

*Docent Max Oker-Blom, Helsingfors*

## Immaterialrättens normativa förklaringsgrunder – ett tredje alternativ

### 1 Inledning

Om man reflekterar över de immaterialrättsliga normernas uppkomst och bakgrund kan man något förenklat sagt förhålla sig på två sätt. Man kan utgå ifrån en naturrättslig syn och hävda att exempelvis upphovsrätten till ett verk tillhör konstnären, kompositören eller författaren i och med att dennes arbete är en utvidgning av rätten till hans egen person. Man ”äger” eller disponerar fritt över sig själv och därför har man ensamrätt till resultatet av sitt arbete. Enligt en annan, utilitaristisk syn fungerar de immaterialrättsliga reglerna som incitament, som avser att befrämja innovation i samhället. Båda synsätten kategoriseras som normativa.<sup>1</sup>

I det förstnämnda fallet fokuserar man på objektet, dvs. hur rätten till det uppkommit, och konstruerar eller tolkar rättigheten utgående från det. I det andra fokuserar man på personen bakom verket eller uppfinningen och funderar över hur den immaterialrättsliga ensamrätten utformats eller ska konstrueras för att uppnå en mer eller mindre hög grad av kreativitet, dvs. stimulera en person till innovativt beteende. Men man kan också betrakta de immaterialrättsliga bestämmelserna eller normerna som inte enbart garanter för ensamrätt och/eller innovation, utan också som instrument för att uppnå något annat, såsom en hållbar miljö eller en människocentrerad teknologisk utveckling, till exempel av artificiell intelligens (AI). Här handlar det om att fokusera på hur de immaterialrättsliga normerna påverkar omgivningen eller samhället i stort, inte enbart som ekonomisk drivkraft.

Efter att jag har utvecklat den *naturrättsliga* och *ekonomiska* synen något återkommer jag till den *instrumentella* eller det jag kallar för det tredje alternativet. Jag förflyttar sålunda fokus från objektet och personen direkt till omgivningen och resonerar kring om det senare också ska styra hur man förhåller sig till ensamrätt och innovativ verksamhet.

---

<sup>1</sup> Se t.ex. Alexandra George, *Constructing Intellectual Property*. Cambridge University Press 2012, s. 341 ff. under rubriken ”Normative Approaches to Intellectual Propertization”. Se också Robert P. Merges, *Justifying Intellectual Property*. Cambridge 2011, t.ex. s. 19.

## 2 Förklaringsgrunder

Föreställningen om rätten till resultatet av ens eget arbete verkar att ha varit dominerande i Europa och Norden. I ett angloamerikanskt sammanhang får uppfattningen om den immateriella äganderätten som ekonomiskt incitament däremot stor betydelse. Det är knappast någon händelse att upphovsrättsliga frågor i Finland sorterar under undervisnings- och kulturministeriet medan övriga immaterialrättsliga ärenden har hänförts till arbets- och näringsministeriet. Man har nämligen traditionellt hävdad att upphovsrätten, som skyddar olika slag av konstnärligt skapande, har med den enskilda individen, konstnären och kultur att göra, medan varumärken, patent och till exempel mönster är en del av den kommersiella sfären. I dagens läge känns uppdelningen inte lika uppenbar med tanke på de stora ekonomiska värden som är förknippade med film, musik, litteratur, konst, etc.

Som bekant kan föreställningen om att immaterialrätten grundar sig på idén om att man har rätt att ”skörda vad man sått” hänföras till den engelska filosofen John Lockes (1632–1704) så kallade *labour theory*. Enligt hans syn äger en person sin egen kropp och därför, såsom ovan indikerats, det arbete som kroppen utfört. Locke menar vidare att då dessa, dvs. arbetet och resultatet av arbetet, inte kan skiljas åt, förutsätter äganderätten av dessa varandra.<sup>2</sup> Detta sätt att betrakta rätten eller äganderätten till konstnärliga verk och uppfinningar utgör en av grunderna för immaterialrätten. Denna förklaring resulterar ofta i argumentation för en relativt stark rätt.

Den angloamerikanska uppfattningen om immaterialrätten reflekteras i den amerikanska konstitutionen. Den så kallade patent- och upphovsrättsbestämmelsen lyder, som bekant: ”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.”<sup>3</sup> Här handlar det alltså om att för en viss tid säkerställa att vissa personer, till exempel författare och uppfinnare, får en ensamrätt, eller sagt på ett annat sätt, ett ekonomiskt incitament för att befrämja samhällsutvecklingen. Även det här sättet att förklara och motivera immaterialrätten leder till relativt starka rättigheter, men här kommer likväl den samhälleliga aspekten

---

<sup>2</sup> Se t.ex. Thomas Riis, *Functional and Economic Criteria as a Base for Systematization of IP Law*, i verket Niklas Bruun (ed.), *In Search of New IP Regimes*. IPR University Center 2010, s. 2.

<sup>3</sup> Riis 2010 och hänvisningen till artikel I sektion 8 i USA:s konstitution samt artikel 7 i Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Right (TRIPS-avtalet).

tydligare fram. Man har därför också talat om en social kontraktsteori.<sup>4</sup> I Lockes föreställningsvärld spelar även samhället en roll som en garant för äganderätten.

### *2.1 Naturrättsliga synpunkter*

Lockes uppfattning om uppkomsten av äganderätt beskrivs utförligt av Robert Merges i den sistnämndes verk *Justifying Intellectual Property*.<sup>5</sup> Merges talar om individens kontroll över enskilda tillgångar.<sup>6</sup> Han menar vidare att uppfattningen om att man blandar ("mix") arbete med material som finns i naturen inte är en adekvat beskrivning av vad Locke var ute efter. Det är snarare fråga om att tillämpa ("apply") arbete på än att blanda arbete med föremål.<sup>7</sup> Det här är ett sätt att kullkasta exempelvis Robert Nozicks (1938–2002) kritik. Han menade att det är absurt att hävda att man äger oceanen genom att blanda den med tomatjuice i ens ägo. Enligt Merges sysslar Nozick med sofisteri, eftersom Locke undersökte hur arbete leder till ett berättigat äganderättskrav.<sup>8</sup> Ett synsätt som enligt Merges passar särskilt bra ihop med immaterialrättigheter. "Inventors, authors, composers, and the like do not add physical items like juice to the prior art or to culture; they add effort and, on that basis, claim property rights", slår Merges fast.<sup>9</sup>

Vid sidan av det jag har konstaterat ovan finns det ytterligare en synpunkt, vilken är beaktansvärd då man reflekterar över Lockes uppfattning om äganderätten. Den framkommer mera sällan, enligt mitt förmenande, då man diskuterar det naturrättsliga förhållningssättet till immaterialrättigheter. Uppfattningen handlar om vissa reservationer till äganderätten, dvs. i vilken mån andras rättigheter bör beaktas.

Locke talar om tre förbehåll eller "provisos", som kallats "sufficiency", "spoliation" och "charity".<sup>10</sup> Det förstnämnda förbehållet innebär att man inte ska göra anspråk på en större rätt än tillräckligt, dvs. ens rätt ska inte skada andra. För

---

<sup>4</sup> Se t.ex. Nicola Searle – Martin Brassell, *Economic approaches to Intellectual Property*. Oxford 2016, s. 30 och s. 32 ff.

<sup>5</sup> Merges 2011, s. 31–67. Merges bygger sitt försvar av immateriell egendom eller äganderätt också på Immanuel Kant (1724–1804) och John Rawls (1921–2002), vilka jag likväl förbigår här.

<sup>6</sup> Merges 2011, s. 5. Han understryker uttryckligen på s. 13 att såsom han ser det är det en personlig, men inte självisk eller egoistisk rätt.

<sup>7</sup> Merges 2011, s. 14 f., se särskilt s. 35.

<sup>8</sup> Se även Merges 2011.

<sup>9</sup> Merges 2011, s. 15.

<sup>10</sup> Merges 2011, s. 48 ff.

det andra ska rätten inte resultera i fördärv eller svinn av något. För det tredje får rätten inte hindra någons existensberättigande, eller sagt på ett annat sätt, bidra till nöd eller armod.

Merges konkluderar att det sistnämnda kravet är så att säga inbyggt i en immaterialrättighet och att de övriga två beaktas, varför Lockes syn på äganderättens uppkomst och utformning väl kan fungera som förklaringsgrund för eller tillämpas på immaterialrättigheter. För att undvika missförstånd kan det tilläggas att Merges utvecklar begränsningen om "charity" i bokens 9 kapitel "Patents and Drugs for the Developing World"<sup>11</sup>. Han citerar Locke uttryckligen: "As Justice gives every Man a Title to the product of his honest Industry, and the fair Acquisitions of his Ancestors decended to him; so Charity gives every Man a title to so much of another's Plenty, as will keep him from extreme want, where he has no means to subsist otherwise." Merges själv uttrycker det konkret på följande sätt: "..., it serves as a solid foundation for the argument that the destitute have a firm claim to patented pharmaceuticals, at least when their lives are at stake."<sup>12</sup>

Den naturrättsliga synen på immaterialrätten är sålunda en tillämpning av Lockes uppfattning om äganderättens uppkomst. Den ekonomiska utgångspunkten när det gäller immaterialrättigheter fokuserar mer på nyttan av dessa rättigheter, både för den enskilda och samhället, än på hur de har uppkommit.

## 2.2 Ekonomiska synpunkter

Såsom jag inledningsvis indikerat är avsikten med att skydda immateriella rättigheter enligt en ekonomisk uppfattning att skapa incitament för skapande verksamhet och innovativt arbete i samhället.<sup>13</sup> Genom att ge uppfinnaren eller konstnären en ensamrätt, som baserar sig på lag, ger samhället också rättsmedel för att skydda dessa ensamrätter från att utnyttjas av andra, dvs. konkurrenter. Innehavaren av rättigheten kan med stöd av denna ensamrätt förhindra att andra utnyttjar uppfinningen eller det upphovsrättsligt skyddade verket. Sett ur ekonomisk synvinkel får rättighetsinnehavaren ett temporärt "monopol", som har ett visst skyddsomfång och är i kraft en viss tid, på sin uppfinning eller sitt konstverk.

---

<sup>11</sup> Merges 2011, s. 270 ff., särskilt 275.

<sup>12</sup> Merges 2011, s. 275.

<sup>13</sup> Se t.ex. Max Oker-Blom, "Incentive vs access" – lyhyt katsaus immateriaalioikeuden ikuisuus-kysymykseen. Lakimies 7–8/2013, s. 1356–1363 och hänvisningarna där, särskilt s. 1357 f. Se därtill Max Oker-Blom, *Artificiell intelligens och immaterialrätten som incitament för utveckling och kontroll*. Ekonomiska Samfundets Tidskrift 2/2019, s. 24 f., där jag har formulerat motsvarande tankegång på svenska, som den här framställningen bygger på.

Tankegången är som bekant följande. Då uppfinnaren, eller varför inte konstnären, försöker täcka sina kostnader för forskning och utveckling kan hen få problem när den nya produkten är färdig för kommersialisering eller kopiering. Om hen inte får ett visst skydd kan en konkurrent praktiskt taget utan kostnader kopiera produkten. Då sjunker produktens pris, eftersom konkurrenten inte behöver täcka dessa kostnader. Uppfinnaren får härigenom inte tillräcklig kompensation för sin uppfinning, vilket kan leda till att den blir ouppfunnen. Ett alternativ om lagen inte ger skydd är att hålla uppfinningen hemlig. Informationen kommer med andra ord inte till allmänhetens kännedom som till exempel genom en patentansökan. När patent beviljas och offentliggörs kan uppfinnaren och konkurrenten sluta ett licensavtal, varigenom den senare kan utnyttja uppfinningen mot att hen betalar ersättning (royalty) till uppfinnaren. Om ett avtal inte ingås vet konkurrenten i alla fall vad det inte lönar sig att satsa forsknings- och utvecklingsresurser på i första hand.

Man brukar här tala om "inventing around". Det ekonomiska resonemang, som här beskrivits, har också kallats för *social contract theory*. Både samhället och den enskilda uppfinnaren anses ha nytta av det tillfälliga monopoliet. Offentliggörandet av uppfinningen bidrar till att undvika resursslöseri och det temporära skyddet eller rättigheten bidrar till att den enskilda får sina forsknings- och utvecklingskostnader täckta.

Beträffande upphovsrättsligt skyddade verk är konfidentialitet eller sekretessbeläggande inte särskilt relevant, eftersom det är svårt att utnyttja verket utan att offentliggöra eller publicera det, om vi exempelvis tänker på ett litterärt verk. Angående andra verk kan det hända att kopian inte är lika värdefull som originalet. Uppenbart är i alla fall att ekonomiska incitament ofta har betydelse också när det gäller skapande arbete.

Skapande arbete består i allmänhet av två delar eller faser. För det första kan man tala om kostnaderna för att skapa verket och för det andra om kostnaderna för att producera eller flerfaldiga det. På engelska kallar man den första fasen för *cost of expression* och den andra för *cost of production*. De förstnämnda är fasta kostnader, medan de senare är löpande. De fasta kostnaderna har att göra med den tid man använder för att skapa verket. De senare har att göra med antalet kopior som produceras. Ta till exempel ett litterärt verk: för att det ska vara ekonomiskt lönsamt att skapa verket måste de uppskattade försäljningsintäkterna med avdrag för produktionskostnaderna överskrida de fasta kostnaderna eller åtminstone vara lika med dem.

Det är självklart att det kan finnas många andra faktorer som motiverar författaren än ekonomisk framgång, såsom behovet av att skapa, status eller till och

med fåfänga. För en förläggare som strävar efter vinst är ekvationen likväl högst relevant. Mången gång kan ju författaren få ett förskottsarvode innan boken är publicerad.

Från ett samhällsekonomiskt perspektiv gäller det alltså att skapa en balans mellan den kortsiktiga statiska situationen, det tillfälliga monopolet, eller rättigheten, skapar och det långsiktiga dynamiska perspektivet som medför innovationer. Utan skyddade rättigheter skulle graden av innovativ verksamhet i samhället minska.

Att uppnå den eftersträlvade balansen är likväl en utmaning. Om rättigheterna är för starka betalar samhället för mycket och den kumulativa innovationen, dvs. att nästa uppfinning bygger på en tidigare, minskar. Å andra sidan, om rättigheterna är för svaga får uppfinnaren inte tackning för sina kostnader och konstnären inte ett tillräckligt uppehälle, vilket likaså resulterar i minskad innovativ verksamhet.<sup>14</sup> Redan för över femtio år sedan lär den amerikanska ekonomen Fritz Mahlup ha konstaterat när patentregleringen i USA analyserades ur ekonomisk synvinkel att: "If we did not have a patent system, it would be irresponsible, on the basis of our present knowledge of its economic consequences, to recommend instituting one. But since we have had a patent system for a long time, it would be irresponsible, on the basis of our present knowledge, to recommend abolishing it."<sup>15</sup> Vid sidan av starkt och svagt skydd handlar det således också om att skydda eller att inte göra det. En komplicerad ekvation minsann.

Till saken hör dessutom att innovativ verksamhet har förekommit och förekommer på områden där skyddet är svagt eller också inte förekommer alls, såsom indikerats ovan. Tänk bara på modebranschen. Dessutom finns det studier som visar att många innovativa verksamheter betraktar marknadsföring, tajmning och andra strategier som relativt sett viktigare än immaterialrättigheter. Vi ska heller inte glömma att en stor mängd skapande verksamhet förekommer inom ramen för det som betecknas som *open source*, där inga traditionella rättighetsmekanismer existerar. Det förekommer också en växande oro över att existerande system i högre grad tar hänsyn till existerande rättigheter än allmänt befrämjar innovationer i samhället.<sup>16</sup>

Slutligen, de två förklaringsgrunderna eller synsätten utesluter inte nödvändigtvis varandra. Det gäller alltså för lagstiftaren att inse behovet av immateriella

---

<sup>14</sup> Se Searle – Brassell 2016, s. 34.

<sup>15</sup> Michele Boldrin – David K. Levine, *Against Intellectual Monopoly*. 1<sup>st</sup> paperback edition. Cambridge University Press 2010, s. 243, i vilket sammanhang författarna konstaterar att uttalandet kan spåras till Mahlups samarbetspartner och medförfattare Edith Penrose.

<sup>16</sup> Searle – Brassell 2016, s. 35.

rättigheter för den enskilda, men att samtidigt betrakta de samhälleliga behoven i stort. Man kunde eventuellt ”översätta” den naturrättsliga förklaringsgrunden till ett mikroperspektiv, medan den ekonomiska får representera makroperspektivet. Mikroperspektivet kanske också tidsmässigt indikerar en mer kortsiktig statisk syn, såsom jag noterat ovan, medan makroperspektivet står för den mer långsiktiga dynamiska synen.

### 3 Ett tredje alternativ

Det finns självfallet ett otal olika företeelser och fenomen som påverkar våra samhällen i större eller mindre utsträckning. Bland de mer handgripliga och synliga, och åtminstone för tillfället mest omdebatterade, är klimatuppvärmningen med påföljande negativ miljööverkan, för att uttrycka det mildt. Diskussionen om hållbar utveckling som har pågått under en lång tid handlar självfallet bland annat om detta. Den snabba teknologiska framfarten är ett annat fenomen. I det här fallet har artificiell intelligens eller AI stått i fokus, både som en möjlighet och som ett hot. Robotiseringen av arbetsplatserna kan nämnas som ett exempel på det sistnämnda.<sup>17</sup> Den fråga som ventileras här är om den immaterialrättsliga regleringen i högre grad borde beakta dessa och om man borde övergå från att immaterialrätten ska vara ämnes- och områdesneutral till att på något sätt omformulera grunden för den med blicken fäst på just dessa ”ödesfrågor”?

#### 3.1 Garant för hållbar utveckling

Av Förenta nationernas (FN) 17 mål för en hållbar utveckling kan åtminstone hälften anses ha en direkt koppling till vår miljö. Jag tänker här på nr 6 rent vatten och sanitet, nr 7 hållbar energi för alla, nr 9 hållbar industri, innovationer och infrastruktur, nr 11 hållbara städer och samhällen, nr 12 hållbar konsumtion och produktion, nr 13 bekämpa klimatförändringarna, nr 14 hav och marina resurser och nr 15 ekosystem och biologisk mångfald.<sup>18</sup> Mål nr 9 har vidare preciserats

---

<sup>17</sup> Se t.ex. Martin Ford, *The Rise of the Robots, Technology and the Threat of Mass Employment*. Basic Books 2015.

<sup>18</sup> De övriga är som bekant nr 1 ingen fattigdom, nr 2 ingen hunger, nr 3 hälsa och välbefinnande, nr 4 god utbildning, nr 5 jämställdhet, nr 8 anständiga arbetsvillkor och ekonomisk tillväxt, nr 10 minskad ojämlikhet, nr 16 fredliga och inkluderande samhällen samt nr 17 genomförande och global partnerskap. De globala målen antogs av FN:s medlemsländer 25.9.2015 och ingår i den s.k. Agenda 2030. Dessa innehåller i sin tur 169 delmål och 230 globala indikatorer. Begreppet hållbar utveckling lanserades redan år 1987 av FN och definitionen är följande: ”Hållbar utveckling är en utveckling som

genom att slå fast att innovation och teknologiska framsteg är nyckeln till att finna hållbara lösningar för såväl ekonomiska som miljömässiga utmaningar. Det bidrar dessutom till att skapa nya marknader och arbetstillfällen som kan bidra till en effektiv och jämlik resursanvändning. Att investera i hållbara industrier, forskning, miljövänlig teknik och innovation är alla viktiga sätt att skapa förutsättningar för en hållbar utveckling.

Sambandet mellan hållbar utveckling och teknik betonas uttryckligen i skriften *WIPO and the Sustainable Development Goals* från år 2018. I den slås bland annat fast att ”SDG 9 is at the core of our mission to lead the development of the international IP system for the benefit of all.”<sup>19</sup> Medan miljö och teknik sammanförs i FN:s Agenda 2030, dvs. i målen för hållbar utveckling, kopplar FN:s specialorganisation WIPO ihop dem med immateriella rättigheter. De senare har sålunda en väsentlig roll att spela i detta sammanhang.

I Horisont Europa, som är en del av EU:s kommande långtidsbudget för åren 2021–2027 uppmärksammar även EU de tekniska innovationernas betydelse för en hållbar utveckling.<sup>20</sup> Ett av huvuddragen i nämnda forskningsprogram är att säkra verkställigheten av EU:s strategiska prioriteringar såsom det så kallade Parisavtalet om att stoppa klimatuppvärmningen<sup>21</sup>. I de två övriga talas det om att befrämja konkurrenskraften och innovation samt att förstärka forskning och teknologi inom EU.

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt<sup>22</sup> innehåller också en bestämmelse om nödvändigheten av att beakta miljösynpunkter. I artikel 11 föreskrivs nämligen att miljöskyddskraven ska integreras i utformningen och genomförandet av unionens politik och verksamhet, särskilt i syfte att främja hållbar utveckling. Dessa krav ska likväl balanseras med skydd för äganderätt och immateriella rättigheter.<sup>23</sup> I artikel 7 slås fast att unionen ska säkerställa samstämmigheten mellan all sin politik och verksamhet.

---

tillfredsställer dagens behov utan att äventyra kommande generationers möjligheter att tillfredsställa sina behov.” På engelska talar man om ”sustainable development goals”, dvs. SDGs och betecknar de enskilda målen för hållbar utveckling med t.ex. SDG 9.

<sup>19</sup> WIPO hävdar att innovation också är en väsentlig komponent för att uppnå hållbarhetsmålen 2, 3, 6, 7, 8, 11 och 13.

<sup>20</sup> Dokumentet daterat Bryssel den 20 mars 2019.

<sup>21</sup> Förhandlades fram år 2015 under FN:s klimatkonferens i Paris och trädde i kraft 4.11.2016.

<sup>22</sup> EU:s officiella tidning C 326/49.

<sup>23</sup> Se Rosa Maria Ballardini – Taina Pihlajarinne, Intellectual Property Rights, Technology and the Environment: Academic Perspectives on Fostering Sustainable Innovation. Nordiskt immateriellt rättsskydd (NIR) 1/2019, s. 154. Författarna hänvisar till artiklarna 36 och 118 i fördraget. I den förra räknas upp omständigheter som kan begränsa förbuden mot kvantitativa import- och exportrestriktioner mellan medlemsstaterna. Skydd för industriell och kommersiell äganderätt nämns här. I den senare



Trots miljökravet i artikel 11 i EUF-fördraget och uppmaningen att främja hållbar utveckling i allmänhet, men snarast med fokus på miljöskyddet, verkar det som om dessa mål inte har inkorporerats i EU:s immaterialrättssystem som sådant. Detsamma gäller de nationella reglerna i exempelvis Finland. Den fråga som sålunda nu aktualiseras är om målen borde inkorporeras? Till detta kan man förhålla sig åtminstone på tre sätt. För det första kan man hävda inställningen att immaterialrättsregleringen ska vara ämnes- och områdesneutral. För det andra kan man hoppas att företagen anammar målen om hållbar utveckling, vilket många gjort, såsom resultat av konsumenternas förväntningar och eventuella påtryckningar. Det här har betecknats som svag hållbarhet.<sup>24</sup> Här handlar det alltså om att företagen beaktar miljöhänsyn till exempel i sina affärssystem. Det kan handla om en så enkel sak som att till exempel ett cateringföretag ökar utbudet av vegetariska rätter i sin dagliga meny, eftersom dessa anses vara mindre belastande för miljön, eller försöker minska svinnet genom mindre portioner. Det tredje är att företagen helt enkelt anpassar sin verksamhet efter naturens antagna bärkraft. Detta har betecknats som stark hållbarhet.<sup>25</sup> I praktiken skulle detta väl på immaterialrättens område betyda att existerande regler skulle innehålla krav på att en immaterialrätt bör uppfylla vissa lagbestämda hållbarhetskrav för att kunna registreras. Ett sådant krav kunde antingen utformas som ett mål i lagen, som ansvarig registreringsmyndighet lämpligen beaktar, eller ett mer specifikt krav med fastställda kriterier som villkor för registrering. En möjlig kompromiss kunde vara att vid behandlingen av registreringsansökningar snabbbehandla sådana som bedöms uppfylla hållbarhetskraven, så kallade gröna patent (*green patent applications*).<sup>26</sup>

För närvarande befinner vi oss redan i en omgivning där kravet på svag hållbarhet på många områden är en realitet. Frågan här är således hur immaterialrätten ska förhålla sig till kravet på stark hållbarhet. Men först något om artificiell intelligens och immaterialrätt.

---

artikeln föreskrivs bl.a. om att inom ramen för den inre marknaden skapa och säkerställa ett enhetligt skydd för immateriella rättigheter i unionen.

<sup>24</sup> Ballardini – Pihlajarinne 2019, s. 152. På engelska ”weak sustainability”.

<sup>25</sup> Ballardini – Pihlajarinne 2019, s. 152 f.

<sup>26</sup> På engelska talar man om ”fast track”. Det handlar om s.k. *fast-tracking green patent applications*, ett förfarande som infördes redan år 2009 i Storbritannien. Samma år infördes det i Australien, Israel, Japan, Sydkorea och USA. Kanada introducerade det år 2011 och Kina år 2012. Se WIPO Magazine 2013. Patent- och registerstyrelsen introducerade systemet 1.12.2014.

### 3.2 Medel för incitament och kontroll av artificiell intelligens

I WIPOs rapport från år 2019 om artificiell intelligens<sup>27</sup> förekommer många bedömningar av vad AI är, däribland den av Andrew Ng. Han talar om ”automation on steroids” eller ”the new electricity”. Han konstaterar därtill: ”I can hardly imagine an industry which is not going to be transformed by AI”.<sup>28</sup> Exakta definitioner saknas likväl. Ett sätt att få grepp om termen är att skilja mellan AI-tekniker, såsom maskininlärning och logisk programmering, funktionella applikationer och tillämpningsområden. Exempel på applikationer är datavision, processering av naturliga språk och tal. Nätverk, bio- och medicinsk vetenskap, telekommunikation och transport är exempel på tillämpningsområden. Det som jag har beskrivit här betecknas ofta med en samlad benämning, nämligen snäv AI eller ”narrow AI”. Härigenom skiljer man dessa från begrepp som generell intelligens eller superintelligens.<sup>29</sup> Existerande teknologi tillåter ännu inte det senare, dvs. AI som skulle kunna jämföras med eller överskrida mänsklig intelligens.

Utän att gå närmare in på AI:s historia konstaterar jag i förbigående att termen kom till som en beteckning för en akademisk disciplin år 1956 i samband med en konferens vid Dartmouth College i New Hampshire, USA. Det som förenade forskarna var deras gemensamma intresse för neuronätverk, automatteori och intelligensforskning.<sup>30</sup> Sedan dess har företeelsen gått igenom många olika faser med både långsam, så kallade vintrar, och snabb utveckling.<sup>31</sup> Det råder knappast någon tvekan om att AI, åtminstone just nu, befinner sig i en mycket expansiv fas. Det här anses bero på en ökad tillgång till data, konnexitet och betydande datorkapacitet.

Patentansökningar utgör en relativt god indikator på teknologisk utveckling. Under de senaste femtio åren har nästan 340 000 patentfamiljer med anknytning till AI anhängiggjorts. Under samma period har mer än 1,6 miljoner vetenskapliga artiklar publicerats. Antalet ansökningar har speciellt ökat mellan åren 2011 och 2017. I allmänhet släpar patentansökningarna klart efter de vetenskapliga publikationerna – med cirka tio år när det gäller AI. Detta och det faktum att relations-

---

<sup>27</sup> WIPO Technology Trends 2019 – Artificial Intelligence (WIPO 2019a). Se också Draft Issues Paper on Intellectual Property Rights and Artificial Intelligence, WIPO December 13, 2019.

<sup>28</sup> WIPO 2019a, s. 8. Se också Oker-Blom 2019, s. 22 ff. som detta avsnitt bygger på.

<sup>29</sup> Nick Bostrom, *Superintelligens: vägar, faror, strategier*. Svensk utgåva. Fri Tanke förlag 2017. Den engelska utgåvan publicerades år 2014.

<sup>30</sup> Se Bostrom 2017, s. 19 ff.

<sup>31</sup> Se Bostrom 2017, s. 19 där utvecklingen beskrivs på ett koncist och överskådligt sätt.

talet mellan vetenskapliga publikationer och patentansökningar minskar indikerar ett större intresse för praktisk tillämpning av AI-teknologi.<sup>32</sup>

Här kommer självfallet immaterialrätten in i bilden. Om man tar en titt på patentlitteraturen verkar det som om maskininlärning, logisk programmering och så kallad ”dimmig” logik (*fuzzy logic*), som bygger på idén om grader av sanning snarare än dikotomin falskt och sant, dominerar bland teknikerna. Tanken är här att människors beslut ofta baserar sig på inexakta och icke-numeriska uppgifter. Vad applikationerna beträffar nämnde jag ovan datorvision, dvs. hur datorer uppfattar digitala bilder (*images*) och videor samt processering av naturliga språk och tal. I patentlitteraturen utgör slutligen telekommunikation, transportsektorn, bio- och medicinsk vetenskap de frekvent nämnda områdena, men praktiskt taget alla sektorer visar växande AI-relaterad aktivitet.<sup>33</sup>

Mera konkret används AI eller rättare sagt algoritmer (en uppsättning av regler) vid sidan av spel för att filtrera bort bakgrundsljud i hörapparater, vägvisare som ger köranvisningar (GPS), rekommendationssystem för böcker och musik, system för stöd vid medicinska beslut som hjälper läkare att till exempel diagnostisera bröstcancer och assisterar vid tolkning av EKG. Som vi vet finns det dessutom robothusdjur, städrobotar, robotgräsklippare och industrirobotar, liksom kirurgiska robotar som hjälper till vid operationer för att öka precisionen.<sup>34</sup> Listan kan göras hur lång som helst.

När det gäller AI verkar innovationstakten vara rätt hög. Det existerande immaterialrättssystemet, närmast patenträtten, verkar således fungera. Ett par frågor kvarstår dock i det här sammanhanget, dvs. AI, vilka har relevans för diskussionen här. Den ena handlar om vem som ska anses utgöra patent- eller upphovsrättsinnehavare och den andra om begreppet originalitet, som är en förutsättning för att man ska kunna hävda upphovsrätt. På engelska har det förstnämnda spørsmålet karaktäriserats som en fråga om *inventorship* och *authorship*.<sup>35</sup>

När det gäller preciseringen av innehavare finns det i princip tre möjligheter. Om det visar sig att en fysisk person inte är uppfinnare eller skapare av ett verk kan rätten ges till AI, dvs. algoritmen, som därigenom får rättslig personlighet. En annan möjlighet är att den person som har skapat algoritmen tillskrivs rätten, dvs.

---

<sup>32</sup> Se Bostrom 2017, s. 38 ff.

<sup>33</sup> WIPO 2019a, s. 38 ff.

<sup>34</sup> Bostrom 2017, s. 33.

<sup>35</sup> Se Rosa Maria Ballardini – Kan He – Teemu Roos, AI-generated content: authorship and inventorship in the age of artificial intelligence, i verket Taina Pihlajarinne – Juha Vesala – Olli Hökkilä (eds), *Online Distribution of Content in the EU*. Edward Elgar 2019, s. 117–135 beträffande argumentationen här.

antingen uppfinnaren eller konstnären, eller eventuellt den som har finansierat arbetet. Det tredje alternativet är att kategoriskt förbjuda att icke-naturliga personer ges rättslig personlighet och som en konsekvens immaterialrättsligt skydd. Sådana uppfinningar eller verk skulle bli allmångods, dvs. en del av den offentliga eller publika sfären<sup>36</sup>, som vem som helst har rätt till och kan utnyttja.

Fastän det inte i EU-rätten torde förekomma någon definition av huruvida en uppfinnare ska vara en naturlig person utgår man från presumptionen att uppfinningar görs enbart av fysiska personer. Vidare kräver Europeiska patentorganisationen<sup>37</sup> att uppfinnarens släktnamn, förnamn och adress uppges. En ytterligare indikation är att lagen talar om ”han” och ”hans”. Rättspraxis verkar likaså saknas. Storbritannien verkar vara ett av de få länder där det i lagen ingår en positiv definition av vad en uppfinnare är. Här används uttrycket ”the deviser of the invention”, vilket ger utrymme för en extensivare tolkning.<sup>38</sup>

Även inom upphovsrätten i EU finner man starkt stöd för att endast fysiska personer kan betraktas som författare eller konstnärer. Till exempel relevanta direktiv, såsom de om cinematografiska och audiovisuella verk, datorprogram och databaser, ger inte icke-naturliga personer författarstatus. EU-domstolens avgöranden i frågor om upphovsrättslig originalitet talar för samma slutsats.<sup>39</sup>

Inom den civilrättsliga traditionen, i motsats till angloamerikansk common law, är begreppet originalitet avgörande för att upphovsrätt ska föreligga. Här ligger fokus något mer på skaparen av verket, inte på själva verket såsom i common law där skickligheten och arbetet bakom verket betonas, dvs. i linje med Lockes uppfattning. Denna skillnad har ansetts ha betydelse då man talar om AI och upphovsrättsinnehavare, trots att gränsen har suddats ut i och med sammanblandningen av de två rättsliga traditionerna till följd av internationaliseringen.

Det har sålunda ansetts att AI-genererade verk inte uppfyller kravet på originalitet, varför dessa bör övergå i allmän ägo.

För närvarande verkar således föreställningen om, eller snarare kravet på, vad som avses med patent- och upphovsrättsinnehavare och originalitet trots allt fungera rätt väl. Den snabba utvecklingen av AI kommer i alla fall förr eller senare att förutsätta att åtminstone kravet på att en uppfinnare eller en konstnär ska vara en fysisk person luckras upp. Utifrån ett ekonomiskt synsätt på saken framstår det som viktigt att uppfinningar eller verk som är AI-genererade också fungerar som

---

<sup>36</sup> På engelska ”public domain”.

<sup>37</sup> European Patent Office (EPO).

<sup>38</sup> Ballardini – Kan He – Roos 2019, s. 126 och s. 128 och laghänvisningarna där.

<sup>39</sup> Ballardini – Kan He – Roos 2019, s. 122 ff., särskilt s. 123 och s. 125.

incitament för de fysiska personer som deltar i utvecklandet av AI-tekniker och AI-applikationer. Detta skulle stöda både existerande rättsliga principer och fungera som ett incitament för mänsklig involvering i den teknologiska utvecklingen.

Trots att det inte i dagsläget verkar som att den snäva AI:n skulle övergå i superintelligens, förekommer det säkert en viss oro angående detta. Ett sätt att ha en viss koll på AI:n, menar jag, är att försäkra sig om att patent- och upphovsrättsreglerna fungerar som incitament också för dem som bidrar till AI-genererade uppfinningar och verk. På det sättet sker, åtminstone en del, av utvecklingen inom ramen för myndigheternas och konkurrenternas insyn och möjliga påverkan. Detta kan vara nog så väsentligt med hänsyn till de stora teknologibolagens omdiskuterade svårigheter att få grepp om och följa etiska regler i samband med AI.<sup>40</sup> Man kan säkert i sinom tid, för att uttrycka sig försiktigt, överväga att göra tillämpningen av internationellt erkända etiska standarder, eller varför inte hållbar utveckling där också etiken ingår som en komponent, till ett villkor för att till exempel bevilja patent.

### *3.3 Preliminär konklusion*

Det som jag hävdar här är att tiden synes vara mogen för att utöver rättighetsaspekter och ekonomiska synpunkter ta hänsyn till vissa grundläggande omständigheter, som sker eller håller på att ske i våra samhällen, och låta dessa influera de två traditionella normativa immaterialrättsliga förklaringsgrunderna. Den ena handlar alltså om hållbar utveckling och den andra omständigheten har att göra med den snabba teknologiska framfarten, särskilt AI, eftersom det finns en risk att vi förlorar kontrollen över den, trots att detta just nu inte framstår som överhängande. Redan automatiseringen och eventuell robotisering av arbetsplatser skapar likväl oro, som jag indikerat ovan.

Det här kan ske på åtminstone två sätt såsom jag antytt ovan. Antingen anpassar företagen sin affärsverksamhet till konsumenternas förväntningar och/eller de krav företagets samarbetspartner ställer eller så introducerar lagstiftaren ”svag” eller ”stark” reglering, för att använda hållbarhetsterminologi. Med svag reglering avser jag introduktionen av hållbarhetskrav i immaterialrättslagstiftningens ändamålsbestämmelser eller andra riktgivande bestämmelser. Att införa snabbare behandling av och sålunda förtur för till exempel patentansökningar som uppfyller hållbarhets-

---

<sup>40</sup> Se t.ex. Big Tech struggles with ethics of AI. Financial Times, Tuesday 30 April 2019 s. 13. Se också Fei-Fei Li, How to make A.I. human-friendly. The New York Times International Edition, Friday March 9, 2018, s. 9.

krav är också en möjlighet, dvs. att i praktiken utveckla *fast-tracking green patent applications*. Ett annat jämförbart alternativ, om än frivilligt, är olika arrangemang som företagen själva avtalar om, till exempel att införa hållbarhetskrav i regelverken för hur företagen styrs<sup>41</sup>, eller etiska regler för användningen och utvecklingen av AI inom företagen, vilket i viss utsträckning redan sker. Att ge också den som utvecklat algoritmen en immaterialrättighet, fastän AI och inte hen sedan står för eller gör själva uppfinningen, kan väl också kategoriseras som en form av svag reglering.

Med stark reglering menar jag, såsom redan framkommit, att göra hållbarhetskrav till villkor för registrering, vilket med hänsyn till gällande internationella avtal kan vara en utmaning att uppnå, men naturligtvis inte oöverkomligt. I artikel 15.4 i det så kallade TRIPS-avtalet<sup>42</sup> slås det exempelvis fast beträffande varumärken att varken varor eller tjänster för vilka man avser använda ett varumärke på något sätt ska utgöra ett hinder för registrering av detsamma. Å andra sidan konstateras i artikel 27.2 om patent att avtalsparterna inom sitt territorium kan utesluta patentering av uppfinning, vars användning kan strida mot allmän ordning eller moral eller som förhindrar skydd av mänskligt liv och djur- och växtliv samt hälsa, eller innebär en allvarlig risk för miljön.

#### 4 Kritik

Det är inte svårt att finna argument mot en stark reglering av immaterialrättigheterna. Jag ska diskutera några av dem här. Den egentliga poängen är i alla fall om de är tillräckligt vägande för att kullkasta argumentationen för att låta hållbarhetskrav och en reglering av AI ingå som en ytterligare förklaringsgrund för immaterialrätten.

Den första frågan som kommer upp är naturligtvis varför jag har valt just kravet på hållbarhet och miljöinverkan samt kontroll av AI i stället för något annat. I ett nyligen utgivet nummer av *The Economist* uttrycks svaret på den förra frågan så här: "That the changing climate touches everything and everyone should be obvious – as it should be that the poor and marginalized have most to lose when the weather turns against them."<sup>43</sup> Det här konstaterandet bygger naturligtvis på den inter-

---

<sup>41</sup> Här kunde man tala om "soft law".

<sup>42</sup> Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Right (Avtalet om handelsrelaterade aspekter på immateriella rättigheter). Avtalet har gällt från 1.1.1995. Det har godkänts av samtliga medlemmar inom världshandelsorganisationen WTO.

<sup>43</sup> *The Economist*, The Climate issue. September 21<sup>st</sup>–27<sup>th</sup>, 2019, s. 11.

nationella klimatpanelen IPCC:s tidigare respektive färskare rapporter<sup>44</sup>, som framstår som rätt alarmerande. Introduktionen av snabbbehandling av så kallade gröna patent antyder ju också att man redan länge insett betydelsen av hållbarhetssynpunkter. Diskussionen om cirkulär ekonomi handlar självfallet också om detta. Att väga in hållbarhetskrav vid beviljandet av immateriella rättigheter, såsom patent och nyttighetsmodeller, verkar med andra ord varken orealistiskt eller helt fel.

Frågan om superintelligens i samband med AI förefaller just nu vara för tidigt väckt, varmed lösningen att ge ”uppfinnaren” av algoritmen en immateriell rättighet till den eventuella uppfinning algoritmen sedermera gjort framstår som plausibel. Rädslan för förlust av arbetstillfällena kan tacklas på många andra sätt, såsom hur man ska lära sig att jobba med den nya teknologin, exempelvis robotar.<sup>45</sup> Påbyggnadsutbildning är självfallet också en möjlighet.

En synpunkt, som självfallet är relevant, är svårigheten att ge begreppet hållbarhet en tillräckligt exakt definition utan att stävja innovativ verksamhet. Å andra sidan innehåller immaterialrätten redan nu många begrepp som rättspraxis småningom gett exaktare innehåll. Öppnare kriterier gör det ju också möjligt att ta hänsyn till olika slag av samhällsförändringar och teknologisk utveckling.

För det tredje betonas ofta inom lagstiftningsforskningen att en norm är effektivast, dvs. uppnår sitt ändamål, om syftet med bestämmelsen är så entydigt som möjligt. Så fort lagstiftaren tror sig kunna uppnå flera syften samtidigt med samma reglering, har lagstiftningen i det enskilda fallet en tendens att urvattnas och rentav misslyckas. Frågan som nu uppstår är således om det över huvud taget är meningsfullt att blanda in hållbarhetshänsyn i fråga om immateriella äganderätter och ekonomiska incitament. I och med att immateriell egendom är av avgörande betydelse i ett modernt samhälle ligger det å andra sidan nära till hands att också tackla de stora samhällsfrågorna, såsom hållbar miljö och den snabba teknologiska utvecklingen, med instrument som redan står till buds, dvs. immaterialrätter, eller göra dem till garantier för en hållbar miljö liksom incitament och kontroll av den teknologiska utvecklingen, också AI.

Slutligen, för det fjärde, kan det uppfattas som problematiskt att på statlig nivå styra den teknologiska utvecklingen. Det kan leda till att innovationer, som på längre sikt kan ha stor betydelse, inte skapas alls. Å andra sidan kan man möjligen

---

<sup>44</sup> The Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) är ett FN-organ, vars uppgift är att utvärdera vetenskaplig forskning om klimatförändringen. Sedan år 2014 har ett antal rapporter publicerats, t.ex. en sammanfattande rapport från år 2014, en från oktober 2018 *Global Warming of 1.5 C*, från år 2019 *Climate Change and Land* och *The Ocean and Cryosphere in a Changing Climate*.

<sup>45</sup> Se Matt Beane, *Learning to work with Intelligent Machines*. Harvard Business Review, September–October 2019, s. 140–148 där det uttryckligen diskuteras hur man ska lära sig att jobba med robotar.

lösa neutralitetsfrågan genom att ge svagare eller kortare skydd åt till exempel uppfinningar som saknar hållbarhetspotential och därigenom indirekt styra samhällsutvecklingen i en hållbarare riktning. Det här skulle vara ett sätt att välja en medelväg mellan svag och stark lagstiftning.

## 5 Avslutande reflektioner

I den här artikeln har jag försökt peka på två omständigheter, vilka redan nu har stor betydelse för vår samhällsutveckling. Det handlar kort sagt om att kombinera hållbar och teknologisk utveckling på ett sådant sätt att den senare stöder den förra och här kommer de immateriella rättigheterna in i bilden. Dessa bör utformas så att vår miljö skyddas till glädje och nytta också för kommande generationer. Det är ingen lätt uppgift, men inte på något sätt oöverkomligt. Vi bör ställa oss frågan vad vi ska ha en immateriell rätt till och hur starkt detta "monopol" ska vara, utan att få negativa konsekvenser för miljön. Det krävs naturligtvis en hel del forskning och diskussion kring detta, men de lösningar som indikerats ovan utgör ett tänkbart inspel. Jag har varken föreslagit att de immateriella rättigheterna ska avskaffas eller att de inte fortsättningsvis kunde fungera som ekonomiska incitament, men jag har indikerat att de fenomen som jag har nämnt kräver att rättigheterna åtminstone delvis omformuleras för att föra utvecklingen i en hållbarare riktning. Detta verkar också ligga väl i linje med Lockes förbehåll, dvs. "sufficiency" och "spoilage". Det finns självfallet också utrymme för debatt om de ekonomiska incitamentens styrka och omfattning.