

# **ЛЕГАЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ РАЗЛИЧНЫХ ТИПОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ**

**Предварительный отчет юридической группы OSL SIG  
на возражения МОН Украины**

**ПОЧЕМУ ЗАКОНОПРОЕКТ О РАЗБЛОКИРОВАНИИ  
ОТКРЫТОЙ (СВОБОДНОЙ) ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ  
НЕ МОЖЕТ ПРОТИВОРЕЧИТЬ  
НИ СОГЛАШЕНИЮ TRIPS, НИ БЕРНСКОЙ КОНВЕНЦИИ?**

**По одной элементарной причине:**

**ОТКРЫТАЯ (СВОБОДНАЯ) ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ  
НЕ ИМЕЕТ НИКАКОГО ОТНОШЕНИЯ К ДОГОВОРАМ,  
РЕГУЛИРУЮЩИМ ПРАВИЛА ИСПОЛЬЗОВАНИЯ  
ПРОПРИЕТАРНОЙ (ЗАКРЫТОЙ) ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ  
И ПРИНЯТЫМ В ИНДУСТРИАЛЬНУЮ ЭПОХУ**

**Для того, чтобы доказать это – требуется не более чем знакомство  
с нормативными документами в области авторского права,  
начиная от самых банальных их положений...**

**Подробности – в краткой версии отчета юридической группы OSL SIG**

---

## ЛЕГАЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ РАЗЛИЧНЫХ ТИПОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

---

### 1. Типы интеллектуальной собственности – основные определения

Интеллектуальная собственность есть один из видов собственности, наряду с промышленной собственностью. Интеллектуальная собственность является производной и продуктом деятельности человеческого интеллекта.

Интеллектуальная собственность представляет собой права, относящиеся к литературным, художественным и научным открытиям<sup>1</sup>; некоторым видам промышленной собственности (товарным знакам, знакам обслуживания, фирменным наименованиям и обозначениям), а также к праву на защиту от недобросовестной конкуренции в международных соглашениях.

Отношения интеллектуальной собственности имеют своим объектом **права** на некоторый нематериальный объект – мысль, идею, алгоритм решения задачи, значение, смысл – выраженный в объективной, материальной форме (носителе). То есть, объектом охраны интеллектуальной собственности является право авторства на упомянутые объекты. Техническая сущность, «технический вклад»<sup>2</sup> или иное содержание, излагаемое в конкретном произведении, охраняется как промышленная собственность<sup>3</sup>.

Различают следующие типы интеллектуальной собственности, в зависимости от того, какие свойства приписываются объекту интеллектуальной собственности и, соответственно тому, каков легальный режим защиты ей предоставляется: объекты авторского права, патенты, торговые марки, торговые секреты (см. определение авторского права и патентов).

Рассмотрим те типы интеллектуальной собственности, которые имеют отношение к программному обеспечению.

**1.1 Авторское право** (copyright) распространяется на произведения науки, литературы (компьютерные программы, согласно Бернской Конвенции (ст. 2) 1979; TRIPs (ст. 10) 1993; WCT (ст. 4) 1996, относятся к литературным произведениям!) и искусства, являющиеся результатом творческой деятельности, независимо от назначения и достоинства произведения, а также от способа его выражения

Авторские права можно разделить на имущественные и неимущественные. Имущественные авторские права — это право автора эксклюзивно извлекать выгоду из созданного произведения (воспроизведение, распространение, публичное исполнение, вознаграждение).

Неимущественные авторские права — это право считать себя автором. Это право автора на то, что бы его имя всегда указывалось при любой публикации произведения или цитаты из оною. Это также право автора на контроль неизменности произведения, либо на то, что любые изменения должны быть авторизированы и однозначно идентифицированы (что особенно важно для программного обеспечения).

Имущественные авторские права могут быть переданы другому лицу. Несмотря на то, что они «авторские», как правило, больше выгоды из имущественных прав получают их владельцы (издательские компании, музыкальная индустрия и т. д.), а не **собственно авторы**

---

1 Область применения авторского права

2 Пример: в случае программного обеспечения технический вклад означает означает **дальнейший** технический эффект, который выходит за пределы обычного физического взаимодействия между программой и компьютером. Техническим эффектом, обеспечиваемым компьютерной программой может быть, к примеру, уменьшение времени доступа к памяти компьютера, улучшенное управление манипуляторами робота или более качественная декодировка радиосигнала...

3 Область применения патентов

произведений. Связано это с тем, что последние обычно не обладают средствами для создания копий, их распространения, рекламы.

### 1.1.1 Разные взгляды на авторское право

По отношению к имущественным и неимущественным авторским правам можно выделить, в их категорическом виде, две основных последовательных позиции, которым соответствуют две различные юридические модели.

- Полное сохранение имущественных прав автора. Именно этой позиции соответствует современное международное законодательство об авторском праве, в том числе украинское (**copyright**<sup>4</sup> – закрытые лицензии – проприетарная интеллектуальная собственность)<sup>5</sup>: TRIPs (1993), WCT (1996) DMA (1998).
- Сохранение автором за собой только неимущественных авторских прав.<sup>6</sup> Такая ситуация сложилась в современном научном сообществе, в движении свободного программного обеспечения, аудио- и видео- продукции (**copyleft**<sup>7</sup> – открытые лицензии – свободная интеллектуальная собственность)<sup>8</sup>.

Важно, что один и тот же интеллектуальный объект может распространяться под разными типами лицензий – как закрытых, так и открытых.

**1.2 Патенты.** Следующим возможным типом защиты интеллектуальной собственности (это касается программного обеспечения) является патент.

Следует отметить, что авторское право (copyright)<sup>9</sup> является условием существования патентов. Признание авторских и имущественных прав на изобретение есть основа патента. Патент<sup>10</sup> представляет собой механизм защиты прав на те интеллектуальные продукты которые имеют *инновационный промышленный характер* (изобретения) и производят *технический вклад*.

Патент - (от лат. litterae patentes грамота; patens открытый), документ, удостоверяющий

---

4 При этом именно право copyright обеспечивает возможность существования copyleft лицензий, поскольку согласно copyright автор сам решает каким образом (под какой лицензией) будет распространяться произведение.

5 Проприетарное (от “property”, “собственность”): лицензия передаёт пользователю лишь право на ограниченное использование экземпляра (фактически, лицензия лизинга).

6 По факту существуют смежные типы лицензий, передающих пользователю лишь некоторые, все основные или почти все имущественные права

7 Тогда как copyright служит ограничению права на производство и распространение интеллектуальной собственности, лицензии copyleft используют авторское право с целью гарантировать каждому, кто получает интеллектуальный продукт или производные от него, право свободно использовать, модифицировать и распространять, как копию так и производные версии этого объекта. По этой причине свободные лицензии подразумевают совершенно отличные коммерческие модели, основанные не на продаже лицензий, а на получении прибыли (что существенно – на порядок меньшей прибыли – чем получают проприетарные корпорации ) от предоставлении других услуг, как-то: поддержка пользователя, комплектация дистрибутивов, подбор и/или модификация программного обеспечения под специфические нужды заказчика, и т.п.

8 Лицензия передает пользователю все либо большую часть имущественных прав, включая права на копирование, внесение изменений, использование для любых нужд – без требования оплаты лицензии как таковой.

9 Удостоверяет право автора на владение объектом интеллектуальной собственности. Важно, что авторское право, являясь базой патентной системы, в то время основано на разрешительной концепции удостоверения некоего комплекса прав, в то время как патент на ограничение прав использования идеи автора. Возможно, именно поэтому в патентном праве однозначно зафиксировано требование возможности физической имплементации патента, представления патента в исключительно материальных моделях.

10 Декларация запрета некоторых действий по отношению к объекту интеллектуальной собственности, при определенных условиях.

государственное признание технического решения изобретением, полезной моделью, промышленным образцом и закрепляющий за лицом, которому он выдан, исключительное право на использование указанных объектов.

### **1.2.1 Патенты и программное обеспечение: отсутствие единого подхода на мировом уровне.**

Как уже упоминалось, программное обеспечение относится к литературным произведениям, и, соответственно, охраняется авторским правом (Бернская Конвенция (ст. 2) 1979 и TRIPs (ст. 10) 1993; WCT (ст. 4) 1996; Европейская Патентная Конвенция. Ст. 52 Евроконвенции исключает патентование компьютерных программ «как таковых», однако в ряде случаев они все-таки могут быть объектом патента (в ЕС и США патенты на программное обеспечение – довольно распространенное явление).

Это противоречие объясняется следующими причинами. Статья 27 TRIPs говорит о том, что «патенты могут применяться к любым изобретениям, продуктам или процессам... во всех сферах технологии... если они могут иметь промышленное применение» Речь идет о так называемых, согласно терминологии Европейской Патентной Организации, «computer-implemented inventions»<sup>11</sup>. В этом случае патенты используются для защиты изобретений, которые создаются с использованием программного обеспечения (технический вклад). *Это противоречие основывается на том, что до сих пор нет единого мнения относительно того, как именно интерпретировать компьютерные программы: как литературные произведения или же рассматривать их через тот технический инновационный, а значит промышленный, эффект, который может быть достигнут при их применении* (поле применения патентов).

*В ЕС проприетарная инициатива Европейской Комиссии и Европейского Патентного Офиса представить программное обеспечение (pure software) как патентуемое (если и только если оно имеет технический эффект) закончилась неудачей*<sup>12</sup>. Она вызвала активное сопротивление сторонников свободного программного обеспечения<sup>13</sup>. После нескольких лет переговоров Европейской Комиссии, Совета Министров Европы и Европейского Парламента последний 6 июля 2005 года подавляющим большинством голосов отклонил данный законопроект отправив его на полную переработку<sup>14</sup>. Следствием этого стало фактическое отсутствие на сегодняшний день единого согласованного европейского законодательства относительно возможности выдачи патентов на программное обеспечения (все еще возможность того, что они будут выдаваться национальными представительствами Европейской Патентной Организации, при этом национальные судебные инстанции могут оспорить эти решения).

## **2. Основные международные стандарты защиты интеллектуальной собственности**

На сегодняшний день в международном праве, (в основном речь о договоре TRIPs, 1993 и Всемирном Договоре об Авторском Праве WCT, 1996; DMA<sup>15</sup>, 1998), *зафиксировано только «проприетарное» понимание интеллектуальной собственности*. Нормы TRIPs ВОИС, в основном, подразумевают защиту имущественных прав авторов интеллектуальных произведений с позиции их «проприетарного» истолкования – и как раз на это направлены

11 Directive 2002/0047/COD on the patentability of computer-implemented inventions

12 Directive 2002/0047/COD on the patentability of computer-implemented inventions

13 <http://swpat.ffii.org/#situ>

14 Report on the Council common position for adopting a directive of the European Parliament and of the Council on the patentability of computer-implemented inventions (11979/1/2004 - C6 0058/2005 – 2002/0047(COD))

15 Межправительственное соглашение, которое запретило распространение интеллектуальной собственности компаний в сети Internet без их на то разрешения

меры защиты, предусмотренные данными межправительственными соглашениями. Поэтому борьба с нелегальной (контрафактной) продукцией представляет собой применение **адекватных** мер по охране только одного типа интеллектуальной собственности - «проприетарной» (лицензии *copyright*).

**В отношении свободной интеллектуальной собственности (лицензии *copyleft*) это значит, что данный тип собственности находится за пределами действия упомянутых норм, по определению, поскольку лицензии *copyleft* гарантируют защиту именно неимущественных прав<sup>16</sup> в отличие от проприетарных лицензий *copyright* (или же в некоторых случаях патентов) с их направленностью на защиту имущественных прав.** Вследствие этого, применение к ним проприетарных мер охраны интеллектуальной собственности является неадекватным.

**Требования TRIPs, таким образом, ни в коей мере не ограничивают развитие государствами, подписавшими это соглашение, свободных типов интеллектуальной собственности,** поскольку данная сфера находится за пределами регулирования TRIPs. Данное соглашение прежде всего направлено на защиту лицензионной продукции, одной из типов которой и являются свободные лицензии. Соответственно, никакие законопроекты, направленные на защиту либо разблокирование Свободных (Открытых) моделей интеллектуальной собственности – ни в коей мере не могут противоречить договору TRIPs и другим подобным соглашениям. Ведь они не противоречат уже принятым договорам и спецификациям, а «надстраивают» их дополнительными соглашениями по новым типам интеллектуальной собственности.

### **3. Нормы ЕС, направленные на защиту прав интеллектуальной собственности в сфере программного обеспечения**

В ЕС в законодательном поле зафиксирована защита интеллектуальной собственности через механизмы *copyright*, в том смысле, что сам автор решает под каким типом лицензий будет распространяться его интеллектуальный продукт: под открытыми, свободными или закрытыми, и как именно он будет распоряжаться своими имущественными или неимущественными правами.

Поэтому с юридической точки зрения не возникает сомнений в возможности существования свободной интеллектуальной собственности. Это значит, что программное обеспечение может распространяться под разными видами лицензий как проприетарных, так и свободных.

Свободное программное обеспечение (лицензии *opensource*) в основном базируются на авторском праве. Авторское право говорит о том, что создателю/собственнику определенного объекта интеллектуальной собственности гарантируются эксклюзивно особые права распоряжения и использования. Владелец таких прав может затем решить, что делать с этими правами. В случае с *opensource* это означает, что программисты сами решают сделать свои произведения доступными под *open source* лицензиями, **которые в основном передают каждому те же имущественные права, что доступны изначально и создателю.** То есть каждому позволено копировать, изменять и распространять программное обеспечение. При этом *opensource* лицензии могут определять ряд обязательств в отношении использования программного обеспечения, таких как обеспечение авторских неимущественных прав. **Таким образом, так же, как и в ситуации с «закрытыми» лицензиями на программное обеспечение, *opensource* лицензии должны легально соблюдаться пользователями<sup>17</sup>.** Вопросы легальности свободных, открытых лицензий решаются сегодня в основном на

<sup>16</sup> Хотя существуют смежные типы лицензий, передающие не все, а лишь часть имущественных прав

<sup>17</sup><http://europa.eu.int/idabc/en/document/1744/468>

основании ***прецедентного права*** государств.

На сегодняшний день в ЕС программное обеспечение наряду с видео- и аудио-продукцией и другими объектами интеллектуальной собственности совершенно легально распространяется как под проприетарными (закрытыми), так и под непроприетарными (открытыми) лицензиями. Если же традиции ***прецедентного права*** в конкретной стране отсутствуют – ***приходится рекомендовать принятие соответствующих законодательных норм. Еврокомиссия официально рекомендует использовать свободное ПО в государственном секторе***<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup>(<http://europa.eu.int/idabc/en/document/3879/471>)

#### 4. Европейские инициативы развития непроприетарных форм интеллектуальной собственности в сфере программного обеспечения (open source)

Европейская комиссия поддерживает целую группу проектов по развитию открытых форм программного обеспечения в рамках European Information Society initiatives (FLOSS, IDABC, MERIT) действие которых направлено не только на европейские страны, но и на поддержку непроприетарных open source инициатив по всему миру (FLOSSWORLD). Официальными европейскими организациями подготовлено огромное количество докладов, в которых подтверждается перспективность использования OS как в сфере государственного обслуживания, так и на рынке. Среди них можно выделить:

- **Guidelines for Public Administrations on Partnering with Free Software Developers**  
(<http://europa.eu.int/idabc/en/document/3879/471>)
- **Open Source Licensing of software developed by The European Commission (applied to the CIRCA solution)**  
(<http://europa.eu.int/idabc/en/document/3879/471>)
- **Patents and open source software - What public authorities need to know**  
(<http://europa.eu.int/idabc/en/document/3879/471>)

*Анализ этих документов позволяет сделать вывод о том, что в ЕС открытые формы интеллектуальной собственности, в частности open source software, рассматриваются как стратегические приоритеты.*

##### Официальные организации и проекты

- <http://flossworld.org/publicity.php>
- [http://europa.eu.int/information\\_society/activities/opensource/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/information_society/activities/opensource/index_en.htm)
- <http://europa.eu.int/idabc/>
- <http://www.cospa-project.org/about.html>
- <http://www.prelude-portal.org/3roses/index.php>
- <http://flosspols.org/>
- <http://flossworld.org/>

##### Неправительственные организации и проекты

- <http://eu.conecta.it/>
- <http://swpat.ffii.org/#situ>
- <http://europa.eu.int/idabc/en/document/1744/468>
- **Мировые репозитории свободной интеллектуальной собственности**
- [www.sourceforge.net](http://www.sourceforge.net)
- [www.osdn.org](http://www.osdn.org)
- [www.directory.fsf.org](http://www.directory.fsf.org)
-