

РАЗВИТИЕ УЧЕНИЯ О ФОРМЕ И СОДЕРЖАНИИ ПРОИЗВЕДЕНИЯ В ДОКТРИНЕ АВТОРСКОГО ПРАВА. ПРОБЛЕМА ОХРАНОСПОСОБНОСТИ СОДЕРЖАНИЯ НАУЧНЫХ ПРОИЗВЕДЕНИЙ¹



А.В. КАШАНИН,

кандидат юридических наук,
ведущий научный сотрудник Института правовых исследований
Государственного университета – Высшей школы экономики (ГУ-ВШЭ)

В настоящей статье предпринимается попытка проверить одну из наиболее фундаментальных доктрин авторского права – учение о форме и содержании произведения, согласно которому авторским правом охраняется только форма произведения, в то время как его содержание авторско-правовой монополией не охватывается.

В отечественной доктрине и судебной практике данная концепция приобрела статус «неприкасаемой» аксиомы, принимаемой без рационального обсуждения и критических проверок². Между тем, как и любая научная теория, учение о форме и содержании произведения было сформулировано в определенном рациональном контексте с целью преодоления специфических затруднений, с которыми столкнулась доктрина авторского права на определенной стадии развития. В этом смысле оно конкретно-исторично, является «плодом» своего времени и несет на себе характерные для него ограничения, а потому не может существовать вне конкуренции с иными исследовательскими программами и быть поставлено в привилегированное положение, освобождающее его от периодических проверок на адекватность системе развивающегося научного знания.

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

² См., в частности: Дозорцев В.А. Понятие и система исключительных прав // Дозорцев В.А. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. М., 2003. С. 16.

Пониманию логики учения о форме и содержании произведения способствует рациональная реконструкция истории его появления и развития, позволяющая определить причины и контекст его возникновения, круг задач, которые оно должно было решать, а также затруднения, обусловившие его дальнейшее развитие. Общие выводы, сделанные в ходе такого исследования, будут подвергнуты проверке в связи с анализом проблемы охранимости научных произведений.

1. Форма и содержание произведения как объекты авторско-правовой охраны

Предпосылки появления учения о форме и содержании произведения

Смысл и значение учения о форме и содержании произведения вряд ли могут быть поняты вне более общего контекста развития доктрины авторского права.

Учение об охраняемой форме и неохранимом содержании произведения было сформулировано И.Г. Фихте в 1791 г. в работе «Обоснование неправомерности перепечатки произведений»³.

В это время сам по себе вопрос о возможности и целесообразности существования особого права автора на произведение представлялся дискуссионным и требующим специального обоснования. Соответственно, логика развития авторского права в рассматриваемый период задавалась целью обосновать наличие монополии определенного рода в отношении произведений науки, литературы, искусства.

Данная задача имела как минимум две переменные. Во-первых, только предстояло определить круг объектов, заслуживающих правовой охраны, а также их существенные признаки. Во-вторых, отсутствовало единство взглядов на возможное содержание субъективного права автора либо издателя, составляющего основу механизма правовой охраны. Как правило, на начальном этапе речь шла лишь о возможности запрещать перепечатку произведения. Концепция наиболее общего исключительного права на тот момент еще не обозначилась, хотя использование вещно-правовой терминологии явно указывало на соответствующие тенденции.

Соответственно, единая по сути задача обоснования авторско-правовой монополии логически распадалась на две составляющие: нужно было показать, что существует объект, который может и должен быть присвоен, и что может быть

³ Fichte J. Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks // Berliner Monatsschrift. 1791. № 21. S. 443 ff.
Об учении Фихте см.: Ulmer E. Urheber- und Verlagsrecht. 2. Aufl. Berlin; Göttingen; Heidelberg, 1968 (далее – Ulmer E. Op. cit. 2. Aufl.). S. 105; Stallberg C.G. Urheberrecht und moralische Rechtfertigung. Duncker & Humblot, 2006. S. 181 ff.

сформирован последовательный и эффективный механизм правовой охраны таких объектов. На деле было необходимо предложить такую юридическую конструкцию, которая закрепляла бы эффективную монополию правообладателя на объекты определенного рода⁴.

Общей логикой развития авторского права в указанный период объясняется, во-первых, широкое использование метаюридической аргументации: принимались ссылки на любые факторы, которые бы обосновывали целесообразность и необходимость правовой охраны произведений⁵. Следует указать, что для допозитивистского периода развития права⁶ вообще в целом был характе-

⁴ Данная логика, по-видимому, вообще является универсальной и применимой к объектам гражданских прав в целом. Вряд ли было бы правильным исходить лишь из онтологических характеристик объектов гражданских прав и, соответственно, чрезмерно онтологизировать данное понятие. Понятие объекта гражданских прав представляет собой юридическую конструкцию. Однако именно в отношении нематериальных объектов это свойство объекта права проявляется наиболее рельефно, поскольку в отсутствие соответствующего правового режима нематериальный объект присвоен быть не может. И это не позволяет относиться к объекту права лишь как к онтологической данности.

Именно институт авторских прав определяет существенные признаки охранимого произведения, позволяющие ограничить объект авторского права от нематериальных продуктов, авторским правом не охраняемых, разграничить произведения между собой и, собственно, установить на такой объект монополию особого рода. Поэтому понятие произведения литературы и искусства (первоначально отождествляемого с рукописью произведения) использовалось без дополнительной конкретизации лишь на самом раннем этапе развития авторского права, когда адекватные юридические механизмы их правовой охраны только начинавшиеся, и лишь с целью первого, грубого приближения к тому, что может считаться объектом авторско-правовой монополии (см.: *Rigamonti C.P. Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts // UFITA-Schriftenreihe* (№ 194). Baden-Baden, 2001. S. 16, 24).

Логика, вытекающая из взаимной зависимости представлений об объекте права и механизме его охраны, лежит в основе дифференциации двух направлений аргументации при решении проблем авторского права, в том числе обоснования позиции об охранимости тех либо иных результатов интеллектуальной деятельности. Первое из них берет за точку отсчета механизм авторско-правовой охраны в том виде, в каком он существует в настоящем времени, и, соответственно, на этой основе решает вопрос о возможности охраны определенных нематериальных продуктов исходя из возможностей и логики правового механизма. Другой подход исходит из внешних соображений о целесообразности предоставления авторско-правовой охраны определенным объектам. Основным направлением решения проблем, возникающих при включении инородных объектов в сферу авторского права, видится изменение самого механизма авторского права. При этом, однако, следует иметь в виду опасность утраты авторским правом признаков единого института с определенным набором содержательных характеристик.

⁵ Логически применение такой аргументации в этой ситуации является необходимым: обоснование необходимости системы возможно только посредством использования ссылок на контекст, внешние обстоятельства.

⁶ Конец XVIII в. следует считать скорее началом утверждения юридического позитивизма, что выражалось в распространении идей полной кодификации, попытке запрета судебных и доктринальных интерпретаций текста закона (см.: *Кабрияк Р. Кодификации*. М., 2007. С. 67, 158, 172 и др.). И все же систематическое теоретическое обоснование юридического позитивизма, определившее вытеснение естественно-правовой аргументации из юридического дискурса, имело место несколько позднее. Так, работа Дж. Остина «Лекции о юриспруденции, или философия позитивного права» вышла лишь в 1832 г.

рен естественно-правовой стиль обоснования, апеллирующий к широкому кругу явлений, факторов и обстоятельств, свидетельствующих о естественной принадлежности определенных юридических возможностей определенным лицам. При этом такие факторы, как правило, не только не относились непосредственно к сфере правового и, соответственно, не основывались на логике правовой формы (что и позволяет их определить как метаюридические), но в значительной степени оставались метафизическими, метафоричными, неспособными к позитивному установлению и проверке⁷. Именно поэтому в допозитивистский период авторское право развивалось преимущественно в доктрине, в форме теорий, получивших наименование «теории морального обоснования авторского права»⁸.

Во-вторых, в условиях отсутствия понятного механизма авторско-правовой охраны становится понятным акцент, который делался на онтологические характеристики произведения как объекта внешнего мира, ссылки на которые первоначально рассматривались в качестве достаточного аргумента за или против предоставления результату интеллектуальной деятельности авторско-правовой охраны (вне зависимости от содержания такой охраны). Исследователи искали реальные объекты, которые «достойны» правовой охраны. Именно поэтому, как правило, в качестве точки отсчета использовались не-юридические классификации интеллектуальных продуктов, соответствующие господствующим взглядам на жанровое разнообразие в сфере культуры⁹. И лишь во вторую очередь, исходя из заданного заранее перечня произведений, «достойных» охраны, решалась задача определения содержания ее механизма. Таким образом, логика правового механизма охраны в тех условиях не

⁷ В частности, выводы о существовании права обосновывались ссылками на принципы разума, справедливость, природу вещей, естественный порядок, народный дух и др.

⁸ Теории морального обоснования (легитимации) авторского права обосновывают его необходимость, возможность либо невозможность исходя, как правило, из соображений внешних по отношению к системе авторского права, т.е. апеллирующих к целесообразности, интересам и потребностям участников оборота, особой онтологической связи между автором и произведением и другим метаюридическим категориям. Отметим, что сегодня проблема легитимации авторского права по-прежнему актуальна, что связано с неспособностью авторского права адекватно и своевременно реагировать на новые вызовы, развитием технических средств распространения произведений, распространением представлений о социальной приемлемости нарушений авторского права и др., что соответствует отмечаемой в литературе «хронической потребности в реформировании авторского права» (см.: Brinkmann T. Urheberrechtsschutz und wirtschaftliche Verwertung, München, 1989. S. 2). Этим, по-видимому, объясняется и крайнее распространение метаюридической аргументации в современной доктрине авторского права.

Обзор и критический анализ различных теорий морального обоснования авторского права см.: Stallberg C.G. Urheberrecht und moralische Rechtfertigung. Duncker & Humblot, 2006.

⁹ Так, первоначально именно признак принадлежности произведения к сфере литературы, искусства, культуры использовался для ограничения объекта авторского права от иных объектов.

могла считаться основанием для определения перечня объектов авторского права¹⁰.

В этих условиях становится понятным и первоначальное использование для определения объекта авторского права неточных и приблизительных признаков, позволяющих задать лишь общее направление для ограничения охраноспособных произведений от интеллектуальных продуктов, авторским правом не охраняемых. Хотя данные критерии в ряде случаев «схватывали» логику авторского права, тем не менее его дальнейшее развитие потребовало их существенного уточнения.

Таким образом, логика большинства теорий авторского права периода, к которому относится возникновение учения о форме и содержании произведения, заключалась прежде всего в определении исходя из метаюридических оснований круга произведений, заслуживающих авторско-правовой охраны. На этой основе авторами предлагался соответствующий механизм охраны. В дальнейшем следовала стадия разрешения проблем, связанных с тем, что определенный указанным способом круг нематериальных продуктов не мог эффективно охраняться при помощи предложенного механизма охраны, что приводило к уточнению как критерии охраноспособности произведений, с одной стороны, так и самого механизма охраны (прежде всего содержания авторских прав) – с другой. Как представляется, именно поэтому развитие авторского права в целом характеризуется постепенным уточнением и приспособлением друг к другу представлений о круге объектов авторского права и об адекватном им механизме охраны, так что метаюридические признаки охраноспособного произведения постепенно вытесняются критериями, вытекающими из логики механизма авторского права.

Учение об охраняемой форме и неохраноспособном содержании произведения в полной мере вписывается в описанную логику последовательного развития авторского права. Данная концепция была предложена с целью преодоления специфических затруднений, с которыми столкнулась доктрина авторского права на определенной стадии развития, и представляет собой одну из форм уточнения признаков, позволяющих определить объект авторско-правовой монополии.

Идея авторского права первоначально выросла из практики предоставления властью исключительных привилегий в пользу определенного лица (как правило, издателя) на перепечатку тех либо иных произведений. Природа таких привилегий, собственно, не была правовой, поскольку они выдавались исключительно по произвольному усмотрению административной власти исходя из разного рода соображений целесообразности¹¹. Содержание таких привилегий ограни-

¹⁰ Это было бы тем более невозможно, учитывая разнообразие высказываемых в конце XVIII в. взглядов на перечень объектов авторско-правовой охраны и существенные элементы ее механизма, отсутствие общепризнанных позиций, тем более в наднациональном масштабе.

чивалось лишь возможностью монопольного тиражирования и распространения печатного произведения.

Впервые основания для вывода о возникновении частного права на напечатание произведения возникли с распространением в профессиональной среде обычая рассматривать того издателя, который приобрел за свой счет возможность издавать определенное произведение (как правило, в форме приобретения его рукописи) и в течение ряда лет фактически ею пользовался, как обладающего монопольной возможностью напечатания данного произведения.

Важно отметить, что в рассматриваемый период в качестве объекта такого права рассматривалось литературное произведение не как нематериальный объект, а как рукопись произведения, т.е. как вещь. Соответственно, в фактический состав входило приобретение у автора права собственности на рукопись произведения и последующее изготовление и распространение экземпляров произведения в течение продолжительного времени. Возможно, именно поэтому монопольное положение издателя терминологически описывалось при помощи выражения «собственность издателя» (*Verlegereigentum* – нем.).

Также подчеркнем, что в рассматриваемый период содержание монополии издателя печатать произведение, рукопись которого была приобретена у автора, не требовало дальнейшего уточнения понятия произведения. Поскольку объектом монопольного права издателя на воспроизведение считалась рукопись (вещь), проблема отграничения одного произведения от другого оставалась неактуальной¹¹.

Теория собственности издателя, однако, не позволяла четко объяснить, почему приобретение рукописи приводило к возникновению монопольной возможности печатать произведение. Единственным представимым направлением разрешения данной проблемы был вариант, при котором появление монопольной возможности считалось возникающим первоначально в сфере юридических возможностей автора произведения, которую он вместе с рукописью передавал издателю (так называемая теория «собственности автора» (*Autogeneigentum* – нем.)).

Именно на признании первоначального возникновения права на произведение у его автора основана так называемая трудовая теория собственности Дж. Локка. Общее основание возникновения права собственности Локк видел в активности субъекта, в том, что объект субъективного права является результатом труда правообладателя¹². Поскольку данная теория в сфере авторского права по-прежнему использовалась лишь для разрешения профессиональных конфликтов

¹¹ Gieseke L. Vom Privileg zum Urheberrecht. Göttingen, 1995. S. 39.

¹² Rigamonti C.P. Op. cit. S. 16, 20.

¹³ В этом смысле не государство и не общество рассматриваются в качестве источников субъективного права, но сам индивид «заключает в себе великое основание собственности» (см.: Locke J. Two Treatises of Government. London; Vermont, 1993. § 44 (цит. по: Stallberg C.G. Op. cit. S. 62)).

между издателями произведения, потребность в дифференциации объектов монополии (произведения как нематериального блага и рукописи произведения) отсутствовала, и в целом в качестве такового по-прежнему рассматривалась рукопись произведения. Тем не менее данная теория не могла объяснить, почему лишь приобретение рукописи у *автора* влекло возникновение монополии на издание произведения, а приобретение напечатанного экземпляра произведения на рынке к тому же результату не приводило. В этой связи ясно ощущалась недостаточность венчно-правового подхода к проблеме перепечатки произведений. Это явилось основанием для возникновения идеи о необходимости разграничения самого произведения как нематериального блага и рукописи как объекта венчного права и, соответственно, о существовании особого права на нематериальные объекты, получившего наименование «право интеллектуальной собственности».

Логическая теория Локка позволяла не ограничивать объекты субъективного права лишь материальными предметами. Возникновение понятия интеллектуальной собственности, основанного на идее нематериальности результата интеллектуальной деятельности, связано с распространением идеологии либерализма, а также с утверждением естественно-правовой парадигмы. В то время идея о производности права собственности от государства теряла свою привлекательность, и потому в учении о собственности был сделан акцент не на объекте права, а на субъекте. Свобода в использовании вещей рассматривалась в качестве производной от природной свободы индивида, который связан исключительно положениями общественного договора, и, соответственно, считалась составляющей естественного состояния человека. Любое субъективное право рассматривалось как проявление естественного права собственности на результат собственного труда. Соответственно, право собственности рассматривалось в качестве одного из проявлений личности и, согласно либеральным представлениям той эпохи, совсем не обязательно было связано с господством над вещами, но логически допускало обоснование монополии на нематериальные объекты¹⁴. Это в конечном счете способствовало дифференциации объектов и рассмотрению рукописи произведения, с одной стороны, и самого произведения как нематериального блага – с другой, в качестве самостоятельных объектов права собственности¹⁵.

Выделение нематериального результата интеллектуальной деятельности в качестве самостоятельного объекта права сразу обострило ряд теоретических и практических проблем и потребовало уточнения понятия произведения лите-

¹⁴ Rigamonti C.P. Op. cit. S. 22 ff.

¹⁵ Поскольку рассматриваемые учения развивались преимущественно в трактатах, по своей форме относимых скорее к философским, говорить о точности используемых понятий (собственность, право собственности) не приходится. В этой связи используемое нами понятие права собственности не вполне точно передает коннотации того времени. По сути понятие собственности охватывало широкое по содержанию право, обеспечивающее наиболее абсолютное господство субъекта права над объектом.

ратуры, науки, искусства, которое, будучи до того связанным с материальным носителем (рукописью), оставалось недогматизированным, казалось интуитивно понятным и достаточным для отграничения от неохраняемых объектов.

Во-первых, выделение нематериального объекта авторского права сразу потребовало решить задачу отграничения нематериальных интеллектуальных продуктов, которые «достойны» правовой охраны, от тех, которые, имея внешнюю форму произведения, тем не менее в силу определенных соображений не могли быть «присвоены» их создателем, хотя формально и те, и другие являлись результатом активности (работы) их создателя.

Во-вторых, в связи с признанием невозможности выполнения рукописью функции отграничения одного произведения от другого было необходимо сформулировать иные признаки, которые, относясь к произведению как к нематериальному продукту, позволяли бы выполнять данную задачу. Отметим, что отграничение одного нематериального объекта от иных подобных объектов является необходимым условием установления монополии на него.

В-третьих, признание нематериальности произведения сделало невозможным использование ссылок на форму материального носителя (т.е. на рукопись) как на основание отграничения объектов, охраняемых авторским правом, от результатов творческой деятельности, охраняемых иными институтами, прежде всего патентным правом.

В-четвертых, взгляд на произведение как на нематериальный объект позволил поднять вопрос о возможности предоставления самостоятельной охраны отдельным частям и элементам произведения, в случае если они могут использоваться самостоятельно. В этой связи при буквальном толковании запрета на перепечатку произведения возникала опасность монополизации общедоступного идейного содержания произведений. Соответственно, потребовалось сформулировать критерии, позволяющие разграничить охраноспособные и неохраноспособные элементы произведения.

Наконец, недостаточность способа определения объекта авторского права в форме указания на виды охраноспособных произведений стала особенно ощущимой в условиях дальнейшего развития художественных форм. Расширение перечня видов охраноспособных произведений, смешение, подвижность и размытость стилей и жанров вызвали непреодолимые трудности в использовании классификаций видов произведений. Стало очевидным, что такая классификация не имеет в авторском праве нормообразующего значения, поскольку в условиях отсутствия консенсуса о формальных параметрах жанра не позволяет адекватно отграничить охраноспособный объект. Выяснилось, что внешние признаки произведения (в частности, род используемых художественных средств) не позволяют сделать вывод о его охраноспособности. Все это обусловило постепенную утрату признаком «произведения литературы, искусства, на-

уки» значения средства определения области охраняемых авторским правом объектов¹⁶. Было необходимо сформулировать наиболее существенные признаки охраняемых авторским правом произведений, которые могли бы использоваться в качестве критерии охранныспособности.

Учение Фихте об охраняемой форме и неохраноспособном содержании произведения. Развитие учения И. Колером

Учение об охраняемой форме и неохраноспособном содержании произведения, предложенное И.Г. Фихте, было сформулировано для разрешения проблем, специфичных для доктрины авторского права конца XVIII в., что определило существенные особенности ее содержания, которые не могут не учитываться при решении вопроса о ее применимости в рамках современного дискурса.

Во-первых, главной задачей рассматриваемой теории было моральное (метаюридическое) обоснование авторского права, точнее, монопольного права на перепечатку произведения.

Во-вторых, к 1791 г. отсутствовали признанные позиции по вопросу об условиях охранныспособности произведения, прежде всего о понимании признака творческого характера произведения. Поэтому второй основной задачей учения о форме и содержании произведения была конкретизация объекта авторского права. Теория Фихте по сути была первой концепцией, в которой были сформулированы получившие признание критерии, позволяющие ограничить нематериальный объект авторского права от иных объектов. Именно общность основных функций учения о критерии творчества и учения о форме и содержании произведения (определение объекта авторского права) обусловила их тесную взаимосвязь в ходе дальнейшего развития доктрины авторского права.

В-третьих, теория Фихте была сформулирована в период, когда отсутствовала ясность в вопросе о механизме авторского права. Соответственно, было невозможно опереться на логику авторского права как юридической конструкции, что определило использование метаюридического понятийного аппарата и способов аргументации.

Концепция Фихте относится к категории теорий морального обоснования авторского права, аргументирующих возможность и необходимость присвоения произведения его автором ссылкой на особую онтологическую связь, которая существует между автором и его произведением. Конкретизация этой связи позволяет преодолеть основную трудность, с которой столкнулась теория Локка, а именно невозможность объяснить неохраноспособность нетворческих нематериальных объектов, которые, подобно творческим произведениям, также представляют собой результат активности их создателя.

¹⁶ См., в частности: Fromm F., Nordemann W. Urheberrecht. Stuttgart; Berlin; Köln; Mainz, 1973. S. 63 ff.

В основе аргументации Фихте лежит его познавательная методика, согласно которой любой общепризнанный принцип должен считаться истинным, если может быть объяснено и доказано любое его следствие. Таким принципом в теории Фихте был тезис о том, что возникновение собственности (в широком смысле) на объект должно считаться необходимым, если его присвоение любым иным лицом является физически невозможным.

С целью обоснования данного тезиса в отношении литературного произведения Фихте предлагает различать так называемый *материал*, т.е. идейное содержание, и *форму выражения* данного идейного содержания (конкретные слова, речевые обороты и т.п.). Идейное содержание, в отличие от формы его выражения, способно к присвоению. В частности, после прочтения книги идеи становятся частью внутреннего мира читателя. Невозможность присвоения формы выражения идейного содержания Фихте обосновывает своеобразием и индивидуальностью мышления каждого человека, которое определяет существование своего рода коммуникативного барьера: чужая идея может стать частью внутреннего мира другого человека только после определенной переработки, т.е. в своеобразной, характерной только для данного реципиента форме. Этим Фихте фундирует непередаваемость формы произведения и, соответственно, ее неспособность к присвоению никем, помимо автора¹⁷.

При этом Фихте поясняет, что форма произведения в таком понимании является *нематериальной*, т.е. представляет собой часть сознания, психического мира автора. Однако она может быть выражена при помощи знаков, которые составляют так называемую *материальную форму* произведения и, соответственно, представляют произведение вовне. Хотя присвоение данной формы физически возможно, однако является неправомерным, поскольку создает ложное впечатление о принадлежности нематериальной формы произведения не автору, а другому лицу. Такое действие по сути представляет собой попытку присвоения объекта, который онтологически не может быть присвоен. Это, однако, создает «нездоровое» (*gekränkt*) состояние права автора¹⁸.

Теория Фихте оказала колоссальное влияние на дальнейшее развитие авторского права. При этом с точки зрения степени такого влияния ее основные положения могут быть разделены на два блока.

Первый из них касается обоснования самой необходимости авторско-правовой охраны произведений литературы. По мере распространения юридического позитивизма, а также признания необходимости авторского права интерес к данной части концепции угасал, так что рассмотрение специфичных для нее проблем (например, нормативных импликаций, которые позволяли перейти от описания сущего к нормативным высказываниям) в настоящее время потеряло актуальность.

¹⁷ Fichte J.G. Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchnernachdrucks. Ein Räsonnement und eine Parabel // Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht (далее – UFITA). 1987. № 106. S. 155 ff.

¹⁸ Stallberg C.G. Op. cit. S. 181–188.

Вторая группа положений концепции Фихте, определяющая границы авторско-правовой охраны (в форме определения объекта охраны), наоборот, получила общее признание и распространение. Прежде всего именно в теории Фихте была точно «схвачена» направленность авторско-правовой системы на предоставление охраны индивидуальному в произведении. И хотя тезис об охране индивидуального фундировался внешними по отношению к авторско-правовой системе соображениями, а потому, строго говоря, не был, исходя из фихтовской теории, логически необходимым для авторского права, тем не менее он лег в основу учения о критерии творчества как условии охраноспособности произведения, впоследствии признанного в континентальных правопорядках¹⁹.

¹⁹ В этой связи важно отметить взаимосвязь учения Фихте с современными ему взглядами на понятия творчества и произведения искусства, распространенными в неюридических (искусствоведческих) кругах. Первоначально в христианских культурах под сильным влиянием схоластических учений понятие творчества (*Schöpfung* – нем.) было связано с идеей божественного создания мира из Ничто и определялось как создание чего-либо, ранее не существовавшего. Религиозная основа понятия творчества определяла невозможность достижения взаимосвязи между человеческими действиями и творческим результатом, а потому отсутствие возможности оценить и как-либо ранжировать созданное. В рамках данного мировоззрения индивидуальность произведения не могла выступать аргументом в пользу предоставления монополии на произведение.

Признание в эпоху Возрождения ценности человеческой личности позволило сформулировать взгляд на творчество как на свидетельство силы человеческих стремлений, отличающих и возвышающих ее над природой. В этой связи в понятие творчества был внесен качественный элемент: отныне творческое означало не просто что-либо созданное человеком, но обладающее определенным качеством, ценностью, значением, эстетическим рангом. Тем самым идея творчества в обыденном (секуляризованном) словоупотреблении была тесно связана с понятием произведения искусства (подробнее об эволюции понятия творчества в неюридическом словоупотреблении см.: *Knöbl H.P. Die "kleine Münze" im System des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts. Eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, schweizerischen, französischen und US- amerikanischen Rechts. Verlag Dr. Kovac, 2002. S. 132–133; Ritter J., Grunder K. (Hrsg.) Historisches Wörterbuch der Philosophie. Bd. 8. Darmstadt, 1992. S. 1390 ff.*).

Представимыми являются различные ответы на вопрос о том, что является критерием эстетического ранга интеллектуального продукта, позволяющим считать его произведением искусства. В европейских правопорядках основой для формирования юридического понятия произведения послужил распространенный в XVII в. в литературных кругах взгляд на произведение искусства как на «оригинальное творение гения», выраждающее его уникальную личность, своеобразие, талант, способности. Считалось, что эстетическая ценность произведения зависит от того, в какой мере в нем выражена уникальная личность автора, какова степень индивидуальности и уникальности произведения, понимаемые, что важно, как возможность по характерным признакам творческого почерка автора установить его личность (см.: *Hartmann C.H. Überlegungen zum Werkbegriff – insbesondere zur Individualität – an Beispielen zeitgenössischer Musikformen // UFITA. 1993. № 122. S. 57, 62; см. также: Knöbl H.P. Op. cit. S. 51*).

Данный взгляд на произведение искусства послужил основой для европейской традиции личностно-ориентированных обоснований авторского права и взгляда на индивидуальность как критерий творчества и охраноспособности произведения, в том числе и для теории Фихте. Считалось, что 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, то основания предоставлять его произведению авторско-правовую охрану отсутствуют. В произведении должно присутствовать нечто дополнительное, что свидетельствует об особой связи произведения и его автора. Предоставление авторско-правовой охраны интеллектуальному продукту возможно, если в нем воплощена часть уникальной личности создателя, его своеобразие, талант, способности.

Имея в виду дальнейшее развитие фихтевского учения о форме и содержании произведения, следует признать, что именно положение о направленности авторского права на охрану индивидуального в произведении следует признать главным достижением рассматриваемой теории, получившим безусловное общее признание.

Собственно, сам тезис об охраняемой форме и неохраноспособном содержании произведения представляет собой первую попытку определить, что в произведении является индивидуальным, а что представляет собой лишь неохраноспособный неоригинальный материал, находящийся в общем культурном достоянии. При этом понятия формы и содержания произведения онтологизированы: Фихте исходит из самостоятельного существования сферы идей (мышлений), которые, однако, могут проявляться вовне лишь в определенной форме. В этом заключается одно из существенных затруднений концепции: Фихте не отвечает на вопрос, как отделить идеи от формы, в которой они существуют, и, соответственно, практически провести границу между охраняемой формой и неохраноспособным содержанием. Именно поэтому учение о форме и содержании произведения в первоначальной (онтологической) модификации оставалось на практике неприменимым. Собственно, сам Фихте не наполнял понятия формы и содержания конкретным содержанием, которое позволяло бы непосредственно их использовать в качестве критериев охраноспособности. В этой связи необходимо отметить, что непосредственное значение для авторского права приобрели последующие интерпретации фихтевской теории.

Однако следует признать, что сама идея о том, что форма произведения, как правило, является индивидуальной, а его абстрактное идейное содержание имеет тенденцию быть неоригинальным, относимым к общему культурному достоянию, оказалась крайне плодотворной, что обеспечило учению о форме и содержании произведения всеобщее признание. Тем не менее, независимо от содержания его последующих интерпретаций, необходимо четко понимать функции и значение тезиса о форме и содержании произведения: с самого начала он имел подчиненное значение и использовался для того, чтобы в общей форме указать, что в произведении является индивидуальным, а что относится к общедоступному материалу. Понятия формы и содержания произведения представляли собой попытку в первом приближении конкретизировать критерий индивидуальности. Однако чрезмерная онтологизация этих понятий определила их недостаточную точность и, соответственно, границы применимости рассматриваемой теории на практике.

Общая логика данной теории основана на предположении о том, что существует возможность заранее указать те элементы произведения, которые, относясь к форме либо к содержанию произведения соответственно, являются индивидуальными либо, наоборот, неоригинальными, и что, следовательно, можно

заранее структурировать абстрактную модель произведения и классифицировать ее элементы на охраняемые и неохраноспособные. Как показало развитие доктрины авторского права, данный путь оказался тупиковым, что в конечном счете привело к утрате признаками формы и содержания произведения значения критерии охранных способностей и замене рассматриваемой концепции общим учением об индивидуальности (оригинальности) произведения.

Логика дальнейшего развития учения о форме и содержании произведения в национальных доктринах авторского права определялась его взаимосвязью с проблематикой объекта авторского права, развитием взглядов на общий критерий индивидуальности (оригинальности) произведения, с состоянием учения о критерии творческого характера произведения. Соответственно, рассматриваемая концепция выполняла функции определения объекта охраны в той мере, в какой они не выполнялись общим учением о критерии творчества, и в этом смысле в рамках теории объекта авторского права имела вспомогательное значение. Совершенствование и уточнение общей теории объекта авторского права привели к сужению сферы применения учения о форме и содержании произведения, а в ряде случаев – к его устраниению как недостаточно точного.

Прежде всего по мере утверждения авторско-правовой системы из теории о форме и содержании произведения устраивались положения, которые были необходимы Фихте для фундирования необходимости авторского права. Так, для целей определения объекта авторско-правовой охраны оказалось несущественным различие между нематериальной и материальной (внешней) формами произведения. Возможно, именно поэтому из дальнейших интерпретаций теории Фихте оно было устранено. Подчеркивалась необходимость соотнесения авторского права с принципом свободы мысли, свободы творчества, а также центральное место дилеммы категорий формы и материала, понимаемых в неюридизированном смысле. Учение Фихте интерпретировалось в том смысле, что идеи должны оставаться свободными, в то время как автор приобретает права лишь на форму выражения таких идей²⁰. Понятие формы, таким образом, было расширено и стало включать в себя фихтевские нематериальную и материальную формы. Именно с таким пониманием формы получил признание тезис о том, что индивидуальность произведения, как правило, выражается именно в его форме, в то время как содержание произведения такими признаками не обладает, поскольку идеи «принципиально существуют и лишь нуждаются в том, чтобы быть познанными и представленными на дневной свет»²¹. Соответственно, в понятие охраноспособного произведения в дальнейшей интерпретации включались только элементы, относящиеся к форме результата интеллекту-

²⁰ Цит. по: Ulmer E. Op. cit. 2. Aufl. S. 105.

²¹ Dreier T., Schulze G. Urheberrechtsgesetz Kommentar. München: Verlag C.H. Beck, 2004. S. 57.

альной деятельности, в то время как новизна содержания для авторского права расценивалась как не имеющая значения.

Учение о форме и содержании произведения в классической форме, воспринятой в том числе и отечественной доктриной²², было сформулировано Й. Колером (*J. Kohler*)²³. Концепция Й. Колера впоследствии развивалась и дополнялась его многочисленными последователями и критиками, однако наиболее общие ее положения получили всеобщее признание²⁴.

Суть классического учения о форме и содержании произведения воспринята от Фихте и заключается в указании на то, что в произведении литературы, науки, искусства охраноспособной является лишь его форма, но не содержание. При этом, однако, данная теория была Й. Колером существенно модифицирована: во-первых, было предложено иное ее обоснование, а во-вторых, существенно расширено понятие охраноспособной формы.

Концепция Й. Колера, как представляется, была реакцией на ставшее очевидным ко второй половине XIX в. противоречие между личностными обоснованиями авторского права (особенно сильными в германской доктрине²⁵) и его моделью, в основе которой лежал запрет простой перепечатки произведения. Данная модель, близкая к англо-американской системе копирайт, предоставляла правообладателю только так называемую тонкую монополию и не позволяла обеспечить охрану многих индивидуальных элементов произведения, не сводимых к внешней форме, т.е. к словесной оболочке. Личностные основания континентального авторского права требовали расширения авторских прав, формирования авторской монополии по модели права господства, за пределами которой оставались бы лишь те элементы произведений, которые принципиально лишены индивидуальности, а потому должны оставаться во всеобщем достоянии.

Исходным пунктом для учения Й. Колера послужил тезис о том, что в сфере авторско-правовой охраны попадают не любые результаты интеллектуальной деятельности, а только те, что являются результатом творческой деятельности их автора. Й. Колер демонстрирует данную границу на примере про-

²² Ионас В.Я. Произведения творчества в гражданском праве. М., 1972. С. 27.

²³ Kohler J. Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht. 1980 (Neudruck der Ausgabe Stuttgart, 1907). S. 128 ff., 143 ff.

²⁴ Berkig C. Die Unterscheidung von Form und Inhalt im Urheberrecht. Baden-Baden, 2002. S. 16–24.

²⁵ См., в частности: 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 // Archiv für Theorie und Praxis auf dem Gebiet des Allgemeinen Deutschen Handels- und Wechselrechts. Band 3. Leipzig, 1877. S. 185, 201 ff. О распространении в Германии личностных обоснований авторского права см.: Möller U. Die Übertragbarkeit des Urheberrechts in Deutschland. Berlin: BWV, 2007.

изведений науки, содержание которых, по его мнению, лишь воспроизводит действительность. В этом смысле оно квалифицируется автором как открытие, т.е. познание объективно существующего. Данные открытия могут быть совершены любым другим исследователем, а потому не выражают личность самого автора, его духовный мир и, соответственно, не могут содержать в себе признаки индивидуальности, своеобразия и считаться с точки зрения авторского права результатом творческой деятельности. В той мере, в какой содержание научного произведения воспроизводит объективно существующую помимо автора действительность, оно не пользуется авторско-правовой охраной²⁶.

Таким образом, в концепции Й. Колера центральной категориальной парой, которая позволяет разграничить охранные и неохранные элементы произведения и, соответственно, отнести их к форме либо к содержанию произведения, является оппозиция между теми элементами произведения, которые воспроизводят существующую помимо автора действительность, и теми, которые выражают духовный мир автора, представляют собой плод воображения автора и придают индивидуальность, своеобразие данному произведению по сравнению с иными произведениями²⁷. Соответственно, именно принадлежность определенных элементов содержания произведения к всеобщему достоянию рассматривается автором в качестве основания для исключения их из сферы авторско-правовой охраны.

Данные тезисы было необходимо вписать в общепризнанное учение о форме и содержании. Это потребовало существенного расширения понятия формы произведения, поскольку выяснилось, что ряд элементов, которые традиционно считались содержательными, соответствуют принятым Й. Колером критериям самостоятельной творческой деятельности. В этой связи было введено понятие внутренней формы произведения, которое впоследствии получило всеобщее признание²⁸.

В ходе дальнейшего развития теории Й. Колера под *содержанием* произведения понимались идеи, мысли, чувства, настроения и т.п., которые автор пытается передать своему читателю, зрителю, слушателю. Понятие содержания произведения описывалось посредством таких выражений, как «ядро произведе-

²⁶ Kohler J. Op. cit. S. 128–130, 142–144.

²⁷ Ibid. S. 150.

²⁸ Особо отметим взаимосвязь между основаниями, которые положены Й. Колером в основу определения сферы авторско-правовой охраны, и используемыми им критериями творчества и интерпретацией понятий охраняемой формы и неохранных содержаний. Именно это позволяет сделать вывод о том, что уже в учении Й. Колера наметился переход от употребления метаюридических понятий формы и содержания к использованию общих критерииов индивидуальности и своеобразия. Понятия формы и содержания хотя и остаются в понятийном аппарате, однако их объем явно поставлен в зависимость от взглядов на творчество.

ния»²⁹, «идейное содержание»³⁰, «субстрат произведения, остающийся неизменным после устранения (изменения) формы произведения»³¹, «значение высказывания», «общее значение текста»³². Понятие содержания произведения также определялось посредством указания в качестве иллюстрации на соответствующие части (элементы) произведения: фабулу, сюжет произведения, характеристики главных героев, последовательность описываемых событий и т.п.

Понятие формы произведения стало использоваться для обозначения того, каким образом, т.е. при помощи каких художественных средств, слов, звуков, красок, автор делает доступным для читателя, зрителя, слушателя содержание произведения. По образному выражению О. Ульмера, форма произведения – это та одежда, в которой произведение предстает перед читателем³³. Понятие формы произведения описывалось в литературе с помощью таких выражений, как «способ, посредством которого содержание произведения делается доступным для восприятия»³⁴, «способ конкретизации содержания»³⁵ и др. При этом, разумеется, речь идет о нематериальной форме произведения, а не о его материальном носителе.

При этом вслед за Й. Колером в доктрине традиционно стали выделяться так называемые внутренняя и внешняя формы произведения. Под *внешней формой* произведения понимается внешняя последовательность слов, звуков и т.п., т.е. произведение в том виде, в каком оно предстает читателю, слушателю. В ряде случаев под внешней формой произведения также понимался индивидуальный стиль художественной формы произведения.

Под *внутренней формой* произведения понимается внутренняя структура, внутренний порядок произведения, т.е. определенная последовательность и взаимосвязь идей, ритмов, определенным образом упорядоченное идейное содержание произведения, последовательность аргументов и выводов, примеров и иллюстраций, индивидуальный ход рассуждений, стиль аргументации, образное

²⁹ Ulmer E. Der Urheberschutz wissenschaftlicher Werke unter besonderer Berücksichtigung der Programme elektronischen Rechenanlagen // Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften. München, 1967. S. 3.

³⁰ Plett K. Urheberschaft, Miturheberschaft und wissenschaftliches Gemeinschaftswerk. München, 1984. S. 124 ff.

³¹ Nordemann W. Urheberrecht an Lehrmitteln // Neue Juristische Wochenschrift. 1970. S. 881 ff. Определение содержания произведения через его неизменность при изменении формы см. также: Hubmann H. Der Rechtsschutz der Idee // UFITA. 1957. № 24. Bd. II. S. 1–4; Kummer M. Das urheberrechtlich schützbare Werk. Bern, 1968. S. 8 ff.

³² Haberstumpf H. Zur Individualität wissenschaftlicher Sprachwerke. Freiburg, 1982. S. 56 ff.

³³ Ulmer E. Op. cit. 2. Aufl. S. 3.

³⁴ Schramm C. Die Schöpferische Leistung. Berlin; Köln, 1957. S. 64.

³⁵ Siegwart H. Der urheberrechtliche Schutz der wissenschaftlichen Werke. Bern, 1954. S. 25 ff.

содержание, особенности чередования образов, построение, внутренний ритм произведения и т.п.³⁶

Тезис о нацеленности авторского права на охрану индивидуальной (оригинальной) художественной формы на начальном этапе позволил в целом более эффективно решать задачу определения объекта авторского права и при помощи общих критериев отделить произведение от иных интеллектуальных продуктов (как охраняемых патентным правом, так и неохранныспособных), а кроме того, более точно определить перечень охранныспособных элементов произведения. Также важно, что данная теория связала объект авторского права с признаками его индивидуальности (оригинальности). Тем самым учение о форме и содержании продемонстрировало явный позитивный сдвиг проблемы³⁷.

Однако внутренние недостатки учения о форме и содержании произведения определили возникновение ряда трудноразрешимых проблем, что стало по-водом для критики³⁸ и привело к общему признанию его недостаточности для целей определения объекта авторского права.

2. Критика учения о форме и содержании произведения

Основной недостаток учения о форме и содержании произведения (в его первоначальных модификациях) заключается в использовании не юридических, а философских, либо филологических, либо обыденных понятий формы и содержания произведения без необходимой проверки их адекватности целям правового регулирования, их соответствия логике и внутренним возможностям авторско-правовой системы.

Указанный недостаток, как представляется, является следствием чрезмерной онтологизации формы и содержания произведения, т.е. их рассмотрения в качестве достаточно определенных явлений, которые могут служить точкой от-

³⁶ См., в частности: *Kohler J.* Op. cit. S. 143 ff.; *Moltke B.* Das Urheberrecht an den Werken der Wissenschaft // UFITA-Schriftenreihe (№ 97). Baden-Baden, 1992. S. 48; *Ulmer E.* Urheber- und Verlagsrecht. 3. Aufl. Berlin, 1980. S. 123 (далее – *Ulmer E.* Op. cit. 3. Aufl.); *Berking C.* Op. cit. S. 24.

³⁷ Отметим, что несмотря на последующий отказ от учения о форме и содержании произведения, общий вектор решения проблемы, а именно тезис о предоставлении охраны индивидуальной форме выражения идей, лег в основу современных представлений об объекте авторского права (см., в частности: *Gamm E.-J. von.* Die Problematik der Gestaltungshöhe im deutschen Urheberrecht // UFITA-Schriftenreihe (№ 216). Baden-Baden, 2004. S. 81; *Hörnig A.* Das Bearbeitungsrecht und die Bearbeitung im Urheberrecht unter besonderer Berücksichtigung von Werken der Literatur // UFITA. 1985. № 99. S. 34–35).

³⁸ Одним из наиболее ярких оппонентов учения о форме и содержании произведения является признанный немецкий теоретик авторского права середины XX в. Ульмер (*Ulmer*) (см.: *Ulmer E.* Op. cit. 2. Aufl. S. 106 ff.; см. также: *Altenpohl M.* Der urheberrechtliche Schutz von Forschungsergebnissen. Bern, 1987. S. 51 ff.; *Kummer M.* Das urheberrechtlich schützbare Werk. Bern, 1968. S. 8 ff.; *Haberstumpf H.* Gedanken zum Urheberrechtsschutz wissenschaftlicher Werke // UFITA. 1983. № 96. S. 47 ff.; *Fromm F.*, *Nordemann W.* Op. cit. S. 71; дальнейшие указания на литературу см.: *Moltke B.* Op. cit. S. 51 ff.).

счета в дискуссии об охраноспособных элементах произведения. Предпосылкой рассматриваемого учения является взгляд на форму и содержание произведения как на такие объекты, которые, подобно вещам, существуют в мире явлений, независимы от познающего их субъекта и как таковые могут быть непосредственно воспринимаемы органами чувств. Соответственно, согласно данной парадигме смысл дискуссии о понятиях формы и содержания произведения мог заключаться лишь в том, чтобы максимально точно познать объективно существующую структуру произведения, описать ее в форме общих понятий, с тем чтобы на этой основе впоследствии сделать выводы о границах охраноспособности произведений³⁹.

Данный угол зрения определил отношение к произведению как к определенной и существующей независимо от субъекта совокупности элементов, которые необходимо каталогизировать, определить их объективно существующие свойства, позволяющие отнести их либо к форме, либо к содержанию произведения. Это позволяло на основании общего правила об исключительной охраноспособности формы произведения, основанного в первоначальных интерпретациях рассматриваемой теории на метаюридических доводах, без дополнительной проверки дедуцировать выводы об их охраноспособности. Однако такие выводы в силу ряда принципиальных недостатков рассматриваемой методологии не могут обладать достаточной с точки зрения специальных целей авторского права точностью.

Во-первых, в рамках данного подхода понятия формы и содержания обсуждаются сами по себе, вне связи со специально-юридическими целями определения объекта авторского права. Соответственно, учение о форме и содержании произведения, ориентируя на отношение к неюридическому структурированию произведения как к объективной и непреложной данности, приводит по сути к некритичному заимствованию понятийного аппарата из области философии, филологии и искусствоведения, преувеличению роли неюридических классификаций. Выводы о границах охраноспособности произведения строятся в узких рамках неюридических представлений о структуре произведения, в пределах неюридических понятий и критериев, без необходимой проверки их на адекватность специальным юридическим целям (определение объекта авторского права).

Однако связанность неюридическими классификациями не позволяет реализовать внутреннюю логику авторского права и структурировать произведение с позиций вытекающих из нее критериев охраноспособности. Именно по-

³⁹ Описанный подход к решению проблемы разграничения формы и содержания произведения является проявлением общей субъект-объектной парадигмы в теории познания, что делает актуальными для него все присущие ей ограничения и проблемы. Также очевидна взаимосвязь рассматриваемых предпосылок с методами структурного анализа, характерными для классического структурализма.

этому общие выводы об охраноспособности тех либо иных элементов произведения с высокой вероятностью должны быть неточными и приблизительными.

Во-вторых, использование в качестве основы неюридических представлений о структуре произведения затрудняло поиск единого универсального критерия охраноспособности произведения, который бы мог гибко применяться к конкретным произведениям, четко отделяя в них действительно индивидуальное от неоригинального. Наоборот, предметом структурного анализа в рамках рассматриваемого учения являлась абстрактная модель произведения с заранее заданной структурой. Соответственно, выводы об охраноспособности элементов произведения также относились к абстрактной модели произведения и, соответственно, не могли учитывать особенности конкретного произведения, фактической индивидуальности тех либо иных его элементов. Абстрактные выводы об охраноспособности элемента произведения в лучшем случае могли быть верными лишь в части случаев, при этом рассматриваемая теория не предоставляла средств коррекции абстрактных выводов в зависимости от особенностей конкретного случая. В этом заключается еще одна причина недостаточной точности критериев охраноспособности, предлагаемых учениями о форме и содержании произведения.

В-третьих, переоценка онтологичности формы и содержания произведения, а также более дробных классификаций его элементов определила возникновение предсказуемых трудностей, которые испытывала юридическая доктрина (а также философия, филология, искусствоведение) при попытке определить в общей форме, что относится к форме, а что к содержанию произведения⁴⁰. В силу принципиальной свободы творческой деятельности, подвижности границ жанров, развития искусства отсутствует возможность раз и навсегда определить используемые в искусствоведении понятия элементов произведения. Такие понятия неизбежно остаются неопределенными и открытыми, во многом метафоричными и дискуссионными, что не позволяет связывать с ними абстрактные выводы об охраноспособности рассматриваемых элементов⁴¹. Более того, в ряде случаев вовсе выяснилась невозможность четкого разграничения формы и содержания произведения (в неюридическом значении этих терминов). Это само по себе является предпосылкой недостаточной точности рассматриваемой

⁴⁰ Сложности в разграничении формы и содержания произведения являются одним из главных возражений против рассматриваемой концепции, приводимых в литературе (см.: *Ulmer E.* Op. cit. 3. Aufl. S. 120 ff.; *Berking C.* Op. cit. S. 34; дальнейшие указания на литературу см.: *Moltke B.* Op. cit. S. 51 ff.).

⁴¹ Это явным образом было продемонстрировано В.Я. Ионасом, который пошел по пути каталогизации охраноспособных элементов различных видов произведений, т.е. в полной мере последовал общей логике учения о форме и содержании произведения, однако не смог сформулировать однозначных выводов об охраноспособности конкретных элементов произведения, сославшись на необходимость исследования вопроса об индивидуальности того либо иного элемента в каждом конкретном случае (см.: Ионас В.Я. Произведения творчества в гражданском праве. М., 1972. С. 30–33, 37–40).

методологии и является еще одним основанием для вывода о неадекватности логики учения о форме и содержании произведения целям юридической практики. Продолжительность дискуссии о содержании указанных понятий, сложности в выработке общепризнанных позиций, невозможность связать с выделенными группами однозначные юридические последствия⁴² – все это подтверждает выводы о неточности принятых критерииев.

Как представляется, одной из основных причин сложностей в разграничении формы и содержания произведения может считаться знаковая природа любого языка. Знак как единица языка с необходимостью заключает в себе определенное содержание, смысл. В частности, для литературного произведения, конечно, важны благозвучность, рифмы, т.е. особенности звучания слов, но не менее значимы также и их значения. Более того, часто произведение является именно сочетанием смыслов, и то, как и какие смыслы сочетаются, во многом характеризует уровень художественной формы произведения. Понятие формы произведения неизбежно включает в себя понятие значения и смысла, т.е. того, что принято относить к идеиному содержанию. Охраноспособную форму от идеиного содержания отделяет не «пустота» формы, не ее ненасыщенность идеями (как раз сами по себе краски, слова, звуки как художественные средства неохраноспособны), а особые, оригинальные сочетания художественных средств выражения идей, в том числе особые индивидуальные смысловые структуры произведения, сочетания значений слов и смыслов, в чем и проявляются оригинальность и творчество автора⁴³.

Появляются основания для иной интерпретации рассматриваемой оппозиции формы – содержания произведения. Речь должна идти о том, что в литературном произведении как определенной системе смыслов при помощи аналитических операций могут быть выделены более общие (абстрактные) идеи, причем уровень такого обобщения может быть разным и зависит от потребно-

⁴² Так, например, общим местом в дискуссии о понятиях формы и содержания произведения были ссылки на то, что не все элементы, которые принято относить к содержанию произведения, находятся во всеобщем использовании и являются неохраноспособными. Так, например, в немецкой судебной практике получила признание охраноспособность выдуманного автором сюжета поэтических произведений. Другим примером является правовая охрана оригинальной последовательности и взаимосвязи идей, теорий и учений, подбор примеров, аргументов и выводов в произведениях науки (см.: *Ulmer E.* Op. cit. 2. Aufl. S. 107–108).

⁴³ В меньшей степени знаковая природа характерна для языка изобразительного искусства и минимальна для музыки. Это тем более подчеркивает сложности в разграничении формы и содержания произведения, а также, что отмечалось в литературе, лишает понятия формы и содержания произведения необходимой определенности и единства по отношению ко всем видам произведений (см.: *Ulmer E.* Op. cit. 2. Aufl. S. 106–107). Граница между понятиями формы и содержания «смазывается», что делает невозможным достижение консенсуса об их содержании в обыденном языке и свидетельствует о необходимости их конкретизации исходя из целей и закономерностей авторского права.

стей субъекта и выбранных им критериев. Соответственно, с учетом сказанного понятия формы и содержания должны описываться скорее при помощи антиномий конкретного и абстрактного, частного и общего.

В этой связи вряд ли можно говорить о каких-либо существующих независимо от субъекта границах между конкретным и абстрактным. Возможность постепенного обобщения смыслов произведения демонстрирует применимость метафоры плавного перетекания конкретного содержания произведения в более абстрактное⁴⁴, причем более общее идеиное содержание, выделяемое в произведении, будет в большей степени иметь характер интерпретации⁴⁵.

Соответственно, выделение каких-либо качественных переходов и структурирование произведения по степени абстрактности идеиного содержания зависит от целей и критериев субъекта, который анализирует данное произведение. Понятия формы и содержания, таким образом, являются конструктами, содержание которых задается анализирующим произведение субъектом исходя из применяемых им критериев⁴⁶.

Вопрос заключается в том, что это за критерии и насколько они соответствуют целям юридической практики. Такие критерии должны вытекать из логики авторского права, определяющей его пределы и возможности и, соответственно, те объекты, которые могут им эффективно охраняться⁴⁷. Такие критерии не должны быть связаны с применением неадекватных юридическим целям абстрактных представлений о структуре произведения, поскольку это лишает их гибкости в решении вопроса об охраноспособности элементов конкретного произведения. Данный взгляд на проблему диктует необходимость использования общего критерия, который бы позволял в каждом конкретном случае ре-

⁴⁴ Как представляется, именно это является причиной трудностей, испытываемых авторами при разграничении внутренней формы и содержания произведения, и источником идеи о том, что данные понятия «смыкаются» и плавно перетекают одно в другое (см.: Haberstumpf H. Op. cit. S. 48; Moltke B. Op. cit. S. 52).

⁴⁵ Аналитик (критик), выделяющий идеиное содержание, неизбежно вкладывает собственное видение содержания текста, которое, возможно, и не предполагалось автором. Получается, что часто выделять идеи в чистом виде и связать их с определенным произведением оказывается затруднительным. Именно поэтому ряд авторов вообще считают, что абстрактное идеиное содержание произведения находится за пределами произведения.

⁴⁶ Отметим, что этим, по нашему мнению, объясняется отсутствие консенсуса о значении понятий формы и содержания произведения в философии, филологии, искусствоведении и доктрине авторского права, не говоря уже о неком предзаданном и «объективном» их понимании, независимом от дисциплинарного дискурса, на использование которого ориентировано учение о форме и содержании произведения (по крайней мере в первоначальных модификациях).

⁴⁷ Как отмечает немецкий автор A. Троллер (A. Troller), «в той мере, в какой понятия произведения литературы и искусства являются правовыми понятиями, вопрос об охраноспособных элементах произведения, исследуя который правовед исходит из необходимости предоставления интеллектуальному продукту правовой охраны, также является правовым... (выделено мной. – К.А.) (см.: Troller A. Urheberrecht und Ontologie // UFITA. 1967. № 50. S. 401 ff.).

шать вопрос об охраниспособности того либо иного элемента конкретного произведения. В этом случае оказывается не столь уж важным, как назвать данный элемент и к какой группе элементов в филологической классификации отнести. Соответственно, последовательная реализация логики авторского права приводит к утрате оппозицией формы – содержания произведения практического значения.

Учение о форме и содержании произведения реализует обратную логику. Вместо единого общего критерия индивидуальности, применимого к конкретным произведениям, оно берет за точку отсчета искусствоведческие представления о структуре произведения (понятия языка, образа, идейного содержания, сюжетных линий, стиля, ритма и т.п.). В отношении выделенных таким образом элементов формулируются выводы об их охраниспособности, которым придается нормативное значение. Понятно, что даже если эти выводы в целом будут правильными, такие абстрактные правила совсем не обязательно будут учитывать особенности конкретного произведения.

Таким образом, основной недостаток учения о форме и содержании произведения заключается в использовании не юридических, а философских, искусствоведческих, обыденных понятий формы и содержания произведения, т.е. признаков, не учитывающих в полной мере особенности и внутренние возможности авторско-правовой системы. С выделенными таким образом элементами связывались абстрактные выводы об их охраниспособности, которые затем без дополнительной проверки применялись в отношении элементов конкретного произведения⁴⁸. На фоне недостаточной определенности неюридических классификаций это приводило к крайне неточным и грубым выводам, не соответствующим логике авторского права.

Попытки преодоления затруднений и последующее устранение учения о форме и содержании произведений

Дальнейшая судьба учения о форме и содержании произведения в национальных доктринах определялась целью преодоления описанных выше теоретических и практических трудностей и, соответственно, его уточнения для юридических целей определения объекта авторского права. При этом были представлены две стратегии. Во-первых, мог быть поставлен вопрос о принципиальной неадекватности рассматриваемой теории логике авторско-правовой си-

⁴⁸ Выбор данной аргументативной стратегии в условиях несформированвшегося и нестабильного авторского права представляется понятным: отсутствие ясности в том, что понятие произведения и, соответственно, критерий творческого характера представляют собой правовые категории, предназначенные для решения специфических юридических задач, заставило искать основание разграничения объектов в принятых на тот момент неюридических классификациях произведений (а также их элементов) без необходимой проверки их адекватности целям правового регулирования.

стемы, необходимости ее полного устраниния и замены иными критериями охраноспособности произведения, имеющими общий характер и не связанными с оппозицией формы – содержания и неюридическими классификациями элементов произведения.

Во-вторых, могла быть предпринята попытка сохранить учение об охраняемой форме и неохраноспособном содержании произведения, наполнив, однако, данные понятия специальным юридическим содержанием исходя из логики авторского права и цели рассматриваемого учения (определение объекта авторско-правовой монополии). Строго говоря, предпринятое И. Колером расширение понятия формы произведения за счет введения понятия внутренней формы представляло собой движение в указанном направлении⁴⁹.

Интересно, что последовательная реализация стратегии уточнения понятий формы и содержания приводила в конечном счете к выводу об их излишестве для целей определения объекта авторского права и, соответственно, либо к утрате ими практического значения, либо к полному их устраниению из юридического дискурса.

Действительно, общие условия охраноспособности и учение о форме и содержании выполняют в механизме авторского права одну и ту же функцию – определение объекта охраны. В случае если при помощи вытекающего из логики авторского права единого критерия индивидуальности (оригинальности) произведения можно в каждом конкретном случае точно разделить элементы произведения на охраноспособные и неохраноспособные, то классификации элементов по иным основаниям, и в том числе оппозиция формы – содержания произведения, утрачивают практическое значение. Общие (абстрактные) правила об охраноспособности выделенных по неюридическим (и к тому же крайне неопределенным) основаниям элементов произведения в этом случае становятся излишними как слишком грубые и неточные.

Вопрос заключается в том, насколько в национальных доктринах авторского права удавалось выработать такой критерий творчества, который сам по себе мог бы использоваться для отделения охраноспособных элементов произведения от неохраноспособных и делал бы излишними ссылки на вспомогательные конструкции, основанные на абстрактных неюридических классификациях. Другими словами, исторически судьба теории о форме и содержании произведения зависела от того, насколько общее учение о критерии творчества было способно выполнять функции критикуемой концепции, т.е. служить более точным инструментом определения индивидуальности элементов конкретного произведения.

⁴⁹ В любом случае имеются основания для вывода, который был сделан К. Винком (K. Vink), что понятие внутренней формы относится, собственно, не к форме произведения (в философском понимании этого термина), а к его содержанию (см.: Fromm F., Nordemann W. Op. cit. S. 71).

В отечественной доктрине и судебной практике учение о форме и содержании произведения было воспринято в классической форме, восходящей к И. Колеру⁵⁰, однако не получило развития в той мере, которая бы привела к отказу от тезиса о неохраноспособности содержания произведения⁵¹. Попытки преодоления указанных выше затруднений рассматриваемой теории предпринимались по пути расширения понятия охраноспособной формы, а также конкретизации понятий формы и содержания в отношении произведений отдельных видов.

Данная работа наиболее тщательно была проделана В.Я. Ионасом⁵². Автор пошел по пути каталогизации охраноспособных элементов различных видов произведений, т.е. в полной мере последовал общей логике рассматриваемого учения. Анализируя со ссылками на искусствоведческую литературу понятия формы и содержания произведения, автор пришел к предварительному выводу об охраноспособности оригинального языка произведения (как его внешней формы), названия, образного содержания произведения, а также оригинальных сюжетных линий. В качестве неохраноспособных были названы тема, материал произведения, сюжетное ядро, идейное содержание⁵³. Однако практическое применение данных выводов оказалось существенно затрудненным вследствие сложностей в определении и классификации структурных элементов конкретного произведения, в частности отсутствия консенсуса о содержании понятий идейного содержания, сюжета, образа и т.д. Это было предсказуемым, поскольку данный подход воспроизводил на более конкретном уровне отмеченный выше общий недостаток учения о форме и содержании – использование недостаточно определенных, неформализуемых и не приспособленных для специально-юридических целей критериев и классификаций. Это по сути заставило автора отказаться от однозначной квалификации элементов произведения как охраноспособных либо неохраняемых в пользу использования общего критерия творческого характера соответствующего элемента, что, однако, фактически означало отказ от учения о форме и содержании произведения и постановку задачи дальнейшей конкретизации критерия творчества, учитывающего возможности авторско-правовой системы.

Под влиянием сложностей практического применения учения о форме и содержании произведения, а также под влиянием соображений целесообразности общее мнение в зарубежной доктрине сегодня склоняется к отказу от учения

⁵⁰ См.: Ионас В.Я. Произведения творчества в гражданском праве. М., 1972. С. 30 и сл.

⁵¹ См., в частности: Дозорцев В.А. Понятие и система исключительных прав // Дозорцев В.А. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. М., 2003. С. 16.

⁵² Ионас В.Я. Указ. соч.

⁵³ Там же. С. 30–33, 37–40.

об охраноспособной форме и неохраняемом содержании произведения в представленном выше виде. При этом показательным является развитие немецкой доктрины, в рамках которой, собственно, рассматриваемое учение было сформулировано, конкретизировано и впоследствии отвергнуто⁵⁴.

Отказу от учения об охраняемой форме и неохраноспособном содержании произведения предшествовали длительные попытки уточнения указанных понятий с позиций логики авторско-правовой системы и, соответственно, дискуссия об их значении. При этом дополнительные поводы для обсуждения давала судебная практика, в ряде случаев эксплицитно признававшая охраноспособность отдельных элементов произведения, традиционно относимых к содержанию⁵⁵.

Попытки коррекции значения оппозиции формы – содержания, наполнения ее специальным юридическим содержанием приводили к использованию все более общих, иногда метафорических критериев, которые по своему содержанию смыкались с понятием индивидуальности произведения. В частности, использовались такие образы, как «ядро» произведения и его «одеяние»⁵⁶. Различие содержания и формы усматривались в том, что при изменчивости формы «субстрат произведения остается неизменным»⁵⁷. Проблема разграничения формы и содержания произведения также решалась в терминах абстрактного и конкретного⁵⁸. Некоторыми авторами небезосновательно использовалась терминология семиотики, так что неохраноспособное содержание произведения определялось как «общее значение текста» либо как «значение высказывания»⁵⁹. Наконец, форма и содержание произведения напрямую определялись через понятия индивидуального в произведении, с одной стороны, и неохраноспособного всеобщего достояния – с другой⁶⁰.

⁵⁴ Европейские правопорядки в этом вопросе во многом ориентируются на признанные позиции, выраженные в немецкой науке авторского права. Так, например, испанская доктрина в полной мере, со ссылками на соответствующие немецкие источники, воспроизводит указанные господствующие позиции как в части первоначальной рецепции учения о форме и содержании произведения, так и в части последующего его устранения из дискурса. Подробнее об этом см.: *Bettinger T.* Op. cit. S. 55 ff.

⁵⁵ RGZ 69, 401, 405; KG Berlin GRUR 1926, 441 – Alt Heidelberg; BGH GRUR 1959, 379 ff. – Gasparone; BGH GRUR 1994, 191, 203 – Asterix-Persiflagen.

⁵⁶ *Ulmer E.* Der Urheberschutz wissenschaftlicher Werke unter besonderer Berücksichtigung der Programme elektronischen Rechenanlagen. S. 3.

⁵⁷ *Nordemann W.* Urheberrecht an Lehrmitteln // Neue Juristische Wochenschrift. 1970. S. 881 ff.; *Hubmann H.* Der Rechtsschutz der Idee // UFITA. 1957. № 24. Bd. II. S. 1–4; *Kummer M.* Das urheberrechtlich schützbare Werk. Bern, 1968. S. 8 ff.

⁵⁸ *Siegwart H.* Der urheberrechtliche Schutz der wissenschaftlichen Werke. Bern, 1954. S. 25 ff.

⁵⁹ *Haberstumpf H.* Op. cit. S. 56 ff.; *Haberstumpf H.* Grundsätzliches zum Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs von 9. Mai 1985 // Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. 1983. S. 436, 437 (цит. по: *Moltke B.* Op. cit. S. 50).

⁶⁰ *Ulmer E.* Op. cit. 3. Aufl. S. 119; *Berking C.* Op. cit. S. 30–32, 36.

Как видим, указанные критерии не столько характеризуют понятия формы и содержания, сколько относятся непосредственно к признаку творчества (индивидуальности) как критерию охраноспособности произведения либо его отдельного элемента. Это был возврат к тому пункту, исходя из потребности объяснения которого Фихте и ввел понятия формы и содержания произведения. По сути это означало признание непригодности данных понятий для конкретизации признака индивидуальности и утрате ими функции самостоятельных критериев охраноспособности. Даже если они и не устраняются из понятийного аппарата доктрины авторского права, то их роль ограничивается выполнением функции метафоры, первого и грубого ориентира, который позволяет в общих чертах показать, какие элементы произведения, как правило, являются индивидуальными⁶¹.

Впервые предложение устраниТЬ учение об охраняемой форме и неохраноспособном содержании произведения как недостаточно точное было убедительно сформулировано О. Ульмером⁶² и затем поддержано рядом авторитетных авторов⁶³. В настоящеe время данная позиция считается господствующей⁶⁴.

Было признано, что данное учение позволяет определить объект авторского права лишь приблизительно, что делает его неприменимым для целей правового регулирования. Проблема разграничения охраноспособных и неохраноспособных элементов произведения должна разрешаться каждый раз в отношении конкретного произведения при помощи общего критерия творчества (индивидуальности, оригинальности). Соответственно, в связи с дискуссией о понятиях формы и содержания произведения речь в настоящеe время идет скорее о необходимости разграничения неохраноспособного литературного, научного и культурного достояния и охраноспособных индивидуальных особенностей произведения либо, как выражаются авторы, «голых идей» и их конкретного воплощения в индивидуальной форме⁶⁵. При этом неохраноспособные идеи либо относятся к категории общераспространенных и находящихся во всеобщем использовании (например, так называемые бродячие сюжеты), либо относятся к

⁶¹ Благодаря способности рассматриваемых понятий выполнять функцию грубого ориентира в ряде правопорядков они до настоящего времени используются в качестве вспомогательного средства *ad hoc* в случаях, если общие условия охраноспособности сформулированы неудовлетворительно и не позволяют адекватно разграничить охраноспособные и неохраноспособные объекты (об этом см. ниже).

⁶² Ulmer E. Der Urheberschutz wissenschaftlicher Werke unter besonderer Berücksichtigung der Programme elektronischen Rechenanlagen. S. 1 ff., 15 ff.

⁶³ Altenpohl M. Der urheberrechtliche Schutz von Forschungsergebnissen. Bern, 1987. S. 51 ff.; Kummer M. Das urheberrechtlich schützbare Werk. Bern, 1968. S. 8 ff.; Haberstumpf H. Gedanken zum Urheberrechtsschutz wissenschaftlicher Werke // UFITA. 1983. № 96. S. 47 ff.; Fromm F., Nordemann W. Op. cit. S. 71.

⁶⁴ Fromm F., Nordemann W. Op. cit. S. 71.

⁶⁵ Ulmer E. Op. cit. 2. Aufl. S. 108.

категории принципиально повторимых исходя из имеющихся на данный момент стандартов и методов деятельности в определенной сфере.

Соответственно, как отмечается в литературе⁶⁶, в виде общего правила четко данная граница проведена быть не может, но должна специально определяться в отношении каждого конкретного произведения. В случае использования привычной (неюридической) терминологии речь сегодня идет о том, что также охраноспособными признаются и элементы содержания, которые удовлетворяют общим критериям охраноспособности произведения⁶⁷.

Таким образом, с точки зрения логики авторского права значение учения о форме и содержании произведения ограничивается тем, что оно позволяет лишь в самом общем виде показать, в чем, как правило, проявляется индивидуальность произведения. Используя не подходящие для юридических целей характеристики, оно недостаточно точно позволяет провести границу между охраноспособными и неохраноспособными интеллектуальными продуктами.

Акцент в дискуссии о круге охраноспособных элементов произведения был перенесен на общую проблематику критерия творчества (индивидуальности) произведения. Однако еще раз подчеркнем, что устранение учения о форме и содержании является возможным в той мере, в какой в национальных доктринах удается так конкретизировать критерий творчества (индивидуальности), чтобы он сам по себе мог эффективно выполнять функции определения круга охраноспособных элементов произведения в соответствии с логикой авторского права. По-видимому, именно особенностями развития общего учения о критерии творчества объясняется поразительная устойчивость теории об охраняемой форме и неохраноспособном содержании произведения в национальных доктринах, несмотря на ее в общем-то очевидные противоречия и дисфункции⁶⁸.

⁶⁶ Dreier T., Schulze G. Op. cit. S. 57.

⁶⁷ Gamm E.-I. von. Op. cit. S. 80; Fromm F., Nordemann W. Op. cit. S. 71. Отметим, что данное понимание учения о форме и содержании произведения соответствует буквальной формулировке п. 5 ст. 1259 ГК РФ, в соответствии с которым авторские права не распространяются на идеи, концепции, принципы, методы, процессы, системы, способы, решения технических, организационных или иных задач, открытия, факты, языки программирования. Кроме того, конкретизация тезиса о разграничении неохраноспособных идей и их охраноспособного воплощения в индивидуальной форме, предлагаемая немецкой доктриной, по содержанию совместима с положениями отечественной доктрины, но при этом позволяет более эффективно разрешать споры вокруг элементов конкретного произведения, а также предоставляет достаточное к тому обоснование.

⁶⁸ В этой связи интересно провести параллели с общими моделями развития научного знания, исследуемыми в рамках эпистемологии. Рассматриваемый случай является наглядной иллюстрацией тезиса о том, что основанием для устранения теории из научного дискурса являются не сами по себе трудноразрешимые проблемы, испытываемые теорией, но появление более успешной, прогрессирующей исследовательской программы, на фоне которой регрессирующая концепция становится не привлекательной для научного сообщества.

Логика развития общего учения о критерии творчества в европейской доктрине авторского права определялась дискуссией о субъективном и объективном понимании критерия творческого характера (индивидуальности) произведения⁶⁹.

Объективный подход к определению оригинальности основывается на предположении, что авторское право должно защищать вклад в национальную либо мировую культуру, и, соответственно, предполагает сравнение интеллектуального продукта с уже существующими произведениями. Именно произведение, а не деятельность субъекта получает правовую охрану, а потому критерий творчества должен иметь общественное значение, характеризовать результат интеллектуальной деятельности в контексте культурного достояния. В этом случае творческий характер произведения понимается в смысле наличия в нем особых признаков, отличающих его от уже существующих произведений, т.е. как его новизна⁷⁰.

Однако выяснилось, что использование признака новизны само по себе не вытекает из внутренней логики авторского права и 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, ре-продуктивных актов (как, например, бухгалтерский баланс) либо быть содержательным результатом творческой деятельности, охраняемым патентным правом. Сама по себе новизна произведения не свидетельствует непременно о необходимости предоставления ему авторско-правовой охраны. Кроме того, практическая реализация данного подхода также столкнулась с существенными сложностями, обусловленными отсутствием в авторском праве механизмов установления абсолютной мировой новизны произведения. Именно поэтому признак новизны сам по себе не мог служить достаточным основанием для разграничения охраноспособных и неохраноспособных элементов произведения и, соответственно, заменить учение о форме и содержании произведения.

Большее распространение в *европейской* литературе⁷¹ и судебной практике⁷² получил субъективный подход к определению критерия творческого характера

⁶⁹ Развернутая попытка рациональной реконструкции истории развития учения о творческом характере произведения предпринята нами в работе: Кашанин А.В. Творческий характер как условие охраноспособности произведения в российском и иностранном авторском праве // Вестник гражданского права. 2007. № 2. С. 75.

⁷⁰ Bettinger T. Op. cit. S. 24.

⁷¹ См., в частности: Fuchs U. Der Werkbegriff im italienischen und deutschen Urheberrecht: eine rechtsvergleichende Untersuchung. München, 1996. S. 71; Knöbl H.P. Op. cit. S. 55.

⁷² См., в частности: BGH GRUR 1998, 916 (917, 918) – Stadtplanwerk; BGH GRUR 1985, 1041 – Inkassoprogramm; BGH GRUR 1991, 449 – Betriebssystem.

(оригинальности, индивидуальности) произведения, в основание которого положен тезис о связи произведения с личностью автора и, соответственно, взгляд на авторское право прежде всего как на охрану личной сферы автора. Это предполагает, что охранные способные произведение, созданное определенным автором, «отражает в себе его личность»⁷³, индивидуальность (индивидуальный подход)⁷⁴, выразительную силу⁷⁵. В этой связи существенным для квалификации произведения в качестве оригинального является установление факта его независимого создания в результате собственной творческой деятельности создателя.

Однако нельзя сказать, что реализация последовательного субъективного подхода также в полной мере соответствовала логике авторского права и позволяла заменить учение о форме и содержании произведения.

Логика развития субъективных пониманий критерия творчества (индивидуальности) носила на себе отпечаток чрезмерного акцента, сделанного в доктрине авторского права на взаимосвязи произведения с личностью автора, в основании которого лежали традиционные ориентации европейского авторского права на личностные моральные обоснования. Можно выделить целый ряд причин, которые определили такое положение вещей.

К ним можно отнести, во-первых, распространенный в XVIII в. в европейских литературных кругах взгляд на произведение искусства как на «оригинальное творение гения», выраждающее его уникальную личность, своеобразие, талант, способности. Считалось, что результат интеллектуальной деятельности, эстетический уровень которого достаточен, чтобы оправдать предоставление авторско-правовой охраны, должен обладать признаками, характерными только для произведений определенного автора, и, соответственно, позволять установить авторство⁷⁶. Только в этом случае можно было говорить о воплощении (отражении) личности автора в произведении и, соответственно, релевантности личностно-ориентированного обоснования (легитимации) авторского права.

Второй причиной можно считать распространение в XIX в. в немецкой доктрине гражданского права личностно-ориентированных интерпретаций субъективного права, восходящих к Гегелю и Пухте⁷⁷. В теории авторского права

⁷³ Bettinger T. Op. cit. S. 23.

⁷⁴ Ulmer E. Op. cit. 2. Aufl. S. 116.

⁷⁵ BGH GRUR 1995, 673 (675) – Mauerbilder.

⁷⁶ Примерно так звучало первое определение творчества в доктрине авторского права, принадлежащей Л.Й. Нойштетту (*Neustetel L.J. Der Büchernachdruck, nach römischem Recht betrachtet*. 1824 (Nachdruck in: UFITA. 1994, № 124. S. 49 ff.). Об этом см.: Hartmann C.H. Überlegungen zum Werkbegriff – insbesondere zur Individualität – an Beispielen zeitgenössischer Musikformen // UFITA. 1993, № 122. S. 57, 62. См. также: Knöbl H.P. Op. cit. S. 51–52.

⁷⁷ Puchta G.F. Pandekten. 7. Aufl. Leipzig, 1953. S. 181.

данная парадигма нашла свое законченное выражение в теории О. Гирке, обосновывающей существование исключительных прав указанием на тесную связь результата творческой деятельности с личностью (личной сферой) автора⁷⁸. Авторско-правовая охрана произведений рассматривалась прежде всего как охрана личности автора, его интересов личного характера, а субъективные права автора – как права личного характера. При этом имущественное содержание авторско-правовой монополии явно недооценивалось. Данный перекос был в определенной мере устранен теорией *Immaterialgüterrecht*⁷⁹ И. Колера, исходящей из дуалистической природы (личной и имущественной) авторского права. Однако данная теория так и не получила полного признания в силу исторических особенностей немецкой правовой системы (в частности, отсутствия на тот момент общего института охраны личных неимущественных благ), усиления роли социальной составляющей в политике и др. и была заменена монистической теорией О. Ульмера, основанной на тезисе о неразрывном единстве личных и имущественных прав автора⁸⁰.

Чрезмерность акцента на нематериальной составляющей авторского права нашла свое проявление в том, что в центре внимания оказалась не имущественная логика монополии на произведение, а взаимосвязь произведения с личными неимущественными интересами автора⁸¹. Соответственно, критерий индивидуальности обсуждался не с точки зрения конструкции авторского права как монополии на использование произведения, а прежде всего с позиций его взаимосвязи с личностью автора. Полученные таким образом выводы послужили основанием для последовательных субъективных интерпретаций критерия творчества.

Соответственно, в рамках логики субъективного подхода было предложено считать охраноспособными такие произведения, в которых проявляется личность автора (так, что его можно установить по индивидуальному почерку, сти-

⁷⁸ Gierke O. Deutsches Privatrecht. Leipzig, 1895. S. 762 ff.

⁷⁹ Наиболее точным переводом данного термина с немецкого, соответствующим смыслу теории И. Колера, был бы «право на интеллектуальный продукт» (см.: Rigamonti C.P. Op. cit. S. 58 ff.).

⁸⁰ Ulmer E. Op. cit. 3 Aufl. S. 109 ff. Реконструкцию развития взглядов на личный характер авторского права в немецкой доктрине см. в нашей работе: Кашанин А.В. О проблеме распоряжения личными неимущественными правами автора // Вестник гражданского права. 2009. № 4.

⁸¹ По-видимому, именно это определило распространение в доктрине авторского права социологического стиля аргументации, а именно методологии взвешивания интересов – имущественных и нематериальных. Данная методология остается крайне популярной в немецкой доктрине авторского права и в настоящее время (см., например: Bartmann J. Grenzen der Monopolisierung durch Urheberrechte am Beispiel von Datenbanken und Computerprogrammen. Köln; Berlin; München, 2005; Knöbl H.P. Op. cit.; Moltke B. Op. cit.). К сожалению, анализ интересов, как правило, заменяет собой исследование внутренних закономерностей, внутренней логики авторского права как юридического института. Между тем интерпретации вовлеченных в отношение интересов могут быть самыми произвольными (подробнее критику методологии взвешивания интересов см. ниже).

лю), которые «отражают в себе его личность»⁸², индивидуальность (индивидуальный подход)⁸³, выразительную силу⁸⁴, либо произведения, которые были созданы в результате самостоятельной творческой деятельности (т.е. представляют собой субъективное творчество).

Однако практическое применение критерия творчества как выражения личности автора было существенно затруднено в связи с невозможностью в ряде случаев установления личности автора и, следовательно, выяснения, насколько в произведениях отразилась его индивидуальность⁸⁵. Во-вторых, выяснилось, что лишь немногие авторы имеют настолько индивидуальный почерк, что по произведению (как правило, признанному шедевру) можно установить фигуру автора⁸⁶. Применение критерия индивидуального подхода автора оказывается невозможным в отношении огромной массы рядовых произведений.

Критерий субъективного творчества не позволял отличить оригинальные произведения от интеллектуальных продуктов, напоминающих по внешним признакам произведение, но лишенных оригинальности, в случае если последние были созданы также в результате самостоятельной созидающей деятельности. Причиной этого, как представляется, является ложность имплицированной данной теорией посылки о том, что самостоятельная субъективно-творческая деятельность приводит к созданию оригинального произведения, выражавшего личность автора, вне зависимости от того, является ли такая личность неродинарной либо заурядной. Кроме того, основываясь на нерационализированном понятии произведения, данный критерий не позволял решить проблему охраноспособности отдельных элементов произведения.

Именно поэтому последовательные субъективные интерпретации критерия индивидуальности также не позволяют заменить учение о форме и содержании произведения.

Более приспособленным к эффективному решению задачи определения круга охраноспособных объектов (в том числе элементов произведения) исходя из логики авторского права как юридической конструкции оказался компромиссный субъективно-объективный подход, подчеркивающий решающее значение индивидуальности произведения, однако учитывающий его общественное значение. Методология указанного компромиссного подхода, способствующего решению указанных выше проблем, предполагает использование в рам-

⁸² Bettinger T. Op. cit. S. 23.

⁸³ Ulmer E. Op. cit. 2. Aufl. S. 116.

⁸⁴ BGH GRUR 1995, 673 (675) – Mauerbilder.

⁸⁵ См., например, решение испанского Tribunal Supremo от 26 октября 1992 г. (CCJC. № 30. S. 963 ff.).

⁸⁶ Bettinger T. Op. cit. S. 28, 47; Ulmer E. Op. cit. 2. Aufl. S. 110.

ках направления, задаваемого субъективной концепцией, элементов объективного подхода, позволяющего сопоставить произведение с уже существующими произведениями и оценить его в общественном масштабе.

Соответственно, понимание признаков оригинальности и индивидуальности изменилось. Данное понятие стало охватывать объективно существующие уникальные особенности произведения, его своеобразие, которое выделяет его из череды уже существующих произведений⁸⁷, свидетельствует о его неповторимости⁸⁸.

При этом крайне важным является то, что признак уникальности, своеобразия, неповторимости произведения в современной доктрине используется не как метафора, не как открытое понятие, а представляет собой юридическую конструкцию с определенной методологией установления факта соответствия произведения либо его элемента требованиям охраноспособности. По сути используется отрицательный критерий: создание оригинального произведения не может требовать использования лишь технических и механических приемов, должно явно превышать данный уровень, предполагает нетривиальность деятельности по созданию произведения⁸⁹, индивидуальных творческих решений. Соответственно, важно определить сферу нетворческих с точки зрения авторского права интеллектуальных продуктов либо уже известных произведений и посмотреть, насколько конкретное произведение от них отличается⁹⁰.

Это положение конкретизируется при помощи ряда юридических конструкций, позволяющих исключить творческий характер произведения, среди которых следует отметить следующие⁹¹.

1. Понятие объема возможностей автора по созданию произведения в индивидуальной (оригинальной) форме⁹². Возможности автора проявить свою индивидуальность в произведении существенно сужаются заранее заданной целью

⁸⁷ Klöbl H.P. Op. cit. S. 52.

⁸⁸ Kummer M. Das urheberrechtlich schützbare Werk. Bern, 1968. S. 30, 60, 80.

⁸⁹ Интересна в этом смысле взаимосвязь с концепцией творчества как решения нетривиальных по общественным представлениям задач (см.: Пиленко А.А. Право изобретателя. М., 2001. С. 235–243).

⁹⁰ Некоторым функциональным аналогом европейского признака оригинальности в системе копирайт можно считать так называемый *abstractions test*, используемый для установления в произведении круга неохраноспособных общих (абстрактных) идей и позволяющий исключить их из сферы монополии правообладателя.

⁹¹ Указанные юридические конструкции подробно проанализированы нами в следующих работах: Кашигин А.В. Творческий характер как условие охраноспособности произведения в российском и иностранном авторском праве // Вестник гражданского права. 2007. № 2. С. 75; Он же. Проблема минимальных стандартов охраноспособности произведений в авторском праве. Германский опыт // Вестник гражданского права. 2007. № 4.

⁹² В немецкой доктрине для обозначения таких возможностей автора используется термин “*Gestaltungsspielraum*” – букв. «простор для создания формы». Данный термин становится понятным, если иметь в виду учение об охраноспособности произведения в его индивидуальной форме. О взаимосвязи уровня творчества и *Gestaltungsspielraum* см.: Gamm E.-I. von. Op. cit. S. 82 ff.

произведения (прежде всего его прикладным характером), ограниченными средствами ее достижения, необходимостью соответствия разного рода техническим параметрам и иным соображениям функциональности (в частности, необходимостью использования в области техники), широтой либо скучестью художественно-выразительных средств решения задачи, наличием определенных стандартов деятельности, общепринятых (стандартных) средств и способов выражения определенной идеи и т.п.⁹³

2. Понятие всеобщего достояния, к которому относятся в том числе такие интеллектуальные результаты, которые созданы в отсутствие возможностей по созданию произведения в индивидуальной (оригинальной) форме. В данном случае также используется так называемое понятие заданности, предопределенности, ожидаемости (*Vorgegebenheit* – нем.). Кроме того, к всеобщему достоянию относятся неохраняемые творческие произведения, художественные средства, язык и др. Близким понятию всеобщего достояния является конструкция общедоступных источников нематериальных продуктов, которые могут использоваться каждым для создания собственных оригинальных произведений⁹⁴.

3. Понятие стандартов мышления, стандартов определенной деятельности, оформления произведения, стандартов языка, стиля и т.п.

4. Понятие уровня творческого характера произведения, которое объединяет в себе указанные выше критерии и фактически выполняет роль критерия творчества. Так, произведение должно явно превышать по своему уровню то, что для среднего автора представляет собой механическую работу, а также определяется исключительно соображениями функциональности, технической применимости либо требованиями достижения определенной задачи⁹⁵.

Такое понимание критерия творческого характера произведения позволяет адекватно отграничить результаты, которые могут быть монополизированы, от тех, которые должны находиться во всеобщем достоянии, дает возможность устанавливать индивидуальность и неповторимость конкретного произведения либо его элементов исходя из логики авторского права, направленного на охрану уникальных интеллектуальных продуктов, без привлечения учения об охраняемой форме и неохраноспособном содержании произведения.

⁹³ Аналогичные функции в системе копирайт выполняет *merger doctrine*, препятствующая монополизации таких интеллектуальных продуктов, для выражения неохраноспособного содержания которых существует лишь несколько известных (стандартных) форм. Предоставление охраны таким результатам означало бы косвенную монополизацию общедоступного идейного содержания.

⁹⁴ Hubmann H. Urheber- und Verlagsrecht. 6. Aufl. München, 1987. S. 36.

⁹⁵ Dreyer G., Kotthoff J., Meckel A. Op. cit. S. 36.

В случае если общие условия охраноспособности по тем либо иным причинам не позволяют выполнять указанные функции⁹⁶, для минимизации дисфункций приходится обращаться к вспомогательным юридическим конструкциям, в том числе к учению о форме и содержании (в США – *idea/expression dichotomy*)⁹⁷.

Таким образом, логика авторского права как юридической конструкции определяет характеристику учения о форме и содержании произведения как недостаточно точного для целей определения круга охраноспособных произведений (элементов произведения). Однако возможность его устранения зависит во многом от того, насколько в национальной доктрине авторского права удалось решить задачу формирования единого критерия творческого характера произведения, позволяющего исходя из логики авторского права в каждом конкретном случае эффективно решать задачу ограничения охраняемого авторским правом произведения (либо его элемента) от неохраняемых интеллектуальных продуктов, а также результатов, охраняемых иными системами охраны.

2. Проблема охраноспособности содержания научных произведений

Постановка проблемы

Для теории объекта авторского права, в том числе для развивающейся в настоящей работе концепции, научные произведения представляют собой один из наиболее трудных случаев⁹⁸.

Первая серьезная проблема применения общих критериев охраноспособности связана с видимым несоответствием наиболее общей цели научных произведений (передача научного знания, претендующего на интерсубъективное значение) целям и возможностям авторского права (охрана индивидуального в произведении). Стандарты, определяющие ряд требований к форме (структуре, языку, внешнему виду) научного произведения, в ряде случаев лишают его не-

⁹⁶ В настоящее время одной из основных таких причин в большинстве правопорядков является общее снижение требований к уровню творческого характера объектов авторского права и предоставление охраны широкому кругу произведений Kleine Münze. Это позволяет монополизировать абстрактное идеальное содержание интеллектуальных продуктов, особенно в случае, если сфера возможностей по созданию произведения в оригинальной форме сужена, а форма произведений является предзданной либо стандартной (в литературе такой случай обозначается как косвенная охрана содержания произведений) (см.: Berking C. Op. cit. S. 75 ff.).

⁹⁷ Среди других средств *ad hoc* следует указать на учение об объеме охраны (§ 24 германского Закона об авторском праве), ставящее сферу авторской монополии в зависимость от уровня творчества объекта охраны, а также на включаемый в законодательство широкий перечень случаев свободного использования произведений.

⁹⁸ В литературе его называют «пробным камнем» для общей теории объекта авторского права (см.: Plander H. Wissenschaftliche Erkenntnisse und Urheberrecht an wissenschaftlichen Werken // UFITA. 1976. № 76. S. 25).

обходимой индивидуальности (的独特性, неповторимости), представляющей собой условие предоставления авторско-правовой охраны⁹⁹. Очевидно, что творческое внимание исследователя обращено преимущественно на идейное содержание таких произведений. Конечно, известны случаи (особенно в сфере гуманитарных наук) изложения научных результатов в прекрасной художественной форме, однако в научном сообществе это скорее вызывает недоверие к научному статусу такого произведения. Поэтому для научных произведений индивидуальность формы в целом нетипична. Однако применение учения о форме и содержании произведения (которое хотя и не является точным, однако, как было продемонстрировано, имеет под собой определенные основания) лишает содержание научных произведений авторско-правовой охраноспособности, что приводит к парадоксальному выводу о том, что произведения науки, вопреки универсальному определению объекта авторского права, общему для большинства национальных правопорядков¹⁰⁰, в ряде случаев вообще остаются за пределами авторско-правовой охраны либо располагаются на нижней границе охраноспособности как произведения с незначительным уровнем творчества (так называемые произведения *kleine Münze* (нем.) – букв. «мелкая монета»).

Однако отказ от непосредственного применения учения о форме и содержании произведения порождает проблемы иного рода. Признание принципиальной охраноспособности содержания научного произведения (разумеется, в случае, если оно удовлетворяет критериям творческого характера) актуализирует проблему монополизации научного знания и, соответственно, ограничения свободы научного дискурса. Поэтому проблема охраноспособности содержания научных произведений стала одной из наиболее актуальных именно после отказа от учения о форме и содержании произведения.

Соответственно, возможность отказа от теории о форме и содержании произведения определяется в том числе тем, насколько в рамках общей теории объекта авторского права удается удовлетворительно разрешить проблему охраноспособности содержания научных произведений.

Трудности авторско-правовой охраны научных произведений в рамках традиционной логики авторского права, описываемой классическими теориями, дают основания для предположений о том, что либо авторское право в принци-

⁹⁹ В частности, это в большей степени актуально для разного рода чертежей, карт, диаграмм и графиков, формальных описаний наблюдаемых процессов, компьютерных программ и др. Однако в любом случае наличие стандартов оформления научных произведений делает значительную часть элементов, относимых к форме научных произведений, если и не полностью неоригинальными, то находящимися на нижней границе охраноспособности, т.е. актуализирует проблему охраноспособности произведений с незначительным уровнем творчества.

¹⁰⁰ Речь идет о норме, аналогичной п. 1 ст. 1255 ГК РФ, в соответствии с которой объектом авторского права являются произведения науки, литературы, искусства.

не способно предоставить эффективную охрану научным произведениям и, соответственно, такие произведения являются не подходящим для авторского права объектом, либо что указанные теории не вполне адекватно описывают логику авторского права как юридической конструкции, а потому нуждаются в уточнении. Целью настоящего исследования являются проверка данных гипотез и поиск оптимального решения проблемы охраноспособности содержания научных произведений.

Авторско-правовая монополия и свобода научного дискурса

В доктрине авторского права при обсуждении вопроса об охраноспособности содержания произведений традиционно делается оговорка о специальных правилах, применимых к содержанию научных произведений¹⁰¹. Господствующее мнение исходит из тезиса о неохраноспособности научных теорий, концепций, научного знания, т.е. того, что традиционно описывается понятием содержания научных произведений¹⁰². В качестве его основания, как правило, выдвигается положение о необходимости обеспечения научного прогресса и целесообразности свободного использования научных идей, концепций, теорий. Другими словами, авторами имплицируется тезис о том, что предоставление авторско-правовой монополии на содержание научных произведений способно ограничить свободу научного дискурса и затруднить распространение научного знания и свободное обсуждение научных концепций и теорий.

Проверка реальности поставленной проблемы и осмысленности дискуссии о специальных правилах, отказывающих содержанию научных произведений в охраноспособности, предполагает обсуждение двух ее логических предпосылок, а именно о принципиальной необходимости свободы научного дискурса и о том, что предоставление авторско-правовой монополии на содержание научного произведения ограничивает указанную свободу¹⁰³.

¹⁰¹ См., в частности: Dreier T., Schulze G. Op. cit. S. 67; Hubmann H. Urheber- und Verlagsrecht. 6. Aufl. München, 1987. S. 36; Ulmer E. Op. cit. 2. Aufl. S. 108; Berking C. Op. cit. S. 98 ff.

¹⁰² Отметим, что при этом в ряде случаев признается охраноспособность индивидуального стиля и способов аргументации, подбора аргументов и примеров, логической взаимосвязи положений и последовательности выводов и т.п. (см.: Kohler J. Op. cit. S. 143; Ulmer E. Op. cit. 2. Aufl. S. 108; Ulmer E. Der Urheberschutz wissenschaftlicher Werke unter besonderer Berücksichtigung der Programme elektronischer Rechenanlagen. S. 1 ff., 15 ff.). Однако при этом остается спорным вопрос о том, к чему следует отнести указанные элементы – к внутренней форме либо к содержанию произведения, что лишний раз демонстрирует рациональный характер данных конструктов.

¹⁰³ Обсуждение данного вопроса необходимо в силу того, что последний тезис, как правило, принимается a priori, хотя сам по себе нуждается в доказывании. Несспособность авторской монополии реально ограничить свободу научного дискурса свидетельствовала бы не только о надуманности проблемы, но и о неоправданном ограничении прав авторов научных произведений.

В одних правопорядках свобода научного дискурса прямо закрепляется нормами действующего законодательства¹⁰⁴. В других тезис о необходимости ее обеспечения обосновывается ссылками на имманентность данного принципа самому понятию науки, а также на социальную важность создания условий для ее развития¹⁰⁵.

Действительно, анализ логики научного исследования и рациональная реконструкция развития научного знания позволяют положительно ответить на вопрос о необходимости свободы научного дискурса. Конечно, следует признать, что взгляд на науку как на постепенное накопление знания был подвергнут заслуженной критике¹⁰⁶, и в этом смысле вряд ли можно в качестве аргумента ссыльаться лишь на тезис о производности нового знания от уже полученного. Также следует признать обоснованным мнение об отсутствии бесспорного критерия истинности научной теории (знания), а также о конвенциональной природе методологии научного познания¹⁰⁷, что не позволяет использовать довод об объективной заданности научного знания. Тем не менее общим для концепций научного познания, не отрицающих принципиальную возможность проверки научных теорий и установления степени их правдоподобия¹⁰⁸, является признание логической невозможности существования науки вне свободного дискурса. Если наука и не может быть представлена в виде некой «сокровищницы знаний», то имеются основания ограничивать науку от иных форм дискурса по особому методу рационального обсуждения идей, а именно методу предположений и опровержений¹⁰⁹. Именно свободное обсуждение научных теорий с точки зрения их соответствия критериям научной рациональности позволяет достичь интерсубъективной значимости выводов¹¹⁰ и отличает науку от сферы

¹⁰⁴ Так, например, свобода научной деятельности закрепляется ст. 5 Конституции ФРГ, которая рассматривается доктриной в качестве формально-юридического основания для вывода о необходимости обеспечения свободы научного дискурса. Интересно, что в этой же статье закрепляется принцип свободы искусства, что, однако, не используется в качестве довода в пользу неохраноспособности произведений искусства.

¹⁰⁵ В частности, в испанской доктрине авторского права (см.: *Bettinger T.* Op. cit. S. 56).

¹⁰⁶ См.: *Кун Т.* Структура научных революций. М., 2003. С. 24.

¹⁰⁷ Об обусловленных ценностными суждениями необходимых конвенциях в сфере эпистемологии см.: *Поппер К.* Логика научного исследования. М., 2005. С. 34 и сл.; *Лакатос И.* Методология исследовательских программ. История науки и ее рациональные реконструкции // *Кун Т.* Структура научных революций. М., 2003. С. 290 и сл., 305 и сл., 462 и сл. О невозможности использования ссылок на эмпирическую реальность в качестве критерия истинности знания и критику эмпиризма см.: *Поппер К.* Логика научного исследования. М., 2005. С. 85 и сл.; *Лакатос И.* Методология исследовательских программ // *Кун Т.* Структура научных революций. М., 2003. С. 282 и сл.

¹⁰⁸ То есть не относящихся к крайним скептическим, иррациональным, конвенционалистским концепциям либо не редуцирующих проблему логики научного познания к вопросам социологии и психологии.

¹⁰⁹ См.: *Поппер К.* Предположения и опровержения. М., 2004. С. 63 и сл.

¹¹⁰ См., например: *Фейерабенд П.К.* Объяснение, редукция и эмпиризм // Избранные труды по методологии науки. М., 1986. С. 80.

религии, философии, искусства. Собственно, существуют основания отождествлять науку именно с дискурсом, который ведется по особым правилам, главным из которых является свободное обсуждение идей и теорий, препятствующее превращению науки в набор некритически воспринимаемых догм¹¹¹. Соответственно, следует признать необходимость обеспечения свободы научного дискурса как одного из условий самого существования науки.

Вопрос о том, противоречит ли установление авторско-правовой монополии на содержание научного произведения принципу свободы научного дискурса, предполагает проведение анализа последствий распространения авторских прав на те элементы содержания, которые удовлетворяют общим условиям охраноспособности их объектов.

Как представляется, следует согласиться с тезисом о том, что установление авторско-правовой монополии на содержание произведения ограничивает возможности свободного обсуждения *данного* содержания в рамках научного дискурса¹¹². Несмотря на отдельные нюансы формулировок национальных законов об автором праве, а также особенности судебных и доктринальных толкований, все же можно констатировать определенное единство взглядов на существование авторской монополии¹¹³, которое заключается в представлении автору исключительной возможности использовать произведение прежде всего в форме его распространения¹¹⁴. Основу содержания авторских прав имущественного характера составляет право на воспроизведение и распространение произведе-

¹¹¹ Мы осознаем, что существует достаточное количество концепций науки, далеких от принимаемых нами методологических тезисов. Разумеется, обоснование позиции по «вечному» вопросу о природе науки вряд ли соответствует жанру специального исследования по юриспруденции. Однако отметим, что об авторитетности разделяемого нами подхода говорит тот факт, что имманентность свободного научного дискурса понятию науки может считаться господствующей точкой зрения.

¹¹² Специально отметим, что в данном случае мы пока оставляем в стороне вопрос о том, какое содержание научных произведений удовлетворяет общим критериям охраноспособности. Речь идет лишь о том, насколько распространение авторских прав на содержание интеллектуального продукта принципиально способно создать препятствия для свободного научного обсуждения именно этого содержания.

¹¹³ И это нельзя считать случайным, имея в виду, во-первых, общность объекта и оснований возникновения авторского права, а во-вторых, характер международно-правового сотрудничества в рассматриваемой сфере.

¹¹⁴ Проблема расширения сферы авторско-правовой монополии за счет включения в нее исключительного права на практическое использования положений, составляющих содержание произведения, сегодня является одной из наиболее обсуждаемых в связи с актуализацией проблем правовой охраны компьютерных программ, поскольку эффективность их охраны во многом зависит от возможности контролировать их практическое использование. Однако такое расширение объема авторской монополии приводит к изменению существа авторских прав. Отметим, что это является одним из аргументов в споре о системах охраны, наиболее подходящих для программ ЭВМ (см., в частности: *Bettinger T.* Op. cit. S. 152, 160; *Gamm E.-I. von.* Op. cit. S. 61 ff., 84 ff., 98 ff.; *Schricker G. (Hrsg.) Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft.* Baden-Baden, 1997. S. 44 ff.; *Dreier T., Schulze G.* Op. cit. S. 52 ff.).

ния, его публичный показ и исполнение (в том числе в форме публичной демонстрации, публичного исполнения для целей научного обсуждения), доведение до всеобщего сведения, а также право на переработку произведения¹¹⁵.

Свобода научного дискурса предполагает недопустимость предоставления отдельным лицам (в том числе авторам) формальных возможностей определять содержание дискуссии, в том числе в форме исключения из нее определенных положений. Распространение указанных прав на содержание произведения, наоборот, предоставляет автору возможность контролировать публичное обсуждение сформулированного им идейного содержания, в частности, в форме права запрещать использование определенных идей иным автором в собственной научной работе, в том числе для целей создания новых разработок, отказывать в возможности публичного воспроизведения содержания (в том числе в рамках учебного процесса и с целью доведения до всеобщего сведения).

При этом нормы о цитировании в личных, научных либо учебных целях (ст. 1273, 1274 ГК РФ) не позволяют полностью устраниТЬ опасность монополизации в силу целого ряда причин и прежде всего потому, что указанные нормы не охватывают случаи, когда идейное содержание чужого научного произведения полностью берется в качестве основы для собственных научных концепций (в этом случае выполнение формальных требований цитирования затруднено). Во-вторых, идейное содержание, имея абстрактный характер, часто не выражено в форме законченного произведения (либо его отрывка), на которое можно сослаться, но представляет собой итог рациональной реконструкции¹¹⁶.

Таким образом, следует признать, что *проблема охраноспособности содержания научных произведений требует разрешения в направлении обеспечения свободного его использования.*

Представимыми являются несколько направлений ее решения. Во-первых, свобода использования содержания научных произведений может обосновываться в рамках общей логики авторского права либо ссылками на обстоятельства, лежащие вне сферы авторского права. Соответственно, поставленная цель может быть достигнута путем уточнения общих положений авторского права об охраноспособности произведений либо в форме введения специальных правил, устанавливающих особенности правового режима научных произведений.

Во-вторых, свобода использования содержания научных произведений может обеспечиваться как в форме полного его исключения из сферы авторско-правовой охраны (в частности, при обосновании его несоответствия общим условиям охраноспособности либо введении соответствующего специального правила), так и в форме сужения объема авторских прав в его отношении

¹¹⁵ В российском праворядке указанные права закрепляются ст. 1270 ГК РФ.

¹¹⁶ Подробнее данная проблема рассматривается нами ниже.

(т.е. изменения механизма авторского права) при принципиальном признании его охраноспособности.

Сочетание указанных подходов позволило сформировать в доктрине авторского права ряд теоретических позиций, воспринявших соответственно как преимущества, так и недостатки лежащих в их основе направлений аргументации. Имея в виду, что для теорий, основывающих тезис о необходимости специальных правил, устанавливающих особый правовой режим научных произведений, на разного рода внешних по отношению к логике авторского права факто-ратах, характерно использование сходных аргументативных стратегий (прежде всего так называемой методологии взвешивания интересов), мы проанализируем затруднения, связанные с использованием данной методики, после рассмотрения особенностей отдельных концепций.

Теории, признающие содержание научных произведений неохраноспособным

Первая группа теорий исходит из необходимости обоснования специального правила об исключении содержания научных произведений из сферы авторско-правовой охраны. Такое правило должно быть *сформулировано в общей форме* и применимо к содержанию любого научного произведения независимо от степени его индивидуальности. При этом исключение содержания научных произведений из круга объектов авторского права *аргументируется ссылками на обстоятельства, лежащие вне сферы авторского права* и не связанные с логикой правового механизма¹¹⁷.

Лидером по частоте использования является указание на необходимость обеспечения принципа свободы научного дискурса, которого, по мнению авторов, самого по себе достаточно для обоснования соответствующего вывода¹¹⁸. Следует специально отметить, что в основе данной теории лежит методика «взвешивания» интересов, поскольку именно крайней социальной значимостью сферы науки объясняется возможность пренебречь интересами автора научного произведения. И лишь в редких случаях имеется возможность дополнить социологические аргументы формально-юридическими и сослаться на соответствующую норму закона (например, на ст. 5 Конституции ФРГ). Считается, что общего принципа свободы научного дискурса достаточно для того, чтобы сформулировать частное правило о неохраноспособности содержания научного произведения.

¹¹⁷ Gamm O.-F. von. Urheberrechtsgesetz: Kommentar. München, 1968. § 2, Rn. 7; Beier F.-K., Straus J. Der Schutz wissenschaftlicher Forschungsergebnisse. Weinheim-Dearfield Beach; Florida-Basel, 1982. S. 3, 32 ff.

¹¹⁸ Katzenberger P. Urheberrecht und Naturwissenschaften // Die Naturwissenschaften. 1975. Bd. 62. № 12. S. 555–556; Möhring P., Nicolini K. Urheberrechtsgesetz. Berlin; Frankfurt a.M., 1970. § 24 (приводится по: Moltke B. Op. cit. S. 57).

Основным недостатком данного аргумента является неочевидность его взаимосвязи с предлагаемым правовым решением. Остается непонятным, почему обеспечение свободы научного дискурса требует именно таких ограничений, а не более широких по содержанию либо, наоборот, более узких. Так, например, предметом рационального научного обсуждения могут быть не только идеи, высказанные в научной литературе, но вообще любые идеи независимо от вида содержащего их интеллектуального продукта. Использование рассматриваемого тезиса в качестве основания для безоговорочного исключения содержания научных произведений из сферы авторско-правовой охраны требует ответа на вопрос, почему то же самое не происходит в отношении содержания иных произведений, которое в равной мере может содержать релевантные для науки идеи либо попросту быть предметом научного исследования (например, филологического, искусствоведческого, религиоведческого и т.п.). Кроме того, почему бы вообще не исключить научные произведения из сферы авторско-правовой охраны, ведь это явно способствовало бы более оперативному распространению научных идей? Также требует объяснения, почему принцип свободы научного дискурса не приводит к отмене возможностей автора отказаться от обнародования научного произведения либо сохранить изобретение либо открытие в секрете. Наконец, вне внимания остаются иные системы охраны, препятствующие свободному распространению научного знания (институт секретных изобретений, ноу-хау).

С другой стороны, требует доказывания основная предпосылка о том, что предоставление авторско-правовой охраны содержанию научных произведений в тех рамках, которые определяются общей логикой авторского права, действительно ограничивает свободу научного дискурса.

Таким образом, в рамках рассматриваемой аргументативной стратегии решение об объеме охраны фактически принимается на основании иных критерий, которые в рамках данной теории остаются невыясненными, а предлагаемое правовое решение – в достаточной степени необоснованным. Отстаиваемая позиция тем более нуждается в дополнительном обосновании в силу того, что она *prima facie* не соответствует закрепленным в законе условиям охраноспособности (формально-юридическое возражение).

В качестве второго по частоте использования аргумента следует назвать ссылку на общее учение об охраняемой форме и неохраноспособном содержании произведения в его классическом варианте, т.е. основанном на использовании неюридических классификаций, недостаточно точном и позволяющем лишь приблизительно установить перечень охраноспособных элементов произведения. С этой точки зрения неохраноспособность содержания научного про-

изведения представляется частным случаем более общего правила о том, что авторско-правовая монополия не распространяется на содержание произведений. Специально отметим, что рассматриваемый довод следует квалифицировать в качестве внешнего по отношению к логике авторского права в силу того, что, как было показано выше, учение о форме и содержании произведения само по себе основано на метаюридической аргументации. Выше уже были выдвинуты аргументы, не позволяющие признать данное учение убедительным. Тем более оно не может использоваться в качестве довода в условиях принципиального признания охраноспособности содержания иных, помимо научных, произведений.

Наконец, следует указать на используемый в качестве аргумента тезис о том, что содержание научных произведений является объектом иных систем охраны интеллектуальных продуктов, прежде всего патентного права¹¹⁹. Основываясь на предпосылке о том, что один интеллектуальный продукт не может быть объектом двух и более систем охраны, сторонники рассматриваемой теории фактически определяют необходимость исключения содержания научных произведений из сферы авторско-правовой охраны, апеллируя к логике патентного права. Также отметим взаимосвязь данного аргумента с предыдущим, поскольку он онтологизирует восходящее к учению о форме и содержании произведения деление интеллектуальных продуктов на форменные и содержательные.

Однако далеко не все научные произведения содержат охраноспособные технические решения (либо объекты, охраняемые иными системами охраны). Многие научные произведения, прежде всего в сфере гуманитарных и социальных наук, в принципе не могут содержать патентоспособные объекты. Однако даже в естественно-научных исследованиях речь, как правило, идет об описании, объяснении и теоретическом осмысливании природных феноменов (т.е. в лучшем случае об открытиях), которые сами по себе не являются патентоспособными техническими решениями.

Наконец, тезис о невозможности интеллектуального продукта выступать объектом двух и более систем охраны представляется неверным, поскольку авторские и патентные права имеют различное содержание, обеспечивают разную по содержанию монополию и, соответственно, защищают правообладателя от действий разных типов. Если патентные права предоставляют патентообладателю возможность практического использования изобретения (изготовления соответствующих устройств, предложения их на рынке, практического их применения и др.), то авторско-правовая монополия охва-

¹¹⁹ Данный довод особенно часто используется в судебной практике (см., например: BGH GRUR 1979, 464, 465 – Flughafenpläne).

тывает прежде всего возможности воспроизведения и распространения произведения¹²⁰.

Рассматриваемая группа теорий, обосновывающая принципиальную невозможность авторско-правовой охраны содержания научных произведений внешними по отношению к логике авторского права аргументами, логически соответствует начальному этапу осмысления рассматриваемой проблематики. Непосредственно выражая социальную потребность в обеспечении свободы научного дискурса, данные теории оставляют без внимания самое важное, а именно взаимосвязь вопроса об охране содержания научных произведений и вопроса о закономерностях механизма авторского права. Анализ социальных потребностей не способен дать ответ на вопрос о юридических конструкциях, которые были бы наиболее адекватны с точки зрения авторского права как юридического института и, соответственно, могли бы эффективно способствовать их удовлетворению. Путь догматического исследования предполагает выяснение вопросов о том, в какой мере общие критерии охраноспособности допускают предоставление авторско-правовой охраны содержанию научных произведений, способно ли авторское право эффективно обеспечить монополию на такое содержание, в чем заключается такая монополия, насколько существующий механизм способен ограничить свободное научное обсуждение и др. Вместо этого проблема вовсе «устраняется» ссылкой на внешние по отношению к правовой системе обстоятельства¹²¹. Неудивительно, что в литературе отсутствует развернутая аргументация рассматриваемой здесь позиции.

В этой связи лишение содержания научных произведений авторско-правовой охраны выглядит произвольным. Такой стиль аргументации приводит к решению, которое носит общий характер и не позволяет учитывать особенности конкретных случаев (например, если в художественном произведении развиваются актуальные с точки зрения науки идеи), а потому не является в достаточной степени точным.

Существуют и иные доводы, не позволяющие признать такой способ аргументации убедительным.

Во-первых, для рассматриваемой аргументативной стратегии остаются актуальными трудности, которые испытывало учение о форме и содержании произведения в связи с разграничением указанных элементов произве-

¹²⁰ Отдельную сложность представляют собой такие объекты авторских прав, авторско-правовая монополия на которые охватывает практическое применение содержания таких произведений. Кроме того, можно усмотреть противоречие (пересечение) между авторским и патентным правом в части возможностей воспроизведения изделий, содержащих охватываемое патентом техническое решение, поскольку данный случай может быть квалифицирован как воспроизведение в иной форме чертежей, используемых для раскрытия изобретения.

дения. Понятия формы, содержания, учения, теории, метода и др. представляют собой конструкты, основанные на использовании рациональных критериев, которые требуют эксплицитного выражения и дополнительной проверки.

Во-вторых, практическое применение предлагаемых специальных правил затрудняется сложностями в ограничении научных произведений от всех остальных (подробнее об этом ниже).

*Теории, ограничивающие объем авторских прав
на охраноспособное содержание научных произведений*

Затруднения, возникающие при попытках обосновать предлагаемое решение проблемы без учета внутренней логики авторского права, интенсифицировали исследования в указанном направлении и позволили сформулировать ряд теорий, которые основаны на признании принципиальной авторско-правовой охраноспособности содержания научных произведений¹²¹.

Рядом авторов¹²² был предприняты специальные исследования, результатом которых было признание принципиальной возможности научного содержания соответствовать критериям охраноспособности, в том числе критерию творческого характера произведения. При этом в качестве основного средства устранения опасности ограничения свободы научного обсуждения рассматривалось сужение объема авторской монополии.

1. Так, согласно первой группе теорий, которые с определенной долей условности могут быть названы формально-юридическими, опасность ограничения свободы научного дискурса устранена самим законодателем, установившим случаи свободного использования произведения, в том числе и в интересах на-

¹²¹ Возможно, именно благодаря обманчивой легкости такого стиля аргументации он является наиболее распространенным в литературе.

¹²² Теоретическому осмыслению проблемы предшествовал длительный период попыток принятия норм, позволяющих охранять интересы авторов, совершивших научные открытия. При этом остается спорным, в какой мере данные предложения вписывались в систему авторского права, а не сводились к предложениям создания самостоятельной системы охраны.

Так, например, в 1922 г. во французском парламенте обсуждался законопроект, предоставлявший автору право на определенные отчисления от прибыли, полученной при использовании его открытий. По инициативе СССР в 1978 г. также был подписан Женевский договор о международной регистрации научных открытий, который, однако, не предоставлял авторам научных произведений прав, сопоставимых по содержанию с авторскими. Подробнее об истории попыток создания системы охраны содержания научных произведений см.: *Beier F.-K., Straus J.* Op. cit. S. 17 ff.

¹²³ Plander H. Op. cit. S. 25 ff.; Chiron M. Grundsätzliche Betrachtungen über die Urheberrechte // UFITA. 1931. № 5. S. 34, 43 (приводится по: Moltke B. Op. cit. S. 57, 92); Haberstumpf H. Op. cit. S. 78 ff.; Altenpohl M. Op. cit. S. 214 ff.; Buchmüller H.-J. Urheberrecht und Computersoftware – zugleich ein Beitrag zum Werkbegriff der Werke der Wissenschaft und zur Stellung des Urhebers im Arbeitsrecht. Diss. Münster 1986. S. 49 ff.; Steinfort F. Die Verfassungsrechtliche Grundlagen der Veröffentlichungsfreiheit des Wissenschaftlers. Diss. Bonn, 1987. S. 57 ff.

уки¹²⁴. Соответственно, предусмотренные законодателем нормы рассматриваются как достаточное средство разрешения конфликта интересов автора и общества¹²⁵.

Данная теория обычно критикуется с позиций достаточности предусмотренных законодателем ограничений авторской монополии для обеспечения свободы научного дискурса¹²⁶. Между тем значение такой критики для отечественной доктрины авторского права ограничено прежде всего ввиду проблемы переносимости формально-юридической аргументации за пределы национальных доктрин. Объем ограничений авторских прав на содержание произведения, предусмотренный в национальном законодательстве, может быть в самом деле адекватным с точки зрения обеспечения свободы научного дискурса. Как представляется, недостаточность рассматриваемого направления аргументации определяется иными факторами.

Суть аргументации в рамках рассматриваемой теории заключается в вынесении социологической оценки достаточности правовых норм для обеспечения интереса в научном развитии. В ее основе лежит методология «взвешивания ин-

¹²⁴ Данные выводы были сделаны на основе немецкого нормативного материала (п. 1 и 2 § 51, абз. 2 п. 1 § 53, абз. 2 § 12, а также § 24 немецкого Закона об авторском праве (UhrG) 1965 г.). Нормы п. 1 и 2 § 51, абз. 2 п. 1 § 53 имеют свои аналоги в ст. 1273, 1274 ГК РФ. Параграф 12 UhrG устанавливает право автора публично сообщать либо описывать содержание своего необнародованного произведения. Соответственно, методом от обратного можно сделать вывод об отсутствии у него возможности запрещать указанные действия после обнародования произведения либо его существенной части.

Наконец, в § 24 UhrG закрепляется институт так называемого свободного использования произведения, имеющий в своей основе учение об объеме правовой охране произведения (*Schutzzumfang* – нем.). Данное учение было сформулировано О. Ульмером (*Ulmer E. Op. cit. 2. Aufl. S. 213 ff.*), который исходил из идеи о том, что степень индивидуальности произведения влияет на возможность использования его элементов в других произведениях. Чем более индивидуальны произведение либо его элемент, тем более они будут узнаваемы в других произведениях и, соответственно, тем в большем количестве случаев потребуется получение согласия автора первоначального произведения. С другой стороны, если новое произведение является настолько оригинальным, что индивидуальность первоначального произведения «выцветает», получения согласия автора первоначального произведения не требуется. Этим определяется объем авторско-правовой охраны и, соответственно, возможность свободного использования элементов произведения. Стого говоря, в этих случаях речь должна идти не о заимствовании элементов чужого произведения, а лишь о ситуации, когда чужое произведение «вдохновило» автора на создание собственного оригинального произведения. Хотя в отечественном законодательстве соответствующие нормы отсутствуют, тем не менее следует признать, что аналогичные принципы применяются при установлении фактов нарушения авторского права в форме заимствования элементов чужого произведения. Поэтому данный институт имманентен для учения об индивидуальности как критерии охраноспособности произведения и в этом смысле вытекает из логики авторско-правовой системы.

¹²⁵ *Haberstumpf H. Op. cit. S. 78 ff.; Altenpohl M. Op. cit. S. 214 ff.; Buchmüller H.-J. Urheberrecht und Computersoftware – zugleich ein Beitrag zum Werkbegriff der Werke der Wissenschaft und zur Stellung des Urhebers im Arbeitsrecht: Diss. Münster, 1986. S. 49 ff.; Steinfort F. Die Verfassungsrechtliche Grundlagen der Veröffentlichungsfreiheit des Wissenschaftlers: Diss. Bonn, 1987. S. 57 ff.*

¹²⁶ В частности, тезис о достаточности норм немецкого Закона об авторском праве подробно анализируется и критикуется В. Мольтке (см.: *Moltke B. Op. cit. S. 95 ff.*).

тересов» со всеми ее недостатками с точки зрения теории права (об этом см. ниже). Соответственно, для данной концепции в целом актуальны упреки, сделанные предыдущей теории, а именно использование внешних по отношению к авторскому праву аргументов и отсутствие взаимосвязи предлагаемого правового решения с логикой, функциями, закономерностями авторского права как юридического института. Признание потребности в обеспечении свободы науки само по себе не способно обосновать необходимость той либо иной юридической конструкции, что определяет произвольность и недостаточную точность оцениваемых правовых решений.

Кроме того, в рамках доктрины права любого рода ссылки в качестве аргумента на текст закона уязвимы в той мере, в какой нормативные решения, не подкрепленные пониманием лежащих в их основе закономерностей, могут быть устраниены посредством принятия нового законодательного акта. В этой связи остается непонятным, почему свобода научного дискурса должна обеспечиваться именно такими нормами, а не другими и что мешает законодателю отменить данные нормы права и принять другие¹²⁷.

Наконец, тезис о достаточности ограничений, установленных законодателем, зависит от актуальности социальных факторов, ссылками на которые аргументируются указанные ограничения. Изменение социальных потребностей автоматически предполагает рассмотрение вопроса о пересмотре их объема.

2. Собственно, именно такая логика характерна для группы теорий, в рамках которых предлагаются иные варианты ограничения авторско-правовой монополии, которые отличаются от предложенного законодателем. Авторы данных концепций, принципиально соглашаясь с охраноспособностью содержания научных произведений, исходят, однако, из тезиса о недостаточности специальных норм, ограничивающих сферу авторско-правовой монополии, для обеспечения свободы научного дискурса. Выход они видят в изменении *de lege ferenda* набора и объема авторских прав в отношении содержания научных произведений.

Так, по мнению одних авторов¹²⁸, авторское право на содержание научного произведения возникает в полном объеме с момента создания произведения. Однако после обнародования содержание произведения науки становится неохраноспособным¹²⁹. Данное решение обосновывается признанием необхо-

¹²⁷ И все же необходимо подчеркнуть, что данная теория верно отмечает способность указанных норм выступать эффективным препятствием для монополизации содержания научных произведений и выполнять функции обеспечения свободы научного дискурса. Это снижает накал дискуссии о соответствии содержания произведений науки критериям охраноспособности.

¹²⁸ Chiron M. Op. cit. S. 34, 41; Plander H. Op. cit. S. 25–73 (приводится по: Moltke B. Op. cit. S. 92 ff.).

¹²⁹ Определенное формально-юридическое основание для такого решения можно усмотреть в § 12 UhrG (о его содержании см. выше).

димости обеспечения свободы научного дискурса, т.е. восходит к методологии взвешивания интересов.

Данная теория критиковалась за неточность оценки соотношения интересов автора и общества (в частности, за полный отказ в предоставлении авторских прав после обнародования произведения), за необоснованность вывода о том, что личные неимущественные права авторов сами по себе способны привести к монополизации научного знания, а также за несоответствие нормам закона, не связывающим прекращение авторских прав с обнародованием произведения (формально-юридический аргумент)¹³⁰.

С учетом указанной критики другим автором – Б. Мольтке было предложено иное решение проблемы, которое в целом основано на тех же предпосылках и методологических принципах. Принципиально соглашаясь с распространением авторско-правовой монополии на содержание научных произведений (аргументируя эту позицию опять-таки при помощи социологических доводов¹³¹), автор предлагает связывать с моментом обнародования произведения прекращение не всех прав на содержание научного произведения, а только имущественных прав автора. В качестве главного основания для такого решения используется ссылка на оптимальность соотношения интересов автора и общества, которая будет достигнута в этом случае. По мнению Б. Мольтке, признание личных неимущественных прав на учения, концепции, теории само по себе не создает препятствия для свободного научного дискурса. В качестве формально-юридического основания для такого решения автором используется ссылка на принцип добросовестности и недопущения злоупотребления правами, а также методика восполнения пробелов в праве (отсутствие соответствующей прямой нормы автор считает пробелом).

Критика социологической аргументации в дискуссии об охраноспособности содержания научных произведений

Как видим, в основе аргументации описанных выше теорий лежит социологическая методология взвешивания интересов, которая, как правило, не дополняется догматическим исследованием проблемы. В этой связи предлагаемое авторами решение аргументируется ссылками на внешние по отношению к авторскому праву обстоятельства без необходимой проверки их соответствия логике авторско-правовой системы. Итогом является правило, специальное по отношению к общему учению об объекте авторского права, в общей форме устанавливающее неохраноспособность содержания научных произведений либо особенности его правового режима. Принципиальные недостатки аргумента-

¹³⁰ См.: Moltke B. Op. cit. S. 94–95.

¹³¹ Ibid. S. 83 ff.

ции такого рода не позволяют признать ее достаточной для целей авторского права.

1. Прежде всего следует отметить, что в рамках методологии взвешивания интересов предметом дискуссии являются не специфические закономерности юридических институтов и конструкций, а социальное значение релевантных интересов и отношений. Именно это позволяет охарактеризовать данную методологию как социологическую. Однако ее особенностью является высокая степень произвольности оценки, особенно при использовании данной методологии неспециалистами в сфере социологии, к которым относятся в том числе и представители юридической профессии¹³². Во-первых, следует указать на отсутствие однозначных критериев, позволяющих установить социальную значимость того или иного интереса¹³³. Во-вторых, в равной степени произвольной является процедура соотнесения разнонаправленных интересов, учитывая невозможность формирования бесспорных критериев оптимальности найденного соотношения. В-третьих, данная методология не позволяет учесть динамику социальных интересов и, соответственно, актуальность обосновываемого таким образом правового решения в будущем. Ее логика предполагает необходимость изменения юридических конструкций при изменении связанных с ними типичных интересов. Наконец, и это, возможно, наиболее важное, в отсутствие догматического анализа методология взвешивания интересов, как правило, не позволяет с необходимой степенью точности сделать прогноз о том, в какой мере предлагаемое юридическое решение будет в действительности способствовать реализации тех либо иных интересов. Возможность осмысленной дискуссии о соотношении интересов предполагает точное понимание механизмов влияния юридического института на общественные отношения и, соответст-

¹³² В качестве примера отсутствия необходимой квалификации укажем на господствующее в среде специалистов по трудовому праву мнение о том, что введение в законодательство дополнительных формальных гарантий положения работников приведет к усилению их позиции, а потому соответствует их интересам. В достаточном количестве экономико-социологических исследований было убедительно доказано обратное, а именно что в общественном масштабе усиление формальных гарантий работников приводит к существенному росту безработицы (см.: Мизес Л. Бюрократия. Челябинск, 2006. С. 175 и сл.). Абстрактные выводы экономической теории были статистически обоснованы исследователями Центра трудовых исследований Государственного университета – Высшей школы экономики (ЦТИ ГУ-ВШЭ) (см.: Вишневская Н.Т., Капельшников Р.И. Информент трудового законодательства в России: динамика, охват, региональная дифференциация. Препринт WP3/2007/02. М.: ГУ-ВШЭ, 2007; Вишневская Н.Т., Гимпельсон В.Е., Капельшников Р.И. Трудовое законодательство: анализ межрегиональных различий в практике правоприменения // Правоприменение: теория и практика / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М., 2008).

¹³³ Хорошой иллюстрацией сказанному (правда, из другой области) являются недавние трудности в определении приоритетов государственной политики, что было необходимо в рамках осуществления мероприятий административной и бюджетной реформы, направленной на введение механизма бюджетного финансирования, ориентированного на результат. Отсутствие механизма достижения общественного консенсуса по данному вопросу определило возникновение практики ранжирования приоритетов указами Президента РФ.

венно, возможность с необходимой степенью точности предсказать социальный эффект. Между тем возможности таких предсказаний в существенной степени ограничены¹³⁴.

Соответственно, методология взвешивания интересов предоставляет широкие возможности для манипуляций доводами, концептуальных натяжек, интервенции практически любой аргументации, в том числе весьма далекой от логики права¹³⁵.

2. Дискуссия о вовлеченных в отношения интересах не позволяет сформировать выводы о юридической конструкции, которая способна эффективно их обеспечить. Если исходить из того, что особенностью правовой системы является ее системность, то применимость юридических конструкций определяется их способностью адекватно встраиваться в систему взаимосвязанных элементов, каждый из которых не может быть устранен произвольным решением законодателя. Однако в рамках методологии взвешивания интересов выбор между различными правовыми решениями определяется лишь их соответствием признанному приоритетному интересу, а потому является произвольным. Преимущества предлагаемого на этой основе правового решения перед любыми другими остаются невыясненными. Соответственно, применение рассматриваемой методологии определяет высокую вероятность принятия таких решений, которые будут чужеродны существующей правовой системе, будут противоречить логике правового института, разрушать единство его механизма, будут причиной неразрешимых проблем и дисфункций¹³⁶. Принятие адекватного правового решения в этой связи может быть лишь случайным либо основанным лишь на здоровой интуиции законодателя.

Хорошой иллюстрацией сказанному является последняя из рассмотренных теорий (теория Б. Мольтке), связывающая с обнародованием научного произведения прекращение имущественных прав автора на его содержание. Проблема предлагаемого решения, однако, заключается в том, что речь по сути идет о создании альтернативной системы охраны содержательных интел-

¹³⁴ Разумеется, это не исключает определенных предсказаний общего характера об эффекте введения того либо иного юридического института. Между тем необходимо осознавать принципиальные ограничения предсказуемости событий в обществе. Проблеме предсказаний в социальных науках посвящен значительный массив работ по философии (в том числе по теории познания), экономике, социологии (см., в частности: Хайек Ф. Право, законодательство, свобода. М., 2006. С. 31 и сл.; Миээс Л. Указ. соч. С. 32, 68 и сл., 91 и сл.; Поллер К. Предположения и опровержения. М., 2004. С. 567).

¹³⁵ Иллюстрацией сказанному является цитированная нами работа Б. Мольтке, изобилующая натяжками в части, посвященной анализу вовлеченных в отношения интересов, и легко допускающая противоположные оценки и выводы (см.: Moltke B. Op. cit. S. 111–147).

¹³⁶ Данный вывод подтверждается тем, что предлагаемые на такой основе законодательные решения часто носят характер исключений, специальных правил, особых правовых систем, т.е. таких конструкций, которые не интегрируются в правовой институт, а остаются по отношению к нему чужеродными.

лектуальных продуктов, логика которой отличается от авторско-правовой. Центральным звеном такой системы становится не понятие имущественной монополии на использование произведения в форме его воспроизведения и распространения, а охрана личных неимущественных интересов автора (в частности, его интереса в признании его автором (открывателем) соответствующего научного знания, его чести и достоинства). Смешение элементов разнородных систем, во многом противоположных принципов разрушает единство института авторского права, не позволяет более говорить о единстве его логики. В частности, изменение авторско-правового механизма, предлагаемое Б. Мольтке, строго говоря, делает возможным предоставление такой правовой охраны любому интеллектуальному продукту, который, являясь результатом труда автора, требует охраны его личных неимущественных интересов. Перечень объектов авторского права в этом случае может быть расширен практически неограниченно. Все это логически требует устранения господствующих представлений об условиях авторско-правовой охраноспособности произведений.

Укажем еще на одну правовую проблему, связанную с недостаточным учетом рассмотренными выше теориями закономерностей правовой формы. Установление субъективного права предполагает возможность четкого определения объекта права, в том числе его отграничения от иных объектов. Установление личных прав на содержание научного произведения (концепция Б. Мольтке) требует, во-первых, введения специальных методов формализации идей (учений, теорий) и отграничения их друг от друга, что, имея в виду абстрактный характер идей, в большинстве случаев, по-видимому, является задачей неосуществимой. Во-вторых, установление монополии на принципиально повторимые идеи требует введения механизмов установления приоритета, характерных для регистрационной системы¹³⁷.

3. Методология взвешивания интересов использует язык политики, социологии, экономики, т.е. во многом чуждый праву понятийный аппарат. В этой связи в рамках социологической аргументации с необходимостью используются метаюридические критерии приемлемости правовых решений. Именно поэтому при помощи методологии взвешивания интересов можно сформировать лишь такие законодательные решения, которые, будучи основанными на неюридических понятиях (как правило, более широких), с необходимостью будут недостаточно точными. Рассматриваемая методология, как правило, дает возможность сформировать лишь общее направление решения проблемы,

¹³⁷ Возможно, именно поэтому Женевский договор о международной регистрации научных открытий 1978 г., предполагающий введение системы, похожей на систему Б. Мольтке, исходит из необходимости регистрации открытий.

некий общий принцип, грубую модель, которая требует «перевода» на язык права¹³⁸, конкретизации и приспособления к системе права, к многообразию правоотношений и конкретных случаев. Использование неюридической терминологии, неюридических классификаций приводит к формированию неточных законодательных решений и, соответственно, к высокой вероятности противоречий и дисфункций, в частности, в форме невозможности осуществления субъективных прав, произвольности правоприменительных решений, неопределенности правового положения субъектов права либо вовсе полной неработоспособности предложенного решения на практике.

Рассматриваемые нами теории используют несколько понятий, неточных с точки зрения логики механизма авторского права. Прежде всего это понятие содержания произведения, которое, как было показано выше, не поддается точному определению на основе метаюридических признаков. Содержание произведения не существует само по себе, а представляет собой рациональный конструкт, способный к определению на основании различных критериев. Соответственно, предлагаемые авторами специальные правила в отношении содержания научных произведений требуют конкретизации данного понятия именно с позиций логики юридического механизма. Методология взвешивания интересов сама по себе не способна предложить соответствующее решение.

В равной степени являются неточными понятия науки и научного произведения, используемые в рамках рассматриваемых теорий без специальной конкретизации. В этой связи гипотеза предлагаемых авторами специальных норм остается в высшей степени неопределенной, поскольку отсылает к понятию, представляющему собой одну из «вечных» проблем теории познания¹³⁹, и по-

¹³⁸ В этой связи особый интерес представляет концепция правовой системы и, шире, концепция общества Н. Лумана, рассматривающего право, экономику, политику, науку, религию и т.д. как операционально закрытые системы, для которых характерен свой язык. Именно последний определяет успешность коммуникаций в рамках системы и, соответственно, невозможность межсистемных коммуникаций. Все дает основания для вывода о недопустимости смешения стилей аргументации, характерных для различных систем общества (см.: Luhmann N. Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995; Луман Н. Общество как социальная система. М., 2004. С. 63 и сл.; Он же. Введение в системную теорию. М., 2007. С. 94 и сл.).

¹³⁹ Хороший анализ проблем, связанных с ограничением науки от иных сфер культуры (мифов, религии, обыденного сознания и др.), представлен в работе П. Фейерабенда «Против метода. Очерк анархистской теории познания» (М., 2007). Автор исходит из невозможности сформулировать логически непротиворечивые формальные критерии демаркации науки. Реальная наука и ее история всегда богаче любой методологической реконструкции. По мнению автора, сфера науки определяется господствующими взглядами на критерий демаркации, выбор которого основан на традиции и конкретно-исторических факторах, имеющих мало отношения к логике научного исследования. Другими словами, наука есть то, что господствующая традиция считает наукой. Никаких логически принудительных критериев научности не существует. вне зависимости от отношения к позиции П. Фейерабенда следует признать, что она довольно наглядно демонстрирует трудноразрешимые проблемы, связанные с определением вне юридического дискурса понятия науки и научного произведения.

рождает многочисленные вопросы. По каким признакам следует устанавливать принадлежность произведения к научным? Можно ли считать научным такое произведение, в котором излагаются ложные теории и попросту антинаучные концепции? Можно ли считать научным произведение, которое, обладая научной ценностью, создавалось автором в качестве художественного? Как быть, если научная теория была впоследствии отвергнута как недостаточно точная? Можно ли считать научным произведением взгляды по проблеме, высказанные в частной беседе? Что в этом случае их отличает от просто глубоких житейских наблюдений и выводов? Перечень таких вопросов можно продолжить, однако и тех, которые сформулированы нами, достаточно, чтобы прийти к выводу о том, что предлагаемые авторами специальные правила остаются крайне неопределенными, а потому не приспособленными к практическому применению, поскольку не позволяют обеспечить важнейшие базисные свойства права, а именно предсказуемость и определенность.

Таким образом, неопределенность понятий науки и содержания произведения делают невозможным формирование в законодательстве относимых к ним специальных правил, применение которых не было бы связано с возникновением ряда серьезных дисфункций.

4. Соответственно, методология взвешивания интересов не позволяет определить границы и условия применимости обоснованных с ее помощью законодательных решений. Остается невыясненным, насколько содержащаяся в законе юридическая норма является необходимой для правовой системы и, соответственно, что, кроме фактического соотношения интересов, может помешать законодателю ввести либо отменить ту либо иную норму¹⁴⁰, в результате чего возникает иллюзия неограниченности волонтеризма законодателя.

Таким образом, метод «взвешивания интересов», используемый в рамках рассмотренных теорий в качестве основного средства решения проблемы охраноспособности содержания научных произведений, фактически растворяет вопрос о праве во множестве разнообразных социальных интересов, скрывает наличие закономерностей и механизмов, связанных с юридической формой, определяет произвольность выводов и предлагаемых законодательных решений.

Специальное правило о неохраноспособности содержания научных произведений не вытекает непосредственно из логики авторского права, связано с использованием метаюридических понятий, недостаточно точных для специально-юридических целей ограничения охраноспособного объекта: речь идет о разграничении формы и содержания произведения, а также об ограничении

¹⁴⁰ Отметим, что данный вопрос является частью более общей проблемы пределов вмешательства государства в частную сферу, границ применимости публично-правового метода в сфере частного права.

научных произведений от всех иных. Практическое применение такого специального правила неизбежно связано с трудноразрешимыми проблемами и неустранимыми дисфункциями, прежде всего со значительной степенью произвольности правоприменительного решения и, соответственно, с невозможностью точного установления объема прав, непредсказуемостью и неопределенностью права, а также с неточным с точки зрения логики авторского права установлением перечня охраноспособных объектов.

Отметим, что попытки конкретизации данного правила ставят вопрос о критерии, который позволяет отличить форму от неохраноспособного содержания научного произведения, и, соответственно, актуализируют дискуссию о том, что *с позиций авторского права* должно считаться неохраноспособным содержанием. Соответственно, предлагаемое данными теориями решение проблемы по сути таковым не является и требует дополнения критерием, основанным на логике авторского права. Таким образом, данные теории не позволяют избежать догматического исследования проблемы.

Эти обстоятельства заставляют сделать вывод о недостаточности для авторского права указанных выше теорий, характерных для них способов аргументации и вытекающих из них законодательных приемов (установления специальных правил в отношении содержания научных произведений). Именно поэтому, как представляется, решение рассматриваемой проблемы может считаться обоснованным только в том случае, если будет продемонстрирована его взаимосвязь с общей логикой авторского права как юридического института. Соответственно, необходимо прежде всего проанализировать возможность обеспечения свободы научного дискурса в рамках общего учения об объекте авторского права, общих критериях охраноспособности произведения. Это позволило бы, во-первых, сформировать единую конструкцию объекта авторского права, что послужило бы дополнительным основанием для вывода о решающем значении внутренних закономерностей правовой формы в юридическом дискурсе. Во-вторых, это позволило бы устранить проблемы, связанные с использованием недостаточно точных неюридических классификаций (прежде всего понятий содержания произведения и научного произведения). Наконец, это потенциально позволило бы уйти от приема установления специальных правил общего характера, отказывающих в охраноспособности содержанию всех без исключения научных произведений, сделать механизм более гибким, способным к учету особенностей конкретного случая.

Теория Г. Хубманна

Развернутая попытка обоснования тезиса о неохраноспособности содержания научных произведений исходя из общей логики авторского права была

предпринята Г. Хубманном¹⁴¹. По мнению автора, проблема охранныспособности содержания научных произведений должна решаться на основании общих критериев охранныспособности, вытекающих из логики авторского права, его пределов и возможностей. Вопрос о неохранныспособности содержания научных произведений не должен решаться априорно на основании внешних принципов. Содержание научных произведений, равно как и любых других, должно подвергаться проверке на соответствие общим критериям охранныспособности.

Однако, по мнению автора, идеальное содержание научных произведений не удовлетворяет указанным критериям в силу его принципиальной заданности, предопределенности (*Vorgegebenheit* – нем.). Идеи представляют собой идеальное отражение действительности (природы и истории), и в этом смысле их содержание предопределено. Соответственно, научные идеи не являются уникальными и индивидуальными и могут быть «открыты» любым ученым, обладающим необходимой для этого квалификацией, способностями и возможностями¹⁴². Возможности создания индивидуальных произведений существуют только в сфере «чистого духа», и именно здесь проходит граница между наукой и искусством. Содержанию ложных произведений науки, в которых присутствует элемент фантазии их авторов, Хубманн также отказывал в охранныспособности в силу того, что, во-первых, на судью не может быть возложена задача проверки научной состоятельности теорий, а во-вторых, по причине нецелесообразности предоставления охраны ложному содержанию научных произведений.

Аргументация Г. Хубманна была подвергнута в литературе критике¹⁴³. В частности, оспаривается ссылка автора на то, что содержание научных произведений *в действительности* не соответствует необходимым условиям охранныспособности в силу того, что оно лишь отражает действительность и, соответственно, предопределено ею (онтологический аргумент), что ученым лишь «срывает уже созревшие плоды» с дерева познания, а потому легко может быть заменен другим «сборщиком урожая». Указывается, что, ссылаясь на онтологические характеристики произведений, автор принимает их без необходимого доказательства, без соответствующего эмпирического исследования¹⁴⁴,

¹⁴¹ Hubmann H. Der Rechtsschutz der Idee // UFITA. 1957. № 24. S. 1–15; *Idem*. Das Recht des schöpferischen Geistes. Berlin, 1954. S. 19 ff., 28 ff.; *Idem*. Urheber- und Verlagsrecht. 6. Aufl. München, 1987. S. 36 ff.

¹⁴² Очевидна взаимосвязь теории Г. Хубманна и концепции Й. Колера, который обосновывал свое учение о форме и содержании произведения указанием на то, что идеи являются отражением действительности (см.: Kohler J. Op. cit. S. 142 ff.).

¹⁴³ См., в частности: Plander H. Op. cit. S. 25, 39; Moltke B. Op. cit. S. 64 ff.; Buchmüller H.-J. Op. cit. S. 40; Haberstumpf H. Op. cit. S. 66 ff.; Altenpohl M. Op. cit. S. 118 ff.

¹⁴⁴ Moltke B. Op. cit. S. 64.

без достаточного анализа того, насколько в конкретных произведениях науки действительно отсутствует индивидуальность и оригинальность содержания.

В самом деле, вряд ли можно согласиться со взглядом на науку как на пассивный процесс отражения действительности, как на «сбор урожая», где в качестве плода выступает уже готовое знание. Такой взгляд на науку основан на господствовавшей в течение столетий философской традиции «джастификационизма», рассматривающего научное знание как набор наблюдений и индуктивных обобщений, которые доказаны (верифицированы) и в этом смысле производны от эмпирического базиса. Однако попытка обосновать критерий истинности научного знания на основании данных методологических посылок оказалась неудачной в силу имманентных индуктивизму ограничений¹⁴⁵. Эмпиризм как гносеологическая позиция был убедительно опровергнут в эпистемологии XX в.¹⁴⁶, что привело к признанию конвенционального характера методологии научного познания¹⁴⁷ и, соответственно, рассмотрению научного знания как интерпретации, в том числе в области естественных наук. При этом последовательная позитивистская позиция приводит к полному отрицанию возможности познания действительности (скептицизму, инструментализму) и крайнему конвенционализму (в том числе и в отношении высказываний о фактах, которые также рассматриваются как решения-конвенции)¹⁴⁸. Непривлекательность крайнего скептицизма и нежелание отказаться от идеи, что рост «фактуальной» науки имеет некоторое отношение к объективной, фактуальной истине, заставляют большинство конвенционалистов принять некий метафизический (т.е. логически не вытекающий из их методологической позиции) принцип,

¹⁴⁵ Так, выяснилась логическая невозможность положить в основание знания чисто эмпирический базис (еще кантианцы заметили, что никакое научное высказывание не может быть вполне обосновано фактами) и индуктивную логику (никакая логика не может увеличить содержание знания, гарантировя вместе с тем его безошибочность) (см.: Лакатос И. Фальсификация и методология исследовательских программ. М., 2003. С. 15).

¹⁴⁶ Критика эмпиризма основана на двух тезисах, а именно о невозможности истинных высказываний о фактах (любое высказывание о фактах есть их интерпретация в сфере определенной интерпретирующей теории), а также о невозможности увеличения истинного знания на основе индукции. Критику эмпиризма см.: Поллер К. Логика научного исследования. М., 2005. С. 85 и сл.; Лакатос И. Методология исследовательских программ // Кун Т. Структура научных революций. М., 2003. С. 282 и сл.

¹⁴⁷ О необходимых конвенциях в сфере эпистемологии см.: Поллер К. Логика научного исследования. М., 2005. С. 34 и сл.; Лакатос И. Указ. соч. С. 290 и сл., 305 и сл., 462 и сл.

¹⁴⁸ Отметим, что кодекс научной честности конвенционалиста менее строг, чем кодекс индуктивиста: он не налагает запрещения на недоказанные спекуляции и разрешает построение систем на основе любой фантастической идеи (см.: Лакатос И. Указ. соч. С. 266; Фейерабенд П. Против метода. Очерк анархистской теории познания. М., 2007).

позволяющий сравнивать степени правдоподобия теорий (об истинности в данном случае речь идти не может)¹⁴⁹.

Одним из философски корректных вариантов конвенционализма является попперианский фальсификационизм, основанный на отождествлении истины с ее признаками. К. Поппер придает эпистемологический вес единичным фактальным высказываниям («базисным утверждениям»), допуская конвенции о возможности их принятия¹⁵⁰. Соответственно, теория рассматривается как научная только в том случае, если она может быть приведена в столкновение с каким-либо базисным утверждением (т.е. является фальсифицируемой) и выдерживает такие проверки. Дополнительным критерием научности является предсказательная сила теории, т.е. возможность выдвижения новых эмпирических высказываний. По этим признакам научная теория отличается от гипотез *ad hoc*, которые выдвигаются лишь для того, чтобы спасти неправдоподобную теорию¹⁵¹.

Однако даже с учетом принятых методологических решений (конвенций) теории, выдержавшие проверки, не могут считаться истинными, отражающими действительность, но могут претендовать лишь на определенную степень правдоподобия, что не гарантирует их от устраниния при развитии научного знания. В любом случае отсутствуют основания для квалификации научной деятельности как механической работы по описанию действительности. Любое научное знание представляет собой интерпретацию, а потому предполагает творческий характер работы ученого¹⁵².

Таким образом, наука не может определяться и отграничиваться от иных сфер интеллектуальной деятельности по признаку отражения действительнос-

¹⁴⁹ Лакатос И. Указ. соч. С. 266.

¹⁵⁰ «В эмпирическом базисе объективной науки, таким образом, нет ничего «абсолютного». Наука не покоится на твердом фундаменте фактов. Жесткая структура ее теорий поднимается, так сказать, над болотом. Она подобна зданию, воздвигнутому на сваях. Эти сваи забиваются в болото, но не достигают никакого естественного или «данного» основания. Если же мы перестаем забивать сваи дальше, то вовсе не потому, что достигли твердой почвы. Мы останавливаемся просто тогда, когда убеждаемся, что сваи достаточно прочны и способны, по крайней мере некоторое время, выдержать тяжесть структуры науки» (Поппер К. Логика научного исследования. М., 2005. С. 102).

¹⁵¹ Там же.

¹⁵² «Наблюдения, и даже в большей степени высказывания наблюдения и высказывания об экспериментальных результатах всегда представляют собой интерпретации наблюдаемых фактов, причем интерпретации в свете теорий» (Поппер К. Логика научного исследования. С. 99). В этом смысле крайне показательными являются описания реальных процессов развития физики в XX в., предложенные непосредственным участником событий В. Гейзенбергом. См., в частности, следующие его работы: «Критерии правильности замкнутой теории в физике», «Изменения структуры мышления в развитии науки», «Язык и реальность в современной физике», ««Понимание» в современной физике». Данные работы опубликованы в сборнике: Гейзенберг В. Избранные философские работы. СПб., 2006.

ти. Поскольку использование критерия соответствия действительности является логически невозможным, круг существенных признаков, позволяющих отличить науку и научные произведения от ненауки, является результатом определенных конвенций (решений). При этом необходимо констатировать отсутствие господствующих позиций по данному вопросу. Соответственно, в сфере юридического дискурса понятие науки, научного произведения не может использоваться без необходимой конкретизации, основанной на логике авторского права, — в противном случае не будут соблюдены базовые требования эффективности права (предсказуемость, определенность, возможность вменить субъекту правовые последствия). Разумеется, любой из принятых критериев не способен отразить разнообразие неюридических взглядов на сферу научного дискурса и неизбежно будет упрощать фактический состав, т.е. будет в определенной степени неточным. Важно, чтобы применяемые в праве критерии лишь в целом верно описывали сферу науки и особенности научного дискурса и в большинстве случаев позволяли эффективно разрешать возникающие споры¹⁵³. Таким образом, сама по себе ссылка на несоответствие теории Г. Хубманна эмпирической реальности не может служить безоговорочным основанием для ее устранения.

Действительно, надо отдать должное автору: он не утверждает, что любое научное произведение лишь механически воспроизводит реальность, а деятельность ученого является механической. Г. Хубманн не исследует эмпирические основания понятия науки, а формулирует юридические критерии охранные способности научных произведений, реконструируя логику научного познания, определяя науку через соотношение с действительностью. Соответственно, все остальное, согласно его теории, следует рассматривать для юридических целей как ненауку. В рамках такого понимания научного произведения вывод об отсутствии индивидуальности его содержания является логически необходимым.

И все же следует признать, что используемые Г. Хубманном критерии вряд ли можно считать точными и подходящими для юридических целей. Во-первых, неверная реконструкция логики научного познания не позволяет в необходимой степени «ухватить» в предложененной им юридической конструкции содержания научного произведения реальные особенности научного дискурса¹⁵⁴, а

¹⁵³ Отметим, что в отличие от методологии взвешивания интересов ссылки на «реальные» интересы здесь выполняют лишь функцию общих ориентиров, некоего косвенного критерия эффективности правового решения, который, отдавая должное догматическому анализу, не может применяться в качестве непосредственного аргумента в споре о юридической конструкции.

¹⁵⁴ Следует отметить, что работы Хубманна, в которых он сформулировал основные положения своей теории (*Hubmann H. Der Rechtsschutz der Idee // UFITA. 1957. № 24; Idem. Das Recht des schöpferischen Geistes. Berlin, 1954*), были изданы хотя и после выхода в свет «Логики научного исследования» К. Поплера (1934 г.), но до появления основных работ И. Лакатоса, Дж. Агасси, Т. Куна, П. Фейерабенда, определивших основное содержание последовавшей вследствии дискуссии о научном методе.

потому она не позволяет в большинстве случаев эффективно разрешать возникающие споры¹⁵⁵ и в этом смысле является недостаточно точной. Возможность соотнесения научного знания с действительностью отсутствует, а потому отсутствует реальная возможность использовать признак соответствия действительности в качестве критерия охраноспособности. Во-вторых, невозможность исследования в судебном заседании вопроса о соответствии научной теории действительности делает предложенные им критерии неприменимыми на практике.

Отметим, что данный тезис подтверждается неспособностью рассматриваемой теории убедительно решить проблему ложных научных концепций, а также псевдонаучных фантазий, которые, согласно интерпретации автора, не могут считаться заданными действительностью.

Наконец, следует отметить, что автору не удалось уйти от метода специальных правил, объектом которых является содержание научных произведений, т.е. понятие, по своей природе слабоформализуемое. Отметим, что именно в устранении данных затруднений, повышении точности критериев и, соответственно, определенности права заключается привлекательность обоснования правового решения исходя из внутренней логики авторского права.

И все же необходимо поддержать общий подход к разрешению проблемы, а именно стремление аргументировать позицию по вопросу об охраноспособности содержания научных произведений исходя из внутренних закономерностей и логики авторского права, его пределов и возможностей. Следует согласиться с тем, что авторское право не способно эффективно охранять содержание научных произведений, что, соответственно, должно учитываться в рамках общей теории его объекта. Однако, как представляется, аргументация данного тезиса требует уточнения, учитываяющего прежде всего невозможность использования ссылок на соответствие действительности как на критерий научности и, соответственно, принципиальные сложности в отделении научных произведений от ненаучных, а формы произведения — от его содержания.

Взаимосвязь проблемы охраноспособности содержания научного произведения и вопроса об общих критериях охраноспособности объекта авторского права

Следует специально подчеркнуть взаимосвязь проблемы охраноспособности содержания научных произведений и вопроса об общих критериях охраноспособности объекта авторского права. По сути рассматриваемая проблема яв-

¹⁵⁵ Согласно критерию Г. Хубманна большую часть научного знания, представляющего, как было показано выше, лишь интерпретацию, следует отнести к сфере ненауки. Это означает, что в большинстве случаев содержание научных произведений следует признать охраноспособным (разумеется, если оно удовлетворяет критериям индивидуальности).

ляется трудным частным случаем для общей теории объекта авторского права, который требует разрешения не при помощи вспомогательных теорий *ad hoc*, а в рамках общей логики, представляет собой проверку для общей теории объекта, успешный результат которой позволит предпочесть одну из концепций критерия творчества как более обоснованную, обладающую большей объяснительной силой. Соответственно, рассматриваемая проблема заставляет уточнять общие представления о критерии творчества.

Действительно, ряд позиций принципиально не способны удовлетворительно разрешить проблему охранимости содержания научных произведений в силу имманентных для них недостатков, которые обусловили необходимость их уточнения в рамках дискуссии о критерии творчества. К числу таких недостатков следует отнести, во-первых, отсутствие достаточной взаимосвязи с логикой авторского права как института, следствием чего является включение в сферу авторского права таких объектов, которые оно не способно эффективно охранять. Во-вторых, это недостаточная либо неточная конкретизация данных критериев, что либо делает их вовсе неприменимыми для разрешения споров, либо приводит к неточным и произвольным решениям.

Как представляется, именно отсутствием достаточной проработки учения о критерии творчества (индивидуальности, оригинальности) в ряде национальных доктрин объясняются трудности с разрешением проблемы охранимости научных произведений и, соответственно, востребованность вспомогательных теорий, использующих внешние аргументы.

Так, концепция индивидуальности как проявления личности автора (последовательный субъективный подход) остается в значительной степени неконкретизированной и неточной, что допускает в значительной степени произвольные выводы и интерпретации. В частности, такое понимание творчества стимулирует дискуссию о том, насколько научная деятельность требует творческого подхода, насколько в научном результате проявляются особенности личности ученого, его уникальные способности. Хотя в рамках данного подхода в целом возможно нащупать правильное решение проблемы, тем не менее оно не может быть с необходимостью выведено из сути обсуждаемых проблем в силу слишком общего характера используемых понятий («проявление личности», «творчество», «индивидуальность»), которые допускают разнообразные толкования.

Последовательная субъективная концепция, отождествляющая творчество с самостоятельной творческой деятельностью, не способна удовлетворительно решить проблему охранимости научных произведений в силу принципиальной ложности ее предпосылки о том, что самостоятельная субъективно-творческая деятельность приводит к созданию оригинального произведения, выраждающего личность автора, вне зависимости от того, является ли такая лич-

ность неординарной либо заурядной, а также привела ли такая деятельность к созданию уникального либо принципиально повторимого результата¹⁵⁶.

Также в целом неподходящей для решения проблемы охраноспособности содержания научного произведения оказалась последовательная объективная концепция критерия творчества, определяющая творческий характер интеллектуального продукта через признак новизны. Сама по себе новизна произведения не свидетельствует непременно ни о научном характере интеллектуального продукта, ни о необходимости предоставления ему авторско-правовой охраны. Признак новизны чужд логике авторского права и не является определяющим для науки¹⁵⁷. Наконец, его применение приводит к выводу об охраноспособности научных результатов, в том числе и принципиально повторимых.

Возможности удовлетворительного разрешения проблемы охраноспособности содержания научных произведений появляются в рамках развивающегося в современных концепциях компромиссного объективно-субъективного подхода к определению критерия творческого характера произведения, в центре внимания которого находятся объективно существующие особенности произведения, его своеобразие, которое выделяет его из череды уже существующих произведений, его уникальность и неповторимость. Данный признак более точно отражает логику авторского права, а именно его направленность на охрану уникальных, неповторимых произведений. Отказ содержанию научных произведений в охраноспособности в целом точно корреспондирует указанной логике. Как представляется, именно в этом направлении следует развивать аргументацию и уточнение тезиса о невозможности авторско-правовой охраны научных теорий, концепций, идей.

Признак принципиальной неповторимости как критерий охраноспособности содержания научных произведений

Авторское право, предоставляя исключительное право на произведение с момента его создания, предназначено для охраны уникальных объектов, независимое повторение которых невозможно. Распространение авторско-правовой охраны на принципиально повторимые интеллектуальные продукты связано с возникновением трудноразрешимых проблем. Такой шаг способен привести к

¹⁵⁶ Отметим, что, опираясь именно на данную концепцию критерия творчества, Б. Мольтке основывает свой вывод об охраноспособности содержания научных произведений (см.: Moltke B. Op. cit. S. 67 ff.). В результате в сферу охраноспособных результатов попадают даже принципиально повторимые и неоригинальные научные идеи и концепции.

¹⁵⁷ Так, интеллектуальный продукт может быть объективно новым, но при этом представлять собой результат сугубо механической работы, нетворческих, репродуктивных актов (как, например, бухгалтерский баланс) либо быть содержательным результатом творческой деятельности, охраняемым патентным правом. Точно так же и сама по себе новизна теории, идеи не свидетельствует непременно ни о ее научной ценности, ни о ее научном характере.

ситуации сосуществования исключительных прав на один и тот же объект, принадлежащих разным лицам, создавшим такой интеллектуальных продукт независимо друг от друга. Закрепление в такой ситуации исключительного права за первым создателем *de lege ferenda* также остается невозможным в силу отсутствия в авторском праве специальных механизмов установления приоритета создания повторимого объекта, а также возникновения прогнозируемых сложностей в отделении одного результата интеллектуальной деятельности от другого, т.е. в идентификации объекта права.

Следовательно, в рамках созидающей системы сложно обеспечить распознаваемость для третьих лиц исключительных прав на повторимые объекты, имеющих, подчеркнем, абсолютный характер. В этом случае право утратило бы черты определенности и предсказуемости, участники оборота не обладали бы минимальной определенностью в вопросе о приобретении прав на такой продукт, что сделало бы авторско-правовую охрану хаотичной и случайной¹⁵⁸. Охрана такого объекта потребовала бы введения регистрационной системы, однако это означало бы формирование системы охраны, построенной по иной логике, нежели авторско-правовая (созидающая). Отметим, что такой шаг также требовал бы обоснования с точки зрения метаюридических (моральных) оснований такой монополизации: какие соображения могли бы оправдать предоставление авторских прав на продукт, который находится в сфере ожидаемого и может быть создан любым другим автором?

Предоставление авторских прав на принципиально повторимые интеллектуальные продукты также является неоправданным с точки зрения господствующей теории личных неимущественных прав. Создателю такого продукта предоставляются такие права без необходимых оснований, поскольку работа по созданию повторимого результата исходя из имеющихся стандартов деятельности не предполагает проявления индивидуальности, требующей охраны.

Соответственно, логика авторско-правовой системы как юридической конструкции делает необходимым определение объекта авторского права через признак уникальности, принципиальной неповторимости, т.е. невозможности его независимого повторения исходя из существующих на данный момент правил и стандартов деятельности в определенной сфере. Распространение авторско-правовой охраны на иные объекты делает ее неэффективной и связано с возникновением серьезных дисфункций.

В иностранной доктрине авторского права концепция неповторимости как условия охраноспособности произведения в авторском праве была предложена

¹⁵⁸ В этом можно видеть причину распространения в последнее время в отечественной доктрине взгляда на необходимость введения регистрационного порядка возникновения авторских прав. Представляется, однако, что более правильным было бы отказаться от распространения авторско-правовых механизмов на неадекватные им объекты охраны.

известным швейцарским правоведом М. Куммером¹⁵⁹. По мнению автора, основным недостатком большинства конкретизаций признака индивидуальности является их количественная измеримость, предполагающая зависимость квалификации произведения в качестве охраноспособного от субъективных оценок уровня творческого характера произведения¹⁶⁰. Устранению таких оценок, по мнению автора, будет способствовать интерпретация признака индивидуальности произведения как его *статистической неповторимости*. Однако Куммер не предлагал каждый раз рассчитывать математическую вероятность повторения произведения, речь шла об оценке с точки зрения обычного наблюдателя, не использующего специальных средств исследования неповторимости¹⁶¹.

Теория М. Куммера в европейской доктрине авторского права вызвала значительный резонанс и стала поводом для оживленной дискуссии¹⁶². В качестве основных возражений приводилось указание на то, что данная концепция не позволяет полностью устраниить оценочные суждения, а также что статистической неповторимостью обладают некоторые нетворческие нематериальные продукты (например, результаты случайных комбинаций, механических действий, разного рода игр и, наконец, некоторые виды пластика (речь идет о внесении некоторых изменений в чужое произведение, которые не носят творческий характер, однако статистически неповторимы)).

Указанные трудности концепции неповторимости как критерия творчества вряд ли можно считать неразрешимыми и свидетельствующими о необходимости устранения всей концепции.

¹⁵⁹ Kummer M. Das urheberrechtlich schützbare Werk. Bern, 1968. S. 30, 60, 80. В современной отечественной литературе применение критерия неповторимости произведения последовательно отстаивается Э.П. Гавриловым (см.: Гаврилов Э.П. Оригинальность как критерий охраны объектов авторским правом // СПС «КонсультантПлюс» (2005)).

¹⁶⁰ По нашему мнению, причиной этого является недостаточная либо неточная конкретизация критерия индивидуальности, предполагающая вынесение дополнительных оценочных суждений. Подробнее о понятии уровня творчества см.: Кашанин А.В. Проблема минимальных стандартов охраноспособности произведений в авторском праве. Германский опыт // Вестник гражданского права. 2007. № 4.

¹⁶¹ Буквально М. Куммер говорил об «обычном наблюдателе, смотрящем на произведение с естественной точки зрения» (*Normalbetrachter in Rahmen seiner natürlichen Optik* – нем.). Таким образом, автор конкретизировал признак неповторимости для целей его применения на практике. Отметим, что такое толкование неповторимости уже предполагает вынесение определенных субъективных оценок.

¹⁶² См.: Girth P. Individualität und Zufall im Urheberrecht // UFITA. 1974. № 48; Schmidt K. Urheberrechtlicher Werkbegriff und Gegenwartskunst – Krise oder Bewahrung eines gesetzlichen Konzepts? // UFITA. 1976. № 77; Plett K. Op. cit.; Moser R. Der urheberrechtliche Schutz von wissenschaftlich-technischen Darstellungen in Deutschland und Großbritannien. München, 1986; Vischer F. Monopol und Freiheit in Wissenschaft und Kunst (zum Grundproblem des Urheberrechts). Basel, 1980; Heim E. Die statistische Einmaligkeit im Urheberrecht de lege lata und de lege ferenda: Diss. Freiburg; Schweiz, 1971; Hösly B. Das urheberrechtlich schützbare Rechtssubjekt. Bern, 1987; Larese W. Werk und Urheber in der schweizerischen Urheberrechtsreform // UFITA. 1977. № 79; Straub W. Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts. GRUR Int., 2001; Troller A. Immaterialgüterrecht. Bd. I. 3. Aufl. Basel; Frankfurt a.M., 1983.

Прежде всего следует отметить, что рациональная реконструкция развития учения о критерии творчества как условии охраноспособности произведения в авторском праве демонстрирует тенденцию ко все большему уточнению и конкретизации данного критерия, дополнению его рядом вспомогательных учений, конкретизирующих и операционализирующих его основную логику. В действительности учение о критерии творчества, как правило, представляет собой достаточно сложную и развернутую структуру. В ее основе лежит некий общий критерий, главный принцип, который задает основное направление разрешения проблемы объекта авторского права. Данный принцип выражает основную логику учения об объекте авторского права и, соответственно, выступает основанием классификации подходов к определению критерия творчества.

Однако, как любой принцип, такой общий критерий представляет собой достаточно неопределенную, открытую структуру, непосредственное практическое применение которой связано с известными сложностями¹⁶³. В развитой правовой системе такой общий критерий творчества конкретизируется посредством ряда производных от него юридических конструкций, формализующих установление творческого характера произведения, делающего критерий творчества более формальным и пригодным для непосредственного практического применения. В процессе такой формализации неизбежно имеет место упрощение фактического состава, так что отдельные нетипичные случаи могут не охватываться сформулированной таким образом юридической конструкцией. Однако в любом случае является важным, во-первых, чтобы общее направление решения проблемы было определено верно, а во-вторых, чтобы такие конкретизации были максимально развернутыми и точными, передающими, с одной стороны, общую логику авторского права, а с другой стороны, разнообразие фактического состава. В этом случае уменьшается роль оценочных суждений, процесс правоприменения становится более формальным и предсказуемым, что, однако, в отдельных сложных случаях не исключает непосредственного применения общего критерия творчества, который в любом случае выполняет функции общего ориентира.

¹⁶³ Для применения принципов права характерен так называемый риторический стиль аргументации, целью которого является решение правовой проблемы посредством ряда «открытых» техник (аналогии, индукции и т.п.). Отличие от риторического аксиоматический метод предполагает сведение спорной ситуации к неким аксиоматическим положениям, т.е. в данном случае к ясным и определенным нормам права (см.: Esser J. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre. Tübingen, 1956. S. 44, 222). Соответственно, непосредственное практическое применение общих определений критерия творчества, сформулированных в достаточно неопределенной форме (индивидуальность, оригинальность, проявление личности, новизна, неповторимость, самостоятельная творческая деятельность, своеобразие произведения и т.п.) самих по себе, без достаточной конкретизации, связано со значительной долей усмотрения правоприменителя.

Критика теории М. Куммера связана прежде всего с недостаточной и неточной формализацией критерия неповторимости, что, однако, само по себе не является основанием для признания несостоятельным общего направления решения проблемы. Как представляется, концепция принципиальной неповторимости (уникальности) объекта авторского права является крайне перспективной теорией. Во-первых, она более точно схватывает логику авторского права как юридического института, его пределы и возможности. Во-вторых, критерий принципиальной неповторимости в гораздо большей степени поддается формализации, нежели иные предложенные критерии (индивидуальность, оригинальность, проявление личности, самостоятельность творческой деятельности). Наконец, концепция неповторимости объекта авторского права обладает большей объясняющей силой, поскольку позволяет интегрировать в общую конструкцию такие случаи, которые ранее объяснялись при помощи внешних вспомогательных теорий и специальных правил, применение которых, как было показано выше, связано с возникновением трудноразрешимых проблем. Речь идет в том числе о проблеме охранныспособности содержания научных произведений.

Применение критерия неповторимости произведения, конкретизированного при помощи ряда учений о факторах, исключающих творческий характер произведения, позволяет в целом достаточно точно отграничить неохраноспособные теории, концепции, учения, идеи от охраноспособных элементов научного произведения. Проведенная таким образом граница в целом достаточно точно соответствует неюридическим представлениям о сфере науки, об индивидуальном вкладе ученого и всеобщем достоянии, об интеллектуальных продуктах, которые должны оставаться доступными для свободного научного обсуждения и, наоборот, которые должны охватываться монополией автора. При этом, что важно, проведенная таким образом граница охранныспособности научного произведения в полной мере вытекает из логики авторского права как юридической конструкции и, соответственно, позволяет устранить ряд трудноразрешимых противоречий и дисфункций. С одной стороны, в сферу охранныспособных объектов не включаются такие, монополию на которые авторское право обеспечить не способно. С другой стороны, появляется возможность отказаться от неоправданных ограничений авторских прав, связанных с применением крайне неопределенного специального правила о неохраноспособности содержания научного произведения, трудности применения которого делают положение участников оборота непредсказуемым и неопределенным.

Как представляется, базовым основанием, которое позволяет согласовать логику авторского права и принцип свободы научного дискурса, является ориентация авторского права и научного исследования на различные по своему характеру объекты. Если авторское право направлено на предоставление охраны все-

му индивидуальному, неповторимому, то целью науки, наоборот, является формирование интерсубъективных выводов, общезначимых положений. Требование интерсубъективности, имманентное для науки, требует использования метода генерализации (обобщения). Возможность общезначимых высказываний появляется при условии устраниния многообразия уникального, выделения общих мест, которые «схватываются» посредством понятий¹⁶⁴. В этом смысле формальная структура (логика) науки представляет собой развитие элементарной модели рациональности, данной каждому в языке, также состоящем из общих понятий¹⁶⁵.

Соответственно, использование метода генерализации, метода выделения общих мест, делает картину мира, описываемую генерализующей наукой, интерсубъективной. Любое понимание, в том числе и так называемый метод понимания, специфичный для гуманитарного познания, основано на предположении о существовании определенных регулярностей. Процедура объяснения, которая лежит в основе теории в генерализующей науке, основана на подведении частного под общее, на указании на определенную общность рассматриваемых объектов. Даже в сфере гуманитарных наук процедура понимания человеческих действий и их продуктов предполагает знание правил действий и коммуникации, мотивов действующих агентов и их представлений о конкретной ситуации, что возможно только при условии определенной общности указанных правил, мотивов и представлений, существовании определенных регулярностей в человеческом поведении. Понимание оказывается, таким образом, не мистической процедурой «вчувствования», а рациональной реконструкцией и может рассматриваться как разновидность объяснения¹⁶⁶.

Поэтому если понимать науку как сферу интерсубъективных высказываний, подчиняющихся указанным правилам рациональности, появляются основания для вывода о принципиальной повторимости ее общих идей, концепций, теорий, даже несмотря на то, что они неизбежно носят характер интерпретаций.

Во-первых, в основании научных концепций лежит эмпирический базис, рассматриваемый как имеющий интерсубъективное значение и, соответст-

¹⁶⁴ Логика образования понятий демонстрирует, что в основе данного процесса лежит некий априорный принцип, позволяющий выделить общие места и отразить их в понятиях. Это хорошо корреспондирует логике научного познания, допускающей оценку правдоподобия теории, основанной на возможности конвенционального принятия определенных базисных (эмпирических) утверждений, которые выступают в качестве основы для проверки теории.

¹⁶⁵ «Уже бессознательно возникшие значения слов, которыми мы оперируем, отличаются, если отвлечься от собственных имен, более или менее общим характером; наука же может до известной степени быть рассматриваема как продолжение и сознательная разработка начавшегося помимо нашей воли процесса» (Риккерт Г. Науки о природе и науки о культуре. М., 1998. С. 66).

¹⁶⁶ Лекторский В.А. Возможна ли интеграция естественных наук и наук о человеке? // Наука глазами гуманитария. М., 2005. С. 16–17.

но, в этих рамках как необходимый материал для научной теории, как ее основа. В той мере, в какой в рамках научного дискурса принимается конвенциональное решение о верности базисного утверждения и, соответственно, о его использовании для проверки теории, эмпирический базис выступает в качестве материала для научной теории, общего для разных исследователей. В этой связи интерпретационная природа эмпирических высказываний не исключает их определяющего значения для объясняющей их теории. В этом смысле содержание научной теории в известной мере задано, предопределено совокупностью базисных утверждений.

Во-вторых, требование интерсубъективности научного знания делает необходимым общность логики (методологии) научного исследования. Именно поэтому для сферы науки являются необходимыми ряд конвенций о критериях научности. Собственно, именно их наличие делает возможным само по себе обсуждение правдоподобия теории, определяет саму возможность научного дискурса. Строго говоря, эти конвенции представляют собой соглашения о точках отсчета, которые делают осмысленной дискуссию о научности (правдоподобии) теории. В той мере, в какой указанные конвенции о методологии являются признанными и соблюдаются, они выполняют роль стандартов научной рациональности и, соответственно, определяют содержание приемлемых научных теорий (объяснений).

Для ряда сфер научного исследования также характерно использование определенной методологии получения научного результата (в частности, использование определенных технических средств, соблюдение необходимых условий эксперимента и т.п., которые, выполняя функцию стандартов научного исследования, ограничивают сферу результатов, признаваемых в качестве научных). Это также лежит в основе предсказуемости открытых, повторимости экспериментов и, соответственно, в известной мере определяет содержание научной теории.

Аналогичную роль также выполняют иные стандарты рациональности (в частности, правила формальной логики, математики, специальные методы отдельных наук и т.п.). Именно соблюдение таких стандартов делает научное знание интерсубъективным в той же самой мере, в какой определяет его принципиальную повторимость (независимо от степени сложности и, соответственно, необходимого уровня подготовки исследователя).

Разумеется, метод индукции не способен сам по себе привести к формированию объяснительной гипотезы, и в этом смысле наука нуждается в дополнительных априорных принципах, которые придают ей характер интерпретации. Именно поэтому выдвижение теорий требует субъективного творчества, неординарных способностей. Однако предлагаемые учеными интерпретации подчиняются более общим правилам научной рациональности,

благодаря которым становятся возможными выбор между теориями, дискуссия об их состоятельности и правдоподобии, т.е. по сути сама наука. Интерпретации, не соответствующие принятым критериям, отбрасываются как ненаучные. В этой связи появление различных интерпретаций (теорий) становится в известной мере предсказуемым, а выбор между ними не произвольным, а логически принудительным. И хотя в силу конвенционального характера стандартов научной рациональности признанная теория все равно не может претендовать на статус истинной, отражающей действительность, тем не менее *в рамках определенного корпуса научного знания она может рассматриваться как необходимая, а потому предсказуемая и принципиально повторимая*¹⁶⁷.

В-третьих, свойство принципиальной повторимости научных результатов объясняется общей формальной целью научного исследования, а именно целью поиска регулярностей, общих мест, объяснения посредством подведения частного под общие признаки — с соблюдением правил научной рациональности. В этой связи научные идеи, концепции неизбежно носят в той либо иной степени общий характер, относятся к сфере абстрактных идей. Однако возможность поиска общих мест в известной мере связана с общезначимостью признаваемых участниками дискурса эмпирических данных, общностью структур мышления, поскольку именно от этого зависит возможность конвенции о наличии общих признаков. Любая теория убедительна для читателя в той мере, в какой он понимает и разделяет ее доводы, а это зависит от того, насколько для него актуальны соответствующие стандарты рациональности (причем не обязательно научной). Соответственно, в рамках общего для научного сообщества исходного материала и стандартов рациональности возможности выделения общих характеристик, общих идей, общих теорий ограничены, и в этом смысле они являются в значительной мере предсказуемыми и повторимыми.

Таким образом, теория обладает научной ценностью в той мере, в какой она основана на признанном эмпирическом базисе, соответствует стандартам рациональности и поддается независимой проверке. Требование проверяемости теорий является необходимым в рамках научного дискурса, основанного на логике генерализации и требовании интерсубъективности. Все это в значительной степени увеличивает вероятность независимого повторения таких научных теорий и концепций в рамках определенного корпуса научного знания (научной

¹⁶⁷ Характер непредопределенных (неповторимых) интерпретаций в большей степени носят наиболее общие методологические подходы, картины мира, общие исследовательские программы, в рамках которых и формулируются соответствующие стандарты рациональности. Однако такие методологические позиции вполне справедливо относятся, как правило, не к науке, а к философии.

парадигмы, научной школы)¹⁶⁸. Соответственно, имеются основания для вывода о том, что в рамках генерализующей науки ценностью с точки зрения обеспечения свободы научного дискурса обладают прежде всего принципиально повторимые научные продукты¹⁶⁹.

Данная граница совпадает с пределами эффективности авторского права, рассчитанного на охрану принципиально неповторимых интеллектуальных продуктов, и в целом может быть удовлетворительно описана при помощи специального инструментария, разработанного в рамках общего учения о критерии творчества¹⁷⁰. Речь идет об описанных выше специальных юридических конструкциях, позволяющих для целей авторского права исключить творческий характер произведения.

1. Прежде всего это понятие объема возможностей автора по созданию произведения в индивидуальной (оригинальной) форме (*Gestaltungsspielraum*), которые в случае с содержанием научных произведений существенно сужаются заранее заданной целью произведения (описание фактов, объяснение феноменов на основании имеющихся данных, разного рода прикладные задачи), огра-

¹⁶⁸ Именно поэтому, как представляется, в науке крайне распространенными являются повторные открытия, переоткрытие высказанных ранее теорий и концепций. Попытка осмысления и рационализации логики и технологии открытых и изобретений предпринята в рамках так называемой технологии решения изобретательских задач (ТРИЗ) – дисциплины, основоположником которой считается Г.С. Альтшуллер. Данная дисциплина представляет собой набор рациональных механизмов и психологических методик, позволяющих преодолеть проблемную ситуацию и сформулировать решение изобретательской либо исследовательской задачи. Интересно, что сама по себе возможность рационализации логики открытых предполагает известную меру их предсказуемости (по крайней мере в рамках имеющегося эмпирического базиса и стандартов рациональности). Подробнее о ТРИЗ, а также библиографию и электронную библиотеку публикаций по теме см. в Интернете по адресам: <http://www.trizland.ru/trizba.php?id=3>, <http://www.altshuller.ru/head.asp>.

¹⁶⁹ Разумеется, предложенная нами краткая попытка реконструкции логики научного исследования не может претендовать ни на полноту, ни на абсолютную достоверность. Точное установление границ принципиальной повторимости научного знания требует гораздо более развернутого исследования, предполагающего в том числе решение проблемы гуманитарных наук. Однако целью предпринятого анализа не является обоснование понятия критерия творчества, поскольку оно вытекает из логики авторского права как юридического института, а не из внешней эмпирической реальности. Также данный анализ не может быть определяющим при решении вопроса о возможности существования специального правила об исключении содержания научного произведения из сферы авторско-правовой охраны, поскольку необходимость отказа от него определяется другими факторами (невозможностью разграничения формы и содержания произведения и определения круга научных произведений). Цель предпринятого анализа другая – в общем виде показать, что решение проблемы, вытекающее из общей логики авторского права, в целом позволяет реализовать интерес в обеспечении свободы научного дискурса. В этой связи отказ от специального правила о неохраноспособности содержания научных произведений не способен привести к такому расширению монополии авторов научного произведения, которое бы неоправданно сужало возможности свободного научного обсуждения.

¹⁷⁰ Как уже отмечалось, само по себе применение признаков оригинальности, индивидуальности, неповторимости, уникальности на практике затруднено. Речь идет о том, что данные критерии наполняются специальным юридическим содержанием, формализуются при помощи ряда вспомогательных конструкций.

ниченными средствами ее достижения (в частности, корпусом имеющегося научного знания, стандартами рациональности), необходимостью соответствия разного рода техническим параметрам и иным соображениям функциональности (в частности, необходимостью использования в области техники), широтой либо скучностью художественно-выразительных средств решения задачи, наличием общепринятых (стандартных) средств и способов выражения определенной идеи, определенных стандартов аргументации и т.п.

2. Конкретизация границ охраноспособности содержания научного произведения также служит понятие всеобщего достояния, к которому относятся в том числе такие интеллектуальные результаты, которые созданы в отсутствие возможностей по созданию произведения в индивидуальной (оригинальной) форме и находятся в пределах ожидаемого, эмпирические данные, общедоступные источники нематериальных продуктов, которые могут использоваться каждым для создания собственных оригинальных произведений¹⁷¹, методы научного исследования, общераспространенные идеи, основанные на доступных каждому наблюдениях, стандартных структурах мышления и др.

3. О роли стандартов мышления, стандартов научной деятельности, методологии научного исследования, которые исключают творческий характер основанного на них результата, было сказано выше.

4. Наконец, следует указать еще на одно обстоятельство, не позволяющее признать абстрактные (общие) идеи самостоятельным объектом авторско-правовой охраны. Речь идет об отсутствии в авторском праве специальных юридических средств, позволяющих для целей монополизации эффективно разграничивать абстрактные идеи. Как уже отмечалось, выделение идейного содержания само по себе является рациональной операцией, предполагающей определенную интерпретацию текста. В этой связи аналитик (критик), выделяющий идейное содержание, неизбежно вкладывает собственное видение содержания текста, которое, возможно, и не предполагалось автором. Получается, что часто выделить идеи в чистом виде и связать их с определенным произведением оказывается затруднительным. Соответственно, отграничить такой объект для целей монополизации оказывается невозможным.

Таким образом, использование общих критериев охраноспособности позволяет признать охраноспособными такие элементы научных произведений, которые являются принципиально неповторимыми исходя из имеющихся на момент создания произведения эмпирических данных, правил и стандартов научной деятельности. Охраноспособные элементы научного произведения должны явно превышать по своему уровню то, что для среднего специалиста представляет собой механическую работу, находится в рамках ожидаемого, а также оп-

¹⁷¹ Hubmann H. Urheber- und Verlagsrecht. 6. Aufl. München, 1987. S. 36.

ределяется исключительно соображениями функциональности, технической применимости либо требованиями достижения определенной задачи. Соответственно, неохраноспособным остается лишь принципиально идейное ядро научного произведения, в то время как индивидуальные неповторимые черты научного произведения, проявляющиеся в стиле и способах аргументации, подборе аргументов и примеров, логической взаимосвязи положений и последовательности выводов, являются безусловно охраноспособными¹⁷².

Как представляется, данные выводы в полной мере соответствуют требованиям п. 5 ст. 1259 ГК РФ, которая не устанавливает в общей форме правила о неохраноспособности содержания научного произведения. Речь как раз идет о невозможности распространения охраны на принципиально повторимое идейное ядро, т.е. о самих по себе идеях, концепциях, принципах, методах, процессах, системах, способах, решениях задач, открытиях и фактах.

Таким образом, имеются существенные основания полагать, что применение общего критерия неповторимости произведения в авторском праве является единственной возможностью эффективного решения проблемы содержания научных произведений, вытекающего из логики авторского права и не связанного с возникновением трудноразрешимых проблем и дисфункций. Данный критерий позволяет эффективно ограничить охраноспособные элементы научных произведений от абстрактных идей, концепций и теорий, которые в силу необходимости соблюдения стандартов научной рациональности в значительной мере находятся в сфере ожидаемого и предсказуемого. Это позволяет успешно интегрировать тезис о неохраноспособности содержания научных произведений в общую логику авторского права. В этой связи потребность в специальном принципе, отказывающем содержанию научных произведений в авторско-правовой охране, отпадает.

Отказ от такого специального принципа не влечет ограничения свободы научного дискурса, однако устраняет специфические для него дисфункции. Во-первых, отпадает необходимость в определении понятий науки и научного произведения, которые в неюридическом дискурсе относятся к дискуссионным. Во-вторых, это позволит отказаться от использования слабоформализуемых понятий формы и содержания произведения, которые по сути не могут применяться без специально-юридической конкретизации, т.е. без использования общих критериев индивидуальности. Наконец, такое решение позволяет согласовать сферу охраноспособных объектов с логикой и возможностями авторского права. Все это способствует увеличению эффективности, предсказуемости и определенности права, а также устраняет произвольность правоприменительных решений.

¹⁷² Ulmer E. Op. cit. 2. Aufl. S. 108; *Idem*. Der Urheberschutz wissenschaftlicher Werke unter besonderer Berücksichtigung der Programme elektronischer Rechenanlagen. S. 1 ff., 15 ff.

Кроме того, применение к элементам научного произведения общих критерии охраноспособности позволяет решить проблему ложных идей и концепций, а также теорий, высказанных в произведениях, которые по внешней форме не относятся к научным. Такая возможность возникает в связи с заменой признака соответствия действительности критерием ожидаемости и повторимости. В этой связи ложность теории лишь означает ее неспособность выдерживать проверки в такой же степени успешно, как и конкурирующая теория. Признание концепции ложной не связано непременно с соблюдением стандартов рациональности. Ложная теория может быть как плодом буйной фантазии (и тогда она не считается научной), так и соответствовать требованиям научной рациональности, что, однако, помещает ее в рамки ожидаемого. Соответственно, в той мере, в какой такая теория относится к предсказуемым, ее содержание не может считаться охраноспособным.

Проведенное исследование также позволяет прийти к выводу о том, что в той мере, в какой в научном сообществе принято придерживаться стандартов изложения концепций и теорий, значительная доля научных произведений должна считаться произведениями с незначительным уровнем творческого характера (произведениями *kleine Münze*), находящимися на нижней границе охраноспособности. Такие стандарты изложения могут относиться к языку изложения, который в ряде научных дисциплин в значительной степени формализован, к структуре аргументации, к форме изложения экспериментальных данных, к внешнему виду чертежей, графиков, диаграмм. Творческое внимание ученого направлено именно на идеиное ядро научного произведения, которое, однако, не поддается эффективной охране средствами авторского права.

Соответственно, некоторые научные произведения могут вообще не удовлетворять общим условиям охраноспособности и находиться за пределами авторско-правовой охраны, даже несмотря на их высокую научную ценность. В частности, к ним могут относиться впервые составленные картографические произведения, формализованные описания экспериментальных данных, технических решений, наблюдений и открытий, а также во многих случаях компьютерные программы. Другие произведения хотя в целом и могут признаваться охраноспособными, однако минимальная степень их индивидуальности и неповторимости определяет узость перечня элементов такого произведения, на которые распространяется авторско-правовая монополия. В этой связи интересы авторов научных произведений, а также учреждений, финансирующих получение научных результатов, в целом остаются вне правовой охраны (разумеется, если полученный результат не может быть запатентован). Все это демонстрирует актуальность проблемы формирования эффективных систем охраны произведений с незначительным уровнем творчества (произведений *kleine Münze*), альтернативных авторско-правовой.