

ВОПРОСЫ ТЕОРИИ

Признаки новизны и оригинальности произведения в авторском праве¹

Цель статьи, подготовленной кандидатом юридических наук, ведущим научным сотрудником Института правовых исследований Государственного университета – Высшей школы экономики (ГУ-ВШЭ) А.В. КАШАНИНЫМ, – рациональная реконструкция логики развития одной из наиболее авторитетных традиций разграничения (демаркации) охраноспособных и общедоступных произведений и их элементов, основанной на использовании критериев новизны, оригинальности, индивидуальности, т.е. признаков произведения, непосредственно увязанных с философско-правовыми (моральными) обоснованиями авторского права и в этом смысле основанных на логике юридического механизма охраны.

Рассматриваемая методология определения объекта авторского права стала формой преодоления затруднений господствовавшей ранее традиции демаркации, основанной на использовании социологических конвенций о понятии произведения литературы, искусства, науки, в том числе таких его модификаций, как учения о форме и содержании произведения, а также учения об эстетической направленности объекта авторского права. Общая логика определения объекта авторского права в рамках данного направления основывается на взгляде на авторское право как на институт, предназначенный для охраны результатов в определенных сферах интеллектуальной деятельности (в сфере искусства, литературы, науки), рассматривавшихся как факты социальной деятельности, т.е. определяемых социологически. Соответственно, главной задачей является максимально точное определение указанных сфер с использованием социо-логического категориального аппарата (литературы, искусства, науки, эстетики, понятий формы и содержания), внешнего по отношению к логике и целям авторского права.

Основной причиной недостаточной эффективности данной методологии является, во-первых, неоднозначность и неопределенность социологических матриц, обусловленные видовым и структурным разнообразием артефактов, а во-вторых, их нестабильность и подвижность, представляющая собой результат постоянного развития сферы культуры, науки, техники². Любые выводы общего характера об охраноспособности тех либо иных интеллектуальных продуктов и их элементов исходя из их принадлежности к сферам интеллектуальной деятельности, выделяемым исходя из неюридических (социологических) критериев, неизбежно устаревают по мере появления новых артефактов, размывания границ и смешения жанров, модификации привычных внутренних структур произ-

¹ Работа выполнена при поддержке гранта Президента РФ № МК-2404.2009.6, а также при информационной поддержке компании «Консультант Плюс».

² См.: Wild G. Von der statistischen Einmaligkeit zum soziologischen Werkbegriff // Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations und Wettbewerb. 2004. № 1. Доступно по адресу: <http://www.sic-online.ch/2004/documents/061.pdf>.

ВОПРОСЫ ТЕОРИИ

ведений и, соответственно, накопления числа сложных случаев и умножения дисфункций, связанных с неадекватным разграничением охраноспособного и неохраноспособного. Выяснилось, что корреляции между жанровым и структурным разнообразием реальных интеллектуальных продуктов и их способностью к авторско-правовой охране крайне неустойчивы. Как минимум, поэтому данная методология не способна предложить точный инструментарий демаркации, соответствующий логике и объективным возможностям юридической системы, сохраняющий свою актуальность в течение сколько-нибудь продолжительного периода.

Дисфункции механизма демаркации, основанного на методологии использования социологических категорий, стимулировали поиски в других направлениях. В основе таких поисков лежала идея смещения акцентов со сфер интеллектуальной деятельности (соответственно с существующих классификаций реальных нематериальных объектов и их структур) на общие признаки объектов охраны, существенные исходя из логики юридического механизма охраны в том виде, в каком он существует в конкретный момент в конкретном правопорядке, его целей, возможностей и не связанных с задачей описания общности произвольно выделенной группы артефактов³. Использование данных призна-

ков позволяет уйти от социологической матрицы (и ее недостатков как средства демаркации), поскольку с точки зрения определения объекта охраны оказывается уже не столь важным, к какой группе произведений в обыденном языке либо искусствоведении относится спорный интеллектуальный продукт. Существенным является только то, что он демонстрирует наличие либо отсутствие указанных признаков⁴.

Соответственно при таком подходе к формированию механизма демаркации центральное значение приобрели прежде всего цели авторского права как института, а также логика и возможности самого механизма охраны. На представления о целях системы охраны, в свою очередь, исторически сильно повлияли философско-правовые (моральные) обоснования авторского права, господствовавшие в различных правопорядках, объяснявшие, почему монополизация определенной категории интеллектуальных продуктов является социально оправданной⁵.

Попытки выработки общих критериив демаркации в рамках рассматриваемой парадигмы имели место начиная с конца XVIII в. и продолжаются вплоть до нашего времени. Соответственно, основные подходы закладывались в эпоху поиска философско-правовых обоснований авторского права. При этом в то время механизм охраны оставался подвижным, далеко

не везде получал законодательное закрепление. До начала XX в. выделяемые характеристики охраняемых произведений не использовались непосредственно в качестве прикладных критериев демаркации, а выполняли больше функции общего ориентира. Лишь в первой трети прошлого столетия по мере отказа от учения о форме и содержании произведения общие признаки объекта стали использоватьсь в качестве прикладного инструмента демаркации⁶.

Соответственно на этапе выработки основных подходов к определению перечня признаков охраноспособного произведения центральное значение имели цели авторского права, определяемые на основании принятого морального обоснования. Лишь с середины XX в. актуализировался вопрос о корреляциях между кругом охраноспособных объектов и логикой механизма охраны, а потому при выделении общих критериев способности произведений к правовой охране эффективность существующего механизма охраны стала более весомым аргументом.

Рассмотрим логику определения объекта авторского права в рамках наиболее авторитетных направлений легитимации авторского права. Если при определении объектов авторского права невозможно четко разграничить понятия произведения искусства, литературы, науки от иных интеллектуальных продуктов,

³ В действительности, когда речь идет о выделении «реальных» нематериальных объектов, подразумевается лишь использование привычных для не юриста (обыденных, искусствоведческих, социологических) классификаций. Критерий выделения таких объектов столь же зависит от наблюдателя, столь является интенциональным, как и специально-юридические критерии и классификации. В этой смысле специально-юридические нематериальные объекты (их признаки и классификации) не менее реальны (либо наоборот, не менее искусственны), чем объекты в рамках привычных обыденных классификаций. Соответственно, суть проблемы заключается в том, насколько приняты критерии выделения объектов авторского права соответствуют логике существующего механизма охраны. Вопрос о соотношении выделяемых объектов с реальностью, таким образом, «выносится за скобки».

⁴ Рассматриваемые процессы смеси парадигм демаркации описываются в литературе в более общей форме посредством указания на концепцию феноменологического и номиналистского подходов к авторскому праву. Если в рамках первого внимание акцентируется на зависимости юридических конструкций от действительности, реальному многообразию интеллектуальных продуктов, речь ведется о так называемом «онтологическом принуждении», то последний, наоборот, основывается на первостепенном учете логики и целей права как автономной системы, и в этом смысле менее зависит от социологических конвенций. Между указанными подходами нет непротиворечий, тем не менее в рамках номинализма имеется больше предпосылок к формированию внутренне непротиворечивого механизма охраны, однако существует опасность потери связи с реальными социальными потребностями, и, соответственно, утраты его эффективности. См.: Toller A. Urheberrecht und Ontologie // UFITA 50 (1967). S. 385-418; Girth P. Individualität und Zufall im Urheberrecht. Schriftenreihe der UFITA 48 (1974). S. 6—10.

⁵ См.: Stallberg C.G. Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, Duncker & Humblot, 2006; Oberndorfer P. Die philosophische Grundlage des Urheberrechts. — Baden-Baden, 2005.

⁶ Это находит отражение в текстах европейских законов об авторском праве, в которые лишь с середины XX в. стали включаться указания на признаки охраноспособного произведения. Например, такие указания отсутствовали в германском Законе об авторском праве на произведение литературы и музыки 1901 г. (Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst (LUG)) и Законе об авторском праве на произведение изобразительного искусства и фотографии 1907 г. (Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Kunst und der Photographie (KUG)). Впервые перечень признаков охраноспособного произведения появился в Законе об авторском праве 1965 г. (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, UrhG)).

то исходной точкой при выделении общих критерии демаркации должны стать внутренние свойства нематериального объекта, оправдывающие предоставление монополии.

Необходимо ответить на вопрос, почему, например, простой ремесленник приобретал только право собственности на произведенные им вещи (товары), а создатель произведенений декоративно-прикладного искусства, выполняющих ту же прикладную функцию, — еще и авторскую монополию. Раз возможность интеллектуальной деятельности представляет собой всеобщую способность, не всякий ее результат может обосновать предоставление исключительного права его создателю. Если создатель интеллектуального продукта ориентируется исключительно на уже существующее, на культурную и литературную традицию, основания предоставлять его произведению авторско-правовую охрану отсутствуют. В произведении должно присутствовать нечто дополнительное, что, собственно, и является объектом монополизации⁷. Соответственно если в интеллектуальном продукте присутствует это «нечто», то такой объект

должен считаться охраноспособным независимо от его жанровой принадлежности. Так при формировании механизма демаркации удается дистанцироваться от социологических понятий.

Можно указать на несколько авторитетных традиций ответа на вопрос о том, в чем заключается это «нечто», оправдывающее предоставление авторско-правовой монополии. В наиболее общем виде они укладываются в рамки индивидуалистской и коллектиivistской моделей философско-правового (морального) обоснования авторского права.

Индивидуалистские модели морального обоснования фундируют необходимость предоставления авторской монополии наличием определенной связи между произведением и личностью автора. При этом взгляды на характер такой взаимосвязи, ее влияние на цели авторского права и механизм демаркации допускают несколько вариаций.

В рамках наиболее авторитетной для континентальной Европы «трудовой» теории (*Arbeitstheorie*), сформулированной Дж. Локком⁸, предоставление монополии на произведение ос-

новывалось на естественном праве собственности человека на результат собственного труда. Поэтому в качестве объекта охраны рассматривался интеллектуальный продукт, созданный в результате собственной деятельности автора. Соответственно критерий демаркации должен основываться на признаках, которые бы описывали, что в произведении относится к общему культурному достоянию, а что — к результату деятельности автора. Другими словами, критерии охраноспособности определяются в зависимости от ответа на вопрос «что в интеллектуальном продукте является общедоступным, а что создано автором и потому принадлежит ему?». Наиболее близким коррелятом рассматриваемой модели является критерий самостоятельности творческой деятельности автора, отсутствия сознательного копирования чужих произведений, признак субъективной новизны интеллектуального продукта. Таким образом, об охраноспособности произведения свидетельствуют особые признаки деятельности по его созданию, а именно самостоятельность, независимость в условиях достаточной свободы самовыражения⁹.

⁷ См.: *Neustetel L.J. Der Buchernachdruck, nach romischem Recht betrachtet*. 1824 (Nachdruck in UFITA 124 (1994). S. 49 ff.). В основе данной логики лежал, по-видимому, распространенный в XVIII в. взгляд на произведение искусства как на «оригинальное творение гения», выражавшее его уникальную личность, своеобразие, талант, способности. Начиная с Возрождения с понятием произведения в европейской культуре тесно связан качественный элемент: творческое означало не просто что-либо, созданное человеком, но обладающее определенным качеством, ценностью, значением, эстетическим рангом. См.: *Knobl H.P. Die „kleine Munze“ im System des Intmaterialguter- und Wettbewerbsrechts. Eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, schweizerischen, französischen und US-amerikanischen Rechts*. Verlag Dr. Kovac. 2002. S. 51, 52; *Ulmer E. Die urheberrechtliche Werkbegriff und die moderne Kunst / GRUR* 1968. S. 528.

⁸ «Трудовая» теория собственности Дж. Локка, позволившая объяснить первоначальное возникновение права на произведение у его автора послужила общей точкой отсчета в обосновании авторской монополии в Европе. Общее основание возникновения права собственности Локк видел в активности субъекта, в том, что объект субъективного права является результатом труда правообладателя. Данный вывод основывался на субъективно-правовой аргументации: не государство и не общество рассматриваются в качестве источников субъективного права, но сам индивид «заключает в себе великое основание собственности». Акцент был сделан не на объекте права, а на субъекте. Свобода в использовании вещей рассматривается в качестве производной от природной свободы индивида, который связан исключительно положениями общественного договора и, соответственно, считается составляющей сущностного состояния человека. Любое субъективное право, таким образом, представляется собой проявление сущностного права собственности на результат собственного труда. Соответственно, право собственности рассматривается в качестве одного из проявлений личности, и, согласно либеральным представлениям той эпохи, совсем не обязательно связано с господством над вещами, но логически допускает обоснование монополии на нематериальные объекты. См.: *Locke J. Two Treatises of Government*. London — Vermont, 1993. § 44; *Oberndorfer P. Op. Cit.; Stallberg C.G. Op. cit. S. 62 ff.; Rigamonti C.P. Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts*. — Baden-Baden, 2001. S. 22 ff.

⁹ Последовательное продолжение логики трудовой теории Дж. Локка приводит к формированию теории интеллектуальной собственности, вскоре безусловно утвердившейся, прежде всего, во Франции. Смысл теории интеллектуальной собственности заключался не в прямом распространении на оборот нематериальных благ норм юридического права, а в придании произведению свойства максимальной оборотоспособности подобно объектам права собственности, т.е. в рассмотрении его как товара, когда акцент сделан преимущественно на имущественной составляющей авторского права. Конструкция права собственности выполняла функцию «регулятивного ориентира»: права на произведение безусловно признавались гражданскими правами, а само произведение — оборотоспособным объектом. Возникновение таких прав не связано с выполнением формальностей, требующих участия государства, а потому лишено публично-правовых коннотаций. Соответственно, отсутствуют препятствия для максимального вовлечения произведений и прав на них в гражданский оборот. Поэтому произведение в XVIII-XIX вв. во Франции рассматривалось прежде всего как имущественное благо. Этим, в свою очередь, объясняется традиционно невысокий уровень требований к творческому характеру (индивидуальности, оригинальности) произведений, и преимущественное использование в качестве критерия демаркации признака самостоятельности творческой деятельности автора. Так, согласно решению Кассационного суда Франции по делу *Babolat Maillot c/ Pachot*, произведение считается охраноспособным в случае, если его создание требовало интеллектуальной работы (apport intellectuel — букв. духовный вклад). См.: *Cass. civ., Ass. plen., 7. 3. 1986, D. 1986, Jur., S. 405 (Babolat Maillot c/ Pachot)*.

Иная интерпретация связи между автором и произведением предлагаются в рамках личностно-ориентированных легитимаций авторского права, получивших развитие и признание, прежде всего, в Германии¹⁰. В рамках данного направления предоставление авторской монополии фундируется тем, что в произведении находит свое отражение личность автора, в силу чего они неразрывно связаны между собой. Соответственно критерии охраноспособности определяются в зависимости от ответа на вопрос «что в интеллектуальном продукте несет отпечаток личности (индивидуальности) автора?». Личность автора проявляется в интеллектуальном продукте в совокупности его уникальных (индивидуальных, оригинальных, своеобразных) элементов. Авторское право представляет собой охрану личной сферы и творческой деятельности автора. Охраноспособное произведение, созданное определенным автором, «отражает в себе его личность»¹¹, ин-

дивидуальность (индивидуальный подход)¹², выразительную силу¹³. Акцент делается на уникальном, единственном только автору, а потому неповторимом в произведении, что, собственно, и рассматривается в качестве объекта монополии.

Коллективистские модели легитимации авторского права обосновывают выводы о необходимости предоставления авторско-правовой монополии указанием на существование особой связи между произведением и обществом. Авторские права рассматриваются как средство обеспечения интересов (прежде всего, имущественных) автора в обмен на его вклад в культуру, что должно стимулировать интеллектуальную деятельность. В этом смысле целью авторского права как института является создание условий и стимулов для развития искусства и науки. Поскольку в рамках данной парадигмы авторское право должно защищать вклад в национальную либо мировую культуру, объектом охраны явля-

ются новые, не существовавшие ранее интеллектуальные продукты. В качестве критерия демаркации используется признак новизны произведения, что предполагает сравнение интеллектуального продукта с уже существующими произведениями¹⁴.

Анализ литературы свидетельствует о достаточном разнообразии суждений об общих признаках, характеризующих охраноспособные произведения, которые могли бы использоваться в качестве критериев демаркации¹⁵. Традиционно в числе таких признаков назывались новизна, оригинальность, своеобразие, специфичность, неожиданность, индивидуальность произведения в том или ином толковании данных терминов. При этом предлагаемые авторами механизмы демаркации редко ограничиваются простым указанием на необходимость установления указанных признаков. Приведенные обозначения представляют собой открытые понятия, допускающие разнообразнейшие интерпретации,

¹⁰ См.: Neuner G.C. Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. Eine civilistische Ausführung... 1866. S. 17; Gierke O. Deutsches Privatrecht. — Leipzig, 1895. S. 709—711; Gareis K. Das juristische Wesen der Autorrechte sowie des Firmen- und Markenschutzes, in: Archiv für Theorie und Praxis auf dem Gebiet des Allgemeinen Deutschen Handels und Wechselrechts, Band 3 (1877). S. 185, 201 ff; Moller U. Die Unübertragbarkeit des Urheberrechts in Deutschland. BWV, 2007.

¹¹ Bettinger T. Der Werkbegriff im spanischen und deutschen Urheberrecht. — München: Verlag C.H. Beck, 2001. S. 23.

¹² Ulmer E. Urheber und Verlagsrecht. — Berlin — Gottingen-Heidelberg, 1960. S. 116.

¹³ BGH GRUR 1995, 673 (675) — Mauer-bilder.

¹⁴ Данное направление легитимации авторского права ложит в основе позитивистских оснований системы копирайт. Американско законодательство о копирайт основывается на положениях пункта 8 разд. 8 ст. 1 американской Конституции, согласно которому Конгресс США получал «право содействовать развитию наук и полезных ремесел, обеспечивая на определенный срок авторам и изобретателям исключительные права на их произведения и открытия». Данная норма впоследствии была положена в основание решений Верховного суда, заложивших базовые принципы системы копирайт (см. 33 United State Supreme Court Report (8 Peters' Supreme Court Reports) 591, 663 (1834)). Однако поскольку для системы копирайт характерна т.н. «тонкая» охрана, а механизм охраны произведений в США был основан на запрете копирования произведений, то критерий новизны имеет лишь опосредованное значение, как один из показателей того, что произведение не было скопировано. См.: Антиимонов Б.С. Флейшиц Е.А. Авторское право. — М., 1957. С. 98-100; Гордон М.В. Советское авторское право. — М., 1955. С. 63; Ионас В.Я. Произведения творчества в гражданском праве. — М., 1972. С. 22; Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. — М., 1956. С. 33, 34; Хейфец И.Я. Авторское право. — М., 1931. С. 58.

¹⁵ В немецкоязычной литературе для целей демаркации предлагалось использовать следующие общие признаки охраноспособного произведения: оригинальность (Muller E. Das deutsche Urheber- und Verlagsrecht. Bd. 1. — München, 1901. S. 14), индивидуальность, новизна и своеобразие формы произведения (Allfeld P. Urheberrecht an den Werken der Literatur und der Tonkunst. — München, 1902. S. 40, 41), уровень творческого результата, устанавливаемый на основании признаков индивидуальности, своеобразия, особенности, новизны манеры изложения, стиля, простоты линий, очевидности формы и др. (Schramm C. Die schöpferische Leistung. — Berlin — Köln, 1957. S. 211, 212), уровень творческого своеобразия (v. Gamm O.-F. Urheberrechtsgesetz, Kommentar. — München, 1968. § 2. Rn. 5, 7), субъективная индивидуальность (Hubmann H. Urheber und Verlagsrecht. — München, 1987. S. 34, 39), эстетическое воздействие, субъективная новизна, уровень индивидуального своеобразия (Nordemann W. Urheberrecht an Lehrmitteln. — NJW, 1970. S. 881 ff; Nordemann W. Zur Abgrenzung des Geschmacksmusterschutzes vom Urheberschutz. — UFITA. Bd. 50 (1967). S. 91), оригинальность, индивидуальность, проявление личности, новизна, статистическая неповторимость (Schmieder H.-H. Ist die «kleine Munze» des Urheberrechts nach dem neuen Gesetz ungültig? — GRUR, 1968, S. 79, 80) и др. В отечественной литературе также указывается на необходимость использования признаков индивидуальности, оригинальности, своеобразия, новизны. В частности, признак новизны понимался как создание чего-либо нового, ранее неизвестного, либо как создание произведения в результате самостоятельного творчества и отсутствие заимствований из других произведений (Серебровский В.И. Указ. соч. С. 33, 34), либо как существенная (значительная) новизна, свидетельствующая о самостоятельной работе автора (Гордон М.В. Указ. соч. С. 63), существенно отличающая его от других произведений (Антиимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Указ. соч. С. 98), либо как новизна существенных для определенного вида произведения элементов (Ионас В.Я. Произведения творчества в гражданском праве. — М., 1972. С. 21). Признак оригинальности понимался либо как характеристика произведения, предполагающая использование в ходе его создания не только обычных технических приемов (Серебровский В.И. Указ. соч. С. 33), либо как уникальность произведения (Гаврилов Э.П. Оригинальность как критерий охраны объектов авторским правом / Материал подготовлен для Системы «КонсультантПлюс», 2005), либо как создание в результате самостоятельного творчества. В ряде случаев признаки новизны и оригинальности рассматриваются как синонимы (Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности. — М., 2003. С. 111).

вплоть до противоположных¹⁶, поэтому непосредственное практическое применение указанных критерий творчества без дальнейшей конкретизации существенно затруднено. Акцент должен быть сделан на толковании приведенных признаков и механизмах их установления.

В частности, необходимо уточнить, что следует понимать под новизной, оригинальностью, уникальностью произведения, по каким признакам и при помощи каких механизмов они могут быть установлены. Понятия новизны и оригинальности допускают количественное измерение, поэтому необходимо определить, какова должна быть мера (степень) новизны и оригинальности произведения, чтобы оно признавалось охраноспособным. Практическое значение приобретает, кроме того, вопрос о масштабе новизны (мировом либо местном), моменте времени, на который она устанавливается. Для квалификации произведения в целом в качестве охраноспособного необходимо также ответить на вопросы о перечне элементов произведения, которые должны отличаться новизной либо оригинальностью.

При анализе концепций наиболее важным является не столько использованное обозначение признака, сколько его развернутая интерпретация. Поэтому при всем многообразии концепций они в массе своей воспроизводят логику, задаваемую описанной выше триадой основных моделей демаркации, производной

от наиболее общей дифференциации философско-правовых легитимаций авторского права. Осмысленной является прежде всего реконструкция указанной логики, ее возможностей, противоречий и дисфункций.

Вторым важным пунктом, который необходимо учитывать при анализе рассматриваемой методологии демаркации, является то, что лишь в редких случаях она находит применение без привлечения вспомогательного инструментария, связанного либо с использованием социологического понятийного аппарата¹⁷, либо прикладных средств демаркации, разработанных для решения конкретных задач, а потому структурно и содержательно не зависимых от общего критерия демаркации¹⁸. Это было обусловлено прежде всего необходимостью разрешения ряда проблем и противоречий, характерных для каждой из концепций и впоследствии заложило основы для новой парадигмы формирования механизма демаркации.

Попробуем реконструировать логику основных моделей демаркации, сформулированных в рамках методологии поиска общих признаков охраноспособных интеллектуальных продуктов.

Базовой предпосылкой для объективного подхода к проблеме демаркации, вытекающего из коллектиivistской традиции легитимации авторского права, является следующее предположение: авторское право должно защищать вклад в нацио-

нальную либо мировую культуру, который устанавливается посредством проведения процедур сравнения интеллектуального продукта с уже существующими произведениями. Этим позициям коррелирует установка, согласно которой условием предоставления произведению правовой охраны является не субъективно-творческий характер деятельности субъекта (которая недоступна для исследования в судебном заседании), а творческий характер результата¹⁹. Именно произведение, а не деятельность субъекта, получает правовую охрану, а потому критерий творчества должен иметь общественное значение, характеризовать результат интеллектуальной деятельности в рамках всего общества. В этом случае творческий характер произведения понимается в смысле наличия в нем особых признаков, отличающих его от уже существующих произведений²⁰.

Соответственно данный подход предполагает предоставление правовой охраны произведениям, отличающимся новизной. Признак новизны, как правило, скрывается за такими используемыми в литературе обозначениями, как специфичность, своеобразие²¹ либо объективная оригинальность (индивидуальность) произведения²². В рамках некоторых моделей демаркации, формально относящихся к субъективным (личностно-ориентированным), на деле латентно используется логика, характерная для объективного подхода к проблеме демаркации. Речь, в частности,

¹⁶ Например, в интерпретации М. Куммера оригинальность представляет собой квалифицированную индивидуальность (*Kümmer M. Das urheberrechtlich schützbare Werk*, 1968. S. 35, 36), в испанской доктрине базовым признаком считается оригинальность, которая может пониматься в том числе как новизна произведения (*Bettinger T. Op. cit. S. 23—27*), в итальянской доктрине оригинальность и новизна хотя и рассматриваются как самостоятельные признаки, однако признается, что каждый из них может иметь субъективные и объективные интерпретации, во многом пересекающиеся друг с другом (*Fuchs U. Der Werkbegriff im italienischen und deutschen Urheberrecht*. München, 1996. S. 25—43). Наконец, достаточно часто указанные признаки перечисляются через запятую без истолкования их значения (*Schmieder H.-H. Op. cit.*).

¹⁷ Это характерно, прежде всего, для концепций, сформированных в XIX — первой трети XX в. С общими признаками охраноспособных произведений тот период, как правило, вовсе не связывались функции практического инструмента демаркации. Они, как правило, использовались лишь как аргумент в рамках общего философско-правового обоснования авторской монополии, либо как довод в пользу учений об эстетическом характере объекта авторского права, о форме и содержании произведений. В частности, признак индивидуальности в основном выполнял функцию средства установления происхождения произведения. См.: *Plett K. Urheberschaft, Miturheberschaft und Wissenschaftliche Gemeinschaftswerke*. — München, 1984. S. 91. Knobl H. Op. cit. S. 52.

¹⁸ Указания на необходимость использования прикладного инструментария демаркации стали появляться в литературе и судебной практике начиная со второй трети XX в. Соответственно можно говорить о том, что в указанный период в рамках комментируемых концепций уже присутствовали элементы новой методологической парадигмы в разграничении охраноспособного и общедоступного в авторском праве.

¹⁹ См.: *Калятин В.О. Интеллектуальная собственность (исключительные права)*. — М., 2000. С. 32, 33; *Сергеев А.П. И право интеллектуальной собственности*. — М., 2003. С. 110; *Савельева И.В. Правовое регулирование отношений в области художественного творчества*. — М., 1986. С. 22.

²⁰ *Bettinger T. Op. cit. S. 24*.

²¹ *Allfeld P. Op. cit. S. 40, 41. Schramm C. Op. cit. S. 211, 212; v. Gamm O.-F. Op. cit. § 2. Rn. 5, 7; Hubmann H. Op. cit. S. 34, 39. Samson B. Op. cit. S. 85.*

²² *Fuchs U. Op. cit. S. 29—32. Bettinger T. Op. cit. S. 23*.

ВОПРОСЫ ТЕОРИИ

идет о признаке самостоятельной созидающей деятельности в системе копирайт и поздних интерпретациях признака оригинальности в практике французских судов²³.

В зависимости от позиции, с которой оценивается своеобразие произведения по сравнению с уже существующими, можно говорить о субъективной и объективной новизне. В первом случае речь идет о ситуации, когда автор создает произведение в субъективной уверенности, что аналогичные интеллектуальные продукты отсутствуют, что совсем не обязательно может соответствовать действительности²⁴. Объективная новизна имеет место в случае, если созданный интеллектуальный продукт действительно не имеет аналогов на момент создания.

Использование признака объективной новизны в качестве критерия демаркации имеет ряд дополнительных рациональных оснований помимо соответствия целям охраны вклада в культурное достояние. Прежде всего, новизна — это обязательный коррелят индивидуального, оригинального и неповторимого в произведении. Если в интеллектуальном продукте нашла проявление индивидуальная и уникальная личность автора, значит, в произведении имеются новые элементы. Проявления индивидуальности должны обязательно обладать новизной. Соответственно, новизна — сильнейший довод в пользу того, что произведение является индивидуальным и оригинальным (в субъективном смысле)²⁵. Понятны основания для предположения о том, что именно признак новизны может рассматриваться в качестве универсального критерия демаркации, способного «ухватить» элементы произведения, неразрывно связанные с личностью автора.

Признак объективной новизны логически не допускает предоставления монополии на произведения, созданные в результате независимого параллельного творчества, а потому соответствует изначальной направленности континентального авторского права на охрану уникальных объектов, коррелирует абсолютному характеру исключительных прав автора, блокируя дисфункции авторско-правового механизма, связанные с конфликтом прав на идентичные объекты²⁶.

Наконец, новизна произведения относится к интерсубъективно проверяемым свойствам объекта, а потому потенциально лучше поддается независимому установлению. В связи с этим данный критерий демонстрирует также большую приспособленность к формализации, исключающей субъективные оценки правоприменителя.

Однако оказалось, что непосредственное использование признака объективной новизны в качестве критерия демаркации связано с рядом дисфункций и трудноразрешимых проблем.

Во-первых, сам по себе признак новизны не позволяет точно описать область охраняемых авторским правом результатов интеллектуальной деятельности. Интеллектуальный продукт может быть объективно новым, но при этом представлять собой результат сугубо механической работы, нетворческих репродуктивных актов (как, например, бухгалтерский баланс) либо представлять собой содержательный результат творческой деятельности в области техники. Указанные объекты могут быть созданы любым другим специалистом в соответствующей сфере. Поэтому хотя индивидуальность произведения и предполагает его новизну, однако новизна вовсе не обязательно

свидетельствует о том, что объект не относится к всеобщему достоянию, что он является индивидуальным и должен охраняться посредством предоставления авторских прав.

Аналогичным образом признак новизны произведения не позволяет исключить из круга объектов авторской монополии такие интеллектуальные продукты, которые в полной мере являются предзаданными, т.е. детерминированными внешней действительностью (как в случае простой передачи фактов), необходимостью решения прикладных задач (многие предметы обихода), стандартными методами созидающей деятельности и др.

Наконец, произведение может отличаться от уже существующих лишь незначительными деталями, и в этом смысле обладать признаками новизны, что, однако, по представлениям оборота вряд ли может рассматриваться в качестве достаточного основания для признания его охраноспособным. В этом смысле признак новизны больше соответствует так называемой «тонкой» охране произведения от простого копирования и требует переинтерпретации для целей охраны внутренних структур произведения от недобросовестной переработки.

Ряд авторов видели решение этой проблемы в использовании категории меры новизны, в этом смысле говорили о критерии существенной новизны произведения. Так, по логике Д. Берковича²⁷ признак новизны сам по себе не может свидетельствовать об оригинальности и, следовательно, охраноспособности произведения, а потому крайний объективный подход к критерию творчества неприемлем. Интеллектуальный продукт может быть объективно новым, но при этом неоригинальным. В свя-

²³ Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340, 361 (1991); Cass. civ., Ass. plen., 7. 3. 1986, D. 1986, Jur., S. 405 — Babolat Maillet c/ Pachot. Cm.: Berking C. Die Unterscheidung von Form und Inhalt im Urheberrecht. — Baden-Baden, 2002. S. 83, 84.

²⁴ Использование признака субъективной новизны фактически означает признание охраноспособным любого интеллектуального продукта, который не был скопирован. Соответственно, критерий субъективной новизны по содержанию смыкается с крайним проявлением субъективной парадигмы, устанавливающей охраноспособность произведения на основании признака самостоятельности творческой деятельности, анализ которой см. ниже.

²⁵ Schulze G. Op. cit. S. 153, 154.

²⁶ Этот довод показался особенно убедительным для итальянской доктрины и практики, где механизм демаркации основывается преимущественно на критерии объективной новизны. См.: Fuchs U. Op. cit. S. 40.

²⁷ Приводится по Bettinger T. Op. cit. S. 26.

зи с этим автор говорит о признаке минимального уровня новизны, который свидетельствует об оригинальности произведения²⁸. В действительности простое усиление требований к уровню новизны само по себе не позволяло решить проблему объективно новых, но предзаданных нематериальных объектов, однако вносило в механизм демаркации элемент субъективности. Переинтерпретация же признака существенности в духе субъективной концепции означало, по сути, отказ об объективной новизне как критерия демаркации²⁹.

Еще одну попытку решить указанные проблемы представляет собой признак новизны элементов, существенных для произведения определенного вида³⁰. В сущности, предлагается исходить из того, что охраноспособными являются элементы, относимые к форме произведения и не имеющие аналогов среди иных произведений. Другими словами, в основе данного подхода лежит предположение об индивидуальности формы произведения. Поэтому в действительности он воспроизводит методологию учения о форме и содержании, которое, структурируя произведение на основе социологических матриц, связывает с выделяемыми элементами абстрактные выводы об охраноспособности. Сходство методологий определяет общность проблем и дисфункций у данных методов демаркации³¹.

Во-вторых, серьезное препятствие для использования признака объективной новизны представляет собой отсутствие в авторском праве механизмов установления абсолют-

ной мировой новизны произведения. Более того, любая попытка формирования таких механизмов представляется логически невозможной, поскольку не позволяет учесть объективно существующие, но не обнародованные произведения. Препятствием же для использования разного рода палиативов, например, в форме экспертных оценок, является их крайне приблизительный и субъективный характер, отражающий скорее представления экспертов о социальной ценности (полезности) произведения. Участники оборота не могут ориентироваться на новизну интеллектуального продукта как на критерий его охраноспособности, а значит, основанный на данном критерии механизм демаркации не сможет обеспечить распознаваемость авторских прав для третьих лиц.

В-третьих, данный признак не позволяет разграничить произведения с содержательными интеллектуальными продуктами, охраняемыми патентным правом либо вовсе неохраноспособными (например, бухгалтерским балансом, избирательным бюллетенем, результатами, имеющими сугубо организационное либо хозяйственное значение и т.п.). Соответственно он не может использоваться самостоятельно в качестве критерия демаркации и требует введения дополнительного признака, относящего интеллектуальные продукты к категории произведений литературы, искусства, науки, со всеми связанными с ним дисфункциями.

Указанные противоречия определили распространение в континентальной европейской доктрине пози-

ции, согласно которой признак объективной новизны не может использоваться в качестве непосредственного критерия способности интеллектуального продукта к авторско-правовой охране. Если он и не исключается полностью из механизма демаркации, то используется в связке с иными критериями в качестве одного из индикаторов индивидуальности³².

Альтернативой объективному подходу является перенесение акцентов с произведения на его происхождение и признаки деятельности по его созданию, свидетельствующие о творческом характере ее результата. Предпосылкой для этого послужил тезис о том, что создание охраноспособного произведения требует творческой деятельности его автора. Основная дискуссия развернулась вокруг анализа приемов, которые должны приводить к созданию творческого произведения, тем самым переходя в плоскость субъективной парадигмы.

Основной проблемой объективных концепций была их неспособность «отфильтровать» объективно новые интеллектуальные продукты, которые, однако, не являются уникальными, характерными только для отдельной личности, и по разным причинам могут быть созданы независимо от автора любым другим специалистом в соответствующей области. Причина принципиальной повторимости таких интеллектуальных продуктов виделась в том, что их источником является общий исторический и культурный опыт, природа, общезвестные факты, общедоступные идеи и т.п., т.е. то, что описы-

²⁸ Традиция определения творческого характера произведения через его существенную новизну также представлена в отечественной литературе. В частности, исследователями использовались признаки существенной (значительной) новизны, свидетельствующей о самостоятельной работе автора (*Гордон М.В. Указ. соч. С. 63*), существенно отличающей его от других произведений (*Антиполов Б.С., Флейшиц Е.А. Указ. соч. С. 98*), либо новизны существенных для определенного вида произведения элементов (*Ионас В.Я. Произведения творчества в гражданском праве. — М., 1972. С. 21*).

²⁹ Например, истолкование существенной новизны как такого уровня новизны, который свидетельствует о проявлении личности автора, об индивидуальном характере произведения.

³⁰ *Ионас В.Я. Произведения творчества в гражданском праве. — М., 1972. С. 21.*

³¹ См.: *Кашанин А.В. Развитие учения о форме и содержании произведения в доктринах авторского права. Проблема охраноспособности содержания научных произведений // Вестник гражданского права. 2010. № 2.*

³² Так, например, в итальянском праве признак новизны используется наравне с критериями оригинальности и небанальности, а также комплексом вспомогательных юридических конструкций, позволяющих разрешать специальные проблемы (в том числе проблему предзаданности интеллектуального продукта). См.: *Fuchs U. Op. cit. S. 33.* В немецком правопорядке, основанном на признании личного характера авторского права, общее признание получило тезис о непригодности признака новизны для установления охраноспособности произведений. Можно указать лишь на единичные предложения использовать его в качестве одного из многих индикаторов индивидуальности (оригинальности) произведения. См.: *Schulze G. Op. cit. S. 153, 154.*

ВОПРОСЫ ТЕОРИИ

вается посредством понятия всеобщего достояния (*Gemeingut*)³³.

Общий критерий демаркации должен был исключать всеобщее достояние из сферы авторской монополии, т.е. основываться на антонимичных понятиях. Решение проблемы виделось в использовании признаков, описывающих источник интеллектуального продукта. Объекты, способные к охране посредством авторского права, должны иметь своим источником личность автора, способную не только воспроизводить существующее, но в силу своего уникального опыта, мировоззрения, способностей имеющую возможность творческого создания интеллектуальных продуктов «из ничего», либо «из самой себя». В связи с этим критерий демаркации должен основываться на признаках, описывающих происхождение охраноспособного произведения от уникальной личности автора.

Данная логика — результат рациональной реконструкции, и далеко не всегда воспроизводится в литературе. Использование телеологического понятийного аппарата, в частности, указание на цель авторского права охранять личность автора (по контрасту с патентным правом) фундировались не соображениями эффективности континентального авторско-правового механизма, который способен предоставить эффективную охрану лишь уникальным интеллектуальным продуктам, а принимались как данность³⁴,

либо в рамках описанных выше философско-правовых легитимаций основывались на метаюридической аргументации³⁵.

Представимыми можно считать несколько способов описания укорененности интеллектуального продукта в уникальной личности автора. Первый из них — использование в качестве критериев демаркации признаков, характеризующих производные от личности автора элементы произведения. Альтернативным вариантом является концентрация на признаках деятельности, которая приводит к созданию уникального произведения, несущего на себе отпечаток личности автора.

В первом случае использовались признаки индивидуальности (индивидуального подхода)³⁶, оригинальности, отражения (отпечатка) личности автора³⁷, выразительной силы автора³⁸ и т.п. Другими словами, в данном случае предполагается использование методологии, позволяющей показать, в чем именно в произведении проявляется личность автора.

Первоначально считалось, что произведение несет на себе отпечаток неповторимой личности автора в случае, если оно обладает признаками, характерными только для произведений определенного автора и, соответственно, позволяет установить авторство³⁹. Однако лишь немногие авторы имеют индивидуальный почерк⁴⁰. В этом случае охраноспособными могли быть признаны только признанные шедевры.

Поэтому распространение получила «слабая» версия признака индивидуальности как проявления в произведении принадлежащих автору фантазии, мыслей, представлений, мировоззрения, внутреннего мира, способностей и т.п.⁴¹

Признак индивидуальности в «слабой» интерпретации с большим трудом поддается как более-менее точному теоретическому определению, так и практическому установлению в судебном заседании.

Прежде всего данные признаки вообще редко определяются в литературе, которая, как правило, ограничивается перечислением указанных выше метафор через запятую. В целом остается понятным, что узнаваемость автора не требуется. Однако в чем тогда конкретно должна проявляться индивидуальность произведения, его неразрывная взаимосвязь с личностью автора?

Предположим, поскольку речь идет, как правило, о проявлении уникальной личности автора, индивидуальность произведения должна проявляться в уникальных, неповторимых элементах интеллектуального продукта, которые могли быть созданы только этим, а не другим автором⁴². Между тем довольно часто в доктрине признается допустимость параллельного творчества и, соответственно, охраноспособность аналогичных произведений, созданных независимо от первого автора⁴³.

Вряд ли индивидуальность и оригинальность элементов можно уста-

³³ См.: Kummer M. Op. cit. S. 47—52; Hubmann H. Das Recht des Schöpferischen Geistes. — Berlin, 1954. S. 17 ff.

³⁴ В этом смысле следует отметить сильное влияние социологического понятия произведения, господствовавшего в континентальной Европе, имплицитировавшее идею соответствия произведения качественным требованиям, обладание определенной ценностью, значением, эстетическим рангом. См.: Knobl H.P. Op. cit. S. 51, 52.

³⁵ См.: Gierke O. Deutsches Privatrecht. — Leipzig, 1895. S. 762 ff. По замечанию Baylos Corroza, если в патентном праве предоставлен монополии представляется собой своеобразную плату за доведение до общественного сведения общественно полезного идейного содержания, которое, соответственно, должно быть новым, то для авторского права данный подход бессмысличен. Авторское право представляет собой форму охраны проявлений личности автора вне зависимости от того, имеет ли это произведение хоть какое-нибудь общественно значимое. Практически это означает предоставление правовой охраны таким произведениям, которые созданы в результате самостоятельной деятельности автора и не были скопированы. Другой автор, Bondia Roman, отмечал, что монополия на промышленное использование продуктов, предоставляемая патентным правом, предполагает их общезначимость и, соответственно, может быть предоставлена только при наличии в них новизны. Суть механизма авторского права, по его мнению, в другом, а именно в охране индивидуальности автора, проявленной его личности, что предполагает несущественность вопроса о новизне произведения. См.: Bettinger T. Op. cit. S. 24 ff.

³⁶ Ulmer E. Op. cit. S. 116.

³⁷ Bettinger T. Op. cit. S. 23.

³⁸ BGH GRUR 1995, 673 (675) — Mauerbilder.

³⁹ Knobl H.P. Op. cit. S. 52.

⁴⁰ Bettinger T. Op. cit. S. 28, 47; Ulmer E. Op. cit. S. 110.

⁴¹ Knobl H.P. Op. cit. S. 53.

⁴² Kummer M. Op. cit. S. 30 ff.

⁴³ См.: Dreier T., Schulze G. Urheberrechtsgesetz Kommentar. Verlag C.H.Beck. — München, 2004. § 2. Rn. 17. S. 51; Fuchs U. Op. cit. S. 40.

навливать на основании признаков их новизны (отличимости, своеобразия), поскольку в этом случае становятся актуальными все проблемы использования объективной новизны в качестве критерия демаркации.

Практика рассмотрения споров свидетельствует об отсутствии возможности буквального толкования ссылок на проявление в произведении фантазии, мыслей, представлений, мировоззрения, внутреннего мира, способностей автора, как минимум, в силу недоступности для восприятия причинно-следственных связей между способностями, фантазией, прочими составляющими личности автора и элементами произведения. Кроме того, практическое применение данного критерия было существенно затруднено в связи с невозможностью во многих случаях установления личности автора и, следовательно, выяснения, насколько действительно в произведении отразилась его индивидуальность⁴⁴.

По-видимому, в качестве попытки проследить указанную причинно-следственную связь следует расценивать концепции, описывающие взаимосвязь между личностью автора и произведением при помощи признаков деятельности, которая приводит к созданию уникального произведения, несущего на себе отпечаток личности автора.

В рамках методологии демаркации, основанной на анализе деятельности как причины индивидуального характера произведения, можно выделить несколько основных подходов:

1) первый исходит из предпосылки, что любая субъективно самостоятельная деятельность по созданию интеллектуальных продуктов в сфере литературы, искусства, музыки, науки приводит к созданию охраноспособного произведения⁴⁵. Соответ-

ственно, в качестве критерия демаркации используется признак самостоятельности творческой деятельности в указанных сферах, по сути, равнозначный признаку субъективной новизны. Между тем базовое предположение о том, что самостоятельная субъективно-творческая деятельность приводит к созданию оригинального произведения, выражаящего личность автора, вне зависимости от того, является ли такая личность неординарной либо заурядной, не выдерживает проверок. Тот факт, что автор при создании интеллектуального продукта старался создать новое произведение и избегал копирования чужих интеллектуальных продуктов, само по себе не способно обеспечить ни объективную новизну, ни индивидуальность, ни уникальность полученного объекта.

Вполне представимой является ситуация, когда автор, стараясь решить художественную, научную либо прикладную задачу, остается в рамках банального, стандартного, доступного для любого другого специалиста соответствующей квалификации. Не исключено, что поставленная задача вовсе имеет лишь одно стандартное решение, а потому форма создаваемого интеллектуального продукта будет единственно возможной (это особенно актуально в отношении внутренних структур (идейного содержания) произведений, многих программ для ЭВМ, произведений с незначительным уровнем творческого характера). Соответственно, критерий самостоятельности созидательной деятельности не позволяет отличить оригинальные произведения от интеллектуальных продуктов, по внешним признакам напоминающих произведение, но лишенных оригинальности, в случае, если пос-

ледние были созданы также в результате самостоятельной созидательной деятельности. В этом смысле для рассматриваемой концепции актуальны большинство возражений, связанных с использованием для целей демаркации признаков новизны.

Вторым недостатком рассматриваемой концепции является ее неадекватность базовым характеристикам континентального механизма авторского права. Использование признака субъективной новизны фактически означает признание охраноспособным любого интеллектуального продукта, который не был скопирован. Однако самостоятельное создание субъективно нового произведения не исключает параллельного создания идентичных произведений, вероятность которого увеличивается в случае связаннысти авторов целями решения определенной (прикладной, научно-технической) задачи, стандартными выразительными средствами, стандартами созидательной деятельности и т.п. Критерий самостоятельности созидательной деятельности не позволяет обеспечить уникальность объекта охраны, что создает предпосылки для конфликта нескольких абсолютных (личных и имущественных) прав на один и тот же объект, невозможности обеспечения их исключительности и, соответственно, непредсказуемости правовых позиций участников оборота. Рассматриваемый критерий больше соответствует логике системы копирайт, а также механизму конкурентного права, основанным на запрете копирования и не предоставляющих лицам, интересы которых охраняются, исключительных поведенческих возможностей⁴⁶.

Третьей проблемой, связанной с использованием признака самостоя-

⁴⁴ См., например, решение испанского Tribunal Supremo от 26.10.1992. CCJC. № 30. S. 963 ff.

⁴⁵ См.: Neustetel L.J. Op. cit. S. 49 ff. Knobl H.P. Op. cit. S. 52.

⁴⁶ Как уже отмечалось, европейские правопорядки по-разному относятся к случаям параллельного творчества. Убедительные аргументы против признания повторных произведений охраноспособными были сформулированы в итальянской доктрине. Так, указывается, что такое признание ведет к «хаотичной авторско-правовой защите», поскольку первый автор должен доказать не только факт совпадения первого и повторного произведения, но и то, что подражатель скопировал его произведение сознательно. Доказывание данного факта сопряжено с существенными трудностями, и делает перспективы авторско-правовой охраны крайне неопределенными. Другой опасностью является возникающая возможность продления срока действия авторских прав на произведение сверх установленного в законе. См.: Fuchs U. Op. cit. S. 39, 40; Bettinger T. Op. cit. S. 26. Охраноспособность повторных произведений признана в ряде европейских правопорядков, в частности, в Испании и Германии. Охраноспособность повторное произведение в испанской судебной практике отличается от неправомерного заимствования по признаку отсутствия сознательного копирования либо подражания (Bettinger T. Op. cit. S. 25, 26). В немецкой доктрине утверждался более строгий взгляд на повторное творчество.

тельной созидательной деятельности в качестве критерия демаркации в авторском праве, является его неспособность разграничивать объекты авторского права с результатами интеллектуальной деятельности в других сферах, прежде всего, с объектами патентного права. Соответственно его применение требует использования в качестве вспомогательных критериев социологических понятий (признака эстетической направленности, сферы творческой деятельности, понятий литературы, искусства, науки и т.п.), что воспроизводит проблемы и противоречия, характерные для данной методологии, связанные, прежде всего, с нестабильностью либо отсутствием соответствующих социологических конвенций, а также с неадекватностью социологической понятийной матрицы закономерностям и потребностям юридической практики;

2) второй вариант использования для целей демаркации признака самостоятельности созидательной деятельности, который, как предполагалось, должен быть свободен от недостатков предыдущей модели, заключается в указании на элементы произведения, самостоятельность в создании которых должна свидетельствовать о его индивидуальности. В основании рассматриваемого метода лежит предпосылка о том, что определенные элементы произведения, выделяемые социологически, в случае их создания в результате самостоятельной деятельности автора, являются индивидуальными. По сути, в данном случае воспроизводится методология учения о форме и содержании произведения, которое также постулирует индивидуальность выделенных по социологическим критериям элементов произведения, что делает актуальными все его противоречия и дисфункции:

сложности в разграничении элементов произведения, неадекватность социологической матрицы специально-юридическим целям демаркации и, наконец, его неспособность «ухватить» случаи предзданности указанных элементов произведения. Другими словами, данная методология основывается на ложной посылке, поскольку далеко не всегда элементы, относимые к форме произведения, являются индивидуальными и уникальными;

3) третьим вариантом является истолкование признака самостоятельности созидательной деятельности не в субъективном, а в объективном смысле⁴⁷. В рамках данной модели индивидуальным должно считаться такое произведение литературы, искусства, науки, которое создано в результате объективно самостоятельной деятельности. Между тем данная интерпретация вызывает ряд вопросов. Прежде всего, что считать самостоятельностью, самостоятельной в объективном смысле? По-видимому, такую, которая приводит к созданию индивидуального произведения, т.е. не связана с воспроизведением всеобщего достояния (*Gemeingut*), в том числе предзаданных интеллектуальных продуктов. В отсутствие прикладного инструментария разграничения деятельности, связанной с воспроизведением всеобщего достояния и созданием индивидуальных произведений, рассматриваемая методология представляет собой не более чем еще одну метафору, позволяющую переформулировать проблему: ответ на вопрос о том, какие произведения являются уникальными и индивидуальными, заключается в следующем: к таким произведениям относятся созданные в результате объективно самостоятельной деятельности, приводящей к созданию индивидуального произведения.

Данная стратегия демаркации может считаться осмысленной только в случае, если будет предложен развернутый прикладной инструментарий, позволяющий установить круг произведений (их элементов), которые воспроизводят всеобщее достояние, в том числе являются предзаданными. Однако это уже будет означать переход к иной методологии, основанной на принципах множественности критериев и инструментализации механизма демаркации.

Анализ логики использования в качестве критериев демаркации перечисленных признаков позволяет сформулировать ряд выводов.

1. В рамках рассматриваемой методологии сделана попытка решения задачи демаркации (т.е. разграничения сферы интеллектуальных продуктов, которые могут считаться созданными автором и являются объектами авторской монополии, с одной стороны, и которые относятся к категории общедоступных либо охраняемых посредством иных систем охраны) при помощи некоего общего признака, который, как предполагалось, будет «схватывать» указанную границу, если будет прямо вытекать из основных целей авторского права, определяемых его философско-правовыми легитимациями. В этой связи было опровергнуто несколько стратегий, основанных либо на учете объективно существующих особенностей произведения по сравнению с иными артефактами (объективный подход), либо на использовании признаков, характеризующих взаимосвязь произведения с уникальной личностью автора, в том числе описывающих особенности созидательной деятельности (субъективный подход).

Однако у каждого из сформированных в рамках данной методологии подходов есть как ряд преимуществ, так и серьезные противоре-

Нарушением авторских прав считается не только сознательное копирование, но и бессознательное подражание уже имеющемуся произведению. Основанием для возникновения авторского права являются только такие случаи независимого повторения произведения, когда может быть установлено, что повторный создатель не мог ознакомиться с произведением-оригиналом до момента создания своего произведения (*Fromm F., Nordemann W. Op. cit. S. 157*). Это, однако, свидетельствует об отказе от понимания авторского права как исключительного и абсолютного (*Dreyer G., Kothoff J., Meckel A. Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht. C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004. S. 361*).

⁴⁷ В частности, как отмечал В.И. Серебровский, критерий самостоятельности творческой деятельности является использованием при создании произведения не обычных технических приемов, а таких, которые приводят к созданию оригинального, своеобразного произведения, в котором проявляется индивидуальность автора. См.: Серебровский В.И. Указ. соч. С. 33.

чия. Например, метод использования объективных признаков в большей степени поддается формализации, и, соответственно, в значительной степени позволяет устраниить необходимость оценочных суждений. Однако сам по себе признак новизны не может выполнять функцию критерия демаркации, поскольку не позволяют идентифицировать интеллектуальные продукты, являющиеся хотя и объективно новыми, но детерминированными внешней действительностью, являющиеся предзаданными и относящиеся к всеобщему достоянию. Кроме того, данный критерий не позволяет разграничить объекты авторского и патентного права, а потому требует использования социологических понятий литературы, искусства, науки, что актуализирует все связанные с этим проблемы. Использование данного критерия в качестве самостоятельного связано с возникновением дисфункций в форме распространения авторско-правовой монополии на элементы, по представлениям оборота относящиеся к всеобщему достоянию.

Основным приемом в рамках субъективного подхода является использование крайне неопределенных оценочных понятий, метафор, которые, предоставляя правопримениителю значительную свободу усмотрения, должны позволить справиться с недостатками объективного подхода. В этом заключается одновременно сила и слабость данного подхода. С одной стороны, открытый характер используемых критериев позволяет охватить массу сложных случаев, в том числе связанных с появлением новых видов произведений (современного искусства, анти-искусства, произведений с незначительным уровнем творческого характера и т.п.). С другой стороны, данный метод, предоставляя правопримениителю в оценке охраноспособности практически неограниченные возможности, сопоставимые по широте с предоставляемыми методологией взвешивания интересов, по сути, предс-

тавляет собой отказ от более-менее формализованного механизма демаркации, позволяющего хотя бы в минимальных пределах обеспечить предсказуемость и стабильность правовых позиций участников оборота. Напомним, именно непредсказуемость, противоречивость, хаотичность судебной практики обусловили рост критических возражений и поиски в направлении формализации механизма демаркации*. К этому следует добавить неспособность ряда моделей в рамках субъективного подхода выделить предзаданные интеллектуальные продукты, в также необходимость в ряде случаев использования социологического понятийного аппарата.

2. Используемые в литературе обозначения общих признаков охраноспособного произведения, как правило, сами по себе не позволяют отнести предлагаемый вариант механизма демаркации к тому либо иному направлению. За используемыми терминами (новизна, оригинальность, индивидуальность, своеобразие и т.д.) могут скрываться разнообразные значения, вплоть до противоположных. Соответственно, в отсутствии консенсуса о словоупотреблении имеют значение лишь конкретные интерпретации используемых критериев. В связи с этим следует признать осмысленной дискуссию о предлагаемой логике демаркации, которую не следует смешивать со спором о терминах.

3. Общие признаки охраноспособного произведения, предложенные в рамках комментируемых подходов, в целом верно задают генеральное направление, общий принцип демаркации, а потому в этом качестве остаются актуальными до настоящего времени, особенно в трудных случаях, не охватываемых современным прикладным инструментарием демаркации.

Разумеется, описанные подходы достаточно серьезно отличаются как по механизму демаркации, так и по результатам. Так, например, налицо различия в степени использования

оценочных категорий, в решении проблемы параллельного творчества, способности к учету предзаданности интеллектуальных продуктов, а также степени признания охраноспособными результатов, созданных с использованием технических средств. Однако выбор между описанными подходами (точнее, наиболее общими направлениями демаркации) может быть сделан только с учетом необходимости обеспечения корреляций с признанными в конкретных правопорядках философско-правовыми легитимациями, основными характеристиками механизма охраны (прежде всего интенсивностью, глубиной охраны) и наличием вс помогательного прикладного инструментария, позволяющего устраниить описанные недостатки рассматриваемых подходов.

4. Независимо от того, какой из рассмотренных выше общих признаков положен в основу механизма демаркации, сами по себе они неспособны применяться в качестве критериев демаркации в силу имманентных им дисфункций и противоречий, в том числе общих для них, таких, как чрезмерная неопределенность, метафоричность общих признаков охраноспособного произведения, непригодность для практического установления сферы предзаданных интеллектуальных продуктов, сложностей в ограничении объекта авторского права от объектов иных систем охраны без использования социологического понятийного аппарата.

Исторически дальнейшие направления совершенствования методологии демаркации в зарубежных правопорядках определялись необходимостью преодоления указанных недостатков. Прежде всего, стало очевидным, что механизм демаркации не может ограничиваться обозначением общего принципа, но требует такой конкретизации, которая бы сделала его более формализованным, независимым от субъективных оценок, а также позволяла бы разрешать указанные выше противоречия.

* См.: Kummer M. Op. cit. S. 8-30; Schulze G. Op. cit. S. 19-44, 110—115. Schulze G. Werkurteil und Objektivität im Urheberrecht. — GRUR, 1984. S. 401.

В самом общем виде решение проблемы виделось в формировании такого механизма демаркации, который, во-первых, сочетал бы элементы различных подходов и, соответственно, позволял бы одновременно использовать их преимущества, а во-вторых, дополнялся бы прикладным инструментарием, направленным на решение отдельных проблем и дисфункций. Именно сочетание указанных средств должно обеспечить более точное установление границы между охраноспособным и общедоступным, в том числе в трудных случаях.

Такой механизм уже сложно однозначно отнести к одной из обозначенных выше традиций, поскольку он одновременно использует критерии, основанные на учете как взаимосвязи произведения с личностью автора, так и его отличий от уже существующих артефактов либо интеллектуальных продуктов, относящихся к категории предзаданных, и в этом смысле является смешанным, объективно-субъективным⁴⁹. Формируется новая парадигма в решении проблемы демаркации, которая может быть обозначена как инструменталистская: формирование механизма демаркации подчиняется не столько соображениям соответствия логике философско-правовых легитимаций авторского права, сколько необходимости решения набора конкретных прикладных проблем, связанных, прежде всего, с исключением из сферы правовой охраны таких интеллектуальных продуктов, которые по представлениям оборота не могут быть монополизированы.

Библиография

- Антипов Б.С. Флейшиц Е.Л.* Авторское право. М., 1957.
- Гаврилов Э.П.* Оригинальность как критерий охраны объектов авторским правом // Материал подготовлен для Системы «КонсультантПлюс», 2005.
- Гордон М.В.* Советское авторское право. М., 1955.
- Ионас В.Я.* Произведения творчества в гражданском праве. М., 1972.
- Калитин В.О.* Интеллектуальная собственность (исключительные права). М., 2000.
- Кашанин А.В.* Развитие учения о форме и содержании произведения в доктрине авторского права. Проблема охраноспособности содержания научных произведений // Вестник гражданского права. 2010. № 2.
- Савельева И.В.* Правовое регулирования отношений в области художественного творчества. М., 1986.
- Сергеев А.П.* Право интеллектуальной собственности. М., 2003.
- Серебровский В.И.* Вопросы советского авторского права. М., 1956.
- Хейфец И.Я.* Авторское право. М., 1931.
- Allfeld P.* Urheberrecht an den Werken der Literatur und der Tonkunst. München, 1902.
- Bettinger T.* Der Werkbegriff im spanischen und deutschen Urheberrecht. — München: Verlag C.H. Beck, 2001.
- Dreier T., Schulze G.* Urheberrechtsgesetz Kommentar. Verlag C.H.Beck. München, 2004.
- Dreyer G., Kotthoff J., Meckel A.* Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht. C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004.
- Fuchs U.* Der Werkbegriff im italienischen und deutschen Urheberrecht. München, 1996.
- Hubmann H.* Das Recht des Schöpferischen Geistes. Berlin, 1954.
- Hubmann H.* Urheber und Verlagsrecht. München, 1987.
- v. Gamm O.-F.* Urheberrechtsgesetz, Kommentar. München, 1968.
- Gareis K.* Das juristische Wesen der Autorechte sowie des Firmen- und Markenschutzes, in: Archiv für Theorie und Praxis auf dem Gebiet des Allgemeinen Deutschen Handels und Wechselsechts, Band 3 (1877).
- Gierke O.* Deutsches Privatrecht. — Leipzig, 1895.
- Girth P.* Individualität und Zufall im Urheberrecht. Schriftenreihe der UFITA 48 (1974).
- Jostlein H.* Unruhige Kunst aus urheberrechtlicher Sicht. UFITA Bd. 56 (1970).
- Knoblauch H.P.* Die «kleine Munze» im System des Immateriellguter- und Wettbewerbsrechts. Eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, schweizerischen, französischen und US-amerikanischen Rechts. Verlag Dr. Kovac. 2002.
- Kummer M.* Das urheberrechtlich schützbare Werk. 1968.
- Locke J.* Two Treatises of Government. — London — Vermont, 1993.
- Moller U.* Die Unübertragbarkeit des Urheberrechts in Deutschland. BWV, 2007.
- Muller E.* Das deutsche Urheber- und Verlagsrecht. Bd. I. — München, 1901.
- Neuner G.C.* Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. Eine civilistische Ausführung 1866.
- Neustetel L.J.* Der Buchernachdruck, nach romischem Recht betrachtet. 1824 (Nachdruck in UFITA 124 (1994).
- Nordemann W.* Urheberrecht an Lehrmitteln.
- Nordemann W.* Zur Abgrenzung des Geschmacksmusterschutzes vom Urheberschutz. UFITA. Bd. 50 (1967). NJW, 1970.
- Oberndorfer P.* Die philosophische Grundlage des Urheberrechts. — Baden-Baden, 2005.
- Plett K.* Urheberschaft, Miturheberschaft und Wissenschaftliche Gemeinschaftswerke. — München, 1984.
- v. Rauscher auf Weeg H.* Kunstschutz bei Verwendung gemeinfreier Formelemente. GRUR, 1967. Rigamonti C.P. Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts. — Baden-Baden, 2001.
- Samson B.* Urheberrecht. Pullach bei München, 1973.
- Schulze G.* Die kleine Munze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts. Freiburg, 1983.
- Schulze G.* Werkurteil und Objektivität im Urheberrecht. — GRUR, 1984.
- Schramm C.* Die schöpferische Leistung. Berlin — Köln, 1957.
- Schmidauer H.-H.* Ist die «kleine Munze» des Urheberrechts nach dem neuen Gesetz ungültig? GRUR, 1968,
- Stallberg C.G.* Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, Duncker & Humblot, 2006.
- Strunkmann-Meister K.* Gegenseitiges Verhältnis von Geschmacksmusterschutz und Urheberschutz. Diss. Basel, 1967.
- Troller A.* Kunstgewerbe und Geschmacksmeister. GRUR, 1949.
- Troller A.* Urheberrecht und Ontologie // UFITA 50 (1967).
- Ulmer E.* Die urheberrechtliche Werkbegriff und die moderne Kunst / GRUR 1968.
- Ulmer E.* Urheber und Verlagsrecht. — Berlin — Gottingen-Heidelberg, 1960.
- Wild G.* Von der statistischen Einmaligkeit zum soziologischen Werkbegriff // Zeitschrift für Immaterialgüter, Informations- und Wettbewerb. 2004. № 1.
- Zschokke A.* Der Werkbegriff im Urheberrecht. Diss. Zurich, 1966.

⁴⁹ Как представляется, этому корреспондирует невозможность последовательного обоснования содержания авторского права на основе сугубо индивидуалистского либо коллектиivistского подходов. В частности, индивидуалистский подход не позволяет обосновать ограничения авторского права в общественных интересах. Коллективистские модели, наоборот, неспособны ответить на вопрос о том, почему интересы автора должны охраняться именно в форме предоставления ему исключительного права. См.: Stallberg C.G. Op. cit. S. 301.