ЗМІСТ

Лицензирование программного обеспечения в России: законодательство и практика

Подивитись анотацію та купити на **jurkniga.ua**

Анотація

Книга Александра Ивановича Савельева – своевременное, полезное и качественное исследование комплекса проблем правовой охраны компьютерных программ, но ее главным достоинством является то, что она по своему реальному наполнению далеко выходит за пределы, обозначенные в названии.

Фокус внимания автора не ограничивается анализом российского законодательства, доктрины и практики. По сути, это сравнительно-правовое исследование, где отечественные реалии правового регулирования соотнесены с опытом решения аналогичных проблем в североамериканском и европейских правопорядках.

Представленный в книге материал позволит насытить конкретным содержанием ряд более общих дискуссий в сфере авторского права, в частности, о критериях охраноспособности и уровне требований к творческому характеру произведений, об объеме их охраны, способах предотвращения монополизации всеобщего достояния, а также о перспективах «экономизации» авторского права.

Книга написана ясным, понятным языком, выводы автора интересны и аргументированы.

Для специалистов в области правовой охраны интеллектуальной собственности.

ПРЕДИСЛОВИЕ

Возможно, в числе наиболее интересных особенностей права интеллектуальной собственности следовало бы назвать его чрезвычайную подвижность и наличие массы препятствий для появления каких-либо устоявшихся конструкций, механизмов, позиций. К числу таких препятствий (одновременно выступающих и драйверами развития) можно отнести постоянное развитие культуры, науки, техники и, соответственно, появление ранее неизвестных артефактов и средств их использования, массовое распространение новых способов беспрепятственного нарушения прав и законных интересов правообладателей результатов интеллектуальной деятельности, глобализацию экономики, рост экономического значения инновационных продуктов. Однажды найденные эффективные решения уже завтра могут потерять свою действенность, так что вновь и вновь возникает вопрос о дальнейшей судьбе закрепленных в правопорядках механизмов.

Можно констатировать, что сфера научных знаний о способах правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности развивалась в XX в. в значительной мере по модели «экстренного затыкания дыр»: развитие науки и техники резко актуализировало отдельные проблемы, которые требовали срочного решения, оперативной реакции в виде закрепления тех либо иных механизмов охраны. Очень часто получалось так, что времени на проведение тщательного исследования применимости предлагаемого решения не оставалось. Недостаточная эффективность найденных компромиссов выяснялась лишь позднее, по мере осмысления полученных результатов.

Именно таким вызовом для права интеллектуальной собственности в последние несколько десятилетий стало распространение информационных технологий. Во-первых, создаваемые на их основе новые результаты интеллектуальной деятельности (прежде всего компьютерные программы) с трудом могли получать эффективную охрану при помощи имеющихся механизмов. Во-вторых, их распространение существенным образом трансформировало многие традиционные результаты интеллектуальной деятельности и процессы их создания (например, возможности интерактивного и анонимного творчества в Интернете делают во многом бессмысленными привычные понятия авторства, личных неимущественных прав, затрудняют привязку охраны к конкретному национальному правопорядку и т.п.). Наконец, возможно, самое важное: технологии коммуникации снизили практически до нуля издержки распространения результатов интеллектуальной деятельности и, соответственно, потенциальные издержки нарушения чужих исключительных прав. Фактическая невозможность обеспечения монополии правообладателя ставит вопрос о действенности и перспективах использовавшегося до сих пор механизма охраны результа-

тов интеллектуальной деятельности в форме предоставления исключительных прав. Представляется, что ни доктрине, ни практике до сих пор не удалось сформулировать адекватный ответ на данные вызовы.

В этой связи следует признать крайне своевременным и полезным появление в русскоязычном юридическом дискурсе качественного исследования комплекса проблем правовой охраны компьютерных программ, результаты которого представлены в книге А.И. Савельева.

По нашему мнению, главным достоинством данной работы является то, что она по своему реальному наполнению далеко выходит за пределы, обозначенные в ее названии.

Во-первых, выработка взвешенной позиции по узкоспециальным проблемам гражданско-правового регулирования, как правило, предполагает их рассмотрение в более широком контексте и требует обсуждения более общих вопросов. Соответственно, адекватное исследование комплекса проблем лицензирования программного обеспечения потребовало от автора постановки вопросов о соотношении (взаимодействии) и пределах эффективности существующих механизмов правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности, о критериях способности интеллектуального продукта к авторско-правовой охране, о механизмах идентификации произведений (элементов), относящихся к всеобщему достоянию[1], об «интенсивности» охраны компьютерных программ и др.

Во-вторых, по своему содержанию рецензируемая работа вовсе не сводится к экзегетическому толкованию действующего российского законодательства и обобщению судебной практики, как можно было бы заключить из ее названия. Используемая автором методология рассмотрения поставленных вопросов более характерна для фундаментальных теоретических исследований, предполагающих поиски решения юридических проблем с выходом за границы традиционной позитивистской логики.

Наконец, и это в сегодняшних условиях, возможно, наиболее ценное, фокус внимания автора далеко не ограничивается анализом российского юридического дискурса (законодательства, доктрины и практики). По сути, мы имеем дело со сравнительно-правовым исследованием, где отечественные реалии правового регулирования соотнесены с опытом решения аналогичных проблем в североамериканском и европейских правопорядках. При этом акцент сделан на за-

---

[1] К которому может быть отнесено все то, что представляет собой «общий исторический и культурный опыт», «заключено в природе вещей и человеческих отношений», имеется в общедоступных для использования источниках (в природе, сфере общих идей), определяется требованиями функциональности, является «воспроизводимым и ожидаемым для человека со средними способностями», в том числе язык, факты, открытия, общераспространенные и стандартные образы и идеи, художественные средства.

конодательстве и судебной практике США, что представляется безусловно правильным, учитывая как долю, занимаемую производителями этой страны на мировом рынке программного обеспечения, так и роль «законодателя мод», которую в последние несколько десятилетий система копирайт в американской модификации играет для авторского права большинства правопорядков[2].

Активное использование автором отсылок к выработанным в системе копирайт подходам к решению конкретных проблем правовой охраны программного обеспечения требует некоторых замечаний, связанных с обозначением пределов их применимости в отечественном правопорядке. Представляется, что американский опыт не может механически переноситься на российскую почву (автор и не предлагает это делать). Пределы его переносимости в значительной мере задаются спецификой системы копирайт в сравнении с континентальными механизмами авторско-правовой охраны.

Если говорить тезисно, то указанная специфика проявляется в использовании отличающихся философско-правовых легитимаций (естественно-правовых в Европе и позитивистских, связанных с идеей максимизации общественного блага, в США), механизмов охраны (предоставление исключительного права как классического абсолютного права господства над объектом и механизмы запрета поведения определенного рода[3]), в различной интенсивности (объеме) охраны («тонкая» охрана, характерная для США, проявляется, в частности, в тенденции к признанию охраноспособными максимально возможного числа объектов *low authorship,* при том что большая часть элементов таких произведений остаются неохраноспособными либо могут свободно использоваться при условии внесения незначительных изменений), в отличающихся пределах признания параллельных прав на созданные независимо идентичные произведения, различной роли личных неимущественных прав и др.[4] Соответственно, необходимо

---

[2] Это проявляется во многих вещах, в том числе во влиянии на выбор авторского права в качестве ведущего средства охраны программного обеспечения, на снижение требований к уровню творческого характера объектов авторского права и повсеместное распространение авторско-правовой охраны на произведения с незначительным уровнем творческого характера, сопровождающееся ее постепенным «утончением», на снижение роли личной неимущественной компоненты авторского права и расширение возможностей сделочного распоряжения личными неимущественными правами автора и т.д.

[3] См. об этом, в частности: *Reihman J.H.* Legal hybrids between the patent and copyright paradigms. Col.L.Rev., 1994. Vol. 94. P. 2432–2558; *Karjala Dennis S.* Misappropriation As a Third Intellectual Property Paradigm. Col.L.Rev., 1994. Vol. 94. P. 2594–2609. *Patterson L. Ray* Copyright and "the exclusive right" of authors. J.Intell.Prop.L., 1993. Vol. 1. P. 1–48.

[4] См. *Ellins J.* Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft. Berlin, 1997.

соотносить вырабатываемые в практике американских судов подходы и прикладные инструменты с особенностями континентальных правопорядков, исповедующих иную логику. Так, например, явным образом потребует дополнительной проверки вывод о возможности предъявления в России минимальных требований к уровню творческого характера компьютерных программ, учитывая, с одной стороны, возникающие риски монополизации всеобщего достояния, а с другой – трудноразрешимость проблемы конфликта личных неимущественных и исключительных прав (имеющих абсолютный характер и смоделированных по образцу прав господства).

С другой стороны, специфику континентальной и американской системы охраны не стоит преувеличивать. Дело в том, что многие проблемы для них остаются общими, что определяет и общность логики их решения. Так, одной из главных проблем является поиск оптимального баланса между интересами правообладателя в монополизации результата интеллектуальной деятельности и общества (публики) в обеспечении свободы творческой деятельности. Соответственно, одним из ключевых рисков расширения сферы авторско-правовой охраны является монополизация всеобщего достояния. Процессы снижения уровня требований к творческому характеру объектов охраны, включение в их состав новых видов интеллектуальных продуктов делают необходимыми постоянную выработку и совершенствование инструментов идентификации указанного всеобщего достояния. И в континентальной, и в англо-американской традиции решения данной проблемы основаны на сходной логике, что подтверждается, во-первых, общей функциональной направленностью применяемых инструментов, а во-вторых, сходными в целом результатами (например, перечень исключаемых из сферы монополии автора элементов всеобщего достояния практически идентичен). При этом различия больше касаются «точки приложения» выработанных конструкций: в США это происходит преимущественно не на этапе общей оценки способности произведения к охране, а в рамках процедуры установлении факта нарушения копирайт.

В этой связи было бы малопродуктивным при решении проблемы применимости ограничиваться общими декларациями и ссылками на различия идеологий систем *droit moral* и копирайт. Необходимо каждый раз анализировать используемые механизмы и показывать, насколько применение тех либо иных инструментов приводит к возникновению трудноразрешимых противоречий и дисфункций.

В этом смысле работа А.И. Савельева представляется крайне полезной и позволяет осуществить позитивный сдвиг проблемы. Автор избегает использования упрощенных подходов и излишне прямолинейных выводов, предпочитая подробное описание используемых в мировой практике механизмов и прикладного инструментария, показывает проблемы, которые обусловили их выработку, реконструирует логику

их развития. Учет нюансов позволяет содержательно обсуждать пределы их эффективного применения и возможности переноса на отечественную почву. В этом смысле представленный в работе материал также позволит насытить конкретным содержанием ряд более общих дискуссий в сфере авторского права, в частности, о критериях охраноспособности и уровне требований к творческому характеру произведений, об объеме охраны произведений, способах предотвращения монополизации всеобщего достояния, а также о перспективах «экономизации» авторского права.

В заключение краткого предисловия также отметим, что характерные для автора ясность изложения и отличный язык сделают прочтение представляемой работы эстетически приятным.

А.В. Кашанин,
кандидат юридических наук,
заместитель директора Института правовых исследований
НИУ Высшей Школы Экономики

СОДЕРЖАНИЕ

ПРЕДИСЛОВИЕ III

ОТ АВТОРА X

ГЛАВА 1. Компьютерная программа как особый объект лицензионного договора 1

§ 1. Понятие компьютерной программы. Вопросы терминологии 1

§ 2. Признаки компьютерной программы 5

§ 3. Условия охраноспособности компьютерной программы как объекта авторского права 8

§ 4. Формы представления компьютерной программы 16

Исходный код 17

Объектный код 18

Подготовительные материалы 21

Аудиовизуальные отображения компьютерной программы 24

Авторское право на пользовательский интерфейс компьютерной программы 27

§ 5. Виды компьютерных программ 42

§ 6. Различные правовые режимы охраны компьютерных программ 49

Коммерческая тайна (*trade secret*, секрет производства) 53

Авторское право 64

Патентное право 68

Товарные знаки 96

Договорное право 98

Технические средства защиты компьютерных программ 108

ГЛАВА 2. Участники отношений по лицензированию программного обеспечения 115

§ 1. Лицензиар 115

Компьютерная программа как служебное произведение 117

Авторское право на произведения, созданные компьютерной программой 134

Создание компьютерной программы двумя и более лицами 138
Личные неимущественные права автора компьютерной программы 145
§ 2. Лицензиат 157
§ 3. Иные лица, участвующие в процессе лицензирования (дистрибьютор, реселлер) 167
Некоммерческие организации 173

ГЛАВА 3. Заключение лицензионного договора и его форма 176

§ 1. Общие положения о заключении лицензионного договора 176
§ 2. Особый порядок заключения лицензионного договора на программное обеспечение 177
Оберточные лицензии и *click-wrap*-соглашения в праве США 179
Оберточные лицензии и *click-wrap*-соглашения в праве европейских стран 185
Оберточные лицензии и *click-wrap*-соглашения в российском праве 189

ГЛАВА 4. Понятие и содержание лицензионного соглашения 200

§ 1. Соотношение лицензионного договора со смежными договорными конструкциями 201
§ 2. Условия, характеризующие предоставляемое право использования, и лицензионное вознаграждение 208
Предмет лицензионного договора 208
Условие о допустимых способах использования 211
Объем лицензии 215
Срок лицензии 217
Территория лицензии 222
Возможность передачи лицензии третьим лицам 223
Право лицензиата на заключение сублицензионных договоров 233
Характер предоставляемой лицензии 236
Момент перехода к лицензиату права использования 245
Условие о размере лицензионных платежей 251

§ 3. Сопутствующие условия лицензионного договора 257
Гарантии, предоставляемые лицензиаром в отношении качества программного обеспечения 257
Гарантии, предоставляемые лицензиаром в отношении юридической чистоты предоставляемого права 269
Условие о возможности одностороннего изменения лицензиаром условий лицензионного соглашения 274
Условие о расторжении лицензионного договора 282
Условие об ограничении/исключении ответственности лицензиара 287
Условие о возможности проведения аудита 297
Условие об экспортном контроле 300
Условие о применимом праве и юрисдикции 305
§ 4. Особенности содержания соглашений на разработку программного обеспечения 314
Квалификация договора на создание программного обеспечения 314
Основные риски, возникающие при исполнении договора на создание компьютерной программы 318
Существенные условия договора на создание компьютерной программы 319
Иные необходимые условия договора на создание компьютерной программы 325

ГЛАВА 5. Особенности лицензирования программного обеспечения с открытым исходным кодом 335

§ 1. История возникновения и философия движения за программное обеспечение с открытым исходным кодом 335
§ 2. Значение open source в современном обществе 345
Коммерческий потенциал open source 346
Некоммерческий потенциал open source 349
§ 3. Виды свободных лицензий 356
BSD 359
MIT 361
Apache License 2.0 362
General Public License (GPL) 366
Lesser General Public License (LGPL) 372
Mozilla Public License (MPL) 374

§ 4. Правовой статус свободных лицензий в зарубежном праве 377
§ 5. Правовой статус свободных лицензий по российскому праву 383
Проблема идентификации субъектного состава свободной лицензии 385
Проблема идентификации предмета договора 389
Проблема исполнения требований к форме договора 391
Проблема безвозмездности свободных лицензий в отношениях между коммерческими организациями 394
Проблема невозможности ограничить личные неимущественные права автора произведения в связи с необходимостью создания на его основе новых объектов 396
Проблема распространения условий первоначального договора на последующих пользователей 397
Проблема допустимости ограничения прав автора производного произведения на самостоятельное определение условий его лицензирования 399
Возможное влияние предлагаемых поправок на распространение программного обеспечения с открытым исходным кодом в России 402

ОТ АВТОРА

Все современные информационно-коммуникационные технологии, так или иначе, имеют в своей основе программное обеспечение. При этом сферы применения компьютерных программ настолько многообразны, что охватывают практически все аспекты современной жизни, начиная содействием в осуществлении профессиональной и образовательной деятельности и заканчивая управлением телефоном и навигацией самолета. Парадоксально, но, несмотря на то что индустрия программного обеспечения играет одну из основных ролей в современной экономике, право в указанной сфере отличается неразвитостью, не поспевая в полной мере за изменяющимися технологиями. Не последнюю роль в этом играет и тот факт, что индустрия программного обеспечения имеет ряд особенностей, отличающих ее от «классических» отраслей. Например, мало в какой еще сфере стоимость изготовления одной копии сопоставима со стоимостью изготовления миллиона копий продукта. Вряд ли какая еще индустрия способна «похвастаться» тем, что согласно устоявшейся практике 75–80% разработок выходят с опозданием и с превышением бюджета[1]. Наконец, далеко не во всякой сфере бизнеса клиенты могут «замкнуться» (англ. *"lock-in"*) на конкретном вендоре вследствие решения, принятого много лет назад, которое впоследствии уже не так-то просто изменить.

Массовые закупки программных продуктов, производимые участниками оборота, проводимые правообладателями и государственными органами компании по проверке «лицензионной чистоты» развернутого в организации программного обеспечения, и хитросплетения отечественного налогового законодательства неизбежно заставляют юристов погружаться в нюансы лицензирования компьютерных программ. К сожалению, те немногие отечественные исследования, посвященные правовым аспектам лицензирования программ для ЭВМ[2], хотя, несомненно, и представляют научный интерес, но в ряде случаев не способны дать ответы на многие вопросы, возникающие на практике. Главным образом потому, что они ограничены анализом исключительно российского права, в то время как на рынке программного обеспечения доминируют зарубежные продукты, преимущественно

---

[1] См.: *Cusumano M.* The Business of Software. Free Press. NY, 2004. P. 2.

[2] См., например: *Витко В.С.* Гражданско-правовая природа лицензионного договора. М.: Статут, 2012; *Корнеев В.А.* Программы для ЭВМ, базы данных и топологии интегральных микросхем как объекты интеллектуальных прав. М., 2010; *Котельников Н.В.* Права на программы для ЭВМ и базы данных как объекты гражданско-правовой защиты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003.
Весьма приятное впечатление оставляет уровень освещения тематики программного обеспечения в работе: *Серго А.Г., Пущин В.С.* Основы права интеллектуальной собственности для ИТ-специалистов: учеб. пособие. М., 2011. Однако в рамках формата учебного пособия, безусловно, невозможно рассмотреть детально большинство возникающих на практике вопросов по данной тематике.

американского происхождения. Вследствие чего подавляющее большинство лицензионных договоров, по которым предоставляется право использования компьютерной программы, не только использует правовые категории, не свойственные российскому праву, но и зачастую подчинено иностранному праву. В связи с этим особую актуальность приобретает анализ таких договоров через призму иностранного права с целью уяснения смысла включения тех или иных положений в договор, а также их возможного преломления в контексте российской действительности. В данной книге на основе значительного количества привлеченных зарубежных источников предпринята попытка сопоставления американского и российского регулирования лицензионных договоров, а также выявления их совпадений и различий. Насколько она является удачной, судить читателям, но по крайней мере хочется выразить надежду, что последующие работы по данной тематике будут придерживаться аналогичного подхода.

Разумеется, нельзя было обойти вниманием и складывающуюся в России судебную практику рассмотрения споров, связанных с лицензированием программного обеспечения. Она, конечно, не такая богатая, как в США, но все же позволяет дать ответы на отдельные вопросы, возникающие в связи с заключением и исполнением лицензионных договоров. Причем особый интерес представляет собой оценка отечественными судебными инстанциями существующих схем лицензирования программных продуктов, используемых иностранными правообладателями, которые представляют собой непростую загадку с точки зрения российского законодательства.

Несмотря на то что лицензионные договоры на предоставление права использования компьютерной программы рассматриваются в основном через призму авторского права, немало внимания в данной книге уделяется описанию возможных способов защиты компьютерной программы посредством иных институтов законодательства об интеллектуальной собственности: патентного права, законодательства о секретах производства и товарных знаках. Дело в том, что применение норм об авторском праве не позволяет предоставить полноценную защиту такому уникальному объекту, как компьютерная программа, которая была включена в состав объектов авторского права скорее по политическим соображениям, нежели по причине близкого «родства» с традиционными произведениями литературы, науки и искусства. При этом, учитывая высокую значимость патентно-правовой охраны отдельных аспектов компьютерной программы, в книге приводится подробное описание сложившихся в США и Европе подходов к такой охране. Это сделано не только потому, что в отличие от России у США и Европы богатый опыт в определении условий патентоспособности изобретений, связанных с компьютерными программами, и России есть чему поучиться в этом вопросе. Как представляется, такое описание будет полезно для тех пока немногих отечественных правообладателей, которые хотят максимально защитить (а, возможно, и коммерциализировать) пра-

ва на свои программные продукты на рынках США и Европы и желают оценить перспективность получения патентов за рубежом.

Многие вопросы, освещенные в данной книге, впервые являются предметом детального рассмотрения в отечественной юридической литературе. В частности, это вопросы, связанные с пределами охраноспособности пользовательского интерфейса как одного из наиболее важных компонентов компьютерной программы; вопросы, связанные с соотношением принципа свободы договора и императивных норм законодательства об интеллектуальной собственности (об исчерпании прав и свободном использовании произведения); вопросы, связанные с гарантиями качества программного продукта, односторонним изменением и расторжением лицензионного договора, особенностями содержания договоров на разработку программного обеспечения и др.

При анализе вопросов, связанных с лицензированием программного обеспечения, нельзя не рассмотреть и особенности лицензирования программного обеспечения с открытым исходным кодом *(open source)*, которое по ряду аспектов не уступает своим коммерческим аналогам. Возрастающая популярность его использования и разработчиками, и конечными пользователями обусловливает необходимость уяснения правового статуса таких продуктов и юридических рисков, связанных с их применением. К сожалению, отечественная литература, а уж тем более судебная практика не могут пока порадовать глубоким анализом данных вопросов. В связи с этим особую ценность приобретает описание иностранного опыта, поскольку за рубежом имело место уже не одно судебное дело, связанное с оценкой юридической силы свободных лицензий. Кроме этого, в книге предпринята попытка оценить, насколько свободные лицензии могут претендовать на легитимность в условиях действующего законодательства.

Наконец, поскольку данная книга писалась в период, когда реформа гражданского законодательства была в самом разгаре, нельзя было обойти вниманием те поправки, которые предлагалось внести в Гражданский кодекс РФ (и которые, возможно, станут его частью на момент выхода данной книги). И хотя не все из них можно приветствовать, многие из них, как представляется, сыграют положительную роль в улучшении правового режима лицензионных договоров.

Автор выражает надежду, что данная книга, написанная с учетом многолетнего опыта работы в компании IBM[3] и чтения лекций по авторскому праву в институте «М-Логос», поможет читателям разобраться в хитросплетениях условий лицензионных договоров и, если и не ответить на все возникшие вопросы, то по крайней мере дать направление, в котором следует двигаться для нахождения ответов на них.

---

[3] Высказанные в данной книге суждения и выводы отражают личную точку зрения автора и могут не совпадать с официальной позицией компании IBM по соответствующим вопросам.

ЮРКНИГА
від теорії до практики

Перейти на сайт →