

Критерий творчества в понятии произведения науки, литературы и искусства

Попова И.В.

Промышленно-торговое право. - 2011. - №2. - С. 43-49

Аннотация

В теории авторского права отсутствует единое мнение по вопросу о творческом характере произведения как критерии его охраноспособности. Решение этого вопроса позволит судебной практике сформировать единый подход к рассмотрению споров, связанных с предоставлением правовой охраны произведениям науки, литературы и искусства.

За всю историю существования авторского права ни один законодательный акт, регулирующий авторско-правовые отношения, не содержал и до сих пор не содержит определения объекта авторского права – произведения науки, литературы и искусства.

Доктрина установила лишь присущие произведению признаки: 1) произведение – результат созидательной деятельности человека; 2) оно – невещественное благо, результат интеллектуальной (умственной) деятельности, что исключает охрану авторским правом объектов, созданных без участия психических сил; 3) произведение должно быть выражено в какой-либо объективной форме, доступной для восприятия другими людьми; 4) авторским правом охраняются не все результаты интеллектуальной деятельности, а лишь те, которые являются результатами творческого труда.

С учетом этих признаков в законодательстве Республики Беларусь установлены требования к объекту авторско-правовой охраны. Авторское право распространяется на произведения науки, литературы и искусства, являющиеся результатом творческой деятельности, независимо от назначения и достоинства произведения, а также от способа его выражения.

Из числа советских ученых наиболее глубоко понятие творческой деятельности (творчества) в авторском праве исследовал В.Я. Ионас, предложивший толковать понятие «творчество» с позиций науки психологии, согласно которым мыслительная деятельность человека возможна в двух видах: в виде продуктивного и репродуктивного мышления. В первом случае происходит «оригинальное производство мыслей»¹, осуществляется творческий процесс. Во втором случае «человек совершает по правилам логики в заученном порядке мыслительные операции с известными ему понятиями, получая при этом результат, детерминированный в целом всем ходом его воспроизводящей мыслительной работы»². Отсюда делался вывод: результат продуктивного мышления – творческий результат, результат репродуктивного мышления творческим не является.

В.Я. Ионасом было предложено считать продуктивной мыслительную (интеллектуальную) деятельность, которая является творчески **самостоятельной** и завершается созданием **нового** объекта³.

С этих позиций для решения вопроса об охраноспособности невещественного объекта необходимой предполагалась оценка, во-первых, непосредственно деятельности по созданию произведения на предмет ее самостоятельности, во-вторых, результата этой деятельности на предмет его новизны (оригинальности).

В специальных законодательных актах Республики Беларусь, посвященных авторскому праву признак творчества устанавливался и установлен в настоящее время для творческого труда автора. В национальной доктрине в большинстве случаев признак творчества исследовался применительно к результату деятельности по созданию произведения.

¹ Ионас, В.Я. Произведения творчества в гражданском праве. /В.Я. Ионас. – М.: «Юридическая литература». – 1972. – С. 9-10.

² Там же.

³ Там же. – С. 13.

Справедливым считалось мнение, что для авторского права важен не столько творческий характер деятельности, сколько аналогичный признак результата⁴.

Методология определения творчества как признака произведения основана на установлении соответствия исследуемого объекта критериям **новизны, оригинальности, неповторимости, уникальности**.

Чаще всего творчество отождествляют с **оригинальностью**. Определение этого термина берут из толковых словарей русского языка: «оригинальный – первоначальный; созданный в результате самостоятельного творческого труда, не заимствованный; непохожий на других, чуждый подражательности; своеобразный, необычный»⁵. Такое определение позволяет применять термин «оригинальность» для оценки уровня творчества как непосредственно результата интеллектуальной деятельности, так и самой деятельности (труда), в результате которой появился невещественный результат. При этом сторонники применения критерия «оригинальность» к оценке уровня творчества непосредственно результата интеллектуальной деятельности считают, что если два автора независимо друг от друга создали два одинаковых или почти одинаковых объекта (такую ситуацию называют **параллельным творчеством**), ни один из них нельзя признать оригинальным⁶. Сторонники применения критерия «оригинальность» к оценке уровня творчества деятельности, результатом которой стал невещественный объект полагают, что «оригинальность может и не проявиться во внешних характеристиках объекта, но все равно будет присуща ему в каждом случае, когда работа была творческой: когда автор, выражал свою личность, присущие ему качества, навыки и умение. Иными словами, если два одинаковых объекта созданы разными людьми независимо друг от друга и, тем не менее, работа по их созданию все-таки являлась творчеством, то оба эти объекта следует считать оригинальными»⁷.

Вопрос об охраноспособности двух невещественных объектов при параллельном творчестве решается не только в рамках дискуссии о том, в чем следует искать оригинальность невещественного объекта – в самом объекте или в деятельности (труде), результатом которой является невещественный объект. Параллельно спорят о сущности понятие «новизна», рассматривая это понятие в качестве критерия творчества, различая объективную и субъективную новизну. «**Субъективная новизна** – это неопределенность, неизвестность полученного результата для самого создателя. **Объективная новизна** – это неизвестность полученного результата не только для лица, получившего этот результат, но и для остальных лиц»⁸.

Сторонники критерия объективной новизны полагают, что авторское право охраняет лишь те невещественные объекты, в отношении которых параллельное творчество невозможно⁹, либо «охрану должно получить только одно произведение, и, конечно, – первое»¹⁰. Понятно, что при применении критерия объективной новизны оцениваться на новизну (творческий характер произведения) должен непосредственно результат деятельности автора произведения.

⁴ Савельева, И.В. Правовое регулирование отношений в области художественного творчества /И.В. Савельева. – М.: Изд-во МГУ, 1986. – С. 22; Сергеев, А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации /А.П. Сергеев. – М.: «Теис», 1996. – С. 112.

⁵ Гаврилов Э.П. В патентном праве новизна, а в авторском – оригинальность //Э.П. Гаврилов //Патенты и лицензии. - 2007. - №12. – С. 25-30.

⁶ Гаврилов, Э.П. Оригинальность как критерий охраны авторским правом /Э.П. Гаврилов //Патенты и лицензии. – 2004. - №6. – С. 48.

⁷ Лабзин, М.В. Оригинальность объекта авторского права /М.В. Лабзин //Патенты и лицензии. – 2007. - №8. - С. 25.

⁸ Гаврилов Э.П. Комментарий к закону РФ «Об авторском праве и смежных правах». Судебная практика. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Экзамен. - 2003.

⁹ Гаврилов, Э.П. Оригинальность как критерий охраны авторским правом /Э.П. Гаврилов //Патенты и лицензии. – 2004. - №6. – С. 48.

¹⁰ Штенников, В.Н. Презумпция заимствования //Биржа интеллектуальной собственности. Т. IX. - №6. - 2010.- С. 17.

Сторонники критерия субъективной новизны считают, что «сам результат творчества далеко не всегда позволяет постороннему человеку однозначно судить об интенсивности творческого усилия, его породившего. ... Если творчество – это процесс психический, а авторское право есть вознаграждение за творческое усилие, то почему равные творческие усилия (и равные творческие результаты) должны быть не равны юридически?»¹¹ Отсюда следует вывод: «При параллельном творчестве ... есть два (или более!) независимых автора, каждый из которых вправе признаваться полноценным автором произведения, обладать и распоряжаться закрепленными в законе исключительными правами»¹².

Как видно, обе дискуссии имеют общий предмет. Фактически не имеет значения, каким термином обозначается критерий, используемый для установления творческого характера произведения – новизна, оригинальность, неповторимость. Важно, **что** исследуется на наличие критерия, и **каков механизм** такого исследования.

Большинство российских специалистов в области интеллектуальной собственности при решении вопроса о признании результата интеллектуальной деятельности объектом авторского права предлагают применять критерий объективной новизны и придерживаются мнения о необходимости считать труд творческим, если таковым является его результат¹³. Возможность параллельного творчества исключается. Эту позицию поддерживает Конституционный Суд Российской Федерации, который определением от 20 декабря 2005 г. №537-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Хавкина А.Я. на нарушение его конституционных прав положениями статей 6 и 7 Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах» установил, что авторское право, обеспечивая охрану оригинального творческого результата, не охраняет результаты, которые могут быть достигнуты параллельно, т.е. лицами, работающими независимо друг от друга.

Иная позиция изложена в п. 28 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации, Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 26 марта 2009 г. №5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой ГК РФ»: « ... пока не доказано иное, результаты интеллектуальной деятельности предполагаются созданными творческим трудом. ... Необходимо также иметь в виду, что само по себе отсутствие новизны, уникальности и (или) оригинальности результата интеллектуальной деятельности не может свидетельствовать о том, что такой результат создан не творческим трудом и, следовательно, не является объектом авторского права».

Различия научных подходов к понятиям «творчество», «новизна», «оригинальность» отражаются в судебной практике вопросом о возможности признания неимущественного объекта результатом творческой деятельности и предоставления ему авторско-правовой защиты, в том числе при параллельном творчестве. В судебной практике этот вопрос решается по-разному.

В исковом заявлении К. указала, что является автором литературного произведения в виде слогана «Fill the magic of Belarus» («Почувствуй волшебство Беларуси»). Из статьи в газете К. узнала, что часть созданного ею произведения «Fill the magic» будет использована в качестве слогана международного детского конкурса. К. просила пресечь действия, нарушающие ее права в отношении произведения «Fill the magic».

В возражении на иск ответчик заявил, что в результате его обращения к поисковой системе GOOGLE на точное совпадение словосочетания «fill the magic» обнаружено 324 факта совпадений.

В иске К. было отказано на том основании, что словосочетание «fill the magic» является широко употребляемым, а по сему не является творческим¹⁴. Данный спор Судебная

¹¹ М.В. Чиженок. Критика объективной новизны /М.В. Чиженок. //Патенты и лицензии. – 2004. - №6. - С. 44.

¹² Там же.

¹³ Близнec, И.А. Авторское право и смежные права: учеб. /Под ред. И.А. Близнecа. /И.А. Близнec, К.Б. Леонтьев. М.: Проспект. - 2010. С. 20.

¹⁴ Архив Верховного Суда Республики Беларусь. Дело №12-01/48.

коллегия по делам интеллектуальной собственности Верховного Суда Республики Беларусь (далее – Суд) решила с позиций сторонников объективной новизны.

В другом случае, Суд пришел к выводу, что истец не доказал факт переделки ответчиком картин истца. Суд счел, что ответчик в своей деятельности использует самостоятельные независимые от произведений истцов обозначения. Для Суда не имело значения, являются ли картины истцов и обозначения ответчиков творческими или нет. Имело значение утверждение ответчика о его самостоятельной деятельности (работы) по созданию обозначений, опровергнуть которое истцы не смогли. Очевидно, что, решая данный спор в пользу ответчика, Суд исходил из критерия субъективной новизны¹⁵.

Как правило, Суд признает или не признает невещественный объект творческим, опираясь на выводы искусствоведческой экспертизы, на решение которой ставится ряд вопросов, в том числе примерно следующие:

1) является ли принадлежащий одной из сторон, как правило, истцу, невещественный объект произведением?

2) обладает ли этот объект признаками творческой новизны, оригинальности, уникальности, неповторимости?

Если право истца нарушается использованием ответчиком схожего объекта, на решение экспертизы ставится еще один вопрос:

3) является ли невещественный объект ответчика самостоятельным оригинальным произведением или переработкой истца?

При оценке новизны невещественного объекта эксперты, как правило, исходят из ее объективности, поэтому и судебные решения выносятся с позиций сторонников критерия объективной новизны¹⁶.

Проблему установления творческого характера труда на основе критерия объективной новизны эксперты решают по-разному. Одни отличают творческий труд от профессиональной деятельности, учитывая наличие в определенном виде искусства традиций, профессиональных приемов и средств, требования заказчика и функциональные особенности невещественного объекта, если последний имеет утилитарное назначение. Так, экспертиза установила, что предъявленный к исследованию эскиз упаковки «не содержит сугубо авторского, индивидуального и профессионального целостного решения, а является более или менее удачной интерпретацией уже существовавших мотивов и приемов, адаптированных к местным вкусам, отличающимся, как правило, спокойным традиционализмом. ... Графическое изображение деревенского пейзажа, рисунок автора дизайна, походит на копийный, напоминая некоторые произведения В.Д. Орловского, В.А. Фельдмана, М.А. Баркоса, Н. Орды. Очевидно, прямого копирования не было, но заданная традиционность обусловила создание именно такого рисунка – намеренно или невольно по мотивам российской пейзажной живописи второй половины 19 в.»¹⁷. Дизайн упаковки не был признан экспертизой удовлетворяющим требованиям творческой новизны, оригинальности, неповторимости и уникальности. Решением экспертизы по другому делу установлено, что невещественный объект (детская набивная игрушка в виде стилизованного зайца) «не обладает признаками творческой новизны, так как подобные образы встречались и ранее, новые черты привнесены не были. Его нельзя назвать оригинальным, потому что для его изготовления применялись стандартные декоративные приемы. Игрушка не является уникальным объектом, единственным в своем роде, неповторимым, поскольку подобный образ эксплуатировался и ранее другими производителями»¹⁸.

Другие эксперты профессиональную деятельность и творческий труд не различают. Так, в заключении экспертизы, назначенной Судом для решения вопроса о творческом характере компьютерной программы, определено следующее: «Разработка программного обеспечения

¹⁵ Архив Верховного Суда Республики Беларусь. Дело №12-01/48.

¹⁶ См.: Архив Верховного Суда Республики Беларусь. Дело №12-01/9, Дело №12-01/12, Дело №12-01/31.

¹⁷ Архив Верховного Суда Республики Беларусь. Дело №12-01/12.

¹⁸ Архив Верховного Суда Республики Беларусь. Дело №12-01/31.

– многогранный творческий процесс, далеко не ограничивающийся написанием того или иного исходного программного кода. Сюда входит и постижение предметной области, зачастую совершенно новой для разработчика, сбор и анализ проблем, которые стоят перед потенциальными будущими пользователями, ... создание абстрактной модели этой предметной области и нахождение путей решения проблем, и, наконец, непосредственное преобразование всех этих составляющих в исходный текст ... с учетом ограничений, накладываемых предметной областью и условиями использования – производительность, объемы обрабатываемых данных, скорость реакции, регламент и т.п. Все это можно отнести к рассматриваемому программному продукту – например, четкое разделение системы на ряд модулей, организацию графического интерфейса модулей, позволяющую пользователям более производительно выполнять свои обязанности»¹⁹. Спорная компьютерная программа была признана обладающей творческой новизной и творческой оригинальностью. Полагаем, что к таким экспертным заключениям следует относиться критически. Вряд ли можно согласиться с тем, что изучение предметной области, проблем, которые должны решаться с помощью компьютерной программы (фактически речь идет об изучении условий задачи), нахождение путей решения этих проблем является творчеством. А разделение программного продукта (вероятно, речь идет об исходном тексте) на модули – стандартный прием в программировании. Что касается графического интерфейса, в том числе последовательности его видеотипов, то при его организации несомненно учитывались профессиональные требования пользователей, в нашем случае – пользователей автоматизированной системы диспетчерской службы такси.

По нашему мнению, подходы судебной экспертизы к оценке произведений всех видов на предмет их творческого характера должны быть одинаковыми. Одинаковой для всех видов произведений по этому вопросу должна быть и практика Суда, хотя в судебной практике некоторых государств господствует иной подход. Например, в германской судебной практике к творческому характеру литературных и музыкальных произведений, а также произведений изобразительного искусства предъявляются невысокие требования, поскольку у авторов литературных и музыкальных произведений, а также произведений изобразительного искусства имеются широкие возможности по созданию интеллектуальных продуктов в оригинальной форме и вероятность их повторного создания минимальна²⁰. Иначе решается вопрос о творческом характере видов произведений, где с высокой долей вероятности можно прогнозировать практику их независимого повторения, поскольку авторы таких произведений ограничены в своих возможностях рядом факторов: заранее заданной целью произведения (прикладным характером), средствами достижения оригинальности его формы, скудостью художественно-выразительных средств решения задачи, наличием определенных стандартов деятельности и т.д. К таким произведениям относятся произведения декоративно-прикладного искусства, картографические произведения, фотографии, научные произведения, компьютерные программы и базы данных. Требования к охраноспособности таких видов произведений достаточно высокие²¹.

На наш взгляд, в выборе объективной формы и средств выражения сегодня могут быть ограничены авторы любых видов произведений, в том числе литературных, музыкальных и произведений живописи. Подтверждением этому является следующий пример.

В исковом заявлении М. указал, что является автором раздела учебного пособия «Этика: учебное пособие», изданного в 2002 г. издательством «Н». В 2004 г. издательством «У» издано и поступило в продажу учебное издание «Этика: учебно-методический комплекс для студентов дневной и заочной форм обучения всех специальностей», автором которого является Б. По мнению истца, текст из опубликованного ранее учебного пособия дословно воспроизводится в сокращенном виде (с 44 до 14 страниц) в более позднем издании.

¹⁹ Архив Верховного Суда Республики Беларусь. Дело №12-01/6. Дело №12-01/23, 2010 г.

²⁰ Кашанин, В. Минимальный уровень творческого характера произведений в авторском праве Германии /В. Кашанин //Законодательство и экономика. – 2009. – №12 (308). – С. 52.

²¹ Там же. С. 53.

Количество дословных совпадений составляет более 50%, остальная часть текста совпадает по смыслу. М. полагал, что раздел учебно-методического комплекса, автором которого якобы является Б., списан методом компьютерного сканирования с его раздела в ранее изданном учебном пособии и просил взыскать с издательства «У» компенсацию и государственную пошлину.

Определением Суда Б. была привлечена к участию в рассмотрении спора в качестве соответчика. В своем объяснении Б. сообщила, что «весь – без исключения – текст М. является абсолютно общеупотребительным в традиции как советских, так и новейших учебников по данным предметам, а также в соответствующей словарно-справочной литературе.

Жанр учебного пособия, как правило, не предполагает выработки собственной и оригинальной авторской позиции, поскольку призван давать средневзвешенную и многократно апробированную позицию педагогического (а не научного) сообщества по данной проблеме.

В пределе, историко-философские фрагменты текстов наилучших учебных пособий по давно преподаваемым предметам должны совпадать по смыслу, идейному пафосу и выводам»²². С объяснением Б. в экспертном заключении по этому делу согласился доктор философских наук, академик НАН Беларуси Е.М. Бабосов²³. Отказ М. от иска был принят определением Суда.

В качестве аргумента в поддержку тезиса об ограничениях, которые могут быть присущи творчеству авторов литературных произведений, свидетельствует и высказывание о том, что свободу письма того или иного автора ограничивает и его «внутренний цензор, требующий уважения к оппоненту, изданию и читателю, терпимости к инакомыслию, корректности к высказываниям других авторов и т.д.»²⁴.

О проблеме оригинальности музыкальных произведений говорят и композиторы²⁵.

Спорной, но заслуживающей внимания является точка зрения, что современное искусство исчерпало ресурс новизны и может довольствоваться сегодня только сколько-нибудь оригинальными интерпретациями уже существующего опыта.

Повышение интереса к проблеме творческого характера произведения, наблюдаемое в последние годы, не случайно: слишком много невещественных объектов, в том числе очевидно нетворческих, начинают претендовать на охрану авторским правом.

С другой стороны, в судебной практике при решении дел о нарушении абсолютных авторских прав наблюдается следующая тенденция. Ответчик, случайно или сознательно использующий невещественный объект или его часть без согласия создателя этого объекта или иного правообладателя, в случае предъявления ему претензий по поводу нарушения авторских прав требует проведения судебной экспертизы в целях установления факта творческого характера спорного объекта. Если экспертиза признает спорный объект творческим, иск удовлетворяют, в противном случае – отказывают. Содержание экспертизы судом не исследуется.

Учитывая субъективную природу творчества и неустойчивость признаков, используемых для раскрытия его содержания, предлагают отказаться от использования в законодательных актах понятия «творчество» в качестве признака произведения и заменить его иным признаком, например, уникальностью²⁶. С высказанной в адрес этой позиции критикой²⁷ следует полностью согласиться.

²² Архив Верховного Суда Республики Беларусь. Дело №12-01/23, 2007 г.

²³ Там же.

²⁴ Щербинина В.А. Творчество и право интеллектуальной собственности /В.А. Щербинина //Патенты и лицензии. 2008. – №5. – С. 12.

²⁵ В. Пепеляев. Дорога в никуда //Советская Белоруссия, 5 марта 2010 г. С. 8.

²⁶ Вольфсон, В. Юридические основания возникновения авторских прав» /В. Вольфсон //Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2003. – №9. – С. 2-13.

²⁷ Мерзликина, Р. Еще раз о творчестве как о признаке объектов авторского права /Р. Мерзликина, А. Юмашев //Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2008. – №2. – С. 16-23.

Критерий творчества исследуют применительно к отдельным видам произведений. Например, применительно к оцифрованным произведениям (произведениям в цифровой форме) выявлена тенденция, заключающаяся в постепенном снижении значимости критерия творчества для признания охраноспособными произведений, выраженных в такой форме. Установлено, что в зарубежных государствах акцент смещается в сторону защиты финансового, организационного и технического вкладов, на основе чего сделан вывод о том, что к произведению, первоначально созданному в цифровой форме, нецелесообразно применять критерий творчества²⁸.

С таким выводом вряд ли можно согласиться. Авторским правом охраняются невещественные объекты с приоритетом формы как объекты, несущие на себе отпечаток личности их авторов. Инвестиции, прежде всего финансовые, – это совершенно другие объекты. Инвестиции, в том числе в создание нетворческих невещественных объектов, безусловно, должны охраняться, но не средствами авторского права с его длительной монополией на использование и авторско-правовыми способами защиты.

Полагаем, что от творчества как критерия охраноспособности произведений науки, литературы и искусства вряд ли можно будет отказаться в ближайшее время.

Поскольку практика Суда по одной и той же категории споров не является одинаковой, представляется необходимым решение, по крайней мере, двух вопросов, связанных с установлением творческого характера спорного невещественного объекта: одинаковым ли должен быть уровень творчества для произведений разных видов? И в чем именно должна выражаться оригинальность произведений разных видов: музыкальных, литературных, произведений живописи, фотографий и т.д.?

Решение этих вопросов должна предложить правовая доктрина с учетом мнения практических работников. Однако творчество – очень сложный объект для его исследования юридической наукой. Поэтому к решению проблемы, обозначенной в настоящей публикации, автор последней приглашает творческих работников всех направлений: композиторов, художников, фотографов, профессиональных программистов и т.д.

²⁸ Шакель, Н.В. Использование произведений в цифровой форме: тенденции в национальном и международном правовом регулировании. / Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. Минск, 2010. – С. 10, 12.