

П.Б.МЭГГС А.П.СЕРГЕЕВ

ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ

УДК 347.78
ББК 67.404.3
М97

Издание выполнено в рамках программы
«Юридический учебник» Московского общественного научного фонда
совместно с Институтом конституционной
и законодательной политики (COLPI—Будапешт)
при финансовой поддержке Института
«Открытое общество»

Перевод с английского *Л.А. Нежинской*

Мэггс П.Б., Сергеев А.П.

Интеллектуальная собственность. — М.: Юристъ, 2000. — 400с.

ISBN 5-7975-0333-6 (в пер.)

В книге профессора Иллинойского университета Питера Мэггса (США) и профессора Санкт-Петербургского государственного университета Александра Сергеева (Россия) рассматриваются общие положения права интеллектуальной собственности и кратко характеризуются его основные институты — авторское и патентное право, правовая охрана товарных знаков и иных средств индивидуализации, институт коммерческой тайны и др. Их анализ ведется как с позиций требований основных международных соглашений в рассматриваемой области и принятого в мире понимания главных проблем права интеллектуальной собственности, так и с позиций российского законодательства и его соответствия международным стандартам.

Работа написана на базе новейшего зарубежного и российского законодательства, международных соглашений, практики их применения, а также зарубежного и российского опыта охраны прав на объекты интеллектуальной собственности.

Для юристов, специализирующихся на правовой охране интеллектуальной собственности, а также лиц, использующих объекты интеллектуальной собственности, а также для создателей произведений науки, литературы и искусства; может быть полезной для студентов-юристов, адвокатов, судей и других лиц, применяющих закон.

УДК 347.78 ББК 67.404.3

ISBN 5-7975-0333-6

© «Юристъ». Оформление, 2000

© Constitutional & Legislative Policy Institute (COLPI), Budapest, 2000

© Московский общественный научный фонд (МОНФ), 2000

Содержание

Предисловие

I. Введение. Основные институты права интеллектуальной собственности

II. История развития права интеллектуальной собственности

А. Развитие права интеллектуальной собственности на национальном уровне

Б. Возникновение международных стандартов и международных организаций

1. Интернационализация права интеллектуальной собственности

2. Дисбаланс интересов стран, экспортирующих и импортирующих объекты

интеллектуальной собственности

В. Роль юриста, специализирующегося в сфере интеллектуальной собственности

III. Международные учреждения по охране интеллектуальной собственности

А. Введение

Б. Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС)

В. Всемирная торговая организация (ВТО)

Г. Европейский союз

Д. Североамериканская ассоциация свободной торговли

Е. Евразийская патентная организация

IV. Коммерческая тайна

А. Введение

Б. Моральные, экономические и политические основы охраны коммерческой тайны

В. Структура международных договоров, предусматривающих охрану коммерческой тайны

Г. Понятие охраны коммерческой тайны

Д. Срок охраны коммерческой тайны

Е. Незаконные способы получения коммерческой тайны конкурентами

Ж. Правомерные способы получения коммерческой тайны конкурентами

1. Независимое открытие

2. Обратный технический анализ

3. Добросовестное приобретение

3. Вопросы взаимоотношений «работодатель—работник» в области охраны коммерческой

тайны

1. Права работодателя при отсутствии трудового контракта с работником

2. Возможности и пределы охраны коммерческой тайны в рамках отношений «работодатель

— работник» по трудовому контракту

И. Охрана коммерческой тайны от третьих лиц

1. Контракты

2. Технические средства

3. Шифрование

4. Компьютерная безопасность

К. Коммерческая тайна и отношения с государством

Л. Охрана коммерческой тайны от иностранных государств

М. Коммерческая тайна и патенты

Н. Судебные споры

О. Лицензирование

П. Роль юриста в охране коммерческой тайны

1. Когда следует использовать институт охраны коммерческой тайны

2. План по охране коммерческой тайны

Р. Роль законодательства о коммерческой тайне

V. Патенты

А. Теоретические основы патентной охраны

Б. Международные договоры о патентной охране

1. Парижская конвенция

2. Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС)

3. Договор о патентной кооперации (РСТ)

4. Будапештский договор

В. Патентная охрана на региональном уровне

1. Конвенция о выдаче европейских патентов

2. Конвенция о патентах Европейского союза

3. Евразийская патентная конвенция

4. Африканская организация по интеллектуальной собственности

Г. Объекты патентования

Д. Условия патентоспособности

1. Введение
2. Новизна
3. Изобретательский уровень
4. Промышленная применимость

Е. Формальные требования к заявке на патентование

1. Введение
2. Заявление о выдаче патента
3. Описание изобретения
4. Формула изобретения

Ж. Предварительная экспертиза патентной заявки

3. Дата приоритета

И. Опубликование патентных заявок

К. Экспертиза заявки по существу

Л. Возражения против заявки

М. Срок действия патентной охраны

Н. Права патентообладателя

1. Права на продукт
2. Права на способ изготовления

О. Ограничение прав патентообладателя

1. Свободное использование запатентованных объектов
2. Использование патента без согласия патентообладателя

П. Вопросы патентной охраны в отношениях между работником и работодателем

Р. Патентные лицензии

С. Судебные патентные споры

1. Судебная экспертиза юридической силы патента
2. Судебное исследование формулы изобретения
3. Судебные запреты и возмещение убытков, причиненных нарушением прав патентообладателя

патентообладателя

Т. Административные меры борьбы с нарушениями прав патентообладателя

У. Уголовно-правовая охрана прав патентообладателя

Ф. Роль юриста-патентоведа и патентного

1. Как избежать нарушения патентных прав
2. Когда следует избирать патентную охрану
3. Что делать, если произошло нарушение патентного права

VI. Другие виды патентоспособной интеллектуальной собственности

А. Полезные модели

Б. Промышленные образцы

В. Сорты растений и породы животных

1. Общие принципы
2. Сорты растений
3. Породы животных

VII. Авторское право

А. Теоретические основы охраны авторских прав

Б. Международные договоры об охране авторских прав

1. Бернская конвенция
2. Всемирная конвенция об авторском праве
3. Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности и охрана авторских прав

авторских прав

4. Договор ВОИС по авторским правам

В. Охрана авторских прав на региональном уровне

Г. Условия правовой охраны произведений

1. Требование объективной формы выражения произведения
2. Признак творчества
3. Объекты авторского права
 - а. Литературные и художественные произведения
 - б. Переводы, адаптации и обработки
 - в. Официальные тексты юридического характера
 - г. Собрания сочинений и антологии
 - д. Речи юристов и политиков

- е. Произведения прикладного искусства, промышленные рисунки и образцы
- Д. Возникновение авторских прав
 - 1. Запреты на формальности в Бернской конвенции
 - 2. Знак охраны авторского права
 - 3. Необязательность регистрации авторского права
- Е. Срок охраны прав авторов
 - 1. Длительность срока охраны
 - 2. Продление срока охраны авторским правом до 70 лет
 - 3. Сокращение срока охраны авторским правом
 - 4. Восстановление авторских прав: ст. 18 Бернской конвенции
- Ж. Вопросы охраны авторского права в отношениях «работник — работодатель»
 - 1. Права работодателя при отсутствии трудового контракта с работником
 - 2. Ограничение свободы трудового контракта между работником и работодателем
 - 3. Имущественные права обладателя авторского права
 - 1. Введение
 - 2. Право на воспроизведение
 - 3. Право на переработку
 - 4. Право на перевод
 - 5. Право на распространение
 - 6. Право проката
 - 7. Право на публичное исполнение
 - 8. Право на передачу в эфир
 - 9. Право на иные формы публичной передачи
 - а. Технологические средства
 - б. Управление правами
- И. Ограничение имущественных прав авторов
 - 1. Исчерпание прав или «право первой продажи»
 - 2. Свободное использование
 - 3. Обязательное оформление разрешений на использование авторских произведений (принудительное лицензирование)
 - а. Музыкальные произведения
 - б. Переводы
 - 4. Ограничение права на репродуцирование
- К. Неотъемлемые авторские права
 - 1. Неимущественные права
 - 2. Droit de suite, или право следования
- Л. Уступка прав и лицензирование
 - 1. Общие принципы
 - 2. Ограничение уступок и лицензирования авторских прав
 - 3. Соблюдение формальностей при уступке или лицензировании авторских прав
- М. Гражданско-правовая защита авторских прав
 - 1. Доказывание права авторства
 - 2. Доказывание нарушения права авторства
 - 3. Средства защиты права авторства
- Н. Административные санкции за нарушение авторских прав путем импорта пиратской продукции
 - О. Уголовная ответственность за нарушение авторских прав
 - П. Роль юриста в планировании и осуществлении охраны авторских прав
 - 1. Когда следует избирать авторско-правовую охрану
 - 2. Регулирование прав лиц, работающих по трудовому контракту и по временному соглашению
 - 3. Лицензирование и уступка авторских прав
- VIII. Виды интеллектуальной собственности, близкой к авторским правам**
 - А. Смежные права
 - 1. Римская конвенция
 - 2. Женевская конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм
 - 3. Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности
 - 4. Договор ВОИС об исполнениях и фонограммах
 - 5. Охраняемые права исполнителей

6. Имущественные права исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций

- а. Запись ранее не записанного исполнения
- б. Передача в эфир или по кабелю ранее не записанного исполнения
- в. Воспроизведение
- г. Исполнение
- д. Распространение
- е. Прокат
- ж. Технологические средства и управление правами
- з. Неимущественные права исполнителей
- Б. Охрана авторским правом промышленных образцов
- В. Охрана топологий интегральных микросхем
- Г. Охрана баз данных

IX. Товарные знаки

А. Теории охраны товарных знаков

- 1. Охрана прав потребителя
- 2. Охрана от недобросовестной конкуренции
- Б. Международная охрана товарных знаков
 - 1. Парижская конвенция
 - 2. Мадридское соглашение о международной регистрации товарных знаков
 - 3. Протокол к Мадридскому соглашению
 - 4. Договор о законодательстве по товарным знакам
 - 5. Ниццкое соглашение о международной классификации товаров и услуг в целях

регистрации товарных знаков

6. Соглашение ТРИПС

В. Охрана товарных знаков на региональном уровне

Г. Что может быть признано товарным знаком

Д. Что не может быть признано товарным знаком

- 1. Знаки, не подлежащие регистрации
- 2. Знаки, которым может быть отказано в регистрации
- а. Введение

б. Нарушение прав третьих лиц

в. Отсутствие различительной способности знака

г. Дескриптивные (описательные) знаки

д. Использование в знаке общепринятых терминов

е. Использование наименования места происхождения

ж. Приобретаемая различительная способность

з. Обозначения, противоречащие общественной нравственности и морали

и. Знаки, вводящие в заблуждение

к. Функциональные знаки

Е. Регистрация товарных знаков и экспертиза заявки

- 1. Соотношение вопросов регистрации и охраны товарных знаков
- 2. Регистрационные формальности
- 3. Опубликование, опротестование, отмена регистрации товарных знаков

Ж. Срок действия права на товарный знак

3. Вопросы взаимоотношений работодателя и работника в связи с проблемой охраны

товарного знака

И. Лицензирование товарного знака

1. Введение

2. Франчайзинг

К. Права владельца товарного знака

- 1. Как помешать другим лицам использовать товарный знак
- 2. Меры против «размывания» товарного знака
- 3. Использование необремененного знака

Л. Ограничение прав владельца товарного знака

1. Использование товарных знаков применительно к товару, частично утратившему свои свойства

2. Использование товарных знаков в рекламе сравнительного характера

М. Гражданско-правовые средства охраны товарных знаков

1. Доказывание нарушения права на товарный знак
 2. Доказывание «размывания» товарного знака
 3. Судебный запрет на использование товарного знака
 4. Возмещение ущерба
- Н. Меры административного характера
- О. Уголовно-правовые меры охраны товарных знаков
- П. Роль юриста в охране товарных знаков
1. Реестр товарных знаков и план их охраны
 2. Выбор товарного знака
- Х. Виды интеллектуальной собственности, близкие к товарным знакам
- А. Коллективные знаки
- Б. Сертификационные знаки
- В. Названия географических объектов
- Г. Фирменные наименования
- Д. «Пассинг-оф», или выдача своих товаров за товары других производителей
- Е. Охрана имен и изображений известных людей
- Ж. Охрана литературных образов
- З. Использование литературных образов в исполнении реальных актеров
- XI. Будущее права интеллектуальной собственности
- А. Эффективность правоприменения
- Б. От авторских прав к контракту
- В. Всемирный патент
- Г. Товарный знак как собственность
- Д. Новые формы интеллектуальной собственности

I. Введение. Основные институты права интеллектуальной собственности

Понятие «интеллектуальная собственность» является обобщающим по отношению к целому ряду правовых институтов, из которых наиболее значимыми являются институт коммерческой тайны, патентное право, авторские права и товарные знаки. Законодательство о коммерческой тайне и патентное право способствуют исследованиям и развитию новых идей. Авторское право способствует созданию литературных, художественных и музыкальных произведений, а также программного обеспечения для компьютеров. Законодательство о товарных знаках «увязывает» продукт с его производителем. В последние годы возник целый ряд новых форм интеллектуальной собственности. И каждый из связанных с ними институтов права интеллектуальной собственности имеет свою историю развития и свои конкретные задачи.

Коммерческая тайна в форме производственных секретов существовала с незапамятных времен. Древние мастера, несомненно, охраняли приемы, с помощью которых они превращали камни в орудия. Эти мастера задолго до возникновения какой бы то ни было правовой защиты знали, какое преимущество они получали от знания этих секретов. Однако обладание секретами, в сущности, дает лишь ограниченную защиту. Только тысячелетия спустя возникло право, охраняющее секреты производства. Охрана секретов развилась в отрасль небывалого значения, а технические знания и коммерческая тайна превратились в наиболее существенные ценности многих отраслей бизнеса. Охрана коммерческой тайны является одним из наиболее важных институтов права интеллектуальной собственности именно для тех стран, которые стремятся привлечь иностранные инвестиции. Одна отдельно взятая компания, охраняющая свои производственные секреты, еще может решиться продавать изготавливаемую ею продукцию в страну со слабой охраной коммерческой тайны, но маловероятно, что такая страна может рассчитывать на серьезные прямые инвестиции.

Патентное право стало развиваться относительно недавно. Можно сказать, что патентное право служит определенным признанием несовершенства системы рыночной экономики, ибо рыночная экономика, хорошо приспособленная для обеспечения производства и распределения товаров, малопригодна для того, чтобы побуждать к созданию новых и лучших товаров. Это связано с тем, что при изобретении нового продукта в чисто рыночной системе конкуренты тотчас его копируют и сводят его цену до стоимости производственных затрат, тем самым снижая прибыль до уровня, на котором невозможно возместить расходы на исследования и разработки, приведшие к появлению изобретения. Патентное право как раз и возникло для разрешения этой проблемы. Обеспечивая охрану изобретения от конкурентов на долгие годы вперед, патент увеличивает шансы получения прибыли и, тем самым, стимулирует изобретательство. Патент — это затратный механизм правовой охраны в том смысле, что обществу приходится платить более высокую цену за патентованный продукт ввиду уменьшения конкуренции производителей в данной области.

Точно так же, как институт патентования способствует развитию и исследованиям нового, авторское право содействует созданию литературных произведений. На написание книги могут уйти годы. В рыночной системе в чистом виде, если книга успешно продается, другие издатели сразу же издадут ту же самую книгу. Такая конкуренция приведет к снижению цены, что, соответственно, породит нежелание авторов и издателей затрачивать много времени и денег, требующихся для написания и издания книги. Обеспечивая охрану прав автора и издателя, авторское право создает экономический стимул к созданию новых произведений.

Товарный знак имеет совсем иную функцию. Давным-давно, когда торговля велась на уровне деревенского рынка, простыми товарами, покупатели лично знали продавцов и легко могли оценивать качество товаров (например, ощупывать фрукты). Со временем рынки развились до уровня национальных и международных, возникло массовое производство товаров, зачастую дорогих и сложных, и определение производителя конкретного продукта стало чрезвычайно важным вопросом. Товарный знак с пользой служил как производителю, так и покупателю. Производители высококачественных товаров начали ставить свой товарный знак, и поскольку они уже имели завоеванную репутацию, то могли назначать более высокую цену. Покупатель же мог относиться к товару с доверием, ибо знал репутацию конкретного производителя.

В соответствии со ст. 2 Гражданского кодекса РФ (в дальнейшем — ГК) отношения, связанные с охраной и использованием объектов интеллектуальной собственности, входят в предмет регулирования российского гражданского права. Нормы ГК, включая те из них,

которые будут сосредоточены в третьей части Кодекса, вместе; с правилами, содержащимися в специальных законах, посвященных: охране исключительных прав на отдельные результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним объекты, образуют в своей совокупности особую подотрасль российского гражданского права. Указанную подотрасль принято именовать *правом интеллектуальной собственности в объективном смысле слова*, что означает *систему правовых норм о личных и имущественных правах на все те результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним объекты, которые признаются и охраняются законом*. С учетом общности ряда объектов интеллектуальной собственности и сложившейся в рассматриваемой области системы источников права указанная подотрасль российского гражданского права обычно подразделяется на четыре относительно самостоятельных института. Несмотря на тесную взаимосвязь и наличие целого ряда общих моментов, каждый из этих институтов имеет присущие лишь ему черты, которые находят отражение в закреплённых ими нормах.

Прежде всего выделяется *институт авторского права и смежных прав*. Им регулируются отношения, возникающие в связи с созданием и использованием произведений науки, литературы и искусства (авторское право), фонограмм, исполнений, постановок, передач организаций эфирного и кабельного вещания (смежные права). Объединение в едином институте, который в дальнейшем для краткости будет именоваться авторским правом, двух указанных групп норм объясняется теснейшей зависимостью возникновения и осуществления смежных прав от прав авторов творческих произведений, а также урегулированностью соответствующих отношений единым законом.

Другим правовым институтом, входящим в систему подотрасли «право интеллектуальной собственности», является *патентное право*. Оно регулирует имущественные, а также связанные с ними личные неимущественные отношения, возникающие в связи с созданием и использованием изобретений, полезных моделей и промышленных образцов. Объединение трех названных объектов интеллектуальной собственности в рамках единого института патентного права объясняется следующими соображениями. Во-первых, изобретения, полезные модели и промышленные образцы, с одной стороны, обладают значительным сходством, и с другой — существенно отличаются от иных объектов интеллектуальной собственности. Все они являются результатами творческой деятельности, имеют конкретных создателей, права которых признаются и охраняются законом, совпадают друг с другом по ряду признаков и т.д. Во-вторых, их охрана осуществляется посредством единой формы, а именно путем выдачи патента. В-третьих, правовое регулирование связанных с этими тремя объектами общественных отношений имеет гораздо больше сходства, чем различий, и к тому же осуществляется в России единым законодательным актом, а именно Патентным законом РФ.

Как и авторское право, патентное право имеет дело с охраной и использованием нематериальных благ, являющихся продуктами интеллектуального творчества. Изобретения, полезные модели, промышленные образцы, как и произведения науки, литературы и искусства, охраняемые авторским правом, представляют собой результаты мыслительной деятельности, идеальные решения тех или иных технических или художественно-конструкторских задач. Лишь впоследствии, в ходе их внедрения, они воплощаются в конкретные устройства, механизмы, процессы, вещества и т.п. Наряду, со сходством сравниваемые объекты имеют и существенные различия. Если в произведениях науки, литературы и искусства основная ценность и предмет правовой охраны — их художественная форма и язык, которые отражают их оригинальность, то в объектах патентного права ценность представляет прежде всего само содержание тех решений, к которым пришли изобретатели. Именно оно и становится предметом охраны патентного права. В отличие от формы авторского произведения, которая фактически неповторима и может быть лишь заимствована, решение в виде устройства, способа, вещества, штамма или внешнего вида изделия может быть разработано другими лицами совершенно независимо от первого его создателя.

С развитием товарно-денежных отношений в России все более важным элементом рыночной экономики становятся такие объекты промышленной собственности, как фирменные наименования, товарные знаки, знаки обслуживания и наименования мест происхождения товаров. Создание равных условий хозяйствования для всех товаровладельцев, внедрение конкурентных начал в их деятельность и повышение ответственности за ее результаты, необходимость насыщения рынка товарами и услугами для удовлетворения потребностей населения обуславливают объективную потребность в правовом механизме, обеспечивающем должную индивидуализацию предприятий и организаций, а также производимых ими товаров и услуг. Такой правовой механизм представлен особым институтом рассматриваемой подотрасли гражданского права, а именно *институтом средств индивидуализации участников гражданского оборота и производимой ими продукции*

(работ, услуг).

Данный правовой институт, как и патентное право, имеет дело с так называемой промышленной собственностью, то есть с исключительными правами, реализуемыми в сфере производства, торгового обращения, оказания услуг и т.п. Основной функцией рассматриваемого института интеллектуальной собственности является обеспечение должной индивидуализации производителей и их товаров, работ и услуг. Сам институт состоит, однако, из двух тесно взаимосвязанных, но все же относительно самостоятельных частей, а именно субинститута средств индивидуализации участников гражданского оборота (фирменные наименования) и субинститута средств индивидуализации продукции, работ и услуг (товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров).

Творения, признаваемые произведениями науки, литературы или искусства, а также изобретениями, полезными моделями и промышленными образцами, не исчерпывают всего многообразия результатов творческой деятельности. Наряду с ними имеется немало объектов, которые создаются творческими усилиями людей, представляют ценность для общества и также нуждаются в общественном признании и правовой охране. Наличие такого рода объектов и необходимость правового регулирования связанных с ними общественных отношений в настоящее время признается подавляющим большинством государств. Россия не представляет в этом отношении какого-либо исключения. Помимо традиционных объектов, охраняемых авторским и патентным правом, а также институтом средств индивидуализации участников гражданского оборота, российское гражданское право предоставляет охрану селекционным достижениям, топологиям интегральных микросхем, информации, составляющей служебную и коммерческую тайну, и некоторым другим результатам интеллектуальной деятельности. Опираясь на отличия указанных результатов интеллектуальной деятельности от традиционных объектов интеллектуальной собственности, все их можно условно отнести к сфере единого правового института, а именно *института охраны нетрадиционных объектов интеллектуальной собственности*.

Причины введения правовой охраны нетрадиционных объектов интеллектуальной собственности можно подразделить на общие, которые касаются всех этих объектов, и специфические, которыми обусловлена охрана каждого конкретного объекта. К общим причинам следует отнести прежде всего то, что рассматриваемые объекты являются результатами интеллектуального труда. Как и результаты всякого другого труда, они не могут быть бесосновательно отчуждены от их создателей. Напротив, интеллектуальный характер труда более, чем какой-либо иной результат труда, предполагает признание особой связи достигнутого результата с его создателем. Далее, в общественном и государственном признании особых прав создателей новых творческих результатов, не совпадающих с объектами авторского и патентного права, заинтересованы не только сами авторы, но и общество в целом. Введение специальной правовой охраны этих результатов стимулирует творческую активность его членов, способствует развитию научно-технического прогресса и умножению духовного богатства общества. Наконец, важной причиной такой охраны служит то, что традиционные институты права интеллектуальной собственности — авторское и патентное право, а также институт средств индивидуализации участников гражданского оборота не могут обеспечить в силу присущих рассматриваемым объектам особенностей их надлежащую правовую охрану. Так, авторское право охраняет форму, а не содержание творческих произведений. Между тем ценность топологий интегральных микросхем, селекционных достижений и других нетрадиционных объектов состоит прежде всего в содержании соответствующих решений. Конечно, любой творческий результат, выраженный в объективной форме и доступный для восприятия третьими лицами, охраняется в качестве объекта авторского права. Но такая охрана не обеспечивает признания и защиты основного творческого вклада его создателя — разработки содержания решения.

Охрана содержания новых решений практических задач обеспечивается патентным правом. Однако лежащие в основе данного института принципы, в частности необходимость доведения существа решения до сведения третьих лиц как условие предоставления охраны, правоустанавливающее значение государственной регистрации объекта промышленной собственности и др., не позволяют использовать его без существенной модификации для охраны нетрадиционных объектов интеллектуальной

собственности. Поэтому, несмотря на близость рассматриваемых объектов к изобретениям, полезным моделям и промышленным образцам, они не могут охраняться в рамках патентного права.

Наряду с этими общими причинами имеются и особые основания охраны каждого конкретного объекта. Так, например, введение особой правовой охраны служебной и коммерческой тайны обусловлено необходимостью ограждения законных интересов участников товарного оборота, затрачивающих время, силы и средства на разработку и внедрение передовых технологий и методов ведения бизнеса, которые далеко не всегда могут быть защищены с помощью традиционных форм правовой охраны. Правила добросовестной конкуренции предполагают наличие у других участников оборота возможности самостоятельно добиваться аналогичных результатов, но запрещают вторжение в область чужих технических и коммерческих секретов путем промышленного шпионажа, подкупа и других недозволенных методов.

Те права, которые признаются действующим законодательством за создателями селекционных достижений, топологий интегральных микросхем и иных нетрадиционных объектов интеллектуальной собственности, носят абсолютный и исключительный характер, то есть характер, присущий интеллектуальной собственности. Многие связанные с ними общественные отношения регулируются такими же или сходными правилами, которые применяются к отношениям, вытекающим из создания и использования объектов авторского и патентного права. И тем, и другим объектам свойственны многие общие признаки, которые предопределяются их общей творческой природой. Наконец, во многом совпадают возможные нарушения и способы защиты прав на эти объекты.

Итак, подотрасль гражданского права — право интеллектуальной собственности — представлена четырьмя названными выше институтами, образующими, соответственно, авторское право, патентное право, институт средств индивидуализации участников гражданского оборота и производимой ими продукции (работ, услуг) и институт охраны нетрадиционных объектов интеллектуальной собственности.

II. История развития права интеллектуальной собственности

A. Развитие права интеллектуальной собственности на национальном уровне

Охрана интеллектуальной собственности начала развиваться в отдельных странах задолго до возникновения международной системы. Уже в XIV в. европейские суверены предоставляли специальные привилегии тем, кто начинал производство новых товаров, независимо от того, было ли это производство основано на собственных изобретениях или на заграничных заимствованиях. Произвольное предоставление таких привилегий постепенно стало регулироваться законодательно. К числу наиболее значимых актов в этой области можно отнести Статут Венецианской республики 1474 г. и английский Закон о монополиях 1628 г. К началу XIX в. в США и в ряде европейских стран уже было достаточно развитое патентное законодательство, основанное не на предоставлении индивидуальных преимуществ, а на выдаче патента любому лицу, заполнившему заявку с описанием нововведения. Охрана авторского права в Англии началась с возникновения при поддержке государства издательского картеля — правительственного издательства, отдельным членам которого (издателям), официально вошедшим в картель, были предоставлены исключительные права на публикуемые ими работы. Основание современной системы авторского права в англоязычных странах было заложено Законом 1710 г., который вводил регистрацию публикуемых произведений. Во Франции вскоре после Великой французской революции Учредительным собранием (Конвентом) были приняты законы, устанавливающие пожизненные авторские права для самих создателей произведений и ограниченные во времени права для их наследников. Примеру Франции широко последовали во всей Европе, и он послужил основой при создании Бернской конвенции. Охрана товарных знаков и производственных секретов в англоязычных странах хорошо развилась на основе прецедентного общего права уже к середине XIX в. А к концу века законодательство об охране товарных знаков распространилось по всему европейскому континенту.

Становление и развитие правовой охраны интеллектуальной собственности в России происходило в целом таким же путем, какой был пройден данной подотраслью в европейских странах и в США. Вместе с тем нельзя не указать на ряд моментов, которые отражают российскую специфику и во многом помогают лучше понять современное состояние охраны интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Прежде всего правовая охрана авторских произведений, технических новшеств и других объектов интеллектуальной собственности появилась в России значительно позже, чем в странах Западной Европы и США. Законы об авторском праве, патентах на изобретения, об охране товарных знаков и промышленных образцов, которые, в основном, отвечали требованиям времени и были приближены к европейским образцам, были приняты в России лишь на рубеже XIX—XX в. Советский период вновь надолго отбросил российское законодательство об интеллектуальной собственности далеко назад, в силу чего к концу XX в., перед началом реформ, данная область законодательства значительно отстала в своем развитии от западноевропейского законодательства. Указанный разрыв был в основном ликвидирован только с принятием в начале 90-х годов действующих в настоящее время законов об охране отдельных объектов интеллектуальной собственности.

Далее, характерной чертой российского законодательства об интеллектуальной собственности, которая постепенно преодолевается в последние годы, являлся традиционно низкий уровень охраны авторских и патентных прав. Российские законы в рассматриваемой области, как до 1917 г., так и позднее, никогда «не дотягивали» по уровню охраны до европейских стандартов и не отвечали требованиям основных международных конвенций. По этой и ряду других причин Россия длительное время не участвовала ни в одном из важнейших международных соглашений по охране интеллектуальной собственности. Эта изолированность от внешнего мира, особенно углубившаяся в период проведения социалистического эксперимента, также не могла не сказаться на развитии российского законодательства об охране интеллектуальной собственности.

Следующей специфической чертой российского законодательства в рассматриваемой сфере являлось широкое вмешательство государства в отношении создателей творческих достижений и их пользователей. Так, авторское право России родилось и длительное время существовало в рамках цензурного законодательства, государство всегда оставляло за собой широкие возможности по вмешательству в сферу патентной монополии и т.д. Особенно мощным воздействием государства на эту область частных отношений было в советский период развития. Например, в советском

авторском праве широко применялись так называемые типовые авторские договоры (издательские, постановочные, сценарные и др.), которые имели нормативное значение и подробно регламентировали отношения авторов и пользователей произведений; строго нормативно регламентировались ставки вознаграждения авторов произведений и изобретателей и т.п.

Наконец, нельзя забывать и того, что в течение длительного времени российское законодательство об интеллектуальной собственности развивалось под влиянием социалистической идеологии. Наиболее ярко это проявлялось в широких возможностях использования творческих достижений в государственных и общественных интересах. Так, основной формой охраны изобретений и промышленных образцов на протяжении почти семи десятилетий был не патент, а авторское свидетельство, которое закрепляло исключительное право на использование технических и художественно-конструкторских решений не за их создателями, а за государством; авторское право разрешало свободно, т.е. без согласия авторов и без выплаты им вознаграждения, использовать выпущенные в свет произведения в кино, на радио и телевидении, в газетах и т.п.

Отмеченные выше особенности развития российского законодательства об интеллектуальной собственности: его отсталость, традиционно низкий уровень охраны, изолированность от внешнего мира, ярко выраженные публичные начала, влияние социалистической идеологии — не могут сбрасываться со счетов при оценке его современного состояния. Хотя реформы 90-х годов знаменовали собой значительный прорыв в рассматриваемой сфере, невозможно за столь короткий срок полностью преодолеть те традиции, которые складывались в России не одно десятилетие. Поэтому нет ничего удивительного в том, что многие положения новых российских законов остаются пока нереализованными, а отдельные из них получают на практике весьма своеобразную интерпретацию.

Б. Возникновение международных стандартов и международных организаций

В XIX в. в индустриально развитых странах возникло осознание того, что охрана интеллектуальной собственности только на национальном уровне недостаточна. При таком уровне охраны стимулы к развитию ограничивались получением прибыли, которую можно было извлечь лишь в пределах одной страны. Авторы произведений и изобретатели из малых стран видели, что их работы воспроизводились во всем мире, но вознаграждение за них они получали только на национальном рынке. Отличная от этого ситуация наблюдалась лишь в отдельных областях бизнеса, например в строительстве, где получалось 100% прибыли независимо от того, в какой стране возводились здания. По этой причине интернационализация охраны интеллектуальной собственности стала быстро развиваться, хотя и по сей день нельзя сказать, что есть серьезное продвижение вперед в интернационализации некоторых областей, например международной охраны недвижимости.

По мере развития международной охраны интеллектуальной собственности путем принятия межнациональных договоров становилось очевидным, что одних договоров недостаточно, поскольку происходило массовое и ненужное дублирование мер по регистрации одних и тех же товарных знаков и изобретений в патентных бюро и иных службах в сотнях стран. Ввиду быстрого роста объема научно-технической информации в большинстве стран возникла необходимость в содержании библиотечных фондов и экспертного персонала, услуги которого требовались для установления новизны и обоснованности патентной заявки. В целях централизации работы в данной области, избежания дублирования усилий и для обмена опытом были созданы международные административные службы. Административная сторона процесса интернационализации охраны интеллектуальной собственности продолжает быстро развиваться. Одновременно идет процесс повсеместного внедрения английского языка для использования в товарных знаках и в патентной регистрации с целью избежания дорогостоящего перевода технических материалов на десятки языков.

Произошли также серьезные изменения, касающиеся объема понятия охраны интеллектуальной собственности и используемой терминологии. Одно время широко использовался термин «промышленная собственность» для обозначения области, охватывающей патентное право, права на промышленные образцы, коммерческую тайну, товарные знаки и вопросы недобросовестной конкуренции. Авторское право этим термином не охватывалось. Но сейчас этот термин быстро выходит из употребления и заменяется более широким понятием «интеллектуальная собственность», в которое включается весь смысловой объем термина «промышленная собственность» плюс авторское право и смежные права. Причина этого в следующем: изменения в сфере экономических реалий привели к частичному совпадению того, что когда-то было четкими отдельными институтами права, и практики. Авторское право расширилось и охватило такие сугубо практические вопросы, как программное компьютерное обеспечение. Возникли новые области

правовой охраны, как, например, охрана топологий интегральных микросхем, что по сути есть гибрид авторского и патентного права. Законодательство о товарных знаках приобрело значимость в областях, которые прежде охранялись лишь авторским правом. Например, марка «Битлз» имеет такую же значительную ценность, как и авторское право на сочинения этой известной музыкальной группы.

Когда в XIX в. создавалась международная система охраны интеллектуальной собственности, в литературной и изобретательской деятельности ключевую роль играли индивидуальные авторы (например, Жюль Верн) и изобретатели (например, Томас Эдисон). Необходимость охранять их права послужила политическим и идеологическим обоснованием начала переговоров по первым основным соглашениям об охране права интеллектуальной собственности. Постепенно, уже в XX в., творческий труд талантливых людей расширялся по мере роста уровня образования населения. Сегодня основными производителями интеллектуальной собственности являются крупные международные корпорации, в которых работают большие группы специалистов. Такие корпорации всегда лоббируют принятие законодательства и заключение договоров, защищающих их интересы. В XIX в. и в начале XX в. наиболее крупные и быстро развивающиеся товаропроизводители были, например, в угольной, сталелитейной и автомобильной промышленности. В настоящее время наиболее быстро развивающиеся компании — это создатели интеллектуальной собственности: производители программного обеспечения, индустрия развлечений и фармацевтические компании. Традиционные товаропроизводители в лоббировании своих интересов преследовали часто несовместимые цели: открытия зарубежных рынков для своих товаров, с одной стороны, и ограничения конкурирующего с ними импорта в свои страны — с другой. Наиболее современные товаропроизводители, например производители компьютеров, более заинтересованы в свободной торговле, нежели в протекционизме. Результатом развития свободной торговли стало появление основных региональных зон свободной торговли (Европейского союза) и регулирующих ее правил, например Североамериканского соглашения о свободе торговли (НАФТА), а также пересмотр Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ) и его преобразование во Всемирную торговую организацию (ВТО).

В нашей стране термин «интеллектуальная собственность», считавшийся неприемлемым с конца XIX в., вновь вошел в научный оборот и в законодательство в начале 90-х годов, а окончательно был узаконен Конституцией РФ 1993 г. Хотя ст. 44 Конституции РФ, посвященная свободе литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, и не раскрывает содержание данного понятия, в ней подчеркивается, что «интеллектуальная собственность охраняется законом». Новый Гражданский кодекс РФ, который также оперирует данным понятием, раскрывает в общем виде его содержание в ст. 138. Анализ указанной статьи позволяет сделать вполне определенный вывод о том, что под *интеллектуальной собственностью* в российском законодательстве понимается не что иное, как *совокупность исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, а также некоторые иные приравненные к ним объекты, в частности средства* индивидуализации г/частников гражданского оборота и производимой ими продукции (работ, услуг)*. Перечня конкретных объектов правовой охраны, подпадающих под понятие интеллектуальной собственности, ГК не содержит. Однако из ст. 138 ГК однозначно следует, что соответствующая правовая охрана результатов интеллектуальной деятельности и других приравненных к ним объектов обеспечивается лишь «в случаях и в порядке, установленных настоящим Кодексом и другими законами». Это означает, что для отнесения того или иного результата интеллектуальной деятельности или иного объекта к интеллектуальной собственности требуется Прямое указание закона.

Подобный подход на сегодняшний день оправдан, поскольку, во-первых, пока еще отсутствуют реальные возможности для обеспечения правовой охраны любых интеллектуальных достижений и, во-вторых, предоставление охраны некоторым результатам вряд ли целесообразно по чисто практическим соображениям. Тазе, не вызывает сомнений правомерность постановки вопроса о введении правовой охраны научных идей, гипотез, теорий и иных подобных научных результатов. Проблема, однако, состоит в том, как создать соответствующий правовой механизм, не прибегая к коренной ломке сложившихся правовых институтов и не ставя препятствий для развития научно-технического прогресса. Пока попытки отдельных ученых и законодателей решить эту проблему какими-либо значительными успехами не увенчались.

Примером объекта, охрана которого вполне может быть обеспечена в традиционных законодательных рамках, но вряд ли целесообразна на современном этапе, может служить

видеозапись. В принципиальном плане видеозаписи ничем не отличаются от звукозаписей, охраняемых в качестве одного из объектов смежных прав, и с теоретической точки зрения, безусловно, должны быть причислены к объектам интеллектуальной собственности. Однако в настоящее время в большинстве стран, предусматривающих охрану смежных прав, видеозаписи объектами смежных прав не признаются. Не обеспечивается их охрана и Международной (Римской) конвенцией об охране интересов артистов-исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г. В этих условиях введение в российское законодательство специальной охраны видеозаписей нецелесообразно, тем более с учетом того, что на них распространяются общие нормы авторского права.

Отсутствие в ГК указания на конкретные виды охраняемых объектов интеллектуальной собственности предоставляет возможность путем принятия соответствующих законов или внесения в них изменений и дополнений относить к их числу те или иные результаты интеллектуальной деятельности, то есть более оперативно и не меняя самого ГК решать все эти вопросы. Как показывает мировой опыт последних двух—трех десятилетий, число и виды охраняемых результатов интеллектуальной деятельности постоянно расширяются. Так, только за последние десять лет круг охраняемых в Российской Федерации объектов интеллектуальной собственности пополнился полезными моделями, наименованиями мест происхождения товаров, топологиями интегральных микросхем, программами для ЭВМ, базами данных, служебной и коммерческой тайной, объектами смежных прав. Напротив, такие результаты интеллектуальной деятельности, как открытия и рационализаторские предложения, лишились практической охраны, хотя вопрос о них в законодательном плане до сих пор окончательно не решен. Так или иначе, состав объектов интеллектуальной собственности не находится в застывшем состоянии, а, напротив, постоянно уточняется и конкретизируется.

Характеризуя понятие интеллектуальной собственности, нельзя обойти вниманием и вопрос о том, что вкладывается в него важнейшими международными соглашениями, тем более что в соответствии с Конституцией РФ те из них, в которых участвует Российская Федерация, являются составной частью российской правовой системы (ч. 4 ст. 15). Наиболее полным образом понятие интеллектуальной собственности раскрывается в п. VIII ст. 2 Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности (ВОИС), от 14 июля 1967 г. В ней указывается, что интеллектуальная собственность включает права, относящиеся к:

- литературным, художественным и научным произведениям;
- исполнительской деятельности артистов, звукозаписи, радио- и телевизионным передачам;
- изобретениям во всех областях человеческой деятельности;
- научным открытиям;
- промышленным образцам;
- товарным знакам, знакам обслуживания, фирменным наименованиям и коммерческим обозначениям;
- защите против недобросовестной конкуренции;

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

В названной Конвенции, как и в ГК, термин «интеллектуальная собственность» используется в собирательном смысле, обозначая собой все права на результаты творческой деятельности и некоторые приравненные к ним объекты. Содержащийся в Конвенции перечень конкретных видов исключительных прав носит примерный характер и может быть легко дополнен иными результатами интеллектуальной деятельности. Очевидным является и то, что на членов ВОИС не налагается обязательство обеспечить в своих странах охрану всех перечисленных в Конвенции прав, и они сами определяют круг охраняемых объектов интеллектуальной собственности. Наконец, даже при сильном желании в приведенном выше определении трудно усмотреть какую-либо связь (кроме чисто терминологического сходства) понятия интеллектуальной собственности и права собственности в его традиционном смысле.

Подводя определенный итог сказанному, можно отметить, что и современное российское законодательство, и международные соглашения понимают под *интеллектуальной собственностью совокупность исключительных прав как личного, так и имущественного характера на результаты интеллектуальной и в первую очередь творческой деятельности, а также на некоторые иные приравненные к ним объекты, конкретный перечень которых устанавливается законодательством соответствующей страны с учетом принятых ею международных обязательств*. В настоящее время термин «интеллектуальная собственность» лишь

в историческом плане связан с теорией интеллектуальной собственности конца XVIII — начала XIX вв. и не таит в себе никакой реальной опасности в части введения в заблуждение относительно юридической природы тех прав, для обозначения которых он обычно используется. Поэтому для его применения и в законодательстве, и в юридической литературе нет никаких серьезных противопоказаний.

1. Интернационализация права интеллектуальной собственности

Право интеллектуальной собственности является одной из наиболее быстро развивающихся и укрепляющихся на международном уровне подотраслей гражданского права. В международных договорах не просто определяются основные очертания большинства институтов права интеллектуальной собственности, но и детально регламентируются многие конкретные положения. Эти положения оставляют сравнительно мало возможностей для вариаций на национальном уровне. Так, например, международные договоры по авторским правам содержат положения, по которым авторское право имеет пожизненный срок действия плюс 50 лет. Страны — участницы таких договоров могут вводить более длительный срок охраны, но укорачивать его не вправе. И хотя теоретически считается, что присоединение к таким договорам — дело добровольное, страны, не вступившие в договорные отношения по охране интеллектуальной собственности, не могут стать членами Всемирной торговой организации и подвергаются такому давлению со стороны ведущих торговых держав, что присоединение к договору в действительности становится делом обязательным.

Международный аспект права интеллектуальной собственности имеет и другое проявление. В мировом сообществе одни страны являются основными экспортерами интеллектуальной собственности, другие — основными импортерами. Значительная доля интеллектуальной собственности производится гигантскими многонациональными корпорациями. Они заинтересованы в мировой охране своих прав. Например, хороший фильм может иметь одинаково большой прокат в Европе, Восточной Азии и в Северной Америке. Изобретатель нового сотового телефона в маленькой стране, скажем в Финляндии, будет гораздо более заинтересован в регистрации своих прав в США или в Японии, а не в Финляндии, поскольку уровень возможных доходов от продаж в этих странах выше.

В некоторых отраслях права знание международного и зарубежного права — это культурная роскошь. Например, адвокат, специализирующийся по уголовным делам, может добиться успеха, обладая знаниями только уголовного права и процесса страны, в которой он практикует. Юристу, специализирующемуся в вопросах операций с недвижимостью (таких, как залог, продажа или аренда), не нужно знать имущественное право других стран. Но специалист по интеллектуальной собственности постоянно имеет дело с международным и зарубежным правом. Если его клиент не принимает нужных мер для охраны интеллектуальной собственности, он может потерять права на нее не только по законам своей страны, но и по международному праву. И чтобы успешно контактировать с зарубежными адвокатами по делам таких клиентов, юрист должен обладать достаточными знаниями по международному праву интеллектуальной собственности.

2. Дисбаланс интересов стран, экспортирующих и импортирующих объекты интеллектуальной собственности

Наиболее серьезный конфликт интересов в мировой системе охраны интеллектуальной собственности вызван противоречиями между такими странами, как США, которые экспортируют интеллектуальную собственность, и такими, как Китай, который является ее импортером в чистом виде. Укрепление международной системы охраны интеллектуальной собственности означает перевод ценностей из стран-импортеров в страны-экспортеры. Поскольку странами-экспортерами интеллектуальной собственности являются, как правило, страны с наиболее высоко развитой экономикой, это означает, что ценности перетекают из бедной страны в богатую. Результатом является продолжающаяся борьба за развитие международного права интеллектуальной собственности.

Эта борьба прошла четыре этапа. Первый длился до 50-х годов, и это был этап, когда менее развитые страны предоставляли ограниченную охрану интеллектуальной собственности и либо не присоединялись к международным договорам, например, к Бернской конвенции, по которой требуется высокий уровень охраны интеллектуальной собственности, либо присоединялись к ним

на бумаге, но не исполняли их положений на деле. На втором этапе практически все страны привели свои системы охраны интеллектуальной собственности в соответствие с международными стандартами, но многие государства до сих пор не могут или не хотят на практике обеспечивать соблюдение прав на интеллектуальную собственность. Третий этап начался сравнительно недавно с принятия положения о том, что страны — члены Всемирной торговой организации должны обеспечивать охрану интеллектуальной собственности и на бумаге, и на деле. Этот этап еще не завершился, но уже сейчас начинается четвертый этап, характеризующийся расширением и интенсификацией охраны интеллектуальной собственности ввиду наблюдающегося стремления к «приватизации» интеллектуальной собственности, находящейся в общественном пользовании. Компании, занимающиеся массовым производством интеллектуальной продукции, и страны, являющиеся ее основными экспортерами, постоянно работают над усилением охраны интеллектуальной собственности и над тем, чтобы вывести интеллектуальную собственность из сферы общего пользования.

Это течение и хорошо организовано, и хорошо финансируется. Оно отмечается одновременно на национальном, региональном и международном уровнях. Успех, достигаемый на любом из них, сопровождается кампанией за международную «гармонизацию» прав на интеллектуальную собственность с целью поднять другие части системы на более высокий уровень. Хорошим примером может служить успех, достигнутый в лоббировании принятия Европейским союзом Директивы в области охраны прав на интеллектуальную собственность, по которой на 20 лет увеличивается длительность срока авторских прав. Эта Директива автоматически стала обязательной для всех стран — членов ЕС. Она была использована и в США представителями промышленного лобби с целью убедить Конгресс принять закон, также удлиняющий срок действия авторских прав на 20 лет. Если такой успех удастся повторить и в других странах, тогда может появиться большая вероятность внесения изменений в Бернскую конвенцию (наиболее важный международный документ по авторским правам) с тем, чтобы срок охраны авторских прав был увеличен на 20 лет. Представляется, что движение за усиление охраны интеллектуальной собственности и «приватизацию» прав на интеллектуальную собственность, находящуюся сейчас в общественной сфере, остановить очень трудно, поскольку за ним стоят и высокоорганизованная промышленность, и дипломатически оформленные усилия, а против него выступает неоднородная и неорганизованная общественность.

Несмотря на то, что огромный вклад российской науки, литературы и искусства в мировую цивилизацию общепризнан, в настоящее время Россия, бесспорно, относится к числу импортеров интеллектуальной собственности. Данное обстоятельство служит одной из главных причин того, что реальный уровень охраны прав на многие объекты интеллектуальной собственности продолжает оставаться крайне низким, так как многие положения новых российских законов, относящихся к рассматриваемой сфере, не используются на практике. Желание России влиться в мировое сообщество и на равных участвовать в торговых отношениях может быть реализовано лишь при условии обеспечения ею реальной охраны интеллектуальной собственности. К сожалению, надлежит признать, что пока для решения данной задачи в стране нет необходимых предпосылок. Политическая и экономическая нестабильность, беззаконие и чиновничий произвол, разгул преступности и проникновение последней практически во все сферы общественной жизни, низкий уровень правовой культуры и апатия простых граждан, большинство из которых находится за чертой бедности, — все эти и некоторые другие факторы вряд ли благоприятствуют охране прав на такую во многом эфемерную вещь, каковой является интеллектуальная собственность. Иными словами, ни о какой реальной охране интеллектуальной собственности невозможно говорить до тех пор, пока в стране не будет наведен элементарный порядок.

В. Роль юриста, специализирующегося в сфере интеллектуальной собственности

Роль юриста, специализирующегося в сфере интеллектуальной собственности в известном смысле сходна с ролью, которую играют юристы-консультанты в других вопросах, но вместе с тем она имеет свои серьезные отличия. Как и другие юрисконсульты, специалисты по интеллектуальной собственности должны охранять права своих клиентов и помогать им избегать нарушений прав других правообладателей. Но в отличие от юрисконсультов по другим вопросам специалисты по интеллектуальной собственности ответственны за охрану прав в ином масштабе, т.е. практически по всему миру.

Так, юристы, практикующие в сфере недвижимости, должны, как правило, знать законодательство, регулирующее имущественные правоотношения в пределах одной конкретной юрисдикции, а именно в пределах места нахождения недвижимости и компетенции самого юриста. Не существует вероятности того, что какое-либо иное законодательство, кроме французского, будет регулировать права собственности на землю и здания в Париже. А от специалиста по интеллектуальной собственности требуется знание этой отрасли и в международном плане. Французскому производителю товаров, например, необходимы различные виды охраны прав на интеллектуальную собственность (патенты, охрана товарных знаков, охрана авторских прав и пр.) не только в пределах Франции, но и в Европейском союзе, а практически по всему миру. Французский специалист по недвижимости должен предвидеть возможные для своего клиента последствия таких правоотношений, как сервитут, аренда и т.д., которые могут ограничить его право пользования недвижимостью, находящейся в Париже. Но все эти правоотношения регулируются французским правом. В противоположность этому юрист производителя товара в Париже должен быть в состоянии обеспечить клиенту возможность свободного экспорта без нарушения права интеллектуальной собственности других участников рынка. Например, клиент может быть законным обладателем патента или товарного знака во Франции. При этом может обнаружиться, что конкурент в Канаде зарегистрировал права на такой же товарный знак или патент, а это уже станет препятствием для французского экспорта по данной позиции в эту страну. Поэтому от юриста потребуются принятие активных мер по удовлетворению требований иностранного законодательства для получения патента или товарного знака за рубежом, поскольку отсрочки в удовлетворении таких требований могут привести к лишению права на охрану интеллектуальной собственности.

Понятно, что ни один юрист не может знать законодательство об интеллектуальной собственности всех стран. Выход был найден в специализации, в которой условно можно выделить два типа. Первый тип специализации заключается в том, что юристы специализируются по какой-то конкретной отрасли права интеллектуальной собственности, например по патентному или авторскому праву. При этом, естественно, они прекрасно знают право интеллектуальной собственности своей страны. Кроме того, по вопросам регистрации прав или преследования за их нарушения юристы, как правило, работают в контакте с юристами или поверенными других стран. Однако для того, чтобы разработать программу охраны прав на интеллектуальную собственность по всему миру, а также для того, чтобы устанавливать связи со специалистами в других странах, юрист, занимающийся вопросами интеллектуальной собственности, должен иметь совершенно отчетливое представление о сложной системе международного договорного права, регулирующего отношения в данной области. Степень международного урегулирования здесь постоянно возрастает, порождая новые детали, которые должны учитываться и инкорпорироваться в национальное законодательство об интеллектуальной собственности. Таким образом, знание международного права дает юристу представление о праве интеллектуальной собственности и в отдельных странах. Вместе с тем международные договоры оставляют место для учета национальных особенностей правового регулирования в вопросах интеллектуальной собственности. Например, в области авторского права они допускают возможность использования особенностей систем континентального гражданского права, где усилены права автора, и особенностей систем общего права, где усилены права издателя. И поскольку рынок для объектов авторского права включает и страны общего права, и страны континентального права, становится понятной практическая важность знания обеих систем.

Но возможности любого юриста не безграничны. Французский юрист, например, может зарегистрировать авторское право своего клиента в Американском агентстве по авторским правам и тем самым обеспечить ему более высокий уровень защиты, которую дает регистрация авторского права в США. Однако французскому юристу почти наверняка потребуются помощь американского специалиста по патентам для заполнения патентной заявки и оформления других бумаг. В США, впрочем, как и во многих других странах, для того, чтобы быть аттестованным в качестве патентного поверенного и представлять интересы заявителей, требуется сдать экзамен по патентному праву. Кроме того, в США, как во многих других странах, допуск иностранных юристов или патентных поверенных к ведению дел заявителя осуществляется на условиях взаимности. Однако более серьезной причиной желания французского специалиста работать через американского патентного поверенного будет являться незнание французским юристом всех тонкостей американского патентного права и практической стороны функционирования американской Службы по патентам и товарным знакам. Тем не менее он должен обладать достаточными знаниями о международном и американском патентном праве для того, чтобы удержать своего клиента от тех шагов, которые могут для него закончиться утратой приоритета на изобретение или потерей права на патент по законодательству США.

Юрист, практикующий в области права интеллектуальной собственности, достаточно часто или даже в основном представляет интересы иностранных клиентов. Это почти всегда так в отношении малых стран. Подавляющее большинство прав на запатентованные изобретения, зарегистрированные товарные знаки и авторских прав, отстаиваемых, например, в Дании, принадлежит иностранным компаниям. И им нужна помощь датского юриста в обеспечении своих прав. От датского юриста, в свою очередь, потребуется знание международного права, служащего основанием для их защиты. Поскольку почти наверняка юристы иностранной компании не владеют датским языком и не компетентны в датском законодательстве, для датского юриста очень важно знать иностранный язык и международное право, чтобы поддерживать эффективные контакты с зарубежными коллегами.

Наряду со знанием основ законодательства об интеллектуальной собственности других стран и положений важнейших международных конвенций об охране интеллектуальной собственности юрист, специализирующийся в рассматриваемой сфере, должен соответствовать ряду дополнительных требований. Прежде всего, он должен обладать глубокими знаниями гражданского права. Право интеллектуальной собственности в объективном смысле включает в свой состав нормы различной отраслевой принадлежности. Однако подавляющая их часть носит гражданско-правовой характер, что дает основание рассматривать право интеллектуальной собственности в качестве особой подотрасли гражданского права.

Будучи составной частью гражданского права право интеллектуальной собственности подчиняется всем основным принципам гражданского права. На отношения, связанные с использованием и охраной объектов интеллектуальной собственности, распространяются практически все общие положения гражданского права, касающиеся правосубъектности участников гражданского оборота (положения о лицах), сделок, в том числе договоров, осуществления и защиты гражданских прав и т.п. Указанные и многие другие положения гражданского права не включаются в специальные законы об авторских и смежных правах, патентах на объекты промышленной собственности, товарных знаках и т.д., но незримо присутствуют в названных актах. Так, российские законы об отдельных объектах интеллектуальной собственности практически не содержат норм о договорах о передаче прав на использование этих объектов, ограничиваясь лишь указанием на виды возможных договоров и некоторые самые общие положения. Указанный «пробел» восполняется общими правилами гражданского права о сделках и договорах, которые применяются и в рассматриваемой сфере. Попытки толковать и применять положения специальных законов в отрыве от общего механизма гражданско-правового регулирования не только не продуктивны, но и способны привести к серьезным ошибкам в правоприменении. Например, принципиально неверно ограничивать защиту авторских, патентных и иных аналогичных прав только теми способами защиты, которые прямо названы в специальных законах. В данном случае применим весь арсенал гражданско-правовых средств защиты субъективных прав, который содержится в гражданских кодексах и иных общих актах гражданского права.

Для юриста, имеющего дело с промышленной собственностью, очень важно также знание антимонопольного законодательства и особых правил о защите прав потребителей. При заключении лицензионных соглашений, договоров коммерческой концессии (франчайзинга) и некоторых иных договоров необходимо учитывать те ограничения, которые установлены в целях защиты конкуренции и прав потребителей. В противном случае соответствующие условия договоров могут оказаться недействительными либо обернуться для их участников имущественными потерями.

Большую роль играет хорошее знание судебного процесса, а также знакомство с административными процедурами защиты прав в рассматриваемой сфере. Несвоевременно принятые меры по обеспечению иска и исполнению судебного решения могут, например, свести на нет все многочисленные усилия по защите нарушенных прав. Защита последних нередко более эффективно и быстро может быть обеспечена административными мерами, например мерами, применяемыми антимонопольными органами.

Наконец, юристу очень полезно знать основы тех областей интеллектуальной собственности, к которым применяются правовые нормы. Конечно, нельзя требовать от юриста, чтобы он досконально разбирался в искусстве или соответствующем разделе техники. Такие специалисты иногда встречаются, но их высокое мастерство обычно ограничивается той узкой областью знаний, к которой они прилагают свои усилия. Для хорошего специалиста в области интеллектуальной собственности достаточно того, чтобы он обладал знаниями основ науки, техники, литературы и искусства и, желательно, чуть глубже знал ту непосредственную область, в которой он специализируется.

III. Международные учреждения по охране интеллектуальной собственности

A. Введение

В области охраны интеллектуальной собственности существует два основных института международного уровня и ряд региональных организаций. Основными международными организациями являются Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС) и Всемирная торговая организация (ВТО). Важнейшей среди региональных организаций является Европейский союз. Эти организации выполняют очень важные функции. ВОИС и ВТО отвечают за составление и пересмотр основных международных договоров в области охраны интеллектуальной собственности. Они не только разрабатывают такие договоры, но и в определенных случаях принудительно осуществляют их исполнение. Европейский союз открыл региональное бюро по товарным знакам и в настоящее время занимается разработкой регионального законодательства о товарных знаках. Кроме того, вынашиваются планы создания Европейского патентного союза.

Б. Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС)

Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС) — это старейшая и наиболее крупная из всех международных организаций, занимающихся вопросами интеллектуальной собственности¹. История создания этой организации относится к концу XIX в., когда произошло слияние структур, образованных в свое время для исполнения Парижской конвенции по охране промышленной собственности и Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений. В настоящее время ВОИС является специализированным органом Организации Объединенных Наций. ВОИС выполняет ряд функций в сфере интеллектуальной собственности. Наиболее важные из них связаны с исполнением действующих договоров по интеллектуальной собственности и организацией подготовки новых. ВОИС также занимается оказанием технического содействия странам, совершенствующим свое законодательство по интеллектуальной собственности, и помогает в разрешении спорных вопросов по данной проблематике.

Несмотря на определенные успехи в деятельности ВОИС, начиная с 80-х гг. страны, экспортирующие интеллектуальную собственность, стали все более критично высказываться в ее адрес. По их мнению, доходы от экспорта интеллектуальной собственности находятся под угрозой из-за двух аспектов деятельности ВОИС. Первый связан с тем, что большинство стран мира, а следовательно, и большинство членов ВОИС, является импортерами интеллектуальной собственности. Процессы подготовки международных договоров, в которых все члены ВОИС участвуют на равных, находятся под их явным влиянием. Второй аспект связан с тем, что успех ВОИС в осуществлении основной ее функции состоит в практическом обеспечении ратификации всеми странами—членами договоров по интеллектуальной собственности и включения их положений в национальное законодательство. Поэтому внимание должно быть обращено на наиболее важную из нерешенных проблем, а именно на проблему принудительного исполнения этих договоров. Многие из менее развитых стран ввели у себя современные модели законодательства об интеллектуальной собственности, но не имеют практики его эффективного применения. ВОИС же всегда сосредоточивала свое внимание на материальных аспектах права и не занималась вопросами правоприменения. Неудовлетворенность этим аспектом деятельности ВОИС особенно возросла к тому времени, когда велись переговоры о реформировании Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ) в новую международную структуру — Всемирную торговую организацию (ВТО). Результатом явилось (речь об этом пойдет ниже) включение положений о принудительном исполнении договоров и о механизмах такого исполнения в соглашения, разработанные самой ВТО. Тем не менее ВОИС продолжает играть ведущую роль и в отношении действующих, и в разработке новых договоров по интеллектуальной собственности.

СССР стал членом ВОИС в 1968 г. После распада Советского Союза его членство в ВОИС было продолжено Российской Федерацией.

В. Всемирная торговая организация (ВТО)

Всемирная торговая организация (ВТО) была создана в 1995 г. в результате многосторонних переговоров о совершенствовании Генерального соглашения по тарифам и торговле. Это

¹ Текущую информацию по ВОИС см. страницу в Интернете: <http://www.wipo.org>

Соглашение сыграло значительную роль в развитии свободной торговли. Но его положениями не охватывались вопросы о продаже услуг и о приобретении интеллектуальной собственности. Плюс к этому в рамках ГАТТ не было создано эффективных институтов и механизмов принудительного исполнения его положений². Так называемый Уругвайский раунд международных переговоров, который длился с 1986 по 1994г., завершился принятием Заключительного акта, в который вошли ряд соглашений и, прежде всего, Соглашение о формировании ВТО. Еще одно соглашение, включенное в Заключительный акт, — Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights — TRIPs). Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности — ТРИПС — содержит положение, в соответствии с которым условиями членства в ВТО являются приверженность страны к основным международным договорам по интеллектуальной собственности, готовность обеспечить уровень ее охраны не меньший, чем это требуется по соответствующим договорам, и, что самое главное, применение эффективных механизмов принудительного исполнения договорных обязательств.

Положениями ГАТТ был создан весьма примитивный механизм разрешения споров. Всемирная торговая организация обладает куда более мощными возможностями в этой области. Жалоба о несоблюдении договорных положений проходит в ВТО формальную процедуру слушаний в Комиссии по урегулированию споров, включая апелляционные стадии. Эта процедура может закончиться либо отклонением жалобы, либо подтверждением факта нарушения. В случае установления нарушения проигравшей стороне дается разумный срок для его устранения. Если нарушение не устранено, ВТО может разрешить выигравшей дело стороне применить репрессалии (осуществить меры возмездия). Примером такой ситуации может послужить жалоба Соединенных Штатов Америки (позднее к ней присоединилось и Европейское Сообщество) против Индии. США считали, что Индия не выполняет своих обязательств согласно положениям Соглашения ТРИПС о постепенном введении патентной охраны фармацевтической и сельскохозяйственной химической продукции. Эта жалоба была рассмотрена Комиссией по урегулированию споров ВТО. Индия после этого исправила ситуацию, укрепив собственную систему патентной регистрации.

Российская Федерация пока еще не является членом ВТО, хотя и выразила намерение присоединиться к данной организации. Российское законодательство об интеллектуальной собственности в настоящее время в основном соответствует требованиям Соглашения ТРИПС и в этом плане едва ли могут возникнуть серьезные препятствия при приеме России в ВТО. Таким препятствием, однако, может стать реальное состояние дел с охраной прав на объекты интеллектуальной собственности в Российской Федерации.

Г. Европейский союз

В Европейский союз входят страны, в которых уже в течение длительного времени действуют сильные системы охраны интеллектуальной собственности. Страны — члены ЕС и руководящие органы ЕС в политике охраны интеллектуальной собственности ставят ряд задач: 1) усиление охраны интеллектуальной собственности; 2) предупреждение использования прав на интеллектуальную собственность в недобросовестной конкуренции; 3) гармонизация законодательства об интеллектуальной собственности; 4) снижение уровня дублирования усилий национальных патентных служб и структур, занимающихся товарными знаками. Для достижения этих целей в ЕС используется ряд механизмов: 1) издание обязательных директив; 2) участие в работе основных международных организаций и в подготовке договоров; 3) подготовка договоров присоединения для стран — членов ЕС (в некоторых случаях открытых и для других стран); 4) создание собственных институтов, в частности Европейского патентного бюро и Европейского бюро по товарным знакам. Конкретно деятельность ЕС и его институты будут описаны ниже при изложении правил о тех объектах интеллектуальной собственности, на которые они могут воздействовать.

В 1994 г. Российской Федерацией и Европейским союзом подписано Соглашение о партнерстве и сотрудничестве, которое вступило в силу для России 1 декабря 1997 г. Указанное Соглашение носит комплексный характер, поскольку предусматривает развитие политического диалога, содействие торговле, инвестициям и гармоничным экономическим отношениям между сторонами. Особое внимание в Соглашении уделено обеспечению должного уровня охраны и реализации прав интеллектуальной собственности, чему посвящены ст. 54 Соглашения и Приложение 10. Подтвердив значимость обязательств, вытекающих из уже связывающих их многосторонних конвенций, стороны договорились о том, что к концу пятого года после вступления в силу настоящего Соглашения Россия присоединится к Бернской конвенции об охране

² По вопросам текущей информации см. страницу в Интернете: <http://www.wto.org>

литературных и художественных произведений (это произошло уже в 1995 г.), Международной конвенции по охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций и Международной конвенции по охране новых сортов растений (это произошло в 1997 г.). Кроме того, Россия обязалась продолжить совершенствование механизмов охраны интеллектуальной собственности с целью обеспечения к концу пятого года после вступления настоящего Соглашения в силу уровня охраны, аналогичного уровню, существующему в Европейском союзе, включая эффективные средства обеспечения соблюдения таких прав.

Д. Североамериканская ассоциация свободной торговли

Члены Североамериканской ассоциации свободной торговли: Канада, Мексика и Соединенные Штаты Америки — преуспели в деле унификации права интеллектуальной собственности в своих странах, несмотря на федеральный принцип государственного устройства. Но НАФТА (Североамериканское соглашение о свободе торговли) значительно слабее документов ЕС в вопросах охраны интеллектуальной собственности. В этом Соглашении не предусмотрены полномочия Ассоциации издавать свои директивы, а также создание централизованных патентного бюро и бюро по товарным знакам. В договоре о создании Ассоциации не предусмотрена разработка общих стандартов охраны интеллектуальной собственности, нет и положения об устранении дискриминационных требований в национальном законодательстве. Положительный момент заключается в том, что такие положения включены в Соглашение ТРИПС, и, стало быть, в настоящее время отсутствие их в НАФТА не имеет особого значения.

Е. Евразийская патентная организация

Евразийская патентная организация находится в Москве, использует ресурсы патентного ведомства бывшего СССР и пользуется поддержкой Патентного ведомства Российской Федерации. До распада СССР это ведомство для всех республик было центральным в патентной системе. Евразийская патентная конвенция, которая открыта для подписания всеми государствами, создана с целью использования оставшейся инфраструктуры в новых политических условиях. Деятельность этой организации будет обсуждена более подробно в разделе о патентном праве.

Заклучив *Евразийскую патентную конвенцию*, независимые государства—республики бывшего Советского Союза учредили новую межправительственную Евразийскую патентную организацию (ЕАПО) со штаб-квартирой в г. Москве. Органами данной Организации являются Административный совет и Евразийское патентное ведомство (ЕАПВ). Административный совет, в котором на равных началах представлены все государства—члены Организации, назначает Президента Евразийского патентного ведомства, утверждает бюджет Организации, а также Патентную, Финансовую и Административную инструкции, одобряет соглашения, заключенные Организацией с государствами и межгосударственными организациями, и решает другие вопросы, относящиеся к его компетенции. Все вопросы рассматриваются на очередных (один раз в календарный год) и внеочередных заседаниях Административного совета, в которых с правом совещательного голоса принимает участие и полномочный представитель ВОИС.

Все административные функции Организации, включая рассмотрение заявок и выдачу евразийских патентов, выполняет Евразийское патентное ведомство (г. Москва), которое возглавляется Президентом и в штате которого каждое государство-участник имеет свою квоту.

Евразийская патентная конвенция содержит ряд материально-правовых норм, которыми либо устанавливаются единые требования по ряду вопросов, либо допускается их самостоятельное решение в национальном патентном законодательстве стран — участниц Конвенции. Так, ст. 6 Конвенции указывает, что Евразийское патентное ведомство выдает евразийский патент на изобретение, которое является новым, имеет изобретательский уровень и промышленно применимо. В соответствии со ст. 10 объем правовой охраны, предоставляемой евразийским патентом, определяется формулой изобретения, а описания и чертежи могут служить только для целей толкования формулы. Согласно ст. 11 срок действия евразийского патента составляет 20 лет с даты подачи евразийской заявки. Эти и некоторые другие положения, решенные в Конвенции в единообразном виде, детализируются в Патентной инструкции, утверждаемой Административным советом. Что же касается таких вопросов, как право на подачу заявки на служебное изобретение (ст. 7), предоставление заявителю временной правовой охраны (ст. 9), ответственность за нарушение евразийского патента (ст. 13) и др., то они решаются в соответствии с национальным законодательством государств, участвующих в Конвенции.

IV. Коммерческая тайна

А. Введение

Коммерческая тайна — это один из старейших методов охраны интеллектуальной собственности. Несомненно, что мастерские древнего мира хранили в тайне секреты своего мастерства задолго до возникновения понятия интеллектуальной собственности. Их производственные секреты не имели письменной формы, а были знаниями и ноу-хау отдельных людей. Понятно, что такие секреты передавались из поколения в поколение, от отца к сыну, от мастера к рабу. Нет свидетельств того, что в те времена существовали какие-либо внешние формы охраны этих секретов, кроме общей власти, которую в древние времена имел отец над сыном, хозяин над рабом.

Ко времени промышленной революции в Европе природа производственных секретов изменилась. Сложные производственные процессы и система деловых отношений потребовали введения письменной документации и обусловили возможность для большого числа наемных работников свободно менять работодателя. Таким образом, возникли две основные угрозы секретам производства: 1) нелояльность работника по отношению к бывшему работодателю и 2) кража документации. Работодатели начали включать в трудовые контракты условия, требующие от работника сохранения секретов производства, составляющих коммерческую тайну. Законодатели и судебная власть ответили на проблему ужесточением преследования работника за нарушение условий контракта, как мерой защиты от его нелояльности и краж секретов. Этот процесс в конце XX века увенчался тем, что положения об охране коммерческой тайны как вида интеллектуальной собственности были включены в Соглашение ТРИПС.

Сохранение в тайне секретов производства как средство обеспечения фактического преимущества перед другими участниками оборота является самой древней формой охраны творческих результатов прикладного характера. Однако правовое регулирование отношений, связанных с указанными объектами промышленной собственности, появилось лишь в последнее столетие в рамках законодательства о борьбе с недобросовестной конкуренцией. В России, где на протяжении 70 лет господствовала планово-административная экономика, данный вид регулирования практически отсутствовал. Впервые право участников оборота на сохранение коммерческой тайны было провозглашено Законом СССР от 4 июня 1990 г. «О предприятиях в СССР». В ст. 33 указанного Закона раскрывалось понятие коммерческой тайны как не являющихся государственными секретами сведений, связанных с производством, технологической информацией, управлением, финансами и другой деятельностью предприятий, разглашение (передача, утечка) которых может нанести ущерб их интересам. Статья 2 Закона РСФСР от 24 декабря

1990 г. «О собственности в РСФСР» упоминала о секретах производства (ноу-хау, торговые секреты) как одним из признаваемых законом объектов интеллектуальной собственности. Закон РСФСР от 25 декабря 1990 г. «О предприятиях и предпринимательской деятельности», с вступлением в силу которого на территории РСФСР перестал применяться Закон СССР «О предприятиях в СССР», хотя и не содержал определения коммерческой тайны, но подтверждал право предприятия на данный объект интеллектуальной собственности. Чуть позже Законом РСФСР от 22 марта 1991 г. «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» получение, использование, разглашение научно-технической, производственной или торговой информации, в том числе коммерческой тайны, без согласия ее владельца было квалифицировано в качестве одной из форм недобросовестной конкуренции (ст. 10). Однако условия, при которых обладатель технической, организационной или коммерческой информации, составляющей секрет производства (ноу-хау), приобретал право на защиту от незаконного использования этой информации третьими лицами, были впервые закреплены ст. 151 Основ гражданского законодательства

1991 г. С принятием части первой Гражданского кодекса РФ в законодательстве появилось более развернутое определение служебной и коммерческой тайны (ст. 139).

В настоящее время российское законодательство об охране служебной и коммерческой тайны представляет собой совокупность статей, которые содержатся в различных правовых актах, посвященных в целом регулированию иных общественных отношений. Центральной из них является ст. 139 ГК, содержащая определение служебной и коммерческой тайны, раскрывающая условия признания ее самостоятельным объектом правовой охраны и указывающая на основные юридические средства защиты прав ее обладателя.

Не менее важное значение имеет в рассматриваемой сфере ряд статей Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», которые запрещают незаконное использование информации, составляющей коммерческую тайну, определяют функции и права государственных антимонопольных органов, содержат санкции, применяемые к нарушителям правил добросовестной конкуренции, и т.д. Федеральный закон от 20 февраля 1995 г. «Об информации, информатизации и защите информации» хотя и не содержит специальных правил, посвященных охране коммерческой тайны, но включает целый ряд норм, имеющих к ней непосредственное отношение. В частности, в нем раскрываются понятия информационных ресурсов, конфиденциальной информации, защиты информации и т.д. КЗоТ РФ допускает включение в трудовой договор условий неразглашения работником сведений, составляющих служебную или коммерческую тайну, ставших известными ему в связи с исполнением своих должностных обязанностей. Налоговый кодекс РФ, Законы РФ от 24 июня 1993 г. «О федеральных органах налоговой полиции», от 11 марта 1992 г. «О частной детективной и охранной деятельности в РФ», от 21 мая 1993 г. «О таможенном тарифе» и др. содержат специальные статьи, возлагающие на работников соответствующих органов и организаций обязанность по неразглашению сведений, ставших им известными в связи с выполнением служебных обязанностей и составляющих коммерческую тайну предприятий и организаций.

Из числа подзаконных актов, принятых в развитие указанных выше правил, следует выделить прежде всего постановление Правительства РСФСР от 5 декабря 1991 г. № 35 «О перечне сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну», указывающее на те виды информации, которые не могут засекречиваться участниками оборота. Целый ряд иных подзаконных актов посвящен детализации обязанностей должностных лиц соответствующих органов по сохранению в тайне сведений, полученных при исполнении служебной деятельности.

Б. Моральные, экономические и политические основы охраны коммерческой тайны

Уяснение основ охраны секретов производства может оказать существенную помощь в деле применения положений законодательства о коммерческой тайне. Моральной основой здесь служит библейская заповедь: «Не укради». Экономическая основа — это поощрение нововведений. Политическая основа — это мощное лобби большого бизнеса, являющегося обладателем большинства промышленных секретов. И хотя вроде бы общепринято считать, что красть аморально, положение изменяется, когда речь заходит о воровстве идей. По закону тяжесть наказания за кражу чужого имущества традиционно определяется пропорционально ценности похищенного. Моральная сторона вопроса становится менее ясной в ситуации, когда работник переходит к другому работодателю, унося с собой и профессиональные навыки, и специфическую информацию не в материальной форме, а в голове. Законодательство о коммерческой тайне призвано стимулировать развитие в тех областях производства, где относительно слаба патентная защита. Достаточно трудно, например, ввести патентную охрану секретов производственного процесса, и поэтому конкуренты могут их тайно заимствовать и использовать. Однако относительно просто защитить производственные секреты как коммерческую тайну, и в таком случае конкуренты могут ими пользоваться только, если откроют такой же способ производства самостоятельно. Получение патента — процесс длительный и дорогостоящий. Поэтому компании не могут себе позволить патентовать любое рационализаторское предложение или нововведение. А коммерческая тайна может обеспечивать охрану секретов производства и, следовательно, стимулировать новаторские предложения, каждое из которых относительно мало, чтобы стать объектом патентования, но их совокупность становится уже весьма ценной. Многие виды таких предложений в принципе не патентоспособны, поскольку не несут в себе новизны изобретения. В качестве примера возьмем списки клиентов. Коммерческая тайна в этом случае может быть единственным способом охраны содержащейся в них информации.

Даже если бы не существовало "законодательства о коммерческой тайне, бизнес все равно засекречивал бы информацию. Однако отсутствие правовой охраны коммерческой тайны тормозило бы эффективность хозяйственной деятельности. Держатели коммерческой тайны пойдут на любые непроизводительные расходы, такие, как, скажем, физические охранные средства (заборы, запоры, шифрование и пр.), если не смогут полагаться на надежные правовые средства охраны от нарушения коммерческой тайны. Если правовые средства (например, договорные условия о соблюдении коммерческой тайны) будут недоступны для держателей коммерческой тайны, они не

смогут безопасно для себя заключать контракты, в том числе и трудовые, необходимые для эффективного решения поставленных задач. Неэффективность охраны коммерческой тайны имеет два следствия: 1) лоббирование интересов бизнеса по усилению охраны коммерческой тайны, 2) нежелание делать инвестиции в те страны, где слаба правовая охрана коммерческой тайны.

В. Структура международных договоров, предусматривающих охрану коммерческой тайны

Минимальные международные стандарты по защите коммерческой тайны установлены в некоторых конвенциях и в Соглашении ТРИПС. Так, в ст. 10 bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности говорится:

«1. Страны Союза обязаны обеспечить гражданам стран, участвующих в Союзе, эффективную защиту от недобросовестной конкуренции.

2. Актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах».

Сложно утверждать, что смыслом изложенного охватывается понятие коммерческой тайны. Тем не менее, в тексте Соглашения ТРИПС в ст. 39 говорится:

«1. В процессе обеспечения эффективной защиты от недобросовестной конкуренции, как это предусмотрено ст. 10 bis Парижской конвенции (1967), страны-участницы должны охранять закрытую информацию ... и данные, предоставляемые их правительствам ...»

Далее в статье детализируются правила охраны закрытой информации. Мы о них будем говорить в других разделах. В тексте же рассматриваемого документа термин «закрытая информация» использован для того, чтобы подчеркнуть, что защита должна идти значительно дальше узких концепций XIX в., например таких, как «секреты производства». Соглашение ТРИПС — это первое крупное многостороннее международное соглашение, обеспечивающее охрану коммерческой тайны.

Г. Понятие охраны коммерческой тайны

Положениями Соглашения ТРИПС определяется минимальный объем понятия охраны коммерческой тайны как защиты информации, которая на законных основаниях контролируется юридическим или физическим лицом и которая:

а) является секретной в том смысле, что она либо в целом, либо в конкретном сочетании или расположении ее компонентов не является известной или легко доступной лицам, принадлежащим к определенному кругу, обычно имеющему дело с подобными видами информации;

б) имеет коммерческую ценность ввиду ее секретности;

в) в конкретных обстоятельствах была подвергнута определенным разумным мерам охраны лицом, контролирующим эту информацию на законных основаниях, в целях сохранения ее секретности.

Данное определение включает три таких элемента, как: 1) секретность, 2) коммерческая ценность, 3) меры по сохранению секретности. Это весьма похоже на объемное определение, содержащееся в законодательстве США. В нем нашел свое отражение способ давления со стороны делегации Соединенных Штатов во время Уругвайского раунда переговоров по ГАТТ, где четко прослеживалось стремление поднять международный уровень охраны интеллектуальной собственности до уровня, существующего в США. В прошлом многие страны относились к вопросам защиты коммерческой тайны не иначе, как к вопросам охраны секретов производства или промышленной собственности. Чтобы удовлетворять требованиям Соглашения ТРИПС, странам—членам ВТО придется охватить правовой охраной все секреты, имеющие коммерческую ценность. Конечно, все страны свободны в том, чтобы расширить пределы охраны, установленные в Соглашении, сделав национальный уровень даже более высоким. Определением коммерческой тайны в национальном законодательстве, которое в будущем, весьма вероятно, станет похожим на определение в Соглашении ТРИПС, как правило, устанавливаются скорее общие принципы, нежели точные правила. Поэтому судам и ученым придется поискать ответы на некоторые вопросы. Например, на вопрос о том, каков объем требований к зачислению информации в разряд «секретной в том смысле, что она либо в целом, либо в конкретном сочетании или расположении ее компонентов, как правило, не является известной или доступной лицам, принадлежащим к определенному кругу, обычно имеющему дело с подобными видами информации»?» Нельзя не

признать, что две или даже несколько компаний независимо друг от друга могут разработать одинаковые секреты производства. Точно так же нельзя не признать, что владелец такого секрета может выдать лицензию на его использование третьим лицам — производителям в данной отрасли. Однако если каждая компания отрасли использует данный технологический процесс, то его нельзя не признать общеизвестным приемом производства. Информация является общедоступной, если, например, названия и адреса всех магазинов, торгующих определенным товаром, в конкретном городе можно найти в телефонном справочнике. Обывателю неизвестно, какие акции лучше продаются на бирже сегодня, но эта информация широко доступна брокерам, которые входят «в круг лиц, который имеет дело с данной информацией». Поэтому данная информация также не является коммерческой тайной.

Другой вопрос — каков объем понятия «коммерческая ценность»? Одни виды информации могут не представлять никакой ценности. Другие могут иметь ценность, но не коммерческого характера. Например, один из американских судов отказал в праве на охрану церковных таинств как коммерческой тайны. Суд исходил из того, что эти таинства могут иметь определенную духовную ценность для церкви, но коммерческой ценности они не представляют. Основная цель определения коммерческой ценности информации состоит в том, чтобы выйти за пределы ранее существовавшего положения, в котором упор делался на специфический характер видов секретности, таких, как секреты производства или закрытые списки клиентов.

Третий элемент — «разумные» меры по сохранению секретности — включен в рассматриваемое понятие в целях установления нижнего и верхнего пределов объема усилий, требующихся для сохранения секретности. Нижний предел, требующий, соответственно, минимальных усилий, имеет цель простого уведомления о том, что данная конкретная информация относится к разряду секретной. Меры этого уровня способствуют экономии ресурсов правоохранительной системы в защите информации, обладатель которой мало заботится о сохранении ее в тайне. Так, в США один из пивоваренных заводов организовывал туры для посетителей, во время которых их знакомили с процессом изготовления пива, а в конце тура устраивали дегустацию. Инженеры фирмы-конкурента включились в такой тур и скопировали производственный процесс. В ходе судебного разбирательства суд признал, что пострадавшая компания не приняла разумных мер для охраны своих секретов, что может означать отсутствие коммерческой тайны в ее производственных процессах. Верхний предел — это принятие максимально разумных мер. Такие меры собственника информации освобождают его от необходимости предпринимать экстремальные расходы для охраны своих секретов. Вор не может оправдывать себя тем, что на дверях кабинета с хранящейся в нем секретной информацией были слабые запоры.

Гражданский кодекс РФ определяет коммерческую тайну как *информацию, имеющую действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу ее неизвестности третьим лицам, к которой нет свободного доступа на законном основании и по отношению к которой обладатель информации принимает меры к охране ее конфиденциальности* (п. 1 ст. 139). Отвечая всем признакам, свойственным интеллектуальной собственности, и будучи одним из ее объектов, коммерческая тайна обладает рядом специфических особенностей.

Прежде всего следует отметить, что в ее основе лежит *фактическая монополия* определенного лица на некоторую совокупность знаний. Правовые средства, которыми располагает обладатель коммерческой тайны, хотя и предоставляют ему известные возможности для ограждения его интересов, являются менее эффективными, чем те, которые имеются в распоряжении владельцев иных объектов интеллектуальной собственности. Поэтому прежде всего от самого правообладателя, от полноты и результативности принимаемых им мер по сохранению его фактической монополии на знание зависит жизненность его права на коммерческую тайну.

Важной особенностью коммерческой тайны является, далее, ее наибольшая *универсальность* среди других объектов интеллектуальной собственности. Если под изобретениями, промышленными образцами, товарными знаками и иными объектами интеллектуальной собственности закон понимает вполне определенные результаты интеллектуальной деятельности, то под понятие коммерческой тайны могут быть подведены самые разнообразные сведения, связанные с производством, технологической информацией, управлением, финансами и другой деятельностью предпринимателя. При этом коммерческой тайной могут быть объявлены вполне потенциально патентоспособные решения, которые правообладатель по каким-либо причинам не желает обнародовать и патентовать в установленном порядке.

Вместе с тем возможности предпринимателей по отнесению сведений, связанных с их деятельностью, к коммерческой тайне не безграничны. Любое государство вправе осуществлять контроль за деятельностью предпринимателей, следить за своевременностью и полнотой уплаты налогов, оценивать воздействие их деятельности на окружающую среду и т.д. Поэтому повсеместно

законом, иными правовыми актами или судебной практикой определяются сведения, которые не могут составлять коммерческую тайну. В РФ круг таких сведений установлен постановлением Правительства РСФСР от 5 декабря 1991 г. № 35 «О перечне сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну», а также некоторыми другими актами. В частности, не могут составлять коммерческую тайну учредительные документы; документы, дающие право заниматься предпринимательской деятельностью; сведения по установленным формам отчетности о финансово-хозяйственной деятельности и иные сведения, необходимые для проверки правильности исчисления и уплаты налогов и других обязательных платежей; документы о платежеспособности; сведения о численности, составе работающих, их заработной плате и условиях труда и др.

Коммерческая тайна как объект интеллектуальной собственности *не требует официального признания ее охраноспособности*, государственной регистрации или выполнения каких-либо иных формальностей, а также уплаты государственных пошлин. Это также имеет значение в выборе данной формы охраны достигнутого результата интеллектуальной деятельности среди имеющихся возможностей.

Таковы основные особенности коммерческой тайны как объекта интеллектуальной собственности. Их анализом, однако, характеристика коммерческой тайны не ограничивается. Как и по отношению к другим объектам интеллектуальной собственности, применительно к коммерческой тайне закон устанавливает ряд *критериев охраноспособности*, которым она должна способствовать, чтобы пользоваться правовой охраной. Особенностью рассматриваемого объекта интеллектуальной собственности является то, что проверка охраноспособности коммерческой тайны осуществляется не в порядке специальной предварительной процедуры, а только тогда, когда право на коммерческую тайну нарушается или оспаривается и требуется установить, существует ли оно вообще.

Российское законодательство, как и законодательство большинства европейских стран, предъявляет к коммерческой тайне следующие три требования. Во-первых, информация должна иметь *действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу ее неизвестности третьим лицам*. В соответствии с данным критерием из числа сведений, составляющих коммерческую тайну, исключаются те, которые не представляют никакого интереса для окружающих, которые не могут быть использованы третьими лицами для достижения своих целей, которые никто не приобрел бы, если бы они были предложены к продаже. Кроме того, те сведения, которые обладают действительной или потенциальной ценностью, должны быть неизвестны третьим лицам. Под третьими лицами в данном случае понимаются те лица, для которых эти сведения представляют коммерческий интерес. Ими могут быть другие предприниматели, конкурирующие с обладателем коммерческой тайны, его контрагенты по хозяйственным обязательствам, потребители его продукции, работ и услуг и т. д. Известность сведений должностным лицам и иным работникам органов и организаций, которым эти сведения стали известны в связи с выполнением ими служебных обязанностей и на которых лежит обязанность по сохранению их в тайне, не препятствует признанию информации коммерческой тайной.

Во-вторых, к информации, составляющей коммерческую тайну, *не должно быть свободного доступа* на законном основании. Если соответствующая информация может быть получена законным образом любым заинтересованным лицом, например путем изучения открытых данных, анализа образцов выпускаемой продукции, знакомства с публикациями и т.п., она коммерческой тайной не признается.

В-третьих, чтобы информация считалась коммерческой тайной, требуется, чтобы обладатель информации принимал *меры к охране ее конфиденциальности*. Спектр этих мер весьма обширен. К ним могут быть отнесены разнообразные меры технического, организационного и юридического характера, которые направлены на то, чтобы оградить информацию от несанкционированного доступа третьих лиц. При этом, конечно, не требуется, чтобы обладатель информации принимал все мыслимые средства для ее охраны. Важно, чтобы из его конкретных действий явно следовало желание сохранить определенные сведения в тайне от окружающих. Следует подчеркнуть, что при значимости всех названных выше условий охраноспособности коммерческой тайны последнее из них является, пожалуй, решающим. Если, например, обладатель информации не позаботился о том, чтобы возложить на конкретных лиц, будь то наемные работники или контрагенты, обязанность по неразглашению известных им сведений, его шансы на защиту нарушенных интересов крайне невелики.

Помимо коммерческой тайны российское законодательство выделяет еще несколько видов сведений, которые должны сохраняться в тайне. Речь, в частности, идет о государственной, военной, медицинской, нотариальной, адвокатской, банковской тайнах, личной и семейной тайне, тайне усыновления, тайне следствия и т.д. Отношения, связанные с каждой из названных выше и некоторыми другими видами тайн, специально регламентируются соответствующим

законодательством, устанавливающим как право на сохранение определенных сведений в тайне, так и ответственность лиц, разгласивших их без санкции правообладателя. Коммерческая тайна отличается от всех этих видов тайн тем, что сведения, ее составляющие, относятся к коммерческой деятельности предпринимателя и имеют коммерческую же ценность.

Наряду с термином «коммерческая тайна» в законодательстве и на практике широко используются такие термины, как «секреты производства», «ноу-хау», «торговые секреты», «конфиденциальная информация» и т.п. Хотя каждый из названных терминов имеет присущий лишь ему оттенок и применяется обычно в достаточно определенной ситуации, все они обозначают, в сущности, одно и то же понятие, которое в новом ГК получило наименование «служебная и коммерческая тайна». Можно долго спорить о том, является ли это наименование наилучшим, но с закреплением его в законе необходимо считаться. Если обратиться к зарубежному законодательству, то в большинстве стран это понятие именуется «trade secrets» или «торговые секреты», что тоже, конечно, весьма приблизительно выражает суть обозначаемого им явления. Поэтому важно не то, какое название имеет информация, которая охраняется законом от несанкционированного доступа третьих лиц, а то, каким требованиям она должна соответствовать.

Д. Срок охраны коммерческой тайны

В соответствии с положениями Соглашения ТРИПС, при соблюдении прочих условий, срок действия права на коммерческую тайну не ограничен. Этот срок длится столько, сколько данная информация отвечает условиям, изложенным выше. Такое положение значительно более благоприятно по сравнению с патентной охраной, срок действия которой в большинстве стран истекает через 20 лет после даты подачи заявления или даже ранее, если патентообладатель перестает оплачивать пошлину за поддержание патента в силе. С другой стороны, в отношении коммерческой тайны существуют реальные риски, поскольку (об этом мы будем говорить ниже) эту тайну можно утратить в любое время либо ввиду неосторожности ее обладателя, либо в результате «настырности» других лиц.

Специфической чертой коммерческой тайны, выделяющей ее среди других объектов интеллектуальной собственности, является *неограниченность срока ее охраны*. Право на коммерческую тайну действует до тех пор, пока сохраняется фактическая монополия лица на информацию, которое ее образует, а также имеются предусмотренные законом условия ее охраны. Это обстоятельство делает избрание данной формы охраны привлекательным для предпринимателей в тех случаях, когда их не удовлетворяет принцип срочности патентной охраны.

Е. Незаконные способы получения коммерческой тайны конкурентами

Соглашение ТРИПС содержит некоторые указания на способы, которые считаются недозволенными для завладения информацией, составляющей коммерческую тайну. В их числе есть такое: «Юридические и физические лица, на законных основаниях контролирующие определенную информацию, могут предотвращать ее несанкционированное раскрытие, приобретение или использование третьими лицами, которые для этого действуют способами, противоречащими правилам честного ведения коммерческой практики...» При этом смысл выражения «способами, противоречащими правилам честного ведения коммерческой практики» раскрывается следующим образом: это «такие способы, как несоблюдение договорных условий, злоупотребление доверием или склонение к этому, включая приобретение закрытой информации третьими лицами, которые заведомо знали либо проявили неосторожность в отношении того, что именно такими способами была получена приобретенная ими информация».

Ясно, что в «способы, противоречащие правилам честного ведения коммерческой практики» входят и такие виды преступных действий, как проникновение в деловые помещения конкурента, прослушивание его телефонов и подкуп его сотрудников. Соглашение ТРИПС содержит и другие положения, в соответствии с которыми проясняются и расширяются практические возможности охраны коммерческой тайны, поскольку от стран—участниц ВТО требуется не просто законодательное запрещение явно криминальных способов действий, но и принятие мер против пограничных с преступными видов деятельности.

Хотя Гражданский кодекс РФ не указывает на то, какие методы получения информации являются незаконными, данный вопрос не представляет особой сложности. Во всем мире к числу таких методов относят промышленный шпионаж, подкуп служащих обладателя коммерческой тайны, проникновение в помещение, прослушивание средств связи, вскрытие корреспонденции и т.д. Большинство из названных и подобных им действий запрещены законодательством и образуют составы административных или уголовных правонарушений (см., например, ст. 183 УК РФ). В тех

случаях, когда специального запрета на использование некоторых мер в действующем законодательстве не содержится, следует исходить из смысла правил, запрещающих недобросовестную конкуренцию.

Ж. Правомерные способы получения коммерческой тайны " конкурентами

Следует отметить, что существует три очень важных способа получения коммерческой тайны, на которые не распространяются запретительные положения Соглашения ТРИПС: 1) независимое открытие, 2) обратный технический анализ, 3) добросовестное приобретение. Все три способа считаются «честными видами коммерческой практики».

1. Независимое открытие

Ни в одной стране мира коммерческая тайна не имеет охраны от независимых открытий. Введение подобной охраны подорвало бы основы патентной системы, которая обеспечивает защиту прав патентообладателя от независимого открытия в обмен на обнародование им закрытой информации и передачу ее в общественное пользование по истечении срока патентной охраны. Владелец незапатентованного производственного секрета рискует его утратить в любой момент. Конкурент, который делает независимое изобретение, может его засекретить как коммерческую тайну, и в этом случае возникают два владельца одного и того же секрета. Альтернативой этому положению выступает возможность получения так называемого заградительного патента, как способа защиты собственной информации. В некоторых странах получение заградительного патента в подобной ситуации используется для того, чтобы воспрепятствовать использованию изобретения первым из двух субъектов. Конкурент, защитивший себя таким образом, может, если захочет, обнародовать свои секреты, но при этом он полностью утрачивает право на коммерческую тайну. Коммерческая тайна может быть утрачена также в совершенно законной ситуации, когда независимый ученый-исследователь приходит к таким же результатам и публикует информацию о них в научной печати.

Точно так же данный вопрос решается законодательством России. Еще раз подчеркнем, что в соответствии с действующим российским законодательством нарушением права на коммерческую тайну считается не всякое получение третьим лицом неизвестной ему ранее и ценной для него в коммерческом отношении информации, а только завладение этой информацией с помощью незаконных методов. В этой связи на обладателе информации лежит обязанность доказать не только, что эта информация отвечала всем установленным законом критериям охраноспособности, но и что конкретное лицо получило доступ к ней, используя незаконные способы, которые либо прямо запрещены законом (проникновение в жилище, вскрытие корреспонденции и т.д.), либо противоречат общим принципам добросовестности конкуренции (подкуп служащих, не являющихся должностными лицами, приобретение информации у контрагента обладателя права на коммерческую тайну, на котором лежала обязанность по сохранению ее конфиденциальности, и т.д.). Если доказать это обстоятельство правообладатель не сможет, его право защите не подлежит.

2. Обратный технический анализ

Обратный технический анализ, или «обратная инженерия» — это процесс исследования имеющегося в широкой продаже продукта с целью обнаружения секретов его работы и/или того, как он сделан. В международном праве интеллектуальной собственности не существует защиты против такой «обратной инженерии». До недавнего времени также не существовало защиты от нее и в законодательстве о коммерческой тайне ведущих стран мира. Когда продукт выпущен в продажу, конкуренты могут его приобрести и поставить задачу своим инженерам изучить его, чтобы понять, как он сделан. Компания, которая преуспевает в этом, свободна в использовании результатов «обратной инженерии» в конкурентной борьбе с обладателем оригинального секрета производства. Эта компания может в своем производстве использовать полученный через «обратную инженерию» секрет, но она не может его запатентовать, поскольку никто из ее работников не является автором изобретения. Несмотря на риск «обратной инженерии» охрана секретов производства товаров для потребительского рынка в течение длительного времени считалась невозможной.

Для того чтобы изменить положение, сложившееся с упрочившимся режимом использования «обратной инженерии», производители компьютерных программных продуктов массового распространения в настоящее время развернули борьбу с этим явлением, отстаивая введение правовых мер защиты сразу по трем направлениям: они хотят обеспечить договорное использование своей продукции, соблюдение авторских прав и исполнение условий международных договоров. Направление, связанное с договорным использованием программных продуктов, исходит из того, что право на это использование лицензируется, но не продается. На заре развития компьютерной

индустрии использование компьютеров было так ограничено, что продавцы программных продуктов могли ввести переговоры о лицензионных соглашениях практически с каждым пользователем. Компании включали в такие соглашения положения, по которым пользователи принимали на себя обязательство не заниматься «обратной инженерией». В соответствии с общими принципами договорного права эти положения вполне надежно обеспечивали соблюдение договорных обязательств. Однако по мере расширения рынка продаж компьютерной продукции сотням миллионов персональных пользователей стало невозможно заключать адекватное количество лицензионных соглашений. Вместо этого производители стали печатать выдержки из их текстов на упаковке каждого продаваемого продукта. В связи с чем эти тексты получили название «оберточных договоров». В «оберточных договорах» так же, как и в подписывавшихся раньше индивидуальных лицензионных соглашениях, содержатся положения, запрещающие «обратную инженерию». Но в связи с тем, что в соответствии с принципами договорного права для соблюдения положений договора требуется согласие заключающих его сторон, наступление правовых последствий по «оберточным договорам» более чем сомнительно. Компьютерные компании сейчас ведут борьбу за пересмотр отдельных принципов договорного права с тем, чтобы сделать «оберточные договоры» юридически значимыми. В частности, в США они выступают за введение новых положений в законодательство о торговле, признающих такие договоры. Не вызывает сомнений и то, что борьба компаний будет шириться и в международном масштабе.

Производители программного обеспечения примерно таким же образом вставляют аналогичные тексты в свои программы, которые высвечиваются на экране всякий раз при запуске компьютера. Эти стандартные тексты* повторяют положения лицензионных договоров, запрещающие «обратную инженерию» и разрешающие установку программ, только если пользователь согласен с этим запретом. Запуск программы — это выражение пользователем своего согласия, что удовлетворяет требованию договорного права о согласии сторон, однако данная процедура по своей сути расширяется до требования о том, чтобы покупатель, который уже заплатил за продукт, так же согласился отказаться от важного права получить то, за что он заплатил. Поэтому во многих странах вторая половина текста указанного правила может не получить признания, поскольку представляет собой нарушение продавцом добросовестного намерения соблюдать договор купли-продажи. Именно в отношении этого момента — добросовестности намерений сторон при заключении договора купли-продажи — и ведут борьбу производители программного обеспечения, пытаясь отыскать законный способ как-то обойти это положение.

В распространении своей продукции эти компании во все большей степени обращаются к возможностям Интернет, как способу заключать лицензионные соглашения, запрещающие «обратную инженерию».

Интернет делает технически возможным выведение лицензионных требований на мониторе у получателя программного продукта и получение от него согласия на выраженные условия до того, как начнется передача ему программы. Переговоры с миллионами пользователей через Интернет не представляют никакой проблемы и не являются затративши, поскольку для компании их ведет компьютер. Законность такой сделки по меркам традиционных способов заключения договоров купли-продажи также не представляет проблемы, поскольку очевидно, что согласие на получение программного продукта дается в момент уведомления о запрете. И тем не менее, чтобы еще более обезопасить себя, производители программных продуктов настаивают на законодательной поддержке этого способа распространения своих требований.

Другой подход в борьбе за запрещение «обратной инженерии» программного обеспечения связан с авторскими правами. Процессы «обратной инженерии» в отношении программного продукта, как правило, требуют адаптации и копирования оригинальной, защищенной авторским правом программы. Пишутся такие программы компьютерным языком, понятным специалистам. Специальные алгоритмы, называемые «ассемблеры» и «комплэйеры» (условно «алгоритм сборки» и «алгоритм приспособления»), осуществляют перевод программного продукта на компьютерный язык. Первый шаг в «обратной инженерии» состоит в том, чтобы использовать «алгоритм разборки» и «алгоритм «расприспособления» в обратном процессе и произвести вариант перевода программного продукта теперь уже с компьютерного на обычный для пользователя язык. Как видно, этот процесс состоит из копирования и адаптации (либо перевода) оригинального продукта. По закону только обладатель авторского права имеет исключительное право на копирование и адаптацию своих произведений. Однако в законодательстве по авторскому праву во многих странах делаются исключения из этого правила. Там, где делаются исключения для обратных процессов при взломе программ, утверждают следующее: 1) авторским правом охраняется существующее объективное выражение творческих идей и мыслей, а не сами по себе идеи и мысли, 2) следовательно, законные владельцы материалов, защищенных авторским правом, могут использовать содержащиеся в них системы идей и мыслей и 3) следовательно, разборка и

декомпиляция, осуществляемые для того, чтобы вычленили идеи, должны быть разрешены. Даже Европейский союз сделал ряд шагов в защиту права «обратной инженерии», но только в ограниченных случаях. Согласно Директиве ЕС «разрешается использовать авторские компьютерные программы для получения информации, необходимой в достижении взаимодействия вновь созданной компьютерной программы с другими, уже существующими». В США некоторыми судами недавно были вынесены решения, разрешающие взломы авторских программ в ограниченных целях «обратной инженерии».

В соответствии с российским законодательством пользователь программы для ЭВМ или базы данных может осуществлять их *адаптацию*, т. е. вносить в них изменения, осуществляемые исключительно в целях обеспечения функционирования программы для ЭВМ или базы данных на конкретных технических средствах пользователя или под управлением конкретных программ пользователя. Указанные изменения должны быть обусловлены исключительно техническими причинами. Если программа для ЭВМ или база данных может нормально использоваться на технических средствах пользователя и взаимодействовать с его программами, то вносить в них какие-либо изменения не разрешается. Право на переработку (модификацию) программы для ЭВМ или базы данных сохраняется за автором.

Далее, закон допускает изготовление копии программы для ЭВМ или базы данных при условии, что эта копия предназначена для архивных целей и для замены правомерно приобретенного экземпляра в случаях, когда оригинал программы для ЭВМ или базы данных утерян, уничтожен или стал непригоден для использования. При этом копия программы или базы данных не может быть использована для иных целей и должна быть уничтожена в случае, если дальнейшее использование этих программных средств перестает быть правомерным.

Наконец, к числу разрешенных действий владельца программы для ЭВМ закон относит возможность *декомпилировать* охраняемую законом программу как самостоятельно, так и с помощью других лиц. Декомпилирование представляет собой технический прием, включающий преобразование объектного кода в исходный текст в целях изучения структуры и кодирования программы для ЭВМ. Его использование считается допустимым тогда, когда это необходимо для достижения способности к взаимодействию самостоятельно разработанной пользователем программы с другими программами, которые могут взаимодействовать с декомпилированной программой. При этом закон устанавливает три обязательных условия для осуществления декомпилирования:

- 1) информация, необходимая для достижения способности к взаимодействию, ранее не была доступна этому лицу из других источников;
- 2) указанные действия осуществляются в отношении только тех частей декомпилируемой программы для ЭВМ, которые необходимы для достижения способности к взаимодействию;
- 3) информация, полученная в результате декомпилирования, может использоваться лишь для достижения способности к взаимодействию независимо разработанной программы для ЭВМ с другими программами, не может передаваться иным лицам, за исключением случаев, если это необходимо для достижения способности к взаимодействию независимо разработанной программы для ЭВМ с другими программами, а также не может использоваться для разработки программы для ЭВМ, по своему виду существенно схожей с декомпилируемой программой для ЭВМ, или для осуществления любого другого действия, нарушающего авторское право (п. 2 ст. 25 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»).

3. Добросовестное приобретение

Допустим, что некто приобретает коммерческую тайну у лица, которое получило ее незаконно. Соответствующие положения Соглашения ТРИПС гласят:

«Юридические и физические лица, на законных основаниях контролирующая определенную информацию, могут предотвращать ее несанкционированное раскрытие, приобретение или использование третьими лицами, которые для этого действуют способами, противоречащими правилам честного ведения коммерческой практики».

Как уже указывалось выше, в этом положении понятие «способы, противоречащие правилам честного ведения коммерческой практики» раскрыто следующим образом: это «такие способы, как несоблюдение договорных условий, злоупотребление доверием или склонение к этому, включая приобретение закрытой информации третьими лицами, которые заведомо знали либо проявили неосторожность в отношении того, что именно такими способами была получена приобретенная ими информация».

Формулировка данного положения представляется слабой в части, предшествующей выражению «именно такими способами», поскольку неясно, что имеется в виду: 1) приобретение

информации третьими лицами без согласия собственника «способами, противоречащими правилам честного ведения коммерческой практики» или 2) «несоблюдение договорных условий, злоупотребление доверием или склонение к этому»? Представляется, что расширенное толкование здесь более приемлемо. Понятно, что третье лицо, которое заведомо знало либо должно было знать, что информация получена с применением несанкционированного доступа, не может ее использовать. Но предположим, что третье лицо либо не знало, либо было неосторожным в приобретении нечестно полученной информации. Положения Соглашения ТРИПС не требуют применения каких-либо мер в таком случае. Однако на практике законодательное регулирование варьируется от страны к стране. В одних странах добросовестный приобретатель может использовать закрытую информацию, только если им в связи с ее приобретением произведены значительные вложения, например, построена фабрика для использования в производстве соответствующих секретов. В других странах разрешается свободное использование добросовестно приобретенной информации, в третьих — следует платить определенные отчисления реальному обладателю коммерческой тайны.

Вне зависимости от того, на ком в гражданском процессе по делам о коммерческой тайне лежит бремя доказывания (на истце или ответчике), пользователю коммерческой информацией нужно быть готовым доказать добросовестность ее приобретения. Это означает, что, приобретая такую информацию, следует иметь полную документацию, свидетельствующую о том, что она приобреталась на законных основаниях. Информация может быть приобретена на стороне или же разработана собственным сотрудником. В случае приобретения закрытой информации у внешнего источника фирма должна убедиться, что к этому источнику она попала законным путем. Если данная информация является внутренней разработкой, сделанной работниками компании, она должна быть соответствующим образом зафиксирована как новаторская разработка, например в традиционном журнале лабораторных работ (при соблюдении правила, что записи делаются чернилами, не допускаются подчистки и исправления, а новые записи фиксируются датами). Более современным методом являются компьютерные записи с помощью программ, автоматически фиксирующих все вышесказанное. И, наконец, можно напомнить о целесообразности видеозаписи основных экспериментов и соответствующих комментариев исследователей.

По российскому законодательству добросовестность третьего лица, которое приобрело сведения, составляющие коммерческую тайну, у лица, не имевшего права на их передачу, исключает применение к такому лицу каких-либо санкций. Следует полагать, что добросовестным приобретателем сведений признается тогда, когда он не знал и не должен был знать о том, что лицо, от которого получены эти сведения, не имело права на их распространение. Указанный вопрос решается с учетом конкретных обстоятельств каждого случая, в том числе в зависимости от характера самих сведений, условий их приобретения и т.п. По-видимому, для признания приобретателя недобросовестным недостаточно проявления им простой неосторожности, а требуется умысел или, по крайней мере, грубая неосторожность. Кроме того, приобретателя сведений защищает общегражданская презумпция добросовестности участников гражданского оборота (п. 3 ст. 10 ГК РФ). Поэтому если недобросовестность приобретателя сведений, составляющих коммерческую тайну, не доказана в установленном законом порядке, он вправе свободно использовать эти сведения в своей хозяйственной деятельности и не будет нести никаких обязательств перед обладателем права на коммерческую тайну.

3. Вопросы взаимоотношений «работодатель—работник» в области охраны коммерческой тайны

1. Права работодателя при отсутствии трудового контракта с работником

В случае когда взаимоотношения между работодателем и работником не оформлены трудовым контрактом, в котором особо оговариваются обязанности последнего по сохранению коммерческой тайны, права работодателя приобретают нечеткий характер. По законодательству ряда стран работодатель в такой ситуации имеет возможность доказывать существование подразумеваемой обязанности работника сохранять коммерческую тайну, что вытекает из самой природы трудовых отношений, порождающей обязанность по соблюдению лояльности и сохранению конфиденциальности. Но даже в этих странах права работодателя ограничены и неопределенны. Ограничения, в частности, связаны с тем, что в соответствии с законодательством, регулирующим вопросы охраны коммерческой тайны, ничто не мешает бывшему работнику немедленно начать работать на конкурента. Неопределенность прав работодателя особенно проявляется в вопросе о пределах действия законодательства об охране коммерческой тайны. Например, нет ответа на вопрос, может или нет бывший работник на новом месте привлекать

