

Творчество как условие охраноспособности произведения

А.Ю. Копылов

старший преподаватель кафедры гражданского права Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета (г. Томск)

Андрей Юрьевич Копылов, akop67@mail.ru

Среди институтов, составляющих право интеллектуальной собственности, авторское право, являющееся исторически первым и создавшим основу для последующего его развития, характеризуется специфическими объектами регулируемых отношений – произведениями науки, литературы и искусства, неисчерпывающий перечень которых закреплен в нормах пункта 1 статьи 1259 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ). В то же время перечни иных охраняемых объектов интеллектуальной собственности (от объектов смежных прав до средств индивидуализации) являются закрытыми и расширительному толкованию правоприменителем не подлежат [2, п. 33]. При этом существующее законодательство не содержит легального определения понятия «произведение» исходя из которого можно было бы уверенно отнести тот или иной результат интеллектуальной деятельности к объектам авторских прав.

Следует сказать, что традиция давать открытый перечень объектов авторских прав, отказываясь от легального определения произведения, является давней. Например, принятое 20 марта (2 апреля) 1911 года Положение об авторском праве, которое являлось первым в истории отечественного права интеллектуальной собственности самостоятельным правовым актом, призванным регулировать отношения в области авторского права, не содержало определения понятия «произведение» [3]. В советский период традиция сохранялась. В частности,

в пункте 2 Постановления ЦИК СССР, СНК СССР от 30 января 1925 года «Об основах авторского права» указывал, что «авторское право распространяется на всякое произведение литературы, науки и искусства, каковы бы ни были способ и форма его воспроизведения, а равно его достоинство и назначение». Такой подход сохранялся и в последующих нормативных правовых актах как союзного, так и республиканского уровня, что прямо следовало из норм статьи 96 Основ гражданского законодательства СССР и союзных республик от 1961 года и статьи 475 Гражданского кодекса РСФСР от 1964 года. И лишь в норме пункта 1 статьи 134 Основ гражданского законодательства СССР и союзных республик от 1991 года появляется указание на характерный признак произведения, который доселе отсутствовал в ранее действовавших нормативных правовых актах, – *творческий характер деятельности* по созданию произведений науки, литературы и искусства. Впоследствии законодатель по непонятным причинам вновь вернулся к невнятной формулировке, содержащейся в ранее действовавших актах, закрепив ее в пункте 1 статьи 1259 ГК РФ, впрочем, все же сохранив указание на творческий характер продуктивной деятельности, в результате которой и создается произведение, употребив при этом довольно размытую формулировку «*творческий труд*» (п. 1 ст. 1257, подп. 2 п. 2 и п. 7 ст. 1259 ГК РФ).

Международные договоры в сфере интеллектуальной собственности и авторских

прав также не содержат понятия «произведение», однако исходя из их формулировок можно сделать вывод о том, что таковые признаются результатом творческого труда. Например, в нормах статьи 2 Бернской Конвенции по охране литературных и художественных произведений указывается, что *«термин «литературные и художественные произведения» охватывает любую продукцию в области литературы, науки и искусства, вне зависимости от способа и формы ее выражения»*.

В актах национального законодательства зарубежных государств также отсутствуют легальные определения понятия «произведение», упор делается на выделение его отдельных признаков, среди которых базовым является уже упомянутый признак *творчества*. Например, норма статьи L 112-3 Кодекса интеллектуальной собственности Франции прямо закрепляет, что произведение «несет в себе интеллектуальное творчество».

Отсутствие в законодательстве легального определения понятия «произведение» компенсировалось выработанными в науке дефинициями, каждая из которых претендовала на господствующую и общепринятую.

Дореволюционные цивилисты в качестве ключевых элементов понятия произведения указывают на *«продукт духовного творчества»* (Г.Ф. Шершеневич [10]), *«выражение творческой мысли автора»* (Я.А. Канторович [11]), *творческое произведение ума* (С.А. Беляцкий [12]), деятельность, которая *«проявляется в выражении образа, возникшего в душе артиста, образа звучащего или пространственного»* (А.В. Панкевич [13]), выделяя, таким образом, базовый признак – творчество.

Советские цивилисты придерживались сходных воззрений на природу произведения, отмечая при этом комплексный его характер. Например, М.В. Гордон утверждал, что «Объектом авторского права следует считать не просто работу автора и не идеи, выраженные автором, а произведение как

«комплекс идей и образов, получивших свое объективное выражение в готовом труде» [14, с. 59]. В.И. Серебровский рассматривал произведение как «совокупность идей, мыслей и образов, получивших в результате творческой деятельности автора свое выражение в доступной для восприятия человеческими чувствами конкретной форме, допускающей возможность воспроизведения» [15, с. 32]. В дальнейшем это определение было принято за основу, и последующие поколения исследователей воспроизводили его в своих работах без каких-либо сомнений в его истинности.

Вместе с тем существуют произведения, причем из числа общепризнанных мировых шедевров, в отношении которых едва ли можно применить подобное определение. Например, какие «идеи, мысли и образы» воплощены в произведении Казимира Малевича «Черный квадрат»?

Проблема заключается в том, что отсутствие законодательно закрепленного понятия «произведение» приводит к тому, что в ряде случаев возникают трудности в определении того или иного продукта умственной деятельности как охраняемого авторским правом произведения или же, напротив, относящегося к иным охраняемым результатам интеллектуальной деятельности либо находящегося вне сферы правовой охраны, регламентированной нормами раздела VII части четвертой ГК РФ.

Нормы пунктов 3 и 5 статьи 2 Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений, принятой в 1886 году, косвенно указывают на оригинальность произведения и творческий характер деятельности автора по его созданию, что позволяет выделить эти признаки в качестве основных критериев охраноспособности произведения как объекта авторского права. Как уже было сказано, нормы пункта 1 статьи 1257, подпункта 2 пункта 2 и пункта 7 статьи 1259 ГК РФ также содержат указание на наличие «творческого труда» автора.

Согласно статье 1257 ГК РФ «автором

произведения литературы, науки или искусства признается гражданин, творческим трудом которого оно создано».

Таким образом, необходимым условием для признания результата интеллектуальной деятельности произведением в качестве объекта авторских прав является творческий характер труда его создателя. В науке гражданского права были выработаны два основных подхода к определению сущности творчества, которые условно можно назвать субъективным и объективным.

Суть первого, на мой взгляд, заключается в том, что творчество представляет собой сложный психофизический процесс. Так, по мнению А.В. Нестерова «Творческая психофизическая индивидуальность автора проявляется в виде оригинальности творческого почерка, характерного только конкретному автору», и, поскольку «у людей не существует двух одинаковых психик, то и самостоятельно созданные произведения разными авторами всегда будут отличаться» [16]. Иными словами, произведение несет отпечаток личности автора, подчеркивает его индивидуальность и, как следствие, его неповторимый (уникальный) авторский стиль (язык). В той или иной степени такого подхода придерживались Г.Ф. Шершеневич, прямо указывавший, что создание произведения невозможно «без участия психических сил» [10, с. 155], О.С. Иоффе, трактовавший творчество как сознательную и созидательную деятельность, «на которую способен только человек, а не стихийные силы природы» [17, с. 5], В.И. Серебровский считал, что это «система идей, мыслей и образов» [15, с. 34], которые, вне всякого сомнения, не могут существовать отдельно от личности автора. В.А. Дозорцев указывал на то, что творчество является «сферой чисто индивидуальной деятельности, пред-

ставленной лишь живым трудом, олицетворяемым личностью автора» [18, с. 280].

В связи с этим совершенно нелепой и надуманной следует считать полемику, развернувшуюся относительно авторства фотографий, сделанных хохлатым павианом с помощью фотоаппарата, принадлежащего британскому фотографу Дэвиду Слейтеру, по словам которого во время съемок со штатива одна из обезьян нажала несколько раз на пульт дистанционного спуска, сделав ряд фотографий. Поскольку некоторые получились достаточно качественными, Слейтер обнародовал их на известном фотостринге Wikimedia Commons под названием «селфи обезьяны»¹. Суть полемики, развернувшейся на страницах зарубежной печати, заключалась в том, кто же является автором созданных «фотошедевров». Одни специалисты в сфере интеллектуальной собственности полагали, что, поскольку создателем фотографии является животное, а не человек, вопрос об авторских правах не может обсуждаться в принципе, и не имеет никакого значения, кому принадлежит фотооборудование, с помощью которого были созданы эти фотоснимки², другие же полагали, что за Дэвидом Слейтером все же следует признать авторское право на фотоснимки, исходя из того что его творчество проявилось в установлении угла съемки, настройке оборудования для получения изображения с конкретными установками света и теней, настройке эффектов, установке экспозиции и всего необходимого, что есть в кадре³.

Впоследствии к обсуждению этого вопроса подключилось и Бюро авторского права США, представитель которого пояснил, что произведения, созданные не людьми, не являются объектами авторского права, и указав в качестве примеров «фотографии, сделанные обезьянами»⁴. Следует

¹ URL: <https://www.bbc.com/news/uk-england-gloucestershire-28674167>

² URL: <http://lightbox.time.com/2014/08/06/monkey-selfie/>

³ URL: https://www.theregister.co.uk/2014/08/24/wikipedia_monkey_selfie_backfire/

⁴ URL: <https://www.csmonitor.com/Technology/Tech-Culture/2014/0822/US-government-Monkey-selfies-ineligible-for-copyright>

заметить, что российские исследователи в сфере авторского права не обошли вниманием эту проблему [19–22], заняв в решении вопроса однозначные позиции. По их мнению, в подобных случаях отсутствие личного творческого вклада не позволяет признать право авторства за фотографами. Неоднозначные оценки таких случаев побуждают сторонников объективного подхода исходить из творческого характера не самой деятельности, а ее внешне объективированного результата, который должен характеризоваться новизной и оригинальностью [14, с. 63; 23, с. 23; 24, с. 97].

Как представляется, в законодательстве и судебной практике заложен комплексный подход к определению сущности произведения, отражающий обе рассмотренные позиции. Такой вывод прямо следует из толкования пункта 1 статьи 1257 ГК РФ. Верховный Суд Российской Федерации также подчеркивает, что охраняемым произведением «является только тот результат, который создан творческим трудом. При этом надлежит иметь в виду, что, пока не доказано иное, результаты интеллектуальной деятельности предполагаются созданными творческим трудом» [2, п. 80]. Речь идет о так называемой «презумпции творчества», согласно которой любой результат интеллектуальной деятельности считается произведением, пока не доказано, что он является следствием простого копирования, компиляции или иного нетворческого труда. Здесь возникает другой вопрос: насколько весомым должен быть творческий индивидуальный вклад автора и что именно считать таким вкладом, чтобы полученный результат соответствовал бы критериям охраноспособности?

Как известно, авторское право охраняет лишь форму созданного автором произведения, оставляя за пределами своего правового воздействия его внутреннее содержание или по меткому замечанию Э.П. Гаврилова «авторское право охраняет не то, что сказано, а то, как это сказано» [25]. В качестве примера можно привести ситу-

ацию, когда преподаватель вуза, являясь руководителем курсовых работ студентов, дает двум студентам задание выполнить две курсовые работы по одной и той же теме, по одному и тому же плану (общий сюжет), рекомендуя им одни и те же литературные источники (впрочем, не ограничивая их самостоятельного библиографического поиска!). На выходе должны получиться два самостоятельных произведения научного учебного студенческого творчества, где наличие общей идеи не является препятствием оригинальности конечных результатов. Объясняется это тем, что каждый из этих студентов представляет собой отдельную личность, характеризующуюся особенностями психики, мировосприятия, эрудиции и кругозора, что не может не накладывать отпечаток на конечный результат деятельности каждого из них.

В последнее время ряд авторов отмечают, что в зарубежных правовых системах, особенно в англосаксонской, наблюдается тенденция к упрощению подходов к критерию творчества и творческой деятельности [24, 26, 27]. Имеются сторонники такого подхода и в России. В частности, авторы Научно-практического комментария судебной практики в сфере защиты интеллектуальных прав утверждают, что «в современных условиях появляется все больше результатов интеллектуальной деятельности, которые по формальным признакам могут быть отнесены к объектам авторского права, но обладают весьма низкой творческой составляющей (любительские и документальные фотографии, географические и другие карты, простые компьютерные программы, рингтоны для телефонов и т. п.)» [28].

Следует признать, что рациональное зерно в этом имеется, поскольку перечень охраняемых произведений (см. п. 1 ст. 1259 ГК РФ) не является исчерпывающим и сформирован с использованием весьма своеобразной иерархии: «венчают» его литературные произведения, в которых творческое начало выражено наиболее весомо и ярко, к какому бы виду и жанру они не от-

носились, и заканчивают «географические, геологические и другие карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии и к другим наукам», творческий уровень которых является весьма условным. В одном из дел, связанных с применением ранее действовавшего законодательства об авторском праве и смежных правах, которое также признавало объектами авторских прав произведения картографического творчества, суд исходил из того, что «карта истца и карта ответчика различаются внешним оформлением и авторским стилем – оригинальным расположением на листе для наглядного представления, количеством обозначений и подписями к ним; карты истца и ответчика созданы разными авторами независимо друг от друга. При этом допущена вероятность использования при создании обеих карт единой исходной информации» [29, п. 1].

Помимо картографических произведений, перечень, указанный в пункте 1 статьи 1259 ГК РФ, включает «фотографические произведения и произведения, созданные способом, аналогичным фотографии», в отношении которых также неоднозначно применяется критерий творчества.

Каждый из нас, так или иначе, владеет определенными навыками обращения с фототехникой, чему способствует современный уровень соответствующих технических устройств и программных средств, позволяющих любому среднестатистическому человеку ощутить себя фотохудожником. В связи с этим возникает проблема определения авторства соответствующих фоторабот. Вот и в отношении фотографий судебная практика идет по пути признания творческим произведением любой фотографии, даже созданной при минимальном характере творческого труда ввиду указанной презумпции творческого характера труда по ее созданию. Например, рассматривая в кассационном порядке дело, связанное с воспроизведением изображения фотографического произведения на упа-

ковке конфет, которое было осуществлено без разрешения правообладателя, Суд по интеллектуальным правам разъяснил, что «Российское законодательство не устанавливает никаких специальных условий, которые были бы необходимы для признания фотографического произведения объектом авторского права и для предоставления ему соответствующей охраны. Следовательно, автор (фотограф) уже в силу создания произведения (любой фотографии) обладает авторскими правами на него вне зависимости от его художественного значения, пока не доказано иное» [30]. В другом похожем деле, связанном с воспроизведением и доведением до всеобщего сведения фотографические произведения в сети «Интернет», Суд по интеллектуальным правам занял сходную позицию, указав, что «безразлично к художественной ценности фотографических произведений пользователи должны получать разрешение на их использование и выплачивать авторское вознаграждение автору при каждом воспроизведении» [31].

Из изложенного можно сделать следующий вывод: при оценке того или иного результата интеллектуальной деятельности с целью отнесения его к произведению как объекту авторско-правовой охраны следует руководствоваться *комплексным субъективно-объективным критерием, позволяющим учитывать как оригинальность, так и индивидуальные особенности физического лица, проявляющиеся в его личном творчестве*.

ИНФОРМАЦИОННЫЕ ИСТОЧНИКИ

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) : Федеральный закон от 18 декабря 2006 года № 230-ФЗ. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

2. О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации : постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 апреля 2019 года № 10. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

3. Положение об авторском праве от 20 марта (2 апреля) 1911 года. СПб. : Известия Министерства иностранных дел, 1912. Книга I. С. 49–64.
4. Об основах авторского права : постановление ЦИК СССР, СНК СССР от 30 января 1925 года // Известия ЦИК СССР. 1925. № 28.
5. Об утверждении Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик : Закон СССР от 8 декабря 1961 года // Ведомости Верховного Совета СССР, 1961, № 50, ст. 525.
6. Гражданский кодекс РСФСР // Ведомости Верховного Совета РСФСР, 1964, № 24, ст. 407.
7. О введении в действие Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик : постановление Верховного Совета СССР от 31 мая 1991 года № 2212-1 // Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета СССР, 1991, № 26, ст. 733.
8. Бернская Конвенция по охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 года. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».
9. Кодекс интеллектуальной собственности Франции. URL: <http://www.copyright-france.com/hypertext/code1.htm>
10. *Шершеневич Г. Ф.* Авторское право на литературные произведения. Казань : Типография Императорского университета, 1891. 313 с.
11. *Канторович Я. А.* Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. СПб. : Издание Юридического книжного склада «Право», 1911. 424 с.
12. *Беляцкий С. А.* Новое авторское право в его основных принципах. СПб. : Издание Юридического книжного склада «Право», 1912. 95 с.
13. *Панкевич А. В.* Объект авторского права // Записки Новороссийского университета. 1878. С. 141–199.
14. *Гордон М. В.* Советское авторское право. М. : Госюриздат, 1955. 232 с.
15. *Серебровский В. И.* Вопросы советского авторского права. М. : Издательство Академии наук СССР, 1956. 283 с.
16. *Нестеров А. В.* Критерий творчества: юридический аспект // Российский судья. 2018. № 1. С. 31–37.
17. *Иоффе О. С.* Основы авторского права: Авторское, изобретательское право, право на открытие : учебное пособие. М. : Издательство «Знание», 1969. 127 с.
18. *Дозорцев В. А.* Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации : сборник статей. М., 2005. 280 с.
19. *Радецкая М. В.* Критерии предоставления авторско-правовой охраны фотографическим произведениям // ИС. Авторское право и смежные права. 2017. № 1. С. 35–48.
20. *Телюкина М.* Проблемы определения места фотографии в системе объектов гражданских правоотношений // Хозяйство и право. 2018. № 8. С. 21–36.
21. *Богустов А. А., Горохова О. Н., Доротенко Д. А. [и др.].* E-commerce и взаимосвязанные области (правовое регулирование) : сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. М. А. Рожкова. М. : Статут, 2019. 448 с.
22. *Ролинсон П., Ариевич Е. А., Ермолина Д. Е.* Объекты интеллектуальной собственности, создаваемые с помощью искусственного интеллекта: особенности правового режима в России и за рубежом // Закон. 2018. № 5. С. 63–71.
23. *Ионас В. Я.* Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. М. : Юридическая литература, 1963. 137 с.
24. *Кашанин А. В.* Творческий характер как условие охраноспособности произведения в российском и иностранном авторском праве // Вестник гражданского права. 2007. № 2. С. 75–119.
25. *Гаврилов Э. П.* Авторское право и «диссертационное право» // Патенты и лицензии. 2018. № 12. С. 9–15.
26. *Кашанин А. В.* Минимальные стандарты охраноспособности объектов копирайта (сравнительный анализ) // Новая юстиция. Журнал судебных прецедентов. 2009.

№ 3(4). С. 56–66.

27. Луткова О. Проблема охраноспособности произведений с незначительным уровнем творчества и повторных произведений в авторском праве зарубежных государств и РФ // ИС. Авторское право и смежные права. 2016. № 8. С. 5–16; № 9. С. 5–16.

28. Калятин В. О., Мурзин Д. В., Новоселова Л. А. [и др.]. Научно-практический комментарий судебной практики в сфере защиты интеллектуальных прав / под общ. ред. Л. А. Новоселовой. М. : Норма, 2014. 480 с.

29. Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллекту-

альной собственности : информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 13 декабря 2007 года № 122 // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2008. № 2.

30. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 3 декабря 2014 года № С01-131/2014 по делу № АЗ3-14443/2013. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

31. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 27 января 2015 года № С01-1369/2014 по делу № А70-4971/2014. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

	Негосударственное образовательное учреждение дополнительного образования «Школа права «СТАТУТ» ЮРИДИЧЕСКИЕ СЕМИНАРЫ ДЛЯ ПРОФЕССИОНАЛОВ Телефон: (499) 956-08-65 http://www.statut.ru/ E-mail: post@statut.ru
Место проведения: Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ (РАНХиГС), г. Москва	
30.01–19.03.2020	ДИРЕКТОР ПРОЕКТОВ ПО LEGALTECH-ИННОВАЦИЯМ И НОВЫМ ТЕХНОЛОГИЯМ ЦИФРОВОЙ ЭКОНОМИКИ
30–31.01	ПРИНЦИПЫ НАЛОГОВОГО ПРАВА В СВЕТЕ НОВЕЙШЕЙ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ
06–07.02	ЭЛЕКТРОННЫЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И НЕТРАДИЦИОННЫЕ МЕТОДЫ ДОКАЗЫВАНИЯ: современный подход
10–14.02	СДЕЛКИ С НЕДВИЖИМОСТЬЮ И ОСОБЕННОСТИ РЕГУЛИРОВАНИЯ ЗЕМЕЛЬНЫХ ОТНОШЕНИЙ: реформа земельного законодательства и обзор практики рассмотрения споров
10–11.02	РЕФОРМА ЗЕМЕЛЬНОГО И ГРАДОСТРОИТЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА: приобретение публичных земель, оборот земельных участков и комментарий изменений законодательства
17–21.02	КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО: реформа Гражданского кодекса РФ и анализ судебной практики
20–21.02	КОРПОРАТИВНЫЕ СДЕЛКИ И СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА: соглашения акционеров, сделки M&A, реорганизация
26–27.02	АКТУАЛЬНЫЕ НАЛОГОВЫЕ ВОПРОСЫ, ВОЗНИКАЮЩИЕ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ IN-HOUSE ЮРИСТОВ
27–28.02	РАСПОРЯЖЕНИЕ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫМИ ПРАВАМИ: договоры отчуждения исключительного права, лицензионный договор, служебные произведения