

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

А.В. Кашанин

МЕХАНИЗМ ДЕМАРКАЦИИ В СИСТЕМЕ КОПИРАЙТ США

Аннотация. Целью работы является анализ механизма разграничения охраноспособного и общедоступного (механизма демаркации), используемого в системе копирайт США. При этом в работе сделан акцент не столько на описании самих по себе юридических средств, сколько на логике их взаимодействия друг с другом. На основе проведенного анализа сформулированы выводы о ряде тенденций и закономерностей, в том числе о факторах, определяющих развитие механизма демаркации, о корреляциях между элементами системы копирайт, а также о движении механизма демаркации к формализации, инструментализации и негативизации.

Ключевые слова: авторское право, интеллектуальная собственность, результат интеллектуальной деятельности, интеллектуальные права, личные неимущественные права, исключительные права, авторские права, объект авторского права.

Постановка проблемы

Целью настоящей статьи является анализ механизмов разграничения охраноспособного и общедоступного, используемых в авторском праве США¹. Указанный механизм разграничения в настоящее время на практике, как правило, не сводится к использованию основного критерия способности произведения к авторско-правовой охране (обозначаемому в отечественной традиции как критерий творчества), а представляет собой систему прикладных инструментов, позволяющих не только определять круг охраноспособных произведений, но и разграничивать охраноспособное и общедоступное в ряде трудных для юридической практики случаев, например, в связи с определением круга охраноспособных элементов произведения, в том числе относящихся к его внутренним структурам, при определении области допустимых заимствований из чужих произведений, не связанных с непосредственным копированием их элементов и т.п. Во всех таких случаях возникает задача определения точного объема монополии правообладателя, для разрешения которой используются помимо традиционных также юридические средства, выходящие

за пределы предметной области учения об объекте авторско-правовой охраны, однако объединяемые с ним общей функцией. Функциональная взаимосвязь указанной совокупности юридических механизмов, а также отсутствие в понятийном аппарате соответствующего обозначения, позволяет нам обозначить ее как механизм демаркации, не рискуя нарушить запрет неоправданного удвоения категорий.

Функции определения объекта монополии обладателя копирайт в США выполняется следующими юридическими механизмами: юридической конструкцией произведения как объекта копирайт (в том числе критериями оригинальности (*originality*) и креативности (*creativity*)), доктриной разграничения не охраняемой идеи и ее охраноспособного выражения (*idea/expression dichotomy*), механизмом определения круга не охраноспособных абстрактных идей (*abstractness test*), механизмом предотвращения косвенной монополизации общедоступных объектов (доктрина стандарта (*merger doctrine*), доктрина *scenes à faire*), а также в определенной степени — средствами установления случаев нарушения копирайт. Правила правомерного использования чужих произведений (доктрину *fair use*) по основаниям, изложенным ниже, нельзя отнести к элементам механизма демаркации, хотя они и ограничивают в конечном итоге объем охраны произведения.

Указанные механизмы функционально взаимосвязаны друг с другом, так что в конечном итоге объем монополии обладателя копирайт определяется в результате их взаимодействия. Так, например, круг

¹ Применение обозначения «авторское право» в отношении системы копирайт в настоящей работе преследует цели терминологического удобства и оправдывается, несмотря на допускаемое тем самым устранение на уровне терминологии принципиальных отличий между европейской и американской системой, имеющим место в настоящее время их сближением и унификацией, по крайней мере, внешнем.

неохраноспособных идей определяется посредством теста на абстрактность (*abstractions test*). При этом низкий уровень требований к степени их конкретизации определяет расширение круга форм их выражения, квалифицируемых в качестве охраноспособных, так что в число неохраняемого попадают лишь наиболее общее идейное содержание. Это, однако, означает сужение сферы применения *merger doctrine*, поскольку та используется лишь в отношении неохраноспособных идей. В конечном итоге это приводит к расширению области монополизируемого идейного содержания.

Таким образом, учет логики взаимодействия указанных механизмов оказывается крайне важным для установления сферы монополии обладателя копирайта, поскольку конкретные проблемы разграничения охраноспособного и общедоступного разрешаются с использованием совокупности взаимосвязанных прикладных инструментов демаркации. В этой связи в настоящей работе мы попытаемся сделать акцент не столько на описании самих по себе перечисленных механизмов (тем более что такое описание во многом уже доступно по русскоязычным работам), сколько на логике их взаимодействия друг с другом.

Философско-правовые предпосылки формирования механизма демаркации в системе копирайта

Логика механизма демаркации в системе копирайта непосредственно задается ее наиболее общими философско-правовыми основаниями. В отличие от европейского континентального авторского права, где монополия автора фундируется естественно-правовыми и личностно-ориентированными легитимациями, в качестве основания копирайта рассматривается акт законодателя, «содействующего развитию наук и полезных ремесел, обеспечивая на определенный срок авторам и изобретателям исключительные права на их произведения и открытия» (п. 8 разд. 8 ст. 1 Конституции США)².

² 33 United State Supreme Court Report (далее – U.S.) (8 Peters' Supreme Court Reports) 591, 663 (1834). К числу причин утверждения позитивистских легитимаций следует отнести, прежде всего, стремление английского законодателя ограничить монополию издательского цеха Stationers, который как раз использовал отсылку к естественному праву для обоснования неограниченности своей монополии. Притязания Stationers, а вместе с ними и естественно-правовые легитимации, были отвергнуты в деле *Donaldson v. Beckett* (1774 г.), что решающим образом способствовало утверждению позитивистских оснований системы копирайта в Великобритании, которые затем были транслированы в США.

Соответственно, в качестве естественного состояния рассматривается не господство автора над нематериальным результатом своего труда, а, наоборот, свободное использование нематериальных объектов. Только усмотрение законодателя, исходящего из соображений целесообразности, позволяет в отношении определенных объектов отказаться от обеспечения принципа свободного использования. Такой подход сделал необходимым применение иной аргументации в обосновании законодательных решений, а именно методологии взвешивания интересов. Целью законодателя в рассматриваемой сфере является обеспечение баланса интересов, который бы способствовал развитию науки и искусства.

Такой подход, в действительности, открывает законодателю широкую свободу в выборе средств достижения поставленной цели. Именно поэтому для английского и американского авторского права в целом характерна значительная вариабельность и даже хаотичность законодательных решений, отсутствие жесткого догматического каркаса, связанного с принудительной логикой правовой системы³.

Отсутствие догматических препятствий сделало естественным для системы копирайта принятие либеральных ценностей XIX в., несовместимых с идеей государственного патернализма⁴. Для американского

Также следует отметить, что в Великобритании и США отсутствовали характерные для континентальной Европы препятствия для законодательного установления авторской монополии: политические (как, например, во Франции, где принятие теории интеллектуальной собственности было обусловлено необходимостью отграничить авторскую монополию от феодальных привилегий), догматические (как, например, в Германии, где догматический каркас частного права не допускал конструкции абсолютного права на нематериальный объект. См. Möller U. *Die Unübertragbarkeit des Urheberrechts in Deutschland*. BWV, 2007) либо связанные с дезинтеграцией территорий, которая препятствовала централизованному законодательству, а также позволяла легко обходить положения законов об авторском праве путем переноса типографии в соседние неподконтрольные суверену земли (как например, в Германии). Наконец, в качестве еще одной причины утверждения позитивистских легитимаций в системе копирайта следует отметить доминирование либеральной парадигмы и неприятие идеи патернализма и социального обеспечения в общественном создании США XVIII-XIX веков.

³ Ellins J. *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft*. Berlin, 1997. S. 80, 359.

⁴ Данная позиция коррелирует концепции «американской мечты», в основе которой лежат базовые представления американского общества о роли труда. Именно личная деятельность рассматривается в качестве причины социального успеха либо неудач, что оправдывает социальную дифференциацию и лишает оснований теории уравнивающей (распре-

правосознания нехарактерно отношение к личности как объекту особой заботы со стороны государства, а потому законодатель изначально видел решение задачи содействия развитию литературы, искусства, науки не в том, чтобы обеспечить удовлетворение личных неимущественных интересов автора, а в достижении оптимального баланса экономических интересов вовлеченных сторон (автора, издателя, общества). Соответственно, речь шла об обеспечении экономических стимулов к созидательной деятельности в указанных сферах.

Все это определило отношение к произведению как к товару с неограниченной оборотоспособностью, и, соответственно, отсутствие института личных неимущественных прав автора⁵, направленного, исходя из идеи патерналистской заботы об авторе, на ограничение принципа автономии воли в отношении произведения.

В результате система копирайт оказалась четко ориентированной на произведение как ординарный объект имущественного оборота. Произведение рассматривалось как имущественное благо, создание которого потребовало определенных инвестиций. Предоставляемые права, таким образом, должны были обеспечить правообладателю возможность возврата суммы инвестиций и получения прибыли и первоначально основывалось на запрете перепечатки (копирования) произведения.

Экономической направленности системы копирайт коррелирует другая существенная ее характеристика, а именно то, что данная система обеспечивает т.н. «тонкую» охрану. Англо-американская модель не предоставляет правообладателю права, обеспечивающего наиболее широкое господство над интеллектуальным продуктом. Объем охраны произведения в рамках системы копирайт сужен: набор возможностей правообладателя по сравнению с континентальным авторским правом является более узким, а перечень прав — закрытым. Кроме того, следует указать на

делительной) справедливости. Это предлагает безусловное уважение к человеческой личности, к принимаемым им решениям, что, однако, также требует последовательной реализации принципа ответственности за собственные решения.

⁵ Личный неимущественный интерес автора в США и Англии до последнего времени защищался при помощи иных правовых институтов, формально не связанных с авторским правом (прежде всего, посредством ряда исков общего права, законодательством о конкуренции и товарных знаках). См.: Rigamonti C.P. Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts. Baden-Baden, 2001. S. 81; Matanovic S. Rechtsgeschäftliche Dispositionen über urheberpersönlichkeitsrechtliche Befugnisse unter Berücksichtigung des französischen und US-amerikanischen Rechts. Peter Lang Verlag, 2006, s. 181 ff.

узость сферы производных произведений, использование которых охватывается монополией правообладателя: к таким произведениям относятся лишь те, создание которых сопровождалось существенным копированием оригинала⁶. Как часто отмечается в литературе, фактически копирайт предоставляет защиту от копирования произведения, так что внесения незначительных корректив достаточно для приобретения копирайт⁷. Наконец, следует учитывать, что система копирайт допускает сосуществование двух прав на идентичные объекты, созданные независимо друг от друга⁸. Соответственно, указанные права, строго говоря, нельзя считать исключительными.

Также можно указать на системную причину утверждения в Великобритании и США, системы охраны, ориентированной на охрану инвестиций и основанной на механизме предоставления «тонкой» охраны от копирования. Речь идет об отсутствии в системе права общей клаузулы о недопустимости недобросовестной конкуренции и, соответственно, общего запрета на использование результатов чужой активности⁹. Соответственно, система копирайт выполняла функции компенсаторного механизма, что потребовало включения в состав объектов охраны более ши-

⁶ Emerson v. Davies, 1 F. Cas 615, 619 № 4436 (C.C.D. Mass. 1845). См. Nimmer M., Nimmer D. Nimmer on Copyright. LexisNexis, 2004, § 3.01. P. 3-3, 3-4.

⁷ По видимому, данный тезис в отношении объема охраны представляет собой явное упрощение, поскольку система копирайт все же предоставляет определенную охрану внутренним структурам произведения. Тем не менее, следует учитывать, что используемые правила установления факта нарушения копирайт делают данный тезис актуальным в отношении произведений с незначительным уровнем творческого характера (креативности). См. Universal Athletic Sales v. Salked, 511 F.2d 904, 908 (3d Cir. 1975); Nimmer M., Nimmer D. Op. cit., § 2.01[A]; Phalen, Mitzi S. How Much is Enough – The Search for a Standard of Creativity in Works of Authorship. 68 Neb. L. Rev. 835 (1989). P. 838-839.

⁸ См.: Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340, 361 (1991). Berking C. Die Unterscheidung von Form und Inhalt im Urheberrecht. Baden-Baden, 2002. S. 83-84.

⁹ Защита от недобросовестной конкуренции предоставлялась в Великобритании посредством ряда специальных исков (деликтного, иска из нарушения требования о конфиденциальности, о защите чести и достоинства), не охватывающих все возможные случаи недобросовестной конкуренции. К причинам отсутствия общей клаузулы о недопустимости недобросовестной конкуренции следует отнести безусловное признание либеральных принципов свободы договора и конкуренции, требовавших минимизации государственного вмешательства в частную сферу, а также казуистичность системы прецедентного права, затрудняющего установление общих принципов. См. Ellins J. Op. cit. S. 97-100.

рокого по сравнению с континентальным авторским правом круга результатов, а также отказа от механизмов охраны личного неимущественного интереса¹⁰.

Понятие охраноспособного произведения

Философско-правовые основания системы копирайта непосредственно задают основные характеристики юридической конструкции объекта копирайта. Главным является то, что экономическая направленность, отсутствие личной составляющей, узкий перечень имущественных прав и объем охраны (т.н. «ослабленная монополия») сделали возможным включение в перечень объектов системы копирайта нетворческих и принципиально повторяемых объектов, создание которых требует исключительно вложения инвестиций (*works of low authorship*), в том числе объектов, имеющих исключительно прикладное и техническое значение. Общая направленность системы копирайта на предоставление охраны от несанкционированного копирования дает основания связывать возникновение нового охраноспособного произведения с самостоятельным созданием интеллектуального продукта, потребовавшего труда, времени, финансовых ресурсов, т.е., по сути, при отсутствии копирования чужого интеллектуального продукта.

При этом хотя понятие охраноспособного произведения в целом определяется по традиционной модели, предполагающей использование общего указания на перечень видов охраноспособных объектов в сочетании с рядом квалифицирующих признаков, тем не менее специфика содержания указанных признаков позволяет включить в число объектов копирайта широкий круг результатов, включая чисто инвестиционные.

В соответствии с §102 (a) Title 17 United States Code (далее — 17 U.S.C.) объектом копирайта являются ори-

гинальные произведения, выраженные в какой-либо объективной форме. Таким образом, помимо признака объективного выражения, анализ которого находится за пределами настоящей работы, объект копирайта определяется посредством признака относимости к произведениям (*work of authorship* — букв. с англ. авторская работа) определенных видов, перечисленных в 17 U.S.C. §102 (a), и признака оригинальности (*originality*). Судебной практикой перечень признаков охраноспособного объекта копирайта также дополнен признаком креативности (*creativity*).

Понятие *works of authorship* исторически развивалось из понятия *writing of authors* (букв. с англ. — документ, письмо, литературное произведение), закрепленное в цитированной выше статье Конституции США. Использование данного понятия является объяснимым, учитывая, что в XVIII — начале XIX вв. именно печатные издания были экономически востребованными и в то же время подвергались реальной опасности пиратского копирования. С появлением новых форм произведений, средств их копирования, а также с ростом экономического значения ранее известных видов произведений возник вопрос о том, насколько они попадают в предусмотренную Конституцией и законом об авторском праве 1790 г. формулу объекта копирайта.

С самого начала общее понятие произведения интерпретировалось судами максимально широко, так что в категорию *writing of authors*, а впоследствии *works of authorship* попадал широкий круг интеллектуальных продуктов¹¹. Американский законодатель и правоприменитель не были связаны жесткими догматическими конструкциями и подходили к формированию перечня видов охраноспособных произведений максимально прагматично, включая в него те интеллектуальные продукты, которые по соображениям целесообразности должны получить охрану в рамках системы копирайта. Именно поэтому приходится быть крайне осторожным в использовании терминологических аналогов англо-саксонских понятий, имея в виду, что к сфере объектов копирайта могут быть отнесены не только понятные для европейского менталитета виды произведений литературы, науки, искусства, но и масса иных результатов, включая сугубо прикладные.

При такой интерпретации признака *works of authorship* не получается, оставаясь в рамках дискуссии об общих понятиях, в полной мере разграничить объекты копирайта с объектами патентного права и иных систем охраны. В определенной степени разре-

¹⁰ Укажем на иные существенные характеристики системы копирайта, вытекающей из ее общих философско-правовых оснований. Во-первых, гибкость в предоставлении охраны объектам, имеющим исключительно экономическое значение представляет собой одно из наиболее существенных препятствий для формирования института личных неимущественных прав автора, который бы выполнял функции, аналогичные одноименному институту в континентальной Европе. Необходимость в первоначальной привязке прав на повторяемые объекты сделало необходимым введение регистрационного порядка возникновения права, который просуществовал до 1989 г. Наконец, поскольку наиболее существенным с точки зрения создания интеллектуального продукта оказывается вложение инвестиций, а инвесторами могут выступать как физические, так и юридические лица, в системе копирайта признается возможность первоначального приобретения последними авторских прав.

¹¹ См.: *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884).

шению данной проблемы способствует перечень видов охраноспособных произведений, предусмотренный 17 U.S.C. §102 (a), а также соответствующие определения (17 U.S.C. §101). Тем не менее, на практике суды подходят к указанным определениям в равной мере прагматично, оставляя возможность для включения в состав объектов копирайт вновь появляющихся интеллектуальных продуктов. Поэтому в действительности проблема определения перечня видов объектов копирайт разрешается во многом казуистично, т.е. в отношении конкретных артефактов, ставших предметом судебного рассмотрения.

Таким образом, понятие *works of authorship* является открытым, интерпретируемым максимально широко, а потому само по себе не имеет существенного значения для определения круга объектов копирайт. В действительности данные функции выполняются признаками оригинальности и креативности, так что любой интеллектуальный продукт, удовлетворяющий данным критериям, может стать объектом копирайт¹².

Вторым признаком объекта, способного к правовой охране при помощи системы копирайт, является его *оригинальность*. До закрепления в законе о копирайт (Copyright Act) 1976 г. в американском законодательстве отсутствовали выраженные в явной форме требования к оригинальности произведения. В судебной практике требование оригинальности впервые появляется начиная с XIX в.,¹³ однако, причины его появления иные, нежели в системах *droit moral*¹⁴, и заключаются, прежде всего, в необходимости детализации механизма первоначальной привязки прав в ситуации, когда авторство не связано непременно с творческим

вкладом в создание результата¹⁵. Как представляется, этим обусловлена специфика интерпретации признака оригинальности в системе копирайт (по крайней мере, в ее господствующей версии).

При анализе реконструкций развития интерпретаций понятия оригинальности в системе копирайт, следует учитывать, что как в судебной практике, так в рамках юридической доктрины не удалось сформировать четкого понимания оригинальности произведения, которое бы пользовалось безусловной поддержкой. Более того, можно говорить о значительной непоследовательности взглядов на оригинальность, что является понятным, учитывая господство риторического стиля юридической аргументации в англосаксонской правовой системе¹⁶.

Можно выделить несколько походов к интерпретации признака оригинальности, которые так или иначе используются в судебной практике.

В первоначальных решениях требование оригинальности произведения представлялось естественным коррелятом понятия автора и авторства и, соответственно, интерпретировалось в значении «происходящего от автора», «созданного в результате самостоятельной деятельности автора», «не скопированного с других произведений»¹⁷. При этом подчеркивается, что оценка оригинальности не требует установления новизны произведения либо оценки его эстетических достоинств¹⁸.

¹² Можно указать на судебные решения, где само понятие *works of authorship* определялось через признак оригинальности. См. в частности, несколько судебных решений, известных под названием *The Trademark Cases* (100 U.S. 82 (1879)). См. Abrams H. *Originality and creativity in copyright law*. (1992) 55-SPG Law & Contemporary Problems 3. S. 4.

¹³ Решения *The Trademark Cases* (100 U.S. 82 (1879)); *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884).

¹⁴ В континентальных системах требование оригинальности произведения вытекало из философско-правовых легитимаций авторской монополии, интерпретировалось как квалифицирующий признак созданных автором результатов и непосредственно выполняло функции демаркации. Поэтому в числе причин его появления – необходимость устранения дисфункций методологии демаркации, основанной на использовании отсылок к социологическим конвенциям, в том числе неустойчивости и размытости социологического понятия произведения, отсутствия его взаимосвязи с юридическим дискурсом и связанной с этим непоследовательности судебной практики.

¹⁵ В литературе при этом специально рассматривается проблема общности функций признака оригинальности и юридической конструкции авторства. См.: Versteeg R. *Rethinking Originality*. 34 Wm. & Mary L. Rev. 801, 877 (1993).

¹⁶ Esser J. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*. Tübingen, 1956, s. 44, 222.

¹⁷ См., напр.: *Gray v. Russell*, 10 F. Cass 1035, 1037 f. (C.C.D. Mass. 1839); *Emerson v. Davies*, 8 F. Cass 615 (C.C.D. Mass 1845); *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc.*, 191 F.2d 99, 102 (2d Cir.1951). Аналогичные английские судебные решения: «Понятие оригинальности... не означает, что охраноспособное произведение должно быть воплощением оригинальной творческой мысли... Законы [об авторском праве]... не требуют оригинальности либо новизны формы произведения, необходимо лишь, чтобы оно не было скопировано с другого произведения – оно должно быть создано автором». (*University of London Press Ltd. v. University Tutorial Press Ltd.* [1916] 2 Law Reports, Chancery, 601. «Требование оригинальности означает лишь то, что продукт должен быть создан автором в том смысле, что он представляет собой в значительной мере результат его усилий, мастерства и опыта» (*Ladbroke (Football) Ltd. v. Hill (William) (Football) Ltd.* [1964] 1 Weekly Law Reports 273 (House of Lords).

¹⁸ См.: *Lotus Dev. Corp. v. Paperback Software Int'l*, 740 F. Supp. 37, 48 (D. Mass. 1990). Olson Dale P. *Copyright Originality / MoLRew 1948*. P 61.

Можно указать на следующие проблемы критерия субъективной самостоятельности деятельности по созданию произведения. Во-первых, то, что автор при создании интеллектуального продукта старался создать новое произведение и избегал копирования чужих интеллектуальных продуктов, само по себе не способно обеспечить ни объективной новизны, ни индивидуальности, ни уникальности полученного объекта. Вполне представимой является ситуация, когда автор, создавая субъективно новое произведение, остается в рамках банального, стандартного, доступного для любого другого специалиста соответствующей квалификации. Соответственно, при таком подходе высоки риски монополизации. Во-вторых, следует учитывать объективные сложности в установлении отрицательного факта отсутствия сознательного копирования.

В этой связи в судебной практике было выработаны дополнительные признаки, которые должны применяться наряду с признаком самостоятельности созидательной деятельности. Согласно первой позиции механизм демаркации должен быть дополнен объективным признаком *различимости* с ранее существовавшими произведениями (*distinguishable variation*)¹⁹, что, по сути, представляет собой дальнейшую конкретизацию критерия отсутствия копирования в объективном ключе. В сущности, проблемы оценки факта отсутствия копирования предлагается решать посредством установления объективной новизны произведения, которая в большей степени поддается формализации, и, соответственно, в значительной степени позволяет устранить необходимость субъективных оценочных суждений. Проблема, однако, заключается в том, что сам по себе признак новизны не может выполнять функцию критерия демаркации, поскольку не позволяет идентифицировать интеллектуальные продукты, хотя и являются объективно новыми, но детерминированы внешней действительностью, являются предзаданными и относятся 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.

Альтернативный подход предполагает использование критерия самостоятельности созидательной деятельности (некопирования) в сочетании с признаком креативности (*creativity*). Попытки обосновать необходимость использования дополнительных критериев, характеризующих индивидуальность, неопи-

данность, уникальность объекта копирайт, опираясь на соответствующие интерпретации понятия автора и авторства, предпринимались судами начиная с XIX в.²⁰ Однако, требование креативности объекта копирайт стало настойчиво звучать в 70-х гг. XX в., что связано, по-видимому, с распространением произведений с незначительным уровнем творческого характера (прежде всего, основанных на использовании общедоступного содержания) и, соответственно, с ростом опасности монополизации интеллектуальных продуктов, традиционно относимых к всеобщему достоянию. Введение дополнительного требования должно было минимизировать указанную опасность.

Следует признать, что четкого общепризнанного понимания признака креативности выработать не удалось. В судебных решениях и литературе отмечалось, что креативность — это некий «плюс» по сравнению с требованием самостоятельной созидательной работы, который имеет субъективную природу, определенным образом выражает субъективный взгляд на вещи²¹. Можно указать на несколько способов установления соответствия произведения требованию креативности. Прежде всего, популярным методом является попытка разъяснить природу креативности посредством использования отсылок к примерам некреативных интеллектуальных продуктов. Так, не отличаются креативностью простые слова и тривиальные короткие фразы, описания содержимого багажа, состава пищевых продуктов²², а также интеллектуальные продукты, выполняющие исключительно утилитарные функции²³. В некоторых случаях делается попытка дать позитивное определение креативности, в частности, определить его через «минимальные требования к художественности произведения»²⁴. В ряде случаев суды квалифицируют произведения в качестве соот-

¹⁹ См., напр.: *Gerlach-Barklow Co. v. Morris & Bendien, Inc.*, 23 F.2d 159, 161 (2d Cir. 1927).

²⁰ *The Trademark Cases* — 100 U.S. 82, 94 (1879); *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* 111 U.S. 53, 57 (1884).

²¹ Phalen, Mitzi S. *How Much is Enough — The Search for a Standard of Creativity in Works of Authorship*. 68 *Neb. L. Rev.* 835 (1989). P. 839 f. Пожалуй, в наибольшей степени понятие креативности было конкретизировано через ее соотношение с признаком оригинальности («если креативность характеризует произведение как таковое, то оригинальность — природу вклада автора в создание произведения» — см.: Nimmer M., Nimmer D. *Nimmer on Copyright*. LexisNexis, 2004, § 2.08[b]; «чем менее оригинально произведение, тем большей креативностью оно должно отличаться, и наоборот...» — *Universal Athletic Sales v. Salekld*, 511 F.2d 904, 908 (3d Cir. 1975).

²² Phalen, Mitzi S. *Op. cit.* P 840 f.

²³ *Gardenia Flowers, Inc. v. Joseph Markovits, Inc.*, 280 F. Supp. 776 (S.D.N.Y. 1968); *Magic Marketing v. Mailing Services of Pittsburgh*, 634 F.Supp 769 (W.D.Pa. 1986).

²⁴ *Atari Games Corp. v. Oman*, 693 F. Supp 1204 (D.D.C. 1988).

ветствующего требованию креативности без дальнейших разъяснений²⁵. Наконец, часто суды принимали за основу решение регистрирующего копирайт ведомства, причем до отмены регистрации в 1989 г. можно было говорить о склонности судов к использованию данного метода.

Невозможность точного определения признака креативности, тенденция к субъективной его интерпретации и, соответственно, сложности в интерсубъективном его установлении (в том числе на стадии пересмотра судебных решений), а также опасность субъективизма при принятии решений определили неоднозначное к рассматриваемому критерию. Дискуссионность и неоднозначность позиций по вопросу о необходимости требования креативности и его минимальных стандартах может быть продемонстрирована в связи с рассмотрением отдельных видов объектов копирайта.

Анализ судебной практики показывает, что отказ от признака креативности не приводит к заметным дисфункциям лишь в тех случаях, если предметом разбирательства являются объекты, в которых нетворческая (ожидаемая, стандартная, предзаданная) составляющая не является доминирующей и, соответственно, риски монополизации общедоступных элементов являются минимальными. Речь идет, прежде всего, о традиционных произведениях литературы²⁶, музыки²⁷, изобразительного искусства²⁸, вероятность независимого повторения которых минимальна, а потому в их отношении достаточно констатировать отсутствие фактов копирования чужих произведений, что чаще всего сводится к установлению отличий спорного произведения от уже существующего.

Однако, по мере распространения произведений с незначительным уровнем творческого характера, в составе которых доля созданных автором самостоятельно, но при этом ожидаемых, воспроизводящих всеобщее достояние элементов, значительна, дисфункции, связанные в опасности монополизации всеобщего достояния, нарастают и отказ от признака креативности становится все более неприемлемым. С этим, как представляется, связано то, что признак креативности используется судами как раз в отношении такого рода объектов.

Первым пробным камнем стала проблема охраноспособности фотографий и репродукций, исполь-

зование технологий воспроизведения при создании которых, строго говоря, противоречило логике системы копирайта, основанной на запрете копирования. Судебной практике так и не удалось выработать непротиворечивого решения проблемы фотографий и репродукций. Выход из затруднения виделся в предъявлении требований к креативности таких объектов: автор при создании произведения должен был проявить субъективный взгляд на вещи. Однако, попытки конкретизации признака креативности (субъективного вклада) привели к противоречивым результатам: с одной стороны, креативность усматривалась в точности и умении, с которой удается воспроизвести оригинал, а с другой — в наличии определенных отличий от оригинала²⁹.

Аналогичным образом решалась проблема компьютерных программ, в которых оригинальным, как правило, является принципиальное программное решение, в то время как его воплощение в конечной форме программы не требует творческой деятельности, и часто предполагает использование стандартных приемов. Предоставление авторских прав на такие элементы, не соответствующие требованиям креативности, фактически означало косвенную монополизацию соответствующих математических решений³⁰.

И все же настоящим камнем преткновения стали произведения, основанные на использовании фактического материала и имеющие направленность (*functional and factual works*). Такие интеллектуальные продукты (разного рода компиляции, справочники, сборники, базы данных и т.п.) представляли собой сведение воедино фактических данных, имеющее определенное прикладное значение. Соответственно, если такие данные были получены создателем продукта в результате самостоятельной деятельности и объединены воедино по стандартному принципу, то предоставление охраны таким произведениям в соответствии с принципом охраны созданных самостоятельно объектов позволило бы их создателям монополизировать используемые материалы (т.н. косвенная охрана идейного содержания).

Реакция судебной практики на проблему была неоднозначной. Можно говорить о формировании двух противоположных доктрин, выражающих принципиально различные подходы к вопросам о природе авторского права и, соответственно, об объекте охраны и механизме демаркации.

²⁵ Например, *Tennessee Fabricating Co. v. Moultrie Manufacturing Co.*, 421 f.2d 279 (5th Cir. 1970).

²⁶ *Warner Bros. Pictures, Inc. v. Majestic Pictures Corp.*, 70 F.2d 310, 311 (2d Cir. 1934).

²⁷ *Marks v. Leo Feist, Inc.*, 290 F.959, 960 (2d Cir. 1923).

²⁸ *Original Appalachian Artworks, Inc. v. Toy Loft, Inc.* 684 F.2d 821, 825 (11th Cir. 1982).

²⁹ См.: *Millworth Converting Corp. v. Slifka*, 276 F.2d 443, 444 f. (2d Cir 1960); *Alva Studios, Inc. v. Winninger*. 177 F. Supp. 265, 267 (S.D.N.Y 1959).

³⁰ *Computer Associates Int'l, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693, 702 ff. (2d Cir 1992).

Согласно первой из них («sweat of the brow» — работы в поте лица), для возникновения авторско-правовой монополии было достаточно простой работы по сведению воедино охраноспособного и неохраноспособного материала, даже если такая деятельность была механической, и даже не требовала принятия каких-либо решений либо не предполагала возможностей выбора между вариантами³¹.

Противоположная доктрина получила наименование «доктрины творческого выбора» (creative selection doctrine), и предоставляла авторско-правовую охрану не всем интеллектуальным продуктам, созданным в результате самостоятельной созидательной деятельности, а только таким, которые соответствовали минимальным требованиям креативности, так что выбор и упорядочение материала баз данных потребовало от автора принятия субъективных решений. При этом необходимость предъявления требований к креативности фундировалось указанием на необходимость обеспечения общественного интереса в свободном использовании общедоступных данных.

Правовая неопределенность, являющаяся следствием противоречивости позиций, занятых федеральными окружными апелляционными судами, требовала разъяснений, которые последовали в знаменитом решении Верховного суда *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*,³² которое содержало безоговорочный отказ от доктрины sweat of the brow. Было установлено, что самостоятельная созидательная деятельность неспособна сама по себе фундировать предоставление монополии на интеллектуальный продукт, поскольку как результат интеллектуальной деятельности в целом, так и отдельные его элементы могут оставаться неоригинальными и представлять собой общедоступный материал. Это относится, прежде всего, к простым фактам, а также к принципиально повторяемым идеям и стандартным формам их выражения, которые не имеют автора, а лишь открываются, заимствуются создателем интеллектуального продукта. Из этого вытекают два важнейших для системы американского авторского права следствия.

Прежде всего, авторско-правовой охраной могут пользоваться только такие произведения, которые не просто были созданы независимо от других интеллектуальных продуктов (т.е. не были копированы), но которые также отличаются определенным уровнем креативности, которая характеризует форму произведения, потребовавшего от автора выражения его осо-

бых субъективных пристрастий, эстетического вкуса, способности принимать творческие решения, и которая поэтому является своеобразной и неожиданной.

Этим определяется объем авторско-правовой охраны: авторская монополия не может распространяться на те элементы произведения, которые не соответствуют указанным критериям охраноспособности. Правовая охрана произведений не является всеобъемлющей, а распространяется лишь на оригинальные элементы³³.

Таким образом, необходимость обеспечения общественного интереса в свободном использовании ожидаемых (предзаданных) интеллектуальных продуктов определяет границы в охране при помощи копирайт инвестиций производителя интеллектуальных продуктов³⁴. Стало ясным, что не любой объект, созданный самостоятельно с вложением труда, времени, финансовых ресурсов, может стать объектом авторской монополии.

Однако, следует отметить, что предъявление к объекту копирайт требования креативности само по себе имело скорее легитимационное значение, нежели позволяло практически определять круг ожидаемых объектов. Фактически открытое и неопределенное понятие креативности давало суду возможность отказать в правовой охране таким результатам, которые воспроизводили всеобщее достояние. Однако, рассматриваемая юридическая конструкция само по себе не позволяла практически определять круг таких элементов, отдавая решение данного вопроса на усмотрение суда, что было чревато ростом субъективизма судебных решений, противоречивости и непоследовательности судебной практики. Соответственно, было необходимо сформировать прикладной инструментарий, позволяющий содержательно устанавливать круг ожидаемых (предзаданных, стандартных, детерминированных действительностью) результатов.

Таким образом, как и в европейских правовых порядках, именно проблема предотвращения монополиза-

³¹ См.: *Jeweler's Circular Publishing Co. v. Keystone Publishing Co.*, 281 F. 83, 88 (2d Cir. 1922).

³² *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

³³ На данный момент практика нижестоящих судов остается в значительной мере противоречивой. Так, если одни решения в полной мере основываются на принципах доктрины креативности (см., например, *Cable News Network, Inc. v. Video Monitoring Services of America, Inc.* 940 F.2d 1471 (11th Cir. 1991), то в других предлагаются такие интерпретации, которые прямо противоречат принципам охраны творческих произведений, и, по сути, представляют собой возврат к доктрине sweat of the brow (см., например, *BellSouth Advertising &*

³⁴ Сегодня в американской литературе и судебной практике высказывается мнение о том, что авторское право не может распространяться на любые интеллектуальные продукты, не может полностью быть подчинено экономическим потребностям. См. *Raskind L.J. The Continuing Process of Refining and Adapting Copyright Principles*, 14 *Columbia-VLA J.L. & Arts* (1990), s. 125 ff.; *Douglas v. Stein*, 347 U.S. 201, 221 (1954).

ции ожидаемых объектов стала главным стимулом дальнейшего развития механизма демаркации в системе копирайта в XX в. и включения в него ряда прикладных юридических средств, позволяющих «отфильтровать» такого рода объекты.

Idea/expression dichotomy и abstractions test

Критерий самостоятельности созидательной деятельности (отсутствия копирования чужих произведений), даже в сочетании с неопределенным критерием креативности, к которой, отметим, не предъявлялось высоких требований, не позволяет решить проблему монополизации наиболее общего идейного содержания. В самом деле, поскольку автор создает произведения не на пустом месте, а опираясь на произведения других авторов и общедоступные («витающие в воздухе») идеи, любое произведение в той либо иной мере является носителем указанного идейного содержания. В этой связи американская судебная практика столкнулась с притязаниями правообладателей на указанные идеи, которые, как им казалось, были созданы ими в результате самостоятельной творческой деятельности.

Доктрина разграничения неохраняемой идеи и ее охраноспособного выражения (*idea/expression dichotomy*) первоначально была сформирована в судебной практике в конце XIX в. (дело *Baker v. Selden*³⁵). В дальнейшем она получила закрепление в законах о копирайте 1909 и 1976 гг. и в настоящее время является общепризнанной³⁶. В соответствии с §102 (b) 17 U.S.C. «копирайт не распространяется на идеи, процедуры, процессы, системы, методы деятельности, концепции, принципы либо открытия, независимо от формы, в которой они описаны, разъяснены, проиллюстрированы либо инкорпорированы в произведение». При этом в законе не конкретизируются перечисленные понятия. В судебной практике получил признание тезис о том, что граница между идеями и их охраноспособным выражением не может быть установлена при помощи абстрактных принципов, а является подвижной, определяется *ad hoc* в отношении каждого конкретного произведения³⁷ с учетом оценки общеэкономических интересов и факторов³⁸.

³⁵ 101 U.S. 99, 102 (1879).

³⁶ *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 217 (1954); *Whelan Assocs., Inc. v. Jaslow Dental Lab., Inc.*, 797 F. 2d 1222, 1234 (3d Cir. 1986). *Harper & Row, Publishers, Inc. et al. v. National Enterprises et al.*, 471 U.S. 539 (1985).

³⁷ *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930); *Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp.*, 274 F.2d 487, 489 (2d Cir. 1960).

³⁸ *Berking C. Op. cit.* S. 44.

Проблема практического применения доктрины *idea/expression dichotomy* связана как раз с открытостью и неопределенностью понятий идеи и выражения. В отсутствие более четких ориентиров, профессиональной компетенции судей в соответствующих областях искусства и науки, а также устойчивых социологических конвенций о структуре произведения и области всеобщего достояния, судебная практика рискует стать крайне противоречивой и непредсказуемой. В этой связи стала очевидной необходимость определенной конкретизации доктрины *idea/expression dichotomy*, формирования прикладного инструментария, который позволял бы дифференцировать элементы конкретных произведений в зависимости от их принадлежности к неохраноспособным идеям либо к их охраняемому выражению.

Доктрина *idea/expression dichotomy* конкретизируется в практике судов в отношении различных произведений и отдельных сложных случаев демаркации. При этом на практике наиболее часто применяется т.н. тест на абстракцию (*abstractions test*), позволяющий распределить элементы произведений на охраноспособные и неспособные к правовой охране в зависимости от того, насколько они относятся к абстрактным идеям³⁹. *Abstractions test* появляется в судебной практике в 30-х гг. и основывается на идее, что в основе любого произведения лежат «витающие в воздухе» идеи, которые развиваются и конкретизируются автором при создании конкретного произведения. Соответственно, достижение определенной степени абстракции (общности) идей может служить основанием для признания их неохраноспособными. При этом с самого начала было понятным, что применение *abstractions test* связано с использованием оценочных категорий, а значит с определенной степенью неопределенности правовых позиций сторон⁴⁰.

Американская доктрина *idea/expression dichotomy* выполняет иные функции в механизме демаркации, нежели учения о форме и содержании в германо-ориентированных правовых порядках.

³⁹ *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930). См. *Berking C. Op. cit.* S. 41 ff., 53 ff.

⁴⁰ Можно указать на один из способов определения границы между абстрактным идейным содержанием и конкретной формой его выражения, а именно на т.н. *pattern test*. Его автор предлагал считать охраноспособным т.н. паттерн произведения, включающий последовательность происходящих событий, особенности взаимодействия героев, их характеры и поступки. См. *Chafee Z. Reflections on the Law of Copyright*. 45 *Colum. L. Rev.* 503, 513 (1945). Следует указать на значительное сходство понятия паттерна с используемым в континентальном авторском праве понятием внутренней формы произведения.

Так, в европейской традиции учение о форме и содержании произведения представляло собой способ конкретизации общего критерия охраноспособности (критерия индивидуальности)⁴¹. В этом смысле учение о форме и содержании, основанное на использовании методологии отсылки в социологическим конвенциям о структуре произведения, имело вспомогательное значение прикладного инструмента, позволявшего компенсировать неопределенность общих критериев охраноспособного произведения⁴². Соответственно, по мере появления более точных прикладных инструментов демаркации учение о форме и содержании в Европе устранилось. Как правило, это имело место в форме такого его переформулирования, которое приводило к утрате у понятий формы и содержания самостоятельных функций в механизме демаркации⁴³.

В системе копирайт *idea/expression dichotomy*, наоборот, имеет самостоятельное значение в механизме демаркации. Основанное на использовании признака самостоятельности созидательской деятельности (признака отсутствия копирования) общее понятие охраноспособного произведения принципиально не позволяет «отфильтровать» абстрактное идейное содержание, поскольку, как это выглядит на поверхности, оно вместе создается автором в результате самостоятельной деятельности. Признак самостоятельности созидательской деятельности (субъективной новизны) принципиально требует дополнения механизмами установления неохраноспособных общедоступных элементов (в том числе относимых ко всеобщему достоянию, предзаданных, стандартных, ожидаемых). В этой связи механизм демаркации в системе копирайт построен по модели двухступенчатого теста, где на первом этапе проверяется соответствие артефакта

общему понятию охраноспособного произведения, а на втором — требованию соответствия условиям, вытекающим из *idea/expression dichotomy*.

Следует отметить, что несмотря на формальную независимость указанных составляющих механизма демаркации, все же в действительности не удается избежать влияния процессов изменения стандартов охраноспособности на практику применения доктрины *idea/expression dichotomy*. В основе такого влияния лежат интуиции правоприменителя о необходимости совпадения уровня требований к оригинальности и степени конкретизации идей в произведении. Соответственно, чрезмерно низкий уровень требований, когда для создания охраноспособного объекта требуется лишь самостоятельная созидательная деятельность (отсутствие копирования, затраты усилий и ресурсов), влияет на представления об уровне абстрактности неохраноспособных идей, так что только наиболее абстрактные идеи могут считаться немонополизируемыми. Соответственно, потенциально больший круг общего идейного содержания может стать непосредственным объектом монополии. Объем охраны объектов копирайт, таким образом, увеличивается.

Самостоятельностью функций в механизме демаркации объясняется то, что несмотря на очевидные недостатки доктрины *idea/expression dichotomy*, она не переформулируется и не устраняется из механизма демаркации подобно ее европейским коррелятам. Можно ожидать, что дальнейшее развитие пойдет по пути ее конкретизации, дополнения инструментарием идентификации абстрактного идейного содержания.

Укажем кратко на основные недостатки доктрины *idea/expression dichotomy*. К ним следует отнести оценочный характер понятий идеи и ее выражения, неустойчивость общественных конвенций о том, что относится к общедоступным идеям, а также оторванность указанных конвенций от нужд юридической практики. Все это обуславливает чрезвычайность роли судебного усмотрения и, соответственно, непредсказуемость и нестабильность судебной практики⁴⁴.

Наконец, следует указать на то, что доктрина *idea/expression dichotomy* позволяет предотвратить прямую монополизацию идейного содержания, но не дает возможности ограничить т.н. косвенную охрану идейного содержания.

⁴¹ И. Фихте, сформулировавший учение о форме и содержании, прямо обосновывал охраноспособность формы тем, что именно в ней проявляется индивидуальность внутреннего мира автора, находящая выражение в произведении. Fichte J.G. Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchermachdrucks. Ein Raisonement und eine Parabel. UFITA 106 (1987). S. 155 ff.

⁴² Лишь на ранних стадиях, когда механизм демаркации основывался на исключительном использовании методологии отсылки к социологическим конвенциям о понятии литературы, искусства, науки, учение о форме и содержании представляло собой обязательную и самостоятельную составляющую механизма демаркации, поскольку в его отсутствие было невозможным предотвратить монополизацию общего идейного содержания.

⁴³ Так, к охраноспособной форме стали относить индивидуальные, а к содержанию — лишённые индивидуальности элементы. При этом индивидуальность устанавливалась при помощи иных юридических средств, не связанных с понятием формы и содержания.

⁴⁴ Следует отметить, что в рамках англо-саксонской системы права, основанной на риторическом стиле юридической аргументации, указанные недостатки не представляются фатальными.

Merger doctrine и доктрина *scenes à faire*

Возможность косвенной охраны идейного содержания возникает в тех случаях, когда у автора ограничены возможности по выражению идеи в форме оригинального произведения, в том числе таким факторами, как заранее заданная цель произведения (описание фактов, объяснение феноменов на основании имеющихся данных, разного рода прикладные задачи), ограниченные средства ее достижения (в частности, стандарты рациональности, имеющиеся в наличии материалы), необходимость соответствия разного рода техническим параметрам и иным соображениям функциональности (в частности, необходимость использования в области техники), широта либо скудость художественно-выразительных средств решения задачи, наличие общепринятых (стандартных) средств и способов выражения определенной идеи, определенных стандартов аргументации и т.п. Данные факторы сужают возможности автора по самовыражению и в существенной мере определяют внешний вид произведения, так что указанное идейное содержание может существовать в одной либо нескольких стандартных формах. В этой смысле можно говорить об ожидаемых, предзаданных произведениях (элементах произведения), которые создаются автором безусловно самостоятельно, однако с равным успехом могли быть созданы независимо от первого автора любым третьим лицом.

Соответственно, охрана такого произведения по факту означала бы монополизацию соответствующего идейного содержания, поскольку у других авторов просто отсутствует возможность выразить такую идею каким-либо иным образом.

Для решения данной проблемы механизм демаркации в системе копирайт был дополнен рядом прикладных средств, главным из которых следует признать *merger doctrine* (от англ. *merge* — сливаться, соединяться), в соответствии с которой не может быть предоставлена правовая охрана таким произведениям, форма и содержание которых тесно связаны между собой, так что лежащее в основе произведения неохранный идейное содержание может быть выражено в одной либо нескольких стандартных формах⁴⁵. Чаше всего *merger doctrine* применяется в отношении таких объектов, как ювелирные и иные декоративно-прикладные изделия, картографические произведения, произведения науки.

Следует отметить, что судебная практика не позволяет однозначно квалифицировать *merger doctrine*

в качестве самостоятельного элемента механизма демаркации, от которого зависит охраноспособность объекта и возникновение копирайт, либо лишь как одно из оснований для отклонения иска о нарушении копирайт (в силу отсутствия существенного сходства между спорными объектами)⁴⁶.

Однако в любом случае необходимо признать, что американская *merger doctrine* выполняет в механизме авторско-правовой охраны функции, аналогичные европейской конструкции объема возможностей по созданию произведения в индивидуальной форме, и основана на представлении об отсутствии оснований для монополизации стандартных форм выражения общедоступного идейного содержания. Однако, если американская модель непосредственно основана на терминологии учения об абстрактном идейном содержании и, соответственно, предполагает предварительное установление круга неохранный идей, то европейская конструкция не связана учением о форме и содержании произведения и предполагает выяснение того, была ли в принципе возможность создания уникального интеллектуального продукта при заданных условиях, либо такое произведение могло быть создано любым другим специалистом аналогичной квалификации. При этом интересно, что применение указанных юридических конструкций приводит в целом к похожим результатам, не в последнюю очередь благодаря использованию в их рамках «открытых» техник. Для американской модели это имеет место при определении круга неохранный идей, для континентального — при конкретизации перечня факторов, исключающих творческий характер произведения.

Тем не менее, европейская модель в меньшей степени подвержена манипуляциям и, соответственно, обладает большей точностью, не зависящей от судебного усмотрения. В самом деле, как отмечалось выше, круг неохранный идей зависит от результатов применения доктрины *idea-expression dichotomy*, которые во многом непредсказуемы в силу оценочного характера *abstractions test*. Также следует учитывать тенденции к снижению требований к уровню минимальной конкретизации идейного содержания. Соответственно, поскольку в число абстрактных неохранный идей попадает лишь наиболее общее идейное содержание, сфера применения *merger doctrine* оказывается достаточно узкой.

По функциям в механизме демаркации с *merger doctrine* смыкается доктрина *scenes à faire* (букв. — событие, которое должно произойти), которая исполь-

⁴⁵ Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian. 446 F.2d 738, 742 (9th Cir. 1971).

⁴⁶ Nimmer M., Nimmer D. Nimmer on Copyright. LexisNexis, 2004, §13.03[B][3].

зуется для защиты от исков о нарушении копирайт на такие объекты (произведения, элементы произведений), которые для соответствующей области являются обычными, стандартными. Так, например, если тема произведения связана с описанием работы полицейских в неблагополучном районе, то неизбежно сюжет будет связан с убийствами и насилием⁴⁷. Особенностью доктрины *scenes à faire* является то, что, во-первых, ее применение не предполагает использования *idea/expression dichotomy*. Во-вторых, в системе копирайт эта доктрина имеет значение средства защиты от исков о нарушении копирайт, а потому формально не влияет на признание произведение объектом копирайт⁴⁸. Тем не менее, применение доктрины *scenes à faire* обеспечивает результат, аналогичный результатам использования европейской конструкции объема возможностей по созданию произведения в индивидуальной форме, и в этом смысле выполняет в механизме демаркации функции идентификации предзаданных результатов. В настоящее время рассматриваемая доктрина активно используется в отношении научных произведений и компьютерных программ, форма которых в значительной степени определяется содержанием научной задачи, стандартами исследования и тому подобными факторами⁴⁹.

Средства демаркации, используемые при установлении факта нарушения копирайт

Перечисленные выше средства демаркации позволяют достаточно эффективно идентифицировать среди объектов, созданных в результате самостоятельной созидательной деятельности (т.е. являющихся субъективно новыми), наиболее абстрактное идейное содержание, а также ожидаемые (предзаданные, стандартные) интеллектуальные продукты.

Однако, описанная модель демаркации плохо учитывает степень индивидуальности элементов, относимых к внутренним структурам произведения (сюжета, персонажей, характеров, образов и тому подобных элементов, которые в германо-ориентированной традиции описываются понятием внутренней формы произведения).

Действительно, перечисленные элементы могут обладать различной степенью своеобразия. Так, близкие к тривиальным персонажи, сюжет, образы теряют

свое своеобразие в случае внесения в них минимальных изменений, так что основания считать такой измененный объект созданным первоначальным автором уже отсутствуют. Наоборот, некоторые в высшей степени индивидуальные сюжеты либо персонажи остаются узнаваемыми даже в существенно переработанном виде (на этом основан эффект узнаваемости синквелов популярных произведений). Однако, какой бы ни была степень индивидуальности объекта, в любом случае существует граница, за которой внесенные изменения «размывают» индивидуальность прототипа, так что вновь созданный объект может считаться созданным в результате самостоятельной творческой деятельности (в этом случае можно говорить о том, что прототип лишь вдохновил автора на создание оригинального произведения). При этом, чем банальней результат, тем ближе указанная граница, и наоборот, чем своеобразней объект, тем больше объем охраны, т.е. тем большая область переработанных объектов, в которых первоначальный результат остается узнаваемым и, соответственно, охватывается монополией первоначального автора.

Таким образом, сфера интеллектуальных продуктов, охватываемых монополией автора, должна зависеть от степени своеобразия, индивидуальности, оригинальности произведения. Соответственно, необходим гибкий механизм, учитывающий особенности конкретного произведения. Установление каких-либо жестких перечней охраноспособных внутренних элементов произведения является неэффективным по ряду причин, в том числе в силу отсутствия четких конвенций о понятии данных элементов, сложности их идентификации в конкретном произведении, невозможности учета особенностей конкретного артефакта, связанных со своеобразием его элементов. Соответственно, это повлекло бы в одних случаях монополизацию неиндивидуальных (ожидаемых) интеллектуальных продуктов, а в других — оставление своеобразных результатов без охраны.

На практике вопрос об указанных границах авторской монополии возникает в связи с рассмотрением споров о производных произведениях. Проблема, однако, заключается в том, что инструментальный механизма демаркации в системе копирайт, основанный на использовании признака отсутствия копирования, практически не позволяет учитывать степень своеобразия произведения. Вообще, критерий самостоятельности созидательной деятельности плохо приспособлен для решения вопроса о способности относительно небольших элементов произведения к самостоятельной правовой охране. Чаще всего имеется возможность установить отсутствие копирования при создании произведения в целом либо крупных его ча-

⁴⁷ Walker v. Time Life Films, Inc., 784 F.2d 44, 50 (2d Cir 1986).

⁴⁸ Nimmer M., Nimmer D. Nimmer on Copyright. LexisNexis, 2004, § 13.03[B][4].

⁴⁹ См.: Alexander v. Haley, 460 F.Supp. 40 (S.D.N.Y. 1978). Gates Rubber Co. v. Bando Chem. Indus., Ltd., 9 F.3d 823 (10th Cir. 1993). Berking C. Op. cit. S. 117.

стей, которые, как правило, являются неповторимыми при независимом творчестве. Именно эта импликация лежит в основе предположения о копировании при наличии совпадений в спорных произведениях, ведь реальные возможности интерсубъективно исследовать созидательные процессы, как правило, отсутствуют. Чем меньше элемент, тем больше вероятность, что он не является индивидуальным, и, соответственно, тем меньше возможностей для применения критерия отсутствия копирования. При этом в эпоху распространения произведений с незначительным уровнем творческого характера данная граница постоянно сдвигается в сторону увеличения размера указанных элементов.

При формальном применении критерия отсутствия копирования монополией автора охватываются любые созданные им самостоятельно элементы произведений, вплоть до таких, которые в силу своего незначительного размера не могут считаться своеобразными. Максимум, что можно придумать в данном случае для устранения дисфункций, связанных с монополизацией повторяемых объектов — это примерно оценить вероятность независимого повторения элемента в результате независимого творчества и соответствующим образом ограничить сферу применения критерия отсутствия копирования⁵⁰.

Однако, в любом случае критерий самостоятельности созидательной деятельности не позволяет измерять своеобразие результата по степеням, а потому неприспособлен для решения задачи определения границ монополии правообладателя. Единственный инструмент, который мог бы использоваться для этих целей — это критерий креативности. Однако, дискуссионность целесообразности инкорпорации данного признака в механизм демаркации, недавняя история его применения, а главное — отсутствие инструментария измерения креативности по степеням не позволили поставить объем охраны в зависимость от данного признака.

Поскольку в системе копирайт невозможно прямо обусловить объем охраны произведения степенью его индивидуальности (как это сделано в континентальной Европе), то отсутствует и возможность сформулировать соответствующий общий принцип определения объекта охраны, который мог бы быть непосредственно включен в понятие охраноспособного произведения. Рассматриваемая задача решается иными

способами, а именно через детализацию правил рассмотрения исков о нарушении копирайт, связанных с установлением фактов копирования⁵¹.

⁵¹ В этой связи возникает вопрос о том, насколько рассматриваемые правила вообще относятся к тематике демаркации (определения объекта охраны), либо они должны быть квалифицированы иным образом, например, в качестве правил освобождения от ответственности, либо правил установления производного характера произведения, либо вовсе процессуальных правил доказывания. Отметим, что этот вопрос правомерен и по отношению к большинству рассмотренных выше средств демаркации (*abstractions test*, *merger doctrine*, доктрине *scenes à faire*), поскольку все они не описываются законодательством, а возникают в судебной практике в связи с рассмотрением исков о нарушении копирайт.

Не претендуя на сколь-нибудь полноценное рассмотрение проблемы (такое рассмотрение потребовало бы проведения объемного исследования таких проблем, как разграничение материального права и процесса, понятие субъективного гражданского права, юридическое значение отказа в защите права, статус правил о распределении бремени доказывания и ряда других проблем, а кроме того, должно учитывать специфику правовых систем и, соответственно, применимой аргументации), выскажем лишь некоторые соображения. Для целей нашего исследования в данный момент ключевым является не формальное расположение рассматриваемых средств в систематике права, а выполнение ими функций общего правила (критерия) разграничения охраноспособного и общедоступного в авторском праве. Соответственно, для нас принципиальными являются два фактора: выполняет ли средство функцию определения объекта авторской монополии и имеет ли оно характер общего правила.

Если соответствующее средство связывает защиту интересов правообладателя в конкретном случае в зависимости от входящих факторов, не связанных с особенностями спорного объекта (а, например, в зависимости от виновности нарушителя), то вряд ли можно говорить о нем в связи с проблематикой демаркации. Как правило, индикатором неревантности к проблематике демаркации являются противоречивые результаты применения данного средства, так что один и тот же результат в одних случаях рассматривается как объект авторской монополии, а в других — как находящийся вне законных притязаний правообладателя. Примером неотносимого к проблематике демаркации института является институт добросовестного использования произведений (институт *fair use* в системе копирайт — 17 U.S.C. § 107), где объем допустимого свободного использования связан не с характеристиками объекта, а с целями и объемом использования, коммерческим потенциалом произведения и тому подобными факторами. При этом само оригинальное произведение принципиально считается объектом авторских прав независимо от перечисленных факторов.

И, наоборот, оценка интеллектуальных продуктов по правилам *merger doctrine* и доктрины *scenes à faire* основана на использовании характеристик самих объектов. При этом объекты, подпадающие под соответствующие доктрины не могут быть признаны охраноспособными в зависимости от каких-либо иных внешних обстоятельств. Поэтому можно говорить

⁵⁰ Поэтому именно американская судебная практика известна своим количественным подходом к вопросам охраноспособности произведений, особенно, музыкальных, факт копирования которых устанавливался в зависимости от количества совпадающих тактов. См.: *Marks v. Leo Feist, Inc.*, 290 F.959, 960 (2d Cir. 1923).

В самом общем виде правила установления случаев нарушения копирайта, выработанные судебной практикой⁵², предполагают следующую этапность доказывания юридически значимых обстоятельств. Прежде всего, истцу надлежит доказать, что он является обладателем прав на произведение, что также предполагает установление признаков оригинальности произведения (т.е. факта создания в результате собственных действий). Затем доказывается факт заимствования (копирования) элементов произведения истца ответчиком, что также делает необходимым разъяснение вопроса о возможности независимого создания указанных элементов в результате самостоятельной творческой деятельности ответчика. Поскольку доказывание факта копирования представляет собой серьезную проблему, на практике пользуется признанием предположение о копировании в случае, если между произведениями истца и ответчика имеется существенное сходство и ответчик имел доступ к произведению истца. Соответственно, чтобы констатировать факт нарушения права истца, следует установить наличие между спорными произведениями (охраноспособными элементами произведений) существенного сходства (*substantial similarity*). При этом во внимание принимаются только охраноспособные элементы произведений, что также предполагает использование доктрины *idea/expression dichotomy* и *abstractions test*⁵³.

Технико-юридически установление правообладания (и, следовательно, вопрос о существовании копирайта) и фактов копирования представляются собой самостоятельные предметы доказывания. Тем не менее, содержательно вопрос о стандарте охраноспособности (т.е. о степени самостоятельности деятельности автора при создании произведения) и мере сходства между спорными произведениями непосредственно увязаны друг с другом. Так, например, если для признания произведения оригинальным достаточно определенной степени различимости с иными артефактами, то аналогичные критерии должны применяться для установления меры отличимости произведения, которой достаточно для отрицания факта нарушения копирайта⁵⁴.

о том, что *merger doctrine* и доктрина *scenes à faire* хотя и возникают лишь в связи с рассмотрением исков о нарушении копирайта, тем не менее непосредственно выполняют функции демаркации.

⁵² См., напр.: *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340, 361 (1991).

⁵³ См.: *Nimmer M., Nimmer D. Nimmer on Copyright*. LexisNexis, 2004, § 13.03. *Berking C. Op. cit.* S. 83-84.

⁵⁴ *Nimmer M., Nimmer D. Nimmer on Copyright*. LexisNexis, 2004, § 13.03[A], p. 13-34.

Из этого может быть сделан важный с точки зрения логики демаркации вывод: стандарт необходимого сходства между спорными произведениями, применяемый в конкретном случае, непосредственно зависит от степени креативности произведения-прототипа. Соответственно, если произведение-прототип характеризуется незначительным уровнем креативности, то объем его охраны также является узким (т.н. «тонкая» охрана), так что нарушением копирайта считаются только такие произведения, которые максимально приближены к оригиналу. Другими словами, истец должен доказать наличие максимального сходства между спорными произведениями. В крайнем случае, когда произведение-прототип находится на нижней границе охраноспособности, оно охраняется только от копирования один к одному. Внесения любых корректив в такой объект приводит к созданию нового самостоятельного результата и не дает оснований для исков о нарушении копирайта.

И наоборот, если произведение характеризуется высоким уровнем креативности, то уровень требований к сходству между спорными произведениями должен быть низким, поскольку даже при этом произведение-оригинал остается узнаваемым во вновь созданном результате. Заимствования даже единичных элементов, если они являются в высшей степени оригинальными, достаточно, чтобы признать произведение-реципиент производным и, соответственно, констатировать факт нарушения копирайта⁵⁵.

Таким образом, оценочный характер понятия существенного сходства позволяет судам учитывать степень своеобразия произведения и соответствующим образом определять объем его охраны, более или менее предоставляя охрану не только от копирования произведения один к одному (т.н. *литеральное копирование*), но и от заимствования внутренних структур произведения, когда такое заимствование не сопровождается *литеральным копированием* (например, если оригинальный текст излагается полностью другими словами с сохранением смысла, структуры, образов и т.п.)⁵⁶. Это позволяет корректировать интенсивность охраны в зависимости от уровня креативности объекта, компенсируя дисфункции, связанные с ригоризмом общего критерия самостоятельной созидательной деятельности и, соответственно, монополизацией ожидаемых интеллектуальных продуктов либо, наоборот, оставлением без охраны своеобразных элементов

⁵⁵ *Francorp. Inc. v. Siebert*, 210 F. Supp 2d 961, 966 (N.D. Ill. 2001). *Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp.*, 35 F.3d 1435, 1439, 1442 (9th Cir. 1994). *Nimmer M., Nimmer D. Ibid.*

⁵⁶ *Nimmer M., Nimmer D. Nimmer on Copyright*. LexisNexis, 2004, §13.03[A][1]. P. 13-35.

произведения. В этой связи может быть сделан вывод о том, что принцип инвестиционной направленности системы копирайт не следует абсолютизировать. Важным ограничителем в расширении области охраноспособных объектов является необходимость обеспечения общедоступности ожидаемых (предзаданных, стандартных) результатов, независимо от того, созданы ли они автором в результате самостоятельной деятельности (с вложением инвестиций), либо пассивно заимствованы. Это заставляет учитывать степень своеобразия произведения в целом и отдельных его элементов в частности.

В практике американских судов был выработан ряд общих прикладных инструментов, используемых для целей практического установления существенного сходства между произведениями в каждом конкретном случае⁵⁷.

Для целей установления случаев сходства внутренних структур произведения используется, прежде всего, рассмотренные выше *abstractions test*, *merger doctrine*, доктрина *scenes à faire*, исключающие из сферы авторской монополии общедоступное идейное содержание. Также при установлении сходства между произведениями не учитывается совпадение элементов, которые неохраноспособны по иным основаниям (например, перешли во всеобщее достояние).

Для позитивной идентификации охраноспособных внутренних структур произведения используется упомянутый выше *pattern test*, предложенный профессором *Zechariah Chafee*⁵⁸. Паттерн произведения включает в себя последовательность происходящих событий, особенности взаимодействия героев, их характеры и поступки, рассматриваемые с известной долей абстракции, т.е. без учета конкретных деталей (понятие паттерна оказывается близко с используемым в континентальном авторском праве понятием внутренней формы произведения).

В некоторых судебных решениях существенное сходство также устанавливалось со ссылкой на общую концепцию и характер произведений (*total concept and feel*)⁵⁹. Тем не менее, использование данного конструкта было связано с рядом проблем, в том числе обусловленных его противоречием доктрине *idea/*

expression dichotomy, а также значительностью судебного усмотрения и связанной с этим непредсказуемостью правовых позиций сторон. Поэтому в настоящее время отмечается тенденция к отказу от использования данного средства⁶⁰. Равным образом и по сходным основаниям подвергается критике и другое средство установления существенного сходства между произведениями, а именно т.н. *audience test*⁶¹, основанный на учете спонтанной и немедленной реакции публики (экспертов) на воспроизведение перед ними спорных произведений.

В отношении компьютерных программ используется набор последовательно применяемых негативных критериев, позволяющих идентифицировать и исключить из сферы авторской монополии ожидаемые (стандартные, предзаданные) элементы (т.н. *the successive filtering method*), в том числе абстрактные идеи, элементы, детерминируемые общей логикой и соображениями эффективности, применимости с учетом стандартов в области компьютерной техники, стандартами и практикой в области программирования, компьютерного дизайна, а также элементы, находящиеся во всеобщем достоянии⁶².

Следует обратить внимание на то, что применение любого из перечисленных прикладных инструментов предполагает использование оценочных понятий, позволяющих суду в каждом конкретном случае определять объем охраны произведения либо его элементов в зависимости от степени их своеобразия. Тем самым перечень интеллектуальных продуктов, охватываемых монополией правообладателя, поставлен в зависимость от их своеобразия, что позволило исключить удовлетворение исков, связанных с заимствованием интеллектуальных продуктов, лишенных минимального уровня индивидуальности.

Основные выводы

Анализ механизма демаркации в системе копирайт позволил сформулировать следующие выводы.

1. Логика развития механизма демаркации в системе копирайт задается рядом факторов, среди которых общая легитимация системы копирайт как механизма охраны инвестиций в интеллектуальный продукт, потребность в устранении дисфункций, связанных с монополизацией общедоступного достояния, а также необходимость обеспечения определенности и ста-

⁵⁷ Помимо перечисленных ниже, в практике судов используется ряд специальных средств, применимых к объектам определенных видов. В частности, к компьютерным программам (например, т.н. *iterative test* (*E.F. Johnson Co. v. Uniden Corp.*, 623 F. Supp 1485 (D. Minn. 1985))).

⁵⁸ Chafee Z. Reflections on the Law of Copyright. 45 Colum. L. Rev. 503, 513 (1945).

⁵⁹ *Roth Greeting Cards v. Unites Card Co.*, 429 F.2d 1106 (9th Cir 1970).

⁶⁰ *Nimmer M., Nimmer D. Nimmer on Copyright*. LexisNexis, 2004, §13.03[A][1][d], p. 13-40.7.

⁶¹ *Harold Lloyd Corp. v. Witwer*, 65 F.2d 1 (9th Cir. 1933).

⁶² *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992).

бильности права, предсказуемости правовых позиций сторон.

Подход к системе копирайт как к способу охраны инвестиций в создание интеллектуального продукта определил принятие специфической интерпретации требования оригинальности как самостоятельности созидательной деятельности и отсутствия копирования чужих произведений. При этом необходимость критерия креативности до настоящего времени является дискуссионной, а низкие стандарты креативности, используемые судами, позволяют идентифицировать лишь абсолютно банальные и тривиальные объекты.

При этом признак самостоятельности созидательной деятельности сам по себе не позволяет исключать из сферы охраны интеллектуальные продукты, которые хотя и созданы автором самостоятельно, тем не менее воспроизводят действительность, являются ожидаемыми (предзаданными, стандартными). Соответственно, логика дальнейшего развития механизма демаркации в системе копирайт определялась необходимостью формирования инструментария, позволяющего идентифицировать указанные объекты и исключить их из сферы авторской монополии.

Доктрина *idea/expression dichotomy*, основанная на оценке абстрактности идейного содержания, позволила устранить возможности прямой монополизации идейного содержания. Однако, она не давала возможности идентифицировать такие идеи, которые имели одну либо несколько стандартных форм выражения, и, соответственно, не позволяла устранить опасность косвенной монополизации идейного содержания.

Для устранения указанных дисфункций были сформированы *merger doctrine* и доктрина *scenes à faire*. Однако, при этом механизм демаркации оставался в значительной мере неточным, поскольку не позволял учитывать степень своеобразия произведений и их составных элементов, в том числе относимых к внутренним структурам произведения, и, соответственно не давал возможности поставить область охватываемых монополией автора результатов в зависимости от степени креативности интеллектуального продукта.

Данные дисфункции устранялись на стадии формирования правил рассмотрения исков о нарушении копирайт путем формирования системы прикладных инструментов установления существенного сходства между спорными произведениями, основанных на оценке степени своеобразия произведения-прототипа. Это позволило, во-первых, не ограничивать охрану лишь случаями литерального копирования, а во-вторых, поставить ее в зависимость от степени своеобразия заимствуемых элементов произведе-

ния. Гибкость данной модели, аналогичной европейской конструкции объема охраны произведения, позволила выполнять ей функции механизма «тонкой настройки» для системы копирайт, устраняющего дисфункции, связанные с несоответствием степени индивидуальности произведения интенсивности его охраны, а также устранять в каждом конкретном случае дисфункции, связанные с необоснованным распространением либо исключением интеллектуальных продуктов из сферы копирайт. В этом смысле рассматриваемые средства также позволяют компенсировать недостатки общего механизма демаркации.

Развитие средств демаркации в системе копирайт продемонстрировало, во-первых, что несмотря на общую «инвестиционную» идеологию рассматриваемая система не может без возникновения серьезных дисфункций охранять любые нематериальные объекты, созданные в результате самостоятельной деятельности с инвестициями в виде затрат труда и материальных ресурсов. Является крайне важным обеспечение общедоступности ожидаемых (предзаданных, стандартных) артефактов, которые не должны охватываться даже «тонкой», «ослабленной» монополией правообладателя.

Во-вторых, выяснилось, что условием эффективности правовой охраны объектов копирайт является установление корреляций между интенсивностью охраны объекта и степенью его своеобразия.

2. Имеются основания для вывода о наличии достаточно жестких корреляций между такими элементами механизма авторско-правовой охраны, как критерии демаркации (в широком смысле, включая прикладные инструменты), интенсивность («глубина») авторско-правовой охраны, природа и объем прав на произведение, объем охраны произведений, и, наконец, философско-правовые обоснования авторского права. Обеспечение необходимых корреляций между данными переменными, а также рядом иных составляющих (порядком определения правообладателя, наличием института личных неимущественных прав и др.), является базовым условием эффективности указанного механизма. Обеспечение указанных корреляций является одной из наиболее важных внутренних детерминант развития моделей разграничения охраноспособного и общедоступного в авторском праве.

При этом центральное значение приобретают корреляции между объектом копирайт и интенсивностью охраны. Правовые системы реагируют на несоответствие между перечнем объектов и характером их охраны введением в практику вспомогательных юридических конструкций, позволяющих модифицировать набор охраноспособных объектов. Если же

по разным причинам привести перечень объектов в соответствие с традициями «глубокой» охраны не удается, правовая система реагирует снижением ее интенсивности.

3. Одной из основных тенденций развития механизма демаркации в системе копирайт является движение к его формализации, юридизации и инструментализации, имеющее место в форме постепенного замещения методологии отсылок к социологическим конвенциям на способы демаркации, основанные на использовании общих признаков охраноспособных произведений, которые в целом формулировались исходя из логики авторского права как юридического института. В дальнейшем методология использования открытых понятий, легитимирующая широкую дискрецию правоприменителя, все больше уступает модели использования формализованного прикладного инструментария, предназначенного для решения конкретных проблем демаркации, прежде всего, связанных с идентификацией ожидаемых (предзаданных, стандартных) объектов. Неопределенность экспер-

ных оценок эмпирико-социологического характера уступает более детализированному инструментарию, который все больше «перехватывает» функции демаркации и позволяет точнее ухватить круг результатов, способных к эффективной охране посредством авторского права и, минимизируя потребность в оценочных суждениях, в большей степени приспособлен для юридической практики. Поскольку данные прикладные средства преимущественно предназначены для идентификации и исключения из сферы охраны артефактов, которые по общественным представлениям не могут быть монополизированы, механизм демаркации все больше основывается на использовании *негативных* критериев.

При этом в отличие от континентальной Европы в рамках системы копирайт потенциал оценочных понятий реализован не столько при формировании признаков охраноспособного произведения, сколько в рамках инструментария, позволяющего исключить из сферы авторской монополии общедоступные объекты.

Библиографический список:

1. Abrams H. Originality and creativity in copyright law. (1992) 55-SPG Law & Contemporary Problems 3.
2. Berking C. Die Unterscheidung von Form und Inhalt im Urheberrecht. Baden-Baden, 2002.
3. Chafee Z. Reflections on the Law of Copyright. 45 Colum. L. Rev. 503, 513 (1945).
4. Ellins J. Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft. Berlin, 1997.
5. Esser J. Grundsatz und norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre. Tübingen, 1956.
6. Fichte J.G. Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. Ein Raisonement und eine Parabel. UFITA 106 (1987).
7. Matanovic S. Rechtsgeschäftliche Dispositionen über urheberpersönlichkeitsrechtliche Befugnisse unter Berücksichtigung des französischen und US-amerikanischen Rechts. Peter Lang Verlag, 2006.
8. Möller U. Die Unübertragbarkeit des Urheberrechts in Deutschland. BWV, 2007.
9. Nimmer M., Nimmer D. Nimmer on Copyright. Lexisnexis, 2004.
10. Olson Dale P. Copyright Originality / MoLRew 1948.
11. Phalen, Mitzi S. How Much is Enough — The Search for a Standard of Creativity in Works of Authorship. 68 neb. L. Rev. 835 (1989).
12. Raskind L.J. The Continuing Process of Refining and Adapting Copyright Principles, 14 Columbia-VLA J.L. & Arts (1990).
13. Rigamonti C.P. Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts. Baden-Baden, 2001.
14. Versteeg R. Rethinking Originality. 34 Wm. & Mary L. Rev. 801, 877 (1993).