

РЕЦЕНЗИЯ НА КНИГУ Э.П. ГАВРИЛОВА "ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ. XXI ВЕК"

BOOK REVIEW EP GAVRILOVA
"INTELLECTUAL PROPERTY RIGHT.
GENERAL PROVISIONS. XXI CENTURY"

V. Vitko

Annotation

The author reviews the book of professor, doctor of legal sciences E.P. Gavrilov "Intellectual Property Right. General Provisions. 21st Century".

Keywords: intellectual property; intellectual rights; exclusionary right.

Витко Вячеслав Станиславович

Рук. юр. службы

АО "Фирма АйТи. Информационные технологии", г. Москва

Аннотация

Автор рецензирует книгу профессора, доктора юридических наук Э.П. Гаврилова "Право интеллектуальной собственности. Общие положения. XXI век".

Ключевые слова:

Интеллектуальная собственность; интеллектуальные права; исключительное право.

*"Глупец кричит: куда? Куда?
Дорога здесь. Но ты не слышишь,
Идешь, куда тебя влекут
Мечтания тайные; твой труд
Тебе награда; им ты дышишь,
А плод его бросаешь ты
Толпе, рабыне суеты".*

А.С. Пушкин

На рецензируемую мною книгу профессора Э.П. Гаврилова [1] уже были написаны при ее опубликовании две рецензии – профессором В.Н. Синельниковой и М.В. Вольнкиной (с. 3–5). Поэтому я, во-первых, считаю большой честью иметь возможность выразить свое мнение о книге заслуженного ученого, во-вторых, нахожу необходимым рассмотреть главным образом его правовые взгляды на спорные в науке права интеллектуальной собственности* вопросы и на основе критического анализа материала выявить как характер подхода автора к различным вопросам права, так и результат осмысления им правовых проблем. При этом долг без пристрастия требует, чтобы я также указывал на недостатки разбираемой работы, ведь только серьезная критика служит похвалой (О. Бальзак). Не отвечаю за успех, но попытаюсь.

* Автор является противником нового термина "интеллектуальные права", считая неверным отказ законодателя от использования термина "право интеллектуальной собственности" (с. 230), поэтому я также буду придерживаться этого термина при рецензировании его книги.

Сначала несколько слов о структуре книги. Она состоит из семи глав: 1) источники права интеллектуальной

собственности; 2) общие положения; 3) объекты; 4) субъекты права; 5) защита нарушенных прав; 6) договоры; 7) наследование прав интеллектуальной собственности. В свою очередь, каждая из глав содержит по несколько ранее опубликованных автором статей (от двух до восьми) согласно тематике соответствующей главы.

Из самой структуры книги сразу усматривается ее первая положительная черта – полнота. По существу автор не оставил без внимания ни одного важного вопроса, касающегося права интеллектуальной собственности. Другая положительная черта заключается в том, что автор не только ставит актуальные правовые вопросы, но и предлагает ответы на них, основанные на научном обобщении норм интеллектуальной собственности, в котором нет "mundirных мыслей" (Ф.М. Достоевский).

Автор не "бродит в потемках", а своими суждениями дает ясное понимание рассматриваемых отношений, приходит к выводам, с которыми можно соглашаться или не соглашаться, но нельзя не видеть твердой убежденности автора в них.

Перейду к содержанию книги, к непосредственному ознакомлению с взглядами автора, изложенными в ней. Должен сразу отметить, что выдвинутые им положения,

мнения не являлись для него раз и навсегда установленными, а постоянно дополнялись, развивались, поэтому я должен учесть позицию автора по тому или иному вопросу в ее развитии*.

* Так, например, рассматривая вопрос о моменте возникновения исключительного права, автор считал, что в авторском праве им является момент первого опубликования произведения (2001 г.). Это было ошибочное мнение, от которого он позднее отказался, критикуя В.А. Белова за подобный взгляд (с. 273). Уместно привести пример со стихами А.А. Ахматовой, некоторые из которых она читала Л.К. Чуковской, чтобы та хранила их в своей памяти: они являлись необнародованными, но авторским правом охранялись.

Начну с оценки Э.П. Гавриловым уровня правовой охраны интеллектуальной собственности (2005 г.), сделанной им на основе детального разбора правового содержания статей Конституции РФ (ст. 44) и ГК РФ (ст. 2, 138).

Разбирая содержание ч. 1 ст. 44 Конституции РФ, автор заключает, что первая фраза статьи – "о свободе творчества" – не относится к интеллектуальной собственности (с. 32) и что вопросы интеллектуальной собственности регулирует только вторая фраза – "интеллектуальная собственность охраняется законом", – которая предписывает принять закон, охраняющий интеллектуальную собственность, но сама по себе не содержит правил охраны интеллектуальной собственности (с. 33).

Нельзя не поддержать его принципиальное несогласие с теми учеными, которые из нормы, содержащейся в п. "о" ст. 71 Конституции РФ, делают вывод о том, что правовое регулирование интеллектуальной собственности по своей природе не укладывается в рамки гражданского законодательства, и по этой причине предлагают не включать право интеллектуальной собственности в ГК РФ (с. 35). Вывод автора твердый и верный, хотя в литературе до сих пор стоят в оппозиции к воплощенной законодателем идеи включения "интеллектуальных" норм в состав ГК РФ.

Несомненный интерес представляет исследование существа ст. 138 ГК РФ, которая хотя и утратила силу, но проведенный анализ норм этой статьи является показательным по своей глубине. Насколько мне известно, такого анализа до Э.П. Гаврилова не делал никто. Здесь автор, как и всегда, не ведет себя словно, образно выражаясь, первобытный пастух, который тащит к себе овец из чужого стада, а дает собственное понимание смысла норм.

Анализируя содержание абз. 2 ст. 138 ГК РФ, раскрывающего понятие исключительного права, автор приходит к выводу о том, что исключительное право имеет две составляющих: разрешение (дозволение) правообладателю и запрет всем третьим лицам (с. 38).

Смысл этой нормы заключается в том, что использование объекта интеллектуальной собственности без согласия правообладателя не разрешается, т.е. исключительное право охарактеризовано через запрет (с. 39). Но при этом норма не содержит ответов на вопросы, вклю-

чает ли исключительное право право распоряжения и что является объектом распоряжения. Нельзя не заметить, что в литературе до сих пор отсутствует единое мнение по этому поводу.

Анализируя нормы п. 1 ст. 2 ГК РФ, автор делает вывод об ошибочности приравнивания законодателем терминов "интеллектуальная собственность" и "исключительные права", указывая на то, что термину "собственность" в праве интеллектуальной собственности соответствует термин "интеллектуальная собственность", а термину "право собственности" – "право интеллектуальной собственности" (с. 40).

Данный вывод обосновывается тем, что право интеллектуальной собственности включает и личные неимущественные права, которые по своей природе исключительными не являются, поэтому право интеллектуальной собственности нельзя свести к исключительным правам (с. 40–41).

Общий вывод автора, который нельзя не признать справедливым и смелым, заключается в том, что правовая охрана интеллектуальной собственности слабо урегулирована в Конституции РФ, а в ГК РФ (в 2005 г.) – даже неудовлетворительно (с. 41).

Представляет интерес анализ автором положений проекта части четвертой ГК РФ (2006 г.).

Первое, что вызывает одобрение, – это убежденность автора в необходимости действительного, а не формального включения интеллектуальной собственности в общую структуру гражданского права, подчинения норм, регулирующих правовую охрану объектов интеллектуальной собственности, его общим положениям и принципам* (с. 24); необходимости признания той "простой истины", что договоры в сфере интеллектуальной собственности являются гражданскими договорами (с. 26).

* Как известно, противники включения права интеллектуальной собственности в ГК РФ (А.П. Сергеев, М.А. Федотов и др.) приводили в качестве главного довода то, что такого, мол, нет нигде в мире и это вызовет всеобщий хаос.

Выступая в поддержку проекта части четвертой ГК РФ, Э.П. Гаврилов подчеркивает новаторство способа, каким право интеллектуальной собственности включено в ГК РФ: 1) наличие общей части для всех объектов; 2) включение всего нормативного материала. К другим достоинствам этого проекта автор относит построение материала по единому плану, унификацию понятий, интеграцию договорного права в общую структуру ГК РФ, конструкцию единого имущественного исключительного права.

Вместе с тем, нельзя оставить без внимания анализ автором тех положений проекта, которые представлялись автору необоснованными или ошибочными. Так, он указывает на неверное наименование разд. VII "Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации" (которое, к сожалению, из проекта перешло в закон), приводя в обоснование доводы о том, что часть объектов интеллектуальной собственности – "ре-

зультаты интеллектуальной деятельности" – имеет автор, другая часть – "средства индивидуализации" – автор не имеет, так как не является результатами интеллектуальной деятельности: их черта – индивидуализация определенного субъекта или объекта (с. 45).

При этом часть охраняемых объектов не относится ни к результатам интеллектуальной деятельности, ни к средствам индивидуализации: фонограммы, сообщения в эфир, секреты производства – "у этих объектов авторов нет, и они ничего не индивидуализируют" (с. 46).

Рассматривая соотношение норм разд. VII и других разделов ГК РФ, автор выражает мнение, что к разделу VII должны применяться нормы, содержащиеся в разд. I. Что касается других разделов, то на этот счет в разд. VII должны быть прямые указания.

Кроме того, по его мнению, к обязательствам и договорам, возникающим в связи с объектами интеллектуальной собственности, должны применяться нормы разд. III ГК РФ (с. 17).

Нетрудно увидеть, что эти положения были реализованы в законе: п. 3 ст. 1227 ГК РФ содержит правило о том, что к интеллектуальным правам не применяются положения разд. II ГК РФ, если иное не установлено правилами разд. VII Кодекса; к договорам о распоряжении исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности применяются общие положения об обязательствах (ст. 307–419) и о договоре (ст. 420–453), т.е. весь разд. III ГК РФ (п. 2 ст. 1233 Кодекса).

Но с чем, на мой взгляд, трудно согласиться, так это с мнением автора о том, что, возможно, в законе следовало указать на то, что к договорам о предоставлении исключительных прав применяются соответственно либо общие положения о договорах аренды, либо положения о договорах безвозмездного пользования имуществом, а к договорам заказа на создание объектов исключительных прав – общие положения о договорах подряда, правда, с оговоркой, что нормы разд. IV ГК РФ применяются к объектам исключительных прав, "если иное не вытекает из содержания или характера этих прав" (с. 17).

Некоторые сомнения вызывает правильность позиции автора, когда он, рассматривая норму ст. 1227 ГК РФ, устанавливающей, что к интеллектуальным правам не применяются положения разд. II Кодекса, критикует законодателя за то, что он отказал в применении аналогии закона. По его мнению, исходя из п. 1 ст. 6 ГК РФ аналогия закона не может применяться, если это противоречит существу гражданского правоотношения. Но поскольку право собственности и исключительное право в этом отношении в значительной степени схожи, автор полагает, что введенная законом новелла представляется не совсем обоснованной (с. 141).

Рассматривая объекты, правовую охрану которых следовало бы отразить в части четвертой ГК РФ, автор высказывает следующие соображения. Его принципиальная позиция – подробно урегулировать в ГК РФ охрану наиболее важных объектов (Э.П. Гаврилов приводит их

перечень), в отношении других дать отсылки к специальному законодательству. Автор отмечает, что непонятен критерий, по которому осуществлялся отбор объектов, подлежащих охране. Если применить такой критерий отбора, как возможность установления исключительного права на определенный объект у определенного субъекта, то в перечень не должны быть включены следующие объекты: 1) борьба с недобросовестной конкуренцией; 2) коммерческая тайна (секреты производства, ноу-хау); поскольку она неизвестна третьим лицам, нельзя запретить третьему лицу использовать тот объект, который ему неизвестен; 3) коллективные товарные знаки, наименования мест происхождения – по той причине, что у этих объектов "нет определенных субъектов – носителей исключительных прав"; 4) селекционные достижения, так как это не чисто идеальный объект, он всегда соединен с материальным носителем (с. 9).

Ту же твердость мнения наблюдаем у автора, когда он анализирует состав объектов, отнесенных законом к числу охраняемых объектов интеллектуальной собственности (2012 г.).

Он считает недостатком законодательства то, что в нем отсутствует критерий отнесения объектов к результатам интеллектуальной деятельности и средствам индивидуализации: если результат интеллектуальной деятельности можно определить как результат творческого труда, у которого есть автор, средства индивидуализации – как объекты, которые кого-то или что-то индивидуализируют, то фонограммы, передачи вещания, секреты производства не относятся ни к первой, ни ко второй группе объектов (с. 190–191).

Вызывают большой интерес рассуждения автора на тему принципов охраны объектов интеллектуальных прав. По его мнению, объект охраняется, что прямо следует из ст. 1225 ГК РФ, если он обладает одним из признаков – "либо новизны, либо оригинальности", причем или одним, или другим, но не одновременно, как иногда считается в литературе (с. 301).

Анализируя понятия новизны и оригинальности, содержащиеся в Определении Конституционного Суда РФ от 20 декабря 2005 г. № 537-О, Э.П. Гаврилов поддерживает выводы суда о том, что же именно охраняется в объектах. Авторское право охраняет не содержание произведения, а ту или иную форму, в которой это содержание выражено, т.е. оригинальную форму произведения, а не его содержание, которое не может быть оригинальным (с. 306). Напротив, патентное право охраняет содержание, суть изобретения, обладающего новизной, относясь при этом безразлично к форме, в которой оно выражено (с. 306).

Серьезного внимания заслуживают страницы книги, посвященные вопросу о содержании интеллектуальных прав.

Так, автор считает, что "интеллектуальные права являются разновидностью абсолютных прав, прав того же типа, что и право собственности" (с. 188), и что исключи-

тельное право выполняет ту же самую роль, которую выполняет право собственности для материальных объектов.

Анализируя "иные права" (право доступа, право следования к произведениям изобразительного искусства; право на вознаграждение за использование служебного произведения (п. 3 ст. 1255 ГК РФ); право на получение патента (п. 3 ст. 1345 ГК РФ)) в структуре интеллектуальных прав, он приходит к выводу, что часть из "иных" прав является имущественными, часть – неимущественными, поэтому в делении интеллектуальных прав на три категории отсутствует единое правовое основание, что свидетельствует о несостоятельности такой квалификации (с. 199). Этот вывод видится несомненным, но за ним ожидается предложение критерия разграничения интеллектуальных прав.

Э.П. Гаврилов верно ставит вопрос о том, надо ли вообще выделять эту третью категорию. Ведь "иные права" могут быть имущественными и (или) неимущественными, и поэтому исходя из природы прав, входящих в эту категорию, все "иные права" должны быть законодателем включены в одну из двух категорий.

Действительно, просто указать, что существуют и "иные права", не установив классифицирующих признаков "иных прав", т.е. природу этих прав, не значит их определить и отграничить от других субъективных прав на охраняемые результаты. Поэтому едва ли такая квалификация выглядит научной. Доктрина отличается в этом вопросе крайней скудостью, приводимые объяснения такой формулировки навряд ли можно признать удовлетворительными, поэтому нельзя не согласиться с необходимостью дальнейшего научного исследования природы этих прав.

Интересно проследить развитие взгляда автора на содержание исключительного права, которое уже долгое время исследуется в доктрине, однако единого мнения о нем до сих пор нет.

В статье 2002 г., рассматривая содержание исключительного права, автор видел нелогичным установление проектом части четвертой ГК РФ двух разных объектов двух правомочий правообладателя: права использования – самого охраняемого объекта и права распоряжения – права использования этого объекта. Нельзя не отметить, что эти недоумения остаются неразрешенными до сих пор.

По его мнению, право распоряжения исключительным правом следует конструировать аналогично правомочию распоряжения в праве собственности (с. 13). Из вышесказанного можно заключить, что автор, по-видимому, допускает возможность распоряжения самим нематериальным объектом, что, в отсутствие механизма распоряжения идеальным объектом, не видится обоснованным, и немедленно, конечно, напрашивается возражение против выдвинутого тезиса.

Анализируя определение исключительного права, данное в ст. 1229 проекта части четвертой ГК РФ, автор

делает вывод, что исключительное право "сводится к праву использования, которое в некоторых случаях включает в себя право распоряжения этим исключительным правом" (с. 47).

Ту же мысль он выразил и в статье 2012 г., на основании п. 1 ст. 1229 ГК РФ заключив, что обладателю исключительного права принадлежат два правомочия: 1) исключительное право на использование охраняемого результата и 2) право распоряжения исключительным правом (с. 196), а также отмечая, что объем исключительного права на использование является разным для разных объектов и что этот вопрос мало исследован в науке.

Автор высказывает убеждение, что исключительное право на использование охраняемого объекта включает право владельца использовать объект самому и право владельца запретить использование этого объекта любому иному лицу. Новым словом при этом является то, что главным, по мнению Э.П. Гаврилова, элементом исключительного права является правомочие запрета, которое "исключает" всех третьих лиц из сферы использования охраняемого объекта и превращает это право в "исключительно" принадлежащее своему владельцу, т.е. что исключительное право охарактеризовано через запрет (с. 197). В поддержку сделанному выводу, автор пишет, что в некоторых случаях владелец исключительного права может не иметь права на использование объекта, но обладает правом запрета (с. 197). Так ли это? В литературе многие склоняются к тому, чтобы считать этот взгляд верным и достойным критического исследования.

Рассматривая право использования, автор обращает внимание на то затруднение, что закон не определяет, что? есть использование, но при этом налагает на третьих лиц обязанность неиспользования объектов. По этой причине автор считает необходимым дать определение того, что? есть "использование" применительно к разным объектам (с. 49).

Нельзя обойти вниманием и следующий вывод автора, к которому он приходит при анализе правомочий собственника (ст. 209 ГК РФ) и владельца исключительного права (ст. 1229 ГК РФ): у обладателя исключительного права отсутствует правомочие владения, потому что "владеть" идеей нельзя (с. 195). Трудно не признать правильным это положение.

Тем не менее, некоторые исследователи говорят о возможности правомочия не только владения (обладания) исключительным правом, но даже и владения самим идеальным объектом – по существу мыслями, объективизированными в той или иной форме.

Отметив неопределенность и неясность понятия "исключительность" исключительного права в литературе и законодательстве, автор ставит вопрос: в чем же состоит "исключительность"?

Само понятие исключительности любого явления, объекта или права означает, что другого подобного нет: "исключительный" именно потому является "исключи-

тельным", что он является единственным, уникальным, неповторимым" (с. 200).

Основываясь на норме абз. 3 п. 1 ст. 1229 ГК РФ, автор заключает, что "исключительность" состоит в том, что "другие лица без согласия правообладателя не могут использовать охраняемый объект" (с. 230), подчеркивая, что сущность, "самый важный и основной признак этого права – запрет на использование объекта исключительного права без согласия правообладателя" (с. 163).

Однако обоснованно ли при этом полагать, что не требуется, чтобы правообладатель специально запретил какому-либо лицу использовать охраняемый объект: запрет прямо вытекает из закона?

Этот вывод автора затрагивает очень важный правовой вопрос: правомочие запрета вытекает из закона или из абсолютного правоотношения, сторонами которого выступают правообладатель и все прочие обязанные лица? В литературе этот вопрос до сих пор не получил удовлетворительного разрешения (Д.М. Генкин, Л.С. Явич, Е.А. Флейшиц и др.).

Представляется бесспорным вывод автора о том, что правообладатель не должен прямо запрещать использование объекта всякому и каждому обязанному лицу. Но сказать, что правомочие запрета вытекает из закона, было бы не точно. Ведь норма права – это правило поведения для людей, участвующих в данного рода отношениях, и сама по себе не есть "отношение", и "только и непосредственно из закона не вытекает ни одно субъективное гражданское право" [3].

Соглашаясь с взглядом Е.А. Флейшиц, в соответствии с которым абсолютное право вне правоотношения не существует, нельзя не признать, что обязанность не использовать объект интеллектуальной собственности, возложенная на всех неопределенных лиц, корреспондирующая правомочию запрета, вытекает из правоотношения (абсолютного), входит в его состав, хотя конкретные обязанные лица неизвестны и нет возможности назвать их всех по именам.

Представляется, что мимо этих выводов автора в дальнейшем не "пройдет" ни один исследователь, изучающий признаки исключительного права.

Неразрешенным вопросом, который вызывает в литературе много споров, является вопрос о возможности передаче объекта договора, являющегося идеальной категорией.

Автор высказывает мнение, что в договорах с нематериальным объектом, регулируемых частью четвертой ГК РФ, "передаются только права, сам нематериальный объект не передается, однако этот нематериальный объект также входит в понятие "предмет" договора" (с. 431). Данный вывод он обосновывает тем, что передать объект интеллектуальной собственности нельзя, – это возражений не вызывает. Но без ответа остается вопрос: каким образом лицензиат сможет реализовать предоставленное ему право использования нематериального объекта, если сам объект ему не передается?

Особенно ярко эта проблема проявляется в договоре авторского заказа. Закон говорит, что по договору авторского заказа автор обязуется создать произведение на материальном носителе или в иной форме, но передать заказчику он должен только материальный носитель произведения в собственность (аренду) и может передать исключительное право на произведение или предоставить заказчику права использования этого произведения (ст. 1288 ГК РФ). Как видим, законодатель не обязывает автора передать заказчику созданное произведение. Здесь, на мой взгляд, налицо не совсем удачное выражение "мысли" закона о предмете договора авторского заказа.

Интересным также представляется следующее суждение автора: право собственности и исключительное право значительно отличаются друг от друга, но имеют много общего: "они являются абсолютными и исключительными" (с. 141).

Видится правильной отмеченная схожесть этих прав по двум их свойствам – "абсолютности" и "исключительности", при том что многие современные исследователи, говоря о схожести исключительного права и вещного, указывают на абсолютный характер этих прав – "действие их в отношении всех", отказывая при этом вещному праву в исключительности*.

* Должен упомянуть М.М. Агаркова, который в статье "Право на имя" высказывал мнение о том, что право собственности – "наиболее абсолютное и исключительное и как таковое являющееся прототипом других исключительных прав". [1]

Основываясь на том, что именно абсолютный характер права и составляет исключительность такого права, нельзя не признать исключительность вещного права. Как исключительное право обязывает всех прочих воздержаться от совершения действий по использованию нематериальных благ, так и в вещном праве все прочие устранены от использования материальных вещей, отсюда нельзя не прийти к выводу об исключительном характере и вещного права.

В книге в целом ряде статей автор касается вопроса о характере отношений, возникающих из договоров в сфере интеллектуальной собственности, который до сих пор не имеет удовлетворительного разрешения.

Так, если в статье 2002 г. автор высказал только убеждение, что к обязательствам и договорам, возникающим в связи с объектами интеллектуальной собственности, должны применяться нормы разд. III ГК РФ (с. 17), то в другой статье он прямо говорит, что из договоров уступки или предоставления права на использование объектов интеллектуальной собственности возникают обязательства, к которым должны быть применимы все общие положения об обязательствах (ст. 307–419 ГК РФ) (с. 26), и что "владелец неисключительного права на использование объектов интеллектуальной собственности имеет только обязательственные права по отношению к лицу, от которого он их получил" (с. 27). Чего, на мой взгляд, здесь не хватает, так это доводов в пользу сде-

ланного им верного вывода.

Ясное понимание автором житейских отношений можно наблюдать в выводе о характере договоров: "В сфере интеллектуальных прав все охраняемые объекты являются нематериальными. Они не могут передаваться договорному партнеру, а поэтому все договоры в этой сфере должны считаться "консенсуальными" (с. 54). Это надо признать правильным, хотя закон и многие юристы стоят на иной позиции – полагают, что договоры в этой сфере могут быть как реальными, так и консенсуальными.

В рецензируемой работе автор, говоря о спорах, касающихся служебных произведений, замечает, что хотя они "возникают между работником и работодателем, связанными трудовыми отношениями, по своему характеру они являются гражданско-правовыми" (с. 65).

В литературе достаточно распространенной является точка зрения, согласно которой правообладателем служебного произведения изначально является работодатель. Данное утверждение автор книги считает неточным и указывает на следующую динамику исключительного права: "Договор между автором и работодателем, при осуществлении которого создаются служебные авторские произведения, – это типичный трудовой договор. Все авторские права на созданное служебное произведение возникают у автора, а затем исключительное авторское право передается работодателю" (с. 276).

Другим важным вопросом, на который доктриной не дано удовлетворительного ответа, является вопрос обременения (ограничения) исключительного права.

По мнению Э.П. Гаврилова, при передаче права использования охраняемого объекта исключительные права лицензиара ограничиваются.

В случае, если лицензия является неисключительной, ограничения имеют не правовой, а экономический характер (с. 431), так как исключительное право целиком и полностью остается у лицензиара и даже частично к лицензиару не переходит, т.е. исключительное право едино и неделимо (с. 429, 431).

Эта мысль не доминирует в цивилистике, но представляется правильной. Действительно, владелец исключительного права может наделить правом использования неограниченное число пользователей, но все равно у правообладателя остается ровно такое же право. По этой причине говорить об обременении исключительного права при выдаче неисключительной лицензии оснований нет.

В другом случае, если лицензия является исключительной, исключительное право лицензиара ограничивается юридически (с. 432). С этим мнением нельзя не согласиться, и позволительно даже, пожалуй, сказать, что правообладатель в отношении переданных способов использования охраняемого результата становится на время действия договора бесправным, ведь исключительное право на предоставленные правомочия ему уже не принадлежит.

Видится досадным, что автор вплотную подошел к проблеме предмета договоров в сфере интеллектуальной собственности, но почему-то оставил ее без разрешения.

Рассматривая вопрос объекта правоотношения, автор приходит к правильному общему выводу о том, что "объект должен присутствовать в любом гражданском правоотношении: безобъектных правоотношений не существует!" (с. 427). В литературе, как известно, допускается существование безобъектных правоотношений.

Указывая на то, что объект – это то, на что воздвигается право, объект и право всегда различаются, автор приходит к концептуальному выводу о том, что ст. 128 ГК РФ содержит в этой части серьезную ошибку: в ней смешаны воедино объекты гражданского права ("результаты интеллектуальной деятельности") и права, которые возникают на эти объекты ("исключительные права" или "интеллектуальная собственность") (с. 41). Подход автора, без сомнения, верный, но пока он не воспринят законодателем и действующая ст. 128 ГК РФ относит к объектам гражданских прав и имущественные права, и охраняемые результаты.

На возникающий вопрос: почему объект не упомянут в ст. 432 ГК РФ? – Э.П. Гаврилов отвечает, что "в качестве такого условия договора в ст. 432 ГК РФ упомянут "предмет" договора, а "объект" договора входит в его состав" (с. 427). В итоге автор заключает, что "предметом" договора являются: 1) объект гражданского права и 2) права на этот объект, затрагиваемые договором; в частности, "предметом" договоров о распоряжении исключительными правами (ст. 1233 ГК РФ) являются: 1) конкретный объект (ст. 1225 ГК РФ) и 2) права на этот объект (там же). Такая позиция заслуживает полной поддержки.

Следующий вывод, к которому приходит автор, важен в том отношении, что, как мне представляется, он затрагивает неразрешенную законодателем следующую проблему.

Ученый обращает внимание на то обстоятельство, что в договорах с нематериальным объектом "передаются только права, сам нематериальный объект не передается, однако этот нематериальный объект также входит в понятие "предмет" договора" (с. 431).

Это суждение опять наводит на вопрос, который оставлен законодателем без ответа: каким образом лицензиат сможет реализовать предоставленное ему право использования нематериального объекта, если сам объект ему не передается?

В части других видов договоров в сфере интеллектуальной собственности законодатель также не конкретизирует обязанность управомоченного лица – как, с его точки зрения, должен быть "передан" пользователю объект интеллектуальной собственности.

Полагаю, что из анализа практики, которая не предполагает абстрактного обладания правами на охраняемый результат, без возможности доступа к самому охраняемому результату, можно говорить о том, что созданные законодателем договорные конструкции (юридичес-

кие институты), относящиеся к праву интеллектуальной собственности, не являются адекватным отображением соответствующих конкретных общественных отношений.

Не совсем понятно, почему этот вопрос до сих пор игнорируется не только законодательством, но и наукой.

Немедленно, конечно, напрашивается предложение, что легальные определения договоров о распоряжении исключительным правом непременно должны содержать условие о том, что при передаче исключительного права, а также при наделении управомоченным лицом правами использования охраняемого результата управомоченное лицо или передает материальный носитель с воплощенным в нем объектом интеллектуальной собственности (экземпляр), или обеспечивает доступ к охраняемому результату иным способом. Такая обязанность управомоченного лица не может быть признана иначе как в силу прямого предписания закона, а такого предписания законодатель не дает.

Вместе с тем книга Э.П. Гаврилова не лишена недостатков: не все сказанное в ней представляется правильным, а некоторые выдвинутые положения возможно опровергнуть. Остановлюсь на ряде выводов автора, которые, на мой взгляд, не видятся бесспорными.

Так, трудно согласиться с некоторыми утверждениями, относящимися к лицензионным договорам.

Автор указывает, что на практике существуют три разновидности договоров о предоставлении права использования программ для ЭВМ: 1) о приобретении экземпляров программ лицами, которые намерены использовать эти программы; 2) о приобретении экземпляров программ лицами, которые намерены перепродать экземпляры третьим лицам; 3) о получении доступа к программам через Интернет (с. 420).

Договоры о продаже экземпляров программ, когда покупатель приобретает их для перепродажи, автор считает лицензионными, "потому что они предусматривают не только передачу покупателем права собственности на материальные носители, но и предоставление покупателям исключительных прав на использование содержащихся на этих материальных носителях результатов интеллектуальной деятельности" (с. 106).

Такая квалификация не видится точной, ведь предмет первых двух договоров является передача права собственности материального носителя программы. По этой причине трудно согласиться с тем, что перечисленные виды договоров являются договорами о предоставлении права использования программ. Ведь одной из сторон договора – продавцом экземпляра программы, как правило, является не правообладатель, который, не имея никаких прав использования, никого не может ими наделить.

Как следствие, вызывает сомнения вывод автора, согласно которому положения п. 3 ст. 1286 ГК РФ могут применяться к этим договорам и "данные договоры относятся к категории договоров присоединения" (с. 421).

Представляется, что в п. 3 ст. 1286 ГК РФ, устанавли-

вающим особый способ заключения лицензионного договора, речь идет о том, что собственник экземпляра программы (пользователь – ст. 1280 ГК РФ) может заключить и другой договор (лицензионный) с другим лицом – правообладателем о предоставлении права использования программы в случае принятия предложенных ему условий, которое должно быть выражено совершением определенного конклюдентного действия.

Нельзя не сказать и о следующем, как мне представляется, спорном выводе. Едва ли автор прав, полагая что "уступка права и выдача лицензии (как исключительной, так и неисключительной) на часть территории России недопустимы", так как противоречат п. 3 ст. 1 ГК РФ, а также нарушают ст. 8 Конституции РФ (с. 221). Ту же по существу мысль Э.П. Гаврилов повторил позднее в другой своей работе, отметив, что не может быть предоставлено право использования на части территории Российской Федерации, так как это нарушает принцип свободного перемещения на территории России товаров (п. 3 ст. 1 ГК РФ) и поэтому такое право является ничтожным (с. 239).

Нельзя обойти вниманием интересные, но небесспорные суждения автора о характере исключительной и неисключительной лицензий.

Э.П. Гаврилов считает, что в случае, когда исключительное право предоставляется лицензиату по договору исключительной лицензии, лицензиат становится единственным (исключительным) пользователем. Получив это право, лицензиат вправе "исключать" всех других лиц, включая правообладателя, из круга пользователей. Тем самым "обладатель исключительной лицензии занимает место правообладателя" (с. 240–241).

Право такого лицензиата является не только относительным, действующим в рамках договора, но и абсолютным, так как он вправе всем запретить, поэтому в пределах действия договора право лицензиата является "своим", исключительным (с. 241), т.е. лицензиат становится правообладателем на время.

Думается, что этот вопрос не видится исследованным автором полностью и есть сильные возражения на эту мысль.

Первое, что вызывает сомнения: почему автор пишет о предоставлении лицензиату исключительного права? Ведь законодатель, выделяя в ст. 1236 ГК РФ два вида лицензионного договора, определяет предмет этих договоров как предоставление лицензиату права использования охраняемого результата (подп. 1, 2 п. 1), т.е. передачу некоторых определенных способов использования охраняемого результата.

Поэтому только в отношении отдельных, предоставленных единственному лицензиату способов использования можно говорить о том, что такой лицензиат является "исключительным" пользователем. По этой причине трудно согласиться с тем, что обладатель исключительной лицензии занимает место правообладателя.

Ведь и сам автор подчеркивает, что исключительное право лицензиата отличается от исключительного права

правообладателя только одной особенностью: оно может быть предоставлено другому лицу лишь с письменного согласия правообладателя (с. 241), т.е. лицензиат не обладает правом распоряжения полученным правом использования охраняемого результата.

Представляется, что рассматриваемое положение нуждается в уточнении – место правообладателя занять никто не может: последний только в отношении определенных способов использования переданных по исключительной лицензии прав становится, на время действия договора, бесправным. По этой причине возможно говорить о том, что право использования правообладателя становится ограниченным, но замены правообладателя не происходит.

Действительно, разве может "исключительный" лицензиат отчуждать, пусть и на время действия договора, "свое" исключительное право? Ведь предметом договора исключительной лицензии является право использования, а в состав правомочий правообладателя входит и право распоряжения, в том числе отчуждение, – передача права навсегда. Иначе говоря, может ли лицензиат заключить договор исключительной лицензии или договор об отчуждении исключительного права? Представляется, что юридическую судьбу исключительного права он определять не может.

Но если "исключительный" лицензиат не обладает всеми правомочиями правообладателя, то можно ли говорить о том, что он занимает место правообладателя? Думаю, что нет.

Следует полностью поддержать замечание автора, высказанное им на с. 242, о том, что критерий законодателя – сохранение или отсутствие у правообладателя права выдачи лицензий третьим лицам – является неточным.

Другой момент, который видится бесспорным, – это утверждение автора о том, что неисключительная лицензия предоставляет лицензиату лишь право на использование объекта лицензии. Оно не порождает у лицензиата никаких исключительных прав, не дает ему возможность бороться с нарушителями исключительного права (с. 241).

Следует упомянуть еще одно положение, которое вызывает сомнения. Как известно, законодатель допускает существование смешанных лицензионных договоров: в отношении разных способов использования могут применяться условия простой и исключительной лицензий (п. 3 ст. 1236 ГК РФ). Этой точки зрения придерживается и автор. Поддерживая данную позицию, которая в литературе находит полную поддержку, он, кроме того, отмечает, что "элементы различных видов лицензионных договоров относятся в них не только к различным способам использования, но и периодам времени, и к территории действия" (с. 239–240).

Трудно согласиться с предложенными автором новыми элементами договоров, которые за счет их смешения порождают смешанный договор. Ведь, к примеру, как уже

было упомянуто, сам автор придерживается точки зрения, согласно которой "выдача лицензии (как исключительной, так и неисключительной) на часть территории России недопустима", так как противоречит п. 3 ст. 1 ГК РФ, а также нарушает ст. 8 Конституции РФ (с. 221), и поэтому является ничтожной (с. 239).

Но главный довод, который вызывает возражение, хотя он и является господствующим в доктрине, – это разграничение законодателем лицензионных договоров на два вида: неисключительной и исключительной лицензии. Представляется, что закон не говорит о двух видах лицензионных договоров – с различием в их предмете, поэтому едва ли можно говорить о смешении элементов различных видов договоров, ведь предмет этих договоров один и тот же – предоставление права использования одного и того же охраняемого результата.

Всматриваясь в содержание норм ст. 1236 ГК РФ, мне думается, что отличие права использования охраняемого результата тем или иным способом по исключительной и неисключительной лицензиям состоит в характере права: право использования "исключительного" лицензиата является абсолютным, т.е. всякий и каждый обязан к воздержанию от использования подобным способом. В этом, по-моему, и заключается смысл ст. 1236 ГК РФ, хотя закон этого прямо не говорит.

Должен остановиться еще на одном небесспорном выводе автора.

Отмечая, что по воле законодателя объектами гражданских прав являются объекты интеллектуальной собственности и права на них (ст. 128 ГК РФ), он приходит к выводу о том, что в договорах, относящихся к интеллектуальным правам, объектом договора являются следующие объекты гражданских прав: во-первых, результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации (интеллектуальная собственность) и, во-вторых, имущественные права, прежде всего исключительные права (с. 289). Из этого заключить можно только то, что объектом договора одновременно могут выступать два разных объекта гражданского права. Тут видится неясность, и ее, на мой взгляд, автору следовало разъяснить.

Невозможно оставить без внимания вывод автора, к которому он пришел, рассматривая практику взыскания компенсации с нарушителя авторских прав, но который, полагаю, относится к общим вопросам гражданского права.

По мнению Э.П. Гаврилова, подход, при котором компенсация может взыскиваться даже при отсутствии убытков, противоречит основным принципам гражданского права, так как в этом случае законная компенсация становится карательной мерой, направленной не на восстановление нарушенных гражданских прав, а на наказание нарушителя (с. 30).

Особенно ярко эта проблема проявляется в спорах, вытекающих из госконтрактов, о законном взыскании неустойки с подрядчиков в случае просрочки исполнения принятых на себя обязательств. Анализ судебной практи-

ки по таким спорам приводит к выводу, что законная неустойка как способ обеспечения исполнения обязательств на практике превратилась в меру, карающую подрядчиков, в способ пополнения бюджета, что расходится с самой целью закона о государственных закупках.

Должен заметить, что в своей книге автор не только разрешает правовые вопросы, но и ставит проблемы, которые могут и должны стать объектами научных исследований: к примеру, о соотношении исключительного права и права собственности (ст. 1227 ГК РФ), о выявлении признаков и дефиниции сложного объекта (ст. 1240 ГК РФ).

Книга содержит и пожелания законодателю. Так, законодательство по вопросу регулирования сублицензионных договоров весьма небогато нормами: оно посвящает названному вопросу только одну статью, при том что эти договоры чрезвычайно широко распространены. Поэтому нельзя не присоединиться к мнению автора о том, что "ст. 1238 ГК РФ заслуживала более подробных пояснений" (с. 86).

В целом нельзя не признать, что книга Э.П. Гаврилова,

которую лично я прочел с жадностью, будет интересна и полезна для очень многих. По каждому вопросу видно глубокое понимание автором права интеллектуальной собственности, которое привнесло в работу множество оригинальных и глубоких взглядов на вещи. Автор не "злоупотребляет" выражениями: "как мы видим", "из чего следует", однако нам всегда ясно, как именно он приходит к тому или иному выводу. Перед собой мы видим глубокого и убежденного ученого, а не пономаря, что отзвонил и с колокольни домой (А.С. Пушкин).

Главное достоинство книги заключается, пожалуй, в том, что она "будит" мысль, заставляет размышлять, поэтому очень трудно удержаться от возможности высказать свое мнение по анализируемому автором вопросу.

Таковы, по моему мнению, главные качества книги Э.П. Гаврилова "Право интеллектуальной собственности. Общие положения. XXI век", которые делают ее одним из классических произведений по праву интеллектуальной собственности. А.А. Ахматова, допуская, сказала бы о ней так: "верное слово на верном месте".

ЛИТЕРАТУРА

1. Агарков М.М. Право на имя // Сборник статей по гражданскому и торговому праву. Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. М.: Статут, 2005.
2. Гаврилов Э.П. Право интеллектуальной собственности. Общие положения. XXI век. М.: Юрсервитум, 2015.
3. Флейшиц Е.А. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 2. М.: Статут, 2015.

© В.С. Витко, (Vvitko@it.ru), Журнал «Современная наука: актуальные проблемы теории и практики»,



Образовательный центр
"Языки и культуры
мира"
Открыт набор на
языковые курсы
www.wlc.vspu.ru