АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

А.В. Кашанин

МЕХАНИЗМ ДЕМАРКАЦИИ В СИСТЕМЕ КОПИРАЙТ США

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

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

Постановка проблемы

Целью настоящей статьи является анализ механизмов разграничения охраноспособного и общедоступного, используемых в авторском праве США 1. Указанный механизм разграничения в настоящее время на практике, как правило, не сводится к использованию основного критерия способности произведения к авторско-правовой охране (обозначаемому в отечественной традиции как критерий творчества), а представляет собой систему прикладных инструментов, позволяющих не только определять круг охраноспособных произведений, но и разграничивать охраноспособное и общедоступное в ряде трудных для юридической практики случаев, например, в связи с определением круга охраноспособных элементов произведения, в том числе относящихся к его внутренним структурам, при определении области допустимых заимствований из чужих произведений, не связанных с непосредственным копированием их элементов и т.п. Во всех таких случаях возникает задача определения точного объема монополии правообладателя, для разрешения которой используются помимо традиционных также юридические средства, выходящие за пределы предметной области узения об объекте авторско-правовой охраны, однако объединяемые с ним общей функцией. Функциональная взаимосвязь указанной совокупности юридических механизмов, а также отсутствие в понятийном аппарате соответствующего обозначения, позволяет нам обозначить ее как механизм демаркации, не рискуя нарушить запрет неоправданного удвоения категорий.

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

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

1 Примечание обозначения «авторское право» в отношении системы копирайт в настоящей работе преследует цель терминологического удобства и определяется, несмотря на допускаемое тем самым устранение на уровне терминологии принципиальных отличий европейской и американской системой, имеющим место в настоящее время их сближении и унификации, по крайней мере, вицем.
неохораноспособных идей определяется посредством теста на абстрактность (abstractions test). При этом низкий уровень требований к степени их конкретизации определяет расширение круга форм их выражения, квалифицируемых в качестве охраноспособных, так что в число неохраняемого попадают лишь наиболее общее идейное содержание. Это, однако, означает сужение сферы применения merger doctrine, поскольку та используется лишь в отношении неохраноспособных идей. В конечном итоге это приводит к расширению области монополизируемого идейного содержания.

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

Философско-правовые предпосылки формирования механизма демаркации в системе копирайт

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

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

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

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

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


4 Данная позиция коррелирует концепции «американской мечты», в основе которой лежат базовые представления американского общества о роли труда. Именно личная самостоятельность рассматривается в качестве причины социального успеха либо неудач, что определяет социальную дифференциацию и лишает оснований теории уравнивающей (распре-
правосознания нехарактерно отношение к личности как объекту особой заботы со стороны государства, а потому законодатель изначально видел решение задачи содействия развитию литературы, искусства, науки в том, чтобы обеспечить удовлетворение личных неимущественных интересов автора, а в достижении оптимального баланса экономических интересов вовлеченных сторон (автора, издателя, общества). Соответственно, речь шла об обеспечении экономических стимулов к созидательной деятельности в указанных сферах.

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

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

Экономической направленности системы копирайт коррелирует другая существенная ее характеристика, а именно то, что данная система обеспечивает т.н. «тонкую» охрану. Англо-американская модель не предоставляет правообладателю права, обеспечивающего наиболее широкое государство над интеллектуальным продуктом. Объем охраны произведения в рамках системы копирайт сужен: набор возможностей правообладателя по сравнению с континентальным авторским правом является более узким, а перечень прав — закрытым. Кроме того, следует указать на узость сферы производных произведений, использование которых охватывается монополией правообладателя: к таким произведениям относятся лишь те, создание которых сопровождалось существенным копированием оригинала. Как часто отмечается в литературе, фактически копирайт предоставляет защиту от копирования произведения, так что внесение незначительных корректив достаточно для приобретения копирайта. Наконец, следует учитывать, что система копирайт допускает сосуществование двух прав на идентичные объекты, созданные независимо друг от друга. Соответственно, указанные права, своего рода, нельзя считать исключительными.

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


рокого по сравнению с континентальным авторским правом круга результатов, а также отказ от механизмов охраны личного нематериального интереса\textsuperscript{9}.

Понятие охраноспособного произведения

Философско-правовые основания системы копирайта непосредственно задают основные характеристики юридической конструкции объекта копирайта. Главным является то, что экономическая направленность, отсутствие личной составляющей, узкий перечень имущественных прав и объем охраны (т.н. "ослабленная монополия") сделали возможным включение в перечень объектов системы копирайт нетворческих и принципиально повторимых объектов, создание которых требует исключительно вложения инвестиций (works of low authorship), в том числе объектов, имеющих исключительно прикладное и техническое значение. Общая направленность системы копирайта на предоставление охраны от несанкционированного копирования дает основания связывать возникновение нового охраноспособного произведения с самостоятельным созданием интеллектуального продукта, потребовавшего труда, времени, финансовых ресурсов, т.е., по сути, при отсутствии копирования чужого интеллектуального продукта. При этом хотя понятие охраноспособного произведения в целом определяется по традиционной модели, предполагающей использование общего упаковки на перечень видов охраноспособных объектов в сочетании с рядом квалифицирующих признаков, тем не менее специфика содержания указанных признаков позволяет включить в число объектов копирайт широкий круг результатов, включая чисто инвестиционные.


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

С самого начала общее понятие произведения интерпретировалось судами максимально широко, так что в категорию writing of authors, а впоследствии works of authorship попадал широкий круг интеллектуальных продуктов\textsuperscript{11}. Американский законодатель и правоприменитель не были связаны жесткими догматическими конструкциями и подходили к формированию перечня видов охраноспособных произведений максимально прагматически, включая в него те интеллектуальные продукты, которые по соображениям целесообразности должны получить охрану в рамках системы копирайта. Именно поэтому приходится быть крайне осторожным в использовании терминологических аналогов англо-саксонских понятий, имея в виду, что к сфере объектов копирайта могут быть отнесены не только понятные для европейского менталитета виды произведений литературы, науки, искусства, но и масса иных результатов, включая сугубо прикладные.

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

\textsuperscript{9} Укажем на иные существенные характеристики системы копирайт, вытекающие из ее общих философско-правовых оснований. Во-первых, гибкость в предоставлении охраны объектам, имеющим исключительно экономическое значение представляет собой одно из наиболее существенных препятствий для формирования института личных нематериальных прав автора, который бы выполнял функции, аналогичные одноименному институту в континентальной Европе. Необходимость в первоочередной привязке прав на повторимые объекты сделало необходимым введение регистрационного порядка возникновения прав, который просуществовал до 1989 г. Наконец, поскольку наиболее существенным с точки зрения создания интеллектуального продукта оказывается вложение инвестиций, а инвесторами могут выступать как физические, так и юридические лица, в системе копирайт признается возможность первоочередного приобретения последними авторских прав.

\textsuperscript{11} См.: Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U.S. 53 (1884).
шению данной проблемы способствует перечень видов охраноспособных произведений, предусмотренный 17 U.S.C. §102 (a), а также соответствующие определения (17 U.S.C. §101). Тем не менее, на практике суды подходят к указанным определениям в равной мере прагматично, оставляя возможность для включения в состав объектов копировать вновь появляющихся интеллектуальных продуктов. Поэтому в действительности проблема определения перечня видов объектов копировать разрешается во многом казуистично, т.е. в отношении конкретных артефактов, ставших предметом судебного рассмотрения.

Таким образом, понятие works of authorship является открытым, интерпретируемым максимально широко, а потому само по себе не имеет существенного значения для определения круга объектов копировать. В действительности данные функции выполняются признаками оригинальности и креативности, так что любой интеллектуальный продукт, удовлетворяющий данным критериям, может стать объектом копировать12.

Вторым признаком объекта, способного к правовой охране при помощи системы копировать, является его оригинальность. До закрепления в законе о копировать (Copyright Act) 1976 г. в американском законодательстве отсутствовали выраженные в явной форме требования к оригинальности произведения. В судебной практике требование оригинальности впервые появляется в начале XIX в.,13 однако, причины его появления иные, нежели в системах droit moral14, и заключаются, прежде всего, в необходимости детализации механизма первоначальной привязки прав в ситуации, когда авторство не связано непременно с творческим вкладом в создание результата15. Как представляется, этим обусловлена специфика интерпретации признака оригинальности в системе копировать (по крайней мере, в ее господствующей версии).

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

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

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

---


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

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

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

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


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

В этой связи в судебной практике было выработаны дополнительные признаки, которые должны применяться наряду с признаком самостоятельности социальной деятельности. Согласно первой позиции механизм демаркации должен быть дополнен объективным признаком различимости с ранее существовавшими производствами (distinguishable variation)⁴⁰, что, по сути, представляет собой дальнейшую конкретизацию критерия отсутствия копирования в объективном ключе. В сущности, проблема оценки факта отсутствия копирования предполагает решать посредством установления объективной новизны произведения, которая в большей степени поддается формулированию, и, соответственно, в значительной степени позволяет устранить необходимость субъективных оценочных суждений. Проблема, однако, заключается в том, что сам по себе признак новизны не может выполнять функцию критерия демаркации, поскольку не позволяет идентифицировать интеллектуальные продукты, хотя и являются объективно новыми, но детерминированы внешней действительностью, являются предопределенными и относятся к всеобщему достоянию. Кроме того, данный критерий не позволяет разграничить объекты авторского и правового права, а потому требует использования социологических понятий литературы, искусствоведения, научного, что актуализирует все связанные с этим проблемы.

Альтернативный подход предполагает использование критерия самостоятельности созидательной деятельности (некопирования) в сочетании с признаком креативности (creativity). Попытки обосновать необходимость использования дополнительных критериев, характеризующих индивидуальность, неожиданность, уникальность объекта, копировать, опираясь на соответствующие интерпретации понятия авторства и авторства, предпочитаемые судами начиная с XIX в.⁴¹ Однако, требование креативности объекта копировать стало настолько очевидным в 70-х гг. XX в., что связано, во-вторых, с распространением произведений с незначительным уровнем творческого характера (прежде всего, основанных на использовании общественного содержания) и, соответственно, с ростом опасности монополизации интеллектуальных продуктов, традиционно относимых к всеобщему достоянию. Введение дополнительного требования должно быть минимизировать указанную опасность.

Следует признать, что четного общепризнанного понимания признака креативности выработать не удалось. В судебных решениях и литературе отмечалось, что креативность — это некая «плоское» по сравнению с требованием самостоятельной созидательной работы, который имеет субъективную природу, определенным образом выражает субъективный взгляд на вещь⁴². Можно указать на несколько способов установления соответствия произведения требованию креативности. Прежде всего, популярным методом является попытка разъяснить природу креативности посредством использования отсылок к примерам некреативных интеллектуальных продуктов. Так, не отличаются креативностью простые слова и тривиальные короткие фразы, описания содержимого багажа, состава пищевых продуктов⁴³, а также интеллектуальные продукты, выполняющие исключительно утилитарные функции⁴⁴. В некоторых случаях делается попытка дать позитивное определение креативности, в частности, определить его через «минимальные требования к художественности произведения»⁴⁵. В ряде случаев суды квалифицируют произведения в качестве соот-
Актуальные проблемы частноправового регулирования

ветствующего требованню креативности без дальней-
ших разъяснений 21. Наконец, часто суды принимали
за основу решение регистрирующего копирайт ведомо-
ства, причем до отмены регистрации в 1989 г. можно
было говорить о склонности судов к использованию
dанного метода.

Невозможность точного определения признака
креативности, тенденция к субъективной его интер-
претации и, соответственно, в интересах субъек-
tивного его установления (в том числе на стадии
пересмотра судебных решений), а также опасность
субъективизма при принятии решений определили
неоднозначное к рассмотреваемому критерию. Дис-
куссионность и неоднозначность позиций по вопросу
о необходимости требования креативности и его ми-
нимальных стандартах может быть продемонстриро-
вана в связи с рассмотрением отдельных видов объ-
ектов копирайта.

Анализ судебной практики показывает, что отказ
от признака креативности не приводит к заметным
dисфункциям лишь в тех случаях, если предметом
разбирательства являются объекты, в которых не-
tворческая (ожидаемая, стандартная, предзданная)
составляющая не является доминирующей, и, соответ-
ственно, риски монополизации общедоступных эле-
ментов являются минимальными. Речь идет, прежде
всего, о традиционных произведениях литературы 26,
музыки 27, изобразительного искусства 28, вероятность
независимого повторения которых минимальна, а по-
этому в их отношении достаточно констатировать от-
sутствие фактов копирования чужих произведений,
что чаще всего сводится к установлению отличий
спорного произведения от уже существующего.

Однако, по мере распространения произведений с
незначительным уровнем творческого характера, в со-
cтаве которых доля созданных автором самостоятельно,
но при этом ожидаемых, воспроизводящих всеобщее
достоинство элементов, значительна, дисфункции, связан-
yе в опасностью монополизации всеобщего достояния,
нарастают и отказ от признака креативности становится
всё более неприемлемым. С этим, как представляется,
в связи то, что признак креативности используется суд-
дами как раз в отношении такого рода объектов.

Первым пробным камнем стала проблема охран-
нососпособности фотографий и репродукций, исполь-
зование технологий воспроизведения при создании
которых, строго говоря, противоречило логике си-
стемы копирайт, основанной на запрете копирования.
Судебная практика так и не удалось выработать не-
противоречивого решения проблемы фотографий и
репродукций. Выход из затруднения виделся в предъя-
влении требовании к креативности таких объектов: навтор при создании произведения должен был про-
явить субъективный взгляд на вещи. Однако, попытки
конкремизации признака креативности (субъективно-
го вклада) привели к противоречивым результатам: с
одной стороны, креативность усматривалась в течно-
сти и умении, с которой удается воспроизвести ориги-
нал, а с другой — в наличии определенных отличий
от оригинала 29.

Аналогичным образом решалась проблема ком-
пьютерных программ, в которых оригинальным, как
правило, является принципиальное программное ре-
шение, в то время как его воплощение в конечной фор-
ме программы не требует творческой деятельности, и
часто предполагает использование стандартных прие-
мов. Предоставление авторских прав на такие элеме-
нты, не соответствующие требованиям креативности,
фактически означало косвенную монополизацию со-
ответствующих математических решений 29.

И все же настоящим камнем преткновения стали
произведения, основанные на использовании фактиче-
ского материала и имеющие прикладную направлен-
ность (functional and factual works). Такие интеллекту-
альные продукты (разного рода компилляции, справоч-
ники, сборники, базы данных и т.п.) представляли со-
бой сведение воедино фактических данных, имеющее
определенное прикладное значение. Соответственно,
если такие данные были получены создателем про-
дукта в результате самостоятельной деятельности и
объединены воедино по стандартному принципу, то
предоставление охраны таким произведениям в соот-
ветствии с принципом охраны созданных самостоя-
tельно объектов позволяло бы их создателям монопо-
лизировать используемые материалы (т.н. косвенная
охрана идейного содержания).

Реакция судебной практики на проблему была не-
однозначной. Можно говорить о формировании двух
противоположных доктрин, выражающих принципи-
ально различные подходы к вопросам о природе ав-
торского права и, соответственно, об объекте охраны
и механизме демаркации.

25 Hampero, Tennessee Fabricating Co. v. Moultrie Manufac-
turing Co., 421 F.2d 279 (5th Cir. 1970).
26 Warner Bros. Pictures, Inc. v. Majestic Pictures Corp., 70 F.2d 310, 311 (2d Cir. 1934).
27 Marks v. Leo Feist, Inc., 290 F.99, 960 (2d Cir. 1923).
28 Original Appalachian Artworks, Inc. v. Toy Loft, Inc. 684 F.2d 821, 825 (11th Cir. 1982).
29 См.: Millworth Converting Corp. v. Silitka, 276 F.2d 443, 444 f.

51
Согласно первой из них («sweat of the brow» — работа в поте лица), для возникновения авторско-праровой монополии было достаточно простой работы по сведению воедино охраноспособного и неохраноспособного материала, даже если такая деятельность была механической, и даже не требовало принятия каких-либо решений либо не предполагала возможностей выбора между вариантами.23

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

Правовая неопределенность, являющаяся следствием противоречивости позиций, занятых федеральными окружными апелляционными судами, требовала разъяснений, которые последовали в значительном решении Верховного суда Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.,24 которое содержало безоговорочный отказ от доктрины sweat of the brow. Было установлено, что самостоятельная созидательная деятельность неспособна сама по себе фундировать предоставление монополии на интеллектуальный продукт, поскольку как результат интеллектуальной деятельности в целом, так и отдельные его элементы могут оставаться неоригинальными и представлять собой общедоступный материал. Это относится, прежде всего, к простым фактам, а также к принципиально повторным идейм и стандартным формам их выражения, которые не имеют автора, а лишь открываются, заимствуются создателем интеллектуального продукта. Из этого вытекают два важнейших для системы американского авторского права следствия.

Прежде всего, авторско-праровой охраной могут пользоваться только такие произведения, которые не просто были созданы независимо от других интеллектуальных продуктов (т.е. не были копированны), но которые также отличаются определенным уровнем креативности, которая характеризует форму произведения, потребовавшего от автора выражения его особых субъективных прирастий, эстетического вкуса, способности принимать творческие решения, и которая поэтому является своеобразной и неожиданной.

Этим определяется объем авторско-праровой охраны: авторская монополия не может распространяться на те элементы произведения, которые не соответствуют указанным критериям охраноспособности. Правовая охрана произведений не является всеобъемлющей, а распространяется лишь на оригинальные элементы.24

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

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

Таким образом, как и в европейских правопорядках, именно проблема предотвращения монополизации...


ционных объектов стала главным стимулом дальнейшего развития механизма демаркации в системе копирования в XX в. и включении в него ряда прикладных юридических средств, позволяющих «отфильтровать» такого рода объекты.

**Idea/expression dichotomy и abstractions test**

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

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

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

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

Американская доктрина idea/expression dichotomy выполняет иные функции в механизме демаркации, нежели ученые о форме и содержании в германо-ориентированных правопорядках.

15 101 U.S. 99, 102 (1879).
17 Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930); Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp., 274 F.2d 487, 489 (2d Cir. 1960).
Так, в европейской традиции учение о форме и содержании произведения представляло собой способ конкретизации общего критерия охраноспособности (критерия индивидуальности)⁴¹. В этом смысле учение о форме и содержании, основанное на использовании методологии отсылки в социологическом понимании о структуре произведения, имело вспомогательное значение прикладного инструмента, позволяющего компенсировать неопределенность общих критериев охраноспособного произведения⁴². Соответственно, по мере появления более точных прикладных инструментов демаркации учение о форме и содержании в Европе устраивалось. Как правило, это имело место в форме такого его переформулирования, которое приводило к утрате у понятий формы и содержания самостоятельных функций в механизме демаркации⁴².

В системе копирайт ideasepression dichotomy, наоборот, имеет самостоятельное значение в механизме демаркации. Основанное на использовании признака самостоятельности созидательной деятельности (признака отсутствия копирования) общее понятие охраноспособного произведения принципиально не позволяет 'отфильтровать' абстрактное идеальное содержание, поскольку, как это выглядит на поверхности, оно вместе создается автором в результате самостоятельной деятельности. Признак самостоятельности созидательной деятельности (субъективной нового) принципиально требует дополнения механизмами установления неохраноспособных общедоступных элементов (в том числе относимых ко всемую доствию, предлагаемых, стандартных, ожидаемых). В этой связи механизм демаркации в системе копирайт построен по модели двухступенчатого теста, где на первом этапе проверяется соответствие артефакта общему понятию охраноспособного произведения, а на втором — требованию соответствия условиям, вытекающим из ideasepression dichotomy.

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

Самостоятельность функций в механизме демаркации объясняется то, что несмотря на очевидные недостатки доктрины ideasepression dichotomy, она не переформулируется и не устраивается из механизма демаркации подобно ее европейским аналогам. Можно ожидать, что дальнейшее развитие пойдет по пути ее конкретизации, дополнения инструментарием идентификации абстрактного идеиного содержания.

Укажем кратко на основные недостатки доктрины ideasepression dichotomy. К ним следует отнести оценочный характер понятий идей и ее выражения, неустойчивость общественных конвенций о том, что относится к общедоступным идей, а также отравленность указанных конвенций от нужд юридической практики. Все это обусловливает чрезвычайную роль судебного усмотрения и, соответственно, неопределенность и нестабильность судебной практики⁴⁴.

Наконец, следует указать на то, что доктрина ideasepression dichotomy позволяет предоставить прямую монополизацию идейного содержания, но не дает возможности ограничить т.н. косвенную охрану идейного содержания.


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

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

⁴⁴ Следует отметить, что в рамках англо-саксонской системы права, основанной на риторическом стиле юридической аргументации, указанные недостатки не представляются фатальными.
Merger doctrine и доктрина scenes à faire

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

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

Для решения данной проблемы механизм демаркации в системе копирования был дополнен рядом прикладных средств, включая такие, как merger doctrine (от англ. merge — сливаться, соединяться), в соответствующей которой не может быть предоставлена правовая охрана таким произведениям, форма и содержание которых тесно связаны между собой, так что лежащее в основе произведения неохраняемое компонентное содержание может быть выражено в одной либо нескольких стандартных формах. Часто merger doctrine применяется в отношении аналогичных объектов, как ювелирные и иные декоративно-прикладные изделия, графические произведения, произведения науки.

Следует отметить, что судебная практика не позволяет однозначно квалифицировать merger doctrine в качестве самостоятельного элемента механизма демаркации, от которого зависит охраноспособность объекта и возникновение копирования, либо как одно из оснований для отклонения иска о нарушении копирования (в силу отсутствия существенного сходства между спорными объектами)44.

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

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

По функциям в механизме демаркации с merger doctrine смыкается доктрина scenes à faire (букв. — события, которое должно произойти), которая используемо...
Средства демаркации, используемые при установлении факта нарушения копирайт

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

Однако, описанная модель демаркации плохо учитывает степень индивидуальности элементов, относящихся к внутреннему структурному произведению (южет, персонажи, характеры, образы и тому подобных элементов, которые в географо-ориентированной традиции описываются синтезом внутренней формы произведения).

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

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

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

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

При формальном применении критерия отсутствия копирования монополий автора охватываются любые созданные им самостоятельно элементы произведений, вплоть до таких, которые в силу своего незначительного размера не могут считаться своеобразными. Максимум, что можно придумать в данном случае для устранения дисфункций, связанных с монополией повторимых объектов — это примерно оценить вероятность независимого повторения элемента в результате независимого творчества и соответствующим образом ограничить сферу применения критерия отсутствия копирования65.

Однако, в любом случае критерий самостоятельности созидательной деятельности не позволяет измерить своеобразие результата по степеням, а потому неприспособлен для решения задачи определения границ монополии правообладателя. Единственный инструмент, который мог бы использоваться для этих целей — это критерий креативности. Однако, дискреционность целесообразности инкорпорации данного признака в механизм деградации, неудачи история его применения, а главное — отсутствие инструментальных мер креативности по степеням не позволяют поставить объем охраны в зависимости от данного признака.

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

65 Поэтому именно американская судебная практика известна своим количественным подходом к вопросам охраноспособности произведений, особенно, музыкальных, факту копирования которых устанавливается в зависимости от количества совпадающих тактов. См.: Marks v. Leo Feist, Inc., 290 F.959, 960 (2d Cir. 1923).
В самом общем виде правила установления случаев нарушения копирайта, выработанные судебной практикой, предполагают следующую этапность доказывания юридически значимых обстоятельств. Прежде всего, истцу надлежит доказать, что он является обладателем прав на произведение, что также предполагает установление признаков оригинальности произведения (т.е. факта создания в результате собственных действий). Затем доказывается факт заимствования (копирования) элементов произведения истца ответчиком, что также делает необходимым разъяснение вопроса о возможности независимого создания указанных элементов в результате самостоятельной творческой деятельности ответчика. Поскольку доказывание факта копирования представляет собой серьезную проблему, на практике пользуются признанием предположение о копировании в случае, если между произведениями истца и ответчика имеется существенное сходство и ответчик имел доступ к произведению истца. Соответственно, чтобы констатировать факт нарушения права истца, следует установить наличие между спорными произведениями (охранные сходства подобных элементов или произведений) существенного сходства (substantial similarity). При этом во внимание принимаются только охраноспособные элементы произведений, что также предполагает использование доктрины idea/expression dichotomy и abstractions test.

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

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

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

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

Таким образом, оценочный характер понятия охраняемого сходства позволяет судам учитывать степень своеобразия произведения и соответственно образом определять объем его охраны, более или менее предоставляя охрану не только по копирования произведения один к одному (т.н. литературное копирование), то и от заимствования внутренних структур произведения, когда такое заимствование не сопровождается литературным копированием (например, если оригинальный текст излагается полностью другими словами с сохранением смысла, структуры, образов и т.п.)

Это позволяет корректировать интенсивность охраны в зависимости от уровня креативности объекта, компенсируя дисфункции, связанные с ригоризмом общего критерия самостоятельной созидательной деятельности и, соответственно, монополизацией ожидаемых интеллектуальных продуктов либо, наоборот, оставлением без охраны своеобразных элементов.

Актуальные проблемы частноправового регулирования

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

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

Для целей установления сходства внутренних структур произведения используется, прежде всего, рассмотренные выше абстракции перепечатка, доктрина «scenes à faire», исключающие из сферы авторской монополии общедоступное идееальное содержание. Также при установлении сходства между произведениями не учитываются совпадение элементов, которые неохранные по иным основаниям (например, перешли во всеобщее достояние).

Для позитивной идентификации охраноспособных внутренних структур произведения используется упомянутый выше паттерн тест, предложенный профессором Zechariah Chafee. Паттерны произведения включают в себя последовательность происходящих событий, особенности взаимодействия героев, их характеристики и поступки, рассматриваемые с известной долей абстракции, т.е. без учета конкретных деталей (понятие паттерна оказывается близко с используемым в контентном авторском праве понятием внутренней формы произведения).

В некоторых судебных решениях существенное сходство также устанавливалось со ссылкой на общую концепцию и характер произведений (total concept and feel). Тем не менее, использование данного конструкта было связано с рядом проблем, в том числе обусловленных его противоречием доктрине идея/expressions dichotomy, а также значительностью судебного усмотрения и связанной с этим непредсказуемостью правовых позиций сторон. Поэтому в настоящее время отмечается тенденция к отказу от использования данного средства. Равным образом и по сходным основаниям подвергается критике и другое средство установления существенного сходства между произведениями, а именно т.н. audience test, основанный на учете спонтанной и немедленной реакции публики (экспертов) на воспроизведение перед ними сорных произведений.

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

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

Основные выводы

Анализ механизма демаркации в системе копирайт позволил сформулировать следующие выводы.

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

58 Harold Lloyd Corp. v. Wittwer, 65 F.2d 1 (9th Cir 1933).
бильности права, предсказуемости правовых позиций сторон.

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

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

Доктрина idea/expression dichotomy, основанная на оценке абстрактности идейного содержания, позволяла устранить возможности прямой монополизации идейного содержания. Однако, она не давала возможность идентифицировать такие идеи, которые имели однородную стандартизированную форму выражения, и, соответственно, не позволяла устранить опасность косвенной монополизации идейного содержания.

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

Данные дисфункции устраивались на стадии формирования правил рассмотрения исков об охране копирайт путем формирования системы прикладных инструментов установления существенного сходства между спорными произведениями, основанных на оценке степени своеобразия произведения-прототипа. Это позволило, во-первых, ограничивать охрану лишь случаями интерального копирования, а во-вторых, поставить ее в зависимость от степени своеобразия заимствуемых элементов произведения. Гибкость данной модели, аналогичной европейской конструкции объема охраны произведения, позволила выполнять ей функции механизма «тонкой настройки» для системы копирайт, устраняющего дисфункции, связанные с несоответствием степени индивидуальности производства интенсивности его охраны, а также устранять в каждом конкретном слу- че дисфункции, связанные с необоснованным рас- пространением либо исключением интеллектуальных продуктов из сферы копирайт. В этом смысле рассматриваемые средства также позволяют компенсировать недостатки общего механизма демаркации.

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

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

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

При этом центральное значение приобретают корреляции между объектом копирайт и интенсив- ностью охраны. Правовые системы реагируют на несо- ответствие между перечнем объектов и характером их охраны введением в практику вспомогательных юридических конструкций, позволяющих модифи- цировать набор охраноспособных объектов. Если же
Актуальные проблемы частноправового регулирования

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

3. Одной из основных тенденций развития механизма демаркации в системе копирайт является движение к его формализации, юридизации и инструментализации, имеющее место в форме постепенного замещения методологии отсылок к социологическим конвенциям на способы демаркации, основанные на использовании общих признаков охраноспособных произведений, которые в целом формулировались исходя из логики авторского права как юридического института. В дальнейшем методология использования открытых понятий, легитимирующая широкую дискредитацию правоприменителя, все больше уступает модели использования формализованного прикладного инструментария, предназначенного для решения конкретных проблем демаркации, прежде всего, связанных с идентификацией ожидаемых (предзаказных, стандартных) объектов. Неопределенность экспертных оценок эмпирико-социологического характера уступает более детализированному инструментарию, который включает в себя всю функцию демаркации и позволяет тонкое ухватить круг результатов, способных к эффективной охране посредством авторского права и, минимизируя потребность в оценочных суждениях, в большей степени приспособлен для юридической практики. Поскольку данные прикладные средства преимущественно предназначены для идентификации и исключения из сферы охраны артефактов, которые по общественным представлениям не могут быть монополизированы, механизм демаркации все больше основывается на использовании негативных критериев.

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

Библиографический список:

10. Olson Dale P. Copyright Originality / MolRew 1948.