

Интеллектуальные права :Понятие;  
Система; Задачи  
кодификации : Сборник статей.  
Дозорцев В. А.

Д626 Дозорцев, В. А. (Виктор Абрамович), д-р юрид. наук, проф.,  
(1928 - 2003)

Интеллектуальные права :Понятие ; Система ; Задачи  
кодификации : Сборник статей /В. А. Дозорцев ;  
Исследовательский центр частного права. -М. :Статут,2003. -  
416 с., 1 лист портр. :схем.-Предм. указ. : 406 - 414.  
ISBN 583540168X :140,25 руб.

**Интеллектуальные права: Понятие. Система. .. Сб. статей. ДозорцевВ. 05г. 416с.**

**Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. Сборник статей**

Автор: ДозорцевВ

В сборник статей доктора юридических наук, профессора В.А. Дозорцева (1928-2003) включены работы последних лет, в которых анализируются актуальные практические и теоретические проблемы правового регулирования интеллектуальных прав, обосновываются возможные подходы кодификации законодательства в этой сфере. Для практических и научных работников, преподавателей, аспирантов, всех, кто интересуется состоянием и перспективами развития гражданского законодательства.

Год: 2005

ISBN: 5-8354-0168-X

Страниц: 416

< В. А. ДОЗОРЦЕВ

## **ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫЕ ПРАВА**

**Понятие Система Задачи кодификации**

**СБОРНИК СТАТЕЙ**

**МОСКВА 2005**

УДК 347 ББК 67.404.3 Д62

Дозорцев В.А.

Д 62 Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. Сборник статей / Исслед. центр частного права. -М.: Статут, 2005. - 416 с. ISBN 5-8354-0168-X (в пер.)

В сборник статей доктора юридических наук, профессора В.А. Дозорцева (1928-2003) включены работы последних лет, в которых анализируются актуальные практические и теоретические проблемы правового регулирования интеллектуальных прав, обосновываются возможные подходы кодификации законодательства в этой сфере.

Для практических и научных работников, преподавателей, аспирантов, всех, кто интересуется состоянием и перспективами развития гражданского законодательства.

УДК 347 ББК 67.404.3

ISBN 5-8354-0168-X

© Дозорцев В.А., 2003

© Исследовательский центр частного права, составление, предисловие, 2003

© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2003

Предисловие.....	3
I. ПОНЯТИЕ И СИСТЕМА ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ Новая эра в охране исключительных прав. Система права и система законодательства .....	11
Схема «Система исключительных прав».....	32
Комментарий к схеме «Система исключительных прав» .....	35
О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов.....	51
Понятие исключительного права111	
II. ОБЪЕКТЫ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ Право на фильм как сложное многослойное произведение.....	143
Авторское право о репродуцировании .....	179
Опубликование материалов, не охраняемых авторским правом .....	188
Информация как объект исключительного права .....	223
Понятие секрета промысла («ноу-хау»).....	237
III. СУБЪЕКТЫ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ Творческий результат: система правообладателей .....	276
В трех соснах... О возможности распоряжаться чужими правам .....	336
IV. Задачи кодификации Система законодательства об интеллектуальных правах .....	345
О завершении работы над Гражданским кодексом .....	393
Предметный указатель.....	406

## ПРЕДИСЛОВИЕ

Эта книга никогда бы не увидела свет, если бы был жив ее автор — Виктор Абрамович **Дозорцев**. Мы составили ее из статей, опубликованных им за последние годы, каждую минуту отдавая себе отчет в том, что он сам сделал бы это по-другому, причем в своем постоянном стремлении к совершенству, наверное, переписал бы заново большую часть написанного.

Очень трудно говорить в прошлом времени о человеке, чей уход еще не осознан до конца, чья яркая незаурядная личность продолжает оказывать влияние на окружающих.

В.А. **Дозорцев** был одним из выдающихся ученых-цивилистов нашего времени, обладавшим такими неоценимыми для исследователя качествами, как универсализм и широта научного подхода к изучаемым правовым явлениям. Он всегда говорил, что в юриспруденции для него нет неинтересных тем. Его кандидатская диссертация была посвящена имущественным правам государственного промышленного предприятия, и впоследствии он неоднократно возвращался к анализу правовых проблем, связанных с имущественными правами государственных организаций. В сферу его научных интересов входили право собственности, субъекты гражданского права, имущественная ответственность, жилищное право, доверительное управление имуществом и многие другие институты отечественного гражданского права. В не меньшей степени его интересовали иностранное и международное частное право. Докторская диссертация В.А. Дозорцева была посвящена изобретательскому праву. Он многие годы изучал проблемы правовой охраны изобретений и других объектов патентного права, а в дальнейшем увлекся авторским правом и стал одним из авторитетнейших специалистов в этой области.

В 90-е годы, в период кардинальной перестройки экономики нашего государства, стало складываться его убеждение в необходимости создания общих положений в сфере правового регулирования интеллектуальной собственности (исключительных прав).

В.А. **Дозорцев**, исходя из особенностей нематериального объекта исключительных прав и опираясь на взгляды таких классиков цивилистики, как Г.Ф. Шершеневич, сформулировал общее понятие исключи-

3

Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации  
тельного права как разновидности абсолютных прав. Сравнивая исключительные права с правом собственности и другими вещными правами, представляющими собой классические абсолютные права, он наглядно показал их различия (по характеру входящих в них правомочий, по способам приобретения, по способам защиты и т.д.). В результате этого анализа он сделал вывод о том, что исключительные права - это принципиально иная группа прав, чем право собственности, выполняющая в отношении нематериальных объектов функции, аналогичные функциям права собственности для материальных объектов. На этом основании он последовательно возражал против использования в правовых актах термина «интеллектуальная собственность» как неточного и исторически несвойственного российскому законодательству, отдавая предпочтение понятию исключительных прав.

В.А. Дозорцев разработал систему исключительных прав, которая объединила все известные в настоящее время результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации юридического лица, индивидуализации продукции, работ или услуг, охраняемые законом. На этой основе он сформулировал основные общие черты, присущие исключительным правам на большинство таких результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации. Прежде всего, он заметил, что исключительные права могут возникать только при наличии прямого указания закона, в тех случаях, когда конкретный вид творческих (или иных подобных им) результатов получает правовую охрану. В противном случае использование такого результата может осуществляться всеми свободно и без каких-либо ограничений.

В качестве специфической черты, присущей только исключительным правам и ослабляющей их абсолютный характер, выступает система ограничений таких прав, направленных на то, чтобы сбалансировать интересы авторов, иных правообладателей, отдельных пользователей исключительных прав и всего общества в целом. Сюда относятся ограниченный срок действия исключительных прав, их территориальный характер, перечни случаев свободного (без согласия правообладателя и без дополнительного вознаграждения) использования конкретных объектов исключительных прав в посвященных им специальных законах, а также предусмотренные законодательством случаи выдачи принудительных лицензий.

В.А. Дозорцев предложил рассматривать содержание исключительного права как состоящее из двух

правомочий - использования и распоряжения. Право использования заключается в возможности правообладателя тем или иным способом самостоятельно использовать ре-

4

## Предисловие

зультат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации. Право распоряжения состоит в том, что правообладатель может разрешить другому лицу использовать тем или иным способом соответствующий объект исключительного права. При этом правообладатель может передать третьему лицу все свои права (совершить уступку исключительного права) или предоставить ему возможность использовать права в ограниченных пределах (по лицензии).

Основываясь на том, что исключительным правам свойственны основные черты абсолютных прав, В.А.Дозорцев подчеркивал, что исключительному праву всегда корреспондирует обязанность всех третьих лиц воздерживаться от действий, не согласующихся с этим правом, поэтому излишне встречающееся в отдельных законах и международных конвенциях добавление в содержание исключительных прав правомочия запрещать использование соответствующего объекта.

Рассматривая особенности правового режима таких объектов, как ноу-хау, наименования мест происхождения товаров, коллективные товарные знаки, В.А. Дозорцев отметил дальнейшее ослабление абсолютных свойств прав на эти объекты. Для правового режима таких объектов характерна вытекающая из закона возможность множественности субъектов-правообладателей, что несвойственно абсолютным правам. Тем не менее исключительный характер этих прав сохраняется, поскольку они закрепляются исключительно за лицами, определенными законом, и по основаниям, установленным законом. Они также обращены к неопределенному кругу лиц и предоставляют защиту от любого нарушения. В.А. Дозорцев предложил называть такие права квазиабсолютными. Он рассматривал это явление как свидетельство определенной эволюции понятия исключительного права под влиянием развития техники и общественных отношений.

У В.А. Дозорцева не вызывало сомнений то, что исключительное право является по своей природе имущественным правом. Возражая своим оппонентам, он неоднократно писал и говорил о необходимости различать личные неимущественные права авторов результатов творчества и исключительное право, которое первоначально возникает у автора, но в отличие от неотчуждаемых и непередаваемых личных неимущественных прав легко обособляется от личности создателя. В.А. Дозорцев подчеркивал, что личные неимущественные права не входят в понятие исключительного права. Однако такое положение никак не умаляет значения личных неимущественных прав, предназначенных для обеспечения личных и социальных интересов автора. Он рассматривал личные неимущественные права как самостоятельную и обособленную ветвь абсолютных прав, содержание которых шире, чем содержание

5

Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации исключительных прав, а охрана предоставляется иногда даже в ущерб имущественным правам. В то же время он подчеркивал особое, специфическое место этих прав (наряду с другими нематериальными благами) в системе гражданского права, предоставляющего им лишь защиту гражданско-правовыми способами.

В.А. Дозорцев предложил ввести в употребление новое понятие -«интеллектуальные права», удачно отражающее наиболее характерную черту нематериального объекта правового регулирования. Интеллектуальные права включают наряду с исключительным правом и личные неимущественные права автора творческого результата, поэтому они могут стать универсальным термином для рассматриваемой сферы правоотношений. По этой причине именно «интеллектуальные права» вынесены в заголовок данной книги.

Помимо общих вопросов, В.А. Дозорцев много внимания уделял отдельным институтам в сфере интеллектуальных прав. В частности, он разработал классификацию объектов исключительных прав по критерию оснований их возникновения, выделив «созидательскую» систему (присущую авторскому праву и смежным правам), «регистрационную» систему (присущую патентному праву, товарным знакам и т.п.), систему конфиденциальности (ноу-хау) и систему общеизвестности (общеизвестные товарные знаки). Он также обосновал деление исключительных прав на первоначальные и производные, что позволяет во всех случаях настаивать на наличии у автора - создателя творческого результата — первоначального исключительного права на такой результат. Очень серьезным В.А. Дозорцев считал вопрос о «служебных» и «казенных» произведениях. Эти вопросы, вызвавшие в последние годы особенно бурные дискуссии, затрагивались им во многих работах. В.А. Дозорцев считал необходимым достичь соблюдения определенного баланса интересов

авторов, создающих произведения по служебному заданию, работодателей-исполнителей и их заказчиков (прежде всего в лице государства, казны). Он уделил много внимания разработке системы взаимоотношений между этими субъектами исключительных прав, стремясь найти такой алгоритм решения этой задачи, который позволял бы защитить интересы всех участников правоотношений.

Ряд работ В.А. Дозорцева был посвящен новым объектам исключительных прав, только недавно получившим правовую защиту: ноу-хау (которые он предложил называть «секретами промысла»), программам для ЭВМ и базам данных и др. Он предлагал выработать специальный правовой режим в рамках законодательства об исключительных правах для информации (информационных продуктов), а также сложных ком-

6

Предисловие

плексных объектов, состоящих из различных объектов исключительных прав (таких, как кинофильм).

В течение последних одиннадцати лет В.А. Дозорцев работал в Исследовательском центре частного права, где возглавлял отдел общих проблем частного права, и был одним из наиболее активных участников создания проекта нового Гражданского кодекса Российской Федерации. Многие нормы первой и второй частей ГК были разработаны им непосредственно или с его участием, но больше всего сил он отдал разделу ГК, посвященному интеллектуальной собственности (исключительным правам).

ГК создавался в тот период, когда уже были приняты Закон «Об авторском праве и смежных правах», Патентный закон и другие специальные законы в области исключительных прав, частично закрепившие изменения, связанные с возникновением рыночной экономики и участием нематериальных результатов интеллектуальной деятельности в гражданском обороте. Задача соответствующего раздела ГК состояла в том, чтобы обобщить выработанные и некоторое время применявшиеся на практике нормы, найти и выделить то общее, что объединяет разнородные группы объектов исключительных прав, упорядочить и систематизировать имеющийся материал с учетом накопленного теорией и практикой опыта, более точно и определенно сформулировать те или иные положения. Для того чтобы успешнее решить эти задачи, В.А. Дозорцевым была предложена структура данного раздела ГК, которая включала как общую часть, касающуюся всех видов исключительных прав, так и особенную часть, в которой также содержались общие положения, но уже в отношении конкретно авторского, патентного права и т.д. Предложенная система не предполагала отказа от действующих специальных законов об отдельных видах объектов интеллектуальной собственности, хотя, конечно, вызвала бы необходимость внесения в них ряда изменений (многие из которых и без того уже давно назрели).

Новизна и уникальность проделанной работы состояли в том, что в данном проекте была предпринята первая попытка кодификации законодательства обо всех видах интеллектуальной собственности. Основным достижением явилось то, что впервые в гражданском законодательстве в этом проекте удалось сформулировать общие положения, относящиеся ко всем ее видам. Это должно было обеспечить единообразие правового регулирования в данной сфере, способствовать унификации действующего законодательства, четче обозначить место обширной группы исключительных прав в общей системе гражданского права. Однако из-за существенного разнообразия объектов, включаемых в

7

Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации  
сферу исключительных прав, одна общая часть, оторванная от правового регулирования отношений по отдельным видам таких прав, была бы схоластической и неспособной решать какие-либо практические задачи, поэтому В.А. Дозорцев настаивал на необходимости сочетания общей и особенной части в данном разделе.

К сожалению, именно наличие особенной части в проекте вызвало больше всего возражений как у некоторых заинтересованных министерств и ведомств, так и у ряда творческих организаций и научных учреждений. В итоге проект не получил поддержки именно и прежде всего на том основании, что содержал нормы, касающиеся отдельных институтов интеллектуальной собственности.

Дискуссия о дальнейших путях развития системы законодательства об интеллектуальной собственности (исключительных правах), которая на протяжении последних лет велась на страницах научной печати и на многочисленных "круглых столах", конференциях и совещаниях, была

чрезвычайно острой. Если отбросить детали, то предлагаемые варианты структуры законодательства об интеллектуальной собственности можно свести к трем основным: 1) включить в ГК России только общие положения и сохранить специальные законы о видах интеллектуальной собственности; 2) включить в ГК помимо общих положений основные положения по видам интеллектуальной собственности, сохранив специальные законы; 3) включить в ГК все нормы об интеллектуальной собственности, требующиеся на уровне закона, и таким образом прекратить действие специальных законов (в качестве варианта можно рассматривать также предложение о принятии отдельного кодифицированного акта - Кодекса интеллектуальной собственности). Третий вариант, в сущности, особых дискуссий не вызывал, так как чисто теоретически выглядел безупречно, но с практической точки зрения был и остается нереальным, поскольку требует чрезвычайно большой работы и отодвигает решение проблемы на несколько лет.

В итоге большинство оппонентов проекта (включая тех, кто первоначально вообще отрицал необходимость специального раздела ГК об исключительных правах) поддержали предложение включить в ГК только общие положения, относящиеся к интеллектуальной собственности. Позднее по поручению Правительства РФ рабочей группой Минэкономразвития был разработан проект соответствующего раздела ГК РФ, состоящий из одних общих положений, однако из-за очевидных концептуальных недостатков он также не получил дальнейшей поддержки.

Вопрос о включении в ГК РФ специального раздела об интеллектуальных правах по-прежнему остается открытым. Тем временем один

8

### Предисловие

за другим принимаются законы о внесении изменений в Закон «О правовой охране программ для ЭВМ и базах данных», в Закон «О правовой охране топологий интегральных микросхем», в Закон «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров», в Патентный закон РФ. На подходе Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах». Новые редакции этих законов с очевидностью свидетельствуют о том, что отсутствие общего начала в правовом регулировании разных видов интеллектуальной собственности продолжает порождать несогласованности и даже противоречия между отдельными положениями этих актов.

Свою теорию интеллектуальных прав В.А. Дозорцев изложил в целом ряде научных работ, постоянно уточняя и совершенствуя ее положения, шлифуя формулировки, находя новые доводы в ее пользу. В этих работах содержится также острая полемика с противниками кодификации законодательства об интеллектуальной собственности. Значительная часть этих статей вошла в настоящий сборник. Читатель, безусловно, заметит некоторые повторы. Они были неизбежны, — ведь статьи писались и издавались в разное время и в разных журналах, но каждая статья несет в себе какой-то новый поворот темы, затрагивает новые вопросы. Конечно, некоторые из положений, затронутых в этих статьях, успели устареть, так как отражали те или иные текущие события. Однако главное содержание этих публикаций, их пафос, направленный как на защиту прав авторов, так и на защиту интересов российского государства, сохраняют свою актуальность.

Мы не стали размещать статьи хронологически, так как они написаны за небольшой промежуток времени (в основном в течение последних пяти лет). Книга состоит из четырех разделов (понятие и система исключительных прав, их объекты, субъекты этих прав и задачи кодификации), в которых работы сгруппированы тематически, хотя такая их классификация имеет достаточно условный характер, поскольку в каждой статье затронуты многие вопросы, зачастую относящиеся и к другим разделам книги. Для того чтобы читателям было легче ориентироваться в тексте статей, книга снабжена предметным указателем, в который включены как общеупотребительные понятия, так и некоторые термины, введенные самим В.А. Дозорцевым (например, «секреты промысла», «созидательская» система и др.).

В.А. Дозорцев был настоящим борцом: он любил и умел отстаивать свои позиции в науке, и это ему часто удавалось. К сожалению, на протяжении последних лет ему приходилось бороться на два фронта — тяжелая болезнь отнимала у него силы и время. Он был чрезвычайно мужественным и оптимистичным человеком, страстно приверженным и

9

Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации  
преданным науке. Он продолжал работать до последнего дня. 26 июня 2003 г. Виктору Абрамовичу Дозорцеву исполнилось бы 75 лет. Нам хотелось, чтобы к его юбилею вышла книга, которая бы была не памятником, а живым продолжением его работы - главного дела его жизни  
Исследовательский центр частного права





Новая эра в охране исключительных прав

## **I. Понятие и система исключительных прав**

Новая эра в охране исключительных прав. Система права и система законодательства

Система охраны исключительных прав находится перед наступлением новой эры, именно эры, даже не нового этапа.

Охрана результатов интеллектуальной деятельности зародилась сравнительно недавно - примерно двести лет назад. Тогда появилась объективная потребность их пуска в экономический оборот, а следовательно, и закрепления на них абсолютного права. Было создано патентное и авторское право. Абсолютное право закреплялось и на способы индивидуализации товаров и участников экономического оборота - фирменные наименования и товарные знаки. Эти институты были вполне обособлены друг от друга, независимы и разнородны. Общих норм не существовало. Не образовывали они и системы.

В середине нашего века духовная деятельность резко интенсифицировалась, возникло много новых ее сфер и соответственно - новых видов творческих результатов. Ввиду потребности их участия в экономическом обороте и существенной специфики каждого из них зародились и специальные правовые режимы для охраны таких результатов. Но эти режимы тоже строились как обособленные, если не удавалось распространить на новые объекты традиционные режимы. Появилась объективная необходимость объединения разрозненных, обособленных режимов в единую систему, которую цементируют общие положения. Система позволяет упорядочить то, что уже сложилось, часто под влиянием случайных и конъюнктурных факторов, и правильно построить новые элементы, она способствует решению задач развития правового регулирования и облегчает применение законодательства, внутренняя логика позволяет сделать его более четким и ясным.

Меняется система права.

Новой системе права должна соответствовать новая система законодательства, возникает необходимость в преодолении его разобщенности. Нужен особый акт, содержащий по крайней мере общие положения, которые действуют для всех видов исключительных прав. Это может быть Гражданский кодекс или отдельный акт.

Далее придется решать вопрос о том, включать ли в такой акт положения, хотя бы принципиальные, об отдельных видах исключительных прав, нужны ли посвященные им особые акты, и если нужны, то

11

## **I. Понятие и система исключительных прав**

каково должно быть их соотношение с упоминавшимися принципиальными положениями, должны ли существовать особые акты по всем видам исключительных прав или только по некоторым. Наличие общих положений должно сказаться на специальном регулировании, иначе они вообще не нужны. Иначе говоря, перестройке подлежит вся система законодательства.

Эти проблемы возникают как на национальном, так и на международном уровне.

И последнее. Новая эра в развитии исключительных прав и посвященного им законодательства представляет собой, пожалуй, наиболее значительное новшество в развитии всего гражданского права в целом со времени его кодификации, проводившейся на базе регулирования экономического оборота результатов материального производства. В гражданское право оказывается включенной принципиально новая категория объектов из новой, бурно развивающейся сферы общественной жизни. Речь идет не только об обогащении гражданского права новым объектом регулирования, но и о развитии его общих положений.

Значимость и масштаб происходящих перемен трудно переоценить,

### **1. Становление исключительных прав и их сущность**

Традиционным объектом экономического оборота на протяжении всей истории человечества были материальные вещи - природные объекты и результаты материального производства. Условием рыночного экономического оборота является монопольное право участника оборота - товаровладельца - на то, что он пускает в оборот. Вещи ограничены в пространстве, поэтому они идеально приспособлены для этой цели. Основу прав на материальный объект составляет владение, физическое обладание вещью. Владение может осуществлять одно лицо или, во всяком случае, ограниченный круг лиц. Не возникает проблем и с идентификацией объекта, на который закрепляется право лица. Ограниченность в пространстве избавляет от сомнений по этому поводу. Владение является важнейшей предпосылкой и использования объекта. Вещь в силу ее натуральных

своих свойств может быть использована одним лицом, в крайнем случае — несколькими точно названными лицами.

Идеальной юридической основой для операций с вещью на рынке является право собственности, распространяемое на материальные индивидуально-определенные вещи, основу которого составляет право владения. Право собственности закрепляет монополию собственника на вещь.

Результаты духовного творчества, интеллектуальной деятельности по ряду причин не являлись объектом экономического оборота, рыночных отношений. К числу важнейших причин относится то, что реализа-

12

Новая эра в охране исключительных прав

ция таких результатов, при всей их значимости для развития человечества в конечном счете, осуществлялась крайне медленно. Она была недостижима на протяжении жизни поколения. Для рынка, где реализация результатов труда должна происходить оперативно, это неприемлемо. Создавалось ощущение, что результаты духовной деятельности вообще не имеют практического, утилитарного значения.

Но настал этап, когда такое положение стало меняться, возникла потребность в пуске результатов интеллектуальной деятельности в экономический оборот, пусть первоначально не всех, а некоторых результатов. Этот этап потребовал нового механизма. Право собственности для него не годится.

На пути реализации новой задачи стоят значительные трудности. Они связаны прежде всего с натуральными свойствами результата интеллектуальной деятельности, с его нематериальным характером. В связи с нематериальностью его свойства допускают одновременное использование неограниченным кругом лиц, никаких естественных препятствий к этому нет. Более того, нет никаких территориальных ограничений, результат может быть использован одновременно в разных местах, он никак не привязан к определенному положению в пространстве. Монопольное использование не соответствует натуральным свойствам объекта.

Имеется и еще одно препятствие закрепления монополии. Не всегда легко обособить данный результат интеллектуальной деятельности от другого, смежного, как предшествовавшего, существовавшего ранее, так и созданного одновременно или почти одновременно. А без этого нельзя определить, что принадлежит одному лицу, а что — другому. В этом случае рыночные отношения лишались бы необходимой для них определенности. Обособление объекта, без которого невозможно закрепление «монополии», абсолютного права (это, как отмечалось, необходимо для рыночного оборота), его выделение часто может быть произведено лишь условно, с использованием некоторых дополнительных приемов.

Но монополию, абсолютное право закрепить нужно, иначе рыночное обращение невозможно.

Однако, проводя такое закрепление, нельзя не учитывать, что интеллектуальная деятельность — весьма разнообразная и широкая сфера. Ее объекты обладают разными свойствами. В зависимости от них применяются разные приемы обособления результата.

Для одних результатов приоритетное значение имеет форма. Наиболее ярким примером являются произведения искусства, всех его разновидностей — литературы, музыки, изобразительного искусства, архитектуры и т.д. Опыт человечества показывает, что повторное создание такого же произведения, независимо от первоначального автора, невозможно. Произведение искусства уникально.

13

/ Понятие и система исключительных прав

Это значительно облегчает обособление произведения, закрепление на него абсолютного права и пуск в оборот, хотя одновременное использование неограниченным кругом лиц по-прежнему возможно. Строго говоря, для обособления никаких дополнительных действий в этом случае вообще не требуется. Сам факт существования произведения достаточно его обособляет. Споры могут касаться только самого факта создания произведения определенным лицом и его неправомерного заимствования и использования.

Совершенно иначе обстоит дело с результатами интеллектуальной деятельности, для которых приоритетное значение имеет их существо, содержание. При этом, естественно, учитываются только результаты, имеющие прикладной, утилитарный характер, ибо нечто абстрактное, не имеющее прикладного характера, не представляет интереса для экономического оборота. Создание аналогичного результата такого рода другим лицом, независимо от первого автора, здесь не просто возможно, но и неизбежно, если в этом есть практическая потребность.

Достаточно сложно разграничить сделанное разными лицами, в частности отграничить от

результата, полученного предшественниками, тем более что совпадения могут быть и неполными. Обособление результата здесь представляет гораздо большие трудности.

Характеру объекта соответствуют и разные черты его правового режима.

Те результаты, для которых приоритетное значение имеет форма, могут охраняться на основе факта создания. Раз они уникальны, для них не требуется никакой экспертизы, регистрации. Охрана им предоставляется по системе, которую можно назвать «созидательской».

Те результаты, для которых приоритетное значение имеет содержание, могут охраняться только при их специальном оформлении, проведении экспертизы, специальной регистрации. Эту систему предоставления охраны можно назвать «регистрационной».

Различаются и многие другие черты правового режима.

Но эти различия не должны затмевать основное, приводить к забвению общего в правовом режиме всех нематериальных объектов, являющихся результатом интеллектуальной деятельности. Это общее - возникновение рыночных отношений в новой сфере и новой правовой системы для обслуживания этой сферы. Для выполнения этих задач надо закрепить за определенным лицом монополию на использование результата и пуска его в экономический оборот, такую же монополию, как та, которая устанавливается правом собственности для материальных вещей. Только задача права здесь сложнее. Оно должно выполнять и функции, которые для материальных вещей обеспечиваются не правом,

14

Новая эра в охране исключительных прав

а натуральными свойствами объекта, его вещным характером, ограниченностью в пространстве.

Закон, в частности, должен восполнить отсутствие «владения». В новой сфере функция монополизации полностью лежит на законе.

Общее заключается в том, что при наличии физической возможности использования нематериального результата неопределенным кругом лиц закон устанавливает, что такое использование может осуществляться только правообладателем, за которым закрепляется это право. Другие лица не вправе осуществлять такое использование, несмотря на наличие физической возможности, ибо для использования результата не надо нарушать право владения. Поэтому средства защиты этого права более многообразны.

Эту категорию прав принято называть «исключительными правами». Термин всегда условен, филологический подход к нему опасен. В данном случае под ним следует понимать абсолютное право на нематериальный объект, с включением в него более широкого объема правомочий и средств защиты, чем в «абсолютное» право для материальных вещей.

Естественно, что, когда на первом этапе возникло всего два вида исключительных прав - авторское и патентное, основное внимание уделялось различию между ними, общие положения отошли на второй план, как бы скрылись в тени. Но тем не менее они объективно существовали.

Дифференциация в рамках общего существует всегда. Среди объектов права собственности различают, например, недвижимое и движимое имущество, имеющее разный правовой режим. Это отнюдь не снимает общих положений о праве собственности, имеющих решающее значение. Разнообразие исключительных прав не ограничивается авторским и патентным правом. В их числе сразу же оказались, например, и товарные знаки, фирменные наименования. Эти объекты тоже могут быть повторно созданы независимо от их появления у первопользователя. Поэтому права на них возникают, как правило, тоже по регистрационной системе. Но здесь есть существенное отличие от авторского и патентного права. Они не обязательно являются результатом творческой деятельности. Поэтому в состав исключительного права на них не входит право авторства, первоначальное право их использования возникает не у автора и т.п. А это влечет за собой многообразные и самые различные последствия для их правового режима. Но общие черты исключительного права от этого не исчезают.

В дальнейшем стали появляться объекты, для которых характерны и многие другие отличия. Но общее для всех них остается неизменным - закрепление «исключительного права». Одной из характерных черт правовой регламентации исключительных прав на первом этапе стала ее

15

I. Понятие и система исключительных прав

обособленность, построение применительно к отдельным объектам, полная разобщенность. На новом этапе одной из важнейших задач стало преодоление такой разобщенности, движение от частного к общему по мере накопления опыта. Образование единой системы, которую цементируют общие положения, стало необходимым условием дальнейшего эффективного развития.

Появление «исключительных прав» произошло сравнительно недавно - где-то всего 200 лет назад. Это совсем немного по сравнению с трехтысячелетней историей развития цивилизованного, развитого правового регулирования рыночного экономического оборота материальных вещей, со времени становления Римского права. Регламентация исключительных прав находится еще в пленках.

Но бурное развитие и повышение практической значимости интеллектуальной деятельности приводят к быстрому взрослению, к зрелой регламентации. И первым шагом в этом направлении стало интенсивное расширение сфер интеллектуальной деятельности. Соответственно стал обогащаться и правовой инструментарий, созревают условия для четкого формулирования общих положений. Поэтому сейчас мы стоим уже перед новой эрой в правовой регламентации этой сферы.

## **2. Развитие системы исключительных прав**

Первоначальная сфера действия исключительных прав была достаточно узкой.

Охраняемыми результатами интеллектуальной деятельности с приоритетным значением формы были прежде всего произведения искусства. Правда, закон говорит о произведениях науки, литературы и искусства. Значит, к охраняемым произведениям были отнесены и произведения другой направленности, если они принадлежали к литературному жанру, например произведения научной, учебной, справочной, популярной, публицистической литературы. Но охрана предоставляется все же именно в связи с формой таких литературных, произведений. Так или иначе, суть авторского права заключается в охране формы произведения, а не его существа. И единственным институтом, призванным охранять форму произведения, было авторское право.

Различия существовали в рамках авторского права для разного вида произведений, но не для охраны формы произведений за рамками авторского права. Эту функцию выполнял всего один институт. Однако сейчас ситуация изменилась. Благодаря развитию техники появился новый результат творческой деятельности с приоритетным значением формы, охраняемый за рамками авторского права. Речь идет об исполнительской деятельности артистов, которая охраняется с помощью

16

Новая эра в охране исключительных прав

одной из групп «смежных» прав. Охрана исполнительской деятельности по многим позициям отличается от авторско-правовой. Для авторского права характерна охрана независимо от доступности неопределенному кругу лиц и способа фиксации. Охрана прав исполнителей производится с учетом этих обстоятельств. Другие виды «смежных» прав тоже подлежат охране, но к их рассмотрению придется еще вернуться.

С помощью авторского права стал охраняться еще один новый объект, правда, для него приоритетное значение имеет существо результата творческой деятельности - программы для ЭВМ. Этот объект тоже подлежит особому рассмотрению.

Значительно более интенсивно возникают новые виды охраны результатов творчества, для которых приоритетное значение имеет существо. Первоначально устанавливалась охрана только технических решений, ибо только они представляли коммерческую ценность для экономического оборота. Более того, не всегда и не везде охранялись все виды технических решений, изобретения часто устанавливались, например, для новых химических веществ.

Сейчас сфера действия охраны результатов творчества, направленного на существо, стала резко расширяться.

Прежде всего надо отметить, что охрана теперь предоставляется достижениям в области биологии. Охрана предоставляется новым сортам растений, новым породам животных, новым видам микроорганизмов, на пороге стоит правовая охрана достижений в области генетики. Часть этих достижений охраняется в рамках патентного права, для которого традиционной сферой являются технические решения; часть — с помощью новых видов охраны «особого рода». Стремление использовать для новых объектов уже апробированные средства охраны и институты естественно. Но не всегда с их помощью можно обеспечить эффективную охрану, адекватную сути нового объекта.

Разумеется, использование самых общих приемов, связанных с содержательной сущностью получаемых результатов, неизбежно. Отказ от регистрационной системы невозможен. Но в рамках регистрационной системы различия могут быть столь существенны, что они образуют другую самостоятельную систему охраны - «особого рода». Применение уже существующей системы или создание системы «особого рода» - проблема, которую нужно решать для новых объектов в каждом отдельном случае. Но во всяком случае охрана результатов, имеющих содержательную ценность, всегда имеет общие черты. И виды такой охраны систематически обогащаются.

Для биологических объектов специфика заключается, в частности, в том, что новый результат имеет не абстрактный характер, а это вполне

17

Ж. Понятие и система исключительных прав

конкретный объект. Именно он подлежит экспертизе, часто для этого требуется депонирование в натуре, он подвергается не единовременной проверке, а проверке, протяженной во времени, очень специфичны способы оформления исключительного права на объект с его предшествующим обособлением, особенностями обладают и правомочия на объект, связанные со способом его воспроизведения, и т.п. Это - безусловно новый вид исключительных прав.

Специфически обстоит дело еще с одним видом объектов - с достижениями в области прикладной математики, с программами для ЭВМ. Ранее достижения в области математики безусловно и полно исключались из сферы правовой охраны. Теперь программы для ЭВМ составили исключение, ибо они стали коммерческой ценностью, пускаемой в экономический оборот. Характерно, что речь идет именно о прикладной математике, ибо достижения, не имеющие прикладной ценности, не представляют интерес для экономического оборота и не становятся объектом правовой охраны. Программы для ЭВМ представляют собой ценность как содержательное достижение в области прикладной математики. Именно содержание, а не форма имеет тут приоритет. Это значит прежде всего, что охрана распространяется и на сферу математики. Осталось только выяснить, избрана ли для прикладных математических решений - программ адекватная правовая форма. Представляется, что на этот вопрос надо дать отрицательный ответ. Распространение на программы для ЭВМ охраны, установленной для литературных произведений, т.е. охраны по созидательской системе, не может быть эффективным. Такая охрана соответствует интересам только кругов, занимающих в сфере разработки программ доминирующее положение и заинтересованных в более легком получении охраны как в своей стране, так и за границей. Этой задаче соответствует именно авторское право. А по существу для таких программ нужна охрана «особого рода», функционирующая в рамках регистрационной системы.

Рассмотренный материал показывает, что надо различать две проблемы. Одна - это сферы, в которых стали охраняться результаты интеллектуальной деятельности. Расширение этих сфер за счет математики несомненно, в этом проявилась объективная потребность. Вторая проблема - это выбор системы охраны по существу. Она подлежит особому исследованию. Здесь только важно констатировать, что анализ даншмжи сфер действия охраны дает основания для вывода о необходимости построения общей системы охраны результатов интеллектуальной деятельности и создания для каждого вида объектов наиболее подходящей для него охраны.

18

Новая эра в охране исключительных прав

Но оказалось, что биологической и математической сферами дело не ограничивается. В настоящее время вообще трудно ограничить сферы, достижения в которых имеют коммерческую ценность, должны участвовать в экономическом обороте и потому подлежат правовой охране. Возникла потребность в системе, которая позволила бы охранять достижения в заранее не определенных сферах, в неограниченном числе сфер, без определения признаков, необходимых для предоставления охраны. Такая охрана не может функционировать на базе регистрационной системы, которая требует точного определения сфер действия охраны и указания критериев, являющихся основанием для предоставления охраны. Выяснилось, что основой такой системы может быть конфиденциальность, сохранение результата в тайне. Для объектов, сфера действия которых достаточно гибка и неопределенна, появилось такое средство, прием охраны, как сохранение результата творчества в тайне, «ноу-хау». Это средство иногда формулируется как объект, выражая неопределенность характера объекта, но, если быть точным, речь все же идет о правовом приеме, с помощью которого могут охраняться любые, даже организационные, решения. Круг охраняемых объектов заранее не определен; среди возможных способов охраны решающее значение приобретает система охраны коммерческой тайны, секретов производства. Основания возникновения первоначальных имущественных прав определяются на началах, присущих именно этой системе охраны. Прием применяется только к содержательным результатам творческой деятельности.

Но здесь важно констатировать резкое увеличение сфер действия охраны. Существенно обогатились и правовые средства, применяемые для охраны.

Еще одно направление развития связано с резким повышением сложности результатов интеллектуальной деятельности, прежде всего содержательных решений. Многие законченные

объекты техники и искусства приобрели комплексный, даже синтетический характер. Для создания нового самолета, звукозаписи, видеозаписи нужны усилия ряда людей. Эти разрозненные усилия должны быть направлены на достижение одной цели, скоординированы. Комплексный законченный объект техники в целом не подпадает под охрану традиционных исключительных прав, она может быть распространена только на его элементы.

Комплексный объект является результатом коллективных усилий, которые должны быть направлены и скоординированы. Отказ от охраны комплексного объекта противоречил бы объективным потребностям, хотя несомненно, что он является результатом не творчества, а органи-

19

#### 7. Понятие и система исключительных прав

зационных, координаторских усилий<sup>1</sup>. Творчество всегда индивидуально, оно органически присуще только отдельной личности, человеку (даже если речь идет о соавторстве).

Координаторская же деятельность может осуществляться и чаще всего осуществляется юридическим лицом. Она есть основание возникновения исключительных прав на комплексный объект, но отличающихся от традиционных исключительных прав. Там нет, например, права авторства, а может быть только право на имя. Эту категорию исключительных прав можно было бы назвать и «продюсерскими».

Необходимо также отметить, что в дополнение к большой и все развивающейся сфере исключительных прав на результаты творческой деятельности существует еще одна их сфера, относящаяся к средствам индивидуализации товаров и участников экономического оборота. Она тоже должна быть включена в общую систему.

Общий итог заключается в том, что в наше время произошло резкое увеличение сфер охраны с помощью исключительных прав. Новые сферы часто требуют новых средств охраны. При большом многообразии необходимы общие начала, определяющие систему исключительных прав, черты, присущие элементам этой системы. Нужны и некие общие начала, которые распространяются на все виды исключительных прав или их отдельные группы. Отсутствие этих общих начал влечет за собой неадекватность избираемых в ряде случаев систем охраны свойствам охраняемого объекта, а следовательно, и их неэффективность. Выбор систем и средств охраны в ряде случаев определяется конъюнктурными и случайными факторами, а не сутью отношения. Опыт с большой определенностью показывает, что свойствам объекта соответствуют определенные черты правовой охраны и игнорирование этой закономерности влечет за собой отрицательные практические последствия.

Это положение может быть достаточно четко проиллюстрировано на двух примерах.

<sup>1</sup> Звукозапись охраняется смежным правом не потому, что охрана музыкального звучания авторским правом невозможна. Понятие «опубликование», связанное по международным конвенциям с возможностью зрительного восприятия, здесь ни при чем, ибо охрана авторским правом производится независимо от опубликования. Охрана авторским правом не зависит от способа объективного выражения (в том числе фиксации) произведения. Звуко- и видеозапись включают записываемые произведения, которые могут охраняться авторским правом, но не сводятся к ним. Они включают также результат работы по производству записи, ее размножению и т. п. У авторского права и смежных прав - объекты разного характера. Запись как объект имеет комплексный, синтетический характер. Это относится как к звукозаписи, так и к видеозаписи.

20

#### Новая эра в охране исключительных прав

Как известно, к числу изобретений законодательство относит не только технические решения, но и штаммы микроорганизмов и культуры клеток растений и животных. Эти решения относятся к области биологии, и многие правовые приемы, присущие охране технических решений, к ним неприменимы. Вместе с тем на каком-то этапе их включение в изобретательскую систему было обоснованным. При небольшом числе таких достижений создавать для них самостоятельную систему охраны было нерационально. Стоило распространить на них изобретательскую систему, пусть с некоторыми изъятиями (впрочем, четко не оговоренными в законе). Но по прошествии времени появилась необходимость в специальной охране новых сортов растений и пород животных. Соответствующая самостоятельная система охраны была создана. Она включает в себя средства, присущие охране достижений в области биологии, притом не только новых сортов растений и пород животных, а всем биологическим достижениям вообще. В этих условиях сохранение охраны штаммов микроорганизмов и культур клеток в рамках патентного права, в рамках охраны технических решений превращается во вредный анахронизм, наносящий ущерб делу.

Сейчас на пороге стоит вопрос об охране достижений в области генетики, и надо решить, на какой принципиальной базе устанавливать эту охрану. Представляется, что четкий подход позволяет

получить совершенно однозначный ответ - на базе системы охраны биологических достижений  
Отсутствие ясной постановки вопроса породило множество других предложений, включая и охрану с помощью средств авторского права, на базе созидательской системы, на базе системы, принятой в патентном праве, и т.п. Представляется, что такие предложения должны быть отвергнуты.

Второй пример связан с программами для ЭВМ. Выше уже говорилось о том, что эти программы представляют интерес прежде всего в связи со своим существом, а не формой. Их охрана по модели авторского права, на основе созидательской системы, совершенно неадекватна и неэффективна. Она введена по чисто конъюнктурным соображениям благодаря наличию у заинтересованных кругов средств силового воздействия и даже давления на законодателей разных стран. Несомненно, рано или поздно объективные потребности вынудят изменить ситуацию.

Итак, бурное приумножение сфер интеллектуальной деятельности и их развитие влечет за собой появление многочисленных новых средств охраны, умножение систем охраны. Выбор правильных путей развития этих систем, их дифференциация, корректировка уже существующего правового регулирования, надлежащее применение действующего законодательства в большой мере зависят от правильного

21

### I. Понятие и система исключительных прав \_\_\_\_\_

формулирования общих положений, относящихся к исключительным правам. Сохранение в новых условиях разрозненного, никак не организованного законодательства практически исключает возможность его надлежащего развития с учетом свойств объектов и других факторов.

Создание общих положений становится объективной необходимостью. А это уже не просто новый этап, а новая эра в развитии системы исключительных прав.

### 3. Общие положения, относящиеся к исключительным правам

При рассмотрении общих положений, относящихся к исключительным правам, прежде всего следует обратиться к перечню вопросов, подлежащих регламентации. Что же касается существа такой регламентации, то здесь есть возможность затронуть только наиболее принципиальные и спорные вопросы, и то лишь весьма выборочно и фрагментарно.

Полноценная общая часть должна включать позиции, относящиеся ко всем исключительным правам или к какой-то группе исключительных прав, содержать критерии их классификации.

Представляется, что прежде всего должно быть определено понятие объекта исключительных прав, объекта, на который распространяется законодательство об исключительных правах, даны основные их виды. Более подробная классификация может быть представлена в специальных законах.

При этом надо исходить из того, что информация как таковая о содержании результатов интеллектуальной деятельности не является и не может быть объектом исключительных прав. В качестве объекта исключительных прав выступает только охраняемая информация, использование которой может производиться лишь в определенном порядке, управомоченными на то лицами или с их согласия. Закрепление права на использование информации может производиться либо в силу специального указания закона (например, закрепления права на патент), или в силу того, что она является конфиденциальной и разглашение ее признается неправомерным.

Дифференциация объектов исключительных прав зависит от ряда факторов. Прежде всего надо выделить объекты, являющиеся результатом творческого труда и способы индивидуализации товаров и участников экономического оборота.

Особую группу составляют права и свободы человека. Их нужно отличать от правомочий, составляющих элемент субъективного гражданского права на творческий результат (право авторства, право на имя и т.п.). Это не гражданские, а публичные права. Они защищаются средствами всех отраслей права, по мере возможности - и гражданского

22

Новая эра в охране исключительных прав

права Как к неимущественным, к ним применимы те же средства, что и к исключительным правам.

Поэтому они могут рассматриваться как отдельная группа исключительных прав.

Более подробная классификация может быть дана в специальных законах

Весьма существенны общие положения о субъектах права. Они тесно связаны с системой объектов. Носителями прав на результаты творческого труда, прежде всего первоначальных прав, могут быть только физические лица. Некоторые права (право авторства) вообще принадлежат только физическим лицам. Для результатов творческого труда существенное значение имеет категория соавторства, которая должна быть четко отграничена от сотрудничества в рамках помощи



«технического» характера. Носителями прав на средства индивидуализации в равной мере могут быть как физические, так и юридические лица.

Центральной является проблема прав и обязанностей, иначе говоря, содержания исключительных прав.

Особо должны быть регламентированы в общих положениях такие элементы этого содержания, как понятия «использование» и «распоряжение» исключительным правом. При этом право распоряжения надо дифференцировать на уступку исключительного права другому лицу (когда право использования прежнего правообладателя вообще прекращается и возникает у нового правообладателя в полном объеме) и выдачу разрешения (лицензии) другому лицу на использование охраняемого результата и даже распоряжение им (выдача сублицензии) в определенных пределах. Представляется правильным включить в общие положения примерный перечень действий, составляющих содержание права использования, и примерный перечень действий, составляющих нарушение прав правообладателя, определив и некоторые специальные составы, составляющие злоупотребление правом и недобросовестную конкуренцию в этой сфере.

Но права носителей исключительного права должны быть дифференцированы, особенно применительно к правам на результаты творческой деятельности. Нужно выделить имущественные права (права использования и распоряжения), неимущественные права, не подлежащие отчуждению или передаче (право авторства, право на имя), и права, ограниченно оборотоспособные (право опубликования, право на неприкосновенность). Важно было бы закрепить положение, в соответствии с которым первоначальные имущественные права на результаты творческой деятельности возникают всегда только у автора и могут перехо-

23

#### 1. Понятие и система исключительных прав

дуть к другим лицам лишь в порядке правопреемства, универсального или сингулярного.

Необходимо предусмотреть возможность установления изъятий из общих правил о правопреемстве в законодательстве об отдельных видах исключительных прав.

Представляется необходимым общим образом определить основания возникновения исключительных прав и способы их закрепления. В числе основных надо закрепить принципы регистрационной системы (конститутивной и факультативной), созидательской системы, системы, основанной на конфиденциальности (сохранении тайны) содержательного результата, и системы, основанной на общеизвестности длительного пользования объектом. Особо следовало бы оговорить условия, при которых закрепление исключительного права не допускается. К числу общих положений, безусловно, относится принцип действия исключительных прав во времени, срочности этих прав, и их действия в пространстве — территориальное действие права, непризнание прав, возникших под действием иностранного закона, за исключением случаев, предусмотренных международными договорами, независимость этих прав, даже при предоставлении охраны в силу международных договоров.

Большая группа общих положений относится к преемству исключительных прав, к их переуступке и предоставлению. Соответственно должны быть закреплены правила об универсальном и сингулярном правопреемстве. В этом ряду особая группа норм должна быть посвящена договорам об уступке права и лицензионным договорам.

Наряду с традиционными для таких договоров подлежит рассмотрению еще одна группа вопросов. Исключительные права на объекты, являющиеся результатом творчества, выполняют две разные функции. Наряду с первоначальной - обеспечения товарного оборота результатов интеллектуальной деятельности - они все больше начали выполнять функцию по защите социальных интересов автора. И это относится не только к личным неимущественным, но и к имущественным правам. Иногда между двумя функциями возникает коллизия. Задача заключается в том, чтобы установить разумный и справедливый компромисс.

Во взаимоотношениях автора и предпринимателя первый является слабой стороной и защитить его интересы может только государство. В этих целях допустимо ограничение государством «свободы» договора, когда автор формально добровольно, а фактически под экономическим давлением идет на ограничение своих прав. Закон может исключить условия договора, способные ущемить интересы автора. В целях обеспечения разумного компромисса должен быть регламентирован вопрос

24

Новая эра в охране исключительных прав

о сроках действия авторских договоров и о возможности переуступки прав. При этом ситуация в авторском и патентном праве будет разной.

Есть тенденция игнорировать двойственную функцию исключительных прав, проводя в жизнь приоритет товарного, рыночного начала. Об этом с несомненностью свидетельствует развитие нашего законодательства.

Между тем многие страны с безусловно развитой рыночной экономикой достаточно четко отражают социальное начало в своем законодательстве. Игнорирование социального начала — тенденция англоамериканского права, вообще не признающего личных неимущественных («моральных») прав. А французское и германское право, напротив, уделяют серьезное внимание учету социальных факторов. Следование в этом вопросе англо-американскому образцу не соответствует традициям нашего законодательства.

С учетом тех же факторов должна быть произведена регламентация еще по одному вопросу, значение которого все время возрастает, — режима служебных произведений, Трудовой договор здесь в большой мере замещает положения авторского договора. Право авторства, право на имя должны оставаться неотчуждаемыми, наниматель может приобрести лишь производные (не первоначальные) имущественные и - в допускаемых пределах - другие отчуждаемые права. Случаи и основания приобретения таких прав определяет само понятие служебного произведения, устанавливаемое договором. Но функция закона - в определении презумпции на случай отсутствия соответствующих положений в договоре, в установлении оснований признания результата труда «служебным». Эти нормы закона должны учитывать социальные интересы автора, в частности его интересы по получению вознаграждения.

Еще одна группа общих положений касается возможности ограничения исключительных прав в интересах общества и других лиц. Такие ограничения допустимы только в случаях, прямо названных в законе.

Важный подраздел общих положений - средства защиты исключительных прав, в том числе санкции за бездоговорные нарушения.

Наконец, общие положения должны определять систему законодательства об исключительных правах.

#### **4. Новая система законодательства об исключительных правах**

Новой системе права должна соответствовать новая система законодательства. Прежде всего необходимо преодолеть разобщенность нормативных актов об отдельных видах исключительных прав. Этому должны способствовать общие положения, относящиеся к исключительным правам, создание на основе этих общих положений и существ-

25

#### **I. Понятие и система исключительных прав \_\_\_\_\_**

вующих законодательных актов об отдельных видах исключительных прав системы законодательства.

Наличие общих положений предполагает существование акта, в котором они закрепляются. Ранее такого акта вообще не было. Это может быть Гражданский кодекс или какой-то специальный акт. Представляется, что при наличии Гражданского кодекса включение в него общих положений об исключительных правах является единственно правильным. Исключительные права относятся к гражданскому праву, и к ним должны применяться все общие положения, зафиксированные в ГК, с исключениями, прямо установленными законом. Только включение общих положений в ГК позволит полноценно добиться этого результата.

Общие положения имеют смысл, если они оказывают влияние на регламентацию отдельных видов исключительных прав. Значит, общие положения должны сопровождаться особенной частью, нормами об отдельных видах исключительных прав, которые содержат достаточно развитую и подробную регламентацию. Соотношение законодательства об общей и особенной частях может быть разным. Возможно несколько схем.

**Одна схема** - это обособление общих положений, помещение их в особый акт, и регламентация особенных положений в отдельных актах, благо традиция раздельных актов, посвященных отдельным видам исключительных прав, существует с момента возникновения регламентации.

Эта схема представляется ошибочной, хотя у нее большое число сторонников. Объективно она ведет к отрыву особенной части от общей, подрывает значимость последней, делает ее малоэффективной. В условиях, когда законодательные акты по отдельным видам исключительных прав приняты совсем недавно и выражают интересы соответствующих ведомств, последние готовы согласиться на общие положения при условии, что они не затронут уже действующие обособленные акты. Но в этом случае общие положения никому не нужны, ибо они представляют собой не академические упражнения, а практический инструмент приведения всего законодательства в систему. Без

изменения уже действующих актов об отдельных видах исключительных прав достичь этого невозможно.

**Второй вариант** - включение всей особенной части в один акт с общими положениями. Этот путь тоже представляется ошибочным. Во-первых, он совершенно нереалистичен, особенно если речь идет о ГК. С учетом огромного объема развернутой детальной регламентации все разумные пропорции регламентации Гражданским кодексом отношений

26

Новая эра в охране исключительных прав

разного рода были бы нарушены. Даже если бы речь шла не о ГК, а о другом законе, он стал бы практически необозримым.

Во-вторых, этот путь был бы неправильным по существу. Полная регламентация отдельных видов исключительных прав включает нормы не только гражданского, но и административного, процессуального, финансового и других отраслей права, т.е. имеет комплексный характер. Именно поэтому Конституция Российской Федерации особо выделяет «правовое регулирование интеллектуальной собственности». В Гражданский же кодекс могут быть включены нормы только гражданского права.

**Третий путь** - промежуточный. Он заключается в том, чтобы акт, содержащий общие положения, включил в себя и особенную часть, принципиальные положения о гражданских правах, посвященные отдельным видам объектов. Но одновременно существовали бы и специальные законы по отдельным видам объектов, пусть не всем, а отдельным, где требуется достаточно подробная, а главное, комплексная регламентация.

Именно этот последний путь представляется единственно правильным. По этому принципу строится гражданское законодательство вообще. Так, часть первая Гражданского кодекса содержит регламентацию принципиальных положений об акционерных обществах и вместе с тем предписывает издание специального закона. Такая система предпочтительна, в частности, потому, что она позволяет обеспечить органическое единство, координацию и увязку общих положений с особенными, построить правовой режим отдельных видов объектов на базе общих принципов. Вместе с тем появляется возможность учесть достаточно полно особенности отдельных видов объектов, детально урегулировать отношения по поводу конкретных разновидностей исключительных прав, создать комплексную регламентацию, обеспечив с помощью средств разных отраслей права необходимый конечный эффект.

Таким образом, оптимальным представляется сочетание общего акта, содержащего общую и особенную части, со специальными законами, конкретизирующими и развивающими положения особенной части.

В общем законе - в данном случае в ГК - должны содержаться нормы только гражданского права, притом желательно - все основные нормы. А специальные акты, воспроизводя эти нормы, будучи комплексными, включают также нормы административного, процессуального и т.п. отраслей права. Они могут быть и более детальными, охватывая и разновидности исключительных прав, не попавшие в особенную часть ГК.

Сказанное можно проиллюстрировать отдельными примерами. Так, Патентный закон содержит не меньше норм административного,

27

/ . Понятие и система исключительных прав

чем гражданского права. Их было бы неправильно включать в общий гражданско-правовой акт, в ГК. Но основу специального закона составляет органический комплекс норм разных отраслей права. Или в авторском праве. Еще в дореволюционное время в России было по существу три авторских закона — об авторском праве на литературные произведения, музыкальные произведения и произведения изобразительного искусства. Нынешний закон приспособлен в основном к литературным произведениям. Между тем существуют многие детали, касающиеся, например, музыкальных произведений, произведений изобразительного искусства, архитектурных произведений, которые сейчас остались вне регламентации Это - тоже задача специального закона об авторском праве.

Нерациональным представляется включение в общий закон деталей даже гражданско-правового характера - это задача специальных законов. Сказанное относится, например, к ограничениям исключительных прав (надо оговорить лишь их возможность, отослав к специальным законам), к определениям понятий или фиксации их признаков и т.п. Общий закон должен содержать именно наиболее важные, принципиальные положения. Тем самым была бы подчеркнута стабильность, даже

незыблемость таких положений и одновременно их совместное действие с детальной регламентацией, содержащейся в специальных законах.

Таким образом, задача сейчас заключается не только в изменении системы права, но и в создании соответствующей ей системы законодательства, Нужен общий акт с общей и особенной частями. Там, где в этом имеется потребность, в дополнение к нему подлежат принятию более детальные комплексные законы, посвященные отдельным видам исключительных прав.

Вопрос о конкретном содержании особенной части общего акта и специальных законов, их соотношения должен быть предметом специального рассмотрения.

5. Международное регулирование исключительных прав как фактор национального законодательства

В сфере исключительных прав международное регулирование имеет особое значение. Натуральные свойства нематериального объекта легко позволяют использовать его за границей и тем самым обойти запреты на использование, установленные национальным законодательством, имеющим лишь территориальное действие. В условиях интенсивного развития международных экономических и научно-технических связей предотвратить такие возможности особенно важно, что и составляет основную задачу международной регламентации.

28

Новая эра в охране исключительных прав

Один из важнейших приемов, используемых в этих целях, - унификация, установление в международных актах материальных норм, обязательных для национальных правовых систем, подлежащих включению в национальное законодательство стран — участниц соответствующих договоров. Иначе говоря, международное регулирование есть важный фактор, влияющий на национальное законодательство. Оно не только должно включать соответствующие правила, но и не может вводить новые правила, не соответствующие действующему международному регулированию, какими бы актуальными они ни представлялись. Здесь подлежит рассмотрению именно этот аспект международного регулирования.

Международное регулирование является очень своеобразным элементом правовой системы исключительных прав. Оно представляет собой результат компромисса между системами законодательства разных стран. Внесение изменений неизбежно разрушает эти компромиссы, требует корректировки законодательства не одной, а нескольких стран, соответствующего согласия, переоценки интересов хотя бы некоторыми странами. Проведение этой работы требует, как правило, больших усилий, новых компромиссов, значительного времени. Это относится и к материальным нормам, подлежащим включению в национальное законодательство. Поэтому международная регламентация создает в большой мере консервативный эффект.

Вместе с тем международные усилия позволяют выявить наиболее острые, неотложные проблемы развития, обобщить современные тенденции, подтвержденные опытом и анализом, и тем самым создать атмосферу, объективно имеющую эффект давления на национальное законодательство.

Проводимая работа толкает к изменению законодательства, правда, не всегда с учетом особенностей ситуации конкретной страны. С достигнутыми на международном уровне результатами приходится считаться и странам, не участвовавшим в этом процессе.

В международной регламентации наметилась принципиально новая тенденция, притом связанная именно с внесением изменений в национальное законодательство. Она направлена на преодоление факторов, тормозящих внесение изменений. Отныне все чаще некоторые международные организации, не дожидаясь внесения изменений в международные конвенции, подлежащие подписанию странами-участницами, сами принимают решения, обязательные для стран-участниц, предписывающие внести те или иные изменения в их национальное законодательство.

Особенно велико значение актов по многочисленным вопросам исключительных прав, принимаемых в форме директив ЕС, имеющих, как

29

/ . Понятие и система исключительных прав

известно, обязательную силу. Это - облегченный путь международного регулирования, требующий меньших, чем обычно, затрат времени и усилий, принципиально отличающийся от методов работы, применяемых в организациях, специально занимающихся исключительными правами (ВОИС, ЮНЕСКО). У него есть позитивные и негативные стороны.

С такими актами приходится считаться и странам, не участвующим в соответствующих организациях и потому для них формально не обязательными. Значимость в сфере интеллектуальной деятельности, имеющей интернациональный характер, стран, которые обязаны применять эти

решения, слишком велика, чтобы с ними могли не считаться другие страны. Необходимо также учитывать интерес, проявляемый к присоединению к соответствующим организациям, стран, еще не являющихся их участниками.

Если обратиться к содержанию международного правового регулирования, то надо отметить, что соответствующие акты по традиции относятся только к отдельным видам исключительных прав, не содержат обобщенных положений, направленных на преодоление разрозненной, обособленной правовой регламентации. Актов, относящихся ко всем видам исключительных прав, практически нет. В известной мере исключением является только Конвенция о создании Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС).

Однако некоторое движение в направлении обобщенной международной регламентации все же наблюдается. Соглашение о связанных с торговлей аспектах прав на интеллектуальную собственность, заключенное в рамках ГАТТ1, содержит попытку объединить в одном акте регламентацию правового режима большого числа видов объектов исключительных прав авторского права, смежных прав, товарных знаков, географических обозначений, промышленных образцов, патентов на изобретения, интегральных микросхем, охраны нераскрытой информации, контра» за недобросовестной конкуренцией в договорных лицензиях, Пев это только более или менее механическое объединение, лишь с зачатками общих правил.

Видите, более глубокая правовая регламентация общих положений ж международном уровне на данном этапе не вызывается острой потребностью, условия для нее еще не созрели. Очередные же задачи в этой сфере заключаются в модернизации действующих актов по отдельным видам исключительных прав, замене отдельных, явно архаич-

1 Имеется ввиду Соглашение о торговых аспектах прав на интеллектуальную собственность, принятое в 1994 г, часто именуемое в литературе Соглашением ТРИПС (от англ Agreement on Trade – Related Property Rights). -Прим ред.

30

Новая эра в охране исключительных прав

ных, актов, преодолении образовавшихся пробелов. Но перспективная тенденция, которую можно констатировать с определенностью, достаточно симптоматична.

В процессе развития и совершенствования национального законодательства необходимо совершенно отчетливо учитывать тенденции развития международной регламентации. Одновременно надо понимать, что национальное законодательство должно в чем-то опережать международную регламентацию, прокладывая ей дорогу.

\* \* \*

Рассмотренные положения о принципиальной схеме регламентации исключительных прав на нынешнем этапе развития, представляется, должны быть положены в основу современной правовой системы.

Однако не все рассмотренные положения могут быть в настоящее время полностью реализованы ~ по разным причинам. Одни - требуют изменений в международном регулировании. Это касается, например, программ для ЭВМ, суть которых требует определения их правового режима не в рамках авторского права на литературные произведения, а в рамках системы «особого рода».

Другие положения требуют еще некоторого времени, созревания условий, накопления опыта. Это относится, например, к обобщенной категории биологических достижений и изъятию некоторых видов объектов из-под охраны патентным правом, перемещению их охраны в другую систему. То же распространяется и на включение «продюсерских прав» в общую систему охраны результатов творческой деятельности. Только опыт позволит определить детали, без которых подлинная правовая регламентация невозможна.

Но общая тенденция, общая правовая схема должна последовательно проводиться с решительностью и определенностью. Этого требуют насущные потребности общественного развития.

Пен. по: Право и экономика, 1995. № 15-16. С. 28-39.

## СХЕМА

Система исключительных прав

(объекты и соответствующие им средства охраны)

1-3.1. РЕЗУЛЬТАТЫ ТВОРЧЕСКОГО ТРУДА

4-5.1. РЕЗУЛЬТАТЫ КООРДИНАЦИОННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ (продюсерские права)

Комплексный синтетический результат Элементы охраняются традиционными исключительными правами

6-7.1. СРЕДСТВА

ИНДИВИДУАЛИЗАЦИИ

творчество не обязательно

~Щр^—^Щ^^Щ^ЩЩ^ш

8.1. НЕМАТЕРИАЛЬНЫЕ

ПРАВА И ИНТЕРЕСЫ ЛИЧНОСТИ имеют публичный характер

1-2.2. ПРИОРИТЕТНОЕ ЗНАЧЕНИЕ СУЩЕСТВА возможно независимое повторное создание

3.2. ПРИОРИТЕТНОЕ ЗНАЧЕНИЕ ФОРМЫ

4.2. ПРИОРИТЕТНОЕ ЗНАЧЕНИЕ СУЩЕСТВА

5.2. ПРИОРИТЕТНОЕ ЗНАЧЕНИЕ ФОРМЫ включая смежные права

:^^Pг^^P^^3^P^

1.3. Регистрационная система Регистрация конструктивна (изобретение, полезная модель, промышленный Образец, биологические объекты, программы для ЭВМ-см 3.3)

2.3. Система конфиденциальности. Факт сохранения коммерческой тайны на данные:

а) ноу-хау,

б) информационные данные

3.3. Созида-тельская система. Факт существования в

объективной форме уникального объекта (произведения, охраняемые авторским или исполнительским правом)

4.3. Система конфиденциальности. Факт сохранения данных (ноу-хау) в тайне (данные о новых комплексных объектах техники)

5.3. Созида-тельская система.

Факт существования в объективной форме уникального объекта (звукозаписи и видеозаписи. Радио-и телепередачи)

6.3 Регистрационная система

Регистрация

конститутивна (товарные знаки, фирменные наименования, наименования мест происхождения)

7.3 Система общеизвестности Фиксация права

без регистрации

(коммерческие

обозначения)

8.3 Система закрепления неимущественных прав и благ Права закрепляются законом (без юридических фактов) Права непередаваемы

^Щ^^^Щ?\*>~Щ%^ЗЩ^^Щ!^\_

1.4.1. Исчерпывающий жесткий перечень объектов 1 4.2 Четкие

формальные признаки каждого объекта

1 4 з Государственное закрепление охраны каждого объекта, экспертиза, установление новизны, приоритета, других признаков объекта. Система экспертизы зависит и от характера

объекта 1.4.4. Право на закрепле-ние охраны

2.4.1. Нет четкого перечня объектов

2 4 2 Нет фиксированных признаков

2.4.3. Факт обладания конфиденциальными (необщеизвестными) данными. Факт устанавливается без четких критериев

2.4.4. Право на получение защиты

3 4.1. Перечень объектов примерный

3.4.2. Есть общие признаки

3.4.3. Факт создания объекта, обладающего установленными признаками. Нет обязательной регистрации. Возможна факультативная регистрация, имеющая процессуальное значение презумпции

3.4.4. Право на охрану

4.4.1. Нет четкого перечня объектов

4.4.2. Нет фиксированных признаков

4.4.3. Факт обладания конфиденциальными (необщеизвестными) данными. Факт устанавливается без четких критериев

4.4.4. Право на получение защиты

5.4.1. Исчерпывающий жесткий перечень объектов

5.4.2. Есть общие признаки

5.4.3. Факт создания объекта, обладающего установленными признаками. Нет обязательной регистрации. Возможна факультативная регистрация, имеющая процессуальный характер презумпции

5.4.4. Право на охрану

6.4.1. исчерпывающий жесткий перечень объектов 6.4.2 Четкие формальные признаки каждого объекта

6.4.3 Государственное закрепление охраны каждого объекта, экспертиза, установление новизны, приоритета, других признаков объекта. Система экспертизы зависит и от характера объекта

6.4.4. Право на закрепление охраны

7.4.1 Исчерпывающий жесткий перечень объектов

7.4.2 Нет фиксированных признаков

7.4.3. Широкая распространенность открытого использования. Факт устанавливается без четких критериев

8.4. Особая правовая система - закон закрепляет права и блага за всеми субъектами определенного вида

Обособление не требуется

Нет четкого перечня объектов и их фиксированных признаков

7.4.4. Право на получение охраны

34-35??

## I. Понятие и система исключительных прав

### Комментарий к схеме «Система исключительных прав»

Вступление в новую эру охраны исключительных прав, безусловно, состоялось, хотя это осознано недостаточно. Новая эра получила выражение во многих реальных фактах.

Во-первых, получили закрепление общие черты правового режима, свойственные всем исключительным правам, появилась общая часть, всегда в них внутренне заложенная и для начала выражавшаяся лишь в едином термине. Такая единая категория, как «исключительные права» (это не просто термин), уже закреплена сейчас в Гражданском кодексе Российской Федерации - и в первой, и во второй части. В Кодекс включено даже основание их первичной классификации.

Во-вторых, на базе общих положений сформировалась и единая система отдельных видов исключительных прав, ранее разрозненных и разобщенных, их особенной части, выявилась зависимость присущих им черт от свойств объекта и ряда других факторов. Соответственно новой системе прав должна строиться и новая система законодательства

Отсутствие такой четко выраженной системы не дефект чисто академического характера. Это приводит к многочисленным практическим трудностям, когда новые виды объектов получают неадекватную охрану, не позволяющую надлежащим образом защитить интересы правообладателей.

Систему исключительных прав с зависимостью правового режима объектов от ряда факторов можно представить графически в виде Схемы. Некоторый комментарий к ней позволит сформулировать ряд принципиальных положений и наметить некоторые тенденции развития. Комментарий строится применительно к рубрикам Схемы по вертикали. Для обозначения прав на результаты интеллектуальной деятельности и примыкающие к ним нематериальные объекты используются два термина - «интеллектуальная собственность» и «исключительные права». Оба этих термина использует Кодекс (ст. 2, 8, 128, 138 и т.д.), причем второй из этих терминов применяется чаще и имеет преимущественное значение. Именно этот термин используется и в названии Схемы.

Термин «право собственности» используется тысячелетия. Традиционно он относится к вещам, ограниченным в пространстве, - природным объектам и результатам материального производства. Право собственности составляет юридическую основу пуска таких материальных вещей в экономический оборот, закрепляя абсолютное право на такие вещи, составляющее исходную предпосылку этого оборота.

36

### Комментарий к схеме «Система исключительных прав»

Между тем правовой режим в большой мере определяется натуральными свойствами объекта, на нематериальные объекты невозможно распространить правовой режим, установленный для вещей. Материальный объект ограничен в пространстве, и его использование связано с владением, физическим обладанием. Поэтому он может быть одновременно использован одним лицом или ограниченным кругом лиц. Соответственно распоряжение материальным объектом может быть произведено лишь с прекращением прав прежнего собственника и право на него будет закреплено только за одним лицом.

Нематериальный объект никак не ограничен в пространстве, никакого «владения» им существовать не может. Он может быть использован одновременно неограниченным кругом лиц. Распоряжение нематериальным объектом может сочетаться с сохранением права использования за первообладателем и с наделением правом использования нескольких лиц.

Защита права на материальный объект может быть произведена с его изъятием в натуре, а изъятие в натуре нематериального объекта невозможно. Действие права на материальный объект связано с его положением в пространстве, нахождением на территории определенного государства. А нематериальные объекты могут быть по своим натуральным свойствам использованы повсеместно, поэтому для них важен территориальный характер действия права. Нематериальные объекты не подвергаются физической амортизации, поэтому права на них имеют срочный характер и т.п. Весь юридический механизм действия прав разный.

Для того чтобы пустить результаты интеллектуальной деятельности в экономический оборот, на них нужно закрепить абсолютное право, аналогичное праву собственности по функции, но оно не может не иметь другого юридического содержания. Исключительное право выполняет в отношении нематериальных объектов ту же функцию, что и право собственности в отношении материальных. Оно и есть абсолютное право на нематериальные объекты, только использующее в соответствии с натуральными свойствами объекта другие правовые средства, чем право собственности.

Термин «интеллектуальная собственность» представляется юридически недостаточно корректным.



Он может создать впечатление о распространении на результаты интеллектуальной деятельности и вообще на нематериальные объекты режима, установленного законом для права собственности. Это впечатление было бы ошибочным.

Права на нематериальный объект выполняют ту же экономическую функцию, что и право собственности в отношении материальных вещей. Этот термин имеет и определенный политический смысл, обозначая

37

#### I. Понятие и система исключительных прав

закрепление за создателем результата интеллектуальной деятельности прав, в течение тысячелетий известных как наиболее надежные. Поэтому употребление этого термина в политических документах, фиксирующих права человека, допустимо. Но это не относится к юридическим категориям.

Парадокс заключается в том, что особая категория для нематериальных результатов интеллектуальной деятельности появилась потому, что право собственности не годится для этого объекта, она появилась вместо права собственности, хотя и для выполнения той же, прежде всего экономической, функции. Но для этого используется совершенно другой правовой механизм.

Применение того же термина может привести к недоразумениям.

Термин «интеллектуальная собственность», как и всякий термин, условен. Он стал уже достаточно привычным, его употребляют и в международных актах, и в документах политического характера. Его применение правомерно, если относиться к нему как к условному, имеющему политическое и экономическое, но не юридическое содержание. Юридически гораздо более точным является другой термин, тоже широко употребляемый и в национальном законодательстве, и в международной практике, - «исключительные права».

#### I. Объекты исключительных прав

1. Все объекты исключительных прав характеризуются некоторыми вполне определенными свойствами.

Во-первых, все они имеют нематериальный характер. Самое появление этой категории обусловлено этим фактом.

Во-вторых, этот нематериальный объект должен иметь коммерческую ценность, выступать в качестве объекта экономического оборота, без этого нет смысла закреплять на него исключительное право. При этом, однако, надо сделать две оговорки. На объект в ряде случаев закрепляется не одно, а несколько правомочий. И некоторые из них могут быть неотчуждаемыми (см. ниже).

Коммерческую ценность представляет использование объекта, поэтому отчуждаемым является именно право использования.

Вторая оговорка заключается в том, что один из видов исключительных прав является неотчуждаемым. Этот вид исключительных прав будет предметом специального рассмотрения. Так или иначе, всякое изъятие из принципа отчуждаемости исключительных прав должно быть прямо и специально оговорено в законе.

В-третьих, ценность объекта обусловлена тем, что он имеет эстетическое или информационное (в широком смысле) содержание. Эсте-

38

#### Комментарии к схеме «Система исключительных прав»

тическая ценность связана, как правило, с художественными достоинствами, с тем, что объект представляет собой произведение искусства. Информационное содержание представляет собой ценность, если использование объекта позволяет получить практически полезный эффект, а потому обладание им, особенно монопольное, приносит те или иные выгоды (экономические, технические и т.п.).

В-четвертых, объект должен поддаваться обособлению от смежных, иначе невозможно определить, на что лицо имеет право. Способы обособления могут существенно различаться (см. ниже). В некоторых случаях те объекты, которые имеют информационное содержание, могут быть обособлены только путем сохранения в тайне.

Все названные признаки составляют условие введения охраны объекта. Но для того чтобы объект стал охраняемым, каждый раз необходимо специальное указание закона как о самой охране, так и о порядке ее предоставления. Без такого указания охраны нет. Общий принцип заключается в том, что все нематериальные объекты могут свободно, без чьего бы то ни было разрешения и безвозмездно использоваться любым лицом, кроме случаев, прямо установленных законом. Только закон может устанавливать такое изъятие - именно оно и означает введение специальной охраны. Без этого не

может быть «объекта» охраны. Охрана означает запрет, который может быть установлен только прямым указанием закона.

2. Существует внутренняя зависимость между свойствами объекта и его правовым режимом.

Поэтому классификация объектов исключительных прав по видам очень важна.

Первичная классификация таких объектов наметилась достаточно давно, и в настоящее время она закреплена в Кодексе. Статья 138 делит их на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации товаропроизводителей и товаров.

Традиционно к результатам интеллектуальной деятельности относились творческие результаты, такие, как произведения, охраняемые авторским либо исполнительским правом, изобретения, полезные модели, промышленные образцы, биологические объекты, программы для ЭВМ. К средствам индивидуализации относятся товарные знаки, фирменные наименования и коммерческие обозначения, наименования мест происхождения товаров.

Отличия между этими двумя группами достаточно существенны. Для признания объекта, относимого к результатам творческой деятельности, необходимо, чтобы он выражал творческое начало. Критерии его определения могут быть различны, но при отсутствии творчества он не может быть признан охраняемым. На результаты творческой деятельно-

39

I. Понятие и система исключительных прав

сти есть право авторства, за авторами могут закрепляться личные неимущественные права, равно как и социальные права.

Для охраны средств индивидуализации творчества не требуется, на них не закрепляется право авторства, создатели средств индивидуализации не пользуются защитой социальных интересов.

Впрочем, некоторые личные неимущественные права могут быть и здесь.

К творчеству способен только человек. Поэтому было бы естественно, чтобы право авторства закреплялось за физическими, но не за юридическими лицами и было непередаваемым. При этом следует различать авторство и право авторства - закон может устанавливать ситуации, при которых за реальным автором не закрепляется право авторства, которое он мог бы защищать. Все права юридического лица было бы правильно признавать производными, но не первоначальными.

Творческий характер результата влечет за собой еще одно последствие. Результаты, полученные как итог функционирования технических средств, не охраноспособны. Автором такого результата не может быть признана ни бездушная машина, неспособная к творчеству, ни ее создатель (последний может иметь только права на изобретения, составляющие техническое средство), ни автор программы (в случае ЭВМ), на основании которой получен результат (может быть право на программу), ни оператор технического средства или его собственник и т.п. Такой результат вообще не может быть признан охраноспособным.

Более того, аналогичный результат, полученный человеком без применения технического средства, тоже не может быть отнесен к числу охраноспособных. Если речь идет об изобретении, решение должно быть признано не имеющим изобретательского уровня, а если о произведении, то при уникальности его характера человек не может создать точно такой же результат, что и машина.

Признание объекта охраноспособным зависит от того, служит ли техническое средство инструментом для творчества человека или человек лишь обслуживает техническое средство.

Исключительное право возникает лишь в первом случае.

3. На двух видах исключительных прав развитие не остановилось. Система исключительных прав обогатилась новыми видами.

Резко увеличилась сложность интеллектуальной деятельности. Все большую значимость приобретают комплексные объекты, имеющие синтетический характер, которые могут быть результатом только коллективных усилий. Такие результаты интеллектуальной деятельности появляются все шире и в сфере искусства, и в сфере производства. Самолеты, сложная технология, ЭВМ, звукозапись, телевизионная передача, кинофильмы несомненно являются результатом коллективной дея-

40

Комментарий к схеме «Система исключительных прав»

тельности, хотя их элементом могут быть отдельные творческие достижения.

Выяснилось, что интеллектуальная деятельность - весьма широкое понятие. Творчество, которое может исходить только от отдельного человека, представляет собой лишь одну ветвь. Комплексный объект чаще всего является результатом коллективной деятельности. Его элементы будут охраняться

традиционными исключительными правами, а комплексный синтетический результат нуждается в отдельной охране. В коллективной деятельности определяющее значение имеет сочетание индивидуального творчества с организационным, координирующим началом. Организационная деятельность сочетается с индивидуальным творчеством, в частности с деятельностью руководителя коллектива, который нацелен не только на организационную деятельность, но и на результат. Комплексный синтетический результат имеет высшую коммерческую ценность, более того, выходит на первый план. Он, как таковой, независимо от составляющих его элементов выступает на рынке, образуя новый вид объекта исключительных прав. Возникла потребность и в новом виде исключительного права, появление которого - свершившийся факт. Такие права можно назвать «продюсерскими». Они, даже как первоначальные, могут принадлежать юридическим лицам. Одно из последствий недооценки роли правовой охраны коллективных результатов интеллектуальной деятельности - умаление прав индивидуальных авторов, охраняемых традиционными исключительными правами, ущемление их интересов.

4. Еще один вид объектов исключительных прав включен в их число совсем недавно. Это права и свободы человека и другие нематериальные блага, принадлежащие личности. К ним относятся как физическая неприкосновенность личности (жизнь, здоровье, личная свобода, свобода передвижения, выбор места пребывания и места жительства и т.п.), так и внутренний мир личности, ее интересы (личная и семейная тайны, невмешательство в частную жизнь, честь и достоинство и т.п.). Естественно, что все эти права не отчуждаемы и не передаваемы. Они относятся к числу политических прав, которые защищаются средствами всех отраслей права. Это все права публичного характера, они не включают совершения положительных гражданско-правовых действий, их позитивное содержание находится вне гражданского права. Основанием их возникновения являются не юридические факты, а прямое указание закона, их порождает самый факт существования личности.

Гражданское право выполняет только защитную функцию ~ служит средством защиты от нарушений со стороны третьих лиц, хотя такие нарушения не есть гражданско-правовой деликт.

Существует не-

41

#### I. Понятие и система исключительных прав

сколько гражданско-правовых способов защиты этих прав. Во-первых, это восстановительные средства. Они применяются независимо от вины нарушителя. Во-вторых, это превентивные средства. Наконец, в-третьих, закон предусматривает имущественную компенсацию морального вреда, которую надо отличать от возмещения убытков. Обязательным условием компенсации является вина нарушителя. Карательные меры предусматриваются другими отраслями права.

С тех пор как такие нематериальные блага защищаются гражданским правом, их тоже можно отнести к объектам исключительных прав. Ввиду специфики правового режима рубрика Схемы, посвященная этому объекту, отделена от остальных рубрик некоторым промежутком.

#### II. Классификация объектов интеллектуальной деятельности

Результаты интеллектуальной деятельности распадаются на две группы - объекты, для которых приоритетное значение имеет форма результата и существо результата. Это деление распространяется как на результаты творческого труда, так и на объекты продюсерских прав. Рассматриваемая классификация имеет существенное практическое значение, ибо она определяет способы обособления объекта и порядок закрепления прав на него. Такая зависимость становится особенно очевидной в связи с возможностью независимого, помимо первоначального автора, повторного создания объекта другим лицом. При этом повторное создание следует отличать от воспроизведения. Этот критерий имеет значение и для охраны способов индивидуализации. Опыт человечества показывает, что повторное создание объекта, для которого существенное значение имеет форма, другим, кроме первоначального автора, лицом практически невозможно. Это относится как к индивидуальным результатам творческой деятельности, так и к коллективным результатам интеллектуальной деятельности - объектам продюсерских прав. Не могут быть повторно созданы те же стихи, звукозапись или радиопередача. Следовательно, никаких специальных действий по обособлению таких объектов не требуется - их обособляет форма сама по себе. По той же причине не нужны и специальные акты закрепления прав. Основанием их возникновения является сам факт создания произведения. Эту систему можно назвать «созидательской».

Объект, имеющий ценность в связи со своим существом, вполне может быть создан повторно, независимо от первого создателя, другим лицом. Более того, такое повторное создание неизбежно,

если к тому есть общественная необходимость. Поэтому для установления правовой охраны требуются некоторые специальные мероприятия по обособлению объекта. Более того, закрепление права возможно только в резуль-

42

#### Комментарий к схеме «Система исключительных прав»

тате специального, особого в каждом отдельном случае, акта государства, завершающегося регистрацией. Такая система может быть названа «регистрационной».

Существуют факторы, в силу которых иногда изложенные принципы требуют гибкого подхода. Так, в некоторых случаях объектом является форма, но не конкретная форма реального производства, а типические черты этой формы, как, например, у промышленных образцов. Здесь вполне возможно повторное независимое создание объекта. В этих случаях тоже нужна регистрационная система. Как уже отмечалось, было бы ошибочным представление об охране авторским правом и формы, и существа произведений науки. Авторское право на научное произведение, обладая некоторой спецификой, тем не менее охраняет только его форму (если быть точным, объектом является произведение научной литературы), никак не затрагивая его существа.

Две ветви - охрана формы и охрана существа - существуют параллельно и относятся к разным объектам. Попытки правовой охраны научных открытий, не говоря уже о стремлении ввести правовую охрану научных результатов вообще, оказались несостоятельными.

#### III. Основания охраны

Выше уже отмечались два основания предоставления охраны — со-зидательская система (правда, допускающая факультативную регистрацию) и регистрационная система.

Регистрационная система применяется прежде всего к содержательным достижениям и предполагает выполнение ряда формальностей лицом, претендующим на охрану (обращение по определенной форме к органу, предоставляющему охрану, экспертиза, принятие решения о предоставлении охраны). Охрана возникает только в результате принятия такого решения, имеет конститутивное значение.

Это вовсе не значит, что автор творческого решения до выдачи ему правоустанавливающего документа беззащитен. Он имеет право на получение охраны и выдачу ему охранного документа, и это право подлежит защите. Получение охраны требует соблюдения определенной процедуры, выполнения ряда требований. При невыполнении этих требований право на получение охраны исчезает и охрана уже не может возникнуть. Факт создания решения порождает только это промежуточное и в какой-то мере условное, а не окончательное право. Поэтому в п. 5 ст. 8 ГК РФ допущена неточность, когда к основаниям возникновения гражданских прав она относит «создание» изобретений. Создание изобретения непосредственно порождает только административное, но не гражданское право, притом еще достаточно нечеткое.

43

#### / . Понятие и система исключительных прав

Созидательская система означает, что охрана возникает в результате создания произведения.

Никаких дополнительных действий для возникновения охраны не требуется. Не нужно и выполнение каких-либо формальностей. Охрана возникает автоматически. Эта система применима к результатам, для которых существенна форма.

Вместе с тем в некоторых случаях закон предусматривает регистрацию «формальных» результатов. Такая регистрация имеет для целей авторского права не обязательный, а факультативный характер. И ее значение чисто процессуальное. Наличие регистрации облегчает доказательство существования права. Более того, регистрация влечет за собой презумпцию существования права - право считается принадлежащим зарегистрированному в качестве правообладателя лицу, доколе не доказано иное. Бремя доказывания противного лежит на оспаривающем это право лице.

Однако развитие выявило, что в некоторых случаях регистрационная и созидательская системы недостаточны. Для результатов интеллектуальной деятельности, имеющих содержательный характер, имеется потребность в закреплении абсолютных прав на объекты, не обособленные или даже не поддающиеся обособлению на основе четких формальных признаков. Единственным способом обособления таких объектов является сохранение их конфиденциальности, и эта конфиденциальность одновременно составляет содержание правовой охраны, производное от неприкосновенности личной сферы субъекта. С помощью конфиденциальности в этом случае охраняется объект, именуемый «ноу-хау», который может относиться к любой сфере, независимо от своего профиля. Однако ввиду некоторой необычности результата и неопределенности объекта этот термин часто используется и для обозначения системы охраны.

Естественно, что к ноу-хау не применяются такие высокие требования к творчеству, как к изобретению. Но все же определенная мера качественных требований к нему тоже должна предъявляться, иначе он окажется неразличимым от объекта, самостоятельно созданного другим лицом.

Можно выделить две разные группы ноу-хау. Одна - это результаты, полученные при индивидуальной интеллектуальной деятельности, которая по тем или иным причинам не была или даже не могла быть признана изобретением (например, организационное решение). Вторая группа - это сложный комплексный синтетический результат, полученный в результате коллективной деятельности. Такие результаты, ввиду невозможности их четкого формального определения, могут охраняться только как ноу-хау. Поэтому ноу-хау как особый вид объекта выполняет ^сколько функций.

44

#### \_\_\_\_\_ Комментарий к схеме «Система исключительных прав» \_\_\_\_\_

Ноу-хау имеет еще одну особенность. Его охрана может иметь своим содержанием два разных вида правомочий. Может закрепляться право использования решений, но может закрепляться только право информации - право передачи сведений о нем третьим лицам. В первом случае охрану можно было бы назвать «ноу-хау использования», во втором - «ноу-хау информации».

Наконец, еще одно основание закрепления охраны, которое касается, однако, лишь способов индивидуализации. В принципе право на способ индивидуализации должно закрепляться по регистрационной системе. Но иногда, в силу многолетней традиции, средство индивидуализации оказывается общеизвестным, не будучи никак зарегистрированным. Оно обозначает определенного товаровладельца или товар. Закон может в порядке исключения установить, что такая общеизвестность есть основание закрепления права. В этом случае общеизвестность - четвертый возможный тип оснований предоставления охраны.

Различия в правовом режиме определяют разные виды объектов исключительных прав. Отдельные виды объектов названы в Схеме, но детальный анализ их правовых режимов в настоящем комментарии невозможен.

#### IV. Предоставление охраны

Основные черты системы предоставления охраны уже так или иначе отмечались ранее в другой связи. Дополнительно важно проследить только некоторые связи и взаимозависимости.

Если охрана предоставляется на регистрационной основе, закон устанавливает четкие требования к объекту, определяя их исчерпывающий перечень, равно как и четкие формальные признаки каждого из них. Без этого, кроме всего прочего, не смог бы работать орган, осуществляющий регистрацию.

Если охрана предоставляется по созидательскому принципу, то требования к объекту устанавливаются законом, но они имеют менее жесткий, достаточно обобщенный характер. Есть общие признаки объектов определенного вида, они призваны обеспечить возможность контроля за правомерностью получения охраны, при этом спорные вопросы будет решать суд, имеющий достаточную свободу усмотрения.

Если охрана предоставляется на базе конфиденциальности, то нет ни четкого перечня объектов, ни, естественно, фиксированных признаков этих объектов. Факт сохранения конфиденциальности, являющейся основанием для существования защиты, тоже устанавливается без четких критериев.

45

#### I. Понятие и система исключительных прав

Соответственно можно терминологически различать: «закрепление» охраны, когда имеется специальный акт, в соответствии с которым охрана начинает действовать; «право на охрану», когда действие охраны возникает автоматически, в силу соответствия объекта общим требованиям, установленным законом; наконец, речь может идти о праве на «получение» охраны (может быть, точнее - защиты), когда охрана начинает действовать автоматически в силу факта сохранения необщеизвестности (конфиденциальности) сведений об объекте.

#### V. Характер прав

Традиционные исключительные права (авторское, патентное и т.п.) предоставляют обладателю абсолютную охрану. Это означает, что правообладатель охраняется при всех условиях, оценивается только объективный факт использования охраняемого объекта, охрана производится независимо от вины нарушителя, от каких бы то ни было субъективных обстоятельств, связанных с лицом, осуществляющим использование, они во внимание не принимаются. Скажем, если при наличии запатентованного изобретения другое лицо, которое не знало и не могло знать о выданном патенте,

самостоятельно создало аналогичное решение, оно не вправе осуществлять использование, ибо изобретение уже охраняется. Иначе говоря, в данном случае можно говорить об охране объекта. Осуществляется его абсолютная охрана при всех условиях, независимо от субъективных факторов. Иначе обстоит дело по новым системам, базирующимся на конфиденциальности. Там субъективные и другие привходящие факторы играют существенную роль. Ноу-хау охраняется только при нарушении конфиденциальности. Если другое лицо самостоятельно создало аналогичное решение, это другое лицо имеет полное право его использовать, наличие ноу-хау не является препятствием. Более того, если этот «второй» создатель сообщит созданное им решение третьему лицу, это последнее тоже вправе осуществлять его использование. Ноу-хау, строго говоря, предохраняет его обладателя лишь от неправомерного проникновения в его «личную» сферу - от сообщения его контрагентом сведений, переданных на условиях конфиденциальности, третьим лицам; от неправомерного раскрытия охраняемой коммерческой тайны, например, методами промышленного шпионажа.

Значит, в этом случае правомерно говорить не об абсолютной «охране» объекта, а о «защите» прав и интересов субъекта. Естественно, что такое различие возможно только в случае, когда объект имеет содержательный характер.

46

#### \_\_\_\_\_ Комментарий к схеме «Система исключительных прав» \_\_\_\_\_

Таким образом, можно констатировать существенно различные правила Вторая группа прав, строго говоря, выходит за рамки традиционных исключительных прав, эти права следовало бы квалифицировать как «квазиисключительные».

#### VI. Правомочия по исключительным правам

Принято выделять две группы правомочий по исключительным правам - личные неимущественные и имущественные. Однако это деление безусловно не относится к правам на средства индивидуализации - там личных неимущественных прав нет вообще.

Но и в пределах прав на результаты интеллектуальной деятельности дела обстоят по-разному. Право авторства, например, присуще только результатам творческого труда, и то только тем, где осуществляется охрана объекта, а не защита; его нет, например, в праве на ноу-хау. Применительно к ноу-хау может существовать авторство, но не право авторства

Авторство всегда имеет индивидуальный характер, поэтому право авторства может принадлежать только физическим лицам. Принято считать, что право авторства призвано служить моральным поощрением автора, моральным стимулом. Это не вполне так. Оно выполняет и экономическую функцию. Право авторства служит точкой первоначального отсчета исключительного права, а потому служит установлению правомерности правообладания. Вместе с тем право авторства при регистрационной системе возникает только с момента регистрации, до того существует только авторство.

Шире распространено право на имя. Оно может быть установлено для прав на все результаты интеллектуальной деятельности, в том числе и для продюсерских прав. Право на имя могут иметь и юридические лица.

Принято считать, что характерным признаком личных неимущественных прав является их непередаваемость. Это действительно относится к праву авторства и праву на имя. Но к личным неимущественным относят и другие права. В связи с ними выясняется, что либо признак непередаваемости должен быть отвергнут, либо эти права не следует признавать неимущественными. Это относится к праву опубликования и к праву на неприкосновенность произведения по авторскому праву.

Набор правомочий применительно к разным объектам не совпадает. На объекты, существенной чертой которых является форма, устанавливается право на неприкосновенность произведения (или его модификаций), такое, как защита от искажений. В число прав на объекты, для

47

#### \_\_\_\_\_ I. Понятие и система исключительных прав \_\_\_\_\_

которых приоритетное значение имеет существо, право на неприкосновенность входить не может, это затормозило бы прогресс, дальнейшее развитие.

В число правомочий на объекты, для которых существенна форма, входит право на опубликование. Опубликование является необходимым условием использования, без опубликования использование невозможно, хотя опубликование может производиться и вне использования; возможно опубликование без использования, но без опубликования использование невозможно. Это правомочие для объектов, имеющих содержательный характер, замещается правом на обращение за

регистрацией, особенно с учетом того, что регистрация сама по себе имеет последствия публикации. Использование таких объектов никак не связано с их опубликованием.

Право на неприкосновенность произведения и право на его опубликование, относимые к неимущественным, не просто влекут за собой имущественные последствия, но и безусловно являются отчуждаемыми, во всяком случае в существенных частях.

К числу имущественных прав относятся право использования и право распоряжения этим использованием. Это абсолютные права на нематериальный объект при отсутствии права владения. Названные правомочия присущи режиму всех видов объектов исключительных прав, ради них и вводится категория исключительных прав. В них, собственно, и заключается смысл установления этой категории. Различия относятся только к формам и способам использования, рассмотрение которых выходит за рамки возможностей настоящего комментария. Право использования состоит в возможности правообладателя монопольно совершать действия по коммерческой эксплуатации объекта, приносящие имущественные выгоды, и запрете всем третьим лицам совершать такие действия без разрешения правообладателя. Выдача правообладателем таких разрешений есть примыкающее к праву использования распоряжение этим правом. Право распоряжения исключительным правом имеет две формы: отчуждение права использования, т.е. полная передача его другому лицу, с прекращением прав прежнего правообладателя, и выдача разрешения (лицензии) на такое использование, когда прежний правообладатель сохраняет свои права хотя бы частично. Лицо, осуществляющее использование объекта исключительного права, не будучи правообладателем, именуется «пользователем». При многообразии форм использования «пользователь» вправе осуществлять только те виды использования, которые прямо разрешены ему правообладателем и только в установленных им пределах.

48

Комментарий к схеме «Система исключительных прав»

От пользователя надо отличать «потребителя» объекта — лицо, осуществляющее потребление продукции, произведенной пользователем. Таким потребителем является, например, читатель книги, содержащей охраняемое произведение и изготовленной пользователем (издательством); покупатель изделия, в котором применено изобретение, использованное изготовителем, и т.п.

Для потребителя законодательство об исключительных правах никаких ограничений не устанавливает.

Право использования и право распоряжения передаваемы, однако при существовании права авторства все первоначальные права, в том числе и имущественные, всегда принадлежат автору, права всех других лиц, в том числе права на служебные результаты, закрепленные за нанимателем автора, производны.

Существует разная логика возникновения первоначальных прав на результаты материального производства и духовной деятельности. Труд в сфере материального производства, достаточно обезличен, поэтому естественно закрепление первоначальных прав за собственником средств производства, нанимателем работника. Иначе обстоит дело с результатами духовной деятельности. Даже будучи получены наемным работником, они носят следы его личности, которую неправильно вовсе обособлять от прав на созданный ею результат. За нанимателем при определенных условиях могут сразу же закрепляться права, но только производные.

Всякие ограничения исключительного права и его распоряжением могут быть установлены только законом. Они получили отражение в Схеме лишь в части, касающейся личных неимущественных прав. Но существуют и еще некоторые основания для ограничений.

Исключительные права возникли для обслуживания потребностей коммерческого оборота, рыночного начала. Но творческие работники в процессе борьбы за свои интересы сумели добиться привлечения механизма исключительных прав для выполнения еще одной функции - социальной, имеющей имущественный характер. Это может быть сделано только за счет правообладателей, путем ограничения принадлежащих им исключительных правомочий. Нужен разумный компромисс. Справедливое соотношение между рыночным и социальным началами меняется в зависимости от характера объекта. Для авторского права естествен более высокий уровень социального начала, чем для патентного.

В авторском праве, например, таким ограничением является «право следования» (*Droit de suite*), введенное первоначально во Франции для произведений изобразительного искусства, когда автору причитается какая-то часть от последующих выгод, извлеченных его правопреемни-

49

## I. Понятие и система исключительных прав

ком. Сюда же относятся и ограничения некоторых условий договора - установление предельных сроков лицензионного договора, минимальных ставок гонорара и т.п., очень важны правила о распределении прав на служебные произведения.

В патентном праве рациональны однотипные, только более узкие ограничения.

В настоящее время система ограничения правомочий, преследующая цели обеспечения социальных интересов творческих работников, находится еще в стадии становления, она подлежит особому рассмотрению. Для ее поддержки есть много оснований.

## VII. Сроки действия исключительных прав

Исключительные права имеют срочный характер. В некоторых случаях закон устанавливает эти сроки и порядок их исчисления, а в некоторых эти сроки неопределенны и поставлены в зависимость от фактов, момент наступления которых заранее неизвестен. В тех случаях, когда сроки имеют определенный характер, закон устанавливает разную их продолжительность и разный порядок исчисления. Представляется необходимым выделить принципы определения сроков действия права на результаты творчества, когда закрепляется право авторства.

Исключительное право на результат, для которого существенно содержание, действует примерно в течение двадцати лет, и начало течения этого срока определяется применительно к регистрации права. Смысл такого срока заключается в том, чтобы обеспечить правообладателю окупаемость затрат по созданию решения и его использованию. Эти сроки, установленные применительно к условиям двухсотлетней давности, когда охрана только вводилась, принципиально не пересматривались.

Продолжительность срока действия исключительного права на результат, для которого существенна форма, имеет стабильную тенденцию к увеличению. В настоящее время этот срок преимущественно формулируется следующим образом: охрана действует в течение всей жизни автора и пятьдесят лет (или больше) после его смерти. Сейчас есть все основания полагать, что распространение получит увеличение этого срока до семидесяти лет. Значит, можно сделать вывод, что этот срок теснее привязан к личности автора, чем срок действия права на «содержательные» результаты (тем более что «формальный» результат уникален и неповторим другим лицом) и рассчитан на наследников автора.

50

## Комментарий к схеме «Система исключительных прав»

Срок действия исключительного права на средства индивидуализации заранее не ограничен или он может продлеваться неограниченное число раз.

\* \* \*

Схема делает наглядными основные закономерности и связи в системе исключительных прав и даже существование ряда суммирующих единых положений. Это общее не только не исключает дифференциацию, а, наоборот, делает ее более глубокой и обоснованной.

Нарушение закономерностей, выраженных в Схеме, принципа системности, влечет за собой разнообразные практические трудности, сбои в эффективности правового режима.

В силу случайных, конъюнктурных факторов к содержательным достижениям оказывается примененной схема, соответствующая результатам с приоритетным значением формы. Именно этим объясняется, например, неэффективность правовой охраны программ для ЭВМ, которая строится как авторское право на литературные произведения.

При зарождении потребности в охране новых объектов правомерно использование уже существующего правового механизма. Но имеется тенденция его консервации и после того, как созревают условия для создания и последовательного применения приемов новой системы. Так происходит, например, с биологическими объектами, часть которых продолжает охраняться по схеме технических решений. То же относится и к некоторым результатам коллективной деятельности в области искусства, охраняемым по-прежнему с помощью авторских, а не смежных прав.

Подробное рассмотрение указанных процессов выходит за рамки возможностей настоящего комментария.

Но главный вывод заключается в том, что система исключительных прав уже объективно существует, хотя еще и не получила выражения в едином законодательном акте.

Пен. по: Дело и право. 1996. № 4. С. 36-37, 39-43; № 5. С. 23-28





## I. Понятие и система исключительных прав

### **О МЕРАХ ПО РАЗВИТИЮ РЫНКА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРОДУКТОВ**

#### 1. Вступительные замечания. О понятиях и терминах

Результаты интеллектуальной деятельности играют все большую роль в жизни человечества, причем не только в сфере духовной, но и в материальном производстве. Постоянно возрастает их удельный вес в общественном продукте. Положение меняется не только количественно, но и качественно.

Интеллектуальный продукт, ранее традиционно распространявшийся вне рынка, вышел на рынок И если сначала это касалось только некоторых видов интеллектуального продукта, то в настоящее время все виды результатов интеллектуальной деятельности представляют ценность для рыночного оборота. Значит, традиционный рынок имущественных ценностей претерпел и претерпевает качественные изменения. Наряду с традиционными его объектами, представленными природными ресурсами и результатами материального производства, образовалась новая и постоянно растущая его часть - результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальный продукт)

Единство рынка стало сочетаться с автономией разных его частей, традиционной и новой. В едином рынке появилась новая, хотя и обособленная, часть.

Качественные преобразования рынка влекут за собой весьма значимые правовые последствия. Право для интеллектуального продукта тем более существенно, что на рынке выступает не сам результат интеллектуальной деятельности, а права на него. Без правовой охраны никакого экономического оборота нематериальных объектов быть не может.

Рынок интеллектуальных прав позволяет его участникам извлекать значительные доходы. Такие возможности есть и у государства. Разносторонняя и разумная правовая регламентация имеет существенное значение для всех субъектов.

Единство рынка обуславливает регулирование его в целом единым гражданским правом, даже единым Гражданским кодексом. Однако он дифференцирован на обособленные части, и объект каждой из них требует специфического правового регулирования, порождает необходимость автономной регламентации на базе общих начал, свойственных всем материальным (вещам) и нематериальным (результатам интеллектуальной деятельности) объектам. Более того, сложность системы нематериальных объектов и их внутренняя неоднородность вызывают к жизни дальнейшую дифференциацию правовой регламентации по поводу развивающихся отношений в этой новой части рынка.

52

#### \_\_\_\_\_ О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов \_\_\_\_\_

Зарождаться новый рынок начал чуть более двухсот лет назад, сначала в виде обособленных сегментов - художественного продукта (произведений литературы и искусства) и интеллектуального промышленного продукта (изобретений), поначалу не образующих единого рынка, а составляющих обособленные маленькие «базары».

Вместе с тем объекты этого нового рынка обладают существенными особенностями по сравнению с результатами материального производства. Будучи нематериальными, они по своим натуральным свойствам могут быть использованы одновременно неопределенным кругом лиц. Они не подвергаются физической амортизации, а сроки их моральной амортизации непредсказуемы, более того, их ценность может быть утрачена целиком в любой момент. Соответственно право на них может не только переходить от одного лица к другому, но и при сохранении прежнего правообладателя он может дать разрешение на использование продукта другим лицом или даже другими лицами - предоставить им лицензию.

Существенно отличаются закономерности денежной оценки интеллектуального продукта и эволюции первоначальной цены. Имеется множество и других особенностей интеллектуального продукта, которые необходимо учитывать при качественном обогащении традиционного рынка, появлении на нем существенно новых объектов. На рынке обособились два вида объектов - вещных и интеллектуальных, но в юриспруденции это не получило пока последовательного и полного выражения.

Распространение на новую сферу результатов интеллектуальной деятельности категорий, присущих праву собственности, которые существуют тысячелетия, вполне закономерно и объяснимо, хотя с развитием рыночных отношений в этой области искусственность такого распространения, его отрицательные последствия становятся все более очевидными и нетерпимыми. Отражением такого механического заимствования является ставшая традиционной терминология, которая в праве более чем существенна, ибо она не только выражает содержание правовых категорий, но и влияет на них.

Применительно к правам на результаты интеллектуальной деятельности и сейчас принято говорить «интеллектуальная собственность», «промышленная собственность» и т.п. С этой терминологией можно было мириться, пока распространение нового нематериального объекта на рынке было крайне ограниченным, хотя она всегда была юридически неточной. Право собственности имеет четкое юридическое содержание, которое приспособлено только к материальному, вещному характеру объекта. Оно связано с ограниченностью объекта в пространстве и соответственно с возможностью его одновременного использова-

53

#### I. Понятие и система исключительных прав

ния в принципе одним лицом или во всяком случае ограниченным кругом лиц. Отсюда право владения и основанная на праве владения защита права собственности, виндикация. Отсюда же содержание понятия права распоряжения, допускающего возможность передачи права только одному лицу, а возможность разрешить использование одновременно нескольким лицам (выдать лицензию) полностью отсутствует. Даже аренда имеет строго адресный характер. Материальный объект подвергается физической амортизации, поэтому нет смысла устанавливать срочный характер права. Ограниченность объекта в пространстве предполагает его нахождение на определенной территории и подчинение действующему на этой территории законодательству. Установление для объекта территориального характера действия права не имеет первостепенной актуальности.

Для результатов интеллектуальной деятельности, напротив, характерно установление срочности права и территориального его действия. Нематериальным объектам присущи и многие другие натуральные свойства, которым соответствует иное правовое содержание, затушевываемое термином «собственность», пусть даже с добавлением прилагательного «интеллектуальная». Для пуска в экономический оборот нематериальных результатов интеллектуальной деятельности, для того, чтобы они стали объектом рыночных отношений, на них должно быть закреплено абсолютное право, подобное тому, которое закрепляется правом собственности, - такова экономическая необходимость. А это означает, что права на нематериальные объекты должны выполнять экономическую функцию, аналогичную выполняемой правом собственности, и даже в какой-то мере аналогичную политическую функцию, символизируя традиционную незыблемость и святость права. Но это не значит, что оно наполняется тем же юридическим содержанием. Употребление одной терминологии в юридическом смысле в настоящее время чревато многими недоразумениями. Для прав на результаты интеллектуальной деятельности уже века употребляется, наряду с термином «интеллектуальная собственность», и другой - «исключительные права», обозначающий абсолютное право на результаты интеллектуальной деятельности. Этот термин более точен, но он не раскрывает направленности прав, и при его использовании трудно провести дифференциацию по видам прав. Может быть, поэтому в нормативных актах, национальных и международных, говорится, как правило, о «собственности»

Однако термин «исключительное право» тоже нельзя признать вполне удачным, и это не остается без последствий. Основываясь на его буквальном значении, естественно понимать под ним право, принадле-

54

\_\_\_\_\_ О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов \_\_\_\_\_  
жащее исключительно одному лицу, что означает связь права с субъектом независимо от объекта. В таком случае право может иметь даже не абсолютно-правовую, а обязательственную основу (например, исключительное право представительства или осуществления какой-либо иной деятельности, скажем внешнеэкономической, и т.п.).

Вместе с тем обычно имеют в виду связь права с объектом — правами, которые закрепляются на интеллектуальный продукт. Эта многозначность подхода не породила ранее особых недоразумений, но с обогащением содержания прав на интеллектуальный продукт положение изменилось. Так появились возражения против отнесения к исключительным правам прав на интеллектуальный продукт, которые одновременно принадлежат на один объект разным лицам. Степень условности терминологии со временем все более возрастала. Поэтому во избежание недоразумений, внутренних противоречий и двойственного понимания лучше филологически привязать термин к объекту, отдельно раскрывая его содержание. В этом случае можно было бы говорить, например, об интеллектуальном праве.

Разумеется, терминология всегда условна, но сейчас настало время ее несколько изменить. Термин должен отвечать нескольким требованиям. Во-первых, он должен быть кратким, не переходящим в

описание, лучше односложным или двусложным. Во-вторых, он должен выражать основную направленность соответствующего понятия, во всяком случае не содержать дезинформации. В-третьих, важно, чтобы с использованием этого термина можно было производить дифференциацию общего понятия. В-четвертых, он может при этом страдать некоторыми филологическими дефектами. Наконец, в-пятых, очень важна стабильность терминологии: ее замена без особых оснований может привести лишь к недоразумениям. Однако и стабильность имеет свои пределы, от нее следует отказываться, когда она ведет к неправильным представлениям о существовании категории или даже к дезинформации, в частности когда несоответствие термина существованию проявляется в ходе развития отношений или вырастает из их развития.

Традиционно принято говорить об «интеллектуальной собственности», «промышленной собственности», иногда «художественной собственности». В связи с развитием рыночных отношений теперь нужно терминологически разграничить объекты и права на них. Объекты иногда именуют сейчас «результатами интеллектуальной деятельности», и это достаточно точно, но несет на себе следы описательности. Представляется рациональным использовать обобщающий термин «интеллектуальный продукт» с дифференциацией на «художественный продукт», «интеллектуально-промышленный продукт», «авторский про-

55

I. Понятие и система исключительных прав  
дукт» (продукт, имеющий автора) и т.п. Что же касается прав, то было бы рационально использовать обобщающий термин «интеллектуальные права» (наряду с «исключительными правами») с дифференциацией на «художественные права» (включая авторское право и смежные права), «промышленные права» (включая патентные права, права на товарные знаки, наименования мест происхождения, секреты производства) и т.п. В случае необходимости может быть использована и такая терминология, как «сельскохозяйственные права», «генетические права» и т.д. Представляется целесообразным ввести новую терминологию, во всяком случае она будет использована в настоящей статье, автор будет употреблять ее и в дальнейшем.

Для качественно нового рынка характерна еще одна особенность. Если раньше (чуть более двухсот лет назад, что для рынка срок очень незначительный) на нем появились только четко определенные отдельные виды интеллектуального продукта (произведения науки, литературы и искусства, результаты технического творчества и некоторые другие), то теперь виды такого продукта систематически расширяются (результаты деятельности артистов-исполнителей, программы для ЭВМ, селекционные достижения, все секреты производства, базы данных и основанная на них информация и др., на пороге появления на рынке достижений генетики). Несомненная тенденция заключается в том, что объектом рыночных отношений становятся все виды результатов интеллектуального труда, интеллектуального продукта, разумеется, если конкретное достижение представляет коммерческий интерес. Деятельность, в результате которой появляется исключительное право или создается продукт, на который возможно закрепление исключительного права путем его дальнейшей регистрации, становится все более распространенной и весомой.

2. Интеллектуальный продукт и интеллектуальные права. Общее и дифференциация  
Существенная особенность рынка интеллектуального продукта заключается в том, что на нем выступает, строго говоря, не сам продукт, а права на него. Вне прав такой продукт, являющийся нематериальным, выступать на рынке не может, допустимо его вполне свободное использование - без чье-либо разрешения и без выплаты вознаграждения. Поэтому построение рынка — это в большой мере вопрос правовой охраны продукта, установления на него исключительного права и вытекающих из него законодательных ограничений использования.

В условиях единого рынка важно построить цельную систему законодательства об интеллектуальных правах, обобщив то, что уже име-

56

О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов  
ется в отдельных сегментах законодательства. Это тем более важно, что разграничительные линии между отдельными видами интеллектуального продукта во многих случаях становятся подвижными, часто различия между художественным продуктом и промышленным провести трудно (программы для ЭВМ, записи исполнения и т.п.) в связи с возможностью использования разных оснований разграничения. Важно также закрепить общие положения, которые имели бы руководящее значение для регламентации отдельных видов прав и до введения специального законодательства распространялись бы на вновь появляющиеся виды интеллектуального продукта. Дифференциация в законодательстве по-прежнему важна, но нужны общие положения и установление единой его

системы, которая прежде всего определяла бы соотношение отдельных его частей и основные исходные положения каждой такой части. Такую объединяющую и обобщающую функцию должен выполнять Гражданский кодекс Российской Федерации, принципиальные положения которого подлежат развитию в специальных законах, относящихся к отдельным видам интеллектуального продукта

Общие положения не нуждаются в «придумывании», они уже существуют объективно и требуют только на основе обобщения положений из отдельных обособленных законов о видах исключительных прав специального формулирования логически выстроенной, последовательной системы, устранения несогласованностей и противоречий, восполнения пробелов. Общие положения включают в себя правила, касающиеся понятия исключительных прав и соответственно их содержания, объекта этой группы прав и субъекта - носителя этих прав, содержания их правомочий, способов распоряжения правами, оснований возникновения прав, действия этих прав во времени и в пространстве, понятия нарушения прав и способов их защиты и некоторые другие. Разумеется, эти правила развиваются и дифференцируются применительно к отдельным видам прав. Иногда из них устанавливаются исключения, но они каждый раз должны быть специально оговорены в законе. В общих положениях нужен и перечень объектов исключительных прав с указанием, что дополнительное отнесение к таким объектам может быть произведено отдельным законом, но только законом.

Общие положения для всех видов интеллектуальных прав выражают отличия в свойствах результатов интеллектуальной деятельности от вещественных объектов.

Несходство разных видов интеллектуального продукта тоже требует специального правового регулирования. Но это - уже предмет особенной части, подсистем единой системы, которые тоже на данный момент сложились, объективно существуют и требуют только четкого,

57

#### 1. Понятие и система исключительных прав

организационного выражения и закрепления. Так, надо различать результаты творческой деятельности и результаты интеллектуальной деятельности, не являющиеся продуктом творчества и служащие индивидуализации участников экономического оборота и товара (в их числе можно выделить фирменное наименование, товарный знак, наименование места происхождения товара).

Для этих последних характерно, например, отсутствие права авторства и прав автора. Результаты творческой деятельности подразделяются на продукты, характеризующиеся формой («форменный продукт») и характеризующиеся содержанием («содержательный продукт»). В первом случае продукт абсолютно уникален и не воспроизводим самостоятельно третьим лицом, а потому его охрана не требует регистрации или соблюдения каких-либо формальностей, особый акт его индивидуализации, которая необходима для закрепления абсолютного права, не нужен. А во втором случае, когда речь идет о содержательном результате, продукт тоже уникален, но он может быть самостоятельно воссоздан третьим лицом. Поэтому закрепление прав на него требует экспертизы и государственной регистрации по определенным правилам.

Форменный продукт (относящийся, как правило, к художественным) может быть подразделен, с учетом первоначальных носителей права, на авторский (права авторов), исполнительский (права исполнителей), про-изводительский (права производителей фонограмм) и эфирный (права организаций эфирного вещания). В последних двух случаях выясняется, что авторство на интеллектуальный продукт отсутствует, а первоначальное исключительное право закрепляется за юридическим лицом, осуществлявшим организующую деятельность по созданию продукта.

Содержательный продукт тоже распадается на несколько разновидностей. Прежде всего это изобретения, полезные модели и промышленные образцы (вместе со средствами индивидуализации они составляют интеллектуально-промышленный продукт). Появилась и такая разновидность содержательного продукта, как биологический продукт, специфика охраны которого определяется тем, что ее объектом являются живые организмы. Пока сформировалась только та часть биологических прав, которая имеет своим предметом сельскохозяйственные, селекционные достижения.

Из охраны авторским правом формы следуют и свойства его объекта. Он вполне реален, уникален и является индивидуально определенным, защищается именно то самое охраняемое произведение, а не произведение того же рода. Патентным же правом охраняется только принципиальное достижение, строго говоря, принцип, объект, относящийся к какому-то роду, определяемый родовыми признаками. Как реальный,

58

он не существует, защищаются все объекты того же рода. В этом существенная разница между авторским и патентным правом, между объектами, охраняемыми в связи с их формой, «форменными», и «содержательными» объектами. Первые охраняются на основе факта их существования, вторые - на регистрационной основе, тут требуется экспертиза, ибо возможно независимое создание объектов того же рода другими лицами.

Охрана результатов интеллектуальной деятельности, интеллектуального продукта осуществляется постольку, поскольку они представляют рыночную ценность. Вне рыночных отношений их охрана не только невозможна, но и нерациональна. Участие продукта в рыночных отношениях требует закрепления абсолютного права, а это в свою очередь предполагает четкое обособление каждого объекта, его индивидуализацию. Механизм и даже принципы такого обособления для реальных, индивидуально-определенных объектов и для принципиальных достижений определенного рода существенно различаются.

Обособление форменных продуктов не представляет особой трудности, их дифференциация осуществляется в натуре, благодаря их натуральным свойствам форма всегда предельно конкретна. Содержательный же интеллектуальный продукт может быть обособлен только на базе формально-логической формализации, требует формального определения, наиболее полное и последовательное выражение он находит в формуле изобретения. Здесь на первый план выступает выделение определенных признаков, характеризующих содержательный продукт. При охране формы никакой дополнительной формализации не требуется, никакие признаки выделять не приходится, объект охраняется в натуре. Значит, существуют два способа обособления продукта: в натуре - для форменного продукта и на основе формализации признаков - для содержательного продукта. Эта дифференциация всегда имела исходное значение. Но особенно очевидно потребность в ее четком выделении проявилась в связи с новыми видами интеллектуального продукта, развитием электронно-вычислительной техники и интенсивным рыночным обращением ее программного обеспечения. Без ее последовательного проведения никак не удастся избежать неэффективности правовой охраны в новых сферах (см. ниже). Примечательно, что такие новые виды содержательных достижений, как биологические, тоже не поддаются формализации на формально-логической основе.

Если первоначально охранялись лишь некоторые, точно названные виды содержательных продуктов, то в современных условиях понадобилась охрана всех их видов.

59

## I. Понятие и система исключительных прав

Потребовалась охрана для всех видов содержательных продуктов. Такая охрана, имеющая универсальный характер, появилась. Она не требует какой-либо регистрации, ее основанием является только сохранение конфиденциальности на информацию о содержании продукта («конфиденциализированный продукт»). Такой продукт принято обозначать как ноу-хау (know how - дословно: знаю как), секрет производства, коммерческая тайна.

Развитие техники привело к двум видам радикальных изменений в законодательстве. Во-первых, появились новые виды творчества и его результатов, основанные на них новые отношения, нуждающиеся в правовой регламентации. В каких-то пределах возможно использование уже существующих правовых средств, но в значительной мере эти изменения порождают потребность в совершенно новых правовых приемах, в создании новых правовых институтов. Во-вторых, развитие техники привело к появлению новых способов фиксации и распространения традиционных произведений. Они тоже порождают потребность в новом регулировании. Провести эту работу для второй группы отношений несколько легче, а для первой группы отношений она связана порой с большими трудностями.

Новая сфера правового регулирования включает в себя не только абсолютные права на продукт, но и основанные на них обязательства, связанные прежде всего с его использованием, с распоряжением правом использования. Обязательства по поводу нематериальных результатов интеллектуальной деятельности обладают существенной спецификой по сравнению с аналогичными обязательствами по поводу материальных вещей. Они включают две формы распоряжения - уступка права и выдача другому лицу разрешения на использование при сохранении права (лицензия). Поэтому надо различать, например, два вида авторских договоров - об уступке авторского права, передаче его другому лицу, и о выдаче лицензии. Разграничение двух видов таких обязательств и договоров относится к числу общих положений для исключительных прав и должно быть проведено последовательно. В Патентном законе РФ от 23 сентября 1992 г. (далее - Патентный закон) названы оба этих вида договоров. Что касается Закона РФ от 9 июля 1993 г. «Об авторском праве и смежных

правах» (далее - Авторский закон), то в нем говорится только об одном виде договора, и это приводит к серьезным недоразумениям.

В действующем Авторском законе содержится регламентация только авторского лицензионного договора, договор об уступке авторского права в нем не упоминается. Но это не значит, что договор об уступке авторского права не может быть заключен. Наше законодательство не знает закрытого перечня договоров, субъекты свободны в уста-

60

\_\_\_\_\_ О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов \_\_\_\_\_ новлении любых не противоречащих законодательству условий договора (п 2 ст. 1 ГК РФ) и в заключении любых договоров, хотя бы и не предусмотренных законом, но соответствующих его общим началам и смыслу (п. 1 ст. 8 ГК РФ). Такой договор вполне соответствует установленным законом требованиям, тем более что сама уступка права для некоторых случаев (например, для служебных произведений) в соответствии с законом существует. И это тоже авторский договор, надо только выделять два их типа, один из которых - об уступке - порождает правопреемство, а второй - лицензионный - правопреемства не порождает, а является основанием предоставления некоторых обязательственных прав для одной стороны (лицензиата) и некоторых обязательственных ограничений абсолютных прав для другой (лицензиара). В лицензионной схеме есть свои привлекательные черты, она в наибольшей степени способствует обеспечению социальных интересов авторов. Но ограничиваться ею в условиях развитых товарных отношений невозможно. Наличие в законе лишь условий об авторском лицензионном договоре влечет только одно последствие. Если в заключенном сторонами договоре не указано, что его содержанием является уступка права, действует презумпция его лицензионного характера и применяются правила, установленные нормами об авторском лицензионном договоре. Получается, что установленные законом правила имеют характер своеобразной диспозитивной нормы.

Но регламентация обязательственных отношений этим не ограничилась, более того, она продолжает развиваться. Появились специфические обязательства, обслуживающие отношения только по поводу нематериального интеллектуального продукта, привязанные только к нему обязательства по оказанию услуг - по предоставлению сведений, информации. Эти обязательственные отношения представляют собой нечто совершенно новое, появившееся только благодаря самым современным техническим средствам (прежде всего ЭВМ, телекоммуникации и т.п.), которые стали основой для существенных новшеств в системе исключительных прав и их содержании. Информационные отношения как обязательства по поводу содержательного интеллектуального продукта, базирующиеся на исключительном праве на этот продукт, тоже вошли в систему исключительных интеллектуальных прав как органическая часть.

Существуют даже права, строго говоря, не относящиеся к исключительным, но защищаемые теми же методами, а потому рассматриваемые в ряду исключительных, - право на защиту от недобросовестной конкуренции, - подобно тому, как личные неимущественные отношения были отнесены к числу регулируемых гражданским законодательством.

61

/ Понятие и система исключительных прав

Характер интеллектуального продукта обуславливает еще одну принципиальную особенность правового регулирования. Результат творческой деятельности - это выражение личности автора, а не просто объект рыночных отношений. Поэтому важнейшая черта исключительных прав, во всяком случае их определяющей части, представленной авторским результатом, - сочетание рыночных и социальных начал, причем последние оказывают влияние и на рыночные права. Личные неимущественные права в принципе неотчуждаемы и непередаваемы, и можно вообще сказать, что они находятся вне рынка. Но и рыночными правами первоначально обладает только автор, всем остальным лицам, в том числе работодателям по служебным результатам, государству по казенным результатам и т.п., они могут принадлежать лишь на основе правопреемства, даже если автор никогда их реально не осуществлял. Внутреннюю логику неправильно смешивать с хронологией. Это характерная черта рассматриваемого вида прав, социальные начала выступают в качестве важнейшего самостоятельного фактора, оказывающего влияние и на рыночные права.

Одной из особенностей рассматриваемой системы, и ее надо выделить, является охват этой системой новых отношений, порожденных развитием техники, включение которых в систему составляет одну из основных черт ее содержания. Перед систематизацией законодательства стоят две основные задачи: упорядочение того, что уже есть; регламентация нового, притом с учетом уже объективно существующей системы, и включение его в эту общую систему как органического элемента.

Система не может ограничиваться упорядочением только традиционных отношений, да и потребность в ней возникла в связи с развитием, появлением новых отношений; полноценная система, включающая только одни старые отношения, без нового, невозможна. Оставить новое вне системы было бы принципиальной ошибкой, такая конструкция была бы неполной и вообще непригодной. Если новое окажется вне системы, регламентация отношений по поводу разных видов результатов интеллектуальной деятельности останется по-прежнему обособленной, единой системы не будет, а значит, цель окажется недостигнутой.

При появлении на рынке новых, качественно отличающихся от прежних продуктов интеллектуальной деятельности рассчитывать на полную неприкосновенность содержания исключительного права не приходится, это совершенно нереалистично и неосновательно. Для новых объектов содержание исключительного права видоизменяется и должно видоизменяться, что не исключает сохранения общего понятия исключительного права, пусть осложненного наличием вариантов.

Потребность в модификациях содержания исключительного права появилась уже в связи с таким новым объектом, как программы для

62

\_\_\_\_\_ О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов \_\_\_\_\_

ЭВМ, хотя пока для них установлена охрана традиционным авторским правом, и она закреплена на международном уровне. Если первое время с такой системой можно было мириться, то в дальнейшем выявилось ее несоответствие объективным потребностям.

Программы для ЭВМ представляют собой содержательный интеллектуальный продукт. Уже в силу этого их правовая охрана авторским правом как формы не может быть эффективной, это не конкретный, реальный объект, представляющий ценность благодаря своей форме. Она не может быть вполне адекватной, поскольку речь идет не только о той самой индивидуально-определенной программе, а о содержании, которое может быть представлено и в иной, не вполне совпадающей с первоначальной, форме. Речь идет о программе определенного рода, а не только о конкретных материалах.

Не может быть признана адекватной существу объекта и регистрации система охраны типа патентной. Для этой системы, имеющей своим объектом содержательный результат, требуется формализация признаков на формально-логической основе. Но программа не поддается такой формализации, выявление отдельных признаков и проведение экспертизы на этой основе оказываются невозможными. Значит, регистрационная система тоже оказывается неприменимой. Никак не решает ни одного вопроса и факультативная регистрация. Ввести адекватную и эффективную защиту ни система, основанная на факте существования продукта, ни регистрационная система не позволяют.

Проблема эффективной защиты программ для ЭВМ имеет еще одну сторону. Все объекты интеллектуальных прав охраняются постольку, поскольку они фигурируют на рынке, только на рынке может осуществляться эффективный контроль за соблюдением прав. В процессе использования, эксплуатации, если это происходит вне открытого рынка, возможно лишь случайное обнаружение нарушений. В этом одна из особенностей охраны интеллектуального продукта. И все трудности в высокой степени присущи программам для ЭВМ, ибо контроль за соблюдением прав на них осуществим только при реализации их на рынке, но не в процессе эксплуатации. Именно поэтому владельцы программ часто отдают предпочтение техническим, а не правовым способам защиты своих интересов.

Естественно, что в первое время выбор средств охраны производился среди традиционного набора. Первоначальные проекты, разрабатывавшиеся в рамках Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС), предусматривали охрану на базе регистрационной системы, основанной на принципах патентного права. Но в конце концов по этому пути не пошли. В сложной, внутренне противоречивой

63

I. Понятие и система исключительных прав

ситуации была избрана другая - тоже неадекватная - авторско-правовая система, позволяющая получать охрану, как национальную, так и международную, максимально легко. Такой путь, несмотря на все свои общие недостатки, обеспечивает интересы страны, представители которой господствуют на рынке программных продуктов. К тому же в те годы там существовала система обязательной государственной регистрации объектов авторского права, которая несколько смягчила



противоречивость сложившейся ситуации. Для других стран такие факторы не действовали - это обстоятельство оставалось (и остается) как бы незамеченным.

Несоответствие правового инструментария новым техническим средствам и порожденным им отношениям с особенной очевидностью проявилось в связи с правовой охраной базы данных. Первоначально их, так же как и родственные им программы для ЭВМ, было решено охранять авторским правом. В ряде стран, в том числе и в Российской Федерации, эта система по-прежнему действует, хотя речь и идет о содержательном, интеллектуальном продукте. Но ее несоответствие существующим потребностям превратилось в вопиющее. На международном уровне, сначала в Директивах ЕС, было признано необходимым осуществлять их охрану на базе иного правового инструментария. Провозглашена охрана «особого рода», *sui generis*, но это только уход от решения вопроса, ибо тип охраны при всех условиях подлежит определению. Существование нерешенной проблемы по сути было признано и на Дипломатической конференции по некоторым вопросам авторского права и смежных прав, состоявшейся в Женеве 2-20 декабря 1996 г. Конференция так и не приняла подготовленный проект Договора по интеллектуальной собственности в отношении баз данных, решение отложено.

Однако варианты в системе исключительных прав этим не исчерпываются. Они идут достаточно глубоко и затрагивают само понятие. Предпосылки таких вариантов в понятии исключительного права существовали и в традиционных рамках. Традиционное исключительное право предполагает закрепление монопольного права его использования за одним лицом, только в таком случае оно может быть квалифицировано как полноценное абсолютное право. Но характерной особенностью уже коллективного знака (товарного знака) является закрепление исключительного права на один объект за несколькими лицами, причем все они могут самостоятельно предъявлять требования к нарушителям. Образуется некая ассоциация правообладателей, каждый из которых может осуществлять свое право и защищать его от нарушения со стороны лиц, не являющихся правообладателями. Основанием параллельного наделения правами на один объект нескольких лиц является их согла-

64

\_\_\_\_\_ О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов \_\_\_\_\_  
шение, договор между участниками ассоциации, который, правда, может быть заключен только при наличии определенных дополнительных условий.

Еще одно достаточно яркое проявление такой системы — наименование места происхождения товара. Там тоже образуется своего рода ассоциация, но уже без соглашения ее участников. Основанием ее возникновения не является договор правообладателей, это некоторые фактические обстоятельства, связанные с производством в определенной местности товара, особые свойства которого определяются характерными для данного географического объекта природными условиями и (или) людскими факторами. Данное право могут приобрести сразу несколько лиц, каждый участник сообщества, и он может защищать свое право от любого неправообладателя (даже от лица, которое могло бы стать правообладателем, но не стало им). Так же как и в случае коллективного знака, такие лица признаются обладателями исключительного права. И хотя это право принадлежит не одному лицу, а каждому входящему в ассоциацию, члену своего рода «клуба», отнесение их прав к исключительным прямо установлено международными конвенциями, обязательными для стран - их участниц. Способы защиты такого права те же, что и для обладателей традиционных исключительных прав. Особенности должны вести не к отрицанию исключительного характера прав, а к выделению новой их разновидности. Развитие приводит к вариантности содержания исключительных прав.

То же относится и к ноу-хау, профессиональной или производственной тайне. Здесь также имеются особенности в содержании исключительного права, поскольку право на один объект может принадлежать самостоятельно разным лицам. Лицо, обладающее интеллектуальным продуктом и сохраняющее его конфиденциальность, имеет исключительное право использования такого продукта, поскольку оно защищается от неправомерного проникновения третьих лиц в его тайну. Но ноу-хау не действует против тех, кто самостоятельно получил аналогичный результат. Может оказаться, что ноу-хау на аналогичный результат принадлежит независимо разным лицам. Охрана ноу-хау не действует в отношении лиц, которым оно правомерно известно, и имеет ряд других особенностей, связанных, например, с прекращением действия права.

Абсолютной защиты у обладателя ноу-хау нет (в отличие, например, от патентообладателя). Его право можно характеризовать только как квазиабсолютное. Оно менее надежно, чем полноценное абсолютное право, хотя более универсально и широко. От этого оно не перестает быть

## 1. Понятие и система исключительных прав

чается от традиционного исключительного права, основанного, например, на патенте. Поэтому наука не может выводиться из числа объектов исключительных прав, что, кстати говоря, прямо противоречило бы международным конвенциям.

Развитие жизни привело к тому, что законченные результаты интеллектуальной деятельности, те, которые допускают непосредственное практическое применение, становятся значительно более сложными, чаще всего комплексными. Значит, изменения произошли прежде всего с самим объектом. Традиционные результаты, охранявшиеся правом, превратились из законченных в промежуточный этап, звено законченного результата. Они, как правило, встраиваются в комплекс, сочетаются с ним.

Новый уровень интеллектуального продукта, появление качества новых объектов - видов интеллектуальных достижений отражают и выражают способы их обособления, необходимого для обращения товаров на рынке. Новый продукт зачастую уже не поддается формальнологическому определению через выделение признаков, он может обособляться только другим способом - с помощью сохранения конфиденциальности. Три способа обособления - форма в натуре, формализация признаков и сохранение конфиденциальности - становятся практически равнозначными и равноценными, никаких других средств для выполнения той же функции не существует. Но новые объекты появляются не на пустом месте, в них, как правило, встраиваются традиционные, они сочетаются друг с другом.

Отсюда происходят и качественные изменения в содержании интеллектуальных прав. Способы обособления обуславливают и характер прав, которые должны им соответствовать. Ранее они представляли собой традиционные абсолютные права. Сейчас эти права включают, притом во все большей пропорции, и квазиабсолютные права, когда абсолютное право на один и тот же объект может принадлежать нескольким лицам независимо друг от друга. Но это последнее сочетается с традиционным абсолютным правом, наслаивается на него, а не приходит на его место. Система прав становится сложной, она выражает сочетание старого и нового начал, а не полную замену старого новым. Традиционные начала не отменяются, на них наслаиваются новые, они выступают в сочетании.

Существенная сложность законченного достижения влечет за собой еще одно последствие; одному человеку оно оказывается непосильным. Такое достижение есть результат коллективной деятельности, которая должна быть организована определенным образом. Поэтому первоначальным носителем права на результат становится организация,

66

## О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов

юридическое лицо, где он создан. Но этот коллективный результат складывается из элементов, многие из которых представляют собой итог индивидуального творчества, охраняемый на традиционной основе. Такое сочетание результатов коллективной деятельности и индивидуального творчества, прав на них тоже характерно для современного этапа. Первоначальным носителем прав становится не обязательно физическое лицо.

Таким образом, на базе нового характера появляющихся на современном этапе объектов произошли изменения, во-первых, в содержании охраны и, во-вторых, в субъективном составе первоначальных правообладателей. В этих двух признаках, характерных для вновь появляющихся объектов, - знамение времени. Это новый уровень интеллектуального продукта и новый этап развития интеллектуальных прав. Но новое не влечет за собой отрицание традиционных правовых средств, а включает их.

Содержание интеллектуальных прав претерпевает качественные изменения. Из неразвитых, зародышевых они превращаются во вполне зрелые.

Приведенные факты и соображения подтверждают, что развитие новых видов объектов - результатов интеллектуальной деятельности, появление их на рынке влечет за собой обогащение понятия исключительного права, более не сводимого к традиционному расширению его содержания, а не исключение появившихся на рынке новых видов интеллектуального продукта из числа объектов, охраняемых исключительным правом. Новизна развивающейся системы не только в объекте, но и в обогащенном правовом механизме. В новых сферах действительно есть особенности в содержании исключительного права, оно ограничено более узкими пределами, происходит некоторая модификация исключительного права. В каких-то частях оно перестает быть чисто абсолютным,

превращаясь в квазиабсолютное.

Представление, будто эти новые объекты не надо рассматривать как охватываемые исключительными правами, а потому их регламентация не подлежит включению в общую систему исключительных прав, глубоко ошибочно. Вопрос о природе этих прав тогда останется открытым, их регламентация выпадет из общей системы и повиснет в воздухе. Разумное и обоснованное решение заключается в том, чтобы объединить их с традиционными исключительными правами, выделив в особую разновидность.

В ту же систему логично встроить и обязательства, основанные на этих новых объектах, прежде всего обязательства по предоставлению сведений, информации, информационные обязательства.

67

/ Понятие и система исключительных прав

Все, что относится к правам на результаты интеллектуальной деятельности, и особенно только к этим правам, должно быть включено в рассматриваемый раздел Гражданского кодекса, посвященный исключительным правам; его можно даже переименовать (например, «Права на результаты интеллектуальной деятельности»). Так или иначе, надо найти место новым отношениям, связанным с результатами интеллектуальной деятельности, в специальном разделе ГК и надлежащую форму их правовой регламентации. В Кодексе, который должен составляться не на годы, а на эпоху, неправильно идти на поводу конъюнктурных соображений, которые всегда имеют временный характер.

Ценность системы исключительных прав выражается в том, что она стала не плоской, а объемной, состоящей из отношений, объединяемых не по одному признаку, а по нескольким, лежащим в разных плоскостях. Она включает в себя не только традиционные результаты интеллектуальной деятельности, но и нетрадиционные (точнее - нетрадиционно охраняемые) типа ноу-хау и даже продукт, охраняемый с применением тех же способов защиты, на основе аналогии с законом. Входят в нее и обязательства, основанные на исключительных правах. Именно так, как объемная, а не плоская, одноплановая категория, построено все полноценное гражданское право. К понятию системы нельзя подходить упрощенно.

Таким образом, вместо двух-трех институтов, существовавших ранее, появилось порядка 15 таких институтов, и число их постоянно растет. Поэтому весьма актуальными стали определение места каждого из них в общей системе, их соотношения друг с другом, устранение нестыковок, несоответствий и противоречий между ними и соответственно установления направленности каждого из них, его принципов и основного содержания. Эта задача, так же как и создание общих положений, может быть решена только в объединяющем нормативном акте о всех исключительных, интеллектуальных правах, в его особенной части.

В особенной части такого координирующего акта подлежат решению только эти задачи. Вся остальная, более детальная, регламентация должна быть содержанием специальных законов об отдельных видах исключительных прав. Разумеется, весьма соблазнительно включить в общий координационный акт положения, корректирующие дефекты, содержащиеся в специальных законах, восполнить пробелы, исключить прямые юридические ошибки и тем самым предпрешить содержание этих специальных законов. Но от такого соблазна следует, как правило, воздерживаться. И только в небольшом числе случаев, по самым принципиальным вопросам, может быть оправданно включение в координационный общий акт положений, выходящих за рамки его непосредст-

68

О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов \_\_\_\_\_  
венных функций. И каждый раз подобное изъятие из принципа должно быть специально обосновано.

В организации законодательства об интеллектуальных правах ведущая роль принадлежит Гражданскому кодексу, его задача - определять общие положения об интеллектуальных правах, направление и принципиальные черты законодательства об отдельных видах интеллектуальных прав, которое в подавляющем большинстве случаев тоже должно развивать и детализировать принципиальные положения ГК. Точно такую же роль ГК играет и во многих других частях традиционного гражданского законодательства. Так, ГК содержит основные положения об акционерных обществах, обществах с ограниченной ответственностью, и одновременно имеются специальные законы об этих видах юридических лиц, а разным видам кооперативных организаций посвящено даже несколько законов. Такова же система законодательства о залоге; о страховании; законодательства, регулирующего многие другие вопросы. Нет никаких причин отказываться от такой системы и для интеллектуальных прав. Включение раздела об исключительных правах в

Гражданский кодекс призвано выполнять еще одну функцию - обеспечения единства всех имущественных прав и их правового регулирования. Может быть, в общие положения об исключительных правах стоит даже ввести норму о распространении на них общей части ГК в случаях и в пределах, определяемых существом этих прав.

Но ведущая роль ГК и четкая система всего законодательства об интеллектуальных правах могут быть практически обеспечены только при определенной очередности принятия законов - сначала ГК, потом развивающие его законы или изменения и дополнения, приводящие действующее законодательство в соответствие с ГК и предусматриваемой им системой. Для спешки с принятием законов по отдельным специальным институтам нет оснований, она может породить лишь путаницу и консервацию существующих сбоев в системе. С этой точки зрения вызывает сомнения включение в План законопроектных работ Правительства РФ на 1998 год, утвержденный Постановлением Правительства РФ от 22 апреля 1998 г. № 410 (Российская газета. 1998. 6 мая), предложений о подготовке дополнений и изменений в Закон «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» (п. 59) и в Патентный закон (п. 60). Такие изменения несомненно нужны, но издавать их можно только после принятия части третьей Гражданского кодекса РФ, включающей раздел об исключительных (интеллектуальных) правах.

Первые, хотя робкие и непоследовательные, шаги в направлении создания единой системы законодательства об интеллектуальных пра

69

/ . Понятие и система исключительных прав

вах уже сделаны за границей как в национальном законодательстве, так и на международном уровне. Во Франции вышел Кодекс интеллектуальной собственности, охватывающий все ее основные виды. Но пока его трудно назвать подлинным кодексом, общие положения в нем отсутствуют, просто разрозненные отдельные законы собраны под единой обложкой. Но это уже движение в правильном направлении. Что касается международной сферы, то прежде всего обращает на себя внимание Соглашение о ТРИПС - торговых аспектах сотрудничества в области интеллектуальной собственности. В Соглашении регламентирован комплекс прав на разные виды интеллектуального продукта. Но регламентация проведена очень фрагментарно и недостаточно систематично. Таким образом, общая задача заключается в том, чтобы для нужд современного рынка построить новую систему законодательства. Эта работа представляет собой задачу первостепенной важности, без которой существование качественно обновленного рынка невозможно. Видимо, она должна стать вторым этапом кодификации гражданского законодательства после кодификации Юстиниана. Собственно, вот в чем заключается подлинное значение предстоящей работы.

3. Развитие техники и новое в законодательстве

Историческое развитие выявляет в ряде случаев неадекватность сложившегося правового регулирования, которая в одних случаях может быть выправлена, а в других это сделать затруднительно, во всяком случае последовательно.

Разработка новых технических средств нередко влечет за собой появление продукта, сначала имеющего не очень широкое, но все же хождение на рынке, порождающее потребность в правовой охране. В этом случае естественным является стремление использовать традиционные, уже существующие правовые средства, несмотря на их неполную адекватность новому объекту. Ввиду малой распространенности создавать для него специальный правовой механизм нерационально, издержки могут превысить практические трудности. Появляются своего рода промежуточные системы охраны, переходный характер которых оказывается неосознанным.

Но жизнь идет вперед, новые эмбриональные отношения становятся вполне полноценными, и архаичная их регламентация приходит в противоречие с существом объекта, влекущее ощутимые отрицательные последствия. Ломка сложившегося регулирования оказывается на этом этапе уже болезненной.

Особые проблемы возникают в случае, когда такая регламентация включена в международные договоры, изменение которых на нацио-

70

/ . Понятие и система исключительных прав

смотря на их однородность. Тем самым производители видеозаписей окажутся поставленными в худшее положение, чем производители звукозаписей.

Аналогичные проблемы возникают в связи с правовой охраной программ для ЭВМ, баз данных и т.п.

В общем развитие техники порождает задачу широкомасштабного пересмотра действующего правового регулирования, усовершенствования его системы. Решение этой проблемы может быть достигнуто только на пути сочетания развития национального законодательства и международного регулирования. Первым этапом является достижение целей, которые могут быть решены в рамках национального законодательства.

#### 4. Права на интеллектуальный продукт как имущественная ценность

Полноценное функционирование интеллектуального продукта на рынке означает реальное превращение его в имущественную ценность. Для этого необходимо ввести правила его денежной оценки, соответствующие его натуральным свойствам и экономическим особенностям, отказавшись от механического заимствования принципов, установленных для продуктов материального производства.

Многотысячелетнее господство отношений собственности, рынка материальных вещей привело к тому, что имущественные отношения реально оказались сведенными к отношениям собственности, хотя развитие приводит к их качественному обогащению. Важной и все время растущей ветвью имущественных отношений стали в наши дни интеллектуальные права, которые явились предметом правового регулирования именно в связи со своим имущественным элементом. Неимущественные отношения подверглись правовому регулированию как сопутствующие. Однако полноценного выражения в праве это не получило, закон нигде не дает полного определения имущественных отношений, а некоторые его формулировки позволяют включать в их число только отношения по поводу материальных объектов (отношения собственности). Сюда включаются и обязательственные отношения, но тоже лишь основанные, хотя бы в конечном счете, на отношениях по поводу вещей. В них реально не попадают, как правило, отношения по поводу интеллектуального продукта, хотя он тоже вышел на рынок как имущественная ценность.

Так, на этом архаичном представлении с очевидностью основана формулировка п. 6 ст. 66 ПС РФ: «Вкладом в имущество хозяйственного товарищества или общества могут быть деньги, ценные бумаги, другие вещи или имущественные права либо иные права, имеющие денежную

72

\_\_\_\_\_ О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов \_\_\_\_\_  
оценку». Здесь представлен достаточно узкий подход к понятию имущества, ибо интеллектуальный продукт представляет имущественную ценность независимо от уже произведенной денежной оценки, важна именно ее возможность, а не состоявшийся факт.

Соотношение исключительных прав и понятия имущества до сих пор носит следы системы, при которой исключительные права не подвергались денежной оценке, хотя они всегда подразделялись на имущественные и личные неимущественные. Но имущественная часть исключительных прав (авторских и изобретательских) сводилась к правам авторов на вознаграждение, а этого действительно недостаточно для включения в общее понятие имущества, поскольку исключительные права не были включены в рыночный оборот.

Об узком подходе к понятию имущества, практическом сведении его к отношениям собственности, свидетельствует и употребление понятия «интеллектуальная собственность», во многом объясняемое неправильным переводом соответствующего английского термина. По-английски термин «property» означает скорее имущество, чем собственность, для которой существует другой однозначный термин - «ownership». Во всяком случае слова «имущественные отношения» никак иначе не переводятся на английский, кроме как «property relations». По английскому праву «property» - достаточно широкое понятие, в него входят и обязательственные отношения, и права на интеллектуальный продукт, различается «tangible» и «intangible property» (вещественное и невещественное имущество). Русский же термин «собственность» имеет только одно, узкое, значение. Поэтому перевод «intellectual property» как «интеллектуальное имущество» никаких возражений не вызывал бы, а перевод «интеллектуальная собственность» влечет за собой очень узкий подход к понятию «имущество». Например, под термином «кинопродукция» имеется в виду не фильм в целом, а лишь кинолента, стоимость ее изготовления, исключая кинофильм как объект авторского права. Именно так кинопродукция и ее стоимость отражается в балансе соответствующих организаций и обозначает только право на ленту (право собственности), но не право на фильм как объект авторского права.

С качественным обогащением рынка, появлением новой его части закон должен четко установить вхождение в понятие имущества новых элементов, включение в него интеллектуальных прав, которые состоят не только из неимущественной, но и из существенной имущественной части, - ради последней они охраняются гражданским правом.

Но интеллектуальный продукт во многом обладает и существенно иными свойствами, и потому интеллектуальные права подлежат во многом специальному регулированию. Нужно сделать так, чтобы интеллек-

73

#### I. Понятие и система исключительных прав \_\_\_\_\_ ^ \_\_\_\_\_

Интеллектуально-промышленный продукт, существенные особенности которого имеют содержательный характер (изобретение, полезная модель и т.п.), если он будет забыт или утрачен, может быть независимо от первого создателя самостоятельно воспроизведен другим лицом, и даже обязательно будет воспроизведен, будь то общественная необходимость. В этом смысле его уникальность отличается от уникальности художественного продукта. Поэтому для промышленного продукта устанавливается особый порядок квалификации (с процедурой экспертизы), закрепления прав за правообладателем. Но этим специфика и ограничивается. Права на него тоже имеют личный характер, поскольку он представляет собой результат индивидуального творчества, выражение уникальных личных творческих качеств автора. Система первичного права (аналогичного праву собственности) и вторичного права (аналогичного праву оперативного управления или хозяйственного ведения) здесь также неприменима.

То же относится и к другим исключительным правам, например к фирменному наименованию, первичное право на которое, даже несмотря на отсутствие права авторства, закреплять за государством бессмысленно.

Право оперативного управления и право хозяйственного ведения — это атрибут права собственности. Доказательством тому является, в частности, и законодательство, которым были введены данные категории. Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. и ПС РСФСР 1964 г. включали эти институты в главы, посвященные праву собственности. Вопреки декларативной записи в ГК (ст. 216), если исходить из реального правового режима, тоже закрепленного в Кодексе, хозяйственное ведение и оперативное управление представляют собой не особую категорию, разновидность вещных прав, а способ осуществления права собственности.

Право собственности при осуществлении его через право хозяйственного ведения или оперативного управления находится в связанном, «спящем» состоянии, это первичное право высвобождается, «просыпается», только когда правомочия носителей вторичных прав не находятся в действующем состоянии - тогда право собственности действует само по себе, собственник может непосредственно осуществлять принадлежащие ему правомочия. Но все это относится к традиционному праву собственности и его традиционному объекту — вещам. На другие объекты даже абсолютных прав такая система никак не распространяется.

При рассмотрении вопроса о правах государства на интеллектуальный продукт нужно выделить уже имеющиеся интеллектуальные ценности и те ценности, которые будут получены в дальнейшем. Решение второго вопроса проще, соответствующие нормы должны быть

78

#### L Понятие и система исключительных прав

но и за кем закреплено право на них в момент вступления в действие Указа (14 мая 1998 г.). Чтобы Указ не противоречил Конституции, его придется истолковать ограничительно. Как известно, ч. 3 ст. 35 Конституции РФ предусматривает: «Никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда. Принудительное отчуждение имущества для государственных нужд может быть произведено только при условии предварительного и равноценного возмещения». Это значит, что принадлежащими государству могут быть объявлены только те изобретения, патенты на которые выданы унитарным государственным предприятиям или другим государственным организациям. Если патентообладателем является акционерное общество, пусть даже все его акции принадлежат государству, права не могут быть автоматически переданы государству, ибо всякое акционерное общество обладает имуществом на праве частной собственности. Точно так же не могут закрепляться за государством права на изобретения, уже перешедшие в общественное достояние, на которые истек срок действия патента или патент прекратил действие вследствие неуплаты государственной пошлины и т.п. Нельзя забирать у неопределенного круга лиц права на использование изобретений, уже им принадлежащие.

Отдельно стоит вопрос о правах на интеллектуальный продукт, не оформленный в качестве изобретения, на ноу-хау. Здесь нужна регламентация особого порядка отнесения этого продукта к

ноу-хау, мер по обеспечению конфиденциальности сведений, составляющих ноу-хау, механизма передачи его для реализации и т.п.

Было бы важно не только произвести инвентаризацию ранее полученных результатов интеллектуальной деятельности, но и осуществить их денежную оценку, хотя бы на момент проведения инвентаризации (с установлением сроков).

Представляется, что рассмотренный порядок, как и некоторые другие правила (о критериях отнесения изобретений к имеющим военное, специальное и двойное назначение, о порядке снятия секретности с изобретений, без чего они не могут быть пущены в экономический оборот, и т.п.), нуждается в прямом нормативном закреплении.

#### 7. О системе госзаказа

С учетом сказанного следует остановиться на проблеме так называемого госзаказа. Система госзаказа - часть блока проблем, связанных с интеллектуальным продуктом, созданным за счет централизованных государственных ассигнований (казенным интеллектуальным продуктом).

Причем многие недоразумения в этой сфере происходят из-за игнорирования этапов исторического развития.

84

### \_\_\_\_\_ I. Понятие и система исключительных прав \_\_\_\_\_

ликвидация юридических лиц - носителей вторичного права - влечет за собой высвобождение первичного права, которое уже может осуществляться непосредственно. Это и происходит при ликвидации государственных юридических лиц.

Что же касается интеллектуального продукта, в отношении которого нет деления на первичное и вторичное право, то права на него переходят в порядке сингулярного правопреемства к государству как к восприемнику имущества ликвидированного государственного юридического лица, оставшегося после удовлетворения претензий кредиторов. Государство выступает в этом качестве в соответствии с законом как учредитель унитарного предприятия. Такие права у государства возникают, а не высвобождаются, как в случае с материальными вещами. Эти права подлежат закреплению за государством, независимо от оснований, по которым они принадлежали ликвидированному юридическому лицу (перешли к нему в порядке универсального или сингулярного правопреемства, распространились на продукт, явившийся служебным результатом, и т.п.). До приватизации интеллектуальные права принадлежат прежнему правообладателю, даже если он обрел их в порядке правопреемства, универсального или сингулярного, к государству они не переходят. Правообладателем государство могло бы стать только по договору или в силу прямого указания закона. Но после приватизации государство распоряжается интеллектуальным продуктом как правообладатель. Первоначальные права на авторский результат творческой деятельности, в том числе и имущественные, права на использование всегда принадлежат автору, даже если он, еще реально их не получив, уступил свои права другому лицу. Этому другому лицу принадлежит производное право, даже если ранее им никто реально не обладал. Такова ситуация и с продуктом, созданным по заказу, со служебным и казенным продуктом. Если выяснится, что лицо, претендующее на авторство, реально автором не является, производного права тоже не существует. Первоначальный или производный характер прав определяет не хронология, а внутренняя логика, динамика развития. К государству же переходят те права на использование, которые были у ликвидированного юридического лица - государственного унитарного предприятия и остались после удовлетворения претензий кредиторов.

Государство выступает не в качестве универсального правопреемника (возможного только в результате реорганизации, в которой государство не участвовало бы при всех условиях) и не в качестве носителя первичного, изначально принадлежащего ему права, а именно как учредитель государственного унитарного предприятия и собственно его сингулярный правопреемник.

92

### \_\_\_\_\_ / Понятие и система исключительных прав \_\_\_\_\_

каким-либо специальным ограничением. Для служебных же результатов необходимо обеспечить баланс прав работодателя и автора - работника, гарантии личных интересов последнего.

Следовательно, независимо от используемой схемы - уступки прав или лицензионной - приходится идти на существенные ограничения прав сторон.

По этому вопросу необходима срочная законопроектная работа по существу.

#### 10. Единая система законодательства и борьба интересов

Рынок результатов интеллектуальной деятельности (интеллектуальных продуктов) обладает многими общими чертами для всех их видов, связанными прежде всего с нематериальным характером объекта, несмотря на наличие в этом рынке автономных сегментов, прежде всего художественных и промышленных прав, а также более глубокой дифференциации. Единство рынка проявляется как в переплетении отдельных видов объектов на каких-то участках (например, в трудностях разграничения некоторых видов художественных и промышленных продуктов), так и в наличии общих черт, присущих всем видам и разновидностям интеллектуальных прав.

Поэтому, как уже отмечалось, единству нового рынка соответствуют общие положения в правовом регулировании. Интеллектуальные права на новом этапе требуют единых положений в правовом регулировании и четко организованной системы отдельных видов интеллектуальных прав, направляемой из одного источника.

К дифференцированному регулированию отдельных видов интеллектуальных прав все привыкли, и оно возражений не вызывает. А вот идея создания общих положений и построение единой, взаимно согласованной системы интеллектуальных прав встречает в некоторых кругах сильное, ожесточенное сопротивление. Те, кто возражают против общих положений, стремятся все свести к дифференциации, различиям.

Правовой инструментарий, даже вполне допустимый юридически, всегда выражает те или иные интересы, и надо очень четко отдавать себе отчет о кругах, интересы которых он представляет. Чем обусловлены возражения против общих положений? Прежде всего тем, что отдельные акты законодательства о разных видах интеллектуальных прав лоббировать легче, чем единый системный акт об интеллектуальных правах в целом, легче влиять на их формирование и применение. Опыт показывает, что давление гораздо более эффективно, когда оно оказывается на узком участке, рассредоточено по разобщенным видам интеллектуальных прав, а не производится по широкому консолидированному фронту, составляющему единую систему.

98

\_\_\_\_\_ О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов \_\_\_\_\_  
разграничение нужно, ибо объективно существуют две разные категории, одна из которых представлена, например, ст 12 ГК РФ «Способы защиты гражданских прав». Охрану в данном случае можно было бы понимать как установление нормами права (правом в объективном смысле) общего режима ценностей, в силу которого носитель права может извлекать выгоды при его осуществлении. А под защитой надо было бы иметь в виду меры против нарушителей субъективного права. При этом защита методами гражданского права направлена прежде всего на восстановление нарушенного права или на компенсацию, позволяющую произвести такое восстановление либо предоставить его эквивалент, а борьба с нарушениями методами публичного права в основном направлена на профилактику, на предотвращение нарушений в будущем.

Если основой правовой регламентации исключительных прав станет Гражданский кодекс, будет очевидно, что исключительные, интеллектуальные права в принципе относятся к гражданскому праву и борьба с нарушениями средствами гражданского права имеет доминирующее значение. Специальные же законы по отдельным видам исключительных прав - чаще всего комплексные акты, частные и публичные методы борьбы против нарушений - могут иметь в соответствии с ними по крайней мере равноценное значение. Базой защиты исключительных прав как прав гражданских являются методы частного права, использование методов публичного права - административного или уголовного - является дополнительным, подсобным, попытка их конструирования как самостоятельных обусловлена специальными интересами. Если регулирование по-прежнему будет производиться только специальными законами, то все приоритеты в методах борьбы с нарушениями прав могут оказаться смещенными.

Система борьбы с нарушениями интеллектуальных прав складывается из трех элементов. Во-первых, это собственно защита, содержанием которой является восстановление нарушенного права или предоставление компенсации, выражающей его денежный эквивалент. Такая собственно защита может быть осуществлена только методами гражданского права. Во-вторых, это некоторые временные меры, создающие возможности или предпосылки для последующей защиты. Так, при наличии оснований для предположения, что изделие является контрафактным, должна существовать возможность его быстрого ареста по ходатайству заинтересованных лиц правоохранительными органами или таможней на установленный законом короткий срок, необходимый для рассмотрения спора судом в порядке гражданского судопроизводства. Тут возможно применение мер административного права, которые име-



\_\_\_\_\_ О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов

Поэтому состав нарушений, являющихся основанием для уголовной ответственности, должен отличаться от состава гражданского правонарушения. Нужен еще и порядок возбуждения уголовного производства только по ходатайству заинтересованного лица, а также гарантии против неосновательного и недобросовестного возбуждения уголовного преследования. Обычно в таком случае предусматривается внесение залога лицом, возбуждающим ходатайство, который обращается на возмещение ущерба ответчику в случае неосновательного предъявления к нему претензий. Задача уголовного права - борьба с нарушителями, а не с нарушениями.

Таким образом, система законодательства может привести к смещению приоритетов в способах борьбы с нарушениями исключительных прав, к умалению значения защиты прав методами частного, гражданского права, к преувеличению роли методов публичного права, не соответствующей интересам отечественных правообладателей и лежащейся тяжким финансовым бременем на государство.

11.0 системе организаций, обеспечивающих функционирование интеллектуальных прав

С точки зрения практической чрезвычайно важен вопрос о системе органов, несущих ответственность за права на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальные права) и их экономический оборот. По действующему законодательству, в соответствии с Указом Президента РФ от 30 апреля 1998 г. № 483 «О структуре федеральных органов исполнительной власти», такую работу в области основных видов промышленных прав осуществляет Российское агентство по патентам и товарным знакам, на которое возложены экспертиза и квалификация соответствующих результатов деятельности и закрепление прав на них за правообладателями.

Никакого специального федерального органа исполнительной власти, отвечающего за работу в отношении художественных продуктов, не существует, да и нужда в таком органе отсутствует, ибо закрепление прав на подобный продукт осуществляется автоматически по его созданию. Остальная работа не требует создания специальной организации, у отдельного государственного органа просто не было бы поля деятельности. Достаточно подразделения числом порядка 10 сотрудников, перед которым стояли бы только четыре задачи: организация подготовки предложений по законодательству; обобщение практики его применения; организация подготовки предложений по международным договорам и международному сотрудничеству; выдача лицензий на образование художественно-правовых обществ и контроль за их деятельностью

103

/ . Понятие и система исключительных прав

### **Понятие исключительного права**

Появление «исключительных прав» как особой категории

Немногим более 200 лет назад в экономический оборот вошел новый вид объекта - результаты интеллектуальной деятельности. До этого в нем участвовали только материальные объекты - природные ресурсы и результаты материального производства и правовую основу их экономического оборота составляло право собственности. На новом этапе объектом рыночных отношений стал принципиально новый - нематериальный - объект.

Появление категории «исключительных прав» обусловлено возникшей значимостью результатов интеллектуальной деятельности (интеллектуального продукта) для экономического товарного оборота. Первоначально эта категория в общем виде практически не выступала, в жизнь вступили только ее единичные ветви. Как общая категория, она не имела четкого, устоявшегося наименования, использовались разные варианты, наиболее часто употреблялось название «интеллектуальная собственность» (о терминологии см. ниже, -ВД).

Все товарные отношения опираются на общие предпосылки, без которых товарные отношения невозможны независимо от специфики объекта. Такой предпосылкой является наличие у товаровладельца монополии, получающей в зависимости от свойств объекта разное правовое закрепление. Для материальных вещей монополия выражается в институте права собственности, а для нематериальных результатов интеллектуальной деятельности - в исключительных правах, именованных, правда, по-разному (см. ниже. - В. Д.). Если быть точным, монополия получает юридическое выражение в общей категории абсолютных прав, одной из ветвей которых, и в течение тысячелетий - единственной, является право собственности, а другой, сравнительно недавно выросшей, -исключительные права. Стремление распространить на новые явления устоявшуюся систему вполне естественно, но не всегда верно. Правовой механизм находится в зависимости от характера объекта; обусловленности правового механизма свойствами объекта в правовой науке и

законодательной практике не придавалось, к сожалению, должного значения.

В упрощенном варианте, возникшем на первое время для интеллектуального продукта, эту функцию выполняло классическое абсолютное право, подобно тому как для материальных вещей ее выполняло право собственности.

112

Понятие исключительного права

Первоначально существовал ограниченный круг результатов интеллектуальной деятельности, имеющих значение для экономического оборота и поддающихся формализации по тем или иным признакам. Для удовлетворения не существовавших ранее потребностей нужно было создать соответствующий им правовой механизм. Он получил выражение в авторском праве (для произведений, отличающихся своей формой) и в патентном праве (для достижений, отличающихся существом и формализуемых искусственно). Создание такого механизма было облегчено тем, что ранее для экономического оборота уже приобрели значение другие нематериальные объекты - способы индивидуализации товаровладельца (фирменные наименования) и товара (товарные знаки) - и для них уже существовал правовой механизм.

На первом этапе был создан пока еще достаточно простой правовой механизм, обладавший некоторыми общими чертами, необходимыми для экономического оборота. Он закреплял за правообладателем монополию, подобную праву собственности, без которой никакой товарный оборот невозможен. Терминологически этот механизм обозначался чаще всего как «интеллектуальная собственность», однако при обозначении содержания правомочий правообладателя неизменно указывалось, что он имеет «исключительное право» использования объекта экономического оборота, на который закреплялось право. Так появился новый термин. Это исключительное право представляло собой не что иное, как абсолютное право, подобное праву собственности, которое признавалось необходимым условием рыночного оборота. Практически все, кто писал об исключительных правах, включая автора настоящей статьи, полагали, что исключительные права представляют собой классические абсолютные права, объектом которых только являются нематериальные результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации.

Отнесение исключительных прав к абсолютным вовсе не означает, как показала практика, что единственное их отличие от этих последних заключается в их специфическом - нематериальном - объекте. Это не просто абсолютное право на новый вид объекта, а право с новым содержанием даже на первом этапе его становления. Исключительные права изначально имеют свои видовые признаки, специфическое юридическое содержание, обусловленное свойствами этого объекта.

Специфика объекта уже на первой после появления исключительных прав - упрощенной - стадии определяет особенности в содержании правомочий. Основная особенность интеллектуального продукта заключается в его неограниченности в пространстве и соответственно в возможности одновременного использования неограниченным кругом

113

\_\_\_\_\_/ . Понятие и система исключительных прав \_\_\_\_\_

лиц. Необходимым условием установления на него исключительного права и пуска в товарный экономический оборот является обособление данного результата (продукта) от ближайшего, смежного, даже аналогичного, отделение одного результата от другого - эта задача не стоит применительно к материальным вещам, ограниченным в пространстве. Существует два способа такого обособления, отграничения - по форме и по содержанию.

Отграничение по форме более простое и внешне как бы вполне естественное. Из векового опыта человечества известно, что творческие результаты не могут быть созданы аналогичными по форме независимо от первого их творца, они всегда уникальны и отличаются друг от друга. Поэтому форма сама обособляет интеллектуальные продукты, но критерии все же нужны.

Иначе с содержанием. Разные лица могут независимо друг от друга получить одинаковый по содержанию интеллектуальный продукт. Более того, он неизбежно будет получен, если в этом будет общественная необходимость. Значит, надо искусственно обособить этот результат. Наиболее легкий способ - формализовать самые существенные его признаки и закрепить правовые последствия такой формализации.

Итак, первая задача исключительных прав - обеспечить обособление объекта как условие товарного оборота. Эта задача не стоит перед правом собственности, для материальных вещей достаточны их

натуральные свойства, ограниченность в пространстве. На исключительные права ложатся дополнительные функции.

Вторая задача исключительных прав заключается в том, чтобы создать правовой механизм для самого товарного оборота, соответствующий специфике объекта и потому отличающийся от права собственности. Для этого последнего он определяется правомочиями собственника: владением, пользованием и распоряжением. Правомочия обладателя исключительных прав, пусть близкие по звучанию и назначению, не могут не отличаться по содержанию. Для нематериального интеллектуального продукта механизм правового обеспечения товарного оборота существенно иной. Исключительное право не включает и не может включать в себя право владения, которое всегда имеет своим объектом материальную вещь, его нет вовсе. Другое содержание по сравнению с пользованием по праву собственности имеет право использования интеллектуального продукта; отличается и понятие распоряжения.

Материальный объект может применяться в связи со своей ограниченностью в пространстве в тот или иной момент только одним лицом или во всяком случае ограниченным, точно определенным кругом лиц. Нематериальный же объект может быть использован одновременно не-

114

Понятие исключительного права определенным кругом лиц, и уже поэтому правомочие «пользования» нужно отличать от правомочия «использования».

Нематериальный объект не подвержен физической амортизации, это определяет условия действия права во времени, так же как его неограниченность в пространстве - принцип территориального действия. Но главное, использование основано на другом по сравнению с пользованием по праву собственности принципе - на необходимости специального установления запрета для третьих лиц в каждом отдельном случае, а при его отсутствии - в свободе использования. Это тоже обусловлено натуральными свойствами объекта.

Особенности использования обуславливают и специфическое содержание права распоряжения, которое должно позволять передачу объекта для использования не только одному лицу (передачу права), но и предоставление права использования одновременно нескольким лицам (выдачу разрешения на использование - лицензии). Специфичны и способы защиты прав - исключены вещные, владельческие способы защиты. Существуют и другие особенности, определяющие в целом особое содержание исключительных прав.

Весь механизм правового обеспечения рыночного оборота интеллектуальных продуктов оказывается существенно иным, отличающимся от права собственности, лежащего в основе товарного оборота материальных вещей. Однако на первых порах это не становится очевидным, и есть стремление распространить, хотя бы внешне, на исключительные права нормы о праве собственности. В результате искажается представление не только об исключительных правах, но и об общей категории — абсолютных правах, - которая практически сводится только к праву собственности, реально представляя собой лишь одну из ветвей. Содержание абсолютных прав как общей категории, включающей и другие ветви, в первую очередь исключительные права, оказывается обедненным, а исключительные права как самостоятельная ветвь вообще исчезают.

Эти принципиальные особенности вскрыты классиком российской цивилистики Г.Ф.

Шершеневичем, который показал и их причины. Он отмечал, что исключительные права относятся к абсолютным, притом являются их разновидностью, отличающейся от права собственности.

Впрочем, проведенный им анализ в течение многих лет оказался не востребованным<sup>1</sup>.

В другой своей работе Г.Ф. Шершеневич специально останавливается на месте исключительных прав в системе права и показывает прак-

<sup>1</sup> См.: Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. М, 1911. С. 368; Он же. Курс торгового права. Т. II СПб., 1908. С. 82.

115

/ Понятие и система исключительных прав  
тическое значение определения этого места, «Препятствием к тому, - пишет он, - является приверженность к римскому праву, не знавшему указанных институтов, и к системе, выработанной на этой почве. Эти рамки оказываются слишком узкими в настоящее время, неспособными вместить в себе отношения, порожденные новыми условиями социального существования. Необходимо поэтому отрешиться от римских традиций, идти в ногу с новыми явлениями и создать систему

гражданского права, обнимающую все частные права»<sup>1</sup>. В этих целях Г.Ф. Шершеневич выделяет категорию исключительных прав, указывая, что цель юридической защиты для всей этой группы прав заключается в предоставлении «известным лицам исключительной возможности совершения известных действий с запрещением всем прочим возможности подражания... эти права следовало бы назвать исключительными». Отмечая, что природа исключительных прав носит имущественный характер (эта проблема подлежит особому рассмотрению), он включает в их состав «авторское, художественное, музыкальное право, привилегии на промышленные изобретения, право на фирму, на фабричное и товарное клеймо, право на фабричные рисунки и модели. Содержание этой категории прав будет постепенно расти по мере дальнейшего усложнения современной экономической системы и создания совершенно новых экономических отношений. Нужно, однако, заметить, что если бытовые условия современного хозяйственного порядка выдвигают все новые основания для исключительных прав, то, с другой стороны, жизнь оставляет за собою, отбрасывает уже отжившие формы исключительных прав»<sup>2</sup>. Эти положения являются не столько пророческими, сколько основанными на научном предвидении, научной прозорливости, умении смотреть вперед. На первом этапе своего появления категория исключительных прав выступала в свернутом виде, она определялась общим содержанием абсолютных прав, которые действовали с учетом особенностей объекта. Она еще не была развернута, раскрыта в формально закрепленных особых правомочиях. Прямое выражение в правомочиях и/или в их действии эти особенности получили только на втором этапе.

Исключительные права как ослабленные абсолютные

На стадии классических абсолютных прав, хотя бы и отличающихся от права собственности, становление правового механизма исключительных прав не остановилось. Движущей силой нового этапа правовой

Шершеневич Г. Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891. С. 70-71. Там же. С. 72,73,74.

116

Понятие исключительного права

системы явился беспрецедентный качественный скачок в повышении общественной роли интеллектуальной деятельности, которая приобрела непосредственное значение не только для духовной жизни, но и для материального производства.

Развитие техники и общественных отношений привели к усилению коммерческой роли результатов интеллектуальной деятельности. В экономическом обороте стали участвовать уже не некоторые, а все виды результатов интеллектуальной деятельности, имеющие значение благодаря своему содержанию, не только технические, но и биологические, математические, организационные, экономические и т.п.

Обособление, являющееся условием установления монополии, необходимой для рыночных отношений, остается обязательным для закрепления исключительного права. Но если раньше исключительное право закреплялось только на те результаты, которые поддавались лишь формальному обособлению, то в новых условиях оно должно устанавливаться на результаты, формальному обособлению не поддающиеся или не подвергаемые, а обособляемые только фактически, и при невозможности или нецелесообразности формального акта обособления. Значение приобрели другие способы обособления, и прежде всего такая форма, как сохранение интеллектуального продукта в секрете, конфиденциальность, которая стала условием предоставления охраны. Такое обособление тоже дает монополию, хотя и не абсолютную, а относительную, но она достаточна для пуска продукта в экономический оборот.

Правовой механизм должен был быть приспособлен к радикальному изменению системы обособления объекта. Фактическое обособление тоже порождает исключительное право, но на основе особого правового механизма, основанного на запрете несанкционированного раскрытия конфиденциальности, составляющего элемент законодательства о предотвращении недобросовестной конкуренции. Из формы обособления вытекают и особенности правового режима. Главная из них заключается в том, что право на продукт, не подвергающийся формальному обособлению, может быть закреплено одновременно и отдельно за несколькими разными лицами. Это - новая разновидность исключительных прав.

Система, закрепления подобного рода исключительных прав, основанных на относительной монополии, появилась в силу различных побочных факторов несколько ранее, еще для формально обособляемых объектов, и только потом, в результате развития, она стала вполне полноценной,

завершилось ее формирование, и она стала распространяться на охрану всех, а не только некоторых видов результатов интеллектуальной деятельности.

117

#### / . Понятие и система исключительных прав

Действующее законодательство предусматривает существование так называемых «коллективных знаков», которые представляют собой единый товарный знак для предприятий, создавших соответствующее добровольное объединение. Регистрация такого знака допускается, если выпускаемые и (или) реализуемые товары обладают едиными качественными или иными общими характеристиками. Их прообразами можно считать существовавшие еще в средние века цеховые знаки. Каждое входящее в объединение предприятие вправе пользоваться коллективным знаком. На такой знак распространяется режим товарного знака, закрепляющего исключительное право. Но это «исключительное право» уже не может считаться абсолютным, ибо правом на использование знака, притом равным, обладают разные лица. Все они защищены против третьих лиц, не входящих в объединение, каждое из них может самостоятельно защищать свое право (притом только свое) от нарушений со стороны третьих лиц, не входящих в объединение.

Этого права вполне достаточно для экономического оборота, несмотря на то, что обладатели не могут распоряжаться правом на товарный знак (отчуждать его и выдавать лицензии).

Устанавливается монополия, хотя и ограниченная известными пределами. Подобное право не может считаться классическим абсолютным правом, его можно квалифицировать только как квазиабсолютное.

Еще одним прообразом системы исключительного права, не являющегося абсолютным, является право на использование наименования места происхождения товара. Одинаковое право на одно и то же наименование может быть закреплено одновременно за несколькими разными лицами при условии, что они находятся и производят товар на территории поименованного географического объекта. Особые свойства товара определяются исключительно или главным образом характерными для этого географического объекта природными условиями или (и) профессиональными навыками местных мастеров.

Такой же режим может быть установлен и для секретов промысла (обычно именуемых «ноу-хау»). Значение этой категории чрезвычайно велико и систематически возрастает. Пожалуй, самая значительная часть научно-технических достижений охраняется в наши дни с помощью механизма секретов промысла, и даже патентная охрана сопровождается в настоящее время секретами промысла.

Секреты промысла относятся к результатам, тоже охраняемым исключительным правом. Это право первоначально закрепляется за создателем нового результата или способов его достижения (или за организатором такого создания) без какого-либо специального оформления, в частности регистрации, прежде всего в силу факта создания объекта.

118

#### Понятие исключительного права

Обособление результата производится не по форме, а по содержанию, оно формально не закрепляется, а осуществляется фактически. Обеспечение конфиденциальности секрета как формы обособления есть условие предоставления монополии, закрепления исключительного права.

Такое право может быть менее четким и определенным, надежным и стабильным, оно легче может быть разрушено, чем при наличии формальных признаков. Для этого права не устанавливается заранее определенный срок действия, оно в любой момент может прекратиться по неформальным основаниям, содержание объекта определяется не вполне четко и т.п. Но право на секрет промысла в ряде случаев гораздо более удобно, не требуя для закрепления каких-либо формальностей, и универсально, распространяясь на неограниченно широкий круг объектов. Срок его действия никак заранее не предопределен и не ограничен, он может оказаться очень продолжительным и долговечным. Поэтому новая разновидность исключительных прав не заменяет их абсолютного варианта, а дополняет его, сочетаясь с ним и существуя наряду с ним.

За обладателем секрета промысла закрепляется исключительное право, порождаемое созданием результата, но этим правом на один и тот же объект может обладать не одно лицо, а несколько лиц одновременно и независимо друг от друга.

Принципы экономического оборота предполагают свободу использования при отсутствии специального формального запрета. Если второе лицо независимо от первого получит аналогичный

результат, они оба должны иметь одинаковое право, нет никаких оснований лишать этого второго права использования самостоятельно полученного им результата. За ним правильно было бы закрепить такое же право, как и за первым правообладателем, вполне самостоятельное и независимое, но, естественно, при соблюдении условий, установленных законом, т.е. при обеспечении конфиденциальности, отсутствии свободного доступа неопределенного круга лиц. Несоблюдение этого условия вообще исключает режим секрета промысла у всех правообладателей. Исключительное право обладателя секрета промысла имеет особенности по сравнению с правами на коллективный знак и на наименование места происхождения. Каждый обладатель такого исключительного права вправе самостоятельно распоряжаться своим правом, в частности заключать лицензионные договоры, вообще отчуждать свое право вполне независимо от других правообладателей и даже раскрывать секрет промысла неопределенному кругу лиц, прекратив тем самым право на секрет промысла и других правообладателей. Точно так же каждый из правообладателей осуществляет отдельно защиту именно своего права от нарушения со стороны третьих лиц, в частности взыскивает имен-

119

## I. Понятие и система исключительных прав

но свои убытки, никаких действий в интересах других правообладателей (без надлежащего оформления полномочий) он совершать не вправе. Срок действия права заранее формально не определен - оно действует в течение всего времени, пока сохраняются условия его предоставления (прежде всего соблюдается конфиденциальность).

Итак, одинаковое право на один и тот же объект может иметь одновременно несколько лиц. Это право является исключительным, но оно не абсолютное право, которое может принадлежать только одному лицу. Его можно квалифицировать как квазиабсолютное, поскольку оно закрепляет монополию, хотя и ограниченную, но достаточную для пуска объекта в экономический оборот и позволяющую пользоваться правами, а также осуществлять их защиту средствами, в значительной степени аналогичными используемым для абсолютных прав. Таким образом, исключительное право имеет особое содержание, отличающее его от абсолютных прав. Исключительность состоит не в том, что право принадлежит исключительно одному лицу, а в том, что оно закрепляется исключительно за лицом или лицами определенным законом и по основаниям, им установленным.

Таким образом, понятие исключительного права претерпело некоторую эволюцию. Будучи на первых этапах связано с формальным обособлением объекта, оно по существу выступало как вариант абсолютного права. Качественное усложнение техники в современную эпоху и развитие общественных отношений вызвали необходимость отрыва достижения от его формального обособления и использования средств обособления фактического (прежде всего таких, как конфиденциальность), обусловили необходимость развития понятия исключительного права, включения в него не только абсолютной и легальной монополии, но и монополии относительной.

Выяснилось, что исключительные права - это ослабленные абсолютные права. Они не устанавливают конкретной связи между двумя лицами (как относительные), а обращены к неопределенному кругу обязанных лиц, но их особенность заключается в том, что этот круг обязанных лиц все-таки может быть ограничен. В принципе это тот же типаж, что и абсолютные права, хотя абсолютными они уже не являются - их можно назвать квазиабсолютными правами. Соответственно и понятие исключительного права включило в себя наряду с абсолютными и квазиабсолютные права, когда право на один и тот же объект принадлежит самостоятельно и независимо нескольким лицам.

Если допустимо закрепление первоначального права одновременно за несколькими лицами, то права авторства на охраняемое им достижение, являющегося абсолютным правом, не существует, а может быть только авторство, принадлежащее каждому из создателей достижения. Каждый га

220

## Понятие исключительного права

создателей является автором достижения, но не имеет права авторства, которое может принадлежать только одному лицу и относиться к абсолютным правам. Это авторство уже не может быть первоначальной точкой отсчета имущественных прав - основания закрепления первоначальных имущественных прав (права на использование и на распоряжение) иные.

В содержание исключительного права входят два правомочия — использование и распоряжение. Но объектом использования является сам результат, а объектом распоряжения - право на него, право его

использования Для секретов промысла действует то же понятие использования, что и для классических исключительных прав абсолютного типа. Объектом использования являются сведения о достижениях содержательного характера, но не предназначенные для чистого познания, а включающие рекомендации для практического применения, предпосылкой которого является закрепление этих сведений на материальном носителе или во всяком случае их объективное выражение. Материальные носители не всегда обязательны, авторское право, например, действует и в отношении произведений, не зафиксированных на материальных носителях. Но интеллектуальный продукт - это не конкретный материальный объект, а любое воплощение в объективной форме результата интеллектуальной деятельности.

Правообладатель может сам осуществлять использование результата, ему не надо запрещать использование третьим лицам, это изначально прямо запрещено законом. Взаимоотношения с третьими лицами правообладатель меняет не путем установления запрета, а путем выдачи разрешения - издания акта о распоряжении правами.

Режим секрета промысла наряду с традиционным использованием (совершением конкретных действий) включает в себя правила о сообщении сведений - о передаче их определенному кругу лиц или распространении среди неопределенного круга лиц. Охрана предоставляется использованию хотя и сведений, но включающих в свое содержание практические рекомендации - по совершению конкретных действий, и в этом смысле секретная информация шире секретов промысла.

Сведения, казалось бы, связаны с ознакомлением, на которое нет исключительного права. Но правовой режим сведений - это важнейшее условие предоставления исключительного права, охраняемого по правилам о защите от недобросовестной конкуренции, разглашение сведений, разрушение конфиденциальности влечет за собой прекращение такого права, поэтому секреты промысла включают правовой режим сведений как таковых. Самое обращение к режиму сведений оказывается уже мостиком к следующему этапу развития исключительных прав.

Основываясь на рассмотренных выше признаках, можно было бы дать в законе следующее определение понятия исключительных прав:

121

## 1. Понятие и система исключительных прав

«На результаты интеллектуальной деятельности, в т.ч. результаты творчества, а также на средства индивидуализации юридического лица, индивидуализации продукции, выполняемых работ или услуг (далее - средства индивидуализации) за гражданами и юридическими лицами по основаниям и в порядке, установленном законом, закрепляется исключительное право. Исключительное право является имущественным правом.

Исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации в случаях, предусмотренных законом, может одновременно и самостоятельно принадлежать разным лицам. В этом случае каждое из таких лиц вправе самостоятельно использовать этот результат или средство по своему усмотрению любым, не противоречащим закону способом и может, если иное не установлено настоящим законом, самостоятельно распоряжаться этим правом.

Такое право принадлежит исключительно лицам, за которыми оно прямо закреплено. Лица, не являющиеся правообладателями, не вправе использовать результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации без разрешения правообладателя или одного из правообладателей. Правообладатель вправе передать по договору принадлежащее ему право использования другому лицу или предоставить принадлежащее ему право использования в ограниченном объеме другому лицу (выдать лицензию).

Ограничение прав правообладателя, в т.ч. передачи и предоставления права использования другому лицу, их прекращение или признание недействительными допускаются в случаях, пределах и порядке, установленных законом»<sup>1</sup>.

Для полноценного выполнения этим определением своих функций оно должно сопровождаться общим принципом, в соответствии с которым при отсутствии прямого указания в законе, в частности закрепления в соответствии с ним исключительного права за определенным лицом или лицами, использование результатов творческой деятельности может производиться вполне свободно, без каких бы то ни было ограничений.

Механизм охраны секретов промысла представляет собой следующий этап развития исключительного права - после появления их тради-

Приведенный текст по существу воспроизведен, хотя и с некоторыми незначительными

редакционными изменениями, в ст. 1110 проекта части третьей ПС (разд V «Исключительные права») от 6 января 1999 г., опубликованного в материалах Международной научно-теоретической конференции (Труды по интеллектуальной собственности. Т. I. Проблемы интеллектуальной собственности в Гражданском кодексе России: Материалы Международной научно-теоретической конференции. М, 1999).

122

Понятие исключительного права

ционного варианта более 200 лет назад. В качестве исключительного появляется квазиабсолютное право, хотя понятие использования сохраняет характер, присущий традиционному абсолютному праву. Связующие нити такого «использования» результатов интеллектуальной деятельности и результатов материального производства очевидны.

Перечень объектов исключительного права имеет и должен иметь исчерпывающий характер, он определяется императивными нормами закона. Если в законе (законе вообще, не только в кодификационном акте) есть указание об охране объекта, он охраняется, если такого указания нет - охраны быть не может, соглашением сторон ни абсолютную, ни квазиабсолютную охрану установить нельзя. Основания возникновения исключительных прав имеют бездоговорный характер. Появление этих прав по модели относительных прав, предусмотренной п. 1 ст. 8 и п. 2 ст. 421 ГК РФ (по соглашению сторон), исключается. Точно так же закон должен исчерпывающим образом определить содержание каждого вида исключительных прав, порядок их действия и осуществления. Перечень объектов исключительных прав содержат и некоторые международные договоры, правда называемых в них объектами «интеллектуальной собственности» (о терминологии см. ниже. - АД). Пункт VIII ст. 2 Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности (Конвенция о ВОИС), относит к таким объектам:

литературные, художественные и научные произведения (объекты авторского права);  
результаты исполнительской деятельности, звукозаписи, радио- и телевизионные передачи (объекты смежных прав);

изобретения и промышленные образцы (патентное право);

товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования и коммерческие обозначения (право на средства индивидуализации);

«а также все другие права, относящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях».

Приведенный перечень, таким образом, является не исчерпывающим, а примерным, в других международных договорах названы еще некоторые объекты. К таким международным договорам относятся прежде всего Парижская конвенция по охране промышленной собственности и Международная конвенция по охране селекционных достижений. Соглашение по торговым аспектам прав на интеллектуальную собственность (ТРИПС) предусматривает, например, охрану «закрытой информации», в той или иной мере совпадающей с тем, что можно назвать и «секретом промысла».

123

/ . Понятие и система исключительных прав

Вместе с тем иногда в подобный перечень включаются позиции, которые никак не могут быть отнесены к объектам исключительных прав. Так, Конвенция о ВОИС и Парижская конвенция называют в числе таких объектов «защиту против (или пресечение) недобросовестной конкуренции». Однако объектом исключительного права может быть только результат деятельности, обособленный от самой деятельности, существующий объективно, независимо от нее, в то время как недобросовестная конкуренция и защита от нее, ее пресечение представляют собой саму деятельность. Ее упоминание в Конвенции в качестве объекта именно исключительных прав может быть объяснено только некоторыми привходящими факторами.

Точно так же не может оказаться работающим упоминание в Конвенции о ВОИС открытий. К числу объектов исключительных прав могут быть отнесены лишь результаты, на использование которых возможно установление монополии. Установление монополии на объективные закономерности природы и общества, равно как и их практическое использование, невозможно. Недаром Женевский договор о международной регистрации научных открытий 1978 г., подписанный Болгарией, Венгрией, Марокко, Советским Союзом и Чехословакией, но никем из них не ратифицированный и не вступивший в силу, посвящен не охране открытий, а только их регистрации, но даже в таком виде его можно считать умершим. Упоминание открытий в Конвенции о ВОИС имело чисто



конъюнктурный характер и никаких практических последствий не повлекло.

Третий этап - дальнейшее смягчение охраны в рамках исключительных прав

Технический прогресс привел к резкому росту общественной значимости результатов интеллектуальной деятельности и взрыву потребности в информации о них, активному вхождению информации в экономический товарный оборот, образовался даже специфический информационный рынок, само общество стало называться «информационным». Новый этап определяется товаризацией информационных отношений, содержанием которых является передача каких-то сведений для ознакомления с ними, их познания, которое в процессе углубляющегося разделения труда выделилось в самостоятельную стадию. Это в свою очередь обусловило следующий этап развития системы прав на интеллектуальный продукт.

Информация, сведения - это объект с особыми свойствами, отличающийся от того, который предназначен для практического использования, и он требует особого правового режима. Возникла новая сфера отношений, для которых нужен новый понятийный аппарат, новая система категорий и терминологии, нуждающихся в разработке. Правовой режим

124

Понятие исключительного права

информации, составляющих ее сведений строится иначе, чем для классических объектов интеллектуальных прав. На ознакомление со сведениями вообще не закрепляется исключительное право, действует начало свободы ознакомления с информацией, познания сведений, кроме тех случаев, когда их конфиденциальность специально охраняется законом.

Суть информационных отношений обусловлена тем, что их непосредственная цель заключается не в традиционном для экономического оборота использовании результата, а в его познании.

Использованию должно предшествовать ознакомление, на пути которого встают проблемы, различающиеся в зависимости от того, являются ли сведения общедоступными или конфиденциальными. Но во всех случаях ознакомление и использование - это две стадии, первоначально не дифференцированные. Познание можно назвать «использованием», но по существу это различные категории.

Использование, как отмечалось, - это действия по практическому применению интеллектуального продукта, сведений, воплощенных в материальных носителях или в иной объективной форме (материальные носители не всегда обязательны), а также операции с этим продуктом, включая технологии. Использование интеллектуальных продуктов, даже имеющих форму секрета промысла, имеет много общего с использованием материальных вещей.

Иначе обстоит дело с ознакомлением, содержание которого составляет лишь процесс познания и может не включать даже рекомендации по практическому использованию. Он не обязательно связан с материальной или иной объективной формой фиксации сведений. Ознакомление с общедоступными сведениями ограничить невозможно - они открыты для познания, и в этом смысле установление на сведения как таковые абсолютного или исключительного права исключено. Можно только ограничить доступ к необщедоступным данным - или ограничить практическое использование любых сведений, в том числе общедоступных, - но эти процессы имеют другое содержание и подлежат отдельному рассмотрению.

При углублении разделения труда ознакомление со сведениями обособилось от их использования и выделилось в особую предварительную стадию. Выяснилось, что информационные отношения - это качественно особый этап, не связанный неразрывно с использованием в традиционном смысле.

Использование можно запретить, возможны меры по восстановлению прежнего положения в природе, а познанная информация не может быть принудительно изъята из памяти.

Поэтому отличия правового механизма информационных отношений от механизма секретов промысла, не говоря уже о традиционных

125

\_\_\_\_\_/ Понятие и система исключительных прав \_\_\_\_\_

исключительных правах, выражаются прежде всего в неприменимости понятия использования. Для сведений, информации использование превращается в ознакомление, и оно осуществляется уже не в силу права на объект, принадлежащего определенному лицу, а в силу общего дозволения знакомиться с общедоступными данными и сведениями. Исключительного права на ознакомление со сведениями как таковыми нет, следовательно, такое право не может передаваться, возможна передача только сведений, фактическое обладание которыми создает возможность ознакомления.

Специфика правового режима информационных отношений по сравнению с традиционными исключительными правами определяется разным характером и свойствами их объектов. В одном случае это произведения в широком смысле (включая технические достижения), как сами результаты творческой деятельности, в другом - сведения о них. Произведения используются, а со сведениями, содержащимися в произведении, знакомятся.

В силу натуральных свойств сведений доступ к ознакомлению с теми из них, которые уже опубликованы, никак не ограничить, можно установить только порядок их использования. Из этого следует, что права на информацию, на общедоступные сведения как таковые ни у кого не существует, значит, нет и самого права. Использование осуществляется на другой основе - фактической, при наличии общего права использовать все общедоступные данные, для которых законом (например, патентным правом) не установлены специальные запреты. Напротив, охрана предполагает сообщение сведений третьим лицам, иногда такое сообщение есть даже условие охраны, оно имеет значение оповещения о запрете. Во всяком случае охрана никогда не исключает такое сообщение.

Традиционные авторское и патентное право никак не ограничивают свободу распространения информации, не устанавливают право на информацию, на сведения. Напротив, они предполагают свободу распространения информации, сведений, иногда даже они прямо ее предусматривают. Например, установление патентной охраны обязательно в соответствии с законом предполагает распространение сведений о запатентованном изобретении среди неопределенного круга лиц. А Закон об авторском праве прямо устанавливает, что предусматриваемая им охрана не распространяется на идеи - исключительное право действует только в отношении формы выражения идей. На сведения не может быть исключительного права. Сведения как таковые исключительным правом не охраняются и не могут охраняться. А «использование» отличается от ознакомления, точнее, использование, заключающееся в ознакомлении» - это уже другая категория.

126

#### Понятие исключительного права

Далее. Процесс использования, особенно на рынке, даже общедоступных сведений поддается контролю, установить факт ознакомления с ними вне такого использования крайне затруднительно, а скорее всего практически невозможно. Использованию, как правило, может быть дан обратный ход, возврат в первоначальное состояние не исключен, часто возможен поворот исполнения, не говоря уже о запрете на будущее. А ознакомление безвозвратно, удалить из сознания полученные сведения не удастся. Значит, ознакомление больше обособлено от материального носителя сведений, чем использование.

На сведения не может быть абсолютного права. Отсюда меняется содержание правомочий.

Правомочие использования даже преобразуется в право ознакомления, ибо действует принцип свободного ознакомления с общедоступными данными, оно вообще исчезает.

Существенно отличается и механизм распоряжения, которое выражается в сообщении сведений, включающем передачу их определенному лицу (группе лиц) или распространение их во всеобщее сведение, среди неопределенного круга лиц, информирование о них, независимо от материального воплощения. Распространение - это уже сообщение сведений, которые как таковые исключительным правом не охраняются. Распоряжение сведениями имеет иное содержание. Это уже не распоряжение правом, которого нет, не сделка, а совершение фактических действий с объектом - предоставление сведений конкретному лицу или лицам (в этом случае возможны обязательственные ограничения сторон по поводу дальнейшей передачи сведений) или распространение их среди неопределенного круга лиц. Специального права на предоставление таких общедоступных сведений не существует, такую возможность имеет всякий, кто ими фактически располагает, круг этих лиц никак юридически не ограничен. Право определенного лица на распоряжение сведениями модифицируется в возможность неопределенного круга лиц осуществлять их фактическое предоставление. При другом правовом механизме операции не с правом, а со сведениями как объектом характерны только для использования.

Для необщедоступных данных существует вариант этого правомочия - раскрытие конфиденциальности и открытие доступа к данным по принципам, действующим для секретов промысла. Для общедоступных данных действует право на предоставление комфортного информационного обслуживания, реализуемое через обязательства. Уже произведенное правомерное и даже неправомерное ознакомление не допускает поворота.

Но для товарного оборота сведений, для распоряжения ими монополия все же необходима. Она в

значительной степени иного рода. Право на объект - на результат деятельности - трансформировалось в право субъекта - право личности, которое в отношении объекта выступает

127

### 1. Понятие и система исключительных прав

главным образом в форме обязательственных прав. Права личности - это тоже в известной мере абсолютные права. В данном случае это право личности осуществлять деятельность по оказанию информационных услуг и распоряжаться ее результатами.

Основанием для возникновения прав, лежащих в основе рыночных отношений (абсолютных или квазиабсолютных), могут быть уже не только конфиденциальность (сохранение сведений в секрете), но и иные фактические трудности по получению к ним доступа. Потребность в получении информации существует не только в отношении конфиденциальных сведений, но и в отношении сведений общедоступных, доступ к которым затруднен в силу фактических обстоятельств. Поиск нужных данных в море существующих сведений и их подбор в настоящее время чрезвычайно сложны, требуют больших усилий и специализации. Если у потребителя нет проблем с поиском, он не станет поручать третьим лицам проведение этой работы.

Но часто у него нет иного выхода, приходится заключать договор о предоставлении даже общедоступной информации, чаще всего со специализированной на информационной работе организацией. Возникают обязательственные отношения, которые основываются на комфортности в получении информационных услуг. Для разовых отношений потребности ограничиваются более простым обязательством по предоставлению информации, а информационная деятельность как предпринимательская требует уже особого квалифицированного вида обязательства - по оказанию информационных услуг.

Предоставление общедоступной информации основано на абсолютном праве личности на свою личную сферу, на распоряжение результатами своей деятельности, оно аналогично монополии на использование секрета промысла. Комфортность доступа представляет собой ослабленную монополию, которая выступает не самостоятельно, а в сочетании с основанными на ней обязательствами. Включение обязательства влечет за собой уже четкое обозначение непосредственно объектного<sup>^</sup> состава исключительного права, а не только его субъектных истоков. Исключительное право может основываться не на абсолютной монополии, а на удобствах, комфортности получения услуг.

' Само это обязательство и его содержание - отдельная проблема, подлежащая особому рассмотрению. Во всяком случае на обладателе информации лежит предоставление только тех сведений, которыми он обидает, обязанность по полноте и достоверности ^^доставляемой информации должна был» специально предусмотрена.

Обязательство по предоставлению сведений нужно отграничивать от другого, хотя и связного с ним, обязательства по передаче сведений, которая может осуществляться через третьих лиц, в частности через телекоммуникационные сети, прежде всего через

128

### Понятие исключительного права

В связи с возможностью оказания аналогичных услуг разными лицами уже исключительное, а не только абсолютное право оказывается ослабленным настолько, что оно может действовать только вместе с обязательством, его значимость маскируется тем, что оно составляет основу обязательства, не имея видимого самостоятельного значения.

Существует и такой вариант информационных отношений, когда их предметом являются конфиденциальные сведения. В таком случае речь может идти и о праве раскрытия таких данных (определенному лицу или неопределенной группе лиц). Здесь основой служит абсолютное право личности распоряжаться своей личной сферой. Осуществляя такое распоряжение, приходится учитывать, что в случае раскрытия сведений путем их предоставления определенному лицу без специальных оговорок не существует запрета на их практическое использование.

Организация доступа к информации, а еще лучше — комфортного доступа - итог личных усилий каких-то лиц. В результате абсолютное право на такую информацию существует, но не обычное право, а смещенное с объекта на субъект, хотя практически и обращенное на результат его деятельности, оно распространяется на такой результат лишь косвенно, а потому действует ослаблено. Традиционного абсолютного права на объект вообще нет. Можно констатировать наличие только квазиабсолютного, исключительного права (основанного на правах личности),

понятие которого уже начало модифицироваться и смещаться на базе секретов промысла. Такое исключительное право действует вместе с обязательствами, и, главное, что этого оказалось достаточно для участия созданного или подобранного правообладателем интеллектуального продукта в экономическом обороте. Права личности, лежащие в основе обязательственных прав, в совокупности с этими последними оказались в состоянии выполнить те же функции, что и существовавшие ранее исключительные права. Поэтому они составили новую разновидность исключительных прав, обогатив эту категорию, но подпадая под их общие признаки, включенные в приведенное выше определение. Это и есть следующий этап в развитии правового режима исключительных прав.

Права на открытую информацию как таковую не существует, не только абсолютного, но и исключительного. Однако это не значит, что права на ту же самую информацию, но уже обработанную, подготовленную и передаваемую потребителям, которую можно назвать «информационным про-

Интернет. Обязательство по передаче информации (равно как по обеспечению поиска заинтересованными лицами друг друга, по оказанию некоторых посреднических услуг) имеет уже другой субъектный состав и свое собственное содержание.

129

## I. Понятие и система исключительных прав

дуктом», нет и не может быть вообще. «Информационный продукт» отличается от просто «информации», которая представляет собой сведения, не всегда удобные для восприятия третьими лицами, особенно конкретными, со специфическими потребностями. «Информацию» вообще надо отличать от сведений, сформированных в «информационный продукт», предназначенный или пригодный и удобный для потребителя. Информационный продукт - это сведения, подготовленные для потребителя, часто вполне конкретного, к нему бесспорно относятся сведения, уже переданные конкретному потребителю. Обязательство по передаче всегда обособляет, индивидуализирует и идентифицирует этот продукт.

Информация при определенных условиях имеет свойства объекта гражданского права. Это вытекает, в частности, из ст. 495, 498, 732, 804, 840 и т.д. ГК РФ, которые устанавливают обязанность одной стороны договора специально предоставлять своему контрагенту некоторые сведения, несмотря на их общедоступность; эти свойства могут базироваться на удобстве получения информации в такой форме, хотя бы в принципе она могла быть получена и из иных открытых источников. Иначе говоря, в соответствии с действующим законом комфортность в получении информации, превращенной в информационный продукт, делает ее объектом исключительного права, составляющим необходимое условие ее обращения на рынке в качестве товара. Этот принцип находит в практике самое широкое применение, в частности при заключении договоров, специально посвященных передаче информационного продукта, информационному обслуживанию.

Информационный продукт так же нематериален, как и информация, его надо отличать от материального носителя. Последний представляет собой объект совершенно иного рода, имеющий вещественный характер и потому ограниченный в пространстве. Один и тот же информационный продукт может иметь множество разных материальных, вещественных носителей, каждый из которых составляет объект отдельного права собственности, уничтожение конкретной вещи не влечет за собой исчезновение информационного продукта. Информационный продукт является объектом права совершенно иного рода и содержания. Право на информационный продукт и право собственности на его материальный, вещественный носитель вообще может принадлежать разным лицам, равно как и право собственности на разные материальные носители.

Это различие в какой-то мере маскируется тем, что в настоящее время носитель информации может выступать не в материальной, а в иной (например, электронной) форме, но и в этом случае необходимо различать информацию и ее носителя, хотя бы последний и не был объектом права собственности.

130

## Понятие исключительного права

Потребность в праве на информационный продукт налицо, ибо он является объектом рыночного оборота. Об этом свидетельствует прямое включение «информации» в число объектов гражданского права (ст. 128 ГК РФ), пусть не очень удачно выраженное терминологически (лучше бы сказать об «информационном продукте»). Единственным основанием для такого включения является

обеспечение экономического товарного оборота, неимущественные права в качестве такого основания исключаются, ибо даже основное, базовое, неимущественное право — право авторства - на информацию не существует. Потребность в праве на открытую, общедоступную информацию обусловлена не столько необходимостью монополии на сам объект, сколько комфортностью в получении доступа к информации, сведениям, исключительным положением в обеспечении удобного получения оптимальных информационных услуг конкретным потребителем.

Исключительное право на переданный информационный продукт уже закреплено в ГК РФ, правда, пока только для частного случая. Статья 727 ГК РФ предусматривает для подрядных отношений, что сторона договора, получившая от своего контрагента «информацию о новых решениях и технических знаниях, в том числе не защищенных законом» (курсив мой. - В.Д), не только составляющих коммерческую тайну, для которой в общей форме предполагается обязанность соблюдения конфиденциальности, «не вправе сообщать ее третьим лицам без согласия другой стороны». Это правило нет никаких оснований ограничивать частным случаем. В части третьей ГК РФ подлежат обобщению принципы, установленные в частях первой и второй ГК РФ применительно к отдельным видам отношений.

Право на информационный продукт, содержание которого составляют общедоступные сведения, надо отличать от права на конфиденциальную информацию, имеющего особое основание и особое содержание. Право на конфиденциальную информацию строится по модели секрета промысла и может иметь не чисто познавательное, а и утилитарное содержание, оно может преследовать цель предотвратить не только ознакомление третьих лиц с информацией, но и ее использование. Особый правовой режим конфиденциальной информации вытекает, в частности, из ст. 727, 771, 857, 946, 1032 и др. ГК РФ.

От информации конфиденциальной надо отграничивать секретную, которая призвана обеспечивать потребности уже не ее обладателя, а общественной безопасности и имеет не частный, а публичный характер. Она призвана защищать интересы общества, государства и направлена в равной мере против нарушения тайны как обладателем сведений, так и третьими лицами. Соответственно для них предусмотрена система охраны разного рода.

131

#### I Понятие и система исключительных прав

Точно так же надо отличать конфиденциальную информацию как широкое понятие, характеризующее отсутствием общедоступности, от ее разновидностей - служебной и коммерческой (ст. 139 ГК РФ говорит об информации, составляющей служебную и коммерческую тайну), выделяемых по дополнительным признакам. Критерием служебной информации служит основание необщедоступности - трудовое законодательство и заключенный на его основе трудовой договор, служебные отношения, когда работодатель устанавливает обязанность работника соблюдать конфиденциальность. А основанием для конфиденциальности коммерческой информации является ее содержание - действительная или потенциальная коммерческая ценность в силу ее неизвестности третьим лицам. Конфиденциальная информация может иметь и другое содержание.

Право на информационный продукт действует не только в отношении контрагента по передаче, с которым заключен договор, в обязательственных связях, но и для третьих лиц, охватываемых сферой переданной информации. Получатель информационного продукта может использовать его лишь для ознакомления, но не для передачи третьим лицам. Лицо, получившее информацию, не может ею распорядиться, оно обязано соблюдать конфиденциальность и не вправе сообщать третьим лицам переданные ему сведения (если законом или договором специально не установлено иное). Их правовой режим - тот же, что и у сведений из баз данных.

1 Коммерческая тайна упоминается и в некоторых других законах, например в ст. 10 Закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (в ред. от 25 мая 1995 г.). Содержание коммерческого характера сведений раскрывается в некоторых других нормативных актах. В отличие от традиционных «секретов промысла» (know-how) в них включаются не только сведения о совершении действий, но и о фактических обстоятельствах. Как видно из п. 2 ст. 32 Закона «О некоммерческих организациях» и п. 7 ст. 19 Закона «О благотворительной деятельности и благотворительных организациях», в понятие коммерческой тайны в принципе входят сведения о размере и структуре доходов организации, о составе и размерах имущества, о ее расходах, численности и составе работников, об оплате их труда, об использовании безвозмездного труда граждан в ее деятельности (о привлечении добровольцев). Некоторые другие данные также входят в состав коммерческой тайны (состав контрагентов, условия договорных

отношений с ними, финансовое состояние, сведения о приемах деятельности, об используемых для такой деятельности орудиях труда и т.п.). Коммерческая тайна значительно шире по содержанию, чем секреты промысла.

Из сказанного следует вывод, что представление, будто в ГК РФ как-то урегулированы отношения по поводу «секретов промысла» (сегодня в быту именуемых «ноу-хау»), ошибочно. Служебная тайна и коммерческая тайна обозначают другие категории, хотя в какой-то мере и накладывающиеся друг на друга. Нормы, содержащиеся в ГК РФ, могут в известных пределах использоваться, но только по аналогии. Отграничение секретов промысла от других категорий следует отличать от терминологических проблем (см. ниже), хотя здесь возможны и пересечения.

132

Но и третьи лица не могут нарушать конфиденциальность, совершать действия, имеющие целью получить несанкционированный доступ к переданной другому лицу информации, подобно тому как это установлено для секретов промысла. Правомерно только независимое получение тех же сведений законным способом, здесь важен источник, им не может быть уже переданная информация. Другое лицо может иметь право на те же сведения, но это не прекращает параллельного права. Основанием установления охраны является комфортность получения сведений, а важнейшим элементом правового режима является соблюдение получателем конфиденциальности, если специально не оговорено иное. Права передающей стороны действуют не только в относительном правоотношении, они защищают от посягательств и третьих лиц, и в этом качестве они основаны уже на квазиабсолютном праве, представляющем собой в данном случае ослабленное исключительное право, даже защищаемое, подобно секретам промысла, на принципах правил о предотвращении недобросовестной конкуренции.

Таким образом, можно констатировать существование исключительного права, хотя тоже ослабленного - действующего в зависимости от источника получения, - но обращенного и к третьим лицам, а не только к контрагенту по договору. Его вполне правомерно считать квазиабсолютным правом, это тот же типаж, что и абсолютное право. Оно отличается от последнего только ограниченной сферой применения.

Как уже отмечалось выше, абсолютное право и исключительное право различаются пределами действия. Абсолютное право имеет неограниченную силу, исключительное право может быть и ограниченным. Общее у них одно - они действуют в отношении третьих лиц, с которыми их обладатели не состоят в обязательственных связях. А сфера действия права на информационный продукт определяется источником его поступления. Пределы определяются субъектным составом - числом лиц, предоставивших информационный продукт, и сферой его распространения.

Однако осуществление такого ослабленного исключительного права имеет свои особенности.

Установление факта получения сведений наталкивается здесь на трудности, обусловленные отсутствием фиксации источника. Первый шаг на пути их преодоления заключается в использовании метода презумпций.

Все сведения, которыми их получатель располагает и передает третьим лицам, должны считаться происходящими из акта их передачи, независимо от реального источника, даже если они получены по другим каналам. Никаких доказательств от передавшей их организации не требуется, действует презумпция передачи получателем именно полученного им информационного продукта.

133

Предметом доказательства является только факт передачи информационного продукта, и его бремя лежит на передающей организации. Если этот факт не доказан, сведения должны считаться поступившими из общедоступного источника и их предоставление третьим лицам может производиться вполне свободно, без каких-либо ограничений. Точно так же на передающей организации лежит бремя доказывания факта несанкционированного получения третьим лицом сведений именно у ее контрагента, а не из другого источника.

Подобная система оснований прав, на которых базируются товарные отношения, имеет и более глубокие корни. В конечном счете абсолютное право субъекта на личную сферу вообще и на результаты своей деятельности в частности лежит в основе всех, в том числе и исключительных, прав на объект, эти последние являются фундаментом всех остальных прав, включая и обязательственные. Звено, которое в ряду имущественных прав обычно считается первым - абсолютное право на объект, - из типичной цепочки прав может выпадать. Но тогда выясняется, что первым является все-таки звено, основанное на правах личности, независимо от их имущественного

характера. И это не приводит к разрыву цепочки, она остается не менее прочной, последующее звено сохраняет достаточную связь с предшествующим и опирается на него. Такое личное начало особенно значимо, когда речь идет о нематериальном результате интеллектуальной деятельности. Вариантом и разновидностью, частным случаем этой системы является правовой режим баз данных, которые содержат информацию, имеющую основную практическую ценность и сообщаемую через Интернет, в значительной мере выступающий как ее символ. Для «баз данных», выделившихся в связи с развитием техники, появлением ЭВМ (хотя и включающих подборки сведений, содержащиеся не в ЭВМ), действует особый вариант правового режима - это область информационных отношений, на которую распространяется достаточно жесткая правовая система, лежащая в сфере традиционных исключительных прав. Режим таких баз данных где-то смыкается с системой уже привычных исключительных прав непосредственно на объект - по типу прав на секреты промысла. Базы данных в настоящее время служат источником информации, имеющим наибольшее практическое значение, основным способом профессионального предоставления информации.

Понятие «базы данных» определяется Законом РФ от 23 сентября 1992 г. «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» как «объективная форма представления и организации совокупности данных (например, статей, расчетов), систематизированных таким образом, чтобы эти данные могли быть найдены и об-

134

Понятие исключительного права

работаны с помощью ЭВМ» (ст. 1). Это определение имеет смысл только в сочетании с установленным для объекта правовым режимом. Закон устанавливает, что базы данных относятся к объектам авторского права, притом им предоставляется правовая охрана как сборникам (п. 2 ст. 2). Более подробно правовой режим баз данных закон не раскрывает. Вместе с тем оно содержит внутреннее противоречие.

Формально определение говорит о совокупности лишь данных, но упоминание о «статьях» показывает, что оно имеет в виду и совокупность произведений. Между тем, как отмечалось выше, произведения и данные имеют разный правовой режим: произведения являются объектом авторского права, а на данные оно распространяться не может. Это относится и к совокупности данных. Показателем является, например, необходимость распространения на сборники произведений положений авторского права о допустимости закрепления права авторства и права на имя только за физическими лицами. А на подборку данных (отличать от сборника произведений или их собрания) должна существовать возможность закрепления права на имя за юридическим лицом. На подборку данных может быть установлено исключительное право, но это не авторское, а иное право.

Гораздо более подробная регламентация содержится в Директивах ЕС от 11 марта 1996 г., которые Российской Федерации придется учитывать в случае вступления в ЕС. Определение этого понятия в Директивах звучит более определенно: «Для целей настоящей Директивы «база данных» означает подборку независимых друг от друга произведений, сведений и других материалов, расположенных по систематической или иной методике, к которой имеется индивидуальный доступ с помощью электронных или других средств» (п. 2 ст. 1). Это определение откровенно объединяет две разных по существу совокупности объектов, что не может в дальнейшем не повлечь за собой практических трудностей и даже недоразумений.

Директивы устанавливают двойственную систему охраны баз данных. В части подборки материала (дифференциация на произведения и данные не производится), включаемого в базу данных, и его расположения предусмотрена охрана авторским правом, которая, однако, не распространяется на само содержание базы данных (ст. 3). В части же, относящейся к этому содержанию, предусмотрены права, обозначаемые как «*sui generis*» («особого рода»), но этот «род» («*genus*») никак не квалифицирован (ст. 7-И)<sup>1</sup>. Охрана одного единого объекта, базирующая-

<sup>1</sup> В Договоре ВОИС по авторскому праву, принятому на Дипломатической конференции в Женеве 20 декабря 1996 г., содержится несколько отличающееся определение «базы

135

ся на двух разных основаниях, висящая между двух стульев, не может быть по-настоящему надежной, действенной и эффективной, даже если игнорировать неопределенность, обусловленную

ссылкой на «особый род». Правовая охрана должна базироваться только на монолитном, а не множественном основании, смешанная система ее ослабляет.

Категория «базы данных» имеет смысл при установлении на нее (на подборку в целом) исключительного права - на ее использование и распространение. Однако охрана, установленная для базы данных в целом, должна распространяться и на сведения, содержащиеся в этой базе, независимо от их общедоступности, если они были получены из нее (в случае спора логично было бы установить презумпцию получения сведений, содержащихся в базе, именно из нее). Это означало бы установление для сведений из базы данных иного режима, чем для сообщения данных, не включенных в ее состав.

Таким образом, в настоящее время появилась группа особых исключительных прав, определяющих правовой режим сведений, информации. Необходимо создать четкое правовое обеспечение сравнительно недавно возникшей общественной потребности.

Правовой режим информации, составляющих ее сведений (но не их использования) строится на ином принципе, чем для классических объектов интеллектуальных прав. На ознакомление со сведениями вообще в принципе не закрепляется исключительное право, действует принцип свободы ознакомления с информацией, свободы познания, кроме случаев, когда их конфиденциальность специально охраняется законом.

Все три имеющихся механизма: традиционных исключительных прав, имеющих абсолютный характер, квазиабсолютных исключительных прав и прав, основанных на сочетании ослабленных исключительных прав с обязательственными отношениями, - существуют одновременно.

Последующий механизм не заменяет возникших ранее, а дополняет арсенал правовых средств для вновь появившейся и активно развивающейся сферы нематериальных интеллектуальных прав.

Первая часть правового механизма регламентирована достаточно развернуто, вторая, особенно правового режима секретов промысла, - лишь в известной

данных» (ст. 5). Оно еще менее удачно, не включая никаких прямых указаний о характере предоставляемой охраны. На Конференцию был представлен специальный проект Договора по интеллектуальной собственности в отношении баз данных, но он был снят с обсуждения. Похоже, что формула ст. 5 Договора принята в спешке только для того, чтобы как-то формально обозначить внимание Конференции к важнейшему новому вопросу, относящемуся к правовому режиму результатов интеллектуальной деятельности. Уровень и качество принятых ею решений вообще не могут быть признаны юридически удовлетворительными. Гора родила мышь,

136

мере, она намечена, но подлежит завершению, нужно расставить все точки над «i».

Третью часть еще предстоит подвергнуть развернутой регламентации практически с начала и до конца, в том числе установить принципиальные положения в кодификационном акте гражданского права. Иначе кодификация, как бы ее ни обновляли, остается в целом отставшей от уже ставших острыми потребностей, не охватывающей отношения, знаменующие самые характерные черты текущего этапа развития общества, именуемого «информационным». Без этого ГК РФ не может быть действительно итоговым документом, он останется архаичным, даже будучи подштопан модернизированными нитями. На данном этапе невозможен подлинно современный, отвечающий всем требованиям дня кодифицированный акт гражданского права, не включающий в себя регламентацию товарных информационных отношений, имеющих своим предметом результаты интеллектуальной деятельности.

Выражением такой консервативной позиции является отсутствие в разд. V проекта ч. III Гражданского кодекса «Исключительные права» регламентации прав, лежащих в основе информационных отношений. Впрочем, недостаточно раскрыты и принципы, определяющие правовой статус секретов промысла, т.е. всем действительно принципиально новым отношениям по поводу интеллектуальных продуктов надо бы уделить в Гражданском кодексе РФ больше внимания<sup>1</sup>.

### **Относятся ли личные неимущественные права к исключительным?**

С личными неимущественными правами связаны многие недоразумения, которые относятся прежде всего к их понятию. В соответствии со ст. 150 ГК РФ одним из важнейших последствий признания права личным неимущественным, служащим также признаком этого понятия, является его неотчуждаемость и непередаваемость. Статья 15 Авторского закона в числе личных неимущественных называет право авторства, право на имя, право на обнародование и право на



защиту произведения от внесения в него изменений без согласия автора (последнее почему-то названо правом на защиту репутации автора). Первые два права отвечают требованиям, установленным ГК РФ. Вторые два вызывают с этой точки зрения серьезные сомнения. Они не только влекут прямые имущественные последствия, но и безусловно не соответствуют критерию 1 См. проект разд. V ч. III ГК РФ Рабочей группы Исследовательского центра частного права от 6 января 1999 г. (Труды по интеллектуальной собственности. Т. I. Проблемы интеллектуальной собственности в Гражданском кодексе России; Материалы Межпуна-родной научно-теоретической конференции. М., 1999. С. 62-114).

137

непередаваемости - по авторскому договору автор может передавать пользователю свое первоначальное право на обнародование (или, другими словами, опубликование) своего произведения, равно как и право на его переделку путем перевода, аранжировки, переработки повествовательного произведения в сценарий и т. п.

Точно так же не все просто и с правом авторства и правом на имя (которые безусловно относятся к личным неимущественным правам). Изначально эти права появились в гражданском праве как имеющие имущественное значение, что, впрочем, оставалось и остается до сих пор должным образом незамеченным. Для товарного оборота право авторства и право на имя призваны индивидуализировать первоначального правообладателя и служить первичной точкой отсчета имущественных прав, на основе которой потом прослеживается правомерность правообладания по всей цепочке правопреемников. Это - изначальная функция права авторства и права на имя в гражданском праве.

Но в последующем эти права обросли и другими функциями - политического, социального и т.п. характера, которые приобрели первенствующее, приоритетное значение, далеко выходящее за рамки гражданского права. С гражданским правом их роднит механизм защиты, общий для всех личных неимущественных прав. В него оказалась включенной и категория денежной компенсации неимущественного вреда, своими корнями уходящая в возмещение убытков, и в этом, представляется, причина трудностей с применением к неимущественным правам механизма гражданско-правовой защиты, лишь некоторые элементы которой поддаются заимствованию. К правовым понятиям вообще и к понятию исключительного права в частности неправильно подходить чисто филологически. В содержание этого понятия включаются только имущественные, но не личные неимущественные права, хотя они с очевидностью принадлежат только данному субъекту. Это никак не умаляет права последнего, поскольку его личные неимущественные права, несомненно, принадлежат к числу классических, традиционных абсолютных, они могут принадлежать только одному лицу и имеют более широкое содержание, чем исключительные, и предоставляют более широкую охрану. Как вытекает из сказанного выше, категория исключительных прав призвана служить целям только имущественных отношений, обеспечивать пуск объекта в экономический оборот, никаких других функций она выполнять не в состоянии. Более того, качественная особенность неимущественных прав и их принципиальная значимость подчеркиваются тем, что их направленность на обеспечение личных и социальных интересов творческих работников влечет за собой иногда даже ущемление «товарности» отно-

138

шений, и это сочетается с максимально широкой охраной. Личные неимущественные права относятся к гражданскому праву вообще не в качестве объекта экономического оборота, в котором не участвуют и не могут участвовать по определению. Они составляют побочную, хотя и очень важную, ветвь гражданского права, имеющую своей задачей обеспечить только их защиту некоторыми средствами гражданского права (кстати, без понимания места этих неимущественных прав нельзя обеспечить правильный подход к имущественной компенсации морального вреда). Таким образом, право авторства и право на имя, будучи абсолютными правами, не входят в число исключительных прав. Это с несомненностью выявляется при обращении к действующему законодательству. Оно привязывает исключительное право только к использованию, которое имеет лишь экономическое, имущественное содержание.

Статья 16 Авторского закона относит исключительные права только к использованию произведения, в норме о личных неимущественных правах (ст. 15) исключительные права никак не упоминаются. То же относится и к Закону о правовой охране программ для ЭВМ и баз данных (ст. 10 и ст. 9 соответственно), Закону о правовой охране интегральных микросхем (ст. 5 и ст. 4 соответственно).

Пункт 2 ст. 3 Патентного закона предусматривает, что «патент удостоверяет приоритет, авторство изобретения, полезной модели или промышленного образца и исключительное право на их использование» (курсив мой. - В.Д.). Аналогична и формула ст. 3 Закона «О селекционных достижениях». Точно так же ст. 4 Закона «О товарных знаках» закрепляет исключительное право «пользоваться и распоряжаться» товарным знаком (личных неимущественных прав там вообще нет). Строить конструкцию на терминологических недоразумениях и явных случайностях, совершенно оторванных от существа дела, нет никаких оснований. К таким недоразумениям можно отнести ст. 37 Закона об авторском праве, относящую к исключительным также и неимущественные права. Содержание понятия не может строиться исходя из некоторых абстрактных представлений, чисто филологического подхода к терминам, без учета опыта действующего законодательства, построенного для удовлетворения реальных потребностей. Стоит еще раз напомнить, что такой классик гражданского права, очень четко чувствовавший цивили-стическую материю, как Г.Ф. Шершеневич, прямо относил исключительные права к имущественным. Отнесение неимущественных прав (права авторства и права на имя) к «исключительным» - не просто чистая схоластика, не влекущая никаких практических последствий. Оно означает ослабление силы дей-

139

ствия личных неимущественных прав, для которого нет никаких оснований. Это главная причина, по которой неимущественные права неправильно было бы относить к исключительным правам, они должны быть полноценными абсолютными правами. Одновременное закрепление права авторства и права на имя на один объект отдельно за несколькими разными лицами исключается. Если подобная однозначность невозможна, закрепление права авторства было бы необоснованным, хотя бы результат интеллектуальной деятельности и имел своего автора.

В качестве основы товарного экономического оборота выступает абсолютное право, которое имеет несколько ветвей. Сначала это было только право собственности, обеспечивающее экономический оборот материальных вещей. Затем выросла ветвь исключительных прав, призванная обеспечивать участие в экономическом обороте нематериальных результатов интеллектуальной деятельности. Классические абсолютные права подвергаются при этом модификации, выступая иногда в ослабленной форме квазиабсолютных прав. Есть и третья ветвь абсолютных прав, закрепляющая личные неимущественные права, но она выполняет другие функции и располагается обособленно, занимая в гражданском праве особое место. Она никак не смешивается с другими абсолютными, в том числе исключительными, правами, имеющими имущественный характер. Не входя в имущественные права, она может только обслуживать их, индивидуализируя участников экономического оборота.

Немного о терминологии

Теперь о терминологии. Исключительные права вошли в жизнь преимущественно под названием «интеллектуальная собственность» (или ее составных частей - «литературная собственность» и «промышленная собственность»). В праве терминология имеет существенное значение. По справедливому наблюдению Г.Ф. Шершеневича, много неправильных подходов «обуславливается общераспространенным словоупотреблением, невольно возбуждающим ложные представления, от которых трудно бывает отрешиться даже ученому»<sup>1</sup>.

С возникновением условий для пуска результатов интеллектуальной деятельности в экономический оборот возникла необходимость в правовой базе, в установлении монополии, являющейся необходимой основой товарных отношений. Многовековой опыт давал только один

<sup>1</sup> Шершеневич Г. Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891. С. 29. Здесь же - подробный анализ разных взглядов на юридическую природу исключительных прав (с. 28-74). См. также: Шершеневич Г, Ф. Курс торгового права Т. II. СПб., 1908. С. 80-83.

140

образец такой правовой базы - право собственности, распространявшегося, правда, только на материальные вещи. Необходим был механизм, выполнявший ту же экономическую функцию. Название «интеллектуальная собственность» привычно отражало именно эту функцию. Важно было установить для результатов интеллектуальной деятельности основы режима, аналогичные установленному для результатов материального производства, закреплять на интеллектуальный продукт аналогичные права.

Существенное значение имело еще одно обстоятельство. Собственность в тот период была выражением свобод - не только экономических, но и политических. Поэтому закрепление имущественных прав за творцами новых идей и решений на полученный ими результат - на уровне права собственности - было провозглашено энциклопедистами как политический лозунг и написано на знамени Великой французской революции. Он попал во французское законодательство, одним из первых установившее рыночную систему охраны авторского и патентного права, затем во многие другие законы и в международные договоры.

Сложилась определенная традиция, в какой-то мере оправданная. Использование термина «интеллектуальная собственность» вполне правомерно в политических актах (например, в ст. 44 Конституции Российской Федерации) как выражение экономических и политических начал. Но употребление его как обозначение юридической категории никак не может быть признано удачным. Право собственности имеет вполне устоявшееся, определенное юридическое содержание, которое, как было показано выше, никак не может быть распространено на результаты интеллектуальной деятельности. Употребление термина «собственность» может создать только неправильные представления о содержании права, его действии и способах его защиты. Но реальные условия требуют установления совершенно другого содержания права. Поэтому не случайно, что при обращении к содержанию именно права на нематериальные результаты интеллектуальной деятельности закон всегда говорит, что за правообладателем (автором, патентообладателем и т.п.) закрепляется «исключительное право». Именно это обозначение содержания права и породило другое терминологическое обозначение нового вида прав как отдельной категории - уже юридической.

Это отнюдь не означает противопоставления существующих терминов. Просто они характеризуют одну и ту же категорию с разных сторон: «интеллектуальную собственность» - с точки зрения политической и экономической функций, «исключительные права» - с точки зрения юридического содержания. Возможен и еще один подход к той

141

же категории - через характеристику его объекта, тогда пришлось бы говорить об интеллектуальных правах. Этот подход обладает еще и тем преимуществом, что он определяет род по тому же объектному основанию, которое служит для определения видов (авторское право, патентное право, селекционное право и т.п.).

Употребление термина «интеллектуальная собственность» в юридическом смысле влечет за собой путаницу еще в одном отношении: оно препятствует четкому различению нематериального результата интеллектуальной деятельности, являющегося объектом исключительных прав, и его материального носителя - объекта права собственности. Из существующего на практике смешения этих объектов ничего, кроме отрицательных последствий, не следует. Между тем действующее законодательство содержит на этот счет совершенно определенные указания. Пункт 5 ст. 6 Авторского закона прямо говорит: «Авторское право на произведение не связано с правом собственности на материальный объект, в котором произведение выражено».

При терминологической чересполосице в отношении наиболее общего понятия эта норма воспринимается не как общий принцип, а как частное и не очень понятное правило, относящееся главным образом к произведениям изобразительного искусства (авторское право на картину как произведение искусства и право собственности на картину как вещь), во всяком случае не имеющее универсального характера. Положения, сформулированные применительно к конкретным отношениям, более широкое значение которых выявила практика, должны получить общее выражение. Интересна оценка истоков вульгарного представления, лежащего в основе смешения интеллектуального продукта и его материального воплощения, - соответственно исключительного права и права собственности, - данная автором выдающегося юридического исследования А. Пиленко еще в начале века: «Всякое изобретение (точно так же как и открытие) имеет исключительно абстрактно-идейное содержание и с вещественным своим субстратом отождествляется только в неразвитом мышлении»<sup>1</sup>.

Терминологический анализ позволяет сделать и важнейший вывод по существу. Исключительное право представляет собой вполне самостоятельную правовую категорию, отдельную от права собственности, не укладывающуюся в традиционную систему римского права. Система права - не раз и навсегда застывший, а развивающийся феномен. Новая категория исключительных прав, являющаяся результатом сравнительно недавнего развития, обогащает эту систему.

Терминологические проблемы возникают и в отношении других, менее глобальных, но тоже достаточно значимых категорий, особенно новых, возникших в ходе сравнительно недавнего развития. Так, ныне широко вошли в рыночный оборот рекомендации, подготовленные на основе достижений, накопленного опыта и т.п., о способах получения практических результатов, имеющих коммерческую ценность благодаря поддержанию конфиденциальности, недоступности неограниченному кругу лиц, сохранению в тайне. Для обозначения этой категории широко вошло в жизнь фонетическое воспроизведение английского термина «ноу-хау» («know-how» - «знаю как [делать]»), который и на своем родном языке имеет характер образа, фигурального выражения, а по-русски вообще не имеет никакого смысла. Это очень опасно, ибо для понимания категории, во избежание недоразумений, важно, чтобы термин нес хоть какую-то понятную смысловую нагрузку, поэтому к иностранным терминам следует вообще относиться с большой осторожностью.

С этой точки зрения не всегда удачны и термины на базе русского языка. Терминология, во всяком случае, не должна создавать неправильных представлений о содержании категорий и особенно не вводить в заблуждение. Так, неудачным для обозначения той же категории представляется термин «производственная тайна» (или «секрет производства» - именно этот термин употреблен в ст. 1032 ГК РФ), который может создать впечатление, что категория относится только к производству, в то время как она должна быть распространена и на организационные вопросы, экономику и т.п.

Еще один термин - «профессиональная тайна» — неизбежно будет ассоциироваться со сведениями, разглашение которых не допускается по профессиональным основаниям (врачебная, адвокатская, банковская и т.п. тайна).

Термин, во всяком случае, не должен вводить в заблуждение. Поэтому лучше употребить нейтральные слова, пусть немного архаичные, но все же раскрывающие общую направленность категории. В данном случае наиболее подходящим представляется термин «секреты промысла», содержание которого поддается определению.

В праве термины весьма существенны. Важно не только их однозначное применение, но и филологическая нагрузка, доступность для понимания, избавляющая от многих недоразумений.

// Объекты исключительных прав

## **II. Объекты исключительных прав Право на фильм как сложное многослойное произведение**

В настоящее время активно обсуждается вопрос о праве на фильмы - кинофильмы и телефильмы. Актуальной проблема стала по вполне конкретному поводу, в связи с напряженным экономическим положением страны и поисками путей мобилизации всех ресурсов для получения государством дополнительных доходов. В качестве возможного источника рассматриваются и старые фильмы, вошедшие в «золотой фонд» советской кинематографии. Но на те же средства претендуют и фильмопроизводящие организации, студии, которые рассматривают их как непосредственную финансовую, экономическую базу своей деятельности и кинематографии в целом. Понадобилось безотлагательное определение субъекта, которому принадлежит право на фильм, основы таких прав, особенностей их перехода, равно как всех остальных элементов правового режима фильма. Но значимость установления природы правового режима фильма выходит далеко за рамки решения сегодняшней утилитарной задачи. Постепенно выявилось, что фильмы представляют собой новый, достаточно своеобразный объект, для которого многие традиционные положения авторского права, действующие с момента его возникновения, нуждаются в корректировке. Поэтому правовой режим фильма подлежит рассмотрению с учетом всех аспектов, частных и общих, сегодняшних и перспективных. Сводить анализ к применению отдельной нормы по какому-то одному, пусть важному, поводу было бы неправильно. Частные проблемы могут быть надлежащим образом решены только с общих позиций. Правовой режим кинофильмов, телефильмов и видеофильмов не во всем совпадает. Но прежде чем переходить к отличиям, надо сосредоточиться на общих чертах.

### **1. О субъекте права на фильм**

Права на результаты творческой деятельности неоднородны. С одной стороны, это право использования ~ имущественное право, ради которого введена гражданско-правовая охрана. Другая группа прав, которой нет больше ни в одной сфере, связана со статусом автора, творческий труд которого является единственным источником произведений, поступающих в экономический оборот. Эти два вида прав отделимы друг от друга. Соответственно феномен субъекта права в этой сфере достаточно сложен.

144

### Право на фильм как сложное многослойное произведение

В отличие от статуса субъекта гражданского права вообще, необходимого для обладания любыми правами, абсолютными и относительными, обладателем права на какой-то объект может считаться только лицо, имеющее на него абсолютные (или иные исключительные) права, независимо от того, являются ли эти права первоначальными или производными. Так, патентообладатель несомненно относится к числу субъектов права на изобретение, независимо от того, является ли он автором. Напротив, носитель обязательственных прав (например, лицензиат) не может считаться субъектом авторского, патентного и других подобных прав. Субъектом права на объект должен считаться носитель не только всех, но и части абсолютных прав, если эти правомочия разделимы. Например, в качестве субъекта права должен рассматриваться как обладатель права авторства, так и обладатель права использования, автором не являющийся. В этом, в частности, выражается особенность правосубъектности в сфере исключительных прав, связь этих правомочий проявляется в другом. Творческий результат интеллектуальной деятельности носит следы личности автора. Поэтому и первоначальное имущественное право использования, имеющее своим основанием творческую деятельность, привязывается именно к личности автора. И дело не только, а может быть, не столько в защите интересов личности как таковой, сколько в обеспечении нормального функционирования экономического оборота. Поэтому авторство имеет значение прежде всего как основание возникновения имущественных прав, как первоначальная точка отсчета этих прав, оно является результатом индивидуализации первоначального правообладателя. Имущественные исключительные права вообще связаны либо с самой личностью, с ее обозначением и индивидуализацией как участника экономического оборота, либо с результатом деятельности, носящим следы этой личности, служащим средством ее выражения. Во всех случаях индивидуализация личности находит выражение в авторстве. Поэтому авторство является основанием возникновения имущественных прав, и это одна из ведущих особенностей прав на результаты интеллектуальной деятельности.

Для основной в гражданском праве экономической функции авторство хотя и не несет содержательной нагрузки, но является базовым, исходным и представляет собой основание возникновения имущественных прав. И это самостоятельное право, ибо в результате отчуждения имущественное право использования может перейти к другому лицу и тогда авторство будет

принадлежать одному субъекту, а право использования - другому.

Первичная имущественная нагрузка авторства (которая многими осталась незамеченной) никак не исключает того ведущего социального

145

II. Объекты исключительных прав

значения, которое право авторства приобрело в результате развития. Социальная функция исторически имеет последующий характер, но она приобрела вполне самостоятельное и даже ведущее значение в большинстве правовых систем.

Переходя от общего вопроса к частному, необходимо констатировать, что определение автора фильма имеет самое существенное значение и для права на его использование, хотя это все-таки два разных права, которые взаимосвязаны, но не всегда идут вместе.

Субъект права на фильм не может устанавливаться так же, как на традиционные произведения — объекты авторского права. В создании фильма в целом принимает участие большое число творческих и не только творческих работников, осуществляющих разнородную деятельность, поэтому индивидуальное авторство физического лица на фильм в целом исключается, участники не являются и традиционными соавторами. Деятельность коллектива участников организуется и направляется, но ее руководитель не может рассматриваться как традиционный индивидуальный автор фильма в целом. На фильм, охраняемый авторским правом, должны распространяться все основные требования, им устанавливаемые. Это относится и к категории авторства, существование которой есть необходимый элемент авторского права.

Творчество присуще только человеку, из этого исходит закон, определяя первоначального субъекта авторского права. Творчество имеет индивидуальный характер, ему соответствует и индивидуальный характер авторства, которое закрепляется за точно определенным индивидуумом. В редких случаях произведение является результатом творчества небольшой, точно определенной группы лиц, но такое творчество тоже надо рассматривать как индивидуальное, даже в групповом варианте. Его надо отличать от результата коллективной деятельности, когда точный человеческий состав неопределим и идентифицируется только организация, где этот результат был получен. Но если рассматривать произведение как объект авторского права, то индивидуальное авторство является неотъемлемым элементом правовой охраны. Когда нельзя определить человека, отвечающего установленным для авторства требованиям, приходится строить фикцию и проводить ее достаточно последовательно. Именно это относится к фильмам: если рассматривать их как классический объект авторского права, авторство определенного физического лица на фильм установить невозможно.

Традиционные объекты авторского права достаточно просты, они есть результат творчества одного лица или очень редко небольшой группы лиц-соавторов, во всяком случае осуществивших однородную деятельность. С развитием техники появились весьма сложные объекты,

146

\_\_\_\_\_ Право на фильм как сложное многослойное произведение \_\_\_\_\_  
которые, как правило, просто не могут быть созданы одним лицом, к тому же они составляют продукт разнородной деятельности. Их формирование является результатом многослойного процесса, когда одни лица своей творческой деятельностью создают элементы, используемые на втором этапе уже другими лицами для комплексного объекта в целом. Примером такого объекта-результата является и кинофильм, работа над которым предполагает работу сценариста, композитора, кинооператора, звукооператора, разнообразных художников, актеров - артистов-исполнителей и представителей ряда других творческих профессий. Для появления единого цельного художественного произведения их деятельность должна быть как-то увязана, согласована и организована. Это уже работа режиссера-постановщика. Каждый из участников процесса творит свое произведение, на которое он имеет авторское (или исполнительское) право, но все вместе они образуют новый объект.

Правовой режим такого единого, но сложного, комплексного и многослойного результата, состоящего из множества разнородных объектов, должен обладать существенными особенностями. Многослойный интеллектуальный продукт существует в целом, включает все составляющие, без любого из них его объективно нет, хотя многие элементы могут быть использованы и обособленно, отдельно. Фильм - единое произведение, и все входящие в него результаты творческой деятельности отдельных лиц должны иметь единый правовой режим, единый срок охраны и т.п. Различный правовой режим сделал бы невозможным использование фильма, его коммерческую эксплуатацию, нормальную предпринимательскую деятельность продюсера - эта фигура появилась, стала очень

весомой в жизни, но еще не получила надлежащего места в законе. Статья 3 Федерального закона от 22 августа 1996 г. № 126-ФЗ «О государственной поддержке кинематографии Российской Федерации» содержит определение этого понятия. Закон определяет некоторые связанные с ним частные последствия, но ничего не говорит о главном - о закрепляемых за этой фигурой правах и обязанностях.

Поэтому обладателю права на комплексное многослойное произведение должно принадлежать право и на использование всех его элементов. Такого правообладателя, после того как он приобрел право на элементы, уже нельзя поставить в зависимость от произвола каждого участника разнородной творческой деятельности, имеющего свои индивидуальные права. Права на эти элементы должны быть закреплены за правообладателем целого (менеджером, продюсером) на все время их возможного использования в комплексном результате, причем все права, необходимые для такого использования. При этом надо учитывать, что речь идет о разных правах, например имеющих разные сроки, по-

147

## II. Объекты исключительных прав

разному исчисляемые, о разнородных правах, имеющих разный правовой режим (например, авторские права и исполнительские права).

Такая система соответствует интересам не только предпринимателя - правообладателя, она отвечает потребностям всех участников сложного творческого процесса. Всех творцов сложного, комплексного результата нельзя ставить в зависимость от произвола одного из них - интересы каждого из участников не должны быть подвержены риску, связанному с судьбой прав другого участника, все они должны находиться в равном положении. Несколько отличаться может только положение творческого руководителя всего проекта (например, режиссера-постановщика), но не как правообладателя, в ряду творческих работников он только первый среди равных, а не приоритетный правообладатель.

Специфический статус объекта находит свое выражение и в том, что участники его создания не могут с точки зрения традиционного авторского права рассматриваться как соавторы. Такое «соучастие» есть сотрудничество, категория, неизвестная авторскому праву, а не соавторство. Различие этих категорий уже отмечалось в литературе<sup>1</sup>. Одна только совместная деятельность тоже не создает классического соавторства, которое предполагает по крайней мере однородную деятельность соавторов (некоторые изъятия установлены для музыкального произведения с текстом, но изъятия далеко не бесспорные и нуждающиеся в отдельном рассмотрении). Лица, принимающие участие в создании фильма, произведения которых вошли в него в качестве составной части, соавторами не являются.

В новых условиях многие традиционные категории авторского права не подходят, но уйти от них невозможно, этому препятствуют международные договоры, в соответствии с которыми фильмы охраняются традиционным авторским правом. Пункт 1 ст. 2 Бернской конвенции говорит как об объектах авторского права о кинематографических произведениях в целом и о произведениях, выполненных способом, аналогичным кинематографии, притом последние приравниваются к кинематографическим. Всемирная конвенция в ст. 1 тоже прямо называет кинематографическое произведение объектом авторского права. Поэтому национальное законодательство ничего иного установить не может. Ему приходится прибегать к фикциям и проводить их достаточно последовательно. Международные договоры, которые в области интеллектуальных прав служат не только обобщению и согласованию национального законодательства, но и его развитию, во многих случаях играют консервативную и консервирующую роль. Выход, на наш взгляд, в настоящее время заключается не в отказе от

1 См.: Анпатонов КС, Фжйшщ Е.А. Авторское право. М: Госюриздат, 1957. С. 70.

148

\_\_\_\_\_ Право на фильм как сложное многослойное произведение \_\_\_\_\_ системы авторского права, а в установлении некоторых дополнительных положений, которые вполне возможны в рамках системы международных договоров. Некоторые из этих дополнительных положений выходят за рамки авторского права, а некоторые вполне вписываются в его систему. К числу первых принадлежат положения о правах продюсеров кинофильмов. Это новая система, которая ничему не противоречит и вполне сочетается с положениями авторского права. К числу вторых должны относиться нормативные положения об авторских договорах, заключаемых продюсером с авторами произведений, используемых в качестве элемента при создании фильма. Фикции авторства, которые выходят за рамки традиционного авторского права, могут быть

установлены по-разному. Кому принадлежат авторские права, кто рассматривается в качестве автора - остается на усмотрение национального законодательства. Существует несколько вариантов искусственного построения авторства. Первый из них - это признание автором организации, где осуществлялось производство фильма, подстановка ее на место физического лица, распространение на нее полностью и последовательно правового режима, установленного для физического лица - автора. Второй заключается в выделении из числа авторов, произведения которых использованы в фильме в качестве элемента, тех, чей вклад наиболее существенен, и в признании их всех вместе авторами фильма в целом, в установлении своего рода «сборного» авторства, отличающегося от соавторства.

Субъекты права на фильм определяются законодательством, действовавшим в момент возникновения прав - при появлении фильма в объективной форме, для фильма это момент его завершения. Статус субъекта права на фильм с развитием законодательства менялся. Можно выделить два этапа - до и после введения в действие Закона Российской Федерации от 9 июля 1993 г. «Об авторском праве и смежных правах» (далее - Авторский закон) (3 августа 1993 г. он был опубликован в «Российской газете» и введен в действие).

Сначала о периоде до 3 августа 1993 г., представляющем сейчас наибольший практический интерес, когда интенсивно создавались фильмы, вошедшие в «золотой фонд» нашей кинематографии.

Действовавший до введения в действие Авторского закона ГК РСФСР 1964 г. устанавливал, что «авторское право на кинофильм и телевизионный фильм принадлежит предприятию, осуществившему его съемку» (ст. 486). Эта норма определяет как субъекта права, в качестве которого выступает предприятие, так и содержание права (авторское право). Примерно то же говорило Постановление ВЦИК и СНК РСФСР от 8 октября 1928 г. «Об авторском праве», хотя объект авторского права формулировался в нем несколько иначе - не как фильм, а как кино-149

//. Объекты исключительных прав

лента (ст. 3). Авторское право состоит из правомочий, в состав которых входит и право использования произведения, соответственно такое право изначально принадлежит автору произведения.

Именно из этой системы закрепления первоначальных прав на фильм за киностудией исходило и Постановление СНК СССР от 3 июня 1938 г. №715 «Об изменении порядка финансирования производства художественных кинокартин», которое предусматривало, что «киностудии в соответствии с заключенными договорами с «Союзкинопрокатом» продают (курсив наш. -В,Д.) последнему готовые кинокартины по сметной стоимости, утвержденной Комитетом по делам кинематографии, с 5 %-ной надбавкой» (п. 4). Постановление основано на системе, предусмотренной действовавшим авторским законом РСФСР, в дальнейшем подтвержденной ГК РСФСР 1964 г., - продавать можно только то, что принадлежит продавцу.

ГК РСФСР основывался на том, что творческая деятельность может исходить только от человека и потому только он может признаваться автором. Но он устанавливал и исключения из этого принципа, притом только в случаях, им самим прямо предусмотренных (ст. 484-486). Если такие исключения установлены, ГК РСФСР проводил их последовательно, насколько это позволяла природа вещей (например, начальный момент исчисления срока действия авторского права юридического лица невозможно определять так же, как для человека, - с момента его смерти). Юридическое лицо как субъект авторского права подставлено на место физического лица, замещает его, природу и характер их прав закон конструирует совершенно аналогично. Юридическое лицо последовательно подставляется на место человека, наделяется точно такими же правами. Это относится и к праву использования фильма, закрепляемому за юридическим лицом на тех же основах, что и за человеком. Иначе фикция авторства юридического лица оказалась бы несостоявшейся. Организация, как и человек-автор, приобрела первоначальное и первичное авторское право на фильм, включающее и право его использования. Авторское право находит свое выражение в признании авторства организации, смысл которого в обозначении ее личности путем указания наименования. Но за этим неотрывно следует и право использования.

Статья 486 ГК РСФСР представляет собой императивную норму закона, устанавливающую, что авторское право закрепляется за предприятием, где был создан фильм. При действии этой статьи фильмы создавались только на студиях, представляющих собой именно предприятия, притом только государственные, никаких других организационно-правовых форм для таких студий не существовало. Примечательно, что при этом условии закон закрепляет авторское право за таким



предприятием как юридическим лицом, не упоминая государство как  
150

\_\_\_\_\_ Право на фильм как сложное многослойное произведение \_\_\_\_\_  
собственника его имущества. Авторское право закрепляется за юридическим лицом в его личном  
качестве.

Действие правила об авторском праве, принадлежащем юридическому лицу, позднее, уже в новых  
условиях, получило подтверждение в ст. 4 постановления Верховного Совета Российской Федерации  
от 9 июля 1993 г. о порядке введения в действие Авторского закона, изменившей только срок  
действия авторского права юридических лиц, но не отменившей с обратной силой саму норму.

Из того, что киностудии принадлежат авторские права на фильмы по ГК РСФСР 1964 г., исходит и  
Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона Российской Федерации «Об  
авторском праве и смежных правах» (п. 4)1.

Значит, авторское право изначально принадлежит юридическому лицу, но не собственнику его  
имущества, не государству и тем более не ведомству, которое вообще не может быть  
самостоятельным носителем гражданских прав (кроме случаев, когда эти права обслуживают  
потребности этого ведомства как юридического лица).

Итак, все первоначальные и первичные права на фильм закреплены за предприятием - студией, на  
которой он создан. Это установлено императивной нормой закона в условиях, когда такие студии  
были государственными, т.е. все их имущество находилось в государственной собственности. Но  
если бы существовали студии, принадлежавшие, например, кооперативным организациям, по тексту  
Закона право на фильм закреплялось бы за этими студиями, а не за собственниками их имущества.  
Правила о правах на фильм относятся к его создателю.

Для следующего этапа развития авторского права характерен полный отказ от авторства  
юридических лиц и последовательное, без каких-либо исключений проведение принципа авторства  
лиц физических. Это не могло в рамках авторского права привести к отказу от фикций, во всяком  
случае полному. Поэтому Авторский закон 1993 г. подходит к авторским правам на фильм иначе,  
чем раньше. К субъектам права на фильм в целом он относит уже не юридических лиц, а  
определенную группу физических лиц -режиссера-постановщика, сценариста и автора специально  
созданного для фильма музыкального произведения, причем эти лица рассматриваются не как  
соавторы, которым совместно принадлежит авторское право, а как лица, которые признаются  
(являются) авторами фильма (ст. 13), триумвират авторов. Это можно назвать сборным авторством.  
Иначе определяется и содержание права этой группы субъектов. Статья 13 Авторского закона  
1 См. Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 сентября 1999 г.  
№ 47 // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1999. № 11. С. 71-72.

151

//. Объекты исключительных прав

говорит уже не об авторском праве на фильм, а лишь о том, кто является его автором, Разница здесь  
достаточно существенна. Просто авторство (уже не авторское право) может означать только одно из  
правомочий, право использования может быть закреплено за другим лицом.

Первоначальная принадлежность авторского права в целом и права использования в частности  
определяется теперь лишь косвенно. Пункт 5 ст. 135 Основ гражданского законодательства 1991 г.  
предусматривал, что «авторы кино-, теле- и видеофильма по авторским договорам передают (курсив  
наш. - В.Д.) право на использование фильма его изготовителю в пределах, предусмотренных  
договором». Эта схема воспроизведена в п. 2 ст. 13 Авторского закона, устанавливающим, что  
заключение договора между авторами фильма (судя по всему, имеется в виду триумвират авторов  
фильма в целом) и его изготовителем влечет за собой передачу авторами изготовителю  
исключительного права на использование фильма (закон не использует этого обобщенного термина,  
а перечисляет ряд действий, составляющих такое использование). Значит, первоначально это право  
принадлежит указанным авторам, а юридические лица получают лишь производные права.

Особенность заключается в том, что авторы сами не в состоянии создать законченный фильм, он  
может быть создан только во взаимодействии со студией-изготовителем, в порядке осуществления  
заключенного с ней договора (здесь возможен только договор заказа). Поэтому по времени ни у кого  
раньше, чем у студии, это право реально не возникает, хронологически она первая, но юридически  
право тем не менее остается производным.

Существует авторство не только на фильм в целом, но и на произведения, вошедшие в него как  
составная часть. Было бы логичным, чтобы сборная группа авторов, передающая свое право на  
использование фильма в целом, предварительно получала право на использование в фильме

вошедших в него произведений. Однако это последнее отношение закон вообще не регламентирует и специально не выделяет, а практика идет по пути заключения договоров непосредственно между авторами элементов фильма (а также исполнителями) и его изготовителем, тем самым фиктивный характер авторства на фильм в целом получает подтверждение. Выделение этого этапа и установление непосредственной связи между авторами элементов фильма (и исполнителями) и его изготовителем предусматривалось Основами гражданского законодательства 1991 г., но при принятии Авторского закона он почему-то выпал.

Никаких указаний в общей форме Авторский закон не содержит и о праве распоряжения фильмом, в нем прямо говорится только о такой форме распоряжения, как заключение лицензионного договора.

### 152 Право на фильм как сложное многослойное произведение

Множественное авторство на фильм в целом, триада авторов, не являющихся соавторами, когда каждый из них остается индивидуальным автором своего произведения, установленное ст. 13 Авторского закона, - это тоже условность, фикция, которая смягчается закреплением личного неимущественного права авторства за одним лицом (группой лиц) и передачей другому лицу имущественного права использования, возможностью их разрыва, разведения. Это право использования уже сопровождается и особым неимущественным правом - на наименование (абз. второй п. 2 ст. 13). Право использования по закону передается тому, кому оно действительно нужно и для кого предназначено, — юридическому лицу, где осуществлена съемка фильма, продюсеру. Принципиальные проблемы, связанные с коллективным характером полученного творческого продукта, присущи не только кино, хотя заметно проявились впервые именно в связи с ним. Кино оказалось полигоном, на котором прошла отработку и обкатку новая система правового режима, обусловленная появлением принципиально новой группы сложных, комплексных, многослойных объектов, где каждый слой имеет своего создателя. Эта система имеет общее значение, далеко выходящее за пределы кино. При охране только элементов, входящих в состав единого сложного творческого продукта, невозможно использование объекта в целом. Нельзя ставить в зависимость от произвола обладателя прав на отдельные элементы не только предпринимателя, имеющего основания рассчитывать на эксплуатацию сложного объекта в целом, но и авторов других элементов, обладателей прав на них.

Такого рода сложных комплексных объектов появилось сейчас достаточно много, и в сфере не только художественной, но и технической, Это - феномен, пока еще недостаточно осознанный, условия для полноценной правовой регламентации которого находятся еще в стадии становления, хотя и завершающей. Соответствующая правовая категория уже созрела, но еще четко не сформирована, в ее кристаллизации сегодня уже есть острая практическая потребность. Первоначально появление качественно отличающегося от традиционного результата творческой деятельности и наступление следующего этапа не было замечено, новый правовой инструментарий не был создан, да и достаточного материала для него еще не было, использовались уже существующие традиционные правовые категории, как-то приспособляемые к новым условиям. Иногда приспособление проходит удачно, а иногда со временем выявляется потребность в создании нового правового инструментария. Так или иначе в течение переходного периода приходится прибегать к условностям и даже фикциям. Так случилось и на этот раз.

153

### 7. Объекты исключительных прав

Таким образом, первоначальные и первичные права на фильм государству не принадлежат никогда, даже когда фильм создан в государственной организации. На предшествующем этапе право использования фильма императивной нормой закона закреплялось за организацией, осуществившей съемку, как за автором. На нынешнем этапе это право использования закрепляется императивной нормой закона за той же организацией, но уже на основе договора, заключение которого неизбежно в силу фактических обстоятельств. Фикция авторства строится так, чтобы право использования, ради которого и вводится правовая охрана, во всех случаях могло принадлежать организации - создателю фильма. Это - конечный результат, достижение которого должны обеспечивать правовые средства, включая условные конструкции, не отражающие реальности. Фикции в праве всегда направлены на достижение такого практического результата. Организация - создатель фильма во всех случаях субъект права на кинофильм, независимо от того, признается ли она его автором.

### 2. Права на фильм, созданный в государственной организации

Формула закона о закреплении права на фильм за всяким предприятием, осуществившим его съемку, не решает до конца вопрос о правах на фильм, снятый на государственном предприятии. Нужно еще

определить, не есть ли права такого предприятия изначально прежде всего права государства, которому принадлежали бы в этом случае первичные права, а предприятию - вторичные<sup>1</sup>, по схеме для материальных вещей,

<sup>1</sup> Первичные права следует отличать от первоначальных, а вторичные - от производных. Например, если речь идет о материальных вещах, право собственности государства является первичным, а право хозяйственного ведения или оперативного управления, принадлежащее государственной организации, - вторичным, в его основе лежит право собственности государства. Вторичные права существуют наряду со «спящими» первичными, а производные приходят на смену первоначальным. Таким образом, первичные и вторичные права существуют параллельно и одновременно, но при этом первичное право создает только потенцию, возможность, непосредственно осуществляемую лишь при определенных условиях. Производные же права заменяют первоначальные, становятся на их место, вместо них; когда первоначальные прекращаются, существуют либо первоначальные, либо производные. Категории первоначальных и производных прав действуют только применительно к абсолютным (но не к относительным-обязательственным) правам.

Право собственности государства всегда первичное, хотя оно может быть первоначальным (например, право собственности на новую вещь, изготовленную на государственном предприятии для государственных нужд) и производным (например, приобретенным государством или государственной организацией по договору купли-продажи у другого лица). Бесспорное есть вторичное право, то во время его действия первичное право как бы «засыпает», непосредственно не осуществляется. Акты «распоряжения», которые в этих случаях издает собственник, если они допускаются при наличии вторичного права, имеют не гражданско-правовой, а публичный характер.

154

\_\_\_\_\_ Право на фильм как сложное многослойное произведение когда право собственности принадлежит государству, а государственной организации - право хозяйственного ведения или право оперативного управления. Очень важно при этом разобраться, могут ли в принципе государственной организации принадлежать какие-то права, так сказать, на «личной» основе, которые никак не принадлежат государству.

Обращение к конкретным отношениям показывает, что такие права существуют. Например, право на фирменное наименование целиком и полностью принадлежит только юридическому лицу и ни в коей мере не принадлежит государству. С ликвидацией юридического лица это право в силу его личного характера прекращается, у государства не появляется возможности его непосредственного осуществления или закрепления за другой организацией. То же относится и к товарным знакам. Этот принцип распространяется и на другие виды исключительных прав потому, что все они имеют личный характер. Права государственной организации - не всегда права государства. У нее есть личные права, которые неправильно почти всегда называют «неимущественные», - существуют личные права, имеющие имущественную ценность, на которые не распространяется режим неимущественных прав, например допускается их передача и переход к другому лицу. Личный характер этих прав проявляется в основаниях возникновения. Они изначально не принадлежат государству. С ликвидацией государственного юридического лица права государства на средства индивидуализации не «пробуждаются», эти права прекращаются, ибо их сохранение за другим лицом, в том числе за государством, может вызвать лишь недоразумения на рынке и совершенно бессмысленно.

Личные неимущественные права принадлежат только юридическому лицу, они прекращаются, по определению, с ликвидацией юридического лица, во всяком случае они ни к кому другому не переходят. Личный характер имеют и имущественные исключительные права. Результаты творческой деятельности всегда есть выражение личности автора, поэтому имущественные права, хотя они и есть конечная цель, коренятся в личных. Принцип закрепления исключительных прав за юридическим лицом, а не за государством, распространяется на все их виды.

Личное неимущественное право всегда первоначально и имеет вполне полноценный характер, на него распространяются все нормы о личных неимущественных правах, оно первично и ни к кому не может перейти, даже к государству. Недаром отказ от права авторства ничтожен, оно не просто неотчуждаемо и непередаваемо, но и является первоначальной точкой отсчета имущественных прав. Это косвенно свидетельствует и о личном характере имущественных прав, коренящихся в неимущественном праве авторства.

155

## II. Объекты исключительных прав

Авторские права всегда имеют личный характер, и это влечет за собой практические последствия. Они заключаются не только в неотчуждаемости и непередаваемости права авторства, но и связаны с личностью автора имущественных прав. Результаты творческой деятельности несут следы личности автора, являются выражением этой личности. Особенно ярко это проявляется в области художественного творчества, где результат уникален и невоспроизводим без прямого заимствования. В области технического творчества, результаты которого защищаются патентным правом, это не вполне так, там тот же результат может быть независимо получен другим лицом и даже неизбежно будет получен, если в том есть общественная необходимость. Результат технического творчества тоже носит следы личности и индивидуальности автора, но не уникальности, и потому может быть оторван от личности автора. А авторские права - не только неимущественные, но и имущественные - тесно привязаны к личности автора.

Это относится и к юридическим лицам, которые в порядке прямо оговоренного исключения условно ставятся на место автора-человека и имеют точно такой же статус, как физические лица, они, как авторы, подставляются на место человека, и этот принцип проводится последовательно, учитывается при установлении всех прав, в том числе права использования, иначе концепция авторства юридического лица работать не сможет.

Если первоначальное авторское право закрепляется за юридическими лицами, они становятся правообладателями в личном качестве и на частноправовой основе. Это совершенно очевидно в случаях, когда речь идет не о государственных юридических лицах. Но государственные юридические лица поставлены законом в то же положение, что и частные. Одно исключение (авторство юридического лица) неизбежно влечет за собой и второе - первичный характер имущественного права, организация приобретает совершенно самостоятельное авторское право. Это право не может рассматриваться как государственное имущество - специальный правовой режим можно назвать персональным имуществом. Система, при которой один субъект обладает имуществом, имеющим разные режимы, известна, она получила четкое выражение в ст. 298 ГК РФ, но она существовала и раньше, хотя и в эмбриональном виде. Устранение этого не вполне нормального противоречия возможно только при отказе от категорий хозяйственного ведения и оперативного управления.

Первичный характер авторского права юридического лица находит свое выражение и в том, что в случае ликвидации этого юридического лица государство получает его не как первичный правообладатель, а только как учредитель организации.

156

\_\_\_\_\_ Право на фильм как сложное многослойное произведение \_\_\_\_\_

Правило о закреплении авторских прав на фильм за организацией, где он создан, распространяется на все организации, в том числе и на государственные. При этом важно отметить, что закон говорит именно об организации, а не о собственнике ее имущества, скажем, государстве. И речь идет о первичных правах, а не о вторичных, типа права оперативного управления или хозяйственного ведения, когда первичное право не осуществляется, находится как бы в «спящем» состоянии. При всех условиях надо четко различать первоначального и первичного носителя авторского права и преемника имущественных прав. Государство никогда не может быть носителем первоначального и первичного авторского права, это функция только лица, признаваемого автором. Государство выступает в авторских отношениях как другой субъект права, такой же, как, например, иное юридическое лицо, это - два разных субъекта права. Авторское право не может принадлежать государству, никогда не выступающему в качестве автора изначально, переход к нему этого права допустим только в порядке правопреемства. Каждый автор имеет права в личном качестве, они закрепляются первоначально и первично именно за автором, а не за государством.

Суть отношения затуманивается в случаях, когда закрепление права за государством производится в момент создания произведения. Природа отношений становится ясной, если отличать совмещение возникновения права и его передачи, перехода во времени, т.е. хронологию, от движения в содержании права. Выяснение природы прав на фильм усложняет еще и то, что без участия правопреемника (чаще всего это студия или продюсер, заключающие договор с творческими работниками) его создание реально невозможно, а авторское право возникает только с момента создания произведения, оно появляется у правопреемника сразу же. Создается ложное впечатление возникновения у контрагента автора по договору первоначального права, в то время как оно является производным. Но это производное право все равно первично, а не вторично, по типу права оперативного управления или хозяйственного ведения.

Закрепление права сразу же с его появлением еще не означает возникновения у субъекта первоначального права. Если окажется, что права носителя первоначального права (автора) порочны, то его преемник тоже будет признан лицом, не имеющим прав. Не всегда хронологически первый носитель права выступает в качестве носителя первоначального права. Первым реальным носителем авторских правомочий на использование произведения может выступать работодатель по служебному произведению, заказчик по произведению, созданному по гражданско-правовому договору, но обладателями первоначального права,

157

### Право на фильм как сложное многослойное произведение

Итак, всякому лицу, признаваемому автором, в том числе государственной организации, принадлежат первичные и первоначальные авторские права; прав оперативного управления и хозяйственного ведения в этой сфере не существует. На то, что изначально принадлежит государственному юридическому лицу, государство может иметь права только как правопреемник, а не как обладатель изначального права. Государство может только выступать как отличный от первоначального носителя авторского права субъект, его правопреемник.

Первоначальные авторские права, как неимущественные, так и имущественные, имеют личный характер. Поэтому государству могут принадлежать только производные авторские имущественные права (неимущественные права неотчуждаемы). Первоначального и первичного права на фильм у государства нет никогда. Преемство имущественных прав возможно, но возникновение у государства первоначального права, равно как и «пробуждение» спящего права, исключается. В заключение следует еще раз подчеркнуть, что закон называл в качестве первоначального обладателя права на фильм предприятие, осуществившее съемку, - студию, а не собственника ее имущества, в том числе государство.

### 3. Договорные основания преемства прав на фильм. Договор заказа

Главным основанием преемства прав на фильм и возникновения производных прав является договор.

Существуют два способа введения нематериальных объектов авторского права в экономический оборот, которым соответствует два типа авторских договоров. Первый способ - передача права на произведение другому лицу, когда права одного обладателя в полном объеме прекращаются, возникая у нового правообладателя. Это - договор об отчуждении права. Второй способ - предоставление права использования произведения, когда обладатель права остается прежним, но он вступает в обязательственные отношения с другим лицом, которому разрешает использование произведения в тех или иных пределах. Это - лицензионный договор.

Наше законодательство, начиная с ПС РСФСР 1964 г., прямо предусматривает только лицензионные договоры о предоставлении права использования, хотя и разных видов (терминология закона на разных этапах менялась), никак не упоминая договоры об отчуждении права на произведение. Означает ли это, что последний из названных типов авторских договоров исключается?

159

### II. Объекты исключительных прав

Гражданскому праву присущ принцип, в соответствии с которым оно не знает закрытого перечня договоров - возможны любые договоры, хотя бы прямо и не предусмотренные законом, но не противоречащие ему, соответствующие общим началам и смыслу гражданского законодательства (ст. 4 ПС РФ, абз. первый п. 1 ст. 8 ГК РФ, п. 2 ст. 421 ГК РФ). Это правило неизменно на разных этапах развития законодательства. Но общие начала и смысл законодательства меняются с его развитием, и это меняет возможности заключения конкретных договоров.

Смысл авторского права по ГК РСФСР 1964 г. заключался в ограничении оборотоспособности произведений, именно так проявлялось действие командно-административной системы в области авторского права. Это получило выражение в допущении лишь лицензионных договоров, прямо названных в ГК РСФСР (ст. 503 и 504), договоры о передаче права на произведение, о его отчуждении противоречили общим началам и смыслу установленной им системы.

^ Именно так квалифицировала в те годы авторские договоры виднейший цивилист своего времени, специально занимавшаяся и авторским правом, профессор Е.А. Флейшиц, которая отвергала взгляд на издательский договор, исходящий из того, что «...автор «уступает» издательству или «отчуждает» в пользу издательства свое авторское право... Отчуждением называется отказ от определенного права навсегда. Договор купли-продажи является отчуждательной сделкой именно потому, что

продавец теряет в пользу покупателя свое право на проданную вещь. Между тем издательский договор может быть заключен только на определенный, относительно короткий срок: в РСФСР - не более чем на 4 года...». Е.А. Флейшиц полагала, что издательство, используя произведение, осуществляло в условиях командно-административной системы вовсе не авторские правомочия и потому оно не приобретши) от автора его «авторское право ни в целом, ни в части, ни бессрочно, ни на время» .

Ситуация изменилась с переходом на новую экономическую систему. Полноценное ее функционирование, в том числе и в области авторского права, было установлено с Основами гражданского законодательства 1991г., которые стали применяться в Российской Федерации с 3 августа 1992 г. С этой даты авторские договоры об осуждении авторского права, его передаче соответствуют основным началам и смыслу гражданского законодательства, заключение таких договоров правомерно, хотя в законе по-прежнему прямо называются только лицензионные

1 Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Авторское право. М.Госюриздат 1957. С. 163  
160

\_\_\_\_\_ Право на фильм как сложное многослойное произведение \_\_\_\_\_  
договоры (ст. 30 и 31 Авторского закона), впрочем, об этой категории, а точнее, о терминологии - несколько позже.

До 3 августа 1992 г. могли заключаться только лицензионные договоры, и потому право использования фильма оставалось у автора - киностудии на срок действия авторского права (напомним, что авторское право юридических лиц действовало бессрочно), оно ни к кому не переходило. Возникало только обязательственное отношение между лицензиаром и лицензиатом, которое в соответствии с условиями договора как-то связывает обе стороны, в том числе и правообладателя - лицензиара. Ответ на вопрос о сроке, в течение которого правообладатель связан, т.е. не может передать произведение для использования третьему лицу, лежит в нормах закона о лицензионном договоре.

В ГК РСФСР 1964 г. первоначально не употреблялся термин «лицензионный договор». В нем говорилось только об авторском договоре, заключаемом автором «в целях использования своего произведения» (ст. 503). Этот договор не имел специального названия, хотя с точки зрения общепринятой классификации его следует отнести к лицензионным, поскольку это был договор не о передаче права, а о предоставлении разрешения использовать произведение, право на которое в целом остается у прежнего правообладателя.

В связи с присоединением СССР в 1973 г. к Всемирной конвенции об авторском праве возникла необходимость введения охраны прав автора оригинала произведения при его переводе или переработке. Для регулирования этих отношений потребовался несколько иной правовой механизм, чем при использовании оригиналов произведений. Именно для непосредственного решения этой задачи в ГК РСФСР (редакция от 1 марта 1974 г.) был введен еще один тип авторского договора, рассчитанный на новый тип авторских отношений, которому не очень удачно было присвоено название «лицензионного», в отличие от уже традиционного авторского договора «об использовании». Строго говоря, оба договора были лицензионными, появились только две его разновидности, но «лицензионным договором» стала называться только одна из них. Это не могло не привести к недоразумениям. Отношения, возникающие при переводе и переработке произведений, обладают несколькими изначальными особенностями. Во-первых, переработка (перевод) произведения имеет разовый характер, всякий новый перевод (переработка) требует нового разрешения, договор разрешает не «переводить» («перерабатывать») произведение, а «перевести» («переработать») его. Проблема повторяющихся действий и срока, в течение которого они могут совершаться, не встает. Использование переработанного (переведенного) произведения, которое может иметь продолжающийся характер, - это уже

161

II. Объекты исключительных прав

следующий уровень. Во-вторых, возможна переработка (перевод) только уже существующего произведения, отношения по его созданию, договор о его заказе находятся за рамками этих отношений. В-третьих, производится использование не только переработанного произведения, но одновременно с ним используется и его переработка (перевод). Отношения по поводу этих двух произведений должны быть скоординированы, притом с разными правообладателями (кстати, такой договор обычно заключается не с тем, кто непосредственно производит переработку, а с лицом,

обеспечивающим ее и получающим право на использование произведения в переделанном виде). «Лицензионный» договор состоит из двух элементов: собственно лицензионного - о переделке существующего произведения (включая, скажем, переделку романа в сценарий, перевод, аранжировку музыкального произведения) и о последующем использовании не только нового, но и старого объекта. Сама переделка - это разовое мероприятие. Но договор содержит два элемента - разрешение переделать произведение и использовать его в переделанном виде. Заключается и еще один, отдельный, договор - уже не лицензионный, а об использовании - с автором, осуществляющим переделку. Характер отношений определяется не наименованием обязательства, а содержанием прав и обязанностей сторон.

Поэтому здесь большее поле для договорных отношений, например, срок может быть предметом договоренности, установление его в императивной норме крайне затруднительно, если не невозможно.

Эти особенности получили отражение в законе 1973 г., хотя и не очень четкое, последовательное и полное. Статья 503 ГК РСФСР в новой редакции прямо говорит о том, что новая, так называемая лицензионная форма распространяется на переводы и переделки произведений, хотя и «в том числе». Договор заказа упоминается только в связи с другой разновидностью авторского договора - договором об использовании, тем самым косвенно указывается на то, что договор заказа никак не сочетается с так называемой лицензионной формой авторского договора. Императивные нормы о сроках установлены только применительно к авторскому договору об использовании (ст. 509 и 510 ГК РСФСР).

Но главное различие между разновидностями авторских лицензионных договоров заключается в том, что договор об использовании предусматривает не только право, но и обязанность лицензиата использовать произведение, а «лицензионный» вариант такой обязанности не предусматривает, но вместо этого предусматривает обязанность лицензиата уплатить вознаграждение не только за использование произведения, но и за предоставление права такого использования (ст. 503 ГК РСФСР в новой редакции). Никаких других нетерминологических из-

162

\_\_\_\_\_Право на фильм как сложное многослойное произведение \_\_\_\_\_  
менений в ГК РСФСР произведено не было, вся регламентация по существу осталась отнесенной к традиционному авторскому договору об использовании.

Фактически Кодекс ввел в 1974 г. две разновидности лицензионного договора, отличающиеся лишь в деталях, и именно на этих деталях он и концентрируется. Но, повторю, это разновидности лицензионного договора, договор об отчуждении права законом по-прежнему не предусматривается и передача права не допускается. Более того, ст. 503 ГК РСФСР, определяя содержание обеих разновидностей договора, не предусматривает перехода возможности распоряжения правами на произведение. Без этого не может быть договора об отчуждении.

Авторский закон 1993 г. не содержит термина «лицензионный договор». Однако авторский договор, о котором говорится в ст. 30 и 31 Закона, - это именно традиционный лицензионный договор, не имеющий ничего общего с признаками, фигурирующими в ст. 503 ГК РСФСР. Авторский договор, по Закону 1993 г., фактически являющийся лицензионным, тоже подразделяется на разновидности, но дифференцируемые по другому основанию - объему предоставляемых прав (простая лицензия и исключительная лицензия). К сожалению, отмеченные особенности отношений, возникающих при переделке произведений, в действующем законодательстве отсутствуют. Неадекватная терминология в прошлом, видимо, явилась причиной исчезновения этих особенностей из закона, что, конечно, тоже неправильно.

Одна из разновидностей авторского договора - договор о создании студией фильма по заказу. До 3 августа 1992 г. это мог быть только лицензионный договор, правило, исключающее заключение договоров об отчуждении права на произведение, распространялось и на фильмы. Несомненно принадлежность этого договора к разновидности договоров «об использовании». Показателем является создание нового произведения (фильма), а не переделка уже существующего, равно как и заключение договора заказа. Значит, к этому договору применяются все правила о договоре использования, в частности императивная норма ст. 509 ГК РСФСР, предусматривающая, что срок запрета правообладателю передавать произведение третьим лицам для использования не может превышать трех лет со дня одобрения произведения. По истечении этого срока все права возвращаются к правообладателю, через три года права лицензиара восстанавливаются в полном объеме, обязательственны^ ограничения прекращаются.

Заказ может исходить от частных структур (например, при соз; нии рекламных или учебных фильмов) или от публичных структур, ко гда предусматривается оплата создания фильма за счет централизованного

163

ных государственных источников, прежде всего из государственного бюджета. Естественно, что в этом случае от имени государства выступал государственный орган управления. Никаких изъятий для создания фильмов по государственному заказу закон (а изъятия может устанавливать только закон) не предусматривал, действовали общие правила, установленные для договора об использовании.

Существует ограниченное число нормативных актов о договоре заказа на создание фильма. Среди них можно назвать, например, Типовой договор на производство телевизионных художественных фильмов по заказу Гостелерадио СССР на киностудиях Госкино СССР, утвержденный 4 февраля 1985 г. Гостелерадио СССР и Госкино СССР. Этот Типовой договор имеет силу, предусмотренную ст. 506 ГК РСФСР. В соответствии с Кодексом он несомненно относится не к договорам об отчуждении прав на фильм - таких договоров в то время вообще не существовало, - а к тому варианту договоров лицензионного типа, который именовался договором об использовании. Это также не договор о *переделке* или *переработке* уже существующего фильма, а договор о *создании* нового фильма, на который распространяется действие ст. 509 ГК РСФСР. Если закон не допускал отчуждения авторского права, то такая уступка не может производиться в соответствии с ведомственными актами, особенно неправильно понимаемыми, с использованием категорий права собственности для обхода норм авторского права.

В этой связи следует обратиться к тексту Типового договора, его п.6:

"Телефильмы, созданные Студией по настоящему договору, предназначаются для показа по телевидению и являются собственностью Гостелерадио СССР.

Примечание. Передача телефильмов прокатным организациям Госкино СССР и Всесоюзному объединению "Совэкспортфильм" может быть произведена только с письменного согласия Председателя Гостелерадио СССР".

Из этой формулы вытекает ряд выводов, некоторые из которых имеют самый общий характер. Прежде всего необходимо различать авторское право на фильм и право собственности на материальный объект - киноленту, являющуюся материальным носителем фильма.

"Предназначенность" фильма для "показа по телевидению" означает разрешение в рамках авторского права использовать его по телевидению. Но фильм, как нематериальный объект авторского права, не может быть объектом права собственности. Поэтому указание на "собственность Гостелерадио СССР" может означать только право собственности на материальный объект, являющийся носителем фильма, - киноленту

164

\_\_\_\_\_ Право на фильм как сложное многослойное произведение \_\_\_\_\_ или иной материал, на котором этот фильм зафиксирован. (О носителе такого права будет сказано отдельно чуть позже.) Этот договор является смешанным, он содержит элементы как авторского права, так и другие, в частности касающиеся права собственности. Правомерность такого объединения в настоящее время прямо закреплена п. 3 ст. 421 ГК РФ: «К отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре...» Но такой порядок не вызывал сомнений и до введения ГК РФ в действие. Соответственно право на пленку перешло к новому собственнику, а право на использование объекта авторского права определяется нормами авторского договора об использовании, в частности императивной нормой ст. 509 ГК РСФСР. «Лицензионный» тип авторского договора (в смысле ст. 503 ГК РСФСР) к созданию фильмов никакого отношения иметь не может. Это - традиционный «авторский договор об использовании», на который распространяются все нормы закона о договорах этого типа.

На том же различении авторского права и права собственности основывается и примечание к п. 6 Типового договора. Право собственности на материальный носитель может принадлежать одному лицу, а право использования объекта авторского права и распоряжения им — другому. Эта идея есть и в договоре проката (п. 2 ст. 16 Авторского закона), когда право собственности на материальный носитель принадлежит одному лицу (собственнику), а право распоряжения объектом авторского



права - другому (правообладателю). В примечании к п. 6 Типового договора смысл нормы раскрывается еще более определенно - право распоряжения сохраняется за автором, именно он осуществляет передачу права использования произведения, но совершает эти действия с разрешения председателя Госкино, т.е. имеются обязательственные ограничения для осуществления этого права, которое все же принадлежит именно автору.

Необходимость различения права на фильм и права на его материальный носитель (киноленту и т. п.) основывается и на системе учета материальных ценностей. В балансе киностудии отражается лишь стоимость киноленты, ее изготовления, но не стоимость прав на кинофильм (даже не стоимость его производства). Различия между исключительными правами и правом собственности подтверждаются и более поздними документами. В соответствии с Временными методическими указаниями по оценке стоимости объектов приватизации (приложение № 2 к Указу Президента Российской Федерации от 29 января 1992 г. № 66) права на интеллектуальную собственность, наряду с правами пользования землей и другими природными ресурсами, отражаются в балансе

165

## II. Объекты исключительных прав

как нематериальные активы (п.2.1. "б"). Реально эта норма имеет общее значение, а не только для объектов приватизации. Нематериальные активы предписано учитывать и в стоимостном выражении. Однако практически в балансе показывается стоимость не авторских прав, а материальных носителей произведений - киноплёнки, по стоимости ее производства. Трудности, связанные с отсутствием объективных критериев для стоимостной оценки авторских прав и особенно для учета изменения стоимости этих прав в зависимости от конъюнктуры спроса и предложения, пока никак не преодолены. На нематериальные объекты распространены принципы, присущие только материальным вещам (стоимость затрат на изготовление или приобретение). Смысл формулировки, содержащийся в Типовом договоре, и необходимость разграничения права собственности и авторского права выступают особенно ясно в связи с еще одним документом о договоре заказа - Типовым договором на производство фильмов по заказам министерств и ведомств, утвержденным приказом Госкино СССР от 21 октября 1980 г. №409. Пункт 4.28 этого Типового договора устанавливает: «Изготовленный по настоящему договору комплект исходных материалов фильма является собственностью Киностудии...» По обоим Типовым договорам возникает одни и те же проблемы, и по-разному решается вопрос лишь о праве собственности на материальный носитель, на ленту, и во втором договоре это формулируется абсолютно четко, а в первом формулировка смазывается, но смысл и значимость остаются теми же 1.

Теперь последнее - субъекте права по Трудовому договору, в котором указывается, что права по нему закрепляются за Гостелерадио СССР. Однако такое указание не соответствует закону. Гостелерадио СССР по статусу являлось органом государственного управления, которому как таковому не могут принадлежать никакие гражданские права. Оно наделялось правами юридического лица и гражданской правосубъектностью только как государственное учреждение и могло иметь гражданские права только для обслуживания своих имущественных интересов как учреждения. За этими пределами оно выступало только от имени

166

\_\_\_\_\_ Право на фильм как сложное многослойное произведение \_\_\_\_\_ государства и в интересах государства, все права принадлежали именно последнему, а Гостелерадио выступало только в качестве органа, осуществлявшего права государства. Поэтому права по договорам заказа принадлежали государству, а не Гостелерадио, которое было наделено только правами совершать действия по их приобретению и осуществлению. Разграничение прав государства и ведомства, выступающего от его имени (прав производных; права, приобретенные по договору, всегда производны), имеет существенное практическое значение.

По действующему Авторскому закону 1993 г, возможен как договор об отчуждении авторского права, так и договор о предоставлении лицензий (разных видов). Из смысла п. 4 ст. 30 и п. 2 ст. 31 Закона вытекает, что при отсутствии прямых указаний о типе авторского договора договор лишает правообладателя только минимального объема прав, прямо в нем оговоренных, договором об отчуждении он может считаться только при наличии об этом прямых указаний в его тексте.

## 4. Внедоговорные основания преемства прав на фильм

Правовые акты предусматривают и некоторые внедоговорные основания перехода прав на фильмы. Такие основания преследуют прежде всего задачу централизации в руках государства прав на

фильмы, и для этой цели используются государственные организации, имеющие изначально совершенно другие функции. В настоящее время существуют две такие организации: Госфильмофонд, организованный в соответствии с постановлением Совета Министров СССР от 4 октября 1948 г. (ныне действующий его устав утвержден постановлением Правительства Российской Федерации от 2 апреля 1997 г. № 370), и Гостелерадио-фонд, устав которого в соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 6 октября 1995 г. № 1019 утвержден постановлением Правительства Российской Федерации от 13 декабря 1995 г. № 1232 (с изменениями, внесенными постановлением Правительства Российской Федерации от 7 декабря 1996 г. № 1453). Основные задачи Госфильмофонда и Гостелерадиофонда заключаются в обеспечении сохранности культурного наследия в области кино, радио и телевидения и в этих целях в собирании, хранении коллекции фильмов и фильмоматериалов, записей радио- и телевизионных передач, их реставрации и т.п. Эти организации являются хранилищем и архивом, и основные их функции привязаны к материальным носителям результатов интеллектуальной деятельности, а не к правам на эти нематериальные результаты. Это абсолютно четко и однозначно видно \* Федерального закона от 29 декабря 1994 г. № 77-ФЗ «Об обязательном экземпляре документов», в ст. 12 которого прямо говорится об обя-

167

## II. Объекты исключительных прав

в депонировании копий (т.е. материальных носителей) фильмов и иных звуко- и видеопроизведений в Госфильмофонде и Гостелерадиофонде соответственно. О тех же материальных носителях, хранимых в этих фондах, говорится и в ст. 18 Закона, а о сроках их хранения - в ст. 19. Свои функции фонды осуществляют путем работы с материальными носителями фильмов - киноматериалами, кинолентами и т.п. В пределах, необходимых для выполнения этой работы, они и наделяются правами; права на сами произведения (авторские права на фильмы) в данном случае не нужны. Это с полной определенностью вытекает из уставов, определяющих статус фондов.

Вполне последовательно подобная система проведена в отношении Госфильмофонда. Он осуществляет «деятельность по продаже, приобретению и прокату копий фильмов, изготовлению, использованию и реализации по договорным ценам копий хранящихся в Госфильмофонде России фильмов и киноматериалов по согласованию с правообладателями и с соблюдением авторских прав...» (п. 11 «з»).

Госфильмофонд вправе осуществлять сделки с материальными носителями фильмов (фильмами, киноматериалами, кинолентами, их копиями и т.п.), но не с самими нематериальными произведениями. Первоначальные права на эти последние (авторские права) закреплены за другими лицами, которые вправе совершать связанные с ними сделки. Госфильмофонду может принадлежать производное право, приобретаемое им по договорам.

Собственная творческо-производственная деятельность, которую может осуществлять Госфильмофонд, относится только к материальной сфере, а отнюдь не к операциям с авторскими правами. Он получает доходы от оказания услуг и выполнения работ по договорам с юридическими и физическими лицами и приобретает имущество за счет этих доходов. Все такое имущество учитывается на отдельном балансе (п. 15, 16 и 19). Эти положения являются реализацией нормы, установленной п. 2 ст. 298 ГК РФ. Попутно стоит отметить включенную в устав формулу: «Это имущество является федеральной собственностью и в правовом отношении приравнивается к другому имуществу, закрепленному за Госфильмофондом России на праве оперативного управления» (последнее, видимо, не вполне точно, ибо смысл п. 2 ст. 298 ГК РФ заключается в том, чтобы установить режим, отличающийся от права оперативного управления).

Статус Гостелерадиофонда, естественно, строится по той же моде-пи, его устав исходит из схемы правомочий в отношении материальных носителей результатов интеллектуальной деятельности - использования эндových материалов «различными телерадиовещательными организа-

168

\_\_\_\_\_ Право на фильм как сложное многослойное произведение \_\_\_\_\_  
циями на договорной основе в соответствии с Законом Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах»» (п. 4). Значит, авторское право на произведения не принадлежит Гостелерадиофонду, он заключает договор об использовании находящихся в его распоряжении материальных объектов с учетом принадлежащих другим лицам авторских и смежных прав. Распоряжаться последними он не вправе. Иначе говоря, устав различает предмет договора,

заключаемого Гостелерадио-фондом, и не совпадающие с ним отношения, регулируемые авторским правом, могущие быть предметом другого, самостоятельного, договора.

Однако в отношении Гостелерадиофонда этой функцией дело не ограничилось. На него реально оказалась возложенной вторая функция, связанная с предоставлением при определенных условиях исключительных прав на некоторые результаты интеллектуальной деятельности, ему несвойственная и непосильная. В соответствии с постановлением Правительства Российской Федерации от 13 декабря 1995 г. № 1232, утвердившим устав Гостелерадиофонда, речь идет и о правах на «произведенные (переданные в эфир) программы, передачи и фонограммы» (п. 5). Постановлением Правительства от 7 декабря 1996 г. № 1453 в этот перечень объектов были дополнительно включены «иные аудио- и аудиовизуальные произведения», и перечень объектов из исчерпывающего стал примерным.

Эта норма построена как рассчитанная только на государственные организации, притом те, имущество которых находится в федеральной собственности. Правила о правопреемстве распространяются на все права, закрепленные за этими организациями, не только первоначальные, но и производные, в том числе приобретенные по договору. Постановление Правительства связывает правопреемство с характером не объекта (кинофильм или телефильм), а субъекта (государственные телерадиовещательные организации) - носителя прав. Если права принадлежат не такой организации или она не прекратила свою деятельность, правопреемство не возникает.

Рассматривая указанную норму, приходится констатировать, что она действует «в отношении находящихся в федеральной собственности фондовых материалов» (п. 5). Как уже отмечалось, «фондовые материалы» - это материальные объекты (см. ст. 1 Основ законодательства Российской Федерации об Архивном фонде Российской Федерации и архивах), право собственности на которые надо отличать от исключительных прав на нематериальные результаты интеллектуальной деятельности, зафиксированные в этих материалах. Однако одновременно постановление говорит и о «передаче полномочий» в соответствии с Авторским законом. Нечеткость и противоречивость формулировок позволили

169

лпгг тм плПл,, результаты, а потому и на заключение еде-  
чения таких договоров Ув) С\*°РмиРовалась "Р»™ка заклю-  
ис J^™ пСрЛаИвГГьвоПа°™ГпеНИЕ \* " ""^ Ф°ВД ным по другим основа™™ п Р пРВДется признать  
незакон-

телевалиогьпТ °С"0Ваюим- Постановление предусматривает, что Гос-с ою дая^ГостТУ"361 "  
Ка,еСтае ^"пеемника «прекративших Ций» ТемТГь?м^™ СУДарСТВеННЫХ «радиовещательных  
организа-

видации, но иреоргшизадии Р " В ""^ Не ТОЛЬКО Л№

установленн^ Ш Представлен,м. будто в этих случаях отсутствует с^vZv тмё^°НОМ П°РЯДОК  
пРав™Р^ства, неправильно. В обоих унХсалТное а пГН^ ^SOнW™oi™ько пр/реорганизации -  
воТ^Гечо JT ЛИКВВДации - сингулярное. Каждое правопреемст-ст 58П? М ^2 Р МИ Н°РМаМИ  
ЗаК0На: "РИ Реорганизации -

taL^a aoЛ Д™Т; 1995"rVn326v4 тм № П~™ вопреемника г™ Л. i 232 Устанавливает иного пра-  
тольТпТире^нГГ^\*0^ "НОЙ П°Рад0К правопреемства „е Указо^Гиде^ГГ^\*0"0" » МОГ бы &пг >>>"  
даже

я™ п^у^,дйГус™Гции' Ме^тем президат п°р^-

вующего «S^J™,Госпелерадиофонда , рамках дейст-ложения тмv Л™ изменять последнее,  
устанавливать по-

лежаСй Го^вТзГГ3111"6- \*\* ПрезВДетга Росси»ской Федерации, толС тме1™

1!ГвГОгПООТНОМеша- Уполномочивает Правительство использГаХ^^ гocn<4«\*»W,  
«предусмотрев возможность нымГ^Зац^иТлсГо\* Т РаЗЛН,,НЫМИ ^Р^овещатель-ским з»онГ^Т,,Г^  
РН^Й °ШОВе " в ответствии» с Автор-ДоГвоГкГо—™ ' ЧТО П° ДОГОВ°РУ(В Ук^ корится только о  
мый в "фоГе мСа~ьИнГ,,^ьТил:71ИСПОЛЬЗОВА,ЪСЯ ^ притом дополнительно должнь, о?тьJZ, \*  
(фовдовые матеРиалы). и права об уступке или пл-ЗГ выполнены требования авторского  
3 оДном^с^^ГТ^^м^Г""УКАз тмВОРИГ зультатепр.кра^ен^деате^^та^ГуГГ6"0™ " \*\*

170

\_\_\_\_\_ Право на фильм как сложное многослойное произведение \_\_\_\_\_

Никаким другим нормативным актом, кроме закона, никто, в том числе и Правительство, не компетентен устанавливать и особенно изменять правила, касающиеся правопреемства юридических лиц, ибо они затрагивают права участников рыночного оборота, которые могут регламентироваться

исключительно законодателем. Поэтому упомянутое постановление должно считаться незаконным и при рассмотрении споров судом, в том числе арбитражным, не подлежит применению.

Нужно учитывать и то, что юридическое лицо может считаться прекратившим существование только с момента государственной регистрации его реорганизации или ликвидации соответственно (п. 4 ст. 57 и п. 8 ст. 63 ГК РФ). Только после этого момента, следующего за передаточным актом, разделительным балансом, ликвидационным балансом (ст. 59, п. 5 ст. 63 ГК РФ), правопреемство считается наступившим.

Есть еще одно радикальное обстоятельство, подлежащее учету. Даже если постановление Правительства от 13 декабря 1995 г. № 1232 в ред. постановления от 7 декабря 1996 г. № 1453 считать действующим, его п. 5 устанавливает правопреемника прекративших свою деятельность государственных организаций в части закрепленных за ними полномочий на объекты авторских и смежных прав. Но это правило не может распространяться на случаи, когда права должны рассматриваться как принадлежащие государству, а не государственной организации, особенно выступающей в качестве органа исполнительной власти; органа управления, которая только действует от имени государства (например, при создании фильма по госзаказу). Государство не может рассматриваться как государственная организация в смысле Гражданского кодекса, и во всяком случае оно не может считаться «прекратившим деятельность», а значит, правопреемство не возникает. Орган управления (например, Гостелерадио) не может иметь в этом качестве гражданских прав, поэтому преемство этих прав после него вообще невозможно.

Установленный постановлением Правительства от 13 декабря 1995 г. № 1232 порядок правопреемства тем более ненормален, что он игнорирует существующее авторское право не только на фильм в целом, но и на произведения, вошедшие в него как составные части. Нерешенной остается и проблема выплаты вознаграждения авторам.

Наделение Гостелерадиофонда функциями правопреемника исключительных прав не только незаконно, но и неэффективно, нецелесообразно. Устав предусматривает, что задача Гостелерадиофонда состоит в хранении материалов телерадиопроизводящих организаций (п. 5) и предоставлении их пользователям на договорной основе (п. 6). Эти материалы, имеющие вещественную форму, закреплены за фондом в оперативное управление (п. 2), и доходы от деятельности с ними поступают

171

-----л-^тм!тм^

в самостоятельное распоряжение фонда (п. 4 ст. 10, собственных интересах ^ > ' е' используются им в

жениХ— Ч» ~ся в распоря-

тересах общества в ^^^^ использованию в инком. Между тем известно что и7^ СЛУЖИТЬ лишь посРЗДНи-риск ухода средств на стооот/ ^м РЖКИ Пря <шеРевалке>, в частности

приспособлен. Нужна гпZ,, Ь ВБЛИКИ- Фонд к этой

раооте не

Функции дещрализова^о ^мТВан"М «W»»". выполняющая и основе право^еемс~° ГвГГШ' °С°5еНН°

В УСЛОВИЯХ' к^тм » деятельности в собственнь^п!ДОГОВ^РНЬ,Й Мехашзм- Соединение ства в

целом не может быть Я^.'Т"тм"тм " "НТереСаХ °бще-телерадиофонд функций и^тм>тм- Поэтому

возложение на Госзнять целесообразным. рссмника исключительных прав нельзя при-

несов^ых фуЗТсть Т^^"4"^^^ В^ЗЛ^ЖеНИЕ На Него тиворечия. В соотве^тв^о"^^^РЗЗ\*0^тм «

««утренние про-правовой форме отнесен \* г,,^тм,,? У ТаВ0М он по "Рганизационно-

котоРых -яетсяГ^ел^ГГсГкоГ фГНИЯМ' УЧВД^тм"^^ имеют имущество на imat» ft " госсинской

Федерации и которые

именуетсяГфондом» SZiГ ^ уПравлени\*! В^сте с тем он собственником ^^1^о^о^ С° СТ" J18 ГК РФ

\*вл^е^тм ний и фондов УстаРновлен и^р^ич^гйГ" ^ Т^Г^о' ДОЯ ^Р6^ Щей доходы хозяйственной Т^Z

Р ЖИМ ^«Уппений от принося-^ченьпоштнот^сГ~ Деятельности. Не

ко для организаций, WмесW \*тм\* Ups&onPQeMc^ Установлен толь-ственности, - оХЗат^н^Г! Рых

НаХ0ДИТСЯ в Федеральной соб-предст^влять ВоТг^Zl^r^ \* ^^офонд должны продукция

представляет ит^Г «"Чадиоорпшизации, любая их культурную ценность Т "\*\*\*\*»<<<<\* собой

национальную,

Сейчас начали витятт. тие,, ржение правом на ^ НЕЕТО\*"? \*^>-1>^ этом случае такая идея окажется

эфф^0|тмЬМОф^ада' ВРад ли и |

5. Право на кинофильм и интересы государства

которыТоГо^г^овГ "Г61"16 ГОСУДарСгаа - ~, на естественно. Особенно^к^," " "Г" ИНЫМ ^тм>>>>^тм.

вполне насыщенные ресурсы Гус^ „Z МОблиз0юта |«• возможные фи-ния. В  
качесГтакоГр^уг!?!^6™0™™ комического положе-Ф-мы, составляв ^оГи'фоХ =Я^Д^  
172

\_\_\_\_\_ Право на фильм как сложное многослойное произведение \_\_\_\_\_  
более что все они были созданы на государственных предприятиях (киностудиях). Для этого право  
на такие фильмы должно принадлежать государству.

Как было показано выше, закон иначе определяет лиц, имеющих первоначальное право на фильм. На  
первом этапе это была киностудия, осуществлявшая съемку фильма, в настоящее время право  
закрепляется за группой физических лиц, представляющих собой сборного автора. Государство  
может приобрести лишь производное право на кинофильм. Нужны дополнительные, специальные  
основания, позволяющие возникнуть правопреемству, в их число могут входить как договор, так и  
внедоговорные основания, такие, как объявление прав на некоторые категории кинофильмов  
принадлежащими государству либо изъятие прав у прежних правообладателей с одновременным  
установлением прав государства. Возможность договорной передачи прав государству не вызывает  
сомнений, а законность и целесообразность бездоговорной передачи подлежат выяснению.

Чаще всего в качестве основания передачи прав на фильм государству представляется  
государственный заказ (госзаказ) на создание фильма, адресованный киностудии и выдаваемый  
органом государственного управления. Известны госзаказы двух видов. Первый имеет характер  
чисто административного акта и ни с какими имущественными последствиями для студии,  
производящей съемку фильма за счет своих средств, не связан. Договорных гражданско-правовых  
отношений между заказчиком и студией не возникает, и нет никаких оснований для возникновения  
преемства гражданских прав, к которым относятся и права на фильм. Права на фильм по такому  
госзаказу к государству не переходят.

Второй вид госзаказа имеет черты как административного акта, так и гражданско-правового  
договора. Он предусматривает выделение киностудии средств из централизованных  
государственных источников (бюджетных ассигнований и т.п.) и имеет черты авторского договора  
заказа. Правопреемство в этом случае зависит от содержания авторского договора, определяемого на  
момент его заключения. Как отмечалось, при действии ГК РСФСР 1964 г. правопреемство не  
предусматривалось, по Авторскому закону 1993 г. оно возникает только в случае прямого указания  
на это в тексте договора. Поэтому госзаказ сам по себе не является основанием правопреемства.

Точно так же закон нигде не предусматривает, что сам по себе факт выделения средств из  
централизованных государственных фондов является основанием правопреемства. Между тем при  
отсутствии договора все основания правопреемства должны быть прямо закреплены в законе  
исчерпывающим образом, иначе могут пострадать другие участники экономического оборота.

173

-----t±L™ опыты исключительных прав  
вечаюС^0В,,™°ьшПРсОпСГО ^^ \*Щ1°-т КтГ0<>™> \*™ьмов, от-надлежащей Тосв^"  
СПеЦИальным> Дополнительным признакам, при-  
но^ГоХ даТэХ™У,,e! :Т°МеРН?' Г»-™°\* "Ринадлеж-лены к двум пшшшГ Нед0статочно- Ъ™°  
признаки могут быть све-дарственно™ бюнж^Г ~ ВВДа"е Г°Иаказа и вы\*™нию денег из госу  
рилосьнГ^Г\*,™ С°ЗДаниЕ «"«Фетного™ фильма. Как уже гово-  
ТОь ~очТ,м0пГ ЭТИХ ПРИОНаК°В т» обоих вме™™™ »°\*« жащимгосуд^™ °СНОВанием «"  
объявления фильма принадле-  
какимВ™ ^Б^Ж™™™ бШ0 БЫ ЮШ' \*же принадлежащих ких прав гTZ^av У^,, ,, ШХ ПРаВ "а  
ки»°Ф™ьм с передачей та-  
имущества иначе к^?, ИСТ° "е МОЖет быть лишен своет°  
имуще™адГгосУП™ ГШенШ° СУДз' ПРИнУД«™-"ое отчуждение при усло^ предаУпиТелГ™™ТХ  
4W \*™™ БЫТЬ "Р0-"™™ только чалось выше^п «I Т Равноценного возмещения». Как отме-  
сударствГо™™?аГе "ИФИЛМ Не МОЖСТ С,нтаться принадлежащим то-нГл^й'осшвГдаГнГта?^  
°^ес™™™^ "емку фильма, ФормулаКпJ^ZZ "У™™" является государственной.

прину^ПГ^Гна филм может быть

Уже существующее сJZJ?™™ЛьК0 Решение" суда. Иначе  
издани«а^ГТ? ^™ МОЖет бьт WW прав с обратной сип™^ ^"ГГВИ ^ствующих субъективных  
сивно^Имеются многочис":»^5^310™ НаИБ°Лее И™еН-  
нием прав государства, и <= установле-Дится такая охмнГ™, РМ' В соот"ствни с которыми вво-  
прЮнанГ^ут;Тт^IГсУиГГТаеГСЯ СР°К Се ДейСтам («а"Р™еР. Российской^ацГо^Гля 993^5?? ^^ ^  
в действие Закона РоссийскойГ^™™™™Р"- введани\* ных правах»»). Предлагаются и до^иТ.pl^iZ™™™ " "

СМвЖ" внимание должен приниматься неТmvTfi а Р "\*" Оценке во  
суть- прскращениТсу^Гую^иХТаТ Н°РМЫГ \* " Другому лицу, независимо оттоГo^e^отсяГ^ '  
""Р6\*"3 Ш в силу закона или закон создает во^жГстГшо™ соматически дополнительных  
юридических ^Г™eНЫ "" основании  
оже? шГеХ^ХГ \*"" " КОтаюга- Государство как таковое ет извлекать выгоду от эксплуатации  
кинофильмов не непосредст-  
174

\_\_\_\_\_Право на фильм как сложное многослойное произведение \_\_\_\_\_  
венно, а только через посредника, через другого субъекта права. Эффективным такое использование  
может быть лишь в том случае, если поступления при «перевалке» не будут утекать в песок. Важно  
обеспечить еще и адекватный правовой механизм поступления денег в доход государства. Статья  
235 ГК РФ не может быть положена в основу этого механизма, даже если давать ее расширительное  
толкование и относить не только к праву собственности, - варианта принудительного изъятия  
имущества в пользу не государства, а самостоятельной организации (даже посредника) она вообще  
не предусматривает.

Но наряду с проблемой законности принудительного изъятия прав на кинофильмы существует еще и  
проблема целесообразности. Для ее понимания остановимся на нескольких положениях.

Во-первых, представление, будто в бюджет при изъятии прав на кинофильмы автоматически потекут  
какие-то средства, ошибочно. Реализация прав на кинофильмы требует создания особого и  
достаточно сложного специального механизма. Скорее всего полученные средства будут оседать в  
посреднических коммерческих структурах, во всяком случае в большей части. Опыт реализации  
подобных проектов уже имеется; известно, что государственный бюджет не получает в этом случае  
сколько-нибудь ощутимых реальных средств.

Во-вторых, средства, получаемые в настоящее время от реализации прав на фильмы, составляют  
важный источник существования киностудий, особенно некоторых ведущих, выпускавших лучшие  
фильмы. Новая система прав на фильмы означала бы, что киностудии лишаются этого источника и  
возникает необходимость перехода на новую систему их финансирования, иначе им грозит гибель.

Единственным таким источником может быть бюджет, в том числе и по предлагаемым новым  
системам финансирования кинопроизводства. Значит, из бюджета все равно придется выделять  
средства, едва ли не в большем размере, собственная забота о заработке всегда более эффективна.  
Дополнительные средства для государственных нужд ниоткуда не появятся. Под угрозой окажется  
само существование киностудий и отечественного кинопроизводства.

В-третьих, существует соблазн приспособить для посреднических функций по осуществлению  
коммерческих операций с правами на кинофильмы уже существующую структуру - Госфильмофонд,  
т.е. воспроизвести в той или иной мере, притом в более интенсивном варианте, схему, уже  
примененную к Гостелерадиофонду, - возложить на Госфильмофонд функции по распоряжению  
правами на кинофильмы. Все рассмотренные выше недостатки этой идеи существуют и здесь в  
полной мере. Основная задача Госфильмофонда, действующего как учреж-

175

. Объекты исключительных прав

дение на основе права оперативного управления, заключается в работе с фондами киноматериалов  
как собранием материальных объектов. Для осуществления широкомасштабной коммерческой  
деятельности по реализации прав на кинофильмы как нематериальный результат творческой  
деятельности Госфильмофонд никак не приспособлен и эффективно осуществлять эту  
дополнительную вполне самостоятельную функцию, на которой должны быть сосредоточены  
усилия, не сможет.

Существуют два канала использования фильмов - внутри страны и за границей. Внутри страны  
фильмы могут быть использованы для демонстрации по телевидению, для их выпуска в качестве  
видеозаписей и для демонстрации в кинотеатрах. Представляется, что на существенный «заработок»  
в государственном масштабе от кассет и демонстрации старых фильмов в кинотеатрах рассчитывать  
не приходится. Вряд ли могут быть значительными и дополнительные средства от демонстрации  
фильмов по телевидению, особенно с учетом предстоящих выплат авторских гонораров, расходов на  
содержание аппарата и других факторов. Использование фильмов за границей ранее производилось  
через Совэкспортфильм, который был государственной организацией, ныне он приватизирован и  
превратился в акционерное общество. В настоящее время оно вовлечено в многочисленные  
судебные споры. Реализация прав на кинофильмы - это сложнейшая система. Госфильмофонд никак  
не сможет справиться с обеспечением ее эффективного функционирования.

Опыт показывает, что при подобных обстоятельствах существует серьезная угроза попыток использования подобного проекта для прикрытия целей, выходящих за провозглашенные рамки, собранные средства реально пойдут в обход тех каналов, на которые официально рассчитаны.

#### б. Приватизация киностудий и права на фильмы

В условиях продолжающейся приватизации и возможной приватизации киностудий (целесообразность которой нуждается в специальном анализе) возникает вопрос о ее последствиях для прав на кинофильмы. Ключевое значение для ответа имеет определение объекта приватизации. Федеральный закон от 22 августа 1996 г. № 126-ФЗ «О государственной поддержке кинематографии Российской Федерации» содержит специальную главу (гл. V), посвященную приватизации организаций кинематографии. Закон Российской Федерации от 3 июля 1991 г. «О приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации» основным таким объектом также считал орга-

176

\_\_\_\_\_ Право на фильм как сложное многослойное произведение \_\_\_\_\_ низацию, в частности организацию, осуществляющую производство фильмов. Вместе с тем Закон от 3 июля 1991 г., имевший общее значение, допускал отнесение к числу таких объектов также «оборудования, зданий, сооружений, лицензий, патентов и других материальных активов предприятий...» обособленно от предприятий (ст. 1). Различие этих типов объектов весьма существенно, ибо при приватизации предприятий действует принцип, в соответствии с которым приватизируются все активы предприятия в комплексе, в то время как при приватизации конкретного имущества переходит право только на него.

Уже в предпоследнем абзаце п. 2 ст. 235 ГК РФ говорится о приватизации только имущества. Естественно, что на той же схеме основан и ныне действующий Закон Российской Федерации «О приватизации государственного имущества и об основах приватизации муниципального имущества в Российской Федерации» (принят Государственной Думой 24 июня 1997 г., подписан Президентом Российской Федерации 21 июля 1997 г.). Из его названия видно, что в качестве объекта приватизации он рассматривает только имущество. Соответственно ряд положений гл. V Закона о государственной поддержке кинематографии не действует.

Закон о приватизации 1997 г. допускает приватизацию предприятия только как имущественного комплекса, а не как юридического лица. В этом последнем случае в состав комплекса могли бы входить и авторские права на кинофильм. Но они не входят в комплекс приватизируемого имущества, поскольку, как указано в ГК РФ, приватизировано может быть только «имущество, находящееся в государственной или муниципальной собственности». Авторские же права на фильм имеют личный статус и принадлежат не государству, а юридическому лицу (даже государственному) на индивидуальной основе.

Статья 1 Закона о приватизации 1997 г. подтверждает, что приватизировано может быть только государственное и муниципальное имущество. Предприятие может выступать как объект приватизации только в качестве имущественного комплекса, а не субъекта права (см. п. 2 ст. 16 Закона о приватизации 1997 г.). Если фильм не является государственным имуществом, то права на него не входят в такой комплекс, они подлежат исключению из комплекса при его приватизации и вообще не могут быть приватизированы.

Авторские права на фильм при прекращении существования студии как юридического лица вследствие ее приватизации как имущественного комплекса, в который фильм не входит, нельзя считать прекратившимися. Но их правопреемник подлежит определению по специальным правилам. В настоящее время закон не содержит прямой регламентации. Но ее отсутствие не означает, что вопрос может быть оставлен

177

#### II. Объекты исключительных прав

без решения. Ответ должен быть найден на основе анализа совокупности действующих актов, систематического толкования законодательства, а если это невозможно - с использованием аналогии закона или аналогии права.

Авторство и имя студии как автора охраняются бессрочно (формула абз. второго п. 1 ст. 27 Авторского закона об охране права авторства есть плод некоего недоразумения, ибо «право» без субъекта - его носителя существовать не может). Поэтому определению подлежит судьба прежде всего имущественных прав.

Эти права не переходят к государству как к учредителю государственной киностудии. В соответствии с п. 7 ст. 63 ГК РФ учредителю передается имущество ликвидируемого юридического

лица, если он имеет вещные права на это имущество или обязательственные права в отношении этого юридического лица. Авторские права не являются ни вещными, ни обязательственными, в соответствии с ГК РФ это самостоятельный вид прав, имеющих личный характер.

Для определения преемника этих прав приходится обратиться к сложному, комплексному, многослойному характеру объекта. Фильм состоит из использованных в нем произведений, составляющих самостоятельный объект авторского права, а также смежных прав. Авторское право на фильм имеет зависимый характер от авторских и смежных прав на произведения, вошедшие в него в качестве элементов, - в том же смысле, в каком авторские права на сборник и на перевод возникают при условии соблюдения прав авторов оригиналов (см. ч. 2 п. 1 ст. 11 и ч. 2 п. 1 ст. 12 Авторского закона).

Возможность возникновения авторского права на фильм в целом появляется только в результате заключения договоров об использовании вошедших в фильм произведений, порождающих обязательственные отношения. Авторство на фильм в целом в большой мере результат обязательственных связей, в том смысле, что они явились предпосылкой создания фильма как комплексного произведения. В соответствии со ст. 419 ГК РФ обязательство с ликвидацией юридического лица прекращается. В этом случае отпадают все обязательственные ограничения прав авторов вошедших в фильм произведений, их права восстанавливаются в полном объеме.

Естественно установить и преемство прав на фильм в целом для авторов вошедших в фильм произведений. Права эти будут иметь непосредственно-сборный характер.

Если речь идет о вознаграждении, собранном за использование фильма, то оно подлежит распределению пропорционально гонорару, уже выплаченному авторам и исполнителям или причитающемуся им. Вели же речь идет только о распоряжении предстоящим использовани-

178

\_\_\_\_\_ Право на фильм как сложное многослойное произведение \_\_\_\_\_ ем, то по аналогии подлежит применению правило, содержащееся в п. 4 ст. 37 Авторского закона, - договор от имени коллектива и в его интересах должен заключать его руководитель, которым следует признать режиссера-постановщика. Во всяком случае действующее законодательство не дает никакой другой возможности для решения этого вопроса.

Таким образом, при ликвидации киностудии вследствие ее приватизации как имущественного комплекса авторские права на фильм в целом не прекращаются и не переходят к государству. Возникает преемство имущественных прав на фильм в целом в лице авторов произведений, вошедших в него составной частью. Не только права на фильм, но и социальные интересы подлинных авторов окажутся защищенными.

Если же авторские права на фильм в целом принадлежат сборной группе авторов, то они имеют имущественные права только в качестве авторов произведений, вошедших составной частью в фильм, и заключают договоры в этом качестве, а не как авторы фильма в целом. Студия в этом случае имеет право использования фильма, притом производное. Проблем с правами на фильм в целом здесь не возникает.

\* \* #

Авторские права на отдельные виды произведений обладают серьезной спецификой. Особенно это относится к новым и даже относительно новым видам произведений, таким, как кинофильмы, телефильмы, видеофильмы. Наряду с рассмотренными здесь вопросами права на фильм в число подлежащих специально анализу входят правовой статус субъектов, участвующих в создании фильмов (авторы, исполнители, продюсеры, организации, создающие фильмы, прокатные организации), договорные связи между участниками процесса кинопроизводства и использования фильмов и т.д. Многие из необходимых норм, как недостаточно созревшие, находятся еще в стадии становления. Тем более необходим дифференцированный анализ всех групп отношений. Выявление специфики регламентации по отдельным видам произведений - необходимое условие эффективной правовой охраны. Сводить авторское право только к нормам, относящимся ко всем видам произведений, принципиально ошибочно. Наряду с общей нужна еще и особенная часть авторского права.

Печ. по: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2000. № 3. С. 62-73; Из 4. С. 84-99.

179



## II. Объекты исключительных прав

### Авторское право о репродуцировании

#### Общие положения

Один из основных принципов авторского права заключается в том, что любое использование охраняемого им произведения может осуществляться только с согласия автора. Обычно одним из условий такого согласия является выплата пользователем автору вознаграждения. К числу способов использования произведения относится его воспроизведение, включающее и репродуцирование. Вместе с тем закон устанавливает ряд исключений из названного принципа, когда права автора ограничиваются в интересах общества и других лиц и возможным становится использование произведения без согласия автора (с выплатой или даже без выплаты вознаграждения). Каждое такое ограничение допускается только в случаях и в пределах, прямо предусмотренных законом, который устанавливает его лишь при условии, что оно не наносит неоправданного ущерба нормальному использованию произведения и не ущемляет необоснованным образом законные интересы автора (п. 5 ст. 15 Закона от 20 июля 1993 г. «Об авторском праве и смежных правах», далее - Авторский закон).

Один из видов такого ограничения - допускаемое в определенных случаях репродуцирование произведения без согласия автора и без выплаты ему вознаграждения (ст. 20 Авторского закона).

Под репродуцированием Авторский закон понимает «факсимильное воспроизведение в любом размере и форме одного и более экземпляров оригиналов или копий письменных и других графических произведений путем фотокопирования или с помощью других технических средств, иных, чем издание» (ст. 4 Авторского закона). Таким образом, репродуцирование отличается от копирования и других способов воспроизведения, представляя собой более узкое понятие. На другие способы воспроизведения ограничение авторских прав, предусмотренное ст. 20 Авторского закона, не распространяется.

Репродуцирование (ст. 20 Авторского закона) допускается с соблюдением нескольких условий: 1) указываются имя автора и источник заимствования; 2) используется опубликованное произведение, экземпляры которого выпущены в обращение, притом в количестве, достаточном для удовлетворения разумных потребностей публики, иными словами, изданное произведение; 3) репродуцирование осуществляется в 'джичном экземпляре; 4) оно производится без извлечения прибыли.

180

### Авторское право о репродуцировании

Общим условием репродуцирования является охрана произведения авторским правом. Если она уже не действует (например, истек ее срок) или не действовала никогда (произведение не отвечает требованиям, устанавливаемым авторским правом для охраны), произведение может с точки зрения авторского права репродуцироваться вполне свободно, без каких бы то ни было ограничений. Но за нарушение установленных Авторским законом правил о репродуцировании осуществившее его лицо несет ответственность перед автором или иным правообладателем, в том числе имущественную. Действующее законодательство не предусматривает обязанность библиотек производить репродуцирование имеющихся у них материалов, но библиотеки вправе его осуществлять. Они выполняют эту работу с учетом интересов своих читателей на основании договора библиотеки и читателя (или иного заинтересованного лица). Поэтому библиотека может устанавливать условия, на которых она производит репродуцирование или предоставляет возможности для выполнения этой работы другим лицам. Такие условия могут относиться к характеру репродуцируемого материала, его объему, срокам и т.п.

Законодательство содержит лишь некоторые ограничения, относящиеся как к неправомерному репродуцированию, так и к выходящему за установленные пределы. Иначе говоря, оно определяет случаи, когда репродуцирование без согласия автора не может производиться. Такие ограничения предусматривает прежде всего авторское право.

Ограничения прав автора вводятся законом только для уже обнародованных или опубликованных произведений, иначе законные интересы автора неизбежно окажутся ущемленными. Если произведение не обнародовано или не опубликовано, использовать его без согласия автора нельзя вообще (для разных форм ограничений используется одна из этих категорий).

Понятия «обнародование» и «опубликование» содержатся в ст. 4 Авторского закона. Первое из них связано с доступностью произведения для всеобщего сведения, независимо от наличия материального носителя, а второе, предполагающее существование такого материального носителя («экземпляров произведения»), - с выпуском таких материальных носителей в обращение, притом в

количестве, достаточном для удовлетворения потребностей публики, исходя из характера произведения.

В течение многих лет издавались разнообразные подзаконные акты, определяющие порядок и условия репродуцирования произведений, находящихся в библиотеках. Все такие акты, изданные до вступления в силу Авторского закона (3 августа 1993 г.) и противоречащие ему, пере-

181

## II. Объекты исключительных прав

стали действовать. Авторский закон не предусматривает возможность издания подзаконных и ведомственных правовых актов по данному вопросу и в дальнейшем. Поэтому правила о репродуцировании, связанные с применением авторского права, могут вводиться только законом. Все подзаконные и ведомственные правовые акты, вышедшие после 3 августа 1993 г. и регулирующие рассматриваемые вопросы, не имеют силы.

### Репродуцирование изданий

Наиболее общая норма, содержащаяся в ст. 20 Авторского закона, предусматривает, что без согласия автора и без выплаты ему вознаграждения допускается репродуцирование произведений в единичном экземпляре. Могут репродуцироваться только уже опубликованные (т.е. уже изданные), а не просто обнаруженные произведения.

Условием репродуцирования является правомерное опубликование. Неправомерно опубликованное произведение не может быть репродуцировано, это ущемляло бы законные интересы автора.

Исходя из этих понятий, определенных императивными нормами, всякие надписи, например «для служебного пользования», никакого значения иметь не могут; подлежат учету только объективные факты - выпуск экземпляров в обращение и их количество, достаточное для удовлетворения потребностей публики. Волеизъявлением отдельных субъектов это условие изменению не подлежит. В соответствии со сказанным распространение авторефератов диссертаций, имеющих, как известно, гриф «для служебного пользования», должно рассматриваться как выпуск в обращение. Их тираж соответствует разумным потребностям публики, исходя из характера произведения, поэтому они должны считаться опубликованными. На них, безусловно, распространяется общий режим репродуцирования изданий, предусмотренный ст. 20 Авторского закона, несмотря на наличие надписи «для служебного пользования».

Репродуцирование произведений в порядке ст. 20 Авторского закона, без согласия авторов и других правообладателей, разрешено только библиотекам и архивам. Это не значит, что такую работу по их поручению не могут осуществлять организации-посредники. Но эта работа проводится в интересах потребителей, и именно поэтому для нее установлены особые льготные условия. Значит, посредники могут осуществлять ее только на тех же условиях, которые предусмотрены для библиотек и архивов. Последние должны принять все меры для соблюдения законодательства посредниками при репродуцировании материалов, находящихся в их фондах, и несут за это ответственность.

182

### Авторское право о репродуцировании

Репродуцирование может осуществляться по заказам организаций всего двух видов, а также по заказам физических лиц, притом есть условия, которые связаны с его целями.

К организациям, по заказам которых может производиться репродуцирование, закон отнес библиотеки и архивы, а также образовательные учреждения. В первом случае оно производится в целях восстановления, замены утраченных и испорченных экземпляров, при этом объем репродуцируемого материала никак не ограничивается (на тех же основах библиотеки и архивы могут производить репродуцирование для собственных нужд). Во втором случае - по заказам образовательных учреждений - репродуцирование осуществляется для аудиторных занятий (не очень понятно, как единичные экземпляры, изготовление которых только и допускается, могут служить этой цели, но это другой вопрос). Здесь уже возникает проблема разрешенного объема репродуцирования, в отношении которого установлены ограничения. Определению подлежат понятия «короткий отрывок» и «малообъемное произведение» (последнее не столь неопределенно, как первое).

Произведения из периодических изданий (сборники, газеты и др.), где они публикуются в виде статей и иных малообъемных произведений (стихи, рисунки и пр.), могут репродуцироваться полностью, без ограничений размера (обычно они не превышают одного авторского листа), а репродуцирование из других, кроме периодических, письменных (но только письменных) произведений (имеются в виду прежде всего книги) допускается лишь в виде коротких отрывков. Производить репродуцирование по заказам для других юридических лиц, равно как для названных,

но на других условиях, в порядке ст. 20 Авторского закона (без согласия правообладателей и выплаты им вознаграждения) неправомерно.

На тех же условиях, что и для образовательных учреждений, может производиться репродуцирование для физических лиц по их заказам. В этом случае Авторский закон говорит об учебных и исследовательских целях, которые переключаются с конкретным указанием на возможность цитирования чужих произведений (ст. 1 п. 19 Авторского закона). В остальных случаях можно было бы ограничиться выписками, которые никак не ограничиваются.

Разумеется, между цитированием и репродуцированием имеется существенная разница. Достаточно отметить, что репродуцирование допускается только в единичном экземпляре, а цитирование не ограничивается этими пределами. Репродуцироваться может лишь опубликованное, а цитироваться - всякое обнародованное произведение. Но использование связи цитирования и целей репродуцирования - в настоя-

183

## II. Объекты исключительных прав

щее время единственный способ, к которому можно привязать более или менее конкретное определение понятия «короткий отрывок».

Действующее законодательство допускает воспроизведение отрывков из чужих произведений «в объеме, оправданном целью цитирования». Ранее действовавшее законодательство содержало более четкие критерии

ГК РСФСР 1964 г. никаких правил о репродуцировании произведений не содержал, п. 2 ст. 492 говорил лишь о возможности их воспроизведения в виде цитат в пределах, обусловленных целью цитирования, а в ином виде, в том числе в сборниках, - в пределах одного листа из произведений одного автора.

Предшествующие законодательные акты содержали более детализированные правила. В соответствии со ст. 5 Постановления ВЦИК и СНК РСФСР от 8 октября 1928 г. «Об авторском праве» в одних случаях допускалась перепечатка отрывков объемом до 0,25 авторского листа из произведений одного автора (или 40 строк для стихотворений), в других (из капитальных научных трудов - объемом не менее 30 печатных листов) - до одного авторского листа. Поскольку эти нормы применялись в течение длительного периода времени и не заменялись другими, их можно рассматривать как обычай делового оборота (ст. 5 ГК РФ). По совокупности с действующим законодательством, допускающим репродуцирование статей полностью, а они обычно имеют объем до одного авторского листа, можно считать именно этот объем предельным размером допустимого репродуцирования. В остальных случаях от заявителя можно требовать обоснования необходимости большего объема.

Это несомненное право репродуцирующих организаций. Других путей законодательного обоснования допустимого объема репродуцирования в настоящее время не существует. Этим объемам следовало бы придать универсальное значение, независимо от того, предназначено ли репродуцирование для цитирования или для других предусмотренных законом целей.

Таким образом, библиотека вправе производить репродуцирование в соответствии со ст. 20 Авторского закона лишь в пределах, из нее вытекающих. За их рамками она может осуществлять репродуцирование, когда это допускается законом, уже на основе договоренности с потребителем. При этом она вправе выдвигать свои условия.

### Репродуцирование диссертаций

Диссертации, депонируемые в Российской государственной библиотеке, представляют собой обнародованные произведения, поскольку они доступны в библиотеке для общего ознакомления. Более того, они становятся общедоступными до такого депонирования, так как с дис-

184

сертацией может ознакомиться до защиты по месту защиты любое лицо. Но она не является опубликованным произведением, поскольку существует в единственном экземпляре и только в Российской государственной библиотеке, и не может считаться выпущенной в обращение, тем более в достаточном количестве экземпляров.

Соответственно дифференцируются формы ограничения авторских прав. Цитирование произведений допускается, если они правомерно обнародованы (п. 1 ст. 19 Авторского закона), поэтому цитирование диссертаций возможно. Напротив, репродуцирование диссертаций противоречило бы закону, поскольку они не могут считаться опубликованными (иначе говоря, изданными), обнародования для этого недостаточно. Подзаконные акты, предусматривающие возможность такого репродуцирования, находятся в противоречии с Авторским законом и либо утратили силу после его

принятия, либо не имеют силы, если изданы после него.

Существующие обыкновения, допускающие возможность репродуцирования диссертаций, не соответствуют действующему закону (вопрос о целесообразности норм, содержащихся в нем, нуждается в особом рассмотрении).

Взаимоотношения библиотек с посредниками

В настоящее время библиотека редко непосредственно осуществляет репродуцирование имеющихся у нее произведений для потребителей. Эта работа часто проводится через посредника-специализированную организацию. Поэтому весьма важно, чтобы между библиотекой и посредником был заключен специальный договор, регулирующий отношения между ними. В этом договоре следует установить соответствующие закону условия, на которых библиотека допускает репродуцирование, и предусмотреть ответственность посредника за их нарушение. Должна быть установлена обязанность посредника соблюдать требования закона о репродуцировании и его ответственность за нарушение этих требований. Иначе ответственность, в том числе и перед автором (правообладателем), будет лежать на библиотеке, фонды которой использованы для репродуцирования.

При наличии посредника библиотеке чрезвычайно важно дифференцировать себя от него. Так, на базе фондов Российской государственной библиотеки обслуживание потребителей осуществляет служба «Русский курьер», широко рекламирующая себя через Интернет, газеты (см, например; Коммерсант. 1999. 25 ноября. № 218), отдельные рекламные издания. Служба «Русский курьер» оповещает в своих Правилах о том, что она «производит прием заказов на платной основе от физических и юридических лиц на поиск, копирование и доставку до-

185

//. Объекты исключительных прав

кументов из Российской государственной библиотеки, а также из фондов и баз данных российских и зарубежных организаций-партнеров. По запросу пользователя служба осуществляет поиск и заказ копий документов из любых библиотек, архивов и баз данных».

При ознакомлении с рекламными материалами и иными документами службы «Русский курьер» может создаться впечатление, будто она представляет собой подразделение Российской государственной библиотеки (в одном из рекламных материалов написано, например, что она «организована Российской государственной библиотекой совместно с Агентством по распространению литературы и информации»). Это создает службе достаточно престижный имидж, но одновременно возлагает на Библиотеку ответственность. На деле же из формы абонентского договора и реквизитов расчетного счета в банке выясняется, что «Русский курьер» не наделен статусом юридической личности, а является подразделением и службой автономной некоммерческой организации «Агентство по распространению литературы и информации «Российские библиотеки»». Лишь последнее -юридическое лицо, от имени которого заключаются договоры.

Даже если служба есть плод совместного проекта Библиотеки и Агентства, сам по себе этот факт не порождает ответственности Библиотеки за деятельность службы. Но предоставление Библиотекой службе своих фондов и отсутствие возражений в отношении рекламных материалов, которые могут создать впечатление, что служба представляет Библиотеку или выступает от ее лица, могут стать основанием для такой ответственности.

Формально Правила службы вроде не содержат нарушений установленных законом правил о репродуцировании, в них говорится о копировании только «фрагментов книг». Но те же Правила упоминают и заказ на «копию документов» вообще, под которыми могут иметься в виду книги целиком. Такое копирование книг, охраняемых авторским правом, может породить ответственность, в том числе имущественную, перед правообладателем. Поэтому четкая дифференциация юридической личности Библиотеки и Службы (или Агентства) имеет важное практическое значение. Библиотеке следует установить в договоре с посредником, что последний вправе доводить до потребителей условия, на которых он берется оказывать услуги по репродуцированию, только после их согласования с Библиотекой. Точно так же с Библиотекой должны согласовываться формы договоров, заключаемых посредником с потребителем. При этом следует предусмотреть разные формы таких договоров, дифференцированные по условиям: одну- для охраняемых авторским правом произведений, другую - для неохранных. При невыполнении

186

Авторское право о репродуцировании

требований библиотеки она может отказать посреднику в предоставлении ему имеющихся у нее материалов для репродуцирования.

В частности, библиотеке следует потребовать от посредника включения в договор с потребителем условия о целях репродуцирования, поскольку от них зависят и его условия. При этом в отношении копирования в целях восстановления, замены утраченных и испорченных экземпляров надо предусмотреть способы контроля. Точно так же нужны условия контроля и на случай репродуцирования для аудиторных занятий.

Договор о репродуцировании произведений для физических лиц, видимо, может не содержать специальных условий о контроле.

Таким образом, нужны отдельные формы договора о репродуцировании, свои для каждого вида потребителя.

Контроль, осуществляемый Библиотекой, должен охватывать законность и всех остальных условий договора посредника с потребителем.

Как уже отмечалось, репродуцирование не может осуществляться для извлечения прибыли. Это значит, что с потребителя могут браться суммы, покрывающие лишь расходы на репродуцирование. В них не могут включаться ни гонорары автору (вознаграждение правообладателю), ни оплата услуг посредника или библиотеки.

Этому прямому правилу закона прямо противоречит, например, указание в Правилах и порядке работы службы («Русский курьер» о включении 10 % отчислений для Российского авторского общества (РАО) от стоимости копирования для выплаты вознаграждения правообладателям (в двух других местах того же документа говорится о 5 % отчислениях). Такое условие договора с потребителем незаконно по крайней мере по двум основаниям. Первое: при репродуцировании вознаграждение автору или правообладателю вообще не выплачивается (ст. 20 Авторского закона). Второе: отсутствие у РАО полномочий на получение подобных отчислений. В соответствии со ст. 45 Авторского закона РАО мог бы получить такие полномочия только на основании письменных договоров, добровольно заключенных авторами произведений с РАО. Но таких договоров с авторами произведений, имеющихся в библиотеке, не существует. Собранные в виде отчислений суммы просто не могут быть им переданы (а по закону они предназначены только для этого), они остаются в распоряжении РАО. Сбор денег, формально прикрываемый целями вознаграждений для авторов, фактически осуществляется для пополнения собственных средств. Такая система никак не может быть признана законной. РАО, призванное обеспечивать соблюдение авторского права, оказывается его нарушителем.

Есть основания полагать, что в цену за репродуцирование, взимаемую посредником, заложена и его прибыль. Вряд ли посредник, хотя и

187

## II. Объекты исключительных прав

объявленный некоммерческой организацией, станет сейчас оказывать услуги безвозмездно. Между тем извлечение им прибыли в данном случае противоречит действующему Закону.

### **Законы надо соблюдать**

Не все положения действующего законодательства о репродуцировании объектов авторского права могут считаться совершенными, обоснованными и даже рациональными. Так, при современном широком распространении копировальной техники, ее наличии во множестве организаций и у частных лиц, неясно, каким образом можно обеспечить соблюдение правил о репродуцировании, в частности о допустимых объемах репродуцирования отдельных видов произведений. Во многих случаях контроль затруднителен и при выходе репродуцированных материалов на рынок, а при их внутреннем обращении он чаще всего вообще неосуществим. Эффективность традиционных норм, посвященных этой проблеме, вызывает серьезные сомнения.

Указание Авторского закона на то, что репродуцирование «не включает в себя хранение или воспроизведение указанных (письменных и других графических произведений. - В.Д.) копий в электронной (включая цифровую), оптической или иной машиночитаемой форме» (ст. 4), тоже чревато недоразумениями. Оно позволит легко обойти установленные законом правила репродуцирования. Применение же других, кроме ксерокопирования, способов копирования (цифровое копирование в графическом формате без распознавания; цифровое копирование в текстовом формате с распознаванием; микроформы - микрофильмы и микрофиши), а именно эти способы предусмотрены упоминавшимися ранее Правилами службы «Русский курьер», становится невозможным для охраняемых произведений ввиду прямого противоречия ст. 20 Авторского закона. Сомнительна целесообразность расхождений между условиями цитирования и репродуцирования. Пожалуй, один из наиболее важных вопросов, подлежащих изучению, - это сохранение возможности репродуцирования в соответствии со ст. 20 Авторского закона (без согласия правообладателя)

только на условии «без извлечения прибыли». Выше уже отмечалось, что непонятен смысл нормы о репродуцировании в учебных целях в единичном экземпляре и т.д.

Но пока Закон действует, содержащиеся в нем нормы должны соблюдаться. Их нарушение чревато ответственностью, в том числе имущественной.

Печ. по: Законодательство и экономика. 2000. №4. С. 32-36.

Опубликование материалов, не охраняемых авторским правом

## **ОПУБЛИКОВАНИЕ МАТЕРИАЛОВ, НЕ ОХРАНЯЕМЫХ АВТОРСКИМ ПРАВОМ**

Основания изъятия материала из-под действия авторского права

В юридической литературе достаточно много внимания уделяется признакам объекта авторского права, условиям, при которых материалу предоставляется авторско-правовая охрана. Основания же, по которым материал изымается из-под действия авторского права, практически специально не анализировались. Между тем они имеют серьезное правовое значение. На такой материал, например, не распространяются правила авторского права об использовании произведений, в частности об их опубликовании. Основания, по которым материал признается не являющимся объектом авторского права, юридически не безразличны, разные основания влекут за собой не совпадающие практические последствия.

Изъятие объекта из-под действия авторского права нужно отличать от отдельных ограничений авторских правомочий. В последнем случае права ограничиваются только в объеме, точно указанном в законе, и эти ограничения, как правило, не затрагивают личных неимущественных прав, прежде всего права авторства. Закон, устанавливая такие ограничения, обычно специально оговаривает, что обязательным остается указание имени автора, произведение которого используется, и источника заимствования (см., например, ст. 19 и 20 Закона РФ от 9 июля 1993 г. «Об авторском праве и смежных правах», далее - Авторский закон). Для этого случая принцип, установленный для авторских договоров - прямо не переданные имущественные права считаются не переданными (п. 2 ст. 31 Авторского закона), - имеет общее значение, распространяясь и на ограничение авторских прав законом.

В отличие от этого, если материал не признается объектом авторского права, в отношении его не действуют никакие авторские права вообще, в том числе и личные неимущественные права. В связи с этим нужно различать, например, авторство и право авторства. У материала, не являющегося объектом авторского права, может быть вполне определенный и точно известный составитель (при других условиях он считался бы «автором»), но права авторства он тем не менее не имеет. В одних случаях такое «авторство» (не право авторства) защищается, а в других - защита ему не предоставляется.

Не охраняются авторским правом материалы по обстоятельствам, связанным с требованиями, предъявляемыми к объектам, субъектам и

189

### **II. Объекты исключительных прав**

условиям охраны. Отдельную группу составляют материалы, хотя бы и отвечающие всем требованиям, но изъятые из-под действия охраны в порядке исключения, специально установленного законом по тем или иным причинам.

Во-первых, не охраняются материалы, не отвечающие требованиям, предъявляемым к объектам авторского права, которыми признаются произведения, представляющие собой в соответствии со ст. 6 Авторского закона совокупность внешнего облика нематериального результата интеллектуального труда и внутренней организации материала, составляющих форму произведения, доступную для восприятия третьих лиц (объективно выраженную любым способом - на материальном носителе или даже лишь устно), являющуюся результатом творчества. Некоторые из этих признаков закон раскрывает более подробно, в частности в виде перечня материалов, не рассматриваемых как произведения, охраняемые авторским правом, поскольку они относятся не к форме такого результата, а к существу. Не являются «произведениями» в смысле авторского права и не охраняются авторским правом идеи, методы, процессы, системы, способы, концепции, принципы, открытия, факты (п. 4 ст. 6 Авторского закона).

Объект авторского права может оказаться созданным не по инициативе автора и даже не по авторскому договору, а по договору подряда. Но в этом случае его использование будет осуществляться не как произведения в смысле авторского права (в порядке, предусмотренном ст. 16 Авторского закона), не путем реализации формы произведения как результата творческого труда, а как результата труда, имеющего содержательную сущность, независимо от формы его выражения. Такое «использование» имеет совершенно иную правовую природу, и в его основе лежит другое правовое регулирование. Для использования в смысле авторского права в этом случае пришлось бы заключать еще и авторский договор. Строго говоря, авторский договор заказа отличается от подрядного договора именно предусматриваемым им характером использования (авторский договор на готовое произведение, естественно, отличается от подрядного всем своим содержанием).

Во-вторых, материалы не охраняются авторским правом потому, что лица, от которых они исходят, не отвечают требованиям, предъявляемым законом к субъектам авторского права. К творчеству способен только человек, поэтому автором может быть только физическое лицо. Почти всегда это один человек, иногда авторов несколько, тогда это группа лиц - соавторы. Но автором никогда не может быть коллектив, организация, когда установить персональный, личный состав создателей произведения невозможно. Если невозможно установить автора (соав-

190

Опубликование материалов, не охраняемых авторским правом (торов) материала, он не охраняется авторским правом. Именно поэтому не относятся к объектам авторского права, например, произведения народного творчества (см. ниже).

При отсутствии субъекта права не может быть субъективного права вообще и авторского права в частности. Так, при отсутствии наследников у умершего автора авторское право прекращается, произведение переходит в общественное достояние. Входящее в состав наследства, подлежащего переходу к государству, авторское право прекращается (формула последней части ст. 552 ГК РСФСР подлежит расширительному толкованию - личные неимущественные права вообще не переходят другому лицу, в том числе по наследству, могут переходить только имущественные права, которые во время принятия ГК РСФСР 1964 г. были представлены практически только правом на вознаграждение). Право на соответствующее произведение становится общественным достоянием, оно может свободно использоваться любым лицом без выплаты авторского вознаграждения (п. 2 ст. 28 Авторского закона).

При отсутствии субъекта, которому право могло бы принадлежать, не может быть и принадлежащего ему субъективного права. Это относится как к такому имущественному праву, как право использования, так и к личным неимущественным правам, например к праву авторства. Если даже известно, что произведение создано определенным лицом, то может защищаться лишь авторство, но не право авторства. К сожалению, закон не всегда различает эти оттенки, влекущие за собой весьма серьезные юридические последствия. Вопреки ошибочной формуле п. 2 ст. 28 Авторского закона, если нет субъекта, которому могло бы принадлежать субъективное право, прекращается и право авторства, и право на имя, и право на защиту «репутации автора». Личные неимущественные права неотчуждаемы и непередаваемы (ст. 150 ГК РФ), поэтому со смертью автора они вообще прекращаются. О защите авторства (но не права авторства), имени автора и его репутации (на самом деле в последнем случае речь идет о неприкосновенности произведения) можно говорить только на основе совершенно иного правового механизма — по правопреемству могут переходить только имущественные права. А право, принадлежавшее умершему автору, у которого нет наследников (или других правопреемников, прежде всего договорных, на срок до истечения авторского права), прекращается со смертью автора вообще, включая и имущественный его элемент, несмотря на то, что срок действия авторского права не истек. В этом случае право прекращает не истечение срока, а отсутствие субъекта, который мог бы иметь право (хотя это ! прямо и не предусмотрено в законе). И это право никак не может быть восстановлено.

191

## II. Объекты исключительных прав

Первоначально право возникает у автора, следовательно, право -это проблема автора. Как правило, автор единоличный или точно определенная группа авторов, но не аморфный «коллектив». Коллективного авторства не бывает. Отсюда нет коллективного авторства на нормативные акты и т.п. — даже «совместного».

И еще. Авторское право распространяется на все произведения, авторами которых являются граждане Российской Федерации. На произведения, авторами которых являются иностранцы, авторское право распространяется в случае, когда произведение (закон имеет в виду, конечно, оригинал) находится в объективной форме на территории Российской Федерации или такая охрана предусмотрена ее международными договорами.

В-третьих, не охраняются произведения, на которые истек установленный законом срок охраны (ст. 27 Авторского закона) и потому перешедшие в общественное достояние (ст. 28 Авторского закона). То же относится и к произведениям, на которые действие авторского права прекратилось досрочно. Произведения, которым на территории России никогда не предоставлялась охрана (например, охранявшиеся за границей, но отвечающие требованиям, предъявляемым нашим авторским законом к произведению), тоже относятся к общественному достоянию, не охраняемому авторским правом. В-четвертых, это материалы, которые, хотя бы они обладали всеми признаками, необходимыми для охраны, изъяты из охраны авторским правом в порядке исключения, специально предусмотренного



законом по тем или иным соображениям. Исчерпывающий перечень такого рода материалов установлен ст. 8 Авторского закона, в которой названы четыре позиции, две из которых, строго говоря, можно было бы и не упоминать специально.

Произведения народного творчества не могут охраняться по общим основаниям. К ним относятся только материалы, которые не имеют автора или автор которых неизвестен, иногда такие материалы являются результатом коллективного творчества, притом последовательного, нескольких поколений. Статья 487 ГК РСФСР правильно прямо относилась к не охраняемым произведениям народного творчества только произведения, «авторы которых неизвестны». Если произведение создано в жанре народного творчества, но известным определенным лицом, оно несомненно охраняется авторским правом.

Точно так же по общим основаниям не могут охраняться и сообщения о событиях и фактах, имеющие информационный характер. Что касается самих событий и фактов, то они составляют содержание материала по существу и, как уже отмечалось, в этом качестве не относятся

192

Опубликование материалов, не охраняемых авторским правом

к объектам авторского права. А сами сообщения не охраняются постольку, поскольку они не являются результатом творчества. Если внешний облик сообщения имеет творческий характер, то оно охраняется авторским правом.

Иначе обстоит дело с двумя остальными видами материалов, названными в ст. 8 Авторского закона. В качестве не охраняемых она называет государственные символы и знаки, создатель которых чаще всего может быть вполне определенно назван и внешний облик которых несомненно является результатом творчества. Но охрана их авторским правом препятствовала бы осуществлению этими материалами своих функций, применению их в качестве государственной символики (например, государственного гимна, герба, денежного знака и т.п.). Это относится как к имущественным авторским правам (необходимости получения согласия автора для использования, выплаты вознаграждения при использовании), так и к неимущественным правам (обязательности указания автора в каждом случае, невозможности изменения без согласия автора и т.п.).

Статья 8 Авторского закона говорит только о государственной символике. Однако некоторые другие законы об отдельных видах юридических лиц фактически ставят в аналогичное положение символы и знаки этих видов организаций. Так, Федеральный закон от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» в п. 4 ст. 3 предусматривает право некоммерческих организаций иметь «зарегистрированную в установленном порядке эмблему» (правда, порядок ее регистрации до сих пор не установлен). Основы законодательства РФ о культуре от 9 октября 1992 г. тоже предусмотрели право организаций культуры, наряду с официальным и другим (?) наименованием и товарным знаком, иметь также и свою эмблему (ст. 53). Фактически практика использования организациями своих эмблем получила достаточно широкое распространение. Установление на них авторского права, в соответствии с которым первоначальные имущественные права принадлежат автору, а личные неимущественные права неотчуждаемы, тоже вступало бы в противоречие с функциями эмблем как символики организаций.

Но главное в другом. Официальные символы и знаки исходят не от автора, а от того лица, которое они символизируют и обозначают. Но это уже признак, исключаящий из числа объектов авторского права более широкий круг материалов, составляющих, наверное, наиболее значимую группу, к которой символы и знаки тоже могут быть отнесены, но уже как разновидность.

Такую наиболее значимую группу материалов, не являющихся объектами авторского права, составляют «официальные документы».

193

## II. Объекты исключительных прав

Это - наиболее сложная группа, подлежащая особому, достаточно подробному анализу.

### Официальные документы

Статья 8 Авторского закона указывает объекты, на которые не распространяется действие авторского права, т.е. не действуют ограничения для третьих лиц, установленные авторским правом, прежде всего для использования произведений. Задача нормы - в устранении всех препон со стороны авторского права для их свободного воспроизведения, размножения, распространения и т.п. Авторское право ни за кем не закрепляет исключительного права на такой объект, оно не препятствует любому лицу свободно (без чьего-либо разрешения и безвозмездно) его использовать, устанавливает принцип свободы использования. Четкое выделение объектов, на которые не распространяется действие авторского права, имеет огромное практическое значение

Среди таких объектов закон называет «официальные документы»). Авторский закон в общей форме не раскрывает это понятие, не дает его признаков, закон содержит только перечень официальных документов, в который включаются «законы, судебные решения, иные тексты законодательного, административного и судебного характера», а также официальные переводы этих документов. Но вопрос о характере этого перечня (исчерпывающем или примерном) и понимании отдельных его позиций остается открытым, пролить свет на некоторые неясные моменты могло бы выявление общих признаков категории

Известно, что общие понятия, служащие целям одного закона, часто не пригодны для другого. Но как-то использовать их для уяснения, особенно в случаях отсутствия в законе определения, специально для него предназначенного, можно и нужно, они могут содержать некоторые ориентиры. Это относится и к «официальному документу», общего легального определения которого для авторского права не дано.

Легальное определение «официального документа» содержится в Федеральном законе от 23 ноября 1994 г. № 77-ФЗ «Об обязательном экземпляре документов», который понимает под ним «произведения печати, публикуемые от имени органов законодательной, исполнительной и судебной власти, носящие законодательный, нормативный, директивный или информационный характер» (п. 1 ст. 5). Это определение предназначено только для данного закона, ибо, очевидно, например, что к официальным документам относятся не только произведения печати (такое указание существенно в связи с обязательным экземпляром). Общее значение имеет другое - источник официального документа. Он *должен исходить не от частных лиц, а от каких-то органов, выходит*

194

Опубликование материалов, не охраняемых авторским правом от их имени. Более того, они должны включать в себя публичный элемент. Даже чистая информация, исходящая от органов власти, при всех условиях имеет то или иное публичное значение (обзоры судебной практики, подготовленные высшими судебными инстанциями, и т.п.), хотя бы она не включала формального влечения.

Критериями официального документа в смысле ст. 8 Авторского закона являются а) источник - он исходит от организации, в том числе ее должностного лица, выступающего в своем официальном качестве; б) адресат - он может быть адресован как неопределенному кругу лиц, так и отдельному лицу, если при этом он может иметь более широкое значение, в) содержание - включает публичный элемент; к официальным документам относятся нормативные акты, обязательные индивидуальные решения, подлежащие принудительному исполнению (судебные, арбитражные), материалы, содержащие оценку фактических обстоятельств, констатацию сведений и т.п. (акты, характеристики и пр.); г) форма - это может быть письменная запись, звукозапись, видеозапись, запись в электронной форме или иная запись в объективной форме на материальном носителе. Остановимся на отдельных позициях несколько подробнее.

Источником официального документа является как орган государственной власти (законодательной, исполнительной, судебной), так и некоторые другие организации (общественные и даже коммерческие). Публичный элемент вообще не следовало бы понимать слишком узко, сводя его к государственным органам, наделенным властными полномочиями. В некоторых случаях ими наделены в каком-то смысле и общественные организации и даже коммерческие институты. Основы гражданского законодательства 1991 г. содержали прямое указание о том, что официальный документ, не являющийся объектом авторского права, может исходить не только от государственной, но и от общественной организации (п. 5 ст. 134). Так, свойствами «официального документа», несомненно, обладают уставы общественных организаций и даже уставы коммерческих объединений (акционерных обществ, обществ с ограниченной ответственностью), принимаемые постановления, решения, резолюции их общих собраний и т.п. Устанавливать для этих документов авторско-правовую охрану было бы неправильно. Все материалы, исходящие от организации в соответствии с ее статусом, являются официальными документами. Официальный документ может исходить от коллегиального органа и от одного уполномоченного на то лица.

Официальный документ может иметь совершенно определенное составителя, даже точно обозначенного и отраженного в документе, который тем не менее не может считаться «автором» в смысле автор-

195

П. Объекты исключительных прав

ского права. Хотя бы существовал и даже совершенно официально был зафиксирован «автор» документа, на него не возникает право авторства (например, судебное решение, где четко

обозначено писавшее его лицо). Важно, в каком качестве выступает составитель документа: когда от себя лично - это не «официальный документ», а если от имени организации и он представляет организацию, действующую в его лице, в качестве ее должностного лица, то документ исходит от организации. Не всегда просто определить, в каком качестве выступает составитель документа, особенно когда указывается его должностное положение. Действует презумпция, что в этом случае он выступает не в личном качестве, если иное специально не оговорено или не вытекает из текста документа.

Любой материал всегда готовится не организацией, а конкретным физическим лицом или лицами. От официального документа не требуется, чтобы он обязательно был результатом творчества и т.п. Но творческий характер материала не есть препятствие для его отнесения к числу официальных документов. Независимо от наличия в таких материалах признаков объекта авторского права, они изымаются из-под действия авторского права. Характерно, что такой объект нигде не называется «произведением», являющимся объектом авторского права, он может рассматриваться только как «материал» или «текст».

Лицо, подготовившее такой материал, было бы неправильно квалифицировать в качестве «автора» (хотя бы такое «авторство» было известно и даже зафиксировано вполне определенно), в этом случае юридически корректно говорить лишь о «разработчике» или «составителе» материала, лице, «занимавшемся подготовкой материала» или принимавшем в ней участие. Если документ подписан физическим лицом, но не в личном качестве, не от себя лично, а в качестве должностного лица, представляющего определенный орган, от лица этого органа, права авторства на такие документы нет, есть только его разработка.

Официальный документ надо отграничивать от произведения, исходящего от автора и лишь одобренного для определенных целей какой-то организацией или ее органом (коллегиальным или единоличным), например разрешение использовать его в качестве учебника (предоставление грифа учебника). Такое произведение исходит все-таки от автора и лишь допускается организацией к использованию в определенном качестве. Не может быть отнесен к официальным документам в смысле авторского права материал только потому, что на нем указано наименование организации, где он выполнен, - помещен гриф этой организации (например, на служебном произведении в соответствии с п. 3 ст. 14 Авторского закона - на плановой работе, выполненной научным сотруд-  
196

Опубликование материалов, не охраняемых авторским правом (например, на отчете о выполненной работе и т.п.), такой материал является объектом авторского права. Однако любой материал может превратиться в «официальный документ», если, например, содержащиеся в нем рекомендации утверждены компетентным органом власти как обязательное правило.

Авторство (соавторство) существует на проект до того, как материал обрел статус официального документа. Как только проект приобрел публичный характер, стал исходить не от физического лица, а от организации, он утрачивает характер произведения и становится официальным документом, не охраняемым авторским правом. Автор проекта превращается в разработчика официального документа. Текст, как только он превращается в закон (нормативный акт), утрачивает качества объекта авторского права, присущие ему в состоянии проекта.

Статья 8 Авторского закона по тому же основанию исключила из числа объектов авторского права также государственные символы и знаки.

Перечень, содержащийся в ст. 8 Авторского закона, показывает, что у официального документа могут быть разные виды адресатов. Как правило, это документы, адресованные неопределенному кругу лиц. Но это могут быть и документы, непосредственно посвященные одному лицу, в случаях, когда они имеют более широкое значение, предназначены для более широкого использования и третьими лицами, содержат публичный элемент.

В числе таких официальных документов сам закон прямо называет судебные решения. К ним также относятся, например, официальные акты организаций о качестве товара (ст. 238 УК РФ говорит о документах, удостоверяющих соответствие товаров, работ и услуг определенным требованиям), служебная характеристика работника, относящаяся к одному лицу (см. п. 2 и 6 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 18 августа 1992 г. № 11) и т.п. Эти документы тоже имеют публичный элемент, а потому их тоже следовало бы признать «официальными», распространение на них ограничений, предусмотренных авторским правом для использования третьими лицами, было бы неправильным.

С точки зрения содержания официальный документ имеет публичный характер или, во всяком

случае, включает публичный элемент. Существует несколько типов документов такого рода. По содержанию официальный документ может представлять собой обязательное правило поведения - общее (как нормативный акт) или индивидуальное, относящееся к одному лицу (как судебное решение), но он может иметь и рекомендательный и даже чисто информационный характер, заключаться в констатации или сообщении сведений, правда имеющих значение,

197

## II. Объекты исключительных прав

поскольку они включают тот или иной публичный элемент. К официальным материалам относятся документы организаций, содержащие оценку фактических обстоятельств (характеристики, акты, заключения). К их числу могут относиться и акты, имеющие внутреннее значение для общественных организаций или коммерческих объединений.

С точки зрения формы к официальному документу не предъявляется особо жестких требований - это может быть любая объективная форма. Важно только, чтобы материал был зафиксирован на материальном носителе, т.е. представлен в письменном виде, в виде звукозаписи или видеозаписи, записи в электронной форме и т.п. В этом случае налицо будут все условия и для выполнения требований, предъявляемых к любому документу, - возможности его идентификации.

Нетрудно заметить, что при обращении к содержательной стороне «официальных документов» основное внимание уделяется материалу по существу. Но если бы дело этим ограничивалось, особых проблем со стороны авторского права вообще не возникало бы, специальной нормы о нераспространении на него авторского права не требовалось бы, поскольку в соответствии с его общими началами последнее охраняет только форму произведения, а не его существо. В данном случае очень важно распространить режим официального документа не только на существо, но и на его форму, поскольку последняя играет важнейшую роль в понимании и применении такого документа. Поэтому из-под действия авторского права исключаются материалы, отвечающие всем требованиям, предъявляемым к объектам авторского права.

Документ может сопровождаться указанием на его составителя, пусть именуемого «автором» (или даже включать такое указание), или не сопровождаться им, может содержать или не содержать имя утвердившего или одобрявшего его должностного лица, он может быть одобрен уполномоченным на то должностным лицом единолично или коллегиальным органом - от этого его природа официального документа не меняется. Важно только, чтобы он имел публичный, властный характер. Материалы в качестве официального документа (так же, как гербы и символы) не охраняются авторским правом.

«Официальный документ» нужно отличать от просто «документа». Не всякий материал, имеющий правовое значение, может считаться «официальным документом». Не все имеющие правовое значение документы считаются «официальными». Документ может иметь вполне официальное значение или даже предназначение, влечь за собой правовые последствия, но тем не менее не относиться к числу «официальных» документов. Правовое значение может иметь любой материал, исходящий от какого-то лица в его личном качестве и не носящий

198

Опубликование материалов, не охраняемых авторским правом

«официального» характера. На него распространяется действие авторского права, если он отвечает установленным законом для объектов авторского права требованиям, никаких исключений не предусматривается.

Наиболее общее определение «документа» вообще, без указания на его «официальность», дано в Законе «Об обязательном экземпляре документов»: «Документ - материальный объект с зафиксированной на нем информацией в виде текста, звукозаписи или изображения, предназначенный для передачи во времени и пространстве в целях хранения и общественного использования» (ст. 1). Близкое, хотя и не идентичное, менее развернутое определение документированной информации (документа) содержится в двух других законах - «Об информации, информатизации и защите информации» (ст. 2) и «Об участии в международном информационном обмене» (ст. 2), в них дополнительно только отмечается, что документ отличается наличием реквизитов, позволяющих идентифицировать содержащуюся в документе информацию.

Есть также грань, разграничивающая служебные документы (которые вполне могут быть и авторскими) и официальные, которые авторскими быть не могут.

Анализ правовых понятий всегда должен быть ориентирован на те правовые последствия, ради которых эти понятия вводятся. Понятие официального документа введено в авторском праве ради того, чтобы вывести этот объект из-под действия авторского права, прежде всего - правил о

наделении какого-то лица исключительным правом на использование этого объекта. Точно так же на этот объект не распространяются правила авторского права о порядке опубликования, о неприкосновенности и т.п. Можно обозначить организацию, где создавался материал, и даже указать составлявшее его лицо, назвав его «автором», но это не превращает его в носителя права авторства и не создает авторского права.

Никакого другого смысла существование этой категории в авторском праве не имеет.

Нормативные акты как официальные документы

Какие-то позиции из рассмотренных общих признаков официального документа не являются вполне однозначными и требуют для отдельных их видов оценочных подходов. Проблема значительно упрощается, если рассматривать не официальные документы вообще, а один их вид - нормативные правовые акты. Многие сложности не относятся к законам и «текстам законодательного характера». Понятие нормативных правовых актов достаточно изучено в правовой литературе, с ними все обстоит достаточно определенно и однозначно. Все они относятся к числу официальных документов.

199

П. Объекты исключительных прав

Норма права, составляющая содержание нормативного правового акта, представляет собой обязательное правило поведения, предназначенное для неоднократного применения, установленное или санкционированное государственной властью, соблюдение которой обеспечивается мерами государственного принуждения. При этом самое правило может по-разному сочетаться с волей участников отношения, это может быть императивная норма, когда правило не допускает никакого выбора для сторон отношения, или диспозитивная норма, которая действует в случае, когда стороны отношения не договорились об ином. Тем не менее и эта последняя является нормой права.

Точно так же особую группу правовых норм составляют рекомендательные нормы - обязательный характер предусматриваемых ими правил поведения проявляется в случае отрицательных последствий, вызываемых их несоблюдением.

Нормы права могут иметь и методический характер, они выделяются только своей направленностью.

Так же как и все остальные правовые нормы, по правовым признакам их можно подразделить на императивные, диспозитивные и т.п. Для того чтобы акты, содержащие подобные правила, могли рассматриваться как «официальные документы», они должны отвечать признакам нормативного акта, в частности исходить от органа, наделенного правом издавать документы, имеющие публичную силу.

Нормативный акт всегда исходит не от лица, его составившего, и даже не от лица, его подписавшего, а от органа, именем которого он издан. И применительно к таким актам существует достаточно четкий критерий, позволяющий установить, в каком качестве выступает физическое лицо, обозначенное в документе, - в личном качестве, как автор, или в качестве должностного лица, представляющего организацию. Если документ имеет нормативную силу, ту или иную степень обязательности, то обозначение физического лица, если оно не выступает в должностном качестве, может означать только его трудовую или гражданско-правовую связь с органом, издавшим нормативный акт, не имеющую для третьих лиц никакого правового значения, абсолютных прав (к которым относятся и авторские права) при этом не возникает. Документ не является объектом авторского права, а следовательно, его составители не могут рассматриваться как авторы и не имеют никаких авторских прав. Именно такая обязательность, публичная сила составляет основной, достаточно четкий и однозначный критерий непризнания документа объектом авторского права. Исходящие от органа исполнительной власти рекомендации, нормативы и им подобные документы, безусловно, относятся к категории

200

Опубликование материалов, не охраняемых авторским правом

«официальных», более того, к такой их разновидности, как нормативные документы. Об этом с полной бесспорностью свидетельствует утверждение этих документов актами органа исполнительной власти. Эти документы исходят от ведомства и имеют силу ведомственных актов, а не произведений, исходящих от отдельного автора.

С этой точки зрения совершенно безразлично, «утверждены» ли они самим ведомством (его руководителем), одобрены коллегией этого ведомства (решения которой, как известно, должны быть подписаны руководителем), подписаны ли такие акты руководителем ведомства, его заместителем либо иным надлежаще уполномоченным должностным лицом, от «уровня» утверждения зависит только сила документа. Для того чтобы документ считался «официальным», важно, чтобы он

исходил от ведомства, а не от физического лица, чтобы лицо, его подписавшее, было полномочно выступать от лица ведомства.<br />

При этом не имеет значения, содержит ли такой документ предписания по существу (например, технического содержания) или только методические предписания, имеют ли они строго обязательный, императивный характер, или содержат диспозитивные нормы, или даже являются только рекомендательными. Важно прежде всего, чтобы они исходили от органа управления и содержали определенные, имеющие публичную силу правила поведения, установление которых находится в пределах компетенции этого органа.<br />

Точно так же не имеет никакого значения для признания этих документов объектами авторского права, готовились ли они в самом ведомстве или в подведомственной ему организации и за ее счет (разрабатывались сотрудниками этой организации) или даже создавались на стороне на чисто гражданско-правовой основе (в организации или отдельными гражданами). Материалы могли быть объектами авторского права, а разработчики признаваться их авторами до утверждения этих материалов в качестве нормативных документов. После их утверждения ведомством эти качества утратились. Соответственно на эти материалы не возникает первоначальное авторское право автора (п. 1 ст. 14 Авторского закона), не может возникнуть и производное право организации на использование (п. 2 ст. 14 Авторского закона), в частности не действует исключительное право воспроизведения, основанное на авторском праве.<br />

Одним из видов нормативных актов, о которых закон содержит специальное указание, касающееся авторского права, являются стандарты. Закон РФ от 10 июня 1993 г. «О стандартизации» (в ред. 1995 г.) прямо говорит, что «стандартизация - это деятельность по установлению норм, правил и характеристик...» (ст. 1), одновременно устанавли-<br />

201

## II. Объекты исключительных прав<br />

вывая, что «государственные стандарты, стандарты отраслей (т.е. стандарты, имеющие силу нормативных актов. - В. Д.) не являются объектом авторского права» (п. 4 ст. 6).<br />

Особо надо рассмотреть вопрос о подборках материалов, которые в соответствии с российским законодательством охраняются авторским правом. Относительно сборников такая охрана прямо закреплена в п. 3 ст. 7 Авторского закона, притом независимо от того, являются ли включенные в сборник материалы объектами авторского права. Там же содержится аналогичное указание о базах данных, которое предусматривает их охрану как сборников (см. также ст. 25 того же закона). Закон РФ от 23 сентября 1992 г. «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» тоже предусматривает охрану баз данных авторским правом. В соответствии с этим законом база данных - «это объективная форма представления и организации совокупности данных (например: статей, расчетов), систематизированных таким образом, чтобы эти данные могли быть найдены и обработаны с помощью ЭВМ». Это определение не вполне соответствует существующим международным документам (в частности, они не предусматривают необходимость нахождения и обработки данных с помощью только ЭВМ), но Россия в них не участвует, поэтому они могут пока не приниматься во внимание.<br />

Если такая база данных (подборка) исходит от официального органа, является официальным документом, она в соответствии с общим правилом не охраняется авторским правом и может быть свободно использована любым лицом. Примером такого рода официальной базы данных является Свод законов. Поэтому, если подборка (база данных) исходит от официального органа, в частности от ведомства, она не охраняется авторским правом, кем бы ни была произведена.<br />

Если подборка не имеет характера официального документа, произведена неофициальным органом, она охраняется авторским правом на общих основаниях, при условии, что материал отвечает требованиям, установленным авторским законом для объектов авторского права, в частности обладает элементами творчества, которые для сборников и подборок выражаются в подборе и расположении (организации) материала, притом независимо от того, являются ли входящие в нее материалы объектом авторского права. Тогда авторское право на сборник, базу данных и т.п. принадлежит его составителю. Если подборка произведена частным лицом, то именно оно (или его правопреемник) является обладателем прав на базу данных, сослущую из подборки нормативных актов.<br />

Частное лицо вправе производить такую подборку материалов, не являющихся объектом авторского права, а если такие материалы явля-<br />

202

Опубликование материалов, не охраняемых авторским правом

ются объектом авторского права, то их подборка может производиться только с разрешения обладателя прав на каждый составляющий ее материал. Только в этом последнем случае подборка (база данных) может рассматриваться как производное (составное) произведение, иначе она есть вполне самостоятельное произведение.

База данных, состоящая из нормативных актов, может быть составлена без чье-либо разрешения и является не производным, а вполне самостоятельным произведением. Любое лицо вправе составить другую подборку, включающую те же нормативные акты.

Признание или непризнание материала объектом авторского права никак не зависит от того, где он разрабатывался - в том органе, от которого исходит нормативный акт, или в другой организации, осуществлявшей разработку этого акта по распоряжению первой или по ее заказу. Но такой орган или такая организация, осуществлявшие разработку материала, не могут быть автором. В соответствии с Авторским законом (ст. 4) автор - это «физическое лицо, творческим трудом которого создано произведение», юридическое лицо вообще не может быть автором.

Не может быть признано автором нормативного акта и лицо (лица), разрабатывавшее материал в такой организации. Если при разработке материала и появился объект авторского права и авторские права, то с утверждением документа как нормативного акта качества объекта авторского права утрачиваются. Статья 8 Авторского закона не предусматривает для этого правила никаких исключений, даже если текст разработан по инициативе индивидуального автора и документу придана нормативная сила без согласования с ним.

Действие авторского права распространяется на произведение, а не на способ его объективного выражения. Поэтому если материал охраняется авторским правом, не допускается любой способ его использования без разрешения правообладателя, в том числе любой способ его воспроизведения, включая его воспроизведение в электронной форме (такое воспроизведение может рассматриваться как разновидность его «издания» и «тиражирования»). Но если материал не охраняется авторским правом, в частности является официальным документом, то его перевод в другую, в том числе электронную, форму не порождает авторского права и не составляет нарушения несуществующего «авторского права».

Исключение документа из числа «официальных» и отнесение к авторским объективно влекло бы за собой ограничение возможности его использования, иначе говоря, ознакомления с ним лиц, которым он адресован. Это означало бы трудности с получением информации о правовых актах, которые осложняли бы их применение, что повлекло бы за собой не только юридические, но и политические последствия.

203

II. Объекты исключительных прав

Установление авторского права на нормативные материалы, в частности утвержденные ведомством, влекло бы закрепление исключительного права на использование таких материалов, в частности на их воспроизведение, распространение и т.п. Это означало бы, что право опубликования нормативного акта, его размножения и т.п., иначе говоря, право совершения действий, допускающих ознакомление с ним, принадлежит лишь разработчику этого акта (даже не утвердившему его органу), а это ограничивает возможности его применения. Такая система находилась бы в очевидном противоречии с другими правовыми нормами, определяющими порядок применения и опубликования нормативных актов. Именно необходимость устранения подобного противоречия и явилась одной из важных причин изъятия нормативных актов из-под действия авторского права.

Политический смысл изъятия нормативных актов из-под действия авторского права заключается в том, чтобы установить возможность широкого ознакомления с нормами права не только заинтересованных лиц, но и всех интересующихся. Без этого не может быть выполнена и юридическая задача - обеспечено реальное применение действующего законодательства и иных правовых актов.

В подавляющем большинстве случаев нормативные правовые акты не отвечают и юридическим признакам объекта авторского права, являясь результатом не индивидуальной (в том числе групповой), а коллективной интеллектуальной деятельности.

Текст, как только превращается в закон, перестает быть объектом авторского права.

Нормативный акт преследует публичные, официальные цели, даже если он относится к частному праву. Хорошо известно, что законодательство иногда предусматривает ограничение авторских прав. Но такие ограничения, когда те или иные авторские права продолжают действовать хотя бы в

известных пределах, нужно отграничивать от случаев, когда авторское право вообще не действует. Ограничения касаются уже опубликованных произведений, иначе могут оказаться необоснованно ущемленными законные интересы автора (см. п. 5 ст. 16 Авторского закона). А на официальные документы, в частности на нормативные акты, авторское право вообще не распространяется, независимо от их опубликования. При этом надо иметь в виду, что действующий Авторский закон говорит не только об «опубликовании», но и об «обнародовании» произведений. Эта терминология, анализ которой подлежит специальному рассмотрению, представляется ошибочной во многих отношениях, в частности она влечет за собой ущемление интересов авторов. Ее несостоятельность проявляется и при сопоставлении с законодатель-

204

Опубликование материалов, не охраняемых авторским правом  
ством о действии нормативных актов, которое в том же самом смысле говорит только об «опубликовании». Дифференцировать способы доведения материала до сведения третьих лиц можно и даже нужно, но в этом случае правильнее говорить о «первичном» и «вторичном» опубликовании.

Официальное опубликование нормативных актов

Непризнание нормативных актов объектами авторского права означает неприменимость предусматриваемого авторским правом порядка опубликования, для их публикации действуют вполне самостоятельные правила, которые вообще имеют не частноправовой, а публично-правовой характер. Нераспространение на нормативные акты норм авторского права об опубликовании произведений вовсе не означает, что не существует других правил об опубликовании таких материалов. Соответствующие нормы публично-правового характера относятся как к официальному, так и к неофициальному их опубликованию. Но система официального опубликования первична, она гораздо четче и подробнее регламентирована в нормативных актах и в большей мере определяет и порядок неофициального опубликования, поэтому она подлежит детальному рассмотрению первоначально.

Официальное опубликование служит прежде всего установлению подлинности текста акта (поэтому принято давать ссылку на официальную публикацию акта). Кроме того, оно, как правило, является необходимым условием вступления акта в силу, без опубликования он не приобретает силы нормативного акта. Правила официального опубликования нормативных актов - порядок опубликования, время и место опубликования, его последствия - достаточно подробно регламентированы. Регламентация неофициального опубликования в основном сводится к определению условий, при которых оно разрешается или не разрешается, остальное зависит от усмотрения публикатора.

Основные правила официального опубликования определены прежде всего в Конституции РФ, ст. 15 которой (ч. 3) предусматривает обязательность опубликования законов, устанавливая, что неопубликованные законы не подлежат применению. Там же установлено еще одно правило - любые нормативные правовые акты (т.е. не только законы, а все виды актов - начиная с международных договоров и кончая ведомственными актами), затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они официально опубликованы для всеобщего сведения. В число этих актов, во всяком случае безусловно, входят все те, которые устанавливают права, свободы и обязанности человека и гражданина, упоминаемые в гл. 2 «Права и

205

II. Объекты исключительных прав

свободы человека и гражданина» Конституции РФ (ст. 17-64). Такие акты до публикации вообще не могут считаться нормативными и действующими. Существование таких актов с ограниченным доступом - секретных или конфиденциальных - законом не предусматривается. Тем самым Конституция устанавливает и общий принцип.

Порядок официального опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания подробно специально регламентирован в Федеральном законе от 14 июня 1994 г. № 5-ФЗ.

Указ Президента РФ от 23 мая 1996 г. № 763 (с последующими изменениями) устанавливает порядок официального опубликования актов Президента РФ, Правительства РФ и федеральных органов исполнительной власти. Указ устанавливает, что эти акты (или отдельные их положения), за исключением содержащих сведения, составляющие государственную тайну (секретных) или сведения конфиденциального характера, тоже подлежат обязательному официальному опубликованию. То же относится к нормативным правовым актам федеральных органов



исполнительной власти, затрагивающим права, свободы и обязанности человека и гражданина, устанавливающим правовой статус организаций или имеющим межведомственный характер (п.8). Это значит, что практически все ведомственные акты, имеющие общее значение, должны быть официально опубликованы (за исключением актов межведомственного характера, содержащих сведения ограниченного доступа).<br />

Специальные детальные правила, относящиеся к нормативным правовым актам федеральных органов исполнительной власти, установлены Правилами подготовки таких актов и их государственной регистрации, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 13 августа 1997 г. № 1009. Эти правила, в частности, устанавливают, что такие акты могут направляться для исполнения только после их регистрации и официального опубликования (п. 19) - без этого они применяться не могут.<br />

Официально опубликованным считается текст законов, указов и актов правительства, помещенный в «Российской газете» и «Парламентской газете», а также в Собрании законодательства Российской Федерации. Местом официального опубликования актов федеральных органов исполнительной власти признается «Российская газета» и Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти (после их государственной регистрации в Министерстве юстиции РФ). Официальной публикацией для международных договоров РФ является их помещение в Собрании законодательства РФ, а также в<br />

206

Опубликование материалов, не охраняемых авторским правом<br />

Бюллетене международных договоров (ст. 30 Федерального закона от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах РФ»). Официальной публикацией всех названных актов является также их помещение в эталонный банк правовой информации «Система» и распространение через него в машиночитаемом виде (Указ Президента РФ от 5 апреля 1994 г. в ред. от 9 августа 1994 г. и п. 9 Указа Президента РФ от 23 мая 1996 г. в ред. от 13 августа 1998 г.). Однако этот последний вид официальной публикации имеет значение только для установления аутентичности текста, но не момента вступления акта в силу.<br />

Официально не опубликованные материалы (акты Президента РФ, акты Правительства РФ и ведомственные акты), как правило, не могут считаться нормативными актами, во всяком случае действующими, - кроме секретных и конфиденциальных. Последние вступают в силу независимо от их официального опубликования, если имеют пометку «секретно» или «для служебного пользования» (ДСП). Но если акт не имеет таких пометок и официально не опубликован в указанных выше печатных органах, он не вступил в силу и не может рассматриваться как нормативный.<br />

В связи с этим следует специально рассмотреть вопрос об актах секретных и конфиденциальных. Как уже отмечалось, существование секретных или конфиденциальных законов или отдельных их положений Конституция РФ не предусматривает. Существование же секретных и конфиденциальных актов Президента РФ, Правительства РФ и федеральных органов исполнительной власти (ведомственных актов) или отдельных их положений возможно, но это исключение, поэтому в каждом случае требуется специальная процедура.<br />

В соответствии с Федеральным законом от 20 февраля 1995 г. №24-ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации» (далее - Закон об информации) государственные информационные ресурсы, к которым относятся и нормативные акты, являются открытыми и общедоступными (ст. 10). Исключения составляют акты с ограниченным доступом, которые делятся на секретные и конфиденциальные.<br />

Режим секретности установлен Законом РФ от 21 июля 1993 г. «О государственной тайне» (с последующими изменениями, далее - Закон о государственной тайне). Режим конфиденциальности определен значительно менее детально: он устанавливается в порядке, закрепленном законодательством РФ. Эта родовая категория распадается на два вида - служебную тайну и коммерческую тайну.<br />

Существует перечень сведений, признаваемых секретными. Он ее держится в ст. 5 Закона о государственной тайне и в развернутом виде представлен в специальном Перечне сведений, отнесенных к государст-<br />

207

венной тайне, утвержденном Указом Президента РФ от 30 ноября 1995 г. № 1203 в редакции Указа от 24 января 1998 г. № 61. Закон устанавливает и органы уполномоченные относить конкретные сведения к секретным.

В отличие от этого перечня сведений, относимых к конфиденциальным, нет и, наверное, быть не может, ибо основания объявления конфиденциальности, факторы, побуждающие установить такую конфиденциальность, могут быть самыми разнообразными.

Это не исключает, что признание сведений служебной или коммерческой тайной возможно только при соблюдении условий, установленных законом, основные ИЗ НИХ - неизвестность третьим лицам, отсутствие свободного доступа и принятие мер к охране конфиденциальности (ст. 139 ГК РФ). Поэтому не может быть объявленными ни секретными, ни конфиденциальными данные, уже опубликованные для всеобщего сведения, доступные неопределенному кругу лиц. Категория коммерческой тайны к нормативным актам неприменима.

Перечень сведений конфиденциального характера, утвержденный Указом Президента РФ от 6 марта 1997 года №188, строго говоря, является не перечнем сведений, а перечнем сфер, к которым эти сведения могут относиться. Закон может установить только перечень сведений, которые не могут быть объявлены конфиденциальными. Указанный Перечень со ссылкой на Гражданский кодекс (имеется в виду ст. 139 ГК) выделяет служебную и коммерческую тайну. При отсутствии перечня сведений, которые могут БЫТЬ отнесены к конфиденциальным, важно определить хотя бы КРУГ ЛИЦ, уполномоченных на установление такой конфиденциальности, притом дифференцированно для служебной и коммерческой тайны.

Понятия служебной и коммерческой тайны во многом различаются. Служебная тайна Это отношение между организацией и ее работником по поводу сведений полученных в служебном порядке и относящихся к внутренней деятельности организации, ее результатам и ее внешним связям, когда Работник не вправе сообщать соответствующие сведения третьим лицам. Служебную тайну составляют сведения которые не должны разглашать работником в силу служебных отношений, в том числе в силу обязанностей, имеющих трудовой или административно-правовой характер. ПОПЫТКА раскрыть понятие и Режим служебной информации применительно к специальной сфере предпринята в Федеральном законе от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» (ст. 31-33)

Объявлять какие-то сведения служебной тайной может лицо, выступающее в качестве носителя властных полномочий, уполномоченное

208

Опубликование материалов, не охраняемых авторским правом

в служебном качестве на установление обязанностей работников организации сохранять и секрете какие-то сведения, основания установления тайны определяет именно это лицо, никакими заранее определенными критериями оно не связано. Но такое право предоставлено не всем из них. Перечень категорий лиц, уполномоченных устанавливать служебную тайну и несущих ответственность за правильность и обоснованность совершаемых ими действий, устанавливает руководитель федерального органа исполнительной власти (в частных структурах этого ограничения нет). На соответствующих материалах проставляется гриф «для служебного пользования», необходимость помещения этого обозначения определяется должностным лицом, подписывающим или утверждающим соответствующее решение. За разглашение содержащейся в акте информации работник организации, оповещенный о необходимости соблюдения служебной тайны, может быть привлечен к дисциплинарной ответственности, хотя бы на материале отсутствовало обозначение о конфиденциальности. Отношения по служебной тайне - это властное служебное отношение между организацией и ее работником.

Нормативный акт может быть объявлен служебной тайной.

Коммерческая тайна имеет другую природу. Коммерческая тайна - это отношение между обладателем сведений, имеющих коммерческое значение, и контрагентом этого обладателя по договору, которому переданы эти сведения для использования, когда такой контрагент обязуется не передавать эти сведения третьим лицам. Коммерческая тайна также включает обязанность всех третьих лиц воздерживаться от попыток несанкционированного получения сведений, когда их обладатель осуществляет меры по сохранению их конфиденциальности.

Признаков объекта коммерческой тайны, которую упоминает не только ст. 139 ГК РФ, но и другие акты, например ст. 10 Закона РСФСР от 22 марта 1991 г. «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», закон не содержит. Но о характере сведений, относимых к коммерческой тайне, дают представление примерные перечни, содержащиеся еще в некоторых законах. В их состав входят не только сведения об объектах, которые можно непосредственно ввести в товарный экономический оборот (продать и т.п.) или о

действиях, с помощью которых можно создать такие объекты, но и сведения о фактических обстоятельствах, знание которых имеет коммерческое значение.<br />

Как видно из п. 2 ст. 32 Федерального закона от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» и п. 7 ст. 19 Федерального закона от 11 августа 1995 г. № 135-ФЗ «О благотворительной деятельности»<br />

209

II. Объекты исключительных прав<br />

ности и благотворительных организациях», в понятие коммерческой тайны в принципе входят сведения о размере и структуре доходов организации, о составе и размерах имущества, о ее расходах, численности и составе работников, об оплате их труда, об использовании безвозмездного труда граждан в ее деятельности (о привлечении добровольцев). Некоторые другие данные тоже могут входить в состав коммерческой тайны (состав контрагентов, условия договорных отношений с ними, финансовое состояние и т.п.), хотя они и не могут быть включены в состав сведений о приемах деятельности (производственных, организационных и т.п.) или/и об используемых для ее осуществления орудиях такой деятельности, полученных с ее помощью результатах, непосредственно выходящих на рынок. Таким образом, понятие «коммерческая тайна» находится в совершенно другой плоскости, чем «служебная», основанием для отнесения к которой являются служебные отношения.<br />

Сторонами отношений по коммерческой тайне являются организации, субъекты гражданского права. Одной стороной отношений выступает любое лицо, располагающее сведениями коммерческого характера, а второй - другая организация, участвующая в экономическом обороте, тоже субъект гражданского права. Поэтому категория коммерческой тайны имеет гражданско-правовой, чаще всего даже договорный, характер. Несоблюдение коммерческой тайны влечет за собой имущественную, гражданско-правовую ответственность нарушителя.<br />

Перечень сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну, определен постановлением Правительства РСФСР от 5 декабря 1991 г. №35.<br />

Коммерческую тайну устанавливает лицо, имеющее статус органа субъекта гражданского права, вступающего или рассчитывающего вступить в отношения с третьими лицами по поводу этих сведений. Обычно это лицо стоит во главе организации и имеет властные полномочия в отношении ее сотрудников. Круг таких руководителей никак правовыми актами не ограничен, это может быть орган любого субъекта гражданского права, уполномоченный выступать от имени юридического лица. Если сведения объявлены коммерческой тайной, на соответствующих материалах (притом на всех экземплярах) должна быть сделана пометка «конфиденциально» или аналогичная.<br />

Коммерческая тайна рассчитана на отдельные операции по экономическому обороту, которые, хотя и могут быть совершены неоднократно в связи с нематериальным характером объекта, имеют дискретный характер. Поэтому к нормативным актам эта категория неприменима, они не могут иметь и обозначения «коммерческая тайна» или аналогичного грифа, А служебная тайна может относиться как к отдельным<br />

210

Опубликование материалов, не охраняемых авторским правом<br />

операциям, так и к общему режиму, поэтому на нормативные акты действие служебной тайны вполне может распространяться. Это упрощает ситуацию для нормативных актов, сфера действия конфиденциальности для них сокращается, проблема коммерческой тайны для них выпадает.<br />

Служебная и коммерческая тайна - это разные категории, но они могут и даже должны совмещаться или пересекаться. Условием коммерческой тайны является конфиденциальность соответствующих сведений и даже принятие мер к их неразглашению, Поэтому необходимо, чтобы работники организации, обладающей коммерческой тайной, не разглашали этих сведений, значит, они должны соблюдать служебную тайну (здесь есть некоторое несовпадение лиц, которые могут относить сведения к коммерческой и служебной тайне), служебная тайна есть одно из условий коммерческой тайны. Орган юридического лица, отнесший сведения к коммерческой тайне, уже в качестве руководителя организации устанавливает обязанность своих работников не разглашать эти сведения - уже в качестве служебной тайны, В этом случае для работников это будет служебная тайна, а для третьих лиц, участвующих в гражданском обороте, - коммерческая тайна. Первые за нарушение тайны будут нести дисциплинарную ответственность, а вторые - имущественную, гражданско-правовую. Поэтому использование широкого обозначения, охватывающего как служебную, так и коммерческую тайну и адресованного как собственным работникам, так и контрагентам или

эventуальным контрагентам по гражданско-правовым отношениям- «конфиденциальность», - оказывается оправданным и по существу.<br />

Но объединяют эти категории не только возможность (а может, и необходимость) их совмещения, но и основания, по которым служебная и коммерческая тайны могут быть оспорены или с их обозначением можно не считаться. Конфиденциальность можно оспорить только по двум основаниям - если закон прямо запрещает объявлять данный вид материалов служебной или коммерческой тайной и при несоблюдении требований ст. 139 ГК РФ - неизвестность соответствующих сведений третьим лицам, отсутствие к ним свободного доступа на законном основании и принятие обладателем информации мер по охране ее конфиденциальности. Есть еще одно основание - отсутствие специальной отметки на всех экземплярах материалов, - которое освобождает контрагентов обладателя тайны, и особенно третьих лиц, от гражданско-правовой ответственности за несоблюдение конфиденциальности, з\* разглашение сведений и их неправомерное использование.<br />

Пункт 2 ст. 24 Закона об информации предусматривает судебное рассмотрение споров о необоснованном отнесении информации к кате-<br />

211

II. Объекты исключительных прав<br />

гории «с ограниченным доступом» (вопрос о реалистичности этого правила для секретной информации оставляем в стороне). Разумеется, есть и другой путь - просто не считаться с ограничительными надписями на документе и возбуждать судебное дело о неправильном отнесении информации к этой категории после того, как лица, не соблюдающие установленный надписью режим, привлечены к ответственности. Но этот второй путь не может быть признан достаточно надежным, ибо уверенность в правильности возражений предполагаемого нарушителя создает только предварительное судебное решение. Более или менее четким аргументом служит только одно основание - известность соответствующей информации неопределенному кругу лиц из опубликованных, общеизвестных источников. Но и тогда может остаться открытым вопрос об идентичности сравниваемых материалов.<br />

А коммерческая ценность информации, действительная или потенциальная, не является основанием для отказа в признании информации коммерческой тайной. Для служебной тайны коммерческая ценность не необходима по определению, а для коммерческой тайны ее оценка относится к исключительной компетенции лица, несущего затраты по ее установлению. И Закон (редакция которого, может быть, не совершенна) имеет в виду лишь указание на то, что коммерческая ценность, когда она есть, производна от неизвестности сведений третьим лицам.<br />

Итак, официальный материал может считаться нормативным актом, если он опубликован или (кроме закона) объявлен актом с ограниченным доступом (содержащим государственную или служебную тайну) и на нем помещена соответствующая надпись (секретно или для служебного пользования). Нормативный акт не может быть объявлен коммерческой тайной - для нормативных актов эта категория не должна учитываться. Факт отнесения нормативного акта к материалам с ограниченным доступом имеет значение при решении вопроса о его неофициальной публикации. При отсутствии ограничительной надписи законно полученный материал может воспроизводиться свободно, но как официальный документ, а не как нормативный акт. Во избежание дезинформации потребителей должно быть указано, что его официальное опубликование не производилось.<br />

Неофициальное опубликование нормативных актов<br />

Опубликование нормативных актов имеет конечной целью обеспечение правопорядка и законности в обществе. Для этого необходим доступ к ним всех субъектов права, правоприменителей. Это задача политическая, к решению которой должен быть приспособлен правовой механизм. Этой задаче подчинена и ст. 8 Авторского закона, изымающая<br />

212

Опубликование материалов, не охраняемых авторским правом<br />

нормативные акты из-под действия авторского права. Для ее полноценного выполнения официального опубликования нормативных актов недостаточно. Нужно еще и неофициальное опубликование, отвечающее запросам определенных групп потребителей, которое включает издание отдельных актов, тематических сборников, содержащих как полные акты, так и извлечения из них, базы данных и т.п. Естественно, что такие неофициальные публикации должны отвечать определенным требованиям, необходимо обеспечить соответствие включенных в них текстов последней (на момент неофициальной публикации) редакции нормативного акта, привести точное его наименование, дату принятия акта и его действующей редакции, указание места официального

опубликования и т.д. К сожалению, действующее законодательство не содержит перечень требований, предъявляемых к вторичному (неофициальному) опубликованию нормативных актов, равно как и санкций за их нарушение, впрочем, кое-какие правила можно применить по аналогии.<br />

Правила неофициального опубликования официальных документов, в том числе нормативных актов, имеют публично-правовой характер, нормы гражданского (частного) права вообще и авторского права в частности в этом случае не применимы. Но неофициальное опубликование нормативных актов имеет свою специфику. Ввиду его огромного общественного значения основные принципы тоже специально, и по многим вопросам подробно, установлены законом. В большинстве слу- (чаев действуют правила, установленные для информации. Но есть во-<br />

просы, подлежащие выяснению именно для нормативных актов: о допустимости их неофициального опубликования, об условиях такого опубликования (если оно допустимо) и о требованиях, к нему предъявляемых. Доступ к официально опубликованным нормативным актам, и да-<br />

[ же не опубликованным, но не составляющим государственную или служебную тайну, ничем и нигде не ограничен и является вполне свободным.<br />

Статья 29 Конституции РФ устанавливает общий принцип: «Каждый имеет право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом (курсив мой, - В.Д.). Перечень сведений, составляющих государственную тайну, определяется федеральным законом» (ч. 4). Это правило полностью распространяется и на нормативные акты. Их свободное распространение означает возможность опубликования таких актов без чье-либо разрешения и безвозмездно. Конституционный принцип детализирован и развит в Законе об информации, который в ст. 6 устанавливает, что информационные ре-<br />

213

// . Объекты исключительных прав<br />

ресурсы могут быть государственными и негосударственными. Государственные информационные ресурсы РФ (нормативные акты относятся именно к ним) являются открытыми и общедоступными (ст. 10), и это даже никак не связывается с их предварительной официальной публикацией.

Исключение составляет документированная информация, отнесенная Законом к категориям секретной и конфиденциальной. Более того, ст. 12 того же Закона устанавливает, что информация, полученная на законных основаниях, может быть использована для создания производной информации в целях ее коммерческого распространения - но только с обязательной ссылкой на источник информации.<br />

Никакого разрешения на воспроизведение и распространение законно полученных открытых нормативных актов ни от кого получать не требуется. Текст акта может воспроизводиться полностью или даже в извлечениях, но последнее обстоятельство должно быть специально обозначено, чтобы не вызвать у потребителя неправильных представлений.<br />

Необходимым условием свободного использования текстов нормативных документов, их воспроизведения, размножения, распространения, создания баз данных и т.п. является их правомерное (на законных основаниях) получение. К числу таких правомерных источников получения, безусловно, относится использование официальных публикаций, покупка печатных изданий, в которых такие материалы уже опубликованы, получение этих материалов по информационным каналам у органов, от которых они исходят, и вообще получение этих материалов у любых лиц, правомерно ими располагающих не на конфиденциальной основе, которая не предполагается, а должна быть специально прямо оговорена. Размножение, распространение и т.п. таких материалов может производиться вполне свободно и без каких-либо ограничений.<br />

Ограничения неофициального опубликования нормативных актов возможны только в случаях, прямо предусмотренных законом. Официальное опубликование исключает такие ограничения, они оказались бы бессмысленными.<br />

При всяком правомерном получении материала, даже неопубликованного, его неофициальное опубликование свободно. Правда, в этом случае такой материал, хотя бы он и относился к официальным документам, еще не являлся бы вступившим в силу нормативным актом. Для того чтобы официально неопубликованный материал имел силу нормативного акта, доступ к нему должен быть ограничен, он должен быть отнесен к секретным или к конфиденциальным - для служебного пользования, в этом случае неофициальное опубликование тоже исключено.<br />

Режим секретности в достаточной мере определенно установлен Законом о государственной тайне. Режим конфиденциальности опреде-<br />

214

Опубликование материалов, не охраняемых авторским правом

лен значительно менее детально - он устанавливается в порядке, закрепленном законодательством РФ (п. 5 ст. 10 Закона об информации).

Как уже отмечалось, рассмотрению подлежит лишь одна разновидность конфиденциальной информации, составляющая служебную, но не коммерческую тайну. Точно так же не подлежат здесь рассмотрению и остальные виды конфиденциальной информации: тайна персональных данных о личности гражданина, профессиональная тайна, тайна следствия и судопроизводства и тайна о сущности изобретения, полезной модели и промышленного образца, которые должны охраняться независимо от того, являются ли они служебной или коммерческой тайной.

Возможность неофициального опубликования официально не опубликованных документов зависит от их содержания и некоторых дополнительных факторов, при этом естественно некоторые различия для документов, подлежащих признанию секретными или конфиденциальными.

Естественно, что документы, содержащие государственную или служебную тайну и надлежащим образом оформленные (на которых помещен гриф «секретно» или «для служебного пользования»), не могут быть никак опубликованы, в том числе неофициально. Опубликование возможно только при снятии с них ограничительных грифов.

Если нормативный акт, не опубликованный официально, содержит сведения, включенные в Перечень сведений, составляющих государственную тайну (Указ Президента РФ от 30 ноября 1995 г. № 1203 в ред. Указа от 24 января 1998 г. № 61), но на нем не помещен гриф секретности, для его неофициального опубликования необходимо запросить должностное лицо, уполномоченное засекречивать соответствующие сведения, о возможности опубликования акта.

Иначе обстоит дело со сведениями, которые могли бы составить служебную тайну (как уже отмечалось, заранее установленного перечня таких сведений не существует). Пометка «для служебного пользования» имеет особое значение. Это обозначение, адресованное третьим лицам (работники организации могут быть просто оповещены о служебной тайне) и помещенное на всех экземплярах документа, делает его опубликование неправомерным. Несоблюдение этого правила может быть квалифицировано как правонарушение и должно влечь за собой дисциплинарную ответственность лиц, допустивших опубликование (сейчас этот вопрос не урегулирован). Но при отсутствии такого обозначения, хотя бы на некоторых экземплярах, все ограничения отпадают, действует общий принцип свободы опубликования. Важно только, чтобы такой материал попал к публикатору законным путем.

Таким образом, неофициальное опубликование нормативных актов может осуществляться вполне свободно, никакого специального разре-

215

II. Объекты исключительных прав

шения каких-либо органов или должностных лиц при этом не требуется. Исключение установлено только для документов с ограниченным доступом - секретных и для служебного пользования, - опубликование которых не допускается вообще. Для их опубликования требуется не специальное разрешение, а снятие режима ограниченного доступа (грифа секретности или служебного пользования), последнее нужно отличать от получения «разрешения». «Разрешение» никогда не является основанием для опубликования нормативного акта, даже неофициального.

Объявление конфиденциальными уже известных материалов, в том числе официально опубликованных нормативных актов, исключается в силу ст. 139 ГК РФ.

К вопросу о допустимости неофициального опубликования нормативных актов примыкает другой - о его условиях, прежде всего о взимании с публикатора платы за такое опубликование.

Если никакого разрешения на опубликование ни от кого получать не надо, оплата должна и даже может производиться только в случаях, прямо предусмотренных законом, подобно тому как только закон может предусматривать выплату гонорара за использование произведения без согласия автора (правообладателя). В законе в этом случае надо определить основания выплаты вознаграждения, его размер, лицо, имеющее право на его получение, и т.п. В настоящее время такого закона нет.

Напротив, ч. 4 ст. 29 Конституции РФ предусматривает право каждого лица свободно распространять информацию. Эта формула означает не только отсутствие ограничений, но и безвозмездность при проведении этой работы.

Как уже отмечалось, неофициальное опубликование нормативных актов осуществляется по правилам публичного права, которому институт «вознаграждения» вообще неизвестен; его выплата присуща только частному праву. Уже одно это говорит против системы вознаграждения в рассматриваемом случае. Платежи в публичном праве представлены системой государственных

налогов, пошлин и иных сборов, которые предусматриваются специальным законодательством и имеют совершенно иной характер, чем вознаграждение в коммерческом отношении. Налоги, пошлины и сборы взимает государство как таковое, как носитель публичной власти. В отношении нормативных актов государство выступает именно в таком качестве.<br />

Положение мало менялось бы, даже если считать подлежащие выплате суммы гражданско-правовым вознаграждением. Право на такое вознаграждение имеет субъект гражданского права, его основанием является принадлежащее этому субъекту абсолютное гражданское право,<br />

216

Опубликование материалов, не охраняемых авторским правом<br />

которое подлежит прямому закреплению в законе. В данном случае закон такого указания не содержит, напротив, он прямо выводит нормативные акты из-под действия авторского права.<br />

Субъектом, от которого исходит нормативный акт, является государство. Однако если оно как таковое не может претендовать на «вознаграждение» за распространение акта другим лицом, то право на такого рода суммы в соответствии с Бюджетным кодексом не может закрепляться и за органом, утвердившим этот акт.<br />

Точно так же не может претендовать на такое вознаграждение и лицо, осуществлявшее подготовку проекта нормативного акта (если проект разрабатывался им на основании гражданско-правового договора или поручения вышестоящего органа). Разработчик, который готовил лишь проект, состоит во взаимоотношениях только со своим контрагентом, утвердившим акт и выпустившим его в обращение, но не с третьими лицами, которым он адресован.<br />

Итак, для взимания вознаграждения за неофициальное (чаще всего вторичное) опубликование нормативных актов закон не предусматривает каких-либо оснований, нет и субъектов, которые могли бы убедительно претендовать на его получение.<br />

Пункт 4 ст. 13 Закона об информации предусматривает существование информационных услуг, предоставляемых пользователям из государственных информационных ресурсов за плату (более того, перечень услуг, предоставляемых бесплатно или за плату, не возмещающую в полной мере расходы на их оказание, устанавливает Правительство). Однако закон говорит о вознаграждении именно за предоставление услуг, которые в соответствии со ст. 779 ГК РФ заключаются в совершении определенных действий или осуществлении определенной деятельности. Ясно, что при неофициальном опубликовании уже официально опубликованных материалов такого рода услуги не необходимы, не обязательно их оказание и в других случаях, когда официально не опубликованные материалы стали законно доступными на иных законных основаниях. Поэтому п. 4 ст. 13 в этих случаях не применим. Если же информационные услуги реально оказывались (например, подборка соответствующих нормативных актов), то именно такие услуги подлежат оплате, которая должна производиться владельцам информационных ресурсов, обеспечивающим потребителей информацией (п. 2 ст. 12 Закона об информации), но такая оплата не относится к распространению самих нормативных актов.<br />

Наконец, о требованиях, которым должно отвечать неофициальное опубликование. К сожалению, действующее законодательство не содержит полного перечня требований, предъявляемых к неофициальному<br />

217

II. Объекты исключительных прав<br />

(вторичному и производному) опубликованию нормативных актов, впрочем, кое-какие правила можно применить по аналогии, следует учесть и сложившуюся практику.<br />

Прежде всего неофициальная публикация должна быть достоверной, неточное воспроизведение текста акта не может допускаться. Ограничение публикации нормативных актов может преследовать разные цели, например намерение может заключаться в том, чтобы не допустить искажения документа (никакого отношения к авторскому праву такой запрет не имеет). Публикатор несет ответственность за достоверность воспроизводимого им текста (ст. 24 Закона об информации).

Публикуемый материал должен соответствовать последней (на момент неофициальной публикации) редакции нормативного акта. Если акт публикуется в извлечениях, это обстоятельство должно быть отмечено в публикации. Точно должны быть обозначены реквизиты, индивидуализирующие акт: наименование, дата принятия акта и его действующей редакции, место официального опубликования или во всяком случае источник информации (п. 2 ст. 12 Закона об информации) и т.д. Санкций за нарушение требований, предъявляемых к неофициальному опубликованию нормативных актов, действующее законодательство, к сожалению, не содержит.<br />

О допустимости отнесения информации к объектам права собственности<br />

Механизм публичного права для получения вознаграждения за неофициальное опубликование и распространение нормативных материалов совершенно непригоден, это очевидно. Поэтому попытки использовать механизм частного права приобретают другое направление. Если система исключительных прав, приспособленная к нематериальным результатам интеллектуальной деятельности (а нормативные акты относятся именно к той группе объектов), прямо исключена законом, попытки сосредоточиваются на другом направлении. Очень соблазнительной и привлекательной на первый взгляд может выглядеть идея использовать вместо авторского права другое абсолютное право, которое необходимо для возникновения права на вознаграждение от третьих лиц, традиционное и значительно более древнее - право собственности, тоже относящееся к частному праву, тем более что авторское право также иногда именуют «собственностью», хотя и «интеллектуальной». Может показаться удобным использовать категорию «собственность» как прикрытие, «забыв» при этом, что речь идет о совершенно другой юридической категории, обозначаемой веками известным термином «собст-

218

Опубликование материалов, не охраняемых авторским правом

венность», условность употребления которого в данном случае выражается как раз в добавлении к нему прилагательного «интеллектуальная».

Недоразумения с правом собственности в значительной степени вызваны неправильным переводом. Как известно, по-английски права на результаты интеллектуальной деятельности традиционно именуют «intellectual property». Но элементарные правила перевода заключаются в том, чтобы переводить не по отдельным словам (которые, кстати, могут быть многозначными), а по смыслу всего контекста. В данном случае «property» означает не «собственность», а более широкую категорию - «имущество», как и в ряде других случаев (например «intangible property» надо переводить не как «бестелесная собственность», а как «бестелесное имущество»). Для права собственности в английском языке есть другой, однозначный и более узкий термин - «ownership». Поэтому более приемлем дословный перевод «intellectual property» как «интеллектуальное имущество», хотя с точки зрения принятой в русском языке юридической терминологии он тоже неудачен. Выражение же «интеллектуальная собственность» не только влечет за собой недоразумения, но неправильно даже как перевод.

Любое абсолютное право принадлежит «исключительно» его обладателю, но это еще не превращает любое абсолютное право в «исключительное право». Последнее - условный термин, обозначающий только часть абсолютных прав и даже включающий права, которые выходят за рамки классических абсолютных прав, - то, что можно назвать «квазиабсолютными правами».

Право собственности традиционно относится только к материальным вещам, ограниченным в пространстве, оно не может распространяться на нематериальные результаты интеллектуальной деятельности. Соответственно юридическое содержание правомочий собственника не распространяется на нематериальные объекты. Наиболее очевидно это для правомочия владения, но относится и к другим правомочиям (пользованию и распоряжению). Нематериальным результатом можно только обладать, но не владеть, - это другое по содержанию правомочие. Владение - это физическое господство над вещью - материальным объектом, ограниченным в пространстве, которым может располагать только одно лицо. А обладание есть фактический доступ к нематериальному объекту, который могут иметь несколько лиц одновременно.

Объект, не ограниченный в пространстве, может одновременно использоваться неограниченным кругом лиц. Поэтому распоряжение им допускает не только передачу права, но и его предоставление, притом даже в виде выдачи разрешения на использование, сразу и одновременно нескольким лицам (выдачу лицензии, притом разных видов).

219

II. Объекты исключительных прав

И эксплуатация права имеет другой характер: это не пользование, а использование, когда за пользователем, не извлекающим полезные свойства вещи, стоит еще и потребитель, для удовлетворения потребностей которого произведение и предназначено. Другой характер натуральных свойств объекта требует отличающихся правомочий. Иначе осуществляется и защита прав (невозможна владельческая защита - виндикация) и т.д.

Точно так же различается действие права собственности и исключительных прав. Право собственности юридически бессрочно, с учетом фактических коррективов, вносимых существованием физической амортизации. А авторское право, объект которого нематериален и не подвержен физической амортизации, имеет срочный характер.



Два вида прав - право собственности и исключительные права (может быть, в современных условиях удачнее был бы термин «интеллектуальные права», но никак не «интеллектуальная собственность») - различаются по всем позициям последовательно, попытка подстановки одного института на место другого совершенно некорректна. Использование термина «интеллектуальная собственность» условно, оно обосновано постольку, поскольку исключительное право выполняет в отношении результата интеллектуальной деятельности ту же экономическую функцию, что и право собственности в отношении материальных вещей (закрепление монополии, абсолютного права). Более того, оно выполняет ту же политическую функцию, закрепляя права человека и гражданина на результаты деятельности, в которых проявляется его личность. Поэтому использование термина вполне обоснованно в политических актах (см., например, ст. 44 Конституции РФ), но в актах гражданского права, направленных на определение прав и обязанностей, во избежание недоразумений лучше его избегать, во всяком случае нужно иметь в виду его условность. Действующее законодательство различает права на сами сведения и права на их материальные носители. Закон об информации говорит о праве собственности на информационные ресурсы (см., например, ст. 6), под которыми он понимает «отдельные документы и массивы документов» (ст. 2, см. также ст. 4 и др.), т.е. конкретные материальные носители информации, а не саму информацию. Такие носители действительно могут быть объектами права собственности. О необходимости различать право на информацию и право на информационные ресурсы говорит ст. 18, устанавливающая, что «право авторства и право собственности на информационные системы, технологии и средства их обеспечения могут принадлежать разным лицам». Правда, терминология и формулировки, использованные в этой статье и во всем Законе, остав-

220

РШЩЩ

Опубликование материалов, не охраняемых авторским правом

люют желать лучшего (видимо, их недостатки объясняются тем, что опыт регламентации информационных отношений еще не накопился).

Отношение к терминологии не могут изменить и законы, принятые на более ранней стадии, когда опыт регламентации информационных отношений еще не накопился и использовалась совершенно неприемлемая терминология. Так, ст. 10 Закона о государственной тайне говорит еще о «собственнике информации» (абз. 3), но эту формулировку следует понимать как условную, тем более что позднее принятый акт, специально посвященный информационным отношениям, уже не рассматривает саму информацию как объект права собственности в точном смысле. Поэтому все попытки ведомственных актов рассматривать информацию как объект права собственности надо рассматривать как противоречащие закону.

К числу таких актов относится, например, постановление Госстроя РФ от 23 декабря 1997 г. №18-72, которое предусматривает (подп. 6 и 8) ограничение права третьих лиц осуществлять тиражирование и продажу печатной продукции, содержащей нормативные, методические и типовые проектные документы, утвержденные (одобренные) Госстроем России и «являющиеся собственностью Госстроя России». Указание в подзаконных актах о закреплении права собственности на официальные документы не имеет правовой силы как направленное на обход нормы закона об изъятии этих документов из-под действия авторского права и потому противоречащее закону, оно не должно приниматься во внимание.

Официальные документы Госстроя не могут быть объявлены его «собственностью» - ни формально, ни по существу. Ведомство не может вводить охрану абсолютным правом объекта, который прямо ис-; ключей законом из такой охраны. Более того, ведомство вообще не вправе само определять основания возникновения абсолютных прав (таких, например, как право собственности), они могут устанавливаться ; только законом.

Здесь, видимо, нет смысла специально обсуждать последствия ошибочного использования юридических категорий в приказе Госстроя. Госстрой вообще не может быть «собственником» каких-либо объектов, . им является только государство. Госстрой может осуществлять контроль за продажей печатной продукции (соответствующих книг, брошюр и т.п.) как материальных объектов. Но это право надо отличать от ) исключительных прав на нематериальный результат интеллектуальной \ деятельности, зафиксированных на материальных носителях (подобно \ тому, как право на стихотворение надо отличать от права на книгу, в ( которой оно напечатано).

Исключительное (в данном случае авторское)

221

II. Объекты исключительных прав

право на нормативный акт как нематериальный объект за ведомством вообще и за Госстроем в частности не может быть закреплено.<br />

Аналогичные недостатки содержит и Положение о федеральном фонде нормативной, методической и типовой проектной документации для строительства, эксплуатации зданий и сооружений и жилищно-коммунального хозяйства, утвержденное тем же постановлением.<br />

Неосновательно и утверждение о том, что существующая практика «приносит реальный финансовый ущерб коммерческой организации», осуществляющей разработку документов «за счет собственных средств». Это видно из некоторых ведомственных актов. Так, в соответствии с названным постановлением Госстроя № 18-72 осуществляется «возмещение расходов на разработку указанной документации» на договорной основе, а Положение, утвержденное тем же постановлением, предусматривает, что условия реализации соответствующих изданий должны включать компенсацию затрат, связанных с разработкой и т.п. такой документации. Коммерческие интересы организаций, осуществляющих разработку нормативных актов, ставятся тем самым в определенные рамки. Это - специфика, с которой необходимо считаться.<br />

То же относится и к стандартам, являющимся ничем иным, как нормативными актами. С этой точки зрения следует обратить внимание на формулировки Закона РФ от 10 июня 1993 г. «О стандартизации». Он закрепляет за государственными органами управления исключительное право только «официального», но не всякого опубликования государственных стандартов (п. 4 ст. 10) и относит к источникам финансирования работ по государственной стандартизации только средства «от реализации изданных (переизданных) государственных стандартов» (п. 2 ст. 15), т.е. от реализации изданий, являющихся материальными носителями нормативного акта, а не от самого нормативного акта, «реализация» которого не предусматривается. Эту систему отношений можно было бы использовать для общего правила.<br />

За попытками разработчиков «официальных документов» закрепить за собой авторское право на нормативный акт стоит стремление получать доходы дополнительно к оплате разработки в общем порядке (помимо обычных средств, уплачиваемых за разработку нормативных актов в виде заработной платы, вознаграждения по гражданско-правовому договору и т.п.). В рассматриваемом случае коммерческие интересы организаций ставятся на первый план, цель уйти от каких бы то ни было ограничений ради таких интересов преследуется совершенно неприкрыто.<br />

Требования ведомств и учреждений, разрабатывавших нормативные документы, о получении у них разрешений и даже о выплате им вознаграждения за опубликование нормативных документов, нередко

222

Опубликование материалов, не охраняемых авторским правом-----<br />

предъявляемые к организациям, специализирующимся на такого рода деятельности, совершенно неосновательны юридически и по существу. Тексты нормативных документов, разрабатываемые сотрудниками таких учреждений, не являются объектами авторского права и не охраняются авторским правом. Утверждение, что «исключительное право на их использование» принадлежит этим учреждениям, а потому использование «его» разработок является нарушением законодательства об интеллектуальной собственности, противоречит закону.<br />

Но требование о получении разрешения на публикацию нормативных актов и даже о выплате за нее вознаграждения выражает и некоторые политические принципы, оно влечет за собой ограничение возможности ознакомления и применения действующих нормативных актов, а значит, препятствует и обеспечению законности. В связи с нормотворческой деятельностью удовлетворение коммерческих интересов организаций естественно поставить в определенные рамки. Установки на неограниченную коммерческую ориентацию законопроектной деятельности не основаны на законе и не заслуживают поддержки.<br />

Вывод заключается в том, что ни право собственности, ни какие-либо другие институты частного права, кроме относящихся к исключительным правам, не приспособлены для установления правового режима результатов интеллектуальной деятельности. Порядок использования произведений и других аналогичных материалов, являющихся результатом интеллектуальной деятельности, включая их опубликование, может составить содержание только авторского права. И если закон прямо исключает применение исключительного права, использование материала производится на основе норм публичного права, которое не предусматривает его коммерческую эксплуатацию. Это в полной мере относится к нормативным актам.<br />

Печ. по: Юридический мир. 2000. № 12. С 15-20; 2001 № 1 С. 12-19; № 2. С. 17-23.

## II. Объекты исключительных прав

### **Информация как объект исключительного права**

В настоящее время информация играет все большую роль в обществе, в ней появилась огромная потребность в сфере производства, науки и культуры. Вместе с тем созданы и новые возможности для ее качественного развития на базе новейших достижений техники (ЭВМ, телекоммуникаций и т.п.), возникла новая отрасль экономики - информационная индустрия. Современные информационные отношения существенно отличаются от тех отношений по передаче информации, которые существовали раньше. Возникла необходимость в создании для них адекватной правовой базы.

Информация представляет собой сведения, сообщаемые одним лицом другому, о ней можно говорить и как о процессе сообщения этих сведений. Информация существовала всегда. Но основные принципы ее организации на протяжении истории не могли остаться неизменными. Более того, они различались и различаются для разных видов информации.

Разные принципы лежат в основе организации информации, когда задача заключается в поиске и предоставлении общедоступных (например, опубликованных) и необщедоступных данных, при выполнении задания конкретными лицами и при подготовке материалов для средств массовой информации, т.е. для неопределенного круга лиц. По-разному организуются отношения по поводу научной, технической, коммерческой, общественно-политической информации. Существует множество типов организации информационных отношений.

Однако в последнее время происходит формирование еще одной, новой, информационной системы, которую нередко ошибочно терминологически отождествляют с «информацией» вообще. В широком смысле под «информацией» можно понимать всякие сведения, передаваемые на любых началах. Сюда попадает, в частности, и передача сведений, относящихся к сфере производства, составляющая лишь предпосылку практического использования и не имеющая самостоятельного значения. Под такое широкое понятие информации подпадут и сведения, представляющие ценность не как таковые, а в связи с их практическим применением, когда сообщение сведений имеет подчиненное или во всяком случае совмещенное значение - и передача данных, и их практическое использование. Подход к такому широкому понятию информации стал теперь меняться.

224

### Информация как объект исключительного права

Процесс развития, разделения труда привел в какой-то части к необходимости обособления этих в прошлом функционально совмещенных задач - информации и использования. Возникла потребность в обособленной информации как таковой. Разумеется, задача использования этой информации осталась, но это уже следующий, отдельный, а не совмещенный с ее передачей этап. Процесс информации и ее использование обособились друг от друга. Возникла потребность в информации как таковой.

Из всей массы информационных отношений выделилась группа, отличающаяся несколькими основными чертами. Во-первых, объектом являются сведения, информация как таковая, в обособленном виде. Во-вторых, они представляют собой особый товар, передаваемый другим лицам через рынок, как объект экономического оборота, и в этом качестве имеющий коммерческую ценность. В-третьих, сведения должны быть необщедоступными, иначе отсутствовал бы объект передачи, объектом были бы не сведения, а их использование. Поиск и предоставление общедоступных (например, опубликованных) единичных данных осуществляется на другой, подрядного типа, базе, в частности на основе возмездного оказания услуг (см., например, п. 2 ст. 779 ПС РФ). Подборки материалов, даже опубликованных, могут относиться к числу необщедоступных. Для обособленной информации требуется особая система регламентации, совершенно новая правовая база. Необходимым условием пуска объекта в экономический оборот является закрепление на него абсолютного права. Поскольку сведения представляют собой нематериальное знание, на них закрепляются права, относимые к числу исключительных. Но это не традиционные, а достаточно своеобразные исключительные права, и на их базе строится совершенно особый правовой режим. Именно этой ограниченной, хотя и чрезвычайно важной, группе отношений, посвящена настоящая статья.

Новую группу отношений принято обозначать широким термином - «информация», хотя последняя не сводится к рыночным информационным отношениям, - ее содержание значительно шире. В настоящей статье, если специально не оговорено иное, используется эта общепринятая терминология, несмотря на ее неточность.

Право на информацию складывается из двух элементов - право на получение информации и право на ее распространение. Первое вообще относится не к гражданским, частным, а к публичным правам. Поэтому оно нуждается в особом рассмотрении. Право же на передачу информации имеет гражданско-правовое содержание, оно представляет собой исключительное право. Именно в этом смысле и будет использоваться термин «право на информацию».

225

## II. Объекты исключительных прав

Может создаться впечатление, что информационные отношения уже регламентированы традиционными исключительными правами, прежде всего потому, что они тоже распространяются на отношения по поводу нематериальных результатов интеллектуальной деятельности. Однако это впечатление было бы ошибочным.

Традиционные исключительные права имели «своим содержанием использование результатов деятельности, предоставляли своим обладателям право использования, практического применения сведений о таких результатах. Правообладатель был вправе переуступить такое право третьим лицам или предоставить им право использования на другой, лицензионной, основе. Естественно, что для реализации такого права нужно сообщить пользователю некоторые сведения. Но эти отношения не могут рассматриваться как право на информацию.

Особые информационные отношения и право на информацию появляются только при условии, что сообщаемые сведения приобретают самостоятельную, независимую от их использования ценность, когда сама информация четко обособляется и именно поэтому как таковая участвует в экономическом обороте. Смысл выделения «информационных отношений» как отдельной категории вообще заключается в появившейся необходимости включения их объекта в экономический оборот и в создании для этого правовой базы. Вне этой задачи их выделение вообще беспредметно.

Патентное право не составляет основу информационных отношений по крайней мере по двум причинам. Во-первых, содержание патентного права направлено не на сообщение информации, а на ее практическое использование. Наличие сведений выступает лишь как предпосылка такого использования, они не составляют самостоятельного объекта. Во-вторых, системе патентного права противоречило бы предоставление самих сведений, составляющих такую предпосылку, в качестве особой экономической ценности. Необходимым элементом патентной охраны является публикация сведений, использование которых запрещено третьим лицам без разрешения правообладателя. Тем самым участие этих сведений в экономическом обороте исключается. В нем участвуют не сведения, а право на их использование.

Еще более отдаленное отношение к охране информации имеет авторское право. Оно вообще охраняет форму, но никак не содержание произведения, которое может быть предметом информации. Строго говоря, авторское право предназначено для охраны произведений искусства, ибо для них решающее значение имеет именно форма, которая и оказывает эмоциональное воздействие на потребителя. Охрана авторским правом всех остальных произведений, в том числе произведений

226

\_\_\_\_\_ Информация как объект исключительного права \_\_\_\_\_  
науки, тоже относящаяся к форме этих произведений, имеет лишь попутное значение. Идеи, сведения и т.п., раскрытые в охраняемом авторским правом произведении, никак не охраняются, более того, они могут свободно использоваться.

Правда, в отсутствие обособленных информационных отношений авторское право при необходимости в какой-то мере восполняет вакуум, существующий в силу отсутствия охраны информации, - пусть частично и неполно. Впрочем, такое стремление неизбежно порождает внутренние противоречия.

Известная формула закона предусматривает охрану авторским правом произведений не только «литературы и искусства», но и «науки». Однако если быть точным, то охрана авторским правом произведений науки относится только к их форме, она действует лишь для произведений научной литературы. Даже осуществляя охрану произведений науки, авторское право ориентировано не на существо, содержание, а на форму и за пределы такой формы выйти не может. Нужно различать охрану результатов научного творчества по существу и произведений науки, в которых эти результаты выражены. Для охраны существа требовалось бы проведение экспертизы, выполнение ряда формальностей, издание акта закрепления права и т.п.

Охрана произведений науки имеет некоторые особенности, но она не распространяется на существо научных результатов, которые могут быть предметом информации. Авторское право никогда не

охраняет существа идей, изложенных в произведении. Аналогичный результат может быть независимо получен другим лицом, потому установление факта заимствования - редкая случайность. Если это все же произошло, но те же соображения изложены иначе, в другой форме, нарушений с точки зрения авторского права нет. К недобросовестному лицу применимы лишь морально-нравственные санкции, впрочем, достаточно эффективные в научном сообществе. К существу содержащихся в научном произведении сведений и к информации о них авторское право отношения не имеет. Оказались неудачными даже попытки введения правовой охраны научных открытий, не говоря уже о стремлении ввести правовую охрану научных результатов вообще. Выяснилось, что две ветви - охрана формы и охрана содержания - существуют параллельно и относятся к разным объектам.

Авторское право никак не распространяется на право распоряжения, право передачи результата, ограничиваясь правом на опубликование. Оно всегда имело совершенно другую направленность. Произведения, защищаемые авторским правом, могут содержать информацию. Но это еще не значит, что они являются объектом информационных отношений.

227

## II. Объекты исключительных прав

Таким образом, традиционные исключительные права никак не распространяются на информацию. Для нее нужна специальная система охраны.

В гражданском праве действовал и продолжает действовать принцип в соответствии с которым общедоступная информация, на которую в соответствии с особым законом не установлен специальный запрет, может свободно, без чьего бы то ни было разрешения, и безвозмездно использоваться и распространяться любым лицом. Соответственно такие сведения не являются объектом экономического оборота и не являются предметом гражданского права. Ценность для экономического оборота представляет только не общедоступная, конфиденциальная информация, и соответственно только она может быть объектом гражданского права.

Статья 128 ГК РФ впервые прямо упоминает «информацию» в числе объектов гражданского права. Это есть государственное признание и выражение значимости информации, ее возросшей роли в экономическом обороте. Но это вовсе не значит, что всякая информация является объектом гражданского оборота и соответственно гражданского права. Например, общедоступная информация, в частности информация опубликованная, например информация, содержащаяся в опубликованных источниках, как не была, так и не стала объектом гражданского права, она коммерческой ценности не представляет (речь, разумеется, идет об информации как таковой).

Ближе к праву на информацию находится право на «ноу-хау», основанное на конфиденциальности данных. Это право имеет своим содержанием уже передачу именно информации, но не как таковой, а в целях ее последующего практического использования. Поэтому право на «ноу-хау» есть существенный шаг в направлении права на информацию и следует рассмотреть некоторые основные черты, присущие этому праву.

«Ноу-хау» возникло в связи с появлением потребности охраны любых результатов, которые могут представлять коммерческую ценность, заранее не определяемых ни по своему характеру, ни по сфере, к которой относятся. Естественно, что при этом не могут быть использованы традиционные приемы закрепления абсолютного права, которое является необходимой предпосылкой всякого рыночного оборота. Для такого универсального круга результатов невозможно установить общие критерии обособления охраняемого объекта от смежных, т. е. внести ясность в исходный вопрос: на что закрепляется исключительное право? Для разрешения возникающих при этом проблем требуются совершенно новые правовые приемы и даже правовая система. Она может быть основана только на охране коммерческой тайны, секретов производства.

228

## Информация как объект исключительного права

Причем применяется только к содержательным результатам творческой деятельности.

На новом этапе произошла существенная, можно сказать, принципиальная модификация правового режима. Объекты как таковые уже не «охраняются», им не предоставляется «абсолютная» охрана, независимая от внешних обстоятельств, тем более что не производится и четкого обособления самого объекта. Вместо этого производится «защита» интересов субъектов в связи с определенными объектами. Но эта «защита» предоставляется уже в связи не столько с внутренними свойствами самих объектов, сколько с учетом внешних обстоятельств, в которых эти объекты функционируют. Это уже не традиционное исключительное право, представляющее полноценное абсолютное право, а

значительно усеченное, ограниченное квазиисключительное право.

Правовой режим «ноу-хау» имеет существенные отличия от традиционных исключительных прав. В этой связи следует отметить несколько обстоятельств. «Ноу-хау» существует, пока данные о нем остаются недоступными другим лицам. Охраняется, строго говоря, не «ноу-хау» как таковое, а неприкосновенность личной сферы его обладателя.

«Ноу-хау» действует, пока соблюдается его конфиденциальность, недоступность. Оно охраняется и в случае, когда данные о нем переданы, как правило, по договору, другому лицу на основе конфиденциальности. Просто сфера действия «ноу-хау» сужается за счет лиц, которые им правомерно обладают.

«Ноу-хау» не действует в отношении лиц, которым оно правомерно известно, например в отношении тех, кто правомерно самостоятельно создал аналогичное достижение. Такое лицо вправе свободно использовать полученное им решение. Может даже оказаться, что «ноу-хау» на аналогичные решения независимо принадлежит разным лицам - первообладателю и повторному создателю. В этом случае «ноу-хау» принадлежит каждому из них. Тем самым сфера действия «ноу-хау» еще более сужается. Но «ноу-хау» при этом продолжает действовать, если оно известно ограниченному кругу лиц.

Действие «ноу-хау» вообще прекращается, если оно становится общеизвестным - доступным неопределенному кругу лиц. При этом источник известности не имеет значения. Это может быть первообладатель, разгласивший данные о «ноу-хау» во всеобщее сведение или не принявший меры к сохранению конфиденциальности, допустивший утечку информации. Это может быть его повторный создатель, который не счел нужным сохранять конфиденциальность. Это может быть даже неправоммерно действовавшее лицо, получившее данные о «ноу-хау» по договору на основе конфиденциальности и нарушившее это условие.

229

## II. Объекты исключительных прав

Разглашение может исходить и от лица, укравшего данные о «ноу-хау» у правообладателя. Если пользователь добросовестный, т.е. не знал и не должен был знать о неправоммерности передачи ему данных о «ноу-хау», он сохраняет право пользования. Точно так же использование становится свободным, если данные стали общеизвестными.

Правообладатель не может потребовать от добросовестного пользователя прекращения использования или предъявить в суде требование о запрете. Он может предъявить лишь требование о возмещении убытков - к лицу, неправоммерно разгласившему данные о «ноу-хау». Прекращения использования можно требовать лишь от недобросовестного пользователя.

Абсолютной защиты у обладателя «ноу-хау» в отличие, например, от патентообладателя нет. Он может потребовать запрета использования лишь полученных у него самого данных, источником которых является он сам, но не таких же данных. Природа запрета совсем иная. Это не право на охрану объекта, а право на защиту интересов субъекта. Объект как таковой, строго говоря, не охраняется, осуществляется лишь защита интересов субъекта - правообладателя.

Это совершенно иной механизм, чем традиционные исключительные права, имеющие абсолютный характер. Такой механизм может быть использован и для объектов, которые никак не поддаются обособлению.

Право на информацию тоже основано на конфиденциальности и представляет собой вторую, наряду с «ноу-хау», ветвь прав, основанных на конфиденциальности. Поэтому рассмотренные выше черты, касающиеся «ноу-хау», полностью относятся и к праву на информацию.

Смысл рыночного обращения результатов интеллектуальной деятельности, имеющих содержательную направленность, до последнего времени заключался в их перемещении из духовной в материальную сферу. На новом этапе духовные ценности приобретают самостоятельное значение, в результате рыночного обращения они остаются в духовной сфере, перемещаясь из одной фазы в другую. Экономический оборот в рамках духовной сферы ранее отсутствовал. Его появление требует нового правового механизма. Это касается прежде всего отношений по информации, когда данные, сведения передаются от одного лица к другому. Возникающие на такой стадии отношения еще не переходят в сферу материального производства.

Информация представляет собой передачу каких-то сведений одним лицом другому. Такая информация существовала всегда. Однако она не была достаточным основанием для образования особой группы «информационных отношений» и их правовой регламентации. Таким основанием для создания особого института не явилась и возмездная передача информации.

230

## Информация как объект исключительного права

Передача информации может осуществляться в разных целях. Чаще всего она производилась ранее в целях использования, практического применения. Такие отношения тоже нельзя рассматривать как «информационные», ибо их содержание определяется потребностями использования. Отношения по информации складываются в том случае, когда речь идет о сообщении знаний как таковых, когда интерес представляют именно они сами.

Для выделения особой группы информационных отношений в гражданском праве важно, чтобы передача сведений производилась в процессе экономического оборота, на возмездной основе. Если происходят акты разового, случайного отчуждения, информационных отношений еще нет.

Необходима не единичная, случайная передача сведений, а достаточно массовое, типизированное явление, составляющее содержание профессиональной деятельности хотя бы на одной стороне.

Выделять особую группу отношений ради единичных фактов нет смысла. Нужна множественность типизированных отношений, безусловно существующая при возникновении новой отрасли экономики, именуемой, например, «информационной индустрией».

Не образует особых информационных отношений и система публикации сведений, открытие к ним доступа неопределенному кругу лиц. Надо, чтобы сведения сообщались точно определенному кругу лиц или лицам, притом на конфиденциальной основе. При публикации, даже не только в средствах массовой информации, имеют место отношения совершенно другого рода. В этом случае речь идет об особой форме использования сведений в сфере, охватываемой специальными средствами регулирования, прежде всего авторским правом.

Информационные отношения как особая ветвь общественных отношений появляются только тогда, когда имеют место не разовые акты возмездного сообщения сведения, а появляется система коммерческого распространения сведений, данных как таковых, опирающаяся на появившуюся для удовлетворения общественных потребностей систему специализированных на этой деятельности организаций, которые образуют особую отрасль экономики. На этой стадии появляется и необходимость в правовой регламентации таких отношений, в создании особой системы правовой регламентации, правового института.

Право на распространение информации коренным образом отличается от содержания традиционного исключительного права. Это просто другое право, имеющее другое содержание. Различия относятся ко всем основным элементам правового режима: к объекту, субъектам, содержанию прав и обязанностей, порядку их осуществления и т. п.

Содержание традиционных исключительных прав заключается в закреплении за правообладателем монопольного права использования

231

### II. Объекты исключительных прав

достижения. Право на информацию (распространение информации) заключается в дозволенности передавать информацию третьим лицам или распространять эту информацию. Раньше такое обособленное право вообще не выделялось.

Сейчас важен сам факт знания, даже независимо от права использования. Информация как таковая, даже вне ее использования, представляет собой самостоятельный товар. Она стала объектом экономического оборота, сферой особой профессиональной деятельности. Возникла необходимость создания для нее правовой основы.

Объектом информационных отношений является нематериальный результат труда, сведения, знания как таковые, независимо от их использования.

Но это не просто сведения, которыми располагает передающая информацию сторона, а данные, отличающиеся определенными качественными характеристиками. Это сведения из базы данных, т. е. сведения из массива информации, в котором содержатся полные и обработанные (прежде всего с помощью классификации), а часто и переработанные данные, данные взаимно сопоставленные, выверенные, а потому обладающие высокой степенью надежности. Эти данные должны считаться почерпнутыми из достаточно полной подборки, притом систематически пополняемой, концентрирующей в каждый данный момент всю современную информацию.

В случае необходимости сторона, предоставляющая информацию, может взять на себя обязанность подобрать и отсутствующие у нее пока данные. Объект информационных отношений - сведения существующей или подлежащей пополнению базы данных, которой располагает или будет располагать организация, профессионально занимающаяся сбором, обработкой и распространением информации. Речь идет о специально подобранной по индивидуальному заказу информации, а не об обособленных данных, которыми случайно уже располагает организация, предоставляющая

информацию.

Другими словами, это не случайные, единичные сведения, а данные из обобщенного, системного, постоянно пополняемого источника. Поэтому информационным отношениям присуща ответственность за полноту, качество и достоверность предоставляемых материалов.

Естественно, что такую работу по объекту может выполнить далеко не всякий исполнитель. Отсюда субъектом отношений на стороне исполнителя может быть далеко не всякое лицо, а только организация определенного типа.

Субъектом информационных отношений на стороне исполнителя может быть только специализированная на информации организация,

232

\_\_\_\_\_Информация как объект исключительного права \_\_\_\_\_  
профессионально занимающаяся информационной деятельностью, — информационный центр. Только он может предоставить необходимые сведения, информацию. Никто другой подобными сведениями не обладает.

Отношения могут признаваться информационными, только если их стороной является такой информационный центр. Подобный центр есть неперенный участник информационных отношений, которые возникли только в связи с появлением функций, присущих специализированному органу. Отношения без его участия не обладают свойствами, необходимыми для выделения особых информационных отношений.

Теперь о правомочиях. Правомочия, связанные с информацией, радикально отличаются от правомочий по исключительным правам. Основным содержанием традиционного исключительного права является право на использование, а основным содержанием права на информацию, как уже отмечалось, является право на сообщение, передачу каких-то сведений. Но прежде чем обратиться к содержанию права, надо рассмотреть его природу.

Общий принцип использования нематериальных объектов, имеющих содержательную направленность, заключается в том, что любой такой объект может быть использован совершенно свободно, без чьего бы то ни было разрешения и без выплаты какого бы то ни было вознаграждения, если закон не устанавливает специального запрета, как, например, авторское право и патентное право. Они порождают полноценное абсолютное право. Запрет, хотя и несколько иной по характеру, устанавливает и система конфиденциальности, основанная на недопущении вторжения в личную сферу. Этот запрет касается и сведений, составляющих содержание информации.

Право на информацию, как и иные исключительные права, является абсолютным правом, иначе оно не могло бы выполнять свои функции основы экономического оборота, рыночных отношений. Это - тоже закрепление монополии. Но такая монополия может быть основана только на конфиденциальности, она существует только в отношении неопубликованной информации, обладатели которой приняли меры к сохранению конфиденциальности. Исключительное право на распространение информации никак иначе не закрепляется - только через неприкосновенность личной сферы, на тех же основах, что и право на «ноу-хау». Все отмеченные выше особенности прав на конфиденциальные данные, на «ноу-хау» распространяются и на информацию.

Но правомочия на «ноу-хау» и на информацию существенно различаются. Правомочия на «ноу-хау» традиционно строятся по модели исключительных прав. Они направлены на использование данных, составляющих «ноу-хау». Запрет разглашения устанавливается только для

233

II. Объекты исключительных прав

того, чтобы самое право продолжало существовать. Корни «ноу-хау» уходят в патентную систему, когда одновременно с патентной лицензией передавались некоторые дополнительные данные, касающиеся осуществления изобретения. Это так называемая «смешанная» лицензия. И лишь следующей разновидностью является лицензия, по которой правообладатель передает производственные секреты и даже обязывается оказывать помощь в осуществлении решения. По «ноу-хау» одна только информация вне использования вообще никому не нужна.

Содержанием права на передачу информации является только сообщение данных. Никаких прав на использование, практическое применение этих данных оно не включает. Передача данных, знания отсечена от права использования, обособлена от него. При этом речь идет именно о передаче данных на конфиденциальной основе, а не об их опубликовании, которая исключает самое право на «передачу» данных.

Разное содержание права на «ноу-хау» и на информацию предопределяет и различия во взаимоотношениях по их передаче. Если «ноу-хау» предполагает предоставление права на



использование передаваемого объекта, выдачу разрешения на такое использование, то это не что иное, как выдача лицензии, лицензионное отношение. При передаче информации никакое право не передается, никакого разрешения не требуется - происходит простая фактическая передача сведений, для которых, кстати, действует, как правило, режим свободного использования. Здесь нет места и оснований для каких-либо разрешений, для лицензионных отношений. Другому содержанию права соответствует разница в характере отношений по экономическому обороту, отличия в юридической природе оснований передачи объекта.

Это принципиально новое право, которое раньше вообще не существовало. И появилось оно на базе информационной индустрии только в связи с широким распространением информационных отношений, возможностью получить достаточно полные данные, которые приобрели коммерческую ценность и обращаются на рынке. Данные получают от профессионала, располагающего базой данных. Поэтому они имеют отнюдь не случайный характер, есть высокая степень вероятности получения всей (или почти всей) существующей в мире информации. При этих условиях потребность в информации может быть обособлена от права использования соответствующих данных. Можно знать, но не иметь права использовать. Появляется совершенно новое, не существовавшее ранее правомочие. Вопрос о праве использования - самостоятельный, он должен решаться особо в каждом отдельном случае.

Нельзя не отметить, что у правомочий на «ноу-хау» и информацию - разные объекты и субъекты. У «ноу-хау» объектом могут быть

234

#### Информация как объект исключительного права

обрывочные и случайные сведения, притом только те, которые уже есть у правообладателя. А носителем этих правомочий выступает любое лицо, располагающее, пусть случайно, какими бы то ни было данными.

Знания, которыми располагает информационный центр, получены не им самим, они есть результат работы по сбору информации, полученной из других источников. Тем не менее права на сведения, содержащиеся в базе данных, надо рассматривать как первоначальные. Полученные из всех видов источников данные подвергаются в информационном центре специальной обработке (в первую очередь классификации) и переработке, они образуют единый массив, в котором приобретают новое качество. Создание такого массива само по себе дает возможность для обобщений и получения новых данных. Поэтому на всю базу данных информационный центр получает первоначальное право - независимо от того, что первичная информация поступила в центр из других источников.

Полученные центром данные обрабатываются им на собственном оборудовании с помощью правомерно полученных им программ, происходит своего рода «спецификация» данных, превращающая производное право в первоначальное. Но это по-прежнему право, основанное на конфиденциальности, его природа не меняется.

Осуществление прав на распространение информации, система связей с контрагентами тоже имеют собственное содержание. Оно отличается, например, от построения отношений по «ноу-хау».

Правообладатель осуществляет право на «ноу-хау», используя его для собственных нужд или заключая обычный разовый договор о передаче этого права или о распоряжении им.

Иначе с осуществлением права на информацию. Информационный центр сам, как правило, вообще не использует информацию по существу для своих нужд, не занимается осуществлением информации в собственной практике. Он лишь распространяет информацию, передает ее заинтересованным лицам, выполняет некие посреднические функции. Однако его договорные связи с потребителями имеют особый характер. Во-первых, он заключает договоры «прикрепления» потребителей, в соответствии с которыми последние получают доступ к базе данных. Этот договор имеет характер публичного договора. Кстати, публичность договора есть форма права на получение информации, реализация которого вовсе не обязательно должна быть безвозмездной. Договор касается всей базы данных, к которой открывается доступ, за изъятием закрытых в соответствии с законом сведений.

Информационный центр заключает с потребителем еще один договор - о предоставлении данных по конкретному запросу, содержание которого строго индивидуально: потребителю передается специально

235

#### II. Объекты исключительных прав

подобранная информация, представляющая для него интерес. Здесь есть элемент подрядного типа. Содержание договора на «ноу-хау» принципиально иное - правообладатель может передать только

те данные, которыми располагает.

Не одинакова и система вознаграждения. По договорам о предоставлении «ноу-хау» - это традиционное вознаграждение, хотя определение его размера и порядка выплаты может строиться по-разному (паушальное вознаграждение, разного рода периодические платежи, сочетание этих форм и т.п.). Это вознаграждение имеет комплексный характер — оно включает платежи как за передачу данных, так и за право их использования, равно оказание услуг и помощи по их использованию.

Вознаграждение за информацию представляет собой платежи за прикрепление к базе данных (за право доступа к ней) и платежи за получение конкретных данных. Эти два элемента могут находиться в разном сочетании. Например, вознаграждение за прикрепление может включать в себя платеж за получение конкретной информации в определенном объеме. Но все это вознаграждение только за информацию, а никак не за ее использование. Последнее должно исчисляться отдельно, более того, оно может причитаться другому субъекту.

По-разному осуществляется и формирование информационной базы. Для обладателя «ноу-хау» нет особой проблемы систематического получения информации, ибо он не занимается ее профессиональным распространением. Напротив, для информационного центра эта проблема весьма актуальна. У него есть две группы источников информации. Первая группа - это общедоступные источники, получение данных из которых есть результат его собственных усилий. Никаких договоров по этому поводу центр не заключает (за исключением случаев, когда для этой цели привлекаются услуги других лиц).

Вторая группа - это приобретение необходимых конфиденциальных данных у тех, кто ими располагает. Здесь необходимо заключение специальных договоров, определяющих условия такого приобретения (включая вознаграждение), порядок предоставления полученной информации третьим лицам (в том числе и возможные ограничения) и т.п. Такие договоры составляют самостоятельную систему. Это совершенно особые договоры, скорее примыкающие к традиционным договорам по поводу «ноу-хау», но без элементов, связанных с использованием данных. Дальнейшее распространение не может рассматриваться как форма «использования», даже в «информационных целях». Юридически это «распоряжение» информацией.

Договор о передаче информации отличается еще и способом ее сообщения потребителю. Для такого договора характерна возможность

236

#### Информация как объект исключительного права

общения с помощью ЭВМ через телекоммуникационную сеть. Это значит, что потребитель может передать запрос и получить интересующие его данные практически немедленно. Место нахождения базы данных не имеет значения, важны только технические и юридические связи с ней. Для договора о «ноу-хау» характерны более примитивные способы передачи данных. Информация предполагает гораздо более высокий уровень обслуживания потребителя.

Современные способы предоставления информации создают, наряду с удобствами, одновременно достаточно большие технические возможности незаконного, помимо договоров, ее получения.

Существуют технические возможности неправомерного проникновения через телекоммуникационные сети в чужие базы данных, нарушения права на конфиденциальность информации, нарушения коммерческой тайны.

Возникает проблема борьбы с бездоговорными правонарушениями. В этих целях следует предусмотреть специальные санкции, в том числе и гражданско-правовые, может быть, приравнять их к пиратству. Скорее всего это штрафы в пользу потерпевшего правообладателя, и достаточно высокие штрафы, ибо исчисление убытков в этом случае крайне затруднительно. Могут быть предусмотрены также санкции в виде ликвидации соответствующего юридического лица - нарушителя. Разумеется, гражданско-правовые санкции должны сопровождаться уголовно-правовыми и административно-правовыми методами воздействия. Нужны и некоторые специальные процессуальные правила.

Информационные отношения представляют собой новый, притом самостоятельный вид исключительных прав. Поэтому они требуют подробной регламентации. Это - актуальнейшая задача, пока нигде в мире полностью не решенная. Такая регламентация, хотя бы в соответствующей части, подлежит включению в общую систему исключительных прав. Тем самым в такую систему вошли бы все виды уже существующих исключительных прав, и она приобрела бы заверченный на сегодня характер.

Информационные системы могут быть использованы как средство фиксации и распространения

традиционных объектов авторского права. При этом возникает ряд новых правовых проблем (защита от неправомерного использования, система вознаграждения и т.п.). Однако они выходят за рамки информационных отношений и потому подлежат отдельному рассмотрению.

Пен. по: Дело и право. 1996. № 4. С. 27-35, 38.

## II. Объекты исключительных прав

### ПОНЯТИЕ СЕКРЕТА ПРОМЫСЛА (НОУ-ХАУ)

#### 1. Вводные замечания. История вопроса

В течение тысячелетий объектом рыночных отношений были материальные вещи, ограниченные в пространстве, - земля и другие природные ресурсы, результаты материального производства. Был построен и соответствующий характеру объекта правовой механизм.

Чуть более двух столетий назад в экономическом обороте начали участвовать результаты интеллектуальной деятельности, нематериальные по своей сути. Естественно, что на первом этапе правовое регулирование стало строиться по модели, максимально приближенной к уже известной, приспособленной для материальных объектов, обособление которых, необходимое для их участия в обороте, осуществляется по внешней различаемости, когда результат характеризуется или просто своей формой (объекты авторского права), или содержанием, формализованным определенным образом (объекты патентного права). Стали охраняться только результаты интеллектуальной деятельности, которые удовлетворяют этому требованию, могут быть выделены по внешним признакам.

Но вскоре выяснилось, что это только промежуточный этап, существуют результаты интеллектуальной деятельности, никак не формализуемые и тем не менее участвующие в экономическом обороте, которые обособляются иным образом, прежде всего путем сохранения в секрете от неопределенного круга участников открытого рынка. Для таких объектов нужен свой, последовательно выражающий свойства нематериальных результатов интеллектуальной деятельности правовой механизм.

В настоящее время эта категория стала очень и очень широко распространенной во всем мире, она получила всеобщую известность как «ноу-хау» («know how»), по-русски ее представляется предпочтительным называть «секретом промысла» (о применяемой и оптимальной терминологии будет сказано позже). Секреты промысла — это сведения о предлагаемых к использованию практических действиях, имеющих ценность в рыночном обороте благодаря их сохранению в тайне. Они стали объектом систематической торговли позже, чем другие результаты интеллектуальной деятельности, специально выделяемые государством, например путем выдачи патентов на изобретения. Их охрана по ряду причин не получила пока четкого правового оформления и в законе в развернутом виде нигде не закреплена, хотя секреты промысла и

238

#### Понятие секрета промысла («ноу-хау»)

приобрели огромную значимость, пожалуй даже превышающую роль изобретений.

В России эта ветвь рыночных отношений возникла совсем недавно, практически несколько лет назад. Она имеет целью обеспечить условия использования и обращения разного рода незапатентованных, а часто вообще непатентоспособных решений, допускающих непосредственное практическое применение на товарных принципах. В период господства командно-административной экономики такая система существовать не могла<sup>1</sup>, напротив, действовало правило об обязательности как можно более широкого и безвозмездного распространения каждого достижения, полученного на отдельном предприятии, об «обмене опытом» не через экономический оборот, а на административной основе<sup>2</sup>. Принимались даже меры по рассекречиванию и максимально широкому распространению достижений военного и двойного назначения, которые могли бы быть применены при производстве гражданской продукции. Конечно, вопреки всему производственные секреты фактически существовали, но они не имели характера правовой категории.

Почва для секретов промысла в нашей стране появилась только при переходе к новой экономической системе, хотя эта категория стала входить в жизнь не с первых ее шагов. Настала эпоха, когда возникла потребность в экономическом обращении решений практических задач, не охраняемых существующими специальными средствами охраны исключительных прав. Их участие в рыночном обороте возможно при условии сохранения таких решений в секрете. Первоначально это были секреты технического характера, именно производства, постепенно они распространились и на другие сферы.

Между тем не только правовой режим этой категории не раскрыт в нашем действующем законодательстве, но и само понятие до сих пор остается четко не определенным. Пока эта категория только обозначена, названа, ее юридическое содержание еще не раскрыто должным образом и поныне.

1 Еще в 1930 г. XVI съезд ВКП(б) предусмотрел необходимость борьбы с секретничеством (см.; Решения партии и правительства по хозяйственным вопросам. Т. 2. М, 1967. С. 225).

2 См., например, постановление ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 3 сентяб[ 1970 г. «О взаимном использовании научно-технических достижений министерствами ведомствами СССР и подведомственными им предприятиями и организациями» и постановление Совета Министров СССР от 27 августа 1971 г. «О повышении взаимной экономической заинтересованности предприятий и организаций в передаче своих научно-технических достижений и в использовании заимствованного передового опыта». В этих актах лишь говорится об «экономической заинтересованности», подлинного механизма они не вводят, его административная суть оставалась в неприкосновенности.

239

## II. Объекты исключительных прав

Тем не менее правовой режим секретов промысла становится действительной предпосылкой и базой основанных на них рыночных отношений. Если такого рода объекты не просто признаются, важно, чтобы права на них четко определялись и защищались, была установлена ясная система осуществления прав, а нарушения влекли за собой совершенно определенные юридические последствия.

Секреты промысла знаменуют собой расширение рынка, с их помощью вводятся в оборот внешне не выделенные решения, неохраноспособные по традиционным видам охраны (например, по патентному праву) или вполне охраноспособные, но не охраняемые вследствие нецелесообразности, в частности вследствие трудностей осуществления контроля за соблюдением прав.

Право на секрет промысла может быть менее четким и определенным, надежным и стабильным, оно легче может быть разрушено, чем при наличии формальных признаков. Хотя содержание объекта определяется не вполне четко, право на секрет промысла в ряде случаев гораздо более удобно, так как не требует для закрепления особых формальностей, и универсально, поскольку распространяется на неограниченно широкий круг видов решений. Срок действия права никак заранее формально не предопределен и не ограничен - оно действует в течение всего времени, пока сохраняются условия его предоставления (прежде всего - соблюдение конфиденциальности), срок может оказаться очень продолжительным и долговечным, но может стать очень кратким и даже мимолетным, его действие может прекратиться в любой момент по неформальным основаниям. Не исключено и закрепление права на один объект за несколькими лицами. Поэтому новая разновидность интеллектуальных прав - права на секрет промысла - не заменяет их абсолютного варианта, а дополняет его, сочетаясь с ним и существуя наряду с ним. Прорыв в правовой регламентации этой категории в нашей стране был произведен Основами гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. (далее - Основы). Статья 151 Основ, специально посвященная «секретам производства», устанавливала общие признаки этой категории, условия предоставления правовой охраны и некоторые черты правового режима, но она намечала лишь общие контуры решения проблемы. Включением этой нормы в наше внутреннее законодательство было выполнено международное обязательство, взятое на себя Советским Союзом в Соглашении о торговых отношениях между СССР и США от 1 июня 1990 г. (далее - Соглашение, Соглашение СССР-США), сопровождавшемся обменом письмами (для вопроса о секретах промысла именно >ти письма имеют решающее значение), составляющими неотъемлемую часть Соглашения. Соглашение было ратифицировано Верховным Сове-

240

Понятие секрета промысла («ноу-хау»)

том уже Российской Федерации 12 июня 1992 г. Соглашение не устанавливает правила, являющиеся в соответствии с п. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации составной частью правовой системы страны, оно предусматривает только международное обязательство России принять соответствующий внутренний акт законодательства, не являющийся поэтому трансформацией международного договора. Но Соглашение подлежит учету при толковании внутреннего законодательства.

Статья 151 Основ не воспроизведена в ГК РФ, а категория только обозначена в нем (см., например, ст. 1032), тем не менее ст. 151 Основ должна быть признана действующей, поскольку она не противоречит последующему законодательству Российской Федерации<sup>1</sup>.

Категория секретов промысла (впрочем, под разными наименованиями) фигурирует и в ряде других законодательных актов Российской Федерации, и в большом числе заключенных ею международных соглашений, но относящиеся к ней нормы крайне фрагментарны и даже отрывочны<sup>2</sup>. Эти акты скорее обозначают категорию секретов промысла, чем содержат ее правовую регламентацию. Содержание понятия и его правового режима приходится устанавливать, основываясь в большой мере на смысле соответствующих отношений, внутренней логике категории и некоторых обрывочных нормах, непосредственно относящихся к другим вопросам. Для получения полной

картины необходимо последовательно рассмотреть применительно к секретам промысла все элементы правового режима, которыми характеризуется любой институт гражданского права: объекты, субъекты, правомочия и обязанности, их осуществление, возникновение и прекращение, действие, переход прав, их защита и т.д. Существенной по-

1 См. письмо Президента Российской Федерации от 23 февраля 1999 г. №Пр-244 (по ин-форм. системе «Гарант»).

2 Закон РСФСР от 24 декабря 1990 г. «О собственности в РСФСР», п. 4 ст. 2; законы Российской Федерации от 6 декабря 1991 г. «О налоге на добавленную стоимость», подл. «а» п. 2 ст. 7; от 20 марта 1992 г. «О конверсии оборонкой промышленности в Российской Федерации», п. 1 ст. 9; сейчас эта категория включена в Закон Российской Федерации от 29 октября 1998 г. «О лизинге», п. 4 ст. 7; она широко употребляется в ряде указов Президента Российской Федерации, в частности устанавливающих классификацн«-отраслей законодательства; в постановлениях Правительства Российской Федерации ведомственных актах, в том числе имеющих широкое общее значение, таких, как Положение по ведению бухгалтерского учета и бухгалтерской отчетности в Российской Федерации, утвержденное приказом Минфина России от 29 июля 1998 г. №34н, с последующими изменениями, п. 55; Общероссийский классификатор основных фондов, утвержденный постановлением Госстандарта России от 26 декабря 1992 г., разд. 20 классификации, код 250002000, и т.д. Эта категория широко используется практически во всех международных договорах Российской Федерации об избежании двойного налогообложения.

241

## II. Объекты исключительных прав

мощью оказывается сопоставление с теми же элементами других видов интеллектуальных прав, уже известных и традиционных, подробно регламентированных в законе.

### 2. Объект секрета промысла

Исходное значение для определения содержания понятия секрета промысла по нашему законодательству имеет Соглашение СССР-США, которое гласит: «Торговый секрет (об этом термине будет сказано особо. - В.Д.) включает любую формулу, устройство, систематизированную информацию, программу для ЭВМ, проектные разработки, технологию и процесс, которые используются или могут использоваться в предпринимательской деятельности владельца торгового секрета и имеют действительную или потенциальную экономическую ценность в результате того, что он неизвестен неопределенному кругу лиц.

Торговый секрет будет охраняться вне зависимости от того, имеет ли такой секрет технический или коммерческий характер, при условии, что:

- 1) он имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в результате того, что он неизвестен соответствующим лицам;
- 2) к нему нет свободного доступа на законном основании; и
- 3) предпринимаются надлежащие меры по сохранению его конфиденциальности».

Эта формула практически воспроизводит текст американского закона<sup>1</sup>. Подобное заимствование иностранного опыта вполне допустимо и даже полезно в случаях, когда заимствуемые нормы не содержат черт

<sup>1</sup> Регулирование подобных отношений в соответствии с Конституцией США относится к компетенции штатов, однако экономические потребности заставили искать пути единой федеральной регламентации. В этих целях в США была создана система Единообразных законов, формально представляющих собой федеральные рекомендации штатам и подлежащих в качестве нормативных актов принятию на штатном уровне. Подобный Единообразный закон о секретах промысла (Uniform Trade Secrets Act) тоже был разработан и одобрен, затем он был принят законодательными органами штатов, в Калифорнии он включен в Гражданский кодекс.

Определение, содержащееся в § 3426.1 Гражданского кодекса Калифорнии, гласит: «Секрет промысла (trade secret) означает информацию, включающую данные о любых формуле, устройстве, систематизированной информации, программе для ЭВМ, проектных разработках, технологиях и процессах, которые:

- (1) имеют самостоятельную экономическую ценность, действительную или потенциальную, благодаря необщезвестности или недоступности другим лицам, которые могут получить экономические выгоды от их раскрытия или использования, и
- (2) являются предметом разумных по обстоятельствам усилий по сохранению их в секрете». То же определение содержится в § 499с Уголовного кодекса Калифорнии (п. 9).

242

Понятие секрета промысла («ноу-хау»)

чужой, несовместимой с нашей правовой системы. Но при этом нужно учитывать и недостатки иностранного закона, в данном случае они заключаются в неполноте включенных в него признаков объекта и в не вполне удачном их формулировании.

С учетом Соглашения СССР-США сформулированы признаки секрета промысла в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. (ст. 151). В них практически воспроизведено это Соглашение, и то частично. Поэтому при определении полного набора признаков секрета промысла, в том числе дополнительных, приходится полагаться на внутреннюю логику категории.

Прежде всего следует рассмотреть группу черт-признаков, относящихся к свойствам, характеру самого объекта, а затем перейти к признакам, определяющим условия его правовой охраны.

Первая черта секрета промысла как объекта, содержание которого составляют сведения, заключается в его нематериальности. И в этом качестве ему, во-первых, присущи все черты, свойственные нематериальному объекту, идее, - возможность одновременного использования неограниченным кругом лиц, отсутствие физической амортизации и т.п. Во-вторых, речь идет о содержании, существовании нематериального объекта, а не о форме представления идеи. Одна и та же или аналогичная идея (особенно когда не требуется, чтобы она обязательно имела творческий характер) может возникнуть одновременно у нескольких лиц. Вместе с тем следует четко отличать нематериальный характер объекта от материального носителя информации о нем. Предлагаемое решение может представлять собой как результат новой разработки, так и уже накопленные со временем знания, опыт и навыки.

Далее, идея заключается в решении какой-то практической задачи, в рекомендациях к действию, она не имеет чисто познавательного или информационного характера, это должно быть именно решение, допускающее осуществление, а не просто постановка задачи. Утилитарная направленность сведений находит подтверждение в помещении статьи 151 Основ в разделе, посвященном результатам творчества, используемым в производстве (последнее надо понимать в широком смысле). Поэтому идея должна быть доведена до стадии, допускающей непосредственное практическое использование, одной только «принципиальной» идеи недостаточно для секрета промысла.

Следующая черта заключается в том, что предлагаемое решение в настоящее время может относиться к самым разным сферам - не только к технике, но и к математике, биологии, экономике, организации и т.п. Последнее обстоятельство специально отмечено в Соглашении СССР-США, которое прямо указывает, что данные, составляющие содержание

243

## II. Объекты исключительных прав

секрета промысла, охраняются, независимо от того, имеют ли они «технический или коммерческий» характер. Эту формулу надо толковать расширительно - в содержание секрета промысла могут входить любые данные, независимо от сферы их применения.

От решения, составляющего секрет промысла, не требуется, чтобы оно обязательно было результатом творческой деятельности, во всяком случае на таком уровне, какой требуется для изобретений. Нужно только, чтобы по сравнению с другими решениями оно было узнаваемым, поддавалось идентификации<sup>1</sup>.

Следующая группа признаков относится уже к условиям предоставления охраны. Соответствие объекта всем установленным для него требованиям по существу необходимо, но недостаточно для установления охраны, для признания объекта секретом промысла он должен отвечать еще и установленным условиям охраны, которые находятся за пределами его существа, они определяются не внутренними, а внешними факторами - его необщезвестностью, необщедоступностью и оборотоспособностью.

Необщезвестность заключается не в том, что о предлагаемом решении вообще никто, кроме его обладателя, не знает. Необщезвестность не означает, что данными располагает только одно лицо, такое требование нереально, особенно в связи с нематериальным характером объекта, его соблюдение было бы невозможно и проконтролировать. Одними и теми же или даже аналогичными (последнее заслуживает быть отмеченным особо) данными могут одновременно обладать и несколько лиц - важно только, чтобы эти данные не были общеизвестными. Значимость этого условия определяется еще и тем, что оно выполняет функцию обособления объекта, необходимую для его экономического оборота. Обособление результата формально не закрепляется, а

<sup>1</sup> Существует и европейский вариант определения секрета промысла, представленный, например, в таком международном документе, как Правила (Regulation) Комиссии ЕС № 240/96 о применении ст.

85 (3) Договора о ЕС к некоторым категориям соглашений о передаче технологий: «Для целей настоящих правил: (1) Ноу-хау означает данные технической информации, которые сохраняются в секрете, являются значимыми и поддаются идентификации каким-либо приемлемым способом» (ст. 10).

Нетрудно заметить, что по существу это определение содержит почти те же признаки, только формулируемые и раскрываемые несколько по-другому. Частично это обусловлено материей, которой посвящен документ (он касается только передачи технологий, поэтому, естественно, содержание указаний о ноу-хау ограничено только технической информацией), некоторые другие признаки (они будут подробнее рассмотрены ниже) формулируются с учетом своего опыта и традиций. Оптимальным представляется некий синтез двух традиций, который в данном случае вполне возможен.

244

Понятие секрета промысла («ноу-хау»)

осуществляется фактически. Поэтому обеспечение необщезвестности как способа обособления есть условие предоставления охраны.

Решение должно быть не разглашено для сведения именно неопределенного круга лиц, его известность единичным, точно определенным лицам не есть препятствие для признания секретом промысла. От секрета промысла не требуется «новизны», как для изобретений. Неизвестным должно быть не только данное решение, но и подобное, аналогичное. Вместо этого требуется «узнаваемость» отличий, если общеизвестно аналогичное решение, рассматриваемого признака не существует. Если общеизвестно аналогичное эквивалентное решение, охрана в качестве секрета промысла тоже невозможна, совпадение чаще всего не абсолютно. Необщезвестность может быть предметом спора, особенно когда речь идет об аналогичных решениях. Принятие решения по спору находится в компетенции суда. В этом случае трудность может представлять установление эквивалентности аналогичных решений, качественно отличающейся от эквивалентности в патентном праве.

Признак необщезвестности имеет особое значение для правовой охраны секретов промысла, он является исходным для установления охраны содержательного объекта при отсутствии его специальной регистрации. Сохранение решения в тайне в отсутствие такой регистрации представляет собой, кроме прочего, и единственный способ его обособления. В Правилах ЕС этот признак получил более развернутое воплощение, что представляется полезным<sup>1</sup>.

Следующее условие - необщедоступность решения - представляет собой развитие предшествующего условия. Необщедоступность означает отсутствие свободного доступа к данным на законном основании; лица, допущенные к этим данным, должны быть обязаны не распространять их дальше. Правообладатель должен принимать меры по сохранению необщезвестности решения, его конфиденциальности.

Эти меры имеют тройкий характер:

а) должностные лица и работники организации-правообладателя должны нести обязанность соблюдения служебной тайны, лиц, посвященных в секрет промысла, следует оповестить об их обязанности не

1 В и 2 ст. 10 тех же Правил сказано на этот счет следующее: ««Секретный» означает, что ноу-хау, как собрание пакета данных или определенное расположение и подбор его элементов, не общеизвестно или легко не доступно, и потому часть его ценности состоит в лидирующем положении, которое получает лицензиат, когда эти данные ему сообщаются, секретность не сводится к узкому смыслу, в соответствии с которым каждый отдельный элемент ноу-хау должен быть совершенно неизвестен или недостижим вне деловой активности лицензиара».

245

II. Объекты исключительных прав

разглашать сведения о нем третьим лицам, об отнесении соответствующих сведений к служебной тайне и об ответственности за ее несоблюдение. Скорее всего целесообразно установить в общей форме соответствующую обязанность в трудовом договоре и отдельно извещать о решениях, признаваемых секретом промысла;

б) правообладатель должен установить в контракте со своими контрагентами, которым он передает соответствующие сведения, их обязанность воздерживаться от передачи этих сведений третьим лицам, известить их о том, что эти сведения составляют коммерческую тайну, и установить ответственность за нарушение этой тайны. Лучше всего, если будет установлена ответственность и



лицензиара за разглашение тайны, поскольку лицензиат может быть тоже заинтересован в ее сохранении. Одним из способов фиксации обязательства о сохранении конфиденциальности является проставление на соответствующих документах грифа «конфиденциально» или иного подобного указания;

в) правообладатель должен принять меры по предотвращению несанкционированного доступа третьих лиц к секретам промысла, в частности препятствующие промышленному шпионажу (контроль за недопущением установки подслушивающих устройств и т.п.). Несоблюдение этих условий может быть препятствием для признания охраны существующей.

Этот признак секрета промысла по существу не получил никакого выражения в европейском варианте определения ноу-хау.

Еще одним условием предоставления охраны является оборотоспособность. В Соглашении СССР-США и Основах гражданского законодательства это условие сформулировано как «действительная или потенциальная коммерческая ценность информации в силу ее неизвестности третьим лицам». Эта формулировка не может считаться удачной из-за ее юридической неопределенности. Широко распространено ошибочное представление, что она предусматривает необходимость коммерческой ценности самого решения. Но это не так, закон говорит лишь о производности коммерческой ценности от неизвестности третьим лицам, о связи ценности с неизвестностью, недаром он говорит о ценности не самого решения, а информации о нем. Ценность, притом самого решения, а не информации о нем, основанная не на конфиденциальности (например, запатентованного изобретения), - это не признак секрета промысла. Ценность решения определяет для себя обладатель сведений, принимая решение о целесообразности затрачивать силы и средства на обеспечение их необщезвестности и необщедоступности, она не есть признак, необходимый для предоставления охраны. Эта связь выразится в оборотоспособности решения.

246

Понятие секрета промысла («ноу-хау»)

Коммерческая ценность секрета промысла заключается в возможности извлечения из него выгод в процессе экономического оборота. Если его оборотоспособность исключена, он не обладает коммерческой ценностью, даже потенциальной. Объект, сам по себе необоротоспособный, не может составить секрета промысла. При отсутствии оборотоспособности такой связи нет, и, как бы ни было ценно само решение, оно не есть секрет промысла. Режим секрета промысла нужен для его обращения на рынке, в этом и заключается его коммерческая ценность. Если участие объекта в экономическом обороте возможно, коммерческая ценность, хотя бы потенциальная, существует. По существу именно на таком понимании оборотоспособности сделан акцент в европейском варианте определения ноу-хау<sup>1</sup>. Возможность такой оборотоспособности должна создаваться необщедоступностью и необщезвестностью данных. При отсутствии специальной охраны, основанной на четком выделении решения, сведения представляют интерес для рынка, только если они фактически неизвестны неопределенному кругу лиц и потому не могут быть использованы свободно, лишь тогда они представляют собой «секрет промысла».

В связи с условиями охраны нужно отметить еще одно обстоятельство. Для ее предоставления не требуется никакой регистрации или соблюдения других формальностей. Поэтому патентное ведомство как орган, функции которого сводятся лишь к осуществлению закрепления исключительных прав, не имеет к секретам промысла никакого отношения (равно как и к использованию всех объектов исключительных прав, для которых закрепление прав является только предпосылкой использования, но никак не связано с его непосредственным осуществлением). Правовая охрана содержательной категории без регистрации — явление достаточно необычное, поскольку одно и то же решение может быть создано независимо друг от друга разными лицами. Такую регистрацию иногда замещают требования к форме фиксации необщезвестного и необщедоступного решения. Но для возникновения охраны никакой квалификации производить не надо, она возникает автоматически, при наличии названных выше фактических обстоятельств. Их существование может быть предметом судебного разбирательства. Отсутствие требований к формальностям, в частности невозможность како\*

<sup>1</sup> Пункт 3 ст. 10 Правил «Значимый» означает, что ноу-хау включает информацию, которая должна быть полезной, т.е. в день заключения соглашения разумно ожидать повышения конкурентоспособности лицензиата, например в результате содействия его выходу на новый рынок или предоставления ему преимуществ в конкуренции с другими производителями или исполнителями услуг, не имеющими доступа к лицензируемому секрету ноу-хау или другому сравнимому секрету ноу-хау». Нетрудно заметить, что здесь Правила говорят только о положении на рынке, т.е. об оборотоспособности.

247

## II. Объекты исключительных прав

либо регистрации, не означает, что можно обойтись без некоторых требований к форме фиксации нематериального результата интеллектуальной деятельности на материальном носителе, необходимой для их идентификации, прежде всего для разрешения различных споров. Такую фиксацию следует считать самостоятельным условием охраны.

Представление, будто к форме фиксации секрета промысла не может предъявляться никаких требований, ошибочно. Для охраны секрета промысла нужно иметь сведения, достаточные для его идентификации, поэтому они должны быть зафиксированы на письме или в иной объективной форме на материальном носителе (образец, электронная форма, видеозапись и звукозапись и т.п.), доступном для восприятия третьих лиц, устная форма не годится. Нужна форма фиксации, обеспечивающая достаточную стабильность прав. Доказательства требуются как для решения споров в суде на состязательной основе (о соответствии решения требованиям и условиям охраны, о его идентичности использованному на практике и т.п.), так и для иска о признании права. Только содержание, зафиксированное в объективной форме на материальном носителе, создает надежную базу для идентификации объекта, существо которого динамично и сохраняется в секрете. Без этого условия правила о секрете промысла попросту неработоспособны, независимо от того, установлены ли они прямо в законе.

Для секрета промысла, передаваемого по договору, доказательственная сила более весома, когда секрет промысла зафиксирован в договоре, т.е. обе стороны подтверждают содержание передаваемых сведений. Для секрета промысла, охраняемого от всех третьих лиц, подтверждение (относящееся к существу сведений, времени их фиксации и т.п.) более надежно, когда оно тоже имеет не односторонний характер, например так или иначе засвидетельствовано третьим лицом<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Это условие очень четко установлено в европейском варианте понятия «ноу-хау», включающем условие о требованиях, создающих возможность идентификации. Оно даже специально раскрывается в уже упоминавшихся Правилах Комиссии ЕС, п. 4 ст. 10 которых гласит: «Идентифицированный» означает, что содержание ноу-хау описано или закреплено таким образом, чтобы была возможность проверить, соответствует ли оно критериям секретности и значимости, исключить ненадлежащие ограничения лицензиата при использовании им своих собственных технологий; ноу-хау в целях идентификации может быть зафиксировано либо в лицензионном соглашении, либо в отдельном документе, либо закреплено в любой другой уместной форме самое позднее при передаче ноу-хау или вскоре после такой передачи, при условии, что в случае необходимости к отдельному документу или другой форме закрепления имеется доступ». Приведенный текст привязывает фиксацию содержания ноу-хау именно к договору, поскольку он содержится в документе, посвященном только договорным отношениям. Но содержащийся в нем принцип имеет общее значение и подлежит обобщению для всех случаев.

248++

### Понятие секрета промысла («ноу-хау»)

Итак, понятие секрета промысла заключается в том, что он представляет собой данные о решении в любых сферах практической деятельности (в технике, биологии, математике, экономике, организации и т.п.), допускающем практическое использование и пригодном для участия в экономическом обороте в силу неизвестности и недоступности неопределенному кругу лиц. Секрет промысла должен быть зафиксирован на материальном носителе так, чтобы его можно было идентифицировать.

Существует представление, будто в настоящее время понятие секрета промысла определяется и в действующем Гражданском кодексе Российской Федерации - в его ст. 139. Однако это представление ошибочно. Секреты промысла - не единственная категория, связанная с сохранением сведений в тайне (точнее - с сохранением конфиденциальности сведений), есть другие категории - служебная и коммерческая тайна, - которые и составляют предмет ст. 139 ГК РФ. Вопрос о соотношении секретов промысла со служебной и коммерческой тайной и их взаимодействии между собой требует особого рассмотрения.

Статья 139 ГК РФ никак не затрагивает категорию секрета промысла, в ней не содержится критериев для его отграничения от служебной и коммерческой тайны. Для такого разграничения приходится обратиться к существу этих категорий,

Прежде всего их различают признаки самого объекта, характер информации. Главное отличие в содержании категорий служебной и коммерческой тайны, с одной стороны, и секрета промысла - с другой, в их объеме. В первую группу конфиденциальной информации включаются не только сведения о решениях, предложениях о совершении действий, но и сведения о фактических обстоятельствах, которые не могут составить секрет промысла. Это получило свое законодательное закрепление в актах об отдельных видах отношений.

Как видно из п. 2 ст. 32 Федерального закона от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих

организациях» и п. 7 ст. 19 Федерального закона от 11 августа 1995 г. № 135-ФЗ «О благотворительной деятельности и благотворительных организациях», в понятие коммерческой информации (коммерческой тайны) в принципе входят сведения о размере и структуре доходов, о составе и размерах имущества организации, о ее расходах, численности и составе работников, об оплате их труда, об использовании безвозмездного труда граждан в ее деятельности (о привлечении добровольцев). Некоторые другие данные также входят в состав коммерческой тайны (состав контрагентов, условия договорных отношений с ними, финансовое состояние, сведения о приемах деятельности, об используемых для такой деятельности орудиях труда и т.п.).

249

И/. Объекты исключительных прав

Коммерческая тайна значительно шире по содержанию, чем секреты промысла. Она включает в себя сведения, имеющие чисто информационное и даже познавательное значение, не содержащие непосредственных рекомендаций к действию.

То же относится и к служебной информации, хотя это можно обосновать только смыслом данной категории, опору на текст закона найти в этом случае трудно.

Вторым разграничительным критерием является то, что для секрета промысла важно наличие условий для его возникновения, а не каких-либо конкретных оснований, а для служебной и коммерческой тайны важны именно конкретные основания их возникновения. В ст. 139 ГК РФ речь идет о категориях, которые не совпадают с секретом промысла, во всяком случае полностью. Для служебной и коммерческой тайны используется другой классификационный критерий, они рассматриваются с другой стороны, даже в иной плоскости. Их выделяет не характер сведений, а основания их предоставления, субъектный состав лиц, которые ими наделяются.

Теперь об условиях охраны. Именно их совпадение по ст. 139 ГК РФ создает впечатление об общности этих категорий. Но это впечатление обманчиво. Естественно, что любой тайной (секретом) может быть только то, что еще неизвестно, и притом принимаются меры по ее охране. Но коммерческая ценность не безусловное требование. Например, для объявления чего-либо служебной тайной вообще не требуется коммерческая ценность, действительная или потенциальная (оборотоспособность). Служебная тайна может быть установлена на информацию по совершенно другим основаниям. Включение такого требования в ст. 139 ГК РФ - это прямая ошибка. Для коммерческой тайны коммерческая ценность, естественно, необходима, и с этой точки зрения секрет промысла - разновидность коммерческой тайны.

Секрет промысла и служебная или коммерческая тайна - категории, которые находятся в разных плоскостях, но где-то они могут пересекаться. Так, служебная тайна является необходимой предпосылкой секрета промысла (обладатель секрета промысла должен обеспечить неразглашение информации его работниками, установив для них режим служебной тайны), это одна из возможных причин установления служебной тайны. Коммерческая тайна включает в себя секрет промысла как один из возможных компонентов.

Для смешения секрета промысла, с одной стороны, и служебной и коммерческой тайны - с другой, нет оснований. Статья 139 ГК РФ никак не может считаться определяющей понятие секрета промысла, входящего в состав исключительных прав, которым посвящена отдельная норма ст. 138 ГК РФ, относящаяся именно к исключительным правам,

250

Понятие секрета промысла («ноу-хау»)

Неправильным представляется и сам подход, объединяющий служебную и коммерческую информацию по существу в одну категорию. Одних только общих условий возникновения обязанности соблюдать конфиденциальность для создания единой категории недостаточно, тем более что основания возникновения этой обязанности тоже должны различаться. Из ст. 139 ГК РФ вытекает, что основанием для возникновения обязанности соблюдать конфиденциальность информации - как служебной, так и коммерческой - является трудовой договор, в том числе контракт, и гражданско-правовой договор (абз. второй п. 2). Но из существа дела следует, что такой суммарный подход является ошибочным, его надо дифференцировать.

Различаются обязанные лица - субъекты этих отношений и основания их возникновения. Служебная тайна есть предмет служебных взаимоотношений работника и организации. Поэтому субъектом обязанности соблюдать служебную тайну является физическое лицо - должностное лицо или работник, заключивший трудовой договор с организацией или состоящий с нею в иных служебных отношениях. Коммерческая тайна есть предмет взаимоотношений хозяйствующего субъекта со своим контрагентом по договору (обязанности может нести как сторона, получившая информацию

на условиях конфиденциальности, так и сторона, передавшая информацию на условиях неразглашения этой информации третьим лицам) или с третьим лицом, совершающим правонарушение в сфере экономического оборота. Поэтому субъектом обязанности соблюдать коммерческую тайну является хозяйствующее (физическое или юридическое) лицо, получившее информацию по гражданско-правовому договору на условиях сохранения ее конфиденциальности или совершившее деликт. Это — гражданско-правовое основание возникновения обязанности. Служебную информацию (это и есть «служебная тайна») не вправе разглашать физические лица (должностные лица и работники), которым она доверена. Эта обязанность имеет дисциплинарный характер. Коммерческую информацию не вправе разглашать хозяйствующие субъекты, получившие сведения на условиях соблюдения конфиденциальности. Обязанность физических и юридических лиц имеет гражданско-правовой характер. Тот же характер имеет обязанность воздерживаться от несанкционированного доступа к информации, составляющей коммерческую тайну.

Различна и ответственность в этих двух случаях. Статья 139 ПС РФ устанавливает ответственность лиц, незаконными методами получивших информацию, и работников, разгласивших эту информацию, а также контрагентов, разгласивших информацию вопреки гражданско-правовому договору (абз. второй п. 2). Отсутствие четкого разграничения ме-

251

## II. Объекты исключительных прав

жду служебной и коммерческой тайной совершенно запутывает вопрос об основаниях ответственности, ее субъектах и характере (возможность установления гражданско-правовой ответственности работников, нарушивших трудовой договор, более чем сомнительна).

Нарушение коммерческой тайны влечет за собой гражданско-правовую ответственность хозяйствующего субъекта, договорную или деликтную. Нарушение служебной тайны влечет за собой дисциплинарную ответственность, которая тоже может заключаться в возмещении убытков, даже в полном размере, но это должно быть специально предусмотрено законом.

Отдельные аспекты этой дифференциации прослеживаются по некоторым актам, посвященным специальным видам отношений. Так, Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг», содержащий особую главу о служебной информации (ст. 31-33), выделяет такую информацию прежде всего по субъектному критерию. Он устанавливает, что служебной информацией могут располагать члены органа управления организации, служащие организации и служащие государственных органов, имеющих контрольные, надзорные или подобные функции. Соответственно как основание возникновения обязанности для этих лиц Закон предусматривает служебное положение, трудовые обязанности или договор (последнее сомнительно: гражданско-правовой договор не может быть таким основанием для служебной тайны). Иначе говоря, существенным признаком служебной тайны он считает вид субъекта, которым должно быть физическое лицо, получившее информацию в силу трудовых или иных служебных отношений.

В целом же проблема служебной и коммерческой тайны нормативными актами пока не решена.

Нормы ПС РФ и специального законодательства, касающиеся служебной и коммерческой тайны, крайне несовершенны. Доктрина информационной безопасности Российской Федерации, утвержденная Президентом Российской Федерации 9 сентября 2000 г., предусматривает разработку и принятие нормативных правовых актов Российской Федерации, устанавливающих ответственность юридических и физических лиц за несанкционированный доступ к информации, неправомерное использование служебной информации или информации, содержащей коммерческую тайну.

Соответственно должны быть усовершенствованы и действующие акты.

Секреты промысла нужно отличать еще от одной категории - от секретной информации, составляющей государственную тайну . Разгра-

1 См. Закон Российской Федерации от 21 июня 1993 г. «О государственной тайне» (с последующими изменениями).

252

## Понятие секрета промысла («ноу-хау»)

ничение проходит по ряду позиций, здесь важно отметить прежде всего разницу в правовых режимах. Владелец «секрета» промысла может сам, по своему усмотрению распорядиться принадлежащими ему данными и правами на них; в отношении секретной информации ее владелец ограничен в правах и несет обязанности перед государством, нарушение этих обязанностей влечет за собой уголовную ответственность, самый перечень таких сведений устанавливается государством<sup>1</sup> и т.п. Весь правовой режим «секрета» здесь совершенно иной.

## 3. Субъект права на секрет промысла

Субъект права на секрет промысла обладает рядом существенных особенностей, которые

определяются в основном характером объекта. Эти особенности заключаются прежде всего в наборе субъектов и их круге - в возможной множественности правообладателей и в отсутствии среди них фигуры автора.

Во-первых, содержательный объект может быть создан независимо друг от друга разными лицами и, регистрационной системы закрепления права не существует, поэтому первоначальное право на один и тот же или аналогичный объект может одновременно и независимо друг от друга принадлежать нескольким лицам. Иначе говоря, возможна множественность правообладателей на один и тот же объект, имеющий нематериальный характер. Такие обладатели прав на секрет промысла фактически взаимозависимы, хотя прямая юридическая связь между ними отсутствует. Эта важнейшая черта правового режима будет подробнее рассмотрена несколько позже.

Во-вторых, если допустимо закрепление первоначального имущественного права на решение одновременно за несколькими лицами, то права авторства на это решение нет, существует только «авторство» в бытовом, а не юридическом смысле, принадлежащее каждому из создателей достижения. Ни один из создателей не имеет права авторства, которое может принадлежать только одному лицу, поскольку оно относится к абсолютным правам.

Более того, в некоторых случаях у секрета промысла вообще может не быть автора или он может оказаться неустановимым - особенно когда итоговое решение представляет собой результат коллективных последовательных усилий разных лиц в течение продолжительного времени. Это наиболее очевидно, когда объектом секрета промысла является не новое решение, а знание, опыт и навыки, накопленные годами.

1 См Указ Президента Российской Федерации от 30 ноября 1995 г. № 1203 в ред. Указа от 24 января 1998 г. № 61 // СЗ РФ. 1995. Х° 49. Ст. 4775; 1998. № 5. Ст. 561.

253

## II. Объекты исключительных прав

Создателю такого объекта вообще не принадлежат неимущественные права. Личные неимущественные права могут быть связаны только с обозначением субъекта предпринимательской деятельности, они относятся к имущественному обороту вообще, но не к секрету промысла. Обладателю права на секрет промысла принадлежат исключительные права, которые имеют имущественный характер<sup>1</sup>.

«Авторство» уже не может быть исходной точкой отсчета имущественных прав - основания закрепления первоначальных имущественных прав (права на использование решения и на распоряжение правом) иные. В отсутствие права авторства первоначальное право закрепляется не за лицом, реально получившим результат, а за субъектом, которому принадлежит ресурс, благодаря которому этот результат создан, т.е. за субъектом, в личную сферу которого входит этот материальный, кадровый, организационный и т.п. ресурс.

В-третьих, первоначальным обладателем имущественных прав на секрет промысла может быть не только физическое, но и юридическое лицо, хотя это не очень обычно для прав на результаты не только творческой, но и интеллектуальной деятельности. Первоначальное право не обусловлено творческой деятельностью его носителя, поскольку творчество не составляет необходимого признака объекта.

Статус носителя этого права (но уже не первоначального) может переходить по правопреемству, разумеется, если правопреемник принимает меры по охране конфиденциальности.

### **4. Правовой режим секрета промысла. Права и обязанности**

Права, составляющие секрет промысла, основаны на правах личности, на таком элементе личной тайны (ст. 23 Конституции Российской Федерации), как тайна внутреннего мира личности, которая распространяется не только на граждан, но в известной мере и на организации. Только обладатель секрета промысла имеет право на сообщение сведений, относящихся к его личной сфере, третьим лицам, только он может их использовать и распоряжаться ими. Поэтому правомочия обладателя секрета промысла включают в себя право использовать решение, возможность распорядиться этим правом использования и возможность раскрыть секрет промысла. Остановимся на каждом из этих правомочий.

Права на секреты промысла - это одна из разновидностей исключительных прав; как правовой институт юс лучше было бы называть в

1 См.: Дозорцев В.А. Понятие исключительного права // Юридический мир. 2000. № 3 и 6.

254

Понятие секрета промысла («ноу-хау»)

современных условиях «интеллектуальные права», термин «интеллектуальная собственность» для гражданского права представляется неудачным<sup>1</sup>.

В действующем законодательстве четко не называются правомочия правообладателя (как это сделано, например, в п. 1 ст. 209 ПС РФ в отношении права собственности), не говоря уже о раскрытии их содержания. Но косвенно их можно вывести из некоторых положений закона. Так, в ст. 151 Основ гражданского законодательства говорится, что лицо, самостоятельно и добросовестно получившее информацию, вправе использовать ее без каких-либо ограничений. Из этого следует существование права на использование секрета промысла. Используется само решение. Использование секретов промысла характеризуется теми же фактическими действиями, которые установлены для других содержательных объектов исключительных прав, например для изобретений. Использование может осуществить только сам правообладатель, правомочие использования нельзя осуществлять по поручению или с помощью третьего лица, последнему может быть только предоставлено право использования. Взаимоотношения с третьими лицами правообладатель устанавливает и меняет не путем установления запрета, а путем распоряжения правом использования - отчуждения права или выдачи разрешения на использование. Второе правомочие заключается в возможности распорядиться правом использования (в отличие от объекта использования объектом распоряжения является уже не сам секрет промысла, а именно право на него). Статья 151 Основ устанавливает право обладателя секрета промысла «на защиту от незаконного использования». Аналогичную и даже несколько более развернутую формулу содержит Соглашение СССР-США, которое устанавливает, что «присвоение, раскрытие и применение торгового секрета без согласия владельца торгового секрета является незаконным». Это значит, что правообладатель вправе выдать разрешение, т.е. распорядиться своим правом, в этом случае использование будет законным.

Существуют две формы такого распоряжения, характерные для всех исключительных прав на нематериальные объекты. Первая - это передача права, его отчуждение, когда право у прежнего правообладателя прекращается и возникает у нового, а вторая - это предоставление права использования, иначе говоря, разрешение использовать, осуществляемое в виде выдачи лицензии, когда весь объем прав, остающихся за рамками лицензии, сохраняется у правообладателя-лицензиара.

1 См.: Дозорцев В.А, Понятие исключительного права // Юридический мир. 2000. № 3 и 6. 255

#### 11. Объекты исключительных прав

Но у правообладателя есть еще одно право, содержащее как имущественный, так и неимущественный элемент, имеющее промежуточный характер. Это третье правомочие не имеет аналога у других исключительных прав, оно основано на специфическом условии предоставления охраны именно секретам промысла, на требовании неопределенности, присущем только праву на секрет промысла. Это правомочие заключается в возможности раскрыть сведения о секрете промысла третьим лицам (упоминание о такой возможности содержится в приведенном выше фрагменте из Соглашения СССР-США) Оно тоже имеет две формы. Правообладатель может сообщить эти сведения определенному лицу или лицам на условиях сохранения конфиденциальности, не сделав их доступными неопределенному кругу лиц, например при выдаче им лицензии, а может и распространить эти сведения среди неопределенного круга лиц, раскрыть их, сделав общедоступными. В первом случае секрет промысла сохраняется и продолжает охраняться, личное неимущественное право сообщения сочетается с правом распоряжения, а во втором случае право на секрет промысла прекращается, решение становится общедоступным.

Однако исключительное право обладателя секрета промысла имеет и другую существенную особенность, связанную уже с его осуществлением, обусловленную возможной множественностью правообладателей. Каждый из правообладателей имеет право самостоятельно и независимо от другого осуществлять принадлежащие ему права (прежде всего это относится к использованию секрета промысла). Каждый из них вправе также самостоятельно и независимо от другого распорядиться принадлежащим ему правом - произвести отчуждение принадлежащего ему права или выдать на него лицензию. Такое осуществление права никак юридически не затрагивает права других правообладателей. Правообладатель может самостоятельно и независимо от других опубликовать сведения о секрете промысла, хотя это уже приведет к прекращению не только его собственного права, но и прав всех обладателей права на тот же объект, ибо прекратятся общие условия для существования права.

Значит, за обладателем секрета промысла закрепляется своеобразное исключительное право, не являющееся при этом абсолютным, это - квазиабсолютное право, которое может принадлежать одновременно нескольким лицам. Такое исключительное право является чисто гражданско-правовой

категорией.

Подвода итог, приходится сделать некоторые общие выводы. Сам обладатель права на секрет промысла может вполне свободно совершать в отношении его все возможные действия, а третьи лица не могут осуществлять такие действия без разрешения правообладателя. За обла-

256

Понятие секрета промысла («ноу-хау»)

дателем секрета промысла закрепляется право его использования в практической деятельности и право распорядиться таким использованием - выдать на него лицензию, предполагающую сообщение секрета промысла определенному лицу на условиях сохранения его в тайне последним, вообще произвести отчуждение своего права, равно как и право разгласить секрет промысла неопределенному кругу лиц, тем самым прекратив право. Это последнее правомочие несвойственно другим исключительным правам, которым неизвестно сохранение объекта в секрете. Никаких ограничений для обладателя права на секрет промысла не установлено.

Третьи лица не могут без согласия обладателя секрета промысла знакомиться с его содержанием, проникать в его тайну, не могут раскрывать его третьим лицам, не могут применять его в практической деятельности. Лицо, самостоятельно и добросовестно получившее информацию, вправе использовать ее без каких-либо ограничений. Всякий добросовестный обладатель сведений о решении вообще вправе его свободно использовать, для него никакие ограничения не действуют. Значит, обладатель секрета промысла получает своеобразное исключительное право, не являющееся при этом абсолютным.

Правообладателю не требуется никакого права запрещать третьим лицам осуществление принадлежащих ему прав (в частности, использования секрета промысла) в каждом отдельном случае, такой запрет в общей форме изначально установлен законодательством.

##### **5. Возникновение, прекращение и переход права. Действие права на секрет промысла**

Права на нематериальные результаты интеллектуальной деятельности и на материальные объекты, в том числе на результаты материального производства, возникают по совершенно разным основаниям, не совпадает и порядок возникновения прав. В материальной сфере действует презумпция существования абсолютного права на вещь и принадлежности этого права ее владельцу - в силу ограниченности этой вещи в пространстве. Иное требует специального указания в законе (см., например, ст. 221 ГК РФ). Напротив, в нематериальной сфере действует обратная презумпция - отсутствия абсолютного права на результат духовной деятельности и существования свободы использования. Закрепление прав требует каждый раз специального основания. Нематериальный объект не ограничен в пространстве, и его натуральные свойства допускают одновременное использование неограниченным кругом лиц. Свободу использования исключают прежде всего специальные системы охраны, такие, как авторское право, патентное право, товарно-знаковое

257

П. Объекты исключительных прав

право. Основаниями для ее ограничения служат также статус и свойства личности, правила о соблюдении тайны личной сферы. При отсутствии этих изъятий действует общий принцип свободы использования. Поэтому для двух видов результатов - материальных и интеллектуальных - действуют принципиально разные правовые системы закрепления

^ Основанием возникновения субъективного права на нематериальный результат интеллектуальной деятельности являются обстоятельства, предусмотренные традиционным законодательством об отдельных видах исключительных прав - авторским правом, патентным правом и т.п. Там, где такие основания не установлены, охрана действует в соответствии с принципом неприкосновенности личной сферы - основанием ее возникновения является неизвестность сведений неопределенному кругу лиц. О намерении обладателя получить охрану свидетельствует принятие им мер по сохранению этих сведений в секрете. Именно так обстоит дело с секретами промысла.

Основания закрепления права могут быть первоначальными и производными. Традиционное первоначальное основание возникновения прав на результаты творческой деятельности - право авторства. На секреты промысла права авторства не существует, оно свойственно только тем системам охраны, где объект выделяется по внешним признакам. Создатели секрета промысла не имеют права авторства, часто их персональный личностный состав неопределим, например когда его содержание составляют опыт и навыки или объект вообще не является результатом творческого труда. Поэтому право закрепляется за тем, чей ресурс - материальный и интеллектуальный - был использован при создании результата. Общее правило гражданского права заключается в том, что право закрепляется за обладателем такого ресурса. Единственное исключение закон устанавливает

для произведений, которые имеют автора, поскольку творческий труд рассматривается как основной, преобладающий и все перевешивающий ресурс. Для секретов промысла этот ресурс не существует, а потому закон никакого исключения не устанавливает, действует общее правило. Если секрет промысла создан физическим лицом, оно и является первоначальным обладателем права. Это право может перейти другому лицу, допускается его переуступка и до создания объекта. Если секрет промысла создан по трудовому договору, первоначальное право закрепляется за работодателем, которому принадлежит и ресурс рабочей силы работника. При создании секрета промысла по гражданско-правовому договору первоначально принадлежит исполнителю по договору (физическому или юридическому лицу соответственно), а право, пере-

258  
Понятие секрета промысла («ноу-хау»)

ходящее по договору к заказчику, является производным; такой переход предусмотрен, например, п. 1 ст. 772 ГК РФ.

Моментом возникновения прав на секрет промысла является его создание. Этот принцип уже применяется действующим законодательством для прав, не требующих регистрации, например в авторском праве. Момент прекращения прав на секрет промысла определяется не каким-либо заранее определенным сроком, а условиями действия охраны - его необщедоступностью для неопределенного круга лиц. В соответствии с внутренней логикой системы секрета промысла ст. 151 Основ гражданского законодательства установлено: «Срок охраны ноу-хау ограничивается временем действия названных условий» (необщезвестности, необщедоступности, оборотоспособности)<sup>1</sup>.

Права сохраняются в течение всего времени действия указанных условий, они прекращаются, как только перестают существовать такие условия, это может произойти через очень короткий срок, но их действие может продолжаться и сколь угодно долго. Никакого заранее определенного срока действия права на секрет промысла, как бы он ни исчислялся (как в авторском праве или как в патентном праве), установить нельзя - при всех условиях он был бы неработоспособен.

Спор о действии прав на секрет промысла может быть предметом судебного разбирательства.

Как уже отмечалось ранее, права на секрет промысла, как и права на другие результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, могут переходить другим лицам (в результате переуступки) или предоставляться им (по выданной лицензии).

Достаточно своеобразно решаются и вопросы о действии права по лицам и в пространстве. Прямых нормативных указаний по этим вопросам не существует, но на их решение влияет ряд объективных факторов.

Как уже отмечалось, права на один и тот же (или аналогичный) секрет промысла могут одновременно и вполне самостоятельно принадлежать разным лицам, т.е. может существовать множественность независимых друг от друга правообладателей на один и тот же объект. Это значит, что каждому из них принадлежит вполне самостоятельное право использовать секрет промысла, право распорядиться использованием секрета промысла (произвести отчуждение принадлежащего ему права или выдать на него лицензию) и даже разгласить данные, составляющие секрет промысла, прекратив тем самым право не только для себя, но и для всех других обладателей права на тот же самый объект. Такие пра-

Это вполне соответствует тексту Соглашения СССР-США, которое гласит: «Срок охраны торговых секретов будет ограничен временем действия вышеприведенных условий».

259

П. Объекты исключительных прав

вообладатели не имеют видимых юридических связей друг с другом, но их внутренняя связь ясно проявляется именно при осуществлении права разглашения сведений.

Самостоятельность правообладателей проявляется и при защите нарушенного права - каждый из правообладателей осуществляет меры по защите права сам за себя.

Ряд проблем, касающихся действия права по лицам и в пространстве, возникает при участии иностранного элемента.

В соответствии с п. 2 ст. 1 и ст. 2 Парижской конвенции по охране промышленной собственности граждане каждой страны образованного ею Союза пользуются во всех других странах - членах Союза национальным режимом. Значит, иностранцы пользуются теми же правами на секреты промысла, что и российские субъекты права. При этом остается только разобраться с действием российского права в пространстве.

При отсутствии международного договора действует общий принцип территориального действия закона. На территории России применяется только ее национальное, но не иностранное



законодательство, права, установленные за границей, у нас не имеют силы. Российское законодательство распространяется на использование секретов промысла и совершение с ними иных действий на территории Российской Федерации. Права на секреты промысла, действующие в России в соответствии с ее внутренним законодательством, не действуют за ее пределами, а права, действующие за границей, не действуют на территории России. Никаких международных соглашений, устанавливающих изъятие из этого принципа, не существует. При этих условиях правильно было бы прямо установить принцип действия закона места применения права - это значительно шире, чем закон суда.

Принцип действия закона места применения права включает в себя несколько аспектов. Обстоятельства, связанные с объектом, не могут иметь значения для определения применимого права. Ввиду нематериального характера объекта он не имеет «местонахождения», руководствоваться местом создания объекта или местом возникновения права на него при отсутствии его регистрации также невозможно.

Иначе с субъектами. На иностранного субъекта действие российского права о секретах промысла распространяется, если он на территории России имеет действительные и серьезные предприятия (формула, используемая в ст. 3 Парижской конвенции) или совершает сделки по отчуждению прав на секрет промысла или по выдаче на них лицензий. В этих случаях он имеет возможность использовать секрет промысла на территории Российской Федерации, передает или предоставляет право использования такого секрета в интересах российской экономики. Точно так же

260

Понятие секрета промысла («ноу-хау»)

к охране прав иностранных субъектов должен применяться российский закон, если нарушение произошло на территории России, - деликт более всего вероятен при нахождении иностранного предприятия на территории России, а договорное нарушение - при использовании секрета промысла в России по заключенному на ее территории договору.

Действие закона места применения права вовсе не означает, что не учитываются факты, имевшие место за границей, - если национальное законодательство придает им правовое значение. Подход к разным условиям охраны (известности, доступности и оборотоспособности) с этой точки зрения должен быть дифференцирован.

При определении известности подлежат учету факты, имевшие место как в нашей стране, так и за границей. Современные системы информации исключают иной подход, известность должна определяться по мировым данным. Критерием доступности является осуществление мероприятий по предотвращению несанкционированного доступа только в России, но не в других странах. Они кроме прочего есть выражение воли осуществлять охрану секрета промысла, и именно в России, здесь действует принцип локальности. Нет оснований распространять действие российского законодательства на случаи, когда в России нечего охранять или сам эвентуальный правообладатель не стремится осуществлять меры по предотвращению несанкционированного доступа. Точно так же оборотоспособность подлежит установлению по локальным данным, требуется действительная или потенциальная коммерческая ценность именно на российском рынке, ситуация за рубежом может не приниматься во внимание.

Что касается осуществления прав на секрет промысла, то нужно различать использование секрета промысла самим правообладателем, распоряжение правом по договору и внедоговорную защиту права от нарушения.

Использование секрета промысла на территории России осуществляется в соответствии с российским законодательством. Точно так же российское законодательство определяет порядок и условия распространения данных о секрете промысла ~ для всеобщего сведения и для сообщения их определенным лицам. Если право использования передано по договору, то должно действовать законодательство, применимое к этому договору. Если нарушение права произошло вне действия договора, имел место деликт, то должно применяться право места совершения правонарушения, т.е. российское право, при этом учитываются только деликты, совершенные в России. Охранять иностранных граждан в соответствии с их внутренним законодательством на территории Российской Федерации было бы неправильно.

261

## II. Объекты исключительных прав

Представляется, что указанные правила соответствуют общим началам международного права, отвечают нашим национальным интересам и вполне реалистичны, они учитывают специфику секрета промысла как объекта и прав на него. Более подробно эти общие принципы могут быть

воплощены в специальном законе.

С охраной секретов промысла часто связывают вопрос о пресечении недобросовестной конкуренции. Это не вполне обоснованно. Но так или иначе в соответствии с Парижской конвенцией (п. 1 ст. 2) и на иностранцев - граждан и юридических лиц - по этому вопросу распространяется национальный режим.

## **6. Защита права на секрет промысла**

Защита прав на секреты промысла представляет собой важнейший элемент их правового режима, она раскрывает характер закрепляемых законодательством прав и обязанностей. И в этой связи исходное значение приобретает определение юридической основы такой ответственности.

Соглашение СССР-США, предусматривая защиту «торговых секретов», говорит, что такая защита есть составная часть «защиты от недобросовестной конкуренции» и осуществляется в соответствии с Парижской конвенцией - с положениями ст. 10-bis («Недобросовестная конкуренция») и ст. 10-ter («Товарные знаки, фирменные наименования, ложные указания, недобросовестная конкуренция; средства защиты, право обращаться в суд»). Может даже создаться впечатление, что Соглашение считает способом защиты прав на секреты промысла меры, предусмотренные законодательством о недобросовестной конкуренции, а сами права на секреты промысла - элементом законодательства о предотвращении недобросовестной конкуренции.

Это впечатление основано на ряде недоразумений. Надо различать права и способы их защиты, недобросовестная конкуренция - это только способ защиты прав, а не сами права, притом защищаемые права отличаются от прав на секреты промысла (впрочем, как и от других интеллектуальных прав). Но даже если говорить только о способах защиты, законодательство о предотвращении «недобросовестной конкуренции» как таковое не выполняет этой функции в отношении защиты прав на секреты промысла.

Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (в редакции на 2 января 2000 г.) устанавливает, что он «не распространяется на отношения, связанные с объектами исключительных прав, за исключением случаев, когда соглашения, связанные с их использованием, направлены

262

Понятие секрета промысла («ноу-хау»)

на ограничение конкуренции» (п. 2 ст. 2). Это исключение относится, например, к случаям, когда договор о выдаче лицензии содержит правила, противоречащие антимонопольному законодательству. Представление о распространении антимонопольного законодательства на отношения, касающиеся секретов промысла, во всех остальных случаях не соответствует тексту закона, хотя все исключительные права устанавливают своеобразную «легальную монополию». Закон прямо предусматривает виды деятельности, которые он рассматривает как монополистические, как недобросовестную конкуренцию (ст. 4, 5, 6, 10), и в их число он не включает нарушение прав на секреты промысла. Более того, он не предусматривает и не может предусматривать никаких специальных средств защиты права на секреты промысла от их неправомерного разглашения и сообщения третьим лицам. Он предусматривает такие средства только в отношении монополистической деятельности<sup>1</sup>.

Защита прав на секреты промысла осуществляется средствами гражданского права. Статьей 151 Основ гражданского законодательства прямо установлено, что обладатель «секрета производства» имеет право на защиту от его незаконного использования. К способам защиты гражданских прав в соответствии со ст. 12 ГК РФ относятся прежде всего восстановление положения, существовавшего до нарушения; пресечение действий, нарушающих право; возмещение убытков; компенсация морального вреда. Именно эти (иногда и некоторые другие, названные в ст. 12 ГК РФ) гражданско-правовые средства используются для защиты прав на секреты промысла от нарушений. О возмещении убытков нарушителем обладателю права на секрет промысла прямо говорится в ст. 151 Основ гражданского законодательства, однако это не исключает других средств защиты.

<sup>1</sup> Закон о конкуренции и ограничении монополистической деятельности определяет только формы недобросовестной конкуренции (ст. 10), но не устанавливает специальных последствий неправомерных действий с информацией (равно как и с результатами интеллектуальной деятельности), запреты антимонопольного органа в этом случае ничего дать не могут. Более того, самый состав нарушения определен крайне неудачно. Статья 10 рассматривает как недобросовестную конкуренцию «получение, использование, разглашение научно-технической, производственной или торговой информации, в том числе коммерческой тайны, без согласия ее владельца». Подобные действия в отношении коммерческой тайны действительно являются

нарушением. Что же касается всякой прочей информации, никак специально не охраняемой, такие действия вполне правомерны и нарушением, в том числе недобросовестной конкуренцией, вообще не являются. Отнесение «недобросовестной конкуренции», являющейся деятельностью, к результатам деятельности - вообще недоразумение и стало возможным в условиях, когда отношения еще не стали достаточно развитыми и понятие секрета промысла и способов его защиты еще недостаточно четко сформировалось. Эта категория могла бы претендовать на отнесение к способам защиты, хотя в конце концов выяснилось, что она не выполняет и этой функции.

263

## II. Объекты исключительных прав

Основанием для гражданско-правовой ответственности может быть нарушение договора или внедоговорное нарушение - деликт. Договорные нарушения касаются в первую очередь лицензионных договоров - на них распространяются все общие правила об ответственности за нарушение договорных обязательств. Исходя из особенностей данного обязательства можно только считать неприменимым положение п. 3 ст. 401 ГК РФ об ответственности независимо от вины при осуществлении предпринимательской деятельности.

Специальных указаний по этому поводу закон пока не содержит, поскольку в нем вообще не регламентированы такого рода договоры, но это вытекает из существа отношений. Внедоговорная защита подчинена общим правилам о деликтах.

Однако гражданско-правовая ответственность за нарушения прав на секреты промысла обладает рядом особенностей, обусловленных спецификой объекта и его правового режима. Основанием для защиты правообладателя является нарушение его прав, для секрета промысла понятие нарушения строится иначе, чем для традиционных интеллектуальных прав. Для формализованных в соответствии с законом объектов (роль такой формализации может играть форма самого результата, как в авторском праве, или особые искусственные приемы формализации - выделения содержательного результата, как в патентном праве) действует презумпция недобросовестности их использования третьими лицами, если иное прямо не установлено договором с правообладателем или законом. Отсюда - ответственность независимо от вины.

В отличие от этого для секретов промысла, как неформализованных результатов интеллектуальной деятельности, действует принцип свободы использования и соответственно презумпция добросовестности пользователя, если специально не будет доказан факт нарушения им условий охраны, установленных законом.

Восстановление в натуре положения, существовавшего до нарушения, исключается - разглашение сведений безвозвратно, изъять их как нематериальный объект из сознания невозможно. Если сведения стали известны, хотя бы неправомерно, то никаких мер, превращающих их в неизвестные, не существует, независимо от того, что они стали известными неправомерно. Практически защита интересов может заключаться только в возмещении убытков и в запрете продолжать нарушение.

Но и такая защита является суженной, она может применяться только к ограниченному кругу субъектов. Нарушителей можно подразделить на группы в зависимости от их положения в системе отношений. К первой группе относятся лица, непосредственно неправомерно вторгшиеся в сферу правообладателя, первичные нарушители. Ко вто-

264

## Понятие секрета промысла («ноу-хау»)

рой - лица, использовавшие результаты этого нарушения, вторичные нарушители. Первичный нарушитель во всех случаях должен нести ответственность, которая заключается в запрете продолжения использования и в обязанности возмещения убытков. То же относится и к пользователю, который знал или должен был знать о неправомерности передачи ему сведений, т.е. к недобросовестному пользователю.

Иное положение - для «добросовестного» пользователя, которое отличается даже от положения «добросовестного приобретателя». Он не может быть привлечен к ответственности. Абсолютной защиты у правообладателя нет. Ответственность перед ним несет только виновное в нарушении лицо, во всяком случае только лицо, действовавшее недобросовестно. Присущей абсолютным правам невиновной ответственности здесь нет.

Среди видов нарушений Соглашение СССР-США называет «присвоение, раскрытие и применение торгового секрета». Статья 151 Основ гражданского законодательства прямо говорит только о «незаконном использовании», однако подразумевает и другие возможные виды нарушений.

Присвоение секрета промысла - достаточно широкая и аморфная категория, охватывающая все правомочия правообладателя. Если ее как-то выделять, то можно сказать, что она означает

провозглашение себя правообладателем, - а это вне конкретных правомочий недостаточно определено.

Из конкретных правомочий первичным является право раскрытия сведений о содержании секрета промысла третьим лицам, основанное на тайне личной сферы. Поэтому неправомерным является только несанкционированный, а не всякий доступ к информации. При нарушении этого права восстановить положение, существовавшее до нарушения, в натуре уже не удастся, можно только взыскать убытки с нарушителя, предъявив к нему требования обязательственного характера.

Если определенному лицу раскрыты сведения, сообщенные по договору на условиях конфиденциальности, имеет место договорное нарушение. Лицо, получившее сведения от правообладателя по договору на условиях сохранения конфиденциальности, должно считаться передавшим эти сведения третьему лицу неправомерно, даже если оно располагало ими до того самостоятельно.

Восстановление прежнего положения невозможно и в случае раскрытия секрета промысла неопределенному кругу лиц, когда действие права прекращается. В обоих случаях остается только взыскание убытков, исчисление размера которых может оказаться достаточно сложным.

Точно так же нарушение составляет несанкционированное проникновение в тайну секрета промысла. В случае, если полученные таким

265

## II. Объекты исключительных прав

образом сведения не раскрывались третьим лицам и не использовались самим нарушителем, есть основания только для компенсации морального вреда. Но моральный вред в соответствии с п. 3 ст. 1099 ГК РФ компенсируется независимо от возмещения убытков, хотя моральная составляющая может иметь достаточно высокий удельный вес.

Иначе говоря, если кроме морального вреда правообладатель претерпел и убытки, наряду с компенсацией можно потребовать и возмещения имущественного ущерба, - но все подлежит исчислению в денежной форме на кумулятивной основе.

Еще одно правомочие - это несанкционированное использование секрета промысла (представляется, что этот термин лучше, чем «применение»). Здесь возникает значительно больше проблем.

Использование стороной лицензионного договора за рамками лицензии надо рассматривать скорее как бездоговорное использование. Такое использование стороне договора вполне можно запретить и взыскать с нее убытки, исчислив их в соответствии со ст. 15 ГК РФ, и при определении упущенной выгоды учитывать полученные лицензиатом доходы.

То же относится и к случаю использования секрета промысла лицом, неправомерно проникшим в тайну его обладателя, равно как и лицом, недобросовестно его получившим, которое знало или должно было знать о неправомерном сообщении ему секрета промысла. Ему можно запретить продолжение использования и взыскать с него убытки в полном размере. Запрет дальнейшего использования может быть установлен только для нарушителей, но не для третьих лиц.

В ином положении находится лицо, добросовестно получившее конфиденциальные сведения от нарушителя прав - обладателя конфиденциальных сведений, не управомоченного на их передачу, независимо от того, нарушил ли последний свои договорные обязательства или совершил деликт.

Права на секрет промысла имеют не абсолютный, а ква-абсолютный характер, поэтому правообладатель не имеет защиты против лица, добросовестно получившего сведения. Последнее вправе свободно продолжать использование, запрещать ему дальнейшее использование нет никаких оснований, так же как и устанавливать для него какую-либо иную ответственность, его надо освободить от возмещения убытков правообладателю. Убытки могут быть взысканы лишь с лица, неправомерно снабдившего его соответствующими сведениями.

Ответственность пользователя - это забота об интересах правообладателя. Однако, рассматривая вопрос о такой ответственности, нужно помнить и об интересах рынка, необходимости обеспечения его стабильности, о правах всех вполне добросовестных участников рыночных отношений, осуществлявших использование вполне правомерно, когда

266

\_\_\_\_\_ Понятие секрета промысла («ноу-хау») \_\_\_\_\_

они не знали и не могли знать о правах другого лица. Нет никаких оснований лишать их права использования и тем самым пускать на ветер произведенные ими капиталовложения, а тем более взыскивать убытки. Использование для охраны такой особой правовой формы, как секрет промысла, налагает на обладателя права дополнительный риск.

Проблема в этом случае заключается в доказательстве факта недобросовестности. Беря за основу

сущность секрета промысла и его правового режима, было бы правильно исходить из того, что пользователь является добросовестным, он не знает и не должен знать о существовании у кого-то права на секрет промысла. Бремя доказывания иного лежит на правообладателе, утверждающем, что пользователь является нарушителем его права.

Нарушением является также несанкционированное распоряжение правом на секрет промысла, которое возможно лишь при неправомерном проникновении в тайну секрета промысла или выходе за рамки условий лицензионного договора (покупатель права на секрет промысла может им свободно распоряжаться без каких-либо ограничений). В этом случае возможно только взыскание с нарушителя убытков. Лица, использовавшие секрет промысла в результате неправомерного распоряжения, несут ответственность в случаях и в порядке, о которых говорилось выше.

Ответственность лицензиата при неправомерном нарушении им условия о соблюдении конфиденциальности может заключаться не только в возмещении убытков, но и в расторжении договора судом по требованию лицензиара, поскольку подобное нарушение договора лицензиатом может считаться существенным (п. 2 ст. 450 ГК РФ).

Условием ответственности за нарушение секрета промысла может быть только вина. Здесь проявляется отличие исключительного права от абсолютного, которому присуща ответственность, независимо от вины, когда достаточно только факта нарушения. Применение безвиновной ответственности исключается и в случае, предусмотренном п. 3 ст. 401 ГК РФ, подобно тому, как она неприменима и к обязательствам из причинения вреда. Но главное в том, что это определяется сущностью прав на секреты промысла; соответствующее правило надо прямо установить в законе, который будет регламентировать связанные с ними отношения.

Еще одна особенность ответственности за нарушение прав на секреты промысла заключается в том, что защита этих прав осуществляется каждым правообладателем отдельно и только в своих собственных интересах. Никакого представительства других правообладателей законом не предусматривается. При наличии нескольких самостоятельных

267

// . Объекты исключительных прав

правообладателей каждый из них должен предъявлять отдельное требование к нарушителю, притом только о своих собственных убытках - нарушитель не становится солидарным должником. Другой правообладатель вправе предъявить ему самостоятельное требование. Если какой-то из них такого требования не предъявил, его ущерб останется невозмещенным.

Условием защиты прав на секрет промысла является действие всех требований, которые необходимы для предоставления охраны. Если сведения, составляющие секрет промысла, стали общеизвестными, секрета промысла больше нет, не существует и прав, которые можно было бы защищать. Точно так же основанием для отказа в защите является непринятие необходимых мер по обеспечению конфиденциальности, хотя бы сведения еще не превратились в общеизвестные, а стали просто общедоступными (перестали применяться меры по охране их конфиденциальности). При непригодности сведений для экономического оборота проблем вообще не возникает.

Ответственность первичного нарушителя имеет безусловный и наиболее широкий характер. Допущенное им нарушение может иметь как договорный, так и внедоговорный характер, но он всегда виновен, и поэтому за нарушением всегда следует ответственность. Если нарушение заключается в неправомерной, вопреки договору или дисциплинарной обязанности, передаче секретов другому лицу или даже в их разглашении во всеобщее сведение (которое влечет за собой прекращение охраны), возможно только возмещение убытков (при дисциплинарной ответственности - в пределах, предусмотренных специальным законодательством), прекращение нарушения на будущее уже невозможно. Нарушение, заключающееся в неправомерном использовании, осуществляемом нарушителем, нужно рассматривать как деликт, последствием которого является как возмещение убытков, так и запрет дальнейшего использования. Неправомерное распоряжение правом тоже представляет собой деликт, влекущий возмещение убытков правообладателю. Самостоятельным видом деликта является несанкционированное проникновение в тайну секрета промысла, - если оно не сопровождается другими нарушениями, последствием будет компенсация морального вреда.

Иначе обстоит дело с ответственностью лица, получившего сведения из вторых рук. Оно не состоит с правообладателем в договорных отношениях, поэтому речь может идти только о его деликтной ответственности, которая в этом случае обладает существенной спецификой.

Во-первых, нарушение может заключаться только в неправомерном использовании, ни неправомерного разглашения, ни распоряжения, ни проникновения в тайну быть не может. Во-

вторых, само понятие

268

Понятие секрета промысла («ноу-хау»)

несанкционированного использования оказывается ограниченным. Приходится разграничивать лиц недобросовестных, которые знали или должны были знать, что сведения переданы им неправомерно, и добросовестных. Только первым может быть запрещено дальнейшее использование и с них могут быть взысканы убытки. Ко вторым, к лицам, получившим сведения добросовестно, нельзя применить запрет, с них нельзя взыскать и убытки - они вообще не допустили никакого правонарушения. Неправомерное сообщение секрета промысла не означает, что он получен неправомерно.

Если секрет разглашен во всеобщее сведение, охрана вообще прекратилась и использование бывшего секрета стало правомерным.

Договорное нарушение может быть совершено контрагентом, получившим сведения по договору на условиях сохранения конфиденциальности и тем не менее разгласившим эти сведения.

Нарушитель обязан возместить правообладателю убытки в полном размере в соответствии со ст. 15 ГК РФ. На тех же условиях несет ответственность лицо, совершившее гражданско-правовой деликт, - несанкционированное проникновение в тайну промысла. Лицо, обязанное соблюдать служебную тайну, несет ответственность в дисциплинарном порядке, предусмотренном трудовым или иным специальным законодательством, которое определяет и размер имущественной ответственности. Статья 139 ГК РФ устанавливает, что работники, разгласившие служебную тайну, обязаны возместить причиненные убытки.

## **7. Вопросы терминологии**

Общеизвестно, что терминология условна. Но она имеет существенное практическое значение, особенно в праве, где призвана обозначать реально значимые категории, за которыми следуют точно определенные права и обязанности. Лучше всего, когда термин раскрывает смысл обозначаемой категории, несет филологическую нагрузку, его доступность для понимания избавляет от многих недоразумений. Но термин может быть и нейтрален. Важно только, чтобы он не вводил в заблуждение, не порождал неправильные представления, не создавал эффект дезинформации. В частности, приходится учитывать уже сложившиеся словесные обозначения других категорий. Важно, чтобы термин не был более широким, чем охватываемое им понятие, или более узким и не находился в другой плоскости. Очень опасно и обозначение одной категории разными терминами, когда становятся неясными права и обязанности, следующие за их употреблением, равно как и обозначение разных категорий одним термином. Для одной категории в разных законах нередко используются отличающиеся

269

II. Объекты исключительных прав

термины, но это допустимо только в той мере, в какой они характеризуют ее с разных сторон.

Исходя из этих требований приходится констатировать, что удовлетворительного терминологического обозначения для новой категории, появившейся в нашей стране совсем недавно, когда в мире уже сложилась терминология и даже устоялись разные ее варианты (естественно, на иностранных языках), пока не существует. Чрезвычайно соблазнительно использовать уже устоявшиеся термины, но механический перевод с иностранных языков вообще недопустим, а для права он еще и опасен как создающий возможность смысловых неточностей.

В этой связи прежде всего надо различать официальную терминологию, используемую в законе, и бытовой, профессиональный жаргон, порою образный и выразительный, но не имеющий точного юридического содержания. Для рассматриваемой категории наибольшее распространение в мире получил термин «ноу-хау» («know how»). Это - английский термин, переводимый «знаю как [делать]»; он оказался удачно раскрывающим суть категории, четко обозначающим утилитарную направленность предлагаемых решений, их характер как рекомендаций к действию, притом безотносительно к сфере деятельности и профессии. Но это не официальный законодательный термин, а профессионализм, бытовой, профессиональный жаргон даже в стране происхождения, который оказался привлекательным и получил повсеместное распространение, в частности, потому, что, в отличие от официальных терминов, различающихся по странам, он по своему звучанию единообразен во всем мире.

Впервые термин «know how» появился в 1916 г. в США в решении по судебному делу «Дизенд против Брауна» и с тех пор стал широко применяться во всем мире, стал привычным. У нас «ноу-хау» является даже не смысловым переводом, а воспроизведением чисто фонетического звучания,

звукосочетанием, совершенно бессмысленным по-русски. Использование этого термина как неформального профессионализма, получившего хождение во всем мире, вполне правомерно, но профессиональный жаргон нужно четко отличать от официальной терминологии закона, как это делается и в США, законодательство которых использует термин «trade secret».

Запрещать применение профессионального жаргона неправильно и нереально, другое дело - его употребление в нормативных актах, в которых должна быть использована официальная терминология. Впрочем, обозначить в законе идентичность общераспространенного бытового термина официальному один раз, но не более, иногда полезно. В целом же в законе подлежит применению официальная терминология, несущая

270

Понятие секрета промысла («ноу-хау»)

несущая смысловую нагрузку по-русски. К использованию иностранных терминов в качестве официальных следует относиться с большой осторожностью.

Действующее законодательство использует в основном русскую терминологию. Она весьма разнообразна, но ни один из вариантов не может быть признан удачным.

В ст. 151 Основ гражданского законодательства говорится о «секрете производства» (очень широко в Основах употребляется и жаргонный термин «ноу-хау»). Те же слова употреблены и в ГК РФ (ст. 1032). Этот термин не отражает адекватно рассматриваемое понятие. Последнее не ограничивается рекомендациями только в области производства, как отмечалось, оно охватывает и другие сферы, такие, например, как организация, экономика и т.п. Сказанное полностью относится и к совершенно аналогичному термину «производственная тайна» Термин оказывается значительно уже понятия и не отражает тенденций развития.

Также трудно согласиться с термином «торговый секрет», использованным в русском тексте Соглашения СССР-США. Рассматриваемая категория касается не только торговли, она охватывает и любую другую профессиональную деятельность; кроме того, сведения в области торговли включают и чисто информационные данные, они касаются не только рекомендаций к действию. Поэтому термин оказывается в одном отношении слишком узок, а в другом - слишком широк.

В английском тексте Соглашения СССР-США эта категория обозначена как «trade secret». Если бы осуществлялся перевод с английского на русский, то говорить «торговый секрет» было бы ошибочно даже с языковой точки зрения.

«Trade» по-английски означает не только «торговлю», в зависимости от контекста это слово может иметь гораздо более широкое и даже иное содержание. Так, «trade union» переводится как «профессиональный», а не «торговый» союз. Именно термин «trade secret» в таком ином, более широком смысле использует и внутреннее законодательство США.

Не может считаться удачным для рассматриваемой цели и термин, используемый в Соглашении о торговых аспектах прав на интеллектуальную собственность (ТРИПС), заключенном в 1994 г. в рамках ВТО, - «закрытая информация». Он включает в себя и чистую информацию, а не только рекомендации к действию, и потому оказывается излишне широким. Использование терминологии международных соглашений в тех случаях, когда иное специально не оговорено в них самих, не может считаться обязательным для внутреннего законодательства, важно только применять предусмотренные в них категории по существу.

271

II Объекты исключительных прав

Не лишен двусмысленности и термин «профессиональная тайна», употребленный в проекте раздела V части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации. Он обычно ассоциируется со сведениями, сохранение которых в тайне предписывается специальными законами о ряде профессий, — «врачебная тайна», «банковская тайна», «адвокатская тайна» и т.п.<sup>1</sup> Ему уже принято придавать иное значение, чем требуется в данном случае.

Ошибочность обозначения рассматриваемой категории как служебной тайны или коммерческой тайны (ст. 139 ГК РФ) вытекает из сказанного выше об их различиях по существу. Служебная тайна охватывает значительно более широкое понятие, она включает в себя не только рекомендации к действию, но и сведения, имеющие чисто информационное значение. Она не обязательно должна иметь коммерческое значение, информация может закрываться по другим соображениям. Условием возникновения обязанности соблюдать конфиденциальность является трудовой договор, служебное положение, в том числе выполнение организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций и по иным, кроме договора, основаниям. Коммерческая тайна, которую надо отличать от служебной, тоже представляет собой более широкую категорию, чем

рассматриваемая, охватывая и сведения, имеющие чисто информационное значение.

Представляется, что наиболее удачным термином является «секрет промысла», в существующих нормативных актах вообще не употреблявшийся. При этом под «промыслом» следует понимать профессиональную деятельность в любой предпринимательской сфере, сведение его только к таким узким понятиям, как «горный промысел» или «народный промысел», ошибочно. Может показаться, что этот термин несколько архаичен, но само по себе это не недостаток, по существу он достаточно точно отражает содержание категории. И его неполная определенность является даже достоинством, поскольку в него может быть заложено нужное конкретное содержание. Во всяком случае он никого не вводит в заблуждение, не порождает неправильных представлений. Более удачной терминологии пока никто не предложил.

Поскольку законодательная формула еще не устоялась, сохраняется возможность достаточно безболезненно отказаться от неудачной терминологии и выбрать оптимальный вариант.

Необходимость исключить множественную терминологию для одной категории особенно очевидна.

1 См.: Труды по интеллектуальной собственности. Т. 1. Проблемы интеллектуальной собственности в Гражданском кодексе России: Материалы Международной научно-теоретической конференции. М., 1999. С. 95 и др.

272

Понятие секрета промысла («ноу-хау»)

## **8. Развитие законодательства о секретах промысла. Гражданский кодекс и специальное законодательство**

Как уже отмечалось, действующее законодательство, строго говоря, только обозначает категорию «секрет промысла», но надлежащей и сколько-нибудь систематической регламентации связанных с ней отношений не содержит. Можно обнаружить только несколько случайных, обрывочных норм. В условиях, когда секреты промысла приобрели гигантское значение для развития экономики, сопоставимое с традиционными объектами интеллектуальных промышленных прав, и даже получили более широкое распространение, чем эти последние, такое положение не может считаться нормальным. Срочно необходима законодательная система, определяющая их правовой режим. Указанная система должна строиться на тех же началах, что и все гражданское законодательство вообще и законодательство об интеллектуальных правах в частности. Гражданский кодекс должен определять эту систему в принципе, ее детали подлежат раскрытию и развитию в специальном законодательстве.

Сначала о Гражданском кодексе. В принципе кодификация должна осуществляться на основе уже действующего законодательства. Однако в порядке исключения, особенно когда практические потребности обуславливают необходимость срочной регламентации, накопился значительный опыт стабильно складывающихся на основе определенных принципов отношений, есть возможность проанализировать обширный зарубежный и международный материал, на Кодекс может быть возложена задача прокладывать новые пути для специального законодательства, а не только обобщать и направлять его. Такой опыт уже есть.

Включение положений о секретах промысла в Гражданский кодекс вполне правомерно и даже необходимо, несмотря на практически полное отсутствие регламентации по этому вопросу в действующем законодательстве. На основе уже сформулированных в нем принципиальных положений появится возможность развивать и детализировать их в специальном законодательстве достаточно интенсивно и целенаправленно.

Разумеется, при отсутствии детальной законодательной регламентации подготовка норм Кодекса усложнится, его стабильность, возможно, окажется меньшей, а вероятность коррективов - большей. Но наличие собственной практики, использование зарубежного и международ-

273

II. Объекты исключительных прав

ного опыта, анализ внутренней логики отношений позволят обеспечить необходимый для Кодекса уровень стабильности. Правильное соотношение Кодекса и специального законодательства повысит этот уровень.

По разным причинам получилось так, что проект Гражданского кодекса, подготовленный в Исследовательском центре частного права<sup>1</sup>, оказался содержащим сильно урезанный вариант регламентации правового режима секретов промысла, фрагментарный, а не системный и систематический, многие вопросы оказались вообще опущенными. Регламентацию надо строить по полной общей схеме, той же, что и для остальных видов интеллектуальных прав, все ее элементы - объекты, субъекты, права и обязанности, основания их возникновения и прекращения, переход и предоставление, направленные на них договоры, действие, осуществление, защита и ответственность за нарушение и т.п. -обладают существенной спецификой. Обрывочная



регламентация (из которой выпало даже полноценное определение понятия, содержащее его основные признаки) не позволит раскрыть эту специфику, и Гражданский кодекс не сможет выполнять в полном объеме лежащие на нем функции, он не сможет полноценно направить специальное законодательство. Все основные принципиальные вопросы должны найти отражение в Кодексе, детали могут быть раскрыты и развернуты в специальном законодательстве<sup>2</sup>.

Но принципиальные положения, которые могут быть включены в Гражданский кодекс, недостаточны как полноценная правовая база для организации практических отношений по поводу секретов промысла. Нужна еще, как и в других сферах экономических отношений, развер-

1 См.: Труды по интеллектуальной собственности. Т. 1. Проблемы интеллектуальной собственности в Гражданском кодексе России: Материалы Международной научно-теоретической конференции. М., 1999. С. 95-97 (гл. 65, ст. 1187-1193)

В текст проекта Кодекса вносились некоторые частные коррективы (последний вариант полного текста проекта см. в источнике, указанном в сноске 18), однако принципиально он остался неизменным.

2 Проект части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации (разд. V «Наследственное право» и разд. VI «Отношения в области международного частного права») внесен Президентом Российской Федерации на рассмотрение Государственной Думы (распоряжение Президента Российской Федерации от 19 июня 2001 г. № 324-рп). Раздел «Исключительные права (интеллектуальная собственность)», который первоначально содержался в проекте части третьей Гражданского кодекса, в соответствии с решением Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (от 28 августа 2000 г., протокол № 4) был выделен из нее, с тем чтобы после доработки и согласования составить заключительную, четвертую часть Гражданского кодекса (см. <http://www.privlaw.nm.ru/taform3,4.htm>).

Текст части третьей ГК РФ, внесенный Президентом Российской Федерации, 12 июля 2001 г. был принят Государственной Думой в первом чтении.

274

Понятие секрета промысла («ноу-хау»)

нутаая регламентация в специальном законе - всех необходимых положений Кодекс содержать не может. Часть материала специального закона будет иметь гражданско-правовой характер, а часть должна относиться к другим отраслям права, прежде всего административного, поэтому такой акт будет иметь комплексный характер. Этот закон, в частности, должен определять порядок принятия и оформления решений об отнесении конкретных сведений к секретам промысла, порядок информирования работников о таких решениях, порядок обозначения особого режима сведений для третьих лиц, критерии оценки стоимости секрета промысла, основания его переоценки, способы фиксации такой оценки, ее правовые последствия (при приватизации, банкротстве и т.п.), порядок постановки на баланс. В закон надо включить нормы о договорах по поводу секретов промысла, прежде всего о лицензионных договорах, о защите прав правообладателей (не только средствами гражданского права) и т.д. Материала для такого закона, не только гражданско-правового, более чем достаточно.

В настоящее время такого закона не существует. Частично его роль призван был выполнить Федеральный закон «О коммерческой тайне», принятый Государственной Думой 22 января 1999 г., одобренный Советом Федерации 10 февраля 1999 г. и совершенно обоснованно отклоненный Президентом Российской Федерации 23 февраля 1999 г. В отсутствие направляющих положений Гражданского кодекса специальный подробный закон не удалось построить на правильной, четкой и последовательной концептуальной основе. В нем допущен ряд ошибок, относящихся не только к коммерческой тайне вообще, но и к секретам промысла (именуемым в проекте «ноу-хау»), которым, в частности, посвящена специальная глава из пяти статей.

При отсутствии специальной регламентации в системе гражданско-правовых институтов - отсутствии регламентации интеллектуальных прав в ГК РФ - проект не сумел преодолеть трудностей, связанных с определением сущности секретов промысла как объекта и вытекающих из нее особенностей правового режима. Отсюда ошибочные положения о государственной регистрации секретов промысла, пусть добровольной, неосуществимые нормы о праве авторства на секрет промысла (ноу-хау) и правах авторов, специальные правила о «служебных» секретах промысла, о закреплении прав на секреты промысла и порядке их передачи и т.п. Проект неправильно решает и такой важнейший вопрос, как ответственность за нарушение прав на секрет промысла. Он не учитывает, что конфиденциальность сведений, ставших известными третьим лицам, пусть в результате случайности или ошибки, уже не поддается восстановлению, права на секрет промысла в этом случае прекращаются, лицо,

275

17. Объекты исключительных прав

добросовестно получившее такие сведения, не может нести ответственности или каких-либо обязанностей перед бывшим правообладателем.

В письме Президента Российской Федерации, отклоняющем Закон «О коммерческой тайне», совершенно правильно указывается, что «общие вопросы правового регулирования отношений в области «ноу-хау», являющегося особым видом интеллектуальной собственности, могут быть решены только в рамках части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» (курсив мой. - В. Д.). Названные и некоторые другие неправильные решения, содержащиеся в законе, являются следствием отсутствия регламентации в ГК РФ режима секретов промысла в системе других интеллектуальных прав.

Секреты промысла всегда занимали ведущее место в результатах интеллектуальной деятельности. Они являются предварительным условием^ оформления патента на изобретения, как правило, сопровождают такой патент, используются в случаях, когда патент на изобретение не оформлен или даже не может быть оформлен, применяются к неизмеримо более широкому кругу объектов. Особенно возросли их значимость и удельный вес в настоящее время, с качественным ростом роли результатов интеллектуальной деятельности в общественных отношениях. В этих условиях потребность в четком законодательном регулировании правового режима секретов промысла стала совершенно неотложной. Налицо и все предпосылки для безотлагательной подготовки полноценной системы законодательных актов о секретах промысла, включая Гражданский кодекс Российской Федерации и специальное законодательство.

Для выполнения этой задачи нужны только воля и настойчивость.

Печ. по: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2001. №7. С. 99-113; №8. С. 105-119.

Творческий результат: система правообладателей

### **III. Субъекты исключительных прав**

**Творческий результат: система правообладателей**

#### **Авторские, договорные, служебные и казенные права**

При зарождении правовой охраны результатов творчества, немногим более двухсот лет назад, система обладателей прав на эти результаты была достаточно элементарной. Правовое регулирование строилось во многом по традиционной модели, присущей сфере материального производства, без учета специфики интеллектуальной деятельности, которая в процессе развития все более настойчиво пробивает себе дорогу. Для прав на результаты материального производства решающее значение имеет право собственности на условия и предпосылки их создания. Для прав на результаты интеллектуальной деятельности решающее значение имеет другой фактор — труд создателя и его личность, особенно если объектом является результат творчества. Отсюда значительно более богатая система обладателей прав. Отличаются и основания перехода прав от одного субъекта к другому.

Интеллектуальные права<sup>1</sup> содержательно обладают существенными особенностями и значительно более разнообразны, чем права на ре-

<sup>1</sup> Традиционная терминология «интеллектуальная собственность» представляется неудачной, она влечет за собой смешение с правом собственности на материальные объекты, которое имеет совершенно другое юридическое содержание (см.: Дозорцов В.А. Понятие исключительного права // Юридический мир. 2000. № 3 и 6). Права на результаты творческой деятельности распадаются на две группы - личное неимущественное право авторства (не подлежащее обращению на рынке) и основанные на нем имущественные права, состоящие в товарном обороте, обозначаемые во всех актах действующего законодательства термином «исключительные права». Представляется, что в современных условиях, при широком развитии интеллектуальной деятельности есть все основания для введения и более широкого термина, охватывающего обе эти группы прав, - «интеллектуальные права» (термин «интеллектуальная собственность» не в состоянии выполнить подобную функцию). Это позволило бы различать более широкую категорию и более узкое понятие, относящееся только к имущественным правам. Использование разных терминов тем более обоснованно, что они относятся к почти совпадающим в экономическом обороте категориям, только характеризуют их с разных сторон - через характер и содержание прав (их «исключительность») или через свойства объекта, определяемые в большей мере его происхождением («интеллектуальность»). Как общий представляется предпочтительным более широкий термин - «интеллектуальные права», тем более что он обеспечивает тот же подход к родовой категории, что и традиционное

277

#### **III. Субъекты исключительных прав**

результаты материального производства. Они охватывают права на творческие результаты и на объекты, не обязательно требующие творчества. Будучи нематериальными, не ограниченными в пространстве, они могут быть использованы одновременно неограниченным кругом лиц. Способы распоряжения интеллектуальными правами включают в себя не только отчуждение прав, но и выдачу лицензий. Не все субъекты интеллектуальных прав обладают абсолютными правами, лицензиатам, например, принадлежат только обязательственные права. Круг субъектов шире, чем круг обладателей права. Традиционная модель построения охраны вызывает ряд трудностей. В частности, сложнее становится установление справедливого баланса прав и интересов разных участников процесса, отсутствие которого грозит превратиться в тормоз дальнейшего развития. Права на новый вид ценностей - результаты интеллектуальной деятельности, - широко вошедших в экономический оборот, представляют интерес для самых разных его участников: авторов, их работодателей, инвесторов (в частности, такого специфического инвестора, как государство), пользователей, разного рода посредников и т.д. Временами вопрос о распределении прав между отдельными участниками экономического оборота становится особенно острым и приобретает форму борьбы за определение в законе оснований возникновения прав каждого из них.

На определенных этапах интересы некоторых участников приобретают особое значение. Развитие производительных сил и общественных отношений привело к тому, что служебные результаты доминируют во многих важнейших сферах; создание, например, изобретений на индивидуальной основе стало достаточно редким. Права на служебные результаты в Российской Федерации приобрели особую значимость в связи с переходом к рыночной экономике, сейчас они строятся по аналогии с правами на результаты материального производства, но там другая система правообладателей. Последствия такой аналогии порой достаточно тревожны, происходит путаница в отличающейся системе правообладателей, появляется опасность нарушения баланса их интересов. наименование отдельных ее разновидностей - «художественные права», «промышленные права» и т.п.

«Интеллектуальные права» включают в себя как права на результаты творческой деятельности

(произведения, охраняемые авторским правом, результаты исполнительства, изобретения, селекционные достижения и т.п), так и права на другие нематериальные результаты умственного труда, при создании которых творчество не обязательно (фирменные наименования, товарные знаки, наименования места происхождения товаров, секреты промысла, известные как «ноу-хау», и т.п.).

278

\_\_\_\_\_ Творческий результат; система правообладателей \_\_\_\_\_

Весьма острым стал вопрос и о «казенных» результатах, созданных за счет государственного бюджета - «казны» (ч. 2 п. 4 ст. 214 ГК РФ). О важности и остроте проблемы свидетельствует ряд нормативных актов<sup>1</sup>. Взаимоотношения с государством, хотя и строятся в принципе на гражданско-правовой основе, не могут не обладать рядом существенных особенностей - его права, как правило, имеют очень большую ценность.

Статус правообладателей определяется двумя основными моментами - основаниями возникновения права и его содержанием. Эти два момента и подлежат первоочередному рассмотрению применительно к каждому их виду.

Попытки решения частных задач по каждому звену цепочки правообладателей обособленно не могут дать нужный эффект. Необходима общая система, обеспечивающая баланс интересов всех основных участников экономического оборота. Систему нужно строить как единое целое, последовательно - от начала и до конца, от первого и до последнего звена цепочки, тем более что в ее основе лежат объективные закономерности<sup>2</sup>. Только их выявление создает условия для справедливого распределения прав и преодоления конфронтации между участниками отношений. Конъюнктурные отклонения допустимы только в очень узких пределах.

Первым звеном этой системы является создатель разработки.

<sup>1</sup> См., например: Указ Президента Российской Федерации от 14 мая 1998 г. № 556 «О правовой защите результатов научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ военного, специального и двойного назначения» // СЗ РФ. 1998. № 20. Статья 2146 (на основе Указа издано постановление Правительства Российской Федерации от 20 сентября 1998 г. № 1132 «О первоочередных мерах по правовой защите интересов государства в процессе экономического и гражданско-правового оборота результатов научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ военного, специального и двойного назначения» // СЗ РФ. 1998. № 40. Ст. 4964. В настоящее время действует в редакции от 14 июня 2001 г.); Указ Президента Российской Федерации от 22 июля 1998 г. № 863 «О государственной политике по вовлечению в хозяйственный оборот результатов научно-технической деятельности и объектов интеллектуальной собственности в сфере науки и технологий» // СЗ РФ. 1998. № 30. Ст. 3756 (на основе Указа издано постановление Правительства Российской Федерации от 2 сентября 1999 г. № 982 «Об использовании результатов научно-технической деятельности» // СЗ РФ. 1999. № 36. Ст. 4412). См. также: Основные направления реализации государственной политики по вовлечению в хозяйственный оборот результатов научно-технической деятельности, утвержденные распоряжением Правительства Российской Федерации от 30 ноября 2001 г. № 1607-р // СЗ РФ. 2001. № 50. Ст. 4803.

<sup>2</sup> Важнейшая задача правовой науки как раз и заключается в выявлении таких объективных закономерностей, имеющих практическое значение. В этом отличие подлинной теории от схоластики.

279

### III. Субъекты исключительных прав

#### 1. Автор как обладатель права на творческий результат

Основания возникновения прав на творческий результат зависят от характера этого результата и функций, выполнявшихся участниками процесса его создания. Творческая деятельность принципиально отличается от сферы материального производства. Создание материальных объектов имеет коллективный характер, особенно если учитывать не только живой, но и овеществленный труд, представляемый объектами права собственности и олицетворяемый его собственником. Поэтому в основе прав на материальный результат лежит право собственности на средства и условия его создания. Право на результат материального производства уже изначально закрепляется за собственником средств и условий производства, использованных при создании объекта, тем более что он получен с помощью рабочей силы, которая как товар чаще всего принадлежит тому же собственнику, и к тому же унифицирована, ее индивидуальные черты стертые.

В сфере материального производства, где предпосылки производства выступают как объект права собственности, тысячелетиями выработан стереотип, в соответствии с которым право собственности на результат принадлежит собственнику средств производства, с помощью которых этот результат получен. В состав этих средств производства считается входящим не только уже овеществленный, но и живой труд, в виде наемной рабочей силы. Это настолько само собой разумеется, что в общей форме даже не закрепляется в законодательстве, которое фиксирует этот принцип фрагментарно, только в отдельных случаях. Права на результат труда закрепляются за тем, чей ресурс - материальный и интеллектуальный - был использован при его создании. Результат в общем случае закрепляется за собственником материальных ресурсов и рабочей силы, затраченных на его

получение. Это положение вытекает, например, из ст. 136 ГК РФ, абзаца второго п. 1 ст. 218 ГК РФ, частные его проявления закреплены в ст. 248, 299 ГК РФ и др.

Понятно стремление распространить тот же устоявшийся веками принцип и на результаты творческой деятельности. Но этот принцип несвойствен новой сфере рыночных отношений. Творчество есть сфера чисто индивидуальной деятельности, представленной лишь живым трудом, олицетворяемым личностью автора. Разновидностью именно индивидуального, а не коллективного труда является и порождающая соавторство групповая творческая деятельность, каждый участник которой может быть четко индивидуализирован. Появились и основания для выделения четко не обособляемых сложных объектов, не охраняемых с эмоцией интеллектуальных прав, которые характеризуются не фор-

280

*Творческий результат: система правообладателей*

мальными признаками объекта, а получаемыми с их помощью результатами. Творческим результатам присуще первоначальное закрепление прав за автором. Собственность может иметь значение для перехода прав, но не для возникновения первоначальных прав.

Прошлые результаты, как получившие вещественную форму, так и представляющие собой уже объективированные интеллектуальные достижения, имеют существенное значение для творчества, но к его охраняемым результатам относится только личный вклад создателя в полученный новый объект. Охраняемым является только новое - результат живого творческого труда конкретного лица. Уже объективированный результат прошлого труда, как интеллектуального, так и материального, не есть объект охраны. Творчество - это всегда новое, хотя бы оно и базировалось на уже известном. Рабочая сила здесь тоже выступает в ином качестве - как личный, индивидуальный, уникальный творческий труд, не поддающийся стандартизации, закрепляемый в праве авторства.

Имущественные права на результаты творчества (а именно ради них в конечном счете осуществляется гражданско-правовое регулирование) имеют личностное, а не собственническое происхождение и природу, это относится и к основаниям возникновения таких прав. Именно в этом выражается основная особенность творческих интеллектуальных прав.

Если творческий результат создан трудом автора и его иждивением, они совмещены, право на такой результат может принадлежать только ему. Проблема возникает, только если творческий труд и иждивение разобщены, труд затрачивает одно лицо, а материальные ресурсы принадлежат другому. Случаи, когда автор продал свою рабочую силу работодателю, подлежат особому рассмотрению. Однако следует сразу же отметить, что работник, выступающий и как автор, не продал себя в рабство, он продал лишь рабочую силу, притом только для определенных целей, предусмотренных трудовым договором.

Прошлые интеллектуальные достижения физически не амортизируются, перенос их стоимости на новый результат может определяться только моральным износом, никак не связанным с натуральными свойствами самого достижения. Все материальные и иные объективированные предпосылки имеют хотя и практически важный, даже необходимый, но все же никак не определяющий, сугубо подсобный характер. Наряду с деятельностью по созданию результата появляется новая категория. В интеллектуальных правах четко различается труд по созданию творческого результата и содействие такому созданию, которое может выражаться как в личной помощи в достижении результата или его реализации, так и в предоставлении материальных ресурсов. Содействие

281

*III. Субъекты исключительных прав*

никак нельзя смешивать с творчеством, являющимся основанием для признания права авторства. В действующем российском законодательстве это получило наиболее четкое выражение в ч. 2 п. 2 ст. 7 Патентного закона РФ от 23 сентября 1992 г., устанавливающей, что «не признаются авторами физические лица, не внесшие личного творческого вклада в создание объекта промышленной собственности, оказавшие автору (авторам) только техническую, организационную или материальную помощь либо только способствовавшие оформлению прав на него и его использованию». Оказание автору технической, организационной или материальной помощи первоначальных прав не порождает (ст. 10 Закона РФ от 9 июля 1993 г. «Об авторском праве и смежных правах» (далее - Авторский закон); ст. 7 Патентного закона). Их значение как основания возникновения производных прав подлежит особому рассмотрению.

Сфере творческой деятельности, главной предпосылкой которой служат мозги, интеллект, ничьим правом собственности не являющиеся, присуще закрепление права на результат за фактическим

создателем. Авторский и Патентный законы устанавливают, что автором может быть признано только физическое лицо, творческим трудом которого результат создан. Умственные творческие способности остаются личным ресурсом, стоящим вне права собственности, они обуславливают даже ограничение рыночного начала личностным фактором. Основанием возникновения права является не сотрудничество, использование результатов чужого интеллектуального труда (уже существующего, объективированного или живого), а только личный вклад, то новое, что сделано творцом.

Поэтому праву собственности на условия деятельности здесь не свойственна функция основания, порождающего право на результат. Такое право может породить только личная деятельность творца, основание возникновения права неразрывно связано с его личностью. Это - качественно иной, новый принцип. На определенном уровне развития новой сферы настает время отказаться от рудиментов старой системы. Основой прав на творческий результат служит деятельность его создателя. Поэтому становится естественным изначально закреплять право на результат творчества за автором. Индивидуальный творческий труд уже рассматривается действующим законом как основной, преобладающий и все перевешивающий ресурс. Экономическая база для признания права собственности основанием возникновения первоначальных имущественных прав на творческий результат отсутствует. Только личной деятельности, выраженной в праве авторства, свойственно быть основанием возникновения первоначального имущественного интеллектуального права, его истоки тоже имеют личностный характер.

282

#### \_\_\_\_\_ Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_

Творческая сфера - единственная, где существует зависимость имущественных прав от неимущественных.

Ни право собственности на условия и предпосылки производства творческого результата, ни использование чужого опыта, знаний и навыков, ни инвестиции, в том числе из средств казны, ни интерес государства в результате, ни служебные связи автора с работодателем и т.п. не есть основание первоначального возникновения прав на результат, возникновения первоначального права. Первоначальное право, имеющее всегда личный характер, возникает только у автора. Названные и тому подобные обстоятельства могут служить основанием лишь перехода прав и возникновения производного права, притом лишь с согласия автора как обладателя первоначального права. Истоки права всегда лежат в творчестве, личностном начале. Автор является исходным, изначальным звеном системы правообладателей. Ничто не колеблет этот принцип. Права от автора переходят только по договору (с учетом договорной природы отношений, выражаемых диспозитивными нормами) или в силу наследования.

Договор - единственное основание перехода прав по всей цепочке. Внедоговорные основания - редчайшее исключение, подлежащее прямому указанию в законе (действующее законодательство предусматривает единичные основания на случай ликвидации правообладателя -юридического лица).

Творчество есть выражение личности автора, поэтому оно представляет собой элемент прав человека и гражданина. Именно в этом качестве оно является основанием возникновения имущественных прав. Результатам творчества присущи принципиально иные основания возникновения прав, чем традиционным объектам - результатам материального производства. В гражданском праве появилась совершенно новая сфера, у которой только один ресурс исключительно личного характера - мозги, интеллект. Все остальные факторы имеют лишь обслуживающее, побочное значение.

Основанием возникновения первоначальных имущественных прав является факт создания результата личными усилиями его творца, закрепляемый правом авторства. Иначе говоря, право авторства, которое само не есть имущественное право, является основанием возникновения интеллектуальных творческих прав. В интеллектуальной сфере право авторства играет специфическую роль, и его смешение с другими неимущественными правами может привести к ошибочным выводам. Роль права авторства в интеллектуальных правах было бы ошибочно переносить на другие права, не имеющие имущественного содержания (личные неимущественные права), - на более широкую категорию, возникшую в праве в силу других факторов.

283

#### III. Субъекты исключительных прав

Гражданско-правовая охрана результатов творческой деятельности существует ради их участия в экономическом обороте, т.е. ради имущественных прав. Право авторства как институт гражданского

права первоначально служило индивидуализации участника экономического оборота, благодаря творческой активности которого появился его объект. Значимость и смысл права авторства в гражданском праве усиливает еще одна его функция - оно выступает и как точка отсчета имущественных прав, может использоваться для установления действительности прав любого правообладателя. Его роль настолько велика, что товарное начало претерпевает под его влиянием некоторые ограничения и даже органические изменения.

Но возникли условия для появления более широкой категории личных неимущественных прав, притом уже за рамками их традиционных функций. Оказалось удобным использовать этот институт не только для экономических, но и для политических целей, для защиты политических и социальных интересов и прав личности. Эта последняя функция, как наиболее яркая, стала особенно видимой, вышла на первый план, оттеснив в тень все остальные, в том числе и первоначальные экономические. Но выделение этой широкой категории для интеллектуальных прав, замещение ею права авторства не может считаться оправданным. Экономические функции права авторства сохранились и играют прежнюю роль.

Право авторства есть основание возникновения имущественных прав, хотя само оно имущественным не является. Производный характер имущественных интеллектуальных творческих прав от права авторства проявился не сразу, а только в ходе развития, при переходе от системы феодальных привилегий к праву. Остатки архаичной системы все еще сохраняются в некоторых странах.

Существуют принципиально разные подходы к соотношению права авторства и имущественных прав. Одному из них свойственна изоляция этих прав друг от друга. Она появилась при зарождении охраны еще на базе феодальной системы привилегий, когда имущественные права возникали вследствие «пожалования» и потому не опирались на объективные основания. Они были оторваны от права авторства, от личности творца - создателя творческого результата. Право «жаловалось» по основаниям, произвольно определяемым властью, по ее «милости».

Родимые пятна системы привилегий сохранились и поныне. В первых появившихся законах об интеллектуальных правах (Авторском и Патентном) оказался сохраненным принцип разобщения имущественных прав и авторства, более того, они сконцентрировались только на первых. Такая система была первоначально закреплена в английском

284

\_\_\_\_\_ Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_  
праве (затем она распространилась на бывшие английские колонии, в том числе и североамериканские, теперь можно говорить уже об англоамериканской правовой системе).

Наиболее четкое выражение эта система получила в конструкции, известной в авторском праве как система «копирайта»<sup>1</sup>, права на воспроизведение произведения, сосредоточенной на имущественных правах и изолированной от прав личности. Идея обособления личных и имущественных прав проведена в ней достаточно последовательно.

В патентном праве «копирайту» соответствует так называемая зая-вительская система, признающая права за любым лицом, первым подавшим заявку на выдачу патента. Заявительской противостоит «изобретательская» система, которая признает права, опирающиеся на подачу заявки самим автором (изобретателем) или по его полномочию. «Копирайт» и заявительская система консервативно сохранили первоначальные черты. Более развитые континентальные системы, появившиеся позже в результате Великой французской революции и проводящие в жизнь идею прав личности, отказались от этой консервативной традиции и ввели объективные основания возникновения имущественных прав, связав их с личным правом авторства.

Известны и компромиссные варианты, представленные, например, Парижской конвенцией, отсылающей к любому лицу, надлежаще оформившему заявку в соответствии с национальным законодательством. Но авторский след в ней все-таки есть. Статья 4-й указывает, что изобретатель имеет право быть названным в патенте в качестве такового. Постепенно с развитием прав человека пробивает себе дорогу именно система производного от права авторства имущественного права. Эту идею можно признать господствующей не только в национальном законодательстве, но и в международном праве. Она все больше завоевывает правовое пространство. На ней твердо стоит российское законодательство, которое последовательно проводит личностные основания возникновения интеллектуальных творческих прав.

Право авторства неотчуждаемо и непередаваемо, оно является исходным, выражая личностное начало в интеллектуальных правах. Как непередаваемое, оно не является классическим товарным правом. Составляя основу имущественных прав, оно придает и им существенный личностный

элемент, модифицирующий, а может быть, и ограничивающий действие товарного начала.

Личностный характер прав на результаты интеллектуальной деятельности проявляется не только в абсолютных, но и в относительных (обязательственных) отношениях - в

1 Copyright - буквально «право на изготовление экземпляров».

285

### III. Субъекты исключительных прав

первоначальных правах личности даже при отчуждении имущественных прав, в виде своеобразного следования, которое должно всегда оставаться: имущественные права должны следовать за личными. Это получило несколько искаженное отражение в праве следования художника, когда исключительное право переплелось с правом собственности.

Личностный характер прав на результаты интеллектуальной деятельности должен проявляться не только в абсолютных и квазиабсолютных, но и в обязательственных правах, в которых тоже нужно закреплять права личности. Уже можно выделить несколько типов договора (например, его творческую и коммерческую разновидности), содержанием которого является передача или предоставление права, но не самого творческого результата, не ограниченного в пространстве и в принципе общедоступного.

Поскольку право авторства неотчуждаемо и непередаваемо, оно может быть только первоначальным. Единственным основанием первоначального возникновения творческих имущественных прав является творчество, порождающее прежде всего личное неимущественное право - право авторства. Имущественные права автора, источником которых является право авторства, тоже первоначальны. Они возникают только у автора. Однако это относится к первоначальному праву. Уже возникшее право может переходить другому лицу, порождая производное право. Договор и закон могут предусматривать основания такого перехода. Праву авторства не присуще деление на первоначальное и производное, оно всегда «первоначально» и принадлежит только автору. Такое деление свойственно только имущественным правам.

Дифференциация прав на первоначальные и производные имеет не абстрактно-теоретическое, «академическое», а сугубо практическое значение. Первоначальное право означает, что обладатель права никак не связан правами предшественника (даже если он был), а обладатель производного права, напротив, связан этими правами. Если обнаружится, например, что лицо, выдающее себя за автора произведения, таковым не является, тогда права лица, претендующего на статус правообладателя (работодатель, заказчик по договору литературного заказа и т.п.), окажутся несуществующими, даже если они первичны. Выясняется, что первичные права, если они принадлежат не автору, не первоначальны, а производны, признаком производности служит зависимость от прав предшественника.

Первоначальное право в юридическом смысле надо отличать от права, возникающего первично, - последнее можно было бы назвать первичным, хронологию следует отличать от юридической сути. Первоначальное право на результат творческого труда всегда принадлежит

286

\_\_\_\_\_ Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_ автору. Это относится не только к праву авторства, которое вообще неотчуждаемо, но и к исключительным правам, которые имеют имущественный характер и могут находиться в экономическом обороте. Права всех остальных лиц имеют производный характер, хотя бы они раньше автору не принадлежали и первично закреплялись за правопреемником автора (права на произведения, созданные по договору литературного заказа, права на произведения, созданные при выполнении трудового договора). В необходимости различать первоначальные права и права первичные, которые ранее хронологически никому не принадлежали, состоит одна из особенностей прав на результаты интеллектуальной деятельности, первичные права могут оказаться не первоначальными, а производными.

*Первоначальные права* и права, *возникшие первично*, чрезвычайно важно различать практически. Хронологически автор мог никогда реально не обладать правами на результат, первым субъектом, у которого они возникли, мог быть работодатель. Однако и в этом случае юридически первоначальное право возникло у автора-работника, у работодателя возникло только производное право (хотя бы и первично), поскольку оно зависимо от прав правопродшественника, а это основной юридический признак производного права. Во всем остальном производное право ничем не хуже и не слабее первоначального. Но в терминологии надо выразить различие хронологии и юридической сути. Из личностного характера первоначальных имущественных прав вытекает, что основанием их перехода должен быть договор. Только в виде редчайшего исключения, нуждающегося в отдельном



обосновании, таким основанием может быть закон (точнее - основания, отдельно указанные в законе), но всякое внедоговорное основание должно быть каждый раз специально и прямо указано в законе. В качестве примера можно назвать наследование или правопреемство, когда правообладатель перестал существовать по другим причинам. При отсутствии в законе указания о последствиях прекращения правообладателя его субъективного имущественного права на результаты интеллектуальной деятельности тоже больше нет. Однако следует иметь в виду, что в диспозитивной норме закрепляется тоже договорное начало, а не императивное веление государства, предписание закона. Диспозитивным нормам соответствует договорный характер права, ибо стороны, имея возможность установить права и обязанности своим соглашением, предпочитают остановиться на уже избранном и зафиксированном в норме права варианте. В такой ситуации отказ от установления правила по собственной инициативе тоже есть способ волеизъявления, только молчаливого, выражения согласия с вариантом, содержащимся в диспозитивной норме.

287

### ///. Субъекты исключительных прав

Производный характер права выражается в категории правопреемства. Правопреемник всегда есть носитель производного права - договорного или внедоговорного. Более того, производное право обозначается в законе, как правило, через термин «правопреемство», их надо рассматривать как синонимы, характеризующие одну и ту же категорию, только с разных сторон.

Российское законодательство последовательно проводит начало личностного происхождения интеллектуальных творческих прав и договорных оснований их правопреемства.

Право авторства по Авторскому и Патентному законам опирается на общие исходные предпосылки, на требование к существованию творческого начала. Но есть и существенные различия.

Произведение предполагается обладающим признаками, необходимыми для охраны авторским правом, поэтому право авторства на него презюмируется. Научно-технический результат, напротив, требует специальной процедуры установления признаков изобретения, поэтому право авторства существует только в случае формальной квалификации этого результата в качестве изобретения.

Названное обстоятельство имеет существенное значение для возникающих на основе права авторства имущественных прав.

Авторское право и патентное право по-разному участвуют в экономическом обороте. Поэтому динамика каждого из этих видов прав по российскому законодательству подлежит отдельному рассмотрению.

Менее четко существование производных прав выражено в авторском праве.

В авторском законе не употребляется термин «правопреемник». В нем содержатся нормы только о лицензионном договоре, а договор об уступке авторских прав прямо не упоминается (впрочем, отсутствие такого упоминания не свидетельствует о его неправомерности). Есть и воинствующие сторонники отрицания в авторском праве правопреемства и договора об уступке имущественных прав. Их позиция с очевидностью не соответствует современной системе развернутого участия авторских прав в экономическом обороте и реально давно уже сломлена на практике. Стремление размыть границы между первоначальными и производными правами, между договором об уступке права и лицензионным договором проявилось в Авторском законе 1993 г. Сохранение прежней редакции - архаический рудимент терминологии существовавшей ранее и ныне отмененной системы ограничений товарного начала в авторском праве, когда переход авторских прав вообще не допускался (если не считать наследования), авторские права были неотчуждаемы и могли принадлежать только автору. Для ограничений свободы

288

договора о передаче (уступке) имущественных прав сейчас не осталось никаких оснований.

Юридически система правопреемства (а значит, первоначального и производного права) получила выражение, но другое, косвенное. Авторский закон не смог обойтись без более широкой категории, чем «автор», - «обладатель авторских прав», к числу которых относятся автор, его наследник (несомненно являющийся правопреемником) и иной обладатель авторских прав (см., например, абз. второй п. 2 ст. 45), статус которого тоже может быть основан только на правопреемстве.

Статья 14 Авторского закона прямо устанавливает, что авторское право на служебное произведение (именно «авторское право» целиком, а не только «право авторства») принадлежит его автору. За работодателем закрепляется только часть авторских прав - право на использование произведения. Эта часть прав может быть только производной.

Есть свидетельствующие о том же некоторые частные формулировки. Так, в п. 3 ст. 15 Авторского закона вскользь упоминается об «уступке» прав, впрочем, содержание этого понятия не

раскрывается. Но в принципе «уступка» может означать только «отчуждение», которое порождает у правопреемника производное право.

Однако важнее другое - категория правопреемства установлена в российском праве другим путем. В п. 6 ст. 2 Бернской конвенции прямо говорится, что авторские права могут иметь только автор произведения или его правопреемник: «Эта охрана (авторским правом.- В.Д.) осуществляется в пользу автора и его правопреемников» (курсив мой. - В.Д.). Международные договоры, являющиеся составной частью российской правовой системы (п. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации), прямо предусматривают категории «автора» и его «правопреемников». Значит, принцип, в соответствии с которым право, принадлежащее автору как первоначальное, может принадлежать и правопреемнику, но уже как производное, переходит к нему от автора, существует в российском праве независимо от прямого указания об этом в законе. Иначе говоря, действующее российское право уже устанавливает производный характер прав всех правообладателей, кроме автора. Личный элемент как основание субъективного имущественного авторского права в соответствии с международным правом уже сейчас существует как преобладающее начало.

В патентном (ранее - изобретательском) праве ситуация сложилась более просто, в частности, потому, что закон в общей форме и ранее допускал отчуждение прав на изобретения (ограничения касались только одной, правда определяющей, формы охраны - авторского свидетельства). Во всяком случае действующее законодательство (Патентный закон 1992 г.) употребляет термин «правопреемник».

289

### III. Субъекты исключительных прав

В патентном праве автор не назван прямо в качестве первоначального правообладателя. Но исходный, первоначальный характер прав автора все же нашел выражение в действующем законодательстве. В Патентном законе говорится прежде всего о праве на изобретение, подтверждаемом патентом (п. 1 ст. 3). Право же на получение патента Закон закрепляет за несколькими лицами (п. 1 ст. 8). Первым в их числе называется автор. Вторым - физическое или юридическое лицо, указанное автором, т.е. лицо, получающее патент в порядке правопреемства от автора. В Законе прямо говорится и о последующих правопреемниках правообладателя. Наконец, Патентный закон особо называет работодателей автора, правда, никак прямо не определяя природу их прав, но анализ показывает, что права работодателя тоже являются производными.

Первоначальный характер прав автора на служебное изобретение - это проявление личностного происхождения прав на результаты творческой деятельности, которые есть выражение личности автора. Автору, как человеку и гражданину, принадлежит не только неимущественное право авторства, которое в свою очередь является единственным источником и первоначальной точкой отсчета имущественных прав, имеющих исключительный характер. Роль личностного начала в праве на результаты интеллектуальной деятельности выводит творческие права за рамки классического товарного начала.

Итак, личностный характер первоначальных интеллектуальных творческих прав вытекает из сущности отношений, соответствует доктрине и закреплен действующим законодательством.

Производные права основаны на договоре с обладателем личного неимущественного права авторства. Эта система не только правильно выражает объективно существующие реальные отношения, она еще и чрезвычайно удобна для установления баланса прав между претендующими на них лицами.

Теперь о содержании прав правообладателя. Их принято делить на личные неимущественные и имущественные. Автору принадлежат как неимущественное право авторства, так и имущественные права.

В соответствии с п. 1 ст. 150 ГК РФ отличительными свойствами личных неимущественных прав являются их неотчуждаемость и непередаваемость, они принадлежат гражданину от рождения или в силу закона. К числу личных неимущественных прав действующее законодательство относит право авторства (право считаться автором результата), а также называет другие личные неимущественные права. Так, ст. 15

Эти признаки личных неимущественных прав, вопреки тексту ст. 150 ГК РФ, относятся не только к гражданам, но и к юридическим лицам.

290

\_\_\_\_\_ Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_

Авторского закона прямо включает в их число право на имя, право на обнародование произведения (в прошлом - право на «опубликование») и право на защиту репутации автора (в прошлом - право на

«неприкосновенность» произведения)<sup>1</sup>.

Право на имя включает право на использование произведения под своим или вымышленным именем (псевдонимом) либо без указания имени (анонимно). Поэтому это право может быть отнесено к личным неимущественным только очень условно. Права на опубликование и на неприкосновенность, безусловно, могут переходить к другому лицу, во всяком случае - в определенной части, а потому не подпадают под признаки «личного неимущественного права», установленные ст. 150 ГК РФ. Нельзя считать их (например, право на опубликование) лишенными и имущественного содержания. Авторский закон был принят еще до принятия ГК РФ, поэтому соответствие действующему законодательству названных прав как неимущественных нуждается в дополнительном анализе. Скорее всего, говоря о неимущественной составной применительно к интеллектуальным правам, не стоит выходить за пределы права авторства. Самостоятельную и важнейшую группу гражданских прав автора составляют его имущественные права. Они включают использование результата и распоряжение самим правом.

Использование отличается от правомочия пользования по праву собственности, которое представляет собой извлечение полезных свойств вещи как потребительной стоимости. В интеллектуальных правах использование представляет собой придание результату творчества формы, пригодной или удобной для непосредственного потребления и приспособленной к пуску в экономический оборот, т.е. это категория, весьма близкая к традиционному распоряжению, имеющая как бы промежуточный характер. Использование - это превращение результата в такую форму или необходимые к нему приготовления. Так, использованием изобретения является изготовление изделия с применением изобретения, пуск этого изделия в продажу, в аренду и т.п. Чтение литературного произведения не является «использованием» в смысле авторского права, это только потребление, которое надо отличать от использования. Использованием в этом случае может считаться, например, издание рукописи или иное ее размножение.

Распоряжение - это уже оборот самого права: его отчуждение или выдача другим лицам разрешения на использование (предоставление

<sup>1</sup> Мне приходилось уже отмечать, что измененная терминология крайне неудачна.

291

### III. Субъекты исключительных прав

лицензии). Автору принадлежат имущественные права на произведение в полном объеме.

Специфика интеллектуальных прав на нематериальные объекты заключается в том, что формы распоряжения ими более разнообразны, чем правами на материальные объекты. Правообладатель может распорядиться не только переходом принадлежащего ему права, когда его собственные права прекращаются и возникают у другого лица, но и предоставлением права, когда его собственные права сохраняются (хотя и с ограничениями, определяемыми обязательственными отношениями с другой стороной), но его контрагент получает право использования результата интеллектуальной деятельности (выдача лицензии).

Переход или уступка абсолютного (или квазиабсолютного) имущественного права означает полную передачу всех входящих в его состав правомочий (но уже как производных) другому лицу, в том числе как права использования, так и права распоряжения. Поэтому его надо отличать от предоставления права только использования (в этом случае для краткости можно говорить просто о «предоставлении права»), производимого по лицензионному договору и влекущего за собой только обязательственные права лицензиата и соответственно обязательственные ограничения лицензиара. Такое предоставление не влечет за собой правопреемства, лицензиат не становится правообладателем и правопреемником прежнего обладателя права. Поэтому предоставление права надо четко отличать от передачи права, от правопреемства. Здесь будет рассматриваться только эта последняя категория, если специально не оговорено иное.

Так можно охарактеризовать содержание прав автора.

После смерти автора правообладателем становится его наследник. Наследнику принадлежат только имущественные права, право авторства и право на имя к нему не переходят. Имущественные права переходят к наследнику в полном объеме, за исключением тех прав, которым закон придает личный характер (например, право следования). В некоторых случаях закон закрепляет за наследниками право защиты чести, достоинства и репутации покойного автора.

Из числа физических лиц в соответствии с законом обладателем исключительных творческих прав может быть также правопреемник автора по договору. Однако на практике по договорным основаниям права физических лиц, как правило, не возникают. Поэтому вопрос о статусе физического лица как договорного правопреемника автора неактуален и не заслуживает

рассмотрения.

На этом вопрос о физических лицах как обладателях интеллектуальных прав на творческий результат может считаться исчерпанным.

292

### \_\_\_\_\_ Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_

К интеллектуальным правам нетворческого характера (включая фирменные наименования, товарные знаки, наименования мест происхождения и даже секреты промысла, обозначаемые в быту как «ноу-хау»), которые могут иметь автора, но для которых не устанавливается право авторства) применяется та же система оснований возникновения прав, что и для результатов материального производства. Факторы, определяющие специфику творческих интеллектуальных прав, здесь не действуют.

#### 2. Юридическое лицо как правообладатель. Служебные результаты

Права юридических лиц на результаты творческой деятельности, как и все другие производные права этого рода, возникают на договорной основе, для них действуют общие основания.

Особых проблем с правами на уже существующие и охраняемые результаты, иначе говоря, с уже имеющимися правами не возникает, они могут переходить по правопреемству в общем порядке, предусматриваемом гражданским правом. Распоряжение уже существующими правами на всех звеньях цепочки передачи, осуществляемое не только самим автором, но и его правопреемниками, производится на одинаковых основаниях. Некоторая дифференциация может заключаться в выделении случаев, когда права переходят непосредственно от автора, с сохранением за ним имущественных прав, связанных с его личностью.

Содержание прав правообладателей определяется по общим правилам, они включают в себя все имущественные права - и право использования, и право распоряжения. Сюда же входит и право на получение всех выгод от коммерческой эксплуатации изобретения, иначе исключительное право утратило бы смысл.

Единственным основанием возникновения прав у юридических лиц является договор. В свою очередь договор об отчуждении прав практически используется только в отношениях с юридическими лицами. Поэтому анализ, проводимый применительно к договору об отчуждении прав и основанному на нем правопреемству, непосредственно распространяется на основания возникновения прав юридических лиц, и наоборот. В обоих случаях речь идет об одном и том же. Действующее авторское и патентное законодательство формулируют свою позицию о договоре как основании возникновения прав не вполне одинаково. Авторский закон не очень четок. Он прямо не упоминает уступку (переуступку) авторских прав, однако не содержит и ее запрета. Фигура умолчания имеет не одинаковое значение в разных условиях. В п. 2 ст. 421 ГК РФ говорится о допустимости заключения до-

293

#### III. Субъекты исключительных прав

говора, как предусмотренного, так и не предусмотренного законом или иными правовыми актами, важно только, чтобы он не противоречил общим началам и смыслу гражданского законодательства (п. 1 ст. 8 ГК РФ). В условиях командно-административной экономики, когда оборо-госпособность авторских прав была ограничена, их отчуждение было неправомерным. Они могли принадлежать только автору и переходить по наследству. Единственной формой распоряжения была выдача лицензии.

Но с последовательным проведением рыночных принципов в авторском праве, начало которому положили Основы гражданского законодательства 1991 г., ограничения оборотоспособности авторских прав, в частности по субъектному признаку, отпали. Теперь договор об отчуждении имущественных авторских прав стал вполне правомерным, соответствующим общим началам и смыслу гражданского законодательства, независимо от его прямого упоминания в законе.

Реально за попытками отстаивать традицию неотчуждаемости авторских прав стоит не догматический подход, а вполне прагматический интерес. Деятельность Российского авторского общества (далее - РАО) основана на лицензионных отношениях, для него важно исключить полноценное рыночное начало, включающее отчуждение прав, к которому эта деятельность не приспособлена. РАО ориентировано на прежнюю систему, которой до сих пор соответствует вся организация его деятельности. Собственный интерес выдается за стремление защитить автора от экономического давления предпринимателя, хотя всем очевидно, что запрет отчуждения, как противоречащий основам экономической системы, попросту нереален, для его обхода найдется много способов. Реальные же пути обеспечения интересов автора в новых условиях могут оказаться несовместимыми с нынешней организацией деятельности РАО. Подлинное значение позиции РАО -

в попытке хоть ненадолго сохранить прежние принципы функционирования.

Патентный закон, как уже отмечалось, совершенно четко устанавливает возможность уступки патента - права на изобретение. Более того, Патентный закон говорит о возможности уступки не только патента, т.е. уже существующего права на изобретение, но и права подачи заявки на выдачу патента. Такое право тоже уже существует как субъективное, ибо требования к изобретению закон формулирует как объективные и при наличии установленных законом признаков патентное ведомство обязано зарегистрировать право на изобретение. Право на получение патента имеет гражданско-правовой характер, оно является предметом экономического оборота, хотя существует много оснований его прекращения и оно менее надежно, чем право из уже выданного патента.

294

\_\_\_\_\_ Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_

Гораздо сложнее вопрос о возможности отчуждения еще не существующих субъективных прав - на случай их возможного появления в будущем, Действующее законодательство решает его в авторском и патентном праве дифференцированно, с учетом особенностей объекта.

Авторский закон содержит по поводу будущих произведений две, казалось бы, взаимоисключающие нормы, С одной стороны, он не допускает заключения авторского договора на «использование произведений, которые автор может создать в будущем» (п. 5 ст. 31), с другой -предусматривает возможность заключения авторского договора заказа (ст. 33). Но это противоречие кажущееся. Произведение предполагается обладающим признаками, необходимыми для охраны авторским правом, поэтому при его заказе можно исходить из наличия субъективного исключительного права, являющегося объектом отчуждения.

Авторский закон закрепляет возможность заключения авторского договора заказа, и это именно авторский договор, предусматривающий не только выполнение работ (тогда это был бы подрядный договор, даже если бы речь шла о создании именно произведения — объекта авторского права), но и передачу или предоставление в будущем авторских прав, притом выполнение работ подчинено этой передаче или предоставлению. Предметом заказа служит конкретное произведение, основные черты которого во всяком случае уже определены, существуют четкие перспективы субъективного права, которое может быть отчуждено, объект, по поводу которого может быть совершена сделка, уже есть. В ст. 33 Авторского закона говорится о произведении, создаваемом «в соответствии с условиями договора». В авторском договоре заказа в момент его заключения уже должны быть предусмотрены условия о предмете будущего произведения. Когда в п. 1 ст. 31 говорится о конкретных правах, передаваемых по договору, имеются в виду не только условия использования, но и признаки произведения. При наличии заказа дееспособность не считается ограниченной. Так обстоит дело и с договором подряда на изготовление материальных вещей (п. 1 ст. 702, п. 2 ст. 703 ГК РФ).

Пунктом 5 ст. 31 Авторского закона исключается заключение авторского договора на никак не определенное произведение, которое не было предметом заказа, вероятность его создания лишь предположительна, При этих условиях никакого субъективного права еще нет, есть только дееспособность, заключение договора об уступке прав на никак не определенное произведение, которое автор абстрактно может создать в будущем, представляет собой ее ограничение. В соответствии со ст. 22 ГК РФ подобное ограничение дееспособности не допускается.

295

III. Субъекты исключительных прав

Договор «патентного заказа» законом, напротив, не предусматривается, и не случайно. В научно-технической сфере, в отличие от художественной, предметом заказа не может быть охраняемый исключительным правом результат, договор имеет своим предметом только получение определенного эффекта, показателей, а отнюдь не средств их достижения, которые как раз и составляют содержание изобретения. Заранее определить не только сами средства, но и русло, в направлении которого будет вестись их поиск, невозможно. Тем более никак не предопределить заранее, в заказе, наличие признаков изобретения, соблюдение всех требований для признания полученного результата изобретением. Поэтому изобретение как охраняемый исключительным правом результат в принципе не может быть предметом заказа. Изобретение не заказывается, рассчитывать на его создание не приходится, его появление - лишь дело случая. Заказ может иметь своей целью выполнение подрядных работ или работ подобного типа, прежде всего НИР и ОКР. Но в такой договор может быть включено условие о правах на изобретение на случай его возможного создания в будущем при выполнении этих работ. То же относится и к договору об уступке права на подачу заявки. Такое условие ограничивает возможности совершения сделок по поводу изобретения, и потому оно ограничивает дееспособность. Но это - установленное законом

специальное исключение из общего правила, возможность которого предусмотрена той же ст. 22 ГК РФ. Исходные основания перехода прав в авторском и патентном праве расходятся.

Из сказанного вытекают некоторые выводы. В авторском праве возможен договор о переходе будущих прав на произведения, созданные на договорной основе. Договор о переходе будущих прав на произведения, созданные на внедоговорной основе, не допускается. Изобретения могут быть созданы только на внедоговорной основе, закон, в порядке исключения из ст. 22 ГК РФ, допускает договор об уступке возможных будущих прав на такие изобретения. Но по действующему законодательству условия перехода прав на договорные произведения и внедоговорные изобретения в большей мере совпадают.

И еще. Если исключительные права переходят только по договору, а изобретения создаются только на внедоговорной основе, значит, условие о передаче прав на возможные будущие изобретения может содержаться только в заключаемом заранее договоре, направленном на создание результата, но имеющем другой предмет. Основания проведения работ и основания перехода прав на их результат могут не совпадать. Нынешняя практика выявила два типа таких договоров - трудовой договор и договор подрядного типа, прежде всего о проведении НИР и

296

\_\_\_\_\_ Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_  
ОКР. При рассмотрении прав на возможные будущие изобретения на них и стоит сосредоточиться. Особое место заказ на будущие результаты занимает в случае, когда он основан на трудовых отношениях работодателя с работником и речь идет о так называемых служебных результатах, При этом нередко возникает идея объявить права работодателя первоначальными. Однако эта идея не может считаться плодотворной, поскольку создание творческого результата по-прежнему является итогом индивидуальной деятельности. Именно автор является обладателем первоначального права, работодателю может принадлежать только производное, хотя и первичное право. Материальные и людские ресурсы, знания, навыки и опыт работодателя, используемые автором, не есть основание для лишения его авторства и основанных на нем прав. Это только содействие созданию результата творчества, сотрудничество.

Построение в некоторых правовых системах прав на служебные результаты как первоначальных прав работодателя есть рудимент интеллектуального рабства или по крайней мере интеллектуального крепостничества. Появление таких конструкций было возможно лишь на заре зарождения авторского и патентного права, когда права человека еще не получили достаточного развития. Однако они начали постепенное отступление, об этом свидетельствует ст. 4-ter Парижской конвенции о праве изобретателя быть названным в качестве такового в патенте.

Принято считать, что основанием передачи прав может быть не только гражданско-правовой, но и трудовой договор. Это не вполне точно. При создании служебных результатов (произведений, изобретений) трудовой договор может быть основанием заключения гражданско-правового договора определенного содержания, трудовой договор может быть базой гражданско-правового договора, служить его необходимой предпосылкой, но именно последний является основанием перехода гражданских прав. Субъективные гражданские права могут передаваться или предоставляться только по гражданско-правовому договору, который, правда, заключается лишь с автором как стороной трудового договора.

Основанием перехода прав к работодателю является гражданско-правовой, а не трудовой договор, просто в документ, именуемый трудовым договором, могут быть включены гражданско-правовые условия. Если бы право автора не было первоначальным, с ним не о чем было бы заключать договор и не за что было бы платить ему вознаграждение. Тогда договор был бы основанием возникновения первоначальных прав работодателя и выплата вознаграждения автору (а речь идет о вознаграждении)

297

### III. Субъекты исключительных прав

гражданин (именно по гражданскому праву) становилась бы беспредметной, ни на чем не базирующейся. Относясь в целом к трудовому праву, документ может включать гражданско-правовые элементы. Идея трудового договора как основания прав работодателя на результат труда противоречит правилу об обязательной выплате вознаграждения, помимо заработной платы. Исключительные права, как гражданские, могут передаваться только на гражданско-правовой основе. Закон дает и другие основания возражать против идеи трудового договора как основания перехода гражданских прав.

Формулировку о роли трудового договора можно принять только с учетом этого уточнения.

Ситуация со служебными результатами тоже подлежит дифференцированному анализу для

авторского и патентного права. Однако сказанное применительно к научно-технической и художественной сферам об особенностях «заказного» договорного результата подлежит учету и при анализе «служебных» результатов.

С категорией «служебных» результатов связано два ряда проблем. Во-первых, это условия признания результата «служебным» (признаки служебного результата) и, во-вторых, это его правовой режим, прежде всего определение лица, которому принадлежат права на результат. Действующее российское законодательство, в частности, в связи с недостаточностью собственной практики и невозможностью механического заимствования зарубежного опыта не во всем может быть признано удовлетворительным.

Статьей 14 Авторского закона устанавливается, что служебным является произведение, созданное работником (автором) в порядке «выполнения служебных обязанностей или служебного задания работодателя», а из п. 2 ст. 8 Патентного закона вытекает, что служебным признается изобретение, созданное работником в связи «с выполнением им своих служебных обязанностей или полученного от работодателя конкретного задания». Отмеченные отличия в понятиях вполне обоснованны, но общие для них признаки вызывают вопросы.

Как уже отмечалось, при создании произведений, охраняемых авторским правом, в задании можно определить основные параметры подлежащего созданию результата. Нормально, чтобы они определялись работодателем при выдаче задания (равно как и заказчиком по авторско-правовому договору заказа). Поэтому работник выполняет конкретное задание работодателя и создает произведение именно в порядке выполнения этого задания, произведение является прямым предметом служебного задания.

В научно-технической сфере предметом задания является вообще не создание изобретения, а получение эффекта, достижение определен-

298

\_\_\_\_\_ Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_  
ных показателей. Изобретение создается при выполнении этого задания, в его ходе, но для получения эффекта создание изобретения необязательно. Поэтому изобретение действительно может быть создано только в ходе выполнения задания другого содержания, никакого задания на создание какого-то определенного изобретения (или даже изобретения вообще) нет и существовать не может. Создание изобретения есть не предмет служебного задания, а результат, полученный попутно. Из различий между заказом произведения и изобретения должны были бы вытекать несовпадающие последствия, которые будут рассмотрены ниже.

Но общие для произведений и изобретений признаки служебного результата вызывают ряд вопросов. Закон устанавливает, что к служебным относятся результаты, созданные при выполнении служебного задания или служебных обязанностей. Подобная альтернатива внутренне противоречива и не может не иметь практических последствий.

Служебные обязанности - категория очень широкая и даже аморфная. Она не может быть определена конкретно, ее содержание предусматривается в общей форме трудовым договором, даже должностной инструкцией, изданной в соответствии с трудовым договором, независимо от каких-либо конкретных заданий. Критерий служебных обязанностей слишком широк и неопределен, поэтому он, как обособленный, неудовлетворителен - практически он приведет к тому, что все произведения, созданные работником в рамках своей профессии, будут признаны служебными, даже вне рамок задания, полученного от работодателя. Обязанность по трудовому договору присуща, как правило, должности, всякому лицу, занимающему эту должность, а не личности, что характерно для результатов творческой деятельности<sup>1</sup>. Получается, что результаты, созданные при выполнении служебных обязанности даже без задания, тоже есть служебное произведение. Это существ-

<sup>1</sup> Именно на этом вполне правильно основывалась ранее судебная практика. Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 19 декабря 1967 г. № 9 «О практике рассмотрения судами споров, вытекающих из авторского права» исходило из того, что служебным произведением признается только работа, выполненная в порядке именно служебного задания. К плановым оно прямо относилось работу, «выполнение которой предусматривалось утвержденным для автора индивидуальным планом, а также опубликованную работу, зачтенную с согласия автора в выполнение плана его работы. Сам по себе факт использования автором для создания произведения материалов организации, с которой он находится в трудовых отношениях, не может служить основанием для признания, что выполненная автором работа является плановой (т. е. служебной. - ВД)» (п. 9). Точно так же служебное задание может не обязательно быть плановым заданием, но и отдельным поручением, однако данным обязательно в пределах служебных обязанностей. В последующем закон необоснованно отошел от этого принципа.

299

### III. Субъекты исключительных прав

венным образом ущемляет права и интересы работника, задания которому могут даваться только в

пределах его служебных обязанностей.

Категория «служебные обязанности» вообще неизвестна современному трудовому законодательству. Общие рамки деятельности работника обозначаются сейчас как «трудовая функция» (см., например, ст. 56 и 57 Трудового кодекса РФ от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ). При этом Кодексом прямо установлен запрет требовать от работника выполнения работы, не обусловленной трудовым договором (ст. 60). Обязанность работника в правоотношении, неисполнение которой влечет за собой его ответственность, обозначается не как «служебная», а как «трудовая» (ст. 192 Трудового кодекса; см. также ст. 91), и это уже работа, предусмотренная заданием, а не просто входящая в трудовую функцию. Таким образом, категория «служебные обязанности» не может использоваться в законодательстве об интеллектуальных правах как не соответствующая действующему Трудовому кодексу<sup>1</sup>.

Создание творческого результата, как правило, не может быть предметом трудового договора. Особенно ярко это проявляется в научно-технической сфере. Как уже отмечалось, создание именно охраняемого объекта не может быть трудовой обязанностью работника, его задача заключается в достижении определенных содержательных параметров, вопрос же о том, будут ли они обладать признаками, необходимыми для охраноспособности, выходит за рамки трудовых отношений. Создание именно охраняемых изобретений (полезных моделей, промышленных образцов) вообще не входит в содержание трудовых функций. Тем более трудовое право не может регулировать возникновение и переход гражданских прав.

И только в порядке редкого исключения, когда содержанием трудовых отношений является «свободная деятельность», трудовая функция может определяться более широко. В области художественных прав это относится, например, к журналистам, заводским художникам, художникам кино и театра, научным работникам и т.п. Еще реже такие исключения возможны в производственной сфере, когда на работу приглашается лицо для инициативного поиска. Но такого рода функции уже как обязанности должны быть специально предусмотрены в индивидуальном трудовом договоре. Категория «служебные обязанности» известна действующим правовым актам, но не трудовому законодательству. Она использована, в частности, в Общих принципах служебного поведения государственных служащих, утвержденных Указом Президента Российской Федерации от 12 августа 2002 г. № 885 (Российская газета. 2002. 15 августа). Но оказывается, что «служебные» обязанности идентичны «должностным», т.е. присущим определенной должности, а не личным обязанностям в трудовом правоотношении. Этим определяется их содержание.

300

\_\_\_\_\_ Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_  
видуальном трудовом договоре, где подлежат четкой регламентации их пределы и вообще все связанные с этой спецификой отношения (включая систему оплаты труда).  
Вместе с тем в соответствии с Авторским и Патентным законами самостоятельным основанием признания результата служебным является создание его по отдельному служебному заданию, независимо от того, входит ли оно в рамки трудовых функций (служебных обязанностей). Наличие двух самостоятельных критериев признания результата служебным, один из которых является общим (функция), а другой - частным (задание), создает противоречивую ситуацию: частный оказывается ненужным, при наличии «обязанности» места для применения критерия «задание» не остается. Союз «или» в тексте между этими двумя словами дает все основания считать, что законодатель допускает, чтобы задание выходило за пределы обязанностей. Такая конструкция вызывает решительные возражения, поскольку работнику не могут быть даны никакие задания, выходящие за пределы его функций или обязанностей, - это влекло бы за собой нарушение его прав и интересов.

Названные основания не являются равноценными и самостоятельными, а образуют некую цепочку. Трудовые функции (или «служебные обязанности») не есть основание перехода прав. Их наличие есть лишь условие, при котором начинает работать подлинное основание - служебное задание. Трудовые функции должны иметь только одно значение — задание может быть дано лишь в пределах трудовых функций. Во всем остальном критерием служебного произведения является выполнение его именно в рамках задания - при условии, что оно входит в трудовые функции. Служебным является результат, созданный по служебному заданию, в этом смысле «задание» должно быть единственным критерием служебного результата.

Теперь о последствиях признания результата служебным, о его правовом режиме. Оба закона, и Авторский, и Патентный, содержат диспозитивную норму о правах работодателя на служебный результат. На практике диспозитивный характер этой нормы, к сожалению, почти не замечают и



относятся к ней как к императивной. Но ее существование именно как диспозитивной все же означает, что права работодателя имеют договорную природу, эти права производны от прав автора, хотя бы они и были первичными, ранее никому не принадлежавшими, работодатель выступает как правопреемник автора. Это - исходное фундаментальное положение, определяющее детали правового режима в разных конкретных обстоятельствах. Диспозитивный характер заключается в двух моментах: а) при отсутствии иной договоренности гражданско-правовой договор считается заключенным; б) норма определяет

301

### III. Субъекты исключительных прав

условия договорного обязательства (обязательство договорного типа возникает без заключения договора, оно предполагается существующим при отсутствии соглашения об ином).

Закон предусматривает выплату автору служебного изобретения вознаграждения. Если бы право работодателя было первоначальным, для выплаты вознаграждения не было бы оснований, работник имел бы право только на заработную плату, создание изобретения не было бы юридическим фактом, порождающим какие-либо права, в частности право на вознаграждение. Особое вознаграждение свидетельствует о первоначальном праве автора и о передаче этого права работодателю.

Содержание диспозитивных норм, различающихся в Авторском и Патентном законах, важно, особенно в связи со значением, которое им придает практика. Но оно не столь существенно, особенно если учитывать их договорный характер и возможность для сторон установления иных правил

В ст. 14 Авторского закона вообще не предусматривается переход прав от автора к работодателю. Пунктом 2 установлено, что работодателю принадлежит только исключительное право использования служебного произведения (если в договоре между ним и автором не предусмотрено иное). В содержание авторского права входит не только право использования произведения, но и право распоряжения им, переход которого работодателю не предусмотрен. Следовательно, право на служебное произведение не переходит от автора к работодателю, оно остается у автора, у автора сохраняется право распоряжения, работодателю лишь предоставляется право использования лицензионного типа-даже в силу диспозитивной нормы. Это подтверждается и другими положениями закона. Тем же п. 2 ст. 14 Авторского закона установлено, что каждый вид использования служебного произведения есть предмет специальной договоренности между автором и работодателем. Договором специально определяется размер авторского вознаграждения и порядок его выплаты (кстати, эта норма служит подтверждением договорной природы прав работодателя и их производного характера).

Первоначальный характер прав автора на служебный результат есть проявление личностного происхождения прав на результаты творческой деятельности, которые выражают личность автора. Автору как человеку и гражданину принадлежит неимущественное право авторства, оно в свою очередь служит единственным источником и первоначальной точкой отсчета имущественных прав, имеющих исключительный характер. Построение в некоторых правовых системах прав на служебные изобретения как первоначальных прав работодателя - рудимент интеллектуального рабства, соответствовавший заявительской, а не

302

Творческий результат: система правообладателей

изобретательской системе возникновения прав на изобретения, которая была понятной лишь на заре зарождения патентного права, когда права человека еще не получили достаточного развития.

Таким образом, в авторском праве установлена диспозитивная норма, в соответствии с которой исключительное право на использование служебного произведения принадлежит работодателю, в то время как авторское право на произведение в целом принадлежит автору. Это значит, что автору принадлежат личные неимущественные права (вообще неотчуждаемые) и право распоряжения произведением (его использованием). К сожалению, на практике текст Закона нередко игнорируют и исходят из перехода прав работодателю, притом в полном объеме.

Содержание диспозитивной нормы в Патентном законе совершенно иное. Она предусматривает право работодателя на получение патента (п. 2 ст. 8), т.е. закрепление за ним всех имущественных прав на изобретение. Имущественные права переходят работодателю, притом в полном объеме. Основанием такой позиции служат, видимо, необходимость очень значительных материальных затрат работодателя на создание изобретения и его практическое использование (несоизмеримых с затратами на создание произведения), его организационные усилия, накопленные им знания и опыт, представляющие большую коммерческую ценность, и т.п. Эти факторы не могут повлиять на

признание прав работодателя на изобретение первоначальными, но их вполне достаточно для того, чтобы считать обоснованным правопреемство, переход прав от автора работодателю, тем более что оно устанавливается диспозитивной нормой, т.е. стороны могут установить иное. Диспозитивная норма о сохранении прав на авторское произведение в целом за автором при переходе их же работодателю по авторскому праву может быть аргументирована и более личным характером произведений в силу их ушкальности. Во всяком случае такова внутренняя логика действующего законодательства; если в ней есть какие-то дефекты, то они не имели бы определяющего значения, в силу диспозитивного характера норм они всегда могли бы быть скорректированы в договоре. Роль затратного, собственнического фактора заключается только в переходе прав, первоначальные права у работодателя все равно не возникают.

Не служит препятствием для перехода будущих прав и то, что создание изобретения не есть предмет служебного задания, и содержание решения задания никак не предопределяет. Диспозитивная норма действительно ограничивает дееспособность автора. Статьей 22 ПС РФ предусматривается, что «в случаях и в порядке, установленных законом»

303

III. Субъекты исключительных прав

такое ограничение может быть произведено. Статья 8 Патентного закона представляет собой конкретный случай такого ограничения.

Этот принцип имеет более широкое значение - он выходит за рамки действия диспозитивной нормы. Если возможно ограничение дееспособности при ее прямом действии, нет никаких оснований не допускать такого ограничения в качестве условия договора, заключаемого в пределах, устанавливаемых этой нормой. Точно так же подобное ограничение правомерно и в договорах, определяющих взаимоотношения последующих звеньев в цепи договорных связей, - заказчика, получающего права от исполнителя, с его последующим контрагентом.

Итак, права работодателя на служебный результат возникают на договорной основе, порождающей его производное право в порядке правопреемства. Этот принцип заложен и в диспозитивной норме, хотя она определяет права на служебное произведение и служебное изобретение по-разному.

Вопрос об уступке прав на возможные будущие изобретения возникает также при заключении договора подрядного типа, прежде всего на выполнение НИР и ОКР. Включение условий о такой уступке в подрядный договор так же правомерно, как и в трудовой.

Основанием перехода прав служит, как обычно, договор, но не обязательно с автором, как в случае трудового договора, а с любым правообладателем, даже если его права имеют производный характер. Право переходит не только от обладателя первоначального права, но и от правообладателя, имеющего производное право, который может быть и промежуточным звеном, посредником, третьему лицу.

Правила о подрядном договоре никаких норм о переходе прав на возможные будущие изобретения не содержат, а глава ГК РФ о договоре на выполнение НИР и ОКР (который ГК РФ конструирует не как подрядный, а как самостоятельный) включает ст. 772, представляющую собой диспозитивную норму, предусматривающую, что «заказчик имеет право использовать переданные ему исполнителем результаты, в том числе способные к правовой охране, а исполнитель вправе использовать полученные им результаты работ (по существу. - В.Д.) для собственных нужд».

Договорная система обладает тем преимуществом, что на ее основе можно достигнуть соглашения, удовлетворяющего интересы всех заинтересованных лиц.

Закон не содержит специальных положений об основаниях возникновения прав, основанием является сам договор подрядного типа. Зато он позволяет определить, кому принадлежат сами права и их содержание.

По договору подряда подрядчик выполняет работы разного рода -это не только изготовление или переработка вещи, но и выполнение

304

Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_

другой работы (ст. 702 и 703 ГК РФ). Для варианта изготовления вещи п. 2 ст. 703 предусматривает передачу прав на нее заказчику, притом императивной нормой. О правах на другие результаты закон ничего не говорит - они принадлежат стороне, определенной договором. При отсутствии в нем соответствующих указаний приходится обращаться к общему смыслу отношений по подряду, который заключается в том, чтобы заказчик имел возможность использовать результат, полученный исполнителем по его заказу. Этот общий принцип полностью распространяется на договор о НИР и ОКР.

В соответствии со ст. 772 ГК РФ заказчик вправе использовать переданные исполнителем результаты. Основанием возникновения прав является передача результатов. Результаты, полученные исполнителем, но еще формально не переданные заказчику, последний использовать не вправе.

Однако представление, будто ст. 772 ГК РФ определяют права на изобретения, созданные при выполнении НИР и ОКР, было бы ошибочным, норма имеет совершенно другую направленность. Она устанавливает лишь, что заказчик вправе использовать переданные ему исполнителем результаты работ, заказ делается для того, чтобы иметь возможность использовать результаты его выполнения. Если при этом созданы решения, «способные к правовой охране», такое право использования относится и к ним, что должно получить надлежащее правовое оформление. Но это - только попутный вывод из нормы, никаких специальных правил о передаче или предоставлении прав на изобретение она не содержит. В частности, в ней ничего не говорится не только о распоряжении изобретениями, но и об их использовании за пределами, предусматриваемыми договорами на НИР и ОКР. В ст. 772 ГК РФ говорится не о переходе в целом права на изобретение, а только о предоставлении права использования. Переход права распоряжения эта норма не предусматривает, значит, в соответствии с общим принципом оно остается у исполнителя, «правопреемство» ограничено правом использования, притом в определенных пределах. При этом надо иметь в виду, что ст. 772 ГК РФ содержит диспозитивную норму, соглашением сторон может быть установлено иное правило, в том числе предусмотрена передача заказчику всех прав на изобретения.

По договору на НИР и ОКР в качестве исполнителя рассматривается не только непосредственный разработчик, но и лицо, которое как сторона договора несет ответственность за исполнение заказа. Эту роль выполняет и промежуточное звено, посредник. В этом случае права переходят по цепочке от правообладателя, в том числе не первоначального, к его правопреемнику, каждое ее звено должно быть оформлено до-

305

### III. Субъекты исключительных прав

говором. Соответственно заказ на выполнение НИР и ОКР может быть выдан не только непосредственному разработчику, но и промежуточно, му звену - посреднику, при условии, что это не нарушает прямых за-претов, установленных законом, и не ущемляет права и интересы авторов изобретения. Статья 772 ГК РФ имеет общее значение, она относится к заказу вообще, в том числе и к государственному заказу (см. ниже).

При выполнении договора на НИР и ОКР исполнитель иногда может обойтись без использования охраняемых изобретений, в некоторых случаях он использует «собственные» изобретения (служебные, созданные его работниками при выполнении служебного задания) или изобретения, созданные при выполнении уже его заказа третьими организациями. При всех условиях для передачи заказчику он сам должен получить по договору права от своего работника или контрагента по подрячному договору. Иногда исполнителю для выполнения задания приходится применять уже существующие изобретения, права на которые принадлежат другим лицам («приобретенные изобретения»), в этом случае исполнитель должен обеспечить заказчику возможность их использования. Для этого он должен приобрести права у правообладателя и в той или иной форме передать или предоставить их заказчику.

Этот вопрос есть предмет специального условия в договоре на НИР и ОКР. Речь идет о принципе «патентной чистоты», который действующее законодательство, к сожалению, не устанавливает общим образом. Он сформулирован только для изыскательских работ. Пунктом 2 ст. 760 ГК РФ предусматривается, что «подрядчик по договору подряда на выполнение проектных и изыскательских работ гарантирует заказчику отсутствие у третьих лиц права воспрепятствовать выполнению работ или ограничивать их выполнение на основе подготовленной подрядчиком технической документации». Этот принцип несомненно должен быть сформулирован как общий. Как общий следовало бы сформулировать еще один принцип - запрет заказчику распоряжаться полученными им новыми сведениями, как охраняемыми, так и неохраняемыми, без согласия другой стороны (п. 2 ст. 727 ГК РФ относит эту норму только к договору подряда, и по ГК РФ она не распространяется на договор о НИР и ОКР). Последний абзац п. 1 ст. 760 ГК РФ, относящейся к договору об изыскательских работах, ограничивает аналогичные права уже исполнителя (подрядчика), запрещая ему передавать соответствующую документацию третьим лицам. Подобные нормы нуждаются в обобщении и распространении на более широкий круг отношений. Вопрос о правах на результат творческой деятельности, полученный в порядке выполнения заказа,

\_\_\_\_\_ Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_  
бретений; для произведений он может возникнуть в более узкой сфере, например в связи с программами для ЭВМ.

Очевидно, что во всех случаях заказчик получает производные права и основанием их передачи служит договор. При этом такой договор является одним звеном в цепочке договорных связей. Если первоначальное право принадлежит автору, то проблемы со всеми остальными правообладателями решаются просто - им принадлежит производное право, основанием возникновения которого может быть только договор с автором (первоначальным правообладателем), все другие основания должны быть прямо названы в законе. Если закон содержит диспозитивную норму, то ее содержание не имеет определяющего значения, в конечном счете взаимоотношения сторон можно урегулировать договором.

Система прав при всех условиях строится по единой схеме - первоначальные права автора и производные права других правообладателей, выступающих в качестве правопреемников на разных звеньях единой цепи. Такая схема соответствует объективной сущности отношений, и только она позволяет сочетать интересы разных субъектов и избежать их конфронтации. Решение этой задачи посильно только единому закону, охватывающему весь комплекс правообладателей в целом. При фрагментарном регулировании неизбежен хаос.

Рассматривая статус юридических лиц как правообладателей, нельзя не остановиться специально на государственных организациях. На них распространяются все положения, относящиеся к юридическим лицам вообще, однако это не исключает их специфических черт.

Закон устанавливает особые основания возникновения исключительных прав на результаты творческой деятельности у государственных организаций. Если традиционным имуществом, первоначальные права на которое принадлежат государству, они наделяются административным актом государства, то правами на результаты творческой деятельности, которые первоначально принадлежат автору, они наделяются по договору с автором или по цепочке договоров, первым звеном которой является автор.

Однако в некоторых случаях государство устанавливает порядок, при котором в соответствии с договором права фактически могут возникнуть только у государства. В порядке исключения для этих случаев в «целях государственного стимулирования процессов создания, правовой охраны и использования результатов научно-технической деятельности» государство предусматривает передачу прав «либо организации-разработчику, либо инвестору, либо иному хозяйствующему субъекту» (см. распоряжение Правительства Российской Федерации от 30 ноября

307

### \_\_\_\_\_ III. Субъекты исключительных прав \_\_\_\_\_

2001 г. № 1607-р). Как правило, это государственная организация. Основанием возникновения ее прав является сочетание договора с административным актом. На акционерные общества, акции которых полностью или частично принадлежат государству, входящие в число частных структур, может быть распространен режим государственных юридических лиц, в частности правила о наделении их правами на изобретения.

Но наиболее важен и интересен вопрос о природе прав организации, в ведение которой передается изобретение.

Государственные организации как юридические лица наделены государственным имуществом, которое закреплено за ними на праве хозяйственного ведения или оперативного управления. «Государственное имущество» представляет собой родовую категорию, включающую две разновидности - имущество, распределенное между государственными организациями, и имущество, находящееся в непосредственном распоряжении государства как такового, «казны». Мне уже приходилось писать о том, что право хозяйственного ведения и право оперативного управления, как вещные права, вообще неприменимы к интеллектуальным правам, в настоящее время это встречается даже формальные препятствия (см. п. 1 ст. 216 ГК РФ)<sup>1</sup>. В отличие от традиционных имущественных прав права государственных организаций на результаты интеллектуальной деятельности - это права, принадлежащие последним на первичной основе, вполне самостоятельно, вне прав государства. Наиболее очевидным воплощением этого принципа является право на фирменное наименование, которое принадлежит только организации, любые права на него государства как такового не только бессодержательны, но и противоречили бы смыслу института. То же характерно для всех исключительных прав, хотя, может быть, не столь очевидно.

Исключительные права, принадлежащие государственным организациям, не включаются в состав имущества государства, что получает и нормативное подтверждение. Постановление Правительства Российской Федерации от 29 сентября 1998 г. № 1132, к примеру, устанавливает, что для прав на результаты интеллектуальной деятельности, принадлежащих государственным унитарным предприятиям, имущество которых подлежит приватизации, устанавливается особое правопреемство (п. 3). Это значит, что такие права не входят в состав имущества государства. Характерно, что термин «государственное изобретение» нигде не полу-

1 См : Дозорцев В А. Право на фильм как сложное многослойное произведение // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ 2000 № 3 С. 62-73; № 4 С. 84-99

308

\_\_\_\_\_ Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_  
чил ни нормативного, ни какого-либо иного, например доктринального, применения. Исключительные права государственной организации - это вообще не права государства. Они никогда не «просыпаются» как государственные и «проснуться» не могут. Это права государственной организации как таковой. Пунктом 7 ст. 63 ГК РФ установлено, что «оставшееся после удовлетворения кредиторов имущество юридического лица передается его учредителям (участникам), имеющим вещные права на это имущество или обязательственные права в отношении этого юридического лица...» (курсив мой. - В Д.). Исключительные права не имеют вещного характера, и государство (учредитель) не имеет обязательственных прав в отношении государственной организации. Исключительные права последней в случае ее ликвидации вообще прекращаются.

Скорее всего было бы целесообразно установить другое. Некоторые права на творческий результат с ликвидацией юридического лица продолжают действовать, правда, они принадлежат другому субъекту. Речь идет о неимущественном праве авторства, неотчуждаемом и непередаваемом. Логично было бы установить, что имущественные права прирастают к исходному неимущественному праву авторства и восстанавливаются у автора как у первоначального его обладателя. Без реальной заинтересованности правообладателя оно при всех условиях не будет реализовано и погибнет.

Из природы прав государственных юридических лиц следуют вполне четкие практические выводы.

### **3. Казна как правообладатель. Казенные изобретения**

Государству как таковому нередко самому приходится принимать участие в экономическом обороте как субъекту гражданского права. Вместе с тем ГК РФ не относит его к числу юридических лиц, устанавливая для него особый статус, закон именуется государство в таком случае «казной», хотя и приравнивает к другим видам субъектов гражданского права ~ физическим и юридическим лицам. Пунктом 1 ст. 124 ГК РФ установлено, что властные структуры - Российская Федерация, ее субъекты, муниципальные образования - выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений - гражданами и юридическими лицами, а в п. 2 той же статьи они прямо именуется субъектами гражданского права и говорится о применении к ним норм, определяющих участие юридических лиц в этих отношениях, «если иное не вытекает из закона или особенностей данных субъектов». К сожалению, этому последнему положению обычно не придается того значения, которого оно заслужи-ла

309

### **III. Субъекты исключительных прав**

вайт, хотя государство и властные структуры вообще занимают особое положение и как участники гражданского оборота. Это проявляется и в правах на результаты творческой деятельности.

Законодательство устанавливает особенности, как в основаниях возникновения прав, так и в их содержании, равно как и в порядке осуществления.

Законодательство о казенных изобретениях обращено не только в будущее, но и в прошлое, к изобретениям, уже созданным ранее. При этом военные изобретения, законодательство о которых начало развиваться лишь в последние годы, когда поступления в бюджет стали привлекать внимание, послужили лишь поводом для установления некоторых общих положений. Постановление Правительства от 29 сентября 1998 г. № 1132 вообще адресовано изобретениям военного, специального и двойного назначения. Но оно говорит о правах казны на научно-технические результаты (т.е. в том числе и на изобретения), полученные «за счет средств республиканского бюджета РСФСР, той части государственного бюджета СССР, которая составляла союзный бюджет, и средств федерального бюджета».

Это условие вопреки распространенным представлениям относится не только к военным изобретениям, а ко всем изобретениям, созданным в период существования СССР, т.е. до 1992 г.,

когда действовала система авторского свидетельства, по которой исключительное право на изобретение принадлежало государству. Постановление лишь подтверждает сохранение права государства на такие изобретения, поскольку ходатайство о прекращении действия авторского свидетельства с одновременной выдачей патента (см. п. 7 постановления Верховного Совета Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. № 3518-1 «О введении в действие Патентного закона Российской Федерации») не заявлялось. Основанием прав государства здесь служит выдача авторского свидетельства. Попутное упоминание новых изобретений, созданных за счет «средств федерального бюджета», не имело практического значения, об этом свидетельствует неоднократное повторение указанной нормы в последующих актах Правительства. В те же годы активизировались мероприятия по получению в бюджет доходов от использования старых кинофильмов, составляющих золотой фонд советской кинематографии. Но распространять внедоговорные основания, действовавшие при другой системе охраны, на новые изобретения было бы ошибкой. После введения в действие Патентного закона 1992 г. ситуация изменилась коренным образом. На казну стали распространяться общие принципы, действующие для исключительных прав в отношении всех правообладателей. Первоначальным правообладателем она по-прежнему никогда не выступает, в качестве правопреемника она может иметь толь-

310

\_\_\_\_\_ Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_  
ко производные права. Основанием правопреемства казны служит, как правило, договор, который должен быть заключен с предшествующим правообладателем и содержать прямое указание об уступке прав казне и об условиях такой уступки.  
Основания возникновения прав казны раскрываются главным образом при рассмотрении понятия «казенное изобретение» - изобретение, принадлежащее казне. Казенное изобретение следует отличать от рассмотренного выше понятия изобретения, принадлежащего государственной организации. Казенное изобретение - это изобретение, принадлежащее непосредственно государству как таковому и не переданное никакой государственной организации, которой оно принадлежало бы. Права казны на изобретения возникают по общим основаниям, тем же, что и у остальных правообладателей. Эти права могут иметь только производный характер, поэтому основанием их возникновения является договор с правообладателем, не обязательно первоначальным, — это может быть и правообладатель промежуточного звена, имеющий производные права. Важно только, чтобы он был надлежащим, т.е. чтобы его права в конечном счете основывались на правах автора. Но при всем этом содержание такого договора, как правило, специфично и специально урегулировано законом. Такой договор связывается с так называемым «государственным заказом» и «государственным контрактом».

«Государственный заказ» - достаточно специальное понятие. Он представляет собой поручение, выдаваемое уполномоченным органом государственной власти от имени государства, хозяйственной организации на выполнение определенной хозяйственной операции, оплачиваемой за счет средств государственного бюджета или иных централизованных государственных средств (внебюджетных фондов). В государственном заказе государство выступает непосредственно как таковое, и закон именуется его казной. Государственный заказ может выдаваться не только непосредственному исполнителю, но и промежуточному звену, на которое в этом случае ложится организационная работа по его выполнению. С ним и заключается государственный контракт, представляющий собой форму гражданско-правового договора, впрочем включающего и некоторые публичные элементы. Как правило, условие о переходе прав на изобретение включается в государственный контракт. Сейчас договорное начало как основание возникновения прав казны начинает последовательно проводиться в нормативных актах, хотя рецидивы формулировок, дающих повод для внедоговорной конструкции, еще встречаются. Но все же можно с уверенностью утверждать, что при отсутствии условий договора о переходе прав казна не имеет права на изобретение, даже если на его создание затрачены казенные

311

\_\_\_\_\_ III. Субъекты исключительных прав \_\_\_\_\_  
средства и оно создано при выполнении госзаказа. Сам по себе факт использования казенных средств для создания изобретения не является основанием возникновения прав казны. Но у государства как стороны договора, затратившей средства на создание изобретения, есть основания для того, чтобы выдвигать условия, в соответствии с которыми ему как таковому в лице уполномоченных им органов принадлежало бы право определять порядок использования таких изобретений и получать доходы от их эксплуатации.

При свободе договора у казны как государственного заказчика есть достаточно эффективное экономическое средство воздействия на контрагента, побуждающее последнего заключить договор об уступке прав на возможные будущие изобретения, притом на условиях, определяемых ею, - она может отказаться от заключения государственного контракта и выделения средств, заключить контракт с другим лицом и тем самым отдать ему средства, предназначенные для выполнения госзаказа. Более того, государство может издать нормативный акт, устанавливающий для государственного органа, уполномоченного заключать от имени государства государственный контракт, необходимые обязательные условия заключения такого контракта, в частности передачу казне прав на возможные будущие изобретения. Разумеется, из этого правила возможны исключения, но условия, при которых они допускаются, должны быть тоже установлены законом. Например, закон может предусматривать, что всякие исключения из общего правила допускаются только по решению Правительства Российской Федерации. Закон должен содержать предписания госзаказчику относительно содержания заключаемого им договора, иное может быть установлено только с разрешения Правительства.

Логично было бы, чтобы подобная система возникновения прав казны действовала в случаях, когда исполнителем по госзаказу выступает как государственная, так и частная организация.

Договорная система оснований возникновения прав казны обладает тем преимуществом, что она дает возможность гибко балансировать права всех заинтересованных субъектов правоотношений, устанавливая в некоторых случаях особое соотношение их прав. Действующие правовые акты предусматривают обязательное закрепление прав за государством (казной) только на результаты, связанные с обеспечением обороны и безопасности страны, а также доведение которых до стадии промышленного применения берет на себя государство (распоряжение Правительства Российской Федерации от 30 ноября 2001 г. № 1607-р).

Было бы логично, если бы содержание диспозитивной нормы составил принцип, в соответствии с которым право, хотя и производное, на казенное изобретение (не просто право использования, а право на

312

\_\_\_\_\_ Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_ изобретение целиком - в этом специфика прав казны) принадлежит казне и осуществляется определенной госзаказчиком хозяйствующей организацией. Но договором может быть предусмотрено иное.

Рассматривая вопрос о казенных изобретениях и государственном заказе, на котором они основаны, было бы неправильно не отметить существование двух разных моделей госзаказа. Несмотря на некоторые общие черты, присущие им обеим, единой категории все же нет. Государственный заказ производится от имени государства в лице уполномоченных государственных органов и оплачивается за счет казны - главным образом из бюджетных средств или иных централизованных источников. Во всем остальном государственный заказ - это только общий термин, он имеет совершенно разное содержание при «заказе» произведений и разработок, по существу это два не совпадающих правовых режима.

В конечном счете различие в режимах определяется особенностями объекта. Одна модель строится по образцу, приспособленному к произведениям, охраняемым авторским правом, выделяемым благодаря их форме, другая - к научно-техническим разработкам, для которых определяющее значение имеет существо.

Государственный заказ может быть адресован автору и организации. С автором заключается договор художественного заказа на создание произведения и предоставление права его использования или приобретение права использования уже готового произведения. Государство в лице компетентного государственного органа приобретает право определить организацию, которой разрешено использовать произведение (иногда такое использование на нее возлагается государством), но при этом автор не лишается права распорядиться своим произведением и самостоятельно, а автору причитается гонорар. Заказ на произведение выдается именно автору. Выдача государственного заказа организации характерна для разработок, она означает выделение определенных средств адресату, на которого возлагается ответственность за использование результата. При этом государство не вступает в непосредственные взаимоотношения с автором.

Система государственных заказов возникла в период, когда перед ними не ставилась задача обслуживания экономического оборота; она имела совершенно другие цели и использовала соответствующие им средства. Государственный заказ не предусматривал перехода прав, а его разновидность, относящаяся к произведениям, до сих пор не предусматривает такого перехода.

Государственный заказ на создание произведений определяет взаимоотношения не с посредником, а с автором. Учитывая характер

313

III. Субъекты исключительных, прав

произведений - объектов авторского права, это вполне возможно и рационально. Госзаказ здесь выдается не посреднику, а непосредственно автору. Объектом заказа является произведение, которое имеет личный характер, поэтому адресатом заказа является именно автор - непосредственный исполнитель. Заказ произведения через посредника не соответствовал бы личностной природе произведения. Основы госзаказа на произведение заложил акт, изданный негосударственным органом, но имевший в условиях советской системы еще большую силу, - постановление ЦК КПСС от 2 августа 1972 г. «О мерах по дальнейшему развитию советской кинематографии»<sup>1</sup>. В нем говорилось о предоставлении Госкино СССР права «ежегодно осуществлять 15-20 государственных заказов ведущим мастерам советского кино» (курсив мой. - В.Д.). О заказах государства киностудиям речи не было, они несли административные обязанности вне рамок гражданского права. Именно и только на взаимоотношения с «киномастерами» было направлено Положение о госзаказах на создание полнометражных художественных кинофильмов, утвержденное Госкино СССР 9 октября 1978 г. по согласованию с Минфином СССР и Госкомтрудом СССР, прямо ссылавшееся на упомянутое постановление ЦК КПСС. Все содержание этого Положения, несмотря на его название, сводилось исключительно к взаимоотношениям с писателями, сценаристами и кинорежиссерами, получавшими за такие «заказные» работы более высокое вознаграждение, выплачивавшееся из бюджетных средств. Никаких положений о взаимоотношениях с киностудиями, об особой системе закрепления прав на фильмы (в частности, за государством), о системе экономических взаимоотношений эти документы не содержали.

Та же схема практически действовала и при заказе других произведений искусства - музыки, живописи, произведений литературы и т.п., разве что не определялась организация, призванная отвечать за их реализацию. Была только одна особенность, и то прямо не закрепленная нормативно, - их могли свободно использовать организации, определенные государственным заказчиком. За этими пределами автор сохранял право распоряжаться использованием заказного произведения, заключать по поводу него договоры, получать вознаграждение и т.п.

Эта система не отменена и поныне, природа произведений и авторских отношений осталась неизменной. Развитие общественных отношений породило основания для изменения регламентации только в одном отношении. Почва для выдачи государственного заказа не непосредственно автору, а посреднику, в том числе организации (юридическому

<sup>1</sup> Правда, 1972.22 августа.

314

\_\_\_\_\_ Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_  
лицу), созрела для сложных - составных произведений, особенно состоящих из разнородных элементов (сходные признаки для определения «сложной вещи» использует ст. 134 ПС РФ), когда адресат заказа (исполнитель по договору) выполняет организационную работу, без которой невозможно создание законченного произведения, годного для передачи потребителю. Роль такого посредника может выполнять, например, продюсер. Однако законодательства, закрепляющего подобную схему, пока нет, равно как нет и практики подобных госзаказов.

Совсем другой госзаказ действовал в научно-технической сфере. Там объектом заказа было не охраняемое научно-техническое достижение по существу, а характеристики реального объекта техники, которые должен обеспечить исполнитель, технико-экономические показатели разрабатываемого объекта, его параметры и т.п. Как уже отмечалось, средства выполнения задания, наличие или отсутствие охраняемых изобретений и особенно их будущее содержание, даже в основных чертах, не могут быть предметом задания и соответственно заказа, в том числе и государственного. Поэтому адресатом задания, его исполнителем вполне может быть и обычно бывает организация, которая организует лиц, осуществляющих непосредственное создание технических решений. Такие решения могут быть и изобретениями, в частности созданными его работниками как служебные. В этом случае возникает вопрос о правах на подобные изобретения (назовем их «собственные изобретения» исполнителя, хотя права исполнителя на них тоже производны), ибо заказчик выдает заказ для использования полученной разработки. Исполнитель должен урегулировать вопрос о правах на изобретение с автором как первоначальным правообладателем, приобрести у него соответствующие права, только при этом условии он может передать или предоставить их дальше по цепочке - своему заказчику.



Правильнее всего включать условия о правах на возможные будущие изобретения в государственный заказ (государственный контракт). Это способствует возможности создания достаточно гибкой системы, позволяющей обеспечивать варианты закрепления прав за государством, за разработчиком и т.п., их балансирования.

Теперь о содержании прав казны, у которого есть ряд существенных особенностей. Наряду с правами, присущими всем правообладателям, права казны обладают специфическими чертами, некоторые из них до сих пор остаются не оцененными.

В отличие от других правообладателей казна, т.е. государство как таковое, не может непосредственно использовать изобретения. Достаточно сложно обстоит дело и с правом государства на распоряжение. Государство может осуществлять гражданско-правовое правомочие

315

### Ш. Субъекты исключительных прав

распоряжения и осуществляет его при передаче права на результат, прежде всего изобретение, частным лицам, в том числе и иностранцам, путем гражданско-правовых сделок. Но главной формой того, что тоже именуется «распоряжением», является акт «наделения» государственных организаций изобретениями, которым они в силу этого акта начинают принадлежать, «распоряжением» не являющийся, представляющий собой акт власти, а не гражданско-правовое действие. Аналогичные особенности есть и у права казны на материальные вещи, однако почему-то до сих пор они тоже остались незамеченными.

Есть еще одна особенность, вытекающая из специфики объекта, которая имеет общий характер, но особенно выпукло сказывается применительно к «казенным» изобретениям. Изобретение может выступать на рынке как таковое, как полуфабрикат, будучи само объектом переуступки или лицензии. Но оно может выступать и в составе изделия (технологического процесса), в котором использовано. Соответственно права на интеллектуальные продукты могут быть реализованы разными способами. Первый из них - это распоряжение правом на изобретение, реализация этого права происходит путем его отчуждения или выдачи лицензии. Но в этом случае осуществляется распоряжение только правом использования идеи, т.е. полуфабрикатом. Еще одна форма реализации прав на изобретение - это распоряжение изделием, в котором применено изобретение. В этом случае используется уже не полуфабрикат, а конечный продукт и правообладатель извлекает выгоды наиболее полно.

Разные формы распоряжения изобретением должны быть выделены в законе достаточно четко. К сожалению, за использование изобретения обычно принимается лишь использование полуфабриката, связь между разными формами реализации изобретения не прослеживается. О праве государства как правообладателя на получение выгод от применения изобретения в законченном объекте техники вообще обычно забывают. Это глубокая ошибка, предотвращение которой - задача нормативных актов. Продажа изделий, в которых применено изобретение, представляющая собой наиболее выгодную форму использования последнего, может служить препятствием уступки права на изобретение или продажи лицензии, и наоборот. В содержание прав государства как казны входит разрешение на осуществление производства с применением изобретения. Отчуждение права на изобретение и право выдачи разрешения на его использование (лицензии), обычно именуемые правом распоряжения изобретением, составляют отдельное право.

Осуществляя реализацию изобретения, необходимо иметь в виду обе формы и их связь, для казенных изобретений вероятно внутренняя

316

\_\_\_\_\_ Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_ конкуренция, которая должна быть устранена регулирующим органом. Если право на изобретение закреплено за частным лицом, последнее эксплуатирует его по своему усмотрению, учитывая, однако, все возможные способы извлечения выгод.

В отличие от изобретений объекты авторского права (и вообще все объекты, для которых определяющей является форма) всегда представляют собой законченный продукт, для них внутренняя конкуренция не характерна.

Для казны заслуживает специального выделения еще одно право - на извлечение выгод от эксплуатации. Еще жива традиция времен командно-административной экономики, когда право только провозглашается, но оно не насыщается товарным содержанием, за ним не стоят реальные экономические интересы. Ситуация, когда право казны провозглашается, но оно не сопровождается никакими выгодами, извлекаемыми только другими лицами, не может быть признана нормальной. Доходы должны принадлежать государству, определенный процент, установленный договором,

может идти исполнителю, посреднику причитается только вознаграждение от исполнителя за выполненную работу.

Очень существенна для практических целей и природа прав казны. Закон должен решить двуединую задачу. Государство (казна) остается хозяином, единственным обладателем прав на изобретение, включая право распоряжения и право на получение выгод. Право государства подлежит сохранению, притом как действующее, а не «спящее». И одновременно нужно создать возможность для государственной организации, уполномоченной пускать изобретение в экономический оборот, известной свободы маневра. Право хозяйственного ведения и право оперативного управления не отвечают этим требованиям, тем более что они вообще неприменимы к изобретениям.

В настоящее время законодательно закреплена правовая форма, позволяющая удовлетворить запрос практики, - право доверительного управления. В обороте выступает хозяйственная организация (доверительный управляющий), а государство (правообладатель) сохраняет руководство и контроль за его действиями. Правом продажи управляющего наделять не следовало бы (подобно тому, как право распоряжения товарными знаками, принадлежащими государству, осуществляемое федеральным казенным предприятием, в соответствии с постановлением Правительства Российской Федерации от 4 июля 2002 г. № 494 н включает права его уступки<sup>1</sup>). Очень важно, что при такой системе прг во на выгоды от эксплуатации изобретения остается за правообладате-

<sup>1</sup> Российская газета 2002 10 июля.

317

### III. Субъекты исключительных прав

лем, доверительный управляющий имеет право на вознаграждение за проделываемую им работу.

Именно на этой юридической основе, в отличие от прав, закрепляемых за юридическим лицом как ему принадлежащих, изобретение закрепляется за хозяйствующим звеном. Доверительное управление принципиально отличается от оперативного управления и хозяйственного ведения.

Лучше всего, если хозяйствующее звено получает изобретение по договору, который все определяет, в том числе и вопрос о том, кому и в какой части принадлежит право на доходы. Казна, заключая госконтракт, выступает не только как власть, но и как субъект гражданского права. Обособленность прав казны, в лице которой государство выступает в качестве собственника, и хозяйственной организации в этом случае становится особенно выпуклой, природа прав участников отношения оказывается очевидной. Так, при ликвидации доверительного управляющего в силу банкротства интеллектуальные права не попадают в конкурсную массу; доверительное управление прекращается, и казне предстоит заново определить хозяйственную организацию, ответственную за эксплуатацию изобретения в экономическом обороте.

Одна из основных особенностей правового режима казенных изобретений обусловлена проблемой их осуществления и необходимостью создания в этих целях специального механизма. Если права принадлежат частному лицу, оно осуществляет их по своему усмотрению, у него не возникает потребности в правовой регламентации, наоборот, она противопоказана свободе усмотрения.

Напротив, для осуществления прав, принадлежащих государству, нужны специальные правила в нормативных актах, тем более что они требуют достаточно сложного механизма, состоящего из нескольких звеньев: а) властного; б) хозяйствующего; в) коммерческо-посреднического (последнее есть не всегда).

Властное звено - это уполномоченные органы государственного управления, несущие ответственность за надлежащее осуществление прав и принимающие от имени государства наиболее общие решения.

Категория «казенное изобретение» предполагает, что право на него принадлежит государству. Но надо точно определить орган, уполномоченный устанавливать направление и форму использования, принимать решение о передаче его хозяйствующему звену. Речь идет о властном действии, подобном закреплению за хозяйственной организацией материальной вещи, хотя и имеющем другую природу. Логично, чтобы это был государственный заказчик, такую презумпцию стоит установить в законе, иной уполномоченный орган должен быть специально назван Правительством. Во всяком случае подобная система способна обеспечить определенность.

318

\_\_\_\_\_ Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_

Правильное определение хозяйствующей организации посильно только компетентному органу управления, о чем свидетельствует несколько признаков. Во-первых, необходимо наличие у этого органа властных полномочий в отношении хозяйствующих органов. Во-вторых, нужны экономические возможности, позволяющие воздействовать на процесс реализации. В-третьих,

властный орган должен обладать информационной базой в отношении предмета. В-четвертых, он должен владеть технической и производственной стороной дела. В-пятых -должен быть искусственным в коммерческой сфере.

В настоящее время распоряжение от имени Российской Федерации правами на результаты интеллектуальной деятельности возложено на Министерство юстиции Российской Федерации совместно с федеральными органами исполнительной власти, являющимися государственными заказчиками (см. п. 2 постановления Правительства Российской Федерации от 29 сентября 1998 г. № 1132). Значимость Минюста России особенно возрастает в силу его участия в принятии всех решений по распоряжению правами, в то время как государственные заказчики меняются, являются величиной переменной. Между тем это Министерство не отвечает ни одному из требований, позволяющих считать его компетентным для выполнения рассматриваемой властной функции. У него нет ни властных, ни экономических возможностей воздействия на хозяйственные организации, выступающие в экономическом обороте, оно не располагает и необходимыми информационными данными о технических решениях и ситуации на рынке, не владеет техническими и производственными материалами, нет у него никаких оснований считаться искусственным в коммерческой сфере. Единственная позиция, по которой его можно считать причастным к проблеме, связана с оформлением прав на интеллектуальные результаты и правовым оформлением операций на рынке. Однако этого совершенно недостаточно. Ныне все операции подлежат правовому оформлению, для рыночных операций первично не закрепление прав, а коммерческие функции. Обращение к конкретным отношениям показывает, что наделение Министерства юстиции властными функциями в рассматриваемой области способно привести только к дезорганизации отношений.

Точно так же не годится для выполнения рассматриваемой властной функции и патентное ведомство - Роспатент, которому свойственна работа только по оформлению прав на результаты интеллектуальной деятельности. Правда, в отличие от Министерства юстиции, он располагает некоторыми техническими данными. Но у него нет никаких материалов о производственной ситуации, ему чужда и вся коммерческая деятельность. Он не располагает ни властными, ни экономическими

319

### III. Субъекты исключительных прав

средствами воздействия на хозяйственные организации. Строго говоря, Роспатент не есть даже орган управления, он никем не управляет, вместе с подведомственным ему институтом он представляет собой только орган по экспертизе и оформлению прав, осуществляя совершенно другой аспект властных полномочий.

Разделение патентного ведомства на орган государственного управления и организацию, реально осуществляющую экспертизу (так создается поле для «управления»), имеет сугубо искусственный и даже фиктивный характер, у них нет разных функций. Усложнение структуры и раздувание штатов - это только самый малый отрицательный результат подобного решения. Гораздо более опасно придание верхнему звену, вопреки существующей системе государственных органов, более высокого статуса, наделение его полномочиями, не соответствующими его возможностям.

Повышение его ранга и влияния в такой системе отвечает только его ведомственным интересам. Превращение патентного ведомства в две организации не имеет прецедентов в мире.

Для выполнения властных функций по распоряжению изобретениями патентное ведомство (Роспатент) никак не приспособлено. Последствия наделения его несвойственными ему функциями наблюдались неоднократно. Даже в период существования командно-административной экономики Комитет по делам изобретений был не в состоянии справиться с задачей внедрения изобретений в народное хозяйство, патентования и использования отечественных изобретений за границей.

Идея централизации властной функции по обеспечению использования изобретений в экономическом обороте не может быть признана состоятельной. С этой задачей лучше справятся специализированные органы государственного управления, прежде всего - государственные заказчики, через которых государство выдает заказы на производство работ и выделяет на них денежные средства. Эти органы располагают всей необходимой информацией и вполне компетентны во всех отношениях. В централизации нуждается в настоящее время только учет принадлежащих казне результатов интеллектуальной деятельности<sup>1</sup>. Но ответственность за его организацию не обязательно возлагать на орган управления.

См. постановление Правительства Российской Федерации от 14 января 2002 г. № 7 «О порядке инвентаризации и стоимостной оценке прав на результаты научно-технической деятельности» //

Российская газета. 2002. 23 января.

Впрочем, Положение, утвержденное этим постановлением, нуждается еще в существенном совершенствовании.

320

\_\_\_\_\_ Творческий результат: система правообладателей

Органам управления присущи только чисто административные функции, отрицательные последствия одновременного наделения их гражданско-правовыми полномочиями неоднократно демонстрировал практический опыт. Одновременное осуществление власти и хозяйственной деятельности в экономическом обороте несовместимы. Органы управления могут и должны определять характер и пределы использования изобретений внутри страны и за границей, их решение нужно не только для отчуждения прав и выдачи лицензий, но и для производства продукции с применением изобретений.

В настоящее время, к сожалению, функции этих уполномоченных властных органов оказались в какой-то мере размытыми. Иногда на них прямо возлагается ведение деятельности в экономическом обороте, хотя они к ней не приспособлены и не могут осуществлять ее эффективно. Так, подп. 1 п. 4 постановления Правительства Российской Федерации от 2 сентября 1999 г. № 982 предоставляет государственным заказчикам право подачи заявок и получения патента (не «обеспечение» подачи заявки, как в подп. 2 п. 2 того же постановления, а именно непосредственно подача заявки и получение патента). Подпункт 3 п. 4 того же постановления предусматривает выдачу лицензии государственным заказчиком. Подобная размытость функций подлежит безусловному устранению. Хозяйствующее звено представлено организациями, которые от имени государства или от своего имени, но в интересах государства осуществляют с изобретениями деятельность в сфере хозяйственного оборота, совершают с ними гражданско-правовые действия, они занимаются хозяйственной деятельностью и коммерческой эксплуатацией результата. Это - уполномоченные организации, определяемые государственными заказчиками. Рациональнее всего наделять этими правами организации из числа исполнителей и даже головных исполнителей НИР и ОКР. Они наиболее компетентны, и, кроме того, осуществление хозяйственной деятельности дает возможность возложить на них бремя хозяйственных операций, предоставить выгоды и возложить ответственность. Все взаимоотношения с третьими лицами по поводу изобретений лежат на хозяйствующем субъекте, а не на правообладателе - государстве (казне). Основные направления реализации государственной политики по вовлечению в хозяйственный оборот результатов в научно-технической деятельности, утвержденные Правительством Российской Федерации 30 ноября 2001 г. (распоряжение № 1607-р), предусматривают, что государство в заключаемых им с хозяйствующими субъектами государственных контрактах возлагает на них все расчеты с контрагентами - материальное поощрение организаций-исполнителей,

321

///. Субъекты исключительных прав

выплату вознаграждения авторам и т.п. Государство как таковое непосредственно не участвует в этих операциях

Правовую основу выступления хозяйствующих субъектов в экономических отношениях составит право доверительного управления, если правообладателем остается государство, или наделение их полноценными правами на изобретение, если государство считает целесообразным не оставлять права за собой. Формой стимулирования является не только наделение статусом правообладателя, но и передача прав в доверительное управление, что в настоящее время учитывается недостаточно. В п. 1 ст. 1013 ГК РФ специально говорится о доверительном управлении исключительными правами (правами на результаты интеллектуальной деятельности).

Будучи доверительным управляющим, хозяйствующее звено выступает на рынке от имени государства, имея достаточно широкую свободу действий (кроме отчуждения исключительного права), в пределах, установленных контрактом с учредителем доверительного управления. Если стороны сочтут это целесообразным, они могут включить в контракт особые условия об отдельных полномочиях доверительного управляющего - о патентовании изобретения в стране и за рубежом, о выдаче лицензий в стране и за рубежом, о производстве продукции с применением изобретения и об экспорте ее в иностранные государства и т.п. При отсутствии таких условий может считаться, что доверительному управляющему разрешены соответствующие действия.

Казна как таковая может только отчуждать права на изобретения, и то лишь в отдельных, редких случаях. Нормальную эксплуатацию изобретений в экономическом обороте могут осуществлять только хозяйствующие организации. У казны есть всего две возможности организовать их

использование - оставить права за собой и передать их хозяйствующей организации в доверительное управление или отказаться от таких прав и передать их хозяйствующей организации в качестве принадлежащих последней. Выбор варианта оформляется договором с учетом интересов обеих сторон, но первое слово принадлежит казне как инвестору, который вообще может не выделить средств на проведение работ.

Функции органа управления по передаче прав на изобретение правообладателю так или иначе регламентированы. Более того, на случай передачи изобретения хозяйствующей организации как правообладателю специально предусмотрены правила, обеспечивающие интересы государства. Основные направления реализации государственной политики... от 30 ноября 2001 г. устанавливают, что в контракты и договоры, одной из сторон которых выступает государство, предусматривающие передачу прав хозяйствующей организации, включается условие о по-

322

\_\_\_\_\_ Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_  
лучении государством (точнее было бы сказать «государством как таковым, казной») «неисключительной, безотзывной и безвозмездной лицензии на использование результатов научно-технической деятельности для государственных нужд». При этом имеется в виду право казны разрешать использование изобретения по такой лицензии, хотя и в ограниченных пределах, хозяйствующей организации, главным образом государственной, но во всяком случае для «государственных нужд».

Контракт должен предусматривать и другие обязанности хозяйствующей организации, приобретающие характер обязанностей перед контрагентом (казной) по гражданско-правовому обязательству. В него подлежат включению требования к такой организации о доведении разработки до стадии промышленного применения и реализации готовой продукции, конкретные обязательства стороны, реализующей в производственной практике результат научно-технической деятельности. За невыполнение этой обязанности устанавливаются санкции, взимаемые, естественно, в пользу контрагента (казны).

Нельзя сказать, что подробно регламентированы отношения по доверительному управлению. Это относится прежде всего к хозяйствующим организациям как доверительным управляющим, которым приходится реально осуществлять права казны. Но в большой мере распространяется и на органы исполнительной власти, выступающие в качестве учредителя доверительного управления. У них, кроме всего прочего, возникает еще возможность и соблазн принять на себя часть несвойственных им функций участников товарного оборота (или наделять этими функциями организации, находящиеся в сфере их влияния), их роль в экономическом обороте оказывается размытой и неопределенной.

Осуществление прав на казенные изобретения через право доверительного управления остается не выстроенным в последовательную структуру. Нужный результат может быть получен только при возложении на каждое звено отличающихся функций, к которым оно приспособлено, иначе неэффективность системы становится неизбежной. При отсутствии четкой дифференциации каждого звена доверительное управление еще недостаточно очевидно выделяется как форма, используемая для пуска изобретений в экономический оборот.

Коммерческо-посредническое звено. Становление и развитие особого рынка интеллектуальных прав привело к зарождению системы их осуществления. Появился еще один вид субъектов права, призванный заниматься деятельностью по оказанию помощи правообладателям, предоставляющий им специализированные услуги в качестве посредника.

Рынок прав на результаты интеллектуальной деятельности - это особая область, эффективное участие в операциях на этом рынке требу-

323

### III. Субъекты исключительных прав

ет специфических знаний и опыта. Недостаточно разбираться в существе решений, являющихся объектом операций, и в связанной с ним коммерческой конъюнктуре, нужны еще и дополнительные навыки в патентно-лицензионной сфере. Эффективная коммерческая деятельность в области реализации именно изобретений требует специальных знаний и опыта, которых правообладатель, как правило, не имеет, особенно при реализации изобретений за границей. Поэтому ему целесообразно привлекать для посредничества специализирующиеся на этой работе организации. Надлежащее сочетание свободы усмотрения, принадлежащей правообладателю, с опытом и знаниями специалиста может быть получено путем использования услуг посредника - представителя, комиссионера, агента, через которого будет выступать правообладатель. На такого

посредника как промежуточное звено может возлагаться поиск потребителя, разработка условий договорных связей с ним, поиск уже готовых решений, их комплектование, оказание других услуг. Проблема посредничества встает и перед правообладателями - частными лицами, но особенно важной она становится для казны, заинтересованной в эффективном использовании принадлежащих ей изобретений. В настоящее время закон не устанавливает обязательного посредничества и для казенных изобретений (не считая военных). Применяется общий принцип свободы усмотрения лица, имеющего право выступления на рынке. Решение вопроса о привлечении посредника зависит только от его усмотрения, от того, что оно найдет более целесообразным и экономически эффективным, риск приглашения посредника и его выбора несет именно это лицо. Это распространяется как на сделки внутри страны, так и на внешнеторговые операции, для которых в настоящее время тоже не действуют ограничения. На изобретения распространяются общие принципы совершения рыночных операций. Во всяком случае специализированное профессиональное посредничество для изобретений, принадлежащих частным лицам, факультативно и осуществляется на договорных условиях, отличающихся от условий обязательного посредничества. Исключения из принципов добровольного посредничества действуют только в случаях, прямо предусмотренных законом. Однако при всех условиях как при добровольном, так и при обязательном посредничестве правовая роль посредника ограничена, он выступает на основании и в пределах полномочий, полученных от правообладателя, не имея самостоятельных правомочий и никак не претендуя на роль самостоятельного правообладателя. Его роль должна быть очень четко выверена, иначе отрицательные последствия, такие, как затягивание принятия срочных решений и отсюда неспособность достижения договоренностей, неизбежны.

324

\_\_\_\_\_ Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_

На организации, осуществляющие обязательное посредничество, могут быть возложены и некоторые дополнительные функции - контрольные, учетные и т.п., они подлежат четкой специальной фиксации в законе. Но это не должны быть распорядительные функции.

Посреднические операции в отношении казенных изобретений, особенно обязательное посредничество, будут совершать государственные организации. Для эффективного осуществления посредничества весьма важна государственная структура, в рамках которой оно будет производиться. Но вопросы, связанные с этой структурой, лучше всего рассматривать на базе той сферы, в которой казенные изобретения получили максимальное распространение (об этом будет сказано ниже).

Организация осуществления прав на результаты интеллектуальной деятельности имеет ряд особенностей, если объектом являются не изобретения, а другие принадлежащие казне результаты научно-технической деятельности. Но эти объекты подлежат отдельному рассмотрению. Особенно остро стоит вопрос с секретами промысла. Для охраны они должны быть как-то обособлены от других результатов, зафиксированы и оформлены определенным образом<sup>1</sup>. Из абзаца третьего п. 2 ст. 8 Патентного закона вытекают определенные последствия сообщения работодателем автору своего решения о сохранении соответствующего объекта в тайне, такое сообщение тоже предполагает идентификацию такого объекта и фиксацию его признаков. Отдельной регламентации требует система вознаграждения авторов секрета промысла, особенно с учетом отсутствия права авторства на секреты промысла (хотя авторы у них чаще всего есть), без этого выплата вознаграждения невозможна. Существует и ряд других позиций, требующих обязательной отдельной регламентации.

#### 4. Военные изобретения

Многие годы существенная часть казенных средств, предназначенных для исследований и разработок, обращалась на цели, связанные с обороной страны. Именно в эту сферу направлялась основная масса госзаказов. Поэтому важнейшей разновидностью казенных изобретений стали изобретения военного, специального и двойного назначения (далее - военные изобретения). Режим использования именно этой группы казенных изобретений как внутри страны, так и за границей сохранял особую актуальность и в настоящее время.

<sup>1</sup> См -Дозорцев В А Понятие секрета промысла (ноу-хау) // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2001. W.I. С. 99-113; №8. С. 105-119.

325

#### III. Субъекты исключительных прав

На такие изобретения, создаваемые за счет средств казны, в принципе распространяется общий режим, установленный для всех казенных изобретений. Общими являются все положения о правах государства на казенные изобретения. Субъектный состав участников правоотношений тоже

принципиально совпадает. Действуют те же основания возникновения и перехода прав, прежде всего договорные основания. Наличие диспозитивных норм свидетельствует о сохранении договорной природы прав казны и их производном характере. Но сама диспозитивная норма, как правило, устанавливает права именно казны, подтверждая устремленность на обеспечение интересов государства. Специфические же нормы, отличающие режим военных изобретений как разновидности от общего режима всех казенных изобретений, касаются осуществления этих прав. К изобретениям военного назначения относятся охраняемые решения, отвечающие признакам продукции военного назначения, определенные ст. 1 Федерального закона от 19 июля 1998 г. № 114-ФЗ «О военно-техническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами» (далее - Закон о военно-техническом сотрудничестве). Изобретения специального назначения Законом никак не определены, но следует считать, что к ним относятся охраняемые решения, имеющие отношение к обороне страны и национальной безопасности. Изобретения двойного назначения могут использоваться как в указанных специальных сферах, так и за их пределами. К рассматриваемым изобретениям не относятся секретные результаты, для которых установлен специальный режим, предусмотренный законодательством о государственной тайне. Специфика порядка осуществления прав на военные изобретения обусловлена прежде всего интересами обороны и обеспечения безопасности страны. Она вытекает также из заключенных Россией международных договоров, предусматривающих ограничения в распространении вооружений с учетом внешней политики, осуществляемой рядом государств, экологическими проблемами, получившими международный характер, и другими подобными факторами. Важную роль в установлении особого порядка осуществления прав на результаты интеллектуальной деятельности играет необходимость обеспечения максимальной эффективности использования, в том числе коммерческого, таких результатов. Однако возмещение затрат на финансирование государство не рассматривает в качестве основной цели этой деятельности; этот принцип, прямо установленный для передачи хозяйствующим субъектам прав на результаты, имеет более широкое действие.

Режим военных изобретений характеризует несколько основных моментов.

326

Творческий результат: система правообладателей

Во-первых, на них распространяются все ограничения, установленные для продукции военного назначения законодательством о военно-техническом сотрудничестве, связанные в основном с экспортом и импортом этой продукции.

Во-вторых, военным изобретениям свойственна большая жесткость в определении правообладателя, которым преимущественно становится государство. Именно таким должно быть содержание предписаний властным органам государственного управления относительно содержания государственного контракта. Закрепление прав не за государством может производиться только в исключительных случаях и в особом порядке, например в каждом отдельном случае по специальному решению Правительства Российской Федерации. Для казенных изобретений, не относящихся к числу военных, может быть установлена более высокая степень свободы договора, позволяющая органам государственного управления заключать государственные контракты на условиях закрепления возможных будущих изобретений не за государством, а за иными участниками отношения.

Постановлением Правительства Российской Федерации от 2 сентября 1999 г. № 982 предусмотрена разработка «с учетом специфики и вида государственных контрактов, а также функций государственных заказчиков» примерных условий таких контрактов (п. 5). Значит, подлежат разработке несколько проформ, притом рациональна подготовка разных проформ для военных изобретений и казенных, но невоенных изобретений. При разработке проформ примерных контрактов естественно руководствоваться положениями, содержащимися в Основных направлениях реализации государственной политики по вовлечению в хозяйственный оборот результатов научно-технической деятельности, утвержденных распоряжением Правительства Российской Федерации от 30 ноября 2001 г. № 1607-р.

Государственная политика в этой области заключается в обеспечении сбалансированности прав и законных интересов субъектов правоотношений, включая государство, и государственного стимулирования процессов создания, правовой охраны и использования результатов научно-технической деятельности с учетом возможности их реализации гражданской сфере, Юридическим средством, создающим возможное!, такой сбалансированности, является договор. Право на изобретение переходит к государству только по договору с правообладателем, других оснований

перехода этих прав закон не предусматривает. Именно этот принцип прямо закреплен в упомянутых Основных направлениях реализации государственной политики... от 30 ноября 2001 г. Этим документом предусмотрено, что предоставление прав на такие разработки

327

### III. Субъекты исключительных прав

производится «путем заключения соответствующих договоров» (абз. седьмой п. 1). «Вопросы прав на результаты научно-технической деятельности должны определяться в государственных контрактах на выполнение работ для государственных нужд, других предусмотренных законодательством договорах (соглашениях)» (абз. восьмой п. 2).

В числе субъектов, права и интересы которых подлежат учету, Основные направления прямо называют авторов, организации-разработчики, организации-исполнители, инвесторов, включая государство, производителей продукции. Предусмотрено, что государство вводит результаты в хозяйственный оборот, «в том числе путем их передачи либо организации-разработчику, либо инвестору, либо иному хозяйствующему субъекту». При этом в обязательном порядке подлежат закреплению за государством права на результаты научно-технической деятельности, созданные за счет средств федерального бюджета, «которые непосредственно связаны с обеспечением обороны и безопасности страны, а также доведение которых до стадии промышленного применения берет на себя государство». Эти положения подлежат обязательному учету в примерных контрактах. При заключении контрактов они обязательны для заключающих их органов государственного управления.

В-третьих, для военных изобретений установлена обязательность посредничества и определен такой посредник в лице Федерального агентства по правовой защите результатов интеллектуальной деятельности военного, специального и двойного назначения (далее - ФАПРИД), имеющего статус государственного посредника. Для казенных, но невоенных изобретений представительство ФАПРИД может быть факультативным, притом не только внутри страны, но и за границей. Строго говоря, правило об обязательном представительстве установлено только для операций за границей, для военно-технического сотрудничества с иностранными государствами.

Но, действуя последовательно, было бы логично распространить механизм осуществления прав государства и на внутренние отношения, на операции с казенными военными изобретениями внутри страны. Если исключительное право на изобретение закреплено за государством, за казной, его использование любым другим субъектом может производиться только с разрешения государства как такового, на основании своеобразной внутренней лицензии, с выплатой ему вознаграждения за использование, иначе исключительное право на изобретение становится неосновательно узким.

Вырученные средства должны поступать не выделившему их органу управления, в частности госзаказчику, а непосредственно в бюджет и оттуда распределяться в общем порядке.

328

\_\_\_\_\_ Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_

И еще. Целям контроля за использованием военных изобретений, хотя бы созданных за счет казенных средств, соответствовало бы обязательное государственное посредничество, независимо от того, кому принадлежит право на изобретение - государству в лице казны или частным структурам. Но в принципе нормально, чтобы права на такие изобретения, даже созданные в частных структурах, закреплялись за казной.

Посредничество, в том числе обязательное, заключается в профессиональном и квалифицированном выполнении поручений доверителя (комитента, принципала), никаких самостоятельных решений за рамками поручения посредник принимать не вправе. С обязательным посредником тоже должен заключаться договор, предусматривающий обязанности и ответственность сторон, выплату ему вознаграждения и т.п. Заключение такого договора обязательно для сторон (ст. 445 и 446 ГК РФ).

Представляется, что в этом случае целесообразно иметь типовой договор (или типовые договоры в нескольких вариантах), а также утвержденные ставки вознаграждения. Посредник по операциям с военными изобретениями может быть наделен и некоторыми дополнительными, контрольными функциями. Но они могут сводиться только к контролю за эффективностью операций хозяйствующего звена и соблюдением им законодательства, принятие оперативных решений по существу не входит в его компетенцию, он не может вмешиваться в деятельность хозяйствующего звена (в крайнем случае возможно неисполнение, с соблюдением установленной процедуры, его поручений).

Как уже отмечалось, к сожалению, в настоящее время этот принцип не соблюдается, звено, которое призвано быть посредническим, наделено правом принятия решений и по существу, наряду с



хозяйствующим звеном. Это влечет за собой многочисленные отрицательные последствия, особенно заметные там, где закон предусматривает обязательное посредничество, т.е. для военных изобретений.

Эффект усугубляется тем, что посредническое звено входит в систему, совершенно некомпетентную принимать решения о коммерческой эксплуатации изобретений, особенно военных, - в систему юстиции. Органы юстиции не располагают необходимой информацией о военных изобретениях ни по существу, связанному с их оборонной спецификой, ни для осуществления с ними операций на рынке. Они не имеют да<sup>к</sup> для того, чтобы судить о технических аспектах решения, о состоянии производственных проблем, об экономической и конъюнктурной стороне дела, о решениях по экспорту изделий, изготовленных с применением изобретений, и т.п. Более того, они не располагают никаким коммерческим опытом. Для них существует только один канал связи с проблемой - оформление прав.

329

### III. Субъекты исключительных прав

Но этого совершенно недостаточно. Все операции на рынке требуют оформления прав, и этим занимаются все хозяйствующие субъекты, к какой бы системе они ни относились. Органы юстиции имеют дело только с одним аспектом такого оформления - чисто юридической, формальной фиксацией прав результатов сделки. Само заключение сделки выходит за рамки возможностей системы юстиции и возглавляющего ее Министерства юстиции Российской Федерации.

Для того чтобы заполнить вакуум собственной полной некомпетентности, Министерство юстиции оказалось заинтересованным в создании организации, выполняющей не только посредническую работу, но и функции, возложенные на само Министерство, которое, не обладая реальными данными, заинтересовано в их концентрации хотя бы в подчиненной организации. Руководство со стороны Министерства юстиции остается чисто номинальным. Не соответствующей закону и даже противоестественной системе соответствует и искусственное выделение государственной структуры, осуществляющей хозяйственную оперативную работу и даже некоторые властные функции. Но пороки системы такое выделение ликвидировать не в состоянии, органически несвойственные ей функции деформируются. Она обречена на неэффективность.

Указом Президента Российской Федерации от 2 мая 1996 г. № 642 «О мерах по развитию органов юстиции Российской Федерации»<sup>1</sup> на Минюст России была возложена «реализация государственной политики в области правовой защиты интеллектуальной собственности» (п. 1). Строго говоря, эта формула означает работу только по предоставлению охраны, по закреплению прав, прежде всего по экспертизе и регистрации изобретений, практически по руководству Роспатентом, а также законопроектной деятельностью. Это вполне естественно, к такой правоприменительной деятельности Министерство юстиции вполне приспособлено.

Та же формула была воспроизведена в Положении о Министерстве юстиции Российской Федерации, также утвержденном Указом Президента Российской Федерации от 2 августа 1999 г. № 954 (в настоящее время действует редакция от 10 декабря 2001 г., но в эту норму никаких изменений не внесено)<sup>2</sup>. Положение наделяет Минюст России функциями даже с «перебором» - он объявлен осуществляющим функции государственного патентного ведомства (подп. 47 п. 5 Положения), которые для него нереальны и непосильны. Но руководство такой сферой право-

1СЗ РФ. 1996. №19. Ст. 2259. 1СЗ РФ. 1999. № 32. Ст. 4043.

330

\_\_\_\_\_ Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_ охранительной деятельности, как обеспечение правовой охраны (если угодно - «защиты») интеллектуальной собственности (в которую входят художественные, промышленные и некоторые другие виды прав), в целом ему вполне свойственно. Во всяком случае изменить распределение функций в этой сфере правомерно может акт не ниже указа Президента России.

12 апреля 1999 г. было издано постановление Правительства Российской Федерации № 413, формально относящееся только к одной сфере, - «О совершенствовании деятельности федеральных органов исполнительной власти в области авторского права и смежных прав»<sup>1</sup>. Оно отнесло к компетенции Роспатента вопросы авторского права и смежных прав, которые ему как органу, занимающемуся государственной экспертизой и оформлением прав правообладателей, вообще не присущи. Такое расширение функций Роспатента (с включением в Положение о нем) и фактическое исключение их из компетенции Министерства юстиции неправомерно даже чисто формально, поэтому постановление, как акт более низкого уровня, чем указ, должно считаться не имеющим юридической силы. Такой вывод тем более обоснован, что практически это постановление стало

сигналом для фактического расширения функций Роспатента за присущие им пределы и по другим вопросам.

Другое дело - руководство в коммерческой сфере. Видимо, по соображениям обеспечения единства управления всем блоком работ в области интеллектуальных прав на Министерство юстиции было возложено и руководство коммерческой деятельностью по эксплуатации изобретений в экономическом обороте, в частности в международном экономическом обороте (подп. 49 п. 5 и подп. 13 п. 7 Положения о Министерстве юстиции). При Министерстве была создана соответствующая специализированная организация. Это было уже явной ошибкой, Министерство не отвечает ни одному из условий для компетентного и эффективного осуществления этой деятельности. Парадокс, как это часто бывает, заключается в том, что при лишении Министерства юстиции ввиду его инертности и даже бездеятельности свойственной ему функции руководства Роспатентом - экспертизой и регистрацией изобретений - несвойственной ему функции руководства коммерческой эксплуатацией изобретений была сохранена. Парадокс усиливается тем, что более поздними актами была создана вполне компетентная параллельная структура, на которую возложена та же работа.

При этих условиях посредническая организация вынужденно наделяется чуждыми ей функциями, выходящими за рамки посредничества

'СЗРФ. 1999. №16. Ст. 2004.

331

### III. Субъекты исключительных прав

и тем самым разрушающими систему осуществления прав. Казалось бы, ФАПРИД должно иметь статус именно посредника, тем более что в нормативных актах оно так и называется. Однако оказывается, что эти акты, кроме посреднических функций, возлагают на него функции не только органа государственного управления (см. выше), но и правообладателя. Так, на нем лежит «осуществление... функций по распоряжению правами на результаты интеллектуальной деятельности...», «...получение исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности...», «подготовка и заключение... лицензионных договоров...» (п. 3 постановления Правительства Российской Федерации от 29 сентября 1998 г. № 1132). Наделение его статусом непосредственного правообладателя особенно ярко выражено в норме, предусматривающей его выступление в качестве «правопреемника» государственных унитарных предприятий при их приватизации в части прав на результаты интеллектуальной деятельности. Попутно можно заметить, что эта норма вызывает сомнения и с точки зрения ее соответствия закону.

О предоставлении ФАПРИД статуса, выходящего за посреднические рамки, статуса чуть ли не органа государственного управления, свидетельствует и установление его непосредственной связи с государственными заказчиками («распоряжение правами по согласованию с государственными заказчиками») вместо его связи как посредника с хозяйствующим звеном. Кстати, наделение органа государственного управления (государственного заказчика) хозяйственными функциями тоже не может считаться нормальным, ошибочность совмещения властных и хозяйственных функций в одном лице неоднократно демонстрировалась практикой хозяйственного строительства и отмечалась в литературе.

Если контрольные функции, которыми наделен ФАПРИД (учет результатов интеллектуальной деятельности, контроль за их использованием и т.п.), сомнений не вызывают, то наделение его статусом самостоятельного правообладателя, а не только посредника (представителя, комиссионера, агента) не соответствует общей системе управления государственным имуществом и безусловно ошибочно. Деятельность в качестве правообладателя ему никак не присуща, он может претендовать только на роль посредника, в некоторых, прямо определенных законом случаях - обязательного, выступающего лишь по поручению правообладателя. Закон о военно-техническом сотрудничестве специально определяет такие фигуры правообладателей, как «организации — производители продукции», «организации - разработчики продукции», которые естественно наделять и статусом обладателей прав на результаты интеллектуальной деятельности. Именно они должны быть матери-

332

Творческий результат: система правообладателей \_\_\_\_\_ ально заинтересованы в пуске этих результатов в экономический оборот. Неопределенность с правообладанием или множественность правообладателей влечет за собой невозможность оперативного и эффективного осуществления операций по эксплуатации результатов интеллектуальной деятельности на рынке, подрыв принципа материальной заинтересованности организаций, играющих решающую роль в их создании и практическом осуществлении. Иначе

говоря, последствия такой организации работы для коммерческой эксплуатации научно-технических результатов очевидны.

Технические новшества, и в настоящее время обладающие высокой ценностью в экономическом обороте, по ряду причин имели военное значение, именно на них шла основная часть ассигнований из казны, они были главным направлением госзаказов. В соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 1 декабря 2000 г. № 1953 «Вопросы военно-технического сотрудничества Российской Федерации с иностранными государствами»<sup>1</sup> при экспорте результатов интеллектуальной деятельности военного и военно-технического назначения, не говоря уже об изделиях, изготовленных с использованием такого рода результатов, в роли государственного посредника вправе выступать только государственное унитарное предприятие «Рособоронэкспорт» или организация, действующая под его эгидой. Устав Рособоронэкспорта, утвержденный Указом Президента Российской Федерации от 6 января 2001 г. № 8, прямо включает в предмет его деятельности внешнеторговые операции в отношении «результатов интеллектуальной деятельности, в том числе исключительных прав на них» (п. 10), а далее уже говорит вполне конкретно о продаже (покупке) патентов на изобретения, полезные модели и промышленные образцы продукции военного и двойного назначения (подп. «з» п. И), о передаче (продаже) иностранным заказчикам и приобретении за рубежом в установленном порядке «лицензий для производства продукции военного и двойного назначения» (п. 17). Поручение этих работ какой-либо другой организации прямо противоречило бы этому Указу. Координация и контроль деятельности Рособоронэкспорта Положением о Комитете Российской Федерации по военно-техническому сотрудничеству с иностранными государствами, утвержденным тем же Указом Президента Российской Федерации, поручены этому Комитету, поэтому возложение руководства этой работой на какой-либо другой орган, в том числе и на Министерство юстиции, прямо противоречило бы нормативным актам, последним по времени издания. Представляется, что работа с военными

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2000. №49. Ст. 4799.

333

///. Субъекты исключительных прав

изобретениями может быть организована вполне четко в рамках действующего законодательства. До принятия Федерального закона от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях»<sup>1</sup> задача создания самостоятельного юридического лица, одновременно находящегося под руководством Рособоронэкспорта, могла быть решена достаточно просто - путем создания его дочернего предприятия (п. 7 ст. 114 ГК РФ). После принятия названного Закона та же задача может быть решена организационно чуть сложнее, но принципиально так же. В соответствии со ст. 6 этого Закона унитарные предприятия могут быть участниками (членами) коммерческих организаций, притом решение о таком участии может быть принято только с согласия собственника имущества унитарного предприятия (см. также п. 14 ст. 20 Закона). Функции органа исполнительной власти, выступающего от имени государства, в данном случае вполне естественно возложить на Комитет по военно-техническому сотрудничеству. Контрольный пакет акций в руках Рособоронэкспорта дал бы ему необходимые полномочия.

Возложение обязательного представительства по патентно-лицензионным операциям для изобретений военного назначения на систему Рособоронэкспорта отвечало бы не только формальным требованиям, оно было бы правильным и по существу. Работа по руководству может лежать только на органе, имеющем опыт коммерческой деятельности в соответствующей сфере, обладающем информацией и другими данными. Правоприменительная деятельность, осуществляемая в системе юстиции (в том числе регистрация прав), не есть аргумент в пользу подчинения государственного посредника Министерству юстиции. Приходится учитывать и то, что операции с исключительными правами – совершенно автономная и даже самостоятельная сфера. Недаром действующий Патентный закон создал специальный институт патентных поверенных, никак не связанный с общей адвокатурой.

Военными изобретениями Рособоронэкспорт призван заниматься уже по действующему законодательству при всех условиях. Тем более что экспорт изделий должен идти через него, а разрывать экспорт и операции с изобретениями как таковыми никак нельзя, каждый раз надо решать, что выгоднее государству, и делать это надо из одного центра.

ФАПРИД создан для обязательного посредничества по военным изобретениям. Вместе с тем есть еще невоенные казенные изобретения, неказенные изобретения, принадлежащие государственным организациям, существуют и частные изобретения. Обладатели прав на такие изобретения

<sup>1</sup> Российская газета. 2002. 3 декабря.

334

бретения тоже могут нуждаться в квалифицированной специализированной помощи. Но для них посредничество не является обязательным, оно осуществляется на чисто факультативной, сугубо добровольной договорной основе, правообладатель вправе пользоваться услугами посредника или действовать самостоятельно, ему принадлежит право выбора посредника. Выполнению посреднических функций закон не ставит никаких ограничений, создать такую организацию можно также вполне свободно.

Однако несомненно, что ФАПРИД обладает в области оказания посреднических услуг наибольшим опытом. Нет никаких оснований лишиться возможности пользоваться его услугами по невоенным изобретениям. Было бы целесообразно организовать в рамках ФАПРИД специальное подразделение. Можно даже дифференцировать условия договоров, установив, например, отдельный режим для казенных невоенных изобретений, тем более что их удельный вес невелик.

Не менее существенные проблемы порождает известная неопределенность статуса ФАПРИД. Наличие контрольных функций в случае обязательного посредничества не есть основание для наделения правомочиями, присущими правообладателю и/или органу управления. Посредническая роль должна быть выстроена точно, ясно, однозначно и универсально. ФАПРИД может выступать только по полномочию правообладателя и в пределах этого полномочия. Законодательство о военнотехническом сотрудничестве специально определяет фигуру «государственного посредника», возлагая на него ряд особых функций. Но это именно посредник, прежде всего представитель, а также комиссионер или агент, а не правообладатель.

\* \* \*

Сложная система обладателей прав на результаты интеллектуальной деятельности, дифференциация их статуса, разнообразие отношений между ними в разных ситуациях по поводу объектов, режим которых, и без того не совпадающий, еще и варьируется в разных условиях, есть показатель и проявление богатства и множественности отношений в сфере, лишь недавно вошедшей в рыночный оборот. Бурное развитие этой сферы в последние годы приумножает сложности.

Надлежащее установление оснований возникновения прав и ключевых моментов правовой регламентации производится в законах. Но при их отсутствии такую роль могут временно выполнять указы Президента Российской Федерации, которые в этом случае призваны устанавливать и основы правопорядка по существу. Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении от 30 апреля 1996 г. № 11-П

335

### III. Субъекты исключительных прав

подтвердил правомерность издания Президентом Российской Федерации указов, «восполняющих пробелы в правовом регулировании по вопросам, требующим законодательного решения, при условии, что такие указы не противоречат Конституции Российской Федерации и федеральным законам, а их действие во времени ограничивается периодом до принятия соответствующих законодательных актов»<sup>1</sup>.

Для упорядочения отношений надо регламентировать правовой режим изобретений, принадлежащих разным субъектам, в том числе казенных и военных, в рамках общей системы охраны, иначе она не может работать эффективно, что показывает уже накопленный опыт. Нужно установить соотношение разных правовых режимов. Этого нельзя сделать, если не сконцентрировать основные установки в одном акте. Больше всего подходит для этой цели Гражданский кодекс. Для подготовки части Кодекса, посвященной интеллектуальным правам, созрели все объективные предпосылки. Препятствием служит только субъективный фактор - неготовность общественного сознания. При этих условиях скорее всего есть смысл разрабатывать особый Кодекс интеллектуальных прав с признанием его после принятия частью ГК РФ. В нем подлежали бы фиксации все принципиальные положения, в том числе и об основных видах правообладателей. Такой Кодекс, как и вся кодификация гражданского права, не должен иметь исчерпывающий характер - законодательство об интеллектуальных правах неизбежно останется многоуровневым. Статус правообладателей подлежит детализации в специальных законах.

*Печ. по- Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2002. № II. С 89-100; № 12. С. 77-89; 2003. № 1. С. 90-109*

<sup>1</sup> СЗ РФ. 1996 № 19. Ст. 2320.

В трех соснах... О возможности распоряжаться чужими правами

## **В ТРЕХ СОСНАХ... О ВОЗМОЖНОСТИ РАСПОРЯЖАТЬСЯ ЧУЖИМИ ПРАВАМИ**

Может показаться, что существующие давно, иногда столетия, правовые институты не вызывают особых проблем, с ними все известно и апробировано, для них все разработано. Однако это впечатление ошибочно. Например, формулировки закона могут оказаться несовершенновыми, отдельные положения сформулированы не очень четко и точно, что-то существенное пропущено. Еще интереснее развитие общественных отношений, когда традиционные нормы накладываются на новые реалии. К подобным институтам относятся те, по которым лицо приобретает право распоряжения чужим имуществом, в частности без того достаточно сложный договор комиссии, а сейчас появился еще и агентский договор. Многочисленные сложные элементы приводят иногда к тому, что о неизменных фундаментальных элементах, лежащих в основе институтов, порою просто забывают.

В небольшой статье нет смысла, да и возможности, пытаться рассмотреть широкий круг вопросов. Гораздо целесообразнее сконцентрироваться на одном из них - в данном случае на исходном, хотя и достаточно несложном юридически, - на принадлежности прав на имущество, служащее предметом договора комиссии, и комиссионного варианта агентского договора.

Для простоты, чтобы не путаться между вариантами агентского договора, комиссионного и порученческого (см. далее), правильно вначале рассмотреть отношения по комиссионному договору в чистом виде.

Один из исходных принципов гражданского права заключается в том, что каждый его субъект, и физическое и юридическое лицо, сам распоряжается принадлежащими ему имущественными правами и в принципе сам приобретает их для себя.

Это нашло свое выражение уже в ст. 1 Гражданского кодекса РФ, которая устанавливает: «Граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе» (п. 2).

Это относится ко всем видам имущественных прав, традиционно распределяемых между правом собственности и обязательственными правами<sup>1</sup>. В соответствии с п. 2 ст. 209 ГК РФ именно собственник

<sup>1</sup> В настоящее время появилась еще одна, третья, группа прав - интеллектуальные права, которые привычно именовать «права интеллектуальной собственности» или «исключительные права». Соответственно общая классификация имущественных прав существенно обогатилась и усложнилась. Сейчас настала пора делить их на два больших вида — права на результаты материального производства («материальные права») и права на результаты интеллектуальной деятельности («интеллектуальные права»). Каждый из этих видов распадается на две разновидности. Материальные права состоят из вещных абсолютных прав и обязательственных прав. Интеллектуальные права распадаются на интеллектуально-абсолютные и интеллектуально-обязательственные права. Своего рода соединительным мостиком выступают денежные обязательственные права.

337

### **III. Субъекты исключительных прав**

«вправе по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия...», в том числе осуществлять право распоряжения. Именно за кредитором, т.е. за правообладателем, закон закрепляет и право передачи принадлежащего ему на основании обязательства права (требования) другому лицу (ст. 382 ГК РФ), данный режим распространяется на всякое распоряжение правом.

Экономический оборот сложен. Поэтому правообладатель не всегда может лично распорядиться принадлежащим ему правом, иногда ему приходится прибегать к услугам других лиц. Это - представитель, распоряжающийся чужим имуществом, но от имени представляемого. Здесь налицо сравнительно несложное отношение: в этом случае представитель является как бы продолжением правообладателя, если он действует в пределах выданного ему полномочия (ст. 182 ГК РФ).

Итак, как правило, распоряжение правом осуществляет правообладатель. Третье лицо не может осуществлять такое распоряжение. Однако последовательное проведение этого начала практически невозможно, поскольку приходится осуществлять права, принадлежащие недееспособным, а иногда вполне дееспособное лицо находится в положении, когда ему неудобно (а иногда и невозможно) лично осуществлять распоряжение принадлежащим ему правом. Для решения указанной коллизии в право был введен институт представительства, когда третье лицо действует от имени, за счет и в интересах правообладателя-доверителя на основании имеющихся у него полномочий. Эти полномочия связывают доверителя и поверенного, поверенный несет ответственность перед доверителем за совершение сделки, не соответствующей его полномочиям. Но они связывают и контрагента по сделке, совершаемой поверенным, который должен ознакомиться с содержанием

полномочий; при несоответствии сделки их пределам такая сделка может быть признана недействительной.

Подобная ситуация в ряде случаев крайне неудобна для экономического оборота. Третье лицо, участвующее в сделке, желает получить большие гарантии ее надежности и не быть связанным условиями поручения. Для решения этой проблемы и был разработан договор комиссии, 338

В трех соснах... О возможности распоряжаться чужими правами когда комиссионер действует по поручению комитента, но третье лицо - контрагент комиссионера - никак не связано полномочиями комитента, оно не знает о них, во всяком случае они ему безразличны, он имеет дело только с комиссионером как с правообладателем. Для реализации этой конструкции нужно, чтобы комиссионер выступал в обороте от своего имени, а не от имени комитента, а все взаимоотношения в рамках договора комиссии ограничивались отношениями комиссионера и комитента, третье лицо в них не участвует (или почти не участвует, если не считать второстепенных деталей). Договор с ним достаточно надежен и в принципе не может быть признан недействительным вследствие выхода комиссионера за рамки имеющегося у него поручения. Такое отношение уже достаточно сложно и имеет несколько разных аспектов.

Существуют по крайней мере три исходных положения, так сказать, «три сосны», в соотношении которых надо разобраться. Во-первых, права, существующие на момент совершения сделки, основанные на договоре комиссии и которые на этот момент принадлежат комитенту. Во-вторых, права, которые комиссионер приобретает в интересах комитента. В-третьих, как суммарное выражение соотношения уже существовавших и вновь приобретенных прав - общее определение договора комиссии и его признаков.

Гражданский кодекс РФ содержит прямую формулировку, касающуюся лишь части уже существовавших прав - прав только на вещи. Пункт 1 ст. 996 ГК РФ устанавливает: «Вещи, поступившие к комиссионеру от комитента либо приобретенные комиссионером за счет комитента, являются собственностью последнего». Данная формулировка объединяет две разные нормы, причем не очень удачно для каждой из них. Первая касается имущества, которое уже было у комитента до совершения сделки на основе комиссии. Она должна была бы быть сформулирована более широко и касаться не только вещей, а всего имущества, всех имущественных прав. Вторая относится только к вещам, но касается передачи вновь приобретенных прав, особого порядка их передачи (см. далее).

При наличии нормы о сохранении уже существующих прав на вещи за комитентом и отсутствии нормы о передаче уже существующих имущественных прав комитента комиссионеру получается достаточно ясная картина - никакие из этих прав не переходят, все они остаются у комитента. Иное было бы противоестественным. А это означает, что комиссионер в принципе вообще распоряжается не своими, а чужими правами.

От этой проблемы надо отличать другую - не уже существующие права, а права, приобретенные по сделке, заключенной на комиссион- 339

### III. Субъекты исключительных прав

ной основе комиссионером. Естественно, что при заключении такой сделки от имени комиссионера права приобретает только он, но эти права, приобретенные в интересах комитента, должны передаваться последнему. Важно отметить, что передачи прав может требовать каждая из сторон договора. Комиссионер вправе потребовать от комитента освободить его от прав и обязанностей, приобретенных им для последнего, а комитент вправе потребовать от комиссионера передачи приобретенных им прав. Передача прав не только право, но и обязанность комиссионера, и при уклонении его от ее исполнения комитент вправе потребовать такой передачи по сделке, заключенной в его интересах. Сохранение существующих прав и передача приобретенных прав - качественно разные отношения, и решения по каждой из этих групп не могут быть одинаковыми. Закрепилось стойкое примитивное представление, будто передача прав, приобретенных комиссионером, служит основанием для широко идущих выводов относительно прав, уже принадлежащих комитенту к моменту совершения сделки. Это представление глубоко ошибочно. Отсюда внутренняя логика ч. 2 п. 1 ст. 990 ГК РФ, которая прямо предусматривает: «По сделке, совершенной комиссионером с третьим лицом, приобретает права и становится обязанным комиссионер, хотя бы комитент и был назван в сделке или вступил с третьим лицом в непосредственные отношения по исполнению сделки».

И уж никак нельзя путать именно договор комиссии и заключаемую на его основе последующую

сделку (договор купли-продажи, договор об отчуждении права, лицензионный договор и т. п.). Это было бы грубой, совершенно непростительной элементарной ошибкой.

Комиссия - это, по сути дела, полномочие распоряжаться чужим правом, оно ей внутренне присуще. Это полномочие настолько естественно, что даже оформление поручения, сообщаемого третьему лицу, не предусматривается (хотя, разумеется, договор комиссии между комиссионером и комитентом должен быть заключен). Статья 996 ГК РФ фиксирует только первую часть проблемы - если вещь уже принадлежит комитенту. Вещь не идентична имуществу, имущественные права шире. Норма содержит более широкий принцип, относящийся ко всякому имуществу, уже принадлежащему комитенту, и комиссионер распоряжается всяким чужим имуществом, принадлежащим комитенту (в рамках своих полномочий). А если имущество еще не принадлежит комитенту, действует другой принцип - оно подлежит передаче комиссионером комитенту в соответствии со ст. 990 и 1000 Кодекса. Относительно вещи можно говорить только об особой форме передачи прав - о вручении. Применяются три нормы, а не одна.

340

В трех соснах... О возможности распоряжаться чужими правами

Не служит аргументом в пользу наличия принадлежности прав комиссионера, а не комитента на предмет сделки и ст. 1000 ПС РФ, которая в полном соответствии с внутренней логикой договора предусматривает закрепление прав за комиссионером с последующей передачей их комитенту. В попытке опереться на ст. 1000 ГК РФ «только» одна ошибка, зато грубая - нельзя терять установленное законом различие между правами, уже существовавшими до совершения сделки, и правами, являющимися результатом сделки, которые комитент может или должен приобрести в результате ее осуществления. В последнем случае права приобретает именно комиссионер, и он должен передать их комитенту (а последний обязан их принять, освободив комиссионера от обязательств по заключенному им от своего имени договору) Смещение этих двух разных ситуаций юридически совершенно неправомерно. Сказанное о переходе прав, появившихся на основании заключения комиссионного договора, никак не относится к правам, уже существовавшим до его заключения, - у них разная юридическая природа.

Права, приобретенные комиссионером для комитента и за его счет, переходят к комитенту только в результате их передачи. И если права, существовавшие до заключения комиссионного договора, во всех случаях, независимо от своего характера, продолжают принадлежать комитенту, то права, приобретенные на основании комиссионной сделки, подлежат передаче от комиссионера комитенту, но в разном порядке.

Для передачи относительных прав требуется оформление специальной документации (составление отчета комитента, может быть, акта о передаче документов, фиксирующих права и обязанности, равно как и акта о принятии таких документов), тогда как для принятия вещных прав достаточно вручения вещи и ее принятия комитентом,

Это вытекает не только из общих правовых принципов, но и из ст. 398 ГК РФ, которая устанавливает: «В случае неисполнения обязательства передать индивидуально-определенную вещь в собственность, в хозяйственное ведение, в оперативное управление или в возмездное пользование кредитору последний вправе требовать отобрания этой вещи у должника и передачи ее кредитору на предусмотренных обязательством условиях».

Неудачная формулировка ст. 996 ГК РФ, по-видимому, объясняется ошибочным объединением отношения по уже существующему и вновь возникшему праву и распространением на регулирование первого системы, правомерно установленной лишь для второго. Из природы отношений вытекает, что различие предусмотрено только для передачи прав разного характера, а не из динамики, движения права.

Теперь о синтезе, об общем понятии комиссии. Определение договора комиссии приведено в п. 1 ст. 990 ГК РФ. Но важным представля-

341

III Субъекты исключительных прав

ется прежде всего выделение признаков, содержащихся в этом определении, и характеристика каждого из них.

Содержание обязанности комиссионера - в совершении сделок (1). Комиссионер действует «по поручению» комитента (2). Чтобы отграничить договоры комиссии и поручения, лучше бы сказать «по полномочию». Это значит, что все действия (в том числе и по распоряжению чужими правами) комиссионер осуществляет на основе полученных им по договору полномочий. Его деятельность отличается от бездоговорных действий в чужом интересе (ради чужих прав и обязанностей) без

поручения - полномочия (ст. 980-989 ГК РФ). За деятельность в соответствии с полномочиями комиссионер несет ответственность - но не перед третьим лицом, с которым заключается сделка, а только перед комитентом.

Комиссионер совершает эти сделки от своего имени (3). Ему дано право от своего имени распоряжаться чужим имуществом. Это не возложение исполнения обязательства на третье лицо (ст. 313 и 403 ГК РФ), не представительство и не договор поручения.

Комиссионер действует за счет комитента (4). Это значит, что комиссионер совершает сделки на основе имущества комитента, с его использованием, распоряжается имуществом комитента (т.е. чужими правами). Всякий договор комиссии есть договор о распоряжении чужим имуществом, хотя и не от имени правообладателя. Этот вывод зачастую забывают выделить и подчеркнуть, что нередко влечет за собой существенные недоразумения. Расходы производятся непосредственно за счет имущества, принадлежащего комитенту, или комитент возмещает комиссионеру все расходы по совершению сделок и вытекающие из сделок. Между комиссионером и комитентом возникает обязательственное отношение.

Комиссии присущ еще один признак, прямо не названный в определении. Комиссионер действует в интересах комитента (5), т.е. ради возникновения у него прав и обязанностей, для него, а не для себя, не в своих интересах. Преимущества более краткой и емкой формулы очевидны. Приобретенные права должны быть переданы комитенту, а созданные обязанности - возложены на него. Тот факт, что имущество принадлежит и продолжает принадлежать комитенту, ничему не препятствует. Этот признак как бы вытекает из всего содержания главы о комиссии. Распоряжение чужими правами внутренне присуще договору комиссии.

Передача прав, приобретенных комиссионером, комитенту должна быть надлежащим образом оформлена (ст. 1000 ГК РФ), а права на вещь могут быть переданы простым вручением.

342

В трех соснах... О возможности распоряжаться чужими правами

Договор комиссии является возмездным - комиссионер за выполняемую им работу по совершению сделок получает вознаграждение (6).

Комиссия - это договор, для возникновения которого нужно соглашение сторон, притом он имеет консенсуальный характер: договор считается заключенным при наличии соглашения сторон.

Сказанное о материальных правах полностью распространяется и на интеллектуальные права.

Применительно к договору комиссии имущественные авторские права не обладают никакой спецификой, для изъятий в отношении их нет никаких оснований ни в законе, ни в существе прав и обязанностей. На имущественные авторские права распространяются все нормы, установленные для прочих имущественных прав: они, как и остальные, могут быть предметом сделки по договору комиссии. То обстоятельство, что комиссионер в этом случае распоряжается чужими правами, - кстати, не обязательно автора, а и любого иного правообладателя - не является никаким препятствием. В основе возражений, может быть, прямо не высказанных, лежит существенное недоразумение, если не принципиальная ошибка - все авторские права принимаются за личные неимущественные и распоряжение чужими правами выдается за ограничение личных неимущественных прав автора. Между тем надо различать личные неимущественные права, могущие принадлежать только автору, но не его правопреемникам, которые вообще неотчуждаемы и непередаваемы, и имущественные права, ничем не отличающиеся от других имущественных прав. Распространять на эти имущественные права режим личных неимущественных прав, даже в какой-то части, нет никаких оснований, это было бы серьезной ошибкой. Никакой специфики для договора комиссии имущественные права по авторскому праву не имеют.

В авторском праве так же распоряжаются чужими правами, как и во всех остальных сферах, хотя права, естественно, другие. Никаких оснований для особого подхода здесь нет - ни формальных, в виде особых правил, ни по существу.

Не может рассматриваться как чисто формальное основание для подобных ограничений и ссылка на ст. 30 Закона РФ от 9 июля 1993 г. «Об авторском праве и смежных правах» (далее - Авторский закон), которая устанавливает, что имущественные авторские права могут передаваться только по авторскому договору, за исключением случаев, когда закон прямо предусматривает возможность бездоговорного использования (ст. 18-26 Закона). Во-первых, комиссионер предоставляет право использования не по договору комиссии, а по авторскому договору, заключаемому на основе договора комиссии. О непростительной

343



### III. Субъекты исключительных прав

ошибочности смешения этих двух видов договоров уже говорилось, к тому же необходимо различать договор, заключаемый автором, и авторский договор любого правообладателя как договор по авторскому праву Во-вторых, «авторский договор» в этом смысле противопоставляется не другим видам договора, а бездоговорному использованию. Наконец, в-третьих, и это не менее важно, аналогичные формулировки, как уже отмечалось, использованы для распоряжения правом собственности (ст. 209 ГК РФ) и обязательственными правами (ст. 382 ПС РФ). Если все их понимать одинаково, т.е. быть последовательным, на договоре комиссии следовало бы вообще поставить крест. Чужим авторским правом можно распоряжаться так же, как и любым другим имущественным правом. При этом надо исходить из того, что речь идет о праве не только автора, а любого правообладателя.

Если и существует специфика для комиссионных отношений, то не в авторском, а только в патентном праве. Притом не в силу присущего правам патентообладателя творческого, личностного начала, а потому, что патентные права подлежат государственной регистрации. Из логики отношений вытекала бы не отмена договора комиссии для патентного права, а регистрация комиссионного договора в том же порядке, что и патентных прав или сделки по их реализации. Скорее всего тот же принцип следовало бы применить и к договору комиссии для всех сделок, подлежащих государственной регистрации, прежде всего для сделок с недвижимым имуществом. К сделкам с авторскими правами, по поводу которых Авторский закон говорит о их независимости от каких-либо формальностей, в том числе и от регистрации, это никакого отношения иметь не может. Договор комиссии по поводу них может совершаться в общем порядке, без каких-либо исключений, ибо для них нет никаких оснований.

Такие изъятия из общих положений вполне возможны, они должны быть прямо предусмотрены правовыми нормами или хотя бы вытекать из существа отношений, например новых отношений. О возможности таких изъятий («особенностей») прямо говорится в п. 3 ст. 990 ГК РФ, где предусмотрена допустимость их установления не только законом, но и «иными правовыми актами». Сказанное о договоре комиссии полностью распространяется и на комиссионный вариант агентского договора. Нормы об агентском договоре в Гражданском кодексе вообще нельзя признать удачными. Договор распадается на два варианта - комиссионный и порученческий. Единственное, что отличает их от этих базовых договоров, - это возможность совершения не только юридических, но и фактических действий. Но сочетание фактических действий с юридическими (в комиссионном

344

В трех соснах... О возможности распоряжаться чужими правами

и порученческом варианте) в Кодексе никак не выражено, оно выглядит не как юридически органичное единство, а лишь как искусственный словесный оборот, призванный заслонить механическое заимствование из английского права, в котором агентский договор представляет собой разновидность фидуциарной сделки. Как фактические действия переплетаются или сочетаются с вариантами порученческого или комиссионного договоров, остается неясным. Примером сочетания фактических и юридических действий является в ГК РФ транспортная экспедиция (ст. 801-806), которая почему-то сконструирована не как разновидность агентского договора, а как самостоятельный договор. Самостоятельный же вид агентского договора в целом не получился. Механическое заимствование института из другой правовой системы, как правило, невозможно, и данный случай - один из примеров такого положения.

Авторский договор, заключенный на основе агентского договора в его комиссионном варианте, является состоявшимся и действительным. Передача прав производится агентом принципалу на основе акта сдачи-приемки, при документальном ее подтверждении она есть свершившийся факт. Заблудились в трех статьях Гражданского кодекса, зато исходных для всего института. Пора распутаться...

Печ. по. Хозяйство и право. 2003 № 1. С. 44-49.

#### IV. Задачи кодификации

#### IV. Задачи кодификации Система законодательства об интеллектуальных правах

##### Концепция новой системы законодательства

Человечество переживает бурное развитие интеллектуальной деятельности, которая не только приобрела значение для его духовного мира, но и непосредственно влияет на сферу материального производства. Иначе говоря, роль интеллектуальной деятельности неизмеримо возросла и претерпевает качественные изменения. В частности, это получило свое выражение в том, что интеллектуальные продукты стали объектом экономического оборота, товаром. Сейчас правовое регулирование в этой сфере переходит на новый этап.

Традиционным объектом товарного оборота были материальные вещи - земля, природные ресурсы, результаты материального производства. И законодательство определяло правовой режим, соответствующий характеру именно этих объектов. Натуральные свойства объекта как исходный фактор, определяющий его правовой режим, оставался недооцененным в теории права, основное внимание уделялось факторам, от которых зависят детали правового режима, а не его основные черты.

В условиях, когда в экономическом обороте участвовал один-единственный вид объекта, это было вполне объяснимо. С включением в оборот разнородных объектов появился материал, позволяющий установить и четко сформулировать эту закономерность. Более того, выявление общего принципа позволяет проследить его универсальный характер - зависимость разновидностей правового режима от специфики натуральных свойств объекта внутри их групповой принадлежности. С углублением внутривидовой дифференциации усиливается действие факторов, создающих возможность ослабления такой зависимости.

Охрана прав на результаты интеллектуальной деятельности была введена сравнительно недавно - немногим более 200 лет назад, срок с исторической точки зрения ничтожно малый<sup>1</sup>. Именно тогда появились

<sup>1</sup> Достаточно широко распространено представление, что первый закон, вводящий патентное право, - это английский Закон (Статут) о монополиях Якова I 1623 г., а первый авторский закон - Статут королевы Анны 1710 г. Однако достаточное количество авторитетных исследователей приводят убедительные аргументы, что эти акты не могут рассматриваться как закрепляющие комплекс основных принципов, лежащих в основе современного авторского и патентного права. Это не исключает того, что по ряду исторических причин многие существенные черты, необходимые до становления исключительных прав, своим происхождением обязаны английскому праву.

Синтез комплекса признаков, определяющих становление подучивших во всем мире распространение современных систем авторского и патентного права, совершенно справедливо принято датировать 1790-1791 гг. и связывать их с законодательством Франции и США.-

346

##### Система законодательства об интеллектуальных правах

авторское и патентное право, несколько раньше - правовая охрана товарных знаков и фирменных наименований, причем в составе именно частного права. И относилась такая охрана, кроме средств индивидуализации участников товарного оборота, только к четко ограниченному и очень небольшому числу видов интеллектуальных продуктов, которые вышли к тому времени на рынок, - произведениям литературы и искусства, а также к изобретениям.

На первом этапе правовое регулирование стало строиться по модели, максимально приближенной к уже известной, приспособленной для материальных объектов, обособление которых, необходимое для участия в обороте, осуществляется по *внешней различаемости*, когда результат характеризуется или просто своей формой (авторское право), или содержанием, формализованным определенным образом (объекты патентного права). Стали охраняться только результаты интеллектуальной деятельности, которые удовлетворяют этому требованию сравнительно легко поддаются обособлению, могут быть выделены по внешним признакам. Лишь для них и было введено правовое регулирование.

Тем не менее нематериальный характер объекта не мог не стать определяющим для правового режима результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, он требует своего правового механизма. Уже на первом этапе можно было обнаружить некоторые общие черты в правовом регулировании, обусловленные общими свойствами всех интеллектуальных продуктов как нематериальных объектов. Но его кодификация была нерациональной и даже невозможной, всего два института - авторское и патентное право - давали недостаточно материала для обобщения, да и потребности в таком обобщении еще не возникало. При ограниченном числе разновидностей таких объектов общие черты их правового режима не привлекали к себе внимания - на первом плане оказалась дифференциация. Разные сферы стали регулироваться обособленными, никак не связанными друг с другом ветвями законодательства - авторским правом и патентным правом,

правом на товарные знаки и фирменные наименования соответственно.

Такая система законодательства вошла в традицию, которая не была нарушена даже включением норм об отдельных видах исключительных прав в кодификационные акты гражданского права. В

Основы гре-

347

#### IV. Задачи кодификации

жданского законодательства 1961 г. и Гражданский кодекс РСФСР 1964 г. было включено регулирование исключительных прав. Но делалось это по традиционной схеме: каждый вид исключительных прав располагался обособленно, все они существовали отдельно, разрозненно, без координации друг с другом и выделения общих положений. По той же схеме с кодификационной точки зрения были построены и Основы гражданского законодательства 1991 г., хотя они радикально изменили регламентацию по существу, построив ее в соответствии с требованиями рыночной экономики.

Выявление общих черт, присущих правовому режиму всех интеллектуальных продуктов уже на материалах первого этапа правового регулирования, важно для определения путей и тенденций дальнейшего развития законодательства. Эти черты представляют собой сочетание общих закономерностей, присущих всякому товарному обращению, со свойствами, характерными для нематериальных объектов.

Для обращения товара на рынке на него должна существовать монополия, переходящая от продавца к покупателю. Нужно обособление — дифференциация объектов и соответственно способов обособления и правовых режимов. Основу правового обеспечения рыночного механизма традиционно составляло право собственности, приспособленное к ограниченному в пространстве материальным вещам, в содержание которого входят три правомочия - владение, пользование и распоряжение (п. 1 ст. 209 ГК). Для нематериальных вещей, не ограниченных в пространстве, этот механизм не подходит, использование традиционных категорий права собственности оказывается чисто внешним, терминологическим, не отражающим существа правового режима.

1 Именно этим внутренним противоречием и объясняется наименование новой системы правовой охраны - «Интеллектуальная собственность», - которое не соответствует ее правовому содержанию; строго говоря, при правильном переводе с языка оригинала надо было бы говорить вообще об интеллектуальном «имуществе», что не вызывало бы возражений как двусмысленность. «Property» в данном контексте означает «имущество», об имущественных отношениях нельзя сказать иначе, как о «property relations». Для «собственности» в узком смысле используется другой термин: «ownership», то, что является моим «is my own». Недаром в английском праве есть специальная категория ((intangible property) - неосязаемое имущество, отличающаяся от материальных вещей, которые могут быть объектом права собственности в узком смысле. Термин «интеллектуальная собственность» есть в большой степени плод неправильного перевода.

Для определения этой группы прав через объект, свойства которого оказывают решающее влияние на правовой режим, оптимальным представляется использование термина «интеллектуальные права» (с последующим выделением «художественных прав» и «промышленных прав»), а для их определения через юридическое содержание правового режима - «исключительные права».

Подробнее о терминологической стороне вопроса

348

#### Система законодательства об интеллектуальных правах

*Владения* как физического обладания материальной вещью здесь вообще нет и быть не может, ибо нет самой вещи. Существует только *доступность* и *известность*, которыми в силу неограниченности объекта в пространстве может одновременно располагать неограниченный круг лиц. Из нематериального характера объекта вытекает и отсутствие физической амортизации, с чем тоже связан ряд особенностей правового режима.

Нет и не может быть правомочия *пользования*, предпосылкой которого является владение. Есть другое правомочие - *использования*, которое отличается не только наименованием. По своим натуральным свойствам нематериальный объект может быть использован одновременно неограниченным кругом лиц.

Третье правомочие - *распоряжение* — хотя и совпадает по звучанию, но имеет другое, более богатое содержание. Правообладатель может не только *передать* свое право другому лицу, но и *предоставить* право использования, сохранив это право и за собой и вообще оставаясь правообладателем. Более того, он может предоставить аналогичные права весьма широкому кругу лиц. Возможность одновременного закрепления за несколькими лицами аналогичных прав на один и

тот же объект вообще вытекает из его нематериального характера.

Также выяснилось, что к интеллектуальным правам неприменимы вещные способы защиты прав, им присущи другие способы защиты.

Так или иначе для товарного обращения нужно абсолютное или какое-то аналогичное ему право.

Это с отчетливостью выявилось с появлением на рынке не только материальных вещей, но и объектов совершенно другого рода - нематериальных результатов интеллектуальной деятельности.

Таковую роль стали играть права, которые с точки зрения их юридического содержания стали известны как «*исключительные*».

За правообладателем закрепляется *исключительное* право, в соответствии с которым *право использования* результата интеллектуальной деятельности принадлежит исключительно правообладателю и только ему, никто другой не вправе осуществлять такое использование без разрешения правообладателя. Точно так же исключительно правообладатель может *распорядиться правом использования* результата интеллектуальной деятельности (стоит обратить внимание на то, что *используется* самый объект, а *распоряжение* осуществляется *правом* его использования), притом использование имеет две формы – *отчуждения* права и *предоставления* права использования, с сохранением права в целом за

см.: Дозорцев В. А. О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов // Законодательство и экономика. 1998. №7. 349

#### IV. Задачи кодификации

правообладателем (для него в этом случае могут устанавливаться ограничения обязательственного характера). Исключительное право выполняет ту же экономическую функцию, что и право собственности для материальных объектов, но совершенно другими правовыми средствами, используя другие правовые механизмы.

С правовой точки зрения «исключительное» право неправильно отождествлять с «абсолютным» правом, иначе существование двух этих категорий было бы юридически не оправданно, чисто филологический подход к содержанию первого из этих понятий был бы ошибочен. Отличия четко проявились не сразу, а только по мере развития, в ходе которого «исключительные права» наполнялись новым, более богатым содержанием. Так, в отличие от «абсолютного», «исключительное» право на один и тот же объект может одновременно и независимо принадлежать иногда разным лицам. С этой точки зрения оно является не «абсолютным», а «квазиабсолютным», принадлежащим исключительно лицам, за которыми оно закрепляется в соответствии с законом<sup>1</sup>. Ситуация запутывается еще и тем, что некоторые виды прав, которые принято включать в понятие исключительных, ими не являются и относятся к традиционным абсолютным правам в чистом виде. К исключительным относятся только имущественные права, но не личные неимущественные, которые могут быть только абсолютными, такие, например, как право авторства. Эти виды прав взаимосвязаны, но не изолированы (об их соотношении подробно надо говорить отдельно). Автор, статус которого определяется его абсолютным правом - личным неимущественным правом авторства, - имеет первоначальное имущественное право, в этом заключается его особое положение как носителя исключительного (имущественного) права. Исключительные права всех остальных лиц производны, только автор имеет первоначальное имущественное право. А личное неимущественное право всегда первоначально, оно ни к кому не может переходить. Есть и некоторые другие различия между абсолютным и исключительным правом. Ошибочность приравнивания этих видов прав проявляется в практических последствиях.

Нетрудно обнаружить и другие общие черты, присущие всем видам интеллектуальных прав. Но уже на первом этапе выявились не только общие черты, но и особенности, внутренняя дифференциация отдельных видов прав. Режим в новой сфере оказался гораздо более богатым и разнообразным, чем для результатов материального производства. Эти особенности тоже обусловлены разными натуральными свойствами самих объектов - результатов интеллектуальной деятельности.

<sup>1</sup> См.: Дозорцев А. А. Понятие исключительного права // Юридический мир. 2000. № 3 и 6.

350

#### Система законодательства об интеллектуальных, правах

Первым и наиболее крупным их подразделением, которое закреплено уже в общей части ГК, стало деление объектов на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации (ст. 138 ГК), которому соответствуют не совпадающие правовые режимы. Следующая существенная ступень дифференциации относится уже к результатам интеллектуальной деятельности.

Предпосылкой установлению монополии (абсолютного или даже исключительного права), необходимой для рыночного оборота, является индивидуализация объекта, его обособление от

смежных. Если он уникален сам по себе, то этого достаточно, никаких дополнительных мер для обособления можно не предпринимать, например не требуется осуществлять какие-то формальности, производить регистрацию и т.п., здесь действует автоматическая система возникновения исключительного права, основанием закрепления права является создание объекта, действует созидательская система. А если он, хотя и является результатом творчества, может быть независимо повторен другим лицом, для обособления требуются действия по его особой индивидуализации, оформлению, регистрации. В первом случае, когда объектом являются произведения искусства, основанием возникновения прав является факт объективного существования произведения, его создания. Второму случаю, когда объектом являются изобретения, присуща регистрационная система возникновения прав.

Произведения искусства - это результаты творческой деятельности, отличительной чертой которых является их форма, представляющая собой совокупность внешнего облика с внутренней организацией материала. Эту группу можно было бы назвать «форменными результатами», которым соответствует охрана авторским правом. Вторая группа характеризуется существом, содержанием, их можно было бы назвать «содержательными результатами», которым соответствует охрана патентным правом. Особенности объекта соответствуют и основные черты системы охраны. Форма всегда уникальна, будь то литературное, музыкальное произведение или произведение изобразительного искусства. Независимо от автора оригинала она неповторима, не может быть создана самостоятельно и даже воспроизведена другим лицом. Отсюда «созидательская» система охраны, когда охрана может быть закреплена автоматически в силу факта создания произведения и с момента такого создания. Иное дело содержательные результаты, которые тоже являются результатом творчества, но они воспроизводимы, более того, они обязательно будут воссозданы другим лицом, даже вполне самостоятельно и независимо, особенно если к тому есть общественная потребность. Отсюда возникновение права требует государственной

351

#### IV. Задачи кодификации

регистрации, устанавливается «регистрационная» система. Разумеется, на эти системы в силу разных факторов накладывается достаточно много вариаций.

На этом дифференциация не останавливается, она идет дальше, и в ее основе могут лежать уже и некоторые другие признаки. По мере развития общественных отношений такая дифференциация усиливается и усложняется. Появляется множество видов объектов и соответствующих им видов охраны прав.

Следующий этап в развитии правового регулирования исключительных прав обусловлен бурным подъемом интеллектуальной деятельности, опирающимся на массированное использование новых научно-технических средств как инструмента. Результаты интеллектуальной деятельности стали значительно более широко и быстро применяться в общественной жизни. Одни новые возможности используются для получения традиционных видов результатов творческой деятельности, другие — для получения новых видов результатов, третьи - для фиксации и распространения таких результатов и тем самым для расширения их обращения на рынке, четвертые призваны обслуживать сами вновь появившиеся технические средства и т.д.

Сейчас можно констатировать становление в качестве самостоятельных большого числа новых видов результатов творческой деятельности.

В составе художественных прав появились так называемые «смежные права», которые на самом деле представляют собой не группу объектов, объединенных какими-то общими юридическими признаками, а три совершенно самостоятельных объекта. Во-первых, это права на результаты исполнения, «исполнительские права», которые обособились от процесса исполнения в результате появления радио- и телетрансляции, аудио- и видеозаписи и потому стали способны к самостоятельному обращению на рынке, стали самостоятельным объектом рыночного оборота, нуждающимся в исключительном праве. Во-вторых, это сами радио- и телетрансляции, результат которых тоже обособлен от процесса и уже как передача является самостоятельным объектом товарного оборота. Передача как объект отличается и от результата исполнения, она тоже нуждается в установлении на нее исключительного права. Но сами эти права по содержанию отличаются от прав на результат исполнения, да и первоначально принадлежат эти права разным субъектам (во втором случае это только физические, а в остальных - прежде всего юридические лица). В-третьих, это аудио- и видеозапись, которая как результат тоже отличается от процесса записи и имеет самостоятельный правовой режим.

352

## Система законодательства об интеллектуальных правах

Если переходить к содержательным результатам, то традиционно они ограничивались изобретениями, которые сводились к техническим решениям. В результате прогресса науки появилась большая группа биологических объектов. Первоначально, когда создавалось считанное число штаммов микроорганизмов и культур клеток растений и животных, на них можно было распространить правовой режим изобретений. Но когда создание новых сортов растений и животных стало массовым, пришлось признать, что появился принципиально новый объект - биологическое достижение, результат деятельности в области биологии. Естественным выглядит появление и такого биологического объекта, как новая порода животного. Биологические объекты тоже требуют исключительного права, но они отличаются от технических рядом признаков, которым соответствует другой правовой режим.

Развитие вычислительной техники привело к появлению нового вида творчества - для ЭВМ потребовались программы. Всегда считалось, что программирование относится к сфере математики, методам выполнения умственных операций, которые традиционно выпадают из числа объектов, признаваемых изобретениями. Теперь выяснилось, что это тоже результат творчества, причем один из очень активно обращающихся на рынке и потому тоже нуждающийся в исключительном праве. То же относится и к топологиям интегральных микросхем («чипам»), хотя их число до сих пор очень невелико.

Более того. Если раньше существовала потребность закрепления исключительного права за отдельными видами результатов интеллектуальной деятельности, то новый уровень развития науки и техники привел к тому, что в экономический оборот включились все виды достижений, включая не только технические, биологические, математические, но и организационные, экономические и т.п. Результаты интеллектуальной деятельности, являющиеся объектом экономического оборота, приобрели универсальный характер, и этот универсальный вариант тоже стал нуждаться в своеобразном исключительном праве. В качестве такого универсального объекта стали выступать секреты промысла (известные как «ноу-хау»), имеющие свой правовой режим.

Очень своеобразным универсальным объектом, активно выступающим на рынке, превратившемся в один из важнейших в современную эпоху объектов экономического оборота, ставшем даже ее символом, оказались и передаваемые сведения, информация, тоже нуждающаяся в своеобразном исключительном праве.

Среди названных новых видов интеллектуальной деятельности и соответственно новых видов творческих результатов есть такие, которые непосредственно удовлетворяют потребности человека, но есть и

353

### IV. Задачи кодификации

такие, которые призваны обслуживать потребности самих новых технических средств (программы для ЭВМ).

Множиться стали и способы индивидуализации, в этом качестве стали выступать символы, знаки, наименования средств массовой информации, доменные адреса в Интернете и т.п.

Становление новых сфер и участков интеллектуальной деятельности на этом не остановилось, оно продолжается. Сейчас, например, все большее значение приобретает такое направление, как достижения в области генетики, которые превращаются в объект экономического оборота.

Неизбежно возникновение нового вида интеллектуальных прав.

Вместо существовавших ранее 3-4 видов объектов и соответствующих им интеллектуальных прав сейчас можно насчитать порядка 15 видов, регулирование каждого из которых осуществляется обособленно. Это никак нельзя считать нормальным. Умножение видов привело к качественному скачку, требует качественно иной системы законодательства. Полная разрозненность такого разнообразного законодательства стала препятствием для его эффективного действия, необходимо его упорядочение и систематизация. Общая система законодательства объективно существует, она только должна быть осознана, закреплена и последовательно реализована.

Новые технические средства влекут за собой еще одно направление развития исключительных прав. Появление новых средств фиксации и распространения результатов интеллектуальной деятельности имеет своим последствием обогащение содержания исключительных прав. Важнейшим средством упорядочения законодательства, приведения разрозненного законодательства в систему является его кодификация, концентрация основных положений этой системы в одном кодификационном акте. Систематизация законодательства призвана решить несколько основных задач. Во-первых, это выделение общих положений для всех видов исключительных прав и их основных групп. Общие

положения имеют значение не только с точки зрения законодательной техники, они консолидируют всю систему, четко и полно формулируют общие принципы, подлежащие последовательному проведению во всех отдельных институтах. Более того, они направляют регламентацию вновь создаваемых институтов. Общие положения объективно существуют, но они не выделены и четко не сформулированы. Без общей части, выполняющей эту функцию, нет подлинной кодификации. Во-вторых, и это не менее важно, необходимо определить критерии дифференциации отдельных институтов и тем самым консолидировать

354

#### \_\_\_\_\_ Система законодательства об интеллектуальных правах

всю систему законодательства, его структуру. Такая дифференциация предполагает определение основных признаков объектов и основных черт их правового режима. Есть традиционный для гражданского права набор позиций для дифференциации. Нужно выделить положения, связанные с объектами; субъектами; правами и обязанностями; их действием; сроками действия; возникновением и прекращением; переходом; договорами; осуществлением; защитой и т.д. По каждой из этих позиций надо определиться как в общих положениях, так и по каждому виду исключительных прав, по каждому институту, т.е. как в общей, так и в особенной части раздела. В основу должен быть положен стандартный для всех институтов набор. Регламентации подлежат основные признаки каждого из видов объектов и основные черты их правового режима - по единой для всех видов исключительных прав схеме. Отклонения от этой схемы в обе стороны - сокращения перечня позиций или его увеличения - возможны, но они требуют в каждом случае специального обоснования. Только при этом условии можно направить специальное развернутое законодательство об отдельных видах исключительных прав так, чтобы оно образовало единую систему. Только проведение этой работы позволит привести разрозненные институты в единую систему. Без сочетания общей и особенной части в кодификационном акте не может быть полноценной кодификации.

В-третьих, систематизация позволяет выявить еще одну черту, свойственную результатам интеллектуальной деятельности. Эти результаты образуют своеобразный участок рыночных отношений. Творчество присуще только личности, поэтому здесь рыночные начала испытывают влияние статуса личности в обществе. Они сосуществуют с личными неимущественными правами, которые сказываются на правах имущественных, лежащих в основе рыночных отношений. Здесь производные права отличаются от первоначальных, и полного равенства между их носителями может не быть.

В-четвертых, систематизация решает и некоторые дополнительные задачи. Она призвана внутренне согласовать отдельные институты, устранить внутренние несоответствия, противоречия и пробелы, необоснованные расхождения в смежных институтах, не вытекающие из органически присущих им особенностей, их разбалансированность, обеспечить стыковку их норм, использование полезного опыта смежных институтов. Она позволяет избавиться от некоторых ошибочных положений по существу, в частности накопившихся в ходе исторического развития, обусловленных конъюнктурными факторами, чисто юридико-техническими недоразумениями, прямыми ошибками и т.п. Наконец, задача системы заключается в том, чтобы направить развернутое

355

#### IV. Задачи кодификации

законодательство по отдельным видам исключительных прав в определенное русло, во всяком случае по принципиальным вопросам.

Резкое и существенное умножение числа объектов исключительного права породило необходимость качественных изменений в системе правового регулирования. Возникла необходимость в создании системы законодательства и его систематизации. Система обособленных актов стала порождать многочисленные недоразумения и трудности. В новых условиях с увеличением числа объектов и видов их охраны кодификация оказывается уже остро необходимой практически.

Вместе с тем система законодательства не может сводиться к кодификационному акту. Его естественным продолжением являются специальные развернутые акты по отдельным видам исключительных прав и способам их охраны, развивающие и детализирующие принципиальные установки, содержащиеся в кодификационном акте. Один кодификационный акт не в состоянии вместить все необходимое разнообразие норм. При этом кодификационный акт призван выразить начало стабильности законодательства, а остальные акты - создать условия для его динамики. Оптимальным местом для такой кодификации является Гражданский кодекс - естественный центр кодификации всех норм гражданского права, позволяющий, кроме всего прочего, четко обозначить

гражданско-правовую принадлежность исключительных прав и распространение на них всех общих положений гражданского права вообще и норм общей части Гражданского кодекса в особенности. На основе проведенного исследования и разработанной в соответствии с ним концепции был подготовлен текст нормативного акта — проект специального раздела Гражданского кодекса, посвященного интеллектуальным (исключительным) правам<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Текст проекта раздела ГК «Исключительные права (правовое регулирование интеллектуальной собственности)», составленный В. Л. Дозорцевым, был помещен в Internet (04.02.97) - WWW-сервер РИНКЦЭ по адресу: <http://www.rencze/library/dozor/doz.htm>. Затем стал использоваться сервер: <http://www.extech-msk.ru>, в котором были помещены и некоторые дополнения и уточнения к тексту. Сейчас за истечением времени текст проекта снят из Интернета. Проект двух глав из этого раздела (Общие положения и Авторское право) был опубликован в «Российской газете» 12 июля 1997 г. (Приложение «Бизнес в России»),

Первый вариант проекта, подготовленный в конце 1994 - начале 1995 г., был издан Институтом восточно-европейского права и россиеведения юридического факультета Лейденского университета для обсуждения в рамках разработки модельного гражданского законодательства в странах СНГ 21-30 марта 1995 г. (правда, в книге, помеченной «Конфиденциально - не для публикации»). В дальнейшем этот предварительный вариант лег в основу Раздела V «Интеллектуальная собственность» модели Рекомендательного законодательного акта, принятого на седьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств - участников СНГ 17 февраля 1996 г. (Приложение к «Информационному бюллетеню». 1996. № 10).

Вариант проекта, для краткости часто именуемый Проект Дозорцева, обрабатывался под его руководством рабочей группой, созданной в Исследовательском центре частного права; в отработке текста принимали участие Авилов Г.Е., Водовозов В.С., Городовиков О.В., Лебедев И.В., Семенов С.А. и другие члены рабочей группы. Вариант проекта опубликован в Материалах международной научно-теоретической конференции: Труды по интеллектуальной собственности. М., 1999. Т. 1.

Последний вариант полного текста проекта, содержащий незначительное число талью мелких, по существу, редакционных поправок, см. <http://www.privlaw.nm.ru/infonn4.htm>, см. также: Гражданский кодекс России, часть третья: Наследственное право, международное частное право: Текст проекта: Вводный комментарий. М.: Статут, 2001. С. 119-174.-

356

#### Система законодательства об интеллектуальных правах

В дальнейшем первоначальный текст (помещенный в Интернете в 1997 г.) дорабатывался рабочей группой, специально созданной для этой цели, в большей части руками автора первоначального варианта. Произведенные изменения имели не принципиальный, а редакционный характер.

Концепция, система и схема проекта, его основные положения по существу и даже большинство формулировок остались неизменными, это с несомненностью подтверждается сопоставлением текстов. В некоторых случаях произведенные изменения можно считать удачными, но в некоторых они представляются ухудшающими текст.

В ряду произведенных изменений поправки по двум вопросам занимают особое место. Раздел, посвященный секретам промысла (ноу-хау), оказался сильно усеченным, а регламентация рыночных информационных отношений вообще была исключена из проекта. Оборот секретов промысла в настоящее время уже превышает оборот традиционных изобретений, их полноценной правовой регламентации вообще нет в действующем законодательстве, и это вызывает множество трудностей в практической деятельности. Усеченный вариант не позволяет преодолеть их в полной мере.

Еще большим недостатком проекта является полное отсутствие регламентации рыночных информационных отношений. В условиях общества, которое справедливо именуют «информационным», с постоянно увеличивающимся объемом реализуемой на рынке информации, отсутствие и даже преднамеренное исключение законодательной базы для рыночных информационных отношений становится просто необъяснимым. Нельзя согласиться с исключением из кодификации регламентации важнейшего перспективного, систематически растущего участка рыночных отношений, составляющих предмет гражданского права и уже сейчас занимающих место, практически равноправное с отношениями по поводу результатов материального производства.

357

#### IV. Задачи кодификации

При этих условиях ГК не мог бы претендовать на признание его вполне современным актом, роль, на которую он не без оснований претендует, когда за его пределами остается огромная и, главное, перспективная группа рыночных отношений, регулируемых гражданским правом. В нынешнем виде он останется архаичным, какие бы новые детали по другим вопросам в него ни были включены.

Последний вариант проекта обсуждался в условиях, когда под вопросом находилось самое сохранение в ГК раздела об интеллектуальных правах. Ради его сохранения было рационально пойти на компромиссы, даже на некоторые потери, - детали и формулировки не стоят того, чтобы ослаблять позиции единомышленников, тем более что после положительного решения основной проблемы - «быть или не быть» - всегда можно вернуться к обсуждению содержания раздела. Сейчас настал этап последовательного устранения из проекта всех его недостатков, особенно принципиальных.

Систематизация законодательства о правах на результаты интеллектуальной деятельности - это важнейший этап в развитии гражданского законодательства в истории человечества. Первым этапом надо считать кодификацию Юстиниана, произведенную полторы тысячи лет назад, когда было



систематизировано законодательство, регулирующее отношения по поводу результатов материального производства, земли и других природных ресурсов. Первым единым кодификационным актом в области гражданского права стал кодекс Наполеона, со времени принятия которого прошло тоже уже двести лет.

Сейчас, когда в экономическом обороте стали принимать широкое участие результаты самой разнообразной интеллектуальной деятельности, задача заключается в систематизации уже накопленного огромного законодательного материала, регулирующего отношения по поводу ее результатов. Она несомненно составляет второй в истории человечества этап кодификации гражданского законодательства, который выступает с полной очевидностью при консолидации этого материала, закреплении его в синтетическом виде в едином акте - Гражданском кодексе. Это надо отчетливо сознавать и подходить к проделываемой работе с большой ответственностью. Задача не только в том, чтобы решить насущные проблемы современности, но и обеспечить будущие потребности так, чтобы не было стыдно перед потомками.

Критика концепции и ее критики

Существуют два основных взгляда на пути развития законодательства об интеллектуальных правах - сторонников и противников кодификации,

358

\_\_\_\_\_ Система законодательства об интеллектуальных правах \_\_\_\_\_

правда, последние часто склонны маскировать свою позицию, что тоже само по себе кое о чем говорит. Одни из противников кодификации, наиболее откровенные, предлагают просто оставить все по-прежнему, другие, более изощренные, - провести кодификацию чисто номинально, на академическом уровне.

Сторонники кодификации образуют три группы. Первая предлагает ограничиться одной общей частью, имеющей хотя бы некоторое юридическое содержание (усеченная схема). Вторая выступает за сочетание в кодификационном акте общих положений с исчерпывающим регулированием отдельных видов интеллектуальных прав, которое исключает какое-либо специальное законодательство за рамками ГК (исчерпывающая схема). Третья тоже видит необходимость в схеме, охватывающей наряду с общими положениями полную систему интеллектуальных прав (полносистемная схема), но включающую по отдельным видам исключительных прав лишь принципиальные положения, оставляющую их развернутое регулирование для специальных актов по отдельным видам.

От открытых противников кодификации и сторонников одночастной ее схемы исходит основная критика предложенной концепции, поэтому их воззрения заслуживают специального подробного рассмотрения. Для того чтобы иметь возможность сосредоточиться на основных замечаниях и возражениях, представляется целесообразным остановиться вначале на внутренних разногласиях единомышленников - сторонников универсальной схемы законодательства об интеллектуальных правах. Эти разногласия имеют своей основой разное понимание сути гражданского права и соответственно его кодификации.

Сторонники исчерпывающей схемы кодификации исходят из некоторых общих взглядов на гражданское право - из возможности, и даже желательности, полной, исчерпывающей регламентации специальных гражданско-правовых отношений в одном-единственном нормативном акте - Гражданском кодексе. При этом не учитываются особенности гражданского права как отрасли, богатство и разнообразие регулируемых им отношений, не дающее возможности уложить входящие в него нормы в один нормативный, даже кодификационный акт. Систематизации гражданского законодательства, там, где она производится, присуща, в отличие от ряда других отраслей права, многоуровневая основа, где центральный кодификационный акт - Гражданский кодекс - существует в окружении развивающихся и детализирующих его актов по специальным вопросам. Об этом с несомненностью свидетельствует весь исторический опыт человечества и такие классические образцы кодификации гражданского права, как кодексы Франции и Германии.

359

IV. Задачи кодификации

Нет никаких оснований не распространять эту систему на такую новую часть гражданского права, как интеллектуальные права, которой еще не приспело возникнуть во времена действия римского права и даже во время появления классических гражданских кодексов. Между тем отношения по поводу результатов интеллектуальной деятельности не менее богаты и разнообразны, чем в традиционной материальной сфере. Но богатство и разнообразие отношений в целом не исключает их неразвитости на отдельных участках, которой соответствует регламентация на одноуровневой

основе.

Многоуровневому регулированию присуще некоторое дублирование законодательного материала в разных актах - устанавливающих принципиальное положение и осуществляющих его развитие и детализацию. При этом перед законодателем возникает дополнительная задача: избежать излишнего дублирования, а главное - противоречий между нормами в разных законах. Задача вполне посильная, хотя не всегда очень простая. Стремление избежать этой трудности породило идею изменить всю систему законодательства, отказаться от многоуровневой системы.

Кроме того, сторонники исчерпывающей схемы кодификации интеллектуальных прав в Гражданском кодексе аргументируют свою позицию общими соображениями, имеющими значение для всего гражданского права в целом (можно сразу же заметить в скобках - не опирающимися на реальную действительность). Они считают, например, что дублирование «... в четвертой главе ГК РФ и специальных законах в области корпоративного права» произошло «не от хорошей жизни», а лишь потому, что, «когда создавали Кодекс, времени и опыта не было на то, чтобы предусмотреть в ГК РФ полное регулирование этих отношений: ввести 100 статей об акционерных обществах, еще 80 - об обществах с ограниченной ответственностью и т.д.»<sup>1</sup>. Но эта посылка противоречит практике кодификации законодательства по всем институтам. Так, никогда не предлагалось исчерпывающим образом регламентировать в ГК отношения по всем видам перевозок, пусть даже подпадающих под действие только норм гражданского права.

Принципиальный подход - исчерпывающая регламентация всех рыночных (и даже примыкающих к ним - см. ниже) отношений в ГК — не может считаться правильным, по крайней мере в наших условиях. Он не только ошибочен, но еще и совершенно не реалистичен и просто не осуществим. Вместо кодификации фактически предлагается инкорпорация, а вместо Кодекса - Свод гражданских законов. В гражданском

<sup>1</sup> См. выступление А. Л. Маковского на заседании круглого стола «Интеллектуальная собственность: правовое регулирование, проблемы и перспективы» // Законодательство. 2001. №4.

360

\_\_\_\_\_ Система законодательства об интеллектуальных правах \_\_\_\_\_  
праве невозможно ограничиться только Кодексом, отказавшись от детальной регламентации. Идея исчерпывающей кодификации интеллектуальных прав в Гражданском кодексе, по всей видимости, навеяна существованием в ГК РСФСР 1964 г. специального раздела, по существу представлявшего собой единственный действовавший в то время Закон об авторском праве. Но такая возможность возникла потому, что регламентация авторского права была крайне бедной, если не сказать нищенской, - ГК 1964 г. действовал в эпоху административно-командной системы, когда авторское право было рассчитано на крайне ограниченное, свернутое действие авторских прав, как и всего рыночного начала. Действующий Авторский закон 1993 г., хотя и рассчитанный на развернутые рыночные отношения, крайне беден по другой причине. Он подготовлен на базе Тунисского модельного закона 1976 г. об авторском праве для развивающихся стран, только вводящих авторско-правовую охрану и не имеющих традиций развития авторского права. Включение регулирования такого формата в наш ГК, притом как исчерпывающего, возможно, но оно не позволит решить стоящих перед страной задач. Ограничивать исчерпывающее регулирование в ГК только авторским правом тоже неправильно, тем самым было бы нарушено единство системы законодательства.

Еще большие сложности идея исчерпывающего регулирования интеллектуальных прав в ГК вызывает для институтов, где нормы гражданского права имеют меньший, чем в авторском праве, удельный вес, где достаточно существенную роль играют нормы других отраслей права, в частности административного. Примером такого института является патентное право. Традиционным можно считать решение, при котором принципиальные нормы гражданского права включаются в ГК (Основы гражданского законодательства 1961 г., Гражданский кодекс 1964 г., Основы гражданского законодательства 1991 г.), а развернутое регулирование гражданско-правовых и примыкающих, обслуживающих их отношений содержится в комплексных актах, сопровождающих Гражданский кодекс и содержащих нормы не только гражданского, но и административного и других отраслей права. Но этот путь не соответствует идее исчерпывающей кодификации интеллектуальных прав в ГК.

Сторонники исчерпывающей кодификации видят выход в том, чтобы поместить в ГК все относящиеся к интеллектуальным правам нормы, в том числе и не принадлежащие к гражданскому праву. Основание одно - эти нормы существуют только ради гражданских пра призваны обеспечить гражданский оборот интеллектуальных прав . Од-

#### IV. Задачи кодификации

нако по этой логике следовало бы вообще присоединиться к концепции хозяйственного кодекса и хозяйственного права, объединяющей в одном акте все правовые средства, служащие достижению единой конечной задачи, - концепции, энергичными противниками которой являются авторы таких аргументов. В ГК допустимо включать нормы административного права, но только такие, которые устанавливают основания возникновения гражданских прав (п. 2 ст. 8 ГК) и в пределах выполнения этой функции. Отход от этого принципа привел бы к дезорганизации всей правовой системы в целом.

И еще. Стремление к исчерпывающей регламентации в ГК неизбежно приведет к росту числа подзаконных нормативных актов, поскольку потребность в нормативном регулировании отношений, не попавших в ГК, имеет объективный характер. Роль закона в правовой системе при этом неизбежно понизится.

Аргументом в пользу исчерпывающей кодификации интеллектуальных прав в ГК не могут служить по существу экспериментальные системы кодификации гражданского законодательства, сочетающие общие положения с исчерпывающей регламентацией отдельных институтов, по типу инкорпорации (Нидерланды). Можно спорить о достоинствах и недостатках этой системы, о правильности квалификации имеющегося акта как Кодекса или как Свода гражданских законов или чего-то промежуточного (независимо от названия). Но во всяком случае ясно, что система должна проводиться последовательно. Неправильно выстраивать один раздел ГК по одной схеме, в то время как систематизация остальных разделов базируется на других принципах, это привело бы только к разрушению единства гражданского права.

Важнее другое. Наша страна не готова к такой системе кодификации - ни объективно, по состоянию законодательства и практики его применения, ни субъективно, недаром подобные предложения исходят от цивилистов, специально не занимавшихся проблемами интеллектуальных прав, соображения которых при разработке проектов могут быть полезны для оценки представленного материала, для его компоновки, отработки формулировок, редактирования текста. Можно с уверенностью сказать, что эта идея совершенно не реалистична и практически неосуществима. Она означала бы включение в ГК нормы, аналогичной п. 3 ст. 17 Федерального закона от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности», о том, что новые нормы по вопросам интеллектуальных прав могут вводиться только путем дополнений и изменений ГК. Этой системе объективно присущ еще один недостаток. Исчерпывающая регламентация интеллектуальных прав в ГК неизбежно окажет-

#### Система законодательства об интеллектуальных правах

ся минимально подвижной и мобильной, что никак не соответствует потребностям бурно развивающейся сферы. Именно недостаточная мобильность безосновательно ставилась в вину другой, значительно более мягкой и гибкой, системе кодификации законодательства об интеллектуальных правах, против которой самым энергичным образом возражал ряд ведомств. При исчерпывающей системе кодификации те же возражения становятся совершенно правильными. Нет сомнений, что те же оппоненты будут не менее энергично, эффективно и действенно, но уже вполне логично и основательно возражать против предлагаемой системы кодификации.

Приходится констатировать, что теоретические воззрения авторов новой идеи кодификации расходятся с их собственной практической деятельностью как составителей ГК в уже действующей его части. Исчерпывающая регламентация в ГК не правило, а исключение, применимое в сферах, где отсутствует – не требуется или не накоплен – обширный законодательный материал гражданского права. В принципе гражданское право строится и может строиться только на многоуровневой основе. Интеллектуальные права не составляют исключения.

#### **Против кодификации в целом**

После рассмотрения расхождения между единомышленниками – сторонниками полносистемной кодификации законодательства об интеллектуальных правах – справедливо перейти к действительно глубоким разногласиям с противниками кодификации или, что почти то же, сторонниками усеченной одночастной кодификации, ограничивающейся общими положениями, достаточно абстрактными, доктринальными, не имеющими нормативного характера. Строго говоря, доводов «за» они не выдвигают (если не считать утверждения, что так было везде и всегда), ограничиваясь аргументами «против», их и надо проанализировать. Общий аргумент против проекта заключается в

том, что он производит коренную ломку законодательства и его дестабилизацию, в нем «заложены совершенно иные подходы к регулированию рассматриваемых отношений. Поэтому совершенно очевидно, что все специальные законы придется отменять и готовить взамен их новые. А на это уйдет немало времени, в течение которого будет полная неразбериха в законодательстве. Кроме того, будет отброшен почти десятилетний опыт практического применения действующих специальных законов...»<sup>1</sup>.

Но это совершенно не соответствует действительности. Именно «подходы к регулированию отношений», основы законодательства, остались

<sup>1</sup> См. интервью профессора А. П. Сергеева в журнале «Деньги» (2001.10 октября).

363

#### IV. Задачи кодификации

неизменными, проект воспроизводит все основные положения из действующих законов и практики, ничего принципиального не ломая. Изменения касаются только деталей и формулировок, и направлены они главным образом на устранение непоследовательности в проведении общей линии, следствий разрозненности отдельных законов, которые становятся очевидными при их обобщении. Характерно, что никто и никогда не привел ни одного примера изменения в проекте «подходов» действующего законодательства по ключевым вопросам. И отмена действующих законов из проекта Кодекса не вытекает - в действующие акты придется внести только некоторые, сравнительно небольшие поправки, но это совершенно обычный процесс. «Ломать» практику тоже не потребуются. Основная задача Кодекса в другом - внести в действующее законодательство те изменения, которые нужны для приведения разрозненного регулирования в единую систему.

Главные, исходные возражения в проекте вызывает включение в него «особенной части», посвященной отдельным видам исключительных прав, составляющим предмет специальных законов. На общую часть оппоненты проекта еще были бы готовы согласиться - при условии, что она будет достаточно абстрактной и не станет особенно влиять на такие специальные законы. Действительный мотив заключается в том, чтобы развязать себе руки при лоббировании устраивающей оппонентов системы конкретного регулирования отдельных видов исключительных прав (см. ниже). Но мотивы надо отличать от аргументов, анализ которых показывает, что они не выдерживают критики и тем самым обнаруживается несостоятельность позиции в целом. Проект исходит из того, что без особенной части полноценная кодификация невозможна, она не сможет выполнять некоторые важнейшие присущие ей функции. Это относится не только к юридико-техническим функциям кодификации, таким, как выделение общих для всех видов исключительных прав положений и дифференциация исключительных прав по видам (иначе последняя останется во многом зависимой от случайных факторов), построение всего законодательства по единой системе, его координация и согласование во всех частях. Важнее даже то, что это распространяется и на мало бросающуюся в глаза содержательную функцию кодификации обширнейшего гражданского законодательства, которая предполагает направление специальных законов, существование которых необходимо, в определенное русло, предопределение их содержания и направленности по ключевым и особенно новым вопросам.

В принципе функция кодификации заключается в обобщении действующего законодательства и установлении принципов его дифференциации.

364

#### \_\_\_\_\_ Система законодательства об интеллектуальных правах \_\_\_\_\_

Но в порядке исключения ей иногда приходится решать и другие задачи. Если сформировались новые отношения и достаточно определенно выявились направления их правового регулирования, Кодексу приходится не только обобщать уже существующее, но и вести законодательство вперед, прокладывая новые пути. Иначе он станет архаичным и не будет отвечать требованиям, предъявляемым современными ему общественными отношениями. В этом случае его направляющая роль становится особенно заметной.

Аргументы оппонентов против особенной части совершенно не связаны с общим вопросом о функциях кодификации. Они представляют собой блок замечаний достаточно значительных, но имеющих все же частный характер, анализ каждого из которых приводит к выводу о его несостоятельности. Этот блок представлен несколькими связанными между собой упреками - о неизбежности дублирования особенной части Кодекса и специального законодательства об исключительных правах; о сопровождающих такое дублирование противоречиях; о случайности отбора положений для Кодекса и соответственно неизбежности пробелов; о недостаточной подвижности законодательства, необходимой в быстро развивающейся, весьма мобильной сфере.

Сторонники исчерпывающей кодификации используют и воспроизводят большинство из этих упреков (кроме последнего). Каждый из них заслуживает особого рассмотрения. Вопрос о так называемом дублировании порожден сложной, многоуровневой системой законодательства. Ранее, когда товарные отношения не были столь развиты и не существовало потребности в развернутом законодательстве, еще можно было говорить о его одноуровневой структуре. При наличии общих и детализирующих их актов, а избежать такой системы невозможно, да и стремиться к этому неправильно, такое воспроизведение стало явлением неизбежным и совершенно нормальным. Сейчас, когда законодательство приобрело гигантские масштабы, основания для его многоуровневой структуры стали совершенно очевидны. Неизбежным стало воспроизведение положений из общих актов в более частных, развивающих и детализирующих их документах.

Реально существует воспроизведение нормативных положений из общих актов в актах, призванных их раскрыть и детализировать. Но это не дублирование, когда норма воспроизводится в том же объеме и в тех же целях, а именно воспроизведение, с одновременной детализацией и раскрытием применительно к конкретной ситуации. То же относится к необходимости раскрыть категорию с другой стороны. Такое воспроизведение - процесс вполне нормальный и даже неизбежный, он составляет принадлежность последовательной цепочки актов, детализирующих

365

#### IV. Задачи кодификации

регламентацию общего вопроса применительно к конкретной сфере. Ключевые, определяющие положения устанавливает один акт, а другой их развивает и детализирует. Или одно и то же отношение регулируется с разных сторон. От такой системы никуда не уйти. Подобное воспроизведение - это не вопрос соотношения ГК со специальным законодательством, а более универсальная проблема - о существовании общих и частных актов в области гражданского права и их соотношении. Сложная, разветвленная система законодательства, состоящая из нескольких ступеней, неизбежна и вполне правомерна в современных условиях.

«Дублирование» - это термин, призванный нагнетать тревожное внутреннее напряжение по поводу состояния законодательства, опасности его дезорганизации, реально никакого «дублирования» в точном смысле этого слова не существует. Неизбежность сложной системы может быть прослежена и по самым последним актам нашего законодательства. Так, Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц», как видно из его ст. 1, основан на положениях Гражданского кодекса о государственной регистрации. Вместе с тем его ст. 10 предусматривает, что конкретными федеральными законами «может устанавливаться специальный порядок регистрации отдельных видов юридических лиц». Такой специальный порядок действительно уже установлен действующими актами. Это ситуация совершенно типичная. Конечно, можно говорить в этом случае о «дублировании», но трудно возразить против правомерности воспроизведения основополагающих норм в подобной ситуации.

Возражения против «дублирования» норм при объективной необходимости многоуровневой системы законодательства оказываются явно необоснованными, не учитывающими всего многообразия и сложности реальных отношений.

Теперь о расхождениях и противоречиях, нескольких актов, притом одного уровня, одной юридической силы. При наличии нескольких актов, содержащих нормы по одной проблеме, это возможно. Разумеется, надо сделать все для того, чтобы предотвратить такие противоречия. Это зависит прежде всего от законодателя, его ответственности и квалификации.

Если бы ГК имел силу конституционного закона (для Кодекса именно *гражданского*, призванного направлять большую систему нормативных актов, в том числе в ранге законов, это представлялось бы совершенно правильным), проблема в большой мере стала бы проще. Опыт показывает, что включения в действующий ГК правила о том, что нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать настоящему Кодексу» (абз. 2 п. 2 ст. 3), для утверждения

366

#### Система законодательства об интеллектуальных правах

преимущественной силы норм ГК в настоящее время недостаточно. Его толкование, как устанавливающего приоритет ГК, не может считаться бесспорным, существует ряд аргументов и в пользу противоположного вывода. Остается только правило о более позднем акте, который отменяет не соответствующие ему нормы предшествующего, - тоже достаточно нечеткое. Проблема возможных расхождений актов одной юридической силы остается достаточно актуальной. Но у этой проблемы есть еще один аспект. При разработке регламентации по узкому, частному

вопросу нередко выясняется, что общее решение для него не годится или даже обнаруживается более удачное, чем то, которое действовало ранее. Естественно стремление включить в новый акт более совершенную норму. Хорошо бы сразу все привести в соответствие, но опыт показывает, что это происходит далеко не всегда. Не всегда удается изменить старый акт синхронно с принятием нового. К тому же противоречия достаточно часто выявляются лишь в процессе применения законодательства. Приходится констатировать, что такие расхождения, при всей их нежелательности, - это один из путей совершенствования законодательства. Движущая сила совершенствования законодательства, его развития первоначально принимает форму противоречия - между законом и потребностями, законом и практикой, одним законом и другим.

Названный выше Закон о регистрации юридических лиц иллюстрирует именно такую попытку совершенствования, которая может быть удачной и не очень (в данном случае, пожалуй, уместно вспомнить формулу о дороге в ад, которая уложена благими намерениями). Реальность заключается в том, что такое совершенствование производится не сразу, требует некоторого времени и не бесконфликтно, но это есть жизнь. Расхождения и противоречия нельзя оценивать безоговорочно отрицательно, с сугубо академических или догматических позиций, они имеют и положительные стороны. Во всем только нужна мера.

Точно так же совершенно не обоснован упрек в общей форме о случайности отбора положений для Кодекса. Выше уже отмечалось, что в основу регламентации как общих положений об исключительных правах, так и особенных положений об отдельных их видах должен быть положен традиционный для гражданского права набор позиций, определяющих основные признаки объекта и основные черты его правовой режима. От этого набора возможны отступления в обе стороны, все возражения против них имеют характер уже не общих, а частных замечаний, вполне устранимых и не подрывающих предлагаемую систему законодательства в целом. Разумеется, изъятия имеют вкусовой характер, но они каждый раз требуют специального обоснования, подлежащего

367

#### IV. Задачи кодификации

субъективной оценке. Замечания о случайности отбора касаются именно изъятий, они делаются в обоих направлениях - и в отношении положений, не включенных в проект, и в отношении тех, которые оцениваются как необоснованно включенные в проект.

Наиболее серьезный характер имеют упреки о необоснованном исключении из числа регламентируемых вопросов ограничений прав правообладателей. Действующее законодательство устанавливает довольно много таких ограничений, притом самых разнообразных. ГК развернуто говорит только о правомочиях, об ограничениях прав упоминается лишь в самой общей форме, для них не установлено даже общих критериев, имеется лишь отсылка к специальному законодательству. Оппоненты утверждают, что отсутствие ограничений в Кодексе не только искажает реальную картину правового режима, но и иллюстрирует возможности произвола при определении полноты регулирования. Может быть, этот упрек имеет под собой некоторые основания. Но полноценное решение требует проведения специального анализа. Основная проблема заключается в распределении функций между разными звеньями в иерархии нормативных актов - общей и особенной частями ГК и специальным законодательством об отдельных видах исключительных прав.

Ограничения устанавливаются для права использования результата интеллектуальной деятельности. Но исходное понятие использования в проекте в общей форме тоже не раскрывается, поскольку оно не одинаково для разных видов исключительных прав, прежде всего для авторского и патентного, в этом заключается изначальная трудность. Общее для всех видов исключительных прав понятие «использование» включает очень ограниченный набор признаков. В их основе лежит не извлечение полезных свойств самого объекта (как у «пользования» материальными вещами), а пуск в оборот прав на него, т.е. распоряжение правом<sup>1</sup>. Особенно очевидно это проявляется в авторском праве, в котором ясно

<sup>1</sup> С точки зрения классических категорий гражданского права «использование» находится в ряду категорий не «пользования», а «распоряжения». Это абсолютно четко и откровенно зафиксировано в Законе РФ от 23 сентября 1992 г. «О правовой охране топологий интегральных микросхем», который устанавливает, что «использование в коммерческих целях - это продажа, сдача внаем или иной способ коммерческого распространения, а также предложение осуществлять это действие. Далее о тексте настоящего Закона под использованием понимается именно использование в коммерческих целях, если не оговорено иное» (п. 1 ст. 1). Однако такое понимание «использования» в Законе последовательно не проведено, поскольку правовая охрана топологий интегральных микросхем представляет собой симбиоз авторской и патентной систем охраны. Закон содержит и другое, патентно-правовое, понятие «использования» (см п. 1 ст. 5). «Коммерческое» использование, представляющее собой именно пуск в оборот, по этому закону отличается от просто

Система законодательства об интеллектуальных правах \_\_\_\_\_ видно различие между «использованием» произведения и его «потреблением» (например, чтение книги не есть ее использование) - пользователем является издатель, продающий выпущенные им экземпляры и тем самым пускающий произведение в экономический оборот. В патентном праве дело обстоит сложнее, но основа для «использования» нематериальных результатов интеллектуальной деятельности не может быть иной, объектом оборота всегда являются права - «оптом» или «в розницу», будучи воплощены в конкретном экземпляре.

Из этого понимания «использования» надо исходить и при определении оснований ограничения прав правообладателей.

Может показаться, что существует такое множество и разнообразие ограничений исключительных прав, что они не поддаются обобщению. Но анализ показывает, что это не так. Из того, что привычно относить к ограничениям, предварительно надо исключить два круга оснований, ограничениями не являющихся. Во-первых, это случаи, когда речь идет об объектах, вообще не охраняемых исключительным правом. Во-вторых, исключению подлежат также действия, не подпадающие под понятие «использование».

После этого картина оказывается совершенно иной. Выясняется, что ограничения производятся по весьма узкому кругу оснований. Остаются ограничения, устанавливаемые в образовательных, научных, культурных и информационно-политических целях, для удовлетворения духовных потребностей больных и слабых, а также предотвращение злоупотребления правом (см. ст. 5 Парижской конвенции о злоупотреблении в форме неиспользования изобретений), если его тоже относить к ограничениям прав. Конкретные случаи и основания ограничений прав должны устанавливаться для каждого вида исключительных прав относящимися к ним специальными законами - но только в рамках общих пределов, предусмотренных ГК. Разобраться в этих наслоениях под силу только профессионалам, но после того, как они это сделали, все выглядит достаточно понятно.

Оценка правильности исключений из перечня подлежащих регламентации в Кодексе вопросов, как и оценка всяких исключений вообще, всегда имеет субъективный характер. В данном случае она зависит от подхода к возможности обобщения признаков, лежащих в основе включаемого в Кодекс конкретного понятия. Если основания ограниченных прав могут быть обобщены и потому включены в Гражданский кодекс при составлении проекта допущена ошибка, она имеет частный характер и никак не свидетельствует о недопустимости включения в Кодекс особенной части, посвященной отдельным видам исключительных прав, она никак не подрывает системы Кодекса.

#### IV. Задачи кодификации

Теперь о так называемых случайных или малозначительных положениях, включенных в проект. Называется только два примера подобных положений - о законопроектах и интервью как объектах авторского права.

Из общей схемы регламентации в ГК отдельных вопросов действительно выпадает авторское право на законопроекты и интервью, их вполне можно было бы перенести в специальные законы. Но на обе проблемы надо смотреть не только с юридико-технической, а и с политической точки зрения. Хороший законопроект - это огромный политический капитал для его автора и для субъекта права законодательной инициативы. Но, к сожалению, качество значительной части законопроектов ниже всякой критики, часто в них содержатся совершенно недопустимые элементарные ошибки, влекущие тяжкие практические последствия. Поэтому для законопроектов было бы обоснованно установить персональную политическую ответственность. И если права авторства на закон не существует, то авторство на законопроект - это способ индивидуализации заслуг и ответственности в законопроектной деятельности. Вопрос этот настолько важен, что представилось целесообразным предпринять в Кодексе содержание авторского закона.

Политическая сторона вопроса породила и норму об авторстве на интервью, с ростом влияния средств массовой информации он приобретает все большую значимость. Как известно, мнение интервьюируемого нередко искажается журналистами до неузнаваемости. Свобода массовой информации не означает ее бесконтрольности, контроль лица за тем, что сообщается широкой общественности от его имени, вовсе не цензура, он вполне соответствует конституционным принципам. Включение нормы об авторстве на интервью в проект обусловлено стремлением предопределить содержание авторского закона и по этому вопросу. Отступление от юридической

техники было вполне сознательным. Рассмотренные вопросы вполне можно исключить из проекта без какого-либо ущерба для предусматриваемой им системы законодательства. Но стоит ли? Наконец, еще одно юридико-техническое возражение против предложенной системы заключается в том, что включение положений об исключительных правах в Гражданский кодекс как верхний уровень законодательства сделает законодательство гораздо менее подвижным и (обильным), усложнит внесение изменений в регулирование интенсивно взвизывающейся сферы. Эти возражения совершенно неосновательны, они игнорируют, грубо искажают сущность предлагаемой системы законодательства.

370

\_\_\_\_\_ Система законодательства об интеллектуальных правах \_\_\_\_\_

Возражения оппонентов исходят из того, что проект предполагает ограничить регулирование исключительных прав Гражданским кодексом. Однако это совершенно не соответствует действительности. Кодекс предполагает, наряду с включаемыми в него ключевыми положениями, наличие развивающих и детализирующих его актов об отдельных видах исключительных прав. Добросовестный читатель проектов видит, что эта позиция не просто голословное заявление его составителей, она воплощена в тексте проектов, содержащем с самого первого варианта прямые отсылки к таким актам. Поэтому возражение не просто неверно, оно еще и недобросовестно. Проект исходит из того, что в Гражданский кодекс должны включаться основные, ключевые положения, стабильность которых подтверждена практикой. Таким образом, Гражданский кодекс выражает принцип стабильности, весьма важный для правового регулирования и для экономического оборота. А в специальное законодательство подлежат включению и более мобильные нормы, чаще подверженные изменениям в связи с развитием техники, обусловленным новыми международными договоренностями и т.п. Поэтому специальное законодательство отражает идею динамики регулирования в мобильной сфере. Впрочем, и Гражданский кодекс не «священная корова», которая не подлежит никаким изменениям ни при каких условиях - просто нужно избежать ситуации, при которой ПС в целом (раздел об исключительных правах может стать только лакмусовой бумажкой) становится полем для повседневных конъюнктурных изменений, подрывающих стабильность экономического оборота. Сочетание стабильности и динамизма - в этом суть системы законодательства, предлагаемой проектом, который предусматривает не только систему кодекса, но и систему законодательства в целом.

Искажение рассматриваемых положений - самый уязвимый способ их критики, бьющей мимо цели. Итак, анализ аргументов против включения в раздел ГК об интеллектуальных правах особенной части показывает, что все они совершенно несостоятельны.

Еще одна группа общих возражений против проекта основана на противопоставлении его текста более высоким по своей правовой силе нормативным актам, они имеют в какой-то мере даже политический оттенок и потому подлежат специальному рассмотрению.

Есть оппоненты, которые утверждают, что существует противоречие между проектом и текстом Конституции России, которая якобы исключает помещение раздела об исключительных правах («интеллектуальной собственности») в ГК РФ. Так, профессор Л. А. Гантемирова

371

IV. Задачи кодификации

считает, что п. «о» ст. 71 Конституции РФ «правовое регулирование интеллектуальной собственности выделено из гражданского права», что «законодатель выделил интеллектуальную собственность из сферы гражданского права»<sup>1</sup>. Однако выясняется, что оппонент неправильно понимает смысл и значение соответствующих положений Конституции.

Л.А. Гантемирова полагает, что раз п. «о» ст. 71 Конституции РФ в качестве вопросов, находящихся в ведении Российской Федерации, называет отдельно как «гражданское законодательство», так и «правовое регулирование интеллектуальной собственности», то эти ветви законодательства существуют независимо и параллельно. Поэтому правовое регулирование интеллектуальной собственности не входит в гражданское законодательство.

Такого рода рассуждения совершенно несостоятельны. Конституция действительно устанавливает, что все гражданское законодательство отнесено к исключительной компетенции Российской Федерации. С «интеллектуальной собственностью» обстоит дело сложнее. Ее регулирование производится нормами не только гражданского, но и других отраслей права, прежде всего административного. В соответствии с подп. «к» п. 1 ст. 72 Конституции административное право относится к сфере совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов. Смысл Конституции заключается не в исключении интеллектуальных прав из гражданского законодательства, а в



отнесении всех разнородных норм, регулирующих отношения в области исключительных прав, к компетенции Российской Федерации, независимо от их отраслевой принадлежности. Тем самым сама Конституция устанавливает изъятие из содержащейся в ней нормы о совместной компетенции, и именно в этом смысл рассматриваемого положения. Характерно, что Конституция говорит не об отраслевой принадлежности законодательства, а о правовом регулировании в определенной сфере вообще, независимо от отраслевой принадлежности законодательства.

Поэтому Конституции отнюдь не противоречит включение гражданско-правовых норм об исключительных правах в ГК РФ и даже административных норм, составляющих основание возникновения гражданских прав. Наоборот, они составляют необходимый элемент полной кодификации гражданского права. Рассуждения оппонентов оказываются совершенно несостоятельными.

1 См. выступление Л.А. Гантмировой на заседании круглого стола, организованном Комитетом Совета Федерации по конституционному законодательству и судебно-правовым вопросам (см. журнал «Промышленная собственность». 2001. № 7).

372

#### \_\_\_\_\_ Система законодательства об интеллектуальных правах \_\_\_\_\_

Более того, из Конституции вытекают и некие общие выводы, имеющие прямо противоположный характер. Конституция предусматривает сочетание двух разных систем - гражданского законодательства, как отраслевой системы, с одной стороны, и проблемного регулирования в определенной сфере, направленного на решение конкретной задачи с использованием всех правовых средств, как комплексной системы, - с другой. При этом гражданско-правовые элементы комплексного регулирования подчинены положениям отраслевого гражданского законодательства, закрепленным прежде всего в Гражданском кодексе. Система отраслевого гражданского законодательства рассчитана на целенаправленную регламентацию рыночного оборота, а система комплексного законодательства - на регулирование как оборота, так и сопровождающих, побочных отношений, ибо рынок не существует изолированно. Это уже двухуровневая система, на втором уровне регулируются и конкретные детали рыночного оборота.

При огромном объеме законодательства, раз уж многоуровневая система существует, детальным актам более или менее чистого гражданского права тоже место на втором уровне. Исчерпывающее регулирование в самом Гражданском кодексе возможно, но только если нормативный материал по тем или иным причинам ограничен, - это исключение. Такая система законодательства основана на положениях Конституции.

К той же группе относятся замечания не менее «убойного» свойства (но не более качественные и убедительные) - о противоречии положений проекта международным договорам. Международные акты содержат правила, относящиеся только к регулированию отношений по существу, они никак не затрагивают способа закрепления этих правил в законодательстве. Напротив, они прямо подчеркивают, что способ закрепления этих правил и форма, в которой эти правила будут выражены, полностью относятся к компетенции стран - участниц таких договоров. Никто и никогда даже не пытался сослаться на какой-либо договор в подтверждение того, что кодификация противоречит международным договорам. Иногда приводятся возражения частного характера, в подавляющем большинстве случаев тоже не основательные, которые не подрывают проект в целом. Однако вопрос о соотношении Кодекса с международными договорами заслуживает отдельного и более подробного, многоаспектного рассмотрения.

Наконец, еще об одном предложении, которое стоит обособленно. Оно исходит не от противников, а от сторонников кодификации законодательства об исключительных правах, считающих ее необходимость само собой разумеющейся. Особое его место обусловлено тем, что оно

373

#### IV. Задачи кодификации

относится к системе гражданского законодательства в целом, к выбору между ее изменением или дополнением.

Сущность предложения заключается в том, чтобы разбить единый массив законодательства об исключительных правах по крайней мере на две части. Первую из них - о режиме исключительных прав - поместить непосредственно за правом собственности (наименование интеллектуальная «собственность» приобретает практическое значение), а договоры включить в систему традиционных договоров гражданского права<sup>1</sup>. Идея такого предложения очевидна - не выделять в ГК специального раздела об интеллектуальных правах, а растворить отдельные вопросы в традиционной системе, как бы пригладить качественные изменения, произошедшие в гражданском праве, ввести их в традиционное, консервативное русло. Всегда есть соблазн новые явления облечь в

форму уже известных категорий. Иногда это удается, иногда - нет, чаще новое вино в старых мехах портится.

Представляется, что эта идея ошибочна не только практически, но даже и с академической точки зрения. В большой мере у нее терминологические корни. Если право на материальные объекты именуется «правом собственности», а права на результаты интеллектуальной деятельности - «правом интеллектуальной собственности», может показаться, что они с точки зрения правовой природы обладают некими общими чертами, свойственными праву собственности вообще. Мне уже неоднократно приходилось писать, что это не так. Оба правовых института юридически объединяет только то, что они относятся к категории абсолютных или подобных им прав. Но Гражданский кодекс «абсолютных прав» вообще не выделяет - в нем есть раздел, посвященный только праву собственности и иным вещным правам, относящимся к материальным объектам. Идея объединить все абсолютные права имеет чисто академический характер и никак не связана с практической потребностью обеспечить пуск этих прав в экономический оборот, который осуществляется по-разному, в зависимости от характера объекта. Даже такой практически наиболее важный вопрос, как способы защиты, решается для разных абсолютных прав по-разному - к интеллектуальным правам вещные способы защиты не применимы, не говоря уже

1 См. выступление профессора И. А. Зенина на заседании круглого стола «Интеллектуальная собственность: правовое регулирование, проблемы и перспективы» (Законодательство. 2001. № 4). Эта идея, к сожалению, получила воплощение в прекрасном в целом учебнике «Гражданское право», подготовленном кафедрой гражданского права юридического факультета МГУ, ответственный редактор профессор Е.А. Суханов (см.: 2-е изд. М., 2000. Т. I. С. 623-717; М., 1999. Т. 2. С. 38—610). Автором соответствующих глав является И. А. Зенин.

374

Система законодательства об интеллектуальных правах

о том, что интеллектуальные права не всегда могут быть отнесены к абсолютным.

Представление, будто у всех абсолютных прав больше общего, чем у абсолютных прав и соответствующих им обязательств, базу которых они призваны составить, оказывается ошибочным. Оно не находит опоры в действующем законодательстве, доктринальное построение понятия абсолютных прав имеет совершенно другой смысл и назначение. Категория исключительных прав призвана обслуживать прежде всего основанные на ней договоры - об отчуждении прав и лицензионные договоры. Исключительные права и основанные на них договоры даже нельзя понять одно без другого, они связаны неразрывно. Поэтому их связь гораздо более тесная и непосредственная, чем у всех абсолютных и всех обязательственных прав. Отнесение, например, отчуждения исключительных прав к числу договоров купли-продажи, а лицензионных договоров - к договорам аренды или каким-то подобным вообще юридически совершенно некорректно. Между исключительными правами и основанными на них обязательствами гораздо больше общего, чем между всеми абсолютными правами или обязательственными правами. Более того, они образуют органическое единство, что не исключает применения ко всем договорам общих правил о договорах вообще - связи в гражданском праве достаточно многоплановы.

Неправильное представление о связях разных норм получило совершенно отчетливое выражение и в упоминавшемся учебнике гражданского права. Отношения по использованию исключительных прав, представляющие собой содержание правомочий абсолютного права, даны не при характеристике этих последних, а вместе с договорами. Тем самым неправомерность разрыва единой материи продемонстрирована самими авторами идеи.

Для гражданского права важно появление именно нового консолидированного массива законодательства, образующего внутреннее единство, и практическая потребность заключается в его цельной кодификации. Кодификационные построения, не направленные на практический результат, не имеют права на существование, именно такими практическими последствиями юридическая наука отличается от схоластики, которая может породить только практически вредные иллюзии. При этих условиях даже не приходится говорить о том, что ломка уже сложившейся системы законодательства очень опасна, она, как катящийся с горы снежный ком, может вызвать непредсказуемые последствия.

Простым включением в ГК новых разрозненных фрагментов ограничиться не удастся. Гораздо правильнее дополнить систему новь достаточно цельным разделом. Все положения, которые не могут считаться

375

IV. Задачи кодификации

урегулированными общими положениями гражданского права, надо включить в этот раздел. Это могут быть не только исключительные права, но и договоры или обязательства, базирующиеся на

иных основаниях. В такой системе должны занять свое место и положения, касающиеся осуществления и защиты прав.

При этом надо ясно отдавать себе отчет в правовой природе каждого института. В раздел об исключительных правах совершенно правомерно включены положения о так называемом «коллективном управлении правами» (термин крайне неудачный, сильно затуманивающий сущность отношений). Но надлежащим образом разрешить имеющиеся трудности не удастся до тех пор, пока не станет ясным, что речь идет о специфических для исключительных прав отношениях по представительству.

Итак, идея рассредоточения положений об исключительных правах по разным местам Гражданского кодекса должна быть отвергнута как ошибочная со всех точек зрения. Она неприемлема как основа для кодификации гражданского законодательства (всего гражданского законодательства вообще и исключительных прав в частности) или решения любых других практических задач. Она ошибочна теоретически, равно как непригодна и для педагогических целей, - методически полноценным может быть только освоение всего материала об исключительных правах в комплексе. Но главное - только кодификация как консолидированное регулирование в особом разделе может дать полноценный эффект.

Обращает на себя внимание то обстоятельство, что возражения, выдвигаемые против проекта, ограничиваются чисто юридико-техническими аспектами, они никак не затрагивают содержательной стороны регулируемых отношений, в том числе и современных тенденций развития по существу. На этой основе нельзя всерьез обсуждать вопросы совершенствования законодательства, в том числе и его кодификации. Недаром все крупные изменения законодательства, в том числе кодификация, осуществляются на поворотных этапах развития истории.

Характерно и то, что против кодификации выдвигаются только аргументы «от противного». Это довольно слабая позиция, поскольку позитивными соображениями в пользу сохранения старой разрозненной и никак не организованной системы законодательства она не сопровождается.

Против отдельных положений

Теперь о некоторых частных замечаниях, которые поддаются (или поддавались бы в случае правильности) устранению, не затрагивая су-

376

\_\_\_\_\_ Система законодательства об интеллектуальных правах \_\_\_\_\_  
щества предложенной системы законодательства о целом. Среди них есть достаточно значимые. Естественно, что исчерпывающий перечень таких «частных» вопросов здесь представить невозможно, их даже трудно сгруппировать, выбор в какой-то мере субъективен. Представляется, что первоочередного внимания заслуживают те из них, которые имеют наиболее общий характер, затрагивают проблемы общей теории права и гражданского права в целом, или несут не чисто юридико-техническую, но и существенную содержательную, социальную, экономическую, политическую, международную и т.п. нагрузку, хотя бы им придавалась чисто терминологическая видимость.

Частные замечания тоже облечены в юридико-техническую форму, но в праве эта форма не безобидна, она влечет за собой последствия и по существу. В данном случае по «странной случайности» эти последствия имеют совершенно определенную направленность - на ограничение прав и интересов авторов. Это настораживает и выводит такие замечания за частные рамки.

Прежде всего стоит обратиться к понятию «исключительное право». Оппоненты проекта настаивают на неудачности этого термина, который, по их мнению, во многом не адекватен характеризующей им категории, предпочитая традиционный термин «интеллектуальная собственность». К «исключительным правам» предъявляются две основные претензии - будто бы возникает неясность с соотношением исключительных и абсолютных прав и с включением в обозначаемую категорию личных неимущественных прав. Эти претензии надуманы и не соответствуют действительности. Обе они разрешаются на основе уже действующего законодательства.

Термин «интеллектуальная собственность» вуалирует главную особенность прав на результаты интеллектуальной деятельности, он игнорирует наличие в этом праве не только товарного, рыночного, но и личностного, человеческого начала, его связь с личностью автора, правами человека. Первоначальное право всегда принадлежит автору, это распространяется не только на личные неимущественные права, которые вообще неотчуждаемы и непередаваемы, но и на имущественные права, которые могут перейти к правопреемнику. Личность автора - это первоначальная точка отсчета и имущественных прав, поскольку результат творчества всегда есть

выражение личности автора. Связь личности автора с имущественными правами отнюдь не свидетельство того, что неимущественные права входят в состав имущественных, исключительных. Неимущественные права не участвуют в экономическом обороте, а категория «исключительных» прав существует ради того, чтобы обозначить возможность и кого участия. Личные неимущественные права используются в граждан-

377

#### IV. Задачи кодификации

ском праве (та же категория применяется не только в гражданском праве) не для участия в экономическом обороте, а для индивидуализации его участника, т.е. как необходимая предпосылка. Отсюда они и не включаются в понятие «исключительное право», предназначенное обозначать такое участие. «Исключительность» права имеет не филологическое, а юридическое значение. Но даже если игнорировать основную содержательную нагрузку категории, возражения неосновательны уже и чисто юридически.

Термин «исключительное право», содержание которого якобы неопределенно, употребляется во всех законах об отдельных видах исключительных прав для раскрытия юридического содержания прав на результаты интеллектуальной деятельности. Он появился первоначально как обозначение разновидности абсолютных прав, объектом которых является нематериальный результат интеллектуальной деятельности. Соответственно в него вкладывается другое содержание по сравнению с традиционным главным абсолютным правом на материальный объект - правом собственности, - хотя бы правомочия имели близкое или даже идентичное звучание. Таким образом, оно имеет фундаментальное изначальное отличие.

Во-вторых, появились отличия в сфере действия, выражающиеся в том, что абсолютное право получило способность иногда модифицироваться из абсолютного в квазиабсолютное право, выполняющее те же функции, что и традиционное абсолютное. Имея исключительный характер, одинаковые права на один и тот же объект, в отличие от классических абсолютных прав, могут одновременно принадлежать нескольким лицам. Чтобы убедиться в этом, достаточно обратиться к нормам, определяющим права на коллективный товарный знак или наименования места происхождения товара. Не говоря уже о секретах промысла (ноу-хау), для которых действует практически такой же режим, хотя о них и нет развернутого законодательства.

Категория исключительных прав стала значительно более сложной, как бы двухслойной, только одна ее часть входит теперь в качестве разновидности в абсолютные права. Это богатство содержания всегда было заложено эвентуально в правах на нематериальный результат интеллектуальной деятельности, хотя стало проявляться лишь сравнительно недавно.

В-третьих, появилась необходимость выделения абсолютных прав, хотя и связанных с результатом интеллектуальной деятельности, но представляющих собой лишь способ индивидуализации участника экономического оборота, закрепляющих право на такую индивидуализацию. Это личные неимущественные права ~ право авторства и право на

378

#### Система законодательства об интеллектуальных правах

имя, существовавшие задолго до появления исключительных прав, на которые с введением последних в оборот легли многие дополнительные функции, в частности роль первоначальной точки отсчета исключительных (имущественных) прав.

Обращение к специальным законам делает совершенно ясным то, что исключительные права включают в себя только имущественные права, неимущественные права находятся за их пределами. Нормы о личных неимущественных правах везде выведены из состава норм об исключительных правах и помещаются отдельно. Единственным исключением является ст. 37 Закона РФ от 9 июля 1993 г. «Об авторском праве и смежных правах» (далее - Авторский закон), которая в состав исключительных прав исполнителей включает право на имя (п. 1), но это выпадает из системы, установленной не только Авторским законом (сравни ст. 15 и ст. 16), но и всеми остальными законами об исключительных правах. Точно в таком же смысле употребляют эту категорию и международные договоры - например, ст. 8 Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений (далее - Бернская конвенция) включает термин *exclusive right*, притом из него очевидно выпадают неимущественные права.

Это три основных отличия исключительных прав от традиционного права собственности, которые прослеживаются сразу же. Таким образом, все недоразумения развеивает обращение к специальному законодательству об отдельных видах исключительных прав, именно оно, а не абстрактные построения, показывает надуманность всех претензий к категории и термину «исключительное

право». При проведении кодификации вполне естественно провести обобщение того, что содержится во всех без исключения законах. В праве терминология всегда условна, во всяком случае следует различать ее филологическое и юридическое содержание, важно только, чтобы она не вводила в заблуждение. В данном случае «исключительное» право надо понимать в том смысле, что оно обозначает имущественное право, принадлежащее исключительно одному лицу или нескольким точно обозначенным в соответствии с законом лицам.

Практическая опасность термина «интеллектуальная собственность» иллюстрируется, в частности, рассмотренным выше вытекающим из него предложением об изменении структуры ПС - о сближении традиционного права собственности с правомочиями обладателей «интеллектуальной» собственности, с одной стороны, и всех обязательственных отношений, независимо от их предмета, - с другой.

Существуют недоразумения и с определением содержания исключительного права, с характеристикой правомочий правообладателя, ос-

379

#### IV. Задачи кодификации

нованные на непонимании некоторых элементарных правовых категорий.

Первое правомочие, которое принадлежит правообладателю, заключается в возможности самому использовать объект исключительного права. Это правомочие подлежит выделению, особенно для промышленных прав, где в состав «использования» входит не только пуск в оборот - распоряжение в обобщенном виде, но еще и индивидуальный, единичный оборот, принимающий видимость непосредственного потребления. Право на нематериальный результат творческой деятельности предстает в потребляемом индивидуальном материальном объекте как одно из составляющих, притом внешне не различимых. Право тоже «использовано», но не как таковое, на массовой основе, а индивидуально.

О втором правомочии часто принято говорить как о возможности «разрешать» такое использование другим лицам. Но по-настоящему второе правомочие шире - оно заключается в возможности распоряжаться правом (именно правом) использования. Распоряжение может осуществляться в двух формах - в форме разрешать использование, т.е. в форме выдачи лицензии, когда весь объем прав, остающихся за рамками обязательственных лицензионных отношений, сохраняется у правообладателя-лицензиара, который, правда, связан обязательственными ограничениями, и в форме отчуждения права, когда имущественные права у прежнего правообладателя прекращаются и возникают у нового правообладателя.

Дифференциацию этих двух форм почему-то не замечают и игнорируют, особенно в авторском праве, хотя и в патентном праве ей уделяется недостаточно внимания. Это вызывает только сожаление, ибо в современных условиях, при интенсивном развитии отношений дифференциация становится все более глубокой и игнорирование объективного факта ее существования оказывается заметным практически.

С правом «разрешать» использование результата другим лицам как формой распоряжения связано другое недоразумение. Некоторые оппоненты проекта настаивают на сопровождении его указанием о праве «запрещать» такое использование третьим лицам. Но правообладателю не нужно «запрещать» использование. Выделение особого правомочия (запрещения) ошибочно, оно лишь ограничивало бы права правообладателя, означая, что он должен устанавливать такой запрет в каждом сделанном случае, в то время как такой запрет в общей форме установки законом. Эта система свойственна всем абсолютным правам и нашла свое устоявшееся выражение прежде всего в праве собственности.

Между тем принципиально ошибочная позиция проникла даже в последний опубликованный вариант проекта раздела «Исключительные

380

Система законодательства об интеллектуальных правах

права» Гражданского кодекса, специально предоставляющего правообладателю право «запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации» (абз. 3 п. 1 ст. 1226 проекта). Это необходимо исправить. Характерно, что в традиционных международных конвенциях об исключительных правах (Парижской, Бернской, Всемирной и даже Римской) подобная безграмотная формула не встречается.

При рассмотрении категории распоряжения правом естественно обратить специальное внимание на договоры и обязательства, возникающие в результате такого распоряжения. Для советского права характерными были ограничения экономического оборота, в частности устанавливаемые для

субъектного состава обязательства. Одной стороной обязательства мог быть только автор. Сейчас это ограничение отпало, договор может заключать и правопреемник автора. Но личные и социальные права было бы правильно все же защищать особо, даже при заключении договоров. Значит, в законе нужно закрепить большее разнообразие договоров, провести различие между, например, авторскими договорами и договорами по авторскому праву, т.е. «творческими» договорами, заключаемыми с участием творца - автора, и чисто предпринимательскими договорами по авторскому или патентному праву (притом стороной последних может выступать и автор). За чисто терминологической личиной всегда стоят серьезнейшие интересы по существу, в частности связанные с наличием, объемом, защитой и т.п. прав.

В адрес проекта бросается упрек в дестабилизации и даже разрушении устоявшейся терминологии и тем самым в дезорганизации применения законодательства. Но это грубое искажение действительности, на самом деле речь идет не об изменении, а лишь о восстановлении терминологии, существовавшей десятилетия и измененной Авторским законом 1993 г. в целях, которые никак не могут быть признаны заслуживающими поддержки. Именно тогда и произошла дестабилизация.

В нашем авторском праве испокон веку действовало право автора на то, что именовалось неприкосновенностью произведения, означавшее недопустимость внесения без согласия автора в произведение каких-либо изменений (дополнений, купюр, замен и т.п.) и вообще згаетх-ибо элементов, влияющих на его восприятие (предисловий, пришапшй, иллюстраций и т.п.). Закон 1993 г. изменил терминологию, он стал говорить о защите репутации автора. Но очевидно, что это язмеяеяе не только терминологии, а под ее фиговым листком и самого существа отношений. Если для защиты неприкосновенности достаточно было продемонстрировать факт изменения произведения (это сделать несложно),

381

#### IV. Задачи кодификации

то для защиты репутации надо произвести еще и оценку этого факта, которая всегда субъективна, дополнительно доказать ущерб, нанесенный репутации автора. Это уже достаточно сложно и может вызвать самые разнообразные споры. Такое изменение ущемляет интересы автора и произведено в интересах пользователя, получающего возможность манипулировать произведением в процессе его использования.

О несостоятельности попыток обосновывать это изменение ссылками на п. 1 ст. 6 bis Бернской конвенции мне уже приходилось писать. Пункт 1 ст. 15 действующего Авторского закона основан на неточном переводе ее текста. При правильном переводе необходимо четко дифференцировать право автора защищать свое произведение от любых изменений, независимо от каких-либо дополнительных условий, и право требовать защиты от других действий, которые наносят ущерб чести или репутации автора. Право на неприкосновенность - особая категория, отдельно выделяемая Бернской конвенцией, когда она говорит о праве авторов разрешать изменение своих произведений (ст. 12). Утрата этих оттенков, а тем более прямая квалификация всей группы нарушений как «права на защиту репутации автора», не только грубо ущемляет интересы автора, но и делает текст закона противоречащим Конвенции<sup>1</sup>. Упрек проекту оказывается бумерангом, попавшим в его критиков.

То же самое относится к замене опубликования произведения на его обнародование. Замена термина в Законе 1993 г. и в этом случае прикрывает ущемление интересов автора. В соответствии с Авторским законом 1993 г. «обнародование» ныне означает открытие доступа к произведению неопределенному кругу лиц, независимо от участия произведения в экономическом обороте, а «опубликование» — это запуск произведения в экономический оборот, независимо от того, было ли оно ранее доступно неопределенному кругу лиц (см. ст. 4). Бывшее «опубликование» стало «обнародованием», а «обнародованием» стало назы-

1 Нелишне обратить внимание на то, что Бернская конвенция ратифицирована вопреки закону о международных договорах в отсутствие официального текста ее перевода на русский язык, поэтому не вполне ясно, какой именно текст ратифицирован. Необходимо напомнить и ст. 15 Конституции России, которая устанавливает, что «любые нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения». Международные договоры, являющиеся составной частью правовой системы России, безусловно, относятся к правовым актам, а авторские права, несомненно, входят в состав прав человека и гражданина (гл. 2 Конституции). Между тем Бернская конвенция до сих пор официально не опубликована, как отмечалось, не существует даже ее официального перевода. Поэтому все заявления о том, что Конвенция вступила в силу для РФ 13 марта 1995 г., от кого бы они ни исходили, по крайней мере сомнительны.

382

\_\_\_\_\_ Система законодательства об интеллектуальных правах  
ваться бывшее «использование» (ныне вообще исчезнувшее). Это ли не терминологическая

чехарда?!

Но понадобилось разделение этих категорий для того, чтобы ограничить имущественные права автора хотя бы в одном случае, передав их пользователю-предпринимателю. Тенденция ограничения прав автора в творческой сфере опасна потому, что нарушение сочетания и соотношения коммерческого начала и личных и социальных интересов носителя творческого начала - автора - таит опасность для долгосрочной перспективы.

Выделение двух категорий - «обнародование» и «опубликование» - не может быть обосновано и ссылками на международные договоры или практику. Оно есть изобретение отечественных законопроектчиков. Оба этих термина имеют один иностранный эквивалент и корень: по-английски и «обнародование», и «опубликование» будет переводиться как «publication», даже неизвестно, как эти оттенки могут быть адекватно выражены по-английски. Но характерно, что все такие терминологические ухищрения влекут за собой ущемление прав авторов! Изменения еще не свидетельствуют о полном переходе на систему «copyright» (права на изготовление экземпляров произведения, в котором автору как таковому нет места), но несомненно, что они обозначают сильный крен в сторону наступления на статус и интересы автора.

То же относится к широкому использованию иностранных терминов вместо общепринятых русских. Например, звукозапись есть точный перевод слова «phonogram» с английского. Но в действующем законе почему-то говорится в большинстве случаев о «фонограммах» или даже об «аудиограммах». Смысл один – отдалить автора записанного произведения и исполнителя от прав на запись, передав эти права звукозаписывающей организации.

Более того, в адрес проекта посылаются упреки во введении охраны прав на видеозаписи, которая якобы противоречит международным э договорам. Действительно, Римская конвенция и другие договоры прямо не вводят охрану видеозаписей. Но ни один международный договор е не запрещает такую охрану. А по существу нет никаких оснований меньше или иначе защищать права на запись изображения, чем право на запись звука или звука и изображения совместно. Неужели для того, чтобы получить защиту прав, как любой другой исполнитель, Полунин должен произнести свое знаменитое «льзя»?!

Иногда говорят, что запись изображения охраняется авторским правом, которое дает более высокий уровень охраны. Но этот чисто количественный подход к охране прав более чем странен.

Правообладателю нужны только те права, которые свойственны существу отношения, э  
383

#### IV. Задачи кодификации

данному виду прав, а не «больше» или «меньше» прав, ему нужны другие права. Даже если бы закон установил авторское право на запись исполнения (в российском законодательстве я таких норм не знаю), неизвестно, как такими правами можно было бы воспользоваться. Более того, неясно о каких смежных правах идет речь - о правах исполнителей или записывающих организаций, это разные права, но дифференциации почему-то не производится. Есть объективные закономерности, которые не может нарушить даже закон! Странно, что все это приходится объяснять профессорам-профессионалам.

Дело, видимо, в другом. Те, кто мог бы быть заинтересован в охране прав на запись изображения, еще не набрали достаточной силы.

Точно так же неосновательно подавляющее большинство терминологических и других частных замечаний по проекту.

Подводя некоторые итоги возражениям оппонентов кодификации, общим и частным, приходится отметить, что все они имеют чисто юридико-технический характер. Но юридическая техника - это хотя и важный, но все-таки только подсобный инструмент, отражающий и выражающий существо законодательства. Ставить этот инструмент в центр системы законодательства принципиально неверно. Развитие регламентации по существу требует в ряде случаев выработки нового инструментария и порождает его; так, например, появились квазиабсолютные права.

Уловить новую сущность и соответственно новый инструментарий могут лишь те, кто специально занимался соответствующими проблемами, специалистам общего профиля это недоступно, они обречены оперировать старой техникой, в лучшем случае перекомпановывая уже устоявшиеся блоки имеющегося материала. Ставить юридико-технические моменты в центр системы законодательства принципиально ошибочно - оно может, а иногда и должно быть модифицировано, порой приходится даже приносить суть в жертву, пусть временно, впредь до выработки новых средств. Это коренной исходный порок возражений против кодификации.

#### **Противники системы законодательства и их мотивы**

Внутри страны главной и наиболее влиятельной силой, возражающей против кодификации, является Патентное ведомство - Роспатент. Сначала его позиция была вполне откровенной, четкой и последовательной. Руководство Роспатента выступало против включения в Гражданский кодекс каких-либо положений об исключительных правах. Об этом недвусмысленно свидетельствует прямое опубликованное заявление генерального директора Роспатента А.Д. Корчагина в выступлении

384

----- - третьей части

„а одной из конференций: «ЗенГреч шла о включении Гражданского кодекса (во время ТМ^ТМ^|Д) не будет упомяну-соответствующего раздел а в ч астьтреты° о вита1ЬНая практика то об интеллектуальной собственностигак»V ведомсгва Неод- от этого никак не пострадает совершенно»! Та ж ид нократно подтверждалась и в последующ \_ на „ервом

Правда, эту откровенную позицию Р^ д даже опас.

этапе. Потом, когда стала ""«"идосталась той же. Патент-ность, она стала более изошренной, но по су некоторых общих

„ое ведомство согласилось на включение в Код ^ ^^

положений, но только таких, КО^МР та практически вания реальных, конкретных отношений, т.е.

беспольных. \_\_\_ внешне выглядит как компро-

Таким образом, эволюция П°ТМ"Н^М Если согласиться на мисс, а по существу сохраняется прежний «^ий кодекс не сможет вариант, приемлемый для Роспатента,лП]\* \_ поставить шеци-выполнить по крайней мере одну ^в^\*У^Мв определенное русло, альное законодательство в рамки ^ТМ^ТМ и веДомства, кото-

В этом как раз и проявляется °ТМТМ^°ZZZ положение и свя-рое стремится сохранить свое ^^^ „еди говорили, напри-

раивает». „\_\_ . особенно опасна потому, что оно

Позиция Патентного ведомства^особен ^ втаожЮ\_

стремится расширить сферу Д«ТМ^2?« „столько оформле-стей. Роспатент претендует на ^ТМ и руководством творческой деянием изобретений и прав на них но JW й как чвв^ . тельностью (притом всеми ее видами . резул нием ее резуль-так и не требуют «И»\*\*\*^ их оформление в татов, в том числе (W-\*^ коммерческих операций иностранных государствах, «^^ ^функций нужна информа-за границей) и т.п. Для ^^жностей такого рода у Падая, материальные ресурсы""^1~б^ь, поэтому выполнение их для тентного ведомства нет и не может бы него непосильно.

\_\_\_\_\_ „, маната южДУ^да°1 к\*1^М0\*

1ском кодексе Россию>. М., 1999. С. J\*. ^

385

#### IV. Задачи кодификации

В какой-то мере подобные функции Патентного ведомства еще можно было понять в условиях, когда государство было собственником всех основных средств производства, ему принадлежало все народное хозяйство, хотя и тогда эти функции были для него затруднительны. В настоящее время, когда частная собственность приобрела качественно иное значение, подобные ностальгические усилия Роспатента, стали совершенно противоестественными. Они мешают ему надлежащим образом выполнять свою основную работу. Одна из задач ГК заключается в ограничении функций Роспатента ее естественными рамками, в исключении автономии Патентного ведомства, поощряющей его ведомственную экспансию.

В связи с этим можно отметить, что нигде в мире Патентное ведомство не занимает самостоятельного положения в системе органов государственного управления, везде оно входит в состав того или иного ведомства. Характерно, например, что Кодекс интеллектуальной собственности Франции прямо устанавливает: «Национальный институт промышленной собственности (Французское патентное ведомство. - В.Д.) является государственным учреждением, обладающим в соответствии с законом правосубъектностью и финансовой самостоятельностью и действующим под началом министра промышленности» (L. 411-1). Ему свойственна работа по оформлению прав на объекты промышленной собственности, по оценке этих объектов (проведению экспертизы) и информированию о них всех заинтересованных лиц, И разумеется, на Патентное ведомство закон возлагает законопроектную работу о сфере его деятельности. Никакая оперативная работа и даже ее организация не могут входить в его компетенцию.



Важно, чтобы Патентное ведомство осуществляло функции, вытекающие из требований Парижской конвенции, ст. 12 которой предусматривает обязательство стран - ее участниц «создать специальную службу по делам промышленной собственности и центральное хранилище для ознакомления общественности с патентами на изобретения, полезными моделями, промышленными образцами и товарными знаками». «Служба по делам промышленной собственности» совсем не обязательно занимает самостоятельное положение в системе органов государственного управления, для выполнения его функции такое положение вовсе не нужно, более того, выходить за рамки, очерченные Парижской конвенцией, практически опасно.

Другие ведомства, не очень разбирающиеся в существе вопроса, поддерживают, а иногда и текстуально воспроизводят возражения единственной специализированной организации, которая пользуется у них авторитетом, имеет на них вполне естественное влияние и в известной зависимости от которой они находятся.

386

\_\_\_\_\_ Система законодательства об интеллектуальных правах

Роспатент стремится распространить свое влияние на авторское право, где регистрация не требуется, на секреты промысла и даже на практическое использование, к которому не имеет никакого отношения. Ясно, что для этих целей ему нужна свобода усмотрения.

Совершенно иные мотивы у иностранных оппонентов, позиция которых обусловлена желанием иметь возможность эффективно лоббировать законопроекты, выражающие их интересы, позволяющие сохранить доминирующее положение на рынке. Объективно совпадая с позицией Патентного ведомства, поэтому они поддерживают друг друга. Если направляющая роль закона будет слабее, те, кто доминирует на рынке интеллектуальных продуктов (сегодня это иностранные, прежде всего американские, предприниматели), имеют шанс сохранить и упрочить свое положение. Ясно, что добиваться своего легче, когда законодательство составляют разрозненные тексты. Если они собраны воедино, в кулак, когда принципы, отвечающие национальным интересам, четко выражены в обобщенной форме, это сделать сложнее.

Эта группа действует на всех уровнях и по всем каналам. На государственном уровне - с помощью высоких должностных лиц, официальных представителей. На предпринимательском - через крупнейших представителей бизнеса. Она выражает свои идеи даже с помощью россиян, например, работающих в представительствах иностранных или международных организаций, но выступающих в личном качестве - как российские граждане и научные работники или имеющих с ними неформальные связи. Привлекаются и международные организации, в которых заинтересованные иностранные круги имеют решающее влияние.

Такая линия вполне понятна - она соответствует стремлению господствовать на огромном российском рынке. Резко отрицательную реакцию вызывает другое - характер и направленность замечаний и их стиль.

Возражения, поступающие из-за границы, касаются прежде всего не существа положений, составляющих содержание регулирования, а способа его оформления в системе нормативных актов. Международные договоры, как известно, в некоторых случаях могут предписывать своим участникам определенные правила, но способ их оформления в нормативных актах всегда остается в компетенции суверенного государства. Открыто выявляя свой интерес, иностранные оппоненты требуют от России отказа от идеи Кодекса и сохранения системы разрозненных актов по отдельным видам исключительных прав. Именно требуют, под угрозой неблагоприятных последствий, даже санкций!

Раздаются не добрые советы и пожелания, которые всегда заслуживают благодарности и подлежат обсуждению, а требования, противоречащие

387

#### IV. Задачи кодификации

международному праву и по существу и по форме, причем эти заявления подкрепляются надуманными и несостоятельными аргументами, странным образом напоминающими замечаниями Роспатента. Нам угрожают в случае «непослушания» серьезными неблагоприятными последствиями, такими, как отказ принять страну во Всемирную торговую организацию (ВТО). Но никаких требований к системе законодательства своих членов международные документы, в частности документы ВТО, не устанавливают. Более того, уже есть прецедент принятия в ВТО государства с системой законодательства, аналогичной нашей. В 1999 г. в ВТО была принята Кыргызская Республика, а 5 декабря 1997 г. ее Законодательное собрание приняло часть вторую Гражданского кодекса, включающую в себя разд. V «Интеллектуальная собственность», имеющий принципиально

ту же структуру, что и проект раздела ПК РФ, и предусматривающий ту же систему законодательства. Это обстоятельство никак не послужило препятствием для приема в ВТО. Разные подходы к двум государствам выглядят с точки зрения международного права более чем странно. Великая держава не может не противостоять грубой попытке явной дискриминации в нарушение основополагающих принципов международного публичного права. Нельзя допускать беспардонного выламывания рук, необходимо отстаивать свои национальные интересы и достоинство. Получая свободу рук, иностранные правообладатели намереваются обеспечивать свои интересы, никак не считаясь с национальными интересами России. Это легко продемонстрировать на уже имеющейся практике.

Как известно, международные конвенции предусматривают круг субъектов, права которых подлежат охране, и содержание предоставляемых прав. А некоторые вопросы, в частности осуществления прав и их защиты, в очень большой мере оставляются на усмотрение национального законодательства. Федеральным законом от 16 июля 1995 г. №110-ФЗ были внесены изменения в Авторский закон, касающиеся главным образом защиты прав. Очень интересна направленность этих изменений. Защита прав может быть построена по публично-правовой или по частноправовой схеме. В первом случае поиск нарушений возлагается на правоохранительные органы, государство несет основные расходы по проведению этой работы, даже преследование нарушителей может начинаться по его инициативе. Второй путь заключается в том, что поиск нарушений ведет правообладатель или его представитель (обычно это специализированные детективные агентства), действующий за счет правообладателя, возбуждение дела происходит только по инициативе правообладателя

388

Система законодательства об интеллектуальных правах

в жестких процессуальных рамках и за его счет. Административные меры по защите прав имеют сугубо обеспечительный характер и отменяются, если и течение очень короткого срока правообладатель не возбуждает дело в суде. Обращение за применением защитных Мер нередко связывают с внесением залога, призванным обеспечить интересы ответчика в случае недобросовестности истца. И т.д.

Второй путь обычен для стран континентальной Европы, более того, его схема заложена в правилах Соглашения о ТРИПС. Первый - характерен для Соединенных Штатов. Ясно, что его схема соответствует интересам предпринимателей, господствующих на рынке, за нарушением единичных прав мелких правообладателей государственным органам уследить не удастся (несмотря на бурный рост их штатов). А крупные предприниматели получают охрану без особого риска и не неся значительных затрат, даже не очень рискуя в случае недобросовестности. Остается сказать, что Закон 1995 г., построенный по первой схеме, очевидно не соответствует нашим национальным интересам, а силы, лоббировавшие его принятие, не вызывают никаких сомнений. Защищать интересы всех правообладателей, несомненно, необходимо, но делать это нужно цивилизованно. Неужели надо сохранять положение, при котором лоббирование иностранных интересов в ущерб нашим национальным интересам максимально облегчается?

Специфическое место среди зарубежных критиков проекта занимают международные организации, особенно такая авторитетная и ведущая в этой области, как Всемирная организация интеллектуальной собственности - ВОИС. Оценивая ее замечания, приходится принимать во внимание несколько факторов.

Во-первых, необходимо учитывать влияние, которое оказывают на позиции аппарата этой международной организации определенные группы стран и даже отдельные страны. Это прежде всего страны, занимающие доминирующее положение на рынке интеллектуальных прав, точка зрения которых на развитие российского законодательства уже рассматривалась выше. Понятно также влияние на взгляды аппарата ВОИС и российского Патентного ведомства, осуществляющего с ним непосредственное сотрудничество. Аппарат ВОИС выражает позицию тех сил, мотивы которых рассмотрены выше.

Во-вторых, позиция ВОИС по общим системным вопросам может иметь характер только советов, добрых пожеланий, она не основана на каких-либо международных актах, которые не содержат никаких указаний (тем более обязательных) по поводу системы законодательства. Это именно точка зрения отдельных должностных лиц и аппарата, но не организации как таковой, она не имеет никакой правовой силы и основана

389

IV. Задачи кодификации

на уже сложившихся вековых стереотипах, не учитывающих современного развития. Все отдельные

замечания должны быть рассмотрены по существу.

В-третьих, позиция ВОИС основана на весьма ограниченной базе. Это достаточно ясно проявилось на предшествующем этапе - в заключениях на проекты Патентного и Авторского законов Российской Федерации. В этих заключениях по существу уделялось внимание только двум вопросам - переходу законодательства об исключительных правах на начала, соответствующие принципам рыночной экономики и обеспечению соответствия наших законов положениям действующих международных договоров, прежде всего Парижской и Бернской конвенций. С этой точки зрения заключения были чрезвычайно ценными. Но этим значение заключений и ограничивалось. При всей важности соображений ВОИС они были совершенно недостаточны для полной оценки законопроектов. Внутренние особенности и потребности, исторические традиции и другие подобные факторы ВОИС не рассматривал и не мог рассматривать, о них международная организация просто не располагает достаточной информацией. ВОИС не сумел оценить даже неточности в переводах конвенций, которые легли в основу наших законов. Положительная оценка законопроектов в целом была основана только на их самой общей направленности и сопоставлении с международно-правовыми актами. Но именно такая оценка послужила основой для позиции по проекту ГК; сохранение действующих текстов - это защита «чести мундира», ранее данных заключений. На оценке сказалось и то, что Авторский закон, например, по существу воспроизводит Модельный авторский закон для развивающихся стран, только вводящих авторскую охрану. Он оказался удручающе бедным, совершенно игнорирующим богатейшую историю России, авторское право которой восходит к 1827 г., - Авторский закон России 1911 г., почти столетней давности, был значительно богаче ныне действующего законодательства. Но главное другое - современные потребности требуют богатейшего и очень развитого законодательства, действующий закон никак не соответствует этим требованиям. Сохранение существующих подходов обрекает Россию с ее выдающимся интеллектуальным потенциалом и замечательными правовыми традициями еще на многие годы сохранять законодательство на уровне стран, только вводящих охрану интеллектуальных прав. Это очень опасно и не может не привести к затуханию творческой активности.

Наконец, в-четвертых, все построение и деятельность самого ВОИС основаны на традиционной системе национального законодательства, обособленных актах об отдельных видах исключительных

390

Система законодательства об интеллектуальных правах прав. Он не может не учитывать, что изменение системы законодательства в мире, начало которому может положить российское законодательство, потребовало бы перестройки его собственной организационной структуры и деятельности. Такая перестройка связана с многочисленными трудностями, преодоление которых потребует больших усилий. Это, естественно, вызывает в ВОИС настороженность.

Еще одна группа оппонентов проекта - лица, представляющие самих себя. Среди них видное место занимают научные работники. Их позиция, имеющая часто сугубо академический характер, опирающаяся только на личные амбиции, не может рассчитывать на какие-либо практические последствия. Но она объективно ослабляет и расшатывает попытки создать единую систему законодательства об интеллектуальных правах и поэтому может рассчитывать на словесную поддержку даже тех сил, которые не разделяют их взгляды. Именно в этом заключается их практическое значение. Но основы для реализации их представлений не существует, ее авторы не сумели разобраться в современных реалиях, их позиция не соответствует объективной действительности и потребностям практики.

Таковы основные группы сил, противостоящих введению в жизнь единой системы законодательства об интеллектуальных правах. Для кодификации в настоящее время существуют почти все предпосылки. Потребность в результатах этой работы созрела и даже перезрела. В полной готовности находится нормативный материал, дальнейшее развитие которого невозможно без систематизации законодательства. Нет только полной уверенности в том, что общественное сознание, психологический настрой на необходимость проведения систематизации законодательства действительно созрели. Общественное сознание, массовая психология наиболее консервативный элемент предпосылок, без которого, однако, развитие законодательства, как правило, невозможно. Процесс происходит чрезвычайно медленно, даже после осознания новых явлений на индивидуальной основе.

Именно состояние общественного сознания делает возможным тенденциозные выступления средств массовой информации, последним примером которых является материал Алексея Ходорыча

«Интеллектуальный пат»<sup>1</sup>. В подборке абсолютно доминируют высказывания против проекта, общую тональность никак не меняет и не создает ощущения «объективности» единственный материал противоположной направленности - интервью с В.А. Дозорцевым. Тех, кто поддерживает проект, материал даже не упоминает, хотя среди них такие ведущие юридические -

1 Деньги. 2001.10 октября.

391

#### IV. Задачи кодификации

центры России, как Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, Институт государства и права РАН, юридический факультет Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова, Уральская государственная юридическая академия, такие известные в мире специалисты, как профессор М.М. Богуславский; известные авторитеты из Англии, Нидерландов, Германии и т. д. Так грубо искажается и односторонне подается общая картина общественного мнения. Приоритет отдали представителям тех обществ, которые не сумели полноценно выполнить свои функции. А шансы проекта на принятие оказались сведенными к «дружеским отношениям» с властью имущими. Если бы общественное сознание созрело, подобное манипулирование фактами стало бы невозможным.

Если идея упорядочения законодательства не получит на данном этапе полноценной реализации, она в сложившихся условиях может быть реализована поэтапно. На первом этапе возможно законодательное закрепление в Гражданском кодексе Общих положений законодательства об интеллектуальных правах, но имеющих характер не теоретических деклараций, а нормативных положений. Декларации ошибочно выдавать за нормы права. Примером может служить проект раздела ГК, относящегося к Общим положениям об интеллектуальной собственности, представленный депутатом Комиссаровым в Государственную Думу. Одновременно он внес и проект поправок в действующий Авторский закон. Эти два закона оказались никак не связанными. Если ГК никак не влияет на конкретный закон, значит, он бесполезная декларация, а не нормативный акт, такого быть не должно.

Но даже нормативные Общие положения в ГК — это не полноценное решение, они были бы лишь переходной, промежуточной стадией. Следующим этапом должен быть уже полномасштабный кодификационный акт - в виде раздела Гражданского кодекса или в виде отдельного Кодекса интеллектуальных прав того же формата — с последующим признанием его частью ГК, только в этом случае будет ясно, что на него распространяется действие общих положений гражданского права и Гражданского кодекса. Во всяком случае, раз есть объективные предпосылки и объективная необходимость полносистемной кодификации, она, несомненно, рано или поздно пробьет себе дорогу, несмотря на все реально существующие и искусственно воздвигаемые противоборствующими силами препятствия.

Следующий этап - подготовка развернутых законов по отдельным видам исключительных прав на новом уровне, но только после проведенной кодификации и на ее основе. Таким образом, речь идет о подготовке новой системы законодательства. Дело это новое, делать его надо без спешки и фундаментально. Раздел Гражданского кодекса об интеллектуальных

392

\_\_\_\_\_ Система законодательства об интеллектуальных правах

правах – необходимый предварительный этап, который надо проходить незамедлительно. Потом наступит время перехода к следующей стадии кропотливой и масштабной работы по подготовке специальных законов.

\* \* \*

Раньше или позже кодификация будет осуществлена во всем мире, этого не избежать и странам с прецедентной правовой системой, в которых ее проведение упростится за счет регулирования исключительных прав преимущественно на статутной основе. Кодификация неизбежна и на международном уровне, правда, там возникнут некоторые дополнительные специфические трудности.

Уже упоминалось о том, что законодательство об исключительных правах пока нигде в мире не кодифицировано. Не является исключением и Франция, где 1 июля 1992 г. принят Кодекс интеллектуальной собственности. Этот документ нельзя признать Кодексом в современном смысле слова, кодификационным актом, - он представляет собой подборку отдельных действующих законов, принятых в разное время и независимо друг от друга, собранных под одну обложку без каких-либо общих положений, внутреннего согласования и т.п. По сути, это инкорпорация, хотя и выражающая тенденцию к кодификации. Некоторая перспектива унифицированного регулирования разных видов

исключительных прав проявилась и в Соглашении о торговых аспектах прав на интеллектуальную собственность (ТРИПС), но это тоже скорее декларация о намерениях, чем кодификационный акт. Рассматриваемый проект — первый в мире завершённый текст, претендующий на роль полноценной кодификации. Спрашивается, какие у России основания выступать пионером в сфере, где она не занимает передовых рубежей, неужели возрождается стремление объявить Россию родиной слонов? Ответ на этот вопрос даёт накопленный мировой опыт. Часто первый шаг делают те, кому не мешают веками сложившиеся традиции, кому легче ломать устоявшиеся стереотипы, особенно когда они занимают передовые позиции в сфере, являющейся предметом регулирования и благодаря накопленному многолетнему опыту имеющие навыки в развитии правовой системы. И если предложение опирается на анализ мирового опыта и общих тенденций, доскональное изучение проблемы, оно имеет право на жизнь. Не стоит стесняться того, что мы можем оказаться первыми, прокладывающими новый путь мировому сообществу.

Печ. по: Юридический мир. 2001. №9. С. 4-13; №11. С. 4-20.

#### IV. Задачи кодификации

### О ЗАВЕРШЕНИИ РАБОТЫ НАД ГРАЖДАНСКИМ КОДЕКСОМ

Современный уровень развития общественных отношений привел к тому, что результаты интеллектуальной деятельности стали не менее активными объектами экономического оборота, чем результаты материального производства. Объектом экономического оборота стали практически все виды интеллектуальных продуктов. При этих условиях не может остаться неизменной общая система правового обеспечения экономического оборота. Гражданское законодательство, традиционно сводившееся к регулированию отношений в области оборота результатами материального производства, должно быть дополнено регулированием отношений по поводу нематериальных продуктов. При этом оно должно выполнить, по крайней мере, две задачи - закрепить то общее, что свойственно обороту результатов как материального производства, так и интеллектуальной деятельности (иначе невозможен единый рынок), и выделить специфические черты, свойственные интеллектуальным продуктам как объектам рыночных отношений. Выполнение этих задач требует внесения существенных дополнений в Гражданский кодекс, в который подлежат включению положения об отношениях по поводу результатов интеллектуальной деятельности. Без этого в наше время он становится неполноценным, неполно отражающим систему правового обеспечения рыночных отношений.

В Исследовательском центре частного права при Президенте Российской Федерации, где разрабатывался проект Гражданского кодекса, в 1994 г. был создан и принципиально новый его раздел, посвященный результатам интеллектуальной деятельности<sup>1</sup>. Поддерживая идею создания нового раздела Гражданского кодекса и фактически опираясь на те же исходные положения, некоторая группа научных и практических работников подвергла его текст критике. Под руководством заведующего кафедрой гражданского права Санкт-Петербургского университета профессора А. П. Сергеева была создана рабочая группа по подготовке альтернативного проекта. Эта группа подготовила свой проект<sup>2</sup>. Она

1 Вариант этого проекта, хотя и с некоторыми отклонениями от первоначальных принципов, см.: Гражданский кодекс России. Часть третья. Наследственное право. Международное частное право: Текст проекта: Вводный комментарий. М.: Статут, 2001. С. 119-174.

2 Первоначальный вариант этого текста см.: Труды по интеллектуальной собственности Т. I. Материалы Международной научно-теоретической конференции «Проблемы интеллектуальной собственности в Гражданском кодексе России». М., 1999. С. 115-123. Итоговый вариант проекта помещен в Интернете <http://www.unteraeet-law.ru/law/projects/gk4.html> 09/07/2002.

394

О завершении работы над гражданским кодексом \_\_\_\_\_ создала также документ, именуемый «Концепцией проекта части четвертой ГК», написанный не до, а после самого текста этой части, когда он уже утратил практическое значение.

По сути этого документа представляется необходимым высказать следующее.

1. Документ, именуемый «Концепцией» законопроекта, фактически ею не является. Достаточно устоявшаяся практика Правительства по утверждению подобных «Концепций» показывает, что они заключаются в установлении существа ключевых положений законодательства, определяющих содержание правового регулирования. Между тем проект сводится к описанию действующего законодательства, характеристике задач, которые призвана решить кодификация (с точки зрения авторов проекта) и определению некоторых методических приемов кодификации. Направленность основного содержания кодификации проект не определяет.

Имеющиеся в проекте положения годятся для объяснительной записки, но составить саму концепцию они не могут.

2. Единственное положение, которое могло бы примыкать к содержанию именно Концепции, - это установка на включение в Кодекс только общих положений, относящихся ко всем видам исключительных прав. Однако, независимо от правильности этой установки, ее не удастся (и не может удастся) выдерживать самим авторам Концепции. Как видно из рабочего варианта текста законопроекта, он включает в себя очень многие положения, относящиеся только к отдельным видам интеллектуальной собственности. Прежде всего это относится к большой группе видов интеллектуальной собственности, для которых не характерны личные неимущественные права (ст. 6 законопроекта). Эти виды, имеющие задачу индивидуализации участников оборота и результатов их деятельности, уже закреплены в ч. 1 ГК РФ. При отсутствии дифференциации отдельных видов интеллектуальной собственности включение в ГК только общих положений создавало бы противоречие между ч. 1 и ч. 4 ГК.

Кодификация только общих положений лишала бы кодификацию смысла, ибо общие положения в новой обширнейшей и сложнейшей сфере могут иметь реальное значение только при условии их одновременной дифференциации, иначе они превращаются в абстрактные, чисто академические положения. Иллюстрацией является ст. 9 законопроекта - служебные результаты, представляющие собой объекты авторского

395

#### IV. Задачи кодификации

права, могут быть предметом служебного задания, а задание на создание результата, служащего объектом промышленных прав, дать невозможно, поручение может касаться не правовой защиты, а технико-экономических показателей объекта. Точно так же различны и системы государственных контрактов в области художественной и промышленной собственности - недаром ст. 11 законопроекта касается только научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ. Нормы о коллективном управлении действуют только в сфере авторского права и смежных прав - проблема осуществления прав тоже не поддается недифференцированной регламентации. Необходимо четко дифференцировать основания и формы ответственности за нарушения прав. Даже само понятие «авторство» хотя и является общим, но подлежит дифференциации для художественной и промышленной собственности.

Более половины статей законопроекта не выдерживают критерия, выдвигаемого Концепцией, относительно включения в ГК только общих для всех видов интеллектуальной собственности положений, особенно если принимать во внимание и должное содержание законодательства с учетом уже действующего регулирования.

Таким образом, поручение Правительства о создании концепции части четвертой ГК фактически осталось невыполненным, подготовка материала, именуемого «концепцией», не означает еще создания действительной концепции. Концепции пока просто нет.

3. Кодификация имеет смысл, если она определяет содержание законодательства, в соответствии с которым непосредственно строятся реальные отношения. Если Кодекс оторван от такого законодательства, он не только не имеет практического значения, но и влечет за собой отрицательные последствия, безнадежно запутывая законодательство, создавая внутренние противоречия. Включение в Кодекс только общих положений не позволяет создать единую систему законодательства, кодификация становится чисто формальным мероприятием, не имеющим практического значения, законодательные акты, непосредственно регулирующие реальные отношения, остаются обособленными, совершенно независимыми, никак не связанными друг с другом. По существу это означает, что все остается по-старому, реальная кодификация не производится. Об этом свидетельствует весь ход законодательного процесса,

В настоящее время проводится весьма интенсивная работа по внесению поправок в действующие законодательные акты по охране интеллектуальной собственности - Закон об авторском праве, Патентный закон, Закон о товарных знаках и т.п. Изменения в эти законы прошли уже несколько чтений в Государственной Думе. Предложения о поправках

396

#### \_\_\_\_\_ О завершении работы над гражданским кодексом

формулируются не только до принятия первичного текста ГК, когда еще неизвестен окончательный текст этого исходного документа, но и совершенно независимо от него и без согласования с ним. Достаточно отметить, что в Федеральном законе от 9 июля 2002 г. № 82-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О правовой охране топологий интегральных микросхем»» правовой режим «служебной топологии» и особенно топологии, созданной по госконтракту, установлен совершенно самостоятельно и независимо от Концепции и рабочего варианта текста проекта ГК. Во всяком случае необходимой взаимосвязи и взаимозависимости этих текстов нигде не предусмотрено. Кодекс при этих условиях утрачивает практическое значение. Документ, именуемый «Концепцией», не только не определяет исходных положений законодательства, но и не решает одного из основных практических вопросов - о системе законодательства, оставляя ее в прежнем неупорядоченном состоянии.

4. Концепция, сводящаяся к одним общим положениям, неизбежно имеет академический характер, она искажает соотношение практических и научных аспектов. Это нашло выражение в том, что теории посвящается специальный раздел Концепции. Между тем Кодекс и Концепция должны иметь чисто практическое значение, другое дело, что Кодекс будет полноценно выполнять свои задачи лишь при условии построения на надлежащей теоретической основе. Но задача «оставлять достаточную возможность для дальнейшего теоретического развития» перед Кодексом как

нормативным актом сама по себе не стоит. Такая задача поставлена Концепцией перед Кодексом ошибочно, это ясно показало развитие законодательства.

Концепция прямо фиксирует, что вопрос о включении личных неимущественных прав в понятие «исключительных прав» является спорным, и потому его надо оставить «открытым для дальнейшего теоретического изучения. Притом следует сразу отметить, что пока отсутствуют какие-либо практические потребности в его однозначном разрешении на законодательном уровне».

Законодатель занял по этому вопросу противоположную позицию. Пункт 2 ст. 6 Закона РФ от 23 сентября 1992 г. «О правовой охране топологий интегральных микросхем» (в ред. от 9 июля 2002 г.) прямо говорит теперь об «исключительных (имущественных) правах на охраняемую топологию», т.е. исключительные права признает имущественными. То же следует из п. 1 ст. 6, равно как и из п. 5 ст. 9, которые предусматривают возможность передачи исключительных прав, - как известно, неимущественные права передаче не подлежат. Таким образом,

397

#### IV. Задачи кодификации

законодатель счел вопрос о содержании исключительного права не теоретическим, а сугубо практическим и решил его совершенно иначе, чем Концепция.

Общий вывод заключается в том, что поручение Правительства о создании Концепции не просто не выполнено, — ее практически нет, а там, где установки авторов «Концепции» хоть как-то примыкают к ее содержанию, они содержат ошибочные положения по существу.

Наряду с неприемлемыми исходными положениями, концепция содержит и ряд более мелких погрешностей, рассматривать которые здесь нецелесообразно, - они не могут повлиять на общую оценку документа. Вместе с тем при разработке Кодекса следует, по нашему мнению, учесть следующие концептуальные положения.

1. Развитие интеллектуальной деятельности до уровня, при котором ее результаты стали участвовать в рыночных отношениях, породило необходимость коренного изменения их правового режима. Возникла необходимость в правовом режиме, обслуживающем потребности рынка, составляющем его правовое обеспечение.

Первым звеном концепции ч. 4 ГК, посвященного интеллектуальной собственности, является создание для нематериальных результатов интеллектуальной деятельности, которые традиционно не были объектом экономического оборота, режима, совместимого с действующим для результатов материального производства, уже тысячелетия выступающих в экономическом обороте. При этом нужен в принципе единый режим для всех результатов интеллектуальной деятельности, хотя и дифференцированный в дальнейшем (см. ниже). Иначе невозможно создание единого рынка, в том числе с участием и материальных объектов.

Такой единый режим призвана обеспечить новая категория, которую можно именовать по-разному («интеллектуальная собственность», «исключительные права», «интеллектуальные права» и т.п.), но суть ее в одном — в установлении на результаты интеллектуальной деятельности абсолютных прав (в крайнем случае - квазиабсолютных прав), совместимых на рынке с правом собственности на материальные объекты. Кодификация должна строиться с учетом того, что абсолютные права могут быть закреплены только законом, при наличии иерархии законодательных актов лучше всего, когда эту функцию удастся возложить на акт высшего уровня - Кодекс.

Вместе с тем нематериальные результаты интеллектуальной деятельности имеют и свои, присущие только им специфические общие черты, влияющие на их положение на рынке, основными из которых являются: возможность одновременного использования одного объекта неограниченным кругом лиц, отсутствие физической амортизации и некоторые

398

О завершении работы над гражданским кодексом \_\_\_\_\_

другие. Эти черты определяют и возможности их реализации на рынке, типы договоров, которые тоже подлежат закреплению в законе.

2. Новая сфера интеллектуальной деятельности чрезвычайно богата, она значительно более разнообразна, чем в сфере материального производства. Поэтому общим категориям свойственна глубокая дифференциация, вне которой они даже не существуют, поэтому, кстати, они часто остаются незамеченными. Эта дифференциация имеет множество аспектов и часто несколько уровней.

Дифференциация интеллектуальной собственности уже закреплена действующим законодательством и даже первой частью Гражданского кодекса, Уже ст. 138 ГК РФ выделяет результаты творческой деятельности и такие нематериальные объекты, которые хотя и являются



плодом интеллекта, но творчество при их создании присутствует не обязательно, - ГК называет в этой связи средства индивидуализации. Авторство на такие объекты часто можно констатировать, но права авторства на них не существует. Дифференциация происходит и в зависимости от направленности творчества на содержание или на форму результата. Совершенно особый вид образует сочетание содержания и формы (базы данных). Даже право авторства, несмотря на безусловное существование общего понятия, существует только в дифференцированном виде. Одно - в патентном праве, когда право авторства признается только после специальной процедуры квалификации объекта в качестве изобретения, другое - в авторском праве, когда наличие признаков объекта авторского права презюмируется. В авторском и патентном праве различаются категории служебного результата, казенного результата и т.п. Практически все категории существуют в дифференцированном виде, без дифференциации это почти всегда бессодержательные абстракции, не заслуживающие фиксации в законе. Во всяком случае направленность на дальнейшую дифференциацию общих понятий должна присутствовать в общих положениях.

Существует два главных основания дифференциации - характер объекта и вид субъекта. Последствием дифференциации является правовой режим, включающий в себя права и обязанности, их действия, сроки действия, возникновение и прекращение, переход, договоры, осуществление, защиту и т.п. Можно проследить зависимость этих черт от свойств объекта. Точно так же содержание режима зависит от характера участников отношения (наличие авторского элемента или чисто коммерческий характер, участие посредников, участие работодателей, государства и т.п.). В установочной регламентации нуждаются авторские правомочия, в частности необходимо раскрыть содержание права использования,

399

#### IV. Задачи кодификации

содержание и формы права распоряжения использованием, понятие авторского договора, его формы и условия, основания выплаты вознаграждения, дифференциацию гонорара автора, авторского вознаграждения (вознаграждения по авторскому праву), других выплат по авторскому праву (компенсационных) по иным основаниям, строго говоря, вознаграждением не являющихся.

Специальное внимание нужно уделить ответственности за нарушение прав интеллектуальной собственности, отдавая себе отчет в том, что получившие в последнее время распространение идеи замены убытков компенсационными выплатами разрушают принцип гражданско-правовой ответственности.

Вне такой дифференциации кодификация законодательства об интеллектуальной собственности не имеет смысла, оказывается бессодержательной, При установке на включение в ГК только общих положений лучше вообще отказаться от специального раздела ГК, посвященного интеллектуальной собственности, оставить прежнюю структуру ГК и регулировать интеллектуальную собственность, как и в настоящее время, обособленными, независимыми и никак не связанными друг с другом актами.

3. Эффективность правового регулирования в большой мере зависит от соответствия состава и структуры ч. 4 ГК его содержанию. Разумеется, Кодекс должен включать общие положения, относящиеся ко всем видам интеллектуальной собственности. В сами общие положения должны входить критерии для дальнейшей дифференциации, позволяющей наполнить их реальным содержанием, и даже уже элементы такой дифференциации. Простой перечень видов объектов интеллектуальной собственности не имеет смысловой юридической нагрузки и потому не свободен от ошибочных позиций.

Но для полноценного Кодекса и этого мало. Он может иметь реальное значение при включении в него не только общих положений, даже развернутых, но и норм об отдельных видах интеллектуальной собственности. Законодательство останется неорганизованным, если оно не будет содержать исходные критерии, составляющие основания классификации объективно существующих многообразных видов, позволяющие произвести их разграничение. Для этого оно должно давать характеристику видов объектов и субъектов, а также основных черт правового режима, присущего отдельным видам интеллектуальных прав (содержание прав и обязанностей, их действие, сроки действия, возникновение и прекращение, переход, договоры, осуществление, защита и т.д.). В основе всех институтов лежит стандартный для них набор признаков, единая схема для всех видов интеллектуальной собственности. Часть 4 Кодекса должна содержать как общую, так и особенную часть.

400

При этом Кодексу не присущ исчерпывающий перечень видов интеллектуальной собственности, он может пополняться текущим законодательством.

Особого внимания заслуживают некоторые исходные категории -правамочия правообладателя, такие, как «использование» и «распоряжение», формы распоряжения, договоры и их виды, раскрытие их содержания.

Однако содержание Кодекса было бы неправильно ограничивать чисто юридико-техническими моментами. Главный его смысл заключается в том, чтобы с помощью юридико-технических средств обеспечить решение политических, экономических, социальных и т.п. задач в национальных интересах России. Ситуация, при которой кодификация используется иностранными кругами, ныне господствующими на рынке, в своих интересах, в ущерб нашим национальным интересам, должна быть исключена. Ради достижения этой цели в Кодекс могут включаться и другие положения, не обязательно юридико-технические.

Положениям Кодекса надо придать исходное значение для всего текущего законодательства, определяющее его направленность. При этом Кодекс должен оставлять поле для дальнейшего развития правового регулирования в текущем законодательстве, особенно по новым вопросам, где регулирование еще не устоялось.

Разумеется, в соответствии с Конституцией РФ обязательно соответствие Кодекса международным договорам, в которых участвует или даже собирается участвовать РФ, и он должен оставлять место для положений, которые могут оказаться включенными в новые договоры, участие в которых РФ будет признано целесообразным. Однако при этом нельзя не учитывать, что иногда международные договоры неосновательно используются как предлог для давления при подготовке нового законодательства, как основание для требований о внесении в него положений, не соответствующих нашим национальным интересам, и установления режима, отвечающего потребностям иностранных кругов, ныне господствующих на рынке.

Ради достижения международных договоренностей определенные компромиссы возможны. Однако при этом необходимо исключить ситуацию, при которой баланс складывается не в национальных интересах России. При всех условиях, безусловно, недопустимо ущемление политического статуса государства, его суверенитета. Этот вопрос имеет большое практическое значение, в частности, при переговорах о вступлении в ВТО.

4. Одной из отличительных черт именно интеллектуальной собственности является связь определяющей ее части с личностью автор

401

#### IV. Задачи кодификации

составляющие ее содержание права уже не имеют в значительной части чисто товарного, рыночного характера, на них накладывает свой отпечаток социальное начало. Законодательство об интеллектуальной собственности имеет не только товарную, но и социальную составляющую, с учетом значимости творческой личности для создания и использования результата. Это относится не только к личным неимущественным правам, но и к правам имущественным (возможность переуступки права, условия договоров, ответственность), которые зависят от того, принимают ли участие в отношении авторы или оно имеет чисто коммерческий характер. Важно отметить, что социальное начало относится не только к абсолютным, но и к обязательственным, договорным правам, которые гораздо разнообразнее традиционных. Последние подлежат достаточно подробной регламентации.

Необходимо различать права автора и авторские права (права по авторскому праву), которые могут принадлежать любому правообладателю. В Кодексе подлежит закреплению положение, в соответствии с которым только авторы являются первоначальными правообладателями, они служат первоначальной точкой отсчета всех остальных - производных - прав.

Социальные черты интеллектуальных прав принципиально важны, они обязательно должны найти отражение в кодификации.

5. Естественно, когда основу кодификации составляет действующее законодательство. Однако ограничиваться сведением воедино норм из разных актов было бы неправильно, это даже не всегда возможно. Подготовка нового самостоятельного акта, не содержащего ничего нового, состоящего из одних старых положений, беспредметна и бессмысленна. В кодификационный акт неизбежно введение некоторых новых, правда ограниченных и тщательно отобранных, положений, пусть еще не нашедших отражения в уже действующем законодательстве. Во-первых, обобщение большого материала неизбежно влечет за собой некоторые качественные сдвиги. Во-вторых, необходимость

развития вытекает из практики применения действующего законодательства. В-третьих, некоторые новые неотложные требования предъявляет созревание очередного уровня производительных сил и общественных отношений. Необходимость некоторых новелл вытекает из новых задач, появившихся перед правовым регулированием на современном этапе, в частности, в области международных отношений. Приходится учитывать и отдельные конъюнктурные моменты.

Однако новшества, вносимые в Кодекс, должны быть тщательно отобраны. В него подлежат включению только фундаментальные положения, стабильность которых проявилась достаточно надежно, что,

402

О завершении работы над гражданским кодексом

впрочем, не исключает возможных их коррективов в дальнейшем. Нельзя игнорировать и установки, определяющие перспективы развития. Идея не включать в Кодекс ничего нового выражает безусловно ошибочную тенденцию свести кодификацию к юридико-технической работе.

6 Задача Кодекса заключается также в том, чтобы определить структуру законодательства и систему законодательных актов. Сейчас: законы образуют неорганизованную и несогласованную массу отдельных обособленных актов по разным видам интеллектуальной собственности. Это было допустимо на прежнем уровне развития законодательства, когда существовало несколько таких видов, и стало недопустимым, когда практически все виды интеллектуальных продуктов стали участвовать в экономическом обороте. Возникла необходимость в их единой системе.

На законодательство об интеллектуальной собственности, являющееся частью гражданского права, распространяются общие принципы построения гражданского законодательства, которое в связи с его гигантским объемом и многообразием, в отличие от ряда других отраслей, строится на многоуровневой основе, когда центральный акт, определяющий исходные положения, сопровождается большим числом развивающих и детализирующих их актов, в частности посвященных разновидностям интеллектуальной собственности, составляющим отдельные виды. Примером такой структуры законодательства может быть Гражданский кодекс, содержащий общие нормы о юридических лицах, специальные нормы об акционерных обществах и отдельный закон об акционерных обществах, развивающий и детализирующий эти нормы. Ту же систему представляют нормы ГК о залоге и специальный закон об ипотеке и т.п.

Не меньшее богатство и разнообразие свойственно и отношениям в области интеллектуальной собственности. Примером структуры законодательства здесь могут быть общие положения ГК об интеллектуальной собственности, особенная часть ГК в части, посвященной авторскому праву (исходные положения), и основанный на ГК особый авторский закон. Возможен и последующий уровень законодательных актов, например акт, устанавливающий систему авторские прав для кино (телевидения, радио, живописи и т.п.).

Многоуровневая система законодательства не зависит от распространенности для конкретного вида исключительных прав административных оснований возникновения прав. Система законодательства для видов интеллектуальной собственности должна быть единой, особенно когда богатство и многообразие регулируемых отношений сопоставимо велико. Практика исчерпывающего регулирования отдельных видов

403

IV. Задачи кодификации

исключительных прав непосредственно в ГК была обусловлена существовавшими ранее ограничениями участия интеллектуальных продуктов в рыночном обороте и отнесением разных видов прав к союзной или совместной компетенции Союза ССР и союзных республик.

Ныне отношения в интеллектуальной сфере не менее богаты и разнообразны, чем в других сегментах рынка, построить полноценное регулирование на одноуровневой основе (исключительно в ГК) практически невозможно. Нужна система нормативных актов, и только в случае неразвитости института, ограниченности нормативного материала достаточно одного ГК.

Как всякая большая система, предложенная схема имеет свои недостатки. Но они представляют собой наименьшее из зол. Отрицательные моменты поддаются воздействию самого законодателя в процессе законотворчества. Более того, отдельные черты, обычно рассматриваемые как недостаток, допускают использование во благо - для совершенствования законодательства.

7. Для закона, особенно такого установочного закона, как Кодекс, терминология имеет самое

существенное значение. Термин, при всей его условности, по возможности должен максимально полно, точно и понятно выражать смысл обозначаемой им категории, во всяком случае безусловно исключать дезинформацию и неправильные представления. Особенно опасно необоснованное изменение устоявшихся терминов, примером чего является замена «защиты неприкосновенности произведения» на «защиту репутации автора». Часто основанием появления вводящей в заблуждение терминологии является ошибочный перевод терминов из международных договоров (дословный перевод вместо смыслового). Характерно, что все ошибочные термины влекут за собой умаление прав и интересов автора в интересах предпринимателя, эксплуатирующего результат его труда. Особую осторожность следует проявлять при использовании иностранной терминологии, применение которой допустимо только при отсутствии в русском языке термина, достаточно полно, точно и понятно выражающего сущность обозначаемой им категории. Бессмысленно и даже опасно, например, вместо термина «звукозапись» употреблять его буквальный перевод - «фонограмма». Само развитие законодательства приводит к совершенствованию терминологии, выявлению ее неточностей.

Возникает даже проблема соответствия термина «интеллектуальная собственность» (как универсального) современным потребностям. Нельзя не учитывать, что термин «исключительные права» уже применяется в действующем ГК, притом как охватывающий ту же сферу. Его употребляют все акты об охране всех видов результатов интеллектуальной

404

\_\_\_\_\_ О завершении работы над гражданским кодексом \_\_\_\_\_  
деятельности для характеристики содержания прав, принадлежащих правообладателю, и с точки зрения кодификационных принципов его обобщение является вполне обоснованным. Терминология закона должна отвечать и ряду других требований, соблюдение которых следует жестко контролировать.

Печ. по: Изобретательство. 2002. Т. II. № 9. С. 3-8.

405

Дозорцев Виктор Абрамович  
Предметный указатель

## **А**

Абсолютные права - 4, 5, 44,48, 60, 61,66,78, 112, 113,115, 116,118, 120, 121, 128,133, 138-140,145, 20, 219,221, 233, 253,265, 278, 285, 286, 350, 374, 375, 377, 378, 380, 398,402.

Автор (создатель) - 13-15, 24, 40, 43, 46, 56, 62, 77, 138,146, 154, 157, 160, 192, 193,197,203,229,279-281,283,287,289,290,295,297,313, 314,350.

Автореферат диссертации -182.

Авторский договор - 25, 60, 61, 149, 152, 159-161, 163, 165, 189, 190, 295, 344, 345.

Авторское право - 3, 6, 7, 9,11, 16, 18,28,43, 49, 51, 56, 58, 60, 63, 64, 71, 77, 86, 96, 100, 104, 113, 121, 126, 135, 139, 142, 146, 148-152, 156-161, 164, 166, 168, 169, 171, 174, 177-181, 184-186, 189-194, 197-205, 218,220,222,223,226,227,231,233,257-259,264, 282,285, 288, 289, 293-296,298, 303,313,343,344,347, 351, 361,368, 370, 379, 380, 381, 383,384,387, 390,396,399,402,403.

Авторское свидетельство - 85,289, 310.

Авторство - 15,20,22,23,25,40,47, 49, 50,58, 77, 78, 92,120, 121,131, 133, 137-140,145,146,148-156,178,189,191,192,196,197,199,220, 253,254,258,275,280-293,297,302,309,325,350,370,378, 396,399.

Агент - 324, 332.

Агентский договор - 337, 344, 345.

Архивы - 167,169, 182, 183,186.

**Б** База данных - 56, 64,134-136,202,203,213,232,235-237,399. Бернская конвенция 1886 г. - 148,289,379,381,382,390. Библиотеки -181-187. Биологические объекты - 17,19,39, 71, 353.

Видеозаписи -19, 71,72,107,176,195,198,248,352, 383. Вторичные права - см.: Первичные и вторичные права.

**В** Военные изобретения - 310,325-329,334,335. Вознаграждение - 4, 25, 56, 73, 80, 81, 86, 97, 105-109, 158, 162, 171,

178,180,182,183,187,191,193,216-218,222,223,233,236, 237,297,

298, 302, 314,317,318,322,325,328,329,343,400. Воспроизведение - 18,42,

71,105,108,143,180,184,188,194, 201,203,

204,214,218,270,285, 365,366.

406

## Предметный указатель

Всемирная (Женевская) конвенция об авторском праве 1952 г. -

161. Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС) - 30,63,123,124,389-391. Всемирная торговая организация (ВТО) - 271, 388,401.

## **Г**

Гостелерадиофонд -167-172, 175.

Государство (казна) как субъект интеллектуальных прав - 6, 79, 80, 94, 95, 278,279,283, 308-318,320-326, 328, 329, 333.

Государственные организации - 3, 75, 79, 82, 84, 89, 94, 104,154, 155, 158,167,169,171,176,307-309, 311,316, 317,325,334.

Государственные (официальные) символы и знаки- 193, 197.

Государственный заказ (контракт) - 85-87, 133, 311, 313-315, 318, 319-321,327.

Госфильмофонд - 167,168,172,175,176.

Гражданский кодекс - 11, 26, 36, 52, 57, 69, 101, 137, 208, 249, 273, 274,276, 336, 339,344,348, 356, 358-361,369-371,373,374,384,385, 392, 394, 403. См. также: Кодификация законодательства об интеллектуальных правах, Система законодательства об исключительных правах.

## **Д**

Денежная оценка исключительных прав -72-75,81, 83,111.

Диссертации -182,184, 185.

Договор ВОИС по авторскому праву 1996 г. - 135.

Договор заказа - 80,152,159,162-164,166,173,190,295,298.

Договор комиссии-337,339, 341-344.

Договор на выполнение научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ - 82,304,396.

Договор об отчуждении (уступке) права - 60, 159,160, 162,163, 167, 288,293-296,321,340.

Договор подряда (подрядного типа) - 190, 304,306.

Е Европейский Союз (ЕС):

- директивы ЕС - 64,135;
- правила Комиссии ЕС № 240/96 - 248.

**Ж**

Женевский договор о международной регистрации научных открытий 1978 г. -124.

407

Дозорцев Виктор Абрамович

**З**

Законопроекты - 69, 76, 98, 111, 223, 330, 370, 383, 386, 387, 390, 395, 396. Защита исключительных прав - 100, 101. Звукозапись (фонограмма) - 19, 40, 42, 71, 72, 107, 108, 123, 195, 198, 199,248,383,404.

**И**

Изобретения - 3, 21, 30, 39-40, 43, 44, 46, 49, 53, 58, 59, 71, 74, 75, 78, 81-85, 96-97, ПО, 116, 123, 126, 139, 142, 145, 215, 234, 238-239, 244-246,255,276,278,288-291,293-294,296-300, 302-306, 308-313, 315-318, 320-331, 333-336, 347, 351, 353, 357, 369, 383, 38-386, 399. См. также: Военные изобретения.

Имущественные права - 3, 5-6, 23, 24, 46-49, 62, 69, 72, 74, 77, 106, 121, 122,131,134, 137-141,144-145,153,155-159,178-179, 189,191, 193, 254, 256,281,282-293,302-303,308-309, 337, 339-340, 343-344, 350, 377, 379, 380, 383, 395, 397, 402. См. также: Права использования и распоряжения.

Инвесторы - 278, 307, 322, 328.

Иностранцы (иностранные субъекты)- 192,260,262, 316.

Интеллектуальная собственность - 3,4, 7-9, 27, 30, 36—38, 53-55, 63-64,70, 73, 82,100,104, ПО, 112-113,123,140-142,158,165, 219-220, 223,255,271,276, 330-331,371-372,374,377, 379, 385-386, 388-389, 392, 393,395,396, 398-404.

Интеллектуальные права - 6, 8, 9, 52, 55-57, 61, 63, 66-69, 72-73, 75, 77, 89, 92-93, 98-101, 103-106, 125, 136,142, 148, 220, 240, 242, 255, 262,264,273-278,280-281,283-285,291-293,300-308, 318, 323, 331, 336, 343,346,349-350, 354,358-363,371-372, 374-375, 389-392, 398, 400,402.

Интеллектуальный продукт - 52, 55-56, 58-59, 63-65, 72-74, 76, 78— 85, 88-89, 92, 94, 98-99, 102, 114-115, 121, 124-125, 137, 141, 147, 316,346-348,387,394,403-404.

Интервью - 370-391.

Информационные отношения - 61, 124, 125-126, 129, 134, 137, 221, 224-227,230-234,237-357.

Информационный продукт-6,130-133.

Информация (сведения) - 45-46, 61, 67, 73, 84, 121, 124-136, 143, 181, 195, 197, 205-213, 215, 220, 224-235, 238-243, 245-251, 253-254, 256-258,260-261,264-266,268-269,271-274,306,353,402.

408

Предметный указатель

Исключительные права - 3-9, 11-20, 26, 28, 38-42, 46-51, 54-58, 60-68,73,79,96,100-104, 113, 116, 124, 144,277;

- ограничения - 23-49, 369;

- основания возникновения - 20, 24, 123,307;

- ответственность за нарушение - 185, 246, 264, 267,274, 275, 400; -перечень объектов - 45,57, 123, 169;

- субъекты - 6, 277.

См. также: Система законодательства об исключительных правах. Исполнительские права - 39, 148, 352.

**К**

Казенные произведения и изобретения (казенный продукт, казенный результат) - 62, 76, 79, 84, 88, 92, 95, 97, 117, 277, 309-313, 316-318, 323-327, 329, 334, 335.

Квазиабсолютные права -5, 65-67, 118, 120, 123, 128, 129, 133, 136, 146,256,266, 286, 292, 356, 388, 384.

Кинофильм -7, 40, 73, 86, 87, 144, 147.

Кодекс интеллектуальной собственности (Франция) - 76, 336, 386.

Кодификация законодательства об интеллектуальных правах -7,9, 360, 363, 373, 400. См. также: Гражданский кодекс, Система законодательства об исключительных правах.  
Коллективный товарный знак - 5, 378.  
Комиссионер-324, 332, 335, 337, 339-345.  
Коммерческая тайна (коммерческая информация) - 17—19, 38-39, 41,46,48,49, 56, 136,207-212, 215, 228,237, 247.  
Комплексный (сложный, многослойный) объект - 7, 19,20,40, 41, 153.  
Конвенция, учреждающая ВОИС, 1967 г. - 36.  
Конфиденциальность - 6, 24, 44, 46, 60, 65, 66, 84, 117, 119-121, 125, 131-133,143, 207-208, 211, 228-231.  
Л  
Ликвидация- см.: Реорганизация и ликвидация.  
Лицензия (разрешение на использование) - 4, 5, 23, 36,43, 53, 54, 60, 81-83,97,98,103-106, 109,115,118, 122,145, 167,177,219,226,234, 246,255-257, 259,266,278, 292, 302, 316, 321-324, 328, 386.  
Лицензионный договор - 24, 50, 61, 119, 154, 159-165, 264, 266, 275, 288,332-334,340,375.  
Личные неимущественные права - 241, 260, 271. См. также: Право авторства, Право на защиту репутации автора, Право на имя, Право на неприкосновенность произведения, Право на обнародование.

409

Дозорцев Виктор Абрамович

**М**

Международные соглашения (договоры, конвенции) - 241, 260, 271. См. также: *Бернская конвенция 1886 г., Всемирная (Женевская) конвенция об авторском праве 1952 г., Договор ВОИС по авторскому праву 1996 г., Женевский договор о международной регистрации научных открытий 1978 г., Конвенция, учреждающая ВОИС, 1967 г., Парижская конвенция об охране промышленной собственности 1883 г., Римская конвенция 1961 г., Соглашение о торговых отношениях между СССР и США 1990 г., Соглашение о торговых аспектах прав на интеллектуальную собственность 1994 г.*

Министерство юстиции - 76,80, 99, 104, 206, 319, 330, 331, 333, 334.

Множественность правообладателей -253,333.

**Н**

Наименование места происхождения товара - 58, 65,118,119,378.

Наследники правообладателя - 50, 107,191,289,292.

Наследование ~ 283,287-288.

Недобросовестная конкуренция - 23,30,61,117,121,124,133,262,263.

Нематериальный объект- 5,14,15, 36-39,48, 52, 54,75,113,115,159, 164, 166, 219, 222, 233, 255, 257, 264, 292, 347-349. См. также: Результаты интеллектуальной деятельности, Результаты творчества.

Нормативные правовые акты - 199,204-206, 252. См. также: Официальные документы.

Ноу-хау (секрет промысла) -5,6, 19, 44-47, 60, 65, 66, 68, 74, 75, 84, 116, 118, 143,228,230,233-238,247,259,270,271,275,276,293,353, 357, 378.

**О**

Обнародование- 137-138,181-185, 204, 291, 382, 383.

Общественное достояние - 79, 84,191-192.

Общеизвестность - 6, 24, 45,46, 212, 229,230, 244, 247, 256, 259, 268,

269. Опубликование - 3, 23, 47, 48, 85, 86,126,138,149,183,185, 189, 199,

204-208,212-218, 222-225,227-228,234,297,380,382-384. Организации по коллективному управлению имущественными

правами - 105,108,146,376, 378. Организации (юридические лица) как субъекты интеллектуальных прав - 278. Органы государственного управления - 86, 318, 320, 332. Открытие-43,124, 127, 140,228.

Официальные документы -193-199,203,204.

410

Предметный указатель

**П**

Парижская конвенция об охране промышленной собственности  
1883 г. - 123,124,260,262, 285,297, 369, 386. Патент- 84,139,276,290, 320,385,387. Патентное право - 15, 21, 25, 31, 56, 59, 71, 77, 80, 97, 113, 123, 126, 142,156,226,232,243,257-258,264,285, 288,290, 344,343, 351, 361, 369,380. Патентный поверенный - 334. Патентообладатель-65, 84,141,145, 230, 344. Первичные и вторичные права -77, 78, 89, 91, 92,150, 151, 154,159, 205,265,286,287,297,301. Первоначальные и производные права - 6, 15, 19, 23-25, 40-42, 49, 58, 62, 66, 67,76,77, 88, 92, 97, 118, 120, 121, 138,145,150-159, 160, 165, 173, 192, 193, 201, 235, 253, 254, 258, 281-291, 302-305, 307, 309-311, 315, 350,352,355, 377,402. Перевод и переделка произведения- 161-163. Пользователь - 4,48,49, 80, 138,171, 180, 186,217,220,226,230,264-267,278,369,382-383. Посредник (посредничество) - 82, 172, 175, 182, 185-187, 235, 278, 304-306, 313-315,317,323-325,328-335, 399. Потребитель - 226,237.  
Права и свободы человека - 22, 38,41,206,226,297,303. Права использования и распоряжения (имущественные права) - 3, 5, 19, 23, 24,48, 69, 72, 74, 77, 121, 122, 134,138-141,144, 145, 155-159,179,189,191,193,254, 281-293,302, 303, 308, 309, 337,339,340, 343, 344, 356, 377,379,380, 383. Право авторства - 15, 20, 22, 23, 25, 40, 47, 49, 56,58, 77, 78,120,121, 131,135, 137-140,145-146,153,155,156, 178,179,191,196,199,220, 253,254,258,275,281-293, 302,309,325, 350, 370, 378, 399. Право доверительного управления - 317, 322,323. Право на вознаграждение - 80,97,218,302,318. Право на защиту репутации автора -291,382. Право на имя - 20,22,23, 25,47,135,137-140,191,291,292, 378, 379. Право на информацию (распространение информации) - 126, 130-133,220,225,226,228,230,232-233,235. Право на неприкосновенность произведения - 23,47, 48,382. Право на обнародование (право на опубликование) — 48,137,138. Право на обращение за регистрацией (на выдачу охранного документа) - 48. Право на получение патента - 290,294,303.

411

Дозорцев Виктор Абрамович

Право оперативного управления и право хозяйственного ведения - 77-79, 85, 155,157, 158, 168, 172, 176, 308, 317.  
Правопреемство (правопреемник) - 24, 49, 61, 62, 74, 89, 93, 99, 138, 157,159,169-173,177,191,202,254, 287-290, 292, 293, 301, 303-305, 307-308, 310, 311, 332,343,377,381.  
Право следования - 49, 286, 292.  
Право собственности и исключительное право - 3-6, 12, 13, 36-38, 53, 54, 73, 76-78, 89, 112-116, 130, 140-143, 155, 158, 164-166, 169, 175, 218-221,223, 255,277,280, 282,283, 291, 348, 350, 374, 379-380.  
Представитель (представительство) - 55, 105, 107, 267, 328, 334, 335, 338, 342, 370, 387, 388.  
Приватизация -75, 89-93,165-166,176,177,179,275, 308,332.  
Программы для ЭВМ - 17, 18, 39, 56, 57, 62, 64, 242, 354.  
Продюсер - 147,149, 153,157,179, 315.  
«Продюсерские» права - 20, 31,41,42,47, 149.  
Произведения народного творчества - 191-192.  
Производные права - см.: *Первоначальные и производные права.*

**Р**

Работник - 49-50, 85-87, 94-99, 105-107, 109, 132, 138, 146, 148, 157, 197,208-211,215,245,249-252,258,269,275,281,287,297-302, 306, 315,387,391,394.  
Работодатель - 6, 62, 77, 87, 94-95, 97-98, 132, 157, 258, 278, 281, 283, 286-287,289-290,297-299,301-304,325,399.  
Распространение - 18, 37, 50, 53, 60, 69, 71, 74, 121, 126-127, 133, 135-136,149,182,186,188,193-194,197-198,204-205, 207,213-214, 217-218,225,231-237,239,261,263,270,273, 306, 325-326, 341, 352, 354, 356,400.  
«Регистрационная» система - 6, 14-15, 17-19, 24, 43-45, 47, 59, 63, 253,351-352.  
Результаты интеллектуальной деятельности - 4, 5, 13, 18, 36-40, 42, 47, 52-54, 58, 66, 68, 74, 89,93, 103,112-113, 121, 122,134, 137, 141, 145,158,169,219-220,238,248,257,259,277,278,289-290,292, 319, 322,323,325,326,332,335,340,347,349,351-353, 358,368, 374, 377, 378, 381, 394,398. См. также:  
Нематериальный объект.



Результат творчества (творческой деятельности) - 17, 19, 20, 23, 39, 42,50,58,122,126, 144,147,153,155,156,190,258,280,281,290,291, 293,297,302,307, 310, 351,399. См. также: Нематериальный объект.  
Реорганизация и ликвидация - 75, 89-93,155, 156, 170,171, 178, 179, 237,283,309,318.  
Репродуцирование- 105,180-188.

412

Предметный указатель

Римская конвенция 1961 г.- 383.

«Рособоронэкспорт» - 333-334.

Роспатент- 319, 320, 330, 333, 384-388.

«Российские технологии» - 82.

Российское авторское общество (РАО)-99,187,294.

**С**

Сборники - 135, 183,184, 202,213.

Секрет промысла -см.: **Ноу-хау**.

Секретная информация - 121,212,252,253.

Система законодательства об исключительных правах - 3-9, 11-12, 15-16,18-20,22-31, 36-45,48-51,54-58,60-62,64-69,73-75,78, 81, 85, 88-89, 96, 100-104, 106,112-129,131,133-142,144-145,155,158, 169-172, 199, 201,218-223,225-226,228-231,233,237,239,247,250, 254-258, 262-263,277, 286,293,296,298,302,303, 307-310, 328, 332, 333, 347-350, 352-356, 359, 364-365, 367-381. См. также: *Гражданский кодекс, Кодификация законодательства об интеллектуальных правах.*

Система конфиденциальности - 6,19,22,24,44-46, 60, 65-66, 84,117, 119-121, 125,127-159, 131-133,136.

Служебная тайна (служебная информация) - 132, 207-213, 215, 245, 246, 250-252,269, 272.

Служебные произведения (служебный продукт, служебный результат) - 25, 49, 50, 61, 62, 77, 88, 92, 94, 96-97, 196, 278, 289, 293, 297, 299, 301-302, 304, 395.

Смежные права -6, 7, 9, 30, 51, 56, 60,64, 71,74,99, 102, 105, 123, 149, 151,169,171,174, 178,180, 189,282,331,343,352, 379, 384, 396.

Соавторство - 20,23,148-149,197,280.

Соглашение о торговых отношениях между СССР и США 1990 г. -240,242-244,246, 255,256, 259,262,265,271.

Соглашение о торговых аспектах прав на интеллектуальную собственность (ТРИПС) 1994 г. - 70,123,271,389,393.

«Содержательный» продукт (объект, результат) - 14-19, 24, 43, 44, 46, 48, 50, 51, 58-61, 63, 64, 78, 96, 229, 245, 253, 255, 264, 351, 353. См. также: *«Форменный» продукт.*

«Созидательская» система - 6, 9,14,18, 21,24,42-45, 351.

Составитель - 189, 195, 196,198,200,202,363,371.

Средства (способы) индивидуализации - 4,5,11,20,22, 23, 39,40,42, 45,47,51,58,113, 122,123,155,259, 347,351,354, 370, 378, 381, 399.

Сроки - 4, 25,50,51, 53, 56,75, 84, 98,101,119,120, 147, 150, 151, 161-163,168,174,181, 191,192, 240,259, 355,389,399,400.

413

Дозорцев Виктор Абрамович

**Т**

Товарные знаки - 5, 6, 9, 11, 15, 30, 39, 56, 58, 69, 74, 80, 103, 104, 113, 118, 123, 139, 155, 193, 262, 293. 317, 347, 378, 386, 396.

Топологии интегральных микросхем - 9, 353, 397.

Трудовой договор - 25, 95, 132, 246, 251, 252, 258, 272, 281, 287, 296-301, 304.

**У**

Уступка прав - см.: *Договор об отчуждении (уступке) прав.*

**Ф**

Федеральное агентство по правовой защите результатов интеллектуальной деятельности военного, специального и двойного назначения (ФАПРИД) - 328, 332, 334, 335.

Федеральный фонд изобретений - 81.

Фикция авторства- 146, 148-151, 153,154.

Фирменные наименования - 11, 15, 39, 58, 78, 113, 123, 155, 262, 293, 308, 347.

Фонограмма - см.: *Звукозапись*.

Формальности - 240.

«Форменный» продукт (результат) - 58, 59, 351. См. также: *«Содержательный» продукт*.

ц

Цитирование- 183-185, 188.

Ю

Юридические лица - см.: *Организации (юридические лица) как субъекты интеллектуальных прав*.

## СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие.....	3
<b>I. ПОНЯТИЕ И СИСТЕМА ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ</b>	
Новая эра в охране исключительных прав. Система права и система законодательства.....	11
Схема «Система исключительных прав».....	
Комментарий к схеме «Система исключительных прав».....	32
О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов.....	52
Понятие исключительного права.....	112
<b>II. ОБЪЕКТЫ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ</b>	
Право на фильм как сложное многослойное произведение.....	144
Авторское право о репродуцировании.....	180
Опубликование материалов, не охраняемых авторским правом.....	189
Информация как объект исключительного права.....	224
Понятие секрета промысла («ноу-хау»).....	238
<b>III. СУБЪЕКТЫ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ</b>	
Творческий результат: система правообладателей.....	277
В трех соснах... О возможности распоряжаться чужими правами...	337
<b>IV. Задачи кодификации</b>	
Система законодательства об интеллектуальных правах.....	346
О завершении работы над Гражданским кодексом.....	394
<i>Предметный указатель</i> .....	406