



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Daniel Holmdahl

Robot eller människa, vad spelar det för roll?
En undersökning av kravet på mänskligt skapande inom upphovsrätten, i ljuset
av kreativ artificiell intelligens

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ulrika Wennersten

Termin för examen: Period 1 HT2018

Innehållsförteckning

SUMMARY	I
SAMMANFATTNING	II
FÖRORD	III
1 INLEDNING	1
1.1 BAKGRUND OCH SAMHÄLLSRELEVANS	1
1.2 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR	4
1.3 AVGRÄNSNINGAR	5
1.4 METOD OCH MATERIAL	6
1.5 DISPOSITION	11
1.6 BEGREPP	11
2 ÖVERSIKTLIGT OM FENOMENET AI	12
2.1 VAD ÄR AI?	12
2.2 VARFÖR ÄR AI INTRESSANT UR ETT JURIDISKT PERSPEKTIV?	14
3 UPPHOVSRÄTTENS MOTIV SAMT ARGUMENT FÖR OCH EMOT ETT OMFATTANDE SKYDD ...	17
3.1 ALLMÄNT	17
3.2 ARGUMENT FÖR EN OMFATTANDE UPPHOVSRÄTT	19
3.2.1 <i>Inledning</i>	19
3.2.2 <i>Naturrättsliga argument</i>	20
3.2.3 <i>Belönningsteorin</i>	20
3.2.4 <i>Incitamentsteorin</i>	21
3.2.5 <i>Neoliberal ekonomiska argument</i>	21
3.2.6 <i>Demokratiska argument</i>	22
3.2.7 <i>Argument för den ideella rätten</i>	23
3.3 ARGUMENT EMOT EN OMFATTANDE UPPHOVSRÄTT	24
3.3.1 <i>Inledning</i>	24
3.3.2 <i>Upphovsrätten begränsar kreativitet</i>	24
3.3.3 <i>Upphovsrätten skapar felaktiga incitament och reducerar mångfalden</i>	26
3.4 DELANALYS	27
4 UPPHOVSRÄTTENS OBJEKT OCH SUBJEKT	28
4.1 ALLMÄNT	28

4.2	SÄRSKILT OM SKYDDSOBJEKTET	29
4.2.1	<i>Inledning</i>	29
4.2.2	<i>Den nordiska verksdebatten</i>	29
4.2.3	<i>Originalitetskravet</i>	31
4.3	SÄRSKILT OM SKYDDSSUBJEKTET	48
4.3.1	<i>Inledning</i>	48
4.3.2	<i>Skyddssubjektets uppkomst</i>	49
4.3.3	<i>Överlåtande och inskränkning av upphovsrätten</i>	50
4.4	DELANALYS.....	53
5	UPPHOVS RÄTT FÖR AI-ALSTER	58
5.1	ÄR DET I LINJE MED UPPHOVS RÄTTENS MOTIV ATT SKYDDA AI-ALSTER?	58
5.2	FÖRSLAG PÅ LÖSNINGAR	59
5.2.1	<i>Upphovsrätt överhuvudtaget?</i>	60
5.2.2	<i>Upphovsrätt för vem?</i>	68
5.3	DELANALYS.....	75
6	SAMMANFATTANDE ANALYS	78
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	82
	LITTERATUR	82
	ELEKTRONISKA KÄLLOR	91
	FÖRARBETEN	93
	<i>Sverige</i>	93
	<i>EU</i>	94
	RÄTTSFALL	94
	<i>Sverige</i>	94
	<i>EU</i>	94
	<i>Storbritannien</i>	95
	<i>USA</i>	95

Summary

Artificial intelligence (AI) is a growing technological phenomenon that is predicted to, within the near future, be able to create creative works such as novels, artistic pictures, music, and the likes, equivalent in quality to the works of humans. As opposed to the works made by humans, AI-creations will not be protected by copyright, as copyright is limited to things made by humans.

By studying the motives of copyright, the thesis researches why copyright is limited to only protecting human creations. In addition, the thesis poses the question if a limitation to human-made things, as it excludes the works of AI, is in line with the motives of copyright, or if the protection of copyright should be expanded to also include works made by AI.

The thesis focuses mainly on the definition of the object of copyright through the concept of *originality* – the threshold for what is protected by copyright. As *originality*, partly through the EU-harmonized definition, has become synonymous with the work expressing the creator's personality or individuality, AI-works are excluded from copyright protection, even though the quality of works by humans and AI are equal in merit. This raises the question if there is an inherent value to protecting the human-made even if it is indistinguishable from the work of AI?

The natural rights arguments for copyright defend the protection of the human-made on the basis that the work is an extension of the human maker. Because the works of AI are not made by a physical person there are no grounds according to the natural rights argument for granting them copyright protection. However, the incentive theories that promote a cultural enrichment of society could support copyright for AI works. Although AI does not respond to monetary incentives, the human creators of the AI may. Given that AI-works is something that society desires (which several reports suggests it does) and that the creators of creative AI are not motivated to create and use creative AI without copyright protection for AI-works, a widening of copyright protection should be considered.

The thesis also evaluates the options available to extend copyright protection to AI-works, partly using already existing extensions such as neighbouring rights and *sui generis*, partly through widening the concept of *originality* to not only incorporate the human-made. The thesis exemplifies that such widenings of copyright have precedent.

The thesis concludes that if lack of copyright protection results in less creation and use of creative AI, despite it being desirable to society, copyright protection ought to be expanded. Such expansion ought to be a modification of the concept of *originality*, as *originality* today is built upon an obsolete assumption of creativity being something intrinsically human.

Sammanfattning

Artificiell intelligens (AI) är ett växande teknologiskt fenomen som inom en snar framtid spås kunna skapa kreativa verk i form av romaner, konstnärliga bilder, musik, m.m. likvärdiga de verk människor skapar. Till skillnad från mänskoscakade verk kommer AI-alstren inte omfattas av upphovsrätt eftersom upphovsrätten endast skyddar det som skapas av människor.

Genom att studera upphovsrättens motiv undersöks varför upphovsrätten är begränsad till att endast omfatta det mänskoscakade. Dessutom ställs frågan om en begränsning till det mänskoscakade, som utesluter AI-alster från upphovsrättsligt skydd, är i linje med upphovsrättens bakomliggande motiv eller om upphovsrätten bör utvidgas till att också omfatta AI-alster.

Undersökningen fokuserar till stor del på upphovsrättens definition av skyddsobjektet genom originalitetskravet – tröskeln för vad som kan omfattas av upphovsrätten. I och med att originalitetskravet, genom bl.a. det EU-autonoma originalitetskravet, har blivit synonymt med att verket ger uttryck för skaparens personlighet eller individualitet, utesluts AI-alster från upphovsrätten. Detta trots att AI-alstren kan besitta en kvalitet identisk med det som skapas av människor. Följdfrågan blir om det finns ett egenvärde i att enbart skydda det mänskoscakade när dessa verk tekniskt sett inte går att särskilja från AI-alster?

De naturrättsligt inriktade argumenten för upphovsrätten försvarar skyddet av det mänskligt skapade utifrån att verket utgör en förlängning av den skapande personen. Eftersom AI-alster inte är skapade av en fysisk person så finns det enligt de naturrättsliga argumenten inget motiv att skydda det som skapas av AI. Däremot kan incitamentsteorier som förespråkar ett kulturellt berikande av samhället stödja ett upphovsrättsligt skydd för AI-alster. Även om AI inte svarar på ekonomiska incitament så gör eventuellt AI:ns mänskliga skapare det. Givet att AI-kreationerna är något önskvärt (vilket flera rapporter föreslår att det är) och att skaparna av kreativ AI inte motiveras att skapa och använda kreativ AI utan upphovsrätt för AI-alster så bör det övervägas att vidga upphovsrätten.

Undersökningen utvärderar också vilka möjligheter det finns att låta AI-alster omfattas av upphovsrätten, dels genom användning av redan existerande utvidgningar av upphovsrätten genom närstående rättigheter och *sui generis*, dels genom att utvidga originalitetskravet till att inte endast omfatta mänskligt skapande. Undersökningen visar på att sådana utvidgningar av upphovsrätten har företagits tidigare.

Undersökningen konstaterar att om avsaknad av upphovsrätt resulterar i mindre skapande och användning av kreativ AI, trots att sådan AI är önskvärd för samhället, så bör upphovsrätten utvidgas. En sådan utvidgning bör vara en modifiering av originalitetskravet, då originalitetskravet tycks bygga på en föråldrad uppfattning att kreativitet alltid stammar från människor.

Förord

Slutet är likt början – en kall januaridag.

Mellan början och slutet fanns många rikedomar. Med dem bygger jag nu vidare på livet.

Tack,

Ulrika, Lunchgruppen, Repan, Bunkern, vänner och familj. Stine, du gör allting roligare, bättre och mer kärleksfullt, även uppsatsskrivande.

Lund, den 7 januari 2019.

1 Inledning

1.1 Bakgrund och samhällsrelevans

”[E]nligt svensk rätt kan alster tillkomma enbart med stöd av s.k. artificiell intelligens än så länge inte anses vara verk i upphovsrättslagens mening.”¹ Citatet kommer från Olsson och Roséns kommentar till upphovsrättslagstiftningen. Författarnas slutsats har sin grund i att upphovsrätten är begränsad till att ursprungligen endast tillfalla fysiska personer och att endast omfatta det som skapas av människor. Begränsningen går att utläsa i de flesta länders nationella lagstiftning.² I svensk rätt kommer kravet på mänskligt skapande till uttryck framförallt i lydelsen av 1 § lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL), att ”[d]en som skapat ett litterärt eller konstnärligt verk har upphovsrätt till verket”. Också 43 § URL som anger upphovsrättens varaktighet till 70 år efter upphovspersonens död samt det EU-autonoma originalitetskravet, att upphovsrätt ska omfatta alster som *ger uttryck för upphovsmannens egna intellektuella skapelse*, begränsar upphovsrätten till människor. Det senare uttrycket har uttolkats genom EUD:s avgöranden i bl.a. *Infopaq* och *Painer*.³

Begränsningen har i relativt få fall gett anledning till huvudbry, men det har funnits tillfällen då det ansetts oklart huruvida det tilltänkta skyddsobjektet är skapat av människa eller ej. Ett känt exempel från modern tid är apan *Naruto* som tog en selfie med fotografen David Slaters kamera. Slater hävdade upphovsrätt till bilderna i USA men stämdes av organisationen *People for the Ethical Treatment of Animals* (PETA) för upphovsrättsintrång. De menade att bildernas upphovsrätt tillhörde apan *Naruto*. Saken prövades aldrig då *Naruto* saknade talerätt. Domstolen konstaterade dock att en apa p.g.a. att den saknar

¹ Olsson & Rosén, 2016, s. 63.

² Ginsburg, 2002, s. 1063 f.

³ C-5/08 *Infopaq mot Danske Dagblades Forening*, EU:C:2009:465; C-145/10 *Eva-Maria Painer mot Standard VerlagsGmbH m.fl.*, EU:C:2011:798.

talerätt inte heller kan hävda upphovsrätt.⁴ Även diskussionen kring fotografier som konstnärliga uttryck i slutet av 1800-talet⁵ och databaser i slutet av 1900-talet⁶ uppmärksammar frågan om när ett verk kan anses skapat av en människa. En kamera kräver bara ett knapptryck för att producera en bild och en databas kan skapas nästan lika enkelt med hjälp av dagens datorer, utan särskilt mycket hjälp av människor. Är produkterna från kameran och datorn verkligen att anses som skapade av människor? Problemet kan också vara det motsatta, att den mänskliga kopplingen till verket är allt för omfattande. I fallet med filmproduktioner kan det snarare vara svårt att ange till vem av alla människor, som bidrar till filmens tillkomst, som upphovsrätten bör tillskrivas.

Trots gråzonerna om huruvida vissa verk verkligen är skapade av människor eller vilken människa som skapat verket har lagstiftaren, såväl i Sverige som de flesta andra länder, inte behövt göra sig av med kravet på mänskligt skapande. Detta är kanske mycket tack vare upphovsrättsliga underkategorier så som *sui generis* och *närstående rättigheter*, dit lagstiftaren i Sverige har förpassat såväl databaser som bilder utan verkshöjd och producenträtten, med andra ord skapelser utan tydliga inslag av mänskligt skapande som man trots det önskar skydda. Också principen om en låg upphovsrättslig tröskel i förening med ett smalt skyddsomfång har använts när originaliteten hos verket är låg och det mänskliga skapandedraget är svårt att urskilja men man trots det vill erbjuda ett skydd.⁷ Idag finns det dock anledning att återuppta diskussionen kring kravet på mänskligt skapande, i och med att den banbrytande teknologin artificiell intelligens (AI) växer fram allt snabbare. Teknologin möjliggör helt autonomt skapande av produkter som till form och

⁴ Rosati, 2018 (elektronisk källa).

⁵ Se *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* gällande huruvida ett fotografi av Oscar Wilde ansågs upphovsrättsligt skyddas. Målet berörs senare i undersökningen.

⁶ Axhamn, 2016.

⁷ Levin, 2017, s. 85 f. gällande det anpassningsbara skyddsomfånget.

funktion är likvärdiga produkter som vanligtvis förknippas med upphovsrätt, men vars utformning människor har begränsat eller inget inflytande över.

AI utvecklas snabbt och blir allt mer sofistikerad. Idag finns det flera exempel på hur AI-teknologi autonomt har skapat imponerande konstnärliga verk i form av musik, litteratur och bildkonst. Bland dessa finns den så kallade *The Next Rembrandt* – en tavla som är baserad på en AI-analys av 346 verk av Rembrandt Harmenszoon van Rijn. Analysen har utöver tavlornas motiv studerat penseldragens typ och tjocklek med 3D-scanner för att AI:n självständigt ska kunna skapa ett nytt verk, så som Rembrandt själv skulle kunna ha målat det.⁸ Filmbolaget Fox har också använt sig av AI. I sin produktion av trailern till deras film *Morgan* har Fox tillsammans med IBM och deras AI-dator *Watson* klippt samman en trailer till filmen. Den är baserad på en analys av filmen i sin helhet och fler än 100 tidigare trailers från samma filmgenre. Tidsåtgången för att klippa trailern minskade från vad som vanligtvis är mellan tio och trettio dagar till tjugofyra timmar.⁹ Rembrandttavlan och filmtrailern exemplifierar hur AI kan skapa immateriella produkter av stora ekonomiska värden, vars utformning människor har ingen eller mycket begränsad kontroll över, vilket resulterar i att det saknas en mänsklig skapare till verken.

Eftersom AI och AI:s skapandeprocess inte passar in lagens ordalydelse kring vem eller vad som ska omfattas av upphovsrätten så riskerar AI-alster, som Olsson och Rosén förutspår, att stå helt utan skydd. Rättsläget är dock oklart.¹⁰ Det är idag inte uppenbart vem, om någon, som räknas som upphovsrättsperson till det AI producerar och om dessa verk överhuvudtaget kan skyddas med upphovsrätt. Utöver undersökningens teoretiska betydelse i att undersöka syftet med upphovsrättens krav på människoskapande har undersökningens område stor samhällsrelevans. I och med att AI förutspås

⁸ ING (elektronisk källa).

⁹ Smith, 2016 (elektronisk källa).

¹⁰ Olsson, 2018, s. 56.

spela en allt viktigare roll i samhället så är det centralt att lagstiftningen samspelar med teknologin.¹¹ Inför en teknologisk revolution bör därför lagen förtydligas om nödvändigt för att säkra förutsebarhet.¹² I förhållande till upphovsrätt är det viktigt att lagen fortsätter skydda de intressen upphovsrätten är tänkt att skydda även om det kräver en förändring av lagens ordalydelse. En bristande förutsebarhet kring äganderätten för AI-alster kan resultera i ett marknadsmisslyckande för AI,¹³ en teknologi som inom området konst, underhållning och rekreation förväntas bidra med en ökad lönsamhet på 26 % till 2030, jämfört med om teknologin inte används.¹⁴ Givet att utvecklingen av AI är önskvärd för samhället och att dagens oklara rättsläge kring upphovsrätt för AI-alster riskerar att bromsa utvecklingen, så finns det goda skäl att utreda upphovsrättens begränsningar och möjligheter för skydd av AI-alster.

1.2 Syfte och frågeställningar

I ljuset av den artificiella intelligensens framväxt undersöks här motiven till upphovsrättens krav på mänskligt skapande. Detta för att undersöka om det är i linje med upphovsrättens motiv att upphovsrätten utesluter AI-alster från upphovsrättsligt skydd eller om upphovsrätten bör justeras till att inkludera AI-alster för att bättre tillfredsställa de bakomliggande motiven.

För att kunna besvara syftet ställs följande frågor:

1. Vad är upphovsrättens motiv?
2. Varför begränsas upphovsrätten till mänskligt skapande?
3. Om skydd för AI-alster är i linje med upphovsrättens motiv, hur ska upphovsrätten anpassas för att rymma AI-alster?

¹¹ Strömholm, 1998, s. 227.

¹² Davies, 2011, s. 602.

¹³ Hilti, 2018 (elektronisk källa).

¹⁴ Purdy & Daugherty, 2017 (elektronisk källa).

1.3 Avgränsningar

AI är ett fenomen med egenskaper som kan få omfattande konsekvenser inom flera av juridikens områden. Den här undersökningen fokuserar på AI:s egenskap som autonom kreatör av litterära och konstnärliga verk. Det betyder att flera intressanta aspekter av AI och dess relation till upphovsrätten utelämnas. Bland dem:

- Problematiken med AI:s transnationella egenskap; d.v.s. att AI inte nödvändigtvis kan knytas till ett land eller en jurisdiktion utan kan existera parallellt på servrar i flera olika länder samtidigt.
- Problematiken kring immaterialrättsliga intrång och ansvarsfrågor när det gäller AI-skapade verk. Såväl intrång av AI på annans verk som intrång av annan på AI:s egna verk väcker intressanta frågeställningar.¹⁵
- De ideella rättigheterna för AI kommer av utrymmesskäl inte beröras i någon större utsträckning, även om detta kan vara ett mycket intressant område för framtida forskning.

AI är inte endast en sak, utan kommer i många former och skepnader. Undersökningen ger dock endast en kort introduktion till AI-konceptet, då en grundläggande förståelse för AI som en autonom kreatör är tillräcklig för att kunna tillgodogöra sig problematiken som teknologin aktualiserar inom upphovsrätten.¹⁶

Även om det finns många omdiskuterade aspekter kring skyddsobjektets egenskaper, som frågan om huruvida upphovsrätten skyddar verkets gestaltning eller den bakomliggande idén,¹⁷ vilka krav på omfång och syfte

¹⁵ Se Yanisky-Ravid & Moorhead, 2017 kring den kreativa AI:ns ansvarsfrågor.

¹⁶ Den som önskar fördjupa sig kring AI kan med fördel läsa Russell & Norvig, 2010.

¹⁷ SOU 1956:25 s. 68.

som kan ställas på verket¹⁸ eller om verket måste vara fixerat eller inte,¹⁹ så ligger fokus här på originalitetskravets innebörd. Detta eftersom det är ur originalitetskravet som kravet på mänskligt skapande uttolkas och därmed det begrepp som troligen kan komma att hindra upphovsrättsligt skydd från att omfatta AI-alster,²⁰ vilket är ämnet för den här undersökningen.

Rekvisiten *litterära* och *konstnärliga alster* kommer heller inte beröras i större utsträckning eftersom de enligt förarbetena ska tolkas enligt deras mest vidsträckta betydelse och endast i undantagsfall vållar problem gällande ett verks upphovsrättsliga status.²¹ De eventuella problemen med ovan nämnda verkskategorier ligger utanför undersökningens huvudsakliga ämne då undersökningen förutsätter att AI kan producera verk som med god marginal ligger inom definitionen av litterärt och konstnärligt. Svaret på dessa frågor om verkets egenskaper bör därför vara detsamma för AI-alster som människoskapade verk. Det avgörande är istället frågan om originalitet.²²

1.4 Metod och material

Undersökningen tar sikte på ett problem som, såvitt känt, ännu inte har aktualiserats i svensk rätt, men som förutspås kunna aktualiseras inom en snar framtid. Resultatet tycks dock på förhand uppenbart; att gällande rätt inte tillåter upphovsrätt åt det som artificiell intelligens producerar.²³ Undersökningen utreder därför dels vad som är upphovsrättens skyddsobjekt och vem rätten kan tillkomma, dels om det finns anledning att vara kritisk till gällande rätt. Med andra ord anlägger undersökningen såväl ett *de lege lata*-

¹⁸ SOU 1956:25 s. 69.

¹⁹ SOU 1956:25 s. 70.

²⁰ Yanisky-Ravid & Velez-Hernandez, 2018, s. 12 f.

²¹ SOU 1956:25 s. 65.

²² Yanisky-Ravid & Velez-Hernandez, 2018, s. 12 f.

²³ Olsson & Rosén, 2016, s. 63.

som ett *de lege ferenda*-perspektiv för att utreda hur rätten är och hur den eventuellt borde vara.

I denna undersökning används huvudsakligen den kritiskt inriktade rättsdogmatiska metoden, då den visat sig lämplig för att beskriva hur en särskild rättslig lösning ser ut på ett visst rättsligt problem²⁴ och för att därefter granska konsekvenserna samt lämpligheten av den rättsliga lösningen.²⁵ Metoden består av två steg. Det kan sägas att metoden initialt rekonstruerar rätten genom att fastslå rättsläget utifrån de klassiska rättskällorna lag, praxis, förarbeten och doktrin,²⁶ snarare än beskriver konsekvenserna av när rätten tillämpas av myndigheter eller enskilda.²⁷ Metoden är så kallat systemintern, i den mening att även om metoden syftar till att utreda systemets legitimitet, logiska hållbarhet eller liknande, så görs detta med premissen om att systemet i sin helhet inte är fel.²⁸

I sin andra del, när rättsläget är kartlagt, öppnar metoden för att kritisera de delar av argumentationen som kan tyckas bristande.²⁹ Detta är också känt som en rättspolitisk metod, vari syftet inte endast är att *beskriva* rätten utan att också *analysera* rätten.³⁰ Eftersom rättsvetenskapen är normativ finns det ingen objektiv sanning att finna, istället är det argumentationens styrka, så kallad *koherens*, som utvärderas.³¹ Vid en rättsvetenskaplig undersökning bör man därför vara medveten om eller ha kännedom om rättskällornas auktoritativa hierarki. Lag och praxis besitter en formell auktoritet, i kontrast till doktrinen vars auktoritet bottnar i kraften hos argumenten som förs fram.³²

²⁴ Kleineman, 2018, s. 26 f.

²⁵ Kleineman, 2018, s. 35.

²⁶ Jareborg, 2004, s. 8.

²⁷ Jareborg, 2004, s. 9.

²⁸ Jareborg, 2004, s. 4.

²⁹ Kleineman, 2018, s. 37.

³⁰ Sandgren, 2015, s. 47 f.

³¹ Sandgren, 2015, s. 15 f.

³² Kleineman, 2018, s. 28, 33 f.

Förarbeten utgör ett mellanting i den mening att de ofta behandlas som formellt auktoritära rättskällor, men ett uttalande från en sakkunnig, utan den lagstiftande församlingens godkännande, kan inte ligga till grund för ett avgörande som går emot lagens ordalydelse.³³ I metodens inledande rättsrekonstruerande del är argumentationen bunden till rättskällevärdet, medan det i den kritiserande delen öppnar upp för en friare argumentation med stöd i skälighetsinriktade rättviseargument.³⁴ Påvisandet av förarbetenas bristande argumentation eller oförenlighet med de rättspolitiska övervägandena som ligger bakom lagen är en av doktrinen uppgifter. Detta kan resultera i att man i praxis tar avstånd från kritiserade motivuttalanden.³⁵ Då rättsvetenskapen är en normativ vetenskap kan påvisandet av existensen eller avsaknaden av konsensus i en viss fråga understryka ett arguments styrka respektive svaghet.³⁶ Rättsdogmatikern kan vid identifierandet av en bristande argumentation föreslå ändringar av författningsregler eller införandet av nya regler som stärker rättens koherens.³⁷ Med ett kritiskt perspektiv är det dock centralt att göra tydlig skillnad på vad som är den gällande rättsregeln och vad som utgör kritik emot denna. Att skymma rättsregelns oberoende auktoritet, trots dess eventuella brister, är inte i enlighet med den rättsdogmatiska metoden.³⁸

Rättsdogmatikens användning av ett *de lege ferenda*-perspektiv är omstritt. Traditionella rättsvetare anser det tillräckligt att stanna undersökningen vid att konstatera vad som är utrett kring den gällande rätten. Det kan dock argumenteras för att ett sådant tillvägagångssätt besitter en skenobjektivitet, då även en så kallad objektiv presentation av rättsläget i någon mån styrs av subjektiva värderingar gällande vad som inkluderas och exkluderas i

³³ Kleineman, 2018, s. 28 f.

³⁴ Kleineman, 2018, s. 28.

³⁵ Kleineman, 2018, s. 29, 36; jfr. Sandgren, 2015, s. 48.

³⁶ Sandgren, 2015, s. 15.

³⁷ Lavin, 1990, s. 73.

³⁸ Kleineman, 2018, s. 40 f.

undersökningen. Att öppet redovisa med vilka perspektiv och premisser undersökningen genomförs kan istället bidra till en ökad transparens.³⁹

Undersökningens inledande del är ett rent deskriptivt avsnitt kring fenomenet AI. Avsnittet är inte tänkt att ge läsaren mer än en förenklad referensram kring fenomenet AI. Det ska enbart underlätta förståelsen av problematiken som presenteras i undersökningens senare kritiska del. Undersökningen använder sig här främst av den mest centrala läroboken på området artificiell intelligens av Russell och Norvig.⁴⁰

Därefter följer det inledande steget i den kritiska rättsdogmatiska metoden. Med ledning av såväl internationell som nordisk doktrin och förarbeten till den svenska upphovsrättslagen kartlägger undersökningen de rättspolitiska motiven bakom den moderna upphovsrätten. Här är syftet att återge en så bred bild av upphovsrättens motiv som möjligt för att visa på den kontext som den svenska upphovsrätten har tillkommit i. Undersökningen tar därefter sikte på undersökningens centrala begrepp, upphovsrättens skyddsobjekt. Tillfälligt går undersökningen därför över till ett rättshistoriskt perspektiv för att återge delar av debatten kring upphovsrättens verksbegrepp, som förekom i Norden under 1900-talet. Detta ger en kontext till den fortsatta kartläggningen av *originalitetskravet*, vilket var en produkt av den nordiska verksdebatten. Verksdebatten har återgetts flera gånger av olika författare och undersökningen har med ledning av bl.a. Axhamns doktorsavhandling samt originalkällor försökt summera debatten.

Vidare utreds originalitetskravet med hjälp av EU-rättsliga förarbeten, avgöranden från EU-domstolen (EUD), svenska förarbeten och nordisk doktrin. Då de nordiska upphovsrättslagarna tillkom med stor inspiration av varandra och liknar varandra på flera sätt så ger studier av den nordiska doktrinen, framför enbart den svenska, fler nyanser kring de överväganden

³⁹ Kleineman, 2018, s. 37.

⁴⁰ Russell & Norvig (elektronisk källa).

som legat till grund för lagen.⁴¹ Viss ledning har dessutom hämtats i Eugen Ulmers tyska originalskrifter samt annan utomnordisk litteratur, eftersom originalitetskravet, trots dess många olika tolkningar, är ett internationellt förekommande begrepp. Det är med andra ord inte avsett att i någon av undersökningens delar tillämpa en komparativ metod utan enbart att göra en internationell utblick för att granska andra länders lösningar på ett specifikt fenomen. Inom upphovsrätten finns dessutom en grund internationell harmonisering genom Bernkonventionen och TRIPS.

Gällande upphovsrättens skyddsobjekt har en mer översiktlig litteratur, i form av läroböcker och lagkommentarer, utgjort det primära materialet. Främst eftersom detta är ett mindre kontroversiellt ämne inom rättsvetenskapen.

I avsnittet om AI och upphovsrätten så presenterar jag förslag på lagtekniska lösningar till upphovsrätt för AI-alster som har presenterats i framförallt amerikansk och brittisk rättsvetenskap, eftersom de flesta publikationer inom ämnet kommer därifrån. Detta kan tyckas mindre lämpligt p.g.a. att såväl U.S.A. som Storbritannien tillämpar *common law* och en anglo-amerikansk inriktning på sin upphovsrätt, vilket skiljer sig från den svenska rätten. I det aktuella avsnittet försöker undersökningen dock uppmärksamma läsaren på vilka tillämpningsproblem som kan förekomma i det svenska rättssystemet p.g.a. skillnader mellan svensk och anglo-amerikansk rätt.

Undersökningens mer omfattande avsnitt innehåller delanalyser som summerar det material som presenterats och vilka frågor det väcker i förhållande till AI. Den sammanfattande analysen som svarar på undersökningens frågeställningar bygger vidare på de förgående delanalyserna.

⁴¹ En nordiskt enhetlig lagstiftning önskas uttryckligen i URL:s förarbeten, se SOU 1956:25 s. 10.

1.5 Disposition

I kapitel två ges en grundläggande introduktion till fenomenet AI och dess komplikationer inom upphovsrätten. Kapitel tre övergår till att fokusera på upphovsrättens motiv, samt argument för och emot en omfattande upphovsrätt. I kapitel fyra ryms undersökningens mest omfattande redogörelse, gällande upphovsrättens skyddsobjekt och skyddssubjekt. Det är främst här som originalitetskravet presenteras och utvärderas. I kapitlets avslutande avsnitt görs en delsammanfattning som förtydligar vilka komplikationer som kan uppstå gällande harmonin mellan AI-alster och upphovsrättsligt skydd. I kapitel fem görs en översiktlig presentation av hur man i lag, praxis och doktrin har hanterat eller föreslår att man ska hantera frågan om upphovsrätt för AI-alster. Kapitel sex är en sammanfattande diskussion som mestadels bygger på delsammanfattningen från kapitel fyra och de förslag som presenteras i kapitel fem. Kapitlet presenterar undersökningens slutsatser samt områden för fortsatt undersökning.

1.6 Begrepp

Vid studier av förarbetena till dagens lag om upphovsrätt finner man en omfattande diskussion om huruvida upphovsrätten skulle benämnas upphovsmannarätten eller ej.⁴² Utfallet är nu uppenbart, men begreppet upphovsman lever kvar, till min förtret. I ett försök att utveckla det svenska språket till att bli mer inkluderande och i linje med den här undersökningens argumentation – att utvidga upphovsrätten – väljer jag därför att istället använda mig av begreppet upphovsperson, så långt det är lämpligt.⁴³

⁴² SOU 1956:25 s. 59 f.

⁴³ Genusneutraliteten diskuteras i SOU 2011:32 s. 130 f. Rosén menar att *upphovsman* är ett etablerat begrepp och som anses genusneutralt. Jag är av en annan åsikt.

2 Översiktligt om fenomenet AI

2.1 Vad är AI?

Människor har ägnat mycket tid och kraft åt att förstå hur levande varelser kan tillägna sig information och därefter agera baserat på den insamlade informationen. Denna process är en av de många definitioner som finns av begreppet intelligens. De senaste sextio åren har forskare försökt gå steget längre – idag försöker man återskapa intelligens på ett artificiellt sätt.⁴⁴ Även om mycket av forskningen kring artificiell intelligens grundar sig på studier av mänsklig kognition så handlar skapandet av intelligenta enheter inte nödvändigtvis om att kopiera mänskligt beteende. Det handlar också om att skapa enheter som kan samla information och analysera den på ett sådant sätt att enheten, baserat på informationen, kan agera rationellt.⁴⁵ Detta skiljer sig således från definitionen av intelligens enligt det klassiska *Turingtestet*, uppkallat efter matematikern Alan Turing, som menar att artificiell intelligens existerar när en människa inte kan urskilja om det är en robot eller en människa hen kommunicerar med via skrift.⁴⁶ Människor, till skillnad från AI, styrs nämligen också av annat än rationalitet.⁴⁷ Det är därför viktigt att göra skillnad på de två typerna av AI-forskning.⁴⁸ Den här undersökningen utgår från en AI som inte nödvändigtvis försöker efterlikna mänskligt beteende, utan strävar emot rationellt handlande. Beteendet kommer dock i någon utsträckning vara färgat av vilka målsättningar AI:ns mänskliga programmerare baserar rationellt beteende på.⁴⁹

⁴⁴ Russell & Norvig, 2010, s. 1.

⁴⁵ Russell & Norvig, 2010, s. 1 ff.

⁴⁶ Russell & Norvig, 2010, s. 2 f.

⁴⁷ Russell & Norvig, 2010, s. 1 ff.

⁴⁸ Butler, 1981, s. 708.

⁴⁹ Bostrom, 2014, s. 185 ff.

Rationellt beteende grundar sig, enligt Russell och Norvig, på fyra parametrar.⁵⁰

- Vilket mått vi använder för att mäta framgång med.
- Aktörens tidigare kunskap kring omständigheterna.
- Agerandet som aktören kan vidta.
- Allt som aktören tidigare har observerat.

En central egenskap som bidrar till rationellt beteende är lärande – att justera agerandet baserat på ny information så som erfarenhet från ett tidigare agerande. För robotar kallas detta beteende *maskininläring*. Motsatsen, att trots förändrade omständigheter eller erfarenheter av misslyckande fortsätta med ett tidigare beteende som resulterar i ett sämre resultat än ett ändrat beteende, är irrationellt.⁵¹

Lärandet gör AI:n autonom. Till skillnad från tidigare former av robotar som är beroende av att någon utomstående ändrar i deras kod för att agerandet ska lämpa sig till de nya omständigheterna kan AI själv anpassa sitt beteende efter de ändrade omständigheterna.⁵² Det är just förmågan till lärande som lockar många att utforska potentialen hos AI. En begränsande faktor med tidigare former av robotar och datorprogram var och är att den som tillverkar roboten måste förutse alla möjliga scenarier roboten kan komma att ställas inför och programmera vilket agerande som ska följa varje given situation. Med en självlärande robot undgår man denna begränsning och roboten kan, till skillnad från förr, utveckla sitt agerande och lösa problem på ett sätt som inte förutsetts av robotens tillverkare. De senaste åren har maskininläringen dessutom blivit allt mer effektiv tack vare mycket snabbare datorer och större mängder tillgänglig data som AI kan lära sig av.⁵³

⁵⁰ Russel & Norvig, 2010, s. 37.

⁵¹ Bostrom, 2014, s. 188 f.

⁵² Russel & Norvig, 2010, s. 39.

⁵³ Bringsjord, m.fl., 2003.

Idag finns dock helt autonom AI endast i väldigt begränsad mängd. Den mesta AI:n lär sig baserat på den information som den ”matas” med istället för att själv söka upp nödvändig information. Exemplet med Rembrandt och Fox-trailer i inledningen är avhängiga att programmerarna ger maskinerna tillgång till en bestämd uppsättning material samt dikterar ramarna för slutprodukten.⁵⁴ Mycket av dagens AI besitter alltså ännu inte den autonomi vi känner från robotar i science fiction-gestaltningar som *Star Wars*, så kallad *stark AI*, utan utgör snarare verktyg i människors händer likt ordbehandlare och kameror, så kallad *svag AI*.⁵⁵ Det föreligger således en glidande skala mellan AI som ett kreativt verktyg i händerna på människor och AI som en autonom kreatör oberoende av mänsklig kontroll. Undersökningen utgår från premissen att stark AI, som oberoende av mänskligt agerande kan skapa kreativa produkter, kommer existera inom en snar framtid.⁵⁶ Att undersöka frågan om upphovsrätt för svag AI riskerar att landa i högst hypotetiska spekulationer kring graden av omfattningen av det mänskliga inflytandet i AI:ns skapandeprocess, vilket inte är undersökningens syfte. Premissen om stark AI förenklar och förtydligar således argumentationen.

2.2 Varför är AI intressant ur ett juridiskt perspektiv?

Mycket av fascinationen kring AI grundar sig i teknologins autonomi, så som den beskrivs ovan. AI:s autonoma egenskaper innebär många nya möjligheter inom en rad områden som spänner från allt mellan självkörande bilar till kundservicebotar.⁵⁷ Men autonomi innebär också många utmaningar, inte minst inom juridiken.

⁵⁴ ING (elektronisk källa); Smith, 2016 (elektronisk källa).

⁵⁵ Acosta, 2012 (elektronisk källa), s. 2.

⁵⁶ Ett sådant antagande är inte orimligt enligt Bostrom, 2014.

⁵⁷ Adams, 2017 (elektronisk källa).

Juridik handlar i huvudsak om att tolka rättsreglers innebörd i givna situationer.⁵⁸ Lagstiftaren har ofta tänkt att rättsreglerna ska tillämpas på vissa specifika situationer. När det uppkommer nya fenomen och situationer som inte förutsågs vid lagstiftandet så kan det komplicera tillämpningen av rättsregeln på den nya situationen och t.o.m. vara skäl att överväga förändringar i lagstiftningen.⁵⁹ Givet den senaste vågen av artiklar kring AI och juridik tycks AI vara en sådant nytt fenomen som sätter frågetecken kring rättsreglers tillämpning inom flera områden där AI kan tänkas spela en avgörande roll.⁶⁰ Detta syns inte minst i Europaparlamentets antagande av resolution av den 16 februari 2017 med rekommendationer till kommissionen om civilrättsliga bestämmelser om robotteknik, gällande bl.a. de etiska utmaningar som EU ställs inför med den allt mer avancerade robotteknologin.⁶¹ AI:s egenskap som en autonom aktör aktualiserar en mängd frågeställningar eftersom AI självständigt kan företa handlingar som vi normalt förknippar med människor och som normalt regleras av lag. Men då AI saknar status som rättssubjekt omfattas dess handlingar inte av normalt gällande lagar trots att samma handlingar utförda av en människa skulle omfattas av lagen. Det uppstår bland annat frågor i förhållande till skyldigheter, så som om tillverkaren av självkörande bilar bör vara ansvarig i det fall bilen kör på en fotgängare, även om agerandet var ett beteende som bilen själv lärt sig och som tillverkaren inte kunde förutse. Frågor om avtalsfrihet uppkommer t.ex. om ett AI-kylskåp ingår avtal med en matbutik och beställer mat när kylskåpet är tomt. Men det kan också röra frågor om rättigheter, t.ex. frågan om vem som innehar upphovsrätten till det som AI producerar, vilket är ämnet för den här undersökningen.

⁵⁸ Hydén & Hydén, 2016, s. 15.

⁵⁹ Jfr. Kleineman, 2018, s. 35 f.

⁶⁰ Se bl.a. Vinnova, 2018 (elektronisk källa); Calo, 2017, s. 407 ff.

⁶¹ *Europaparlamentets resolution av den 16 februari 2017 med rekommendationer till kommissionen om civilrättsliga bestämmelser om robotteknik (2015/2103(INL))*.

AI:s intåg i upphovsrätten kräver en undersökning av upphovsrättens grundläggande motiv samt dess utformning, för att undersöka hur AI-alster passar in och om det överhuvudtaget är möjligt och önskvärt att låta upphovsrätten omfatta AI-alster.⁶² AI är inte den första teknologin att utmana upphovsrätten. I målet *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* från 1884 gällande upphovsrätten till ett fotografi av Oscar Wilde frågade man om fotografier kunde omfattas av upphovsrätt i och med att det var kameran som tillverkat bilden. AI är dock inte bara ännu ett skaparverktyg som kameran eller datorn, vilket man tidigare trott.⁶³ Till skillnad från en smart ordbehandlare med svag AI, som korrigerar språket eller kommer med förslag på formuleringar, så är stark AI, som det beskrivs i avsnittet ovan, överhuvudtaget inte beroende av mänsklig kreativitet för att skapa nya uttryck. AI som en helt autonom kreatör och dess eventuella rätt till upphovsrättsligt skydd rör vid kärnan av upphovsrätten,⁶⁴ vilket undersöks vidare i följande kapitel.

⁶² Ramalho, 2017, s. 2.

⁶³ Jämför hur synen på datorer och AI globalt sett har utvecklats mellan rapporten *The National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works* (CONTU), sida 44, från 1978, och *Europaparlamentets resolution av den 16 februari 2017 med rekommendationer till kommissionen om civilrättsliga bestämmelser om robotteknik* (2015/2103(INL)), punkt P och punkt 18, från 2015.

”On the basis of its investigations and society's experience with the computer, the Commission believes that there is no reasonable basis for considering that a computer in any way contributes authorship to a work produced through its use. [...] The computer, like a camera or a typewriter, is an inert instrument, capable of functioning only when activated either directly or indirectly by a human. When so activated it is capable of doing only what it is directed to do in the way it is directed to perform.”

”I slutänden finns det en möjlighet att AI på sikt kan överträffa människans intellektuella kapacitet. [...] Parlamentet uppmanar kommissionen att stödja en övergripande och teknikneutral strategi för immateriell äganderätt som är tillämplig på de olika sektorer där robotteknik skulle kunna användas.”

⁶⁴ Cock Buning, 2016, s. 311.

3 Upphovsrättens motiv samt argument för och emot ett omfattande skydd

3.1 Allmänt

De ursprungliga motiven till upphovsrätten är två. De skiljer sig åt i förhållande till vad de anser är upphovsrättens primära funktion.⁶⁵ Den kontinentaleuropeiska personlighetsrättsliga författarrätten *droit d'auteur* fokuserar på den ideella rätten som tillkommer skaparen av respekt för att skaparens mänskliga personlighet är uttryckt i det skapade.⁶⁶ Det anglo-amerikanska förmögenhetsrättsliga konceptet *Copyright* fokuserar istället på produktionen, skaparens arbetsinsats och rätten att få lön för skaparinsatsen. Detta oavsett hur mycket av skaparens personlighet – *originalitet* – som återfinns i verket.⁶⁷ Båda synsätten har kommit till uttryck i styrande legala dokument.⁶⁸ Den kontinentaleuropeiska synen återspeglas t.ex. i Förenta Nationernas deklaration om de mänskliga rättigheterna. I artikel 27(2) stadgas att: "Everyone has the right to protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author". Likaså finns det anglo-amerikanska, mer kommersiella, synsättet återspeglat i den amerikanska konstitutionen. Artikel 1 paragraf 8 anger kongressens befogenhet "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". Olika rättssystem lägger således olika mycket vikt vid de ideella och ekonomiska rättigheterna.

⁶⁵ Sterling, 2002, s. 272 f.

⁶⁶ Olsson & Rosén, 2016, s. 24 f.; Knoph, 1936, s. 147 ff.

⁶⁷ Olsson & Rosén, 2016, s. 24 f.; Rosenmeier, 2003, s. 490 f.; Sterling, 2002, s. 273.

⁶⁸ Olsson & Rosén, 2016, s. 25.

Rättsstaternas syn på upphovsrätten kan delas upp i ett monistiskt och ett dualistiskt synsätt.

Det monistiska synsättet ser den ideella och ekonomiska rätten som två sidor av samma mynt som är ömsesidigt beroende av varandra.⁶⁹ Att inte respektera traditionellt ideella rättigheter, som t.ex. namngivningsrätten, kan få ekonomiska konsekvenser genom bland annat minskad publicitet för upphovspersonen och därmed resultera i uteblivna intäkter. Likaså kan traditionellt ekonomiska rättigheter, som rätten att sälja verket, påverka verkets ideella rättigheter och minska anseendet för såväl upphovspersonen som verket. I monistiska rättssystem skyddas båda rättigheterna likvärdigt.⁷⁰

Det dualistiska synsättet behandlar de två rättigheterna som åtskiljbara. Detta syns framförallt i att de ideella och ekonomiska rättigheterna ges olika omfattning. Skyddets varaktighet och överlåtbarhet kan skilja sig åt mellan den ideella och ekonomiska rätten.⁷¹

I de nordiska rättssystemen så har man tillämpat en hybrid där man inte gör någon klar skillnad mellan ideella och ekonomiska rättigheter annat än i förhållande till deras överlåtbarhet, eftersom det finns flera beröringspunkter mellan de två områdena.⁷² Detta synsätt har uppmärksamats i förarbetena, vari man konstaterar att de ideella rättigheterna för skaparen av ett datorprogram främst får ses mot skaparens ekonomiska intressen i programmet.⁷³ Knoph anmärker dock 1936, tiden strax före författandet av den svenska upphovsrättslagen, att de ideella rättigheterna efter en tids dvala har ryckt fram som en av upphovsrättens mest omdiskuterade aspekter.⁷⁴ Uppsvinget för den ideella rätten kring 1930-talet och framåt kan också

⁶⁹ Ricketson & Ginsburg, 2006, s. 589.

⁷⁰ Ricketson & Ginsburg, 2006, s. 589.

⁷¹ Ricketson & Ginsburg, 2006, s. 589.

⁷² Axhamn, 2008, s. 464; Rognstad & Lassen, 2009, s. 32.

⁷³ SOU 1985:51 s. 93 f.

⁷⁴ Knoph, 1936, s. 148.

utläsas ur de upphovsrättsliga förarbetena, som anmärker på att de tidigare upphovsrättsliga lagarna saknat generella bestämmelser om skaparens rätt att anges som upphovsperson till det skapade.⁷⁵

Att som i detta kapitel gå tillbaka till upphovsrättens grundläggande motiv kan vara nödvändigt vid mer omvälvande förändringar inom ett rättsområde, så som tillväxten av AI inom området för upphovsrätt. Genom att i ljuset av den nya utvecklingen på området kontrastera de generella motiven med den specifika lagstiftningen kan man undersöka om den mer specifika lagstiftningen återger lagmotivens inställning till det nya fenomenet. I förhållande till AI blir det en fråga om upphovsrättslagstiftningen utformats för snävt i det fall den avskär AI-alster från upphovsrätt, eller om det är i enlighet med motiven att inte omfatta AI-alster.

3.2 Argument för en omfattande upphovsrätt

3.2.1 Inledning

Argumenten för en omfattande upphovsrätt kan delas upp och klassificeras på olika sätt, och skiljer sig något åt beroende på om det är ekonomiska eller ideella rättigheter man ämnar försvara.⁷⁶ Bently och Sherman har gjort en uppdelning efter naturrättsteorin, belöningsteorin, incitamentsteorin, neoliberala ekonomiska argument och demokratiska argument.⁷⁷ Denna uppdelning reflekterar väl de motiv nordisk rättsvetenskap har presenterat till försvar för den ekonomiska delen av upphovsrätten.⁷⁸

⁷⁵ SOU 1956:25 s. 114.

⁷⁶ Ramalho, 2017, s. 14 med vidare hänvisningar i not 95.

⁷⁷ Argumenten kan också delas upp i t.ex. naturrättsligt rättfärdigande och utilitaristiskt rättfärdigande, enligt Ramalho, 2016, s. 3. En mer nyanserad bild presenteras av McLaughling, 2018 (elektronisk källa), s. 17, genom rättfärdigande enligt utilitarism, Lockes arbetsteori, personlighetsanknytning till verket och samhällsplanerande teorier.

⁷⁸ Wennersten, 2014, s. 125.

3.2.2 Naturrättsliga argument

Naturrätten utgår från premissen att de värden som skyddas av lag existerar oberoende av lagen. Lag är endast ett verktyg för att kodifiera dessa naturligt förekommande värden och ge dem skydd.⁷⁹ Gällande upphovsrätt så skapas den enligt naturrätten alltså inte genom lag, utan är en naturligt förekommande äganderätt som erkänns genom lag.⁸⁰ Man kan inom naturrätten urskilja två grunder för upphovsrätt, personteorin och arbetsteorin.

Personteorin med grund i den kontinentaleuropeiska skolan menar att rätten till verket grundar sig på att verket utgör en förlängning av personen som skapat det. Det annars naturligt förekommande skyddet för personen, som getts denne i egenskap av människa, utsträcks därmed till att också omfatta verket då det är en del av personen.⁸¹

Arbetsteorin grundar sig i Lockes teorier om att varje individ har rätt till frukten av det arbete man utför.⁸² Utför man intellektuellt arbete så har man också rätt till arbetets resultat, även om det är immateriellt.⁸³

3.2.3 Belöningsteorin

Belöningsteorin grundar sig i tanken att det inte är mer än rätt att den som utövar ett arbete också ska belönas för det, eftersom denne har gjort mer än vad samhället kräver. Belöningsteorin är snarlik incitamentsteorin nedan men skiljer sig åt i att belöningen inte är ett medel för att uppmuntra skapande, utan belöningen är ett mål i sig självt.⁸⁴ Även om motiven är åtskilda så

⁷⁹ Schultz, 2018, s. 89 ff.

⁸⁰ Gällande äganderätten som naturligt förekommande, se Levin, 2017, s. 32 f.; Bently & Sherman, 2014, s. 36.

⁸¹ Bently & Sherman, 2014, s. 36; Olsson & Rosén, 2016, s. 23; Knoph, 1936, s. 4.

⁸² Knoph, 1936, s. 4.

⁸³ Bently & Sherman, 2014, s. 36.

⁸⁴ Bently & Sherman, 2014, s. 37.

förklaras de båda teorierna bäst tillsammans, eftersom de tenderar att fungera i par. Det är först gällande regleringar för att balansera individens och samhällets intressen som det är intressant att behandla motiven åtskilt.⁸⁵

3.2.4 Incitamentsteorin

Incitamentsteorin grundar sig i tanken att det är mer sannolikt att individer skapar kreativa verk om de vet att de också kan skörda frukten av vad de sår. Teorin finner inte stöd i individens intresse av ersättning så mycket som i samhällets intresse av att uppmuntra individer till att vara kreativa, för att säkra samhället tillgång till kreativa skapelser.⁸⁶ Teorin utgår från premissen att människor utan upphovsrättsligt skydd för sina skapelser inte skulle skapa lika mycket som de gör med det upphovsrättsliga skyddet, särskilt om kopiering kan ske snabbt, enkelt och billigt.⁸⁷

Incitamentsteorin har en stark koppling till det kommersiella anglo-amerikanska synsättet på upphovsrätten.⁸⁸ Detta blir särskilt tydligt i förhållande till upphovsrätten som ett verktyg för att säkra upphovspersonen ersättning för sina ibland mycket stora investeringskostnader vid skapandet av verket. Upphovsrättens funktion som ett investeringsskydd kännetecknar bl.a. filmindustrin med dess omfattande produktionskostnader.⁸⁹

3.2.5 Neoliberal ekonomiska argument

Till skillnad från incitamentsteorin fokuserar de neoliberal argumenten på upphovsrätten som ett verktyg för att effektivt distribuera redan skapande verk och säkra att deras värde inte minskar till följd av överanvändning,

⁸⁵ Knoph, 1936, s. 4 f.

⁸⁶ Knoph, 1936, s. 4; Bently & Sherman, 2014, s. 37 f.

⁸⁷ Rognstad & Lassen, 2009, s. 32 ff. och där tillhörande hänvisningar; Bently & Sherman, 2014, s. 5.

⁸⁸ Rognstad & Lassen, 2009, s. 32.

⁸⁹ Olsson, 2018, s. 42.

snarare än som ett verktyg för att uppmuntra skapandet av nya verk.⁹⁰ Argumentet utgår för det första från premissen att en effektiv distribution av verket styrs av tillgång och efterfrågan samt en tydligt definierad äganderätt. För det andra utgår argumentet från att gemensamt ägande riskerar att leda till *allmänningens dilemma* där resurserna överutnyttjas och tappar sitt värde.⁹¹ Av den förstnämnda premissen följer att verk distribueras bäst om en person har ensam äganderätt till verket, snarare än att verket släpps fritt.⁹² Av det skälet borde upphovspersoner ha en heltäckande och långvarig eller evig rätt till sitt verk. Det kan dock ifrågasättas om bästa möjliga distribution verkligen säkras genom en stark äganderätt.⁹³ Av den andra premissen följer att utan kontroll över ett verks distribution så skulle verkets värde förringas i och med varje exemplarframställning, tills det vinstmarginalen för nästföljande exemplar är noll.⁹⁴

Den som besitter ensamrätten till ett verk med önskan att profitera från verket är mest trolig att argumentera enligt den neoliberala linjen, eftersom det tillåter denne att kontrollera pris och tillgång. Från samhällets perspektiv riskerar dock en stark upphovsrätt att leda till ett marknadsmisslyckande, då den som besitter upphovsrätten kan sätta priset för verket högre än den faktiska kostnaden att producera och distribuera verket. Ett sådant agerande utestänger en del potentiella köpare och förhindrar en marknadsbalans.⁹⁵

3.2.6 Demokratiska argument

En fri debatt där människor enkelt kan kommunicera sina åsikter och argument är en av demokratins hörnstenar. Upphovsrätten kan fungera som

⁹⁰ Lemley, 2004, s. 131.

⁹¹ Bently & Sherman, 2014, s. 38 f.

⁹² Lemley, 2004, s. 132 ff.

⁹³ Lemley, 2004, s. 135 ff.

⁹⁴ Lemley, 2004, s. 141 f.

⁹⁵ Lemley, 2004, s. 144.

ett verktyg för att stärka en sådan debatt på två sätt, dels genom förbättrad distribution av idéer, dels genom att skapa incitament för människor att bidra till samhällets kunskapsbas med nya idéer och uttryck.⁹⁶ Genom en omfattande upphovsrätt har dagstidningar och produktionsbolag den ekonomiska möjligheten att skapa plattformar, fria från staten, varpå den demokratiska dialogen kan äga rum och nå ut till samhället.⁹⁷ Utan upphovsrätt skulle kreatörer av olika slag i viss mån vara begränsade till att skapa endast det som garanterar avkastning, t.ex. beställda jobb. En omfattande upphovsrätt å andra sidan borde uppmuntra till mer experimentella uttrycksformer eftersom skaparen, om arbetet är lyckat, är garanterad frukten av detta arbete.⁹⁸

3.2.7 Argument för den ideella rätten

Den ideella rätten sägs traditionellt sett bestå av tre komponenter, rätten att bestämma över publikation av verket, rätt till association med verket och rätten att verket ska förbli oförändrat.⁹⁹ Eftersom de ideella och ekonomiska rättigheterna är så nära sammanbundna fungerar flera av argumenten ovan parallellt för de två typerna av rättigheter. Det finns dock några motiv för den ideella rätten som inte lika lätt appliceras på den ekonomiska rätten. En ideell rätt kan bl.a. förespråkas genom konstnärliga argument, t.ex. att det finns ett egenvärde i att verket inte förvanskas eftersom det då avviker från hur konstnären föreställt sig slutresultatet.¹⁰⁰ Likaså kan en ideell rätt finna stöd i det personlighetsrättsliga argumentet att respekt för verket också är respekt för upphovspersonen.¹⁰¹ Det har poängterats av auktorsrättskommittén att skapande arbete särskiljer sig från annat arbete eftersom arbetsresultatet bär

⁹⁶ Netanel, 1996, s. 347 ff.

⁹⁷ Blomqvist, 2003, s. 67 f.; Netanel, 1996, s. 346, 352 f.

⁹⁸ Netanel, 1996, s. 361 f.

⁹⁹ Ricketson & Ginsburg, 2006, s. 587.

¹⁰⁰ Knoph, 1936, s. 149.

¹⁰¹ Knoph, 1936, s. 149. Frågan har prövats i NJA 2008 s. 309.

prägel av upphovspersonens egen individualitet.¹⁰² Den personlighetsrättsliga synen på immaterialrätten bär på så sätt många likheter med förbudet mot förtal.¹⁰³ Synen på det upphovsrättsliga verket som en personlighetsyttring snarare än en kommersiell vara har enligt Strömholm varit det tema kring vilket den kontinentaleuropeiska och nordiska upphovsrätten har formats.¹⁰⁴ Strömholm menar dock att det inte finns något naturligt samband mellan personlighetsrätt och immaterialrätt, eftersom vad som anses skyddsvärt bygger på sociala konventioner och värderande intresseavvägningar snarare än naturgivna gränslinjer.¹⁰⁵

3.3 Argument emot en omfattande upphovsrätt

3.3.1 Inledning

Upphovsrättsdebatten handlar inte så mycket om upphovsrättens vara eller inte vara, utan snarare om att hitta en balans i upphovsrättens omfattning. Många befarar att en allt för omfattande upphovsrätt kan få motsatt effekt till de argument som presenterats ovan. Här presenteras några av de farhågor som finns kring en allt för långtgående upphovsrätt.

3.3.2 Upphovsrätten begränsar kreativitet

Till skillnad från incitamentsteorins argument att en stark upphovsrätt uppmuntrar till kreativitet, menar vissa att ensamrätter också kan begränsa samhällets kreativitet. Nyskapande sker inte i ett vakuum och är inte frukten av skaparens tankearbete isolerat.¹⁰⁶ Skapandet sker snarare i en växelverkan

¹⁰² SOU 1956:25 s. 85.

¹⁰³ SOU 1956:25 s. 121.

¹⁰⁴ Strömholm, 1969, s. 219; jfr. Ricketson & Ginsburg, 2006, s. 587 f.

¹⁰⁵ Strömholm, 1969, s. 222.

¹⁰⁶ Bently & Sherman, 2014, s. 36.

mellan skaparen och samhället runtomkring. Det är i utbytet mellan att vara publik och skapare som nya idéer växer fram. Därför är det viktigt att skyddet för det immateriella inte är så långtgående att skapare överhuvudtaget inte kan låna av varandra.¹⁰⁷ Ett allt för omfattande skydd resulterar i ett högre pris för den som vill låna från tidigare alster för att producera något nytt. Samhället riskerar därmed ett mer begränsat utbud av nyskapande om det inte finns utrymme för mindre bearbetningar av tidigare alster.¹⁰⁸ På samma grund, och i motsättning till det naturrättsliga argumentet om att det skapade är en personlighetsyttring, är ingen skapare berättigad ett allt för långtgående skydd eftersom deras idéer i grund och botten är omarbetningar av andras tidigare skapelser.¹⁰⁹ Skyddets omfattning måste därför balanseras så att det tillåter den individuella skaparen ett tillräckligt skydd utan att hindra andra från att låna idéer för nyskapande som kan berika samhället ytterligare.¹¹⁰

Ginsburg uppmärksammar att incitamentsteorin har försvagats i och med att bokförlag, skivbolag och andra storbolag inom upphovsrättsliga branscher har växt sig starka och kommit att dominera den upphovsrättsliga scenen. För den individuella skaparen som vill tjäna pengar på sitt verk är det inte längre så viktigt att inneha upphovsrätten till sitt verk som att få verket accepterat och utgivet av någon av de stora producentbolagen. En sådan ordning fostrar inte nödvändigtvis den kreativitet som incitamentsteorin förespråkar, utan snarare en likriktning i produktionen. Ginsburg anser att upphovsrättslag ger mening först när man sätter verkets källa, den mänskliga skaparen, i centrum. Till skillnad från storbolagen har människor ideella anspråk som storföretagen varken kan hävda eller försvara.¹¹¹

¹⁰⁷ Levin, 2017, s. 38.

¹⁰⁸ Landes & Posner, 1989, s. 332 f.

¹⁰⁹ Bently & Sherman, 2014, s. 36 f.

¹¹⁰ Landes & Posner, 1989, s. 332 f.

¹¹¹ Ginsburg, 2002, s. 1067 f.

3.3.3 Upphovsrätten skapar felaktiga incitament och reducerar mångfalden

En del kritiker av en omfattande upphovsrätt menar att det individuella skapandet kan ta skada av upphovsrätten. Skapandet bör inte nödvändigtvis motiveras enbart av ekonomisk vinning. Skaparna bör också motiveras av ett starkt intresse i att det skapade sprids och nyttjas.

I motsats till den neoliberal argumentationen, att tillgång och efterfrågan ska styra spridningen, kan man framhålla att immateriella resurser inte tappar värde av en ökad spridning. Tvärtom, ju fler som får tillgång till Shakespeare, Mozart, m.fl. desto bättre.¹¹² Som kritik mot belöningsteorin citerar Knoph Leo Tolstojs uttalande om att skapandet är en lön i sig självt och att man utöver detta inte kan kräva människor på pengar.¹¹³ Det som ska belönas är genomförandet av uppgifter som utan belöning inte skulle genomföras.¹¹⁴ Knoph argumenterar att kommersialiseringen av det immateriella genom en för omfattande upphovsrätt dessutom kan äventyra skapandets kvalitet, men att sådana argument inte motiverar att undergräva upphovspersoners möjlighet att få betalt för sitt arbete.¹¹⁵ Det är dock oundvikligt att många förläggare är mer benägna att ge ut en text med goda utsikter till avkastning framför en med dåliga utsikter, vilket resulterar i en viss sällning av vad som publiceras. Detta var bland annat ett av argumenten i kampen för en statlig konstnärslön.¹¹⁶ Digitala publiceringskanaler med låga eller inga kostnader har dock öppnat möjligheten för upphovspersoner att komma runt den annars marknadsstyrda publicistvärlden.¹¹⁷

¹¹² Bently & Sherman, 2014, s. 39.

¹¹³ Knoph, 1936, s. 5 f.

¹¹⁴ Bently & Sherman, 2014, s. 37.

¹¹⁵ Knoph, 1936, s. 6.

¹¹⁶ Olsson, 1987, s. 168 f.

¹¹⁷ Still, 2007, s. 54 ff. resonerar kring balansen mellan bredden av verk och deras skydd.

Ytterligare en kritik är att upphovsrätten leder till ökade transaktionskostnader.¹¹⁸ Organiserandet av betalningar för upphovsrättsskyddat material och det polisiära arbetet samt arbetet med att åtala dem som bryter mot upphovsrätten innebär stora kostnader för såväl uphovspersonerna som samhället.¹¹⁹ Detta naggar incitamentsteorin i kanten, då upphovsrätt inte bara innebär en möjlighet till levebröd utan också bär med sig stora kostnader varje gång upphovsrätten ska försvaras. Det kan dessutom vara en komplicerad process att hitta en rimlig prisbild för vad upphovsrättsskyddat material ska kosta för att uppnå en marknadsbalans.¹²⁰

3.4 Delanalys

Upphovsrätten kan försvaras och kritiseras på många olika grunder. Beroende på vilka av dessa grunder man stödjer sig på kan upphovsrätten få olika utformningar, vilket bl.a. exemplifieras av de många versioner av originalitetskravet som återfinns i olika upphovsrättskulturer.¹²¹ Vilka motiv man har att överhuvudtaget införa en upphovsrätt är med andra ord avgörande för hur upphovsrätten utformas. Även om det blir tydligare i undersökningens fjärde kapitel där upphovsrättens utformning diskuteras i mer detalj, så kan man redan nu skönja att en upphovsrätt baserad på naturrättsliga motiv och *droit d'auteur* är mindre sannolik att också omfatta AI-alster än en upphovsrätt som finner stöd i incitamentsteorin, neoliberala argument och *Copyright*-traditionen. Detta eftersom de naturrättsliga argumenten å sin sida fokuserar på upphovsrättens mänskliga värden och återspeglandet av skaparens personlighet, något som AI-alster saknar. *Copyright*-traditionen å andra sidan fokuserar på det kommersiella värdet, vilket inte nödvändigtvis skiljer sig åt mellan AI-alster och mänskligskapade verk.

¹¹⁸ Levin, 2017, s. 32.

¹¹⁹ Bently & Sherman, 2014, s. 38.

¹²⁰ Bently & Sherman, 2014, s. 38.

¹²¹ Kopp, 2012, s. 248.

4 Upphovsrättens objekt och subjekt

4.1 Allmänt

Det anges i förarbetena till URL att lagförslaget grundar sig på intresset av att skydda såväl det litterära och konstnärliga skapandet i sig, oavsett uttrycksformer, som skaparnas rätt till gynnsamma arbetsförhållanden och deras rätt till sina verk.¹²² Motiven till den svenska lagstiftningen tycks därmed vara färgade av såväl incitamentsteorin som de naturrättsliga argumenten och belöningsteorin.

I detta avsnitt presenteras hur motiven har införlivats i lag och uttolkats i doktrinen. Inriktningen är huvudsakligen på hur kravet på mänskligt skapande har kommit till uttryck och vad skälen är bakom kravets existens. Redogörelsen är uppdelad i skyddsobjektet och skyddssubjektet. Med andra ord vad som skyddas och vem det skyddade tillhör. I verkligheten är begreppen dock inte helt åtskilda då kravet på originalitet, för att något ska utgöra ett skyddsobjekt, bottnar i att skyddsobjektet skapats av en fysisk person, som därmed också är det ursprungliga skyddssubjektet.¹²³ Begreppens relation diskuteras mer i kapitlets sammanfattande del.

Som nämns i avsnitt 1.3 om undersökningens avgränsningar så inriktar sig undersökningen här främst på upphovsrättens originalitetsbegrepp, eftersom det i förhållande till AI är den mest kontroversiella aspekten av upphovsrätten.

¹²² Prop. 1960:17 s. 31; SOU 1956:25 s. 61.

¹²³ Sterling, 2000, s. 511; Rosenmeier, 2001, s. 91, 94.

4.2 Särskilt om skyddsobjektet

4.2.1 Inledning

Det saknas en enstämig mening om vad som ska skyddas av upphovsrätten. Upphovsrättens omfång har istället avgjorts individuellt inom varje kultur och rättssystem.¹²⁴ Upphovsrättens skyddsobjekt i Sverige och övriga Norden är en produkt av bland annat den så kallade nordiska verksdebatten. För att belysa hur skyddsobjektet har kommit att avgränsas till det människoskapade och motiven för detta redogörs inledningsvis kort för den debatt som ägt rum under framförallt 1900-talet kring skyddsobjektets identitet. Avsnittet ger ett ramverk till dagens diskussion kring skyddsobjektet och den europeiska harmonisering som skett av originalitetskravet. Därefter följer en redogörelse för den moderna verksdebatten och dess fokus på originalitetskravet samt hur detta krav har utformats och tolkats.

4.2.2 Den nordiska verksdebatten

Eberstein och Knoph m.fl. argumenterar, med ledning av den tyska rättsvetaren Kohlers immaterialrättsteori (*Immaterialgütertheorie*), för att ett immateriellt verk är en självständig enhet. Det existerar, till skillnad från en sak, oberoende av sin fysiska gestaltning.¹²⁵ Detta benämns som en *idealistisk* grundsyn.¹²⁶ Kohler talar om att verket består av ett slags idealinnehåll som endast existerar i immateriell form och att dess gestaltningar enbart är inkarnationer som efterliknar idealinnehållet.¹²⁷

Idéerna om verket som en immateriellt självständig enhet kritiseras av *rättsrealisterna*, däribland Strömholm, som menar att konceptet är

¹²⁴ Kopp, 2012, s. 248.

¹²⁵ Rosenmeier, 2001, s. 23; Axhamn, 2016, s. 161; Rognstad & Lassen, 2009, s. 75.

¹²⁶ Axhamn, 2016, s. 161.

¹²⁷ Rosenmeier, 2001, s. 25 ff.

otillräckligt eftersom det inte går att verifiera.¹²⁸ Ross och Bergström m.fl. är också kritiska till de *idealistiska* teorierna och menar att uppfattningen av verket som ett immateriellt ting är en rättslig fiktion, då verket inte kan existera som annat än en upplevelse i människors inre.¹²⁹ I linje med den framväxande *rättsrealismen* och kraven på att empiriskt kunna verifiera påståenden samt behovet av att kunna föra bevisning om det i domstol föreslår Bergström ett nytt verksbegrepp.¹³⁰ I realiteten utgörs verket, enligt Bergström, ”av en grupp yttre objekt som har förmågan att ge en i stort sett enhetlig upplevelse av litterär eller konstnärlig art”.¹³¹ *Verket* är enligt Ross och Bergström m.fl. ett abstrakt begrepp som hänvisar till människors upplevelser. Att råda över verket innebär att råda över upplevelserna genom t.ex. den materiella gestaltningen.¹³² Kritiker av deras teori menar dock att det inte går att knyta en bestämd identitet till upplevelsen av ett verk eftersom upplevelser kan variera i stor grad mellan olika individer.¹³³ Det är heller ingen hjälpsam beskrivning av verket, i förhållande till de verk som bör skyddas men som inte är tänkta att upplevas, t.ex. koden till ett datorprogram. Det är koden som skyddas, men det är inte koden i sig som är tänkt att upplevas utan snarare de uttryck den resulterar i vid läsning av en dator.¹³⁴

De moderna och fortsatt rättsrealistiska¹³⁵ teorierna som framförs av Koktvedgaard, Karnell och Strömholm har gemensamt att de traditionella synsätten på *verket* inte är hållbara och att det inte är möjligt att komma med en universell verksdefinition.¹³⁶ Koktvedgaard och Karnell argumenterar att

¹²⁸ Strömholm, 1970, s. 134.

¹²⁹ Rognstad & Lassen, 2009, s. 75.

¹³⁰ Axhamn, 2016, s. 164.

¹³¹ Bergström, 1954, s. 68.

¹³² Rosenmeier, 2001, s. 34 f.; Axhamn, 2016, s. 162 f.

¹³³ Axhamn, 2016, s. 162 f.; Koktvedgaard, 1965, s. 115 f.

¹³⁴ Rosenmeier, 2001, s. 37 f.

¹³⁵ Nordell, 1990, s. 25 ff.

¹³⁶ Rosenmeier, 2001, s. 38.

verket ska beteckna det objekt till vilket man ska knyta det upphovsrättsliga regelkomplexet, men att *verket* består av ett egenskapskomplex vars egenskaper varierar från bedömningsituation till bedömningsituation.¹³⁷ Strömholm anför, i likhet med Koktvedgaard och Karnell, att *verket* är ett abstrakt funktionsbegrepp för juridiken, som är tänkt att omfatta alla de existensformer som kan tänkas bli föremål för de upphovsrättsliga reglerna.¹³⁸

Verksbegreppet ger därmed ingen ledning om exakt vad ett verk är. Det har snarare kommit att inrikta sig på vilka krav man kan ställa på ett skyddat verk.¹³⁹ Frågan om upphovsrättens föremål har därmed gått från att vara en fråga om definition till en fråga om kvalifikation.

4.2.3 Originalitetskravet

4.2.3.1 Allmänt

Parallellt med den nordiska verksdebatten så skedde det en förändring i upphovsrätten på flera håll i världen.¹⁴⁰ Flera länder följde Bernkonventionens exempel och övergav de så kallade slutna listorna över vilka verkskategorier som kan omfattas av upphovsrätten. Artikel 2 i Bernkonventionen innehåller istället en så kallad öppen lista över vilka typer av verk som kan, men inte nödvändigtvis ska, omfattas. Även Sverige övergav den slutna listan till förmån för en öppen lista.¹⁴¹ En öppen lista tillåter en ökad flexibilitet att, allt eftersom nya typer av verk tillkommer, införa de nya verkskategorierna under upphovsrättens skydd. Därmed

¹³⁷ Koktvedgaard, 1965, s. 120 ff.; Karnell, 1968, s. 42 f.

¹³⁸ Strömholm, 1970, s. 254.

¹³⁹ Axhamn, 2016, s. 167.

¹⁴⁰ Axhamn, 2016, s. 167.

¹⁴¹ Knoph, 1936, s. 60 f.; Axhamn, 2016, s. 127 f. Sveriges tidigare slutna lista redogörs för av Eberstein, 1946, s. 2 f. Se också 1 § p. 7 URL som lämnar skydd för ”verk som har kommit till uttryck på något annat sätt” och motivet för den *öppna listan* i SOU 1956:25 s. 64. Listan återfinns i 1 § URL.

undviker man att upphovsrättslagen snabbt blir omodern.¹⁴² Den öppna listan förutsätter dock att det fortfarande finns någon form av mer allmän tröskel för att avgöra reglernas tillämpningsområde, med andra ord vilka objekt som ska omfattas.¹⁴³

För att något ska omfattas av upphovsrätt i Sverige ska det ha kommit till *uttryck* och utgöra ett *litterärt* eller *konstnärligt* alster. Det ska dessutom uppnå ett visst mått av *originalitet*.¹⁴⁴ I lagtexten återfinns originalitetskravet i begreppsparat ”skapat” och ”verk”,¹⁴⁵ men det återfinns också i varierande versioner i doktrinen under benämningar som *andligt skapande*, *individualitet*, *självständighet*, *originalitet*, *verkshöjd*, *särprägel*, m.fl.¹⁴⁶ Originalitetskravet fungerar som en form av avgränsning mellan upphovsrätten och dess närstående rättigheter, men också en nedre avgränsning för vad som överhuvudtaget ska kunna omfattas av upphovsrätten. Därtill anger kravet ett verks skyddsomfång, d.v.s. hur närgångna efterlikningar som får tålas.¹⁴⁷ Kravet på originalitet följer av den argumentation som förs av bl.a. Koktvedgaard, Karnell och Strömholm – att *verket* i sig inte går att definiera, utan istället bör man definiera vilka krav som kan ställas på ett skyddat verk.¹⁴⁸ Originalitet har blivit ett sådant krav.

4.2.3.2 Originalitetens subjektiva och objektiva sida

En avgörande skillnad i uppfattningen om originalitetens källa är om den stammar från det mänskliga skapandet och den bakomliggande arbetsprocessen eller om originaliteten ligger i verkets fysiska egenskaper, d.v.s. att verket i sig självt besitter en originalitet – verkets så kallade

¹⁴² Prop. 1960:17 s. 41.

¹⁴³ Prop. 1960:17 s. 41 f.

¹⁴⁴ Axhamn, 1936, s. 123.

¹⁴⁵ Olsson, 2009, s. 52.

¹⁴⁶ Axhamn, 2016, s. 167; Nordell, 1990, s. 33 ff.

¹⁴⁷ Axhamn, 2016, s. 123.

¹⁴⁸ Roseneier, 2001, s. 38 f.

subjektiva och objektiva sida.¹⁴⁹ Den subjektiva sidan av originalitet, att verket ska vara skapat av en fysisk person och utgöra en förlängning av denne genom att reflektera personens individualitet, stammar från den kontinentaleuropeiska *droit d'auteur*-traditionen.¹⁵⁰ Den objektiva sidan, att originalitet ska återfinnas i verket självt, stammar från den anglo-amerikanska *Copyright*-traditionen. Det är enligt den senare tillräckligt att verket inte är en efterbildning av någon annans verk,¹⁵¹ att originaliteten är ”of a most minimal nature”.¹⁵² För marknaden är det önskvärt med en låg originalitetströskel eftersom det innebär att fler immateriella ting får ett monopolistiskt skydd och därför ett marknadsvärde, så länge monopolet varar.¹⁵³

Även om de flesta kontinentaleuropeiska länder sällar sig till *droit d'auteur* traditionen har en gradvis övergång skett till att fokusera mer på verkets objektiva än subjektiva sida. Övergången är en konsekvens av att fler tekniska verkskategorier som ligger utanför de klassiska litterära och konstnärliga områdena, så som databaser, inordnats under upphovsrätten.¹⁵⁴ Dessa tekniska verkskategorier har till skillnad från klassiskt upphovsrättsligt skyddade verk som konstnärliga målningar, romaner och dylikt ett mindre tydligt inslag av skaparens personlighet, då de till stora delar är givna av sina yttre förutsättningar. Trots dessa verks avsaknad av en subjektiv originalitet har man alltså önskat ge ett skydd åt något annat än det personliga uttrycket, t.ex. verkens bakomliggande investeringar.¹⁵⁵ Denna tendens kan inte minst skönjas i det EU-autonoma originalitetskravet som har lydelsen

¹⁴⁹ Synodinou, 2012, s. 94 f.

¹⁵⁰ Axhamn, 2016, s. 125.

¹⁵¹ Rosenmeier, 2001, s. 94 f.

¹⁵² Citatet återges i Ljungman, 1970, s. 24 och stammar från *Nimmer on Copyright 1966* s. 105, i anslutning till det ledande rättsfallet *Bleistein v. Donaldson*, 1903.

¹⁵³ Synodinou, 2012, s. 94.

¹⁵⁴ Axhamn, 2016, s. 126.

¹⁵⁵ Jfr. Levin, 2017 s. 87 f. Se mer kring alternativa skyddsformer och upphovsrättens småmynt under avsnitt 4.2.3.7.

upphovsmannens egna intellektuella skapelse. Harmoniseringen har sitt ursprung i direktiven 91/250/EEG om datorprogram, 93/98/EEG om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter och 96/9/EEG om databaser. Direktiven avser upphovsrättsligt skydd för mer tekniska företeelser än de klassiska upphovsrättsobjekten. EUD uttalade dock den 16.7.2009 i mål C-5/08 *Infopaq* att originalitetskravet från direktiven inte endast ska gälla dessa tekniska skapelser, det ska också gälla generellt på upphovsrättens område. Begreppet får ses som en syntes av det kontinentaleuropeiska (*intellektuella skapelse*) och anglo-amerikanska (*upphovsmannens egna*) synsättet på verkets subjektiva och objektiva sida.¹⁵⁶

4.2.3.3 Originalitetskravets lydelse

Originalitetskravet är, likt Strömholms syn på begreppet *verk*, en juridisk språklig konstruktion.¹⁵⁷ Termen syftar till att sammanfatta de krav vi ställer på det skapade för att det ska räknas som ett upphovsrättsligt verk. Exakt vilka dessa krav bör vara är dock oklart och termens betydelse är därmed diffus.¹⁵⁸ Detta blir särskilt tydligt när man granskar de många formuleringar som har använts för att beskriva kravet.¹⁵⁹ Tolkningen av originalitetskravet skiljer sig åt mellan de upphovsrättsliga traditionerna.¹⁶⁰ Begreppets innebörd har även varierat med tiden och i relation till den tekniska utvecklingen.¹⁶¹ Trots detta råder det internationell enighet om att originalitet, i någon form, är den avgörande grunden för vad som ska kan få upphovsrättsligt skydd.¹⁶²

I Sverige har begreppet *verkshöjd* under en längre tid varit det allmänt accepterade begreppet som sammanfattar kravet på originalitet för

¹⁵⁶ Axhamn, 2016, s. 129 med hänvisningar i not. 642.

¹⁵⁷ Rosenmeier, 2001, s. 45 f.; Strömholm, 1970, s. 230.

¹⁵⁸ Rosenmeier, 2001, s. 46; Strömholm, 1970, s. 89.

¹⁵⁹ Rosenmeier, 2001, s. 116 f.; jfr. Axhamn, 2016, s. 170.

¹⁶⁰ Kopp, 2012, s. 248; Rosati, 2013.

¹⁶¹ Levin, 2017, s. 87 f.

¹⁶² Nordell, 2002, s. 97.

upphovsrättsligt skydd.¹⁶³ Begreppet motsvaras i viss mån av patenträttens uppfinningshöjd och innebär att verket dels ska besitta en form av särprägel, dels i någon mån vara unikt.¹⁶⁴ Detta talar för ett objektiva perspektiv på originalitet. Förarbetena till URL använder sig dock av en definition av *verket* hämtad från 1914 års betänkande som anger att ett verk ska ”hava höjt sig till en viss grad av självständighet och originalitet, den måste åtminstone i någon mån vara uttryck för auktors individualitet; en rent mekanisk produktion är icke tillfyllest”.¹⁶⁵ Förarbetena ger därmed uttryck för att ett verks originalitet till någon del också ska vara förankrat i verkets subjektiva sida. Det ska med andra ord ha sitt ursprung hos verkets upphovsperson. Verkshöjd har generellt ansetts vara det allomfattande uttrycket för de olika verksdefinitioner som framgår av förarbetena.¹⁶⁶

Högsta domstolen (HD) har i domen NJA 2015 s. 1097 (C More) kommit att jämföra verkshöjdsbegreppet med det EU-autonoma kravet på *upphovsmannens egen intellektuella skapelse*. HD kommer, utan något mer omfattande resonemang, till slutsatsen att verkshöjdskravet inte avser något annat än det ganska måttliga krav på originalitet som EU-rätten ger uttryck för.¹⁶⁷ HD:s likställande av de två begreppen har kritiserats. Begreppen skiljer sig åt gällande i vilka komponenter man identifierar originaliteten. Begreppet verkshöjd utgår från en bedömning av det färdiga verket medan det EU-autonoma begreppet ser till skaparens möjlighet till fria och kreativa val, med fokus på själva skapandeprocessen.¹⁶⁸

¹⁶³ Rosenmeier, 2001, s. 130.

¹⁶⁴ Olsson & Rosén, 2016, s. 40.

¹⁶⁵ SOU 1956:25, s. 66.

¹⁶⁶ Rosenmeier, 2001, s. 130.

¹⁶⁷ Det ska anmärkas att HD:s aningen omotiverade likställning mellan de två begreppen har resulterat i kommentarer och analyser kring om det föreligger en större skillnad mellan de två begreppen än vad HD antyder. Se t.ex. Rydén, 2015; Tøien, 2012.

¹⁶⁸ Se Tøien, 2012, s. 415 ff.; Rydén, 2015, s. 52 ff.

Oavsett begreppens likhet och olikhet är det EU-autonoma begreppet harmoniserat genom *Infopaq*¹⁶⁹ och ska därför också tillämpas i medlemsstaterna.¹⁷⁰ *Infopaq* fastslår att originalitet ska vara det enda avgörande kriteriet för om något omfattas av upphovsrätt eller ej. Verks höjd får därför inte längre fungera som ett kvalificerande krav för upphovsrätt.¹⁷¹ Det EU-autonoma begreppet har utmejslats genom bl.a. EUD:s avgöranden *Murphy*, *Painer* och *Football Dataco*.¹⁷² Genom *Murphy*, som rörde frågan om huruvida sportsändningar omfattades av upphovsrätt eller ej, fastslår EUD att originalitet bl.a. kan mätas genom skaparens kreativa frihet. EUD menar att sådan kreativ frihet inte existerar i förhållande till sportsändningar, annat än i förhållande till exempelvis öppningssekvensen, eftersom huvuddelen av sändningen styrs av spelets regler. Sportsändningar besitter därför inte originalitet och omfattas heller inte av upphovsrätt.¹⁷³ I *Painer* slår EUD fast ett subjektivistiskt och kontinentaleuropeiskt perspektiv om att ett verk är originellt när det ger uttryck för skaparens personlighet.¹⁷⁴ Personligheten kan utläsas i skaparens fria och kreativa val i verkets skapande.¹⁷⁵ I *Football Dataco* understryker EUD att det harmoniserade begreppet för originalitet har företräde och ska tillämpas av medlemsstaterna.¹⁷⁶ I målet dömer EUD att Storbritanniens originalitetskrav kring ”det väsentliga arbete och den väsentliga skicklighet som krävs för att upprätta databasen” inte är relevant för att avgöra om skapelsen besitter originalitet.¹⁷⁷ Istället är det avgörande

¹⁶⁹ C-5/08 *Infopaq mot Danske Dagblades Forening*.

¹⁷⁰ Gällande tillämpningen av harmoniserade begrepp se C-306/05 *SGAE mot Rafael Hotel*. Jfr. Stamatoudi, 2017, s. 63.

¹⁷¹ Levin, 2017, s. 86.

¹⁷² C-429/08; C-145/10; C-604/10.

¹⁷³ C-429/08 *Karen Murphy mot Media Protection Services Ltd*, punkt 98-99, 149.

¹⁷⁴ Stamatoudi, 2017, s. 70.

¹⁷⁵ C-145/10 *Eva-Maria Painer mot Standard Verlags GmbH m.fl.*, punkt 88-89.

¹⁷⁶ Originalitetskravets harmonisering bekräftas också av EU-domstolen i punkt 45 i målet C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany mot Ministerstvo kultury*, som väljer att följa C-5/08 *Infopaq mot Danske Dagblades Forening*. Jfr. Rosati, 2013, s. 127.

¹⁷⁷ C-604/10 *Football Dataco Ltd m.fl. mot Yahoo! UK Ltd m.fl.*, punkt 53.

att skapelsen ”är ett egenartat uttryck för upphovsmannens kreativa frihet”.¹⁷⁸ Harmoniseringen av originalitetskravet framgår också av att domskälen framhäver skäl 60 i databasdirektivet 96/9/EEG gällande ”[e]n harmonisering av de tillämpliga villkoren för avgörande av huruvida en databas skall skyddas av upphovsrätt”.¹⁷⁹ Originalitetsbegreppets giltighet inom hela EU för samtliga verk bekräftades senast i domen *Levola Hengelo*.¹⁸⁰ Domen för det något tautologiska resonemanget att endast det som ”är upphovsmannens egna intellektuella skapelse [kan vara] originellt [och endast det som ger uttryck för] sådant intellektuellt skapande [...] kan kvalificeras som ”verk” i den mening som avses i direktiv 2001/29”.¹⁸¹ Avgörandet befäster därmed det EU-autonoma originalitetskravet.

Trots de ovan redovisade försöken från EUD:s håll att definiera begreppet originalitet, kvarstår det frågetecken kring begreppets exakta innebörd.¹⁸² Vad som ligger i det svenska verkshöjdskravet såväl som det EU-autonoma begreppet, och i de många andra försöken att sätta ord på originalitetskravet, sammanfattar Axhamn som ett uttryck för krav på viss kreativitet.¹⁸³ Kreativitet består dels i att verket inte får vara helt givet av de yttre förutsättningarna eftersom det då saknas ett variationsutrymme,¹⁸⁴ dels i att arbetet bakom verket inte får vara helt rutinmässigt.¹⁸⁵ Avgränsningar likt den Axhamn gör finner man också på många andra ställen i förarbeten och doktrin.¹⁸⁶ Rosenmeier anser dock att avgränsningar likt dessa är föga mer upplysande än begreppen de syftar till att förklara då det inte finns någon

¹⁷⁸ C-604/10 *Football Dataco Ltd m.fl. mot Yahoo! UK Ltd m.fl.*, punkt 53.

¹⁷⁹ C-604/10 *Football Dataco Ltd m.fl. mot Yahoo! UK Ltd m.fl.*, punkt 49.

¹⁸⁰ C-310/17 *Levola Hengelo BV mot Smilde Foods BV*, punkt 33.

¹⁸¹ C-310/17 *Levola Hengelo BV mot Smilde Foods BV*, punkt 36-37.

¹⁸² Jfr. Rosati, 2013, s. 128.

¹⁸³ Axhamn, 2016, s. 167 med hänvisningar till Strömholm 1970, s. 90, m.fl.

¹⁸⁴ Karnell, 1970, s. 59 f.; Strömholm 1970, s. 95.

¹⁸⁵ Karnell, 1970, s. 60.

¹⁸⁶ SOU 1956:25, s. 67.

tydlig gräns för vad som, till skillnad från skaparens individualitet, ska anses som mekaniskt och rutinmässigt.¹⁸⁷ Nordell poängterar att kravet på verkets subjektiva egenskaper ligger latent i begreppet originalitet, som enligt förarbetena har samma betydelse som individualitet och självständighet.¹⁸⁸ I en kommentar till domen NJA 2015 s. 1097 anför Nordell att bedömningen av vad som är ett verk och ett intrång ytterst grundar sig i erfarenhet. Nordell citerar Karnells fråga ”om denna begreppsexercis ändå inte endast är en lek med ord”.¹⁸⁹ Strömholm, färgad av rättsrealismen, menar att försöken att definiera skaparinsatsen inte är mer än en ”lek med odefinierade termer för oåtkomliga psykiska förlopp” då det varken går att utläsa individualitet från ett verk, än mindre sammanfatta det i ett verksbegrepp.¹⁹⁰

4.2.3.4 Dubbelskapandekriteriet

Även om originalitetskravets exakta innebörd är svårt tydlig, trots EU-harmoniseringen, då begreppet givits många olika betydelser av olika författare,¹⁹¹ så är det något lättare att sätta fingret på dess syfte. Som nämns ovan avgränsar kravet såväl det skyddsvärda från det icke skyddsvärda som ett skyddsvärt föremål från ett annat.¹⁹² Det så kallade dubbelskapandekriteriet var ursprungligen tänkt som en hjälpregel för att förtydliga vart gränsen ska dras i båda fallen.¹⁹³ Även om dubbelskapandekriteriet idag inte används i någon större utsträckning¹⁹⁴ så tjänar en redogörelse för kriteriet till att ytterligare förtydliga slitningarna mellan den subjektiva och den objektiva tolkningen av originalitetskravet. Dessa slitningar är centrala för undersökningens syfte eftersom det är från den

¹⁸⁷ Rosenmeier, 2001, s. 127.

¹⁸⁸ Nordell, 1990, s. 38.

¹⁸⁹ Nordell, 2016, s. 179.

¹⁹⁰ Strömholm, 1970, s. 90; jfr. Ljungman, 1970, s. 32.

¹⁹¹ Rosenmeier, 2001, s. 46.

¹⁹² Axhamn, 2016, s. 123.

¹⁹³ Axhamn, 2016, s. 169 f.

¹⁹⁴ Levin, 2017, s. 86.

subjektiva tolkningen av originalitet som kravet på mänskligt skapande stammar.

Dubbelskapandekriteriet grundar sig på påståenden av Eberstein respektive Knoph, om att två upphovspersoner oberoende av varandra inte bör kunna skapa samma verk och att det som är skyddsvärt bör vara så unikt att något identiskt aldrig tidigare har skapats eller kommer skapas.¹⁹⁵ Enligt dubbelskapandekriteriet appliceras ett objektiva perspektiv på verkets originalitet – endast den skapelse som med försvinnande låg sannolikhet skulle kunna skapas av någon annan, oberoende av den första skapelsen, ska omfattas av upphovsrätten.¹⁹⁶ Skapelser som därmed riskerar oberoende dubbelskapande är att anses så banala att de inte förtjänar upphovsrättsligt skydd.

I Sverige har dubbelskapandekriteriet formulerats av bl.a. Ljungman. Ljungman sällar sig i viss utsträckning till den schweiziske författaren Kummers teorier om en så kallad statistisk nyhet. Läran, som är i linje med den vid tillfället rådande rättsrealismen, förespråkar skydd till det som utgör en objektiv nyhet snarare än till det som ger uttryck för författarens individualitet.¹⁹⁷ Ett sådant synsätt betyder enligt Kummer att upphovsrätten också omfattar så kallade *aleatoriska* (slumpmässiga) verk samt av naturen givna skapelser (*objets trouvés*).¹⁹⁸ Kummer anser m.a.o. att skyddsbara verk inte kräver ett personligt uttryck.¹⁹⁹ Detta är ett tydligt avsteg från upphovsrättens subjektiva synsätt och traditionen kring *droit d'auteur*. Kummers synsätt kritiserar av Ulmer som, i förhållande till *aleatoriska* verk, argumenterar att det måste mer än slump till för att det ska röra sig om något skyddsvärt. Det krävs enligt Ulmer en kreativ vilja för att man ska kunna tala

¹⁹⁵ Jfr. Eberstein, 1925, s. 100; Knoph, 1936, s. 66.

¹⁹⁶ Ljungman, 1970, s. 26 och fotnot 15.

¹⁹⁷ Nordell, 1990, s. 41.

¹⁹⁸ Ljungman, 1970, s. 33 f.; jfr. Nordell, 1990, s. 41.

¹⁹⁹ Som presenterat i Levin, 1984, s. 296.

om konstverk.²⁰⁰ Dessutom behövs det något som objektivt sett binder upphovspersonen och verket samman, vilket inte är fallet med de av naturen givna skapelserna, som Kummer anser bör skyddas av upphovsrätt.²⁰¹

Ljungman argumenterar, till skillnad från Ulmer, att andligt skapande som förutsättning för skydd är en otillräcklig måttstock för verkshöjd. Ett bättre mått är risken för dubbelskapande. Ljungman menar att det är en acceptabel konsekvens av dubbelskapandekriteriet att vissa verk med uttryck för skaparens individualitet inte erhåller skydd om det föreligger en risk för dubbelskapande. Likaså är det acceptabelt att verk som inte är skapade av människa men för vilka det inte föreligger någon risk för dubbelskapande kan omfattas av upphovsrätt. För även om kriteriet frångår upphovsrättens tidigare ordalag om att verkets originalitet ska bottna i verkets prägel av upphovspersonens individualitet så tillgodoser dubbelskapandekriteriet upphovsrättens motiv att uppmuntra skapandet av ”nya individuella drag i kulturproduktionen”.²⁰²

Dubbelskapandekriteriet, som formulerat av Ljungman, har fått utstå en del kritik. En central aspekt av dubbelskapandekriteriet är *skillnadskravet*, d.v.s. till vilken grad två skapelser ska vara identiska för att dubbelskapande ska anses föreligga. Ju snävare skillnadskravet är desto mer närgångna efterlikningar får tålas och desto fler verk omfattas av upphovsrättens skydd. Nordell kritiserar dubbelskapandekriteriet och dess anspråk på att vara en objektiv måttstock för verkshöjd bl.a. i det att skillnadskravet i slutänden inte blir annat än ett subjektivt val vart man drar gränsen för vad som ska utgöra en identisk efterlikning. Ytterligare en brist är att kriteriet inte pekar ut vad verket är, d.v.s. vilka delar av verken bör man mäta överensstämmelse emellan. Då det saknas en objektiv grund för vad som definierar verket blir det slutligen ett subjektivt avgörande i vilka av verkets delar man ska mäta

²⁰⁰ Ulmer, 1968, s. 530 – genom en tolkning av *Google Translate* från tyska till svenska.

²⁰¹ Ulmer, 1968, s. 527 ff. – som tolkat av Ljungman, 1970, s. 34.

²⁰² Ljungman, 1970, s. 32.

originalitet – något som Nordell kallar *originalitetsfaktorn*. Därtill blir det en subjektiv faktor att avgöra *sannolikheten* att ett nytt verk, som är inom det subjektivt fastställda *skillnadskravet* för den subjektiva *originalitetsfaktorn*, någonsin har skapats eller kommer skapas. Sammanfattningsvis framstår dubbelskapandekriteriet inte som den objektiva avgränsning det var tänkt att vara, utan endast som en omformulering av den subjektiva bedömningen av verkshöjd.²⁰³ Istället för att utgöra en subjektiv bedömning av om verket ger uttryck för upphovspersonens individualitet så resulterar det i en subjektiv bedömning av *sannolikhet* för dubbelskapande, *originalitetsfaktorn* och *skillnadskravet*.

Trots Nordells kritik menar Rosenmeier att dubbelskapandekriteriet, om än i en något modifierad version, är det bästa originalitetskriterium som finns i upphovsrätten.²⁰⁴ Genom att införa krav om mänskligt skapande anser Rosenmeier att man uppnår en tillfredsställande avgränsning för vad som är ett verk och dessutom en balans mellan den moderna och traditionella upphovsrätten. Inom dessa ramar finns det utrymme för moderna konstnärliga uttryck som saknar den klassiska konstens personliga uttryck, men samtidigt utesluts de mer kontroversiella tingen som *objets trouvés* och djurkonst. Upphovspersonens möjligheter att göra fria val vid skapandet – den så kallade valfrihetsläran – föreslår Rosenmeier som ytterligare en modifikation av kriteriet, för att lättare avgöra om det finns risk för dubbelskapande.²⁰⁵

4.2.3.5 Subjektiv och objektiv nyhet

Som framgår av debatten kring dubbelskapandekriteriet är den upphovsrättsliga doktrinen delad huruvida upphovsrätten utgör ett prioritetskydd, d.v.s. ett objektiva och absolut nyhetskrav, eller om det ska skydda emot efterbildning, d.v.s. ett subjektivt och relativt nyhetskrav.²⁰⁶

²⁰³ Nordell, 1995, s. 633 ff.; Levin, 1984, s. 297.

²⁰⁴ Rosenmeier, 2001, s. 143.

²⁰⁵ Rosenmeier, 2001, s. 143.

²⁰⁶ Nordell, 1995, s. 632 f.

Båda sidor ger upphov till viss problematik vid dubbelskapande. Ett objektiva nyhetskrav innebär svårigheter att etablera vilket verk som har prioritet och vid ett subjektivt nyhetskrav blir följden att man eventuellt får acceptera flera upphovspersoner till samma verk.²⁰⁷

Nordell pekar på att det i svenska förarbeten och doktrin går att utläsa argument för båda sidor, d.v.s. vissa hävdar att svensk rätt bör följa ett subjektivt nyhetskrav medan andra sällar sig till det objektiva.²⁰⁸ Diskussionen kokar ned till frågan om hur låg tröskeln för upphovsrätten bör vara. Å ena sidan argumenterar Karnell för objektiva nyhetskrav och ett prioritetsskydd då han menar att det vore önskvärt med skärpta skyddsvärdighetskrav för att minska andelen upphovsrättsligt skyddade *småmynt*.²⁰⁹ Å andra sidan tolkar Levin förarbetena till URL som att stödja ett subjektivt nyhetskrav, då kravet på skapande inte ska tolkas allt för strängt utan också tillåta redigering och kommentarer till befintliga verk.²¹⁰

4.2.3.6 Det mänskliga skapandet

Som framgår ovan menar förespråkarna för den subjektiva sidan att upphovsrättsskyddade verk ska vara människoskapade. Originalitet för dem innebär att uphovspersonens individualitet framgår av verket.²¹¹ Det syns också i förarbetena till URL att det är just resultatet av det mänskliga skapandet som ska skyddas. ”Även ordet »skapat» har avgörande betydelse i sammanhanget. Den andliga verksamhet vars resultat skall skyddas enligt denna lagstiftning, måste vara skapande.”²¹² Bernkonventionen anger inget uttryckligt krav på vem skaparen ska vara eller att det ska vara en fysisk

²⁰⁷ Nordell, 1990, s. 42 f.

²⁰⁸ Nordell, 1990, s. 42.

²⁰⁹ Karnell, 1970, s. 379. *Småmynt* är ett samlingsbegrepp för skapelser med ett begränsat variationsutrymme, likt tabeller.

²¹⁰ Levin, 1986, s. 54.

²¹¹ Gervais, 1991, s. 637.

²¹² SOU 1956:25 s. 66.

person – många medlemsländer har trots det ett direkt eller indirekt krav på mänskligt skapande eftersom skapandeprocessen knyter rättighetsinnehavaren till verket och vice versa.²¹³ Likaså finns det flera parter till Bernkonventionen, ofta rättssystem med *common law*, som inte alltid kräver mänskligt skapande och som argumenterar för att också juridiska personer ska kunna tillskrivas den ursprungliga upphovsrätten.²¹⁴ Sammanfattningsvis är motiven bakom begränsningen till det mänskligt skapade och kravets utsträckning omdiskuterade och något oklara.

Även om kravet på skapande tidigare innebar att man sökte känna igen en viss upphovsperson i verkets utformning, i den mening att verket tydligt bar en prägel av t.ex. en konstnärs unika penseldrag, så är kravet idag reducerat till den något enklare bedömningen att verket ska vara resultatet av en mänsklig skaparaktivitet.²¹⁵ Också detta kan dock vara svårt att identifiera.

Kravet på mänskligt skapande ger upphov till intressanta gränsfall då det kan vara svårt att avgöra dels graden av verkets uttryck för skaparens individualitet, dels hur omfattande det mänskliga deltagandet ska vara i skapandeprocessen för att det ska räknas som mänskligt skapande.²¹⁶ Ett relativt nytt mål är *apan-selfien* som återberättas i undersökningens avsnitt 1.1. Målet resulterade i intressanta diskussioner bland jurister kring dels huruvida *apan* överhuvudtaget kunde inneha upphovsrätt, dels hur man skulle kunna knyta upphovsrätten till fotografen. Gällande det senare diskuteras faktorer som i vilken utsträckning fotografen hade förutsett att *apan* skulle ta bilden, hur han positionerat kameran, och vilka inställningar han hade använt på kameran m.m..²¹⁷ Resonemangen följer därmed i stor utsträckning det EU-autonoma originalitetskravet om *upphovsmannens egna intellektuella*

²¹³ Ricketson & Ginsburg, 2006, s. 359 f.

²¹⁴ Ricketson & Ginsburg, 2006, s. 360 ff.

²¹⁵ Nordell, 1997, s. 53 f.

²¹⁶ Jfr. Nordell, 1997, s. 50.

²¹⁷ Jeremy, 2015 (elektronisk källa).

skapelse med fokus på upphovspersonens möjligheter att göra fria val vid skapandet. Det är ett resonemang som resonerar från bl.a. målet *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* gällande upphovsrätten till ett fotografi. Svaranden hävdade att det inte förelåg upphovsrätt till den bild de publicerat eftersom det var ett fotografi som skapats med hjälp av ett knapptryck på en kamera. Därför förelåg det inget mänskligt skapande, vilket krävs för upphovsrättsligt skydd. Domstolen anförde däremot att det var fotografens komposition av ljuseffekter, kameravinkel, kostymering, föremålets pose och val av bakgrund som gav uttryck för skapandet och därmed genererade det upphovsrättsliga skyddet.²¹⁸

Gällande skaparens delaktighet i skapandeprocessen uppmärksammas det i doktrinen att det inte finns några krav på skaparens kvalifikationer i form av krav på erkänd konstnär eller dylikt. Den vikt som domstolen i målet *Burrow Giles* lägger vid skaparens kreativa val återspeglas heller inte alltid i doktrinen. Skaparen behöver inte vara vid fullt medvetande vid skapelseakten. Verk skapade under berusning och trans är att anses som fullvärdigt människoskapade. Däremot verkar det finnas en gräns vid djurmålerier samt verk skapade med allt för omfattande hjälp av datorer eller verk som är framställda slumpmässigt.²¹⁹ I Storbritannien har man i förhållande till datorskapade verk en upphovsrättslig underkategori för *computer-created works*.²²⁰

Skapat står, enligt Levin, i motsats till det helt naturligt förekommande och det maskintillverkade eller resultatet av en kemisk process.²²¹ Detta synsätt kontrasterar tydligt Kummers teorier om statistisk nyhet, som också omfattar det naturligt och slumpmässigt skapade.²²² Bergström argumenterar att det är

²¹⁸ *Burrow-Giles Lithographic Co. mot Sarony*, 111 U.S. 53, 1884 U.S. LEXIS 1757.

²¹⁹ Levin, 2017, s. 83 f.; Rosenmeier, 2001, s. 112 ff.; Nordell, 1997, s. 51.

²²⁰ Olsson, 2009, s. 54. Mer om detta i undersökningens kapitel 5.

²²¹ Jfr. Levin, 1986, s. 59.

²²² Nordell, 1990, s. 41.

verkets unika element som ska stamma från människa eftersom syftet med upphovsrätt är att främja utvecklingen av vetenskap och användbar konst. Därför är det inte tillräckligt att plocka upp en unik pinne från marken och kalla den för ens verk.²²³

4.2.3.7 Originalitetens gränsland – småmynt, variationsmöjligheter och närstående rättigheter

Som framgår ovan har flera författare på upphovsrättens område under en längre period uppmärksammat hur upphovsrätten har kommit att utsträckas till att inte endast omfatta klassiska konstverk utan också mindre kreativa men ekonomiskt betydelsefulla skapelser som tidningsartiklar, databaser, m.fl. De kallas gemensamt för upphovsrättens *småmynt*.²²⁴ Ett framstående skäl för denna sänkning av krav på kreativitet anses vara skydd mot *illojal konkurrens*. Det skulle vara anstötligt om verk som inte når upp till originalitetskravet kan kopieras fritt, om de trots sin låga originalitet har krävt en stor arbetsinsats.²²⁵

Upphovsrätten har med andra ord transformerats, från att vara ett personrättsskydd med inspiration från de naturrättsliga argumenten, som de återges i avsnitt 3.2.2, till att bli mer och mer ett investeringsskydd där upphovsrättens huvudsakliga motiv är incitament, belöning och neoliberala ekonomiska argument. Originalitet har gått från att bygga på klassiska värden som estetik, tradition och teknik till att också ta hänsyn till koncept som konkurrens, handel, goodwill och investeringar.²²⁶ Meningarna kring denna expansion är delade. Somliga menar att originalitetskravet har förlorat sin själ i och med att det omfattar en så pass stor bredd av föremål.²²⁷ Levin

²²³ Bergström, 1972, s. 15.

²²⁴ Jfr. Ljungman, 1970, s. 25 f.; Strömholm, 1998, s. 225 ff.; Strömholm, 1970, s. 91; Levin, 1996, s. 109 ff.; Knoph, 1936, s. 67 ff.; Nordell, 2002, s. 98.

²²⁵ Axhamn, 2016, s. 172.

²²⁶ Nordell, 2002, s. 111.

²²⁷ Jfr. Strömholm, 1998, s. 225 ff.

argumenterar bl.a. för ett separat *konkurrensrättsligt efterbildningskydd* för att undgå att originalitetskravets höjd fortsätter dala och att upphovsrätten blir ett skydd mot illojal konkurrens snarare än en ensamrätt till det skyddsvärda.²²⁸ Andra argumenterar att inkluderandet av nya typer av verk är i linje med de bakomliggande motiven – att upphovsrätten ska vara dynamisk och öppen för att uppfattningen om vad som utgör ett verk är föränderlig.²²⁹

I och med att allt fler kreativa uttryck erhåller skydd så har det blivit relevant att kunna särskilja dessa verks identitet från varandra. Frågan om subjektiv och objektiv nyhet spelar inte så stor roll på det rent konstnärliga området där variationsmöjligheterna är nästintill oändliga.²³⁰ Bland småmynten är det dock lättare att föreställa sig dubbelskapande. Inom brukskonsten, där kreativiteten är begränsad av produktens funktionsmässiga krav, har det etablerats en praxis av ett generöst erkännande av verkshöjd och upphovsrätt men kopplat till ett snävt *skyddsomfång*.²³¹ Fördelen med detta tillvägagångssätt är att skyddet blir elastiskt och kan anpassas till tiden för den aktuella intrångssituationen. Nackdelen är att förutsebarheten minskar.²³²

En elastisk upphovsrätt bygger på idén att möjligheten att uttrycka originalitet är kontextberoende, d.v.s. endast där antalet möjliga formgivningar är många finns det utrymme för uphovspersonen att skapa något som uppvisar originalitet. I de fall där det endast finns en möjlig form saknas det möjlighet för uphovspersonen att uttrycka en tillräcklig originalitet och uphovsrättsligt skydd kan därför inte erkännas. Karnell uttrycker detta som att originaliteten hos ett verk, och därmed dess uphovsrättsliga skydd, endast kan konstateras i jämförelse med ett snarlikt verk.²³³ Utan att känna till

²²⁸ Levin, 1994, s. 242 f.

²²⁹ Prop. 1960:17 s. 41; jfr. Butler, 1981, s. 735.

²³⁰ Levin, 2017, s. 83.

²³¹ Se bl.a. NJA 1994 s. 74 (Smultron); NJA 1995 s. 164 (Tunika); NJA 2002 s. 178 (Drängarna); NJA 2009 s. 259 (Mini Maglite); PMT 11062-16 (Motorbåt).

²³² Levin, 2017, s. 86.

²³³ Karnell, 1970, s. 42 f.

kontexten så går det inte att uttala sig generellt kring den nödvändiga graden av likhet eller olikhet för olika verkstyper.²³⁴ Ett exempel är modetrender där trendskaparen får tåla en grupp efterliknande produkter, så kallade *fair followers*.²³⁵ En trend inom ett visst område kan sägas *fylla på* eller *mätta* det allmänna formförrådet så att skyddsomfånget för varje produkt inom trendkategorin reduceras. Alternativt försvåras möjligheterna att överhuvudtaget erhålla upphovsrätt inom den aktuella trendkategorin.

Utöver en elastisk upphovsrätt för att kunna skydda upphovsrättens *småmynt* omfattar URL även de så kallade *till upphovsrätten närstående rättigheterna* och däribland *sui generis*-skydd för databaser. De närstående rättigheterna omfattar prestationer som lagstiftaren önskar skydda men som inte når upp till kravet på originalitet.²³⁶ Dessa innefattar utövande konstnärers framföranden eller framförandet av folklöre, ljud- och bildupptagningar, kataloger och databaser samt fotografier som inte besitter originalitet. Ett av motiven till skapandet av de närstående rättigheterna var att försöka undvika upphovsrättens urvattnande till att också omfatta småmynt som listor och enkla fotografier. Istället skapade man särskilda skyddskategorier.²³⁷ Rättigheterna finns samlade i 5 kap. URL och tillfredsställer skilda skyddsbehov som har tillkommit allt eftersom, vilket resulterat i viss svåröverskådlighet.²³⁸

Utöver att skyddas av traditionell upphovsrätt i den mån de besitter originalitet skyddas databaser också som en närstående rättighet. Genom införlivandet av direktivet 96/9/EEG tar skyddet sig uttryck av ett investeringsskydd kallat *sui generis* (i en klass för sig), som tar sikte på just den bakomliggande investeringen, inte databasen i sig. Detta resulterar i att

²³⁴ Karnell, 1970, s. 45.

²³⁵ Levin, 2017, s. 85, 189; jfr. PMT 3538-14 s. 28.

²³⁶ Maunsbach & Wennersten, 2011, s. 126.

²³⁷ Axhamn, 2006, s. 82 not 21; prop. 1960:17 s. 269.

²³⁸ Levin, 2017, s. 109.

sui generis-skyddet inte skyddar mot efterbildningar, likt skyddet för upphovsrättsliga verk och prestationer som skyddas av närstående rättigheter. *Sui generis* skyddar istället endast mot handlingar som kan skada själva investeringen²³⁹ och måttet för databasens skyddsvärde är omfattningen av de bakomliggande investeringarna.²⁴⁰

4.3 Särskilt om skyddssubjektet

4.3.1 Inledning

Som framgår i diskussionen om skyddsobjektet så föreligger det för den subjektivistiska skolan ett naturligt samband mellan skyddsobjektet och skyddssubjektet. Upphovspersonen blir skyddssubjekt i förhållande till det verk hen skapar, om verket ger uttryck för dennes personlighet och därmed kvalificerar som ett skyddsobjekt. Detta naturliga samband försvinner om man släpper på det subjektivistiska synsättet – att verket ska stamma från en människa. Enligt Kummers objektivistiska teorier ska skyddssubjektet utgöras av den som först kallar en skapelse för verk och gör sig själv till upphovsrättsligt skyddssubjekt.²⁴¹ Svensk rätt utgår från det subjektiva synsättet på skyddssubjektet, men det finns flera alternativa konstruktioner av skyddssubjekt för de fall då det är oklart vem som skapat verket eller när man av andra skäl söker ett alternativt skyddssubjekt.

I det här avsnittet redogörs för de sätt på vilka upphovsrätt enligt URL knyts till såväl fysiska som juridiska personer, samt hur upphovsrätten för dessa subjekt har inskränkts på vissa håll. Detta för att undersöka vilka utmaningar och möjligheter som föreligger i förhållande till upphovsrätt för AI-alster.

²³⁹ Axhamn, 2016, s. 360.

²⁴⁰ Axhman, 2006, s. 48.

²⁴¹ Ljungman, 1970, s. 34.

4.3.2 Skyddssubjektets uppkomst

Den grundläggande principen i modern svensk upphovsrätt är att upphovsrätten tillkommer den som skapat verket, alltså en eller flera fysiska personer.²⁴² Detta framgår av 1 § URL. Upphovsrätten tillkommer personen vid verkets skapande och skapandeprocessen är det som knyter objektet och subjektet samman. Upphovsrätten står här i kontrast till immaterialrättens industriella rättigheter (patent-, mönster- och varumärkesrätt) som utgår från registrering av rätten. Avsaknaden av krav på registrering ligger i linje med Bernkonventionen,²⁴³ men det finns länder där registrering av upphovsrätt fortfarande är möjligt. I USA är registrering av upphovsrätt en nödvändighet för att kunna föra talan om intrång. Även om det inte är nödvändigt för att hävda upphovsrätt så fungerar registreringen som en presumtion för att upphovsrätt föreligger.²⁴⁴

Om det råder ovisshet om upphovspersonens identitet finns det, enligt 7 § URL, en presumtion för att den vars signatur eller pseudonym som har angetts ska anses vara upphovsperson. I de fall när flera personer har skapat ett verk tillsammans och varje individs bidrag inte går att urskilja som ett enskilt verk från helheten, ska samtliga personer, enligt 6 §, anses som upphovspersoner till det gemensamma verket och de får tillsammans en samägd upphovsrätt.²⁴⁵ Deras samäganderätt innebär att det ska råda enighet kring samtliga dispositioner av verket.²⁴⁶ I fall av filmskapande finns en särskild regel i 39 § som anger att den som bidrar med upphovsrättsmaterial, med undantag av

²⁴² Levin, 2017, s. 116.

²⁴³ Ricketson & Ginsburg, 2006, s. 357 f.

²⁴⁴ Hunter, 2012, s. 45.

²⁴⁵ Olsson & Rosén, 2016, s. 64.

²⁴⁶ Levin, 2017, s. 118.

musikaliska verk, till en film också godkänner att producenten av filmen gör verket tillgängligt för allmänheten.²⁴⁷

En juridisk person kan inte vara ursprunglig upphovsperson till ett verk. Däremot kan den ekonomiska delen av upphovsrätten överlåtas till en juridisk person, och den ideella rätten kan i begränsad omfattning efterges.²⁴⁸ Skyddssubjektet enligt 5 kap. behöver dock inte vara en upphovsperson utan kan vara den *utövande konstnären* (45 §), *framställaren* (46 §), *ett radio – eller televisionsföretag* (48 §) eller *den som har framställt* en katalog eller fotografisk bild (49 och 49 a §§). Flera av dessa rättighetsinnehavare kan utgöras av juridiska personer.

Även verk som framställs efter *beställning* eller i ett *anställningsförhållande* tillhör ursprungligen upphovspersonen. Upphovsrätten kan dock, enligt 27 §, överföras till såväl juridiska som fysiska personer. I anglo-amerikansk rätt är utgångspunkten i nämnda förhållanden det omvända, att upphovsrätten tillfaller beställaren eller arbetsgivaren vid skapandet. I Sverige förekommer detta endast undantagsvis, enligt 40 a §, vid skapande av datorprogram i ett anställningsförhållande.²⁴⁹

4.3.3 Överlåtande och inskränkning av upphovsrätten

Upphovsrätten kan som utgångspunkt överlåtas fritt genom avtal. Reglerna om detta är samlade i 3 kap. URL och är till övervägande del dispositiva. Upphovsrätten kan förvärfvas av såväl juridiska som fysiska personer och det står kontrahenterna fritt att avtala hur omfattande överlåtelsen ska vara och om den ska tillåta ändringar av verket samt om rätten ska kunna överlåtas vidare eller inte. Avtalet bör vara så tydligt som möjligt om i vilken

²⁴⁷ Olsson & Rosén, 2016, s. 64 f.

²⁴⁸ Levin, 2017, s. 119 f.

²⁴⁹ Olsson & Rosén, 2016, s. 63. Se mer om detta under avsnitt 5.2.2.4.

utsträckning rättigheterna övergår. Uppkommer det frågor kring avtalets mening så kommer det som regel tolkas restriktivt till upphovspersonens fördel.²⁵⁰

Trots att den ursprungliga upphovspersonen har getts en stark ensamrätt till sitt verk så finns det situationer när rätten kan inskränkas och den helt eller delvis flyttas över på någon annan. Likaså finns det regler kring hur upphovsrätten hanteras när en upphovsperson inte kan identifieras. En kort genomgång av dessa situationer belyser vad som ger lika eller bättre rätt till verket som egenskapen av ursprunglig upphovsperson. Detta ger en indikation om hur lagstiftaren ser på möjligheten att utsträcka upphovsrätten bortom den mänskliga skaparen, vilket är relevant för diskussionen om upphovsrätt för AI-alster där en mänsklig skapare saknas.

Anställningsförhållande

Som nämns ovan tillhör upphovsrätten ursprungligen upphovspersonen, också i ett anställningsförhållande.²⁵¹ Det är dock underförstått att upphovsrätten till det en arbetstagare skapar inom ramen för sin tjänst överförs till arbetsgivaren.²⁵² För att undersöka överlåtelsens omfattning, vid avsaknad av uttryckliga avtal, får man undersöka parternas avtalsvilja samt sedvana och allmänna villkor inom branschen.²⁵³ Det är alltså anställningens och verksamhetens utformning som avgör i vilken utsträckning arbetsgivaren kan förfoga över verket genom t.ex. förändring, vidareöverlåtelse, överföring till allmänheten, m.m. Överlåtelse inom ett anställningsförhållande innebär, till skillnad från 40 a § URL gällande datorprogram och reglerna om

²⁵⁰ Levin, 2017, s. 121.

²⁵¹ Jfr. SOU 2010:24 s. 143 ff.

²⁵² Wolk, 2008, s. 119 f.; jfr. SOU 2010:24 s. 144 ff.

²⁵³ Wolk, 2008, s. 119 f.

industriella rättigheter, endast en förfoganderätt för arbetsgivaren, då arbetstagaren behåller den ideella rätten till verket.²⁵⁴

Herrelösa verk

I 16 a – 16 d §§ URL genomförs EU-direktivet 2012/28/EU om viss tillåten användning av anonyma verk. Bestämmelsen syftar till att underlätta för digitalisering och förmedling av kulturarvet när upphovspersonen är okänd eller det av andra skäl inte går att kontakta upphovspersonen för ordnande av tillstånd. Rätten tilldelas kulturarvsinstitutioner som arkiv, bibliotek, och museer samt radio- och TV-företag med ett public service-uppdrag.²⁵⁵ I det fall en upphovsperson till ett herrelöst verk ger sig till känna så kan denna inskränkning upphöra, enligt 16 b § 2 st.

Inskränkningar

2 kap. URL innehåller upphovsrättens inskränkningar och utgör en samhällsmässig avvägning mellan upphovspersonernas rätt till sitt verk och allmänhetens informationsfrihet.²⁵⁶ Några exempel är rätten till privatkopiering (12 §), citaträtten (22 §) och begränsad användning av konstverk i film, tv eller bild (20 a §). Inom dessa inskränkningar får annan, utan upphovspersonens tillåtelse och utan krav på ersättning använda det skyddade verket i den utsträckning som framgår av lagrummet.

Tvångslicens

Inskränkningarna i upphovsrätten som finns samlade i 2 kap. URL ger som tidigare nämnts viss rätt att nyttja verk för särskilda ändamål utan upphovspersonens medgivande. Några av dessa undantag till ensamrätten erkänner dock upphovspersonen viss ersättning, dessa kallas för

²⁵⁴ Wolk, 2008, s. 126.

²⁵⁵ Olsson & Rosén, 2016, s. 159.

²⁵⁶ Levin, 2017, s. 192.

tvångslicenser. Tvångsbestämmelserna är idag få och kräver ingen underrättelseplikt eller avtal på förhand. Ersättningen kan beslutas av domstol.²⁵⁷

Avtalslicens

I syfte att förenkla avtalshanteringen i branscher med hög användning av upphovsrättsskyddat material finns det ett slags lagstadgade kollektiva avtal i URL.²⁵⁸ Enligt 42 a § URL får de föreningar med anslutna upphovspersoner inom en viss kategori av verk, t.ex. musik, som träffar licensavtal med någon av de i 42 b – h §§ URL angivna parterna, lov att också representera ej anslutna upphovspersoner.

4.4 Delanalys

Redogörelsen ovan visar på önskan att tydligt kunna avgränsa såväl det skyddsvärda från det icke skyddsvärda som att avgränsa skyddsvärda föremål emellan. När den nordiska verksdebattens försök att definiera det skyddsvärda verket stannade av tog en diskussion om verkskriteriet vid. Så som redovisas genom bl.a. *dubbelskapandekriteriet* finns det två fundamentalt olika perspektiv på hur verksfrågan bör avgöras. Dels den objektiva sidan som ser till om verket är absolut originellt och skiljer sig från allt som tidigare skapats och allt som kommer skapas, dels den subjektiva sidan som ser till om verket är originellt på så sätt att det ger uttryck för skaparens individualitet och om det därtill är en subjektiv nyhet. De olika perspektiven grundar sig i olika motiv till upphovsrätten. Den objektiva sidan uppmuntrar ”tillkomsten av nya kulturella drag i kulturproduktionen” genom att säkra upphovspersonen ensamrätt och därmed möjlighet till belöning för sitt arbete.²⁵⁹ Den subjektiva sidan inriktar sig snarare på ett skydd för

²⁵⁷ Levin, 2017, s. 196.

²⁵⁸ Rosén, 2006, s. 90 f.

²⁵⁹ Ljungman, 1970, s. 32, 25 f.

upphovspersonens skapelseprocess i den mening att skaparens individualitet ska prägla verket och att närgående skapelser får tålas så länge dessa inte är efterbildningar av verket.

Båda sidor besitter viss problematik. I förhållande till den objektiva sidan har det visat sig svårt att överhuvudtaget göra en objektiv bedömning av om ett verk är originellt eller inte. Dessutom resulterar bedömningen i komplicerade bevisfrågor om vilket verk som har prioritet. Den subjektiva sidan dras med problematiken att definiera det mänskligt skapade, både i vilken utsträckning människan ska vara delaktig i skapelseprocessen och i vilken utsträckning personligheten bör gestaltas i verket. Dessutom finns det i förhållande till den subjektiva sidan en risk att det finns fler än en upphovsperson till samma verk, ifall av oberoende dubbelskapande.

Att överhuvudtaget väva in mänskligt skapande som ett rekvisit i originalitetskravet tycks böttna i det upphovsrättsliga motivet att främja andligt skapande. Att skydda av naturen givna former eller av datorer helt autonomt skapade verk skulle därför inte vara i linje med upphovsrättens motiv. Motivet tycks bygga på premissen att det som är skyddsvärt endast kan komma ur det mänskliga skapandet. Detta kan tyckas vara en något föråldrad uppfattning kring kreativitet.²⁶⁰ Den noterade expansionen av upphovsrätten till att omfatta *småmynt, närstående rättigheter* och *sui generis* ger dock intrycket av att lagstiftaren också önskar skydda immateriella skapelser där mänskligt skapande inte kommer till uttryck. För att bevara upphovsrätten och dess originalitetskrav har man förlagt dessa skapelser till egna kategorier.

Trots att förarbetena till URL anger att det är människans andliga skapande som upphovsrätten i huvudsak ska skydda, bör det vara berättigat att ifrågasätta om det andliga skapandet är ett självändamål eller om det bör ses som ett medel för att berika samhället med fler artistiska uttryck. Förarbetena och doktrinen svarar inte på vad det är i det mänskliga skapandet som man

²⁶⁰ Abbott, 2017 (elektronisk källa), s. 5, 11.

vill skydda. Det ges heller inga tydliga svar på varför detta abstrakta men skyddsvärda kan återfinnas i resultatet av en mindre medveten skapelseakt påverkad av trans eller berusning, men inte i resultatet av ett arbete med omfattande datorassistans eller som helt uteslutande är skapat av en dator. Det kan därför tyckas arbiträrt att upphovsrättsligt skydda det som är skapat av människor, men inte det som är skapat av det människor skapat.

Som nämns i kapitel 3 finns det uttryckt i förarbetena att lagstiftningen, utöver skaparens rätt till sitt verk, också ska skydda det litterära och konstnärliga skapandet, utan något omnämmande av dess mänskliga ursprung. Om det senare verkligen är ett centralt motiv för upphovsrätten bör kanske gränsen för originalitet inte dras vid mänskligt skapande, då det utesluter en omfattande kategori av verk som kan berika samhällets kulturella utbud. Om det andliga skapandet är ett självändamål så skyddas det på bekostnaden av skyddet för andra kreativa uttryck. Ett sådant uteslutande stämmer dåligt överens med förarbetenas uttryckliga önskemål att säkra skydd för framtida typer av verkskategorier, som exemplifieras med de öppna verkslistorna.²⁶¹

Som framgår av stycket om det EU-autonoma begreppet för originalitet och stycket om upphovsrättens *småmynt* m.fl., rör sig lagstiftningen mot en kompromiss mellan verkets objektiva och subjektiva sida. En sådan kompromiss kan också skönjas i det svenska begreppsparet *skapat* och *verk*. Det tidigare representerar en subjektiv syn och det senare en objektiv.²⁶² Också i doktrinen argumenteras det för olika formuleringar av originalitetskravet som ger uttryck för en hybrid av båda sidor, däribland Rosenmeiers förslag.²⁶³ Formuleringarna av originalitetskravet som presenterats av EUD och i doktrinen tycks dock inte ha blivit den generellt lämpliga avgränsning som eftersöktes när de slutna listorna med

²⁶¹ Se avsnitt 4.2.3.1. Se också Butler, 1981, s. 735; Miller, 1993, s. 1054 som uppmärksammar den traditionella tekniska flexibiliteten hos upphovsrätten.

²⁶² Axhamn, 2016, s. 180.

²⁶³ Se *Dubbelskapandekriteriet* ovan.

verkskategorier övergavs. Det blir snarare uppenbart att också generella formuleringarna av originalitetskravet, oavsett om det gäller det subjektiva *uttrycket för skaparens personlighet* eller det objektiva *statistiskt unika*, i slutänden blir en kategorisering av vilka verk som inkluderas i upphovsrätten och vilka som exkluderas. Så som originalitet definieras idag utesluts högst troligt AI-alster konsekvent från upphovsrätten. Detta går enligt min mening emot förarbetenas motiv att dels berika den kulturella produktionen, dels skydda den andliga produktionen, eftersom upphovsrätten inte erbjuder något skydd till de individer som skapar kreativ AI. Det snäva originalitetskravet utgår från en föråldrad premis att allt skyddsvärt originellt skapande kommer av människor. AI-kreativitet är kanske inte så annorlunda från mänsklig kreativitet som många tror.²⁶⁴ AI:s framväxt som en kreativt skapande kraft ger anledning att ifrågasätta denna premis och att överväga ett mer dynamiskt originalitetsbegrepp.

Trots Nordells kritik av Ljungmans försök att finna ett objektiva kriterium för originalitet så ger Nordell inget uttryckligt stöd för tesen att originalitet, i motsats till Ljungmans objektivitet, uttryckligen ska grunda sig på mänskligt skapande. I ett annat sammanhang påminner Nordell istället om vikten av dynamiken i uttrycket originalitet och att definitionen är något som ändras från tid till tid och situation till situation.²⁶⁵ Han beskriver originalitetskravet som en svart låda i vilken vi stoppar in något och ut kommer antingen ett verk eller ett icke-verk. Exakt vad som finns i lådan går dock inte att sätta fingret på. Nordells påminnelse om att originalitetskravet är något dynamiskt och föränderligt ligger dock i linje med motiven till upphovsrättens avskaffande av slutna listor och är kanske en påminnelse om att upphovsrätten inte ska låsa sig vid vissa verkskategorier, så som det mänskliga. Att öppna dörren för det som inte är mänskligt skapat behöver inte nödvändigtvis betyda skydd för det av naturen givna, likt *objets trouvés*. Att lätta på kravet om

²⁶⁴ Bridy, 2012, s. 11 ff.

²⁶⁵ Nordell, 2002, s. 111.

mänskligt skapande skulle eventuellt underlätta för en mer sammanhållen upphovsrättslagstiftning, utan udda kategorier för närstående rättigheter m.fl.

Som framgår i avsnittet kring skyddssubjektet är kravet på mänskligt skapande en smidig juridisk konstruktion eftersom det dels konstaterar vad som ska skyddas, dels vem skyddet ska tillfalla. Som visas ovan finns det också juridiska konstruktioner genom avtal och tvångslicenser för att rätten till verket ska kunna flyttas över från den ursprungliga skaparen till någon annan som har bättre nytta av rätten.

Även om avsnittet visar på att dagens upphovsrätt tycks sakna förutsättningar för att identifiera ett skyddssubjekt för upphovsrätten till AI-alster så visar lösningen för herrelösa verk liksom rätten till närstående rättigheter på en vilja från lagstiftarens sida att säkra skyddet för såväl verk som icke-verk när det inte finns en uphovsperson att identifiera. Bently och Sherman delar denna syn och menar att det på samma grund inte finns något skäl till varför AI-alster t.ex. inte skulle kunna tilldelas skyddet för närstående rättighet.²⁶⁶

Sammanfattningsvis ger lagens ordalydelse å ena sidan inte mycket stöd för att uttolka ett upphovsrättsligt skydd för AI-alster, då de saknar ett mänskligt skapande. Detta får stöd av motiven i de naturrättsliga argumenten och belöningsteorin. Å andra sidan skulle ett utelämnande av skydd för AI-alster gå stick i stäv med den uttryckliga önskan i förarbetena att upphovsrätten ska vara teknologiskt dynamisk och motiven i incitamentsteorin. Om en upphovsrättslig konstruktion för AI-alster berikar samhället med fler alster så bör lagstiftaren utsträcka upphovsrätten till att också omfatta AI-alster. Som exemplifieras ovan finns det upphovsrättsliga konstruktioner för att också verk utan uttryck för skaparens personlighet ska kunna skyddas, samt att rätten ska kunna innehas av annan än den ursprungliga skaparen. Detta bör också kunna gälla AI-alster.

²⁶⁶ Bently & Sherman, 2014, s. 117.

5 Upphovsrätt för AI-alster

5.1 Är det i linje med upphovsrättens motiv att skydda AI-alster?

Som framgår av kapitel 3 tar samtliga motiv till upphovsrätten sin utgångspunkt i mänskliga intressen av ett eller annat slag. Utgångspunkten är föga kontroversiell. Upphovsrätt finns till för människor.²⁶⁷ Motiven skiljer sig dock åt gällande vilka mänskliga intressen som skyddas i förhållande till verket – intresset av skapandeprocessen, åtnjutandet av verket eller handlandet med verket.

Som nämns i kapitel 2 innebär den senaste utvecklingen inom AI att den mänskliga kreativitetens monopol utmanas av autonomt kreativ AI.²⁶⁸ Detta innebär också ett ifrågasättande av premissen att det upphovsrättsligt skyddsvärda alltid stammar från människor. Vilken vikt man fäster vid premissen skiljer sig dock något åt mellan de olika motiven. Å ena sidan är premissen central inom naturrätten där skapandet omtalas som en förlängning av skaparens personlighet och där det är just det mänskliga skapandet som ska skyddas. Å andra sidan menar incitamentsteorin att även om den visserligen utgår från att människor motiveras att skapa mer om de säkras ersättning så är upphovsrättens huvudsakliga motiv att berika samhället med konst och kunskap. Teorin ställer inga särskilda krav på att verken ska stamma från människor. Enligt incitamentsteorin borde det således inte spela någon större roll om det upphovsrättsliga skyddet motiverar en människa att skapa en AI-robot som i sin tur berikar samhället med fler konstverk eller om människan själv skapar konstverket. Att utsträcka upphovsrättens skydd till att också omfatta AI-alster finner således olika mycket stöd i de

²⁶⁷ Butler, 1981, s. 739 f. not 171.

²⁶⁸ Så som återges i avsnitt 2.1 är dagens kreativa AI ännu inte en fullt autonom konstnär då uttrycket i stor grad styrs av det material som AI-tillverkarna matar AI-roboten med. Men för tydlighetens så utgår den här undersökningen utifrån premissen att kreativ AI är helt autonom och kan fatta fria konstnärliga val på samma nivå som en människa.

upphovsrättsliga motiven beroende på vilka av upphovsrättens motiv man tar stöd av och vilken empirisk grund man har för att motiven fungerar som tänkt. I fallet med incitamentsteorin är det t.ex. relevant om upphovsrätt verkligen leder till ökad upphovsrättslig produktion. Om så inte är fallet ter sig motivet tandlöst.

Trots att AI-alster inte har sitt direkta ursprung hos människor är de beroende av att människor till en början motiveras att skapa den kreativa AI:n.²⁶⁹ Om AI-alster, liksom människoskapade konstnärliga och litterära alster, är att anses som något samhällsligt önskvärt och vars produktion kan motiveras med upphovsrätt, så bör det övervägas att utsträcka skyddet till att omfatta AI-alster.²⁷⁰ Till stöd för detta kan man, som ovan nämns, använda bl.a. belöningsteorin, incitamentsteorin och neoliberala argument.

5.2 Förslag på lösningar

Trots att det tycks finnas visst stöd i upphovsrättens motiv för att också omfatta AI-alster är det av lagtekniska skäl komplicerat att definiera ett sådant skydd. Som framgår av avsnitten 4.2 och 4.3 är formuleringen av såväl skyddsobjektet som skyddssubjektet i grund och botten beroende av det mänskliga skapandet. Upphovsrättens ordalydelse ter sig med andra ord ej öppen att omfatta AI-alster. Problematiken är dock inte ny. Några författare uppmärksammade detta som ett potentiellt framtida problem redan när AI var i sina lindor på 1970-talet. Diskussionen kring ämnet dog ut strax därefter för att på senare år återupptas i och med AI:s snabbare utveckling. Det som har skrivits fokuserar främst på att formulera problematiken och att föreslå samt utvärdera lösningar på hur modern upphovsrätt ska förhålla sig till AI-alster. I det här avsnittet återges den diskussion som förts, och tolkas till hur det skulle kunna appliceras på den svenska upphovsrätten.

²⁶⁹ Abbott, 2016, s. 1121; Butler, 1981, s. 735.

²⁷⁰ Jfr. McCutcheon, 2013, I, IX.

Problemet med upphovsrätt till AI-alster kan delas upp i två delar, dels originalitetskravet – om ett AI-alster överhuvudtaget kan utgöra ett verk i upphovsrättens mening –, dels tillskrivandet av verket till ett skyddssubjekt, vilket enligt URL i nästan samtliga situationer är upphovspersonen. De föreslagna lösningarna nedan riktar sig i vissa fall enbart till det ena av dessa problem och i vissa fall båda.

5.2.1 Upphovsrätt överhuvudtaget?

5.2.1.1 Lag och praxis – en internationell utblick kring förutsättningarna för upphovsrätt till AI-alster

I svensk rätt finns det ännu ingen lag eller praxis på området upphovsrätt till AI-alster eller automatiskt genererade datoralster. Det finns dock några enstaka lagrum och rättsfall från utlandet som frekvent citeras i litteraturen kring upphovsrätt för AI-alster som förtjänar att här återges för att visa på hur problematiken har formulerats och vilka lösningar som valts.

Storbritannien

Den kanske mest intressanta lagstiftningen inom undersökningens område är Storbritanniens paragraf 9(3) *of the Copyright, Designs and Patents Act* (CDPA) vilken stadgar:

“In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken.”

Computer-generated förtydligas som ett verk som skapats under förhållanden som utesluter att det finns en mänsklig skapare till verket.²⁷¹ Lagrummet är att anses som ett avsteg från det i brittisk rätt annars existerande kravet på originalitet.²⁷² Lagrummet bygger vidare på rättsfallet *Express Newspapers v*

²⁷¹ 178 § CDPA.

²⁷² Guadamuz, 2017a, 3.1; Guadamuz, 2017b (elektronisk källa).

Liverpool Daily Post, vilket rör frågan om en datorgenererad bokstavssträng för ett lotteri hade upphovsrätt eller inte. Domstolen fann att det förelåg upphovsrätt till den som hade vidtagit de nödvändiga åtgärderna för att framställa bokstavssträngem.²⁷³ Även om lagrummet och rättsfallet indikerar att AI-alster kan besitta upphovsrätt så kritiserar bägge för att inte ge ett tydligt svar på frågan vem upphovsrätten tillfaller – programmeraren eller användaren? Detta får istället utläsas från fall till fall och man får då försöka identifiera den person som vidtog de nödvändiga åtgärderna för framställandet av verket. Enligt rättsfallet *Nova Productions v Mazooma Games* så kan kravet på vidtagande av nödvändiga åtgärder innebära ett krav att ”contribute skill and labour of an artistic kind”.²⁷⁴

USA

Enligt Bridy finns det i USA inget uttryckligt krav på mänskligt skapande i den amerikanska upphovsrättslagen, även om domstolarna har tolkat lagen som att ett sådant krav finns.²⁷⁵ Det anges dock i *U.S. Copyright Office Compendium of best practices* att upphovsrätt endast ges till mänskliga författare.²⁷⁶ Detta citeras också av domstolen i första instansen i målet med *Naruto*.²⁷⁷

Inom amerikansk rätt har det inte förekommit någon prövning av upphovsrätt till AI-alster. Däremot uppmärksammar Bridy att det vid flera tillfällen har prövats om det föreligger upphovsrätt till verk som har nedtecknats av människor men där verkets innehåll påstås ha givits till skribenten av andliga

²⁷³ *Express Newspapers v Liverpool Daily Post* [1985] 1 W.L.R. 1089.

²⁷⁴ *Nova Productions v Mazooma Games* [2007] Bus. L.R. 1032; jfr. Guadamuz, 2017a, 3.1; Guadamuz, 2017b (elektronisk källa).

²⁷⁵ Bridy, Harts, 2017 (elektronisk källa).

²⁷⁶ U.S. COPYRIGHT OFFICE, COMPENDIUM OF U.S. COPYRIGHT OFFICE PRACTICES § 313.2 (3rd ed. 2017).

²⁷⁷ *Naruto m.fl. mot David John Slater, Case No. 15-cv-04324-WHO, 2016 U.S. Dist. LEXIS 11041.*

varelser.²⁷⁸ I målet *Urantia Foundation v. Maaherra* kom domstolen fram till att det inte fanns något uttryckligt krav på mänskligt skapande i lagtexten, men att det fanns en tillräckligt stark koppling till mänsklig kreativitet genom själva nedtecknandet av vad de andliga varelserna berättade, för att upphovsrätt skulle anses föreligga.²⁷⁹ En sådan tolkning av den amerikanska upphovsrätten skulle kunna tänka sig tillåta upphovsrätt till AI-alster om där finns en tillräckligt stark koppling till mänsklig kreativitet, t.ex. genom att människor assisterar AI:n i produktionen.²⁸⁰ Det framgår dock inte hur omfattande det kreativa momentet ska vara – om det endast handlar om tillgängliggörande av verket eller mer än så.²⁸¹ En möjlighet är att det bör tolkas snarlikt den brittiska regleringen och att upphovsrätt därmed ges till den som vidtagit de nödvändiga åtgärderna för framställandet.²⁸²

Tolkningen av amerikansk upphovsrätt som föreslås ovan kontrasterar det annars styrande avgörandet för originalitet i USA, *Feist*.²⁸³ Avgörandet handlar om en tillverkare av telefonkataloger som stämmer ett annat företag för olovlig exemplarframställning av deras kataloginnehåll. Svaranden hävdar dock att katalogen inte omfattas av upphovsrätt då det endast är en sammanställning av fakta. Domstolen resonerar att sammanställningen och ordnandet av informationen inte var tillräckligt för att uppnå originalitet, till skillnad från den europeiska rätten där databaser kan erhålla skydd baserat på individualiteten i just urvalet.²⁸⁴ Kravet på originalitet är således relativt högt

²⁷⁸ Bridy, 2012, s. 19 f.

²⁷⁹ *Urantia Foundation mot Maaherra*, Case No. 95-17093, 1997 U.S. App. LEXIS 13601.

²⁸⁰ Bridy, 2012, s. 20.

²⁸¹ VerSteege, 1992, s. 822.

²⁸² Guadamuz, 2017a, 3.3.1.

²⁸³ *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340, 1991 U.S. LEXIS 1856.

²⁸⁴ *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340, 1991 U.S. LEXIS 1856; jfr. Guadamuz, 2017a, 3.3.1.

i *Feist* i förhållande till *Urantia Foundation*. Domstolen i *Feist* slog dock aldrig fast exakt vilken grad kreativitet som krävs för att uppnå originalitet.²⁸⁵

*EU-rätt*²⁸⁶

Bland EU:s medlemsstater finns det, förutom Storbritannien, inga lagar som särskilt reglerar upphovsrätt för AI-alster. Däremot finns det flera länder med lagar som uttryckligen anger krav på mänskligt skapande, t.ex. Spanien och Frankrike.²⁸⁷ Originalitetskravet inom EU är harmoniserat som *upphovspersonens egna intellektuella skapelse*. I och med kravet på intellektuell skapelse så utesluter EU-rätten troligen AI-alster och den brittiska paragrafen 9(3) CDPA står eventuellt i strid med det EU-autonoma originalitetskravet.²⁸⁸ Det finns inga vägledande rättsfall från EUD gällande AI specifikt, men *Football Dataco* ger viss vägledning då domstolen i det fallet inte erkände upphovsrätt p.g.a. att det saknades utrymme för fria kreativa val och skapandet var styrt av tekniska överväganden, spelets regler och begränsningar.²⁸⁹ Detta borde också träffa AI då det uteslutande styrs av tekniska överväganden, även om dessa är mycket mer sofistikerade och dynamiska än spelreglerna i fotboll. Således lämnar EU-rätten troligtvis ett mycket begränsat utrymme för att AI-alster ska omfattas av upphovsrätt.

5.2.1.2 Ingen upphovsrätt – public domain

Som framgår av diskussionen i kapitel 3 förutsätter incitamentsteorin att mer skapas om skaparen kan erhålla ersättning för sitt skapande. Denna premiss gäller dock inte nödvändigtvis på AI eller robotar som vi känner dem idag. De behöver ingen yttre motivation för att skapa.²⁹⁰ Av samma skäl finns det

²⁸⁵ VerSteeg, 1992, s. 822.

²⁸⁶ En del av svensk rätt sedan 1995.

²⁸⁷ Abbott, 2017, s. 8.

²⁸⁸ Rosati, 2013, s. 65 f.

²⁸⁹ C-604/10 *Football Dataco Ltd m.fl. mot Yahoo! UK Ltd m.fl.*

²⁹⁰ Nobre & Matuck, 2016, s. 145.

därför ingen anledning att tillskriva upphovsrätt till AI-alster, eftersom det i sig inte skulle resultera i ett ökat skapande. Likaså argumenterar den liberal-ekonomiska teorin att upphovsrätten ska ges till den som kan skapa största möjliga nytta för hela samhället. Normalt sett anses detta vara upphovspersonen, men i fallet av en robot är det tveksamt om premissen håller. Att trots detta erkänna upphovsrätt till AI-alster skulle kunna leda till en ineffektiv marknad eller till och med ett marknadsmisslyckande.²⁹¹ Samuelson argumenterar att om syftet med upphovsrätten är att förstärka och säkra samhällets tillgång till kunskap så är upphovsrätten en avvägd inskränkning, i den annars fria tillgången till kunskap, som är tänkt att resultera i tillgång till mer kunskap med inskränkningen än utan den. Att ge upphovsrätt till enheter som AI skulle vara en inskränkning i den annars fria tillgången till information som inte skulle resultera i mer kunskap eftersom robotar ändå inte motiveras av en exklusiv rättighet till att producera eller distribuera mer upphovsrättsligt material.²⁹²

En naturlig följdfråga är om inte avsaknaden av upphovsrätt till AI-alster skulle undergräva motivationen att alls producera eller använda AI till att producera kreativa skapelser.²⁹³ Samuelson menar dock att tillverkaren får sin ersättning vid försäljningen av AI till användaren.²⁹⁴ Användaren motiveras i sin tur att använda AI eftersom hen har investerat pengar i att införskaffa den samt att hen kan modifiera AI-alster för att på så sätt erhålla upphovsrätt till en självständig produkt.²⁹⁵ Samuelson erkänner dock att den föreslagna lösningen dras med samma gränsdragningsproblematik som modifierade verk och gemensamt producerade verk – att avgöra om den egna skaparinsatsen är tillräcklig för att det ska utgöra ett nytt verk, men också att avgöra vad som faktiskt var det ursprungliga verket. Samuelson kommer därför till slutsatsen

²⁹¹ Perry & Margoni, 2010, s. 628.

²⁹² Samuelson, 1985, s. 1224 f.

²⁹³ Jfr. Abbott, 2016, s. 1104.

²⁹⁴ Jfr. också Yanisky-Ravid & Moorhead, 2017, s. 44.

²⁹⁵ Samuelson, 1985, s. 1225.

att resultatet inte blir mycket annorlunda än att erkänna upphovsrätt till det ursprungliga AI-alstret.²⁹⁶

Trots argumenten för att genom upphovsrätt till AI-alster skapa incitament åt programmerare att producera mer AI, så måste lagstiftaren också göra avvägningen om det är mer samhällsnyttigt att motivera skapandet av mer AI med hjälp upphovsrätt än det är att ge samhället fri tillgång till det som AI ändå skapar, utan skydd av upphovsrätten.²⁹⁷ AI-alster utan upphovsrätt, liksom annat allmänt tillgängligt material som t.ex. *Wiki Commons*, kan bli känt att tillhöra det allmänna formförrådet.²⁹⁸ AI-alster kommer då snarare att fungera som viktiga bidrag på vilka upphovspersoner kan fortsätta bygga.²⁹⁹ En sådan ordning minskar gränsdragningsproblematiken kring vad som räknas som ett verk och lämnar upphovsrätten oförändrad. För många och allt för vaga rättigheter till triviala skapelser kan snarare begränsa än uppmuntra ny kreativitet. Av den anledningen kan det vara bättre med dagens tydliga upphovsrättsliga regler även om det innebär att upphovsrätt inte kan säkras till AI-alster annat än då de modifierats av människor för att skapa nya verk.³⁰⁰

Ramalho argumenterar för att ensamrätt inte nödvändigtvis är den bästa lösningen för AI-alster. Istället kan det finnas fördelar med att AI-alster är allmänt tillgängliga, i form av lättare tillgång för allmänheten, sänkta trösklar för nyskapande, ökad konkurrens och allmän tillgång till kulturarvet. Med andra ord, om samhällsnyttan av nämnda fördelar är större än allmännyttan av att införa upphovsrätt för AI-alster så borde upphovsrätt inte omfatta AI-alster, enligt Ramalho. Möjligtvis kunde det finnas en mer begränsad *spridningsrätt*, likt de närstående rättigheterna som producenträtten, för att

²⁹⁶ Samuelson, 1985, s. 1225 f.

²⁹⁷ Acosta, 2012 (elektronisk källa), s. 8.

²⁹⁸ Jfr. Devarapalli, 2018.

²⁹⁹ Perry & Margoni, 2010, s. 627 f.

³⁰⁰ Perry & Margoni, 2010, s. 628.

säkra att AI-alster når allmänheten.³⁰¹ Ramalho grundar sina argument på traditionell upphovsrätt – att mänskligt skapande är ett krav för originalitet och därmed upphovsrätt. För att bedöma om ett verk som skapats i samarbete mellan AI och människa besitter originalitet bör man utvärdera människans grad av deltagande i skapelseprocessen för att upphovsrätt eventuellt ska kunna tillfalla människan, annars bör det tillfalla allmänheten.³⁰²

Ytterligare ett argument för att inte tumma på upphovsrättens nuvarande gränser är att AI-alster eventuellt kan erhålla skydd på annat håll. Ginsburg förespråkar ett empiriskt tillvägagångssätt och menar att man bör undersöka alternativa åtgärders effektivitet innan man börjar justera och förändra upphovsrätten. Ginsburg föreslår att upphovsrätts- och patentskydd för AI:n eller maskinerna AI:n använder sig av samt upphovsrättsligt eller *sui generis*-skydd för databaserna som AI:n grundar sitt skapande på, eventuellt är tillräckliga åtgärder.³⁰³ Först om dessa visar sig otillräckliga är det relevant att börja utvidga upphovsrätten.

5.2.1.3 Sui generis och närstående rättigheter

Som nämns i kapitel 4 finns det utöver upphovsrätten möjlighet att skydda en del immateriella ting genom närstående rättigheter. Som nämns av Ramalho finns det förslag att skapa närstående skydd för AI-alster liksom man idag skyddar producenträtter och fotografier. Ramalhos egna förslag är att inrikta skyddet på distributören av AI-alster för att uppmuntra spridning.³⁰⁴ Närstående rättigheter för AI-alster har fördelen av att skyddsobjektet inte behöver uppnå originalitet och därmed undgår kravet på mänskligt skapande. Således behövs inga större förändringar av upphovsrätten. Ett problem med att tillämpa närstående skydd på AI-alster är att kategorin AI-alster är mycket mer omfattande än de verkskategorier som idag omfattas av skyddet och det

³⁰¹ Ramalho, 2016, s. 18 ff.

³⁰² Ramalho, 2016, s. 18 f.

³⁰³ Ginsburg, 2018, s. 134.

³⁰⁴ Ramalho, 2016, s. 16, 19.

kan därför blir svårt att skapa en tillfredsställande definition som passar alla AI-alster lika väl.³⁰⁵

Databaser kan dessutom erhålla särskilt skydd för den bakomliggande investeringen genom så kallat *sui generis*-skydd. Ett sådant skydd kan eventuellt omfatta de AI-alster som utgörs av databaser.³⁰⁶ Ramalho anmärker dock på att *sui generis*-skyddet eventuellt inte är särskilt lämpligt då dess effektivitet har kritiserats i de utvärderingar som gjorts av direktivet.³⁰⁷ Denna kritik bekräftas i den senaste rapporten på ämnet till Kommissionen som anger att *sui generis* inte lyckats stimulera ökat skapande av databaser som det var tänkt, bl.a. p.g.a. oklara definitioner kring begreppet *avsevärd investering*.³⁰⁸ Ytterligare en oklarhet gäller den tekniska frågan huruvida data *insamlas* eller *genereras*, då endast det tidigare omfattas av direktivets skydd.³⁰⁹ Detta exemplifieras i målet C-203/02 *The British Horseracing Board Ltd.* vari domstolen menar att insamlandet av namnen på kapplöpningshästar utgjorde genererande av data, som därför inte omfattas av *sui generis*.³¹⁰ Denna tolkning av databasdirektivet har genererat en diskussion om huruvida *sui generis* som det fungerar idag är tillämpligt på databaser som genereras av AI med hjälp av sensorer. Det avgörande är om sensorernas uppgift klassificeras som genererande snarare än insamlande av data – något som EUD får utvisa i ett framtida avgörande.³¹¹ Om

³⁰⁵ Jfr. McCutcheon, 2013, VIII.C.

³⁰⁶ Även om AI-alster kan utgöra materiella ting så som tavlor så är det i grunden någon form av databas som dessa materiella ting baseras på. Jämför med Ginsburgs argumentation ovan.

³⁰⁷ Ramalho, 2016, s. 16 med hänvisning till *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases* (EU-kommissionen, 2005 (elektronisk källa)) och *Europaparlamentets resolution av den 19 januari 2016 om "Vägen mot en rättsakt för den digitala inre marknaden"* punkt 108, vari det uppmanas att utvärdera om *sui generis* bör avskaffas.

³⁰⁸ EU-kommissionen, 2015 (elektronisk källa), s. 140 f.

³⁰⁹ EU-kommissionen, 2015 (elektronisk källa), s. 19 ff.; jfr. Axhamn, 2016, s. 234 ff.

³¹⁰ C-203/02 *The British Horseracing Board Ltd m.fl. mot William Hill Organization Ltd*, punkt 41.

³¹¹ EU-kommissionen, 2005 (elektronisk källa), s. 29 f.; Leistner, 2018 (elektronisk källa), s. 1 f.

databasdirektivet är tillämpligt på data från AI så kan det redan sägas finnas ett skydd för AI-alster när de är i form av databaser.³¹² Skyddet via *sui generis* är dock, som nämns i kapitel 4, inte ett skydd mot efterbildning utan ett skydd för den bakomliggande investeringen.³¹³ Detta innebär att efterbildningar av databaser som inte påverkar investeringen är tillåtna.

I likhet med en närstående rättighet för AI-alster är en annan möjlighet att skapa ett skräddarsytt *sui generis*-skydd inriktat på enbart AI-alster.³¹⁴ Med beaktande av det omfattande arbetet bakom *sui generis*-skyddet för databaser skulle ytterligare ett *sui generis*-skydd för AI-alster kräva otaliga avvägningar. Undersökningen går därför inte in i mer detalj kring hur ett sådant skydd skulle utformas mer precist. Några av de farhågor som finns med ett separat skydd rör definitioner och avgränsningar av lagens tillämpning, däribland problematiken att två likvärdigt originella objekt, ett AI-skapat och ett mänskligt, kan komma att skyddas under två olika lagrum – upphovsrätt och *sui generis*.³¹⁵ Det blir tekniskt komplicerat att avgöra var den avgörande skillnaden ligger mellan det mänskligt skapade och AI-alstret för att avgöra vilket lagrum som ska tillämpas.

5.2.2 Upphovsrätt för vem?

5.2.2.1 Programmeraren, ägaren eller användaren?

Antaget att AI-alster bör omfattas av upphovsrätt så är nästa fråga vem upphovsrätten bör tillfalla. Butler föreslår en presumtion för en fiktiv mänsklig skapare som tillskrivs upphovsrätten för skapelsen. Denna person kan t.ex. vara programmeraren, ägaren eller användaren.³¹⁶ Fördelarna med detta är enligt Butler många. Det krävs inga större förändringar av varken

³¹² Jfr. Leistner, 2018 (elektronisk källa), s. 7.

³¹³ Axhamn, 2016, s. 360.

³¹⁴ EU-kommissionen, 2005 (elektronisk källa), s. 29.

³¹⁵ McCutcheon, 2013, VIII.D.

³¹⁶ Butler, 1981, s. 744 f.

upphovsrättens motiv eller konstruktion – den bevarar synen på kreativitet som något unikt mänskligt – och är flexibel i ljuset av framtida teknologiska utvecklingar. Det skulle dessutom undvika filosofiska diskussioner kring tänkande maskiner samt deras rätt- och skyldigheter.³¹⁷

Följdfrågan är dock vem som är bäst lämpad att inneha upphovsrätten – programmeraren, ägaren eller användaren? Dessa tre kategorier av potentiella upphovspersoner återkommer frekvent i de artiklar som skrivs på ämnet.³¹⁸ Att välja mellan de tre kategorierna kan tyckas enkelt eftersom det är programmerarens verk som ger upphov till AI-alsret. Så varför skulle den mellanskapelse som utgörs av AI avskära programmeraren från AI-alsret, när det är programmerarens handling som ligger till grund för slutresultatet?³¹⁹ Valet bör dock baseras på vilken av de tre kategorierna som ger den största samhällsnyttan.³²⁰ Hristov argumenterar för att det avgörande skälet att överhuvudtaget tillskriva någon upphovsrätt är att genom ett tillfällig ensamrätt uppmuntra till uppfinning och kreativitet.³²¹ I förhållande till AI, som i sig inte motiveras av finansiella incitament, är det alltså avgörande att rikta upphovsrätten mot den part som är bäst lämpad att utveckla och sprida AI-alsret.³²² Dessa motiv för upphovsrätt till AI-alsret är desamma som identifieras i tredje kapitlets delsammanfattning.

Att tillskriva programmeraren upphovsrätten kan tyckas smidig, men det förenklar den komplexa verkligheten, att verket faktiskt inte har sitt upphov hos programmeraren trots att det kan vara likvärdigt ett verk producerat av en människa.³²³ Att ge programmeraren upphovsrätten kan liknas vid att

³¹⁷ Butler, 1981, s. 744 f.

³¹⁸ Guadamuz, 2017a; Kahana som citerad i Harts, 2017 (elektronisk källa); Abbott 2016; Bridy, 2012; Hristov, 2016, s. 443; Samuelson, 1985, s. 1200.

³¹⁹ Bridy, 2012, s. 21 f.

³²⁰ Hristov, 2016, s. 443.

³²¹ Hristov, 2016, s. 444.

³²² Hristov, 2016, s. 444.

³²³ Bridy, 2012, s. 25.

programmerarna bakom datorprogram som *Microsoft Word* eller *Adobe Photoshop* skulle inneha upphovsrätten till det som skapades med hjälp av programmen.³²⁴

Att ge användaren upphovsrätten vore, enligt Samuelson, en effektiv lösning eftersom användaren troligtvis kommer ha störst inflytande över AI-alstrets slutgiltiga utformning och tillgängliggörandet av denna. Från ett amerikanskt perspektiv ur vilket upphovsrätt, till skillnad från bl.a. Sverige, kräver att verket fixeras så är användaren den som tydligast kan sägas fixera AI-alstret.³²⁵

Abbott argumenterar för att upphovsrätten ursprungligen ska knytas till ägaren av AI.³²⁶ I förhållande till användaren är ägaren bättre lämpad som ursprunglig uphovsperson eftersom ägaren annars skulle sakna motivation att tillgängliggöra AI:n för användare.³²⁷ Att tillskriva upphovsrätten till ägaren av AI skulle uppmuntra denne att tillgängliggöra AI:n för andra användare i utbyte mot en avgift.³²⁸ I förhållande till programmeraren skulle det vara svårare för programmeraren än ägaren av maskinen att överblicka det som produceras med programmet efter att det distribuerats till köpare.³²⁹ Vem som äger en maskin är dessutom förhållandevis tydligt jämfört med såväl vem som är programmeraren eller användaren av programmet. Det kan dock stå ägaren, programmeraren och användaren fritt att avtala andra ägandelösningar,³³⁰ så som redan tillåts inom upphovsrätten.

³²⁴ Guadamuz, 2017b (elektronisk källa).

³²⁵ Samuelson, 1985, s. 1203 f.

³²⁶ Abbott, 2016, s. 1115.

³²⁷ Jfr. Hristov, 2016, s. 444 f.

³²⁸ Abbott, 2016, s. 1115.

³²⁹ Samuelson 1985, s. 1205 ff. Samuelson gör ingen skillnad på användaren och ägaren av AI, utan utgår från att användaren och ägaren är samma person. Argumentationen och slutsatsen är därför snarlik Abbotts.

³³⁰ Abbott, 2016, s. 1116 f.

5.2.2.2 Gemensam upphovsrätt

Några författare drar paralleller mellan AI-skapande och reglerna för gemensamt skapande av upphovsrättsskyddat material. De föreslår och utvärderar ett medförfattarskap mellan AI-roboten och den som önskar inneha upphovsrätten. Argumenten för är att medförfattarskap ökar transparensen kring bakgrunden om verkets tillkomst – att det har tillkommit genom ett nära samarbete mellan människa och maskin – och gör det möjligt att skilja det från verk som ensamt skapats av människor.³³¹ Att inkludera AI som medförfattare ger dock upphov till en mängd frågor så som vilket inflytande AI:n bör ha över förfarandet med verket, om AI:n har rätt till ekonomisk ersättning samt hur omfattande respektive parts bidrag bör vara för att de ska anses utgöra medförfattare.³³² Det är redan idag komplicerat att fastställa omfattningen av olika människors bidrag till skapandet av gemensamma verk.³³³ Det finns inget som tyder på att det skulle vara lättare att avgöra graden av AI:ns bidrag. Medförfattarskap öppnar också upp för frågor om kontraktuella förhållanden mellan människa och maskin, vilket snarare komplicerar än förenklar frågan om upphovsrätt till AI-alster.³³⁴ Eventuellt medförfattarskap löser heller inte den problematik som uppkommer när AI helt på egen hand skapar verk, utan att det finns någon mänsklig medförfattare.³³⁵

I förhållande till svensk upphovsrätt blir konstruktionen med AI komplicerad då gemensam upphovsrätt enligt 6 § URL anger att samtliga uphovspersoner endast i förening får förfoga över verket.³³⁶ Detta förutsätter i sin tur att man kan inhämta godkännande från AI för önskat förfogande. Dessutom är

³³¹ Abbott, 2017 (elektronisk källa), s. 11 f.

³³² Jfr. McLaughling, 2018 (elektronisk källa), s. 21 ff.

³³³ Abbott, 2017 (elektronisk källa), s. 13.

³³⁴ Butler, 1981, s. 741 f.

³³⁵ Abbott, 2017 (elektronisk källa), s. 12.

³³⁶ Olsson & Rosén, 2016, s. 110 f.

upphovsrätten knuten till en persons livstid, vilket i förhållande till AI kan bli mycket komplicerat att reglera.

5.2.2.3 E-person

I och med att AI beräknas påverka ett så stort antal rättsområden³³⁷ finns det förslag att skapa en tredje kategori av rättssubjekt, e-person, utöver de nu existerande fysisk och juridisk person.³³⁸ Frågan har gett upphov till många och långa debatter vars komplexitet är bortom den här undersökningens omfattning, därför ges här endast en kort redogörelse av ämnet.³³⁹

Anledningen till att juridiska personer överhuvudtaget förekommer är dels önskan om att knyta rättigheter till något som existerar oavhängigt en särskild mänsklig individ, dels att kunna knyta ansvar till något annat än enstaka människor.³⁴⁰ Det finns dock tydliga skillnader mellan juridiska personer och e-personer. Juridiska personer styrs i slutänden av människor och deras öde, t.ex. har en konkurs någon form av koppling till människorna bakom organisationen.³⁴¹ E-personer saknar denna koppling till människor då de är (eller i varje fall förutspås bli) autonoma varelser och frågan blir genast filosofisk. Vem finns rättssystemet till för? Det finns dock meningar om att e-personen endast skulle vara en juridisk konstruktion för att underlätta

³³⁷ Se kapitel 2.

³³⁸ *Betänkande med rekommendationer till kommissionen om civilrättsliga bestämmelser om robotteknik* (2015/2103(INL)) punkt 59 f uppmanar till ”inrättande av en särskild rättslig status för robotar på lång sikt, så att åtminstone de mest sofistikerade autonoma robotarna skulle kunna ges statusen ”elektronisk person” med ansvar att ersätta skada som de eventuellt orsakar, samt eventuellt tillämpning av ”elektronisk personlighet” på fall där robotar fattar autonoma beslut eller på andra vis interagerar med tredje parter på ett oberoende sätt”.

Att betänkandet antogs av Europaparlamentet kritiseras i ett öppet brev från flera AI-expertter. Se Robotics Open Letter (elektronisk källa).

³³⁹ Butler, 1981, s. 739 återger några av de komplexa frågor en e-person ger upphov till.

³⁴⁰ Davies, 2011, s. 617.

³⁴¹ Ramalho, 2016, s. 17.

knytandet av rättigheter och skyldigheter till ett särskilt subjekt som i sin tur ansvaras för av en fysisk eller juridisk person likt en förmyndare.³⁴²

I förhållande till upphovsrätt löser skapandet av ett tredje rättssubjekt inte verksproblematiken eftersom originalitetskravet fortfarande är anpassat efter mänskligt skapande. Det förutsätter alltså utöver skapandet av en e-person en justering av upphovsrätten så att också verk skapade av AI kan komma över originalitetströskeln. E-personen skapar möjligtvis en mer naturlig koppling mellan verket och upphovsrättsinnehavaren, då det fortsatt kan vara den som skapat verket (e-personen eller människan) som också innehar upphovsrätten. Det kan dock argumenteras att frågan om upphovsrättens egentliga tillhörighet endast abstraheras genom införandet av en e-person. Istället för att handla om ägandet av upphovsrätten blir det en fråga om vem som äger roboten som besitter rätten till verket. Dessutom finns det inget egentligt stöd i upphovsrättens motiv att knyta upphovsrätten till AI istället för en människa, eftersom en AI:s skapande varken styrs av ekonomiska eller ideella incitament.³⁴³

5.2.2.4 Anställningsförhållande

Flera författare har utforskat anställningsförhållandet som en användbar juridisk konstruktion för att lösa den äganderättsliga upphovsrätsfrågan i förhållande till AI-alster.³⁴⁴ Samtliga artiklar som undersökningen i den här delen bygger på tar sin utgångspunkt i den amerikanska lagstiftningen *Work Made For Hire* (WMFH), som utgör ett avsteg från den annars generellt erkända principen om att verkets skapare innehar upphovsrätten.³⁴⁵ Enligt WMFH tillfaller upphovsrätten istället den som har beställt verket och slutit kontrakt med skaparen av verket om att upphovsrätten ska tillkomma beställaren. I Sverige saknas denna möjlighet. Utgångspunkten är att den

³⁴² Davies, 2011, s. 618.

³⁴³ Butler, 1981, s. 740.

³⁴⁴ Se bl.a. Bridy, 2012; Butler, 1981; Yanisky-Ravid & Moorhead, 2017.

³⁴⁵ 17 U.S Code § 101.

ursprungliga upphovsrätten alltid tillfaller skaparen, också i ett anställningsförhållande, även om den i sin ekonomiska del kan övergå på arbetsgivaren.³⁴⁶ Det enda undantaget till detta i svensk rätt är 40 a § URL gällande rätten till datorprogram tillverkade inom ramen för anställningsförhållandet eller efter beställning, i vilket fall upphovsrättens ekonomiska och ideella del automatiskt tilldelas arbetsgivaren.³⁴⁷

De som argumenterar för att WMFH ska appliceras på AI menar att förhållandet mellan AI och människa bör liknas vid ett anställningsförhållande där rättigheterna automatiskt övergår på människan som utgör arbetsgivare.³⁴⁸ Detta skulle vid en första anblick kunna appliceras också i svensk rätt genom införandet av en 40 b § i URL om automatiskt överförande av upphovsrätten till AI-alster på arbetsgivaren.

Den föreslagna lösningen resulterar dock i frågor om vem som ska anses utgöra arbetsgivare,³⁴⁹ om den rättsliga analogin innebär ett urvattnande av arbetsrättens begrepp och hur man löser den kontraktuella aspekten av den arbetsrättsliga konstruktionen,³⁵⁰ då AI inte är ett rättssubjekt och därför inte kan ingå avtal likt ett anställningsförhållande. I tillägg är ett anställningsförhållande heller inte lösningen på frågan om AI-alster överhuvudtaget kan kvalificera för upphovsrättsligt skydd. Det, liksom förslaget om e-person, skulle behöva kompletteras med en rättslig konstruktion likt Storbritanniens 9(3) CDPA.³⁵¹

Det framgår dessutom att den svenska lagstiftaren har en konservativ inställning kring ett tillägg likt 40 a § URL, då frågan har diskuterats i

³⁴⁶ Se avsnitt 4.3.3 för närmare detaljer om upphovsrätt i anställningsförhållande.

³⁴⁷ Olsson & Rosén, 2016, s. 287 f.

³⁴⁸ Yanisky-Ravid & Moorhead, 2017, s. 52 ff.

³⁴⁹ Yanisky-Ravid & Moorhead, 2017, s. 56.

³⁵⁰ Bridy, 2012, s. 27; Hristov, 2016, s. 446.

³⁵¹ Yanisky-Ravid & Moorhead, 2017, s. 63; Se mer om CDPA under avsnitt 5.2.1.1.

förhållande till databasdirektivet.³⁵² Regeringen framförde att datorprogramsregeln tillkommit enligt krav i direktivet, men att sådana krav inte fanns gällande databaser och att man därför ville undvika att införa ett så pass stort avsteg från en grundläggande princip i den nordiska upphovsrätten.³⁵³ Istället håller lagstiftaren alltså ännu fast vid tumregeln om upphovsrättens övergång, som den återges i avsnitt 4.3.3.

5.3 Delanalys

Det tycks råda bred enighet om att upphovsrätten finns till för att främja mänsklig kreativitet och berika samhället med nya kreationer. Ett enkelt sätt att skydda båda dessa intressen har varit att erbjuda upphovsrättsligt skydd till det människor skapar. Så länge människan har varit den enda källan till kreativitet har ett sådant skydd tillfredsställt båda intressena. Så är inte längre fallet. AI har idag potentialen att framställa verk likvärdiga det människor skapar. AI-alster faller dock utanför upphovsrättens skydd trots att deras existens i grund och botten är ett exempel på mänsklig kreativitet och trots att de bidrar till att kulturellt berika samhället. Om incitamentsteorin håller empiriskt – att upphovsrättens skydd faktiskt uppmuntrar till ökat skapande – innebär det att utan upphovsrättsligt skydd för AI-alster kommer människor inte motiveras att skapa kreativ AI i samma utsträckning. Det i sin tur leder till att samhället går miste om kulturella tillskott.

För att undvika denna problematik har det presenterats olika potentiella lösningar. En av dessa är att överhuvudtaget inte ge upphovsrättsligt skydd till AI-alster om det upphovsrättsliga skyddet inte är nödvändigt för att motivera skapande genom kreativ AI. I ljuset av att *sui generis*-skyddet för databaser troligtvis inte har resulterat i en ökad produktion av databaser är

³⁵² Axhamn, 2016, s. 179 med hänvisningar till prop. 1996/97:11 s. 29 f. och vidare till prop. 1992/93:48 s. 117.

³⁵³ Axhamn, 2016, s. 179 med hänvisningar till prop. 1996/97:11 s. 30 f. och vidare till prop. 1960/17:48 s. 50 f., prop. 1988/89:85 s. 21 f. och prop. 1992/93:48 s. 116.

Ginsburgs förslag³⁵⁴ intressant. Innan större förändringar vidtas i upphovsrätten bör man först empiriskt studera om det är tillräckligt med de immateriella skydd som idag erbjuds AI-tillverkare genom patent och databasskydd, för de databaser som AI:n grundar sitt skapande på. En utmaning med Ginsburgs förslag är svårigheten att mäta mängden kreativ AI som inte skapas med anledning av att det inte finns ett tillräckligt starkt upphovsrättsligt skydd för AI-alster. Eventuellt skulle den brittiska lagstiftningen i 9(3) CDPA kunna fungera som en jämförelsepunkt då det är det lagrum som idag tydligast erbjuder skydd för AI-alster.³⁵⁵ Skyddet utgör dock ett avsteg från det EU-autonoma originalitetskravet och kan därför framtill Storbritanniens utträde ur EU vara otillåtet.

Ytterligare ett förslag är att erbjuda AI-alster skydd i form av närstående rättigheter eller *sui generis*. Fördelen med ett sådant skydd är att upphovsrätten i övrigt står orörd, men som uppmärksammas ovan resulterar det i en rad gränsdragningsfrågor. Till skillnad från de ting som idag omfattas av närstående rättigheter och *sui generis* är det inte nödvändigtvis möjligt att göra skillnad på ett verk skapat av en människa och ett verk skapat av AI. Varför AI-alster och mänskoscakade verk ska behandlas olika trots att de till utseendet kan vara likvärdiga kan därför tyckas tankeväckande och understryker den problematik som finns med att definiera upphovsrättens skyddsobjekt. Att uttrycket för det mänskligt skapade ska vara den borte gränsen för vad som kan skyddas av upphovsrätten kan tyckas omotiverat när det inte finns något enkelt sätt att särskilja det mänskligt skapade från t.ex. AI-alster.

De förslag på lösningar som presenteras här för hur AI-alster ska kunna erhålla skydd handlar inte om att formulera ett nytt originalitetskrav som rymmer såväl det mänskoscakade som det AI-skapade. Istället bygger förslagen vidare på den grund som upphovsrätten redan står på – att allt

³⁵⁴ Ginsburg, 2018, s. 134. Se också avsnitt 5.2.1.2.

³⁵⁵ Se avsnitt 5.2.1.1 kring CDPA.

kreativt kommer av människan – och försöker med hjälp av analogier till bl.a. anställningsförhållanden och gemensam upphovsrätt hänga på AI-alstren på den redan existerande upphovsrätten. Flera av förslagen leder av den anledningen till fler frågor än svar. Enligt min mening kräver upphovsrätt för AI-alster en mer grundläggande översyn kring vad upphovsrätten egentligen bör omfatta för att skyddet ska få en solid grund att stå på. Alternativt står upphovsrätten oförändrad, utan skydd för AI-alstren. Det är möjligt att de skydd som redan idag finns genom bl.a. patent ger ett tillfredsställande skydd som uppmuntrar skapandet av kreativ AI och att upphovsrätt för AI-alster inte skulle bidra märkbart till ett ökat skapande.

6 Sammanfattande analys

För att besvara undersökningens syfte ställdes inledningsvis tre vägledande frågor. Dessa kan besvaras enligt följande:

1. Vad är upphovsrättens motiv?

Det går inte att sammanfatta upphovsrätten med ett enda motiv. Upphovsrätten kan i varierande grad finna stöd i flera olika motiv beroende på vilken av upphovsrättens funktioner man önskar framhäva. Bl.a. kan den genom sin tidsbegränsade ensamrätt förenkla handel med immateriella varor, skydda den skapande individens ideella rätt till sitt verk och motivera mer immateriellt skapande. Den kontinentaleuropeiska upphovsrätten sägs traditionellt motiveras av skaparens rätt till sitt verk medan den anglo-amerikanska rätten lägger större vikt vid kommersiella aspekter.

2. Varför begränsas upphovsrätten till mänskligt skapande?

I ljuset av de slutna verkslistorna, den nordiska verksdebatten, dubbelskapandekriteriet och den omfattande diskussionen kring det EU-autonoma originalitetskravet kan det konstateras att det är komplicerat att fastställa upphovsrättens skyddsobjekt. Åsikterna går isär huruvida det är verkets unika drag som ska skyddas, verkets objektiva sida, eller om det är det bakomliggande mänskliga skapandet, verkets subjektiva sida, som bör vara den avgörande faktorn för vad som erhåller upphovsrättsligt skydd. Som framgår i undersökningens del kring dubbelskapandekriteriet i kapitel 4 och diskussionen om Kummers teorier så har det inte ansetts önskvärt att skydda något enbart på den grund att det är unikt. En pinne i naturen med en säregen form är t.ex. inte att anses som skyddsvärd. Det ska också finnas ett uttryck för kreativitet i verket eftersom det utifrån upphovsrättens motiv är poänglöst att ge skydd till det naturen själv skapar. Till skillnad från människor har naturen föga nytta av en ensamrätt till det den skapar och en upphovsrätt skulle inte heller motivera naturen att skapa mer. Utifrån premissen att människan är den enda källan till kreativitet så har ribban för det

upphovsrättsligt skyddsvärda därför lagts vid det som ger uttryck för mänsklig kreativitet, vilket kräver ett mänskligt skapande. Som uppmärksammas i avsnitt 4.2.3.7 gällande upphovsrättens *småmynt* har kravet på mänskligt skapande tolkats generöst och det kan ibland vara mycket svårt att definiera när den mänskliga kreativiteten framgår med tillräcklig tydlighet.

3. Om skydd för AI-alster är i linje med upphovsrättens motiv, hur ska upphovsrätten anpassas för att rymma AI-alster?

I likhet med naturen motiveras troligtvis inte heller AI av ensamrätter för att skapa mer. Den har troligtvis heller inga önskemål om ideella rättigheter till sina skapelser. De som däremot kan motiveras av sådana ensamrätter är människorna som skapar den kreativa AI-teknologin. Men då tillverkarna av AI p.g.a. AI:ns autonoma skapandeprocess inte kan påverka eller förutse vad AI:n skapar så bär AI-alstren inget uttryck för mänsklig kreativitet och omfattas därför inte av upphovsrätten. Detta trots att ett verk skapat av en människa och ett verk skapat av AI på alla sätt kan vara likvärdiga varandra. Ska upphovsrätten rymma AI-alster så måste alltså originalitetskravet förändras så att det inte endast omfattar det som är skapat av människor. Exakt hur ett sådant krav ska utformas ligger dock bortom undersökningens syfte men utgör ett ämne för framtida undersökningar.

Som det hintas om i sammanhanget med upphovsrättens *småmynt* har diskussionen om ett utsträckande av upphovsrätten inte uppstått i ett vakuum. Det upphovsrättsliga originalitetskravet har på senare tid kommit att sänkas mer och mer för att erbjuda skydd för verk som bär ytterst lite prägel av mänsklig kreativitet. Men om AI-alster, som saknar någon som helst koppling till mänsklig kreativitet, ska skyddas av upphovsrätten är det troligtvis inte tillräckligt med mindre justeringar här och där. Originalitetskravet måste förändras i grunden och inte stanna vid det som är mänskligt skapat. Lösningar om att inkludera AI-alster som t.ex. närstående rättigheter eller *sui generis* istället för att ge det upphovsrättsligt skydd erkänner inte det faktum att det inte föreligger någon annan kvalitativ skillnad mellan ett verk skapat

av en människa och ett verk skapat av AI än att det ena är skapat av en människa och det andra inte.

“The question of AI authorship may, in fact, be more of a philosophical inquiry about what it means to be human and what boundaries we put on that classification. What would it mean for our sense of the human condition if we allow nonhuman entities to share the same intellectual rights? And what does that mean for the laws that govern human action if they also regulate non-human action?”³⁵⁶

Motivuttalandena om att upphovsrätten ska vara teknologiskt dynamisk,³⁵⁷ ger oss dock skäl att ifrågasätta upphovsrättens konstruktion när den utesluter nya former av kreativa uttryck. Att det mänskliga skapandet har utgjort ett lämpligt originalitetskrav och ett tillfredsställande substitut för de slutna verkslistorna betyder inte att så alltid kommer vara fallet. Liksom Nordell argumenterar finns det goda skäl att inte låsa sig vid en statisk definition av originalitet och vad som ska skyddas, utan istället tillåta en dynamisk tolkning av originalitet och kontinuerligt utvärdera om lagens resultat är i linje med motiven.³⁵⁸ ”En teoribildning som påstår sig korrespondera med den iakttagbara verkligheten men inte kan igenkännas i denna är i längden en diskrediterad omöjlighet.”³⁵⁹

Det ska dock tilläggas att en förändring av upphovsrätten, enligt min mening, endast bör genomföras om det verkligen främjar de bakomliggande motiven – att uppmuntra mänsklig kreativitet och berika samhället. Förslaget att förändra upphovsrätten till att omfatta AI-alster bygger på premissen att upphovsrättsligt skydd skulle motivera fler människor att producera och använda mer kreativ AI än de skulle utan det upphovsrättsliga skyddet. Håller inte den premissen finns det heller ingen anledning att vidga upphovsrätten.

³⁵⁶ Campbell, 2017 (elektronisk källa).

³⁵⁷ Prop. 1960:17 s. 41.

³⁵⁸ Nordell, 2002, s. 111. Se även avsnitt 4.4.

³⁵⁹ Strömholm, 1998, s. 227.

Kanske finns det, som Ginsburg föreslår, tillräcklig motivation att skapa och använda kreativ AI med de immaterialrättsliga regleringar som redan finns.

Undersökningens slutsats är att inte mer storsläende än att upphovsrätten är ett juridiskt område i ständig förändring och att vi bör vara öppna för att dagens originalitetskrav, liksom de slutna verkslistorna, en gång kommer passera sitt bäst-före-datum. Jag lånar av Vallés för att sammanfatta detta.

“The extension of the subject matter of copyright affects the concept of work and requires fine-tuning of the instrument. It is a problem similar to (though not precisely the same as) the growth of the European Union. Initially, nobody tried to define Europe; at least, no one felt an urgent need to do so. The concept was taken for granted with an implicit reference to geography and history. But Europe has been growing and, as it does, we become aware of the need for a definition: a border to avoid denaturalizing the idea of reference. [...] As in the case of Europe, the concept of originality is not only descriptive. Its nature is also, and mainly, prescriptive; which vests some flexibility in it. We are talking about Law, not Physics. [...] [O]riginality is not in its pure state in the heaven of juridical concepts. Copyright has a reason, which is expressed by means of a requirement and decides both the grant or denial of protection and, to some extent, its form. This explains why differences exist among traditions and national laws, and why these are not static realities.”³⁶⁰

³⁶⁰ Vallés, 2009, s. 108 f.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Abbott, Ryan (2016), 'I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law', *57 B.C. L. Rev.* s. 1079 – 1126.

[Abbott, 2016]

Axhamn, Johan (2006), *Sui generis-skydd för databaser*, Stockholm: Mercurius.

[Axhamn, 2006]

Axhamn, Johan (2008), 'Respekträttsligt skydd för upphovsmannens anseende och egenart, Några reflektioner med anledning av NJA 2008 s. 309 (Reklamavbrott)', *NIR* nr. 5, s. 460 – 501.

[Axhamn, 2008]

Axhamn, Johan (2016), *Databasskydd*, Diss. Stockholm: Stockholms universitet.

[Axhamn, 2016]

Bently, Lionel & Sherman, Brad (2014), *Intellectual property law*. 4. uppl. Oxford: Oxford University Press.

[Bently & Sherman, 2014]

Bergström, Svante (1954), "*Uteslutande rätt att förfoga över verket*": studier över upphovsmannarättens föremål och innehåll enligt det s.k. nordiska förslaget, Uppsala: Lundquistska bokhandeln.

[Bergström, 1954]

Bergström, Svante (1972), Borgström, Ulla, Malmström, Åke & Strömholm, Stig (red.), *Mélanges de droit comparé en l'honneur du doyen Åke Malmström*, Stockholm: Norstedt.

[Bergström, 1972]

Blomqvist, Jørgen (2003), Bryde Andersen, Mads, Heide-Jørgensen, Caroline & Schovsbo, Jens (red.), *Festskrift til Mogens Koktvedgaard*, Köpenhamn: Jurist- og Økonomforbundet.

[Blomqvist, 2003]

Bostrom, Nick (2014), *Superintelligence: paths, dangers, strategies*, New York: Oxford University Press.

[Bostrom, 2014]

Bridy, Annemarie (2012), 'Coding creativity: copyright and the artificially intelligent author', *Stan. Tech. L. Rev.*5, s. 1 – 28.

[Bridy, 2012]

Bringsjord, S., Bello, P. and Ferrucci, D. (2003), *Creativity, the Turing test, and the (better) Lovelace test. In The Turing Test*, Dordrecht: Springer.

[Bringsjord, m.fl., 2003]

Butler, T.L. (1981), 'Can a computer be an author-copyright aspects of artificial intelligence', *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, 4, s. 707 – 747.

[Butler, 1981]

Cock Buning, M. (2016), 'Autonomous Intelligent Systems as Creative Agents under the EU framework for Intellectual Property', *European Journal of Risk Regulation*, 7(2), s. 310 – 322.

[Cock Buning, 2016]

Calo, R. (2017), 'Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap', *UCDL Rev.*, 51, s. 399 – 435.

[Calo, 2017]

CONTU (1979), United States National commission on new technological uses of copyrighted works, *Final report of the National commission on new technological uses of copyrighted works: July 31, 1978*. Washington: Library of Congress.

[CONTU, 1979]

Davies, C.R. (2011), 'An evolutionary step in intellectual property rights– Artificial intelligence and intellectual property', *Computer Law & Security Review*, 27(6), s. 601 – 619.

[Davies, 2011]

Devarapalli, Pratap (2018), 'Machine Learning to Machine Owning: Redefining the Copyright Ownership from the Perspective of Australian, US, UK and EU Law', *European Intellectual Property Review*, 40(11), s. 722 – 728.

[Devarapalli, 2018]

Eberstein, Gösta (1925), *Den svenska författarrätten. H. 2*, Stockholm: Norstedt.

[Eberstein, 1925]

Eberstein, Gösta (1946), 'Vad bör skyddas vid en nordisk auktorrättslagstiftning?', *NIR*, nr. 1.

[Eberstein, 1946]

Gervais, Daniel, J. (1991), 'The Protection Under International Copyright Law of Works Created with or by Computers', *INTERNATIONAL REVIEW OF INDUSTRIAL PROPERTY AND COPYRIGHT LAW*, 22(5), s. 628 – 660.

Ginsburg, Jane C. (2002), 'The concept of authorship in comparative copyright law', *DePaul L. Rev.*, 52, s. 1063 – 1092.

[Ginsburg, 2002]

Ginsburg J.C. (2018), 'People not machines: authorship and what it means in the Berne convention', *Int Rev Intell Property Compet Law*, 49(2), s. 131 – 135.

[Ginsburg, 2018]

Guadamuz, Andres (2017), 'Do Androids Dream of Electric Copyright? Comparative Analysis of Originality in Artificial Intelligence Generated Works', *Intellectual Property Quarterly*, nr. 2.

[Guadamuz, 2017a]

Hristov, Kalin (2016), 'Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma', *IDEA: The IP Law Review*, 57(3).

[Hristov, 2016]

Hunter, Dan (2012), *Intellectual property*, New York: Oxford University Press.

[Hunter, 2012]

Hydén, Håkan & Hydén, Therese (2016), *Rättsregler: en introduktion till juridiken*, 7., [uppdaterade och bearb.] uppl., Lund: Studentlitteratur.

[Hydén & Hydén, 2016]

Jareborg, Nils (2004), 'Rättsdogmatik som vetenskap', *Svensk Juristtidning*, s. 1 – 10.

[Jareborg, 2004]

Karnell, Gunnar (1968), 'Verksbegrepp och upphovsrätt', *Tidskrift for rettsvitenskap*.

[Karnell, 1968]

Karnell, Gunnar (1970), *Rätten till programinnehållet i TV: studier i upphovsrätt, utövande konstnärers rätt och fotorätt*, Diss. Stockholm: Univ.

[Karnell, 1970]

Kleineman, Jan (2018), 'Rättsdogmatisk metod', I: *Juridisk metodlära* (red.: Korling, Fredric och Zamboni, Mauro), Lund.

[Kleineman, 2018]

Knoph, Ragnar (1936), *Åndsretten*, Oslo: Nationaltrykkeriet.

[Knoph, 1936]

Koktvedgaard, Mogens (1965), *Konkurrenceprægede immaterialretspositioner: bidrag til læren om de lovbestemte enerettigheder og deres forhold til den almene konkurrenceret*, Diss. Köpenhamn: Juristforb.:s Forl.

[Koktvedgaard, 1965]

Kopp, Lisa (2012), 'The Evolvement of a European Concept of the protected Work of Authorship', *NIR*, nr. 3.

[Kopp, 2012]

Landes, William M., och Posner, Richard A. (1989), 'An Economic Analysis of Copyright Law', *The Journal of Legal Studies*, 18(2), s. 325 – 363.

[Landes & Posner, 1989]

Lavin, Rune (1990), 'Om förvaltningsrättslig forskning en replik', *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, s. 73.

[Lavin, 1990]

Lemley, M.A. (2004), 'Ex ante versus ex post justifications for intellectual property', *The University of Chicago law review*, s. 129 – 149.

[Lemley, 2004]

Levin, Marianne (1984), *Formskydd: en rättsvetenskaplig studie av skyddet för estetiskt syftande industriell formgivning*, Diss. Stockholm: Univ.

[Levin, 1984]

Levin, Marianne (1986), *Ulf, 50: uppsatser tillägnade Ulf Bernitz på 50-årsdagen den 28 februari 1986 från vännerna på institutet*, Stockholm: Liber Förlag.

[Levin, 1986]

Levin, Marianne (1994), 'Debatt. Vilket brukskonstskydd kan vi leva med?', *NIR*, nr. 2.

[Levin, 1994]

Levin, Marianne (1996). Rosén, Jan (red.) (1996). *Lex ferenda: [rättsvetenskapliga studier av forskare vid Stockholms universitet]*. 1. uppl. Stockholm: Juristförl.

[Levin, 1996]

Levin, Marianne (2017), *Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt i Sverige, EU och internationellt*, 11. Uppl., Stockholm: Wolters Kluwer.

[Levin, 2017]

Ljungman, Seve (1970), 'Något om verkshöjd', *NIR*, nr. 1.

[Ljungman, 1970]

Maunsbach, Ulf & Wennersten, Ulrika (2011), *Grundläggande immaterialrätt*, 2. uppl., Malmö: Gleerup.

[Maunsbach & Wennersten, 2011]

McCutcheon, Jani (2013), 'The Vanishing Author in Computer-Generated Works: A Critical Analysis of Recent Australian Case Law', *Melbourne University Law Review*, 36(3).

[McCutcheon, 2013]

Miller, Arthur R. (1993), 'Copyright protection for computer programs, databases, and computer-generated works: Is anything new since CONTU?' *Harvard Law Review*, 106, s. 977.

[Miller, 1993]

Netanel, N.W. (1996), 'Copyright and a democratic civil society', *Yale Lj*, 106, s. 283 – 387.

[Netanel, 1996]

Nobre, G. F., Matuck, A. (2016), 'Communicative and artistic machines: some remarks on authorship, copyright, and liability', *International Journal of Humanities and Applied Sciences*, 5(2), s. 145 – 149.

[Nobre & Matuck, 2016]

Nordell, Per Jonas (1990), *Verkshöjdsbegreppet inom upphovsrätten: en kritisk analys*. Stockholm: Juristförlaget.

[Nordell, 1990]

Nordell, Per Jonas (1995), 'Dubbelkapande i teori och praktik', *NIR*. nr. 4.

[Nordell, 1995]

Nordell, Per Jonas (1997), *Rätten till det visuella*, Diss. Stockholm: Univ.

[Nordell, 1997]

Nordell, Per Jonas (2002), 'The Notion of Originality - Redundant or not?' *Scandinavian Studies in Law*, 42, s. 97 – 111.

[Nordell, 2002]

Nordell, Per Jonas (2016), 'Verkshöjd eller originalitet', *Juridisk Tidskrift*, nr. 1, s. 172 – 179.

[Nordell, 2016]

Olsson, Henry (1987), *Copyright: svensk och internationell upphovsrätt*, 3. omarb. uppl., Stockholm: Allmänna förl.

[Olsson, 1987]

Olsson, Henry (2009), *Copyright: svensk och internationell upphovsrätt*, 8. omarb. uppl., Stockholm: Norstedts juridik.

[Olsson, 2009]

Olsson, Henry (2018), *Copyright: svensk och internationell upphovsrätt*, 10. uppl., Stockholm: Norstedts juridik.

[Olsson, 2018]

Olsson, Henry & Rosén, Jan (2016), *Upphovsrättslagstiftningen: en kommentar*. 4., [rev.] uppl., Stockholm: Wolters Kluwer.

[Olsson & Rosén, 2016]

Perry, M. and Margoni, T. (2010), 'From music tracks to Google maps: Who owns computer-generated works?', *Computer Law & Security Review*, 26(6), s. 621 – 629.

[Perry & Margoni, 2010]

Ramalho, Ana (2016), *Competence of the european union in copyright lawmaking - a normative persp.*, Springer International Publish.

[Ramalho, 2016]

Ramalho, A. (2017), 'Will Robots Rule the (Artistic) World? A Proposed Model for the Legal Status of Creations by Artificial Intelligence Systems', *Journal of Internet Law*, 21(1), s. 12-25.

[Ramalho, 2017]

Ricketson, Sam & Ginsburg, Jane C. (2006), *International copyright and neighbouring rights: the Berne Convention and beyond. Vol. 2. 2. uppl.*, Oxford: Oxford University Press.

[Ricketson & Ginsburg, 2006]

Rognstad, Ole-Andreas & Lassen, Birger Stuevold (2009), *Opphavsrett*, Oslo: Universitetsforlaget.

[Rognstad & Lassen, 2009]

Rosati, Eleonora (2013), *Originality in EU copyright: full harmonization through case law*, Cheltenham: Edward Elgar.

[Rosati, 2013]

Rosén, Jan (2006), *Upphovsrättens avtal: regler för upphovsmäns, artisters, fonogram-, film- och databasproducenters, radio- och TV-bolags samt fotografers avtal*, 3. [omarb.] uppl., Stockholm: Norstedts juridik.

[Rosén, 2006]

Rosenmeier, Morten (2001), *Værkslæren i ophavsretten*, 1. uppl., Köpenhamn: Jurist- og Økonomforbundet.

[Rosenmeier, 2001]

Rosenmeier, Morten (2003), Bryde Andersen, Mads, Heide-Jørgensen, Caroline & Schovsbo, Jens (red.), *Festskrift til Mogens Kockvedgaard*, Köpenhamn: Jurist- og Økonomforbundet.

[Rosenmeier, 2003]

Russell, Stuart Jonathan & Norvig, Peter (2010), *Artificial intelligence: a modern approach*, 3. uppl., Boston: Pearson Education.

[Russell & Norvig, 2010]

Rydén, R., Det upphovsrättsliga originalitetskravet. Masteruppsats
Stockholms Universitet.

[Rydén, 2015]

Samuelson, Pamela (1985), 'Allocating ownership rights in computer-generated works', *U. pitt. L. rev.*, 47, s. 1185 – 1228.

[Samuelson, 1985]

Sandgren, Claes (2015), *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*. 3. [utök. och rev.] uppl., Stockholm: Norstedts juridik.

[Sandgren, 2015]

Schultz, Mårten, (2018), 'Rättsdogmatisk metod', I: Juridisk metodlära (red.: Korling, Fredric och Zamboni, Mauro), Lund.

[Schultz, 2018]

Stamatoudi, Irimi (2017), A. Torremans, Paul (red.), *Research handbook on copyright law*, 2. uppl., Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.

[Stamatoudi, 2017]

Sterling, J.A.L. (2000), 'Philosophical and Legal Challenges in the Context of Copyright and Digital Technology', *INTERNATIONAL REVIEW OF INDUSTRIAL PROPERTY AND COPYRIGHT LAW*, 31(5), s. 508 – 525.

[Sterling, 2000]

Sterling, J.A.L. (2002), 'International codification of copyright law: Possibilities and imperatives part one', *INTERNATIONAL REVIEW OF INDUSTRIAL PROPERTY AND COPYRIGHT LAW*, 33(3), s. 270 – 293.

[Sterling, 2002]

Still, Viveca (2007), *DRM och upphovsrättens obalans*, Helsingfors: IPR university center.

[Still, 2007]

Strömholm, Stig (1969), 'Inledning till personlighetskyddet Inom immaterialrätten', *NIR*, nr. 3, s. 207 – 232.

[Strömholm, 1969]

Strömholm, Stig (1970), *Upphovsrättens verksbegrepp*, Stockholm: Norstedt.

[Strömholm, 1970]

Strömholm, Stig (1998), Karnell, Gunnar & Muldin, Kenth (red.), *Ton och rätt: jubileumsskrift till STIM*, Uppsala: Iustus.

[Strömholm, 1998]

Synodinou, Tatiana-Eleni (red.) (2012), *Codification of European copyright law: challenges and perspectives*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

[Synodinou, 2012]

Tøien, I.E., (2012), 'Originalitetskriteriet i EU-retten–ny kurs?' *NIR*, nr. 4, s. 403 – 422.

[Tøien, 2012]

Ulmer, Eugen (1968), 'Der urheberrechtliche Werkbegriff und die moderne Kunst Rezensionsabhandlung', *GRUR*.

[Ulmer, 1968]

Vallés, Ramón, C. (2009), Derclaye, Estelle (red.), *Research handbook on the future of EU copyright*, Cheltenham: Edward Elgar.

[Vallés, 2009]

Wennersten, Ulrika (2014), *Immaterialrätt och skydd av samhällsideal: en studie av klassikerskyddet i upphovsrätten och undantagen i varumärkesrätten, mönsterrätten och patenträtten för allmän ordning och goda seder*, Diss. Lund: Lunds universitet.

[Wennersten, 2014]

VerSteeg, R. (1992), 'Rethinking Originality', *Wm. & Mary L. Rev.*, 34, s. 801 – 883.

[VerSteeg, 1992]

Wolk, Sanna (2008), *Arbetstagares immaterialrätter: rätten till datorprogram, design och uppfinningar m.m. i anställningsförhållanden, 2., omarb. uppl.*, Stockholm: Norstedts juridik.

[Wolk, 2008]

Yanisky-Ravid, S. & Moorhead, S. (2017), 'Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Accountability and Copyright-The Human-Like

Workers Are Already Here-A New Model', *Michigan State Law Review*, s. 659 – 726.

[Yanisky-Ravid & Moorhead, 2017]

Yanisky-Ravid, S. & Velez-Hernandez, L.A. (2018), 'Copyrightability of Artworks Produced by Creative Robots and Originality: The Formality-Objective Model', *Minn. JL Sci. & Tech.*, 19, s. 1 – 53.

[Yanisky-Ravid & Velez-Hernandez, 2018]

Elektroniska källor

Abbott, Ryan Benjamin (2017), Tanya Aplin (red.), 'Artificial Intelligence, Big Data and Intellectual Property: Protecting Computer-Generated Works in the United Kingdom', *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, 2017-11-02, Edward Elgar Publishing Ltd, kommande, <<https://ssrn.com/abstract=3064213>>, besökt 2019-01-06.

[Abbott, 2017 (elektronisk källa)]

Acosta, Raquel (2012), Lewin, Adam (red.), 'Artificial Intelligence and Authorship Rights', *Harvard Journal of Law and Technology Digest*, 2012-02-17, <<https://jolt.law.harvard.edu/digest/artificial-intelligence-and-authorship-rights>>, besökt 2019-01-06.

[Acosta, 2012 (elektronisk källa)]

Adams, R.L. (2017), "10 Powerful Examples of Artificial Intelligence In Use Today", *Forbes*, 2017-01-10, <<https://www.forbes.com/sites/robertadams/2017/01/10/10-powerful-examples-of-artificial-intelligence-in-use-today/#7ad5f48a420d>>, besökt 2019-01-06.

[Adams, 2017 (elektronisk källa)]

Campbell (2017), 'The Next Rembrandt: Originality and Authorship of AI Generated Works', *The Columbia Science and Technology Law Review*, 2017-10-31, <<http://stlr.org/2017/10/31/the-next-rembrandt-originality-and-authorship-of-ai-generated-works/>>, besökt 2019-01-06.

[Campbell, 2017 (elektronisk källa)]

EU-kommissionen (2005), 'First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases', *Europeiska Unionen*, 2005-12-12, https://web.archive.org/web/20180427075827/http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf>, besökt 2019-01-06.

[EU-kommissionen, 2005 (elektronisk källa)]

Guadamuz, Andres (2017), "Artificial intelligence and copyright", WIPO Magazine, 2017-10, <https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html>, besökt 2019-01-06.

[Guadamuz, 2017b (elektronisk källa)]

Harts, Robert David (2017), "If an AI creates a work of art, who owns the rights to it?", Quartz, 2017-08-15, <<https://qz.com/1054039/google-deepdream-art-if-an-ai-creates-a-work-of-art-who-owns-the-rights-to-it/>>, besökt 2019-01-06.

[Harts, 2017 (elektronisk källa)]

Hilti, Reto M (2018), "European Copyright, quo vadis? Impact of Artificial Intelligence on copyright issues: Criteria for protection", European Copyright Society, 2018-05-28, <https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2018/06/hilty_ai_2018-05-24.pdf>, besökt 2019-01-06.

[Hilti, 2018 (elektronisk källa)]

ING, "The Next Rembrandt", <nextrembrandt.com>, besökt 2019-01-06.

[ING (elektronisk källa)]

Jeremy (2015), "It could only happen in America: PETA litigates over macaque selfie", The IP Kat, <<http://ipkitten.blogspot.com/2015/09/it-could-only-happen-in-america-peta.html>>, besökt 2019-01-06.

[Jeremy, 2015 (elektronisk källa)]

Leistner, M. (2018), "Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC: Current Law and Potential for Reform", SSRN, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3245937>, besökt 2019-01-06.

[Leistner, 2018 (elektronisk källa)]

McLaughlin, Michael (2018), "Computer-Generated Inventions", American University Washington College of Law, 2018-01-07, <<https://ssrn.com/abstract=3097822>>, besökt 2019-01-06.

[McLaughling, 2018 (elektronisk källa)]

Purdy, M. och Daugherty, P. (2017), "How AI Boosts Industry Profits and Innovation", Accenture, 2017, <https://www.accenture.com/fr-fr/_acnmedia/36DC7F76EAB444CAB6A7F44017CC3997.pdf>, besökt 2019-01-06.

[Purdy & Daugherty, 2017 (elektronisk källa)]

Robotics Open Letter, "Open Letter to the European Commission Artificial Intelligence and Robotics", <<http://www.robotics-openletter.eu>>, besökt 2019-01-06.

[Robotics Open Letter (elektronisk källa)]

Rosati, Eleonora: "BREAKING: 9th Circuit rules that Naruto has no standing under US Copyright Act", ipkitten.com, 2018-04-23, <<http://ipkitten.blogspot.com/2018/04/breaking-9th-circuit-rules-that-naruto.html>>, besökt 2019-01-06.

[Rosati, 2018 (elektronisk källa)]

Russell, Stuart Jonathan & Norvig, Peter, "1380 Schools Worldwide That Have Adopted AIMA", <<http://aima.cs.berkeley.edu/adoptions.html>>, besökt 2019-01-06.

[Russell & Norvig (elektronisk källa)]

Smith, John R. (2016), 'IBM Research Takes Watson to Hollywood with the First "Cognitive Movie Trailer"', IBM, 2016-08-31, <www.ibm.com/blogs/think/2016/08/cognitive-movie-trailer/>, besökt 2019-01-06.

[Smith, 2016 (elektronisk källa)]

Vinnova (2018), "Artificiell intelligens i svenskt näringsliv och samhälle Analys av utveckling och potential", Vinnova, 2018-04-30, <<https://www.vinnova.se/globalassets/dokument/ai-analys-slutrapport-180430-final.pdf>>, besökt 2019-01-06.

[Vinnova, 2018 (elektronisk källa)]

Förarbeten

Sverige

SOU 1956:25	Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk: lagförslag.
SOU 1985:51	Upphovsrätt och datorteknik Delbetänkande 3.
SOU 2010:24	Avtalad upphovsrätt.
SOU 2011:32	En ny upphovsrättslag.
Prop. 1960:17	med förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, m. m.
Prop. 1988/89:85	om upphovsrätt och datorer.

Prop. 1992/93:48 om ändringar i de immaterialrättsliga lagarna med anledning av EES-avtalet m.m.

Prop. 1996/97:11 Beredskapen mot svåra påfrestningar på samhället i fred.

EU

Europaparlamentets resolution av den 19 januari 2016 om ”Vägen mot en rättsakt för den digitala inre marknaden” (2015/2147(INL)), P8_TA(2016)0009.

Betänkande av den 27 januari 2017 med rekommendationer till kommissionen om civilrättsliga bestämmelser om robotteknik (2015/2103(INL)), A8-0005/2017.

Europaparlamentets resolution av den 16 februari 2017 med rekommendationer till kommissionen om civilrättsliga bestämmelser om robotteknik (2015/2103(INL)), T8-0051/2017.

Rättsfall

Sverige

NJA 1994 s. 74 (Smultron).

NJA 1995 s 164 (Tunika).

NJA 2002 s. 178 (Drängarna).

NJA 2008 s. 309 (Reklamavbrott).

NJA 2009 s. 259 (Mini Maglite).

NJA 2015 s. 1097 (C More).

PMT 3538-14 (Motorbåt).

PMT 11062-16 (Motorbåt).

EU

C-203/02 *The British Horseracing Board Ltd m.fl. mot William Hill Organization Ltd*, EU:C:2004:695.

C-306/05 *SGAE mot Rafael Hotel*, EU:C:2006:764.

C-5/08 *Infopaq mot Danske Dagblades Forening*, EU:C:2009:465.

C-429/08 *Karen Murphy mot Media Protection Services Ltd*,
EU:C:2011:631.

C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany mot
Ministerstvo kultury*, EU:C:2010:816.

C-145/10 *Eva-Maria Painer mot Standard VerlagsGmbH m.fl.*,
EU:C:2011:798.

C-604/10 *Football Dataco Ltd m.fl. mot Yahoo! UK Ltd m.fl.*,
EU:C:2012:115.

C-310/17 *Levola Hengelo BV mot Smilde Foods BV*, EU:C:2018:899.

Storbritannien

Express Newspapers v Liverpool Daily Post [1985] 1 W.L.R. 1089.

Nova Productions v Mazooma Games [2007] Bus. L.R. 1032.

USA

Burrow-Giles Lithographic Co. mot Sarony, 111 U.S. 53, 1884 U.S. LEXIS
1757.

Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340, 1991
U.S. LEXIS 1856.

Urantia Foundation mot Maaherra, Case No. 95-17093, 1997 U.S. App.
LEXIS 13601.

Naruto m.fl. mot David John Slater, Case No. 15-cv-04324-WHO, 2016
U.S. Dist. LEXIS 11041.

Naruto mot David Slater, Case No. 16-15469, 2018 U.S. App. LEXIS
10129.