

Квалификация произведений, созданных при опосредованном участии автора

А. Алексейчук

(г. Санкт-Петербург)

andrey.alekseychuk@kachkin.ru



В условиях развития искусственного интеллекта принципиально новый характер приобретает дискуссия о творческой деятельности человека и ее результатах. Если участие человека в создании результата носит опосредованный характер, то есть ли здесь элемент творчества? Какой уровень и объем «опосредованного» участия необходим и достаточен, чтобы отнести результат к творческим результатам деятельности человека? В своей статье юрист практики по интеллектуальной собственности / информационным технологиям адвокатского бюро «Качкин и Партнеры» А.А. Алексейчук ищет ответы на все эти вопросы.

Given the ongoing development of artificial intelligence (AI) the discussion on human creative activity and its results takes a new turn. Is there a creative constituent if a human being's participation in creating the result of such activity is indirect? What level and amount of "indirect" participation is essential and sufficient to consider the result in question to be a product of human creative activity? The publication by A. Alekseychuk, lawyer on intellectual property and information technology issues at Kachkin and Partners law firm, attempts to answer these questions.

Ключевые слова:

объекты авторского права; творческий труд; творческая деятельность; искусственный интеллект.

Keywords:

objects of copyright, creative labor, creative activity, artificial intelligence.

1. Элемент творчества при создании произведения

Основным критерием для предоставления правовой охраны в качестве результатов интеллектуальной деятельности, и в частности произведений, является создание объекта *в результате творческого труда его автора* – физического лица. Такой критерий закреплен в статье 1228 ГК РФ: «автором результата интеллектуальной деятельности признается гражданин, *творческим трудом* которого создан такой результат»¹. Аналогичное положение содержится, например, и в статье 1257 ГК РФ.

Ряд исследователей указывают, что понятия «творчества» и «творческого труда» в принципе не могут быть определены в законе

При этом в законодательстве не раскрываются понятия «творческого труда», «творческого вклада», равно как и «творчества» в целом.

В отечественной доктрине наиболее часто цитируется определение творческого труда, данное в 1984 году О.А. Красавчиковым: «основное свойство творческого труда то, что он является умственным (интеллектуальным) и связан со значительным расходом нервной энергии...» [1, с. 466]. Данное определение хотя и интересно необычностью своего подхода, но не дает никаких указаний

на то, каким образом можно определить творческий характер деятельности при создании конкретного объекта.

В.И. Еременко определяет творческий труд следующим образом: «деятельность, порождающая нечто качественно новое и отличающееся *неповторимостью, оригинальностью* и общественно-исторической *уникальностью*» [2]. Схожего подхода придерживаются Э.П. Гаврилов [3] и А.П. Сергеев [4]. При таких подходах результат творческого труда предлагается рассматривать через признаки новизны и оригинальности, несмотря на то, что закон таких требований к объектам авторских прав не предъявляет, а суды, как будет подробно рассмотрено далее, в настоящий момент признают, что отсутствие любого из этих признаков не свидетельствует о том, что объект не был создан творческим трудом и не имеет творческого характера.

А.В. Кашанин, анализируя подходы к определению творческого характера произведения в отечественной и зарубежной практике, предлагает определять творческий характер произведения через критерий «принципиальной неповторимости» произведения, под которой предлагается понимать «невозможность его независимого повторения исходя из существующих стандартов деятельности в определенной сфере» [5]. Такой подход представляет значительный интерес и позволяет, в частности, однозначно разграничивать созданные творческим трудом произведения от иных объектов. В то же время данный подход не решает проблему, связанную с объектами, творческий вклад в создание которых не имеет главенствующего значения (например, программы для ЭВМ), или, например, проблему «параллельного творчества», когда про-

¹ Здесь и далее во всех цитатах выделение курсивом сделано автором статьи. – Примеч. ред.



© www.istockphoto.com/Zolnierrek

изведения, практически идентичные в своей форме выражения, создаются авторами независимо друг от друга².

Ряд исследователей также указывают, что понятия «творчества» и «творческого труда» в принципе не могут быть определены в законе³.

Некоторые выводы о понятии «творческого труда» как критерия для признания какого-либо объекта произведением в российском законодательстве можно сделать исходя из позиций высших судов. Так, в 2005 году Конституционный суд РФ сформулировал позицию, отражающую подход к предостав-

лению правовой охраны только оригинальным произведениям: «авторское право, обеспечивая охрану оригинального творческого результата, не охраняет результаты, которые могут быть достигнуты параллельно, т. е. лицами, работающими независимо друг от друга» [7].

Однако к настоящему времени судебная практика отошла от этой позиции. Верховный суд РФ в постановлении Пленума ВС РФ «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» указывает, что «само по себе *отсутствие новизны, уникальности и (или) оригинальности результата интеллектуальной деятельности не мо-*

² Характерный пример «параллельного творчества» – история фотографа Рона Рисмана, который обнаружил существование фотографии маяка Уэйлбек, практически идентичной сделанной им фотографии этого же маяка. При этом вторая фотография была сделана независимо другим фотографом в другое время и с использованием другого оборудования. Более подробно история описана в блоге фотографа. См.: *How Two Photographers Unknowingly Shot the Same Millisecond in Time* [Электронный ресурс] // URL: <https://petapixel.com/2018/03/07/two-photographers-unknowingly-shot-millisecond-time/> (дата обращения 26.02.2020).

³ См., напр.: [6].

жет свидетельствовать о том, что такой результат создан не творческим трудом и, следовательно, не является объектом авторского права» [8, п. 80]. Аналогичное положение содержалось в совместном постановлении Пленумов ВС РФ и ВАС РФ № 5/29, принятом в 2009 году [9, п. 28]⁴.

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

Определенные подходы к толкованию понятия и концепции «творческого труда» содержатся также в практике Суда по интеллектуальным правам. Так, в деле Центра профессиональной переподготовки «СТЕК» против компании «ДЕЛОЙТ И ТУШ СНГ» о защите исключительных прав на образовательные материалы (учебные тесты) Суд по интеллектуальным правам отменил решения нижестоящих судов, которыми такие образовательные материалы были признаны не являющимися охраняемыми объектами авторского права, поскольку они не были созданы творческим трудом. Отменяя эти решения, Суд, в частности, указал, что «основным критерием признания того или иного результата охраняемым объектом авторского права являются самостоятельные усилия автора (соавторов) по его созданию, которые приводят к возникновению произведения, имеющего отличия от других произведений того же рода» [10].

В другом деле Суд по интеллектуальным правам, оценивая природу разработанного одной из сторон спора технического отчета, содержащего результаты инженерно-геодезических изысканий, признал такой отчет произведением, охраняемым авторским правом, созданным творческим трудом и имеющим

творческий характер, на основании того, что отчет «содержит не только техническую часть, но и углубленную описательную, с множеством характеристик описываемой территории, формируемой, в том числе из субъективного взгляда лица, составляющего отчет на необходимость включения в описание тех или иных характеристик, по ее форматированию и порядку описания» [11]⁵.

С точки зрения оценки наличия или отсутствия творческого вклада, интересно также дело ИП Микаелова С.Н. против Телерадиокомпании «Санкт-Петербург» о защите исключительного права на документальные фотографии (видеокадры) извержения вулкана Толбачик (Камчатка). Суд по интеллектуальным правам, рассматривая возражения ответчика о том, что спорные фотографии не созданы творческим трудом и имеют исключительно документальный характер, сделал вывод, что «процесс создания любой фотографии... является творческой деятельностью, поскольку представляет собой фиксацию с помощью технических средств различных отражений постоянно изменяющейся действительности» [12]. К схожим выводам Суд по интеллектуальным правам приходил и в отношении видеозаписей: «автор видеосъемки уже в силу самого факта создания произведения (любой видеозаписи) обладает априори авторскими правами на него вне зависимости от его художественного значения и ценности, поскольку процесс создания любой видеозаписи является творческой деятельностью (в данном случае отбор материала, его обработка, смонтированные определенным образом в определенной последовательности, в определенных временных рамках с применением различных методов монтажа и так далее)» [13].

Примечательно, что в судебной практике встречалась и иная позиция. Так, в 2011 году Федеральный арбитражный суд Московского округа, рассматривая спор о защите исключительного права на видеозаписи спортивных и иных публичных мероприятий, сделал вывод, что видеозаписи «представляют собой черновой рабочий материал, содержащий све-

⁴ Следует отметить, что с 23.04.2019 г. данное постановление утратило силу.

⁵ Следует отметить, что Верховный суд отказал в передаче данного дела в СКЭС ВС РФ для пересмотра (Определение Верховного Суда РФ от 07.08.2019 г. № 303-ЭС19-12515).



© www.istockphoto.com/AndreyPopov

дения о событиях и фактах, имеющих исключительно информационный характер, который не является результатом творческого труда, не имеет признаков оригинальности и неповторимости, а следовательно, не является объектом авторского права и не подлежит охране в качестве аудиовизуальных произведений» [14].

В деле «Факторинг Медиа» против «Эдисофт» о защите исключительного права на юридический документ как произведение Суд по интеллектуальным правам попытался определить понятие творчества, причем сделал это вопреки закрепленным уже к тому моменту подходам высших судов. Суд указал, что «исходя из общепринятого понимания, под творчеством подразумевается интеллектуальная деятельность, результатом которой является создание интеллектуального продукта, ранее не известного», «произведение, созданное творческим трудом, обладает такими признаками, как новизна и оригинальность». Анализируя непосредственно содержание юридического документа

(т. е. содержание Соглашения об электронном документообороте), Суд указал, что «сам алгоритм действий по заключению сделки путем электронного документооборота не является объектом авторского права, а доказательств наличия в Соглашении индивидуально-авторского стиля при описании процесса электронного документооборота и, как следствие, его использования ответчиком при размещении своего Регламента истцом в материалы дела не представлено» [15].

Некоторые подходы к определению процесса «творческого труда» можно найти и в практике судов общей юрисдикции.

Так, в деле, связанном с переработкой музыки к опере «История Герды и Кая», Московский городской суд на основании выводов экспертизы охарактеризовал деятельность композитора по созданию нового музыкального произведения следующим образом: «внешняя форма всей оперы *** была изменена благодаря осознанному, сопряженному с ин-

теллектуальным усилием и творческой работой мысли желанию композитора; им не было совершено простых механических действий, но выстроена новая музыкально-драматическая канва, новый рисунок; автором создана новая целостность, с новой фактурой, иначе говоря – новый музыкальный текст» [16].

«...Творческий труд – это «умственная (мыслительная, духовная, интеллектуальная) деятельность, завершившаяся созданием творчески самостоятельного результата науки, литературы или искусства»

Пензенский областной суд, рассматривая спор о защите исключительного права на фотокопию документа (как фотографического произведения), установил, что такая фотокопия не создана творческим трудом, поскольку «сама фотография представляет собой фиксацию документа с помощью соответствующих технических средств, лишённую творческого, художественного элемента, оригинальности и неповторимости», действия истца по обработке фотокопии в редакторе изображений «сами по себе не свидетельствуют о создании спорной фотографии как произведения искусства, поскольку данные действия были направлены на изготовление читаемой копии документа, отражающей все его реквизиты», истцом не подтверждено «наличие в спорной фотографии творческого, художественного элемента, оригинальности и креативности». Суд также сформулировал собственное понятие «творческого труда» – это «умственная (мыслительная, духовная, интеллектуальная) деятельность, завершившаяся созданием творчески самостоятельного результата науки, литературы или искусства» [17].

Представляет интерес также решение Московского городского суда по спору о защите исключительного права на новостные статьи (заметки). Суд признал (на основании подпункта 4 пункта 6 статьи 1259 ГК РФ), что такие заметки не являются объектами авторских прав, так как имеют исключи-

тельно информационный характер. Анализируя содержание этих заметок, суд указал следующее: «тексты не являются уникальными, оригинальными и неповторимыми, несущими предметы индивидуально авторского стиля, соответственно данные статьи не обладают охраноспособностью с позиции авторского права», «статья, отображая события и факты, вопреки утверждениям истца, не содержит их анализа, интерпретации, что могло бы свидетельствовать о наличии творческих усилий», «авторами не применялись какие-либо художественные приемы, являющиеся признаками интеллектуальной деятельности» [18].

Таким образом, дать точное определение творческой деятельности не представляется возможным, поскольку в законе такое определение не содержится. В доктринальных источниках также отсутствует единый подход к определению творческой деятельности и творческого труда, а определения, формулируемые в некоторых случаях судами, достаточно противоречивы. Тем не менее, на основании подходов, закрепленных в судебной практике, можно по крайней мере выделить некоторые общие признаки «творческого труда» автора и «творческого характера» создаваемого объекта.

Во-первых, в большинстве случаев суды приходят к выводу, что творческая деятельность – это действия, *приводящие к созданию нового (самостоятельного) объекта.*

Во-вторых, исходя из формулировок, с помощью которых суды характеризуют творческую деятельность («самостоятельные усилия автора по созданию», «осознанное, сопряженное с творческими усилиями и интеллектуальной деятельностью желание») можно сделать вывод, что *целью творческой деятельности должно быть именно создание нового объекта.* Объекты, созданные в результате неосознанных, механических, случайных действий без цели получения такого нового объекта не могут признаваться объектами авторских прав, если только совершение таких случайных действий в целом не является осознанным творческим приемом. При этом не обязательно, чтобы автор осознавал, что он создает именно охраняемое законом произведение. Так, например, несовершеннолетний или недееспособный автор может не осознавать кон-



© www.istockphoto.com/sebboy12

цепцию авторских прав. Однако *если целью его действий в принципе будет создание нового объекта*, то такой объект (при условии наличия иных признаков «творчества») будет признаваться охраняемым законом произведением.

В-третьих, с учетом подхода, закрепленного Верховным судом РФ, следует все-таки прийти к выводу, что новизна, оригинальность и (или) уникальность не являются обязательными признаками объекта, созданного в результате творческой деятельности, хотя нижестоящие суды и приходят в некоторых случаях к прямо противоположным выводам. Тем не менее, из используемой Верховным судом формулировки «сама по себе» следует, что отсутствие у объекта свойств новизны, оригинальности или уникальности в сочетании с иными обстоятельствами может свидетельствовать о том, что объект не создан творческим трудом.

В-четвертых, судя по всему, творческая деятельность предполагает выражение в создаваемом

объекте неких *индивидуальных черт или аспектов личности автора* в результате осуществления тех или иных действий, не предполагающих только лишь следование определенным заранее закрепленным правилам и стандартам, а также не обусловленных одной только лишь логикой и необходимостью создания нового объекта. Подобного подхода к определению творческой деятельности придерживается, например, В.А. Дозорцев, который характеризовал творчество «сферой *чисто индивидуальной деятельности*, представленной лишь живым трудом, *олицетворяемым личностью автора*» [19]. При этом степень такого выражения может быть минимальной, что в полной мере согласуется с закрепленной Верховным судом РФ позицией о необязательности критериев новизны, оригинальности и уникальности, а также с установленной презумпцией создания объекта в результате творческой деятельности.

Кроме того, как следует из проанализированной судебной практики, применительно к фотогра-

фиям и видеозаписям можно говорить о том, что практически любая фотография или видеозапись является охраняемым объектом авторских прав, поскольку, во-первых, она является новым объектом, а во-вторых, в процессе ее создания в любом случае совершаются несущие индивидуальный отпечаток личности автора действия, в частности, действия по фиксации конкретного момента окружающей действительности.

Закон не оговаривает, что конкретные действия по закреплению произведения в какой-либо объективной форме должны совершаться непосредственно автором и не накладывает никаких ограничений на используемые автором инструменты для создания произведения

Теоретически такую же логику можно применить и к иным произведениям, когда некий индивидуальный отпечаток личности автора несет не сам объект, а выбор автором именно этого объекта и использование объекта в качестве произведения⁶.

При этом, с материальной точки зрения, никакого нового объекта не возникает, а произведением объявляются уже существующие объекты.

2. Опосредованное создание автором произведения

Как следует из проанализированных выше положений закона и их толкования в судебной практике, характеризуя творческую деятельность и создаваемое в результате такой деятельности произведение закон не оговаривает, что конкретные действия по закреплению произведения в какой-либо объективной форме должны совершаться непосредственно автором и не накладывает никаких ограничений на используемые автором инструменты для создания произведения. Более того, Верховный

суд РФ прямо указывает, что «творческий характер создания произведения не зависит от того, создано произведение автором собственноручно или с использованием технических средств» [8].

Исходя из этого, можно сделать вывод, что произведение может быть создано:

- непосредственно собственными действиями автора – физического лица, направленными на закрепление произведения в объективной форме;
- опосредованно, если такое физическое лицо прибегает для закрепления произведения в объективной форме к помощи иных лиц или технических средств.

При этом творческой деятельностью будет являться именно умственная деятельность автора по созданию произведения, а не техническая деятельность по закреплению произведения в объективной форме.

Такой вывод также подтверждается нормой, закрепленной в пункте 1 статьи 1228 ГК РФ, где указано на невозможность признания авторами лиц, хотя и участвующих в создании результата, но не вносящих в создание личного творческого вклада: «не признаются авторами результата интеллектуальной деятельности граждане, не внесшие личного творческого вклада в создание такого результата, в том числе оказавшие его автору только техническое, консультационное, организационное или материальное содействие или помощь либо только способствовавшие оформлению прав на такой результат или его использованию, а также граждане, осуществлявшие контроль за выполнением соответствующих работ».

То есть, например, писатель, который диктует создаваемую повесть ассистенту, является автором создаваемого произведения, а ассистент, который эту повесть записывает либо печатает на компьютере, осуществляет исключительно техническую помощь автору.

⁶ Например, в качестве таких объектов можно рассматривать некоторые художественные инсталляции, когда реальный не созданный художником объект помещается в нехарактерные для этого объекта условия.



© www.istockphoto.com/diego_cervo

О.В. Богданова характеризует разделение на творческий труд по созданию произведения и технические действия по закреплению этого произведения в объективной форме следующим образом: «в создании объектов интеллектуальных прав участвует не только умственный (т. е. априори творческий), но и физический труд (рук писателей, художников, скульпторов, музыкантов, изобретателей, иных лиц с использованием компьютеров, музыкальных и других инструментов, голосовых связок певцов-исполнителей, телодвижений артистов балета и т. п. физических средств) ... однако всегда в создании любых объектов интеллектуальных прав (в отличие от создания вещей) определяющим (правосозидающим, правообразующим) является труд умственный (интеллектуальный, духовный, мыслительный, творческий)» [20].

В то же время, исходя из приведенного выше положения пункта 1 статьи 1228 ГК РФ, лица, осуществляющие организацию и (или) контроль над созданием произведения, не являются авторами произведе-

ния. То есть, возвращаясь к примеру с писателем и ассистентом, если писатель только лишь дает общие указания, касающиеся содержания и структуры будущей повести, а непосредственно сам текст ассистент создает (*придумывает*) сам, то ассистент как минимум будет являться соавтором создаваемого произведения.

Применительно же к техническим средствам Верховный суд РФ указывает, что «результаты, созданные с помощью технических средств в отсутствие творческого характера деятельности человека (например, фото- и видеосъемка работающей в автоматическом режиме камерой видеонаблюдения, применяемой для фиксации административных правонарушений), объектами авторского права не являются».

Следовательно, для того, чтобы понять, является ли созданный объект охраняемым произведением, необходимо определить, создан ли он в результате творческой деятельности физического лица,



© www.istockphoto.com/Pattanaphong Khuankaew

направленной на создание именно этого объекта, а также творческий труд какого именно лица привел к созданию такого объекта. При этом необходимо учитывать, что между творческим усилием (*творческим актом*) человека и моментом создания конечного произведения могли быть также осуществлены технические действия иных лиц или автоматические действия технических средств.

2.1. Создание произведений с использованием технических средств

Если говорить о технических средствах, то можно, например, сравнить художника, рисующего картину непосредственно кистью на бумаге, и художника, рисующего картину в программе Adobe Photoshop.

Когда человек рисует кистью, его творческий замысел реализуется путем непосредственного физического воздействия на бумагу. Является ли в этой ситуации рисунок объектом авторского права? Без-

условно, поскольку рисунок создан непосредственным творческим трудом его автора.

Когда человек рисует на компьютере, происходит следующее. Человек двигает компьютерной мышью, в которой специальный оптический сенсор непрерывно фотографирует поверхность стола, а встроенный в мышь микропроцессор сравнивает полученные изображения и на основании данных об их изменении вычисляет результат перемещения мыши по виртуальной координатной сетке. Эти данные вместе с данными о нажатых на мыши кнопках передаются компьютеру. Процессор компьютера в этот момент осуществляет миллиарды вычислений, обеспечивая работу операционной системы (например, Microsoft Windows) и графического редактора (например, Adobe Photoshop). Получив данные о том, что пользователь передвинул мышь, процессор на основании этих данных вычисляет, к каким именно действиям привело движение мышью, а затем передает результаты вычислений графическому адаптеру (видеокарте). В видеокарту встроен

свой процессор, при необходимости осуществляющий дополнительные вычисления. На основании всех результатов и иной информации, полученной от процессора компьютера, видеопроцессор передает данные на микросхемы монитора, которые уже непосредственно электронными импульсами формируют изображение на экране. В результате на экране появляется рисунок, причем что именно появляется – зависит не только от движений мыши, но и от множества других факторов, включая используемые в Adobe Photoshop настройки, а также поведение других запущенных на компьютере программ. Кроме прочего, рисунок может также автоматически обрабатываться в процессе создания с помощью специальных эффектов.

Между действием автора и конечным результатом происходит множество технических процессов, ошибка или искажение которых может привести к получению совершенно другого результата, чем тот, который задумывал автор, либо к получению какого-либо результата вообще. Более того, вычисления компьютера, обеспечивающие реализацию действий автора по созданию конечного результата, осуществляются не случайным образом, а в соответствии с запущенными на компьютере программами для ЭВМ (операционная система, графический редактор, иные программы). А ведь эти программы для ЭВМ являются результатом творческого труда совсем других лиц.

Тем не менее, рисунок, созданный с помощью компьютера, является объектом авторских прав, поскольку деятельность человека была направлена на получение нового объекта авторских прав. Именно человек осознанно создает новый объект, именно индивидуальные человеческие черты проявляются в создаваемом объекте. Однако участие человека в создании этого рисунка более *опосредованно*, чем при создании рисунка на бумаге. Авторы же программ для ЭВМ, в результате работы которых был создан рисунок, не могут признаваться соавторами рисунка, поскольку их творческий вклад и творческие усилия были направлены на создание программы, а не на создание конечного рисунка.

Можно также привести пример с аналоговой (плёночной) или цифровой фотографией. Когда фотограф делает снимок, непосредственно создание

этого снимка происходит в результате особых физических процессов, возникающих в результате контакта света и пленки фотоаппарата (в случае с аналоговой фотографией) или в результате производимых микропроцессором фотоаппарата вычислений и данных оптического сенсора (в случае с цифровой фотографией). Однако ни у кого не возникает сомнений, что фотография, сделанная на цифровой фотоаппарат, является объектом авторских прав.

Рисунок, созданный с помощью компьютера, является объектом авторских прав, поскольку деятельность человека была направлена на получение нового объекта авторских прав

Таким образом, мы можем определить автора произведения исходя из признаков его творческой деятельности, даже если такая деятельность автора является опосредованной, т. е. произведение создано с использованием технических средств, в том числе с использованием программ для ЭВМ, которые созданы другими лицами.

2.2. Создание произведений с привлечением помощи третьих лиц

Подобный подход применим и в тех случаях, когда непосредственно закрепление произведения в объективной форме осуществляется действиями третьих лиц.

Представим, что фотограф задумал сделать постановочную фотографию городского пейзажа со своим собственным участием, причем, по его замыслу, фотографию должен сделать случайный человек. С целью реализации своего творческого замысла фотограф выбрал время и место, подобрал ракурс и сделал необходимые настройки фотоаппарата. Для того чтобы сделать снимок фотограф остановил случайного прохожего и попросил его помочь. Затем фотограф поставил прохожего на нужное

место и показал ему, как именно нужно держать фотоаппарат. После этого фотограф встал на место, предназначенное для съемки, а прохожий по сигналу фотографа нажал кнопку затвора фотоаппарата. Важно, что единственное действие, которое совершил прохожий – это нажатие кнопки в тот момент, когда ему сказал фотограф, при этом прохожий не менял настройки, не выбирал ракурс и точку съемки.

Является ли в данном случае прохожий автором или соавтором сделанной фотографии? Если исходить из признаков творческой деятельности, то можно сделать вывод, что не является. Деятельность прохожего заключалась только и исключительно в нажатии кнопки на фотоаппарате, причем именно в выбранный фотографом момент. Прохожий не осуществлял творческой деятельности, а только лишь оказал техническую помощь. Поэтому, в силу пункта 1 статьи 1228 ГК РФ, прохожий не может признаваться автором фотографии, поскольку он не внес какого-либо творческого вклада в ее создание.

В свою очередь, именно фотограф придумал, как должна быть сделана фотография, а также организовал процесс съемки, самостоятельно определив все факторы, влияющие на фотографию – свет, ракурс, выдержку. Деятельность фотографа носила творческий характер, без его участия произведение не могло быть создано в том виде, в котором оно получилось, тогда как случайного прохожего мог заменить любой другой человек или соответствующие технические средства (автоспуск, дистанционная кнопка). Следовательно, фотограф является автором снимка как произведения, несмотря на то, что непосредственно действие по созданию снимка было совершено не фотографом.

В связи с этой темой нельзя не упомянуть рассмотренный в 2016 году в США спор между ассоциацией по защите животных (PETA), подавшей иск от имени обезьяны Наруто, и фотографом Дэвидом Слэйтером. Суть спора заключалась в определении прав

на фотографию, которую обезьяна сделала самостоятельно с помощью фотоаппарата Слэйтера.

Если верить версии, изложенной фотографом в своем блоге⁷, обстоятельства создания фотографии заключались в следующем. Фотограф приехал в заповедник Индонезии снимать обезьян – хохлатых павианов. Во время съемки фотограф заметил, что обезьянам нравится играть с фотоаппаратом – они подходили, дотрагивались до линзы и корпуса фотоаппарата, нажимали кнопку затвора. Тогда фотограф решил попробовать получить фотографию, сделанную обезьяной самостоятельно. Он установил камеру на штатив, выбрал подходящий объектив, настроил необходимые параметры (автофокус, вспышку) и отошел подальше. После чего обезьяны подошли к камере, и одна из них сделала несколько снимков.

Встречается также другая версия, в соответствии с которой у фотографа не было намерения получить «селфи» обезьяны, а сами обезьяны просто отогнали его от фотоаппарата [21].

К сожалению, иск не был рассмотрен по существу судом – его отклонили по формальным основаниям⁸, поскольку американское законодательство, как, впрочем, и российское, не позволяет рассматривать животных ни как авторов произведений, ни как истцов в суде.

Тем не менее, можно сделать некоторые выводы о возможности признания фотографа автором произведения в такой ситуации, с точки зрения изложенного выше подхода к определению творческой деятельности.

От предыдущего рассмотренного примера с фотографом и случайным прохожим ситуацию в деле *Naruto vs. Slater* отличает два важных обстоятельства:

– как указано выше, обезьяна не обладает правоспособностью и не может рассматриваться как автор какого-либо произведения ни по российскому законодательству, ни по американскому;

⁷ *Sulawesi macaques...* [Электронный ресурс] // URL: http://www.djsphotography.co.uk/original_story.html (дата обращения 26.02.2020).

⁸ *Appeals court blasts PETA for using selfie monkey as 'an unwitting pawn'* [Электронный ресурс] // URL: <https://www.theverge.com/2018/4/24/17271410/monkey-selfie-naruto-slater-copyright-peta> (дата обращения 26.02.2020).



© www.istockphoto.com/Bruno_il_segretario

– фотограф не мог знать, каким именно получится будущее произведение, хотя он и подготовил все необходимое для того, чтобы обезьяна могла сделать снимок.

Несмотря на эти два фактора, в случае если изложенные самим фотографом обстоятельства снимка – правда, то фотографа следует признавать автором произведения, поскольку именно в результате его творческого замысла была создана фотография, именно фотограф путем выбора места и времени съемки, ракурса, выбора оборудования, установки и настройки фотоаппарата predeterminedил то, какой будет итоговая фотография. Все эти действия и составляют творческую деятельность фотографа, направленную на создание снимка.

Однако в том случае, если у фотографа не было намерения получить снимок, сделанный самой обезьяной, и все его действия по установке и настройке фотоаппарата были направлены на то, чтобы сделать снимок самому, то следует признать, что снимок

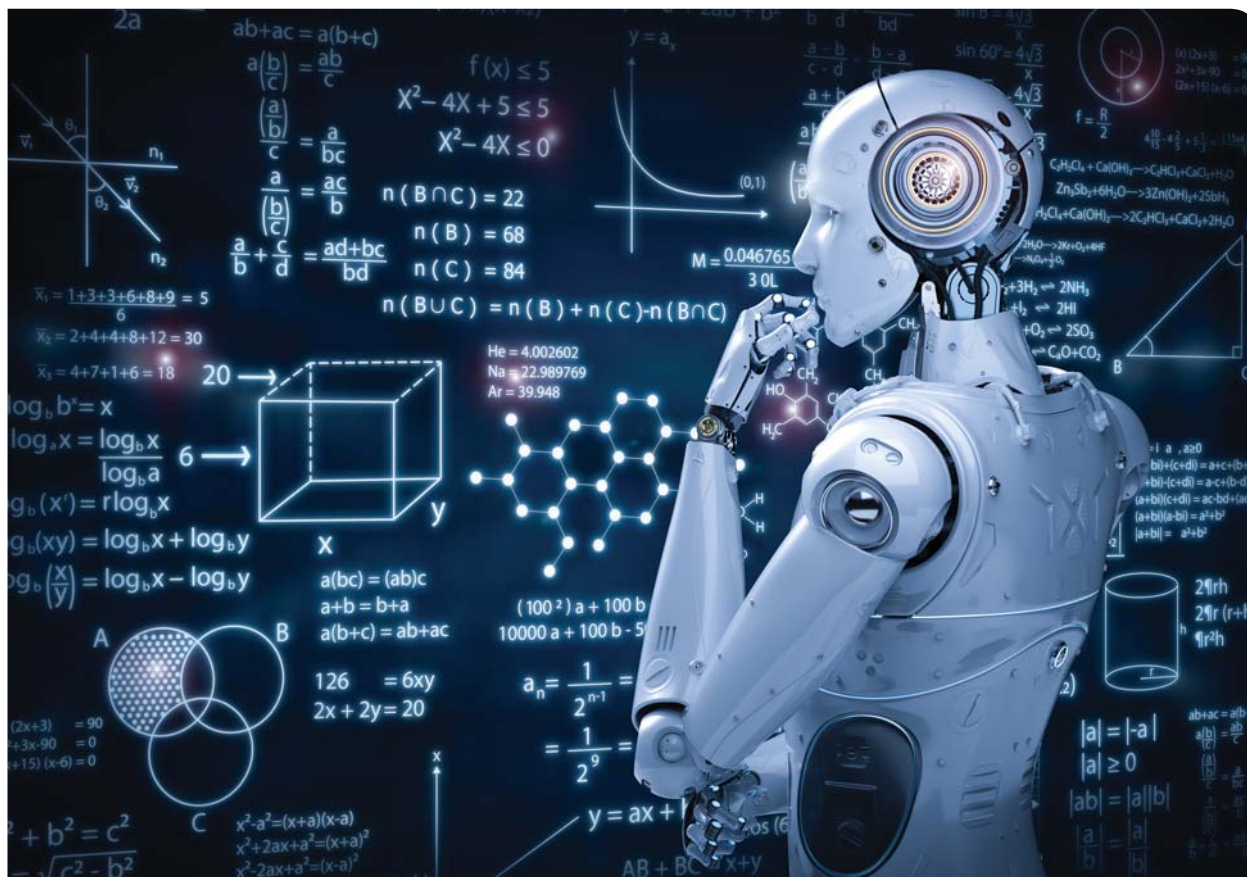
получился случайно в результате действий, совершенных живой природой, и, соответственно, такой снимок объектом авторских прав не является.

Как указано выше, в случае если целью совершаемых действий не было создание нового объекта, такие действия не следует признавать творческой деятельностью.

2.3. Произведения, созданные с использованием искусственного интеллекта

Рассмотренный подход к опосредованной творческой деятельности автора можно применить к разрешению известной проблемы, связанной с признанием прав на объекты, созданные искусственным интеллектом.

В технических науках искусственный интеллект определяют как «свойство интеллектуальных си-



© www.istockphoto.com/PhonlamaiPhoto

стем выполнять творческие функции, которые традиционно считаются прерогативой человека»⁹.

В Национальной стратегии развития искусственного интеллекта, утвержденной Президентом РФ, искусственный интеллект понимается как «комплекс технологических решений, позволяющий имитировать когнитивные функции человека (включая самообучение и поиск решений без заранее заданного алгоритма) и получать при выполнении конкретных задач результаты, сопоставимые как минимум с результатами интеллектуальной деятельности человека» [22].

В правовой доктрине также приводятся различные понятия того, чем является искусственный интеллект. Так, М.А. Рожкова определяет искусственный интеллект как «интеллектуальную систему (информацион-

но-вычислительную систему), способную без участия человека решать задачи, в том числе относящиеся к творческим, а также самообучаться в ходе решения таких задач» [23]. Некоторые авторы характеризуют компьютерные программы, использующие технологии искусственного интеллекта, следующим образом: «отличительной особенностью компьютерных программ на основе искусственного интеллекта является их способность к автономному, т. е. без дополнительного участия человека, самообучению на основе имеющейся в этом процессе информации... таким образом, возможности компьютерных программ на основе искусственного интеллекта выходят далеко за пределы простого воспроизведения и автоматической систематизации информации» [24].

С понятием «искусственного интеллекта» также тесно связано понятие «искусственной нейронной

⁹ Википедия: Искусственный интеллект [Электронный ресурс] // URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/Искусственный_интеллект (дата обращения 26.02.2020).

сети» или просто «нейронной сети». Под нейронной сетью понимают компьютерную программу, способную не только к действиям в соответствии с изначально заложенным алгоритмом, но и к принятию самостоятельных (прямо не предусмотренных первоначальным алгоритмом) решений на основании самообучения с учетом предыдущего опыта» [24].

Несмотря на некоторые смелые утверждения со стороны ученых (и в большей степени – ажиотаж среди журналистов), следует согласиться с подходом, предложенным М. А. Рожковой: «ИИ сегодня – это только быстродействующая вычислительная машина, использующая заложенные в нее обучающиеся алгоритмы для решения конкретных задач. Да, это очень сложная информационно-вычислительная система, но она решает задачи, которые поставлены ей человеком, на основе алгоритмов, разработанных человеком, не выходя за рамки, обозначенные человеком. Поэтому явно преждевременно настаивать на правосубъектности ИИ, признавая его полноценным членом общества, отношения с которым остро нуждаются в соответствующем правовом регулировании» [23].

Действительно, в настоящий момент мы можем рассматривать искусственный интеллект только лишь в качестве технического инструмента, программы для ЭВМ, предназначенной для решения конкретных задач, к которым, в частности, может относиться и создание новых объектов, внешне схожих с результатами интеллектуальной деятельности.

Однако, несмотря на высокую сложность алгоритмов, используемых для реализации искусственного интеллекта, а также на разнообразие порождаемых ими объектов, к квалификации таких объектов следует, по мнению автора данной статьи, применять тот же подход, что и к квалификации произведений, созданных с использованием технических средств, т. е. определить, существует ли изначальная творческая деятельность человека, направленная на создание объекта, который в конечном счете зафиксирован искусственным интеллектом.

В том случае, если искусственный интеллект изначально направлен на создание определенных объектов, причем действия, определяющие то, какие объекты должны быть созданы в результате работы алгоритма, совершили авторы искусственного интеллекта как программы для ЭВМ, то *автором созданных объектов являются авторы программы для ЭВМ.*

Искусственный интеллект сегодня – это только быстродействующая вычислительная машина, использующая заложенные в нее обучающиеся алгоритмы для решения конкретных задач

В качестве примера таких объектов можно рассмотреть серию портретов вымышленной французской семьи Белами, созданных искусственным интеллектом – один из таких портретов был продан в 2018 году на аукционе Christie's¹⁰. Из описания процессов создания искусственного интеллекта и самой серии портретов можно узнать, что разработчики (студия Obvious¹¹) самостоятельно определили жанр и стилистику создания объектов, установили необходимые параметры обучения искусственного интеллекта и корректировали эти параметры в процессе его работы для достижения нужного результата, а затем осуществили выбор конкретных портретов среди всего множества созданных искусственным интеллектом. Совокупность указанных действий можно рассматривать как творческую деятельность, направленную именно на создание портретов, а не на создание искусственного интеллекта.

В случае же, если искусственный интеллект создан разработчиками в форме пользовательского инструмента, предназначенного для использования другими лицами, т. е. параметры создаваемых с по-

¹⁰ *Is artificial intelligence set to become art's next medium?* [Электронный ресурс] // URL: https://www.christies.com/features/A-collaboration-between-two-artists-one-human-one-a-machine-9332-1.aspx?sc_lang=en (дата обращения 26.02.2020).

¹¹ *Obvious. Официальный сайт* [Электронный ресурс] // URL: <http://obvious-art.com> (дата обращения 26.02.2020).



© www.istockphoto.com/metamorworks

мощью такого искусственного интеллекта объектов определяют не его разработчики, то *автором объектов, созданных таким искусственным интеллектом, являются пользователи искусственного интеллекта как программы для ЭВМ.*

Например, можно рассмотреть нейронную сеть GauGAN¹², созданную компаний Nvidia. Нейронная сеть GauGAN позволяет пользователю нарисовать простой эскиз или набросок и с помощью самообучающегося алгоритма превратить этот набросок в реалистичный пейзаж, основываясь на выбранных пользователем параметрах и стиле. Поскольку именно пользователь не только рисует эскиз, но и определяет, с помощью каких параметров эскиз должен быть преобразован, можно сделать вывод, что конечный объект несет в себе индивиду-

альность именно пользователя, а не разработчиков программы для ЭВМ.

Аналогичную логику можно применить, например, в отношении сервиса Prisma, который с использованием искусственного интеллекта превращает реальные фотографии в картины¹³. Сам сервис только лишь осуществляет обработку загруженной фотографии с использованием алгоритмов с заранее определенным результатом, а выбор исходной фотографии и параметров ее обработки осуществляет пользователь сервиса. Конечно, здесь можно поспорить, носят ли такие действия пользователя хотя бы минимальный творческий характер, но если их признать все-таки творческой деятельностью, то именно пользователь будет являться автором рисунка, полученного с использованием сервиса.

¹² Nvidia GauGAN. Официальный сайт [Электронный ресурс] // URL: <http://nvidia-research-mingyuliu.com/gaugan/> (дата обращения 26.02.2020).

¹³ Prisma. Официальный сайт [Электронный ресурс] // URL: <https://prisma.ru/> (дата обращения 26.02.2020).

Таким образом, создание объектов не в результате непосредственной творческой деятельности человека, а с использованием технических средств либо технической помощи третьих лиц в создании произведения и его закреплении в объективной форме не свидетельствует о том, что такие объекты не являются охраняемыми объектами авторских прав. При квалификации таких объектов необходимо установить, осуществлял ли кто-либо из лиц, участвующих в создании объекта, творческую деятельность,

направленную на создание объекта и его надделение индивидуальными чертами автора хотя бы в минимальной степени, а также существует ли причинно-следственная связь между деятельностью такого лица (таких лиц) и созданием объекта. В случае если оба критерия оказываются положительными, такой объект должен квалифицироваться как охраняемый объект авторских прав. Данный подход применим и к квалификации объектов, созданных искусственным интеллектом. ■

ЛИТЕРАТУРА:

1. Красавчиков О.А. Творчество и гражданское право (понятие, предмет и состав подотрасли) // Категории науки гражданского права: Избранные труды. В 2 т. Т. 2. – М.: Статут, 2005. – 494 с.
2. Еременко В.И. К вопросу о личных неимущественных правах авторов произведений // Адвокат. – 2010. – № 7. – С. 27–37.
3. Гаврилов Э.П., Еременко В.И. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). – М.: Экзамен, 2009. – 973 с.
4. Гражданское право: в 3-х т. учебник для вузов / ред. А.П. Сергеев. – М.: ПГ-Пресс, 2010. – Т. 2. – 880 с.
5. Кашанин А.В. Творческий характер как условие охраноспособности произведения в российском и иностранном авторском праве // Вестник гражданского права. – 2007. – № 2.
6. Научно-практический комментарий судебной практики в сфере защиты интеллектуальных прав / В.О. Калятин, Д.В. Мурзин, Л.А. Новоселова и др.; под общ. ред. Л.А. Новоселовой. – М.: Норма, 2014. – 480 с.
7. Определение Конституционного Суда РФ от 20.12.2005 г. № 537-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Хавкина Александра Яковлевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 6 и 7 Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах».
8. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».
9. Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».
10. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 14.11.2019 г. № С 01-1110/2019 по делу № А 40-315418/2018.
11. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 12.04.2019 г. № С 01-768/2018 по делу № А 51-28052/2016.
12. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 21.03.2014 г. № С 01-506/2013 по делу № А 56-27251/2013.
13. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 31.05.2018 г. № С 01-596/2017 по делу № А 73-12055/2016.
14. Постановление ФАС Московского округа от 17.08.2011 г. № КГ-А40/8665-11 по делу № А 40-30624/10-51-226.
15. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 29.06.2017 г. № С 01-465/2017 по делу № А 56-23644/2016.

16. Апелляционное определение Московского городского суда от 16.11.2015 г. по делу № 33-38203/2015.
17. Апелляционное определение Пензенского областного суда от 28.11.2017 г. по делу № 33-3954/2017.
18. Решение Московского городского суда от 30.05.2018 г. по делу № 3-48/2018.
19. Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сб. статей. – М.: Статут, 2005. – 416 с.
20. Богданова О.В. Объекты авторских прав как предпосылка эффективности их защиты // Право и экономика. – 2016. – № 7. – С. 27–32.
21. Радецкая М.В. Критерии предоставления авторско-правовой охраны фотографическим произведениям // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2017. – № 1. – С. 35–48.
22. Указ Президента РФ от 10.10.2019 г. № 490 «О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации»
23. Рожкова М.А. Искусственный интеллект и интеллектуальные роботы – что это такое или кто это такие? [Электронный ресурс] // URL: https://zakon.ru/blog/2019/11/23/iskusstvennyj_intellekt_i_intellektualnye_roboty__chto_eto_takoe_ili_kto_eto_takie (дата обращения 26.02.2020).
24. 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.