europeiska standarder är patenterade. Konkurrenskraftsideologins inverkan på djupstruktursnivå inverkar även på förhållandet mellan patentinstitutet och forskningsreglering. I styrningen av verksamheten inom universitet och högskolor framstår idén om forskningens frihet alltmer som en frihet och även skyldighet att kommersialisera resultatet av verksamheten.[271] Patentidén och andra relaterade föreställningar är drivande i den strukturella omvandlingen av FoU-verksamheten, vilket följaktligen även återspeglas i styrningen av densamma.

När vi diskuterar värdet om teknikprotektionism är det givetvis väsentligt att vi frågar oss vilka kontrollstrukturer denna protektionism omfattar. I enlighet med diskusionen i kapitel tre och fyra menar jag att den teknikprotektionistiska hållningen har resulterat i att uppfinnarens intresse har fått stå tillbaka för investerarens.[272] Marianne Levin förutser också en rättskulturell förändring där immaterialrättigheten omvandlas

---

[270] Se ovan i avsnitt 4.5.

[271] Se Ds 1992:97 Forskningens utmaningar, en strategi inför 2000-talet s. 10. Jfr även Per-Urban Hjärnes debattartikel om forskning och rättsskydd (1991).

[272] Se ovan i avsnitt 3.4 och 4.5.

från "ett objektskydd grundat på en intellektuell prestation till ett skydd för en ekonomisk insats, ett investeringsskydd".[273]

Det teknikprotektionistiska mönstrets normerande verkningar skall även förstås utifrån föreställningar om olika kontrollstrukturers intressen på högre vertikal nivå. På nationalstatsnivå kan vi urskilja ett protektionistiskt förhållningssätt som har sitt rättskulturella ursprung i den merkantilistiska idétraditionen. Detta har återspeglats i tvångslicensregler, i konsumtionsprincipen etc. Jag menar också att vi kan argumentera för att, även om det nationalistiska synsättet har ifrågasatts, det hela tiden har funnits en strävan att gynna "landets nationella produktionsapparat".[274] Betraktat utifrån ett svenskt perspektiv kan vi dock konstatera att EU's intresse som en kontrollstruktur givits företräde framför medlemsstaternas. Konkurrenskraftsideologin återspeglas i den uttalade huvuduppgiften "att skapa ett rättsligt system för intellektuell och industriell äganderätt i Europa som i en miljö i stark utveckling (särskilt inom biologin och informationssamhället) fortsätter att ge stimulans till individuell innovation och samtidigt möjlighet till stor spridning av nyheten.".[275]

Oavsett på vilken vertikal nivå vi analyserar konkurrenskraftsideologins normerande verkningar på rättskulturnivån kan vi konstatera att de inte är klara och entyda, utan snarare förvirrande och motsägelsefulla. Vi kan exempelvis fortfarande se hur konkurrensidén uppfattas som ett tillstånd av frihet, allokeringseffektivitet etc. Jag menar dessutom att idèn om rätten till den egna uppfinningen alltid kommer att ha en normerande verkan, d.v.s. att båda sidorna av mönstret om etablerad position kommer att verka normerande.[276] Konkurrenskraftsideologin skapar även motreaktioner och vi kan urskilja värdemässiga ställningstaganden om att patentsystemet förhindrar fritt vetenskapligt informationsutbyte etc.[277] Dessutom konkurrerar föreställningar från det ekonomiska idésystemet med föreställningar från andra idésystem.

---

[273] Levin, Marianne. Immaterialrättsliga skiljevägar s. 111 (1996).
[274] Borggård, Göran: Anmälan av Mogens Koktvedgaard Patentloven s. 472 (1972).
[275] Grönbok om innovation, EU Bull. Suppl. 5/95 s. 25.
[276] Jfr Godenhielm, Berndt: Patentskyddets omfång på basen av patentanspråkets funktionella innehåll s.s. 135–137 (1950).
[277] Se bl.a STU: Effektivare innovationsprocess, förutsättningar och förslag s. 62 (1990)

5.3.3.3 Konkurrenskraftsideologin och de värdemässiga konflikterna mellan olika idésystem

När vi analyserar den värdemässiga omvandlingen på djupstruktursnivå är det samtidigt väsentligt att förstå att den kommunikativa processen inte endast har sitt kunskapsursprung i det ekonomiska handlingssystemet. Jag menar, i enlighet med Bladinis tankegångar, att vi kan se hur konkurrensregleringen påverkas av värden som kan hänföras till inte bara det ekonomiska idésystemet, utan också det rättsliga och det politiska. Konkurrenskraftsideologins normerande verkan kommer i och för sig genom den kommunikativa processen att resultera i att vi kommer att återfinna konkurrenskraftsideologin också i de rättsliga och politiska idésystemen. Detta hindrar emellertid inte att vi kan urskilja värden som redan från början har ett annat kunskapsursprung än i det ekonomiska handlingssystemet. Med utgångspunkt i det rättsliga idésystemet kan vi exempelvis kommunikativt härleda strävanden om rättssäkerhet etc. till det rättsliga handlingssystemet. Det är ingen tillfällighet att det framförallt är i den rättsligt orienterade patentteorin som man lyfter fram allmänhetens intresse av att få säkra upplysningar om vad ett givet patent hänför sig till som ett inflytelsefullt värde.[278] Än mer tydligt är att värden om ett koherent rättssystem etc. har sitt ursprung i det rättsliga handlingssystemet. Utformningen av patentidén präglas följaktligen av en rad värden som i vart fall inte direkt avser att tillgodose de ekonomiska kontrollstrukturernas intressen.

Om vi tar utgångspunkt i andra idésystem än det ekonomiska menar jag att vi i kontrast till konkurrenskraftsideologins mönster kan urskilja ett normerande mönster om rättvisa och godtagbarhet. Såsom ett övergripande mönster är detta dock så förenklat och innefattar så många olika värdemässiga föreställningar att vi svårligen kan avgöra i vilken utsträckning det kan anses ha sitt kunskapsursprung i det politiska, det rättsliga respektive det sociokulturella handlingssystemet. Möjligen är det t.o.m. så att det är endast i relation till konkurrenskraftsideologin vi kan se det som ett sammanhängande mönster.

Den kommunikativa omvandlingen av patentinstitutet och dess tillämpning inom det rättsliga handlingssystemet som svar på den gentekniska omvandlingen är det mest tydliga exemplet på hur konkurrenskraftsideologins värden ställs emot värden om godtagbarhet och rättvisa. Mönstret om godtagbarhet och rättvisa har i dagens postindustriella kon-

[278] Godenhielm, Berndt: Patentskyddets omfång på basen av patentanspråkets funktionella innehåll s. 135 (1950).

text ett nära samband med föreställningarna om samhället som ett "risk society".[279] Jag menar följaktligen att i den ideologiska kunskapsprocessen kommer värden om teknikprotektionism och om kunskapsspridning att kontrasteras med föreställningar om betydelsen av en godtagbar nivå och rättvis fördelning av de risker som den industriella omvandlingen för med sig.

Avvägningen inom det gentekniska området är särskilt uppenbar beroende på att det förekommit en öppen diskussion inom det politiska handlingssystemet vad gäller patentinstitutets moraliska implikationer. Vi kan återfinna dessa värdemässiga ställningstaganden i den administrativa kunskapsprocessen, vilket underlättar vår ambition att få en bild av den ideologiska omvandlingen. Generellt sett kan man skönja en generell moralisk motvilja mot att det beviljas privata rättigheter till gentekniska lösningar.[280] I den mer vetenskapliga diskursen föreligger också en uttalad rädsla för konsekvenserna av att enskilda företag stimuleras till att kommersialisera genteknik.[281] Framträdande är också ifrågasättandet av huruvida patentinstitutet driver fram en utveckling mot en minskad respekt för mänskligt liv.[282]

Konkurrenskraftsideologins inflytande har också varit särskilt tydlig inom det gentekniska området, vilket framförallt beror på EU-kommissionens administrativa ställningstagande i förslagen till harmoniseringsdirektiv.[283] Kommissionen har i båda direktiven baserat sin strävan om att förstärka det patenträttsliga klimatet inom det biotekniska området på den uttalade föreställningen att detta är nödvändigt för att öka den europeiska industrins konkurrenskraft.[284] Om inte företagen i EU sti-

---

[279] Se avsnitt 2.5.

[280] Se FRN: Källa/38 Gentekniken och juridiken, aktuell debatt om patentfrågor inom gentekniken. För förståelse av den etiska diskussion kring gentekniken i sig se bl.a. SOU 1984:88 Genetisk integritet, betänkande av Gen-etikkommittén och SOU 1992:82 Genteknik – en utmaning, betänkande av Genteknikberedningen.

[281] Se bl.a. om de ekologiska riskerna i SOU 1992:82 Genteknik – en utmaning, betänkande av Genteknikberedningen s.s. 61–103. Se även Dworkin, Gerald: Protection of Animal Breeding and Animal Varieties s. 230 (1992). Jfr även Koktvedgaard, Mogens: Genteknik och patentret i nordisk og europæisk perspektiv s. 436 (1994).

[282] Källa/38 Gentekniken och juridiken, aktuell debatt om patentfrågor inom gentekniken. Jfr Dworkin, Gerald: Protection of Animal Breeding and Animal Varieties s. 230 (1992).

[283] Proposal for a European Parliament and Council Directive on the legal protection of biotechnological inventions, COM (95) 661 final. Beträffande det första direktivförslaget se bl.a. Koktvedgaard, Mogens: Retsbeskyttelse af genteknologisk udvikling af planter og dyr s. 120 (1989).

[284] Se bl.a. Proposal for a European Parliament and Council Directive on the legal protection of biotechnological inventions, COM (95) 661 final, s. 37.

muleras till investeringar inom det biotekniska området kommer konkurrenskraften att hämmas. Det har också uttalats att det rättsliga klimatet i detta avseende är avgörande för att inte EU i allt större utsträckning skall förlora konkurrensfördelar i förhållande till USA och Japan som arbetar intensivt med att utforma en positiv miljö för bioteknisk innovationsverksamhet.[285] Betydelsen av konkurrenskraft inom det biotekniska området diskuteras med utgångspunkt inte bara i företagen som kontrollstrukturer, utan också i nationalstaterna och hela EU. Företagen ses som mer rörliga enheter som kommer att välja att placera sina investeringar inom det biotekniska området i USA eller i Japan. EU kommissionen som rättsbildare i överlappningen mellan det politiska och rättsliga handlingssystemen kan ses som en teknostrukturell överbyggnad med självständiga konkurrenskraftsintressen.

Särskilt intressant är diskussionen inom EPO avseende tillämpligheten av artikel 53(a) i EPC som föreskriver att patent inte skall beviljas för uppfinningar som strider mot "public order or morality". I det s.k. Oncomus-fallet från 1989 gjordes gällande att man vid patenterbarhetsprövningen skall ställa genteknikens risker mot nyttan av uppfinningen.[286] "The decision as to whether or not Article 53(a) of the EPC is a bar to patenting the present invention would seem to depend mainly on a careful weighing up of the suffering that might be caused of animals and possible risks to the environment on the one hand, and the invention's usefulness to the mankind on the other."[287] I Oncomus-fallet kom man fram till att uppfinningens betydelse för cancerforskningen övervägde de risker som var förknippade med densamma.[288] Tillämpningen av artikel 53 påvisar hur svårt det är att ge de etiska övervägandena företräde.[289]

Jag menar att det utifrån den moraliska diskussionen är rimligt att anta att föreställningarna om att det inte är moraliskt godtagbart att patentera nya livsformer och att riskerna förknippade med gentekniken är orättfärdiga i förhållande till framtida generationer har förutsättningar att verka normerande på den ideologiska kunskapsprocessen inom olika rättsliga kontrollstrukturer. Samtidigt menar jag också att det är rimligt att anta att den normerande verkan från konkurrenskraftsideologin är så mycket

---

[285] A.a. paragraf 24.
[286] Se V 4/89, T 19/90 och V 6/92.
[287] Se T 0019/90 s. 8.
[288] Se V 6/92 s.s. 3–4.
[289] Se härom i Sherman, Brad & Bently, Lionel: The Question of Patenting Life s.s. 112–116 (1998).

starkare att vi kan tala om en avspärrande verkan. Marcuse skulle förklara den avspärrande verkan med att de moraliska värdena förlorar sin normerande verkan antingen genom att de kämpas ner eller genom att de reduceras till den grad att de passar in i den konkurrenskraftsideologiska föreställningsvärlden.[290]

Ett väsentligt ställningstagande i realistisk anda är att en öppen avvägning motverkar konkurrenskraftsideologins avspärrande verkningar.[291] Det öppna moraliska ifrågasättandet inom det politiska handlingssystemet kan i sig betraktas som en motreaktion med normerande verkningar. Betecknande för den självrefererande kommunikation inom det rättsliga handlingssystem är dock att man i den administrativa processen inte söker medvetandegöra de olika idésystemens normerande verkningar, utan tvärtom ser det som en sluten process. Tillspetsat menar jag följaktligen att den självrefererande formalismen och den härigenom uppnådda isoleringseffekten förstärker konkurrenskraftsideologins normerande och avspärrande verkningar. Vi har tidigare sett hur patentinstitutet genom den rättsliga diskursen stegvis anpassats till den kemiskt orienterade industrins intressen, utan det givits något större utrymme för ett moraliskt ifrågasättande.[292] Det är inte heller uppseendeväckande att rättsliga experter i en debatt om patentering av genteknik upplever att etikfrågorna från patenträttsliga utgångspunkter är en pseudofråga.[293] Den självpåtagna slutenheten innebär att det är närliggande att hänvisa den moraliska diskussionen om gentekniken till den politiska arenan, även om det finns ett uttryckligt stadgande om att en uppfinning för att vara patenterbar inte får strida mot goda seder.[294] När företagen hävdar sina intressen i patentansökningar är de rättsliga kontrollstrukturerna metodologiskt oförberedda för att stå emot konkurrenskraftsideologins avspärrande verkningar, varför stadgandet om uppfinningarnas moraliska implikationer inte ens framstår som tillämpligt. Jag menar också att vi kan argumentera för att konkurrenskraftsideologin, kommunikativt sett, har en så stark normerande verkan i den dolda ideologiska processen att ett uttryckligt

---

[290] Marcuse, Herbert: Den endimensionella människan s. 28 (1969, originalet från 1964).

[291] Jfr Bruun, Niklas: Genteknik och etik s.s. 210–211 (1994).

[292] Koktvedgaard påvisar den stegvisa övergången när han förklarar hur beviljandet av produktpatent inom det kemiska området öppnar vägen för patentering av uppfinningar som tidigare skulle beskrivits som upptäckter. Koktvedgaard, Mogens: Genteknik och patentret i nordisk og europæisk perspektiv s. 441 (1994).

[293] Ryberg, Annika: Sammanfattning av diskussionen rörande genteknik s. 471 (1994).

[294] Belysande är diskussionen om artikel 53(a) i EPO avgörandet "Relaxin" V 8/94 s.s. 8–10.

lagstadgande om att patent inte beviljas på växtsorter eller djurraser eller väsentligen biologiskt förfarande för framställning av växter eller djur efter hand kommer att förlora sin normerande verkan.[295] Motsvarande avspärrande verkan avseende den informationstekniska utvecklingen kan vi för övrigt se beträffande stadgandet att vad som enbart utgör datorprogram inte är en uppfinning.

5.4 Individuell och kollektiv kontroll över kunskap – avslutande reflektioner

I detta sista kapitel har jag i rättsrealistisk anda påvisat hur vi bör betrakta patentinstitutet som både föreställningar och beteenden i en kommunikativprocess mellan kontrollstrukturer. Jag har gjort gällande att om vi betraktar samhället som olika kontrollstrukturer, vilka kommunicerar ideologier via egna idésystem, ökar förutsättningarna för att förstå hur patentinstitutet utgör föreställningar med strukturella och strategiska funktioner inom den ekonomiska sfären.

Min ambition har varit att öka förutsättningarna för de rättsliga kontrollstrukturerna att förstå och ta ansvar för sin delaktighet i den kommunikativa omvandlingen av det industriella samhället. Den enskilda kontrollstrukturens ansvarstagande måste, oavsett om det är i den rättsbildande eller rättstillämpade sfären, baseras på en ideologikritisk medvetenhet om vilka värden och intressen som påverkar den ideologiska kunskapsprocessen och vilka strukturella och strategiska konsekvenser de egna administrativa ställningstagandena kommer att ha på andra kontrollstrukturer. Rättsvetenskapligt sett är det följaktligen genom den ideologikritiska analysen som vi kan motverka att evolutionen förblir blind.

Jag menar att vi förenklat kan urskilja tre ideologikritiska huvuduppgifter. En första uppgift är att analysera i vilken utsträckning motiv etc. i den administrativa kunskapsprocessen är fasadlegitimerande, dvs. döljer de reella överväganden som ligger till grund för beslutet. En andra uppgift är att ta ställning till vilka värden och intressen som verkar avspärrande och ges företräde i den ideologiska kunskapsprocessen. Den tredje ideologikritiska uppgiften består i att påvisa hur olika rättsliga föreställ-

[295] En viss insikt i denna riktning finner vi hos Dworkin, Gerald: Protection of Animal Breeding and Animal Varieties s. 230 (1992) och även hos Koktvedgaard, Mogens: Genteknik och patentret i nordisk og europæisk perspektiv s. 437 (1994).

ningar och andra ideologier förvanskas i kommunikationen mellan kontrollstrukturer.

Samtliga rättsliga kontrollstrukturer är betjänta av att analysera sin egen och andras verksamhet utifrån dessa tre frågor. Det är givetvis en avsevärd skillnad mellan olika kontrollstrukturer, exempelvis lagstiftande och myndighetsutövande kontrollstrukturer, i vilken utsträckning det föreligger möjlighet till att ägna sig åt ideologikritiska analyser. Jag menar därför att rättsvetenskapen har en mycket viktig uppgift att bistå med förståelse i dessa avseenden. Det rättsvetenskapliga ansvarstagandet består följaktligen i att vi i större utsträckning ägnar oss åt att beskriva hur rättsliga föreställningar om bl.a. patent uppkommer, kommuniceras och förändras. Skall vi kunna uppfylla ett sådant åtagande kan vi inte samtidigt vårda rättsideologin som en normativ föreställningsvärld. Jag menar också att vi kan urskilja ett rättsteoretiskt ansvarstagande som består i att vi utformar och utvecklar modeller etc. som vi kan använda oss av i den vetenskapliga såväl som praktiska ideologikritiken. Jag har i detta avseende valt att ta utgångspunkt i den skandinaviska realismen, den sociologiska rättsteorin och även de institutionellt och evolutionärt orienterade teorierna inom ekonomiska teori.

5.4.1 Ansvarstagande för de ideologiska kunskapsprocessernas funktioner

När jag påstår att vi måste utveckla de rättsrealistiska förklaringsmodellerna menar jag att vi teoretiskt sett måste eftersträva att ge en så god bild som möjligt av vad Hägerström betecknade rättsmaskineriet.[296] Rättsrealister som Lundstedt, Olivecrona, Ross, Ekelöf m.fl. uppvisade stor insikt om betydelsen av att se rätten som processer och beteende som likt ett maskineri verkade i samhället. På ett metodologiskt plan kan vi dock ifrågasätta om inte realisterna medvetet valde att inte omsätta de teoretiska insikter de förvärvat.

5.4.1.1 Rättsvetenskapligt ansvarstagande och det rättsrealistiska arvet

Gemensamt för de rättsrealistiska teoretikerna var deras angrepp på rättsideologin som en metafysisk föreställningsvärld. Konsekvensen härav var bl.a. insikten om att rättsvetenskapens huvuduppgift måste förändras så tillvida att det inte längre var frågan om beskriva gällande rätt som

[296] Se bl.a. Hägerström, Axel: En straffrättslig principundersökning s. 214 (1939). Hägerström, Axel: Rätten och staten s.s. 242–243 (1963, en föreläsning från 1924).

en egen idévärld, utan verksamheten skulle istället inriktas på att beskriva rätten som föreställningar och/eller beteenden. Rättsrealisterna kritiserade den tidigare rättsvetenskapen för att vara normativ då den använde egna värdeomdömen i sin utfyllande beskrivning av vad som är gällande rätt. Av detta kan man dock inte dra slutsatsen att rättsrealisterna motsatte sig värderande inslag i rättsvetenskapen. Lundstedt förklarar: "Emellertid kan man naturligtvis icke lämpligen som ovetenskapligt karakterisera i och för sig detta att fälla värdeomdömen. All vetenskaplig verksamhet förutsätter i själva verket i högre eller lägre grad värderingar från utövarens sida. Vad som däremot måste betraktas som såsom ovetenskapligt, av det enkla skälet att det är direkt osant, falskt – det är att behandla värdeomdömena såsom omdömen i egentlig mening. Det är av denna anledning, som rättsideologien måste avvisas som ovetenskaplig."[297] Olivecrona som insåg att man inom rättsvetenskapen tenderade att missförstå vad angreppet mot metafysiken innebär konstaterade följande: "Förväxlingen mellan värderingsfriheten och befrielsen från metafysiken är farlig. Den leder lätt till det sämsta möjliga resultat: att man behåller metafysiken och därmed möjligheten till förstuckna värderingar under falsk skylt medan man samtidigt ikläder sig tvångströja, som avståendet från medvetna och öppna värderingar innebär."[298] Även hos Ross och Ekelöf kan vi återfinna kritik mot att rättsvetenskapsmannen utnyttjar sin auktoritet för att få igenom sina subjektiva värderingar, samtidigt som de framhärdar i att detta inte betyder att man inom rättsvetenskapen måste avstå från värdeomdömen.[299]

Det fundamentala i rättsrealisternas syn på rättsvetenskapen var ambitionen att beskriva reella förhållanden istället för att söka skapa en så fullländad idévärld som möjligt. Idag kan vi dock konstatera att den skandinaviska rättsrealismen inte fått det genomslag som dess förespråkare eftersträvade. Föreställningen om gällande rätt som en enhetlig och förutsägbar rättsideologi är fortfarande levande inom praktik såväl som rättsvetenskap. Rättsvetenskapsmannens normativa ställningstaganden under beteckningen gällande rätt förefaller lika vanligt förekommande som tidigare. Denna utveckling är inte endast resultatet av en motreaktion mot realismen eller en konsekvens av att dess innebörd inte tydlig-

[297] Lundstedt; Grundlinjer i skadeståndsrätten, senare delen s.s. 533–534 (1944). Citatet har använts tidigare i avsnitt 1.4.

[298] Olivecrona, Karl: Om lagen och staten s.s. 60–61 (1940).

[299] Ross, Alf: Om ret og retfærdighet s.s. 406–407 (3 uppl. 1971). Ekelöf, Per Olof: Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s. 6 (1951).

gjorts tillräckligt. Vi kan även finna förklaringen inom de rättsrealistiska teorierna i sig.

De skandinaviska rättsrealisterna begränsade huvudsakligen sin analys till en kontrollstruktur. När Olivecrona påstår att rättsregler består av idéföreställningar om handlingssätt menar han inte att vi skall analysera olika individers och aktörers föreställningar, utan istället begränsar han sig till lagstiftaren som den kontrollstruktur vars föreställningar vi har att analysera. "Vad rättsvetenskapen har att göra vid utredningen av de givna reglernas innehåll är att klargöra vilka handlingsföreställningar som kommit till uttryck i lagen och andra till rättssystemet räknade regler, att sammanställa dem med varandra och systematisera det. Det är att syssla med verkligheten. Föreställningarna är naturliga fakta. Det gäller blott att utreda deras innehåll."[300] Olivecrona skapar härigenom ett idésystem bunden till en kontrollstruktur. Steget till en positivistisk analys av gällande rätt är då inte särskilt långt.

Även om Ross prognosteori inte är lika begränsande som Olivecronas teori kan vi ändock konstatera att han begränsar sin analys till en kontrollstruktur. För Ross är det domstolen som är den relevanta kontrollstrukturen, följaktligen inte ens de enskilda domarna eller de olika instanserna. Prognosens begränsning till domstolen som en kontrollstruktur gör att Ross fortfarande ser det som rättsvetenskapens uppgift att systematisera rätten som ett idésystem.[301] Trots att Ross förefaller medveten om komplexiteten i samspelet mellan de enskilda aktörernas handlingsföreställningar och domstolens beteenden, valde han alltså ändå att metodologiskt förhålla sig till en traditionell rättskällelära.[302]

Sammantaget menar jag att vi kan urskilja två huvudskäl till realismens begränsade inverkan. Det ena är man bara förhåller sig till en kontrollstruktur, vilket leder till att rättsvetenskapens huvuduppgift förblir att systematisera och därmed vårda det idésystem som kontrollstrukturen genererar. Även om det i en analys kan vara rimligt att fokusera på rätten såsom ett övergripande idésystem för ett samlat rättsligt handlingssystem, kräver ändock en verklighetsbeskrivande rättsvetenskap att vi inser rättens pluralistiska karaktär. Det andra huvudskälet till realismens be-

---

[300] Olivecron, Karl: Om lagen och staten s. 50 (1940).

[301] Ross, Alf: Om ret og retfærdighet 3 upplagan s. 207 (3 uppl. 1971).

[302] Doublet påtalar hur Ross har en funktionalistisk analys av egendomsbegreppet som sedan inte appliceras när han analyserar rätten mer generellt och intar en mer substantiell syn. Doublet, David Roland: Rett, vitenskap og fornuft s. 365. Jfr även Lauridsen, Preben Stauer: Studier i retspolitisk argumentation s.s. 136–137 (1974).

gränsade inverkan är oviljan att dra metodologiska konsekvenser av sina teoretiska insikter. Om man strävar efter att beskriva reella föreställningar och/eller beteenden är det inte tillräckligt att förhålla sig till traditionella rättskällor, utan man måste tillåta sig intryck också från annan empiri. Belysande är att Ekelöf exempelvis ifrågasätter varför inte sociologin fått större utrymme. "Delvis beror väl detta på en förutfattad mening om den juridiska doktrinen endast skall arbeta med vad man menar vara "juridisk" metod. Men väsentligen har man att finna förklaringen i att rättssociologiska undersökningar äro dyrbara och tidskrävande samtidigt som våra juridiska fakulteter äro mycket blygsamt utrustade..."[303]

För att den realistiska ambitionen inom rättsvetenskapen skall kunna fullföljas krävs således, enligt min mening, att man intar ett pluralistiskt förhållningssätt och tar intryck av andra vetenskapliga discipliner. De realistiska teoretikerna har också inspirerat till metodologiska angreppssätt där man tagit intryck inte bara av ekonomi och sociologi, utan även av psykologisk teori. Dessa försök till att utveckla realismen har också skapat en motreaktion bland företrädare för ett mer traditionellt förhållningssätt. Ett belysande exempel är Strömholms reaktion mot Albert A. Ehrenzweigs försök att med utgångspunkt i Olivecronas teorier använda sig av psykoanalytisk metod. "Psykoanalysen i all ära, någon patentmedicin för den allmänna läran lär den aldrig kunna bli. För övrigt kan man nog ha anledning ställa sig pessimistisk till frågan om realitetsforskning och rättstillämpning någonsin kunna förmälas i ett lyckligt äktenskap. Det finns idag en realitetsforskningens beskäftighet, en kolartro på de lösningar som en alltmer naturvetenskapligt fakticitetsundersökning kan nå fram till. Bakom ändamålsavvägningarnas och samhällsnyttans mångstaviga trollformer lär nog alltid lura ett kvantum även för psykoanalysen svårgripbara etiska föreställningar, som äro absoluta åtminstone i den meningen att de utgöra det minimum disciplin ett fungerande samhälle behöver."[304]

Än mer provokativt mot ett traditionellt förhållningssätt är de teorier som intar ett pluralistiskt förhållningssätt till rätten och rättskällelärorna. Alexander Peczenik tillhör dem som starkast tagit ställning mot realismen och försöken att vidareutveckla ett realistiskt synsätt. Hans grundläggande inställning tydliggörs av följande uttalande mot pluralism. "Om någon inte utgår från rättssystemets enhet, må han vara en förtjänstfull

[303] Ekelöf, Per Olof: Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s.s. 16–17 (1951).

[304] Strömholm, Stig: Anm. av festskrift tillägnad Karl Olivecrona s. 342 (1964).

rättssociolog, politisk debattör, samhällskritiker m.m., men inte någon rättsvetenskapsman i klassisk mening. Den sistnämndas samhälleliga roll är nämligen att tolka rättsreglerna på så sätt att de bildar ett enda rättssystem. Framför allt gäller det rättsregler som bestämmer myndighetsutövning i bred mening. Om en faktiskt fristående organisation utför en sådan norm så måste juristen tolkningsvis uppfatta utfärdandet som delegerat av staten. För en jurist måste det alltid vara möjligt att direkt eller indirekt härleda normgivningskompetensen från statens grundlag. Tack vare den juridiska argumentationskonsten kan den polycentriska normmassan inordnas i ett dynamiskt rättssystem."[305]

Min grundläggande inställning är att ett normativt ställningstagande om enhet föder ett normativt synsätt till rättsideologin, vilket är direkt bidragande till den rättsliga omvandlingen som en blind evolution. Enligt min mening är det väsentligt att det normativa förhållningssättet till rättssystemets enhet inte är alltför illusoriskt till sin karaktär, dvs. gapet till reella förhållanden får inte vara för stor. Jag menar därför att Peczeniks inställning gör rättsdogmatiken onödigt förblindad, vilket minskar vad han själv uttrycker som normgivningens slutmål – "optimal rättsäkerhet och rättvisa".[306] Rättsvetenskapen bör istället betrakta enhet som ett värde/mål och bör sträva efter att beskriva rätttens reella pluralistiska karaktär, just för att möjliggöra en medveten utveckling mot enhet.

5.4.1.2 Rättens enhet och strävan om vertikal lojalitet

Av Peczeniks uttalande följer ett antagande om att en pluralistiskt orienterad rättsvetenskap kommer att motverka enhet och förutsägbarhet i rättstillämpningen. Mitt antagande är det motsatta, nämligen att det är en viktig uppgift för rättsvetenskapen att kritiskt analysera rätten utifrån värdet om enhet. För mig är detta frågan om att analysera i vilken utsträckning olika kontrollstrukturer är vertikalt lojala till övergripande kontrollstrukturer. Jag menar t.o.m. att vi kan översätta frågan om ansvaret för den egna delaktigheten i rättsmaskineriet till en fråga om vertikal lojalitet.

Om vi betraktar rätten som handlingssystem och idésystem tydliggörs rättens pluralism när vi delar in det rättsliga handlingssystemet i olika kontrollstrukturer.[307] Varje kontrollstruktur producerar sitt eget idésys-

---

[305] Peczenik, Aleksander: Vad är rätt? s.s. 278–279 (1995).
[306] A.a.
[307] Teubner, Gunther: The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism s. 1451 (1992).

tem genom vilket det kommunicerar föreställningar till andra kontrollstrukturer. Detta gäller oavsett om vi förhåller oss på det individuella planet eller på en högre vertikalnivå. På alla vertikala nivåer ovanför den individuella utgör idésystemet överindividuella abstraktioner. Förenklat kan vi hävda att de övergripande idésystemen utgör de gemensamma nämnarna av de underordnade idésystemen. Pluralismen är uppenbar ur ett horisontellt kommunikativt perspektiv, samtidigt som den är mer svårgripbar ur ett vertikalt perspektiv. Hittills i arbetet har jag i stor utsträckning förhållit mig till ett horisontellt synsätt. Jag menar dock att det är först när vi kombinerar detta kommunikativa synsätt med en vertikal analys som innefattar ett lojalitetsmoment till övergripande kontrollstrukturer som vi får en realistisk bild av rättsmaskineriet.

Utgångspunkten för den vertikala lojaliteten är lojaliteten till det egna idésystemet. Förenklat kan vi hävda att den vertikala lojaliteten består i att de enskilda individerna känner sig delaktiga i olika övergripande strukturer. Domaren är anställd av exempelvis en tingsrätt, vilken innefattas i de allmänna domstolarna, vilka är en del av domstolsorganisationen, vilken är en del av det svenska rättsmaskineriet, vilket är en del av EU's rättsmaskineri. Vi kan även se att vissa kontrollstrukturer har ett ansvar för att klargöra vad som är de rättsliga föreställningarna på en överordnad vertikal nivå. Exempelvis kan vi hävda att Högsta domstolen har ett primärt ansvar för de allmänna domstolarna och att lagstiftaren har ett primärt ansvar för det svenska rättsmaskineriet. Horisontellt sett kan vi följaktligen hävda att det föreligger en kommunikativ överföring av föreställningar mellan tingsrätten och högsta domstolen, mellan domstolsstrukturen och lagstiftarstrukturen. Samtidigt föreligger en vertikal lojalitet för tingsrätten i förhållande till den allmänna domstolstrukturen och till det svenska rättsmaskineriet som sådant. Innebörden härav är vi utifrån ett horisontellt perspektiv kan argumentera för att det föreligger pluralism, medan vi i vertikalt led står inför någon form av enhet eller snarare lojalitet.

Om vi som Ross konstaterar att "(r)etskildeideologien er den ideologi der faktisk besjæler domstolene, og retskildelæren en lære om, hvorledes de faktisk handler"[308], kan vi utifrån ett vertikalt perspektiv hävda att det föreligger både en gemensam rättskälleideologi och en gemensam rättskällelära. Såväl vad gäller föreställningar som beteenden föreligger gemensamma nämnare som gör att vi kan abstrahera fram ett gemensamt

[308] Ross, Alf: Om ret og retfærdighet s. 91 (3 uppl. 1971).

förhållningssätt för en övergripande domstolsstruktur. Vi måste emellertid samtidigt acceptera att horisontellt sett skiljer sig rättskälleideologierna och att de skiftande beteendena gör att vi måste tala om polycentriska rättskälleläror el. dyl.

Analysen av rättens enhet utifrån graden av lojalitet hos vertikalt sett underordnade kontrollstrukturer leder till slutsatsen att ju mer idésystemen på de olika vertikala nivåerna överensstämmer desto högre grad av rättslig integration och enhet. För att vi skall förstå och kritiskt kunna analysera den vertikala lojaliteten är det dock viktigt att vi inser att bilden av vertikala nivåer av kontrollstrukturer är en förenkling. Frågan om vertikal lojalitet kan också översättas till lojalitet mot olika ideologier, mot värden och intressen.[309] Inom rättsekonomin kan vi finna analyser som hävdar att domarkåren i sitt beteende alltid kommer att eftersträva effektivitet, vilket också många rättsekonomer menar är normativt eftersträvansvärt.[310] Lundstedt menade på sin tid att domarkåren måste vara lojal till värdet om samhällsnytta. "Detta betyder, att man i varje fall, där samhällsnyttans innebörd i denna mening icke ligger klar och uppenbar för lagstiftaren, har att gå till en närmare undersökning av hithörande värderingar i samhället, varvid beaktas, 1. att värderingarna, utom av känsloläget, äro bestämda av föreställningarna, i sin tur beroende av kunskapsläget för vederbörande och hans intellektuella kvalifikationer; 2. att det är lagstiftarens värderingar som äro utslagsgivande samt 3. att dessa i sin tur på sätt som jag ovan angivet måste vara influerande av medborgarnas värderingar."[311] Lundstedts teorier om samhällsnytta präglas precis som effektivitetsanalysen inom rättsekonomi av det svårhanterliga förhållandet mellan deskription och normativitet.[312] En väsentlig skillnad utifrån mitt förmenande är dock att Lundstedts tankegångar uppvisar ett klart beaktande av ett demokratiskt ansvarstagande i rättsmaskineriet.[313] Habermas, som är den vi i dag kanske mest förknippar med teoriskapande i denna riktning, lyfter fram de ramar inom vilken Lundstedts teori om sam-

---

[309] Doublet menar att lojalitetsplikten inom den juridiska professionen i sista hand handlar om att skydd vissa fundamentala rättsstatsvärden. Doublet, David Roland: Rett, vitenskap og fornuft s. 47 (1995).

[310] Se bl.a. Dworkins kritik av rättsekonomins fokusering på effektiviteten som fundamentalt värde. Dworkin, Ronald M: Is Wealth a Value? s. 525 (1992).

[311] Lundstedt; Grundlinjer i skadeståndsrätten s. 581 (1953).

[312] Se om Alf Ross kritik mot Lundstedts normativa snedsteg i avsnitt 1.4.

[313] Det är uppenbart att Lundstedt tagit stort intryck av Hägerström i sin teori om samhällsnyttan. Se bl.a. Hägerström, Axel: Till frågan om begreppet gällande rätt s. 88. (1931).

hällsnyttan befinner sig: "The principle of law seems to mediate between the principle of morality and that of democracy. But it is not entirely clear how the latter two principles are related."[314] I strävan att utveckla sin teori om samhällsnyttan fokuserade Lundstedt både på avsikten hos lagstiftaren och på samhällsmoralen. Bristen på insikt om hur man skall beskriva dessa processer är för mig också förklaringen till att det normativa inslaget blev alltför påtagligt.

Jag menar att vi för att gå vidare i Lundstedts och Habermas fotspår måste å ena sidan analysera hur olika ideologier i den kommunikativa processen grundlägger en värdegemenskap och å den andra sidan hur den strukturella uppbyggnad inom det rättsliga handlingssystemet genererar en organisatorisk identitet för olika individer.[315] Vi kommer i denna strävan att vara nödgade att frigöra oss från antaganden om att det rättsliga handlingssystemet är begränsat till nationalstaten och att vi alltid skall kunna härleda normgivningskompetensen från statens grundlag.[316] Behovet av att se frågan om enhet och vertikal lojalitet gentemot kontrollstrukturer som är överordnade nationalstaten blir alltmer påtagligt.

Det är rimligt att anta att formalismen i den administrativa processen precis som antagandet om rättens enhet kan motverka vertikal lojalitet. Den metodologiska nyckeln för ett ökat ansvarstagande är, som antytts, ett öppet värderande av vilka föreställningar som påverkar den ideologiska kunskapsprocessen och ett ökat utrymme för konsekvensanalyser. Jag menar att ett dylikt metodologisk övervägande på intet sätt riskerar att resultera i rättens upplösning, utan är tvärtom kan förstärka en bräcklig enhet. I enlighet med Hägerström kan vi t.o.m. argumentera för att ett ökat medvetet värderande kan medföra att man är tvungen att frångå ett uttryckligt lagstadgande. "Ja, stundom kan det bli ett krav på honom (domaren), att han handlar mot lagens klara ordalydelse, nämligen om det antingen kan sägas, att lagstiftaren icke kunnat förutse de sociala konsekvenserna under närvarande förhållanden av lagens användande i föreliggande fall eller den i det hela blivit föråldrad."[317] Ett ökat ansvarstagande för vilka föreställningar som inverkar i den ideologiska processen kom-

---

[314] Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s. 94 (1996, originalet från 1992).

[315] Jfr Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s.s. 79–80 (1996, originalet från 1992). Jfr även Teubner, Gunther: Law as an Autopoietic System s.s. 114–115 (1993).

[316] Peczenik, Aleksander: Vad är rätt? s.s. 278–279 (1995).

[317] Hägerström, Axel: Till frågan om begreppet gällande rätt s. 87 (1931). Citatet är tidigare använt i avsnitt 5.1.

mer också att resultera i ett ökat analyserande av vilka konsekvenser den egna administrativa kunskapsprocessen kommer att få genom den kommunikativa överföringen till andra kontrollstrukturer.[318]

Vertikal lojlitet ställer krav på ökad värdering av funktionen av olika föreställningar och kan även vara grunden till en önskvärd diversifiering mellan olika idésystem. Den kommunikativa processen inom det rättsliga handlingssystemet präglas av en normrationalitet, vilken i allt för stor utsträckning resulterar i formalism.[319] En medvetenhet om ansvaret för att självständigt värdera skulle därför vara ett viktigt inslag för att nå ökad målrationalitet inom det rättsliga handlingssystemet.[320]

5.4.1.3 Ideologikritik för kontroll över ideologiska och administrativa kunskapsprocesser

Med ett rättsrealistiskt synsätt kan vi således inte längre betrakta rätten som en enhet. Det är i och sig fortfarande möjligt att förhålla sig rätten som ett övergripande idésystem, så länge vi är medveten om pluralismen och att idésystemet endast utgör abstraktioner av individuella föreställningar. Jag menar följaktligen att vi som Ross kan ta utgångspunkt i domstolen som en övergripande kontrollstruktur eller som Olivecrona lagstiftaren. Viktigt är dock att vi medvetandegör hur vi abstraherar det rättsliga idésystemet och till skillnad från Olivecrona klargör att detta idésystem endast utgör en sida av verkligheten. Ett pluralistiskt förhållningssätt är ett nödvändigt inslag för att kunna ge en så realistisk bild av rättsmaskineriet som möjligt. Insikten om rättens pluralistiska karaktär är nödvändig när vi har att ta ställning till hur olika föreställningar verkar avspärrande och hur föreställningar förvanskas i den kommunikativa processen via rättsliga idésystem. Också när vi skall påvisa i vilken utsträckning den administrativa kunskapsprocessen verkar fasadlegitimerande är det väsentligt att vi inser att varje kontrollstruktur har ett eget rättsligt idésystem, vilket kommer ha stor inverkan på det egna beteendet.

Rättsvetenskapens huvuduppgift är att beskriva funktionerna av ideologiska kunskapsprocesser där inverkan av rättsliga idésystem måste analyseras tillsammans med andra idésystem. Med utgångspunkt i förståelsen om rättens pluralism kan vi förhålla oss till en analys av den ideolo-

---

[318] Jfr Eckhoff; Rettslige vurderinger s. 83 (1970).

[319] Beträffande begreppen normrationalitet och målrationalitet se bl.a. Bruun, Niklas och Wilhelmsson, Thomas: Rätten, moralen och det juridiska paradigmet s. 709 (1983).

[320] Jfr Hyden, Håkan & Anderberg, Eva: Rätten i förvandling s. 248 (1995).

giska kunskapsprocessens betydelse i kommunikationen mellan kontrollstrukturer och även för den vertikala lojaliteten. I och med att den ideologiska kunskapsprocessen är gömd kommer den ideologikritiska analysen alltid innefatta ett viss mått av spekulation.[321] Särskilt problematiskt är det givetvis när vi som Lundstedt skall beskriva de övergripande ideologier som domstolen, beroende på sin vertikala lojalitet, har att tillämpa. För mig är det en fråga om att medvetandegöra osäkerheten och därför erkänna att vi endast kan beskriva de rättsliga idésystemens potentiella funktioner. Det är endast rättsvetenskapens uppriktiga intention att beskriva verkliga förhållanden som kan förhindra att man återfaller i ett normativt utfyllande av rättsideologier under förespegling av att man beskriver gällande rätt.

5.4.2 Patenträttslig evolution under inverkan av det ekonomiska idésystemet

Den ideologikritiska huvuduppgiften att analysera patentinstitutets realistiska innebörd bör således delas upp i två moment. Ett första steg är att utifrån ett horisontellt perspektiv analysera hur den rättsliga argumentationen kan verka fasadlegitimerande, hur vissa värden och intressen ges företräde framför andra, samt hur föreställningar förstärks, förvanskas etc. i den kommunikativa överföringen. Ett andra mer svårhanterligt steg är att utifrån ett vertikalt perspektiv analysera lojaliteten till olika ideologier.

5.4.2.1 Självhävdelsen och den kommunikativa omvandlingen av patentinstitutet

Ett grundläggande ställningstagande för arbetet i sin helhet är att patentinstitutet både skall ses som administrativa och ideologiska kunskapsprocesser. Som en administrativ process kan patentinstitutet avgränsas exempelvis till patentverkets förprövning och beviljande av patent, till domstolens beslut och motivering eller till lagstiftarens förarbeten och utfärdande av författningar. Patentinstitutet kan följaktligen anses bestå av intersubjektiva beteenden, vilka avgränsas till olika kontrollstrukturer.

Sett som en ideologisk process utgör patentinstitutet istället intersubjektiva föreställningar. Genom att avgränsa den ideologiska processen till en specifik kontrollstruktur kan vi se föreställningarna om patentinstitutet som ett inslag i ett rättsligt idésystem. Vi kan avgränsa det rättsliga

[321] Jfr Eckhoff; Rettslige vurderinger s. 81 (1970).

idésystemet till en viss individs föreställningar om rätten, men kan också som Olivecrona se till lagstiftarens föreställningar. Väljer vi att se patentinstitutet som ett inslag i ett övergripande idésystem för hela det rättsliga handlingssystemet, är det särskilt väsentligt att vi är medvetna om att idésystemet endast är en abstraktion.

Betraktar vi de två förhållningssätten sammantaget framträder patentinstitutet som en kommunikativ process mellan kontrollstrukturer. Detta kommunikativa synsätt klargör att beteenden inom det rättsliga handlingssystemet, dvs. den administrativa processen, inte endast är resultatet av föreställningar från det rättsliga idésystemet. Särskilt väsentligt i detta kapitel har varit att analysera inverkan av det ekonomiska idésystemet, dvs. av föreställningar som selekteras från det ekonomiska handlingssystemet. Med utgångspunkt i Alf Ross tankegångar har jag argumenterat för att vissa föreställningar inom det ekonomiska idésystemet har en så påtaglig normerande verkan att vi kan tala om självhävdande intressen.

Förhåller vi oss till ytnivån är det självhävdande inslaget tydligast i patentansökningsförfarandet. Jag menar att patentansökningar kan betraktas som kommunikativa inlägg i en kollektiv process, vilka innebär att uppfinningsidén som en intersubjektiv föreställning kontinuerligt omvandlas. Ett vanligt synsätt är som sagts att patentkravet i ansökningshandlingen är ett uttryck för patentsökandens vilja, men när patent beviljats är det istället ett uttryck för patentmyndighetens vilja. Patentkravet utgör ett bland flera självhävdande inslag i den administrativa kunskapsprocessen inom den ekonomiska kontrollstrukturen. Patentkrav, beskrivning, ritningar och andra omständigheter som framkommer om teknikens ståndpunkt m.m. kommer att verka normerande på patentverkets ideologiska selektionsprocess. Det kommunikativa inslaget blir särskilt påtagligt beroende på att patentverket bildar sig en uppfattning om den konkreta uppfinningen såväl som om uppfinningsidén utifrån en granskning av tidigare ansökningar inom området. Jag menar följaktligen att patentverkets verksamhet resulterar i att uppfinningsidén stegvis förändras och förstärks för att tillgodose intressen inom nya teknikområden.

Att vi kan betrakta patentinstitutet som en kommunikativ process är också påtagligt om vi utgår ifrån ett intrångsmål. Vid skyddsomfångsbedömningen kommer föreställningar från det rättsliga idésystemet selekteras från den administrativa processen vid förprövningen, men också från den egna administrativa processen dvs. från tidigare praxis. Dessutom kommer föreställningar från det ekonomiska idésystemet selekteras från den administrativa processen inom de ekonomiska kontrollstruk-

turerna, där inlagor m.m. utgör viktiga kommunikativa inslag såsom beskrivningar av uppfinningen som en reell teknisk företeelse i en konkurrensrelationell kontext. Jag instämmer således med Koktvedgaard när han förklarar att det inte är möjligt att med patentkravsläran uppfylla ambitionen att ge domaren färdigformulerade regler om när det skall anses föreligga patentintrång.[322] En slutsats vi kan dra är också att ett formalistiskt förhållningssätt till patentkravsläran kommer att verka fasadlegitimerande.

Analyserar vi kommunikationen i en ytterligare större strukturell kontext kan vi konstatera att uppfinningsidéerna verkar normerande på hur man förhåller sig till patentidén. Olika uppfinningsidéer skapar olika följdidéer. Idag laborerar vi med tre olika föreställningar om vad som utgör immateriell egendom och ett konkurrerande egendomslöst perspektiv. Motsättningen framträder mellan vad som kan anses utgöra två allmänna läror där det ena förhållningssättet är objektsbundet och det andra subjektsbundet. Ett förhållningsätt till uppfinningen som ett immateriellt objekt ökar förutsättningarna till att patentet betraktas som ett oinskränkt idéskydd, medan ett förhållningssätt till uppfinningen som i första hand en materialiserbar teknisk företeelse tenderar att begränsa patentidén till en föreställning om ett användningsskydd för en viss produkt.[323] Enligt min mening är det rimligt att anta att det jag kallat det patenträttsliga uppvaknandet kommer att resultera i att föreställningen om uppfinningen som ett objektivt avgränsbart objekt kommer att bli mer utbredd inom det ekonomiska handlingssystemet. Utvecklingen i detta avseende är direkt relaterat till en utveckling där licensavtalet ges en allt större betydelse.

Med utgångspunkt i det funktionella förhållningssätt till egendomsrätten som utvecklades hos Lundstedt, Olivecrona och Ross kan vi konstatera att uppfinnings- och patentidéerna har olika funktioner hos olika kontrollstrukturer. Det kommunikativa förhållningssättet visar dessutom att dessa funktioner måste relateras till varandra. En ökad användning av ett objektsrelaterat synsätt bland ekonomiska kontrollstrukturer innebär att det också inom det rättsliga handlingssystemet blir alltmer påkallat att betrakta patentet som en egendomsrätt. Den omständigheten att det inte föreligger klara föreställningar beträffande bl.a. sakrättsliga förhållanden kommer i den andra riktningen säkerligen motverka utvecklingen mot

---

[322] Koktvedgaard, Mogens: Immaterialretspositioner s. 153 (1965).

[323] Jfr diskussionen om ett icke användningsbundet skydd i Proposition 1977/78: Ändringar i patentlagen m.m. 1 Del A s.s. 179–182.

ett objektsrelaterat förhållningssätt. Det är givetvis inte uteslutet att om ett synsätt på patentet som en subjektsrelaterad kontrollposition, där patenthavaren har möjlighet att ingripa mot vissa beteenden, fick ett genombrott inom det rättsliga handlingssystemet så skulle detta förändra utvecklingen också inom det ekonomiska handlingssystemet.

Det intersubjektiva förhållningssättet till uppfinnings- och patentidéerna inom det rättsliga handlingssystemet måste vidare ses i ljuset av förhärskande rättskulturer. Härvidlag finns det dessutom anledning att ifrågasätta om vi inte befinner oss i en rättskulturell brytningstid. Jag menar att vi kan argumentera för att det informationsteknologiska marknadsparadigmet tillsammans med konkurrenskraftsideologin ställer krav på ett förändrat förhållningssätt på rättskulturnivå. Kommunikationen på djupstruktursnivå har resulterat i ett nytt rättskulturellt klimat som bl.a. utmärks av ökad fokusering på vad vi kan beteckna immateriella tillgångar, eller intellektuellt kapital om man så vill. Betecknande för förändringen är också det ökande intresset för rätten såsom institutioner, vilka förstärker eller motverkar högteknologisk konkurrenskraft. Ser vi denna förändring som en kommunikativ process mellan kontrollstrukturer är den inte endast resultatet av företagens självhävdande intressen, utan även av regioner, nationalstater och sammanslutningar av staters strävan att generera konkurrenskraft. Möjligen är det så att den kommunikativa förändringen av det rättskulturella klimatet inneburit att patentet i enlighet med Marx terminologi alltmer framstår som en föreställning om tvångsmakt, vilken utövas av statsapparaten privata sfär. Förhållningssättet till patentet som en föreställning om frihet för privata aktörer såsom uppfinnare skulle följaktligen ha fått stå tillbaka.[324]

5.4.2.2 Offentliga patentstrategier och den vertikala lojaliteten

Enligt min mening är osäkerheten om uppfinnings- och patentidén, patentinstitutets systematisering m.m. ett uttryck för en osäkerhet avseende förhållandet mellan institutets värdemässiga rättfärdigande på djupstruktursnivå och dess konkreta utformning. För att minska osäkerheten krävs enligt min mening att såväl lagstiftande som dömande kontrollstrukturer medvetandegör den vertikala lojaliteten i förhållande till olika ideologier.[325]

Ett rättsvetenskapligt ansvarstagande i detta avseende innebär att den

[324] Jfr Eriksson, Lars D: Hegel och rättsfilosofins betydelse s. 73 (1980).
[325] Jfr Hellner, Jan: Lagstiftning inom förmögenhetsrätten s. 24 (1990).

ideologikritiska uppgiften att analysera vilka värden och intressen som verkar rättfärdigande avseende patentinstitutets utformning även bör utsträckas till att förklara vilka värden och intressen som i detta avseende bör tillmätas betydelse. Jag menar följaktligen att analysen av den vertikala lojaliteten inom det rättsliga handlingssystemet innefattar ett mer deskriptivt och ett mer konstruktivt moment. I enlighet med Lundstedt menar jag visserligen att även det senare är deskriptivt i den mening att ambitionen är att beskriva faktiskt förekommande föreställningar i samhället.[326] Metodologiskt är det för mig en fråga om att med utgångspunkt i teoretisk empiri påvisa vilka värden och intressen det råder sådan gemensamhet kring att de bör tillerkännas betydelse i rättfärdigandet av patentinstitutet. Det säger sig självt att uppgiften är delikat och det finns anledning att som Lauridsen klargöra att strävan att beskriva objektiva realiteter i detta sammanhang aldrig kan blir annat än ett vetenskapsideal.[327]

Sambandet mellan patentinstitutets rättfärdigande och patentidéns utformning är uppenbart när vi tar utgångspunkt i Hägerströms ställningstagande att "positiva rättens idévärld i själva verket (är) en samling fiktioner, som i väsentlig grad bestämmas av där bakom liggande intressen, som kunna hålla sig uppe genom att kasta denna slöja framför sig"[328]. Vi måste följaktligen börja med att lyfta på slöjan och fråga oss vilka intressen och värden som tas för givna i förhållande till dem som faktiskt tillgodoses.

Det är möjligen en tillfällighet att Hägerström väljer patentinstitutet när han behandlar hur spänningen mellan offentliga och privata intressen påverkar systematiseringen av rättsområden och föreställningen om rättsidén. Hägerström ifrågasätter varför patentskydd skulle betraktas som privaträtt när det samtidigt motiveras med allmänna intressen. "Detta betyder att å ena sidan patenträtten är en offentlig rätt, emedan egentligen avsikten ej är att tillgodose den enskildes intressen såsom sådana, utan det allmännas, å andra sidan är den en verkligt personlig rätt på grund av att den enskilde beträffande intresseskyddet själv har möjlighet att bli bestämmande genom egna dispositioner."[329] Denna spänning mellan individuella och allmänna intressen har i princip alltid varit påtaglig och är direkt bidragande till osäkerheten om huruvida patentinstitutet

---

[326] Se i inledningen.
[327] Lauridsen, Preben Stauer: Studier i retspolitisk argumentation s. 72 (1974).
[328] Hägerström, Axel: Rätten och staten s. 118 (1963, en föreläsning från 1917).
[329] A.a. s.s. 106–107.

utgör ett inslag i den mer offentligrättsligt präglade konkurrensrätten eller den privaträttsligt orienterade förmögenhetsrätten. Konkurrenskraftsideologin har, enligt min mening, dessutom förstärkt spänningsförhållandet mellan olika individuella och allmänna intressen.

Det primära i konkurrenskraftsideologin är den värdemässiga föreställningen om högteknologisk kunskapskontroll. I huvudsak kan denna beskrivas som en föreställning om att selektera framgångsrika innovationer och att i så stor utsträckning som möjligt vara ensam om att omsätta dessa. Allmänintresset om kollektiv kontroll har ökat i takt med den teknostrukturella omvandlingen av det västerländska samhället. Relationen mellan statsmakt och näringsliv som en teknostrukturell allians påvisar komplexiteten i dynamiken mellan individuella och kollektiva intressen. Individuell kontroll inom nya teknikområden stimuleras genom statsmaktens direkta delaktighet i syfte att det inhemska näringslivet generellt skall nå en kontrollposition i relation till andra statsmakters inhemska näringsliv. Betecknande härvidlag är att uppfinnarens individuella intresse inte längre tillmäts motsvarande betydelse, utan har ersatts av ett antal olika individuella intressen som bl.a. kan kopplas till funktioner som FoU, innovationsverksamhet, investeringar, spridning m.m. Patentinstitutet som medel för kollektiv kontroll framträder därmed som ett moment i ett större näringspolitiskt program baserat på statsmaktens intervention för ökad konkurrenskraft.

Det ökade allmänna intresset för patentinstitutet kan beskrivas utifrån ett nymerkantilistiskt förhållningssätt där traditionella strävanden om fri konkurrens och handel inte är lika framträdande. Habermas förklarar hur föreställningen om det liberala "private-law society", där man förlitade sig på "the spontaneous workings of market mechanism", nu håller på att förändras. Det blir alltmer påtagligt att antagandet om marknadsmekanismen som en "power-free sphere" är missledande.[330] Innebörden av denna förändringsprocess är följaktligen att patentinstitutets rättfärdigande skall ses i en kontext där hela privaträtten i större utsträckning präglas av allmänna intressen. Betecknande för de allmänna intressena avseende patentinstitutet är att de utgör särintressen i förhållande till de olika individuella intressena.[331] Allmänintresset om nationell konkurrenskraft sammanfaller inte med de olika ekonomiska kontrollstrukturernas intressen, vilka sinsemellan också utgör särintressen.

---

[330] Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms s. 118 och s. 400 (1996, originalet från 1992).

[331] Jfr Hägerström, Axel: Rätten och staten s. 116 (1963, en föreläsning från 1917).

Med ett konstruktivt förhållningssätt till patentinstitutets rättfärdigande kan vi argumentera för att detta är intimt förknippat med en avvägning mellan olika intressen som eftersträvar kontroll över kunskap. Precis som Teubner menar jag att vi kan se dessa olika intressen som nätverk på olika vertikala nivåer. "The interests to be balanced should not be seen from the point of view of the individual or the collective actor. Rather, they should be seen from the point of view social systems as communicative networks. What would be the implications of a switch from balancing individual and group interests towards the 'network' approach."[332] I denna kontext är patentinstitutets rättfärdigande relaterat till huruvida det åstadkommer en rättvis avvägning mellan de olika intressenas strävan om kunskapskontroll.

Med Hellners terminologi kan vi argumentera för att rättvis avvägning avseende olika kontrollstrukturers strävan om kunskapskontroll är ett primärmål för patentinstitutet. Detta kan relateras till ett ultimärmål som samhälleligt välstånd, ekonomisk tillväxt, innovationsverksamhet eller teknisk utveckling. Även med utgångspunkt i ett renodlat konkurrenskraftsideologiskt förhållningssätt menar jag att allmänintresset om egen kunskapskontroll, baserad på föreställningen om spridning internt och teknikprotektionism externt, är missriktat. Ökad lojalitet mot en rättviseideologi där vi betraktar de ekonomiska kontrollstrukturerna som nätverk av intressen, förstärker patentinstitutets funktioner som spelregler, vilket gynnar ett långsiktigt positivt institutionellt klimat. John Rawls förklarar: "The main idea is simply that a well-ordered society (corresponding to justice as fairness) is itself a form of social union. Indeed, it is a social union of social unions. Both characteristic features are present: the successful carrying out of just institutions is the shared final end of all the members of society, and these institutional forms are prized as good in them selves."[333] En rättviseideologi förstärker följaktligen förhållningssättet till patentinstitutet som en del i en gemensam infrastruktur.[334]

I ett långsiktigt konkurrenskraftsideologiskt förhållningssätt är det särskilt väsentligt att intresseavvägningen skall möjliggöra kreativ destruktion och strukturomvandling, d.v.s. att patentinstitutet verkar upphävande på befintliga strukturer. Med utgångspunkt i ett värde om rättvis

---

[332] Teubner, Gunther: Law as an Autopoietic System s. 112 (1993).
[333] Rawls, John: A Theory of Justice s. 527 (först utgiven 1972) .
[334] Jfr Sherwood, Robert: Why a Uniform Intellectual Property System Makes Sense for the World s. 81 (1993).

avvägning mellan olika kontrollintressen är det också väsentligt att uppfinnarens intresse tillmäts en särskild betydelse även fortsättningsvis. Om man betraktar rättvis fördelning av kunskapskontroll som det övergripande värdet kommer nämligen vissa intressen att framträda så tydligt att vi kan tala om värden som måste beaktas. Ett av dessa är uppfinnarens behov av inte bli kränkt och utnyttjad. Ett annat viktigt sådant värde har ovan diskuterats som "universal human heritage". Att kunskap skall vara fritt tillgänglig är ett fundamentalt kollektivt intresse som enligt mitt förmenande alltid måste inkluderas i intresseavvägningen.[335] Ett lika väsentligt värde är föreställningen om "technological responsabilitiy", eller m.a.o. det kollektiva intresset av att patentinstitutet inte bidrar till en för mänskligheten destruktiv strukturomvandling.

[335] Jfr Dworkin, Gerald: Protection of Animal Breeding and Animal Varieties s. 230 (1992).

Summary

The Patent Institution and its Interaction with Processes of Industrial Transformation

During this last decade there has been a greatly increased interest in the Patent Institution and its strategic importance. It has become more and more clear that patents constitute not only important assets, but are also a vital strategic means in the struggle for high-tech competitiveness. This insight can be seen as the result of a process of transformation in which business and industry have become increasingly knowledge-oriented, and where it has therefore become that much more important to control knowledge. Conversely, we can see the transformation of the market world towards knowledge and technology as the structural result of a increased strategic awareness of the commercial opportunities offered by the Patent Institution. The overall picture is that the market-economic system is being increasingly altered towards a licence-controlled one in which the individual company's ability to master new knowledge will be decisive for its competitiveness. This process of change in turn places new demands on both the patent laws and other market regulations.

The purpose of this study is to analyse the Patent Institution and its function within the transformation of industrial society. Its main aim is to increase understanding of how the Patent Institution and the concepts which underlie it, integrate with technological and industrial development. This aim involves not only a questioning of the theoretical concepts underlying the Patent Institution within jurisprudence and economic theory, but also a more radical questioning of concepts of law and how the law interacts within an increasingly knowledge-oriented economic system.

The study is concerned with law as ideology, and is based on the standpoint that legal theory must analyse and describe law in terms of real conduct and attitudes within the legal profession and other social relations. Starting from this basic realist position, the main task of the study has been to analyse the Patent Institution in terms of concepts. The Pat-

ent Institution is analysed as an element in a legal belief system which affects both strategic behaviour in companies, as well as structural patterns and transformations within industry and commerce. The Patent Institution is also analysed as a set of concepts communicated within a legal governance system. A feature of special importance in the analysis is to establish how concepts with an origin in the sphere of commerce affect agents within the legal profession. The question is if and whether economic values of competitiveness are given precedence over other values through such communication. In this respect it is interesting to consider whether this influence is concealed, and the legal argumentation thereby given a facade of legitimacy. A marked feature of the analysis is an endeavour to capture complexities, and, through a deeper realist understanding of the law, explain the processes of change in the Patent Institution and its altered functions. All in all, the work can be seen as a contribution to an understanding of how the law functions in the dynamic processes which affect control over innovation, industrialisation and social transformation.

A Realist Analysis of Law as Belief and Governance Systems

The starting-point for the analysis of law as a belief and governance system is the realist perspective. The Scandinavian realists Hägerström and Lundstedt declared in their polemic against the prevailing legal tradition that the judicial system is nothing more than a social machinery, in which the cogs consist of people. Ross displayed a similar way of thinking when, in his earlier work, he analysed law as a totality of governance. A characteristic of the Scandinavian realists is that they describe law, and concepts of rights etc, as a false ideological world which conceals real considerations. At the same time it is important to realise that the Scandinavian realist tradition failed to accept the consequences of its own insights. They maintained a monistic attitude, they kept to legal sources as, in principle, the only sources of knowledge, and they still considered that it was an important task to systematise codes of law. We are on relatively safe ground in criticising the Scandinavian realists for failing to carry out the realist project of analysing law in terms of real concepts and conduct in society. However, in their early analyses of the legal concepts of property and ownership, Lundstedt, Olivecrona and Ross were all relatively advanced at a practical, functional level. It was probably Lundstedt who

was most advanced in his sociological discursions at a more comprehensive theoretical level.

Any furtherance of realism will require us to adopt a more pluralistic attitude to law in terms of both concepts and conduct. It is essential to emancipate ourselves from the legal-sources as the only method describing the law. The theories which open the way for progress in the realist tradition are above all those linked with the sociologically oriented views of law which find expression in the work of Habermas, Luhman and Teubner. Habermas is particularly interesting when he asserts the importance of regarding law as both 'system of knowledge' and 'system of action'. Within the Scandinavian discussion there are important contributions from Dahlberg-Larsen, Hyden, Graver and others. Then there is the significant, largely Finnish school, which has been described as an alternative legal dogmatics, with representatives such as Eriksson, Wilhelmsson, Pöyhonen and Tuori. In order to understand law as a belief system with functions in an economic context, institutional and more evolution-directed economic theories are of substantial interest. This applies to the recent theories of, for example, Nelson and North, the older theories of Schumpeter and Hayek, and also the classical theories of thinkers such as Marx and Engels.

With a starting-point that includes these theories I believe we can analyse the legal machinery/governance totality as a governance system that consists of various governance structures which communicate legal concepts. A fundamental conclusion is that law, and consequently the functions of law must be understood as a communicative process. This in turn implies that laws, just like judgements etc., are elements in a communicative process between various governance structures within the legal governance system, and also between various governance systems. Each governance structure selects concepts from other governance structures through its own belief system. Concepts with an origin within the legal governance system are consequently selected via its own legal belief systems. To the extent that concepts are selected from political activity we may speak of the influence of a political belief system, and so on. Concepts from different belief systems set standards for specific conduct to a greater or lesser extent. Specific legal behaviour, for example the granting of a patent or a particular judgement, in turn influences in greater or lesser degree the legal belief system of others. In terms of jurisprudence we are faced with a prognostic theory which means that methodologically we must find answers in the communicative process.

The analysis of the Patent Institution as an element in the legal belief system and governance system may very appropriately be presented as an analysis of law within different structures such as the legislature, law courts, etc. To avoid misunderstanding it is vital to emphasise that at the same time it is more. The significance of the Patent Institution in terms of concepts cannot be tied down to legislature, law courts, or any other body. Admittedly, I accept that in a specific analysis we can choose to focus on a particular body, such as, for example, a court of law. When, subsequently, we are to analyse the Patent Institution in terms of either concepts or conduct within the court of law, an understanding of the Patent Institution within other structures will nevertheless constitute an important element of knowledge. It is essential that we bring the communicative process itself to the level of awareness.

A fundamental standpoint for this study as a whole is that the Patent Institution is to be seen in terms of ideological and administrative processes in the different structures. Considered as an administrative process the Patent Institution may be described, for example, as the granting of patents by the Patent Office, as the decisions and reasoning of the law court, or as the legislator's preparatory work and the issuing of statutes. The Patent Institution in terms of administrative processes consequently consists of inter-subjective patterns of behaviour which are delimited by various governance structures. Considered as an ideological process the Patent Institution is made up in fact of inter-subjective concepts. By limiting the ideological process to a specific body we can understand these concepts of the Patent Institution as elements in a legal belief system. We can limit the legal belief system to a certain individual's concept of law, but we can also, like Olivecrona, limit it to the concepts of the legislator. If we choose to see the Patent Institution as an element in an overall belief system on which the entire legal governance system is based, it is quite essential that we are aware that the belief system is no more than an abstraction. If we think of the two ways of understanding simultaneously, the Patent Institution appears as a communicative process between governance structures. This communicative approach makes it clear that behaviour within the legal governance system, that is to say, the administrative process, is not merely the result of concepts from the legal belief system.

A central aim in the study is to describe the economic belief system's emerging significance, and also to analyse those economic concepts which are predominant. With a starting-point in economic theory, a

group of economic concepts are delimited which, taken together, are assigned the term 'competitiveness ideology'. These concepts have a special influence in the selection of concepts from different belief systems. In accordance with Marcuse we can speak of a sealing-off of the conceptual world, and of the one-dimensional man, who incorporates everything within the prevailing conceptual world. One problem, which to a great extent is also in itself the basis of this study, is that this sealing-off is largely unconscious. The aim of this deeper realist understanding is to increase awareness of the selection of concepts from different belief systems.

The Patent Institution's Communicative Influence on the Economic Governance System

Analysis of economic patent theory leads to the conclusion that economic theory has not taken into account the complexity which characterises the dynamics between knowledge about the Patent Institution, and its functions. The development within economic theory within recent years towards the experience of companies and the ways in which their behaviour is influenced by various institutions, spring surely from an intuitive awareness of the problem. The focus on a 'competence-based theory of the firm', in which analysis is made of a company's capacity concerning its 'abilities to mobilize resources, identify strategic dimensions and implement strategic changes' opens the way for a more dynamic approach to the functions of the Patent Institution. The evolutionary-based theory initiated by Nelson and Winter and others makes possible a new line of development in which economic theory and legal theory can, to a great extent, be cross-fertilised within patent theory.

An important starting-point for a more thorough understanding of the functions of law and their interaction with industrial transformation is Marx's theory of historical materialism. Of particular interest for this study is the influence of this on, on the one hand, the social theories of late capitalism of Marcuse and Harbermas, and on the other, the more institutionally-orientated theories within economics which have been developed by Schumpeter, Hayek and North. Even though Schumpeter and Hayek have actively questioned the materialist theory, it is nevertheless evident that it has had a considerable influence on their theories. For Habermas, materialist theory is considered to have been quite decisive for the development of his theory of communicative governance. How-

ever, Habermas has gradually distanced himself from describing society from the metaphor of base and superstructure.

If we stick to the metaphor of base/superstructure, communication within the economic governance system as well as between the legal and economic governance systems may be explained from a starting-point in material, administrative and ideological processes. Technological development in the base, including new technological ideas and commercial solutions, constitutes, as a material process, the finally decisive driving-force behind the development of industrial (material) society. If we consider the superstructure, competitiveness ideology is perhaps the most important element in a replicating belief system. Actions within companies etc. incur the result that through the administrative process new technological ideas come into being, and new concepts are generated for the ideological superstructure.

In order that the theory should be explanatory, and at the same time preserve complexity to as great an extent as possible, there is a further need that we divide the economic governance system into governance structures in different dimensions. Each governance structure has its own belief systems of concepts. It is characteristic of governance structures within the economic governance system that they seek for mastery over first and foremost the material processes. Through an analysis of communication between governance structures within and between governance systems we can increase understanding of the functions of law. Law then constitutes a legal belief system within the various economic governance structures, involving concepts relating to decisions, actions, standpoints with their cognitive origin in the legal governance system. A communicative theory of law as a belief system with functions within various governance structures consequently results in an ideological analysis of how various concepts with different cognitive origins inter-react. If we postulate that the material process forms the base, we can describe the legal superstructure in terms of ideological processes which operate in various social relations. The interplay between law and industrial transformation must then be sought in the dynamics between one context which is administrative, and another which is ideological.

In fact I do not believe that it is necessary to stick to the metaphor, but that, along with Habermas we can postulate that technological development is also an ideological process, and that the replicating process constitutes a circulatory system in which technology, industry and administration all join forces. As a consequence, technological development also

constitutes in itself a belief system, and the material processes are also an ideological process. The explanatory model is thus far just as useful even if we include technological development among belief systems. I think, however, that it is essential we keep to the material processes, in order to stress their importance.

The influence of the Patent Institution emanates principally from a legal belief system, since the concepts have their cognitive origin in the legal governance system. The administrative processes within the economic governance structure generate, however, concepts relating to the Patent Institution's functions etc., which, through the ideological process, will affect other economic governance structures. In this way, concepts relating to the Patent Institution come to be selected from both legal and economic belief systems.

The Patent Institute, as it is reflected in the activities of Patent Offices and courts of law, can be described as an administrative body of knowledge. The various organisations exert, as parts of the state apparatus, compulsory power over questions of patent law. The actions of companies before these organisations are accordingly also an element in the administrative process. The communicative transfer of patent-law concepts as well as patent-strategic concepts between the different agents is the result of an ideological process. Concepts of what the patent is, what commercial possibilities it creates etc., are ideological concepts which continually influence the various agents who make use of the Patent Institution.

When we subsequently analyse the functions of the Patent Institution within the economic governance system we can distinguish between its strategic and structural functions. The strategic function is related to how knowledge produced by the legal governance system is perceived by the economic governance structure, and what weight it, as a concept in the legal belief system, is granted in relation to other concepts. From the analysis of the strategic importance granted to different concepts in the communicative process between governance structures, we can get an idea of the structural functions of the concepts.

If we consider the totality of structural functions of the Patent Institution, these may be designated as 'the privatization of knowledge'. We are entering an era where the market for goods as well as services is increasingly dependent on intellectual property rights and the licences of such rights. I believe that as an overall structural hypothesis we can posit a development towards a situation where the diffusion of technology is

increasingly controlled, which also results in the appearance of markets for technology and knowledge. We can see in many areas how the major companies cross-licence inventions among themselves, which, among other things, increases the importance of strategic alliances. That standards are increasingly patented is a structural expression of how establishments and commercial dealings within the modern economic governance system presuppose the sanction of the private governance structures, which hold the most commanding governance positions. In a process where the tendency is towards an evermore restricted diffussion of technology there is also reason to ask whether the Patent Institution acts, and will increasingly come to act, as a means of excluding the developing countries from participation, and thereby from economic development.

Transformation in society can therefore be seen as the result of an ideological process, where the influence of concepts of law also implies not only that values within the economic governance structures are confirmed and reinforced, but also that new value-related standpoints are mediated. I consider that, as a consequence of competitiveness ideology being intensified in the ideological process, the struggle for control over knowledge for commercial competitiveness constitutes a value that is being given increasing precedence. The concepts of the Patent Institution are a particularly prominent feature in this context, and they influence structures towards strategic actions in which diffusion of technology is more controlled by private governance structures. The ideologically central position of the Patent Institution within competitiveness ideology is, in my opinion, also an explanation why the increased focus on the field of patents has led to the introduction of an 'ethos of commercial exploitation' within research-oriented governance structures. The significance of this is that the value of independence in research has had to take second place. At the international level, in relations between states, we can argue correspondingly that the ideological functions of the Patent Institution have also caused the values of 'common heritage' to become subservient to competitiveness ideology.

The Transformation of the Patent Institution within the Legal Governance System

A central supposition is that the Patent Institution is in a state of continual change in its interaction with industrial transformation. The increasing strategic interests we are now becoming aware of are altering

concepts of patent law, not only within the economic sphere, but, gradually, within the legal profession too. The obvious subject for analysis is therefore how patentability criteria, patent-claim theory etc., are influenced by industrial transformation. From a more overall realist perspective it is, however, even more interesting to speculate on how ideas relating to patents and inventions may themselves be changing.

From the point of view of legal history the Patent Institution is a relatively new construction which, during its brief existence, has presented a theoretical challenge to the academy. By analysing patent theory one can also gain a good picture of how the institution has altered over time. From the historical perspective it is reasonable to start with the concept of the patent as a monopoly granted by the state. The patent was a permit from the state which gave the holder the sole right to carry on a certain type of enterprise. The concepts of natural rights changed attitudes to patents. The patent now appeared as the inventor's natural right to his invention, which consequently became the possession of the inventor. Even if one did not accept the natural rights position, it nevertheless became increasingly common to regard both patent as well as invention as properties. The debate in Germany at the end of the 19th century resulted in an object theory where the invention, like an determinable object, constituted a legally entitled property for the patent. Developments in Scandinavia took however a different turn in connection with the realist current of ideas. Scandinavian realism, mainly through the theoretical work of Ross, came to have a marked influence on the theory of intellectual property, giving a unique character to the debate in the Scandinavian countries. Ross claimed that the only properties one can speak about are material entities. According to Ross, the non-material object is nothing more than an individual experience, and cannot as such be regarded as a reality. Koktvedgaard, belonging as he does to the more radical and realist-oriented non-material rights theoreticians, follows Ross in emphasising the importance of understanding the Patent Institution in an openly functional perspective. The controversies which we can discern historically concerning the theoretical significance of the Patent Institution, systematisation etc., reflect differences of opinion not only in relation to the area of intellectual property rights, but also to law as a non-material phenomenon and, logically, to jurisprudence itself. The debate never however emerged into clarity, but, on the contrary, complexity and uncertainty are more evident than ever, which, among other things, links with the fact that realism never achieved a real breakthrough

into intellectual property-rights theory. The influence of other traditions such as that of object theory is still obvious.

My ideological-realist approach leads to the conclusion that jurisprudence must first and foremost analyse and criticise the Patent Institution in terms of the real state of affairs. The first task is therefore to describe the communicative transformation of the Patent Institution. Patents are concepts which are communicated between various governance structures. In the administrative process, legal material is produced in the form of patents granted, decisions etc. Through the ideological process these come to work ideologically on other governance structures. It is, however, not only concepts with a cognitive origin within the legal governance structure which influence the various agents within the legal governance system. We can as Ross does, claim that ideas related to patents and inventions are the result of self-assertive interests.

If we limit ourselves to conscious and expressed communication, the self-assertive element is most clear in the procedure of patent application. The patent applications can be considered as communicative contributions to a collective process, which means that an inventive idea as an inter-subjective concept is continually transformed. A common view is, as mentioned, that the patent claim as put forward in the application is an expression of the applicant's will, but when the patent is granted, it is instead an expression of the will of the patent authority. The patent claim constitutes one among several self-assertive elements in the administrative process within the economic governance structure. Patent claims, descriptions, drawings and other documents that describe new technology, will affect the Patent Office in the ideological selection process. The communicative element is particularly obvious when we conclude that the Patent Office forms an opinion on both the concrete invention and the concept of the invention idea through an examination of previous applications in the area. Consequently, I think that the activities of the Patent Office result in the concept of the abstract invention being gradually altered in order to satisfy interests within the area of new technology.

That we can regard the Patent Institution as a communicative process is also clear if we take an infringement case. In the judgement on the scope of protection, concepts from the legal belief system will be selected from the administrative process during the substantive examination, that is to say, from previous practice. In addition, concepts from the economic belief system will be selected from the administrative process within

the economic governance structures, where applications etc. constitute important communicative elements such as descriptions of the invention as a real technological phenomenon in a competition-related context. I therefore agree with Koktvedgaard when he asserts that patent-claim theory does not make it possible to fulfil the ambition of providing a judge with ready-formulated rules on when a patent infringement shall be deemed to have occurred. A conclusion that we can also draw is that a formalist attitude to patent-claim theory will have the effect of giving a facade of legitimacy.

If we analyse communication in an even wider structural context we can state that the concept of invention affects the stance taken towards the patent idea. Today we work with three different concepts of what constitutes intellectual property and a competing property-less perspective. A conflict is emerging between what can be considered to be two general theories, where the one perspective is object bound, and the other subject bound. A view of the invention as a non-material object increases the prospects of the patent being regarded as an unlimited protection of the idea, while a view of the invention as first and foremost a materialisable technological phenomenon tends to limit the patent idea to a concept of protection on the use of a certain product. In my opinion it is reasonable to assume that the increasing patent-strategic interests in business and industry will result in the concept of the invention as an objectively delimitable object becoming more widespread within the economic governance system. Developments in this respect are directly related to a development in which licensing agreements are given an ever greater importance.

Beginning with the functional view of property law developed in the work of Lundstedt, Olivecrona and Ross, we can claim that ideas relating to inventions and patents have differing functions in different governance structures. The communicative perspective indicates, in addition, that these functions must be related to one another. An increased use of an object-related approach among economic governance structures means that within the legal governance system too there is an increasing demand to regard the patent as a legal property. It is, of course, not excluded that if the view of the patent as a subject-related governance position, where the patent holder has the chance of intervening against certain types of behaviour, achieved a breakthrough within the legal governance system, then this would change the course of developments within the economic governance system as well.

The inter-subjective perspective on concepts relating to inventions and patents within the legal governance system must further be seen in the light of the prevailing culture. In this respect there is also reason to question whether we are not in a legal-cultural period of transition. I think we can argue that the information-technology market paradigm together with competitiveness ideology, demand an altered perspective. Communication has resulted in a legal-cultural climate, one of the features of which is an increasing focus on what we might designate as non-material assets, or intellectual capital, if one prefers. A typical sign of such a change is also the increasing interest in law in terms of institutions which may strengthen or counteract high-tech competitiveness. If we regard this change as a communicative process between governance structures, it is not only the result of self-assertive interests on the part of companies, but also on the part of regions, nation states and alliances of states in a struggle to generate competitiveness. It may be so that communicative change in the legal-cultural climate has meant that the patent, in accordance with Marxist terminology, is perceived more and more as a sign of of compulsory power, exercised by the state in the private sphere. The view of the patent as a concept of freedom for the private agent may consequently have been forced into the background.

In my opinion, uncertainty on concepts of inventions and patents, the systematisation of the Patent Institution etc., is an expression of an uncertainty regarding the relation between the institution's justification in terms of value at the level of deep structure, and its surface structure. In order to reduce this uncertainty I think there is need for both legislative and judicial governance structures to create an awareness of the extent to which they are required to be loyal in relation to different ideologies.

An acceptance of responsibility in this respect means that the critical-theoretical task of analysing the values and interests which determine and justify the Patent Institution's structure, should also be extended to make explicit the values and interests which should be assessed as important in this respect. I think therefore that the analysis of vertical loyalty within the legal governance system will include one largely descriptive and one largely constructive feature. In accordance with Lundstedt, I think that, in fact, the latter is also descriptive in the sense that the ambition is to describe the concepts which actually exist in society. Methodologically, this is a question of, with a starting-point in the realm of theory, demonstrating those values and interests where so much mutuality exists that they should be acknowledged of importance in the judicial decision-

making of the Patent Institution. It goes without saying that the task is a delicate one, and there is reason, as Lauridsen makes clear, why the effort to describe objective realities can, in this context, never be more than a scholarly ideal.

The connection between the judicial decisions of the Patent Institution and the formulation of the patent idea is evident if we take as starting-point Hägerström's position that (the conceptual world of positive rights is really a collection of fictions, essentially determined by the interests which lie behind them, which maintain their position by casting this veil before them). We must therefore begin by lifting the veil and asking ourselves what interests and values are taken for granted in relation to those who in fact benefit.

It may have been a coincidence that Hägerström should have chosen the Patent Institution when he deals with how the tension between public and private interests influences the area of rights, and notions of the idea of rights. Hägerström questions why patent protection should be regarded as a private law issue, when it is simultaneously justified on the grounds of public interest. 'This means that on the one hand patent law is a public law issue, since in actual fact the intention is not to benefit the interests of the private individual as such, but those of the public, and on the other it is a true private law issue, because the private individual, where the protection of his interests is concerned, has the opportunity to be decisive through his own disposals'. In principle this tension between individual and public interest has always been evident, and is directly contributory to the uncertainty about whether the Patent Institution constitutes an element in the more publicly aligned laws governing competition, or the privately oriented property laws. Competitiveness ideology has, in my opinion, increased the tensions between differing individual and public interests.

The primary feature in competitiveness ideology is a value-loaded concept of the control of high-tech knowledge. Broadly, this can be described as the notion of selecting successful innovations and being alone in implementing these in as great a measure as possible. Public interest in collective control has increased as a result of the techno-structural transformation in Western society. The relation between the state and commerce and industry as a techno-structural alliance, indicates the complexity of the dynamics between the individual and the collective interest. Individual control within the new technology areas is stimulated by the direct participation of the state. It is typical in this respect that the

individual interest of the inventor is no longer assigned corresponding importance, but has been replaced by a number of different interests which, among other things, can be connected with functions such as R&D, innovative activities, investments, dissemination and others. The Patent Institution as a means of collective control appears in this respect as an element in a larger politico-economic programme based on the state's intervention in the interests of increased competitiveness.

The increased public interest in the Patent Institution can be described from a neo-mercantilist perspective in which the traditional struggle for free competition and trade is no longer so conspicuous. Habermas explains how the concept of the liberal 'private-law society' where people put their trust in 'the spontaneous workings of (the) market mechanism' is now being changed. It is becoming increasingly clear that the notion of the market mechanism as a 'power-free sphere' is misleading. The significance of this process of change is consequently that the judicial decision-making of the Patent Institution should be seen in a context where all private rights are, to a large extent, affected by the public interest. What is characteristic of the public interests concerning the Patent Institution is that they constitute a distinctive interest in relation to the various individual interests. The public interest in national competitiveness does not coincide with the interests of the various economic governance structures which, among themselves, also constitute a distinctive interest.

With a constructive perspective on the judicial decision-making of the Patent Institution we can argue the case that this is intimately associated with a balancing act between different interests which struggle to gain control over knowledge. Just as Teubner does, I think that we can see these different interests as a network at various vertical levels. In this context the judicial decision-making of the Patent Institution is related to whether it achieves a just balance between the different interests in their struggle for control over knowledge. Increased loyalty towards an ideology of justice, in which we regard the economic governance structures as a network of interests, may strengthen the functions of the Patent Institution as a set of rules, which would favour a long-term institutional climate.

In a long-term competitiveness-ideology perspective it is quite vital that the balance of interests should allow creative destruction and structural change to take place, that is to say, that the Patent Institution should work so as to allow for the removal of existing structures. If we

start from a value of just balance between the various governance interests, it is also essential that the interests of the inventor be allowed special importance in the future too. If the just sharing of the control of knowledge is regarded as the governing value, the fact is that certain interests would stand out so clearly that we could speak of values that must be respected. One of these is the inventor's need not to be infringed and exploited. Another important such value has been discussed above as the 'universal human heritage'. That knowledge should be freely available is a fundamental collective interest which I would maintain must always be included in the balance of interests. An equally basic value is the concept of 'technological responsibility', or in other words, the collective interest that the Patent Institution should not contribute to a structural transformation which would be detrimental for mankind.

Källor

Litteratur

Abrahamsson, Bengt: Varför finns organisationer? Kollektiv handling, yttre krafter och inre logik. Norstedts 1986.

Adamson, Rolf: Borrowing and Adaption of British Technology by the Swedish Iron Industry in the Early Nineteenth Century. I Bruland, Kristine (red): Technology transfer and Scandinavian Industrialisation. Berg Publishers 1991.

Adorno, Theodor: Negative Dialectics. Continuum 1995. (Originalet från 1966).

Allart, Erik: The Nation State and Nationalism with Different Forms of Technology. I Iivonen (red): The Future of the Nation State in Europe. Edward Elgar Publishing 1993.

Althusser, Louis: Ideologi och ideologiska statsapparater. I Filosofi från proletär klasståndpunkt, urval och redigering av Göran Therborn. Cavefors Bokförlag, 1976.

Andersen, Mads Bryde: Immaterialret og marked – et indlæg i diskussionen om ophavsrettens forhold till den almindelige konkurrenceret. I Vennebog til Mogens Koktvedgaard. Nerenius & Santérus Förlag 1993.

Andersen & Dalberg-Larsen: Lidt om øknomisk og juridisk rationalitetsopfattelse. I Basse (red): Regulering og styring – en juridisk teori og metodebog. Gad 1989.

Andersson, Håkan: Topisk retorik inom juridiken. I Retorik och rätt. Iustus förlag, 1994.

Andersson, Atlestam, Dreborg och Stenberg: Teknikpolitik för tillväxt, åtgärder för bättre utnyttjande av teknologisk kompetes s.5 . Expertrapport till betänkande av ekonomikommissionen, SOU 1993:16.

Armstrong, John: Trends in Global Science and Technology and What They Mean for Intellectual Property Systems. I Wallerstein, Mogee Schoen (red): Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology. National Research Council. National Academy Press 1993.

Arrow, Kenneth: Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention: The Rate and Direction of Economic Activity. Economic and Social Factors. Conference No.13, Universities-National Bureau of Economic Research, Princeton University Press, 1962, s. 609.

Aubert, Vilhelm: Rettens sociale funksjon. Universitetsforlaget 1981.

Aubert, Vilhelm: Socialt samspel, fjärde upplagan. Almqvist &Wiksell Förlag 1970.

Aubert, Vilhelm: Continuity and Development – In Law and Society. Norwegian University Press 1989.

Azmi, Ida Madieha Abdul Ghani: Basis for the Recognition of Intellectual Property in Light of the Shari'ah s.650.International Review of Industrial Property and Copyright Law, vol. 27, no.5, 1996, s.649.

Barbour, Ian: Ethics in an Age of Technology. The Gifford Lectures, vol 2. SCM Press 1992.

Barton, John: Adapting the Intellectual Property System to New Technologies. . I Wallerstein, Mogee Schoen (red): Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology. National Research Council. National Academy Press 1993.

Basber. Björn: Patenter og teknologisk endring i Norge 1840–1980, en metodediskusjon om patentdata anvendt som teknologi-indikator. Institutt for økonomisk historie Norges Handelshøyskole 1984.

Beck, Roger: Patent, Property Rights, and Social Welfare: Search for a Restricted Optimum. Southern Economic Journal, 1976, vol. 43, s. 1045.

Beck, Roger: Competition for Patent Monopolies. Research in Law and Economics, 1981, vol 3, s. 91.

Beck, Roger: The Prospect Theory of the Patent System and Unproductive Competition. Research in Law and Economics, 1983, vol.5, s. 193.

Beck, Ulrich: Risk Society – Towards a New Modernity. Sage Publications 1992. (Originalet från 1986).

Beck, Ulrich: Ecological Politics in an Age of Risk. Polity Press 1995. (Originalet från 1988).

Beck, Ulrich: Att uppfinna det politiska. Bidrag till en teori om reflexiv modernisering. Daidalos 1996. (Originalets titel Die Erfindung des Politischen, 1993.)

Beck, Ulrich: The Reinvention of Politics – Towards a Theory of Reflexive Modernization. I Beck, Giddens & Lasch: Reflexive Modernization. Polity Press, Cornwall 1994.

Bednarek, Michael D: Planning a Global Patent Strategy to Maximize Value: Where to Get the Most "Bang for Your Buck", Journal of the Patent and Trademark Office Society, vol. 77, no.5 1995 s.381.

Bentham, Jeremy: Manual of Poltical Economy. I Stark, W (red): J Bentham's Economic Writings vol. 1, The Royal Economic Society 1952. (originalet från 1793–1795).

Bergström, Svante: Uteslutande rätt att föfoga över verket. Studier över upphovsmannarättens föremål och innehåll enligt det s.k. nordiska förslaget. Uppsala Universitetets Årskrift 1954:8.

Berle, Adolf & Means, Gardiner: The modern corporation and private property. Macmillan 1947. (Originalet från år 1932.)

Bernitz, Ulf: Marknadsrätt – En komparativ studie av marknadslagstiftningens utveckling och huvudlinjer. Jurist och samhällsvetareförbundets Förlag 1969.

Bertha, Steve: Intellectual Property Activities in U.S. Research Universities. IDEA – The Journal of Law and Technology, vol 36, no 4, 1996 s. 513.

Bertilsson, Margareta och Eyerman, Ron: Introduktion i Habermas, Jürgen Den rationella övertygelsen. En antologi om legitimitet, kris och politik. Akademilitteratur 1984.

Bertilsson, Margareta: Slaget om det moderna, sociologiska essäer. Symposion 1987.

Besen, Stanley & Raskind, Leo: An Introduction to the Law and Economics of Intellectual Property. Journal of Economic Perspectives, 1991, vol.5, no.1, s. 3.

Björne, Lars: Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert. R. Gremer 1984.

Bladini, Filip: Den konkurrensrättsliga argumentationen. I Ånd og rett. Festskrift til Birger Stuevold Lassen. Universitetsforlaget. Oslo 1997.

Blomström, Magnus: Teknologi, konkurrenskraft och ekonomisk tillväxt. EFI; 6483, Ekonomiska forskningsinstitutet vid Handelshögskolan i Stockolm, 1992.

Blume, Peter: Law in the Information Society. I Blume, Tamm & Vindeløv (red): Suum cuique – legal studies from the University of Copenhagen Law Faculty. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Gylling 1993.

Bogen, Kenneth: Public Policy and Technological Risk. IDEA – The Journal of Law and Technology, vol 21, nr 1.

Boglind, Anders: Strukturalism och funktionalism. I Månson (red): Moderna samhällsteorier, tredje upplagan. Prisma 1993.

Borggård, Göran: Anmälan av Mogens Kotvedgaard Patentloven. SvJT 1972 s. 471.

Borgmann, Alberts: Technology and the Crises of Liberalism. I Byrne & Pitt: Technological Transformation, Contextual and Conceptual Implications. Society for philosophy and technology, vol. 5. Kluwer Academic Publishers 1989.

Bouckaert, B & De Geest, G (red): Bibliography of Law and Economics. Kluwer Academic Publishers 1992.

Braga, Carlos: Trade-Related Intellectual Property Issues. I Martin & Winters (red): The Uruguay Round and the Developing Economies. World Bank 1995.

Brockhoff, Klaus: Instruments for patent data analyses in business firms. Technovation, vol 12, no.1, 1992, s. 41.

Broekman, Jan: Legal Subjectivity and the Welfare State. I Teubner (red): Dilemmas of Law in the Welfare State. Walter de Gruyter & Co 1985.

Bruland, Kristine (red): Technology transfer and Scandinavian Industrialisation. Berg Publishers 1991.

Bruun, Niklas: Kollektivavtal och rättsideologi. Juridica. Vammala 1979.

Bruun, Niklas och Wilhelmsson, Thomas: Rätten, moralen och det juridiska paradigmet. SvJT 1983 s.s 701–713.

Bruun, Niklas: Beställningsforskning i högskola, en avtalsrättslig studie. Forskningsrapporter 14, Svenska Handelshögskolan 1985.

Bruun, Niklas: Teori och praktik i patenträtten – ekvivalensläran i fokus NIR 1990 s.164.

Bruun, Niklas: The Role of The Patentsystem in the Protection of Intellectual Property. NIR 1992 s. 205.

Bruun, Niklas: Genteknik och etik. NIR 1994 s. 209.

Bull, Hedley: The Anarchical Society – A Study of Order in World Politics. Macmillan Press 1977.

Burke, Genn-Bash & Haines: Competition in Theory and Practice. Routledge 1991.

Byrne, Edmund & Pitt, Joseph: Introduktionen till Technological Transformation, Contextual and Conceptual Implications. Society for philosophy and technology, vol. 5. Kluwer Academic Publishers 1989.

Cain, Maureen & Hunt, Alan: Marx and Engels on Law. Academic Press 1979.

Cairns, Huntington: Legal Philosophy from Plato to Hegel. The Johns Hopkins Press 1949.

Caves, Crokell & Killing: The Imperfect Market for Technology Licenses. Oxford Bulletin of Economics and Statistics, vol.45, 1983, s. 249.

Cheung, Steven: Property Rights in Trade Secrets. Economic Inquiry, 1982, vol 20, s. 40.

Chinoy, Ely: Society – An Introduction to Sociology. Random House 1961.

Christensen, Anna: Ideologikritik contra dogmatik. I Hydén (red) Rätten som intrument för social förändring. Liber förlag. Lund 1982. (Även i Retfærd nr 20 1982.)

Christensen, Anna: Normativa grundmönster i privat och offentlig rätt. I Offentlig ret – privat ret, udveksling mellem to reguleringstraditioner. Nordisk juridisk forskerkursus, materialsamling bind 1, 1995.

Christensen, Anna: Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster. TfR 1996 s. 519.

Christie, Nils: Samhällsförändringar och mänskliga anpassningsproblem. I Samhällsförändring och brottslighet. Tidens förlag 1974.

Cohen, Felix: Dialog om privat egendom. I Idéer om ägande. Vol. 7 i Tidens idéserie. Tidens förlag 1994.

Cohen, Wesley & Levinthal, Daniel: Innovation and Learning: The Two Faces of R&D. The Economic Journal, 1989, vol.99, s. 569.

Collin, Sven-Olof: Aktiebolagets kontroll – ett transaktionskostnadsteoretiskt inlägg i debatten om ägande och kontroll av aktiebolag och storföretag. Lund Univ. Press 1990.

Cooter, Robert & Ulen, Thomas: Law and Economics. Harper Collins Publishers 1988.

Cordray, Monique: GATT v. WIPO. Journal of the Patent and Trademark Office Society, vol. 76, no. 2, 1994, s. 121.

Cubert, Jeremy: U.S. Patent Policy and Biotechnology: Growing Pains On the Cutting Edge. Journal of the Patent and Trademark Office Society, vol. 77, no. 2, 1995, s. 81.

Dahmén, Erik: Economic-Structural Analysis. I Carlsson & Henriksson (red): Development Blocks and Industrial Transformation, The Dahménian Approach to Economic Development. The Industrial Institute for Economic and Social Research 1991.

Dahmén, Erik: Notes on the Concept Development Block and Industrial Transformation. I Carlsson & Henriksson (red): Development Blocks and Industrial Transformation, The Dahménian Approach to Econo-

mic Development. The Industrial Institute for Economic and Social Research 1991.

Dahmen, Erik: Towards Research on the Technology of Economic Development. I Granstrand (red): Economics of Technology. North-Holland 1994.

Dahmén, Erik: Dynamics of Entrepreneurship, Technology and Institutions. I Dahmén, Hannah & Kirzner: The Dynamics of Entrepreneurship. Lund University Press 1994.

Daintith, Terence & Teubner, Gunther: Sciological Jurisprudence and Legal Economics – Risks and Rewards. I Daintith & Teubner: Contract and Organisation – Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory. Walter de Gruyter 1986.

Dalberg-Larsen, Jørgen: Four phases in the development of modern legal science. I Scandinavian studies in law 1979.

Dalberg-Larsen, Jørgen: Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så?. Akademisk Forlag 1984.

Dalberg-Larsen, Jørgen: On the evolution of law and the importance of unintended consequences. I Aarnio & Tuori (red): Law, Morality and Discursive Rationality. Publications of the department of public law, University of Helsinki 1989.

Dalberg-Larsen, Jørgen: Lovene & Livet – En retssociologisk grundbog. Akademisk Forlag 1990.

Dalberg-Larsen, Jørgen: Luhmann og retten. I Jens Christian Jacobsen (red): Autopoiesis, en introduktion til Niklas Luhmanns verden af systemer. Politisk Revy 1992.

Dalberg-Larsen, Jørgen: Rettens enhed – en illusion? Om retlig pluralism i teorien og i praksis. Akademisk Forlag 1994.

Dalberg-Larsen, Jørgen: Retsvidenskap, retlige verdier og systemteori TfR 1996 s. 918.

Dalberg-Larsen, Jørgen Virkelighed og værdier i retsvidenskaben. I Ånd og rett. Festskrift til Birger Stuevold Lassen. Universitetsforlaget. 1997.

Dam, Kenneth W: The Economic Underpinnings of Patent Law. 27 Intellectual Property Law Review, 1995, s.3.

Das, Bal Gopal: Intellectual Property Dispute, GATT, WIPO. IDEA, The Journal of Law and Technology, vol. 35, no. 2, 1994, s.149.

David, Paul: Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb: Patents, Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History. I Wallerstein, Mogee Schoen (red): Global Dimensions of Intel-

lectual Property Rights in Science and Technology. National Research Council. National Academy Press 1993.

David, Paul: Positive Feedbacks and Research Productivity in Science: Reopening Another Black Box. I Granstrand (red): Economics of Technology. North-Holland 1994.

Davis, Lee: Patents and Innovation – A Strategic Perspective. I Riis, Thomas & Nielsen, Ruth (red.): Law and Economics – Methology and Application, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Copenhagen 1998.

Deakin, Simon & Hughes, Alan: Comperative Corporate Governance: An Interdisciplinary Agenda. Journal of Law and Society, vol 24, nr 1, mars 1997.

Demsetz, Harold: Toward a Theory of Property Rights. American Economic Review, Papers and Proceedings, vol.57, 1967, s. 347.

Derrida, Jacques: Force of Law – The "Mystical Foundation of Authority". I Deconstrution and the Possibility of Justice. Cardozo Law Review 1990 vol. 11, no. 5–6 s. 921.

Domeij, Bengt: Patent på 2:a medicinska indikationen och förbudet mot patent på medicinska förfaranden. Skrifter utgivna av Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms universitet, nr 73, 1994.

Dosi, Giovanni & Orsenigo, Luigi: Coordination and transformation: an overview of structures, behaviours and change in evolutionary environments. I Dosi, Freeman, Nelson, Silverberg & Soete (red): Technical Change and Economic Theory. Pinter 1988.

Dosi, Giovanni & Soete, Luc: Technical change and international trade. I Dosi, Freeman, Nelson, Silverberg & Soete (red): Technical Change and Economic Theory. Pinter 1988.

Dosi, Giovanni & Malerba, Franco: Organizational learning. I Dosi & Malerba (red): Organization and Strategy in the Evolution of the Enterprise. Macmillan Press 1996.

Doublet, David Roland: Rett, vitenskap og fornuft. Alma Mater Forlag 1995.

Douzinas, Warrington & McVeigh: Postmodern Jurisprudence – The law of text in the texts of law. Routledge 1991 .

Dreier, Thomas: Digitaliserad upphovsrätt: inverkan av skilda synsätt och praktiska konsekvenser för informationsutbyte i digtala nätverk. I Karnell (red): Digitalisering och upphovsrätt. Stiftelsen Mercurius, Juristförlaget 1994.

Dutton, Harold: The patent system and inventive activity, during the industrial revolution 1750–1852. Manchaser University Press, Dover 1985.

Dworkin, Gerald: Protection of Animal Breeding and Animal Varieties. NIR 1992 s.216.

Dworkin, Ronald: Is wealth a value? I Coleman & Lange (red): Law and Economics, vol. 2. Aldershot Dartmouth cop. 1992.

Dybdahl Østerborg, Lise: Den Europæiske patentagent – et nyt erhverv og en ny stand. I Vennebog til Mogens Koktvedgaard. Nerenius & Santérus Förlag 1993.

Eberstein, Gösta: Den svenska författarrätten, första häftet. P.A. Norstedt & Söner 1923.

Eberstein, Gösta: Om den rättsliga grunden för patentsskyddet. I Immateriellt rättsskydd – några aktuella spörsmål. P.A. Norstedt & Söner 1927.

Eberstein, Gösta: Några ord om den s. k. vetenskapliga äganderätten. I Immateriellt rättsskydd – några aktuella spörsmål. P.A. Norstedt & Söner 1927.

Eberstein, Gösta: Om uppfinningar och upptäckter såsom föremål för rättsskydd. NIR 1932 s. 5.

Eberstein, Gösta och Ljungman, Seve: Industriellt rättsskydd. Juridiska Föreningens Förlag, Stockholm 1963.

Eckhoff, Torstein: Rettslige vurderinger. Festskrift till Ivar Agge. P.A Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1970.

Eckhoff, Torstein & Sundby, Nils Kristian: Rettssystemer – Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien. Tanum-Norli 1976.

Eckhoff, Torstein: Rett, moral og politikk. I Juss, moral og politikk Universitetsforlaget 1989.

Eckhoff, Torstein: Juss og samfunnsforskning. I Juss, moral og politikk Universitetsforlaget 1989.

Edling, Sven: Utredningsuppdraget s.8 i Rätten till arbetstagares uppfinningar, 1959. Svenska Uppfinnareföreningen Publikation 1/1960.

Edström, Örjan: MBL och utvecklingsavtalet. Samverkansförhandlingar i företag. Norstedts Juridik. Stockholm 1994.

Ehrenzweig, Albert: Toward a Psychoanalysis of Law and Justice. I Festskrift till Karl Olivecrona. Norstedts 1964.

Eisenberg, Rebecca: Patents and the Progress of Science – Exclusive Rights and Experimental Use. 23 Intellectual Property Law Review, 1991, s. 67.

Ekeberg, Birger: Studier i patenträtt. Almqvist & Wiksells Boktryckeri 1904.

Ekelöf, Per Olof: Om begagnandet av termen rättighet inom juridiken. I Festskrift tillägnad Birger Ekeberg. Svensk Juristtidning & P A Norstedt 1950.

Ekelöf, Per Olof: Om rätt och moral. I Process och exekution. Vänbok till Robert Boman. Iustus förlag. Uppsala 1990.

Ekelöf, Per Olof: Juridisk slutledning och terminologi. TfR 1945 s 211.

Ekelöf, Per Olof: Till frågan om rättighetsbegreppet. TfR 1946 s.309.

Ekelöf, Per Olof: Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening? I Skrifter tillägnade Vilhelm Lundstedt. SvJT 1952 s.s 498–782.

Ekelöf, Per Olof: Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? Skrifter utgivna av juridiska fakulteten i Lund XIV. C.W.K. Gleerup. 1951.

Eklund, Klas: Sverige – ett land med tillväxtproblem. I Södersten, Bo (red): Marknad och politik – Strukturer och problem i svensk ekonomi. Universitetsförlaget Dialogos 1987.

Elsässer, Björn: Samhällsekonomi och teknisk utveckling. Natur och Kultur, Arlöv 1987.

Elwin, Göran & Victor, Dag: Rätt och Marxism, introduktioner och material. Bokförlaget PAN/Norstedts 1978.

Elzinga, Aant & Jamison, Andrew: Forskningssociologi. I Bärmark (red): Forskning om forskning eller konsten att beskriva en elefant, red Bärmark. Natur och kultur 1984.

Engels, Friedrich: Herr Eugen Dührings omvälvning av vetenskapen (Anti-Dühring). Arbetarkulturs förlag 1976. (En översättning av den tredje upplagan från år 1891.)

Engels, Friedrich: Ludwig Feuerbach den klassiska tyska filosofins slut. Frams Förlag 1929 (Originalupplagan från år 1888).

Engels, Friedrich: Utdrag ur brev till Conrad Schmidt 27 oktober 1890. I Elwin och Victor: Rätt och Marxism, introduktioner och material. PAN/Norstedts 1978.

Eriksson, Lars D: Kritisk rettsteori som ideologikritikk. I Bratholm & Sundby (red): Kritisk Juss. Pax Forlag 1976.

Eriksson, Lars D: Om rättens samhälleliga förankring. I artikelsamlingen Marxistisk teori och rättsvetenskap. Juridica, Helsingfors 1980.

Eriksson, Lars D: Marxistisk teori och rättsvetenskap. Juridica, Helsingfors 1980.

Eriksson, Lars D: Strukturförklaringar i marxistisk rättsteori. I artikelsam-

lingen Marxistisk teori och rättsvetenskap. Juridica, Helsingfors 1980.

Eriksson, Lars D: Hegel och rättsfilosofins förnyelse. I artikelsamlingen Marxistisk teori och rättsvetenskap. Juridica, Helsingfors 1980.

Eriksson, Lars D: Anmälan av Rättsdogmatikens alternativ. Retfærd nr 45 (1989) s.101.

Erixon, Lennart: Omvandlingstryck och produktivitet. I expertrapport nr 7 till SOU 1991:82 Konkurrens, regleringar och produktivitet.

Ernst, Holger: The Patent Portfolio for Strategic R&D Planning. I Innovation In Technology Management. The Key to Global Leadership, Portland 1997.

Farjat, Gerard: The Contribution of Economics to Legal Analysis: The Concept of the Firm. I Daintith & Teubner (red): Contract and Organisation – Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory (1986).

Farrell, Joseph & Saloner, Garth: Standardization, compatibility, and innovation. Rand Journal of Economics, vol.16, no.1, 1985, s. 70.

Farrell, Joseph: Standardization and Intellectual Property. Jurimetrics Journal, vol. 30, 1989, s. 35.

Febbrajo, Alberto: The Rules of the Game in the Welfare State. I Teubner (red): Dilemmas of Law in the Welfare State. Walter de Gruyter & Co 1985.

Fikentscher, Wolfgang: The Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology – A Study in Third World Development. IIC Studies 1980.

Fitzpatrick, Peter: The mythology of modern law. Routledge 1992.

Foray, Dominique: The economics of knowledge distribution and the patent system. Ett "preliminary draft" presenterat vid konferensen "Intellectual Property Rights in the Global Economy" i Helsingfors, 13–14 November, 1998.

Forskningsrådsnämnden: Källa/38, Gentekniken och juridiken – aktuell debatt om patentfrågor inom gentekniken. 1992.

Fox, Harold: Monopolies and Patents, A Study of the History and Future of the Patent Monopoly. The University of Toronto Press 1947.

Fransman, Martin: Knowledge Segmentation – Integration in Theory and in Japanese Companies. I Granstrand (red): Economics of Technology. North-Holland 1994.

Freeman, Christopher: Introduction in Techncal Change and Economic Theori. I Dosi, Freeman, Nelson, Silverberg & Soete (red): Technical Change and Economic Theory. Pinter 1988.

Freeman, Christopher & Perez, Carlota: Structural Crises of Adjustment. I Dosi, Freeman, Nelson, Silverberg & Soete (red): Technical Change and Economic Theory. Pinter 1988.

Frischtak, Claudio: Harmonization Versus Differentiation in Intellectual Property Right Regimes. I Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology. National Research Council. Washington, D.C. 1993.

Fritz, Martin: British Influence on Developments in the Swedish Foundry Industry around the turn of the Eighteenth Century. I Bruland, Kristine (red): Technology transfer and Scandinavian Industrialisation. Berg Publishers 1991.

Fölster, Stefan: Konsten att (av)reglera i samhällets tjänst. Industrins utredningsinstitut (IUI), Almqvist & Wiksell International 1994.

Gadamer, Hans-Georg: Truth and Method, 2 uppl. Continuum 1994

Galbraith, John Kenneth: Den nya industristaten. Wahlström & Wistrand 1969.

Geiger, Theodor: Debat med Uppsala om moral og ret. C.W.K. Gleerup 1946.

Gibbons, Hugh: The Relationship between Law and Sience, part II. IDEA – The Journal of Law and Technology vol 22, nr 2, 1982, s.159.

Gilbert, Richard & Newbery, David: Preemptive Patenting and the Persistence of Monopoly. The American Economic Review, 1982, vol. 72, no.3, s. 514.

Gilbert, Richard & Shapiro, Carl: Optimal Patent Length and Breadth. RAND Journal of Economics, 1990, vol 21, no 1, s. 106.

Gille, Bertrand (red): The History of Techniques, vol. 2 Techniques and Sciences. Gordon and Breach Science Publishers 1986.

Ginsburg, Douglas H i samarbete med Committee on Technology and International Economic and Trade Issues of the Assembly of Engineering, National Research Council and Office of the Foreign Secretary, National Academy of Engineering: Antitrust, Uncertainty and Technological innovation. National Academy of Sciences 1980.

Glass, Brett: Patently Unfair? – The System Created to Protect the Individual Inventor May Be Hindering Innovation. InfoWorld, October 29, 1990 s. 56.

Glazier, Stephen: Patent Strategies for Business, 2:a uppl. Euromoney Books 1995.

Glete, Jan: Nätverk i näringslivet – Ägande och industriell omvandling i det mogna industrisamhället 1920–1990. SNS Förlag, Stockholm 1994.

Godenhielm, Berndt: Patentskyddets omfattning på basen av patentanspråkets funktionella inehåll. Juridiska föreningen i Finland publikationsserie n:o 20 1950.

Godenhielm, Berndt: Utländsk och internationell patenträtt. Institutet för utländsk rätt. P.A. Norstedt & Söner 1953.

Godenhielm, Berndt: Patentskyddets omfattning i europeisk och nordisk rätt. Juristförbundets förlag 1994.

Goldscheider, Robert: Technology Management. Clark Boardman Company 1991.

Goodin, Robert: Äganderätten och plikten att bevara. I Idéer om ägande. Vol. 7 i Tidens idéserie. Tidens förlag 1994.

Grabowski, Henry & Vernon, John i samarbete med Committee on Technology and International Economic and Trade Issues of the Assembly of Engineering, National Research Council and Office of the Foreign Secretary, National Academy of Engineering: The Impact of Regulation on Industrial Innovation. National Academy of Sciences 1979.

Grabowski, Henry & Vernon, John: Longer Patents for Lower Imitation Barriers: The 1984 Drug Act. R&D, Innovation, and Public Policy, AEA Papers and Proceedings, 1986, vol.76, no.2, s. 195.

Grabowski, Henry & Vernon, John: Brandloyalty, Entry, and Price Competition in Pharmaceuticals after the 1984 Drug Act. Jounal of Law & Economics, vol. XXXV, 1992, s. 331.

Granstrand, Ove: Technology, Management and Markets – An Investegation of R&D and Innovation in Industrial Organizations. Frances Pinter Publishers 1982.

Granstrand, Ove & Sjölander, Sören: Managing innovation in multy-technology corporations s. 38. Research Policy 19 1990 s.35.

Granstrand, Ove: Economics of Technology – An Introduction and Overview of a Developing field. I Granstrand (red): Economics of Technology. North-Holland 1994.

Granstrand, Ove: Technological, Technical and Economic Dynamics – Towards a Systems Analysis Framework. I Granstrand (red): Economics of Technology. North-Holland 1994.

Graver, Hans Petter: Den juristskapte virkelighet. Tano A/S. Otta 1986.

Graver, Hans Petter Kategorisering av rettsregler som legalstrategi. I Tuori (red) Rättsdogmatikens alternativ. Juridica. Tammerfors 1988.

Graver, Hans Petter: Normative systemer – skisse til en oppløsning av retsbegrepet. I Basse (red): Regulering og styring – en juridisk teori og metodebog. Gad 1989.

Greer, Douglas: The Case Against Patent Systems in Less-Developed Countries. Journal of International Law and Economics, 1973, vol.8, s. 223.

Grey, Thomas: Ägandebegreppets upplösning. I Idéer om ägande. Vol. 7 i Tidens idéserie. Tidens förlag 1994.

Grindley, Peter & Teece, David: Managing Intellectual Capital – Licensing and Cross-Licensing in Semiconductors and Electronics. California Management Review, vol 39, no 2, 1997, s. 8.

Grindley, Peter & Nickerson, Jack: Licensing and Business Strategy in the Chemicals Industry. I Parr & Sulivan (red): Technology Licensing Strategies. New York 1996.

Göransson, Håkan: Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument. Juristförlaget 1988.

Habermas, Jürgen: Borgerlig offentlighet – Kategorierna "privat" och "offentligt" i det moderna samhället. Arkiv förlag 1984. (Originalet Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft, 12: uppl. 1981, första uppl.1962).

Habermas, Jürgen: Teknik och vetenskap som "ideologi". I Den rationella övertygelsen – En antologi om legitimitet, kris och politik. Akademilitteratur 1984. (Artikeln är hämtad ur Technik und Wissenschaft als "Ideologi", 1968.)

Habermas, Jürgen: Communication and Evolution of Society. Heinemann 1979. (Originalet från 1976)

Habermas, Jürgen: The Theory of Communicative Action – The Critique of Functionalist Reason, vol. 2. Polity Press1987. (Originalet från 1981).

Habermas, Jürgen: Den rationella övertygelsen. En antologi om legitimitet, kris och politik. Akademilitteratur 1984.

Habermas, Jürgen: Kommunikativt handlande, texter om språk, rationalitet och samhälle. Daidalos 1988.

Habermas, Jürgen Law as a medium. I Teubner (red): Dilemmas of law in the welfare state. de Gruyter 1986.

Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms – Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Polity Press 1996. (Originalet Faktizität und Geltung, 1992)

Hall, Richard: A Framework Linking Intangible Resources and Capabilities to Sustainable Competitive Advantage. Stategic Management Journal, vol 14, 1993 s. 607.

Hall, Griliches & Hausman: Patents and R and D: Is there a Lag? International Economic Review, vol.27, no.2, 1986, s. 265.

Haraldsen, Tone: Teknologi, økonomi og rom – en teoretisk analyse av relasjoner mellom industrielle og territorielle endringsprocesser. Lund University Press 1994.

Harris, Christopher & Vickers, John: Patent Races and the Persistence of Monopoly. The Journal of Industrial Economics, vol. XXXIII, no.4, 1985, s. 461.

Harris, Donald & Veljanovski, Cento: The Use of Economics to Elucidate Legal Concepts: The Law of Contract. I Daintith & Teubner (red): Contract and Organisation – Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory (1986).

Harris, Sanders & Rossman: The Economic Impact of Patents. Patent, Trademark, Copyright Journal of Research, Education, vol. 2, 1958. s. 340.

Harris, James: Comments on the Use of Patent Statistics with Recommendations for Further Studies. I Organisation for Economic Cooperation and Development. Second Workshop on the Measurment of R & D Output, 1979.

Hayami, Yujiro & Ruttan, Vernon: Agricultural Development : An International Perspective. The Johns Hopkins Press 1971.

Hayami, Yujiro: Development Economics : From the Poverty to the Wealth of Nations. Clarendon Press 1997.

Hayek, Friedrich: Use of Knowledge in Society. American Economic Review vol.35, no.4, 1945, s. 519. Se även i Kirzner (red): Classics in Austrian Economics, volume III The age of Mises and Hayek. William Pickering 1994.

Hayek, Friedrich: Individualism and Economic Order. Routledge and Kegan 1949.

Hayek, Friedrich: Competitions as a discovery procedure. I Kirzner (red): Classics in Austrian Economics, volume III The age of Mises and Hayek. William Pickering 1994. (Originalet publicerades på tyska 1969.)

Hayek, Friedrich: Frihetens grundvalar. Ratio 1983. (Originalet gavs ut 1959.)

Hayek, Friedrich: The Political Order of a Free People. I Law, Legislation and Liberty volume III. Routledge & Kegan Paul 1979.

Heckscher, Eli: Merkantilismen, första delen, andra upplagan. P A Norstedt & Söner 1953.

Heckscher, Eli: Merkantilismen andra delen, andra upplagan. P A Norstedt & Söner 1953.

Hecksscher. Eli: Industrialismen, den ekonomiska utvecklingen sedan 1750, sjunde upplagan. Rabén & Sjögren 1964.

Hedenius, Ingmar: Om rätt och moral. Tidens förlag. Stockholm 1941.

Hegel, G W F: Philosophy of Right. Oxford University Press 1981. (Originalet Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse und Grundlinien der Philosophie des Rechts från 1821.)

Hegel, G W F: Lectures on Natural Right and Political Science. University of California Press 1995. (Originalet Vorlesungen über Naturrecht und Staatswissenschaft från 1817/18.)

Held, David: Introduction to Critical Theory, Horkheimer to Habermas. University of California Press, Berkeley 1980.

Hellner, Jan: Några anteckningar om juridik och filosofi. SvJT 1956 s. 1.

Hellner, Jan: Civilrättsforskningen och framtiden. TfR 1975 s. 393.

Hellner, Jan: Rättsekonomi, avbeställning och coase-teorem. I Festskrift till Per Stjernquist. Juridiska föreningen i Lund 1978.

Hellner, Jan: Lagstiftning inom förmögenhetsrätten – Praktik, teori och teknik. Juristförlaget, Stockholm 1990.

Hessler, Henrik: Allmän sakrätt – Om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer. Norstedts förlag 1973.

Hettne, Björn: Internationella relationer. Studentlitteratur 1992

Hirst & Thompson: Globalization in Question. Cambridge Polity Press 1996.

Hodne, Fritz: Transfer Patterns of Technology. I Bruland, Kristine (red): Technology transfer and Scandinavian Industrialisation. Berg Publishers 1991.

Hjalmarsson, Lennart: Teorier och metoder i forskning om produktivitet och effektivetet med tillämpning på produktion av tjänster. Expertrapport nr 1 till Produktivitetsdelegationen, SOU 1991:82.

Hjärne, Per-Urban: Debattartikel om forskning och rättsskydd. NIR 1991 s.246.

Hodgson, Geoffrey: Economcis and Evolution – Bringing Life Back into Economics. Polity Press 1993.

Holmqvist, Lars: Patenträtt. Almqvist & Wiksell Förlag, Stockholm 1976.

Honoré, Tony: Ägande. I Idéer om ägande. Vol. 7 i Tidens idéserie. Tidens förlag 1994.

Horkheimer, Max: Materialism and Metaphysics. I Critical Theory – selected essays. Cantinuum 1995. (Originalet: Kritische Theorie, 1968.)

Horkheimer, Max: Notes on science and the crises. I Critical Theory – selected essays. Cantinuum 1995. (Originalet: Kritische Theorie, 1968.)

Howells, Jeremy & Wood, Michelle: The Globalisation of Production and Technology. Belhaven Press, London 1993.

Hviid Nielsen, Torben: "Bærkraftig utvikling" og "samfunnsmessig nytte" som rettslige standarder i den norske Genteknologilov. Arbeidsnotat nr. 88, Senter for teknologi og menneskelige verdier 1995.

Hviid Nielsen, Torben: Risici – i teknologien, i samfundet og i hovederne. Retfærd nr. 73, 1996.

Hydén, Håkan: Rättens samhälleliga funktioner. Studentlitteratur. Lund 1978.

Hydén, Håkan: Rätten som strategi. I Hydén (red): Rätten som instrument för social förändring. Liber 1982.

Hydén, Håkan: Ram eller lag? Om ramlagstiftning och samhällsorganisation. Ds C 1984:12 Stat-kommunberedningen.

Hydén, Håkan: Förmögenhetsrätten ur ett rättssociologiskt perspektiv. SvJT 1988 s. 203.

Hydén, Håkan: Rättssociologiens relevans ved behandlingen af formueretlige spørgsmål. I Basse (red): Regulering og styring – en juridisk teori og metodebog. Gad 1989.

Hydén, Håkan och Anderberg, Eva: Rätten i förvandling. I Bertilsson, M (red) Rätten i förvandling. Jurister mellan stat och marknad. Nerenius & Santérus förlag. Stockholm 1995.

Hydén, Håkan: Rätten i förvandling – en strukturell teori om normer och regler (arbetsutkast).

Håkansson, Håkan: Technological Collaboration in Industrial Networks. European Management Journal, 1990, vol.8, no.3, s.s 371–379.

Håkansson, Håkan: Economics of Technological Relationships. I Granstrand (red): Economics of Technology. North-Holland 1994.

Håstad, Torgny: Sakrätt avseende lös egendom. Tredje upplagen. Norstedts förlag 1987.

Hägerström, Axel: Stat och rätt, en rättsfilosofisk undersökning. Almqvist & Wiksell 1904.

Hägerström, Axel: Är gällande rätt uttryck av vilja? I Olivecrona: Rätten och viljan, två uppsater av Axel Hägerström.Gleerups Bokförlag 1961. (Först publicerad 1916 i Festskrift tillägnad Vitalis Norström.)

Hägerström, Axel: Till frågan om begreppet gällande rätt. TfR 1931 s. 48.

Hägerström, Axel: Begreppet viljeförklaring på privaträttens område. I

Olivecrona: Rätten och viljan, två uppsater av Axel Hägerström.Gleerups Bokförlag 1961. (Först publicerad 1935 i Theoria vol. 1.)

Hägerström, Axel: En straffrättslig principundersökning. SvJT 1939 s. 209. (Även publicerad i Socialfilosofiska uppsatser.)

Hägerström, Axel: Rätten och staten, tre föreläsningar om rätts- och statsfilosofi. Bokförlaget Natur och Kultur 1963. (Föreläsningarna hölls 1917, 1921 och 1924.)

Hägerström, Axel: Socialfilosofiska uppsatser. Orion/Bonniers 1966.

Irvine, John & Martin, Ben R: Foresight in Science, Picking the winners. Pinter 1984.

Israel, Joachim: Alienation och byråkratisering – industrisamhället i omvandling Almqvist & Wiksell Förlag 1982.

IVA: Profit from innovation – A comparison of Swedish and Japanes Intellectual Property Management (IVA – M 281). Stockholm 1993.

IVA: Tekniken på väg in i ekonomisk teori. Dokumentation från IVA/IFIAS-seminariet "Innovation and the Evolution of Firms". Rapport 383 1990.

Jacobsson, Tersmeden & Törnroth: Patentlagstiftningen – en kommentar. P A Norstedt & Söners förlag, Lund 1980.

Johansson, Börje: Ekonomisk dynamik i Europa – nätverk för handel, kunskapsimport och innovationer. Liber Hermods 1993.

Johnson, Harry: Aspects of Patents and Licenses as Stimuli to Innovation. Weltwirtschlaftliches Archiv, band 112, 1976, s.417.

Jonas, Hans: Ansvarets princip. Utkast till en etik för den teknologiska civilisationen. Daidalos 1994.(Originalets titel: Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation, 1979.)

Jonsson, Klingström & Westerström: Så föds företag ur forskning, exempel från Uppsala. Statens Industriverk 1991.

Jorde, Thomas & Teece, David: Innovation and Cooperation: Implication for Competition and Antitrust. Journal of Economic Perspectives, 1990, vol. 4, no. 3, s. 75.

Jorde, Thomas & Teece, David: Innovation, Cooperation and Antitrust. I Jorde & Teece: Antitrust, Innovation and Competitiveness. Oxford University Press 1992.

Julian-Arnold, Gianna: International Compulsory Licensing – The Rationales and the Reality. The Journal of Law and Technology vol 33, no.4, 1992, s. 349.

Jörberg, Lennart: Technology Diffussion in Sweden. I Bruland, Kristine

(red): Technology transfer and Scandinavian Industrialisation. Berg Publishers 1991.

Kahin, Brian: The Software Patent Crises. Technology Review , April 1990, s. 53.

Kahn, Alfred: The Role of Patents. I Miller (red): Competitions, Cartels and Their Regulation, Amsterdam, 1962.

Kan, Aleksandr: Skandinaviens historia. Fram bokförlag 1981.

Karlen, Peter: Att skapa världen: äganderätt till estetiska verk. I Idéer om ägande. Vol. 7 i Tidens idéserie. Tidens förlag 1994.

Karnell, Gunnar: Inledningen till antologin Digitalisering och upphovsrätt. Stiftelsen Mercurius, Juristförlaget 1994.

Kaufer, Erich: The Economics of the Patent System. A volume in the Economics of Technological Change section. Edited by Scherer, F M. Harwood Academic Publishers, 1989 Chur, Switzerland.

Kleinknecht, Alfred: Innovation Patterns in Crises and Prosperity: Schumpeter's Long Cycle Reconsidered. Vrije Universiteit te Amsterdam 1984.

Kith, Edmund: The Nature and Function of the Patentsystem. The Journal of Law and Economics, vol. 20, 1977, s. 265.

Kitch, Edmund: The Law and Economics of Rights in Valuable Information. The Journal of Legal Studies, 1980, vol. 9, s. 683.

Kitch, Edmund: Patents: Monopolies or Property Rights?. Research in Law and Economics, 1986, vol. 8, s. 31.

Kleinknecht, Alfred: Innovation Patterns in crisis and prosperity: Schumpeter's lonch cycle reconsidered. Vrije Universiteit te Amsterdam 1984.

Klemperer, Paul: How broad should the scope of patent protection be? RAND Journal of Economics, 1990, vol. 21, no.1, s. 113.

Knight, Jackson: Patent Strategy For Researchers and Research Managers. John Wiley & Sons1996.

Knight, Jackson: Developing a patent strategy model. I Patent strategies, European Patent Office, München 1996.

Knudsen, Christian: Theories of the Firm, Strategic Management, and Leadership. I Montgomery (red.): Resource-Based and Evolutionary Theories of the Firm: Towards a Synthesis. Kluwer 1995.

Koktvedgaard, Mogens: Immaterialretspostioner – Bidrag till læren om de lovbestemte enerettigheder og deres forhold til den almene konkurrenceret. Juristforbundets forlag 1965.

Koktvedgaard, Mogens: Patentloven med inledning og kommentarer. Juristforbundets forlag 1971.

Koktvedgaard, Mogens & Østerborg, Lise: Patentloven . 2:a upplagan Juristforbundets forlag 1979.

Koktvedgaard, Mogens: Retsbeskyttelse af genteknologisk udvikling af planter og dyr. NIR 1989 s. 119.

Koktvedgaard, Mogens: The Law of Intellectual Property toward Year 2000. Suum cuique – legal studies from the University of Copenhagen Law Faculty. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Gylling 1993.

Koktvedgaard, Mogens: Genteknik och patentret i nordisk og europæisk perspektiv. NIR 1994 s.435.

Koktvedgaard, Mogens & Levin, Marianne: Lärobok i immaterialrätt, femte upplagan. Norstedts Juridik 1997.

Kotabe, Masaaki & Swan, Scott: The Role of Strategic Alliances in High-technology New Product Development. Strategic Management Journal, 1995, vol 16, s. 636.

Krogh, Thomas: Fra Frankfurt til Hollywood – Frankfurterskolen 1930–1945. Aschehoug 1991.

Krueger, Anne: The Political Economy of the Rentseeking Society. The American Economic Review, 1974, vol. 64, no. 3, s. 303.

Kuhn, Thomas: De vetenskapliga revolutionernas struktur. Doxa 1979. (Originalet från 1962.)

Kuhn, Thomas: Logic of Discovery or Psychology of Research? I Lakatos & Musgrave (red): Criticism and the Growth of Knowledge. Proceedings of the International Colloquium in the Philosophy of Science, London 1965, vol.4. Cambridge University Press, omtryckt utgåva 1981.

Larsson, Mats: En svensk ekonomisk historia 1850–1985. SNS Förlag 1991.

Lauridsen, Preben Stuer: Studier i retspolitisk argumentation. Juristforbundets forlag 1974.

Levin, Marianne: Immaterialrättsliga skiljevägar. I Rosén (red): Lex ferenda, rättsvetenskapliga studier av forskare vid Stockholms universitet. Juristförlaget 1996

Levin, Klevorick, Nelson & Winter: Appropriating the Returns from Industrial Research and Development. Brookings Papers on Economic Activity 3:1987 s. 783.

Lieberman, Marvin & Montgomery, David: First-Mover Advantages: Strategi Management Journal, 1988, vol.9, s. 41.

Liedman, Sven-Eric: Motsatsernas spel – Friedrich Engels filosofi och 1800-talets vetenskap. Andra rev upplagan. Arkiv förlag. Lund 1983.

Liedman, Sven-Eric: Från Platon till Reagan – De politiska idéernas historia. Bonniers 1986.

Liedman, Sven-Eric & Olausson, Lennart (red): Ideologi och Institution. Om forskning och högre utbildning 1880–2000. Carlssons Bokförlag 1988.

*Lindström, Göran:*Teknikköp – en introduktion. I Svensson (red): Att köpa teknik – handbok för licenstagare. SIND 1984:4, STU nr 392 1984.

Ljungman, Seve: Anmälan av Mogens Koktvedgaard: Immaterialretspositioner. SvJT 1968 s. 640.

Ljungman, Seve: Industriellt Rättsskydd, andra upplagan. Stiftelsen Juristförlaget vid Stockholms universitet 1978.

Locke, John: Two Treatises of Government. A critical edition with an introduction and apparatus criticus by Peter Laslett. Cambridge University Press 1980 (originalet från 1689).

Luhmann, Niklas: A sociological theory of law. Routledge & Kegan 1985. (Originalet från 1972).

Luhmann, Niklas: The Self-reproduction of Law and its Limits. I Teubner (red): Dilemmas of Law in the Welfare State. Walter de Gruyter & Co 1985.

Luhmann, Niklas : Operational closure and structural coupling: The differentiation of the legal system. Cardozo Law Review. Volume 13 Number 5 March 1992 s. 1419.

Lundberg, Lars: Internationell konkurrens och omvandling. En studie av internationell konkurrenskraft och strukturomvandling i svensk industri. Tidens förlag 1988.

Lundell, J: Några anmärkningar om Uppfinningspatenter. Juridiska föreningens tidskrift fjerde häftet 1852.

Lundstedt, Vilhelm: Principinledning – Kritik av straffrättens grundåskådningar. Appelbergs boktryckeri 1920.

Lundstedt, Vilhelm: Grundläggning av en ny rättsvetenskap – reflektioner i anledning av Hägerströms senaste verk. SvJT 1928 s. 460.

Lundstedt, Vilhelm: Obligationsbegreppet. Senare delen. Första häftet. A.-B. L Norblads bokhandel 1930.

Lundstedt, Vilhelm: Är det metafysik att beakta samhällets intressen i rättsvetenskapen? Svar till doktor Ross. SvJT 1932 s 537.

Lundstedt, Vilhelm: Beaktandet av samhällsnyttan inom juridiken. Ett genmäle. SvJT 1933 s 121.

Lundstedt, Vilhelm: Det Hägerström-Lundstedtska misstaget. Hugo Gebers förlag 1942.

Lundstedt, Vilhelm: Har rättsvetenskapen behov av rättsideologi? I Olivecrona, Grundtankar hos Hägerström och Lundstedt, se nedan. Ursprungligen tryckt 1943.

Lundstedt, Vilhelm: Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen. Strikt ansvar. Band 1. A.-B. L. Norrblads bokhandel 1944.

Lundstedt, Vilhelm: Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen. Strikt ansvar. Band II:2. Almqvist & Wiksell 1953.

Lynn, Leonard H: Technology Transfer to Japan: What We Know, What We Need to Know, and What We Know That May Not be So. I Rosenberg & Frischtak (red): International Technology Transfer – Consepts, Measures and Comparisons. Praeger 1985.

Machlup, Fritz: The Optimum Lag of Imitation Behind Innovation. Nationaløkonomisk Tidskrift, Festskrift til Frederic Zeuthen, 1958, vol.96 s. 239.

Machlup, Fritz & Penrose, Edith: The Patent Controversy in the Nineteenth Century. The Journal of Economic History, 1950, vol. x, no.1. s. 1.

Machlup Fritz: An Economic Review of the Patent System. Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks and Copyrights of the Committee on the Judiciary United States Senate, 85th Congress, 2d Session, 1958.

Mansfield, Schwartz & Wagner: Imitation Costs and Patents: An Emperical Study. The Economic Journal, vol. 91, 1981, s. 907.

Mansfield, Edwin: How Rapidly Does New Industrial Technology Leak Out? The Journal of Industrial Economics, 1985, vol. XXXIV, no.2, s. 217.

Mansfield, Edwin: Unauthorized Use of Intellectual Property: Effects on Investment, Technology Transfer, and Innovation. I Wallerstein, Mogee Schoen (red): Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology. National Research Council. National Academy Press 1993.

Marc-Wogau, Konrad: Studier till Axel Hägerströms filosofi. Prisma 1968.

Marcuse, Herbert: Den endimensionella människan – Studier i det avancerade industrisamhällets ideologi. Aldus/Bonniers 1969. (Originalet från 1964).

Marx, Karl: Den tyska ideologin. I Karl Marx Människans Frigörelse – Ett urval av Karl Marx skrifter av Sven-Eric Liedman. Aldus 1970. (Originalet från 1845–46).

Marx, Karl: Filosifins elände – svar på Prodhouns "eländets filosofi". Arbetarkulturs Förlag 1949. (Orginalupplagan från år 1847.)

Marx, Karl: Till kritiken av den politiska ekonomin, Arbetarkulturs Förlag 1970. (Orginalupplagan från år 1859.)

Marx, Karl: Kapitalet – Kritik av den politiska ekonomin. Första boken – Kapitalets produktionsprocess. Bo Cavefors bokförlag/Clarté 1974. (Originalet från 1867).

Marx, Karl: Kapitalet – Kritik av den politiska ekonomin. Tredje boken – Den politiska ekonomins totalprocess. Bo Cavefors bokförlag/Clarté 1973. (Originalet från 1894, utgivet av Engels.)

Marx, Karl: Människans frigörelse – Ett urval ur Karl Marx skrifter av Sven-Eric Liedman. Aldus/Bonniers 1971.

Mathiesen, Thomas: Rätt, samhälle och politisk handling. P.A. Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1980.

Mayer, Colin: Corporate Governance, Competition and Performance. Journal of Law and Society, vol 24, nr 1, mars 1997.

Mercuro, Nicholas & Medema, Steven: Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism. Princeton University Press 1997.

Merges, Robert & Nelson, Richard: On the Complex Economics of Patent Scope. Columbia Law Review, 1990, vol.90, no.4, s. 839.

Merges, Robert P: Uncertainty and the Standard of Patentability. High Technology Law Journal, vol. 7:1, 1992, s.1.

Merges, Robert & Nelson, Richard: Market Structure and Technical Advance: The Role of Patent Scope Decisions. I Jorde & Teece: Antitrust, Innovation and Competitiveness. Oxford University Press 1992.

Mill, John Stuart: Principles of Political Economy, Books IV and V. Penguin Books 1985. (Originalet från 1848.)

Mogee, Mary: Using Patent Data for Technology Analysis and Planning. Research Technology Management, 1991, vol 34, no.4, s. 43.

Moi, Toril. Att erövra Bourdieu. Kvinnovetenskaplig tidksrift nr 1 1994 årg. 15.

Månson, Per: Från Marx till marxism – en studie av Karl Marx och marxismens framväxt. Röda Bokförlaget, Göteborg 1987.

Nadiri, Ishaq: Innovationer och tekniksprinding. Expertrapport nr 10 till Produktivitetsdelegationen, SOU 1991:82.

Narin, Smith & Albert: What patents tell you about your competition. Chemtec, 1993 February, s. 52.

Narin, Francis: Technology Indicators and Corporate Strategy. Review of Business, 1993, vol.14, no.3, s. 19.

National Research Council: Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technolgy i introduktionen s. 25 (1993). I Wallerstein, Mogee Schoen (red): Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology. National Research Council. National Academy Press 1993.

Nelkin, Dorothy: Science as Intellectual Property – Who Controls Research? AAAS Series on Issues in Science and Technology. Macmillan Publishing 1984.

Nelsen, Lita: The Rise of Intellectual Property Protection in the American University. American Association for the Advancement of Science, 1998, vol. 279, s. 1460.

Nelson, Alvar: Rättsvetenskapen i dagens samhälle. I Festskrift till Karl Olivecrona. PA Norstedt & Söner 1964.

Nelson, Richard: The Simple Economics of Basic Scientific Research. Journal of Political Economy, 1959, s. 297.

Nelson, Richard & Winter, Sidney: An Evolutionary Theory of Economic Change. Harvard University Press 1982.

Nelson, Richard: Economic Growth via the Coevolution of Technology and Institutions. I Leydesdorff & Besselaar (red): Evolutionary Economics and Chaos Theory. Pinter Publishers 1994.

Nelson, Richard: National Innovation Systems. I Dosi & Malerba (red.): Organization and Strategy in the Evolution of the Enterprise. Macmillan Press 1996.

Neumeyer, Fredrik: Patent i omvandling, en översikt över svenska och internationella patentfrågor. Studieförbundet Näringsliv och Samhälle 1977.

Nial, Håkan: Svensk associationsrätt i huvudrag. Tredje upplagan. P.A. Norstedt & söners förlag 1985.

Nordell, Per Jonas: Rätten till det visuella. Rättsvetenskapliga biblioteket nr 5, Stockholms Universitet 1997.

Nordhaus, William: The Optimal Life of a Patent. Cowles Foundation Discussion Paper No. 241. New Haven: Cowles Foundation for Research in Economics , 1967.

North, Douglass & Thomas, Robert: Västerlandets uppgång, Europas ekonomiska historia 900–1700. SNS 1993.

North, Douglass: Institutionerna, tillväxten och välståndet. Studieförbundet. Näringsliv och samhälle 1993.

North, Douglass: The Evoluton of Effecient Markets in History. ewp-eh/ 9411005

North, Douglass: Where have we been and where are we going? ewp-eh/9612001.

North, Douglass: Economics and Cognitive Science. ewp-eh/9612002

North, Douglass: Institutions, Organizations and Market Competition. ewp-eh/9612005.

NUTEK: Näringslivets utveckling till 2004 – tillväxt eller stagnation. Bilaga 3 till LU 92.

NUTEK: FoU-samarbete inom EG, svenska erfarenheter från BRITE/EURAM. NUTEK R 1992:48.

OECD: Patents, Invention and Innovation, A review of the Papers Present on the worskshop on Patent and Innovations statistiscs 28–30th June 1982.

OECD: Competition Policy and Intellectual Property Rights. Paris 1989.

Ohlin, Bertil: Handelns teori. Centraltryckeriet Stockholm 1924.

Ohlsson, Lennart & Vinell, Lars: Tillväxtens drivkrafter, en studie av industrins framtidsvillkor. Industriförbundet förlag 1987.

Ohlsson, Lennart: Förnyelsepolitiken och riskkapitalet. Industriförbundet förlag 1991.

Ohlsson, Lennart: Sverige som innovativ industrimiljö, en idéskrift om framtiden. Sveriges industriförbund. Industrilitteratur 1993.

Ogus, Anthony: Regulation – Legal Form and Economic Theory. Clarendon Press 1994.

Olivecrona, Karl: Till frågan om rättsvetenskapens problemställning TfR 1927 s. 328.

Olivecrona, Karl: Om lagen och staten. C.W.K Gleerup. Lund 1940.

Olivecrona, Karl: Rätt och dom. P.A Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1966.

Olivecrona, Karl: Grundtankar hos Hägerström. Juridiska Föreningen i Lund 1972.

Olivecrona, Karl: Rättsordningen, andra upplagan. Liber Läromedel 1981. (Första upplagan 1966, andra upplagan 1976.)

Olsson, Henrik: Patentability and Computer Software in the USA and Europe. Chalmers University of Technology, Department of Innovation Engineering and Management, Chalmers Reproservice 1996.

Oppenländer, Karl Heinrich: The Implication of Patent Rights for Corporate Innovation Policies in the Future European Single Market. I Täger & Witzleben (red.): Strategies for the Protection of Innovation. Proceedings of hte First European Congress on Industrial Property Rights and Innovation. Kluwer Academic Publishers 1990.

Ordover, Janusz: A Patent System for Both Diffusion and Exclusion. Journal of Economic Perspectives, vol. 5, nr. 1, 1991, s. 43.

Ost, François & van de Kerchove, Michel: Creation and Application of Law: A Circular Structure? I Frändberg & Van Hoecke (red): The Structure of Law. Proceedings of the 2nd Benelux-Scandinavian Symposium in Legal Theory, Uppsala, 1986. Iustus Förlag, Göteborg 1987.

Ost, Francois: Law, Technology and the Environment: a challange to the great dichotomies in western rationality. Challanges to Law at the end of the 20th Century band II. 17th IVR World Congress, Bologna 1995.

Paine, Lynn Sharp: Trade Secrets and the Justification of Intellectual property: A comment on Hettinger. Philosophy and Public Affairs, 1991, vol. 20, s. 247.

Pakes, Ariel: Patents as Options: Some Estimates of the Value of Holding European Patent Stocks. Econometrica, 1986 , vol. 54, no.4, s. 755.

Pavitt, Keith: Technology Transfer among the The Industrially Advanced Countries: An overview. I Rosenberg & Frischtak (red): International Technology Transfer – Consepts, Measures and Comparisons. Praeger 1985.

Peczenik, Aleksander: Rätten och förnuftet. Norstedts 1986.

Peczenik, Alexander: Rätten och förnuftet, andra upplagan. Norstedts 1988.

Peczenik, Aleksander: Vad är rätt. Fritzes 1995.

Peczenik, Aleksander: Rättsvetenskapen – normativ eller deskriptiv? I Ånd og rett. Festskrift til Birger Stuevold Lassen. Universitetsforlaget. 1997.

Petersen, Hanne: Reclaiming 'Juridical Tact'? Observation and Reflections on Cosoms and Informal Law as (pluralist) Sources of Polycentric Law. I Petersen & Zahle (red): Legal Polycentricity – Concequences of Pluralism in Law. Dartmouth 1995.

Petraf, Margaret: The Cornerstones of Competitive Advantage: A Resource-Based View. Strategic Management Journal, 1993, vol.14, s. 179.

Piatier, A: Barriars to Innovation. A study carried out for the Commission of the European Communities. Frances Pinter Publishers 1984.

Pihlajamäki, Heikki: Den rättsliga formalismen och kritiken av den. En rättsjämförande granskning av den finska rättsvetenskapen under 1900-talets första decennier. Retfaerd nr 78 (1997).

Plant, Arnold: The Economic Theory Concering Patents for Inventions. Economica, 1934, no. 1, s. 30.

Porter, Michael: Konkurrensstrategi – Tekniker för att analysera branscher och konkurrenter, andra upplagan. ISL Förlag 1991. En översättning av Competive Strategi, Techniques for Analyzing Industries and Competitors, 1980.

Porter, Michael: The competitive advantage of nations. Macmillan 1990.

Posner, Richard: The Problems of Jurisprudence. Harvard University Press 1990.

Posner, Richard: Economic Analysis of Law, fourth edition. Little, Brown, 1992.

Posner, Richard: Overcoming Law. Harward University Press 1995.

Priest, George: Cartels and Patent License Arrangements. The Journal of Law and Economics, 1977, vol.20, s. 309.

Privatjänstemannakartellen: Arbetstagaruppfinningar – en handledning 1984.

Pöyhönen, Juha:: Den engelska sammanfattningen till Sopimuikeuden järjestelmä ja sopimusten sovttelu. Suomalainen lakimiesyhdistys 1988

Rahn, Gunram: Patent strategies of Japanese companies. I Patent strategies, European Patent Office, München 1996.

Ratmann, George: Biotechnology Case Study. I Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology. National Research Council. Washington, D.C. 1993.

Rawls, John: A Theory of Justice. Oxford University Press, utgiven första gången 1972.

Rigné. E, M: Kunskaps- och vetenskapssociologi. I Månson (red): Moderna samhällsteorier, tredje upplagan. Prisma 1993.

Ricardo, David: On the Principles of Political Economy and Taxation, tredje upplagan från år 1821. I The Works and Correspondence of David Ricardo. Cambridge at the University Press 1953.

Riis, Thomas: Ophavsret og retsøkonomi – Immaterielle goder i kulturøkonomisk belysning. Gadjura 1996.

Rockmore, Tom: Habermas on historical materialism. Indiana University Press 1989.

Rodhe, Knut: Handbok i sakrätt. P.A. Norstedt & söners förlag 1985.

Roos, Carl Martin: Varför rättsekonomi? TfR 1993 s. 227.

Rosén, Jan: Förlagsrätt, rättsfrågor vid förlagsavtal. Juridiska fakulteten i Stockholm; skriftserien nr 23. Juristförlaget 1989.

Rosenberg, Nathan: Models Incorporating Technology Factor, comments. I Vernon (red): The Technology Factor in International Tra-

de. Columbia Univ. Press for the National Bureau of Economic Research 1970.

Rosenberg, Nathan: Technology and American Economic Growth. Sharpe 1972.

Rosenberg, Nathan & Mowery, David: Technology and the pursuit of Economic growth. Cambridge University Press 1989.

Rosenberg, Nathan: Why do firms do basic research (with their own money)? Research Policy 19, 1990, s. 165.

Rosenberg, Nathan & Birdzell, L E Jr: Västvärldens väg till välstånd. SNS 1991.

Rosenberg, Nathan: Science–Technology–Economy Interactions. I Granstrand (red): Economics of Technology. North-Holland 1994.

Ross, Alf: Realismen i retsvidenskaben og samfundnyttekimæren. SvJT 1932 s. 324.

Ross, Alf: Samfundsnytteprincippet. Gensvar til professor Lundstedt. SvJT 1933 s. 115.

Ross, Alf: Virkelighed og gyldighed i retslæren – En kritik af den teoretiswke retsvidenskabs grundbegreber. Levin & Munksgaard, København 1934.

Ross, Alf: Ejensdomsret och ejendomsovergang. Levin & Munksgaard. København 1935.

Ross, Alf: Ophavsrettens grundbegreber. TfR 1945 s.321.

Ross, Alf: Towards a Realistic Jurisprudcens – A Criticism of the Dualism in Law. Munksgaard 1946.

Ross, Alf: Tü-Tü. I Festskrift for Henry Ussing. Juristforbundet 1951.

Ross, Alf: Status i rettighedsdiskussionen SvJT 1953 s. 529.

Ross, Alf: Om ret og retfærdighed. Nyt Nordisk forlag, Arnold Busck a/s. København 1953.

Ross, Alf: Om ret og retfærdighet, 3 upplagan. Nyt Nordisk forlag, Anrold Busck a/s Danmark 1971.

Rottleuthner, Hubert: Legal Evolution and the Limits of Law. I Aarnio & Tuori (red): Law, Morality and Discursive Rationality. Publications of the department of public law, University of Helsinki. Helsinki 1989.

Roussel, Saad & Erickson: Third Generation R&D – Managing the Link to Corporate Strategy. Harvard Business Scholl Press 1991.

Ryberg, Annika: Sammanfattning av diskussionen rörande genteknik. NIR 1994 s. 471.

Samuelson, Pamela: A Case Study on Computor Programs. I Global Di-

mensions of Intellectual Property Rights in Science and Technolgy. National Research Council. Washington, D.C. 1993.

Samuelson, Paul & Nordhaus, Wiliam: Economics, twelfth edition. McGraw-Hill, Singapore 1985.

Samuelsson, Per: Rättsekonomins uppkomst och inverkan på forskningen SvJT 1997 s. 528.

Sandgren, Claes: Patentlicenser – Studier i licensavtal angående patent, patentansökningar och know-how med särskild hänsyn till amerikansk och tysk rätt. Norstedt, Stockholm 1974.

Sandgren, Claes: Statens stöd till forskning och utveckling. En rättslig undersökning av statens stöd och styrning på FoU-området. Skrifter utgivna av Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms universitet nr 9, 1981.

Sandgren, Claes: En social avtalsrätt? Del I. JT 1992/93 s 456.

Sandgren, Claes: En social avtalsrätt? Del II. JT 1992/93 s 643.

Sandgren, Claes: Utvecklingstendenser inom avtalsrätten. I Sandgren (red): Utvecklingslinjer inom avtalsrätten. Norstedts juridik 1993.

Sandgren, Claes: En social avtalsrätt? – än en gång. JT 1993/94 s 929.

Sandgren, Claes: Forsknings- och utvecklingssamarbete inom EES och EG – Avtal, rättigheter och exploatering. Norstedts juridik 1994.

Sandgren, Claes: Om empiri och rättsvetenskap. Del II. JT 1995/96 s 1035.

Sandgren, Claes: Kunskapssamhället och rättssystemet. I Sandgren (red): Kunskapsföretaget i ett rättsligt perspektiv. Norstedts juridik 1995.

Schaafsma, Paul: Patent Mapping: A Graphical Model of Patent Rights, JPTOS, 1995, s. 953.

Scherer, F M: Industrial Market Structure and Economic Performance RAND Journal of Economics, 1970, s. 381.

Scherer, F M: The Economic Effects of Compulsory Patent Licensing. Monograph Series, In Finance and Economics. New York University Graduate School for Business Administration, Center for the Studies of Financial Institutions. Monograph 1977:2. New York 1977.

Scherer, F M: Pricing, Profits, and Technological Progress in the Pharmaceutical Industry. Journal of Economic Perspectives, vol. 7, no. 3, 1993, s. 97.

Schmidt, Folke: Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen. Festskrift till Per Olof Ekelöf. P.A. Norstedt & Söners förlag 1972.

Schumpeter, Joseph: De ekonomiska doktrinernas historia till sekelskiftet. Natur och kultur 1957.

Schumpeter, Joseph: Business Cycles – A Theoretical, Historical, and Statistical Analysis of the Capitalist Process, vol. 1. MacGraw-Hill Book Company 1939.

Schumpeter, Joseph: Business Cycles – A Theoretical, Historical, and Statistical Analysis of the Capitalist Process, vol. 2. MacGraw-Hill Book Company 1939.

Schumpeter, Joseph: Capitalism, Socialism and Democracy, tredje upplagan. Harper & Brothers 1950.

Scotchmer, Suzanne: Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law. Journal of Economic Perspectives, vol. 5, no. 1, 1991, s. 29.

Sejersted, Francis: Demokratisk kapitalisme. Det Blå Bibliotek, Universitetforlaget 1993.

Shachter, Oscar: Transfer of Technology and Develping Countries. I Hossain (red): Legal Aspecxt of the New International Economic Order. Frances Pinter 1980.

Shapiro, Amram: Respond to the Changing Patent System. Research Technology Management, sept–oct 1990, s. 38.

Shapiro, Carl: Patent Licensing and R & D Rivalry. AEA Papers and Proceedings – Issues in the Economics of R&D, 1985, vol.75, no.2, s. 25.

Sherman, Brad: Governing Science – Patents and Public Sector Research in the United Kingdom. International Review of Industrial Property and Copyright Law, vol. 26, no.1, 1995, s. 15.

Sherman, Brad & Bently, Lionel: The Question of Patenting Life. I Bently & Maniatis: Intellectual Property and Ethics. Sweet & Maxwell 1998.

Sherwood, Robert: Why a Uniform Intellectual Property System Makes Sense for the World. I Wallerstein, Mogee Schoen (red): Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology. National Research Council. National Academy Press 1993.

Siebert, Horst: Europas nya ekonomiska karta. SNS Förlag, Kristianstad 1992.

Simmonds, Nigel E.: Juridiska Principfrågor – Rättvisa, gällande rätt och rättigheter. Norstedts Juridik 1994.

Sjöstrand, Sven-Erik: Om företagsformer. EFI, Ekonomiska forskningsinstitutet vid Handelshögskolan i Stockholm 1993.

Skogh, Göran & Lane, Jan-Erik: Äganderätten i Sverige. Studieförb. Näringsliv och samhälle 1993.

Slagstad, Rune: Norwegian Legal Realism Since 1945. I Victorin (red):

Scandinavian Studies in Law 1991, vol 35. Almqvist & Wiksell International 1991.

Smith, Adam: The Theory of Moral Sentiments. Clarendon Press 1976 (originalet från 1759).

Smith, Adam: Lectues on Jurisprudence. Oxford at the Clarendon Press 1978 (originalet från 1762–1766)

Smith, Adam: An Inquiry into the Nature of the Wealth of Nations. Oxford University Press 1993. (Originalet från 1776).

Smith, Adam: En undersökning av folkens välstånd dess natur och orsaker (översättning med uteslutning av vissa partier), första delen. Gleerups Förlag 1909. (Originalet gavs ut 1776.)

Smith, Adam: En undersökning av folkens välstånd dess natur och orsaker (översättning med uteslutning av vissa partier), andra delen. Gleerups Förlag 1911. (Originalet gavs ut 1776.)

Smith, Adam: Den osynliga handen, Adam Smith i urval. Ratio 1994. (Originalet från 1776).

Smith, Jörgen: Forhandlingene om ny GATT – avtale og dens betydning for det industrielle rettsvern. NIR 1989 s.170.

Smith, R: Management of Corporate Intellectual Property Law Department. AIPLA Bullitin, 1989, s. 817.

Soete, Luc: International Competitiveness, Trade and Technology Policies. I Granstrand (red): Economics of Technology. North-Holland 1994.

Stamm, Otto: Intellectual Property Rights and Competitive Strategy. A Multinational Firm. I Wallerstein, Mogee Schoen (red): Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology. National Research Council. National Academy Press 1993.

Stark, W (red): Jeremy Bentham's Economic Writings, vol 1, The Royal Economic Society 1952.

Statman, Meir: The Effect of Patent Expiration on the Market Position on Drugs. I Helms (red):Drugs and Health – Economic Issues and Policy Objectives. Washington : American Enterprise Institute for Public Policy Research 1981.

Stiglitz, Joseph & Tirole, Jean: Preemption, Leapfrogging and Competition in Patent Races. European Economic Review, 1983, vol. 22, s. 3.

Stjernquist, Per & Widerberg, Karin: Rätten i samhällsbyggandet. P A Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1980.

Strahl, Ivar: Till frågan om rättighetsbegreppet TfR 1946 s. 204.

Strahl, Ivar: Till frågan om rättighetsbegreppet, TfR 1947 s. 481.

Straus, Joseph: The present state of the patent system in the European Union – as compared with the situation in the United States of America and Japan. Luxembourg Office for Official Publications of the European Communities, 1997.

Stray Ryssdal, A C: Legal Realism and Economics as Behaviour – A Scandinavialn Look at Economic Analysis of Law. Juridisk § Forlag 1995.

Strömholm, Stig: En märklig metodlära SvJT 1969 s. 652.

Strömholm, Stig: Upphovsrättens verksbegrepp. P A Norstedt & Söners Förlag 1970.

Strömholm, Stig: Anm. av festskrift tillägnad Karl Olivecrona. SvJT 1964 s. 340.

Strömholm, Stig: Har juridiken en framtid? SvJT 1975 s. 593

Strömholm, Stig: Idéer och tillämpningar. Studier i allmän rättslära. P.A. Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1978.

Strömholm, Stig: Rätt, rättskällor och rättstillämpning. Tredje upplagan. Norstedts. Stockholm 1988.

Strömholm, Stig: Europa och Rätten. Natur och kultur 1991.

Strömholm, Stig: Är rättspraxis annat och mera än en riktig eller oriktig tillämpning av den juridiska doktrinen? TfR 1991 s 3.

STU: Effektivare innovationsprocess, förutsättningar och förslag. STU-info 767–1990.

Suchman, Mark: Uppfinningar och ritualer: anteckningar om sambandet mellan magi och intellektuell egendom i skriflösa samhällen. I Idéer om ägande. Vol. 7 i Tidens idéserie. Tidens förlag 1994.

Sundberg, Jakob: fr. Eddan t. Ekelöf. Repetitorium om rättskällor i Norden. Andra oförändrade upplagan. Juristförlaget 1990.

Sundby, Nils Kristian: Om normer. Universitets forlag 1974.

Sunstein, Cass R: After the Rights Revolution. Harvard University Press 1990.

Svensson, Eva-Maria: Genus och rätt – en problematisering om rätten. Iustus förlag 1997.

Sölvell, Zander & Porter: Advantage Sweden. Norstedt 1991.

Sörlin, Sverker: De lärdas republik. Om vetenskapens internationella tendenser. Liber-Hermods 1994.

Taylor, C T & Silberston, Z A: The economic impact of the Patent System – A Study of the British Experience. Cambridge at the University Press.

Teece, David: Profiting from technological innovation: Implications for integration, collaberation, licensing and public policy. Research Policy 15, 1986, s.285.

Tesfaye, Besrat: Determinants of entrepreneruial processes, a case study of tehnology-based spinn-off company formations. Stockholm University, Department of Business Administration 1993.

Teubner, Günther: Refleksiv ret. I Born, Redsdorff, Hansen & Hansson: Relexiv Ret. Nyt fra samfundsvidenskaberne 1988. (Originalet från 1982).

Teubner, Gunther: After Legal Instrumentalism? – Strategic Models of Post-Regulatory Law. I Teuber (red): Dilemmas of Law in the Welfare State. Walter de Gruyter 1986.

Teubner, Gunther: The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralisms. Cardozo Law Review. Volume 13 Number 5 March 1992 s. 1443.

Teubner, Günther: Law as an Autopoietic System. Blackwell. Oxford 1993.

Teubner, Gunther: 'Global Bukowina' – Legal Pluralism in the World Society. I Teubner (red): Global Law without a State. Studies in Modern Law and Policy. Dartmouth 1997.

Tillberg, Joanna: Mönsterskydd i Europa – Kommissionens ändrade förslag NIR 1996 s. 163.

Tolonen, Hannu: Några synpunkter på den skandinaviska rättsrealismen. Retfaerd nr 53 1991.

Tomlinson, Jim: Hayek and the market. Pluto Press 1990.

Trubek, David: Critical Legel Studies and Empiricism. I Daintith & Teubner: Contract and Organisation – Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory. Walter de Gruyter 1986.

Tsoukas, Haridimos: The Firm as a Distributed Knowledge System: A Constructionist Approach. Strategic Management Journal, 1996, vol. 17, s. 11.

Tuori, Kaarlo: Två tolkningar av rättens evolution. Retfærd nr 36 1987.

Tuori, Kaarlo: Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin. I Tuori (red): Rättsdogmatikens alternativ. Juridica. Tammerfors 1988.

Tuori, Kaarlo: Kant och rättsvetenskapens tidlöshet. Retfærd nr 77 1997.

Tyson, Laura: Who's Bashing Whom? – Trade Conflict in High-Technology industries. Institute for International Economics, Washington DC 1992.

Täger & von Witzleben (red): Strategies for the Protection of Innovation, Proceeding of the First European Congress on Industrial Property Rights and Innovation. Kluwer Academic Publishers 1990.

Täger, U Ch: Patent Protection as a Determining Factor in the Process of Innovation s.s. 301–311 (1990). I Täger & von Witzleben (red):

Strategies for the Protection of Innovation, Proceeding of the First European Congress on Industrial Property Rights and Innovation. Kluwer Academic Publishers 1990.

Töllborg, Dennis: Personalkontroll. En ideologikritisk studie kring den svenska personalkontrollkungörelsen. Symposion Bokförlag & Tryckeri AB. Stockholm/Lund 1986.

Töllborg, Dennis: Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken. JT 1995/96 s. 354.

Töllborg, Dennis: Att ersätta en ideologi med en annan. I Hydén: Rätten som instrument för social förändring. Liber 1982.

Törnebohm, Håkan: Forskning om forskning. I Bärmark (red): Forskning om forskning eller konsten att beskriva en elefant, Natur och kultur 1984.

UNCTAD's Committee on Transfer of Technology: The Role of Patent System in the Transfer of Technology. Dokument TD/B/C.6/8 (1975).

UNCTAD: The TRIPS Agreement and Developing Contries, 1997.

Undén, Östen: Översikt över den svenska patenträtten. C.W.K. Gleerups Förlag 1915.

United Nations: Intellectual property rights and foreign direct investment. New York 1993.

Uggla, Claës: Anmälan av Jacobsson m.fl., Patentlagstiftningen. NIR 1982 s.53.

Walsh, James & Ungson, Gerardo Rivera: Organizational Memory. Acedamy of Management Review, 1991, vol. 16, no. 1, s. 57.

Walterscheid, Edward C: The Early Evolution of the United States Patent Law: Atecedents, Part 1. Journal of the Patent and Trademark Office Society, vol 76, no.9, 1994, s. 697.

Walterscheid, Edward C: The Early Evolution of the United States Patent Law: Atecedents, Part 2. Journal of the Patent and Trademark Office Society, vol 76, no.11, 1994, s.849.

Van Hoecke, Mark & Ost, François: Epistimological Perspectives in Legal Theory. Ratio Juris, vol. 6, no. 1, 1993.

Wasserstrom, Richard: A The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification. Stanford University Press. Stanford, California 1961.

Weber, Samuel: The Patent Battle Takes an Ugly Turn. Electronics, februari 1991, s. 51.

Veblen, Thorstein: The Theory of the Leissure Class – An Economic Study of Institutions. Unwin Books 1970. (Originalet från 1899).

Veblen, Thorstein: The Place of Science in Modern Civilisation and Other Esseys. Russell & Russel 1961.

Welinder, Carsten: Jurisprudensen inför den ekonomiska utvecklingen s.432, SvJT 1939 s. 431.

Wennström, Bo: The lawyer and language. Iustus 1996.

Vernon, Raymond (red): The Technology Factor in International Trade. Columbia Univ. Press for the National Bureau of Economic Research 1970.

Westlander, Olle & Törnroth, Lennarth: Patent – Allmänna domstolars praxis åren 1983–1991. Juristförlaget 1995.

Wheelwright, Steven: Restoring the Competitive Edge in U.S. Manufacturing. I Teece (red): The Competive Challange. Strategies for Industrial Innovation and Renewal. Ballinger Publishing 1987.

Wieselgren, Sigfrid: Om den immateriella eganderäten del 2. NJA Afd II 1883 Nr 5.

Wiethölter, Rudolf: Social Science in Economic Law. I Daintith & Teubner: Contract and Organisation – Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory. Walter de Gruyter 1986.

Wilhelm, Walter: Den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet. Juristförlaget 1989.

Wilhelmsson, Thomas: Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna lärorna. Retfærd nr 33 1986.

Wilhelmsson, Thomas: Social civilrätt. Juristförbundets förlag. Helsinki 1987.

Wilhelmsson, Thomas: En social avtalsrätt? – Några kommentarer. JT 1993/94 s. 499.

Williamson, Oliver: Organizational Forms and Internal Efficiency – Markets and Hierarchies: Some Elementary Considerations. American Economic Association, 1973, vol.63, no.2, s.316.

Williamson, Oliver: Transaction-cost Economics – The Governance of Contractual Relations. The Journal of Law and Economics, 1979, vol.22, no.2 s. 233.

Williamson, Oliver: Antitrust, Licenses and the Uses of Transaction Cost Economics Reasoning. I Jorde & Teece: Antitrust, Innovation and Competitiveness. Oxford University Press 1992

Williamson, Oliver: The Mechanism of Governance. Oxford University Press 1996.

Wohlert, Claus: The Introduction of the Bessemer Process in Sweden. I Bruland, Kristine (red): Technology transfer and Scandinavian Indu-

strialisation. Berg Publishers 1991.
von Hippel, Eric: Cooperation between rival: Informal know-how trading. Research Policy, vol. 16, 1987, s. 291.
von Witzleben, Alexander: The history of the First European Conference on Industrial Property Rights and Innovation. I Täger & von Witzleben (red): Strategies for the protection of innovations, Patinova 90. Kluwer Academic Publishers 1991.
von Wright, Georg Henrik: Vetenskapen och förnuftet. Månpocket 1992. (Orginalupplagan utkom 1986.)
von Wright, Georg Henrik: Myten om framsteget. Tankar 1987–1992 med en intellektuell självbeografi. Bonniers 1993.
von Wright. Georg Henrik. Att förstå sin samtid. Tanke och förkunnelse och andra försök. Bonniers 1994.
Zahle, Henrik: The Polycentricity of the Law or the Importance of Legal Pluralism for Legal Dogmatics. I Petersen & Zahle (red): Legal Polycentricity – Concequences of Pluralism in Law. Dartmouth, Aldershot 1995.
Zysman, John: Institutions and Economic Development. I Dosi & Malerba (red): Organization and Strategy in the Evolution of the Enterprise. Macmillan Press 1996.

Offentligt tryck m.m

Propositioner

Proposition 1966:40 Förslag till patentlag m.m.
Proposition 1977/78:1 . Del A Ändringar i patentlagen m. m.
Proposition 1982/83:67 Budapestöverenskommelsen
Proposition 1983/84:107 Om forskning
Proposition 1989/90: 90 Om forskning
Proposition 1992/93:170 Forskning för kunskap och framsteg.
Proposition 1993/94:22 Tilläggsskydd för läkemedel m.m.
Proposition 1994/95:35 Del A Sveriges anslutning till Världshandelnsorganisation m. m.

Offentliga utredningar

Patentlagstiftningskommitténs betänkande VI 1919. Förslag till Lag om patent m m.

Nordisk utredningsserie 1963:6 Nordisk patentlovgivning.
SOU 1981:21 Internationellt patentsamarbete, betänkande av Patentpolicykommittén
SOU 1984:88 Genetisk integritet, betänkande av Gen-etikkommittén
Ds Fi 1986:15 Regleringar och teknisk utveckling, rapport till expertgruppen för studier i offentlig ekonomi
SOU 1990: 30 Översyn av upphovsrättslagstiftningen
SOU 1990:44 Demokrati och makt i Sverige
SOU 1991:82 Drivkrafter för produktivitet och välstånd
SOU 1992:82 Genteknik – en utmaning, betänkande av Genteknikberedningen.
Ds 1992:97 Forskningens utmaningar.
Ds 1992:109 R&D for Swedish Industrial Renewal – a study for policy makers and industry stategists
SOU 1993:84 Innovationer för Sverige, betänkande av Innovationsutredningen
SOU 1994:6 Sverige och Europa. En samhällsekonomisk konsekvensanalys

EU-källor

Intellectual Property Rights and Standardization, COM (92) 445.
Growth, Competitiveness, Employment – The Challenges and Ways Forward into the 21st Century. EU Bull. suppl. 94:2.
Grönbok om innovation, Europeiska unionens bulletin, tillägg 5/95.
The Protection of Utility Models in the Single Market, COM (95) 370.
Proposal for a European Parliament and Council Directive on the legal protection of biotechnological inventions, COM (95) 661 final.
Kommissionens rapport till arbetsgruppen, regeringskonferensen 1996. Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer, Bryssel 1995.
Grönbok om gemenskapspatentet och patentsystemet i Europa, KOM(97) 314 slutlig.

ULF PETRUSSON

Patent och industriell omvandling

Under det senaste decenniet har intresset för patentinstitutet och dess strategiska betydelse ökat markant. Det har blivit alltmer uppenbart att patent utgör såväl viktiga tillgångar som väsentliga strategiska medel i strävan efter högteknologisk konkurrenskraft. Denna insikt kan ses som resultatet av en omvandlingsprocess där näringslivet blivit alltmer kunskapsorienterat och det därför blivit så mycket viktigare att kontrollera kunskap. Omvänt kan vi se marknadernas omvandling mot kunskap- och teknikmarknader som det strukturella resultatet av en ökad strategisk medvetenhet om patentinstitutets kommersiella möjligheter. Den samlade bilden är att det marknadsekonomiska systemet alltmer omvandlas till ett licensstyrt system där företagens förmåga att kontrollera ny kunskap framstår som avgörande för deras konkurrenskraft. Denna omvandling ställer i sin tur nya krav på såväl patentinstitutet som annan marknadsreglering.

I denna studie analyseras patentinstitutet och dess funktion för industrisamhällets omvandling. Huvudsyftet är att öka förståelsen för hur patentinstitutet, och de föreställningar på vilket det vilar, interagerar med den tekniska och industriella utvecklingen. Denna strävan innebär inte bara ett ifrågasättande av de teoretiska föreställningarna om patentinstitutet inom rättvetenskapen och nationalekonomi, utan också ett mer övergripande ifrågasättande av föreställningarna om rätten och om hur rätten interagerar med den alltmer kunskapsorienterade marknadsekonomin.

Författaren *Ulf Petrusson* är verksam som forskare och lärare vid Juridiska institutionen, Göteborgs Universitet och vid sektionen för teknikens ekonomi och organisation, Chalmers tekniska högskola.

ISBN 91-39-00404-X

NORSTEDTS JURIDIK AB NJ

BESTÄLLNINGAR: NORSTEDTS JURIDIK AB · KUNDSERVICE · BOX 6454 · 113 82 STOCKHOLM
FAX 08-690 90 30 · TEL 08-690 96 96 · VÄXEL 08-690 91 00
E-POST: KUNDSERVICE.NJAB@LIBER.SE