

1 Inledning

1.1 Barlows gåta

John Perry Barlow skriver i sin nu kanoniska artikel "The Economy of Ideas" i *Wired* (mars 1994) följande:¹

Throughout the time I've been groping around cyberspace, an immense, unsolved conundrum has remain at the root of nearly every legal, ethical, governmental, and social vexation to be found in the Virtual World. I refer to the problem of digitized property. The enigma is this: If our property can be infinitely reproduced and instantaneously distributed all over the planet without cost, without our knowledge, without its even leaving our possession, how can we protect it? How are we going to get paid for the work we do with our minds?

Barlows gåta är lika levande idag som den var 1994, och den kanske är mer aktuell idag än någonsin tidigare, i ljuset av Napsterrättegången och den nya peer-to-peer teknikens frammarsch. Distributionsformer och infrastruktur är idag ännu mer utmanande än när Barlow skrev sin essä år 1994.

Temat för denna korta uppsats är ensamrätter i nya miljöer, särskilt med fokus på distributionsformer som peer-to-peer, format och tekniska skyddsåtgärder. I några korta avsnitt belyses fem fundamentala motiv som rör relationen mellan ensamrätterna och de nya miljöerna. Syftet har varit att ge en översiktlig framställning av några förändringslinjer snarare än att försöka teckna en heltäckande bild av den massiva forskning om upphovsrätt och Internet som idag finns.

De fem motiv som kommer att belysas är i korthet följande:

- Rättigheters styrka och överlevnadsförmåga. Hur förstår vi dessa faktorer?
- *Peer-to-peer* nätverkens framväxt och egenskaper. Hur förändrar dessa utvecklingar i distributionen bilden för upphovsrätten?
- Tekniska skyddsåtgärde och andra distributionsbegränsande åtgärder.
- Sociala mönster och distribution. Hur använder människor systemen för distribution, vilken syn finns på systemen?
- Begreppsanalys och helhetsperspektiv.

Avslutningsvis ges också en sammanfattning av framställningen och en litteraturlista.

¹ Barlow 1994

2 Rättighetsekvationen

2.1 En tankelek

Varför överlever en rättighet? Vad är det som gör att vi respekterar en rättighet alls? Det finns flera olika möjliga förklaringar som glider in och överlappar varandra:

- Vi respekterar rättigheten av moraliska och ideella skäl
- Vi respekterar rättigheten av praktiska skäl
- Vi respekterar rättigheten av ekonomiska skäl
- Vi respekterar rättigheten av rädsla för reprimander eller straff, et cetera

Ett sätt att diskutera rättigheters överlevnadsförmåga och därmed också deras sätt att hantera olika miljöer är att försöka kvantifiera detta på ett enkelt sätt. Vi skulle kunna sätta upp en enkel ekvation för hur rättigheters överlevnadskraft ser ut, och sedan resonera kring hur denna ekvation ser ut att utvecklas under modern tid.

Syftet med en sådan övning skulle då inte vara att finna en exakt eller vetenskaplig formulering, utan snarare att ge oss en modell, ehuru enkel och fattig, för diskussioner i det följande.

Hur skulle en sådan modell kunna se ut? Ett enkelt sätt att konstruera den vore att helt enkelt beskriva en rättighets överlevnadskraft som summan av de kostnader som den enskilde drar på sig i kränkandet av rättigheten. Låt inte kostnadsbegreppet låsa tanken. Här används det i vidaste möjliga bemärkelse och innefattar också den ringaktning som den enskilde kan utsättas för om han eller hon kränker en moralisk rättighet.²

Vilka kostnader skulle då bli aktuella i vår ekvation? Åtminstone följande tycks relevant vad avser ensamrätterna:

- Kostnader för distribution av kopior
- Kostnader för materialet för kopior
- Kostnader för tidsåtgången vid kopiering
- Kostnader för det förväntade straffet vid kopiering
- Kostnader för den sociala handlingen att kopiera
- Kostnader kopplade till utebliven produktion av den nytta som rättigheten skyddat

² Givetvis kan argumenteras för att kostnadsbegreppet är olämpligt. Vi återkommer till detta nedan.

I en låtsasekvation skulle alltså upphovsrättens överlevnadskraft bli:

$$\text{Rättighetsekvationen: } U = K_d + K_m + K_t + K_s + K_{soc} + K_p$$

Denna ekvation är nu inte särskilt matematisk, eller ekonomiskt revolutionerande, men den kan nog vara ett intressant tankeexperiment. Vi skall i det följande avsnittet försöka uppskatta hur ekvationen utvecklats under modern tid.

2.2 Utvecklingen i modern tid

Hur ser då denna ekvations utveckling ut i den digitala miljön? Låt oss gå igenom de olika kostnaderna och se:

- Kostnader för distribution av kopior. Denna kostnad närmar sig asymptotiskt noll med den alltmer ökande bandbredden. För den som är uppkopplad med modem kanske det fortfarande betingar en viss timkostnad att skicka några megabyte, men för den som har bredbandsanslutning sjunker kostnaden mot noll.
- Kostnader för material. Precis som Barlow skriver finns det ingen kostnad här. Det enda som kommer i närheten av en kostnad här är egentligen processortiden som vi använder för att skapa kopian.
- Kostnader för tid. Även denna kostnad är försumbar.
- Kostnader för förväntat straff. Det förväntade straffet för piratkopiering varierar. Det förväntade straffet räknar vi fram genom att ta sannolikheten för att straffet utdelas och multiplicera med straffets grad. En inte alltför avancerad gissning är att även denna faktor i vår ekvation minskar över tiden. Anledningen är inte att straffet för piratkopiering mildras så mycket som att brottet blir alltmer allmänt förekommande. I och med att piratkopieringen blir en vida spridd aktivitet minskar kontrollmaktens förmåga att sanktionera lagen. Därmed minskar också sannolikheten för att straffet verkligen kommer att drabba den enskilde.
- De sociala kostnaderna för att piratkopiera är idag, intressant nog, närmast negativa. Det har blivit ett tecken på IT-kunskap att bränna sina egna kopior och lämna ut dem som presenter till nära och kära.³
- Kostnaderna för den uteblivna nyttigheten som rättigheten skyddat är kanske den intressantaste kostnaden. Om jag piratkopierar undergräver jag den ekonomiska grunden för skapande för de artister vars verk jag kopierar. Problemet här är att den mängd kopiering som skulle krävas för att ens allvarligt nagga artistens inkomst i

³ Det finns flera aktuella exempel på detta. Minsiter Ulrika Messing var inblandad i en mindre diskussion om detta nyligen, och friades för sin privatkopiering. Se Jakobsson Olars 2001

kanten är ganska omfattande. Överhuvud är det svårt att uppskatta vilken skada en artist lider i och med piratkopiering.⁴

Summa summarum blir resultatet nedstämmande för den som hoppas på ensamrätternas framtid. Det ser faktiskt ut som om kostnaden för att kränka dessa rättigheter faktiskt närmar sig det skede där det ligger en viss social vinst i att göra så!

Vad kostnadsutvecklingen också visar – om vi här låter modellen tala om verkligheten – är att mycket av upphovsrätten nu är utelämnad till den legitimitet som den upplevs ha. David Vaver har en liknande poäng i en artikel som publicerades nyligen:⁵

[...]for the intellectual property system to survive, it must gain and keep public respect. To be respected, it must be known. To be known, it must be understood. To be understood, it must be coherent and persuasive.

Respekt är nyckelordet för ensamrätternas överlevnadskraft. Några andra starka faktorer som skyddar upphovsrätten i en värld fylld av digitala distributionsformer, eller i övrigt, tycks inte finnas.

2.3 Invändningar

Nu är det givetvis inte så att detta resonemang i sin enkelhet med någon säkerhet fastlägger att de nya miljöerna kommer att utrota ensamrätterna. Det finns flera invändningar som kan göras mot denna förenkling och två av de viktigare är värda att nämna:

- Rättigheter kan inte, som i rättighetsekvationen, reduceras till kostnader. De är något mycket mer odelbart och mer komplicerat än så. De existerar inte därför att det är dyrare att kränka dem än att följa dem. Ta till exempel mord: hur skulle någon kunna påstå att det är kostnaden för att döda någon som är det enda som avhåller oss från att göra så? Rättigheten att inte blir fysiskt kränkt är ingen kostnad.
- Kostnadsuppskattningarna i exemplet är felaktiga för majoriteten av alla Internetanvändare. Det är bara de riktigt duktiga som faktiskt lever i den noll-kostnads-värld som tecknas i analysen av ekvationen. För majoriteten av användare är kostnaden för den tid det tar att kopiera något alltid större än den upplevda nyttan därav.

Den första av dessa invändningar tror jag är riktig. Vi respekterar i någon mån rättigheter av andra skäl än de krasst ekonomiska. Jag vill inte heller påstå att rättighetsekvationen slutgiltigt förutspår vad som kommer att hända med ensamrätterna, eller att det ens faktiskt skulle vara möjligt att kvantifiera de kostnader som är inblandade. Det rör sig om ett enkelt

⁴ Se nedan om skada.

⁵ Vaver 2001 s 637

tankeexperiment. Däremot tror jag att det finns en gradskillnad mellan rättigheter här som gör att det valda exemplet, mord, ter sig olämpligt. Lika sant som det är att det finns rättigheter där vi inte gör kostnads- eller nyttokalkyler för att bestämma vårt beteende, är det att det finns rättigheter som vi respekterar bara till följd av dessa kalkyler. Några av oss skulle kanske inte betala på tunnelbanan om det inte fanns spärrvakter och kontrollanter. Ensamrätterna påminner mer om kollektivtrafik än om mord.

Denna insikt, om än enkel, omintetgör dock inte huvudpoängen i invändningen, och det kan bara betonas att rättigheter är mer än kostnadskalkyler. Det tror jag också reflekteras i de undersökningar som visar att Napsteranvändare köper mer musik än de som inte använder Napster. Det finns moraliska och egennyttiga skäl att köpa musik: om man inte gör det kanske inte den grupp som man gillar fortsätter att göra musik!⁶

Den andra invändningen innehåller också ett korn av sanning, men där tror jag att den tekniska utvecklingen ständigt sänker kostnaderna även för 'vanliga' användare. Det kan inte nog betonas att knappast alla de 50 miljoner som använder Napster har examina i datavetenskap. Att de tillhör den yngre generationen är dock klart.

Frågan blir nog hur mycket expertis man behöver ha. Den mängd datorkunnande som krävs är liten och blir mer och mer naturlig i det framväxande informationssamhället. Dessutom behöver bara en mycket liten procentandel av användarskaran ha denna expertis – mer om detta nedan.

⁶ Studier som stödjer tesen att Napster faktiskt gör användare mer köpbenägna har refererats i bl.a. "Study: Napster boosts CD-sales" ZD Net <http://www.zdnet.com/zdnn/stories/news/0,4586,2605961,00.html>, se också "Stats speak kindly of Napster" Industry Standard <http://www.thestandard.com/article/display/0,1151,17057,00.html>

3 **Konsten att döda en Napster**

3.1 **Peer-to-peer nätverkens framväxt**

Napster slog ned som en blixtnedfall från klar himmel och har fått fantastiskt mycket uppmärksamhet.⁷ Trots detta kan det framstå som en naturlig konsekvens av att skivbolagen framgångsrikt lyckats få bort mp3-filerna från Internet. Behovet av musikfiler och viljan att använda den nya tekniken för att distribuera filerna var stort. Napster var, sett ur detta perspektiv, en oundviklig konsekvens.

Napster lyfts ofta fram som ett exempel på en teknik som kallas för *peer-to-peer*. Det finns flera definitioner på denna teknik, men den kanske enklaste är att det rör sig om nätverk där varje nod är både en server och en klient.

I stället för att lita till en central server, litar användaren i *peer-to-peer* nätverket till alla andra användare som ansluter sig. Det blir på detta sätt svårt att skada nätverket, och materialet kan utbytas direkt mellan användare utan mellanhänder.

3.2 **Gnutella, Freenet och nätverket av nätverk**

Napster är inte unikt. Det finns minst ett tiotal olika andra tjänster som bygger på samma grundläggande teknik. Bland de mer intressanta återfinns Gnutella⁸ och Freenet⁹. Båda programmen är open source och utvecklas av ett antal frivilliga programmerare. Ingen äger dem, utan istället är de närmast *public domain*.¹⁰

Gnutella och Freenet är delar i ett alltmer komplicerat nätverk av nätverk som kan accessas av olika program som kan dyka ned i nätverken och leta efter material. Det är svårt att se hur denna utveckling kan stoppas. Napster hade en tydlig ansvarspunkt, ett företag, som

⁷ En sökning på Napster i svenska IDG:s on-line arkiv avslöjar 239 träffar. Även i ansedda The Economist har detta enkla program fått stort genomslag med 31 träffar i on-line arkivet.

⁸ Se <http://gnutella.wego.com>

⁹ Se <http://freenet.sourceforge.net/>

¹⁰

kunde stämmas. Båda dessa nätverk saknar ansvarspunkter.¹¹ Gnutellaförespråkare inskräper detta i sin FAQ, på webbplatsen, med inte så litet galla över för rättsliga åtgärder:¹²

Gnutella can withstand a band of hungry lawyers. How many realtime search technologies can claim that? Not Napster, that's for sure. Just to emphasize how revolutionary this is: hungry lawyers are probably more destructive than nuclear weapons.

There are a few things that will prevent Gnutella from being stopped by lawyers, FBI, etc. First, Gnutella is nothing but a protocol. It's just freely-accessible information. There is no company to sue. No one entity is really responsible for Gnutella.

Second, Gnutella is not there to promote the piracy of music. It's a technology, not a music-piracy tool.

The important thing is that Gnutella will be here tomorrow. It's reliable, it's sharing terabytes of data, and it is absolutely unstoppable.

För upphovsrättens del innebär detta att infrastrukturen, distributionsmediet, blir oangripbart. För den framtida utvecklingen av Freenet och Gnutella har det också diskuterats om inte absolut anonymitet skall byggas in i arkitekturen. Om detta skulle ske skulle det naturligtvis ytterligare försvåra för den som försöker spåra olagligt kopierat material.

3.3 *Peer-to-peer*: osårbart?

I många artiklar och analyser har *peer-to-peer* utmålats som upphovsrättens slut. Det finns skäl att göra åtminstone två kommentarer i anslutning till detta. Den första kommentaren är att upphovsrättens överlevnadschanser är goda. Tekniken kommer att förändra förutsättningarna för hur upphovsrätter skyddas, och kanske också omfånget på skyddet, men den kommer inte att utplåna upphovsrätten. Mark Carey och David Wall har förmodligen rätt när de skriver, visserligen om MP3, men ändå:¹³

“It is highly unlikely that MP3 spells the complete demise of either the record company or of the concept of copyright; however, it is certain that MP3 and its associated technologies are likely to have a transformative effect upon both. Copyright will have to become more adaptable to the issues that the technologies throw up. Also the industry will have to review the relationship between record company, the artist and the public, as it is likely that MP3 technology will forge a new relationship between these three key players.”

¹¹ Om ansvarspunkter se Lundblad 2000

¹² http://www.gnutellanews.com/information/what_is_gnutella.shtml

¹³ Carey och Wall 2001 s 51

Den andra kommentaren är att det i antagandet att *peer-to-peer* tekniken kan slå ut upphovsrätten ligger en viss hybris. Tekniken är intressant och anonymiserar den med tekniker som påminner om de som Zero Knowledge Systems utvecklar, så kommer det att bli svårt att bestraffa vad upphovsrättsorganisationerna uppfattar som piratkopiering.¹⁴ Det är dock långt från omöjligt idag att spåra användare och utvecklare.

Den som hävdar att Napster är svårt att slå ut antar oftast att materialet som Napster tillhandahåller är jämnt fördelat över noderna i Napsters nätverk. Denna fördelning – informationsdensitetsdistributionen (IDD) – är dock inte jämn. Napster uppvisar en IDD där 20 procent av noderna tillhandahåller 80 procent av materialet. Om vi vill slå ut eller, med ett mer dramatiskt ordval, döda Napster så behöver vi förmodligen inte ens slå ut så många. Det räcker med att slå ut så många att de återstående tappar smaken för att ta del i nätverket. Detta antal – avskräckningsgränsen – är förmodligen långt mindre än 20 procent av nätverket.

I korthet betyder det att *peer-to-peer* nätverk fortfarande är sårbara för klassiska attacker av typen ”stäm och statuera exempel”. Om rättighetssällskapen väljer ut ett antal utvecklare och stämmer dem kommer det att lägga sordin på stämningen.

Konsten att döda en Napster, eller något av den första generationens *peer-to-peer* nätverk, är konsten att statuera några exempel, inte mer och inte mindre.

Denna situation håller dock snabbt på att förändras och den andra generationens *peer-to-peer* nät som växer fram kan mycket väl designas så att de inte tillåter insyn eller granskning från utanförstående. De kan ändå nå mycket stora volymer genom *word-of-mouth* och de *chat communities* där information sprids blixtnabbt idag. När dessa nätverk kommer blir det mer komplicerat, men fortfarande inte omöjligt att ta livet av *peer-to-peer* nätverk.

Frågan är om alla anser att vi verkligen skall hindra dem. Vi återkommer till det nedan.

¹⁴ Zero Knowledge Systems utvecklar en teknik som anonymiserar servrar genom att studsa förfrågningar mellan servrar i ett moln.

4 Svaga system och tekniska skyddsåtgärder

4.1 Uppskattad skada och botemedlets natur

Ett särskilt problem i diskussionen om skada och skydd för ensamrätter är hur vi uppskattar skadan för artisten. Det finns flera förslag:

- Skadan är lika med antalet kopior av verket som ingen betalat för.
- Skadan är lika med antalet kopior av verket som ingen betalat för, men som faktiskt innehas av användare som annars skulle ha betalat för dem.
- Skadan är lika med antalet användare som laddat ned verket och som skulle ha varit villiga att köpa en CD-skiva där verket fanns med.
- Skadan är lika med antalet användare som skolas in i att inte betala för musik
- Skadan är lika med antalet gånger som den piratkopierade musiken spelas

Inget av dessa förslag är enkelt att utvärdera och inte heller enkelt att uppskatta numeriskt. Det första förslaget måste nog förkastas. Att anta att alla som laddat ned en kopia skulle ha varit villiga att köpa en skiva är nog inte riktigt. Det tredje alternativet ovan är nog det mest rättvisande. Det är viktigt att komma ihåg att många av de musikfiler som laddas ned laddas ned i enskildhet och att de säljs i paket med andra musikstycken på CD-skivor. Endast de som skulle varit villiga att betala för paketet för att få skivan tycks vara rena förluster. De som bara varit villiga att betala för det enskilda stycket skulle inte ha kunnat göra detta i de flesta fall, och därmed är deras antal inte intressant.

Diskussionen är emellertid mycket viktig, av ett enda skäl: det är utifrån den skada som ensamrättens innehavare upplever sig lida som han eller hon försöker konstruera skyddssystem. Om ensamrättsinnehavaren upplever sig lida skada varje gång ett individuellt exemplar av hans eller hennes verk kopieras, så kommer lösningen att bestå i ett sätt på vilket varje kopia kan kontrolleras. De system som byggs upp för att skydda ensamrätterna designas utifrån den upplevda skadan.

4.2 Ineffektiviseringsproblemet och den tekniska nostalgin

Hur designas då ett skyddssystem? Det finns flera möjliga angreppssätt. De flesta system som byggs idag byggs utifrån en ineffektiviseringsideologi som syftar till att bygga in de svagheter som den analoga världen har i den digitala.¹⁵

Dessa system bygger på att man ökar kostnaderna för kopieringstid, distribution och material i olika avseenden. Det skulle inte vara felaktigt att beteckna dessa system som tekniskt nostalgiska: de strävar tillbaka till en fördigital tid där det tog tid att göra kopior, kvaliteten blev sämre och distributionen var arbetsam.

Hela den flora av *copyright management systems* som växte fram under slutet av 90-talet byggde i stort sett på denna ideologi. Genom att bygga system som gjorde Internet och den digitala miljön *sämre* försökte man bevara rättigheternas ställning.¹⁶ Överhuvudtaget har vi inte sett den explosion av s.k. *trusted systems* som många forskare förutspådde.¹⁷

I många fall har denna filosofi resulterat i anmärkningsvärda misslyckanden. Skälen härtill är nog flera, men ett viktigt skäl är att det ligger ett märkligt bakvänt evolutionärt tänkande bakom modellen. Istället för att anpassa rättigheten till miljön har ensamrättsinnehavaren försökt anpassa miljön till rättigheten. Det kanske skulle ha gått om ensamrättens innehavare hade haft samma kontroll över miljön som över rättigheten, men det har man aldrig lyckats skaffa sig. Miljön – det notoriskt svårkontrollerade Internet – lånar sig inte till den typen av experiment, tycks det. Det är lätt att hålla med säkerhetsexperten Bruce Schneier när han skriver att:¹⁸

Against the skilled user, no countermeasure works. [...]Because breaking the countermeasure can have so much value, building a system that is secure against these attackers is futile. And even worse, most systems need to be secure against the smartest attacker. If one person hacks Quake (or Intertrust or Disappearing Inc.), he can write a point-and-click software tool that anyone can use. Suddenly a system that is secure against almost everyone can now be compromised by everyone.

¹⁵ Se Shapiro 1999 s 80. Shapiro menar att det handlar om en kontrollfråga. Om man skapar system som är sämre, med högre kostnader för att kopiera och distribuera, så återfår man kontrollen över materialet. Det är bara delvis sant, se nedan om systemproblematiken.

¹⁶ Se Lundblad, 1998. Givetvis kan vi diskutera vad som är ”sämre“ och vad som är ”bättre” här, men det framstår som ganska klart att begränsningarna i CMS ofta bara är till för att höja kostnaderna för kopiering och distribution och därutöver inte erbjuder några särskilda fördelar.

¹⁷ Se t.ex. Stefik 1998 som argumenterar för att vi 1998 stod inför ett begynnande kapprustningsscenario mellan *trusted systems* och hackers.

¹⁸ Schneier 2000, s 310

Schneiers poäng är viktig. Den digitala infrastrukturen är unik i så måtto att endast en individuell instans av ett verk behöver knäckas för att alla skall ha tillgång till verket. Om jag fotokopierar en bok måste jag göra om arbetet för att 'knäcka' boken en gång till. Om jag knäcker kopieringsskyddet på en DVD-film behöver jag bara skicka ut den på nätet så är nästa kopiering gratis.

Detta är vad som brukar kallas mjukvaruekonomi: marginalkostnaden på exemplar 2 av ett datorprogram är noll.¹⁹ Kopieringsmarginalkostnaden följer bara detta mönster. Det skapar dessutom ett intressant incitament för andra användare att hjälpa den som försöker knäcka ett verk. Om jag hjälper någon att kopiera en bok får jag inget för det. Om jag sedan vill kopiera boken själv är min kostnad oförändrad. I den digitala världen kan jag sänka min kostnad till noll om jag hjälper någon att knäcka säkerhetsskyddet på ett verk.

Vi har förmodligen bara sett början på vad detta betyder. I Napsters fall tillhandahåller jag mina filer mot att jag får kopiera andras. I framtiden kan man mycket väl tänka sig applikationer där jag lånar ut min processorkraft i processen att knäcka ett kopieringsskadd med massiva beräkningskostnader mot att jag får del av det knäckta verket. Samarbetesetiken som Internet fostrat öppnar upp för många applikationer av denna typ.

Vi har sett exempel på detta på annat håll. Det nu berömda SETI@home-projektet vid Berkeley lät individuella användare ladda ned en liten programvarusnutt som analyserade radiodata från rymden när användarens dator var inaktiv. Under ett år fick Berkeley på detta sätt in 300 000 år av datorkraft under ett år och skapade en virtuell superdator med nästan 13 teraflop. En av de kraftigaste superdatorer som finns.²⁰

I den digitala världen är det logiskt att tänka sig att användare går ihop och skapar crack@home och sedan låter de som försöker besegra olika kopieringsskydd använda den kollektiva superdatorn. Systemen måste då inte bara stå emot de skickligaste attackerarna. De måste också stå emot mesta möjliga processorkraft.

I en sådan värld ser utsikterna för ECM-system dystra ut. Det finns dock de som anser att det nu bara är att sätta igång. Daniel Gervais skriver i en nyligen publicerad artikel att systemen är klara och att det bara är att se till att de implementeras.²¹

Om detta är sant – vilket det finns skäl att betvivla – bör vi dessutom försöka förstå dessa system ur rättslig synvinkel. Det finns flera svåra frågor som då måste besvaras.

¹⁹ Detta diskuteras i IT-rättsliga observatoriets PM no 9:2000

²⁰ Se Berkeleyprojektets hemsida: <http://setiathome.ssl.berkeley.edu/>

²¹ Gervais 2001 och Schönning 2000 är goda exempel på denna syn. Schönning skriver att: "I think that the Internet, when combined with collective administration and ECMS systems, has the potential to liberate the authors from the historic suppression of producers and publishers – and also to the benefit of users." och verkar onekligen tycka att det bara är att börja implementera.

4.3 CMS och lagarna

Antag att vi lyckades skapa ett ECM-system som verkligen fungerade och att vi därmed kunde se till att få betalt för allt nyttjande. Skulle allting vara löst då? Det ser snarare ut som om det är då det verkligt viktiga rättsliga arbetet skulle ta vid. Vi skulle i en sådan situation tvingas att göra en serie avvägningar mellan upphovsrätten och andra rättigheter och intressen som:

- Den personliga integriteten
- Informationsfriheten
- Konkurrensrätten
- M.m.

Ingen av dessa avvägningar skulle vara särskilt lätt. Debatten om dessa frågor, om vad som skulle ske om distributionen av skyddat material verkligen kunde kontrolleras har hamnat i bakvattnet, eftersom det inte idag ser ut att vara en möjlighet/risk att så sker. Julie Cohen är en av de forskare som tidigt insåg att detta skulle bli problematiskt.²² I sin uppsats "The Right to Read Anonomously" diskuterar hon om det inte är så att en vital del av yttrandefriheten består i att vi också skall få forma våra åsikter anonymt. Hennes argument, som det står var och fritt att ta ställning till, är tankeväckande.

En annan framstående forskare, Pamela Samuelsson vid Berkeley, insåg också tidigt att när man bygger in *Copyright Managment Information* i skyddade verk så riskerar de att bli integritetskränkande:²³

My own concerns about CMI didn't arise until after I heard a prominent publisher speak about the idea of making CMI "smart," that is, able to report information about th user back to the publisher from whom the document came. Such systems would seem to have a strong potential to be invasive of user privacy[...]

Samuelsson har varit mycket aktiv i debatten om tekniska skyddsåtgärder och den eventuellt konstitutionella rätten att ta bort dessa om de kommer i konflikt med andra, viktigare, intressen.

EU-kommissionen, som inser den potential ECM-system har, är också medvetna om de risker de innebär:²⁴

Övervakningen av till gången till och utnyttjandet av verken eller annat material kan därigenom förbättras. Samtidigt skulle en sådan utveckling kunna ha negativa följder för användarnas och rättighetsinnehavarnas rätt till personlig integritet.

Man skriver också att:²⁵

²² Cohen 1996

²³ Samuelsson 1996

²⁴ *Uppföljning av grönboken om upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället* (20.11.96)

Kom (96) 568 Slutlig s 15

Den tekniska utvecklingen kommer att ge rättighetsinnehavarna möjlighet att tillämpa tekniska åtgärder som utformats för att förebygga och hindra intrång i någon upphovsrätt, rättighet som är närstående upphovsrätt eller i några specifika rättigheter som föreskrivs i lag. Det finns dock risk för att illegala verksamheter kan komma att bedrivas i syfte att möjliggöra eller underlätta ett kringgående av det tekniska skydd som dessa åtgärder ger. För att förhindra en uppsplittring i fråga om juridiska metoder, som skulle kunna hindra den inre marknadens funktion, krävs beslut om ett harmoniserat rättsligt skydd mot varje verksamhet som möjliggör eller underlättar kringgående av sådana skyddsåtgärder som inte är tillåtet i lag eller av rättighetsinnehavarna.

Det är intressant att diskutera vad ”tillåtet i hg” betyder i detta citat. Frågan är om vi – som i USA – skulle kunna argumentera för att reglerna i personuppgiftsskyddet ger oss rätt att gå runt tekniska skyddsåtgärder? Förmodligen inte, men frågan bör penetreras.

Det är också möjligt att tänka sig att vissa typer av rimliga användningar måste bakas in i de tekniska skyddsåtgärderna, för att bibehålla en rimlig öppenhet.²⁶ David Rice påpekar i en nyligen författad artikel att rättighetsinnehavarnas iver att se upphovsrättsliga bestämmelser uppfylla inte utsträcker sig till de begränsningar som återfinns i många bestämmelser om skyddstid m.m.²⁷ Det är intressant att notera spänningen mellan att förbjuda kringgående av tekniska skyddsåtgärder och att samtidigt tillåta kontrakt som utsträcker skyddstid och inskränker spridningsrättigheter.

Det närmar sig nog en gräns för många bedömare när forskare ställer in sina planer på att publicera ett papper om svagheterna i nya kopieringsskydd, av rädsla för repressalier från musikbranschen.²⁸

Till sist skall också påpekas att det finns forskningsansträngningar som antyder att det inte alltid är särskilt bra att utnyttja tekniska skyddsåtgärder ur ekonomisk synpunkt.²⁹

4.4 Formatstrider

En annan fråga som asnluter nära till tekniska skyddsåtgärder och olika skyddsfilosofier är frågan om format på Internet. MP3-formatet har kommit att bli ett av de mest populära formaten överhuvudtaget för medieinnehåll.³⁰

²⁵ Ändrat förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället 21.05.1999 Kom (1999) 250 slutlig 97/0359/COD s 18

²⁶ Loren 2001 s 11

²⁷ Rice 2001

²⁸ Markoff 2001

²⁹ Shy 2000

Ett sätt för rättighetsinnehavarna att skydda sitt innehåll är förstås genom att försöka presentera ett nytt format som är säkrare och mer kontrollerbart än det öppna mp3-formatet. Det har musikbranschen också försökt. I SDMI (Secure Digital Music Initiative) driver man nu kampen för ett säkrare format för musik på nätet.³¹

Denna kamp står dock inför ett flertal problem. Dels är det svårt att se hur det skulle lyckas någon att föra in ett begränsande format på en marknad som har tillgång till ett öppet format. Användarna saknar helt skäl att gå över till det begränsande formatet. Dels är det säkra formatet inte säkert. SDMI har knäckts, och som visats ovan är incitamentet att knäcka det, och förmodligen också resurserna som står till buds, stora.

4.5 Alternativ?

Vi har här diskuterat svaga system, och anledningen till att kalla dem det är dubbel: dels försöker de bygga in svagheter i den digitala världen som inte naturligt finns där och dels är det faktiskt svaga inför den massiva attack som de utsätts för. Finns det då inga alternativ till denna nostalgiska ansats?

Det finns flera andra alternativ. De utgår alla från en annan premiss än den som ligger bakom designen av svaga system, nämligen premissen att Internet är annorlunda än den vanliga världen.

Denna premiss kan – ibland på goda grunder – kritiseras. I sina mer vulgära formuleringar betyder den inget annat än att den som hävdar den inte orkar försöka tänka igenom hur det nya mediet skall anpassas så att det ger mesta möjliga rättvisa. Det förefaller dock ganska klart att vi måste utforska andra vägar för att se hur vi kan rädda upphovsrätten till rimlig utsträckning.

³⁰ Carey och Wall 2001 rapporterar att år 1999 gick ”mp3” ordet ”pornography” som mest sökta term på en del sökmotorer.

³¹ Se <http://www.sdmi.org>

5 Telefonen, TV:n och lagstiftaren

5.1 Slevins mediekrock

Sociologen James Slevin skriver i sin bok *Internet and Society* följande om rättsliga konflikter och deras uppkomst:³²

An important source of frustration in facing the problem of internet regulation has been the clash of two distinct perspectives. Governments tend to approach the internet as a technology that facilitates the public circulation of material, and is therefore akin to broadcasting – an activity for which they have developed, albeit through independent bodies, a high degree of content regulation. Individuals, on the other hand, tend to approach the internet, sometimes even literally, as an extension of media such as the telephone which have been characterized by only a very marginal regulation of content. Neither of these perspectives is helpful on its own.

Slevins iakttagelse är central för förståelsen för fenomen som Napster och Gnutella. Vad Slevin pekar på är att Internet består av olika sfärer. Det finns en publik sfär och en privat sfär. En som påminner mer om TV & radio och en som påminner om telefonen.

Ett program som Napster hamnar naturligt i den privata sfären. Det handlar om utbyte av filer mellan människor, och det finns chatmöjligheter i programmet som gör det påtagligt att det handlar om kontakt mellan två människor.

När lagstiftaren, upphovsrättsorganisationer och andra försöker reglera denna värld hamnar de i samma situation som en aktör som vill reglera vad som sägs över telefon. Det säger sig självt att användarna reagerar negativt.

Ifrån rättighetsorganisationernas perspektiv är det lika uppenbart att Napster är ett massmedium: 50 miljoner användare ser knappast ut som en privat tillställning. Det användarna upplever som händelser i vardagsrummet är för rättighetsorganisationerna händelser på torget.

Vilket är det rätta perspektivet? Det går givetvis inte att säga. En gissning är dock att den privata sfären kommer att fortsätta att utvidgas i takt med att olika peer-to-peer liknande delnät på nätet utvecklas.

³² Slevin 2000 s 219

En amerikansk debattör hävdade nyligen att Internets framtid ligger i spillror, bokstavligen. Under banéret ” "how about more Internets, not more regulations?" lanserade Clyde Wayne Crews idén om Splinternets, ett nät för varje särintresse.³³ I en sådan framtid blir det svårt att övervaka vad som sker och hur information utbyts.

Om framtiden bär mer sig en splittrad distributionsinfrastruktur kommer kontrollmöjligheterna att bli små, och kanske helt försvinna.

Lagstiftarens roll blir svår. Inte bara måste nya tekniker bedömas och diskuteras, utan även nya sociala beteendemönster som uppkommer till följd av dessa tekniker. Upphovsrätten gäller inte om jag läser en dikt för någon över telefon, den gäller inte om jag spelar en sång för någon över telefon eller om jag i ett samtal citerar en text. Det är en privat handling mellan mig och den eller de som jag talar med. Här krävs en avvägning mellan den mänskliga rätten till personlig integritet och en privat sfär och rättighetsorganisationernas behov av insyn i privatpersoners liv.

Denna avvägning är en del av en mycket större sådan avvägning som måste göras.

³³ Kumar 2001

6 Balansakt och nollsummespel

6.1 Integritet, Informationsfrihet och Immaterialrätt

Till sist handlar varje diskussion om upphovsrätten om mer än upphovsrätten. Vi får inte stanna vid att analysera alla frågor ur ett rättighetsinnehavarperspektiv. Det finns andra perspektiv här som också måste tillgodoses.

Pamela Samuelsson, på jakt efter ett nytt perspektiv i denna fråga, skrev nyligen i en artikel om framtidens upphovsrätt att:³⁴

It will sound strange perhaps to put it this way, but our information ecology will be disrupted if intellectual property rights get too strong. So far Greenpeace hasn't taken up the cause, but maybe it should.

Distributionsformerna, om det nu är formaten eller nätverken det rör sig om, är en integrerad del av de framväxande informationsekologier som vi formar. De framtida infotoper vi bygger skall våra barn och barnbarn leva i och vi gör klokt i att med eftertanke försöka hitta en god balans mellan åtminstone tre huvudintressen:

- Den personliga integriteten
- Informationsfriheten
- Immaterialrätten

Förhållandet mellan dessa tre faktorer påminner om ett avancerat nollsummespel. Om vi stärker någon av dessa sker det på bekostnad av de övriga. Balansen är inte på något sätt enkel och själva arbetet kommer att kräva en hel del kalibrering.

Vad vi kan konstatera idag är att det ser ut att finnas ett lobbyingunderskott vad avser informationsfriheten och den personliga integriteten, åtminstone i den svenska diskussionen. Det finns dock tankar på hur detta kan avhjälpas. En sådan idé redogörs för nedan.

I USA når upphovsrätten förmodligen en gräns när den kommer i konflikt med yttrandefriheten. I en nyligen uppmärksammas artikel i New York Times berättas om ett antal

³⁴ Samuelson 2001 s 99

forskare som ställt in en presentation av en rapport om svagheter i ett kopieringsskydd av rädsla för rättsligt efterspel.³⁵

6.2 Upphovsrättens begrepp – expansion eller anpassning?

Ytterst måste vi också lägga litet tid på en rent begreppsanalytisk övning. Ett av de stora intellektuella misstagen som begås vid diskussion av upphovsrätten och de nya distributionsformerna är just att skilja dessa två företeelser åt. Juristen eller rättsvetenskapsmannen vill gärna lyfta begreppen i håret och abstrahera dem till den grad att de blir föga annat än vad Wittgenstein en gång refererade till som ”språket på tomgång”. Begrepp lever i faktiska användningar och konkreta språkspel. De existerar som beteendemönster och fenomen. När vi diskuterar upphovsrätter, ensamrätter, kopior, framföranden och alla de andra begrepp som det upphovsrättsliga språkspelet har gjort till sina bör vi kanske inse att de växer fram ur en praxis som är stadd i kraftig förändring.

Det går, strikt talat, inte att ställa frågan ”Hur påverkar de nya distributionsformerna upphovsrätten?”, eftersom distributionsformerna är en del av den praxis som upphovsrätten samtidigt växer fram ur och är. Det rör sig inte här om två skilda himlakroppar som utövar ett visst inflytande på varandra, utan på ett sammansmält helt som är i förvandling.

Det finns två huvudsakliga svar på frågan om det är ’emot upphovsrätten’ att ladda ned mp3-filer från Napster i dagens debatt. Lustigt nog är de båda jakande:

- 1) Ja, det är förbjuden kopiering.
- 2) Ja, det är visserligen förbjuden kopiering, men upphovsrätten kan inte gälla Internet, eftersom Internet ställer allt på huvudet.

Dessa två (vulgär)varianter behöver kompletteras av ytterligare två, denna gång, nekande svar:

- 1) Nej, det är nonsens att fråga så. Upphovsrätten har inget med detta att göra, dess begreppskrets omfattar inte Internet. Mp3-filer och Napster är nya fenomen som inte omedelbart hör hemma inom upphovsrättens domäner. Om vi beslutar att de gör de kanske vi kan ställa frågan, men *per se* är frågan nonsens.
- 2) Nej, Mp3-filer och Napster är inte fenomen som kan inordnas under något upphovsrättsligt regelverk utan att tänja begreppen alltför mycket. Det vore som att döma någon som fiskar aborre för mord efter att ha tänjt på begreppet ”annan” i BrB 3:1.

³⁵ Markoff 2001 och Kaplan 2001

Den mer hårdföra tolkningsmetoden i det andra nekande svaret är kanske orimlig, men inte otänkbar. Faktum är att upphovsrättens begrepp stadigt vidgats under hela denna rättighetsmassas utveckling. David Vaver beskriver hur domstolar såg på begreppet kopiering i begynnelsen:³⁶

Take a simple example: the concept of copying. In the nineteenth century copying was regarded quite literally. To translate was not to copy, as Harriet Beecher Stowe discovered mid-century when she asked the united states courts to halt the publication of a German language translation of *Uncle Tom's Cabin*. The court dismissed the claim. The judge thought that anyone putting the two books side by side could immediately see that the German version was nothing like the English version, and so not a copy. Similarly, when the copyright owner of a painting complained that *tableaux vivants* mimicking it were being staged in London without his authority, the English courts were unimpressed. A *tableau vivant* is no copy of the painting: try hanging it on a wall.

Vi kanske kan tycka att domstolarnas tolkningar i detta fall känns löjligt småaktiga, men det är faktiskt inte omöjligt att istället tycka att vår tids domstolar är löjligt medkännande med rättighetshavarna.

Låt oss se på en sedelärande historia. Antag att jag uppfinner ett sätt att representera data på som använder sig av stora och små "L". Det är en binär kod och det är möjligt att digitalisera vad som helst med den. Med hjälp av min programvara översätter jag så ett antal fotografier från en dagstidning till en sekvens med stora och små "L". Jag publicerar denna sekvens på Internet. Har jag publicerat en *kopia*? Vem som helst som tittar på min sekvens av "L" kan konstatera att den inte är särskilt lik en bild alls.

Antag nu vidare att jag bygger ett avkodarprogram som jag lägger ut tillsammans med min sekvens av små och stora "L". Denna programvara tar en sträng vilken som helst och översätter den till fotografiformat igen (en bild i jpg, kanske). Har jag nu gjort en kopia? I och med att jag publicerade min programvara?

Låt oss fortsätta: det är i princip möjligt att översätta varje binär sträng till vilken bild som helst. Vad händer om jag nu börjar lägga ut olika avkodarprogramvaror som avkodar min sträng med "L" till massor av kända fotografier. Har jag då med min sträng och dessa programvaror kopierat alla dessa fotografier?

Vi kan gå längre: antag att någon annan bygger en avkodare som avkodar min sträng med små och stora "L" till ett musikstycke, har då jag plötsligt också kopierat detta? Är det så att eftersom det är möjligt att översätta vilken binär sträng som helst till vilket verk som helst med rätt programvara så har jag om jag någonsin publicerar en binär sträng kopierat alla kända verk som finns i världen? Om vi frestas att tala om den binära strängen som en "potentiell kopia" tycks vi vara på väg ned i denna malström av otydligheter.

³⁶ Vaver 2001 s 625

Knappast, eller hur? Men var drar vi gränsen? Det kan knappast vara i exakthet. Det är fullt möjligt att skriva en exakt översättningsalgoritm som tar Mussorgskys ”Tavlor på en utställning” och förvandlar musiken till digitala bilder av de tavlor som Mussorgsky inspirerades av (om inmatningsslingan är lika med Mussorgskys stycke skriv ut dessa mönster). Ändå är vi ense om att Mussorgsky knappast kan läggas till last för denna ’kopiering’.

Vi står här inför ytterligare ett problem. Var finns kopian? Hos Mussorgsky eller i algoritmen? Båda tycks vara nödvändiga förutsättningar. Vi närmar oss här en märklig paradox: kopian finns vare sig i resultatet av digitaliseringen (i 1:orna eller 0:orna) eller i översättningsalgoritmen. Båda krävs för att vi skall kunna tala om en kopia. Det torde inte behövas särskilt mycket mer för att övertyga om att begreppet kopia i den digitala världen är väsensskilt från begreppet kopia i den klassiska världen.

En rimlig invändning här är att det inte spelar någon roll. En kopia är en kopia är en kopia. Men denna invändning gör sig skyldig till *ignoratio elenchi*, frågan var inte om en kopia är en kopia, utan vad som faktiskt faller in under kopie- eller exemplarbegreppet.³⁷ En annan invändning är att om funktionen faktiskt är att framställa något som effektivt är en kopia så föreligger en kopia. Även denna invändning skjuter bredvid målet. Vilka funktioner skall vi då fästa oss vid? En digital kopia av en bild kan inte sättas upp på kylskåpet, klistras in i ett fotoalbum eller placeras i en ram. Samtliga av dessa funktioner kan den vanliga bilden uppfylla. Varför skall vi bortse från dessa funktioner i vår bedömning?

Ett annat perspektiv är då om inte grundfrågan trots allt är om detta är egendom eller inte. Norman Siebrasse hävdar detta i en artikel, och undersöker upphovsrätten ifrån denna utgångspunkt. Han menar att det helt enkelt handlar om att inse att det är detta som är upphovsrättens fokus, att dra upp rålinjer för vad som är egendom och vad som inte är det:³⁸

Intellectual property is property. Like ordinary tangible property, it can be owned, bought, and sold, and injunctive relief is available to protect it. But it is also ‘intellectual’. Unlike ordinary property, it can be shared by as many as want it, without diminishment. It is no surprise that analysis of copyright has tended to focus on what is unique – the ‘intellectual’ or ‘public good’ aspect – in preference to the mundane property aspect. [...]this emphasis, while understandable, is misplaced

³⁷ Var och en som störs på att vi diskuterar kopiering istället för exemplarframställning får gärna ersätta diskussionen med dessa två termer istället. Oaktat att de är äldre och mer otympliga gäller, tror jag, samma för dem.

³⁸ Siebrasse 2001 s 59

Denna tankefigur återkommer ofta i den allmänna diskussionen. Det är egendom. Att kopiera – stjäla – denna egendom är fel. Är förhållandet verkligen så svartvitt? The Economist hade en annan och intressant åsikt i en nyligen publicerad artikel:³⁹

So when owners of intellectual property say they are being robbed—as the record companies said they were, by Napster, or as big pharmaceutical companies say they are, by producers of cheap drugs in poor countries—one’s instinct is to see things their way. Property comes in many forms, one supposes, but whatever form it takes, stealing it must be wrong.

Not so fast. The urge to possess may be a basic human instinct, but the legal idea of property—and what, precisely, this complicated notion entails—is a human invention, developed down the years (and still being revised) to serve economic and social goals. The law on intellectual property, in particular, is everywhere both comparatively new and in flux. This is not a question of black and white, of right or wrong, as rich-country owners of intellectual property insist. It is a matter of striking a balance—and it is possible that owners are getting too much of a good deal.

Nyckelordet i detta citat är nog ”balans”. Egendomsbegreppet är i stätt i utveckling och en stor del av denna utveckling är förändringarna i distributionsstrukturen för idéer och tankar. Barlows gåta är en gåta för att vi ser *något helt nytt*. Inte för att vi har svårt att sortera in ett känt fenomen i en given kategori. Upphovsrätten är i allra högsta grad en ideologisk frågeställning, och den är inte alls så enkel att det går att skilja mellan de som är för och emot den; frågan handlar mer om utformning än existens. Diskussionen måste därför, som Peter Seipel konstaterar, ta upp grundläggande ideologiska ställningstaganden som om det var första gången vi mötte dessa fenomen.⁴⁰

Om vi demonterar föreställningen om att upphovsrätter är egendom, och som egendom skyddsvärda, kan vi hitta många andra intressanta synsätt. David Vaver erbjuder ett synsätt som onekligen ger en ny infallsvinkel.⁴¹

If intellectual property was seen as a form of subsidy – a willingness by society at large to provide economic benefits to one sector in return for the prospect of larger benefits for all – then few would question the need to keep intellectual property under constant review to ensure that the scheme was working well.

Om vi ser ensamrätterna som en sorts offentligt stöd eller subsidier till konstnärer och innovatörer så framstår klart att de måste balanseras och granskas kontinuerligt. Det monopol som upphovsrättsinnehavaren har på sina produkter är då en form av statligt stöd och som sådant är det en fråga om grundläggande samhälleliga intressen att granska hur det delas ut.

³⁹ ”Market for Ideas” The Economist 12th April 2001

⁴⁰ Seipel 1998

⁴¹ Vaver 2001 s 636f

James Boyle, en annan framstående forskare på området, pekar också på hur upphovsrättens expansionism erövrar ständigt nya områden:⁴²

Over the last twenty years, there has been an enormous extension of intellectual property; a far-ranging enclosure movement over the public domain, paralleling the eighteenth century's enclosure of common lands. Intellectual property rights have been broadened to cover more subjects, deepened to cover them for a longer time, widened to cover them in more ways. Current law is actually nibbling at the two areas that supposedly could never be owned, facts and ideas respectively.

Boyles oro är att när allt material är upphovsrättsligt *skyddat* så kommer rättighetsinnehavarna att rikta sina blickar mot distributionsformerna för att kontrollera andra-handsmarknader, privata köp, gåvor, lån...I farans riktning ser Boyle en rättighetsarkitektur som hämmar utvecklingen av ett informationssamhälle för alla.

6.3 En ny miljörörelse?

James Boyle skrev också en mycket uppmärksammas artikel om behovet av en ny miljörörelse för nätet. Hans slutsatser är både intresseväckande och kontroversiella.⁴³

Similarly, I claimed the "public domain" is disappearing, both conceptually and literally, in an IP system built around the *interests* of the current stakeholders and the *notion* of the original author, around an over-deterministic practice of economic analysis and around a "free speech" community that is under-sensitized to the dangers of private censorship. In one very real sense, the environmental movement *invented* the environment so that farmers, consumers, hunters and birdwatchers could all discover themselves as environmentalists. Perhaps we need to *invent* the public domain in order to call into being the coalition that might protect it.

Boyles tanke här – att vi behöver uppfinna ”public domain” igen, och försvara denna uppfinning – är kanske ett tecken i tiden. Samuelsons tanke på en informationsekologi både hämtar stöd i denna tanke och utvecklar den.⁴⁴

Var skall då denna kamp stå? Det tycks ganska klart att det är på distributionsnivå och teknisknivå som rättighetsinnehavarna valt att föra den, med kopieringsskydd och säkra hårdvaror. Den som då vill kämpa emot måste förmodligen ta kampen till samma nivå.

⁴² Boyle 2000

⁴³ Boyle 2001. Notera att Boyle publicerat artikeln på nätet med förbehållet att den ej citeras. Den är så pass viktig och har citerats i bl.a. *Communications of the ACM* varför jag gör så här också. Läsaren bör dock komma ihåg att detta citat inte nödvändigtvis är den slutgiltiga versionen.

⁴⁴ Samuelson 2001

7 Slutord

Upphovsrätten och de nya distributionsformer som växer fram, de förändringar i hela det intellektuella skapandets infrastruktur som nu sker, är av avgörande betydelse för hur informationssamhället byggs.

Vi måste, med James Boyle och Pamela Samuelson, fråga oss hur vi vill att vår informationsekologi skall se ut. Hur skall vi konstruera den nya infotop som samhället kommer att bli. Hur skall tankemiljöerna se ut? Mer konkret: hur balanserar vi immaterialrätt, integritet och informationsfrihet/flöde i denna infotop?

Finns det nya modeller? Kan vi hitta andra sätt att se till att upphovsmännen får de pengar de förtjänar? Pengar som får antas inspirera dem till nya verk. Kanske måste vi acceptera att olika typer av prissättningsmekanismer används för att skapa ersättningsmodeller.⁴⁵

Peer-to-peernätverk, nya format, tekniska skyddsåtgärder och nya sociala mönster som utvecklas i infrastrukturen skapar en infotop under det att vi försöker analysera fenomenet. Förändringarna sker snabbt och balansen rubbas också den snabbt, även om vi inte ser det nu. Hela vår infotop står inför en fasförskjutning som kommer att ta oss med överraskning. Om denna fasförskjutning slutar i öppenhet eller slutenhet, ägande eller egendomslöshet, kontroll eller anarki, beror i viss mån av oss.

⁴⁵ Se Schneier 2000 s 311

8 Litteratur

1. "Stats speak kindly of Naspter" Industry Standard
<http://www.thestandard.com/article/display/0,1151,17057,00.html>
2. "Study: Naspter boosts CD-sales" ZD Net
<http://www.zdnet.com/zdnn/stories/news/0,4586,2605961,00.html>
3. "What is Gnutella" http://www.gnutellanews.com/information/what_is_gnutella.shtml
4. "Överlever upphovsrätten upphovsrätten?" PM från IT-rättsliga Observatoriet 2000:9
5. "Market for Ideas" The Economist 12th April 2001
6. Bakos, Yannis, Brynjolfsson, Erik & Lichtman, Douglas "Shared Information Goods" *Journal of Law and Economics*, vol XLII (april 1999)
7. Barlow, John Perry "The Economy of Ideas" *Wired* Mar 94
8. Boyle, James "A Politics of Intellectual Property: Environmentalism For the Net?" [<http://www.law.duke.edu/boylesite/>]
9. Boyle, James "Cruel, Mean or Lavish?: Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property" 536 *Vanderbilt Law Review* 2007 (2000)
10. Brauner, Stephanie L. „High Tech Boxing Match: A Discussion of Copyright Theory Underlying the Heated Battle Between the RIAA and the MP3ers“, 4. Va. J.L. & Tech. 5 (Spring 1999)
11. Carey, Mark and Wall, David "MP3:The Beat Bytes Back", *International Journal of Law, Computers & Technology*, Vol 15, No.1 35-58, 2001
12. Cohen, Julie "Copyright and the Perfect Curve", 53 *Vand. L. Rev.* (Nov 2000)
13. Cohen, Julie "Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed to Protect Them" 12 *Berkeley Tech. L.J.* 161 (1997)
14. Cohen, Julie "The Right to Read Anonymously: A Closer Look at "Copyright Management" in Cyberspace, 28 *Conn. L. Rev.* 981 (1996)
15. Gervais, Daniel "Electronic Rights Management Systems", *The Journal of World Intellectual Property*, vol 3, January 200, no 1.
16. Jakobsson Olars, Henrik "Ulrika Messings CD-bränning inte olaglig" Computer Sweden Online (<http://nyheter.idg.se/display.pl?ID=010116-cs34>) 2001-01-16
17. Kaplan, Charles L "Does an Anti-Piracy Plan Quash the First Amendment?" *Cyber Law Journal* [<http://www.nytimes.com/2001/04/27/technology/27CYBERLAW.html>]

18. Kumar, Aprarna "Libertarian, or just Bizarro?" *Wired* apr 25 2001
19. Landau, Michael "Digital Downloads, Copy Code and U.S. Copyright Law", BILETA 2001, Edinburgh 9-10/4
20. Loren, Lydia Pallas "Technological Protections in Copyright Law – Is More Legal Protection Needed?" BILETA 2001, Edinburgh 9-10/4
21. Lundblad, Nicklas *The Answer to the Machine* (SISU rapport 1998:12)
22. Lundblad, Nicklas *Teknotopier: den nya tekniken och rättens framtid* (Stockholm, Timbro 2000)
23. Markoff, John "Scientists Drop Plan to Present Music-Copying Study" *New York Times* 27/4 [<http://www.nytimes.com/2001/04/27/technology/27MUSI.html>]
24. Meurer, Michael "Price Discrimination, Personal Use and Piracy: Copyright Protection of Digital Works" *Buffalo Criminal Law Review*
25. Rice, David A. "Copyright as Artifact: Foundation for Regulation of Circumvention Technologies and Contractual Circumvention of Copyright Limits" BILETA 2001, Edinburgh 9-10/4
26. Samuelson, Pamela "Regulation of Technologies to Protect Copyrighted Works" *Communications of the ACM* July 1996/ Vol. 39, No. 7
27. Samuelson, Pamela "Toward a New Politics of Intellectual Property" *Communications of the ACM* March 2001, Vol 44 No 3
28. Schneier, Bruce *Secrets and Lies: Digital Security in a Networked World* (Wiley: New York 2000)
29. Schønning, Peter "User meets Author", *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, Häfte 1, 2000, Årgång 69
30. Secure Digital Music Initiative, <http://www.sdmi.org>
31. Seipel, Peter *Upphovsrätten, informationstekniken och kunskapsbygget. I: Vitterhetsakademiens årsbok* 1998 [<http://www.juridicum.su.se/iri/seip/text/upphov.htm>]
32. SETI@home <http://setiathome.ssl.berkeley.edu/>
33. Shapiro, Andrew L *The Control Revolution: How the Internet is Putting Individuals in Charge and Changing the World We Know* (Century Foundation: New York 1999)
34. Shy, Oz "The Economics of Copy Protection in Software and Other Media", *Internet Publishing and Beyond: The Economics of Digital Information and Intellectual Property* (ed Varian, Kahin) (MIT-press: Cambridge 2000)
35. Siebrasse, Norman "A Property Rights Theory of the Limits of Copyright", *University of Toronto Law Journal* Vol. LI, No. 1, Winter 2001
36. Slevin, James *Internet and Society* (Polity Press: Cambridge 2000)
37. Stefik, Mark *The Internet Edge: Social, Technical and Legal Challenges for a Networked World* (MIT Press: Cambridge 1998)

38. *Uppföljning av grönboken om upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället* (20.11.96) Kom (96) 568 Slutlig
39. Wahl, Nancy J. „Protection of Intellectual Property on the National Information Infrastructure“ CQL '96 Philadelphia USA
40. Vaver, David “Intellectual Property:the State of the Art”, *The Law Quarterly Review*, Vol 116, October 2000

Efterord

Under själva seminariet där denna promemoria presenterades diskuterades en mängd frågor och flera kloka synpunkter lades fram. Alltifrån att upphovsrätten allvarligt överladdats till att det är viktigt att analysera begreppen var för sig. Två synpunkter lades emellertid fram som jag inte är helt lycklig över, och som jag gärna skulle vilja bemöta i sak.

Den första synpunkt var att det finns någon betydande skillnad mellan den representation av ett verk som Mussorgskys "Tavlor på en utställning" utgör och en digitalisering av, säg, en tavla.

Jag kan hålla med om att det är en djupt rotad konvention som gör att vi har en tendens att se Mussorgskys verk som en "tolkning" eller ett "verk i anslutning till." Men det är icke desto mindre bara en konvention. Mussorgskys musikstycke är en representation. En serie ettor och nollor är en annan representation. Vissa representationer kallas i konventionen för "kopior", men det betyder inget annat än att vi någonstans valt att kallas vissa representationer för kopior. Sedan kan jag hålla med om att det är intressant att diskutera varför. Ett svar som kanske skulle föresväva någon, är att det har att göra med exakthet i representationen. Det för för långt att här ta den debatten, men jag vill av flera skäl avråda från denna tolkning. Jag tror bl.a. att det hindrar oss från att se skillnaderna som de digitala representationerna uppvisar från de konventionella.

Den andra synpunkten hade att göra med verksbegreppet. Någon deltagare tycktes tycka att det faktum att det är verket som skyddas i upphovsrätten och inte exemplaret gör att det inte är viktigt i vilken form verket sedan existerar. Digitalt eller ej. Lagen, lyder argumentet, skyddar verket in abstracto, inte någon av dess uppenbarelsen.

Detta är en intressant åsikt, men den är behäftad med en mängd svårigheter. Upphovsrätten lider av en olycklig platonsk föreställning om verket som autonomt från de exemplar det framträder i. Det finns ingen sådan autonomi. Verket är summan av sina exemplar, eller möjligen lika med sitt första exemplar. Det skulle, som tankeexperiment, förmodligen gå utmärkt att skriva om upphovsrätten utan verksbegreppet och istället tala om "det första exemplaret". Svårigheterna framträder klart om man försöker föreställa sig ett verk som inte finns i något exemplar. Är det skyddat? Vad är skyddat? Vad omfattar skyddet?

Inför en reformation av upphovsrättet vore det förmodligen tacknämligt om den antikverade estetiska konstnys som verksbegreppet har sitt upphov i pensioneras.