

Функции режима общественного достояния в современном информационном обществе*



В.О. Калятин

старший научный сотрудник Научно-учебной лаборатории по информационному праву Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», профессор Российской школы частного права, кандидат юридических наук. Адрес: 101000 Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: kalvit@yandex.ru



Аннотация

Расширение перечня охраняемых результатов интеллектуальной деятельности и усиление их защиты не должно приводить к лишению общества возможности иметь доступ к научному и культурному достоянию и использовать ее. Приобретение использованием интеллектуальной собственности глобального характера означает необходимость получения согласия на использование результата интеллектуальной деятельности в ряде юрисдикций, возможно, у разных правообладателей. Это поднимает стоимость использования интеллектуальной собственности и, соответственно, стоимость доступа общества к существующим достижениям человеческой мысли, как в культурной, так и в технической сферах. В решении этих проблем механизм общественного достояния способен сыграть чрезвычайно важную роль. Необходимо учитывать, что простое выведение объектов из сферы охраны способно создать новые проблемы: ослабление исключительных прав может привести не столько к расширению сферы свободного использования произведений обществом, сколько к монополизации высвободившейся сферы лицами, контролирующими соответствующие массивы информации. Режим общественного достояния позволяет предупредить эту опасность, устанавливая правила и условия использования чужих результатов интеллектуальной деятельности. При этом данный режим может быть выгоден как пользователям, так и правообладателям, которые, в свою очередь, используют чужие результаты интеллектуальной деятельности в своей коммерческой деятельности, в том числе для создания новых объектов. В статье рассматриваются основные функции режима общественного достояния в сфере интеллектуальной собственности. Эти функции многообразны и значительно выходят за пределы внутреннего регулирования интеллектуальной собственности. В то же время, есть области, в которых лучше использовать иные инструменты. Например, режим общественного достояния недостаточно эффективен в плане стимулировании инициативы в инновациях и создании новых результатов, где гораздо лучше работает механизм предоставления исключительных прав. Поэтому наиболее эффективно комплексное регулирование вопросов интеллектуальной собственности, с учетом возможностей каждого из имеющихся инструментов. В этом случае режим общественного достояния может стать важной частью механизма регулирования интеллектуальной собственности и использования информации в целом.



Ключевые слова

интеллектуальная собственность, авторское право, патентное право, общественное достояние, информация, ограничения авторского права, доступ к культурному наследию, инновации, образование, сиротские произведения, базы данных

* Исследование осуществлено в рамках Программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2015 году.

Библиографическое описание: Калятин В.О. Функции режима общественного достояния в современном информационном обществе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 4–16. УДК: 347; JEL: K1

Понятие общественного достояния хорошо знакомо практически каждому, но эта его общеизвестность обманчива. В самом общем виде к общественному достоянию относят объекты, на которые не распространяется действие исключительного права¹. Однако такой упрощенный взгляд фактически сводит вопрос к отсутствию правовой охраны в отношении определенных объектов. В действительности же общественное достояние («public domain») — сложный правовой режим, выполняющий важные общественные функции.

Ключевым в определении режима общественного достояния в праве интеллектуальной собственности является открытие обществу возможности использования объекта при признании охраноспособности соответствующих объектов. Тем самым разрешается осуществлять действия, в целом попадающие в сферу контроля правообладателя, т.е. в этот режим не входят объекты и действия, заведомо находящиеся за рамками авторского права (например, такие объекты как сообщения, имеющие исключительно информационный характер, или такие действия, как приготовление рецепта по кулинарной книге и т.д.). Эта двойственность режима позволяет законодателю не исключать соответствующие объекты из сферы авторского права, но устанавливать особые правила, относящиеся к их использованию. Такая возможность оказывается чрезвычайно важной и востребованной в контексте обеспечения в обществе свободного информационного обмена.

Законодательство об интеллектуальной собственности появилось сравнительно недавно в ответ на потребности технологичного общества, что может создать впечатление об искусственности конструкции этого института, приспособленности его исключительно к текущим запросам. На самом же деле он сформирован и развивается по определенным законам, которые важно учитывать при совершенствовании законодательства в этой сфере: изменения правового регулирования, не соответствующие закономерностям, по которым организован институт, в лучшем случае окажутся малоэффективными, а в худшем — приведут к дисбалансу регулирования в этой сфере.

В настоящее время исключительные права построены по модели абсолютного права, имеющего монопольный характер. Как указывал В.А. Дозорцев: «Исключительные права выполняют в отношении нематериальных объектов ту же функцию, что и право собственности в отношении материальных. Исключительное право и есть абсолютное право на нематериальные объекты, только использующее в соответствии с натуральными свойствами объекта другие правовые средства, чем право собственности»². Безусловно, выбор этой модели являлся обоснованным, однако негативные черты монопольного права (прежде всего влияющие на сокращение использования соответствующих объектов) должны были быть уравновешены для обеспечения поступательного развития законодательства в этой сфере.

Важность свободного доступа общества к информации, обеспечения ее движения является общепризнанным. При этом осознается, что выполнение этой задачи базируется прежде всего на эффективно функционирующих механизмах общественного

¹ См., например: Boyle J. *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. Greenwich, 2010. P. 58.

² Дозорцев В.А. Комментарий к схеме «Система исключительных прав» / Дозорцев В.А. *Интеллектуальные права*. М.: Статут, 2005. С. 37.

достояния³. Как было отмечено в зарубежной литературе, используемая в настоящее время модель интеллектуальной собственности приводит к возникновению ключевой проблемы «трагедии антиобщин»⁴, влекущей отчуждение общества от создаваемых его членами результатов интеллектуальной деятельности. Существование этой проблемы обусловлено конфликтом между общественным характером создания интеллектуальной собственности и монопольным характером права.

На протяжении определенного времени этот баланс обеспечивался за счет введения специальных ограничений исключительного права, позволяющих создать возможность свободного использования соответствующих результатов интеллектуальной деятельности в общественно значимых случаях. Но в последние десятилетия баланс стал часто нарушаться.

Законодательство об интеллектуальной собственности активно развивалось в течение всего XX века и это развитие шло, прежде всего, в направлении расширения и усиления защиты правообладателя. Эта тенденция сохранилась и в настоящее время. Усиление защиты правообладателя рассматривалось как средство стимулировать творческую и бизнес-активность членов общества, привлечь инвестиции в сферу использования результатов интеллектуальной деятельности и создать возможность для получения отдачи от затрат на разработку и внедрение результатов интеллектуальной деятельности. Показательно, например, высказывание авторов известного английского учебника по интеллектуальной собственности: «Законодательство об интеллектуальной собственности требуется сейчас более чем когда-либо в прошлом. Бизнес все большее значение придает интеллектуальной собственности как важному элементу, обеспечивающему его выживание и, соответственно, увеличивается давление с целью обеспечить законодательством об интеллектуальной собственности адекватную защиту новых и развивающихся технологий»⁵.

Как отмечалось в докладе «Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy», подготовленном Комиссией по интеллектуальной собственности при правительстве Великобритании, за последние 20 лет произошел беспрецедентный рост в уровне, сфере, территориальных границах и роли охраны интеллектуальной собственности, в частности:

- патентование живых объектов и материалов, обнаруженных в природе, в противовес продуктам, созданным человеком и процессам, обычно признаваемым соответствующим требованиям охраны изобретений;
- модификация режимов охраны для того, чтобы обеспечить новые технологии (в особенности, био- и информационные технологии);
- расширение охраны в таких областях как программное обеспечение и бизнес-методы, адаптация в некоторых странах режимов *sui generis* («своего рода») для полупроводников и баз данных;
- особое внимание к охране новых знаний и знаний, произведенных в публичном секторе;
- фокусирование внимания на взаимосвязи между охраной интеллектуальной собственности и фольклором и генетическими ресурсами;

³ См., например: *Open Access and the Public Domain in Digital Data and Information for Science. Proceedings of an International Symposium*. Washington, 2004.

⁴ Термин впервые введен в работе: *Heller M. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets // Harvard Law Review*. Vol.111. 1998. N 3. P. 621–688.

⁵ *MacQueen H., Waelde C., Laurie G., Brown A. Contemporary Intellectual Property. Law and Policy*. Oxford, 2008. P. 18.

- географическое расширение действия минимальных стандартов через применение Соглашения TRIPS и более высоких стандартов с помощью двусторонних соглашений о торговле и инвестициях;
- расширение сферы интеллектуальных прав, увеличение срока охраны и усиление механизмов принудительного осуществления⁶.

Очевидно, что при таком активном развитии охраны интеллектуальной собственности не может не возникнуть угрозы утраты обществом возможности эффективно использовать создаваемые результаты интеллектуальной деятельности. При этом вопрос ограничения использования чужих результатов интеллектуальной деятельности без согласия правообладателя перерастает в более сложную проблему доступа к таким объектам, так как возможности воздействовать на правообладателя с целью обеспечить предоставление принадлежащих ему результатов интеллектуальной деятельности на справедливых условиях (что, конечно, создаст конкуренцию для него), весьма ограничены.

Данная проблема осложняется тем, что использование интеллектуальной собственности приобретает глобальный характер (в противовес национально ограниченному действию исключительных прав), что означает необходимость получения согласия на использование результата интеллектуальной деятельности в современном информационном обществе в ряде юрисдикций, возможно, у разных правообладателей. Это поднимает стоимость использования интеллектуальной собственности и, соответственно, стоимость доступа общества к существующим достижениям человеческой мысли, как в культурной, так и в технической сферах.

Возникает вопрос, как в таких условиях обеспечить сохранение обществом (а с учетом новых потребностей, и расширение) сферы свободного использования результатов творческой деятельности? В связи с этим в последние годы появились многочисленные публикации, доказывающие неэффективность существующей концепции интеллектуальной собственности⁷. Безусловно, многие аргументы, приводимые в таких исследованиях, являются весьма спорными, однако очевидно, что ужесточение режима интеллектуальной собственности будет способствовать не развитию творческого процесса в обществе, а его ограничению, в том числе за счет негативного воздействия на информационный обмен в обществе. Важно сознавать, что «вред от чрезмерных усилий по защите авторских прав может превышать вред от возможных нарушений. Его надо соизмерять, причем делать это желательнее в количественных показателях... Более того, речь может идти о замене самого института авторского права чем-то другим, если в результате получится вывод не в пользу авторского права»⁸.

⁶ Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy. London, 2002. P. 2–3 // http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/CIPRfullfinal.pdf. (дата обращения: 25.11.2015).

⁷ Lessig L. Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity. New York, 2004; Boldrin M., Levine D. Against Intellectual Monopoly. New York, 2008; Bessen J., Meurer M. Patent Failure. How Judges, Bureaucrats and Lawyers Put Innovations at Risk. Princeton, 2008; Netanel N. Copyright Paradox. New York, 2008 и др. Этой теме были посвящены и значительные научные доклады, например: Сочетание защиты прав на интеллектуальную собственность с политикой в области развития. Отчет Комиссии по правам на интеллектуальную собственность. Лондон, 2003 // http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/Multi_Lingual_Documents/Multi_Lingual_Main_Report/DFID_Main_Report-Russian_PR.pdf (accessed: 25.11.2015); Hargreaves I. Digital Opportunity. A Review of Intellectual Property and Growth. London, 2011; см. также: <http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf> (accessed: 25.11.2015)

⁸ Козырев А.Н. Контрафакт и трансформации экономики авторского права / Интеллектуальная собственность. Контрафакт. Актуальные проблемы теории и практики: Сборник научных трудов. Т. 2 / под ред. В.Н. Лопатина. М.: Юрайт, 2009. С. 204.

Конечно, следует согласиться, что авторское право может целенаправленно использоваться для пресечения распространения информации, публичное раскрытие которой нежелательно для правообладателя (показательно, например, дело Diebold — производителя компьютеризованных устройств для голосования, который боролся с распространением доказательств ненадежности его устройств ссылкой на авторское право в отношении соответствующих документов, описывающих выявленные дефекты и уязвимости)⁹. Однако не обязательно речь должна идти о кардинальной ломке существующей модели интеллектуальной собственности, возможно, решение может быть найдено и на эволюционном пути развития. Последние десятилетия в законодательстве многих стран возросло количество ограничений исключительных прав, что говорит об осознании важности расширения сферы общественного использования. В то же время этот путь оказывается не столь эффективным как хотелось бы, в частности, в силу активного использования средств технической защиты авторских и смежных прав и активного использования механизмов договорного регулирования. В связи с этим выбор модели регулирования, обеспечивающей сохранение сферы общественного достояния, является важнейшей задачей.

Закон, устанавливая правила использования объектов, входящих в общественное достояние, является гарантом доступности обществу (и, как его составной части, бизнесу) культурного и научного наследия. При этом речь не идет о том, чтобы, ограничив контроль правообладателя за использованием соответствующего объекта, уничтожить экономическую основу для его коммерческого использования. В действительности изменение модели контроля может позволить сохранить или даже увеличить прибыли, получаемые от использования объекта, за счет возрастания объемов использования. Это также касается всей сферы интеллектуальной деятельности.

Снижение издержек на создание и использование результатов интеллектуальной деятельности за счет использования объектов, находящихся в общественном достоянии, особенно важно для малого и среднего бизнеса. Исследование¹⁰, проведенное в отношении проектов, организуемых с помощью портала kickstarter.com, показало, например, следующие результаты:

	Все категории	Комиксы	Театр	Видеоигры	Публикации
Оригинальные работы создателей проектов	1657 (83%)	242 (79%)	144 (59%)	215 (91%)	1056 (87,5%)
Охраняемые произведения третьих лиц	220 (11%)	22 (7%)	67 (27%)	12 (5,5%)	119 (10%)
Произведения, находящиеся в общественном достоянии	116 (6%)	44 (18%)	33 (14%)	8 (3,5%)	31 (2,5%)
Всего	1993	308	244	235	1206

Из этих цифр следует, что доля произведений, находящихся в общественном достоянии и вовлекаемых в создаваемые на портале проекты, хотя и не является решающей, тем не менее, значима для создателей этих проектов, а также зависит от типа реализуе-

⁹ Boldrin M., Levine D.K. Op. cit. P. 112–113.

¹⁰ Copyright and the Value of the Public Domain: an Empirical Assessment. Newport, 2015. P. 47.

мого проекта. При этом проекты, построенные на работах, находящихся в общественном достоянии, весьма привлекательны для инвесторов: то же исследование показало, что в такие проекты привлекается на 56% больше финансирования, чем в проекты, построенные на собственных оригинальных работах (эта группа, в свою очередь, на 70% опережает проекты, построенные на охраняемых работах третьих лиц)¹¹.

Таким образом, можно признать, что режим общественного достояния может быть выгоден как пользователям, так и правообладателям, которые, в свою очередь, используют чужие результаты интеллектуальной деятельности в своей коммерческой деятельности, в том числе для создания новых объектов. Показательно, что такие крупные компании, как, например, Google, последовательно выступают за ослабление режима исключительных прав, поскольку их бизнес построен на другой модели.

Здесь, однако, есть и значительная проблема: ослабление исключительных прав может приводить не столько к расширению сферы свободного использования произведений обществом, сколько к монополизации высвободившейся сферы лицами, контролирующими соответствующие массивы информации, например, значительные базы данных. В связи с этим должна ставиться задача не просто ограничения действия исключительных прав в определенных случаях, но создания режима, не допускающего «захвата» этой территории третьими лицами. Интересно, что, например, в области применения «свободных лицензий» специально предусматриваются механизмы, направленные на уничтожение этой опасности. В этом отношении механизм общественного достояния может оказаться очень удобным.

Функции, которые способен выполнять этот механизм, многообразны. Институт интеллектуальной собственности (прежде всего, конечно, авторское право) имеет различные цели: экономическая, стимулирование творческой активности, защита проявлений личности, обеспечение возможностей общества по использованию созданных результатов интеллектуальной деятельности и т.д.¹² Если до недавнего времени механизм общественного достояния связывался исключительно лишь с целью обеспечения доступа к объекту со стороны общества, то сейчас его значение существенно возрастает.

Согласно П. Самуэльсон, общественное достояние способно выполнять следующие функции¹³:

- быть базовыми блоками для формирования новых знаний или работ;
- создать основу для создания конкурентоспособных имитаций-аналогов;
- позволить развивать инновации;
- обеспечить дешевый доступ общества к информации;
- обеспечить доступ к культурному наследию;
- поддерживать образовательный процесс;
- обеспечивать развитие здравоохранения и общественной безопасности;
- способствовать развитию демократических процессов и формированию демократических ценностей.

При этом на всех этапах создания и использования результатов интеллектуальной деятельности наличие общественного достояния порождает для общества новые возможности и дает существенные преимущества. Таким образом, функции общественного достояния различны, а, значит, многообразны и его социальные роли, что влечет применение различного законодательства к этой сфере.

¹¹ Ibid. P. 48.

¹² См., например: MacQueen H., Waelde C., Laurie G., Brown A. Op. cit. P. 243; Cornish W., Llewelyn D., Aplin T. Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights. London, 2010. P. 426–429.

¹³ Samuelson P. Challenges in Mapping the Public Domain. P. 22.

Авторы доклада «Public Innovation. Intellectual Property in a Digital Age» указывают четыре приоритета, стоящие перед системой регулирования интеллектуальной собственности¹⁴:

	Экономические выгоды от права интеллектуальной собственности	Экономиче- ские выгоды от общественного достояния	Выгоды обще- ства от сете- вого использо- вания	Культурные выгоды от насле- дования
Желаемые выгоды	Инициатива в инно- вациях и создании	Более высокий уровень рыночной конкурентоспособ- ности и доверия	Образование и участие в фор- мах демократии	Прогресс от поко- ления к поколению
Примеры	Финансовое возна- граждение автору романа	Объединение идей для создания нового бизнеса	Онлайн-доступ к бесплатным обучающим мате- риалам	Организация музейных коллек- ций старых работ

Из этого следует, что институт общественного достояния может помочь достичь многих из отмеченных, но не всех указанных целей, оказываясь недостаточно эффективным инструментом в плане стимулировании инициативы в инновациях и создании новых результатов, где гораздо лучше работает механизм предоставления исключительных прав. С другой стороны, эта схема показывает, что область, где механизм общественного достояния может оказаться очень полезным, велика.

Рассматривая различные стороны публичной сферы, указанные авторы отмечают следующие черты общественного взаимодействия в публичной сфере:

	Подготовка	Услуги	Содержание	Наследование
Временная характеристика коммуникации	Синхронная; Активная	Синхронная; пассивная	Асинхронная; временная	Асинхронная; не ограниченная во времени
Примеры	Социализа- ция, обучение	Исполнение, образование	Академические исследования, звукозаписи	«Великое искус- ство», научные прорывы
Цель проводи- мой политики	Большой до- ступ и включение	Инвестиции в общественное достояние	Стимулирование инноваций	Поддержка сохранения и консервации

Авторы подчеркивают, что роль права интеллектуальной собственности заключается в достаточной защите содержания, чтобы оно могло коммерциализироваться в среднесрочной перспективе, но не в такой степени, чтобы предотвратить его пользование обществом на коротких промежутках времени или сохранение для будущих поколений в долгосрочной перспективе¹⁵.

Таким образом, воздействие режима общественного достояния на общественные отношения является многосторонним и не может быть сведено исключительно к по-

¹⁴ Davies W., Withers K. Public Innovation. Intellectual Property in a Digital Age. Montreal, 2006. P. 8.

¹⁵ Ibid. P. 30.

лучению выгоды пользователями соответствующих результатов интеллектуальной деятельности. Безусловно, это направление тоже чрезвычайно важно, так как снижение транзакционных издержек, связанных с использованием результатов интеллектуальной деятельности в определенной области, может сделать ее более привлекательной.

Но не менее важны и другие направления реализации общественного достояния. Так, предоставление государством обществу материалов, создание которых требует существенных затрат, может значительно повысить эффективность ведения соответствующей хозяйственной деятельности и ее конкурентоспособность на мировом рынке. Исследование, проведенное в 2000 г. Европейской Комиссией, показало, что перевод материалов в режим общественного достояния в сфере географии, метеорологии и т.д. принесет выгоду экономике Великобритании в 11,2 млрд. евро¹⁶.

Трудно переоценить влияние общественного достояния на образование. Подготовка высококвалифицированных кадров требует доступа к современным результатам интеллектуальной деятельности с минимальными затратами как для обучающегося, так и обучающего лица. А в условиях большой географической протяженности страны, значительных расстояниях между населенными пунктами, обеспечение возможности свободного использования актуальных результатов интеллектуальной деятельности в электронной форме практически не имеет альтернативы. Примером успешной реализации подобной стратегии является, например, Цифровая библиотека «Европеана» («Europeana»).

При этом не менее важна и возможность общества иметь доступ к культурному достоянию. Именно единая культурная сфера взаимодействия общества обеспечивает его единство, перенос и закрепление социальных ориентиров и ценностей, дает возможность обществу сохранять устойчивость в периоды кризисов. Джон Гилхрист из университета Квинсленда отмечал: «Прошлое — это часть нас. Оно включено во все артистическое, социальное, экономическое, научное и интеллектуальное развитие. Важно, чтобы будущие поколения имели доступ к прошлому и понимали его для того, чтобы лучше понять себя и лучше взаимодействовать с будущим. В культурах, основанных на письменных записях, чем больше доля материалов, которые не сохранены, тем менее вероятно, что эта ценность будет уважаться и продвигаться»¹⁷. Немаловажно и то, что при реализации этих целей могут осуществляться и успешные бизнес-проекты (например, система поиска по книгам, оцифрованным компанией «Гугл»).

В этом отношении отдельного упоминания заслуживает проблема так называемых «сиротских» произведений — объектов, в отношении которых действует авторское право, но правообладатель которых не установлен или не найден¹⁸. При приобретении использованием интеллектуальной собственности глобального характера установление правообладателя становится весьма сложной проблемой, а невозможность определить правообладателя в разумные сроки и с разумными расходами влечет исключение соответствующих объектов из сферы их использования обществом. Институциональные пользователи — библиотеки, архивы, музеи и т.д. лишаются возможности оцифровать такие произведения и осуществлять их сетевое использование¹⁹.

¹⁶ Ibid. P. 42.

¹⁷ Gilchrist J. Copyright Deposit, Legal Deposit or Library Deposit? The Government's Role as Preserver of Copyright Material // Queensland University Technical Law & Justice Journal. 2005. N 5. P. 177.

¹⁸ Colin C. Registers, Databases and Orphan Works / Copyright and Cultural Heritage. Preservation and Access to Works in a Digital World. Cheltenham, 2010. Part II. P. 28.

¹⁹ Aplin T. A Global Digital Register for the Preservation and Access to Cultural Heritage: Problems, Challenges and Possibilities / Copyright and Cultural Heritage. Preservation and Access to Works in a Digital World. Cheltenham, 2010. Part I. P. 36.

Причем невозможность установить правообладателя будет приводить к тому, что неиспользуемыми окажутся и произведения, в действительности находящиеся в общественном достоянии. По оценкам Британской библиотеки доля «сиротских» произведений составляет 26,5%; два исследования университета Карнеги Меллон (Carnegie Mellon University) дают результаты в 21% и 31% соответственно²⁰. При этом необходимо учитывать, что рядовой пользователь имеет значительно меньшие возможности по поиску правообладателя, чем крупная библиотека или университет, т.е. для него доля произведений, принадлежность прав на которые он не сможет установить, будет значительно выше.

В результате невозможность установить правообладателя приводит к фактическому исключению произведения из культурного наследия общества, и по прошествии определенного промежутка времени такое произведение может быть полностью утрачено. Очевидно, что именно режим общественного достояния способен позволить обеспечить использование произведения, сохранив возможность восстановления исключительного права в полном объеме (своего рода «временное общественное достояние»). Наконец, общественное достояние обеспечивает возможность развития соответствующих социальных процессов обществу, создавая условия для свободного движения информации, критики и обсуждения высказанных позиций и т.д.

Важно сделать еще один вывод: существует связь между «охраняемой сферой» и «сферой общественного достояния»: общественное достояние обеспечивает создание новых охраноспособных работ, которые, в свою очередь, по частям попадают в сферу общественного достояния, этот процесс завершается истечением сроков охраны произведения²¹.

Но самое важное, что режим общественного достояния дает средства предупреждения фактической монополизации доступа к информации владельцем крупных информационных ресурсов. Важно обратить внимание, что отсутствие исключительного права на определенный объект или даже полное изъятие объекта из сферы интеллектуальной собственности не мешает применению к нему иных правовых механизмов, например, договорного регулирования, норм о борьбе с недобросовестной конкуренцией и т.д. Это может привести к возникновению новой монополии, только уже на другой базе. Как отмечал профессор Хугенхольц, свобода договора может стать договорным принуждением, особенно когда лицо, занимающее доминирующее положение, злоупотребляет своей рыночной властью навязывать договорные условия на безвластных потребителей, как если бы оно было публичным органом²².

Неудивительно, что производители баз данных в США легко отказались от принятия специального законодательства о базах данных (подобно европейскому), так как использование иных механизмов позволило им достичь большего контроля, чем получили их европейские конкуренты, базируясь на механизмах смежного права²³.

В отличие от этого, введение специального режима общественного достояния само по себе исключает возможность такой монополизации. А ведь монополия может возникать не только в силу наличия предоставленного законом права. Наряду с правовым ограничением использования результатов интеллектуальной деятельности возможно и

²⁰ Davies W., Withers K. Op. cit. P. 51.

²¹ Davies W., Withers K. Op. cit. P. 26.

²² Hugenholtz P.B. Code as Code, or the End of Intellectual Property as We Know It // Maastricht Journal of European and Comparative Law. 1999. N 6 (3). P. 309.

²³ Об истории принятия законодательства о базах данных в этих странах подробнее см.: Калятин В.О., Войничанис Е.А. Содержание базы данных как новый объект правового регулирования // Законодательство. 2007. № 2. С. 28–38.

ограничение фактическое, в частности, с помощью специальных технических средств защиты авторских прав.

В литературе подчеркивалось, что в то время, как законодательство об авторском праве предоставляет правообладателю право контроля за использованием произведения, технические средства защиты дают возможность фактически контролировать действия, которые пользователи могут или не могут совершать с произведением²⁴. Соответственно, эффективные технические средства защиты авторского права способны нарушить баланс, выстроенный в законодательстве²⁵. В результате применения технических средств контроля определение охраноспособного объекта, возможность и условия использования и т.д. в этой системе осуществляются автоматически без возможности пользователя повлиять на результат. В связи с этим профессор Хугенхольц ставит вопрос: «Не движемся ли мы к миру, в котором любое и каждое использование информации определяется полностью автоматизированной системой... Миру, в котором то, что позволено и что нет, более определяется не законом, а компьютерным кодом?»²⁶.

Еще один важный аспект: уязвимость системы ограничений исключительного права в результате агрессивного использования правообладателями инструментов договорного права. В докладе профессора Я. Харгривса, подготовленном в рамках проводившегося по инициативе правительства Великобритании исследования, подчеркивалось, что правительство должно изменить законодательство таким образом, чтобы сделать ясным, что никакие ограничения авторского права не могут быть преодолены договором²⁷.

Значимость этой проблемы нельзя преуменьшать. Использование технических средств и регулирования отношений на основе договора может вытеснить традиционное авторско-правовое регулирование, обеспечив правообладателю или обладателю информационных ресурсов возможность навязывать свою волю пользователю, нейтрализовав, тем самым, выработанные в течение длительного времени ограничения исключительного права. В литературе отмечалось: «Посмотрите на все стороны авторского права и доказательство очевидно: общественное достояние, как могучие джунгли Южной Америки, сокращается практически в тот момент, когда мы смотрим на него»²⁸.

Таким образом, сегодня не представляется большой сложностей поставить объекты, традиционно свободно использовавшиеся обществом, под контроль определенного лица, например, владельца информационного ресурса, лишив общество тех возможностей использования объекта, которые предусматривались законом. В этих условиях закон становится не угрозой свободе движения информации, а гарантией сохранения ее. Примеры специальных норм, введенных как реакция на указанную выше угрозу, можно найти в законодательстве практически всех развитых стран. Следует отметить появление таких норм и в российском законодательстве — например, ст. 1299 ГК РФ, посвященную техническим средствам защиты авторских прав.

В результате, соглашаясь с необходимостью предоставления обществу больших возможностей по использованию результатов интеллектуальной деятельности, в то же время необходимо признать, что делаться это должно не на основе изъятия соответ-

²⁴ Koelman K.J. A Hard Nut or Crack: The Protection of Technological Measures // *European Intellectual Property Review*. 2000. N 6. P. 272.

²⁵ Drier T. Overview of Legal Aspects in the European Union / *Digital Data and Information for Science. Proceedings of an International Symposium*. Washington, 2004. P. 33.

²⁶ Hugenholtz P.B. *Op. cit.* P. 315.

²⁷ Hargreaves I. *Digital Opportunity // A Review of Intellectual Property and Growth* // <http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>. (дата обращения: 25.11. 2015)

²⁸ Phillips J. *The Diminishing Domain* // *European Intellectual Property Review*. 1996-8. P. 429.

ствующих объектов из сферы интеллектуальной собственности, а путем применения специального режима общественного достояния. При этом такой режим, очевидно, не должен применяться во всех случаях, когда исключительное право отсутствует или блокируется в части своего осуществления, так как это было бы неоправданным ограничением возможности общества использовать результаты интеллектуальной деятельности.

Очевидно, что режим общественного достояния становится важной составной частью механизма регулирования интеллектуальной собственности и использования информации в целом, не противостоящей охране интеллектуальных прав, а находящейся в тесной взаимосвязи с ней. В связи с этим регулирование в области интеллектуальной собственности должно осуществляться в комплексе, как в части охраны интеллектуальных прав, так и обеспечения существования сферы общественного достояния и движения информации.



Библиография

Дозорцев В.А. Комментарий к схеме «Система исключительных прав / Дозорцев В.А. Интеллектуальные права. М.: Статут, 2005. С. 32–51.

Калятин В.О., Войниканис Е.А. Содержание базы данных как новый объект правового регулирования // Законодательство. 2007. № 2. С. 28–38.

Aplin T. A Global Digital Register for the Preservation and Access to Cultural Heritage: Problems, Challenges and Possibilities / Copyright and Cultural Heritage. Preservation and Access to Works in a Digital World. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010. P. 3–27.

Boyle J. The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind. Greenwich: Yale University Press, 2010. 336 p.

Colin C. Registers, Databases and Orphan Works / Copyright and Cultural Heritage. Preservation and Access to Works in a Digital World. Cheltenham: Edward Elgar, 2010. P. 28–50.

Cornish W., Llewelyn D., Aplin T. Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights. London: Sweet & Maxwell, 2010. 974 p.

Davies W., Withers K. Public Innovation. Intellectual Property in a Digital Age. Montreal: Institute for Research in Public Policy, 2006. 104 p. http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/30_10_06_public.pdf (дата обращения: 29.11. 2015).

Gilchrist J. Copyright Deposit. Legal Deposit or Library Deposit? The Government's Role as Preserver of Copyright Material // Queensland University Technical Law & Justice Journal. 2005. N 5. P. 177–194.

Hugenholtz P.B. Code as Code, or the End of Intellectual Property as We Know It // Maastricht Journal of European and Comparative Law. 1999. N 6 (3). P. 308–318.

Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy. London, 2002 // http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/CIPRfullfinal.pdf. (дата обращения: 25.11 2015)

Koelman K.J. A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological Measures // European Intellectual Property Review. 2000. N 6. P. 272–288.

MacQueen H., Waelde C., Laurie G., Brown A. Contemporary Intellectual Property. Law and Policy. Oxford: Oxford University Press, 2008. 1058 p.

Netanel N.W. Copyright's Paradox. New York: Oxford University Press, 2008. 254 p.

Open Access and the Public Domain in Digital Data and Information for Science. Proceedings of an International Symposium. Washington: National Academies Press: 2004. 196 p.

Phillips J. The Diminishing Domain // European Intellectual Property Review. 1996. P. 429.

Samuelson P. Digital Information. Digital Networks and The Public Domain // Law and Contemporary Problems. 2003. N 66. P. 80–107.

Instruments of Public Domain in Modern Information Society



Vitaliy O. Kalyatin

Senior Fellow, Information Law Laboratory, National Research University Higher School of Economics, Professor, Russian School of Private Law, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: kalvit@yandex.ru



Abstract

Broadening the list of the protected results of intellectual property should not cause the deprivation of the possibility to have an access to a scientific and cultural domain and use it in society. Acquisition by using intellectual property of global nature means the necessity to obtain permission to use the result of intellectual activity in some jurisdictions and probably from different copyright holders. This raises the price of using intellectual property and hence the price of access of society to the existing achievements of the human mind in both cultural and technological areas. To solve these issues, the mechanism of public domain can play a significant role. It is deserves noting that a simple withdrawal of objects from copyright protection may cause new challenges: weaker exclusive rights can cause not only broadening the sphere of free use of works by society but monopolization of the emerging sphere by people supervising databases. The public domain regime allows averting this challenge setting rules and conditions of using third party's results of intellectual activity. At that, this regime may be lucrative to both users and copyright holders which in turn use borrowed results of intellectual activity in the commercial activity including the creation of new objects. The paper features the fundamental functions of public domain. These functions are various and they go beyond the limits of the internal regulation of intellectual property. However, the regime of public domain lacks efficiency in terms of stimulating initiative in innovations and creating new results as the mechanism of exclusive rights works better. Thus, complex regulation of issues of intellectual property taking into account the potential of every available instrument may become the most efficient. In this case, the regime of public domain may be a crucial tool for regulating intellectual property and using information in general.



Keywords

intellectual property, copyright, patent law, public domain, information, copyright limitations, access to cultural heritage, innovations, education, orphan works, databases

Citation: Kalyatin V.O. (2015) Instruments of Public Domain in Modern Information Society. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 4–16 (in Russian)



References

Dozortsev V.A. (2005) Kommentariy k sheme «Sistema iskluchitel'nykh prav» [Commentary to the Table: System of Exclusive Rights]. Dozortsev V.A. *Intellektual'nye prava* [Intellectual Rights]. Moscow: Statut, pp. 32–51 (in Russian).

Kalyatin V.O., Voinikanis E.A. (2007) Soderzhanie bazy dannykh kak novyy ob"ekt pravogo regulirovaniya [Database Content as a New Object of Legal Regulation]. *Zakonodatel'stvo*, no 2, pp. 28–38 (in Russian).

Aplin T. (2010) A Global Digital Register for the Preservation and Access to Cultural Heritage: Problems, Challenges and Possibilities. *Copyright and Cultural Heritage. Preservation and Access to Works in a Digital World*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p. 3–27.

Boyle J. (2010) *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. Greenwich: Yale University Press, 336 p.

Colin C. (2010) Registers, Databases and Orphan Works / Copyright and Cultural Heritage. Preservation and Access to Works in a Digital World. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, p. 28–50.

Cornish W., Llewelyn D., Aplin T. (2010) *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights*. London: Sweet and Maxwell, 974 p.

- Davies W., Withers K. (2006) *Public Innovation. Intellectual Property in a Digital Age*. Montreal: Institute for Research in Public Policy, 104 p. Available at: http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/30_10_06_public.pdf (accessed: November 29, 2015).
- Gilchrist J. (2005) Copyright Deposit, Legal Deposit or Library Deposit? The Government's Role as Preserver of Copyright Material. *Queensland University Technical Law and Justice Journal*, no 5, p. 177–194.
- Hugenholtz P.B. (1999) Code as Code. Or the End of Intellectual Property as We Know It. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, no 6 (3), p. 308–318.
- Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy. London, 2002. Available at: http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/CIPRfullfinal.pdf (accessed: November 25, 2015).
- Koelman K.J. (2000) A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological Measures. *European Intellectual Property Review*, no 6, p. 272–288.
- MacQueen H., Waelde C., Laurie G., Brown A. (2008) *Contemporary Intellectual Property: Law and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 1058 p.
- Netanel N.W. (2008) *Copyright's Paradox*. New York: Oxford University Press, 254 p.
- Open Access and the Public Domain in Digital Data and Information for Science. *Proceedings of an International Symposium*. Washington: The National Academies Press, 2004, 196 p.
- Phillips J. (1996-8) The Diminishing Domain. *European Intellectual Property Review*, p. 429.
- Samuelson P. (2003) Digital Information. Digital Networks and the Public Domain. *Law and Contemporary Problems*, no 66, pp. 80–107.