

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

имени М.В. ЛОМОНОСОВА

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

На правах рукописи

Спиридонова Наталья Борисовна

Структура исключительного права

Специальность 5.1.3. Частно-правовые (цивилистические) науки
(12.00.03 – Гражданское право; предпринимательское право; семейное право;
международное частное право)

ДИССЕРТАЦИЯ

на соискание ученой степени

кандидата юридических наук

Научный руководитель:

доктор юридических наук,

доцент Третьяков С.В.

Москва, 2022

Оглавление

Введение.....	3
Глава 1. Структура субъективного права. Исключительное право как субъективное право.....	12
§ 1. Понятие структуры субъективного права: цель выделения данной категории и сложившиеся подходы.....	13
§ 2. Исключительное право как субъективное частное право.....	31
Глава 2. Структура отдельных видов исключительных прав.....	37
§ 1. Структура исключительного патентного права.....	37
§ 2. Структура исключительного авторского права.....	61
§ 3. Структура исключительного права на ноу-хау (секрет производства).....	84
Глава 3. Допустимость и пределы модификации структуры исключительного права.....	104
§ 1. Сообладание исключительным правом. Юридическая конструкция.....	111
§ 2. Оптимальная модель регулирования отношений сообладателей исключительного права. Пределы индивидуального использования исключительного права.....	121
§ 2.1. Индивидуальное использование общего нематериального объекта: патентные права.....	121
§ 2.2. Индивидуальное использование общего нематериального объекта: авторские права.....	144
§ 3. Иные формы модификации структуры исключительного права: аргументы за и против.....	154
Список использованных источников и литературы.....	170

Введение

Актуальность темы исследования. В существующей правовой литературе проблема структуры исключительного права совсем обойдена вниманием отечественной правовой науки. По данной тематике издаются статьи, а отдельные аспекты интересующего нас вопроса затрагиваются в монографиях по общим вопросам интеллектуальных прав.

Тем не менее в российской цивилистике отсутствует системное исследование структуры исключительного права и не выработано единое и непротиворечивое понимание данной конструкции: в литературе можно встретить лишь разрозненные мнения в отношении структуры отдельных видов исключительных прав, которые базируются на двух основных причинах. Во-первых, исторически теория исключительных прав развивалась отдельно от учения о субъективных правах, и далеко не всегда исследования в одной области учитывали необходимость принимать во внимание наработки в другой, и наоборот. Во-вторых, как будет наглядно продемонстрировано ниже, отечественные исследования структуры исключительных прав учитывают далеко не все важные достижения иностранной науки.

В отличие от российского права, в ряде зарубежных стран (Германии, Швейцарии, Соединенных Штатах Америки), конструкция исключительного права получила намного более существенную теоретическую проработку, в том числе – доктрины патентного и авторского права. Любое дальнейшее развитие учения о структуре исключительного права должно, без сомнения, учитывать и критически осмысливать указанный иностранный опыт. Одна из ключевых задач настоящего исследования как раз и состоит в том, чтобы, принимая во внимание наработки иностранной доктрины, выработать конструкцию структуры исключительного права. При этом для указанных целей мы уделим внимание не только американскому праву, но и праву некоторых иных зарубежных стран, включая континентальные.

Наиболее важным вопросом в рамках настоящего исследования является вопрос о том, какие правомочия входят в состав исключительного права. Является ли набор правомочий универсальным для любого исключительного права или зависит от вида исключительных прав? Каковы особенности структуры исключительного авторского права? Каковы особенности структуры исключительного патентного права? Является ли право на ноу-хау (секрет производства) исключительным, и если да, каковы особенности его структуры? Какие критерии и предпосылки определяют оптимальную структуру каждого типа исключительных прав?¹

¹ Long C. Information Costs in Patent and Copyright, 90 // Virginia Law Review. 2004. 465, 512.

Возможна ли фрагментация структуры исключительных прав путем выделения из них правомочий? Допустимо ли деление исключительных прав на доли? Какова оптимальная модель регулирования отношений сообладателей исключительного права? В частности, каковы пределы индивидуального использования общего объекта каждым из соправообладателей? Неопределенность в российском праве в отношении указанных вопросов неизбежно влечет значительные трудности при разрешении целого ряда проблем, лежащих на стыке теории и практики.

Данный перечень вопросов можно было бы продолжать весьма долго – как будет показано ниже, конструкция структуры исключительного права и возможность ее модификации провоцируют возникновение спорных ситуаций, которые требуют разрешения с точки зрения как теории, так и судебной практики.

К сожалению, можно констатировать, что на сегодняшний день ни в российской доктрине, ни в правоприменительной практике нет четких ответов на большинство из вопросов, поставленных выше. Между тем роль нематериальных объектов в современном обороте сложно переоценить, в связи с чем цена ошибки в выборе корректной модели регулирования структуры исключительного права очень велика.

Особенная актуальность затрагиваемой проблематики обуславливается следующим. В 2017 году Правительственной комиссией по использованию информационных технологий для улучшения качества жизни и условий ведения предпринимательской деятельности в рамках плана мероприятий программы «Цифровая экономика Российской Федерации» была утверждена Концепция Федерального закона «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Концепция)¹, в которой впервые на подобном уровне целенаправленно оказалась освещена проблема несоответствия действующего регулирования ситуаций множественности на стороне правообладателей исключительных прав потребностям экономики.

Как указывается в Концепции, современная экономика обуславливает «необходимость участия большого количества лиц в создании и использовании результатов интеллектуальной деятельности», и поскольку «интересы таких лиц часто могут не совпадать, это приводит к высокой конфликтности отношений в данной сфере», что «негативно влияет на экономические процессы в целом, мешая использовать современные научно-технические разработки и ослабляя защищенность авторов»².

¹ Текст Концепции доступен по ссылке: URL: https://sk.ru/documents/115/004.007_%D0%9A%D0%BE%D0%BD%D1%86%D0%B5%D0%BF%D1%86%D0%B8%D1%8F_%D0%BF%D1%80%D0%BE%D0%B5%D0%BA%D1%82%D0%B0_%D0%A4%D0%97.docx (дата обращения: 17 апреля 2022 г.).

² Концепция. С. 1.

При этом, согласно Концепции, содержащейся в Гражданском кодексе РФ¹ регулирование не позволяет решать названные конфликты соправообладателей, поскольку следует конструкции единого неделимого исключительного права, негибко требующей «для любого распоряжения исключительным правом единое волеизъявление всех правообладателей» и потому при наличии даже одного несогласного соправообладателя блокирующей столь необходимую для современного бизнеса возможность оперативно принимать решения в отношении общего нематериального объекта².

Описанная практическая значимость правильного представления о структуре исключительного права в совокупности с ограниченной теоретической разработанностью рассматриваемой тематики диктуют чрезвычайную актуальность детального анализа данной категории субъективных прав, в особенности применительно к авторским и патентным правам, а также правам на ноу-хау. Кроме того, результаты исследования могут быть полезны при разработке Проекта Федерального закона «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации», посвященному совершенствованию регулирования ситуаций сообладания исключительными правами.

Степень разработанности темы исследования. В России было написано немало статей и монографий, посвященных тем или иным аспектам понятия структуры исключительного права, среди которых можно выделить работы, посвященные структуре исключительного права вообще и (или) структуре отдельных видов исключительных прав, а также работы, посвященные структуре субъективных прав. Особенного можно отметить работы Ворожевич А.С.³, Гаврилова Э.П.⁴, Дозорцева В.А.⁵, Еременко В.И.⁶, Калятина В.О.⁷, Кашанина А.В.⁸, Лабзина М.В.⁹,

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 г. № 230-ФЗ (с изм. и доп. от 11.06.2021 № 213-ФЗ) // СЗ РФ. 2006. № 52 (1 ч.). Ст. 5496; 2021. № 24 (Часть I). Ст. 4231.

² Там же. С. 5.

³ Ворожевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М.: Статут, 2020.

⁴ Гаврилов Э.П. Оригинальность как критерий охраны объектов авторским правом // Патенты и лицензии. 2004. № 6. Подготовлен для системы КонсультантПлюс. СПС «Консультант Плюс».

⁵ Дозорцев В.А. Понятие и система исключительных прав // Дозорцев В.А. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. М., 2003. С. 406.

⁶ Еременко В.И. Содержание исключительного права на объекты интеллектуальной собственности // Законодательство и экономика. 2011. № 5. С. 15-26.

⁷ Калятин В.О. Личные неимущественные права в отношении баз данных // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 1. С. 7-16.

⁸ Кашанин А.В. Развитие учения о форме и содержании произведения в доктрине авторского права: проблема охраноспособности содержания научных произведений // Вестник гражданского права. 2010. № 2. С. 68-138; Кашанин А.В. Творческий характер как условие охраноспособности произведения в российском и иностранном авторском праве // Вестник гражданского права. 2007. № 2. СПС «Консультант Плюс».

⁹ Лабзин М.В. Право запрещать как юридическое содержание исключительного права // Патенты и лицензии. 2009. № 7. СПС «Консультант Плюс».

Матвеева А.Г.¹, Мерзликиной Р.А.², Н.В.Нестеровой³, Пиленко А. А.⁴, Сеницына С.А.⁵, Третьякова С.В.⁶ За рубежом тематика структуры исключительного права догматически разработана более глубоко. В частности, можно специально выделить исследования, проведенные Volkmar Henke⁷, Wolfgang Lüdecke⁸, Adam Mossoff⁹, Vincent Chiappetta¹⁰, Christopher M. Newman¹¹, F. Scott Kieff¹², Jean Dabin¹³, Miguel Deutch¹⁴, John F. Duffy¹⁵, Julie E. Cohen¹⁶, Ramon A. Klitzke¹⁷, Mark A. Lemley¹⁸, Merrill T.W.¹⁹, Smith H.E.²⁰, Penner J.E.²¹ Richard

¹ Матвеев А.Г. Система авторских прав в России: нормативные и теоретические модели: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03/Матвеев Антон Геннадьевич. М., 2016. С. 460.

² Мерзликина Р.А. Гражданско-правовая регламентация интеллектуальной собственности в российском праве: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03/Мерзликина Раиса Алексеевна. М., 2008. С. 38.

³ Нестерова Н.В. Особенности правового режима ноу-хау на примере российского, зарубежного и международного опыта: дис... к-та юрид. наук: 12.00.03/Нестерова Надежда Владимировна. М., 2020.

⁴ Пиленко А. А. Право изобретателя. М.: Статут, 2001.

⁵ Сеницын С.А. Сравнительное патентное право: актуальные проблемы. М.: Инфотропик. 2022.

⁶ Третьяков С.В. Некоторые аспекты формирования основных теоретических моделей структуры субъективного частного права // Вестник гражданского права. 2007. № 3. СПС КонсультантПлюс; Третьяков С.В. О проблеме догматической квалификации «правомочия распоряжения» // Основные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Александра Львовича Маковского / Отв. ред. В.В. Витрянский и Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010; Третьяков С.В. Юридическое господство над объектом как догматическая конструкция континентальной цивилистики // Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: сб. ст. к юбилею д-ра юрид. наук, проф. Евгения Алексеевича Суханова. М.: Статут, 2018.

⁷ Henke V. Die Erfindungsgemeinschaft. Carl Heymanns, 2005.

⁸ Lüdecke W. Erfindungsgemeinschaften. De Gruyter, 1962.

⁹ Mossoff A. Exclusion and Exclusive Use in Patent Law, 22 // Harvard Journal of Law & Technology. 2009. 321; Mossoff A. Patents as Constitutional Private Property: The Historical Protection of Patents under the Takings Clause, 87 // Boston University Law Review. Vol. 87. 2007. P. 689; Mossoff A. Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History // Hastings Law Journal. 2001. Vol. 52. 1255. P. 1550-1800; Mossoff A. The False Promise of the Right to Exclude, 8(3) // Econ Journal Watch. 2011. 255.

¹⁰ Vincent Chiappetta, Myth, Chameleon or Intellectual Property O~mpian? A Normative Framework Supporting Trade Secret Law.

¹¹ Newman C.N. Transformation in Property and Copyright, 56 // Villanova Law Review. 2011. 251; Newman C.N. Vested Use-Privileges in Property and Copyright, 30 // Special Symposium, Harvard Journal of Law & Technology. 2017. 75.

¹² Kieff F.S. Patents for Environmentalists, 9 // Washington University Journal Law & POL'Y. 2002. 307.

¹³ Dabin J. Les Droits Intellectuels Comme Categorie Juridique // Le Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence. 1939. № LIX.

¹⁴ Deutch M. The Property Concept of Trade Secrets in Anglo-American Law: An Ongoing Debate, 31 // University Richmond Law Review. 1997. 313.

¹⁵ Duffy J.F. Rethinking the Prospect Theory of Patents, 71 // University Chicago Law Review. 2004. 439.

¹⁶ Cohen J.E. Creativity and Culture in Copyright Theory, 40 // University of California Davis Law Review. 2007. 1151.

¹⁷ Klitzke R.A. Trade Secrets: Important Quasi-Property Rights, 41 // Business Law. 1986. 555.

¹⁸ Lemley M.A. Reconceiving Patents in the Age of Venture Capital, 4 // Journal Small & Emerging Business Law. 2000. 137.

¹⁹ Merrill T.W., Smith H.E. What Happened to Property in Law and Economics? // Yale Law Journal. 2001. 111 (2).

²⁰ Там же; Smith H.E., Institutions and Indirectness in Intellectual Property // University of Pennsylvania Law Review. 2009. Vol. 157(6). 2083; Smith H.E. Exclusion Versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights // Journal Legal Students. 2002. Vol. 31. 453.

²¹ Penner J.E. The «Bundle of Rights» Picture of Property // UCLA Law Review. 1996. Vol. 43(3). 711.

A. Epstein¹, Michael Risch², Shyamkrishna Balganesh³, Robert P. Merges⁴. Указанные исследования посвящены как общей конструкции структуры исключительного права, так и особенностям структуры отдельных видов исключительных прав.

Цели и задачи исследования. Цель настоящего исследования состоит в том, чтобы выработать догматически стройные и непротиворечивые конструкции структуры исключительного авторского права, исключительного патентного права и исключительного права на ноу-хау, которые, помимо прочего, позволяли бы эффективно разрешать споры, возникающие на практике, а также проанализировать вопрос о допустимости признания за правообладателями возможностей варьировать названную структуру, путем, в частности, разделения исключительного права на отдельные правомочия или группы правомочий.

Указанная цель будет достигнута посредством решения следующих основных задач:

- определить модели структуры субъективных прав и выявить, в какой мере они могут быть применены при анализе структуры исключительных прав;
- установить, какое практическое значение имеет выбор той или иной модели структуры исключительных прав;
- определить особенности структуры исключительного авторского права, исключительного патентного права и исключительного права на ноу-хау;
- установить допустимость и проанализировать пределы фрагментации исключительных прав на отдельные правомочия.

Предмет исследования. Предметом исследования являются теоретические представления в отношении конструкций структуры исключительного авторского права, исключительного патентного права и исключительного права на ноу-хау, а также в отношении сообладания исключительным правом и других способов модификации его структуры.

Научная новизна. Настоящее исследование представляет собой подробное исследование конструкций структуры исключительного авторского права, исключительного патентного права и исключительного права на ноу-хау, включая целый ряд частных проблем, связанных с теоретическими и практическими проблемами в данной области.

Автор также исследует вопросы сообладания исключительным патентным и исключительным авторским правом, предлагает решение проблемы согласования интересов соправообладателей

¹ Epstein R.A. Unifying Copyright: An Instrumentalist's Response to Shyamkrishna Balganesh // Harvard Law Review Forum. 2012. Vol 125. 120.

² Risch M. Why Do We Have Trade Secrets? // Intellectual Property Law Review. 2007. Vol. 11. 1. С. 11; Lemley M.A. The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as. IP Rights // Stanford Law Review. 2008. Vol. 61. Issue 2. 311, 312.

³ Balganesh S. Debunking Blackstonian Copyright // Yale Law Journal. 2009. Vol. 118. 1126.

⁴ Merges R.P. One Hundred Years of Solicitude: Intellectual Property Law, 1900-2000 // California Law Review. 2000. Vol. 88. 2187; Merges R.P. What Kind of Rights Are Intellectual Property Rights? // Oxford Handbook of IP Law (R. Dreyfuss and J. Pila, eds.). Forthcoming, UC Berkeley Public Law Research Paper. 2017. March 17.

внутри правовой общности, включая пределы допустимого индивидуального использования, а также анализирует иные виды фрагментации исключительных прав, приводит аргументы за и против развития указанного института в российском правопорядке.

Теоретическая и практическая значимость исследования. Теоретическая значимость исследования состоит в том, что оно встраивает понятие о структуре исключительного права в систему представлений о структуре субъективных гражданских прав, описывает структуру исключительного авторского права, исключительного патентного права и исключительного права на ноу-хау и анализирует пределы возможностей ее варьирования субъектами соответствующих правоотношений. Результаты исследования могут использоваться в дальнейшей научно-исследовательской деятельности, а также преподавании курса интеллектуальной собственности, а также курсов авторского права и патентного права. Практическая значимость исследования состоит в том, что предложенные в нем решения конкретных проблем теории о структуре исключительного права могут послужить основой для дальнейшего развития российской судебной практики, а также договорной работы.

Методология и методы исследования. В основе исследования лежит использование методов, характерных для догматической юриспруденции, включая, в первую очередь, сравнительно-правовой метод и классические аналитические методы, а также методологию правовых исследований, связанную с оценкой политико-правовых последствий выбора того или иного решения.

На защиту выносятся следующие основные положения:

1). Доказано, что ключевым характером в структуре исключительного права обладают позитивные правомочия, а не право запрещать третьим лицам использование соответствующего нематериального объекта.

«Негативная» концепция структуры исключительного права не представляется обоснованной, поскольку не позволяет, в частности, (1) в ситуации сообладания исключительными правами разграничить сферы управомоченности соправообладателей; (2) объяснить квалификацию прав на наименования мест происхождения товаров и географические указания, а также ряда прав на другие «нетипичные» объекты, включая ноу-хау, в качестве исключительных; (3) обосновать институт открытых лицензий, в рамках которого обладатель авторских прав может отказаться от возможности запрещать использование своего произведения и аннулировать такую возможность для создателей производных произведений; (4) обеспечить должным образом исключительные права от неоправданных ограничений в общественных интересах; (5) объяснить наметившуюся в зарубежной судебной практике и доктрине тенденцию к отказу от автоматического удовлетворении требований патентообладателей о запрете использования принадлежащих им нематериальных объектов.

2). Аргументировано, что на первое место в структуре исключительных патентных прав выходит не возможность запрещения использования третьим лицам, а возможность контролировать превращение в товары технических решений, относящихся к продукту, либо при помощи технических решений, относящихся к способу.

При этом обосновано, что наибольшее число оснований определять структуру исключительного права как основанную на правомочии запрета существует применительно к патентным правам, поскольку их объекты (технические решения) являются технологически сложными. Тем не менее, в настоящий момент преобладающие стратегии использования технических решений меняются, и важной функцией патентных прав наряду со стимулированием к созданию инноваций становится превращение информации в товар, способный к нахождению в обороте.

3). Обосновано, что основу регулирования содержания исключительных авторских прав составляют способы использования их объектов. Выражением данной регулятивной стратегии на уровне структуры исключительного авторского права является превалирующее значение детализирующих правовую позицию правообладателя дозвоительных правомочий, соответствующих на нормативном уровне различным способам использования произведений. Запретительное правомочие исключительного авторского права, обеспечивающее его исключительный характер, не может быть сведено к праву запрещать любое использование третьим лицам соответствующего произведения, поскольку он может иметь менее интенсивное выражение в виде, например, права на невмешательство.

4). Доказано, что структура прав на ноу-хау, несмотря на их меньшую интенсивность, выражающуюся в ограниченных по своему характеру возможностях запрета (не действует против лиц, независимо от правообладателя создавших тождественное ноу-хау, а также против лиц, использующих или разгласивших ноу-хау, приобретенное иными правомерными способами), обладает ключевыми признаками исключительных прав. Признание правопорядком исключительных прав на ноу-хау позволяет создать для участников оборота стимулы обмениваться ценной информацией и снизить транзакционные издержки по такому обмену, способствуя эффективной аллокации информации, а также делает оптимальными издержки по обеспечению режима секретности.

5). Обосновано, что структура исключительного права может быть модифицирована несколькими способами, включая сообладание исключительным правом («вертикальное» деление), при котором сохраняется единство содержания исключительного права и его тождество самому себе, и «фрагментацию», при которой деление содержания исключительного права осуществляется между соправообладателями неравномерно, так что за каждым из них не

признается какого-либо равного набора правомочий, отражающего идентичность «разделенного» права («горизонтальное» деление).

б). В рамках «вертикального» деления понятие доли в исключительном праве призвано, с одной стороны, обозначить сам факт принадлежности к группе лиц, обладающих общим правом, а с другой - определить тот объем прав, который может быть реализован каждым отдельным соправообладателем. Совокупность таких прав зависит от модели регулирования отношений внутри общности соправообладателей как оптимальной с точки зрения обеспечения ее эффективного функционирования системы сдержек и противовесов. Диссертантом впервые обосновывается возможность конструирования двух основных моделей регулирования отношений сообладателей исключительных прав: «индивидуалистическую» и «коллективистскую» модели. В рамках первой управление общим исключительным правом осуществляется в первую очередь самостоятельно каждым соправообладателем, и все соправообладатели свободно распоряжаются своим участием в общем праве. Вторая модель исходит из того, что нематериальный объект, принадлежащий нескольким лицам, может эффективно использоваться только когда порядок его использования согласован, что невозможно, если соправообладатели действуют независимо друг от друга.

7). Оптимальная модель конструирования сообладания исключительным патентным правом тяготеет к «индивидуалистическому» полюсу и может быть описана при помощи следующих принципов: (1) каждый сопатентообладатель имеет право неограниченного индивидуального использования общего изобретения, а также право заключать с третьими лицами договоры неисключительной лицензии. Эти права не могут быть ограничены и отняты решением (большинства) других сопатентообладателей без согласия соответствующего сопатентообладателя; (2) право каждого сопатентообладателя на распоряжение своей долей (а также частью доли) ограничено преимущественным правом покупки других сопатентообладателей; (3) каждый сопатентообладатель вправе потребовать установления в судебном порядке соответствующего интересам всех сопатентообладателей порядка использования общего изобретения и принимать меры, направленные на поддержание патента в силе и осуществлять защиту общего права; (4) регулирование вопросов текущего управления относится к компетенции большинства, а остальные вопросы, принятие решения по которым влечет существенное изменение в правовом положении общности в целом (прекращение патентной охраны, изменение размера долей, отчуждение патентного права или передача его в залог, выдача исключительной лицензии) решаются единогласно. Право отдельного сопатентообладателя на пропорциональную его доле часть доходов от совместного использования не может быть ограничено без его согласия.

8). Оптимальная модель конструирования отношений соавторов по поводу сообладания исключительным авторским правом тяготеет к «коллективистскому» полюсу и может быть описана при помощи следующих принципов: (1) в отсутствие соглашения соавторов об ином общее произведение используется совместно (необходимо согласие всех соавторов на определенный вид использования), при этом ни один из соавторов не вправе без достаточных оснований запретить использование такого произведения, если произведение образует неразрывное целое; (2) право каждого соавтора на распоряжение своей долей (а также частью доли) возможно с согласия других соавторов, если иное не предусмотрено соглашением с другими соавторами; (3) каждый соавтор вправе потребовать установления в судебном порядке соответствующего интересам всех соавторов порядка использования общего произведения и осуществлять защиту общего права; (4) регулирование вопросов текущего управления относится к компетенции большинства, а остальные вопросы, принятие решения по которым влечет существенное изменение в правовом положении общности в целом (обнародование произведения, его использование, внесение в него изменений, изменение размера долей, отчуждение авторского права или передача его в залог, выдача исключительной лицензии) решаются единогласно. Регулирование отношений производных сообладателей авторских прав, которые не являются соавторами, может осуществляться по более либеральной модели.

Степень достоверности и апробация результатов исследования. Степень достоверности исследования подтверждается произведенным анализом отечественных и зарубежных нормативных актов, судебной практики и доктринальных источников, постановкой целей и задач исследования и избранной методологической основой исследования. Диссертация обсуждена на кафедре гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова. Результаты исследования изложены в статьях, опубликованных автором в научных изданиях, рекомендованных для защиты в диссертационном совете МГУ по специальности 12.00.03, а также Высшей аттестационной комиссией Министерства образования РФ для публикаций основных результатов диссертаций на соискание ученой степени кандидата наук. Результаты исследования также были апробированы путем использования полученных выводов в ходе преподавания курса гражданского права в МГУ имени М.В.Ломоносова в период с 2019 по 2020 г.

Основные идеи и положения работы изложены в 4 научных работах автора общим объемом 6,33 п.л., в том числе 4 публикациях (объемом 6,33 п.л.) в рецензируемых научных изданиях, рекомендованных для защиты в диссертационном совете МГУ по специальности.

Структура работы. Исследование состоит из введения, трех глав, заключения и списка использованных источников и литературы.

Глава 1. Структура субъективного права.

Исключительное право как субъективное право

Принимая во внимание главную цель настоящей работы – анализ структуры исключительного права, а также, с одной стороны, настоятельную потребность в обеспечении системности частного права, частью которого исключительные права являются, а с другой – важность учета накопленного цивилистической доктриной опыта, представляется необходимым начать исследование с рассмотрения теорий структуры субъективного права с тем, чтобы в дальнейшем использовать наработанный общей теорией инструментарий и, в частности, иметь возможность лучше осмыслить специфические черты структуры исключительных прав. Кроме того, ввиду стремительного развития оборота исключительных прав и его регулирования исследование в терминах структуры исключительных прав произошедших изменений и наметившихся в данной области тенденций может рассматриваться как имеющее и определенное практическое значение. Данная проблематика будет рассмотрена в первом параграфе первой главы.

Также, несмотря на то, что квалификация исключительного права в качестве особого типа субъективного права в настоящее время вызывает все меньше возражений, второй параграф данной главы будет посвящен анализу ключевых аргументов в пользу отнесения исключительных прав к субъективным частным правам. Обоснование последнего тезиса будет служить важным доводом в пользу применения описанных в первом параграфе теорий при рассмотрении во второй главе структуры отдельных видов исключительных прав.

§ 1. Понятие структуры субъективного права: цель выделения данной категории и сложившиеся подходы

Для успешного выполнения своей функции рационального и системного решения социальных конфликтов правоприменитель нуждается в системе формальных концепций и понятий, помогающих переводить релевантные политико-идеологические и нормативные соображения в юридические аргументы. Понятие структуры субъективного права является частью подобной подготавливаемой правовой доктриной концептуальной схемы, лежащей в основе правовой аргументации. Иными словами, структура субъективного права является формальным выражением на доктринальном уровне особенностей общественных отношений по поводу присвоения различных видов имущества, при этом выбор того или иного подхода к описанию структуры субъективного права непосредственно влияет и на результаты решения правовых споров по поводу принадлежности соответствующего типа имущественных объектов¹.

В настоящий момент в науке частного права выработано и предложено значительное число теорий, относящихся к структуре субъективных прав, включая также и исключительные права. Учитывая то, что все они сформулированы в очень различных исторических, национальных и методологических контекстах, можно лишь весьма условно для целей дальнейшего исследования сгруппировать их следующим образом:

(1) в зависимости от наличия *самостоятельного нормативного значения* у анализируемого понятия теории структуры субъективного права могут быть поделены на (1.1) выражающие логику правового дискурса и имеющие нормативное для него и в его рамках значение и (1.2) выражающие логику неюридического (как правило, экономического) дискурса и потому самостоятельного нормативного значения не имеющие;

(2) в зависимости от *признания существования в структуре субъективного права некоторого набора правомочий в качестве конститутивного*, необходимого для констатации возникновения субъективного права и потому универсального для всех типов субъективных прав, теории структуры субъективного права могут быть разделены на: (2.1) номиналистические, согласно которым какого-либо универсального «ядра» в структуре субъективных прав выделить нельзя, и любой набор правомочий может считаться в зависимости от обстоятельств субъективным правом; (2.2) концептуалистские (essentialist), признающие существование признаков,

¹ Подробнее о значении и функции структуры субъективного права см.: Третьяков С.В. Некоторые аспекты формирования основных теоретических моделей структуры субъективного частного права // Вестник гражданского права. 2007. № 3. СПС «КонсультантПлюс».

конститутивных для структуры субъективных прав. В свою очередь, концептуалистские теории структуры субъективного права можно разделить на признающие конститутивное значение за правомочиями *положительного характера* – то есть дозволительными правомочиями, наделяющими правообладателя возможностями самостоятельного использования принадлежащего ему объекта (2.2.1); признающие конститутивное значение за *негативными (запретительными) правомочиями*, наделяющими правообладателя возможностью требовать от третьих лиц воздерживаться от нарушения его права¹(2.2.2).

Наиболее информативной и иллюстративной для целей настоящего исследования является классификация теорий структуры субъективного права по второму основанию, а именно с точки зрения признания существования набора правомочий, необходимого для квалификации прав в качестве субъективных, и далее, для теорий, признающих существование такого *sine qua non* набора правомочий – с точки зрения характеристики последних. Рассмотрим ниже теории структуры субъективного права с учетом обозначенного деления с опорой на отечественную и иностранную², в том числе американскую и континентальную доктрину³, для того чтобы затем проиллюстрировать практическое значение выбора той или иной концепции.

Номиналистические теории⁴. В данную группу входят теории, отказывающиеся признавать существование некоторого конститутивного ядра правомочий, присутствие которого в структуре различных правовых форм являлось бы необходимым для их квалификации в качестве субъективного права. При этом в номинализме можно выделить несколько направлений.

¹ Уже на данном этапе заметна условность классификации теорий структуры субъективного права: правомочие требовать от третьих лиц воздержания от нарушения субъективного права по своей правовой сути является правом правообладателя на *свои* действия, то есть выражает дозволительный метод правового регулирования. Далее будет отмечено, что так называемый негативный компонент субъективного права – понятие, объединяющее не совсем тождественные по своей правовой природе аналитические компоненты – в зависимости от теории структуры субъективного права, а также типа субъективного права. Например, в данную категорию попадают право запрещать третьим лицам вмешательство в соответствующий объект (в англо-американской традиции, восходящей к У. Блэкстону), и притязание – право требовать прекращения нарушения и возмещения убытков - в т.ч. эвентуальное (в континентальной традиции, восходящей к А.Тону). Интересно, что в теориях комбинированного содержания субъективного права негативный компонент встречается в более ослабленном виде: как право на невмешательство (ослабленное правомочие запрета) (А. Мозофф) или исключительный характер правовой позиции как выражение иммунитета против возможностей распоряжения правом со стороны третьих лиц (П. Эртманн).

² Необходимо сделать оговорку о том, что приводимые из американской доктрины теории оперируют понятием «property», обозначая им не только право собственности, но чаще – имущественные права. Представляется, что это понятие во втором из указанных значений функционально тождественно понятию субъективного права в терминологии континентальной доктрины.

³ См. также анализ содержания исключительных прав: Ворожевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М.: Статут, 2020.

⁴ Здесь важно отметить, что в американской доктрине вследствие двойственности терминологии (property как право собственности, как абсолютное (in rem) право, как имущественные права) понятие номинализма относится к двум разным явлениям: с одной стороны, к теориям имущественных прав, отрицающих их самостоятельное нормативное значение, а с другой стороны – к теориям прав in rem, отрицающих их качественное отличие от прав in personam. Во втором своем значении номинализм не означает отрицания нормативного значения юридических категорий, и поэтому в том случае, если та или иная теория отказывает правам in rem в особенном положении в системе имущественных прав, однако указывает некоторый общий признак структуры имущественных прав, она логически не попадает в комментируемую классификационную группу.

В радикальной версии номинализма субъективное право в принципе лишено собственного нормативного содержания и сводится к его экономической функции. Это делает бессмысленным установление любых юридических характеристик субъективного права, включая его структуру, поскольку сам подход, редуцирующий юридический дискурс до экономического, заранее отказывает им в самостоятельном значении¹.

Отрицание нормативного значения понятия структуры субъективного права проявляется в инверсии юридической аргументации при решении вопроса о квалификации того или иного права в качестве субъективного: отвергается схема рассуждения «право X является субъективным правом, поскольку обладает юридическими признаками (правамочиями) А, В, С» и заменяется схемой «право X выполняет функцию эффективной аллокации имущественных благ / снижения транзакционных издержек, и потому является субъективным правом». В результате субъективное право впервые получает содержательное наполнение только в процессе разрешения конкретных споров, где, в свою очередь, также изменяется последовательность аргументации: в отсутствие фиксированного содержания структуры субъективных прав участников спорных правоотношений исход спора не может быть выведен из логики правовых понятий (в частности, структуры прав участников спора) и потому определяется на основании неюридических соображений с последующими импликациями из выигрыша или проигрыша того или иного участника относительно существования в том или ином их праве правомочий, являвшихся предметом спора².

Более информативными для анализа структуры исключительного права как субъективного права являются умеренно номиналистические теории, которые не отрицают самостоятельности правового дискурса. Они, однако, отрицают нормативное значение структуры субъективных прав, вследствие чего логике квалификации того или иного права в качестве субъективного не предшествует вывод о наличии в его структуре того или иного набора правомочий.

¹ См., в частности: Merrill T.W. & Smith H.E. What Happened to Property in Law and Economics? // Yale Law Journal. 2001. № 111 (2). Pp. 358, 366-383; Fama E.F. & Jensen M.C. Agency Problems and Residual Claims // Journal Law & ECONOMICS. 1983. № 27. Pp. 327, 328 (функция имущественных прав определяется как состоящая в фиксации за определенными лицами (правообладателями) так называемого остаточного (*residual*) интереса, который возникает вследствие невозможности из-за транзакционных издержек учесть в договорах в полной мере ценность активов (объектов имущественных прав); Cooter R. Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution, 73 // California Law Review. 1985. № 1 (имущественные права определяются как результат аллокации прав использования различного рода ресурсов с целью обеспечения участников оборота стимулами принимать превентивные меры для предотвращения деликтов); Alchian A.A. Some Economics of Property Rights // Il Politico. 1965. № 30. Pp. 816, 818 («под системой имущественных прав я подразумеваю схему закрепления за отдельным индивидами дискреционных полномочий (*authority*) выбирать для конкретных благ оптимальные из дозволенных законом способы использования»); Barzel Y. Economic Analysis of Property Rights 3. 2nd ed. // Cambridge University Press. 1997. № 3. P. 134 (приводится определение имущественных прав как «способности индивидов в ожидаемых условиях потреблять ценность товаров или услуг напрямую или путем участия в обмене»).

² Penner J.E. The «Bundle of Rights» Picture of Property // UCLA Law Review. Vol. 43. 1996.

В данном спектре теорий отдельного упоминания заслуживает концепция Уэсли Хофельда, чьи взгляды обычно относят к традиции правового реализма и характеризуются именно как номиналистические¹. Ученый указал на неточность господствующего словоупотребления в современной ему доктрине, сводящей все правовые позиции по сути к двум категориям – праву требования (right) и обязанности (duty), предложил заменить их четырьмя парами юридических «антагонистов» (legal opposites) и коррелятов (legal correlatives)². В своей работе он рассмотрел самые разнообразные комбинации сформулированных им аналитических структур и указал на сложности, связанные с определенными видами их комбинаций³. Вместе с тем ученый прямо не предложил какой-либо критерий комбинирования правовых позиций, необходимый для формирования устойчивых правовых форм, а также, анализируя сущность правомочия, обеспечивающего возможности собственного поведения управомоченного лица (privilege) отметил, что такое правомочие может вполне существовать само по себе, без сопровождения каких-либо дополнительных правомочий, дающих управомоченному лицу возможность действовать против третьих лиц в случае их вмешательства в очерченную таким правомочием сферу. По мнению ученого, должны ли существовать подобного рода сопроводительные правомочия, является вопросом политики права⁴.

Анализ номиналистических теорий структуры субъективного права умеренного толка предоставляет аналитический инструментарий для оценки разного рода субъективных прав – в том числе исключительного права как основной цели нашего исследования. Вместе с тем он не дает никакой подсказки в отношении того, какие правомочия обязательно должны содержаться в структуре субъективных прав вообще и исключительных прав в частности.

Концептуалистские теории. В данную группу могут с известной долей условности быть объединены теории структуры субъективного права, которые исходят из того, что структуре всех субъективных прав присущ определенный инвариантный универсальный компонент, наличие

¹ См., например: Merrill T.W. Property and the Right to Exclude // Nebraska Law Review. 1998. Vol. 77. Pp. 730-755; Merrill T.W., Smith H.E. What Happened to Property in Law and Economics? // Yale Law Journal. 2001. Vol. 111. №. 2. Pp. 357-398.

² Hohfeld W.N. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, 23 // Yale Law Journal. 1913. №16. Pp. 16-59. Далее в работе неоднократно данная теория будет применена и подробно описаны соответствующие аналитические структуры.

³ Там же. P. 36.

⁴ Hohfeld W.N. Там же. Здесь представляется необходимым прокомментировать отнесение теории структуры субъективного права У. Хофельда в группу номиналистических теорий. Дело в том, что ученый сохранил дихотомию прав in rem и прав in personam, дав им названия multital rights и paucital rights соответственно, и применительно к multital rights все же выделил конститутивное правомочие. Multital rights ученый определил как редуцируемые к требованию (притязанию – «claim»), которому соответствуют обязанности третьих лиц соответствующее право соблюдать. Все остальные правовые позиции – privilege, power, immunity, соответствующие классическим правомочиям пользования и распоряжения – представляли, согласно Уэсли Хофельду, лишь ограничения в отношении названного запретительного правомочия, выражающие те или иные социальные или экономические соображения. В этом смысле теорию У. Хофельда следовало бы отнести к группе теорий негативного содержания субъективного права.

которого в той или иной субъективно-правовой форме и позволяет квалифицировать ее в качестве субъективного права. Данные теории можно условно разделить на следующие группы в зависимости от того, какому элементу структуры придается значение конститутивного: (1) теории *негативного содержания* субъективного права, объединяющие воззрения, согласно которым ключевыми в структуре субъективного права являются правомочия, отражающие особое положение правообладателя по отношению к третьим неуправомоченным лицам; (2) теории *положительного содержания* субъективного права, делающие акцент на дозволительных правомочиях, обеспечивающих юридическую квалификацию действий самого управомоченного в отношении принадлежащего ему объекта.

1). **Теории негативного содержания субъективного права** рассматривают «негативный компонент» субъективного права, обобщенно выражающий правовые возможности управомоченного лица в отношении третьих неуправомоченных лиц, в качестве необходимого и превалирующего элемента структуры соответствующего субъективного права.

В особенности здесь следует отметить условность категории негативного компонента, который, как будет видно далее по ходу изложения релевантных теорий, объединяет такие не тождественные по своей правовой природе категории, как обращенное к третьим лицам право требования воздержаться от нарушения соответствующего права или прекратить такое нарушение (запретительное правомочие); эвентуальное запретительное правомочие; право на невмешательство в правовую позицию как ослабленное запретительное правомочие.

В рамках данной теории одну из наиболее влиятельных концепций на сегодняшний день в области исключительных прав сформулировали американские теоретики Т.Меррилл и Г. Смит¹. Ученые ставят под сомнение необходимость включения положительных правомочий в структуру исключительных прав², обосновывая это соображениями экономической эффективности, а именно – снижением транзакционных издержек, обусловленных: (1) установлением третьими лицами границ чужой управомоченности; (2) справедливой аллокацией прибыли от различных способов использования соответствующего объекта надлежащим и управомоченным на то лицам; (3) осуществлением правосудия в случае нарушения имущественных прав (за счет простого правила, согласно которому нарушением права считается каждое простое пересечение границ его объекта, без детального рассмотрения вопроса о допустимости и оправданности отдельных действий нарушителя как входящих в сферу чужого права), (4) получением и использованием информации о различных способах использования соответствующего объекта³.

¹ Merrill T.W. Property and the Right to Exclude // Nebraska Law Review. 1998. Vol. 77. Pp. 730-755.

² Аргумент звучит следующим образом: «описание структуры правомочий в отношении имущественного объекта носит дублирующий характер и неоправданно сложен» См.: Smith, Henry E. Institutions and Indirectness in Intellectual Property // University of Pennsylvania Law Review. 2009. Vol. 157. № 6. Pp. 2083-2133.

³ Merrill T.W. Property and the Right to Exclude // Nebraska Law Review. (1998). Vol. 77. Pp. 730-755.

В особенности подобный подход, по мнению Т. Меррилла и Г. Смита, применим к патентным правам как правам на технологически сложные объекты, которые участвуют в создании коммерциализируемых продуктов, как правило, не самостоятельно, а в сочетании и наряду с другими объектами. Соответственно, конструирование структуры исключительных патентных прав вокруг и на основе запретительного правомочия позволяет:

(1) *атрибутировать с наименьшими издержками прибыль от продукта*, в котором выражен объект патентной охраны, *ценности исключительного права* (либо конкретным правомочиям в его составе)¹;

(2) *обособить творческий вклад, непосредственно связанный с созданием объекта патентной охраны*, в условиях, когда в большинстве случаев подобные объекты создаются в рамках масштабных комплексных исследований, в которые вовлечено значительное количество участников и которые редко приводят к созданию какого-то одного потенциально охраноспособного объекта;

(3) *оценить экономически ценные способы использования объектов патентных прав* (в особенности изобретений и полезных моделей) в отсутствие у большинства участников оборота надлежащей компетенции в соответствующей области² – за счет того, что наличие понятных для оборота границ объекта (которые в случае с патентными правами устанавливаются компетентным ведомством *ex ante*) облегчает для всех третьих лиц возможность сформировать понимание о существующем в его отношении праве, и того, что любое пересечение таких границ автоматически считается нарушением.

Подобный подход, безусловно, демонстрирует важность сильного негативного компонента для ряда сложных объектов, требующих большого количества информации для целей эффективного управления ими, а также объектов, нуждающихся в сильной и относительно простой с точки доказывания факта нарушения защите вследствие их высокой ценности и принципиальной сложности установления вторжения третьего лица в соответствующую сферу управомоченности. При этом в рамках такого подхода приоритет отдается внешней стороне субъективных исключительных прав, тогда как позитивные правомочия (права управомоченного на свои действия) из их структуры либо исключаются, либо рассматриваются в качестве производных и второстепенных.

2). **Теории положительного содержания субъективного права** исходят из того, что дозволительные по своей природе правомочия правообладателя на осуществление собственных

¹ Smith, Henry E. Ibid. С. 1799, С. 1805 («...patents are often highly complementary in a way that copyrights seldom are»).

² Smith, Henry E. Ibid. P. 1799.

действий в отношении объекта соответствующего права являются необходимым и главным элементом структуры субъективного исключительного права.

В настоящее время наиболее активным проponentом концепции положительного содержания исключительных прав в американской доктрине является Адам Мозофф (A. Mossoff). В своих работах он защищает подход к имущественным правам как в первую очередь правомочию использования соответствующего объекта (use-right) и сфере свободы в использовании таких объектов (sphere of liberty)¹ и указывает, что «имущественное право означает концептуально и нормативно интегрированные правомочия «владения», (ис)пользования и распоряжения, которые в своем единстве логически имплицируют их эксклюзивность (позиции управомоченного лица) по отношению к третьим лицам»². Важнейшим и потому заслуживающим здесь упоминания аргументом А. Мозоффа является сложность отношений по поводу имущественных прав, которая требует крайне нюансированного регулирования и тонкого аналитического аппарата квалификации действий управомоченных субъектов, а также существование в действующем праве значительного количества институтов и доктрин, направленных на решение упомянутой сложности отношений. Соответственно, в отсутствие точного и детального описания сфер дозволенных каждому субъекту права действий невозможно ни адекватно решить практические сложности, ни теоретически объяснить существующие доктрины³.

Теории структуры исключительного права данного спектра подчеркивают принципиальную важность для субъективного права категории дозволения, которая с точки зрения современной теории субъективных прав является для них имманентной и позволяет в принципе обосновать их необходимость наряду с нормами объективного права⁴. Вместе с тем, данный спектр теорий иногда критикуют за недолжное внимание к негативной части содержания субъективного права, поскольку его элиминирование не позволяет сконструировать полноценную сферу управомоченности в результате сведения любого вопроса или спора о ее корректной аллокации к вопросу факта⁵.

¹ Ibid.

² Mossoff A. The False Promise of the Right to Exclude, 8(3) // *Economy Journal Watch*. 2011. Pp. 255, 255-264. Здесь важно отметить, что такую теорию можно отнести и к числу теорий комбинированного содержания субъективного права, поскольку А. Мозофф в своем определении явно указывает на импликацию дозволительными правомочиями в структуре имущественных прав внешней стороны в виде эксклюзивности правовой позиции управомоченного. Однако основные рассуждения автора в приведенной и других работах строятся вокруг обоснования исторического и логического примата дозволительных возможностей в структуре имущественного права, в связи с этим я и отнесла данную теорию к группе теорий позитивного содержания субъективного права.

³ Ibid.

⁴ Третьяков С.В. Некоторые аспекты формирования основных теоретических моделей структуры субъективного частного права // *Вестник гражданского права*. 2007. №3. СПС КонсультантПлюс.

⁵ См.: Третьяков С.В. Там же.

Однако, как мы увидели, «чистых» теорий положительного содержания, настаивающих на исключение из структуры субъективного права запретительного правомочия или элемента структуры, обеспечивающего эксклюзивность

В российской литературе в настоящий момент «негативная» концепция структуры исключительных прав имеет много сторонников, и правомочие запрещать использование нематериального объекта рассматривается в качестве ключевого и основополагающего¹. Более того, достаточно распространенным является взгляд, согласно которому единственное, что добавляет правопорядок в регулирование отношений по поводу нематериальных объектов, - это как раз запрет (в виде нормы объективного права и правомочия исключительных прав). Основным аргументом в рамках такой логики является возможность свободного использования любых нематериальных объектов в отсутствие института интеллектуальной собственности².

Тем не менее, акцент на запретительном правомочии исключительных прав не позволяет адекватно оценить важное значение правомочий позитивных, которое проявляется в ряде следующих ситуаций.

Так, в ситуации сообладания исключительными правами, когда основной задачей является разграничение сфер управомоченности соправообладателей, регулирование не может быть осуществлено посредством запретительного правомочия, обращенного к третьим лицам. На первый план в подобных ситуациях выходят не отношения с третьими лицами, а отношения внутри правовой общности между сообладателями исключительного права. В связи с этим игнорировать вопрос правовой квалификации их действий в отношении общего объекта и по отношению друг к другу уже не представляется возможным, и становятся необходимыми правовые инструменты в виде видов и наборов правомочий, выражающих возможности соправообладателей использовать общий объект собственными действиями и распоряжаться им (либо своим участием в соответствующей общности). Аналогичная по сути ситуация имеет место и при иных видах фрагментации исключительных прав, когда такие права и заключенные в них возможности контроля в отношении определенного нематериального объекта распределяются между несколькими лицами так, что образовавшиеся в результате «деления» правовые позиции не тождественны друг другу, что имеет место, например, при раздельном соавторстве. При этом очевидно, что современная экономика обуславливает необходимость участия большого количества лиц в создании и использовании результатов интеллектуальной деятельности³,

соответствующей правовой позиции, не так много. Критику в их отношении см.: Толстой Ю.К. К теории правоотношения. Ленинградский государственный университет им. А.А. Жданова. Л.: Изд-во ЛГУ, 1959. С. 88.

¹ См., в частности: Зенин И.А. Изобретательское право: природа, функции, развитие // Советское государство и право. 1980. № 2. С. 48-56; Ворожевич А.С. Исключительное право: сущность, принципы и пределы защиты // Вестник гражданского права. 2013. № 6. С. 41-83; Лабзин М.В. Право запрещать как юридическое содержание исключительного права // Патенты и лицензии. 2009. № 7. С. 14-19; Еременко В.И. Содержание исключительного права на объекты интеллектуальной собственности // Законодательство и экономика. 2011. № 5. С. 15-26.

² Сторонников данной точки зрения часто можно встретить не только в лице ученых, но и среди практикующих юристов.

³ Концепция. С. 1.

соответственно, обозначенный круг ситуаций весьма распространен и имеет тенденцию к дальнейшему расширению.

Кроме того, конструирование исключительного права на основе правомочия запрещать всем третьим лицам использовать соответствующий нематериальный объект (во всяком случае, в его «классическом» понимании; его альтернативные и более умеренные трактовки будут описаны далее) *не позволяет объяснить квалификацию прав на наименования мест происхождения товаров и географические указания в качестве именно исключительных прав*¹. Так, сегодня нередко высказывается точка зрения, согласно которой законодатель ошибочно отнес указанные права к исключительным. Например, по мнению О.А. Городова, право использования наименования места происхождения не является по своей природе исключительным, поскольку, в частности, не относится к разряду абсолютных, характер которых предполагает наличие единственного обладателя и противостоящего ему неопределенного круга лиц, обязанных воздерживаться от действий, составляющих содержание его права. Также, по мнению ученого, его позицию поддерживает тот факт, что право использования наименования места происхождения товаров не было поименовано в Законе «О товарных знаках, знаках обслуживания» как исключительное².

Аналогичным образом, по мнению В.С. Зотовой, «в отношении наименований мест происхождения товаров понятие «исключительное право» не раскрывается в соответствующем ему значении, поскольку не является таковым» и согласно этому предлагает привести редакцию ст. 1519 ГК РФ в указанной части к редакции п. 3 ст. 31 ранее действовавшего Закона о товарных знаках, в которой право пользования наименованием места происхождения товара не называлось исключительным³. Указанное заключение построено на следующем рассуждении: вследствие субъектной множественности на управомоченной стороне у каждого обладателя права на наименование места происхождения товара отсутствует возможность запрещать остальным правообладателям использование общего объекта, затем – что распоряжение исключительным правом на наименование места происхождения товаров, в том числе путем его отчуждения или предоставления другому лицу права его использования (п. 4. ст. 1519 ГК РФ) также невозможно, и на основании этого заключает, что единственным правомочием правообладателя наименования места происхождения товара является право его использования, что препятствует квалификации в качестве исключительного права⁴.

¹ Сложности в квалификации в качестве исключительных прав с той точки зрения испытывают и права на ноу-хау. Во второй главе третий параграф посвящен именно этой проблематике.

² Городов О.А. Право на средства индивидуализации: товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров, фирменные наименования, коммерческие обозначения. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 122.

³ Зотова В.С. Является ли право на наименование места происхождения товаров исключительным? // Патенты и лицензии. №4. 2015. С. 34-42.

⁴ Зотова В.С. Там же. С. 34-42.

Подобная логика является характерной для противников отнесения прав на наименования мест происхождения товаров (равно как и сходных с ними по правовой природе прав на географические указания) к исключительным, однако основывается на концепции структуры исключительного права, признающей правомочие запрета в качестве конститутивного признака. Очевидно, между тем, что сам факт произведенной с учетом международных стандартов в этой области¹ квалификации законодателем прав на наименование места происхождения товаров в качестве исключительных, как минимум не может быть проигнорирован и должен стимулировать к поиску их общих с другими исключительными правами черт. Иными словами, при столкновении некоторой парадигмы родового понятия с признаками частного явления логика отказа в квалификации такого явления в качестве соответствующего понятия не является безальтернативной (особенно в условиях, когда эта квалификация устанавливается законом в условиях принципа разумности законодателя и поддерживается частью представителей доктрины²). Возможно, напротив, необходимо скорректировать само понимание родового понятия – в данном случае, исключительного права, тем более в условиях, когда его трактовке в качестве субъективного частного права подобная корректировка не противоречит. Это становится понятным, если критически отнестись к приведенному выше рассуждению В.С.Зотовой. Отсутствие действующего против любых лиц запрета не является атипичным для субъективных прав, в том числе классических и абсолютных, что подтверждает, например, существование института собственности. Кроме того, возможность запрещать использование объекта права не является единственным видом правовой характеристики особого положения правообладателя в отношении третьих лиц - не правообладателей³. В свою очередь, также сложно согласиться с полным отсутствием у права на наименование места происхождения товаров распоряжаемости: согласно современным исследованиям в области существа и структуры субъективных прав, распоряжением может считаться в том числе отказ от права, его осуществления и (или) защиты⁴. Принимая во внимание, что убедительные причины отказывать правам на наименования мест происхождения товаров и географические указания в

¹ См. анализ, например: Geographical Indication Protection in the United States United States Patent and Trademark Office, доступно по ссылке: https://www.uspto.gov/sites/default/files/web/offices/dcom/olia/globalip/pdf/gi_system.pdf.

² См., например: Дадаев Е.В., Сторожева А.Н. Исключительное право на наименование места происхождения товара: некоторые аспекты теории и практики // Вестник Красноярского государственного аграрного университета. 2009. № 3. С. 234; Горленко С.А., Еременко В.И. Комментарий к Закону РФ от 23.09.1992 № 3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» // <https://clck.ru/SQa95>.

³ В качестве такой характеристики может выступать, например, исключительность правового положения управомоченного в смысле гарантирования его от совершения третьими неуправомоченными лицами распорядительных действий по поводу его правовой позиции. См.: Третьяков С.В. Некоторые аспекты формирования основных теоретических моделей структуры субъективного частного права // Вестник гражданского права. 2007. №3. С. 242-260.

⁴ Третьяков С.В. Развитие учения о субъективном частном праве в зарубежной цивилистике: дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03/Третьяков Сергей Васильевич. – М., 2022. – 495 с.

квалификации в качестве исключительных отсутствуют, важно учесть, что главенствующими в их структуре являются позитивные правомочия. С учетом появившихся в области функционирования других типов исключительных прав тенденций, подчеркивающих важность названных правомочий, появляются, таким образом, предпосылки для пересмотра их значения для понятия исключительных прав.

Кроме того, отдельным практически значимым вопросом, связанным с концептуализацией исключительных прав на основе запретительного правомочия, является ограничение исключительных прав в общественных интересах в рамках институтов принудительных лицензий (ст. 1362 ГК РФ), права Правительства России принимать решение об использовании изобретения, полезной модели или промышленного образца без согласия патентообладателя и с выплатой ему соразмерной компенсации в ряде случаев (ст. 1360 ГК РФ, ст. 1360.1 ГК РФ). Все эти институты в настоящий момент активно используются для установления ограничения исключительных патентных прав, которое во многих случаях не признается представителями практики и доктрины оправданным ввиду противоречия самим целям патентно-правовой охраны¹. Это в особенности касается патентов в области фармацевтики, где обоснованно фиксируется неоправданно низкий порог принятия решений о выдаче принудительных лицензий² и об использовании на основании решения Правительства³. Однако затрагиваемая проблематика важна и для других сфер. В частности, в судебной практике встречаются случаи использования изобретений государственными органами и унитарными предприятиями без согласия правообладателей и заключения с ними договора, при этом адекватная компенсация судами не обеспечивается⁴.

Здесь стоит отметить, что, конечно, ограничения в общественных интересах в отношении патентных прав (и исключительных прав в целом) должны устанавливаться с крайней осторожностью, и любое подобное использование, приводящее к уменьшению ценности права, должно рассматриваться в качестве изъятия, требующего тщательного анализа, судебного контроля и справедливой адекватной компенсации⁵. В этом смысле данные институты, как и

¹ Ворожевич А.С. Правовая охрана зависимых изобретений // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2019. № 3. С. 30; Пучинина М.М. Условие предоставления принудительной лицензии для использования зависимого изобретения // Актуальные проблемы российского права. 2021. № 11. С. 117 – 132.

² Ворожевич А.С. Указ. соч.; Пучинина М.М. Указ. соч.

³ См., в частности, недавнее Распоряжение Правительства РФ от 31 декабря 2020 г. N 3718-р «О разрешении АО «Фармасинтез» использования изобретений, охраняемых евразийскими патентами, принадлежащими компаниям Гайлид Сайлид Сайэнсиз, Инк. (US), Джилид Сайэнс, Инк. (US), Джилид Фармассет, Ллс (US), на 1 год без согласия патентообладателей в целях обеспечения населения РФ лекарственными препаратами с международным непатентованным наименованием «Ремдесивир». СПС «КонсультантПлюс»

⁴ См. например дело об использовании ГУПом изобретения «Крупнопанельное здание»: Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 16.01.2019 по делу № А65-11775/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ См.: Ворожевич А.С., Третьяков С.В. Об утилитарности интеллектуальных прав, принудительных лицензиях и бюрократических рентах // Закон. 2017. № 8. С. 140–165.

другие случаи использования объектов исключительных прав в общественных интересах в отсутствие условий свободного использования, согласия правообладателей и выплаты им вознаграждения могут быть проанализированы в контексте положений п. 3 ст. 35 Конституции Российской Федерации¹ о неприкосновенности собственности (имущества). С этой точки зрения можно рассуждать так, что *«негативная» концепция исключительных прав не помогает обосновать отсутствие изъятий для государственных нужд в перечисленных случаях (при выдаче принудительной лицензии, при принятии Правительством решения об использовании изобретения в ситуации крайней необходимости), поскольку правообладатель сохраняет возможность запрещать использование принадлежащего ему нематериального объекта третьим лицам.* Такой точки зрения, в частности, придерживается американский ученый Адам Мозофф (Adam Mossoff), который в своей работе, посвященной критике конструирования патентных прав на основе запретительного правомочия, отмечает, что в США доктрина охраны интересов патентообладателей при использовании изобретений в общественных интересах сформировалась в период господства воззрений на интеллектуальные права как состоящие в первую очередь из правомочий положительного характера, включая использование и распоряжение². Напротив, смена парадигмы в американской теории патентных прав, связанная с возобладавшем представлением о них как главным образом о возможностях запрещать третьим лицам использование изобретений, привела к сокращению числа дел, где суды признавали инициированное государственными органами использование объектов патентных прав в качестве изъятий собственности для государственных нужд (takings)³. Чтобы ограничить возможности изъятия для государственных нужд в отношении патентных прав, согласно такой логике, необходимо вернуться к прежним представлениям о патентных правах.

Любопытно, что в российской доктрине имеет место прямо противоположная ситуация. Указание на то, что «неточность интерпретации патентного права как абсолютного, содержание которого может быть сведено только к запрещению полученных и охраняемых патентом результатов при нереализации самим патентообладателем предоставленных и гарантированных ему патентом правовых возможностей», а также на то, что «цели и последствия регулирования принудительной лицензии показывают, что профилирующим правомочием, составляющим содержание исключительного права патентообладателя, является правомочие правообладателя

¹ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) (с изм. и доп. от 14.03.2020 № 1-ФКЗ) // СПС «КонсультантПлюс».

² Mossoff A. Exclusion and Exclusive Use in Patent Law (August 19, 2008). Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 22, No. 2, 2009, George Mason Law & Economics Research Paper №. 08-49, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1239182>.

³ Там же.

самому использовать объект исключительного права»¹, используется для обоснования позиции о необходимости возможности использования института принудительных лицензий и иных ограничений исключительных прав в интересах общества и государства. Понятно, что подобная логика главным образом связана с тем, что одним из оснований для выдачи принудительной лицензии является недостаточное использование изобретения патентообладателем. Соответственно, чтобы обосновать анализируемые виды ограничений, сторонники данного подхода смещают акцент на самостоятельное использование правообладателем объекта патентных прав. При этом по сути используется «функциональный» подход, при котором предоставление патентных прав считается обусловленным достижением определенных целей, в частности, достаточного использования изобретений.

Представляется, что защите интересов правообладателей наилучшим образом соответствует концепция исключительных прав, основывающаяся на позитивных правомочиях, с тем, однако, уточнением, что данные правомочия не должны пониматься в связке с обязанностями самостоятельного использования. С подобной трактовкой соотносится подход, выработанный в американской доктрине (с опорой на судебную практику), согласно которому в качестве изъятия в отношении исключительных прав рассматривается *любое авторизованное в общественные интересы использование соответствующего нематериального объекта, если оно приводит к уменьшению его способности к лицензированию (стоимости лицензии – licensing value)*². Логика здесь заключается в том, что увеличение числа лиц, которые вправе использовать нематериальный объект, снижает для каждого из них шансы на успешную коммерциализацию, исчерпывая дополнительную часть емкости рынка.

Наконец, важно отметить концептуальную проблему, ставшую наиболее известной после вынесения решения по делу eBay Inc. v. MercExchange, LLC Верховным судом США. В данном деле суд отказал в удовлетворении требований патентообладателя о запрете ответчику использовать изобретение истца, присудив последнему только убытки в связи с состоявшимся нарушением³. Суд при этом учел совокупность факторов, ставших впоследствии известными в качестве специального «четырёхшагового» теста, включая доступность правообладателю альтернативных средств защиты (в частности, убытков) и их адекватность совершенному нарушению, непоправимость причиненного ответчиком ущерба, баланс интересов сторон спора

¹ Защита исключительных прав на изобретения, используемые в лекарственных препаратах: Проблемы правового регулирования и направления совершенствования законодательства: монография / А.А. Аюрова, О.В. Гутников, С.А. Сеницын и др.; отв. ред. О.В. Гутников, С.А. Сеницын. М.: ИЗиСП, КОНТРАКТ, 2019. 208 с. Аналогичную логику см.: Комментарий практики рассмотрения экономических споров (судебно-арбитражной практики) / Г.Г. Астахов, О.А. Беляева, Е.Ю. Борзило и др.; отв. ред. В.Ф. Яковлев. М.: ИЗиСП, КОНТРАКТ, 2019. Вып. 25. 240 с.

² Ghosh S. Toward a Theory of Regulatory Takings for Intellectual Property: The Path Left open After College Savings v. Florida Prepaid, 37 // San Diego Law Review. VOL. 37. № 3. 2000. Available at: <https://digital.sandiego.edu/sdlr/vol37/iss3/3>.

³ eBay Inc. v. MercExchange, LLC, 547 // U.S. 2006. 388.

и общественные интересы. Данное дело рассматривается учеными в области патентных прав как прецедентное и положившее начало *дифференцированному подходу к удовлетворению требований патентообладателя о наложении судебного запрета¹, который считается подрывающим основу концепции патентного права как главным образом состоящего из правомочия запрета (либо – основу для квалификации патентного права как исключительного при сохранении «негативной» концепции последнего).*

Действительно, до этого дела и доктрина, и суды в США преимущественным образом исходили из того, во-первых, что сущность патентных прав состоит в возможности запрещать использование изобретения третьим лицам (*right to exclude*), и во-вторых, что данная возможность заключается в безусловном праве на судебный запрет (*injunctive relief*) в случае любого вторжения в сферу патентно-правовой охраны (использования третьим лицом изобретения без согласия патентообладателя и иных на то законных оснований)². В контексте подобного представления о патентных правах как о фактически не имеющих нормативного значения за пределами судебной защиты (иными словами, представления о патентных правах как средстве защиты (*remedial context*)), отказ от принципа автоматического удовлетворения требований об установлении судебного запрета стал критическим моментом для переосмысления сложившихся взглядов. Попытки такого переосмысления были предприняты в нескольких направлениях, из которых наиболее важным представляется выделить два.

Первое основано на принципе добросовестности в попытке отнести отсутствие автоматизма в принудительном осуществлении правомочия запрета к уровню осуществления права³. Подобная логика по существу пытается сохранить прежнее представление о структуре патентных прав, иммунизирував его от влияния появившейся тенденции к дифференцированному отношению судов к судебным запретам. При этом, однако, не удастся избежать квалификации запретительного правомочия в качестве имеющего функциональный характер⁴, что по сути исключает возможность сохранить конститутивное значение этого правомочия для понимания структуры патентных прав.

Второе направление переосмысления, напротив, стремится отразить изменения судебной практики на уровне структуры патентных прав, изменив представления о ней таким образом,

¹ Ворожевич А.С. Иск о запрете на использование изобретения: может ли суд отказать, если доказан факт нарушения? // Журнал Суда по интеллектуальным правам. № 35. № 3. 2022. С. 8-96.

² Balganes S. Demystifying the Right to Exclude: Of Property, Inviolability, and Automatic Injunctions, 31 // Harvard Journal Law & Pub Pol'y. 2008. № 519. Available at: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/3366. Далее в параграфе 1 главы 2 данный вопрос рассматривается более подробно.

³ Desaunettes-Barbero L., Hilty R., Kim D., Lamping M., Slowinski P.R., Ullrich H. Position Paper on the Envisaged Reform of the German Patent Act (March 10, 2020). Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper №. 20-05: <https://ssrn.com/abstract=3592465>. Цит.по: Ворожевич А.С. Указ. соч.

⁴ Там же.

чтобы ослабление возможностей реализации запретительного правомочия не входило в противоречие с господствующим пониманием исключительного права. Так, американский ученый Шиямкришна Балганеш (Shyamkrishna Balganesh) отмечает, что кризис концепции патентных прав после дела *eBay Inc. v. MercExchange, LLC* вызван не совсем точным пониманием правомочия запрета (*right to exclude*)¹. По его мнению, господствующие в доктрине взгляды редуцировали анализируемое правомочие к средству защиты, существующему только на охранительной стадии отношений, и игнорирует его значение на регулятивной стадии – как нормативного инструмента обеспечения неприкосновенности объекта охраны (*normative device deriving from norm of resource inviolability*). Ученый предлагает нюансировать понятие *right to exclude*, выделяя в нем четыре компонента, два из которых относятся к регулятивному уровню системы частных прав (*entitlement framework*) и два – к охранительному уровню принудительного их осуществления (*enforcement framework*). «Регулятивные компоненты» запретительного правомочия представляют собой: (1) привилегию использования (*privilege-right to exclude*), означающую неуправомоченность третьих лиц осуществлять аналогичное использование; (2) требование воздерживаться от использования (*claim-right to exclude*), содержание которого обуславливается соответствующими пассивными обязанностями третьих лиц.

«Охранительные компоненты» запретительного правомочия возникают в результате нарушения второго регулятивного компонента и представляют собой способы принудительного осуществления запрета в отношении нарушителя (3) по общему праву (*common law*) и (4) по праву справедливости (*equity law*). При этом «четырёхшаговый тест», дифференцирующий принудительное осуществление запретительного правомочия, по мнению ученого, применяется только к четвертому компоненту².

Второе направление разрешения противоречия, возникшего в результате появления тенденции дифференцированного удовлетворения требований о запрете использования объектов патентных прав, как представляется, является более обоснованным и перспективным ввиду следующего. Тенденция к дифференцированию появилась *вследствие необходимости более детального и нюансированного регулирования и разграничения сфер управомоченности субъектов гражданского оборота* в условиях, когда такие субъекты стали более квалифицированными и информированными³, и количество патентов достигло очень значительных цифр, приводя в большом числе случаев к пересечениям патентно-правовой

¹ Balganesh S. Там же.

² Там же.

³ Это снимает проблему необходимости снижения транзакционных издержек на установление границ права (*delineation costs*), которая обычно рассматривается в рамках экономического анализа права как обосновывающая режимы имущественных прав, основывающиеся на запретительном правомочии.

охраны («патентные заросли»). Вопрос об удовлетворении или отказе в удовлетворении требования о запрете использования изобретений является как раз вопросом о том, каким образом должны сосуществовать и разграничиваться права участников спора, кто из них вправе использовать спорный объект и при каких условиях. При этом в рамках первого из описанных направлений, основанного на принципе добросовестности, предлагается разграничивать правовые позиции участников патентных правоотношений *на уровне осуществления права*, что в общем сделать невозможно. Дело в том, что трактовка правонаделения в понятиях добросовестности и на уровне осуществления права отрицает возможность определить содержание субъективного права абстрактно, и не применительно к каждому конкретному случаю, согласно вышесказанному содержание права становится «относительным», а одно и то же действие может быть квалифицировано одновременно как правомерное и противоправное в зависимости от обстоятельств¹. Второе направление, напротив, предлагает решить анализируемый вопрос в терминах «внутренних» границ исключительного патентного права, имманентных ему и определяемых исходя из существа его объекта и отношений по поводу него².

Наконец, в контексте анализируемой проблематики важно рассмотреть институт открытых лицензий, закрепленный в 2014 году в ст. 1286.1 ГК РФ, который направлен на обеспечение правообладателям возможности предоставлять доступ к принадлежащим им произведениям науки, литературы или искусства путем опубликования условий использования соответствующих произведений таким образом, чтобы они были доступны неопределенному кругу лиц и чтобы потенциальные лицензиаты могли ознакомиться с ними перед началом использования.

Необходимость имплементации указанного института обусловлена изменениями в современной экономике, связанными с развитием информационно-телекоммуникационных сетей, в результате которых исчезла возможность рассматривать информационные продукты исключительно как ограниченный ресурс, коммерциализация которого возможна главным образом путем взимания платы за предоставление к ним доступа³. В связи с тем, что в настоящий момент в мире ежедневно создается около 2,5 квинтиллиона информации⁴, в том числе охраноспособных результатов интеллектуальной деятельности, ввиду объективно заданных пределов человеческих возможностей по восприятию этой информации ограниченным ресурсом становится, в первую очередь, внимание пользователей. Соответственно, в качестве ценности начинает рассматриваться способность такое внимание привлечь, и создатели результатов

¹ Третьяков С.В. Там же.

² Там же.

³ Будник Р.А. Основы инклюзивной модели авторского права: монография. М.: Юрлитинформ, 2014.

⁴ <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/05/21/how-much-data-do-we-create-every-day-the-mind-blowing-stats-everyone-should-read/?sh=740e110e60ba>

интеллектуальной деятельности начинают быть заинтересованы не столько в ограничении доступа к своим произведениям, сколько в его максимальном облегчении и упрощении¹.

Подобному изменению соответствует такой новый способ коммерциализации, как монетизация коммуникативного потенциала объектов авторских прав² путем, например, «продажи» рекламы, сопутствующих товаров и услуг, программ и мобильных приложений (если, например, речь идет о программном обеспечении с открытым исходным кодом – Open Source Software (OSS)) и т.д.³ Именно достижению цели наделить правообладателей соответствующими указанному способу коммерциализации возможностями и служит институт открытых лицензий, расширяющий сферу автономии правообладателя в выборе способа извлечения дохода из использования произведения («традиционный», основанный на запрете и ограничении доступа третьих лиц к результату интеллектуальной деятельности, либо «инновационный», базирующийся на максимальном расширении числа пользователей соответствующего результата интеллектуальной деятельности).

Изложенное выше наглядно демонстрирует, что, вопреки устоявшемуся пониманию ценности исключительного права как возможности запрета, ограничение доступа к результатам интеллектуальной деятельности может снижать, а не увеличивать их экономический потенциал. На первый план с этой точки зрения выходят, наоборот, распорядительные возможности в составе исключительных авторских прав, которые делают возможным соответствующие современному уровню развития экономики способы извлечения дохода из использования объектов авторских прав. Названную тенденцию Р.А.Будник достаточно емко обозначил как переход от «эксклюзивно-ориентированного» способа регулирования авторских прав к «инклюзивному»⁴.

Таким образом, в современном праве существует ряд практических и теоретических вопросов, решению которых не всегда может эффективно способствовать концепция структуры исключительных прав, основанная на конститутивном и превалирующем характере запретительного правомочия в его традиционном понимании как возможности в судебном порядке добиться запрета использования соответствующего нематериального объекта в случае его неавторизованного правообладателем использования. Напротив, возникают основания

¹ Нагродская В.Б. Открытая лицензия как способ распоряжения исключительным правом на произведение науки, литературы и искусства: дисс... к-та юрид. наук:12.00.03/Нагродская Виктория Борисовна. М., 2018. 319 с.

² Будник Р.А. Там же.

³ Matsuya, Yuko, Legal Protection of Software - Copyright, Patent and Open Source - Challenges for Business in a Mixed Environment. MIPLC Master Thesis Series (2011/12), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2244216>

⁴ Будник Р.А. Там же.;

полагать, что решение таких вопросов поможет переосмыслению понимания исключительного права, с точки зрения признания важности и в ряде случаев – ключевого значения – положительных правомочий в составе исключительных прав.

В настоящей работе мы остановимся на трех типах исключительных прав: исключительном патентном праве и исключительном авторском праве как классических и «типичных» исключительных правах, а также на исключительном праве на ноу-хау как одном из нетипичных исключительных прав. Далее более детально попробуем рассмотреть освещенную проблематику.

§ 2. Исключительное право как субъективное частное право

Важной задачей настоящего исследования является рассмотрение понятия структуры исключительного права не изолированно, а в общецивилистическом контексте. Данная задача требует установления базовых предпосылок применимости гражданско-правовых категорий к исключительному праву, в числе которых важнейшей является обоснование того, что исключительное право является разновидностью субъективных частных прав.

Сложности с признанием исключительных прав принципиально сходными с парадигмальными имущественными правами¹, легшими в основу понятия субъективных прав, связываются обычно, во-первых, с контрастом между (1) восприятием субъективных прав в рамках либеральной традиции как *естественных, существующих принципиально до и независимо от правопорядка (prepolitical rights)* и (2) представлением о зависимости охраны исключительных прав от регистрации их объектов в государственных реестрах как отрицающим их частно-правовую природу.

Во-вторых, такие сложности выводятся из того, что исключительным правам присуще предположительно большее, чем иным имущественным правам, *количество ограничений в отношении их границ и содержания*. Здесь обычно отмечают ограниченность существования исключительных прав по сроку, по территории действия, а также указывают на прямое перечисление в Гражданском кодексе случаев свободного использования произведений и технических решений, институт принудительного лицензирования, а также прекращение исключительного права на товарный знак вследствие его неиспользования в течение достаточно непродолжительного периода времени², из которого можно имплицировать обременение исключительного права обязанностью использовать соответствующий результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации.

Все это может рассматриваться как ставящее под вопрос квалификацию исключительных прав и включающих в себя полноценные дозволительные возможности, которые справедливо признаются в качестве имманентных структуре субъективных прав³.

¹ В первую очередь – права собственности.

² Ворожевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М.: Статут, 2020. - 271 с.; Судариков С.А. Фундаментальные принципы интеллектуальной собственности // Право интеллектуальной собственности. 2007. № 2. С. 3 – 8; Микрюков В.А. Ограничения и обременения гражданских прав. М., 2007. 256 с.

³ Третьяков С.В. Некоторые аспекты формирования основных теоретических моделей структуры субъективного частного права // Вестник гражданского права. 2007. № 3. С. 242-260.

Вместе с тем оба довода против квалификации исключительных прав в качестве субъективных прав вызывают следующие возражения. Первый довод можно считать обоснованным только для исторически первых механизмов охраны результатов интеллектуальной деятельности – промышленных новшеств и произведений искусства, которые существовали в период формулирования естественно-правовых теорий обоснования субъективных прав. В то время и правда сложно было квалифицировать произвольное предоставление монархами промышленных монополий для охраны нематериальных объектов¹ в качестве субъективных частных прав в их понимании как принципиально догосударственных прав. В современных же правовых порядках, наоборот, действия государственных органов при предоставлении охраны нематериальным объектам в виде исключительных прав носят сугубо формальный характер² в том смысле, что при соответствии заявленного объекта установленным требованиям у регистрирующего органа возникает обязанность осуществить его регистрацию. В связи с этим обусловленность возникновения ряда исключительных прав (патентных, прав на товарные знаки, фирменные наименования и др.) действиями органов государства никак не противоречит их характеру естественных прав (наличие которого позволит говорить о фундаментальном сходстве с субъективными правами): подобная «естественность» в трудах основоположников соответствующего подхода, в первую очередь Дж. Локка, означала лишь связанность дискреции монарха, но никак не возможность права существовать автономно от обеспечивающих его институтов правового порядка³.

Даже если не рассматривать обязательный принцип предоставления правовой охраны регистрируемым нематериальным объектам как связанный с естественным характером интеллектуальных прав, оказывается, что исключительные права соответствуют признакам естественных прав, и их признание правовым порядком может быть обосновано с соответствующих позиций. Во-первых, объекты исключительных прав в большинстве случаев представляют собой результаты человеческого труда, охрана которого признается в качестве продолжения охраны базовых прав человека⁴. Основной идеей Дж. Локка при обосновании собственности было то, что

¹ Пиленко А.А. Право изобретателя. М.: Статут, 2001.

² Представляется обоснованным взгляд на правовое значение государственной регистрации объектов исключительных прав, согласно которому такая регистрация означает предварительное очерчивание границ таких прав. Границы исключительных прав на нематериальные объекты, охраняемые по фактологической системе, наоборот, впервые устанавливаются только в момент рассмотрения спора о нарушении в суде. См. Balganesch S. Debunking Blackstonian Copyright. 118 // Yale Law Journal. 2009. № 1126; Weinrib E.J. The idea of private law. London: Harvard University Press, 1995. P. 237.

³ См., например, Waldron J. Property and Ownership, in: The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Edward N. Zalta ed., 2016).

⁴ Mossoff A. and Claeys E.R. Patent Injunctions, Economics, and Rights // доступно по ссылке: <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=933078022002122105009121102099005112015082062038033030120099095096068090097008089085034019003061029120125092096014094029071077021059074001067098068006029127123090090032037067000020023109112118116025017087013067025087009024020092108112114105126020092&EXT=pdf&INDEX=TRUE>.

люди имеют естественное право на плоды своих усилий, созданные из материалов, которые являются общими или никому не принадлежат. При этом государство должно уважать и обеспечивать это естественное право, из чего и следует естественного-правовой характер интеллектуальной собственности.

Во-вторых, интеллектуальная собственность может рассматриваться в качестве выражения личности ее авторов, которая должна, согласно такой логике, получать охрану в качестве ее продолжения. Этот подход основан, в первую очередь, на идеях философии Г.Гегеля и имеет особенное значение для авторских прав, однако может быть применен и в отношении других типов исключительных прав. Таким образом, интеллектуальные права не могут без потери целей и смысла их охраны рассматриваться вне связи с человеческой личностью и зависящие исключительно от произвола законодателя как опциональный и искусственный конструкт.

Второй довод о том, что режиму охраны исключительных прав свойственны качественно несовместимые с возможностью квалификации их как субъективных частных прав ограничения также нельзя назвать убедительным. Во многом аналогичные ограничения применяются и к вещным правам, считающимся парадигмальными субъективными правами. Так, срок действия прав на движимые вещи ограничивается естественным образом вследствие постоянной амортизации таких вещей¹. Далее, ограничения территорией действия, с одной стороны, применимы не ко всем исключительным правам вследствие действия, в частности, международных договоров о взаимном признании авторских прав, тогда как, с другой стороны, права на недвижимые вещи являются территориально ограниченными вследствие самих характеристик их объекта, а права на движимые вещи при пересечении последними границ будут неизменно меняться в своем содержании по причине территориального действия законодательства о вещных правах. В некотором отношении можно даже сказать, что ограничений вещных прав больше, чем прав исключительных: в силу материального характера их объекта, создающего естественную основу видимости права, в этой области традиционно активно применяется институт защиты добросовестного приобретателя от неуправомоченного на распоряжение лица, который обоснованно рассматривается в качестве ограничения содержательной абсолютности права собственности.

Иными словами, видимые теоретические препятствия для квалификации понятия исключительного права в качестве субъективного частного права отсутствуют. При этом наиболее существенными в рамках текущего анализа являются аргументы о принципиальном структурном сходстве классических имущественных прав и исключительных прав.

¹ Дозорцев В.А. Понятие исключительного права. В сб. статей: Проблемы современного гражданского права. М.: Статут, 2003. С. 416.

Соответственно, далее приведем доводы в указанном направлении с опорой на иностранный опыт.

Англосаксонская традиция рассматривает юридическое понятие собственности (property) чрезвычайно широко, включая в него права на любые обладающие имущественной ценностью объекты¹. Вместе с тем и там представители доктрины ощущают потребность в обосновании генетического и структурного сходства классических имущественных прав и интеллектуальных прав.

Так, профессор Роберт Мерджес (Robert Merges) приводит следующие черты интеллектуальных прав, являющиеся, по его мнению, тождественными с чертами классических имущественных прав:

(1) *действие против всех третьих лиц*² (выражается посредством метафоры «good against the world»)³;

(2) *юридическое выражение сферы контроля* правообладателя над принадлежащим ему объектом осуществляется *посредством установления дозволенных для него действий* (относящего остальные действия за рамки дозволенного);

(3) признание за правообладателем сохранения всех типов остаточных (residual) правомочий при любых типах распоряжений⁴.

Кроме того, исключительные права, по мнению Роберта Мерджеса, так же, как и другие имущественные права, имеют своей функцией закрепление связи между некоторым нематериальным объектом и его правообладателем⁵.

Далее, Г. Смит аргументирует необходимость отнесения исключительных прав к классическим имущественным правам с опорой на их *структурное сходство* и лежащие за ним

¹ Merges R.P. What Kind of Rights Are Intellectual Property Rights? Oxford Handbook of IP Law (R. Dreyfuss and J. Pila, eds.), Forthcoming, UC Berkeley Public Law Research Paper. № 3. 2017. P. 5. Отметим здесь еще концептуальный аспект, помимо терминологического, являющийся следствием функционального подхода к собственности (имущественным правам), фактически отрицающего самостоятельность юридического дискурса по поводу собственности и редуцирующего его до дискурса экономического: см., например: Merrill T.W., Smith H.E. What happened to Property in Law and Economics? // Yale Law Journal. 2001. Vol. 111. №. 2. P. 357 – 398, где ученые отмечают, что «any distribution of rights and privileges among persons with respect to things can be dignified with the (almost meaningless) label «property»». Релевантный обзор в отечественной литературе: Шабас В.И. Теоретическая модель собственности в американской юриспруденции: очерк одной метафоры // Вестник гражданского права. 2014. № 2. С. 267 - 301.

² Выражающееся, в частности, в том, что возникновение у всех третьих лиц обязанностей признавать и соблюдать подобного рода абсолютное право не обусловлено никаким предшествующим правоотношением с такими лицами (в частности, договорами).

³ Waldron J. From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property, 68 // Chicago-Kent Law Review. 1993. Pp. 841, 844, 887.

⁴ Merges R.P. What Kind of Rights Are Intellectual Property Rights? Oxford Handbook of IP Law (R. Dreyfuss and J. Pila, eds.). Forthcoming // UC Berkeley Public Law Research Paper. 2017. № 3. P. 5.

⁵ Merges R.P. Ibid. P. 6. В основе такого подхода, как признает сам автор, лежит экономическое обоснование – а именно теорема Коуза о транзакционных издержках, согласно которой именно четкое разграничение правовых позиций (entitlements) позволяет названные издержки снизить.

экономические предпосылки¹. Ученый отмечает, что в той мере, в которой в центре режима охраны исключительных прав стоит объект – пусть нематериального характера – ключевым и необходимым правомочием в структуре исключительного права разумно считать, как и в случае с другими абсолютными имущественными правами, запретительное правомочие². Дело в том, что построение режима охраны в отношении объектов, по поводу которых возможно большое количество трудно исчисляемых способов использования, наиболее эффективно при помощи так называемой запретительной стратегии (*exclusion strategy*), позволяющей в подобном случае снизить издержки по определению границ правовой позиции (*delineation costs*) и мониторинга за соблюдением этих границ третьими лицами³. При этом запретительная стратегия имплементируется на юридическом уровне при помощи конструирования имущественного права как запретительного правомочия и признания вторичного и производного значения положительных правомочий. Соответственно, в той мере, в которой и регулирование и объектов классических абсолютных имущественных прав, и нематериальных объектов наиболее эффективно при помощи стратегии запрета, структура абсолютных имущественных прав и структура исключительных прав являются тождественными, из чего, в свою очередь, следует вывод о том, что исключительные права – разновидность абсолютных имущественных прав⁴.

Роберт Мердженс использует аналогичный аргумент, апеллируя к сходству структуры исключительных прав с классическими имущественными правами. Ученый описывает исключительные права при помощи аналитических структур У. Хофельда, отмечая, что в их структуру так же, как и в структуру других имущественных прав, входят:

1. Правомочия, дающие правообладателю возможности совершения собственных действий в отношении принадлежащего ему объекта (*privileges*) – например, правомочие публичного исполнения произведения, правомочие передачи произведения по кабелю, правомочие осуществлять переработку. Все данные правомочия дают правообладателю возможность самостоятельно совершать действия фактического характера в отношении принадлежащего ему результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации;

2. Правомочия распорядительного характера (*powers*) – например, правомочие, в силу которого правообладатель может предоставить другим лицам в том или ином объеме право использования принадлежащего ему результата интеллектуальной деятельности или средства

¹ Smith, Henry E. *Institutions and Indirectness in Intellectual Property* // *University of Pennsylvania Law Review*. 2009. Vol. 157. № 6. Pp. 2083-2133; *Harvard Public Law Working Paper*. № 10-12.

² Там же.

³ Smith, Henry E. *Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights* // *The Journal of Legal Studies*. Vol. 31. № S2.

⁴ Smith, Henry E. *Institutions and Indirectness in Intellectual Property* // *University of Pennsylvania Law Review*. 2009. Vol. 157. № 6. Pp. 2083-2133; *Harvard Public Law Working Paper*. № 10-12.

индивидуализации, а также передать его в полном объеме. Данные правомочия обеспечивают правообладателя юридической возможностью совершать действительные преобразования в отношении своей правовой позиции;

3. Правомочие, гарантирующее правообладателя от чужих распорядительных действий по поводу его правовой позиции (*immunity*), и обеспечивающее ее исключительность.

4. Правомочие, наделяющее правообладателя возможностью требовать определенного поведения от третьих лиц (*claim*) – например, правомочие требование прекращения нарушения исключительного права или воздержания от него, правомочие требование компенсации за причиненные нарушением убытки¹.

Аналогичные аргументы на основе тождества структуры исключительных прав и других имущественных прав приводят и проponentы теории положительного содержания субъективных прав².

Таким образом, представители всех направлений теорий структуры субъективных прав учли в своих моделях структур, в том числе особенности исключительных прав, сформулировав такие модели как универсальные и для классических имущественных прав, и для прав исключительных, из чего следует имплицитное признание того, что исключительные права являются разновидностью субъективных прав.

Соответственно, ввиду приведенных аргументов, тезис об отсутствии принципиальных отличий исключительных прав от субъективных частных прав, как представляется, выглядит довольно убедительно. При этом, конечно, квалификация исключительных прав в качестве субъективным прав *не предполагает необходимость констатации тождества их структуры*. Именно это обстоятельство делает необходимым анализ структуры исключительных прав как особых видов имущественных прав на примере: (1) исключительных авторских прав, (2) исключительных патентных прав и (3) исключительных прав на ноу-хау.

¹ Merges R.P. What Kind of Rights Are Intellectual Property Rights? Oxford Handbook of IP Law // UC Berkeley Public Law Research Paper. 2017. № 3. P. 12.

² Mossoff A. Exclusion and exclusive use in patent law // Harvard Journal of Law & Technology. 2009. Vol 22. P. 321; Newman C.M. Vested Use-Privileges in Property and Copyright // Harvard Journal of Law & Technology (Harvard JOLT). Vol. 30. no. Special Symposium. 2017. P. 75-96.

Глава 2. Структура отдельных видов исключительных прав

§ 1. Структура исключительного патентного права

Традиционно в научной литературе сущность патентных прав гораздо чаще, чем любых других субъективных частных прав, видят в правомочии патентообладателя запрещать всем третьим лицам использование соответствующего охраняемого данным патентом технического решения¹ (*Ausschließungsrecht, right to exclude*²).

Так, еще в конце 19 века профессор А.А. Пиленко, один из наиболее известных и авторитетных российских ученых, в своей знаменитой монографии «Право изобретателя» писал, что «Всякому юристу известна знаменитая контрверза, ведомая вокруг определения сущности абсолютных прав. Нужно ли понимать собственность как *положительное право user et abuser dela chose* - или же только как *отрицательное запрещение*, обращенное к третьим лицам и не позволяющее им вторгаться в сферу воздействия управомоченного на данную вещь? Есть ли собственность – великая сумма различных прав на вещь или же только право по отношению к третьим лицам, возникшее по поводу данной вещи³?» При этом ученый отмечал, что категорически неправильным является конструирование патентного права «сразу по двум схемам», а именно одновременно и как «положительного права фабриковать, и как негативного права запрещать»⁴. По мнению ученого, названные положительное (дозволительное) и запретительное правомочия не должны дублировать друг друга, и потому патентное право должно мыслиться «или как запрещение с рефлексом квалифицированной (монопольной) фабрикации, или как дозволение фабриковать, усиленное специальной нормой об «исключительности»», причем, руководствуясь критерием элегантности и ссылаясь на то, что акцент на положительном правомочии заставит прибегнуть ко множественным фикциям, не нужным при выборе негативного правомочия как основы конструкции, А.А. Пиленко предложил теорию структуры патентного права с опорой именно на запретительное правомочие.

¹См. развернутый анализ данной концепции и ее последовательное проведение для исключительных прав: Ворожеевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М.: Статут, 2020. 271 с.

² Здесь и далее под запретительным правомочием понимается возможность требовать защиты субъективного права в принудительном порядке / правомочие принудительного осуществления права. Данный термин используется условно и выражает идею о редуцированном до стадии защиты понимании правовой власти правообладателя. Наиболее подробный и точный анализ описанных категорий см.: Третьяков С.В. Развитие учения о субъективном частном праве в зарубежной цивилистике. – М., 2022. – 608 С.

³ Пиленко А.А. Право изобретателя. - М.: Статут, 2001. § 152.

⁴ Пиленко А.А. Там же.

В качестве доказательства эффективности конструкционной экономии ученый приводил ситуацию сопатентообладания, суть которой состоит в солидарном запрещении правообладателями фабрикации принадлежащего им изобретения: испрашивание патента как конклюдентное действие свидетельствует, по мнению А.А. Пиленко, о желании запрещать, а получение патента – создает статус запрещения, для снятия которого необходимо согласие всех сопатентообладателей¹. При этом, наоборот, каждый из сопатентообладателей не может разумно считаться желающим при испрашивании патента – пусть и совместно с другими лицами – запретить самому себе использование соответствующего технического решения, и потому, вплоть до заключения соглашения об обратном², вправе осуществлять индивидуальное использование. Предложенная А.А. Пиленко конструкция структуры исключительного патентного права по ключевым признакам совпадает с той, которую позднее сформулировал профессор М.М. Агарков, а именно состоящей из притязания и представляющего собой закрепленную за лицом возможность привести в действие государственный аппарат для принятия мер принуждения против обязанного лица в случае неисполнения последним своей обязанности³.

Сходной по своему редукционистскому характеру точки зрения в настоящее время придерживается М.В. Лабзин, который критикует конструкцию А.А. Пиленко не с позиций необходимости перенесения акцента в структуре исключительного патентного права на положительные правомочия (и в принципе включение их в такую структуру, поскольку автор является сторонником теории негативного содержания исключительного права), а наоборот, с позиций необходимости элиминирования из такой структуры в том числе и запретительного правомочия – на основании того, что запрет в отношении третьих лиц вытекает уже непосредственно из норм закона и не требует дополнительного волеизъявления со стороны правообладателя⁴. Такая конструкция напоминает модель структуры субъективного права, предложенную А. Тоном: так же, как и в ней, субъективное (в данном случае – исключительное) право отождествляется не с притязанием, а с *эвентуальным* притязанием, которое отсутствует на

¹ Пиленко А.А. Там же.

² Для которого, очевидно, нужна и его воля также, в связи с чем все остальные сопатентообладатели не могут своим соглашением отменить право данного сопатентообладателя осуществлять индивидуальное использование технического решения.

³ Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. Ученые труды ВИЮН НКЮ СССР. Вып.3. М., 1940; Самый подробный анализ проблематики см.: Третьяков С.В. Некоторые аспекты формирования основных теоретических моделей структуры субъективного частного права // Вестник гражданского права. 2007. № 3. СПС «Консультант Плюс».

⁴ Лабзин М.В. Право запрещать как юридическое содержание исключительного права // Патенты и лицензии. 2009. № 7.

регулятивной стадии правоотношений и возникает только на стадии охранительной, то есть после нарушения третьим лицом запретительных предписаний закона¹.

Акцентом на негативных правомочиях в составе исключительного права характеризуются и работы других отечественных ученых², например, И.А. Зенин в своей работе, посвященной патентному праву, пишет, что *в использовании* патентоохраняемого объекта «нет ничего, что служило бы специфическим предметом и функцией патентного (изобретательского) права»³.

А.С. Ворожевич в своей работе, которая посвящена содержанию, границам и пределам исключительных прав, также приходит к выводу о том, что «ключевым правомочием правообладателя является возможность (ограниченная определенными рамками) запрещать всем иным лицам использовать объект интеллектуальной собственности, отказав в доступе к разработке»⁴.

Подобные взгляды, безусловно, имеют под собой определенные экономические и теоретические основания. Так, акцент на запретительном правомочии при формулировании структуры субъективного права с точки зрения соображений эффективности позволяет, во-первых, обеспечить более сильную и надежную защиту в отношении объектов, которые трудно поддаются точному описанию и в отношении которых особенно сложно доказать факт неправомерного использования⁵. Во-вторых, названный акцент на негативном компоненте структуры патентного права позволяет снизить издержки по управлению сложными объектами, требующими аккумулирования больших объемов информации⁶. Эти результаты достигаются за счет того, что конструирование правовой охраны на основе запретительного правомочия предполагает объединение значительного числа способов использования и взаимодействий между ними в условный модуль с примерно определенными границами, с защитой его от посягательств третьих лиц при помощи названного негативного компонента. Любое пересечение таких границ будет автоматически означать нарушение⁷, что помогает решить проблему

¹ Третьяков С.В. Там же.

² См.: Ворожевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М.: Статут, 2020. - 271 с.

³ Зенин И.А. Изобретательское право: природа, функции, развитие // Советское государство и право. 1980. № 2. С. 51.

⁴ Очень качественный и, как представляется, наиболее полный обзор мнений отечественных ученых по поводу того, какая – запретительная или позитивная – функции должны превалировать в исключительном (в частности, патентном) праве осуществлен А.С. Ворожевич, см.: Ворожевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М.: Статут, 2020. 271 с.

⁵ Интенсивная защита, выражающаяся в строгой ответственности, будет выполнять в том числе превентивные функции и несколько скорректирует стимулы недобросовестных участников оборота, рассчитывающих на то, что правообладателю будет сложно доказать факт нарушения.

⁶ Smith, Henry E. Institutions and Indirectness in Intellectual Property // University of Pennsylvania Law Review, 2009. Vol. 157. № 6. Pp. 2083-2133; Harvard Public Law Working Paper. № 10-12. См. также модульную концепцию абсолютных прав: Merrill T.W. Property as Modularity, 125 // Harvard Law Review. 2012. 1691. Pp. 151-163.

⁷ Ошибки, вероятные вследствие приблизительного характера определения границ модуля, корректируются на втором этапе, поскольку для таких объектов первоочередной задачей является преодоление сложности доказывания нарушения.

сложности доказывания, тогда как концентрация максимального количества правомочий в рамках одного «модуля» снижает издержки по обмену информацией между «модулями»¹.

Охрана объектов исключительных патентных прав (технических решений) сконструирована вокруг их содержания, которое является принципиально повторяемым. Из этого следует, что значительные усилия правопорядок прикладывает для того, чтобы определить и зафиксировать точную сущность такого типа объектов², момент создания, а также для того, чтобы в последующем установить факт их неправомерного использования³. Данная особенность особенно отчетливо видна при сравнении исключительных патентных прав с исключительными авторскими правами. Последние охраняют не содержание, а форму результатов интеллектуальной деятельности, в связи с чем доказательством их нарушения является уже сам факт копирования такой формы. Это во многом снимает необходимость искусственного установления режима защиты по модели «простого пересечения границы»: он имманентен самому типу охраны.

Кроме того, объекты патентных прав отличаются своей сложностью, вытекающей из самого определения критериев охраноспособности, включающих наличие изобретательского уровня. В дальнейшем эффективное управление патентными правами также требует большого количества информации (о способах использования технического решения в условиях постоянного развития технологий, о старших патентных правах, о возможных нарушителях и т.д.), поиск и аккумулирование которой связано со значительными издержками.

Обращение к иностранному опыту формулирования структуры исключительного патентного права также демонстрирует, что концепция негативного содержания и за рубежом имеет многочисленных сторонников. Так, аналогичный подход в настоящее время закреплен в законе⁴, нашел отражение в судебной практике⁵ и является господствующим в американской доктрине, которая рассматривает патентное право как основывающееся на правомочии патентообладателя запрещать всем третьим лицам доступ к принадлежащему ему изобретению (*right to exclude*)⁶.

¹ Smith, Henry E. *Institutions and Indirectness in Intellectual Property* // *University of Pennsylvania Law Review*. 2009. Vol. 157. №. 6. Pp. 2083-2133; *Harvard Public Law Working Paper*. № 10-12.; Merrill T.W. *Property as Modularity* // *Harvard Law Review*. 2012. F. 151. №125.

² Дозорцев В.А. Указ. соч.

³ Epstein R. *Ibid*.

⁴ Patent Act of 1952.

⁵ *Bio-Technology General Corp. v. Genentech*, 80. F.3d. Pp. 1553, 1559 (Fed. Cir. 1996) («патент предоставляет правомочие запрещать третьим лицам (доступ к изобретению), но не наделяет правообладателя правом осуществлять производство (на основе соответствующего изобретения), использовать свое изобретение, продавать (товары, в которых оно выражено)»; *Connell v. Sears, Roebuck & Co.*, 722. F.2d. Pp. 1542, 1548 (Fed. Cir. 1983) (где суд признал, что «патентное право является видом имущественного права (*property*), а правомочие запрещать третьим лицам (доступ к изобретению) – не что иное, как сущность понятия имущественного права»; *Carl Schenck, A.G. v. Nortron Corp.*, 713. F.2d. Pp. 782, 786 n.3 (Fed. Cir. 1983) («Патентное право – не что иное, как право запрещать третьим лицам (доступ к изобретению), что представляет собой определение понятия *property*»)).

⁶ Отдельного упоминания заслуживает история появления такой концепции. Как указывает Адам Мозофф (*Adam Mosoff*), вплоть до начала 20 века американская доктрина и суды, а также все законы о патентных правах – 1790,

Именно в подобного рода негативной конструкции американская правовая наука видит выражение специфики исключительных патентных прав как по отношению к правам вещным, так и по отношению к другим категориям исключительных прав (в частности, авторскому праву).

Один из наиболее влиятельных американских теоретиков в области интеллектуальной собственности Марк А. Лимли (Mark A. Lemley) описывает существо патентно-правовой охраны следующим образом: «наша (принятая в настоящем момент в США) модель патентного права относительно проста: государство выдает (изобретателю) патент; патент же наделяет (своего обладателя) правом запрещать третьим лицам использовать такой патент»¹. Другой известный своими работами в области патентного права американский ученый Ф. Скотт Кифф (F. Scott Kieff) также неоднократно отмечал, что «из патента следует только одно правомочие – запрещать (использование изобретения третьим лицам)»². Дональд С. Чизум (Donald S. Chisum), знаменитый автор многотомного трактата «Чизум о патентах» («Chisum On Patents»), издаваемого с 1978 года, также заявляет, что патент «наделяет патентообладателя и его правопреемников правом запрещать всем третьим лицам осуществлять производство (на основе соответствующего изобретения, использовать изобретение, продавать (товары, в которых оно выражено)). Он не дает положительного права совершать названные действия»³.

1793, 1836, 1870 гг. – придерживались точки зрения о том, что в состав патентного права, как и права собственности, входят правомочия владения, пользования и распоряжения («possession, use, and disposition»), тогда как о правомочии запрещения третьим лицам использования запатентованного изобретения, и тем более его исключительном характере в структуре патентного права не было и речи. В начале 20 века, однако, правовыми реалистами была произведена реконцептуализация понятия property, и в частности, Уэсли Хофельд предложил уточнение терминологии, описывающей правоотношения по поводу имущественных прав и правовые позиции их участников, при помощи 4 пар юридических «антагонистов» (legal opposites) и коррелятов (legal correlatives). При этом ученый сместил акцент с объекта права собственности (имущественных прав) на отношения между субъектами права по поводу последних, однако сохранил дихотомию прав in rem и прав in personam, дав им названия multital rights и paucital rights соответственно. Multital rights, к которым согласно данной классификации относилось и право собственности, Уэсли Хофельд определил как редуцируемые к требованию (притязанию – «claim»), которому соответствуют обязанности третьих лиц соответствующее право соблюдать, и заявил, что названное требование (claim) является единственным необходимым компонентом всех видов имущественных прав (property), поскольку оно позволяет запрещать всем третьим лицам доступ к принадлежащему правообладателю ресурсу. Все остальные правовые позиции – privilege, power, immunity, соответствующие классическим правомочиям пользования и распоряжения – представляли, согласно Уэсли Хофельду, лишь ограничения в отношении названного запретительного правомочия, выражающие те или иные социальные или экономические соображения.

При этом, что важно, причиной исключения из содержания имущественных прав положительных правомочий в качестве обязательных элементов было мотивировано именно существованием патентных прав: как писал Уэсли Хофельд, формулирование multital rights «с включением правомочий использования и распоряжения не позволило бы охватить данным понятием не только многие права in rem, но также и патентные права, авторские права и т.д.» (Hohfeld W.N. Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. P. 725).

¹ Lemley M.A. Reconceiving Patents in the Age of Venture Capital // Journal Small & Emerging Business Law 2000. №4. Pp. 137, 139.

² Kieff F.S. & Paredes T.A. The Basics Matter: At the Periphery of Intellectual Property, 73 // George Washington Law Review. 2004. Pp. 174, 198.

³ Donald S. Chisum. Chisum on Patents. § 16.02[1] (2008). Цит. По: Mossoff A. Exclusion and Exclusive Use in Patent Law, 22 // Harvard Journal of Law & Technology. 2009. 321.

Как отмечается в научной литературе, такой подход, исключая из содержания исключительного патентного права все правомочия положительного содержания¹, обеспечивающие правовую квалификацию самостоятельных действий патентообладателя, служит, главным образом, четырем целям.

Во-первых, он, принимая во внимание закреплённую Верховным судом США в деле *Kaiser Aetna v. United States*² и поддерживаемую доктриной³ господствующую концепцию *property* (абсолютных имущественных прав) как пучка правомочий (*bundle of rights*), в котором запретительное правомочие (*right to exclude*) является конститутивным, обеспечивает за счет структурного сходства дополнительное обоснование квалификации патентных прав в качестве абсолютных имущественных прав. Иными словами, если господствующая концепция структуры абсолютных имущественных прав основана на запретительном правомочии, то утверждение о том, что структура исключительного патентного права также основана на названном правомочии, позволяет сделать вывод о родовом сходстве обоих видов прав.

Во-вторых, такой подход позволяет на концептуальном уровне провести границу между (1) современными патентными правами, являющимися полноценными субъективными частными правами, предполагающими максимальную распоряжаемость со стороны их обладателя, и (2) отличавшимися сильными публично-правовыми чертами ранними английскими патентными монополиями, октроированными государством в целях стимулирования развития отдельных отраслей промышленности, и представлявшими собой обусловленную обязанностью производства право использования⁴. Иными словами, история патентных прав придала положительным правомочиям использования негативные коннотации, отсылающие к связанности воли патентообладателя в осуществлении своей правовой позиции. Чтобы освободиться от данных коннотаций, доктрина устраняет из структуры патентных прав положительные правомочия.

В-третьих, названный редукционистский подход обеспечивает удобную основу для предложенного Гвидо Калабрези (*Guido Calabresi*) и Дугласом Меламедом (*Douglas Melamed*) крайне влиятельного нормативного анализа, строящегося на дихотомии имущественных прав в зависимости от того, на каких принципах строится ответственность за их нарушение – так называемых «правилах собственности» (*property rules*) либо «правилах ответственности»

¹ Конструкция напоминает модель, предложенную М.М. Агарковым и описанную выше для целей квалификации теории А.А. Пиленко

² *Kaiser Aetna v. United States*, 444 // U.S. 1979. 164, 176 <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/444/164/> («*the right to exclude others*» is «*one of the most essential sticks in the bundle of rights that are commonly characterized as property*»).

³ Merrill T.W., Smith H.E. What Happened to Property in Law and Economics? // *Yale Law Journal*. 2001. Vol. 111. № 2; Stern, J. What Is the Right to Exclude and Why Does It Matter? *Review of Property Theory: Legal and Political Perspectives*. James Penner and Michael Otsuka (eds), Cambridge University Press. 2018. ISBN 978-11-08500-04-3. Pp. 38-68.

⁴ Mossoff A. Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History. 1550-1800, 52 // *Hastings Law Journal*. 2001/ 1255, 1259.

(liability rules)¹. Дело в том, что классическим примером прав, охраняемых при помощи «правил собственности», предполагающих понуждение нарушителей к исполнению их обязанностей в натуре, в названной теории стали именно патентные права как наиболее «сильные» из всех имущественных прав². «Сила», то есть интенсивность правовой охраны патентных прав объясняется тем, что в случае их нарушения суды чрезвычайно склонны предоставлять их обладателям права на значительную по размеру компенсацию, а также на введение судебного запрета на нарушающие действия (injunctive relief).

Наконец, в-четвертых, сведение исключительного патентного права к правомочию запрещения действий третьих лиц в отношении запатентованного технического решения, как утверждается, позволяет весьма удобным образом провести концептуальное разграничение права собственности как права наиболее полного господства над вещью и исключительного патентного права как права наиболее полного господства над нематериальным объектом (техническим решением). Так, Гильс С. Рич (Giles S. Rich) в своем комментарии Патентного закона США 1952 года указывает: *«Правомочие запрещать (третьим лицам использование релевантного объекта), без принадлежащего самому правообладателю правомочия использовать (соответствующий принадлежащий ему объект) является отличительной чертой патентного права... В противоположность патентному праву, право собственности на недвижимое (например, земельный участок) или движимое (например, автомобиль или компьютер) имущество представляет собой право использования, которое лишь сопровождается вторичным по отношению к нему правомочием запрещать (подобное использование третьим лицам). Такое запретительное правомочие существует лишь в целях обеспечения для правообладателя (собственника) возможности полноценного осуществления права использования»*³.

Поскольку довольно очевидно, что многие их приведенных аргументов в пользу теории негативного содержания структуры исключительного патентного права являются специфическими для американского права и имеют ограниченное теоретическое и практическое транскультурное значение, рассмотрим аргументы⁴ более универсального характера⁵.

¹ Calabresi G., Melamed D. Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral // Harvard Law Review. 1972. V. 85. P. 1089 – 112; Merges R.P. Of Property Rules, Coase, and Intellectual Property, 94 // Columbia Law Review. 1994. Pp. 2655, 2673.

² В настоящий момент наметилась тенденция по снижению интенсивности охраны патентных прав, проявляющаяся в том, что не любое нарушение рассматривается в качестве основания для применения судебного запрета. См.: Ворожеевич А.С. Там же.

³ Rich G.S. Congressional Intent--Or, Who Wrote the Patent Act of 1952? Patent procurement and exploitation 1963. Pp. 61, 67-69 (The Sw. Legal Found. ed.).

⁴ Mossoff A. Exclusion and Exclusive Use in Patent Law, 22 // Harvard Journal Law & TECH. 321. 2009. P. 330.

⁵ В силу того, что они представляют собой логические рассуждения на основе регулирования, актуального для большинства современных развитых правовых систем.

Первым аргументом является пригодность концепции структуры исключительного патентного права, основанной на запретительном правомочии, для объяснения ситуации столкновения главного и зависимого патентов¹ и, соответственно, непригодность для этого альтернативной концепции, рассматривающей исключительное патентное право как включающее в том числе правомочия патентообладателя на свои действия². Чтобы проиллюстрировать данный аргумент, приведем пример:

А – старший патентообладатель, имеющий патент на продукт X (лекарство). Спустя несколько лет В, разработавший новый патентоспособный способ применения X, получает младший патент на такое зависимое изобретение³. В результате складывается ситуация, в которой патенты, принадлежащие А и В, пересекаются в той мере, в которой касаются различных аспектов применения лекарства X. В силу старшинства первого патента А вправе запретить В использование X изобретенным им и охраняемым его патентом способом.

Соответственно, постольку, поскольку А вправе блокировать использование зависимого патента В, структура патентного права не может пониматься как включающая положительные правомочия использования изобретения самим патентообладателем. В таком случае соответствующее право оказывалось бы имманентно ограниченным и фактически неосуществимым, а сама конструкция стала бы внутренне противоречивой⁴. Кроме того, патентное ведомство оказалось бы вынужденным выдать патент, который с практически стопроцентной вероятностью будет нарушен⁵.

Основываясь на названных соображениях, профессор Джон Ф. Даффи (John F. Duffy), например, делает вывод, что сама возможность существования зависимых патентов опровергает применимость к патентным правам концепции «пучка прав», предполагающей наличие в «пучке» «положительных по своему содержанию правомочий использования⁶». Такая концепция, по мнению учёного, является обоснованной только для вещных прав, в то время как в структуре патентных прав должны превалировать запретительные правомочия⁷.

¹ См. также сходный аргумент в изложении А.С. Ворожевич: Ворожевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М.: Статут, 2020. 271 с.

² См., например: Merges R.P. et al. Intellectual Property in the new technological age 114 (3d ed. 2003).

³ Согласно статье 1358.1 ГК РФ: «Изобретение, полезная модель, промышленный образец, использование которых в продукте или способе невозможно без использования охраняемых патентом и имеющих более ранний приоритет другого изобретения, другой полезной модели или другого промышленного образца, соответственно являются зависимым изобретением, зависимой полезной моделью, зависимым промышленным образцом.

Зависимым изобретением, в частности, является изобретение, охраняемое в виде применения по определенному назначению продукта, в котором используется охраняемое патентом и имеющее более ранний приоритет другое изобретение».

⁴ Merges R.P. One Hundred Years of Solicitude: Intellectual Property Law (1900-2000) // California Law Review. 2000. V. 88. № 6. Pp. 2187, 2222.

⁵ Mossoff A. Exclusion and Exclusive Use in Patent Law, 22 // Harvard Journal Law & Technology. 2009. № 321. P. 332.

⁶ «Possession and enjoyment».

⁷ Duffy J.F. Rethinking the Prospect Theory of Patents // University Chicago Law Review. 2004. №71. Pp. 439, 456. «The formulation of the patent right in purely negative terms facilitates the granting of multiple overlapping or «blocking»».

Второй аргумент, который предлагается в защиту негативной концепции структуры исключительного патентного права, основывается на существовании в ряде отраслей промышленности, в частности, фармацевтической, специального публично-правового регулирования, устанавливающего в общественных интересах требования к продукции, производимой с использованием объектов патентных прав¹. Такое регулирование, как утверждается, ставит существование правомочий, дающих правообладателям возможность самостоятельного использования изобретений в области фармацевтики, под условие дискреции регулирующего органа, и потому делает по сути невозможным включение таких правомочий в структуру патентных прав². Классическая формулировка данного аргумента звучит в исполнении авторитетных ученых Роберта Мерджеса (Robert Merges), Питера Менелла (Peter Menell) и Марка Лимли (Mark Lemley) следующим образом: «Из патента автоматически не следует положительное право патентообладателя на какие-либо его собственные действия. Запатентованные лекарства, например, для законного обращения на рынке должны пройти обязательную проверку Управления по контролю за продуктами питания и лекарственными средствами (FDA)³».

Ввиду важности для анализа структуры исключительного патентного права приведенных аргументов, остановимся на каждом из них для небольших комментариев.

Первый аргумент на примере соотношения «старший патент – зависимый патент» апеллирует к логическому противоречию между одновременным признанием, с одной стороны, очерченной правопорядкам патентообладателю сферы дозволенности необходимым элементом конструкции субъективного права. Тогда как с другой стороны – существованием прав, в которых такая сфера заведомо является неполноценной и зависящей от воли другого лица. Иными словами, дозволение означает полное господство воли управомоченного, и любые ограничения таковой противоречат самому понятию дозволения.

Против данного аргумента мыслимо несколько возражений следующего рода. Во-первых, с учетом заключающегося в этом аргументе негласного посыла о различии вещных и интеллектуальных прав по критерию наличия в структуре таких прав дозволительных правомочий⁴ релевантным является возражение о существовании и в вещном праве⁵ аналогичных

¹ Mossoff A. Ibid.

² Merges R.P. et Al. Intellectual Property in the New Technological Age 114 (4d ed. 2003); USA, Clause 8 Publishing, 2016; Kieff F.S. Patents for Environmentalists, 9 // Washington University Journal Law & POL'Y. 2002. №9. Pp. 307, 308.

³ Robert P. Merges et Al. Там же.

⁴ Специфического для американской доктрины.

⁵ А также – в авторском праве, в котором даже американские теоретики гораздо более охотно признают существование дозволительных правомочий – см., например: Mossoff A. What is Property? Putting the Pieces Back Together // Arizona Law Review. 2003. № 45. Pp. 371, 375.; Newman C.M. Vested Use-Privileges in Property and Copyright // Harvard Journal Law & Technology. 2016. Volume 30, Special Symposium. Например, производные произведения являются полноценными объектами авторских прав, и в их отношении существуют, соответственно, авторские

ситуаций пересечения объемов прав или имманентных их положительному содержанию ограничений. Например, все ограниченные вещные права пересекаются по своему содержанию с содержанием права собственности (как сервитуарий вправе проходить по участку собственника служебного участка, так и сам собственник; как узуфруктуарий вправе собирать плоды с деревьев на служебном участке, так и собственник последнего и т.д.). Во-вторых, подобного рода пересечения объемов прав и вытекающие из них ограничения могут быть объяснены не с точки зрения исчерпания части содержания таких прав, а путем разграничения понятия границ (содержания) прав и их осуществления¹. Соответственно, применяя данное деление, получаем в ситуации с зависимым патентом возможность сохранить полноценное содержание младшего патентного права (с дозволительными возможностями в его структуре) путем отнесения ограничений на уровень его осуществления.

Вместе с тем, нельзя не отметить, что первое возражение не является абсолютно убедительным, что свидетельствует все-таки об определенной силе первого аргумента сторонников теории негативного содержания структуры исключительного права. Так, отметим, что против первого возражения могут быть приведены контрдоводы о том, что все случаи конфликтов ограниченных вещных прав и права собственности не являются конфликтами двух наиболее полных прав господства, из чего можно сделать вывод о допустимости ограниченного содержания лишь для «вторичных» прав (содержания права собственности на служебный участок во всех случаях затрагивается лишь частично, в отличие от содержания младшего патентного права)². То есть в той мере, в которой в конstellляции «старший патент – младший патент» коллидируют два права господства, возражение о коллизиях прав господства и ограниченных правах нерелевантно.

Кроме того, возражение на основе аналогии с вещным правом имеет своей предпосылкой лишь одну из возможных конструкций соотношения права собственности и ограниченных вещных прав, согласно которой ограниченные вещные права образуются в результате *дублирования* правомочий из содержания права собственности и передачи их обладателям ограниченных вещных прав. Соответственно, в той мере, в которой мыслимы и другие модели образования ограниченных вещных прав³, в частности, модель, согласно которой ограниченной

права, включающие в себя правомочия положительного характера – копирования, дальнейшей модификации, публичного исполнения и т.д. Вместе с тем осуществление таких прав зависит от согласия на то правообладателя изначального произведения.

¹ См., например, в отечественной литературе: Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. 2-е изд., стереотип. М.: Статут, 2001. 411 с.; в немецкой литературе для объяснения одной из сложнейших конструкций - соправообладания: Saenger A. Gemeinschaft und Rechtsteilung. Kindt, 1913. S. 99 – 100.

² То есть, иными словами, вывод о допустимости имманентных ограничений в отношении наиболее полного права господства в отношении объекта определенного типа (права собственности, исключительного права и т.д.) из приведенных примеров вещного права не следует.

³ Akkermans B. The Principle of Numerus Clausus in European Property Law. Antwerp-Oxford: Intersentia. 2008. P. 29-43.

вещное право образуется в результате *изъятия* правомочий из содержания права собственности и «перенесения» их в ограниченное вещное право, рассматриваемое возражение теряет свою обосновательную силу.

Вместе с тем все же существует – как в вещном праве, так и в патентном – пример зависимости содержания одной правовой позиции, являющейся наиболее полным (а не ограниченным) правом господства над релевантным объектом, от другой аналогичной ей позиции, против которого нельзя выдвинуть аргумент об изъятии части правомочий. Этот пример – конструкция сособственности¹ или, соответственно, сообладания патентными правами². В обеих ситуациях правовые позиции каждого из соправообладателей имманентно ограничены существованием другой конкурирующей позиции, однако это не рассматривается в теории в качестве основания для отказа каждому из соправообладателей в обладании правомочиями с дозволительным содержанием³.

Переходя к анализу второго аргумента сторонников концепции негативного содержания структуры исключительного патентного права, отметим, прежде всего, его меньшую, в сравнении с первым аргументом, убедительность. Так, против него могут быть выдвинуты оба возражения, приведенные в отношении первого аргумента о зависимых патентах, а именно возражение о существовании аналогичных ситуаций связанности правообладателя в осуществлении положительных правомочий в вещном праве, а также возражение о возможности отграничить уровень границ права от уровня его осуществления. При этом первое возражение, апеллирующее к аналогии с вещными правами, будет звучать гораздо более убедительным, поскольку в отношении вещных прав существует не меньшее, а, возможно, большее число ограничений публично-правового характера, чем в отношении патентных прав, например: правила о зонировании земельных участков, строительные нормы и правила, публичное лицензирование деятельности в области транспорта, публичное лицензирование в области деятельности по управлению отходами и т. д.⁴.

Кроме того, публично-правовые ограничения отличаются по своей природе от ограничений, вытекающих из существования старшей (конкурирующей) частно-правовой позиции, так как они не затрагивают содержание субъективного частного права. Соответственно, сложно представить теоретическое объяснение иное, нежели их отнесение на уровень осуществления права. Наконец, важно помнить, что второй аргумент о публично-правовых ограничениях имеет крайне узкую

¹ См., например, о конструкции сособственности как коллизии двух прав собственности: Kunz R. *Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand: Versuch einer dogmatischen Konstruktion*. Stampfli, 1963. S. 60 ff.

² Спиридонова Н.Б. Проблемы сообладания исключительным патентным правом: пределы права индивидуального использования общего изобретения // *Вестник гражданского права*. 2019. № 1. С. 75 - 113.

³ Ibid.

⁴ Mossoff A. *Exclusion and Exclusive Use in Patent Law*, 22 // *Harvard Journal Law & Technology*. 321. 2009. P. 336-339.

сферу применения, касаясь, по сути, только патентных прав на изобретения в фармакологической отрасли. Иными словами, второй аргумент сторонников концепции негативного содержания исключительного патентного права ни в коей мере не отрицает теоретическую возможность включения положительных правомочий в структуру прав на многочисленные виды не относящихся к сфере фармакологии изобретений.

Таким образом, оба логических аргумента концепции негативного содержания структуры исключительного патентного права приходится рассматривать как недостаточные для обоснования необходимости элиминирования правомочий, обеспечивающих собственные поведенческие возможности патентообладателя.

Для полноты аргументации приведем еще один довод в пользу неполноценности структуры исключительного патентного права, редуцированной до негативного правомочия. Важным доказательством невозможности отказа от включения в структуру исключительного патентного права положительных правомочий должно являться признание лишения патентообладателя возможностей осуществлять патентное право *изъятием* собственности (takings)¹. Очевидно, что если бы концепция негативного содержания структуры исключительного патентного права была бы верной, то у патентообладателя было бы нечего изымать, поскольку интерес в изъятии представляют именно положительные возможности использовать техническое решение (увеличение количества лиц, использующих изобретение, увеличивает предложение соответствующих технологических продуктов на рынке и снижает ценность патентного права с точки зрения способности патентообладателя выдавать лицензии по высокой цене)².

Все приведенные логические и теоретические аргументы, однако, несколько отходят на второй план перед лицом аргументов экономических. Дело в том, что анализируемая модель исключительных патентных прав как основывающихся на возможности патентообладателя запрещать использование своего изобретения базируется на несколько устаревших взглядах на функции патентных прав в экономике³. Подобная концептуализация исключительных патентных прав, при которой все другие правомочия, опосредующие возможности распоряжения исключительными правами, в первую очередь, - отчуждения и выдачи лицензий на использование соответствующих нематериальных объектов – обычно вовсе игнорируются или рассматриваются как вторичные и само собой не разумеющиеся, а лишь логически выводимые в результате догматического анализа, исходят из того, что правообладатели в подавляющем числе

¹ Mossoff A. Patents as Constitutional Private Property: The Historical Protection of Patents Under the Takings Clause, 87 // Boston University Law Review. 2007. № 160. Pp. 689, 719.

² Ibid. Существует и другая точка зрения, согласно которой изъятием в отношении патентного права является как раз ограничение возможности запрещать использование третьим лицам. См.: Ворожевич А.С. Принудительное лицензирование в пользу правообладателей зависимых фармацевтических изобретений // Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия 14. Право. 2021. Т. 12. № 1. С. 73–98.

³ Godt C. Ibid. P. 555.

случаев будут *самостоятельно* использовать принадлежащие им результаты интеллектуальной деятельности, и что ключевой задачей, решать которую должны патентные права, является эффективное препятствование конкурентам в осуществлении аналогичного использования. Делегирование использования третьим лицам и опосредующие его передача патентных прав и лицензирование в подобной трактовке представляют собой случайные явления, не обладающие самостоятельным значением и не практикуемые на систематической основе.

Однако в настоящее время коммерциализация результатов интеллектуальной деятельности, в частности, патентных прав, происходит очень часто не в результате самостоятельных действий правообладателя, а посредством делегирования возможностей использования третьим лицам либо полной передачи технологий другим субъектам, которые наилучшим образом способны к максимально эффективному их введению в оборот. Важной функцией патентных прав наряду со стимулированием инноваторов становится превращение информации в товар, способный к нахождению в обороте, и обеспечение беспрепятственного обмена информацией. В результате изменения господствующей стратегии использования технологий, как представляется, должна поменяться и догматическая модель исключительного патентного права: в ее центре окажется не возможность запрещения использования третьим лицам (*Ausschließung*), а *возможность контролировать превращение в товары технических решений, относящихся к продукту, или при помощи технических решений, относящихся к способу* (*Kommodifizierung*)¹. Запретительное правомочие в составе исключительного патентного права, напротив, будет обладать скорее второстепенным характером в качестве средства обеспечения контроля над использованием и распоряжением соответствующими техническими решениями.

Такая реконцептуализация соответствует пересмотру нормативных оснований патентно-правовой охраны и пониманию ее функций. Так, *ранее конвенциональное представление о функциях патентных прав выражали так называемые теория стимулов и контрактная теория*², через призму которых основное назначение патентов заключается в поощрении изобретательской деятельности путем обеспечения для изобретателя доминирующего положения на рынке и вытекающей из него возможности установления монопольных цен в течение определенного периода времени в обмен на раскрытие сути изобретения. Подобное представление встречало многочисленную критику³, однако за неимением соразмерной по своей

¹ Godt С. Ibid. P. 555. Само же исключительное положение патентообладателя по отношению ко всем третьим лицам, обуславливающее ценность исключительного патентного права, вытекает из законодательного запрета (нормы объективного права).

² См., например, к какому заключению приходит А.С. Ворожевич: «Основной и универсальной функцией всех исключительных прав является стимулирование деятельности, оправданной с позиции ценности, назначения соответствующего института (авторского права, смежных прав, патентного права, средств индивидуализации)». Ворожевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М.: Статут, 2020. 271 с.

³ Во-первых, в настоящее время подавляющее большинство изобретений являются результатом планомерной работы научных и исследовательских центров и институтов, которые зачастую фокусируются на сходных вопросах,

объяснительной ценности альтернативной модели оставалось господствующим объяснением сложившейся патентной системы.

В настоящий момент представление о функциях патентных прав существенно изменилось и более не может быть редуцировано к описанной выше схеме. В современной экономике наиболее важными стали, во-первых, обеспечение *трансфера технологий (transfer of technologies (TOT) / Technologietransfer)* – применения или адаптации результатов научных исследований, полученных в одной организации или сфере деятельности (например, научной), для нужд другой организации или сфер деятельности (в частности, практико-ориентированных и участвующих в рыночной обмене)¹, и во-вторых, защита инвестиций. В изменившихся условиях выдача патента более не может рассматриваться как только лишь встречное предоставление со стороны общества по подразумеваемому договору с изобретателем в обмен на опубликование изобретения. Ведь в рамках такой логики предполагалось, что общество выбирает между двумя опциями, первая и менее предпочтительная из которых представляет собой бессрочное сохранение изобретателем своего изобретения в секрете, сопряженное с лишением общества преимуществ от его использования, тогда как вторая, более предпочтительная, – срочное обременение общественных интересов посредством конструирования временной монополии на использование изобретения, после которого, однако, последнее навсегда становится всеобщим достоянием². При этом исключительное положение патентообладателя считалось противостоящим процессу развития инноваций и тормозящим его в той мере, в которой все третьи лица, получившие возможность ознакомиться с запатентованным изобретением и под влиянием этого знания создавшие улучшенные технические решения, вынуждены ждать окончания срока патента или пытаться добиться согласия патентообладателя, который в подобной модели совсем не заинтересован в параллельном с ним использовании.

представляющих интерес для рынка, так что решение насущных технических задач рано или поздно, не одной группой исследователей, так другой, неизбежно находится. Во-вторых, описанной регулярной исследовательской работе предшествует финансирование, напрямую не связанной с конвенциональной «монопольной прибылью», шанс на которую, как считается, дает патент. Кроме того, у изобретателей имеется большое количество неденежных стимулов к изобретательской деятельности, которые не имеют отношения к патентным правам. В-третьих, копирование инноваций является весьма ресурсозатратным процессом, сопоставимым по усилиям с инвестициями первооткрывателя, что во многом снимает для рыночной экономики остроту вопроса о стимулировании создания технологических новинок. Наконец, в-четвертых, в современной экономике создание изобретения часто требует меньшего финансирования, нежели его коммерциализация. См.: Machlup F. Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts. GRUR Auslands- und Internationaler Teil. 1961. № 8, 9, 10.; Guichardaz R., Pénin J. Why was Schumpeter not more concerned with patents? // Journal of Evolutionary Economics, Springer Verlag (Germany). №29 (4). 2019. Pp. 1361-1369. Другие аргументы, ставящие под сомнение убедительности теории стимулов, будут приведены далее в рамках анализа новых концепций патентного права.

¹ См., например: Vozeman B. Technology transfer and public policy: a review of research and theory // Research Policy. Elsevier. Vol. 29 (4). April. 2000. Pp. 627-655.

² Описываемая здесь концепция скорее не отрицает теорию стимула, а пытается продемонстрировать ее недостаточность и неполноту в современных условиях.

Сложно отрицать, что подобные представления соответствовали состоянию экономической науки XIX – первой половины XX веков о роли патентов в функционировании рынка. Вместе с тем важно понимать, что начиная со второй половины XX века стала понятна неточность противопоставления исключительного положения патентообладателя на рынке интересам конкуренции и отождествления патентных прав с монополиями¹.

Так, в 1946 году Йозеф А. Шумпетер (Joseph A. Schumpeter), считающийся одним из родоначальников экономического анализа инноваций, выдвинул тезис о том, что патенты являются важным инструментом обеспечения конкуренции².

Далее в начале 1960х гг. Кеннет Эрроу (Kenneth Arrow) сместил фокус с видения патентов в качестве инструмента достижения господства на рынке на их роль в обеспечении передачи и обмена информации, обратив внимание на то, что в отсутствие патентных прав лицам, заинтересованным в передаче информации, сложно продемонстрировать ее ценность потенциальным покупателям без того, чтобы эту ценность уничтожить (Arrow paradox)³. Кроме того, как показал ученый, любое практическое использование ценной информации связано с рисками ее раскрытия, чему способствует в том числе высокая мобильность работников и их частые переходы между фирмами-участниками рынка⁴.

Помимо этого Кеннет Эрроу указал на сложности в присвоении информации (признании правопорядком исключительных прав на нее), связанные с чрезвычайной затруднительностью вычленения и определения подлежащих охране ее единиц (delineation), а также их отграничения от других сходных нематериальных объектов. Из описанных моментов, а именно сложностей присвоения и передачи информации, следовал закономерный вывод о *невозможности эффективной аллокации информации на совершенно конкурентных рынках, в связи с чем стали*

¹ В настоящей части работы речь идет об экономических функциях патентов, и проблематика соотношения понятий легальных монополий и исключительных патентных прав и с точки зрения прояснения правовой природы последних не затрагивается. См. по данной теме, например: Сеницын С.А. Патентное право как легальная монополия: pro et contra // Вестник гражданского права. 2019. № 4. С. 145 – 170; Гаврилов Э.П. О монополии из патента на изобретение // Патенты и лицензии. 2021. № 9. С. 56 – 58.

² Machlup F. Там же.; Guichardaz R., Pénin J. Why was Schumpeter not more concerned with patents? // Journal of Evolutionary Economics, Springer Verlag (Germany). 2019. 29 (4). Pp.1361-1369.

³ Kenneth A.J. Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention (1962). P. 615. Доступно по ссылке: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1497764.

⁴ Ученый также указал на то, что рынки с совершенной конкуренцией не могут сами справиться с эффективной аллокацией информационных ресурсов вследствие ценообразования на основе предельных издержек (marginal cost pricing). Предельные издержки представляют собой дополнительные издержки, возникающие в результате увеличения объема деятельности, и в условиях совершенной конкуренции и равенстве спроса объему производства указывают на оптимальный уровень цен. Вместе с тем, если производство осуществляется в условиях действия положительного эффекта масштаба (что имеет место при внедрении инноваций), а также при неравенстве объемов спроса и производства (спрос на информацию всегда нестабилен вследствие сложностей для покупателей проверки ценности информации), предельные издержки очевидным образом окажутся меньше средних издержек, в результате чего установление цен на уровне предельных издержек приведет к убыткам. Kenneth A.J. Ibid.; для понимания экономических терминов см., например: Экономика. Толковый словарь. Общ. ред.: д.э.н. Осадчая И.М. М.: «ИНФРА-М», Издательство «Весь Мир». 2000. 840 с.

ясны роль патентных прав для восполнения провалов конкурентов рынка и отсутствие предпосылок рассматривать патентные права в качестве антагонистов конкуренции.

В 1970е гг. чикагская экономическая школа окончательно показала несостоятельность представлений о том, что монополии сами по себе а priori представляют угрозу интересам конкуренции¹. Согласно данному направлению экономических исследований, патентные права, даже когда создают монополию, не начинают автоматически противостоять эффективному конкурентному рынку, а работают в качестве инструмента, направленного на обеспечение одной с ним цели – экономического роста². Способность патентных прав выполнять подобные функции обусловлена их «товарной функцией» (Warenfunktion)³ – обеспечением аллокации и присвоения информации об инновациях, делающим возможным эффективное обращение ее на рынке.

Здесь особенно хотелось бы остановиться на реконцептуализации функций и понятия патентных прав, предложенной в 1977 году Эдмундом Китчем (Edmund Kitch). Ученый предложил сместить фокус дискурса о патентных правах с их (1) ex-ante (по отношению к изобретательской деятельности и деятельности по поводу и в связи с использованием инноваций) описания и обоснования *в качестве стимулов и вознаграждения инновационной активности, гарантирующих компенсацию понесенных при создании изобретения затрат (динамический аспект эффективности собственности в экономическом смысле)*⁴ к их (2) ex-post описанию и обоснованию *в качестве стимулов к эффективному использованию уже запатентованных и охраняемых инноваций (статический аспект эффективности собственности в экономическом смысле)*⁵. Значение этого смещения состоит в том, чтобы высветить такую важную общую черту интеллектуальных прав (в частности, патентных) и более традиционных вещных прав, как обеспечение для их обладателя контроля над соответствующим объектом, создающего заинтересованность в поиске наиболее выгодных способов его коммерциализации, а также в целом в «хозяйском» к нему отношении⁶. При таком подходе патентные права становятся затруднительно рассматривать в качестве лишь одного из альтернативных способов стимулирования изобретателей наряду, например, с публично-правовыми институтами прямых поощрительных выплат от государства, и таким образом отрицать значение патентных прав за

¹ Bowman W.S. Patent and antitrust law; a legal and economic appraisal, Chicago, University of Chicago Press (1973). Цит. по: Godt C. Eigentum an Information, Tübingen (Mohr Siebeck). 2007. XXXIX. 719. Ss. 526-527.

² Там же.

³ Godt C. Eigentum an Information. Tübingen (Mohr Siebeck). 2007. XXXIX. 719 Ss. 527.

⁴ Landes W., Posner R. The Economic Structure of Intellectual Property Law. Cambridge, 2003. P. 96; Varadarajan D. Improvement Doctrines // Georgy Mason Law Review. 2014. Vol. 21:3.

⁵ Landes W., Posner R. Ibid; Kitch E.W. The Nature and Function of the Patent System // Journal of Law and Economics. 1977. Vol. 20, issue 2, 265-90: «This essay argues that the patent system performs a function not previously noted: 'to increase the output from resources used for technological innovation»; «...the literature has focused heavily on *prepatent investment and postpatent use*, while the general property rights literature has seen the function of property rights *in the context of a continuous, interlocking process of both investment and reward...*».

⁶ Godt C. Eigentum an Information. Tübingen (Mohr Siebeck), 2007. XXXIX. 719 S.S. 554.

рамками стимулирования к созданию инноваций (которое даже звучит как некоторая политическая цель или направление регулирования).

В пользу предложенной им концепции ученый указал на следующие три особенности системы патентных прав, которые очевидно не соответствуют ее интерпретации в качестве лишь системы поощрения инновационной активности:

(1) *Объем патентно-правовой охраны, определяемый формулой изобретения, зачастую превышает объем, соответствующий изобретательскому вкладу заявителя по патентной заявке.* В терминах reward theory (теории вознаграждения) это означает несоответствие вознаграждения в виде патентного права усилиям субъекта изобретательской деятельности;

(2) С другой стороны, нередко срок действия патента истекает до того, как изобретение начинает представлять какую-то коммерческую ценность, в частности, многие «отраслеобразующие» патенты, охраняющие ключевые для соответствующих видов производства технологии, были получены задолго до того, как стала возможной их практическая реализация¹. Отсюда вытекает другое несоответствие патентной системы теории стимулирования, уже в виде *превышения размера изобретательского вклада над размером вознаграждения;*

(3) Наконец, нормы патентного права, устанавливающие критерии охраноспособности изобретений, а также нормы о патентном приоритете (относящиеся к основной характеристике патентной системы – принципу «первый подавший заявку (или раскрывший суть изобретения в соответствии с правилами о конвенционном приоритете и впоследствии в надлежащий срок подавший заявку и заявивший об истребовании соответствующего приоритета) получает все») создают стимулы к неоправданно ранней подаче заявок на выдачу патента, когда заслуживающий вознаграждения изобретательский вклад еще по существу не сделан – или сделан, но гораздо меньший, чем мог бы быть при продолжении исследовательской работы в течение некоторого дополнительного времени. Несоответствие теории стимулирования состоит в том, что *выбор заслуживающего поощрительного вознаграждения победителя «патентной гонки» оказывается произвольным* вследствие того, что изобретатели, не получившие патент вследствие более поздней подачи заявки, могут сделать более ценный изобретательский вклад, чем первый заявитель, поскольку, например, инвестировали больше времени в соответствующие исследования.

Как отмечает ученый, обычно несоответствие указанных черт патентно-правовой охраны ее обоснованию как стимула или вознаграждения изобретателей используется в качестве аргументов в пользу признания патентов институтом публичного права и инструментом

¹ Kitch E.W. Ibid. P. 267-268.

государственного регулирования¹. Вместе с тем, с точки зрения Эдмунда Китча, подобные расхождения обусловлены совсем иными причинами, а именно – функциями патентных прав как классических имущественных частных прав (в терминах континентальной доктрины частного права – субъективных частных прав), которые обычно рассматриваются как исключительно им присущие и несвойственные патентным правам.

Так, практически общим местом права интеллектуальной собственности является ее противопоставление вещам по признаку отсутствия естественного дефицита (нехватки ресурсов) вследствие нематериальной природы, из чего обычно делается вывод о не свойственности интеллектуальным правам дистрибутивной функции. Ученый, однако, ставит под сомнение такой подход, указывая на то, что хотя в отношении самой по себе информации вследствие ее нематериальной природы действительно проблема естественного дефицита поставлена быть не может, она, тем не менее, во всей своей сложности и значимости релевантна материальным (временным, финансовым и т.д.) ресурсам, которые задействуются в процессе коммерциализации соответствующей информации. Потребность в решении названной проблемы, в свою очередь, обосновывает необходимость охраны исключительных патентных прав, которые, в частности:

(1) Повышают эффективность управления инвестициями в создание и использование инноваций. Так, выдача патента сигнализирует всем участникам рынка о том, что патентообладатель начал и ведет исследования в определенном направлении (в качестве метафоры для такой модели Эдмунд Китч использует концепцию рудника – «prospect») и теперь сможет наиболее эффективным образом координировать связанную с ним активность: любой заинтересовавшийся соответствующим направлением или ранее уже начавший аналогичные исследования, но не успевший их завершить и получить патент, для продолжения своих работ должен получить согласие патентообладателя, что является оправданным в той мере, в которой позволяет избежать мультипликации расходов.

(2) Снижают издержки обладателя ценной коммерческой информации на приобретение дополняющих его разработки сведений и ресурсов за счет разрешения парадокса Эрроу и фиксации некоторой исходной позиции для ведения переговоров.

Таким образом, роль патентных прав была сформулирована далеко за рамками стимулирования к созданию изобретений и обеспечения монополии, позволяющей вытеснить всех конкурентов. За патентными правами стали признаваться традиционные функции собственности (субъективных частных прав) и было подчеркнуто значение распорядительных

¹ Kitch E.W. Ibid. P. 268.

возможностей патентообладателя, акцент на его интересе в координации, а не запрещения использования изобретения третьими лицами.

Нельзя не отметить, что проблемность допустимости отождествления исключительных патентных прав и монополий и корректности противопоставления их интересам конкуренции начала получать освещение в российской юридической литературе. Вместе с тем, как представляется, те ученые, которые затрагивали указанную тему, делали это с точки зрения решения вопроса о допустимости применения антимонопольных запретов к патентным правам (причем интересно, что выводы из отрицания противоречия между патентами и конкуренцией полярно различались), либо, если и преследовали единственной целью уточнение правовой природы исключительных прав из патента, не делали из этого догматических импликаций относительно структуры анализируемых прав¹.

Так, О.А. Городов отмечает, в частности, что «...(патентная монополия на изобретение как необходимый юридический инструмент, служащий техническому и технологическому развитию страны – *пояснение автора*) с этой точки зрения не является антиподом конкуренции, поскольку, выполняя важную и полезную функцию катализатора развития того либо иного технического или технологического направления, сама в известной степени является продуктом соперничества между новым и старым²», и использует отсутствие противоречия между конкуренцией и патентными правами в качестве аргумента в пользу сохранения антимонопольных иммунитетов для исключительных прав.

С.А. Сеницын также отмечает невозможность изоляции правового режима исключительного права и состояния здоровой конкуренции и приводит, в частности, цитаты профессора Е.А. Флейшиц о том, что «дальнейшее развитие патентного права в условиях господства монополий ...не исключает, а наоборот, крайне обостряет ее (конкуренцию), превращая ее прежде всего в борьбу между монополиями, в борьбу группировок внутри монополистических объединений³», в результате, правда, приходя к выводу о необходимости применения запретов антимонопольного законодательства к исключительным патентным правам.

Суммируя описанные результаты эволюции понимания экономических функций патентных прав, которые поддерживаются и российскими учеными, исследующими патентно-правовую проблематику, необходимо отметить следующее. *Центральная роль в современной экономике трансфера технологий приводит к выводу о несостоятельности описанной выше модели*

¹ Что, конечно, никак не умаляет важности такого рода работ. См., в частности: Гаврилов Э.П. О монополии из патента на изобретение // Патенты и лицензии. 2021. № 9. С. 56 – 58.

² Городов О.А. О патентной монополии на использование изобретений // Конкурентное право. 2020. № 4. С. 3 - 8.

³ Сеницын С.А. Патентное право как легальная монополия: pro et contra // Вестник гражданского права. 2019. № 4. С. 145 – 170; Патентное законодательство зарубежных стран / Под ред. и со вступ. ст. Е.А. Флейшиц. М.: Прогресс, 1964. Т. 1. С. 9 - 10.

патентно-правовой системы, базирующейся на импликациях теории стимулов и контрактной теории. С одной стороны, изобретатель сам заинтересован в распространении своего изобретения, в осуществлении контроля за его использованием не с целью максимального ограничения доступа к нему третьих лиц, а с целью наиболее организации его коммерциализации и совершенствования наиболее эффективным образом. С другой стороны, само «общество» осознает, с каким числом проблем и транзакционных издержек связано распространение и внедрение технологий, и что информация сама по себе, в отсутствие правовых механизмов распределения сфер контроля над ней (т.е., в частности, в отсутствие патентных прав) не может эффективно распространяться и использоваться.

Соответственно, если определять патентную систему в терминах контрактной теории с учетом современного понимания роли патентных прав, предметом предоставления изобретателю со стороны общества окажется не возможность запрещать всем третьим лицам использование изобретения, а возможность его наиболее эффективного и выгодного введения в оборот и распространения. В свою очередь, тем, что получает общество от изобретателя, оказывается не само по себе раскрытие сути изобретения, а действия изобретателя по организации внедрения его изобретения в жизнь общества и обеспечению дальнейшего совершенствования соответствующей технологии. Патентные права будут, соответственно, выражать идею обмена возможности введения в оборот и контроля за судьбой изобретения на осуществление такого введения в оборот и обеспечения дальнейшего развития инновации.

Как все изложенное выше должно отражаться на представлениях о структуре исключительных патентных прав?

В немецкой научной литературе описанные изменения в дискурсе о патентных правах оказались сопряженными с проведением параллелей с современным конституционно-правовым определением содержания собственности, которое рассматривается как *закрывающееся в упорядочивании (Ordnung) общественных отношений без участия государства*. В рамках данного направления, в частности, Кристин Годт (Christine Godt) в своей фундаментальной работе, посвященной вопросам юридического оформления присвоения информации, предлагает рассматривать патентные права в качестве *механизма координации и упорядочивания общественных отношений по поводу разработки и практического применения инновационных технологий* (отличного от государственного регулирования, поскольку Кристин Годт выступает за четкое абстрагирование теории патентных прав от решения вопросов, связанных с реализацией политической дискреции)¹. На юридико-техническом уровне, то есть на уровне структуры исключительного патентного права, по мнению ученой, закономерным при этом становится

¹ Godt C. Eigentum an Information. Tübingen (Mohr Siebeck) 2007. XXXIX. 719. S. 554.

приоритезирование распорядительных правомочий в составе исключительных патентных прав, которые опосредуют ставшую главенствующей функцию превращения технических решений в товары, и соответствующий ему отход на второй план запретительного правомочия (Ausschließungrecht¹.

В основе данной концепции лежат, в частности, те же идеи, которые фундируют и теории о (классических) субъективных частных правах, а именно – о том, что имущественные права в первую очередь служат обеспечению свободы личности и автономии воли, которые возникают и существуют в результате участия субъектов права в рыночном обороте и посредством этого в жизни гражданского общества². Подобный подход соответственно позволяет преодолеть исторически образовавшийся разрыв между патентно-правовой и частно-правовыми теориями, и хотя бы частично отразить наработки последней в представлениях о структуре исключительных патентных прав.

Почему описанные представления до сих пор не были никак отражены в научных работах, посвященных патентным правам?

Исторически теория патентных прав развивалась отдельно от теории субъективных частных прав. Во-первых, конечно, ученые, занимающиеся интеллектуальными правами, традиционно выступали против использования понятия «собственность» в отношении прав на нематериальные объекты, подчеркивая (не без оснований) отличия от вещных прав. Такой изоляционистский подход сам по себе надолго иммунизировал теорию интеллектуальных прав от проникновения в нее идей, вырабатываемых в рамках общей части теории частного права.

Во-вторых, исключительные патентные права традиционно противопоставлялись обладающим естественного происхождения вещным правам как октроированные государством и искусственно им сконструированные. В рамках этого же направления патентные права нередко локализовывались в рамках публичного права³. Однако даже после того, как патенты перестали восприниматься в качестве института публичного права, стало понятно, что их функция не тождественна функции, выполняемой частным правом и «классическими» имущественными правами (в первую очередь, вещными). Если последние традиционно рассматривались и обосновывались как в первую очередь направленные на решение проблемы *распределения*

¹ Там же. S. 555-557.

² Философской базой для подобных воззрений выступают в том числе идеи Юргена Хабермаса, нашедшие отражение в теории коммуникативного действия, согласно которой субъект изначально находится в ситуации общения с другой личностью, которое позволяет ему относиться к себе как к участнику взаимодействия, глядя на себя из перспективы другого. Habermas J. Faktizität und Geltung. Frankfurt am Main, 1992. S. 117, S. 155. Цит. По: Christine Godt, Ibid. На этой идее основаны, в частности, труды таких крупных иностранных теоретиков в области собственности, как Джереми Валдрон (Jeremy Waldron) и Маргарет Джейн Радин (Margaret Jane Radin), см.: Waldron J. The Right to Private Property, Clarendon Press (1990); M. Radin, Property and Personhood, 34 // Stanford Law Review. 1982. P. 957.

³ Merages R.P. What Kind of Rights Are Intellectual Property Rights? (March 17, 2017) // Oxford Handbook of IP Law UC Berkeley Public Law Research Paper. 2017. 50 p.

естественным образом ограниченного числа материальных имущественных благ¹, то основной задачей патентного права считалось определение пределов и обоснование *ограничения прав третьих лиц* в результате создания искусственного дефицита в отношении естественным образом неограниченных в своем количестве благ нематериальных.

В-третьих, сама структура дискурса о патентных правах изначально отличалась от таковой о классических имущественных правах, поскольку *с самого своего возникновения и до сегодняшнего времени была инструменталистской*. Общая теория субъективных прав в континентальной доктрине², напротив, начиная с Гегеля никогда не ограничивалась утилитаристским обоснованием: считается, что он был одним из последних европейских философов, использовавших инструменталистские аргументы, которые известны как впервые сформулированные Аристотелем и затем рецепированные Фомой Аквинским (в частности, о том, что имущественные права (собственность): (1) уменьшают число конфликтов в обществе; (2) способствуют хозяйскому, заботливому отношению к имуществу; (3) стимулируют к активности, поскольку гарантируют, что ее результат будет присвоен самим субъектом). Уже в эпоху Просвещения аристолево-томистское видение собственности перестало соответствовать потребностям времени и главенствующим тогда представлениям, основанным на этике свободы (Freiheitsethos), требовавшей морального обоснования имущественного неравенства. Подобный естественно-правовой оттенок обоснования собственности впоследствии также нашел отражение в концепции защитных прав против государства (Abwehrrechte), который также не сразу и не без сложностей проникал в патентно-правовую доктрину³.

Очевидно, однако, что в настоящий момент большинство из приведенных причин изоляции патентно-правовой теории представляются обусловленными историческими особенностями и более не являются убедительными. В частности, релевантность проблемы естественного дефицита патентным правам объяснил, как описано выше, Эдмунд Китч, что, как представляется, снимает проблематичность проведения параллели между задачами частного и патентного права. В свою очередь, изменения в понимании функций и нормативных оснований патентных прав, их принципиальное сходство с таковыми классических имущественных прав, зафиксированы целой традицией ученых-экономистов и специалистов в области инновационных рынков, что делает сомнительным сохранение строгого разграничения дискурсов о «традиционной вещной» собственности и о патентах. К тому же в любом случае названные причины изоляции патентно-

¹ Напротив, проблема ограничения прав третьих лиц в результате присвоения материальных благ в виде невозможности доступа к таким благам виделась второстепенной и производной от дистрибутивных эффектов присвоения.

² В англо-американской теории, конечно, относительно сильным осталась утилитаристская логика объяснения собственности.

³ Godt C. Ibid. Ss. 550-552.

правовой доктрины не могут перевесить аргументов, основывающихся на принципиальном сходстве функций (классических) субъективных частных прав и исключительных патентных прав с точки зрения их структуры.

Дело в том, что в настоящий момент одной из наиболее влиятельных концепций субъективных частных прав является волевая, основанная на наиболее широком понимании распоряжения, что убедительно и в подробностях продемонстрировал С.В. Третьяков в своей фундаментальной работе¹. Важно так же в этой связи и с учетом расставленных выше акцентов относительно экономических функций патентных прав то, что, как указывает ученый, «вся фундаментальная инфраструктура частного права ориентирована как раз на трансакции с распоряжаемыми экономическими благами»². Данный вывод демонстрирует, насколько близко находятся задачи и назначение частного права к таковым современного патентного права, как они были описаны выше в терминах трансфера технологий, и поэтому может, как представляется, служить аргументом в пользу структурного сходства патентных и традиционных субъективных частных прав.

Подводя итоги проведенному исследованию, необходимо отметить, что в настоящий момент важно обратить внимание на смещение акцента при формулировании понятия структуры исключительных патентных прав с входящих в них возможностей запрещать третьим лицам использование изобретения на распорядительные возможности контролировать коммерциализацию последнего, в том числе путем делегирования использования другим участникам оборота. Такое понимание соответствует современным функциям патентных прав в экономике и новейшим достижениям теории субъективных частных прав, назначение и обоснование которых являются принципиально сходными с таковыми патентных прав³.

В частности, в настоящий момент важной функцией патентных прав наряду со стимулированием к созданию инноваций становится превращение информации в товар, способный к нахождению в обороте, и обеспечение беспрепятственного обмена информацией. В результате изменений в преобладающих стратегиях использования технических решений, как представляется, появляются основания переосмыслить догматическую модель исключительного

¹ Третьяков С.В. Развитие учения о субъективном частном праве в зарубежной цивилистике. – М., 2022. – С. 391-455. Здесь важно отметить, что в континентальной доктрине даже «волевые» теории субъективных прав исторически акцентируются на инициативе в принудительном осуществлении права, несмотря на то, что в настоящий момент причины для этого отпали. См.: Третьяков С.В. Там же. С. 458.

² Третьяков С.В. Там же. С. 589.

³ Предложенный подход соответствует и действующему законодательному регулированию: статья 1358 ГК РФ определяет исключительное право на изобретение, полезную модель или промышленный образец как исключительное право использования изобретения, полезной модели или промышленного образца в соответствии со статьей 1229 Гражданского Кодекса любым не противоречащим закону способом, в том числе способами, предусмотренными пунктом 2 данной статьи, ставя в центр конструкции правомочия позитивного содержания.

патентного права: более важное место в ней будет иметь не возможность запрещения использования третьим лицам, а возможность контролировать превращение в товары технических решений, относящихся к продукту, либо при помощи технических решений, относящихся к способу.

При этом представляется, что приверженность – как американской, так и части российской доктрины – негативной концепции структуры патентных прав обусловлено не только теоретическими, но и идеологическими причинами, а именно необходимостью отмежевания современных патентных прав от изначальных привилегий, октроированных монархом для стимулирования промышленности. Понятие положительного права использования обладает стойкой коннотацией с обязанностью патентообладателя использовать изобретение, патент на которое было даровано ему в рамках прежнего прототипного регулирования, либо в случае невозможности самостоятельного использования – предоставить такое право другим лицам, а также с отсутствием иммунитета против изъятия такого права¹. Это – одна из причин, по которой доктрина стремится свести сущность исключительных патентных прав к запретительному правомочию.

¹ См., например, рассуждения В.Д. Каткова, который отмечал, что уже в русской дореволюционной доктрине частного права отмечалось, что «патентные привилегии...обременяют и тормозят рост промышленности, в связи с чем лицензирование должно быть воспринято как средство ослабления такой патентной монополии, обращенной против всех: содержание патентного права включает использование запатентованного решения самим патентообладателем (exploiter) в стране выдачи патента, как и «обязанность выдавать дозволения на использование» при невозможности его самостоятельного использования». Катков В.Д. О привилегиях (патентах) на промышленные изобретения. Харьков, 1902. С. 69 - 72, 75; см. также: Пиленко А.А. Указ. соч.

§ 2. Структура исключительного авторского права

Предваряя анализ проблематики структуры исключительного *авторского* права, сделаем небольшую оговорку. Одной из важнейших особенностей авторских прав является их более тесная, чем у других видов исключительных прав, связь с личными неимущественными правами автора. Поэтому в ряде правовых порядков личные неимущественные права концептуально неотделимы от исключительных авторских прав и мыслятся с ними как единое целое, то есть могут быть представлены как входящие наряду с исключительными правами в единую структуру неразделимых в таком понимании авторских прав (в монистической концепции¹).

В этом отношении вопрос о правовой природе личных неимущественных прав и их месте в структуре авторских прав отчасти касается главной цели нашего исследования – структуры исключительных авторских прав. Вместе с тем, поскольку, во-первых, статус личных неимущественных прав интересует исследователя структуры исключительного авторского права главным образом в той мере, в которой речь не идет об исключительном праве в строгом смысле – а напротив, касается некоторого интегрированного субъективно-правового образования, что имеет место в монистической модели авторских прав – для российского правового порядка, имплементировавшего дуалистическую модель, актуальность данного вопроса значительно снижена. Во-вторых, названный вопрос является достаточно сложным и объемным, вследствие чего позволить себе отвлечься на его полноценное исследование невозможно без нанесения значимого ущерба основной цели работы. В качестве небольшого комментария отметим, что, например, в швейцарской доктрине личные неимущественные права авторов рассматриваются в качестве полноценных субъективных прав. Такой вывод основывается на концепции субъективных прав Ойгена Бухера (Eugen Bucher), всем конститутивным признакам субъективных прав согласно которой личные неимущественные права авторов считаются соответствующими: именно сам управомоченный (автор) по своей воле решает, опубликовать ли произведение, изменять ли его, указывать ли свое имя и т.д., и делает это в рамках делегированного объективным правом полномочия создавать нормы права

¹ См., например: Матвеев А.Г. Система авторских прав в России: нормативные и теоретические модели: 12.00.03: дис. ... д-ра юрид. наук/Матвеев Антон Геннадьевич. - М., 2016. - 460 с.; Щербак Н.В. Эволюция структуры авторских прав в современном гражданском законодательстве // Вестник гражданского права. 2020. № 1. С. 133 – 145; Калятин В.О. Личные неимущественные права в отношении баз данных // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 1. С. 7 – 16; Вольфсон В.Л. Моральные (личные неимущественные) права автора и их содержание в странах общего права и в странах континентальной системы: 12.00.03: дис. ... канд. юрид. наук/Вольфсон Владимир Леонович. СПб., 2006. С. 88.

(Normsetzungsbefugnis)¹. Соглашаются с пониманием личных неимущественных прав авторов в качестве субъективных прав и другие ученые, например, Майер-Хайоц (Meier-Hayoz), который исходит из того, что указанные права обеспечивают своему обладателю привилегированное положение (некоторое преимущество перед другими участниками оборота - *Vorzugsstellung*), а также гарантируют возможности (права) господства (*Herrschaftsbefugnis*)².

С учетом вышесказанного приступим к основному анализу, сконцентрировавшись на структуре исключительного авторского права как субъективного частного права имущественного характера.

Статья 1270 Гражданского кодекса Российской Федерации³ (далее – «ГК РФ», «Гражданский кодекс») определяет исключительное право на произведение как исключительное право *использовать произведение* в соответствии со статьей 1229 Гражданского кодекса в любой форме и любым не противоречащим закону способом, в том числе способами, указанными в пункте 2 данной статьи. Также аналогично дефиниции, даваемой Кодексом для других видов исключительных прав, отдельно от собственно определения исключительного права следует указание на то, что правообладатель может *распоряжаться* исключительным правом на произведение, что с учетом весьма косвенного характера закрепления общего запрета для третьих лиц и принадлежности правообладателю запретительного правомочия (которые следуют из абз. 2, 3 пункта 1 статьи 1229 Гражданского кодекса, к которой, в свою очередь, отсылают приведенные специальные нормы об авторских правах) делает текстуальный акцент на дозволительных правомочиях⁴ исключительного авторского права особенно сильным⁵.

Перечень правомочий положительного характера в структуре исключительного авторского права не является исчерпывающим и включает, в том числе: (1) правомочие воспроизведения произведения, то есть изготовления одного и более экземпляра произведения или его части в любой материальной форме, (2) правомочие распространения произведения путем продажи или иного отчуждения его оригинала или экземпляров; (3) правомочие публичного показа произведения, (4) импорт оригинала или экземпляров произведения в целях распространения; (5) правомочие проката оригинала или экземпляра произведения; (6) правомочие публичного

¹ Marbach E. Rechtsgemeinschaften an Immaterialgutern: dargestellt am Beispiel von Erfinder- und Urhebergemeinschaften. Stampfli, 1987. P. 64-66. Наиболее подробное изложение подхода к определению субъективного права Ойген Бухера См.: Третьяков С.В. Развитие учения о субъективном частном праве в зарубежной цивилистике. М., 2022. С. 391-422.

² Meier-Hayoz, Berner Kommentar, 3 Auflage. № 236 ff. zum systematischen Teil. 1959. Цит. по: Marbach E. Ibid.

³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ (с изм. и доп. от 11.06.2022 № 176-ФЗ) // СЗ РФ. 2006. № 52 (1 ч.). Ст. 5496; 2022. № 24. Ст. 3936.

⁴ Наиболее полный анализ данного понятия и его функции и роли для конструкции субъективного права см.: Третьяков С.В. Развитие учения о субъективном частном праве в зарубежной цивилистике. М., 2022. С. 135-175; 423-472.

⁵ Грамматическая структура приведенных норм вообще может подтолкнуть к выводу о сведении исключительного авторского права к дозволительным правомочиям.

исполнения произведения; (7) правомочие сообщения произведения в эфир; (8) правомочие сообщения произведения по кабелю; (9) правомочие ретрансляции произведения; (10) правомочие осуществления переработки произведения; (11) правомочие практической реализации архитектурного, дизайнерского, градостроительного или садово-паркового проекта; (12) правомочие доведения произведения до всеобщего сведения¹. Интересно, что аналогичным образом, то есть с акцентом на дозволильных правомочиях, наделяющих правообладателя возможностями использования принадлежащего ему произведения, формулируют понятие авторских прав и многие иностранные законодательства².

Данный перечень, помимо того, что не является исчерпывающим описанием всех поведенческих возможностей, входящих в структуру исключительного авторского права, также не может рассматриваться и как относящийся к одному его какому-то типу, соответствующему определённому типу объектов авторско-правовой охраны. Дело в том, что важной особенностью авторских прав (помимо уже упомянутой тесной связи с личными неимущественными правами автора) является значительное многообразие видов их объектов, не позволяющее выделить унифицированную структуру правомочий, посредством которых обеспечивался бы полноценный и адекватный контроль правообладателя над каждым и любым из таких объектов. Так, если патентные права имеют своим объектом по сути два вида результатов интеллектуальной деятельности – техническое решение, которое обладает двумя охраноспособными проявлениями (изобретение, полезная модель), и решение внешнего вида изделия (промышленный образец), – то *авторские права признаются на самые разнообразные виды произведений, в том числе литературные, художественные, музыкальные, хореографические и т.д., а также компьютерные программы и базы данных.* При этом перечень охраняемых авторским правом произведений является открытым (опять же – в отличие от ситуации в патентном праве), и по сути практически любой результат интеллектуальной деятельности, обладающий особой признаваемой в данном правовом порядке охраноспособной формой, может стать объектом авторских прав³.

Очевидно, что и *структура исключительного авторского права в отношении каждого вида объекта будет различной* – в той мере, в которой она должна соответствовать параметрам соответствующего объекта, поскольку служит юридическому выражению экономического

¹ Пункт 2 статьи 1270 Гражданского кодекса

² Ворожевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М.: Статут, 2020. 271 с. Также показательным то, что вопрос специфики авторских прав обсуждается в категориях баланса правомочий использования произведения и их ограничений, например, в немецкой доктрине: Kreuzer T. Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen. Konzeptionelle Überlegungen zu Werkbegriff, Zuordnung, Umfang und Dauer des Urheberrechts als Reaktion auf den urheberrechtlichen Funktionswandel. Nomos Verlag. 2008. P. 137.

³ Кашанин А.В. Развитие учения о форме и содержании произведения в доктрине авторского права: проблема охраноспособности содержания научных произведений // Вестник гражданского права. 2010. № 2. С. 68 - 138.

контроля над ним¹. На это указывал еще профессор В.А. Дозорцев, отмечая, что конструирование исключительных прав предполагает на первом этапе обособление нематериального объекта и на втором этапе – установление в отношении него юридической монополии, и что с учетом того, что «интеллектуальная деятельность - весьма разнообразная и широкая сфера, ее объекты обладают разными свойствами, в зависимости от которых применяются и разные приемы обособления результата»².

В чем же конкретно находит отражение многообразие видов объектов авторских прав, с одной стороны, и зависимость структуры исключительных прав от параметров и особенностей их объектов? *Отдельные правомочия из перечня, закрепленного в статье 1270 Гражданского кодекса, применимы для описания дозволенных возможностей только одной категории объектов и неприменимы к любым другим (например, правомочие практической реализации архитектурного, дизайнерского, градостроительного или садово-паркового проекта по самому своему определению применимо только к названным видам произведений), тогда как другие правомочия заведомо неприменимы к каким-либо видам произведений (например, публичное исполнение – к произведению изобразительного искусства)*. Тем не менее, постольку, поскольку охрана каждого из объектов квалифицируется в качестве авторско-правовой, выдерживается единая юридическая форма исключительного авторского права, что говорит о *значительной гибкости его структуры и может быть отнесено к особенностям таковой*³.

Однако насколько существенны различия исключительных авторских прав в отношении различных их объектов и можно ли говорить о существовании некоторого набора универсальных конститутивных признаков структуры исключительных авторских прав? Если да, то, каковы тогда такие признаки?

Представляется, что ответы на данные вопросы должны быть положительными по следующим причинам. Изменения структуры авторских прав в зависимости от их объекта не могут быть произвольными и возможны только в определенных границах, поскольку, как совершенно справедливо отметил А.В. Кашанин, существует взаимозависимость представлений (1) об объекте права и (2) механизме его охраны, которая заставляет постоянно соизмерять, с одной стороны, механизм и логику авторско-правовой охраны, принимая его за основу при принятии решения вопроса о возможности охраны определенных нематериальных продуктов, а с другой –

¹ См.: Дозорцев В.А. Понятие и система исключительных прав // Дозорцев В.А. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. М., 2003. С. 38 (существует внутренняя зависимость между свойствами объекта и его правовым режимом); Там же. С. 14-16 (возникновение исключительных прав как особого правового механизма рассматривается как способ пуска нематериальных объектов в оборот).

² Дозорцев В.А. Там же. С. 13.

³ Kreutzer T. Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen. Konzeptionelle Überlegungen zu Werkbegriff, Zuordnung, Umfang und Dauer des Urheberrechts als Reaktion auf den urheberrechtlichen Funktionswandel. Nomos Verlag, 2008. P. 42.

внешние соображения о целесообразности предоставления авторско-правовой охраны определенным объектам. Иными словами, в каждом случае решения вопроса об охраноспособности того или иного объекта (и тем более – в случае возникновения нового типа произведений), необходим баланс между адаптацией самого механизма авторского права к параметрам конкретного объекта и сохранения авторским правом признаков единого института с определенным набором содержательных характеристик¹, поскольку в противном случае существует риск прийти не к авторско-правовой охране, а к какому-то аморфному механизму *sui generis*. В этом смысле и несмотря на то, что, как уже было отмечено выше, перечень способов использования объектов авторских прав открыт, и могут появляться новые способы, в том числе соответствующие новым объектам, тогда как дозволительные возможности в составе исключительного авторского права неопределенно широки и различаются в зависимости от объекта, все же представляется необходимым на концептуальном уровне выдерживать стабильность структуры исключительного авторского права.

При этом проведение внутренней градации режима авторского - правовой охраны, как представляется, вполне допустимо и, более того, оправданно для учета особенностей новых и относительно новых объектов авторских прав. Так, например, Тилль Кройцер (Till Kreuzer) предложил в целях учета особенностей относительно новых («цифровых») объектов авторского права – компьютерных программ и баз данных, компьютерной графики, а также произведений с невысоким уровнем творчества выделять в рамках авторско-правовой охраны два подрежима²: (1) режим охраны «подлинных результатов индивидуального творчества» с высоким уровнем личного участия автора, предполагающий сильные исключительные права и интенсивную охрану личных неимущественных прав, и (2) режим охраны по модели защиты инвестиций (*Leistungsschutzrecht*) для объектов с невысоким уровнем личного участия автора, предполагающий ослабленные исключительные права, не позволяющие запретить доступ к соответствующему объекту без согласия правообладателя, а только обеспечивающие возможность взыскания связанных с несанкционированным использованием убытков (*liability rules*)³.

Имея в виду сказанное и выделив гибкость и внутреннюю дифференциацию в качестве особенности структуры исключительного авторского права, попробуем продолжить анализ и

¹ Кашанин А.В. Там же.

² Kreuzer T. Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen. Konzeptionelle Überlegungen zu Werkbegriff, Zuordnung, Umfang und Dauer des Urheberrechts als Reaktion auf den urheberrechtlichen Funktionswandel. Nomos Verlag, 2008. P. 502-511.

³ Calabresi G., Melamed D. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral // Harvard Law Review. 1972. Vol. 85.

выделить в ней другие отличительные черты, относящиеся уже к обеспечивающим ее единство базовым параметрам, свойственным авторским правам на все типы их объектов.

Отправной точкой является установление особенностей авторско-правовой охраны. Ее режим, в отличие от режима патентно-правовой охраны, фокусируется на *форме* результата интеллектуальной деятельности, которая является принципиально неповторимой¹. Из этой предпосылки следует то, что у правообладателя нет необходимости прибегать к действиям, связанным с предваряющим возникновение исключительного авторского права определением границ охраняемого им нематериального объекта, как это имеет место в патентном праве и в области товарных знаков и иных подлежащих конститутивной регистрации средств индивидуализации. При этом поскольку подобное *ex ante* определение границ исключительного права решением компетентного ведомства о регистрации создает презумпцию действительности правовой охраны и ее объема, имея серьезные юридические последствия в смысле правовой определенности и проявляющейся в виде бифуркации судебного процесса (о нарушении подлежащего регистрации права при оспаривании решения о такой регистрации) связанности суда решением о регистрации², отсутствие подобной предварительной фиксации самого факта и объема правовой охраны очевидным образом сказывается на ее существовании и характере. Так, некоторых ученых такое положение вещей приводит к выводу о том, что *исключительное авторское право, не будучи зависимым в своем возникновении от каких-либо регистрационных действий, связанных с *ex ante* определением его границ, впервые получает конкретизацию в отдельных правомочиях только в момент судебного разбирательства по поводу состоявшегося нарушения*³.

Хотя данный вывод, как представляется, является излишне радикальным, поскольку контекстуализирует содержание исключительного авторского права, делая его относительным и лишенным какого-либо внятного абстрактно определимого содержания⁴, и в конечном итоге приводит его сторонников от исходного определения исключительного авторского права как «совокупности исключительных привилегий, защищенных соразмерным правом запрещать

¹ Конечно, здесь имеются в виду охраноспособные произведения. Критерием охраноспособности является, в свою очередь, неповторимость произведения, см.: Кашанин А.В. Творческий характер как условие охраноспособности произведения в российском и иностранном авторском праве // Вестник гражданского права. 2007. № 2.

² Достаточно емко этот феномен описал Шьямкришна Балганеш (Shyamkrishna Balganeshe): «Суд в лучшем случае *делит* с регистрирующим ведомством функцию установления основания права истца». Balganeshe S. Debunking Blackstonian Copyright, 118 // Yale Law Journal. 2009. P. 1126.

³ Это отличает исключительные авторские права от исключительных патентных прав и исключительных прав на подлежащие конститутивной регистрации средства индивидуализации, точные границы которых определяются в процессе проверки компетентным органом соответствия регистрируемых нематериальных объектов критериям охраноспособности.

⁴ Критику аналогичной по сути концепции содержания субъективного права, сформулированной германским цивилистом Вольфгангом Зибертом, см.: Третьяков С.В. Развитие учения о субъективном частном праве в зарубежной цивилистике. М., 2022. С. 332-336.

третьим лицам (использовать произведение)»¹ к констатации того, что «авторское право дает его обладателю едва ли больше, чем возможность подать иск в случае, когда кто-либо копирует его произведение»², он все же подсвечивает важную особенность структуры авторских прав, которая может быть сформулирована как *необходимость его конкретизации в виде конкретных правомочий ex post (например, в рамках рассмотрения спора по поводу нарушения соответствующего права)*.

Данный вывод подтверждается тем, что, с одной стороны, как указано выше, состав правомочий исключительного авторского права неизбежно варьируется в зависимости от типа объекта, к которому соответствующее право относится, и универсальный перечень правомочий невозможно сформулировать, тогда как, с другой стороны, квалификация того или иного объекта в качестве определенного типа объектов авторско-правовой охраны зачастую представляется проблематичной³. Ситуацию осложняет и то, что в современном динамичном обороте постоянно возникают новые типы объектов авторско-правовой охраны.

Принимая во внимание зависимость точного содержания исключительного авторского права от соответствующего контекста, нельзя не поставить вопрос о критериях установления факта его нарушения. Поскольку опереться на очерченные заранее границы правовой позиции ввиду их отсутствия невозможно, единственным вариантом остается апеллирование к названной особенности авторско-правовой охраны – ее фокусе на форме произведения. Если авторское право по общему правилу охраняет принципиально неповторимые творческие формы, то обнаружение факта воспроизведения такой формы (ее переработки) свидетельствует в большинстве случаев⁴ о факте нарушения исключительного авторского права. Иными словами, основным критерием установления факта нарушения исключительного авторского права является *копирование* его объекта (либо элементов объекта, что имеет место при переработке)⁵.

Соответственно, с учетом того, что копирование является главным критерием нарушения, а также что границы авторских прав заранее при их возникновении не зафиксированы и потому не обладают высокой степенью определенности, суд в случае возникновения спора по поводу исключительных авторских прав будет при установлении их содержания и объема ориентироваться, с одной стороны, на свойства спорного произведения, а с другой – на действия ответчика (иными словами, наличие права истца будет констатироваться там, где действия

¹ Balganes S. Ibid. С. 1126.

² Balganes S. Ibid. С. 2009.

³ См., например: Определение Экономической коллегии Верховного суда России от 22.12.2020 № 309-ЭС20-12797 по делу № А60-53343/2018 // СПС «Консультант Плюс».

⁴ Исключениями будут так называемые произведения *kleine Muenze*. См.: Кашанин А.В. Проблема минимальных стандартов охраноспособности произведений в авторском праве. Германский опыт // Вестник гражданского права. 2007. № 4. СПС «Консультант Плюс».

⁵ Balganes S. Debunking Blackstonian Copyright, 118 // Yale Law Journal. 2009. Vol. 1126; Weinrib E.J. The idea of private law. London: Harvard University Press. 1995.

ответчика признаны неправомерными). Такой механизм очень похож на механизм деликтного права, где юридическая квалификация правоотношения также основывается на действиях ответчика, и наоборот, не похож на механизм, присущий вещным правам и патентному праву (исключительным правам на средства индивидуализации, подлежащим конститутивной регистрации), где правовая позиция определена заранее и доступным для относительно простого восприятия третьих лиц способом (в вещном праве данной цели служат внешние границы вещи, тогда как в патентном – публикация сущности запатентованных технических решений). В этом смысле запретительное правомочие в структуре исключительного авторского права сложно рассматривать в качестве первичного, поскольку *отсутствует определенность относительно той сферы, вмешательство в которую следует предотвращать и запрещать*. Поэтому на первый план выходят положительные правомочия обладателя исключительного авторского права.

Данный тезис находит подтверждение, в частности, в американской и немецкой доктрине авторского права и интересен следующим. Если структуру исключительного патентного права как в отечественной, так и в зарубежной науке традиционно редуцируют до запретительного правомочия либо признают за ним превалирующее значение¹, применительно к авторским правам подобные теории обладают гораздо меньшей популярностью². Хотя таковые все же высказываются в литературе³, более громко звучат голоса сторонников концепции структуры исключительных авторских прав, предполагающей наличие дозволильных правомочий (при этом часто акцент делается именно на них) наряду с запретительным⁴.

Чем же обосновывается подобный взгляд на структуру исключительного авторского права? Ниже приведем несколько доводов различного характера в пользу высказанной позиции.

Обоснование № 1. Если суммировать проанализированные выше особенности авторских прав, получим: (1) многообразие их типов, соответствующее многообразию объектов авторско-правовой охраны; (2) отсутствие «универсальной единицы» объема правовой охраны (из-за

¹ См., например: Пиленко А.А. Право изобретателя. М.: Статут, 2001; Лабзин М.В. Право запрещать как юридическое содержание исключительного права // Патенты и лицензии. 2009. № 7. С. 14-19; Merrill T.W. Property and the Right to Exclude // Nebraska Law Review. 1998. Vol. 77. Iss. 4.

² См., например: Newman C.M. Vested Use-Privileges in Property and Copyright // Harvard Journal of Law & Technology (Harvard JOLT) 30, no. Special Symposium. 2017. P. 75-96.

³ В отечественной литературе сторонниками редукционистской теории авторских прав являются, в частности, М.В.Лабзин (Лабзин М.В. Право запрещать как юридическое содержание исключительного права // Патенты и лицензии. 2009. № 7) и В.И. Еременко (Еременко В.И. Содержание исключительного права на объекты интеллектуальной собственности // Законодательство и экономика. 2011. № 5. С. 15 - 26), в то время как в иностранной - Wendy J. Gordon (Gordon W.J. An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent and Encouragement Theory, 41 // Stanford Law Review. 1989. Pp. 1343, 1356).

⁴ Newman C.M. Vested Use-Privileges in Property and Copyright // Harvard Journal of Law & Technology (Harvard JOLT) 30, no. Special Symposium (2017): 75-96; Newman C.M. Transformation in Property and Copyright, 56 // Villanova Law Review. 2011. 251; Smith, Henry E. Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights // The Journal of Legal Studies. 2002. Vol. 31. № S2. S. 453-487.

многообразия типов объектов авторско-правовой охраны одно и то же произведение может быть, например, одновременно самостоятельным объектом одного авторского права и составной частью более крупного и сложного произведения, являющегося объектом другого авторского права; структура и состав двух таких прав будет отличаться, но главное, оба они будут соответствовать различному «масштабу» выделения правовой позиции и группировке правомочий); (3) отсутствие конститутивной регистрации как формальной *ex ante* фиксации объема правовой охраны; (4) необходимость конкретизации состава правомочий *ex post* (нарушения / возникновения спорной ситуации).

Полученный набор признаков соответствует характеристикам регулятивной стратегии, описанной Генри Смитом (Henry E. Smith) в качестве *противоположности* регулятивной стратегии, традиционной для вещных прав (в первую очередь, права собственности), которая предполагает *конструирование правового господства вокруг некоторого объекта* с понятными для оборота параметрами и границами путем объединения всех относящихся к такому объекту способов использования в единый пул, презюмирующийся принадлежащим полностью правообладателю¹. При возникновении спора относительно факта нарушения права, сформулированного в рамках такой основанной на запрете доступа к обладающему имущественной ценностью объекту регулятивной стратегии («*exclusion strategy*») любое вторжение в соответствующий объект автоматически считается нарушением права на него, поскольку наличие понятных для оборота границ объекта облегчает для всех третьих лиц возможность сформировать понимание о существующем в его отношении праве, устраняя препятствия для вменения обязанности воздерживаться от вторжения. Подобная модель соответствует, как было показано ранее в работе, характеристикам патентно-правовой охраны (фиксация объекта *ex ante* в решении о выдаче патента; закрытый перечень объектов охраны и их единый тип – техническое решение) и объясняется такими причинами, как:

(4) *сложность атрибутировать прибыль от продукта, в котором выражен объект патентной охраны, ценности исключительного права (и тем более – конкретными правомочиями в их составе) в отношении такого объекта*, поскольку, как правило, большинство коммерциализируемых продуктов используют несколько объектов патентной охраны, и установление причинной связи между успешностью продукта на рынке и конкретным использованным в нем объектом затруднительно (объединение неопределенного числа правомочий вокруг одного заранее определенного объекта позволяет облегчить

¹ Smith, Henry E. Ibid. В российской научной литературе данную дихотомию регулятивных стратегий упоминает А.С. Ворожеевич (Ворожеевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М.: Статут, 2020. 271 С.) Автор отмечает, что Генри Смит различным образом с точки зрения данного деления квалифицирует авторские и патентные права, однако в результате приходит к выводу, что исключительные права любого типа (включая авторские), также как и вещные, основываются на стратегии исключения.

соответствующую задачу)¹.

(5) *сложность с выделением творческого вклада, непосредственно связанного с созданием патентоохраняемого объекта*, вследствие того, что такие объекты обычно создаются в рамках относительно масштабных исследований, в которые вовлечено значительное количество участников и которые редко приводят к созданию какого-то одного потенциально охраноспособного объекта (это связано в том числе с принципиальной проблематичностью целеполагания в процессе создания изобретений: наличие критерия изобретательского уровня делает его логически затруднительным). Данный аспект связан с первым, однако в большей мере отсылает к нормативному обоснованию охраны патентных прав (*entitlement-delineation process*).

(6) *сложность оценки экономически ценных способов использования объектов патентных прав* (в особенности изобретений и полезных моделей) в отсутствие надлежащей компетенции в соответствующей области². Объекты патентной охраны являются технически «сложными» по самой своей правовой природе, что находит выражение в критериях патентоспособности «новизна» и «изобретательский уровень», соответственно любые спорные вопросы в их отношении неизбежно связаны с решением специфических неюридических (однако обладающих правовым значением) вопросов (этим обусловлено учреждение специализированных патентных судов в ряде стран, где судьям требуется два вида образования – юридическое и техническое).

Альтернативой для описанной регулятивной стратегии, как раз соответствующей выявленным признакам авторско-правовой охраны, выступает *конструирование субъективного права вокруг непосредственно способов использования* какого-то обладающего имущественной ценностью объекта («governance strategy»³), что оправданно в ситуациях, когда соответствующий объект и его «границы» не описаны *ex ante*, вследствие чего их восприятие третьими лицами сопряжено с большими усилиями и издержками, нежели возможные в отношении такого объекта способы использования. Причины этому противоположны упомянутым особенностям патентного права:

(1) объект авторского права относительно легче (чем в патентном праве) атрибутировать конкретному коммерциализируемому продукту,

¹ Smith, Henry E. Ibid. P. 1799, p. 1805 («...patents are often highly complementary in a way that copyrights seldom are»).

² Smith, Henry E. Ibid. P. 1799.

³ Полагаю, что здесь довольно сложно дать прямой перевод, поскольку *governance* отсылает к процессу «регулирования», осуществляемого *ex post* судом в процессе разрешения спорных ситуаций по поводу субъективных прав. Термин «регулирование» в данном контексте имеет достаточно специфическое значение, которое и затрудняет буквальный / прямой перевод. Наиболее точное описание, как представляется, следующее: «The governance strategy ... usually sets out a broadly defined, vague entitlement that courts then give content to contextually. Instead of deferring to the entitlement holder, however, courts undertake a balancing exercise themselves. The governance strategy thus entails higher costs at the *ex post* stage, but these costs are offset by the benefits associated with having avoided an overbroad entitlement *ex ante*. Governance thus focuses on «rights in activities», while exclusion focuses on «rights to things»». Balganes S. Debunking Blackstonian Copyright, 118 // Yale Law Journal. 2009. 1126, 1134. P. 176. В российской литературе данный термин переведен А.С. Ворожевич как «стратегия управления»: Ворожевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М.: Статут, 2020. 271 с.

(2) в свою очередь, творческий вклад, связанный с созданием объекта авторско-правовой охраны, относительно проще (чем в патентном праве) вычлениить и такому объекту атрибутировать,

(3) в связи с тем, что объектам авторского права техническая сложность, как правило, не присуща, отсутствует необходимость в специфических технических знаниях для оценки экономически ценных способов; сама такая оценка, соответственно, менее сложна, чем в патентном праве¹.

Итак, особенностью авторско-правовой охраны является *ее акцент на описании и регулировании в первую очередь способов использования объектов авторского права (governance strategy), поскольку такая регулятивная стратегия является наиболее экономически эффективной*. Это находит подтверждение и выражение в ряде моментов, важнейшие из которых проанализированы ниже.

Во-первых, на законодательном уровне (в соответствии с нормами международного права, включая, в первую очередь, базовые конвенции в области авторского и патентного права), структура исключительного авторского права определяется несколько иначе, чем структура исключительного патентного права. Последнее закрепляется по схеме «объект – все действия с коммерческой целью в его отношении в обобщенном виде»: сначала законодатель *дает определение объектам патентной охраны, раскрывая их через конкретные признаки охраноспособности*, и затем указывает, что патентообладателю принадлежит исключительное право использовать названные объекты любым способом с уточнением, что использованием считаются всякие действия, связанные с воплощением изобретений, полезных моделей и промышленных образцов в материальном носителе с коммерческой целью². Напротив, структура исключительного авторского права закрепляется по схеме «описание правовых возможностей в составе авторского права с обобщенной отсылкой к объектам, к которым оно может относиться»: *признаки охраноспособности произведений³ как объектов не закрепляются⁴ (т.е. юридическое определение объектов охраны отсутствует)*, при этом *способы их использования описываются*

¹ Smith, Henry E. Ibid. С. 1803.

² По этому вопросу см.: Бузанов В.Ю. К вопросу о содержании исключительного патентного права // Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Евгения Алексеевича Суханова. М.: Статут, 2018. С. 82-92.

³ Программы для ЭВМ охраняются как литературные произведения. Их определение в статье 1261 ГК РФ как «представленной в объективной форме совокупности данных и команд, предназначенных для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств в целях получения определенного результата, включая подготовительные материалы, полученные в ходе разработки программы для ЭВМ, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения» является скорее конкретизацией вида произведения и с трудом может рассматриваться как фиксация юридических признаков охраноспособности в смысле, в котором ими являются новизна, изобретательский уровень и промышленная применимость для изобретений.

⁴ Таковыми, конечно, не является выражение в объективной форме.

предельно детальным образом и со значительной большей подробностью, чем в патентном праве¹.

Представители немецкой доктрины также отмечают, что понятие произведения (Werkbegriff) в авторском праве в условиях отсутствия предваряющей предоставление исключительного права проверки условий охраноспособности выполняет функцию «первичного фильтра» разграничения охраноспособных произведения от domain public, в то время как дальнейшая более тонкая настройка структуры исключительного авторского права уже происходит в рамках институтов ограничений авторских прав (случаев свободного использования)². О функции фиксации области приложения запретительного правомочия речи, таким образом, не идет.

Во-вторых, акцент в регулировании структуры исключительного авторского права на поведенческих возможностях, соответствующих способам использования произведений, находит выражение в принципиальной охраноспособности результатов параллельного творчества. Данная особенность достаточно ярко подсвечивает затруднительность построения режима авторско-правовой охраны вокруг объекта по модели запрета доступа к нему («exclusion strategy»): в случае тождества нематериального объекта, на который вправе претендовать несколько лиц одновременно, *задача правопорядка сводится к разграничению правовых позиций таких лиц, распределению между ними правомочий, соответствующих поведенческим возможностям в отношении спорного объекта, но никак не в распределении между ними объектов*. Для сравнения в патентном праве, напротив, предоставление правовой охраны действует принцип «первому (изобретателю или заявителю в зависимости от системы охраны) достается все», и лицо, независимо от патентообладателя создавшее тождественное запатентованному техническое решение, уже не сможет претендовать на какие-либо права в его отношении. В этой особенности достаточно четко видны черты «запретительной» регулятивной стратегии («exclusion strategy»), включая конструирование режима охраны вокруг объекта и «сильный» характер исключительного права, которое не терпит ограничений в виде уступок конкурирующих параллельных правообладателей³.

В-третьих, наконец, считается, что в авторском праве больше, нежели в патентном, случаев свободного использования – ограничений действия исключительных прав, которые направлены

¹ Smith, Henry E. Ibid. С. 1807.

² Kreutzer T. Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen. Konzeptionelle Überlegungen zu Werkbegriff, Zuordnung, Umfang und Dauer des Urheberrechts als Reaktion auf den urheberrechtlichen Funktionswandel. Nomos Verlag, 2008. P. 46.

При этом следует отметить, что квалификация ограничений авторских прав в качестве вопроса, относящегося к структуре исключительного авторского права, является спорным: см., например: Schricker G., Dreier T., Kur A. Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2001. P. 92.

³ Smith, Henry E. Ibid. P. 1810.

на конкретизацию способов использования произведений, поддерживая тем самым концептуальный акцент на регулировании и разграничении позитивных правомочий.

Таким образом, *можно рассматривать авторско-правовую охрану как основывающуюся на регулятивной стратегии, в центре которой находится не объект права, а способы его использования, в связи с чем основным механизмом регулирования является определение оптимальной аллокации таких способов, в частности, определение того, какие из них доступны правообладателю. Выражением данной регулятивной стратегии на уровне структуры исключительного авторского права является, соответственно, превалирующее значение детализирующих правовую позицию правообладателя дозволительных правомочий, соответствующих на нормативном уровне различным способам использования произведений.*

Еще ряд убедительных аргументов в пользу определяющего значения дозволительных правомочий в составе исключительного авторского права предложил авторитетный американский теоретик в области авторского права Кристофер Ньюмэн (Christopher Newman).

В своей статье, посвященной опровержению теории, согласно которой авторские права являются «нематериальными сервитутами», обременяющими оборот вещей, в которых объекты авторских прав выражены или которые необходимы для осуществления правомочий, составляющих содержание последних¹, ученый обосновывает теорию, согласно которой существо авторских прав заключается, в первую очередь, в *возможности правообладателя совершать определенные действия (the entitlement to do things with what is owned) и воздерживаться от совершения действий, которые рассматриваются другими лицами как желательные (the entitlement not to do with it what others might like) – «в полную противоположность нормативному притязанию, так называемому праву запрещать (третьим лицам использование соответствующего объекта)»*². Кристофер Ньюмэн называет защищаемую им теорию «принципом суверенного использования» (sovereign use principle).

Обоснование № 2. Ученый приводит сначала аргумент из области философии обыденного языка, указывая, что несмотря на достаточно распространенные взгляды о том, что для всех имущественных прав конститутивным правомочием является запретительное правомочие (right to exclude), *сами участники оборота склонны рассматривать свободу использования по своему усмотрению принадлежащего им объекта в качестве разновидности полноценного*

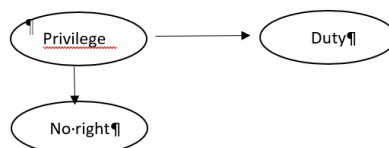
¹ Например, театральные реквизиты, используемые при исполнении пьесы. Работы, защищающие данную теорию, например: Bell T.W. Intellectual Privilege: Copyright, common law, and the common good 12 (2014) (утверждает, что авторские права коллидируют с вещными правами); Hamilton D. It's My Copy and I'll Sell It If I Want To: Capitol Records, LLC v. ReDigi, Inc., 97 // Journal of the Patent and Trademark Office Society. 2015. 232, 235-40; Sherwin Siy, Copies, Rights, & Copyrights: Really Owning Your Digital Stuff Pub. knowledge (June 13, 2013).

² Newman C.M. Vested Use-Privileges in Property and Copyright // Harvard Journal of Law & Technology (Harvard JOLT) 30, no. Special Symposium (2017): 75-96.

положительного права (*affirmatively vested entitlement*), вытекающего из самого обладания соответствующим объектом¹.

Обоснование № 3. Далее, Кристофер Ньюман высказывает теоретические аргументы в пользу примата позитивных правомочий в структуре исключительного авторского права, опираясь на доктрину правовых антагонистов и коррелятов Уэсли Хофельда². Большинство из них, как отмечает ученый, оказываются характеризующими правомочия, юридически оформляющие возможности правообладателя по совершению собственных действий. Ниже будет показано, какие конкретно типы правовых возможностей, по мнению ученого, должны входить в структуру исключительного авторского права, с некоторым дополнением приводимой им схемы для полноты анализа³.

Во-первых, правомочия, которые могут быть буквально переведены на русский язык как «дозволений» (*privileges*) и обозначают возможности использования объекта по воле правообладателя⁴. Правовой позицией – антагонистом в отношении «дозволения»⁵ является обязанность (*duty*), тогда как коррелятом – отсутствие права (*no right*):



На данной схеме «дозволение» означает правовую характеристику позиции обладателя исключительного авторского права, заключающуюся в положительных возможностях использования произведения. Такая правовая позиция отрицает наличие у правообладателя обязанности воздерживаться от дозволенного ему в рамках «дозволения» использования произведения (*duty*) и одновременно коррелирует отсутствию «дозволения» у третьих лиц – правообладателей (*no right*). При этом важно отметить, что «дозволение» отрицает именно обязанность осуществлять использование произведения согласно чьим бы то ни было

¹ Newman C.M. Ibid. При этом ученый отмечает, что часто принцип «если это мое – я могу использовать это по своему усмотрению» понимают и в негативной формулировке: «если я не могу это использовать по своему усмотрению, это не мое».

² О самой теории коррелятов, методологии, в рамках которой она была сформулирована, и ее значении для концепции субъективного права см.: Третьяков С.В. Развитие учения о субъективном частном праве в зарубежной цивилистике. М., 2022. С. 266-293.

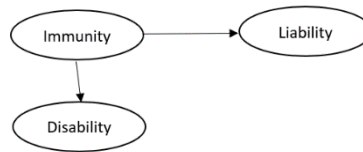
³ Как было указано выше, основной целью исследования Кристофера Ньюмана было опровержение теории о коллизиях между вещными и исключительными правами, в связи с чем автор сфокусировался на правомочиях использования произведений и не рассмотрел, например, распорядительные правомочия. Ниже анализ дополнен соответствующим образом.

⁴ «Title to a thing includes the privilege to engage, or to refrain from engaging, in any use of which the thing is susceptible» – Hohfeld W.N. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, 23 // Yale Law Journal. 1919. Pp. 16, 33-44.

⁵ Представляется, что это технический термин, непереводаемый на русский язык – вследствие вводящих в заблуждение относительно существа заложенного в этом правомочии коннотаций.

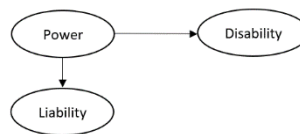
пожеланиям (помимо таковых правообладателя)¹. *Все правомочия, перечисленные в статье 1270 Гражданского кодекса (правомочие сообщения произведения по кабелю, правомочие публичного исполнения и т.д.), по своему типу могут быть квалифицированы в качестве «дозволений».*

Во-вторых, структура исключительного авторского права включает и правомочие, которое может быть переведено на русский язык как «иммунитет» (immunity) и обозначает состояние защищенности правовой позиции (исключительного авторского права) от распоряжений со стороны третьих не управомоченных на это лиц². Правовой позицией – антагонистом в отношении «иммунитета» является связанность распорядительными действиями другого лица (liability), тогда как коррелятом – отсутствие распорядительной власти (disability):



На данной схеме «иммунитет» означает обеспеченность правовой позиции обладателя исключительного авторского права, заключающуюся в неспособности третьих лиц распоряжаться таким правом. Данная правовая позиция отрицает наличие у правообладателя связанности распорядительными действиями третьих лиц (liability) и одновременно коррелирует отсутствию у третьих лиц распорядительных правомочий (disability).

В-третьих, конечно, в структуру исключительных авторских прав должны входить распорядительные правомочия (powers), которые делают возможным распоряжение исключительным авторским правом по воле его обладателя. Правовой позицией – антагонистом в отношении power³ является связанность чужими распорядительными действиями (liability), тогда как коррелятом – отсутствие распорядительных правомочий (disability):



К особенностям структуры авторских прав в данном отношении можно назвать ограниченный характер распорядительных правомочий, вытекающий из тесной связи имущественного компонента с личными неимущественными правами автора. Особенно ярко ограничения видны в рамках монистической системы, действующей, в частности, в Германии, где авторские

¹ Newman C.M. Vested Use-Privileges in Property and Copyright // Harvard Journal of Law & Technology (Harvard JOLT) 30, no. Special Symposium (2017): 75-96.

² «Title to a thing includes the privilege to engage, or to refrain from engaging, in any use of which the thing is susceptible». Hohfeld W.N. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, 23 // Yale Law Journal. 1919. Pp. 16, 33-44.

³ Представляется, что это технический термин, непереводаемый на русский язык – вследствие вводящих в заблуждение относительно существа заложенного в этом правомочии коннотаций.

права являются неотчуждаемыми при жизни автора (правообладателя) и способны к правопреемству только по наследству¹.

В-четвертых, одних только дозволительных правомочий в структуре исключительного авторского права, очевидно, недостаточно, даже если они обеспечены иммунитетом от посягательств третьих лиц. Набор правомочий, чтобы быть субъективным правом, должен обладать характером исключительности². Именно этот тезис следующим выдвигает Кристофер Ньюман, отмечая, что *сторонники концепций, основанных на запретительном правомочии (right to exclude) в структуре исключительного авторского права и признающих за ним превалирующее значение, возможно, имеют на самом деле в виду другое, обладающее связанным с меньшей интенсивностью значением понятие. Запретительное правомочие, соответственно, в таких теориях имеет избыточное значение и не соответствует своей действительной функции.*

Так, по мнению ученого, названная исключительность авторского права (понимаемая как редуцированное запретительное правомочие) совсем не обязательно обеспечивается правом запрещать всем третьим лицам доступ к соответствующему объекту и может, как, например, в случае с сервитутом прохода («дозволение» пересекать чужой участок), гарантироваться менее интенсивным *правом на невмешательство (right of non-interference)* в осуществление правообладателем использования своего объекта. При этом Кристофер Ньюман описывает тонкую градацию правовой природы запретительного правомочия: оно может иметь целью как (1) установление контроля над объектом, посредством которого совершается или может быть совершено нарушение, и, соответственно, *вмешательство в правомочия обладателя такого объекта*, либо (2) только лишь защиту собственных правомочий последнего от вмешательства, *не предполагающую вмешательство в чужие правомочия*³.

Например, в структуру исключительного авторского права на литературное произведение входит правомочие публичного исполнения, которое, будучи осуществленным без согласия правообладателя, активизирует правомочие запрещать совершение действий, вторгающихся в интерес правообладателя в возмездном удовлетворении спроса потребителей на эстетический опыт от восприятия его произведения. При этом очевидно, что запретительное правомочие, соответствующее правомочию публичного исполнения произведения, не направлено на установление контроля над театральным реквизитом и зданием театра, а только охраняет интерес

¹ См., например: Jacob J. Ausschliesslichkeitsrechte an immateriellen Guetern. Mohr Siebeck, 2010. P. 208-210. Данное ограничение критикуется со многих позиций, включая неудобство для оборота и нарушение систематики интеллектуальных прав (патентные права являются отчуждаемыми и не считаются воплощающими неразрывное единство имущественного и неимущественного компонентов).

² См. обоснование: Третьяков С.В. О проблеме догматической квалификации «правомочия распоряжения» // Основные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Александра Львовича Маковского / Отв. ред. В.В. Витрянский и Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010. С. 317 - 345. В частности, иллюстрацию тезиса примером конкуренции двух дозволительных, но не исключительных прав на салат.

³ Newman C.M. Ibid. P. 81-86.

правообладателя от вмешательства в его исключительные возможности извлекать соответствующим образом прибыль. Наоборот, если речь идет о правомочии распространения экземпляров произведения, которое нарушается путем осуществления такого распространения неуправомоченным лицом в нарушение соглашения правообладателя с другим лицом об исключительной дистрибуции, то активирующееся запретительное правомочие будет направлено именно на установление контроля над осуществлением собственником экземпляров произведения его права собственности на них¹.

Не делая вывода о том, входит ли с необходимостью запретительное правомочие в состав исключительного авторского права, Кристофер Ньюман, тем не менее, совершает важный шаг в обосновании необходимости дифференциации его значения и показывает потребность в более тонком нюансировании теории структуры исключительных авторских прав. Иными словами, даже если запретительное правомочие входит в структуру каждого субъективного права, оно может быть различной степени интенсивности, от чего будет зависеть и соотношение негативного и положительного компонентов содержания субъективного права².

Обоснование № 4. Наконец, заслуживает внимания следующий довод в пользу особого значения дозволительных правомочий в структуре исключительного авторского права. Дело в том, что в позиции сторонников превалирующего (исчерпывающего) значения запретительного правомочия заложено определенное внутреннее противоречие, на что справедливо указывает Кристофер Ньюман в работе, посвященной институту переработки в авторском праве и характеристикам производных произведений³. По мнению ученого, утверждение о том, что запретительное правомочие является некоторым конститутивным и *самодостаточным* признаком исключительных авторских прав (*end in itself*), не согласуется с тем, что объектом запрещения *не могут быть любые действия* третьих лиц по отношению к соответствующему результату интеллектуальной деятельности. Ведь исключительное авторское право выполняет функцию обеспечения баланса между (1) формализацией и выражением имущественных интересов автора в получении вознаграждения за свой творческий вклад и (2) соблюдением интересов третьих лиц и общества в целом иметь доступ к такому результату⁴, и потому не может быть безграничным. Более того, как верно отмечает Тилль Кройцер, ограниченный характер авторских прав нельзя рассматривать исключительно как уступку в пользу общественных интересов, поскольку он в долгосрочной перспективе соответствует интересам и самих авторов, которые при создании охраноспособных результатов интеллектуальной деятельности неизбежно

¹ Newman С.М. Ibid. P. 87 и след.

² Как мы видели в § 1 главы 1, к аналогичному выводу пришел и немецкий теоретик П. Эртманн.

³ Newman С.М. Transformation in Property and Copyright // Villanova Law Review. 2011. Vol. 56. P. 251.

⁴ Balganes S. Debunking Blackstonian Copyright, 118 // Yale Law Journal. 2009. Vol. 118. Pp. 1126, 1134.

опираются на предшествующие работы и находящиеся в общественном достоянии идеи и формы. В таком контексте бескомпромиссное действие запретительного правомочия сделало бы развитие культуры крайне затруднительным¹.

С учетом сказанного неизбежен вывод, что все возможные действия в отношении охраняемого авторским правом результата интеллектуальной деятельности должны быть отнесены к одной из двух сфер: (1) относящейся к области управомоченности правообладателя и (2) находящейся за ее рамками. Соответственно, *запретительное правомочие не может рассматриваться в качестве самодостаточного инструмента фиксации объема авторско-правовой охраны, поскольку в своем применении неизбежно потребует критерия отграничения второй группы действий от первой*. В качестве такого критерия по сути и выступают позитивные правомочия, принадлежащие обладателю исключительного авторского права и описывающие сферу дозволенных ему способов использования².

Данную позицию подтверждает еще и исторически сложившийся акцент в нормативном обосновании авторских прав в рамках естественно-правовых теорий деонтологического толка, которые видели в этих правах в первую очередь выражение защиты личности автора и ее проявлений в его творческой деятельности³. Логично, что если одной из основных целей признания правопорядком авторских прав (по крайней мере, «классических», в отношении произведений литературы и искусства) является охрана личности автора (ее «продолжения» в созданном им произведении), в первую очередь за автором необходимо закрепить возможности действовать в отношении его произведения, самостоятельно определять его судьбу и способы реализации в материальном мире. В этом контексте примечательно, что считающийся первым регулирующим авторские права законодательным актом Статут королевы Анны 1709 года определял закрепляемые за авторами права как «исключительную свободу печати» «*sole liberty of printing*»⁴, то есть на терминологическом уровне фиксировал акцент на дозволительных правомочиях.

Таким образом, согласно изложенному доводу, запретительное полномочие в структуре исключительного авторского права не может рассматриваться как имеющее самодостаточное и приоритетное значение, поскольку *это приводит к игнорированию производности функции запрещения от общих целей регулирования интеллектуальной собственности, а именно –*

¹ Kreutzer T. Ibid. P. 134.

² Newman C.M. Vested Use-Privileges in Property and Copyright // Harvard Journal of Law & Technology (Harvard JOLT) 30, no. Special Symposium (2017): 75-96.

³ См., например: Drahos P. A Philosophy of Intellectual Property, 9781925022957 (ebook), P. 29-39, 85-109; Kreutzer T. Ibid. P. 31-34; Jan Jacob. Ibid, Pp. 27-35, 129-147.

⁴ Войниканис Е.А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М.: Юриспруденция, 2013. 552 с.; Drahos P. Ibid.

*поощрения творчества и защиты личности автора и ее проявлений в его интеллектуальной деятельности*¹.

Итак, мы привели доводы, демонстрирующие значительную роль положительных правомочий в структуре исключительного авторского права и попробовали поставить под вопрос часто воспринимаемую в качестве традиционной позицию об их второстепенном по отношению к запретительному компоненту положении. Поскольку мы делали акцент на аргументах, относящихся непосредственно к положительным правомочиям, а также затронули вопрос характера и интенсивности запретительного правомочия, несколько неосвещенным остался вопрос об имманентном функциям авторских прав ограничении сферы действия последнего, вследствие чего ниже подробнее остановимся на этом моменте.

Ранее мы отметили, что позиция о приоритетном значении запретительного правомочия в структуре исключительного авторского права *обычно имеет своей невысказанной предпосылкой представление о его предельно интенсивном характере, понимаемом как запрет доступа к соответствующему объекту*. Это вытекает из молчаливого допущения о том, что основной функцией авторского права – как в принципе любого субъективного частного права – является исключение (запрет) по воле его обладателя любых третьих лиц от охраняемого соответствующим правом объекта (в нашем случае – произведения). Вместе с тем более точным определением основной функции авторского права как субъективного частного права представляется *обеспечение его обладателю возможности использования релевантного объекта в соответствии своими планами и интересами, и эта возможность может обеспечиваться различными средствами, а не только запретом*. Поскольку данный аспект следствий указанной предпосылки мы рассмотрели выше, остановимся на *другом аспекте, связанном со сферой действия запретительного правомочия* (пусть даже понимаемого в качестве существующего в его наиболее интенсивной форме действия).

Дело в том, что запрет вмешательства третьих лиц возможен и оправдан в отношении не всех видов использования объектов субъективных частных прав, включая исключительные авторские права. Так, можно выделить два вида использования обладающих имущественной ценностью объектов: (1) использование, выражающее интерес в получении выгоды (*beneficial use*) или (2) использование, приводящие к потреблению самого объекта или уменьшению его ценности (*use of consumption*). *Действиями по использованию объекта, выражающими интерес*

¹ См. также одну из ключевых фундаментальных работ в области имущественных прав: Penner J.E. *The idea of property in law*. Clarendon Press Oxford, 1997. - 240 p. («Ни у кого нет интереса в самом по себе запрете для третьих лиц доступа к объекту прав, когда на то нет конкретной причины» - p. 70); там же на с. 71 («Любое подлинное правомочие запрета в отношении третьих лиц является дополнительным (*auxiliary*) правом, которое обеспечивает или защищает соответствующее имущественное право»). См., например: Drahos P. *A Philosophy of Intellectual Property*, 9781925022957 (ebook). P. 231.

правообладателя в извлечении выгоды, являются любые *непосредственные* (пользование материальным объектом) или *опосредованные*¹ (использование нематериального объекта, ведение бизнеса и другие способы получения опосредованной выгоды), способы взаимодействия с объектом, приводящие к получению прибыли, зависящей от параметров объекта². В свою очередь, *действия по использованию релевантного объекта, приводящие к его потреблению или уменьшению ценности* – это действия, которые каким-либо образом обратимо или необратимо уменьшают потребительские свойства такого объекта³.

Для удобства представим изложенную схему видов использования с их примерами в таблице:

Вид использования	Выражающий интерес в извлечении субъективной выгоды (примеры)	Не выражающий интерес в извлечении субъективной выгоды (примеры)
Приводящий к уменьшению ценности объекта	✓ Застройка земельного участка под жилой комплекс ✓ Причинение умышленного вреда скульптуре	✓ Ненамеренное загрязнение фабрикой окружающей среды ✓ Случайное повреждение картины
Не приводящий к уменьшению ценности объекта	✓ Получение удовольствия от созерцания театральной постановки ✓ Получение удовольствия от созерцания картины (если они не приводят к уменьшению ценности, что имеет место в случае, когда зритель, например, не заплатил за билет)	Неиспользование

¹ Довольно подробное объяснение опосредованного использования в знакомых цивилистам понятиях римского права и обоснование того, что опосредованное использование является правовой возможностью. Входящей в структуру исключительного права (а не каким-то дополнительным правомочием), приводит Jean Dabin: «Часто объекты прав не заключают в себе имущественную ценность как таковые, а предоставляют возможности для извлечения прибыли – т.е. некий производственный капитал для так называемых *fructus civiles* (цивильных плодов). При таком подходе происходит концептуальное разделение (1) объекта права (произведения) и (2) получаемого в результате его использования доходом (*fructus civiles*). Вместе с тем, хотя *fructus civiles* никогда не рассматривались как порождение самой вещи-матери – в чем и состояло их отличие от *fructus naturalis* – и считались результатом некоторого порядка экономического управления вещью, все же, будучи в этом смысле искусственными плодами, они не в меньшей мере, чем натуральные плоды, являлись производным вещи, не мыслимым как какой-либо самостоятельный объект. Как для наймодателя, передающего свою вещь в наем, для заимодавца, передающего свои деньги в целях получения процентов, так и для автора, сообщаящего свое творение обществу, получаемое за названные действия вознаграждение является «плодом» «вещи», т.е. неотделимым от нее производным. Соответственно, право на такое вознаграждение не прекращает быть атрибутом права, оформляющего принадлежность соответствующей «вещи» – т.е. в случае с результатом интеллектуальной деятельности – исключительного права». Jean Dabin. Ibid. P. 430.

² Например, получение удовольствия эстетического характера от созерцания картины.

³ Например, разрушение садово-паркового комплекса, чтобы подготовить участок под строительство жилых зданий.

Функции института имущественных прав, как они конкретизированы выше в виде обеспечения их обладателю возможности использования релевантного объекта в соответствии с собственными планами и интересами, *оправдывают запрет вмешательства только во вторую группу способов использования, так или иначе связанную с уменьшением ценности объектов таких прав* (соответствует первой строке в таблице)¹. Это означает более четкое, чем в классической теории и ее популярной описанной в первой части настоящей работы интерпретации Т. Меррилла и Г. Смита², определение сферы применения запретительного правомочия. При этом стоит отметить, что в принципе *сама идея о том, что такая сфера требует определения, и попытка сформулировать для этих целей критерии означает ограничение интенсивности запретительного правомочия и снижение его относительного веса в структуре исключительного авторского права, вследствие отсутствия презумпции нарушения в случае вторжения в некоторую заранее очерченную область (объект) и самого такого объекта*. Эта мысль, в свою очередь, была проанализирована при выявлении особенностей структуры исключительного авторского права, вытекающих из фактологической системы авторско-правовой охраны в ее противопоставлении регистрационной системе патентного права.

Возвращаясь к уточнению статуса и интенсивности запретительного правомочия в структуре исключительного авторского права через градацию способов использования его объектов, приведем конкретные примеры конкретизации и ограничения сферы применения анализируемого правомочия в зависимости от того или иного вида использования.

Как известно, потребление в буквальном смысле нематериальных объектов невозможно, поэтому применительно к произведениям как объектам авторских прав критерием для выделения способов использования, в отношении которых запретительное правомочие не будет применяться, будет уменьшение коммерческой ценности либо иное сокращение возможностей получения прибыли от введения в оборот произведения в том или ином его воплощении. Соответственно, запретительное правомочие, обеспечивающее правомочие на переработку, будет доступно правообладателю, если результатом переработки стало производное произведение (например, перевод на другой язык) – поскольку в таком случае затрагивается рынок первоначального произведения и сокращаются возможности его коммерциализации. Оно, напротив, будет отсутствовать у правообладателя, если результатом переработки стало самостоятельное произведение (например, приквел или сиквел сериала) – поскольку в таком

¹ Представляется интересным вопрос о соотношении этого «функционального» и имманентного природе имущественных прав ограничения и случаев свободного использования, закрепленных в законе. Возможно, часть из них выражают функциональные ограничения, тогда как другие установлены исходя из внешних по отношению к правовому существу авторских прав соображений, однако данный вопрос требует дополнительного исследования.

² Merrill T.W. Property and the Right to Exclude // Nebraska Law Review. 1998. Vol. 77.

случае рынок первоначального произведения затронутым не считается и может рассматриваться как соответствующий преимущественным образом возникший благодаря творческому вкладу создателя приквела¹.

Другой пример можно привести для демонстрации ограничения действия запретительного правомочия для видов использования, не приводящих к уменьшению имущественной ценности объекта авторских прав. Так, обладатель исключительного права на картину не сможет запретить сторожу картинной галереи, имеющему право находиться в зале, где выставлена картина, смотреть на такую картину и получать от этого эстетическое удовольствие. Напротив, посетителю, не приобретшему соответствующий билет на вход в галерею, правообладатель вправе запретить наслаждаться этой картиной, поскольку в данном случае непокупка билета затронет коммерческую ценность авторского права.

Подводя некоторые итоги проведенному анализу, можно, как представляется, сделать следующие выводы.

Поскольку авторско-правовая охрана распространяется на большое количество разнообразных по своим характеристикам объектов, структура исключительного авторского права является более гибкой, чем структура исключительного патентного права, поскольку может, не теряя собственной идентичности, включать в себя различные по своей природе правомочия в их различных сочетаниях. При этом критерием определения оптимального набора правомочий в отношении каждого вида объекта авторских прав является их необходимость и достаточность для выражения интереса правообладателя в использовании своих производительных способностей в качестве основы для обмена.

В связи с тем, что авторско-правовая охрана фокусируется на форме результата интеллектуальной деятельности, а не его содержании, границы исключительного авторского права не определяются полностью *ex ante* и нуждаются в последующей конкретизации в рамках рассмотрения спора в его отношении. Соответственно, можно рассматривать авторско-правовую охрану как основывающуюся на регулятивной стратегии, в центре которой находится не объект права, а способы его использования, в связи с чем основным механизмом регулирования является определение оптимальной аллокации таких способов, в частности, определение того, какие из них доступны правообладателю. Выражением данной регулятивной стратегии на уровне структуры исключительного авторского права является превалирующее значение детализирующих правовую позицию правообладателя дозволительных правомочий, соответствующих на нормативном уровне различным способам использования произведений.

¹ Newman C.M. Ibid.

Запретительное правомочие исключительного авторского права, обеспечивающее его исключительный характер, с одной стороны, нельзя сводить к праву запрещать любое вмешательство третьих лиц в объект соответствующего права (произведение), поскольку он может иметь менее интенсивное выражение в виде, например, права на невмешательство. С другой стороны, запретительное правомочие исключительного авторского права обладает ограниченной сферой применения, устанавливаемой посредством особого критерия в виде дозволительных правомочий автора, выражающих его возможности собственного поведения в отношении использования и определения судьбы соответствующего объекта (произведения).

§ 3. Структура исключительного права на ноу-хау (секрет производства)

Сложно найти более дискуссионный тип исключительных прав, чем исключительные права на ноу-хау (секреты производства). Как в отечественной, так и в зарубежной литературе ведутся оживленные дискуссии по поводу правового статуса ноу-хау и надлежащего режима их охраны, центральным вопросом которых является возможность признания ноу-хау объектами имущественных прав абсолютного характера (исключительных прав) и, таким образом, разновидностью интеллектуальной собственности¹.

На международном уровне вопрос об охране ноу-хау урегулирован в Соглашении о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (далее – ТРИПС), в соответствии с пунктом 2 статьи 39 которого физическим и юридическим лицам предоставляется возможность препятствовать тому, чтобы информация, правомерно находящаяся под их контролем, без их согласия была раскрыта, получена или использована другими лицами способом, противоречащим честной коммерческой практике. В той мере, в которой при этом ТРИПС предоставляет государствам-членам свободу в определении надлежащих способов выполнения его положений в рамках своих правовых систем и не предписывает выбор модели охраны именно посредством исключительных прав, а также постольку, поскольку российский правопорядок выбрал *de lege lata* модель охраны ноу-хау при помощи исключительных прав и прямо отнес ноу-хау к интеллектуальной собственности, подробное обсуждение аргументов указанной дискуссии могло, казалось бы, рассматриваться как выходящее за рамки настоящей работы. В этом смысле можно было бы утверждать, что правопорядок, признав существование исключительных прав в отношении ноу-хау, тем самым признал и принципиальное сходство анализируемого объекта с остальными разновидностями интеллектуальной собственности и допустил, что исключительное право на ноу-хау является принципиально сходным по своей структуре с исключительными правами в отношении иных, традиционно и неоспоримо рассматриваемых в качестве интеллектуальной собственности объектов².

¹ См., например: Goldman E. The Defend Trade Secrets Act Isn't an Intellectual Property Law, 33 // *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*. 2017. 541; Sebastian T. Trade Secrets and Trade Secrets: Protection Sans Property Rights Concept, 11 // *The Korea University Law Review*. 2012. 139; Graves C.T. Trade Secrets as Property: Theory and Consequences, 15 // *Journal Intellectual Property Law*. 2007. 39.

² И напротив, сходство ноу-хау с таким объектом, как гудвилл, который иногда рассматривают как включающий ноу-хау, менее отдаленное, в связи с принципиальными различиями в соответствующих данным объектом правам: право в отношении гудвилл обеспечивает недопущение извлечения выгоды в виде привлечения «чужих» покупателей, тогда как право на ноу-хау обеспечивает запрет доступа к определенной информации. См.: Deutch M. The Property Concept of Trade Secrets in Anglo-American Law: An Ongoing Debate, 31 // *University of Richmond Law Review*. 1997. 313. P. 318.

Тем не менее квалификация того или иного явления в качестве определённого правового института сама по себе не может дать многого для целей установления признаков и содержания соответствующего явления в условиях, когда отсутствует сложившийся в научном сообществе консенсус относительно конститутивных признаков самого референтного института. Соответственно, проблема установления структуры исключительных прав и проблема допустимости квалификации прав на ноу-хау в качестве исключительных неразрывно связаны и не могут быть решены одна без другой, в связи с чем высказываемые в российской и зарубежной научной литературе сомнения относительно возможности квалифицировать права на ноу-хау в качестве *полноценных* исключительных прав или в качестве исключительных прав в принципе¹, но напрямую относятся к проблематике структуры прав на ноу-хау. В связи со сказанным рассмотрим, какие аргументы обычно приводятся против признания прав на ноу-хау (полноценными) исключительными правами.

Почему ноу-хау неправильно рассматривать в качестве объектов исключительных прав?

Фактическая монополия

В.И. Еременко полагает, что право на ноу-хау лишено характера исключительности, поскольку обеспечивается сугубо фактическими действиями его обладателя по установлению и поддержанию режима секретности и не включает никакой возможности запрета в отношении третьих лиц, постольку, поскольку *нельзя запретить то, что невозможно осуществить, а неизвестные никому сведения, очевидно, использованы быть не могут*². Аналогичной точки зрения придерживается и О.А.Городов, полагающий, что «если предмет <...> находится за семью печатями, т.е. неизвестен третьим лицам, то нет необходимости устанавливать монопольное право на его использование. Поэтому речь должна идти не о запрете на использование результата интеллектуальной деятельности, а о запрете на доступ к результату»³.

Редуцируемость к другим правовым институтам

В свою очередь, И.А. Зенин считает, что в отличие от охраняемого патентом изобретения, на ноу-хау не существует исключительного права, а есть лишь фактическая монополия⁴, и предлагает редуцировать правовую охрану ноу-хау к нормам других институтов, отмечая, что

¹ Что при такой постановке вопроса означает по существу одно и то же.

² Еременко В.И. Особенности правовой охраны секретов производства и информации, составляющей коммерческую тайну // Законодательство и экономика. 2014. № 12. С. 22 – 42.

³ Городов О.А. Интеллектуальная собственность: правовые аспекты коммерческого использования: Дис... докт. юрид. наук: 12.00.03/ Городов Олег Александрович. СПб., 1999. С. 67.

⁴ Зенин И.А. Интеллектуальная собственность и ноу-хау: Учебно-практическое пособие / Московский государственный университет экономики, статистики и информатики / И.А. Зенин // М.: МЭСИ, 2001. С. 181. По мнению И.А. Зенина, разработчик ноу-хау имеет только право на его неразглашение незаконными методами, т.е. помимо его воли, и что это «совсем другое, нежели исключительное право на использование результата интеллектуальной деятельности, защищаемое от всех третьих лиц и передаваемое на договорной или иной легальной основе».

«так называемая защита ноу-хау <...> фактически сводится к обеспечению на основе норм гражданского, трудового и даже уголовного права имущественных интересов обладателя ноу-хау. Речь идет, в частности, о законодательстве, направленном на борьбу с недобросовестной конкуренцией, о законодательстве по договорному или деликтному праву»¹. Сходной позиции придерживается и Э.П. Гаврилов, указывающий, что секреты производства не охраняются гражданским правом, а лишь защищаются им, и что гражданско-правовая защита ноу-хау является разновидностью защиты от недобросовестной конкуренции, а в рамках договорных отношений - разновидностью защиты при нарушении гражданских обязательств².

В иностранной научной литературе праву на ноу-хау также часто отказывают в статусе полноценного исключительного права и рассматривают его охрану в качестве частного случая действия деликтного права, права неосновательного обогащения или иных правовых институтов³. С определенной долей условности можно выделить 3 концепции, объясняющие режим права обладателя ноу-хау отличными от признания их охраны посредством исключительных прав способами: (1) «договорный», сводящий право на ноу-хау к договорному притязанию о неразглашении соответствующей информации (contract-based relational approach); (2) «деликтный», основанный на нормах правопорядка о коммерческой этике и запрете недобросовестной конкуренции и сводящий право на ноу-хау к внедоговорному притязанию (unfair competition-based relational approach); (3) «кондикционный», в рамках которого ноу-хау рассматривается как «часть личности» обладателя ноу-хау, которая не может быть произвольно присвоена третьими лицами без уплаты соразмерной компенсации. В структуре правовой позиции права на ноу-хау такой подход позволяет, соответственно, выделить притязание о возмещении неосновательного обогащения (the personhood approach)⁴.

Наиболее влиятельным представителем редукционистского течения (в частности, первого, «договорного» его направления) является Роберт Боун (Robert Bone), который на концептуальном уровне связывает невозможность признания ноу-хау объектами абсолютных имущественных прав с отходом от «широких формалистских подходов к определению

¹ Там же. С. 182.

² Гаврилов Э.П. Защита частным правом секретов производства и информации, составляющей коммерческую тайну // Патенты и лицензии. 2015. № 4. С. 10–19.

³ См., например: Landes W.M. & Posner R.A. The Economic Structure of intellectual property Law 355 // Harvard University Press. 2003. P. 448; Goldman E. The Defend Trade Secrets Act Isn't an Intellectual Property Law, 33 // Santa Clara Computer & High Technology Law Journal. 2017. 541.

⁴ В качестве вариации данного направления теорий важно упомянуть теорию Джеймса У. Хилла (James W. Hill), который, исходя из того, что ноу-хау являются объектами самостоятельных имущественных прав, тем не менее полагает, что для их полноценной защиты нужны нормы «моральной коррективной справедливости» (moral corrective justice), которые бы позволили защитить особую связь ноу-хау с «личностью» их обладателей. Такая теория, однако, по сути не признает самостоятельного значения за нормами о возмещении неосновательного обогащения в контексте структуры правовой охраны ноу-хау. Hill J.W. Trade Secrets, Unjust Enrichment, and the Classification of Obligations, 4 // Virginia Journal of Law & Technology. 1999. 2.

собственности», распространенных в XIX веке, и их полным вытеснением номиналистическими подходами, сформулированными в рамках господствовавшего с начала XX века правового реализма. Последние, по мнению ученого, не позволили обосновать «нормативную самостоятельность института ноу-хау по отношению к другим правовым институтам». При этом, поскольку ноу-хау как объект имущественного оборота стали востребованы именно в указанный период, в теории права не получилось выработать и самостоятельный соответствующий их особенностям тип прав¹.

Неэффективность правовой охраны ноу-хау

Другой причиной отказа в концептуализации прав на ноу-хау в качестве особого типа абсолютных имущественных прав Роберт Боун видит их *относительную неэффективность*, связанную с неоправданными транзакционными издержками (по передаче ноу-хау) и издержками по защите ноу-хау (enforcement costs)². Стоит отметить, что среди издержек, сопутствующих признанию исключительных прав на ноу-хау, выделяют: (1) издержки, связанные с обеспечением режима секретности (включая организационные меры по получению обязательств о неразглашении от работников и контрагентов и оплату соответствующего труда), (2) издержки, связанные с ограничением возможностей общества использовать сведения, охраняемые в качестве ноу-хау, наиболее эффективным образом, вследствие ограничения круга субъектов, такими сведениями обладающих, а также (3) издержки в виде удвоения усилий по генерированию ценных сведений вследствие сохранения в тайне первым сгенерировавшим их субъектом³.

Неприменимость для ноу-хау модели «классических» исключительных прав

Сходной позиции придерживается и американский ученый Джером Райхман (Jerome H. Reichman), также отказывающий правам на ноу-хау в статусе исключительных, не соглашаясь при этом, однако, с тезисом об их неэффективности. Ученый отмечает, что подобный вывод обычно основывается на сравнении с другими типами исключительных прав, в частности, патентными правами, причем в рамках такой логики презюмируется, что патентные права, с одной стороны, и права на ноу-хау – с другой, всегда или в подавляющем большинстве случаев являются *альтернативными режимами*. Далее сторонники неэффективности исключительных прав на ноу-хау, по мнению ученого, сравнивают *выгоды* соответствующих типов прав и приходят в заключение, что *патентные права в силу своей интенсивности, заключающейся в возможностях оказывать особенное воздействие на конкурентов правообладателя и буквально*

¹ Bone R.G. A New Look at Trade Secret Law: Doctrine in Search of Justification, 86 // California Law Review. 1998. Pp. 241, 245.

² Bone R.G. Ibid.

³ Reichman J.H. Legal Hybrids between the Patent and Copyright Paradigms // Columbia Law Review. 1994. Vol. 94. Issue 8. December. P. 2507.

устранять их с соответствующего рынка в течение достаточно продолжительного фиксированного срока, обеспечивают большие преимущества для правообладателя, чем менее интенсивные права на ноу-хау. Ведь последние, в отличие от патентных прав, допускают сосуществование с другими аналогичными правовыми позициями и не запрещают конкурентам правообладателя копировать инновацию, если это делается правомерными средствами, как, например, в случае с «обратной инженерией» (reverse engineering – установлением содержания ноу-хау по свойствам вводимых инноватором в оборот товаров, в котором оно выражено). В свою очередь, сравнение *издержек*, сопутствующих сравниваемым типам прав, по мнению Джерома Райхмана, приводит сторонников исключительных прав на ноу-хау к выводу об их (издержек) примерном равенстве или, по крайней мере, незначительном различии. Совокупность описанных выше видов связанных с исключительными правами на ноу-хау издержек достаточно велика и может рассматриваться как сопоставимая с издержками на поддержание системы патентования, издержками в связи с ограниченными возможностями оптимизации производства и инвестиций вследствие высоких барьеров для входа на рынок и издержками, проистекающими из неопределенности в вопросе возможности правообладателя окупить произведенные на разработку и патентование инноваций вложения из-за произвольно установленного срока патентной охраны¹. В результате с учетом сопоставимого уровня издержек более интенсивные патентные права представляются предпочтительными перед правами на ноу-хау. Описанная логика аргументации приводит к необходимости усиления прав на ноу-хау и, соответственно, конструирования их по модели «классических» исключительных прав (в первую очередь, патентных).

По мнению Джерома Райхмана, однако, неверной является исходная посылка приведенного рассуждения, заключающаяся в эквивалентности и взаимозаменяемости режимов патентно-правовой охраны и охраны ноу-хау. В действительности, как считает ученый, охрана ноу-хау имеет своей основной целью стимулирование создания технологий и инноваций (включая обладающие коммерческой ценностью виды промышленного дизайна), *улучшающих продукцию, имеющую уже сформированные рынки*, - то есть используемых в рамках сложившихся технологических парадигм (small-scale sequential innovations²). Такого типа инновации, как правило, не соответствуют критериям охраноспособности патентного и авторского права, которые, напротив, в первую очередь способствуют *формированию новых рынков*, требующих прорывных технологий, качественно отличных от уже существующих (large-scale innovations). В рамках этих «основных типов исключительных прав» высокий порог для получения охраны,

¹ Reichman J.H. Ibid. P. 2507-2511.

² Reichman J.H. Legal Hybrids between the Patent and Copyright Paradigms // Columbia Law Review, Vol. 94. Issue 8 (December 1994). P. 2507, P. 2531.

призванный гарантировать способность нового продукта обеспечить технологический сдвиг, сбалансирован «сильными» монопольного типа правами, не допускающими сосуществование с другими аналогичными им правовыми позициями по принципу «победитель получает все», что позволяет преодолеть нетерпимость участников оборота к связанным с формированием новых рынков значительными рисками и аккумулировать ресурсы для налаживания нового производства¹.

Соответственно, сфера действия и функции прав на ноу-хау мыслятся как принципиально отличающиеся от таковых авторских и патентных прав. В той же мере, в которой становится затруднительно рассматривать патентные права и права на ноу-хау в качестве взаимозаменяемых, необоснованными начинают представляться и высказываемые в литературе беспокойства относительно построения охраны ноу-хау не по модели исключительных прав по мотивам ее относительно меньшей эффективности по сравнению с патентными правами².

Подобная концепция представляется вполне убедительной и может быть использована в качестве аргумента в пользу «ослабления» прав на ноу-хау – пусть и в рамках их квалификации в качестве исключительных. Вместе с тем следует принимать во внимание, что Джером Райхман в своем исследовании указывает на то, что охрана прав на ноу-хау в слабом варианте все-таки может приводить к их неспособности в некоторых случаях выполнять свои основные функции: (1) обеспечения для инноваторов естественных конкурентных преимуществ вследствие использования остающихся в тайне сведений в течение времени, достаточного для освоения и коммерциализации новой продукции (lead time) и (2) обеспечения для последователей инноваторов (second-comers) возможностей преодоления названных преимуществ в течение разумного срока – в результате того, что существо технологии будет излишне просто или, наоборот, излишне затруднительно выявить в результате «обратной инженерии»³.

Неустойчивость «гибридных» исключительных прав

Другим аргументом Джерома Райхмана против признания исключительных прав на ноу-хау, с которым уже гораздо труднее согласиться, является его представление о том, что единственными устойчивыми, то есть адаптивными и способными обеспечить эффективный баланс интересов правообладателей и других участников оборота, а также общества в целом, типами исключительных прав являются авторские и патентные права, в то время как любые другие типы исключительных прав представляют собой лишь некоторые «гибриды», которые

¹ Ibid. P. 2531.

² Ibid. P. 2504-2544.

³ Последователям инноваторов доступно три стратегии для преодоления преимуществ инноваторов: (1) приступить к самостоятельной разработке аналогичной инновации, (2) прибегнуть к так называемой «обратной инженерии», (3) заключить лицензионный договор с инноватором на использование принадлежащего ему ноу-хау. Здесь имеется в виду, в первую очередь, вторая стратегия.

практически никогда не способны к эффективному решению регулятивных проблем – по крайней мере, в долгосрочной перспективе¹. Соответственно, по мнению ученого, и исключительные права на ноу-хау являются в этом смысле «несовершенными», а их признание связано с существенными недостатками.

Права на ноу-хау как «слабые» исключительные права

Описанные аргументы против признания исключительных прав на ноу-хау встретили весьма многочисленную критику в литературе². Как представляется, в американской литературе наиболее развернутый ответ скептическим воззрениям сформулировал Винсент Чиаппетта (Vincent Chiappetta), предложивший трактовать аргументы противников исключительных прав на ноу-хау в качестве ограничений традиционного понимания исключительных прав как обладающих монопольным характером и рассматривать исключительные права на ноу-хау в качестве «слабых» («ослабленных») исключительных прав, указывая, что их признание:

(1) позволит создать стимулы для лиц, обладающих ценной информацией, и потенциальных ее приобретателей, обмениваться такой информацией, тогда как в отсутствие правовой защиты обладатель информации, напротив, едва ли будет склонен вводить ее в оборот и распоряжаться ею: без раскрытия (части) сведений он не сможет убедить приобретателя заплатить покупную цену, а после раскрытия информации окажется в крайне уязвимом положении в отсутствие каких-либо гарантий платежа (парадокс Эрроу);

(2) снизит транзакционные издержки по передаче ноу-хау, способствуя тем самым эффективной их аллокации;

(3) снизит издержки на создание и поддержание режима секретности;

(4) дополнит меры уголовного права и деликтного права, запрещающие неправомерное завладение чужой информацией³.

Указанная позиция представляется заслуживающей внимания в особенности ввиду того, что российский правопорядок, как уже было отмечено, признал существование исключительных прав на ноу-хау. В таких условиях концепция Винсента Чиапетта может рассматриваться в

¹ Представляется целесообразным привести цитату, описывающую отношение ученого к «гибридным» режимам исключительных прав: «В той мере, в которой гибридные правовые режимы (охраны результатов интеллектуальной деятельности), основанные на предоставлении исключительных прав, действительно являются эффективными <...>, достижение подобной эффективности может быть констатировано только для отдельных конкретных случаев и обусловлено апеллированием к государственному интересу или «естественно справедливости»». Reichman J.H. Ibid. P. 2530.

² В особенности аргументы касаются «договорной» модели охраны ноу-хау и сводятся к ее неэффективности (См.: Lemley M.A. The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as // IP Rights. 2008. Vol. 61. Issue 2. Stanford Law Review, 311, 312), а также к тому, что она создает возможности для сверхзащиты информационного поля в результате отказа от такого критерия охраноспособности ноу-хау, как секретность (Graves C.T. Trade Secrets as Property: Theory and Consequences, 15 // Journal of Intellectual Property Law. 2007. P. 39).

³ Vincent Chiappetta, Myth, Chameleon or Intellectual Property Olympian? A Normative Framework Supporting Trade Secret Law. // The George Mason Law Review. 1999. Vol. 8. 69.

качестве перспективного способа учета критики подобного законодательного решения – которая, как мы увидели, безусловно, имеет под собой определенные основания.

Права на ноу-хау как исключительные права

Какой же тип правовой охраны является оптимальным для ноу-хау? Не допустил ли законодатель ошибку, признав существование исключительных прав на ноу-хау в российском правовом порядке? Если нет, какие черты должны рассматриваться как конститутивные для такого типа прав?

Чтобы ответить на поставленные вопросы, попробуем выявить принципиальные черты сходства прав на ноу-хау и «классических» исключительных прав, определив при этом особенности исключительных прав на ноу-хау. Мы не будем касаться доводов, связанных с признаками любого типа субъективных частных прав, включая такие, как возможность распоряжаться правом на ноу-хау; способность права на ноу-хау входить в состав наследственного имущества и конкурсной массы; возможность использования права на ноу-хау в качестве встречного предоставления по договору и т.д.¹, ввиду их нерелевантности поставленным целям. Вместо этого остановимся на относящихся к структуре прав на ноу-хау аргументах против их квалификации в качестве исключительных прав и проанализируем их.

1). Принципиально ограниченный характер исключительного права на ноу-хау (в частности, правомочий собственными действиями использовать ноу-хау и запрещать третьим такое использование) вследствие возможности одновременного существования независимо друг от друга возникших тождественных прав.

Согласно пункту 2 статьи 1466 ГК РФ лицо, ставшее добросовестно и независимо от других лиц обладателем сведений, составляющих содержание охраняемого секрета производства, приобретает самостоятельное исключительное право на этот секрет производства. Исключительное право каждого из обладателей секрета производства поэтому имманентно ограничено аналогичными правами других его обладателей. Соответственно, *возможность правообладателя ноу-хау запрещать третьим лицам его использование ограничено сферой своего действия, и не в полной мере соответствует признакам права, имеющего абсолютный и характер и действующего против неопределенного круга лиц*. На основании этого некоторые отечественные ученые даже приходят к выводу о том, что право на секрет производства «лишено статуса исключительности»².

¹ Не все из перечисленных признаков могут рассматриваться в качестве аргументов в пользу необходимости охраны ноу-хау именно посредством исключительных прав. Те признаки, которые характеризуют любое субъективное право, в том числе, например, обязательственное или корпоративное, не должны учитываться в анализе. См. разграничение применительно к анализу ноу-хау категорий имущественных прав (proprietary rights) и абсолютных прав (в отношении нематериальных объектов – исключительных прав) (in rem rights).

² Еременко В.И. Особенности правовой охраны секретов производства и информации, составляющей коммерческую тайну // Законодательство и экономика. 2014. № 12. С. 22 - 42.

Вместе с тем, однако, аналогичная возможность параллельной охраны существует, например, в авторском праве, когда речь идет о так называемых произведениях *Kleine Munze* (низкой степени оригинальности, создание которых требует преимущественно механической деятельности¹), или о топологиях интегральных микросхем². Множественность субъектов-правообладателей присуща также исключительным правам на наименования мест происхождения товаров и на географические указания. Кроме того, исключительный характер права может пониматься не только как возможность запрещать всем без исключения третьим лицам использовать соответствующий объект, но и как *особое положение управомоченного, в силу которого никто по общему правилу не может претендовать на обладание тем же субъективным правом*³. В.А. Дозорцев также определял исключительный характер прав на ноу-хау и наименования мест происхождения товаров как указывающий на «закрепление таких прав за лицами, определенными законом, и по основаниям, установленным законом»⁴.

Принимая во внимание приведенные выше примеры изъятий из исключительности в ее буквальном (первом) понимании, а также то, что термин «исключительные права» признавался его автором (для российского правопорядка) условным, указывающим на существование абсолютного права на нематериальный объект, отличного от абсолютного права для материальных вещей⁵, как представляется, второй вариант является более корректным. В поддержку предлагаемого решения также указывает и то, что едва ли могут увенчаться успехом попытки найти нормативное обоснование первого буквального понимания исключительного характера права на ноу-хау: для того, чтобы выполнять функцию поощрения инноваций, запретительное правомочие не должно обязательно носить неограниченный характер. Вполне достаточно, чтобы оно позволяло обеспечить правообладателю преимущества в отношении времени, необходимого для создания соответствующего продукта, издержек (относительно таковых конкурентов) или минимизировало либо элиминировало проблемы, вытекающие из природы ноу-хау как общественного блага (*public goods problem*)⁶.

¹ Кашанин А.В. Проблема минимальных стандартов охраноспособности произведений в авторском праве. Германский опыт // Вестник гражданского права. 2007. № 4. СПС «Консультант Плюс».

Другой вопрос – будет ли полноценным исключительным авторским правом принципиально повторимое произведение – оставим за рамками настоящего исследования. С учетом выводов, предлагаемых в конце параграфа, достаточно того, что некоторые «ослабленные» или «квази» авторские права за такого рода объектами признаются, как отмечает А.В. Кашанин.

² Согласно пункту 3 статьи 1453 ГК РФ: за лицом, независимо создавшим топологию, идентичную другой топологии, признается самостоятельное исключительное право на эту топологию.

³ Третьяков С.В. Некоторые аспекты формирования основных теоретических моделей структуры субъективного частного права // Вестник гражданского права. 2007. № 3. СПС «Консультант Плюс».

⁴ Дозорцев В.А. Указ. соч. С. 4.

⁵ Там же. С. 14.

⁶ Lemley M.A. The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights // Stanford Law Review. 2008. Vol. 61. Issue 2. Pp. 311, 312.

Ограниченный характер правомочия использования соответствующей инновации правообладателем в составе права на ноу-хау черпает свою основу из того же основания, что и ограниченный характер запретительного правомочия, что отмечает, в частности, влиятельный американский ученый Ричард Эпстин (Richard Epstein¹).

2). Отсутствие в составе структуры исключительного права на ноу-хау запретительного правомочия, которое обусловлено невозможностью запретить то, что фактически не может быть совершено.

Данный аргумент против признания прав на ноу-хау исключительными правами подробно представил, в частности, В.И. Еременко, указавший, что «нельзя запретить использовать то, что объективно не существует для третьих лиц, поскольку секрет производства не регистрируется и не публикуется и остается в секрете настолько долго, насколько это возможно». Ученый также уточнил свою мысль, отметив, что «обладатель права на секрет производства может что-либо запретить только в рамках уже возникшего гражданско-правового обязательства ... т.е. в рамках относительных, а не абсолютных правоотношений»². Данная мысль представляется на первый взгляд в высшей степени логичной и не требующей дальнейших пояснений, однако при дальнейшем ее развитии вызывает следующие вопросы. Во-первых, приведенный тезис является обоснованным только применительно к запрету *использования* ноу-хау: действительно, использовать неизвестные сведения невозможно, а запрещать такие действия, очевидно, бессмысленно и внутренне противоречиво. Вместе с тем применительно к ноу-хау использование, которое может подлежать запрету, не может иметь место само по себе, и ему всегда предшествует *получение* сохраняемых в секрете сведений (причем неправомерными действиями)³. В свою очередь, получить секретные сведения, а также *получить и затем использовать* их фактически как раз возможно (и именно так и сформулирован пункт первый статьи 1472 ГК РФ), в связи с чем переформулированные запретительного правомочия («запрет совершать действия по приобретению и использованию») снимает во многом приведенное возражение. Далее, приведенное возражение не упоминает другой способ нарушения права на ноу-хау – его приобретение и *разглашение*, которое также является фактически осуществимым и потом может быть и предметом запрета, и, кроме того, все другие способы нарушения, прямо не перечисленные в ГК РФ.

¹ Epstein R.A. The Constitutional Protection of Trade Secrets under the Takings Clause, 71 // University Chicago Law Review. 2004. Pp. 57, 58 (discussing Ruckleshaus, 467 U.S. at 1002-04).

² Еременко В.И. Секрет производства (ноу-хау) как объект исключительных прав в соответствии с частью четвертой ГК РФ // Адвокат. 2008. № 5. С. 25-31.

³ Использование самостоятельно и независимо от правообладателя созданного ноу-хау, очевидно, правопорядок не позволяет.

Во-вторых, указание на то, что обладатель права на секрет производства может «что-либо запретить» только в рамках уже возникшего гражданско-правового обязательства, имеющее в виду, очевидно, ситуацию заключения соглашения о конфиденциальности, не может рассматриваться как высказывание о структуре исключительного права на ноу-хау. На основании договора возникает самостоятельное правоотношение, в рамках которого существуют правомочия самостоятельного типа (в частности, запретительное), осуществление которых irrelevantно вопросу о том, какие правомочия вытекают из исключительного права на ноу-хау.

Проиллюстрируем это на примере. Допустим, заключен лицензионный договор, согласно которому лицензиат вправе использовать ноу-хау способами А и В в течение пяти лет и обязан сохранять лицензируемое ноу-хау в тайне (в том числе обеспечить необходимые принятие локальных нормативных актов, обязывающих работников лицензиата не разглашать соответствующие сведения, включить релевантные положения в договоры с контрагентами и т.д.). По прошествии года с момента заключения и начала исполнения договора лицензиат опубликовал на своем сайте сущность секрета производства и перестал фактически соблюдать режим секретности (работники лицензиата открыто обсуждали детали ноу-хау с работниками контрагентов лицензиата). В данном случае обязанность не разглашать ноу-хау изначально возникает на основании закона и представляет собой обращенную ко всем третьим лицам пассивную обязанность, являющуюся частью режима исключительного права на ноу-хау как абсолютного права¹. Даже если бы правообладатель ноу-хау раскрыл его суть лицензиату на преддоговорном этапе, и впоследствии лицензионный договор бы заключен не был, (не состоявшийся) лицензиат как не самостоятельно создавший ноу-хау субъект был бы связан названной обязанностью, и в случае ее нарушения (т.е. разглашения ноу-хау / открытого его использования) мог бы быть понужден к прекращению разглашения и выплате убытков. Созданное на основании и по поводу ноу-хау договорное обязательство может усилить ответственность, упростить доказывание фактов принадлежности ему исключительного права и нарушения для правообладателя (в т.ч. путем детализации обязанности лицензиата). При этом договорная обязанность лицензиата будет самостоятельной по отношению к обязательству из закона, и поскольку заключение договора с нарушителем не должно ухудшать положение правообладателя, у последнего будет право выбора основания для предъявления требований к ответчику.

¹ См.: Обоснование для континентальных правопорядков первостепенного значения нарушения абсолютных прав для целей деликтной ответственности: Nils J. Duties and Rights in Negligence: A Comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability // Oxford Journal of Legal Studies. 2004. Vol. 24. Pp. 443-469. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=815093>.

В случае, если лицензиат начнет использовать ноу-хау способом С, не предусмотренным договором, подобное использование также будет являться в первую очередь внедоговорным нарушением (лицензиат не является самостоятельным независимым от лицензиара создателем ноу-хау, соответственно, связан пассивными обязанностями в этом отношении, как и любое третье лицо, кроме случаев, относительно которых правообладатель предоставил ему разрешение на использование). Вместе с тем игнорировать договорное обязательство также в данной ситуации сложно, и с учетом аналогии с договорами об использовании вещных прав, где нарушение условий договора аренды даст основание для (в том числе) договорного иска к арендатору, можно заключить, что на основании лицензионного договора лицензиар также может предъявлять требования в связи с использованием ноу-хау не согласованными с ним способами.

3). Имманентная определению ноу-хау секретность противоречит принципу публичности, действующему для всех других типов исключительных прав (и в целом абсолютных прав постольку, поскольку они влияют на правовое положение третьих лиц).

Данный принцип заключается в фиксации наличия соответствующего права и его содержания, что позволяет обосновать упомянутое воздействие на права третьих лиц и, таким образом, может рассматриваться в качестве необходимого атрибута исключительности. Рассмотрение данного аргумента может показаться несколько более сложным, чем представляется на первый взгляд.

С одной стороны, система исключительных прав является достаточно разношерстной и объединяет в себе большое количество различного вида систем охраны, соответствующих различного типа объектам. К ним относятся, во-первых, результаты интеллектуальной деятельности, для которых приоритетное значение имеет их содержание, охраняются по системе конститутивной регистрации, позволяющей установить параметры и охраноспособность объекта и зафиксировать приоритет, обеспечив его действие в отношении всех третьих лиц¹. Во-вторых, - результаты интеллектуальной деятельности, обладающие уникальной формой, охраняются по фактологической, или созидательской системе и не требуют в качестве условия охраны ни

¹ С точки зрения экономического анализа права такое решение позволяет избежать неоптимального объема общественных издержек на достижение определенного результата: если патентная система такова, что весь объем охраны получает одно лицо (в большинстве случаев - первый заявитель, однако возможна система, в котором таким лицом будет первый изобретатель), в отсутствие регистрации предоставленных прав не исключена возможность инвестирования третьих лиц в создание уже известного обществу изобретения.

Отметим, что регистрация средств индивидуализации, и в первую очередь товарных знаков, не является конститутивной во всех правовых системах: в США исключительное право на товарный знак возникает с момента начала его использования (узнавания), а регистрация усиливает уже считающуюся возникшей охрану. Интересно, что некоторые американские ученые сравнивают охрану ноу-хау именно с незарегистрированными товарными знаками. Lemley M.A. The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights // Stanford Law Review. 2008. Vol. 61. Issue 2; Там же.

регистрации, ни другого опубличивания (достаточно их существования в объективной форме¹. В-третьих, - результаты интеллектуальной деятельности *sui generis*, такие как типологии интегральных микросхем (симбиоз авторской и патентно-правовой охраны), базы данных, программы для ЭВМ, не обладающие выраженным приоритетом содержания или формы либо конвенционально подчиненные фактологической системе охраны, могут быть объектами факультативной регистрации (но, что важно, регистрироваться в обязательном порядке не должны).

С учетом подобного разнообразия нетрудно найти *пример – в лице, например, авторских и смежных прав – разрыва связи исключительного характера права и его публичности*. Данному пути аргументации следует в своей работе, посвященной обоснованию принципиального соответствия исключительного права на ноу-хау принципам охраны интеллектуальной собственности, ученый Мигель Дойч (Miguel Deutch), который отмечает, что авторские права обладают абсолютным действием и являются исключительными², не требуя их опубличивания в качестве условия существования и защиты³. При этом интересно, что автор исходит из того, что по общему правилу все-таки объекты авторских прав опубличиваются путем обнародования, поскольку это в первую очередь соответствует интересам правообладателей. Анализируя вопрос о том, является ли обнародование только самого произведения (без указания обладателя прав на него) достаточным, чтобы считать опубличенными соответствующие авторские права, ученый дает отрицательный ответ, отмечая, что «само по себе обнародованное произведение не свидетельствует о существовании авторских прав в его отношении и, тем более, о личности и составе их обладателя(ей)». Тем не менее, как отмечает Мигель Дойч, несмотря на отсутствие (полноценного) опубличивания, авторские права в случае незаконного копирования будут защищены⁴. На основании сказанного ученый приходит к выводу о том, что публичный характер не является *conditio sine qua non* охраны исключительных прав, в связи с этим исключительные

¹ Вместе с тем важно отметить, что подобное правило является в определенной мере льготным для авторов-граждан государств-членов Бернской конвенции: согласно подпункту (b) пункта 1 статьи 3 Бернской конвенции авторско-правовая охрана в рамках данной конвенции применяется к авторам, которые не являются гражданами одной из стран Союза, в отношении их произведений, впервые опубликованных в одной из этих стран или одновременно в стране, не входящей в Союз, и в стране Союза. Аналогичные положения закреплены соответственно в ГК РФ: пункт 1 статьи 1256 ГК РФ. Несмотря на то, что случай не возникновения авторских прав на необнародованное произведение будет весьма редким исключением, он тем не менее возможен (произведение, созданное лицом, не являющимся гражданином России, которое не обнародовано, но находится в объективной форме на территории иностранного государства).

² Ввиду вышеприведенного определения понятия исключительности В.А. Дозорцевым, предложившим такое понятие, представляется допустимым проведение непосредственной параллели между правами *in rem*, о которых пишет Мигель Дойч, противопоставляя их правам *in personam* и «просто» *proprietary* правам и подчеркивая их абсолютный характер, и исключительными правами по смыслу, придаваемому ГК РФ и российской доктриной. См.: Deutch M. The Property Concept of Trade Secrets in Anglo-American Law: An Ongoing Debate, 31 // University Richmond Law Review. 1997. 313. Pp. 325-330.

³ Deutch M. Там же. С. 327.

⁴ Deutch M. Там же.

права на ноу-хау следует считать соответствующими принципам системы интеллектуальной собственности.

С другой стороны, в той мере, в которой ноу-хау является объектом¹, в котором охраняется в первую очередь и главным образом содержание, примеры отсутствия публичности следует искать среди исключительных прав, оформляющих принадлежность именно «содержательных» результатов интеллектуальной деятельности. С этой точки зрения контраргументация по отношению к тезису об отсутствии публичности как свидетельству отсутствия (полноценного) исключительного характера права на ноу-хау оказывается более сложной. Тем не менее, на наш взгляд, подобная сложность не должна толковаться однопланово и сама по себе ставить под сомнение возможность квалификации прав на ноу-хау в качестве исключительных. Напротив, описанное сходство механизма правовой охраны ноу-хау и авторских прав (запрет изъятия из-под контроля правообладателя и последующее использование / распоряжение (уничтожение путем разглашения в случае ноу-хау)) может свидетельствовать об их генетическом сходстве с исключительными правами, лежащим за рамками проведенной дихотомии между «содержательными» и «формальными» результатами интеллектуальной деятельности.

Сходство же с другими исключительными правами на «содержательные» результаты интеллектуальной деятельности может быть найдено при обнаружении и в режиме охраны ноу-хау момента опубликования. Здесь плодотворным направлением мысли представляется разграничение опубликования (1) ноу-хау как содержащегося в секрете объекта и (2) прав на него – постольку, поскольку содержание этих прав опубликовать затруднительно ввиду его тесной связи с принципиально секретным объектом, речь можно вести об опубликовании личности правообладателя ноу-хау². Соответственно, можно рассматривать в качестве момента опубликования права на ноу-хау *нахождение секрета производства под контролем его обладателя* по аналогии с тем, как владение в вещном праве рассматривается в качестве способа опубликования соответствующих вещных прав. Следовательно, в той мере, в которой обладатель права на ноу-хау создает некоторую «секретную область», маркированную указанием на его права в ее отношении, то есть принимает меры по обеспечению секретности соответствующих сведений путем например, проставления грифа секретности, указания на их конфиденциальный характер в документах или на устройствах, расположенных в определенных помещениях, исключительному праву на ноу-хау, на наш взгляд, присущ и элемент публичности.

4). Против отсутствия у права на ноу-хау исключительного характера также возражают, что оно существует только постольку, поскольку соответствующие сведения охраняются, если

¹ Или, точнее, приемом – см.: Дозорцев В.А. Указ. соч. С. 19.

² Deutch M. Там же. С. 328.

и до тех пор, пока их обладатель принимает меры по сохранению таких сведений в секрете. Как мы увидели выше, имманентная режиму охраны ноу-хау обязанность принимать меры по сохранению ноу-хау в секрете может рассматриваться как обеспечивающая опубликование такого права и в этом отношении свидетельствующая в пользу обоснования его полноценного исключительного характера. Здесь, однако, затрагивается несколько другой аспект – связи правового состояния с фактическим, при котором правопорядок будто не предоставляет правовую охрану в объеме большем, чем ее уже фактически обеспечил обладатель сведений, вопреки тому, как обычно охраняются абсолютные имущественные права¹.

Продемонстрируем данный тезис на следующих примерах: удовлетворению виндикационного иска против вора по общему правилу не препятствует отсутствие замка на сейфе; обладатель авторских прав на сценарий спектакля может потребовать компенсацию за нарушение его прав лицом, поставившим данный спектакль, даже если тетрадь со сценарием, подписанным именем его автора, была оставлена на столе сценариста (а не спрятана, не отдана в депозит и т.д.); тем не менее, если обладатель какого-либо секрета, обладающего потенциальной экономической ценностью, остающегося неизвестным для третьих лиц и неопубликованным, не принимал специальных мер по сохранению его в секрете, он не сможет привлечь к ответственности того, кто, зная о существовании этого ноу-хау, каким-то способом узнал о нем и стал использовать в своей деятельности².

Контрдоводом, по нашему мнению, может быть *квалификация требования принятия мер по обеспечению секретности в качестве не ограничения правой позиции обладателя ноу-хау, а в качестве критерия существования самого объекта анализируемого права.* До того, как приняты меры по сохранению определенных сведений в секрете, объект в принципе отсутствует и непонятно, в отношении какой информации направлена воля лица, претендующего на статус правообладателя. Сходная ситуация возникает в залоговом праве при так называемом плавающем залоге, когда договор о залоге касается некоторой имущественной массы (как, например, при залоге товаров в обороте, залоге будущего имущества должника и т.д.), вещное

¹ На самом деле подобный тезис не подтверждается и эмпирически. Для иллюстрации тезиса приведем дело из американской практики (США признает исключительные права на ноу-хау, как и Россия): It is generally agreed that the English case of *Morison v. Moat* marked the genesis of modern trade secret law. In that case, a secret recipe for a patent medicine was accorded trade secret protection against unauthorized use. In this country, trade secret protection is dated from *Peabody v. Norfolk*, a case involving the machinery for and process of making gunny cloth. The owner of the trade secret disclosed information in confidence to an employee to allow the employee to make the cloth. *The court held that this disclosure did not prevent the owner from enjoining the unauthorized use or disclosure of the information.* Klitzke R.A. *Trade Secrets: Important Quasi-Property Rights*, 41 // *Business Law*. 1986. 555.

² Deutch M. Там же. С. 331-332.

право залога на конкретную вещь не возникает до момента «кристаллизации» (т.е. индивидуализации) предмета залога¹.

Что касается связи правового состояния с фактическим и обусловленностью первого вторым, среди исключительных прав есть достаточно яркий представитель с аналогичной особенностью: исключительное право на товарный знак, которое по истечении трех лет с момента возникновения по общему правилу существует без угрозы его досрочного прекращения любым третьим лицом только при условии использования соответствующего обозначения правообладателем. В той мере, в которой исключительный характер данного права не ставится под сомнение, аналогичные возражения могут быть нивелированы и в отношении исключительного права на ноу-хау в контексте обязанности его обладателя принимать меры по обеспечению секретности соответствующих сведений.

Проведенный выше анализ, как представляется, выявил принципиальное сходство исключительных прав на ноу-хау с другими типами исключительных прав. Данный вывод подтверждают позиции ряда иностранных и отечественных ученых, занимавшихся релевантной проблематикой. Так, Мигель Дойч так же считает, что структура исключительного права на ноу-хау принципиально аналогична таковой остальных исключительных прав и включает правомочия использования ноу-хау, распоряжения им и усеченное запретительное правомочие, однако существует в некотором «ослабленном» виде вследствие ограничений, вытекающих из возможности параллельной охраны и сведений действия, против которых правообладатель может реализовывать защиту, к неправомерным. Аналогичным образом в качестве «ослабленного» исключительного права (*weak in rem right*) рассматривает право на ноу-хау и Чарльз Грейс². Далее, Реймон Клитцке (*Ramon A. Klitzke*), квалифицирующий исключительное право на ноу-хау в качестве квазиисключительного права, «требующего непрерывного под угрозой утраты его ценности в качестве основания для иска против неправомерного присвоения ноу-хау внимания со стороны правообладателя»³ и отечественный ученый В.А. Дозорцев, считавший исключительное право на ноу-хау «своеобразным исключительным правом, <...> являющимся квазиабсолютным, [поскольку] может принадлежать одновременно нескольким лицам...»⁴.

Особенности исключительных прав на ноу-хау

¹ Теплов Н.В. Залог товаров в обороте: анализ института на примере *floating charge* // Вестник ВАС РФ. 2013. № 11. С. 75 - 101.

² Graves C.T. Trade Secrets as Property: Theory and Consequences // *Journal Intellectual Property Law*. 2007. Vol. 15. 39.

³ Klitzke R.A. Trade Secrets: Important Quasi-Property Rights // *Business Law*. 1986. Vol. 41. 555.

⁴ Дозорцев В.А. Указ. соч. С. 14.

Далее сосредоточимся на специфических чертах прав на ноу-хау и попробуем определить их наиболее корректное юридико-техническое описание в терминах структуры (состава правомочий).

Вышеизложенный анализ, на наш взгляд, демонстрирует, что исключительное право на ноу-хау является наименее типичным из всех исключительных прав, хотя и обладает всеми их признаками. Ключевой их особенностью, как представляется, является ослабленный характер негативного компонента (*права на чужое поведение*) – возможности правообладателя запрещать третьим лицам использовать соответствующий секрет производства. Такое правомочие ограничено кругом лиц (не распространяется на независимых добросовестных приобретателей тождественного ноу-хау), характером действий третьих лиц (правомерные действия, направленные на установление существования ноу-хау, не могут быть запрещены правообладателем), а также тесной связью с фактическим статусом секретности.

Соответственно, в структуру исключительного права на ноу-хау входит, во-первых, правомочие запрещать третьим лицам приобретать и использовать или разглашать ноу-хау неправомерными способами. Данное правомочие имманентно ограничено в своем действии по кругу лиц, поскольку не распространяется в отношении участников оборота, создавших тождественное ноу-хау независимым способом, и по характеру действий, посредством которых может быть нарушено.

Во-вторых, структура исключительного права на ноу-хау включает широкий круг распорядительных правомочий (прав на собственные действия юридического характера) – возможностей отчуждать, лицензировать, отдавать в залог, либо разгласить и тем самым прекратить исключительное право вовсе¹.

В-третьих, правовая позиция правообладателя исключительного права на ноу-хау включает правомочия, дающие юридическое выражение его самостоятельному использованию ноу-хау (прав на собственные действия фактического характера).

Отметим, что, по нашему мнению, в связи с ослабленным характером запретительного правомочия в структуре исключительных прав на ноу-хау правомочия положительного типа выходят на первый план и приобретают особенное значение. Такой вывод подтверждается и высказываемыми в научной литературе мнениями. В частности, влиятельный американский

¹ Интересно, что в американской доктрине есть сторонники сведения структуры исключительного права на ноу-хау к положительным правомочиям, которые не видят регулятивной ценности в негативном правомочии вовсе. См.: Mossoff A. What Is Property? Putting the Pieces Back Together // Arizona Law Review. 2003. Vol. 45. Pp. 371, 405–06. Такой взгляд представляется не совсем обоснованным. Так, для полного элиминирования негативного компонента из структуры исключительного права на ноу-хау отсутствуют основания, как было продемонстрировано выше при анализе сходства прав на ноу-хау с другими типами исключительных прав. Кроме того, все теории субъективных прав, редуцирующие их структуру до правомочий положительного типа, испытывают затруднения с конструированием полноценной сферы управомоченности в результате сведения любого вопроса или спора о её корректной аллокации к вопросу факта. См.: Третьяков С.В. Указ. соч.

ученый Ричард Эпстин (Richard Epstein) описал исключительные права на ноу-хау как включающие правомочия распоряжения, отдельно выделив правомочие, отвечающее за отчуждаемость права на ноу-хау (alienability), и правомочие, обеспечивающее возможность перехода права на ноу-хау по наследству (descendability), а также запретительное правомочие, действующее против третьих лиц, не состоящих в договорных отношениях с правообладателем¹, сделав акцент на первых из названных правомочий.

Также отметим, что наиболее подробно состав правомочий исключительного права на ноу-хау, по нашему мнению, описал американский ученый Майкл Риш (Michael Risch), который отнес к ним следующие правовые возможности:

(1) возможность держать некоторую информацию в секрете, сохраняя право на ее правовую защиту, включая запрет третьим лицам использовать и разглашать соответствующую информацию, даже в отсутствие специального соглашения с такими лицами о неиспользовании или сохранении данной информации в секрете;

(2) *обязанность* предпринимать меры к сохранению информации, претендующей на статус ноу-хау, в секрете;

(3) возможность использовать определенную информацию по своему усмотрению и защищать данную возможность, несмотря на то, что другие лица также используют соответствующую информацию;

(4) возможность никак не использовать секретную информацию, сохраняя право на ее правовую защиту;

(5) право на возмещение убытков, причиненных неправомерным использованием или разглашением сохраняемой в секрете информации;

(6) право на истребование доходов, полученных вследствие неправомерного использования или разглашения сохраняемой в секрете информации;

(7) распорядительные правомочия, включая право отчуждать, передавать по наследству сохраняемую в секрете информацию, предоставлять третьим лицам возможность ее использования;

(8) право требовать соразмерную компенсацию за изъятие государством сохраняемой в секрете информации.

¹ Epstein R.A. The Constitutional Protection of Trade Secrets under the Takings Clause // University Chicago Law Review. 2004. Vol. 71. Pp. 57, 58 (discussing Ruckleshaus, 467 U.S. at 1002-04). По мнению ученого, как и в других случаях, когда на основании различных субъективных прав осуществляется использование одного и того же объекта, изъятие такого объекта государством, включая использование такого объекта или предоставление права использования каким-либо лицам, будет означать в том числе лишения запретительного правомочия: правообладатель не сможет запретить государству или уполномоченным им лицам использовать принадлежащий ему объект.

Данный перечень, хотя является чрезвычайно подробным и информативным, расширяя представления структуре исключительного права на ноу-хау, все-таки, однако, нельзя считать в полной мере сформированным по чисто юридическим критериям: выделение большинства его правомочий обусловлено практическими, а не теоретическими и догматическими соображениями. Учитывая это, мы как раз, наоборот попытались сгруппировать правовые возможности в составе структуры исключительного права на ноу-хау на основании правового критерия и с учетом особенностей метода регулирования.

Завершим настоящее исследование небольшим комментарием относительно, как представляется, наиболее интересного в отечественной литературе подхода к структуре исключительного права на ноу-хау, который предложила Н.В. Нестерова. По мнению ученой, запретительное правомочие в составе права на ноу-хау обладает абсолютно-относительным характером, при этом «относительный характер проявляется в том, что правомочие запрещать использование ноу-хау может быть реализовано правообладателем непосредственно только в отношении конкретных лиц, которым правообладатель предоставил доступ к ноу-хау и право использования ноу-хау в определенных договором пределах», тогда как «в отношении неопределенного круга лиц правообладатель ноу-хау реализует правомочие запрещать использование ноу-хау путем установления запрета на доступ к ноу-хау»¹.

Данная концепция, как представляется, не в полной мере удовлетворительна в той мере, в которой не может объяснить защиту обладателя исключительного права на ноу-хау против третьих лиц, не состоящих с правообладателем в договорных отношениях, из которых вытекает обязательство соблюдения конфиденциальности: в их отношении возможно только установления запрета на доступ посредством принятия мер по сохранению ноу-хау в секрете. Кроме того, не совсем понятно, что реализуется в отношении третьих лиц, если сам объект (следовательно, исключительное право на него) возникает только с момента начала принятия мер по сохранению соответствующих сведений в секрете («установления запрета»). Наконец, правомочия в отношении лиц, состоящих с правообладателем в договорных отношениях, основываются на таких отношениях и с трудом могут быть отнесены к структуре исключительного права на ноу-хау. С учетом сказанного, описанная концепция, несмотря на ее оригинальность, не может рассматриваться в качестве бесспорной.

Подводя итоги настоящему параграфу, можно сделать следующие промежуточные выводы.

¹ Нестерова Н.В. Особенности правового режима ноу-хау на примере российского, зарубежного и международного опыта: дисс. ...канд. юрид. наук: 12.00.03/Нестерова Надежда Владимировна. – М., 2018. -163 с.

В структуру исключительного права на ноу-хау входит правомочие запрещать третьим лицам приобретать и использовать или разглашать ноу-хау неправомерными способами. Данное правомочие имманентно ограничено в своем действии по кругу лиц, поскольку не распространяется в отношении участников оборота, создавших тождественное ноу-хау независимым способом, и по характеру действий, посредством которых может быть нарушено.

При этом структура исключительного права на ноу-хау обладает всеми признаками исключительных прав и характеризуется наличием правомочий положительного содержания, обеспечивающих возможность для правообладателя осуществлять использование ноу-хау собственными фактическими действиями и распоряжаться принадлежащим ему правом, и ограниченного по своему характеру запретительного правомочия, которое не действует против лиц, независимо от правообладателя создавших тождественное ноу-хау, а также против иных лиц, использующих или разгласивших ноу-хау, приобретенное ими иными правомерными способами. Особенностью структуры исключительных прав на ноу-хау является их ослабленный за счет ограниченности запретительного компонента характер, а также превалирование внутренней дозволительной стороны.

Глава 3. Допустимость и пределы модификации структуры исключительного права

Интересным вопросом, касающимся структуры исключительных прав, с точки зрения как теории права, так и экономической эффективности является возможность и допустимость «разделения» исключительных прав на отдельные самостоятельные правомочия и (или) их группы. Поскольку в отечественной науке данный вопрос пока не был полноценно раскрыт¹, попробуем сделать вклад в дискуссию в этой области, осветив два основных способа модификации² двух (условно) основных типов исключительных прав – а именно авторских и патентных: (1) *сообладание* исключительными правами, одной из форм которого можно рассматривать выделение в них «долей» («вертикальное» «деление»), и (2) *иные формы «деления»* исключительных прав на отдельные правомочия, когда между различными лицами распределяются правовые возможности, составляющие существо исключительного права, таким образом, что «исходная» (дефолтная) структура права распадается на необязательно равные и тождественные исходной структуре части («горизонтальное» «деление»).

Сразу отметим, что поскольку второй вариант модификации в большей мере (или даже исключительно) применим к авторским правам, нежели к патентным, и относительно других типов исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности возможность подобного рода постановки вопроса в научной литературе найти не удалось, в настоящем исследовании он будет проанализирован именно для авторских прав³. Тем не менее, для патентных прав проблематика фрагментации также может быть актуальна.

При этом, конечно, оба варианта «деления» исключительных прав по своему существу связаны с одним и тем же вопросом. Дело в том, что в российском правовом порядке, как известно,

¹ Отдельные посвященные этому вопросу работы, например: Гаврилов Э.П. Когда исключительное право на тождественные объекты принадлежит одновременно нескольким лицам // Патенты и лицензии. 2019. № 9. С. 8 - 16.; Иванов Н. Доля в исключительном праве // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 1. С. 26-34; Митягин К.С. Теоретические и практические аспекты совместного обладания правами на интеллектуальную собственность // Закон. 2018. № 8. С. 137-149; Рычкова Н.Ю. О гражданском обороте доли в исключительном праве // Законы России: опыт, анализ, практика. 2019. № 6. С. 35 - 40.

² Использование в нижеприведенном анализе термина «модификация» призвано по возможности отойти от термина «деление» (исключительных прав), который неизбежно порождает нежелательные коннотации, связанные с физикалистским пониманием правовых категорий.

³ Так, в США в 1976 году был принят Закон об авторском праве, который фактически сделал возможным разделение авторских прав на отдельные правомочия, допустив их дискретное отчуждение правообладателем. Так, автор поэмы может продать одному лицу право ее издавать, а другому – публично исполнять. Для патентных прав такое дробление правовых возможностей не предлагается. См.: Notes. Fragmentation in Copyright // Harvard Law Review. 2011. Vol. 124. Pp. 1751, 1758, доступно по ссылке: <https://harvardlawreview.org/2011/05/a-justification-for-allowing-fragmentation-in-copyright/>

исключительные права признаются неделимыми¹. Так, в самом Гражданском кодексе в пункте 1 статьи 1233 прямо закреплено, что правообладатель *может распорядиться* принадлежащим ему *исключительным правом* на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации. Данная норма явно делает акцент на объекте распоряжения – исключительном праве, подчеркивая недопустимость распоряжения отдельными правомочиями, какими-либо частями права и т.д. Далее и в развитие приведенной нормы, пункт 3 той же статьи указывает, что по общему правилу договор, в котором прямо не указано, что исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации *передается в полном объеме*, считается лицензионным договором.

На основе нормы пункта 3 статьи 1233 сформулирован и пункт 37 Постановления Пленума Верховного суда № 10 от 23 апреля 2019 года², который гласит: «Договор, предусматривающий отчуждение исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, но в то же время вводящий ограничения (например, по срокам, территории, способам использования соответствующего результата или средства) либо устанавливающий срок действия этого договора, с учетом положений статьи 431 ГК РФ может быть квалифицирован судом как лицензионный договор. При отсутствии такой возможности договор подлежит признанию *недействительным полностью или в соответствующей части* (статьи 168, 180 ГК РФ)", недвусмысленно подталкивая к одному из ключевых принципов регулирования исключительных прав, который можно сформулировать как запрет фрагментации.

В российском правопорядке, таким образом, принята и укоренилась унитарная концепция исключительного права, которая делает вопрос о возможности его разделения на несколько самостоятельных субъективных прав³ практически бессмысленным. Хотя представляется, что несколько условных примеров все-таки возможны и в российском праве: в частности, право следования, закрепленное статьей 1293 Гражданского кодекса, можно рассматривать как правомочие из состава исключительного права, остающееся у автора при продаже оригинала произведения изобразительного искусства. Против такой трактовки возможна масса возражений, включая, в частности, такое, что будучи отщепленным, рассматриваемое правомочие приобретает природу иного интеллектуального права и более частью структуры исключительного права не является, а также такое, что право следования впервые появляется при продаже оригинала произведения изобразительного искусства, а не отщепляется от

¹ См., в частности: Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Отв. ред. Е.А. Павлова. М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018. С. 52 (автор текста - А.Л. Маковский).

² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. № 7. 2019.

³ О критериях выделения субъективных прав см., в частности: Третьяков С.В. Указ соч.

исключительного права. Другие возражения включают различие объектов исключительного права и права на вознаграждение, договорную природу последнего и т. д.¹.

Унитарная модель структуры исключительных прав, безусловно, имеет под собой определенные основания. Так, признание правопорядком исключительных прав за конкретными лицами с точки зрения экономического анализа права позволяет добиться эффективности в двух аспектах.

Во-первых, в статическом, что выражается в интернализации отрицательных и положительных экстерналий (решение так называемых проблем безбилетника и трагедии общин соответственно) и связано, кроме того, с существенным снижением транзакционных издержек, имманентных попыткам исключительного использования любого экономического блага при отсутствии конструкции исключительной управомоченности. Во-вторых, - в динамическом аспекте, что выражается в достижении оптимального баланса между стимулами к творческой и инновационной деятельности, с одной стороны, и сохранением доступного для общества пула информации – с другой.

Напротив, в ситуации принадлежности исключительного права одновременно нескольким лицам, возникающей при фрагментации исключительных прав, достигаемая при помощи конструкции исключительной управомоченности эффективность существенно снижается: вновь возникает опасность чрезмерного использования соответствующего экономического блага в ущерб интересам правовой общности, появляются претензии на распределение получаемой одним из соправообладателей прибыли между всеми ними пропорционально долям, возникает потребность в несении издержек на переговоры с целью урегулирования внутренних отношений, снижаются в целом стимулы к созданию комплексных инноваций.

При этом, несмотря на очевидные достоинства унитарной модели, она имеет и существенные недостатки, главным из которых является *отсутствие гибкости в распоряжении и управления правом: для распоряжения правом необходимо единое волеизъявление всех правообладателей, и любой из них может подобное единое волеизъявление заблокировать*. Кроме того, и в отсутствие попыток правообладателей заблокировать единое волеизъявление на практике бывает сложно, а иногда и невозможно, найти всех управомоченных на участие в таком волеизъявлении лиц и в принципе обеспечить достижение между ними компромисса. В современных экономических условиях, в частности, невозможность оперативно принимать решения о распоряжении правом существенно снижает его ценность для правообладателя и потенциальных контрагентов. Соответственно, правопорядок, видимо, должен допускать модификацию структуры

¹ См. возможные возражения в рамках обсуждения вопроса о возможности выделения долей в исключительных правах: Рычкова Н.Ю. О гражданском обороте доли в исключительном праве // Законы России: опыт, анализ, практика. 2019. № 6. С. 35 - 40.

исключительных прав путем их «разделения», однако при этом должен стремиться к обеспечению максимально возможной эффективности регулирования отношений по поводу обладания исключительным правом несколькими лицами. Эта задача подразумевает поиск оптимальной диспозитивной модели регулирования допустимости и пределов «разделения» исключительных прав, а также регулирования отношений соправообладателей между собой, которая должна основываться на поиске системы сдержек и противовесов и позволять эффективно решать проблему снижения числа конфликтов от столкновения прилагаемых к одному объекту (или нескольким взаимосвязанным объектам) равных сфер исключительной управомоченности.

Особенная актуальность затрагиваемой проблематики обуславливается следующим. В 2017 году Правительственной комиссией по использованию информационных технологий для улучшения качества жизни и условий ведения предпринимательской деятельности в рамках плана мероприятий программы «Цифровая экономика Российской Федерации» была утверждена Концепция Федерального закона «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Концепция)¹, в которой впервые на подобном уровне целенаправленно оказалась освещена проблема несоответствия действующего регулирования ситуаций множественности на стороне правообладателей исключительных прав потребностям экономики.

Как указывается в Концепции, современная экономика обуславливает «необходимость участия большого количества лиц в создании и использовании результатов интеллектуальной деятельности», и поскольку «интересы таких лиц часто могут не совпадать, это приводит к высокой конфликтности отношений в данной сфере», что «негативно влияет на экономические процессы в целом, мешая использовать современные научно-технические разработки и ослабляя защищенность авторов»².

При этом, согласно Концепции, содержащееся в ГК РФ регулирование не позволяет решать названные конфликты соправообладателей, поскольку следует конструкции единого неделимого исключительного права, негибко требующей «для любого распоряжения исключительным правом единое волеизъявление всех правообладателей» и потому при наличии даже одного несогласного соправообладателя блокирующей столь необходимую для современного бизнеса возможность оперативно принимать решения в отношении общего нематериального объекта³.

¹ Текст Концепции доступен по ссылке: URL: https://sk.ru/documents/115/004.007_%D0%9A%D0%BE%D0%BD%D1%86%D0%B5%D0%BF%D1%86%D0%B8%D1%8F_%D0%BF%D1%80%D0%BE%D0%B5%D0%BA%D1%82%D0%B0_%D0%A4%D0%97.docx (дата обращения: 17 апреля 2022 г.).

² Концепция. С. 1.

³ Там же. С. 5.

Кроме того, в Концепции указывается, что закреплённая в настоящий момент в ГК унитарная концепция исключительного права, не предполагающая возможность выделения в нем долей, и вытекающее из этой концепции отсутствие норм об определении размера и способа образования долей, пределах распоряжения ими, границах самостоятельного использования общего нематериального объекта каждым из соправообладателей, а также о распределении расходов на поддержание такого объекта в силе, накладывают на инвесторов значительные издержки в виде необходимости прибегать к иным правовым институтам, необоснованно усложняющим правовое оформление инвестиционной деятельности. В частности, инвесторы, готовые к финансированию создания новых технологий взамен предоставления доли в исключительном праве, вынуждены искать «обходные пути» через корпоративные механизмы, что существенно увеличивает затраты на интересующие их проекты¹.

На основании Концепции впоследствии было подготовлено несколько вариантов изменений в часть четвертую ГК РФ. Некоторые из них, развивая осторожный подход Концепции, предлагали закрепить допустимость выделения долей в исключительных правах, когда такое право уже по каким-то объективно непреодолимым причинам оказалось в руках нескольких лиц и при условии соблюдения дополнительных ограничений в отношении распоряжения такими долями и осуществления их обладателями использования общего нематериального объекта. В результате достаточно продолжительных обсуждений рабочей группы Совета по совершенствованию законодательства в области сообладания исключительными правами остался, пожалуй, достаточно либеральный вариант, превратившийся в настоящий момент в Проект федерального закона «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации»², который в настоящий момент одобрен Советом по кодификации и практически готов к внесению в Государственную Думу (далее – Законопроект)³. Данный Законопроект допустил по общему правилу сообладание исключительными правами, а также выделение в них долей (кроме случаев выделения долей в исключительном праве, принадлежащем одному правообладателю, для всех исключительных прав, не возникающих на основании государственной регистрации⁴), и закрепил пул норм, по умолчанию применимых к правовому положению каждого из сообладателей исключительного права.

¹ Там же. С. 5

² URL: https://storage.pravo.ru/file/general/9Y_doli-v-is.pdf (дата обращения: 17 апреля 2022 г.).

³ Вараксин М. Доли в «интеллектуалке» и ребенок с бабушкой: президентский Совет обсудил законопроекты. URL: <https://pravo.ru/story/232940/> (дата обращения: 17 апреля 2022 г.).

⁴ Логика подобного ограничения заключается в предотвращении / минимизировании случаев нахождения в общности авторов-первоначальных правообладателей, традиционно рассматриваемых как более нуждающихся в патерналистском регулировании, и профессиональных предпринимателей-производных правообладателей с целью защиты первых от невыгодных условий («экономической эксплуатации»).

Данную законодательную инициативу, как представляется, нужно приветствовать, поскольку действующие в настоящий момент нормы о ситуациях сообладания исключительными правами не обеспечивают достаточного регулирования, и сводятся к следующим положениям:

- 1) каждый из правообладателей вправе самостоятельно использовать общий нематериальный объект;
- 2) распоряжение исключительным правом осуществляется правообладателями сообща;
- 3) доходы от совместного использования охраняемого объекта распределяются между правообладателями в равных долях;
- 4) каждый из правообладателей вправе принимать меры по защите своих прав.

В приведенных нормах *отсутствует последовательная и жизнеспособная модель справедливого регулирования отношений сообладателей исключительных прав для случаев, когда между ними отсутствует консенсус относительно использования общего нематериального объекта*. В частности: (1) отсутствует регулятивное решение относительно возможностей распоряжения правовым участием (в частности, долей в праве) соправообладателей в общем исключительном праве; (2) отсутствует механизм обеспечения справедливого порядка использования общих нематериальных объектов в отсутствие соглашения соправообладателей об установлении такого порядка; (3) отсутствует определение границ компетенции большинства сообладателей исключительного права (т.е. круга вопросов, по которым соглашение большинства соправообладателей будет действовать в отношении меньшинства соправообладателей, не принявших участие в заключении данного соглашения или возражавших против него); (4) нет правила, согласно которому каждый из соправообладателей вправе принимать меры, направленные на сохранение общего объекта, в ситуации, когда остальные соправообладатели против или безразлично относятся к этому (например, заплатить пошлины за поддержание общего патента в силе); (5) отсутствуют нормы, регламентирующие добровольный выход из общности соправообладателей, а также (6) нормы о порядке обращения взыскания на участие отдельного соправообладателя по его личным, не связанным с общим нематериальным объектом, долгам. Что особенно важно, действующее регулирование никак не комментирует условия индивидуального использования общего нематериального объекта каждым из сообладателей исключительного права и не изымает ограничение этого права из компетенции большинства соправообладателей, оставляя возможности для лишения отдельного соправообладателя права использовать общий объект без его на это согласия.

Законопроект решает часть из описанных недостатков действующей лаконичной модели регулирования общности сообладателей исключительных прав¹, что, на мой взгляд, необходимо приветствовать. Вместе с тем за рамками Законопроекта остается часть вопросов – о конструкции сообладания исключительным правом; о пределах и условиях индивидуального использования общего нематериального объекта его сообладателями; а также об иных формах модификации структуры исключительных прав, помимо деления на доли между несколькими соправообладателями – которые могут не быть урегулированы в позитивном праве, но однозначно нуждаются в теоретическом анализе с точки зрения системного выстраивания соответствующих правовых институтов в российском правовом порядке.

Далее, соответственно, последовательно остановимся на них сначала применительно к патентному праву, и затем уточним применительно к правам авторским. В обоснование такой схемы изложения отметим, что, например, швейцарский ученый Ойген Марбах (Eugen Marbach) в своем исследовании, посвященном правовым общностям в интеллектуальных правах (вопросам сообладания интеллектуальными правами), указывая на единство проблематики для различных типов интеллектуальных прав, прибегает к способу изложения материала, в котором освещает общие проблемные аспекты, в том числе применительно к определенному типу исключительных прав, и затем выделяет специфику для другого их типа². В конце сформулируем комментарии по тексту Законопроекта и предложения по его дополнению.

¹ При обсуждении Законопроекта были высказаны альтернативные конструкции, включая преимущественное право покупки доли.

² Marbach E. Ibid.

§ 1. Сообладание исключительным правом. Юридическая конструкция¹

С учетом того что исключительные права являются абсолютными правами² и по своим свойствам, имеющим значение с точки зрения решения интересующего нас вопроса, аналогичны праву собственности как модельного субъективного права, представляется допустимым использовать в последующих рассуждениях некоторые подходы, выработанные в российской и германской доктрине в отношении конструкции общей собственности. В целом, как представляется, рассматриваемая проблема принципиально является частным случаем проблемы осложнения абсолютного (имущественного) правоотношения множественностью лиц на управомоченной стороне³, и отношения по поводу совместного обладания исключительным правом, без ущерба для его специфики, обусловленной нематериальным характером объекта, должны регулироваться с учетом принципов, организующих регулирование осложненных множественностью управомоченных субъектов абсолютных имущественных отношений.

Традиционно в российской доктрине (вслед за германской) выделяется две формы общей собственности: общая долевая и совместная. Совместная собственность является специфическим институтом, формой многосубъектной собственности⁴, предназначенной для относительно узкой группы случаев, в которых речь идет «о длительной организации общего хозяйства определенной тесной группы лиц, чаще всего лиц, связанных родством»⁵, и относится к участию не в конкретном отдельном праве на конкретный отдельный объект, а в целом имущественном комплексе⁶, обеспечивающем возможность ведения упомянутого специфического общего хозяйства. В связи с этим единственной формой принадлежности нескольким лицам одного конкретного права, о чем и идет речь при обсуждении проблемы сообладания исключительным

¹ Для целей настоящей работы предлагается исходить из того, что понятием конструкции принадлежности исключительного права нескольким лицам охватываются такие вопросы, как (1) способ «прикрепления» множества соуправомоченных субъектов к одному (неделимому) праву и (2) правовой статус каждого соуправомоченного субъекта как участника такого множества (правовая позиция соуправомоченного лица с точки зрения ее соотношения с позициями других соуправомоченных лиц и позицией единственного управомоченного лица - единоличного правообладателя).

² Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сборник статей. - М.: Статут, 2005. - С. 36 - 37.

³ Гришечкин В.В. Правовая общность в абсолютных имущественных гражданских правоотношениях: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03/Гришечкин Владимир Владимирович. Екатеринбург, 2017. 234 с.

⁴ Зимелева М.В. Общая собственность в советском гражданском праве // Вестник гражданского права. 2009. № 4. С. 198 - 234.

⁵ Там же.

⁶ Saenger A. Gemeinschaft und Rechtsteilung. Kindt, 1913. S. 99 - 100; Enzyklopadie der Rechts- und Staatswissenschaft / Begr. von F. von Liszt, W. Kaskel. Springer, 1922. S. 111 (<https://books.google.ru/books?id=BPHzBQAAQBAJ&pg=PA112&lpg=PA112&dq=regelmaessige+gemeinschaft+englaender&source=bl&ots=MecANfISnL&sig=dIhY76LUViqHqgXnqJUpazIP1mw&hl=ru&sa=X&ved=0ahUKEwin84WFxM7aAhWEw6YKHQJCBNoQ6AEILTAB#v=onepage&q=regelmaessige%20gemeinschaft%20englaender&f=false>).

правом, на самом деле является долевое участие в соответствующем праве. Этот логически единственно возможный вывод находит подтверждение и в современной отечественной доктрине (правда, на более общем уровне, применительно к любым осложненным множественностью лиц абсолютным правоотношениям). Например, Гришечкин В.В. справедливо отмечает, что «признание того, что в большинстве случаев абсолютное имущественное право, обладателями которого являются несколько лиц, имеет долевой характер, будет полезно для оборота, для участников общности и третьих лиц ... позволит формализовать объем прав и обязанностей субъектов общего права»¹.

Вместе с тем вывод, что участие нескольких лиц в одном праве с необходимостью выражается в принадлежности им долей, все-таки мало говорит о том, что собой доли представляют: распадается ли содержание общего права на самостоятельные права, либо умножается оно и делится между соправообладателями, кто является его субъектом и т.д. Это, однако, важные вопросы, которые неизбежно встают при решении вопроса о конструкции совместного обладания любым абсолютным и, в частности, исключительным правом, направленного на указание способа «прикрепления» неделимого объекта и соответствующего ему права к нескольким субъектам.

Задача примирить единство объекта и права на него, с одной стороны, и множественность соуправомоченных лиц - с другой, иными словами, задача придать отношениям вид «один объект (одно право) - один субъект» может быть решена и решалась в доктрине применительно к праву собственности или путем (1) разделения объекта - реального или идеального - с последующим возникновением на каждый новый объект самостоятельного права или логической возможности обоснования существования нескольких самостоятельных прав, или путем (2) разделения права на объект на части (доли) и распределения их между соправообладателями либо, что равнозначно, умножения содержания общего права и приписывания каждому соправообладателю соответствующего самостоятельного права, или путем (3) объединения соправообладателей в один субъект (по крайней мере) в отношении конкретного права.

Первый вариант решения задачи был давно отвергнут в правовой доктрине как примитивистский и скорее не решающий проблему, а уходящий от нее, поэтому в основном проблема соправообладания решалась через деление права (признание коллизий нескольких «полных» прав) или через признание общности соправообладателей квазиправовым лицом². В немецкой доктрине оба варианта были признаны неудовлетворительными, и ученые

¹ Гришечкин В.В. Указ. соч.

² Kunz R. Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand: Versuch einer dogmatischen Konstruktion. Stampfli, 1963. S. 60 ff.

предприняли попытку сохранить единство содержания абсолютного права, избежав объединения соуправомоченных субъектов¹.

В российской доктрине до сих пор господствует представление о том, что принадлежность одного абсолютного права нескольким лицам (как правило, речь идет о праве собственности) конструируется при помощи выделения долей в общем праве. Причиной, вероятно, является авторитет М.В. Зимелевой, которая в своем известном труде, посвященном общей собственности, указывала, что доля, значение которой «далеко не исчерпывается ее функцией мерила для расчетов», охватывая, кроме того, вопрос «определения природы вещного права, принадлежащего каждому участнику общей собственности», представляет собой долю в праве (собственности), которое делится, дробится между его сообладателями (сособственниками)².

Такой подход к пониманию доли в качестве конструкции совместного обладания абсолютным правом³ (способа прикрепления множества управомоченных лиц к одному праву) предполагает деление последнего на самостоятельные однородные⁴ части (меньшие по объему, но идентичные по содержанию) и их приписывание каждому отдельному сообладателю (сособственнику), т.е. первый подход к примирению единства права и множества его обладателей. Подобное представление о том, что в случаях принадлежности одного абсолютного права нескольким лицам что-то делится между ними и это что-то – само такое право (его содержание, понимаемое как набор правомочий), которое, таким образом, принадлежит каждому соправообладателю (целиком, но) в ограниченном объеме, на первый взгляд будет обоснованным. Тем не менее, как отмечает С.Н. Ермолаев, теория деления на доли (содержания) права на самом деле представляет собой вариант теории идеальных долей (в самом объекте абсолютного права), конкретизируя другим, более понятным юристу способом идею приложения деления к некоему нематериальному, не существующему в действительности объекту⁵.

¹ Теория множественной принадлежности права Englaender'a. Цит. по: Marbach E. Rechtsgemeinschaften an Immaterialgutern: dargestellt am Beispiel von Erfinder- und Urhebergemeinschaften. Stampfli, 1987. S. 50 - 54.

² Зимелева М.В. Указ. соч.

³ «Конструкция общей собственности. В тесной связи с вопросом о доле стоит вопрос о том, что собственно выражается в долях или делится по долям...» (Там же).

⁴ Деление на неоднородные части если возможно, то опасно с точки зрения сохранения тождественности разделенного права образующимся в результате деления правам, и, соответственно, положения каждого из сообладателей права X как сообладателей именно права X (хочется сказать, что сособственник пусть и наряду с другими лицами-сособственниками, но собственник; сопатентообладатель - патентообладатель и др.).

⁵ Ермолаев С.Н. Множественность лиц в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук:12.00.03/ Ермолаев Серафим Николаевич. - Краснодар, 2014. С. 186. С.Н. Ермолаев отмечает, что одна лишь фиксация доли в праве не решает проблему определения доли как понятия, так как не позволяет определить объект воздействия власти сособственника (соправообладателя). Таким образом, соправообладателям приходится конкретизировать материальный объект воздействия своих прав, переходя в делении с идеальной на материальную субстанцию. Сам автор предлагает различать три значения термина «доля»: а) доля в праве, направленная на определение размера участия в образовании общего имущества и создание основы для дальнейшего деления вещи (объекта права); б) доля в вещи (объекте общего права), предоставляемая каждому соправообладателю в пользование; в) доля в вещи (объекте общего права), подлежащая передаче соправообладателю в случае раздела общего права или выделения его имущества из состава общего. Показательным является тот факт, что именно из такого представления о том, как

Подобное понимание доли и ее места в конструкции принадлежности одного права, однако, игнорирует трудности, связанные с допустимостью применения категории деления к содержанию права. Поэтому, видимо, сторонники такого подхода обычно не останавливаются подробно на вопросе о том, как деление права на доли осуществляется технико-юридически. Тем временем даже первые приходящие на ум возможные здесь ответы, как минимум подразумевающие вертикальное или горизонтальное деление содержания права, как представляется, демонстрируют несостоятельность соответствующих воззрений: при первом варианте ответа придется признать, что часть правомочий, составляющих содержание права, будет приписана одному его сообладателю, тогда как другая - другому, что неприемлемо хотя бы ввиду принципа равенства положения сообладателей одного права как участников правовой общности; при втором варианте ответа (горизонтальное деление права) все составляющие содержание права правомочия окажутся поделенными между всеми соправообладателями (распределенными в урезанном объеме), как, например, предлагает О.Н. Козьменко, пропорционально принадлежащим им долям, что также неприемлемо вследствие теоретической бессодержательности и практической бесполезности выделения, например, 1/2 владения, 1/3 пользования и др.; тем более что сомнительной является возможность (исчерпывающе) представить содержание права в виде совокупности отдельных правомочий¹.

Более глубокое погружение в вопрос о том, можно ли применять операцию деления к содержанию субъективного гражданского права, подтверждает сделанные предварительно выводы. Так, данную проблему в немецкой доктрине подробно рассматривал А. Saenger, который классифицировал все имущественные гражданские права на две группы с точки зрения их способности к разделению на однородные, идентичные по содержанию части (деление в узком смысле): 1) делимые, к которым относятся обязательственные права требования с делимым предметом исполнения² и 2) неделимые, в число которых входят все абсолютные права и права

конструируется принадлежность нескольким лицам любого права, исходили при составлении Германского гражданского уложения (ГГУ).

¹ Козьменко О.Г. Модели общей собственности по гражданскому законодательству Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03/Козьменко Олег Геннадьевич. Ростов на Дону, 2006. С. 221.

² Согласно точке зрения ученого право требования является делимым постольку, поскольку делимым является его предмет - обязательство передать право(а) на определенные объекты, в свою очередь, являющееся несомненно делимым, если может быть разложено на несколько однородных обязательств по передаче нескольких (одинаковых) прав на несколько соответствующих (одинаковых) объектов (например, денежное обязательство как совокупность обязательств по передаче отдельных монет/купюр), и спорно делимым, если направлено на передачу одного права на неделимый объект. В последнем случае согласно одной точке зрения обязательство передать право (на неделимый объект) может быть представлено в виде суммы обязательств по передаче долей в таком праве, согласно другой - нет, поскольку доля не является составной частью права и, соответственно, обязательство по передаче доли не является частью обязательства по передаче права. При этом делимые права при их передаче нескольким лицам необязательно разделяются на самостоятельные права, образуя связи «одно лицо - одно право»; одно такое право может принадлежать нескольким лицам нераздельно, как сообществу (общности), когда об этом есть специальное соглашение или когда между соприобретателями такого права (применительно к праву требования - кредиторами) существует особая юридическая связь, не допускающая деления права на несколько самостоятельных (договор товарищества и др.). См.: Saenger A. Op. cit. S. 75 - 76.

требования с неделимым исполнением¹. Хотя все абсолютные права могут подвергаться логическому делению в широком смысле, при котором от целого права могут отщепляться отдельные правомочия, в результате чего неизбежно изменяется и характер делимого права, деление в узком смысле, подразумевающее наделение каждого из лиц, между которыми оно происходит, равными наборами правомочий, идентичными набору, составляющему содержание целого права, к абсолютным правам неприменимо². Невозможность деления содержания любого абсолютного права А. Saenger обосновывал по аналогии с невозможностью деления содержания права собственности, которую, в свою очередь, объяснял природой вещи: из нее следует неделимость большинства правомочий права собственности, являющаяся следствием невозможности их одновременного осуществления всеми соправообладателями³, а если хотя бы часть составляющих содержание права правомочий не может быть разделена на равные однородные части, право в целом является неделимым. Соответственно, принадлежность одного абсолютного (неделимого) права нескольким лицам и вытекающее из нее появление выражающих их участие в этом праве идеальных квот не означают деления права на доли.

Отсюда логически вытекает и отказ от такого способа конструирования совместной принадлежности одного абсолютного права, как его разделение и прикрепление отдельных однородных частей к каждому из соправообладателей. При неприемлемости деления объекта и права на него остается последняя возможность - объединение субъектов, которое применил А. Saenger, предложив рассматривать соправообладателей как относительное правовое единство, правовую общность, которая, не обладая правосубъектностью и не представляя собой юридическое лицо, является обладателем права (*Gesamthandsprinzip*)⁴.

Обосновывая такой подход, А. Saenger предлагал в принципе отграничивать вопрос конструкции совместной принадлежности права как способа его сцепления с множеством своих (со)обладателей от вопросов о возможности математически точного определения размера долей

¹ Ibid. S. 131.

² Ibid. S. 74.

³ Эта идея основывается на представлении о том, что право собственности как некое правовое единство может быть разделено на несколько подобных, меньших единств, состоящих из тех же правомочий, что и целое право собственности, только, соответственно, в меньшем объеме. См.: Saenger A. Op. cit. S. 76.

⁴ Ученый находил интересные обоснования в позитивном германском праве (ГГУ), указывая, что если исходить из понимания общего права как суммы «долевых прав» или долей (*Anteilsrechte*) отдельных соправообладателей (конструкция «множественное прикрепление права к нескольким сообладателям»), то норма предл. 2 § 747 ГГУ, устанавливающая, что общим объектом могут распоряжаться только все соправообладатели вместе, не имеет смысла как констатация логически очевидного вывода с учетом нормы предл. 1 этого же параграфа, согласно которой каждый соправообладатель вправе распоряжаться своей долей. Кроме того, по мнению ученого, невозможно объяснить норму § 1009 ГГУ, согласно которому общая вещь может быть обременена в пользу одного из сособственников, в рамках подхода, рассматривающего сособственника как обладателя самостоятельного (ограниченного по объему) права на общую вещь, поскольку она явно исходит из того, что общая вещь является «полностью чужой» для сособственника, и при ином ее понимании придется констатировать нелепую сложную конструкцию поземельного долга в отношении своей доли и обычной ипотеки в отношении долей других сособственников.

(по их объему и отношению к правам (долям) других соправообладателей) и их природы как самостоятельных «распоряжаемых» имущественных прав¹ (квалифицируемых цивилистом в качестве разновидности прав участия (членства - *Mitgliedschaftsrecht*) в юридических общностях - наряду с юридическими лицами, товариществами и др.)², решение которых зависит в первую очередь от типа связи, существующей между соправообладателями.

Таким образом А. Saenger предложил конструкцию сообладания неделимым правом, основанную на его принадлежности общности как одному относительному субъекту, единому в отношении данного права. При этом доля в общем праве - индивидуальные права каждого члена правовой общности, отражающие степень его участия в ней и выражающиеся в форме специальных, новых, а не возникающих в результате деления общего права, правомочий³. Иными словами, в рамках данной концепции доля как имущественное членское право (*Anteilsrecht*, *Mitgliedschaftsrecht*) закрепляет за своим обладателем: 1) право(а) на участие в правомочиях, входящих в содержание общего права, которые могут осуществляться только всеми соправообладателями вместе (применительно к исключительному праву в эту категорию попадают правомочия распоряжения правом путем отчуждения, выдачи исключительной лицензии, прекращения); 2) право самостоятельного осуществления отдельных правомочий, составляющих содержание общего права (например, право на защиту против третьих лиц); 3) правомочия, входящие в содержание любого имущественного гражданского права (в том числе долевого права участника правовой общности), соответственно, возможность отчуждения, обременения, управления (определения юридической судьбы в широком смысле) доли; 4) обязательственные притязания против соправообладателей, вытекающие из их возникающих в силу закона внутренних отношений квазидоговорного характера и находящиеся в тесной связи с правами из первой категории, поскольку имеют цель обеспечить содействие со стороны других соправообладателей в осуществлении таких неделимых правомочий и защитить от злоупотреблений⁴.

Такой подход к конструкции сообладания абсолютным правом, делающий акцент на общности соправообладателей как квазюридическом лице и на внутренних отношениях внутри нее как корпоративных отношениях в широком смысле, порождает проблему разграничения правовой общности и юридического лица, а также вряд ли позволяет удовлетворительным

¹ Из того, по мнению ученого Saenger A., что долей как некоторым имущественным правом можно распоряжаться без согласия других соправообладателей, логически не может вытекать никаких выводов о ее природе, в частности, о том, что доля - часть общего права, представляющая собой меньшую по объему и интенсивности, но идентичную по содержанию совокупность правомочий, составляющих юридическое существо последнего. Saenger A. См.: *Op. cit.* S. 100.

² Saenger A. *Op. cit.* S. 100 - 101.

³ *Ibid.* S. 103, 109.

⁴ *Ibid.* S. 104 - 109.

образом определить понятие доли как отражающей правовое положение участника общности в праве – не только на обязательственном ((квази)корпоративном), но и на абсолютном уровне – категории. Кроме того, этот подход затемняет тот факт, что если право прикреплено к одному субъекту, отличному от соучастников соответствующей общности, то последние не являются соправообладателями в прямом смысле: обладателем последнего является общность как квазиюридическое лицо, тогда как участникам общности принадлежат только права участия.

Упомянутый подход, однако, мог бы рассматриваться в качестве привлекательного применительно к отношениям по поводу совместного обладания именно исключительным правом в той мере, в которой он делает акцент на свойственном нематериальным объектам характере использования – ведении предпринимательской деятельности, направленной на их коммерциализацию. В этом смысле отношения сообладателей исключительных прав похожи на отношения участников корпорации: группа лиц объединяется с целью извлечения прибыли при помощи некоторых активов. Вместе с тем все же подход к отношениям сообладателей исключительных прав как к квазикорпоративным не учитывает отсутствие априори согласованной общей цели деятельности, воли на совместное использование общего изобретения (иными словами, общность соправообладателей как таковая является объединением только имущества, но не деятельности).

Однако как же тогда примирить единство содержания права и множество соуправомоченных субъектов? Здесь, как всегда, помимо двух (единственно) возможных вариантов существует третий, который предложил ученый R. Kunz в немецкой доктрине, обратив внимание на необходимость разграничения формальной и материальной управомоченности. Формальная управомоченность выражает наличие связи между объектом (права) и субъектом и зависит от того, рассматривает ли правопорядок данного субъекта в качестве точки привязки прав и правоотношений (т.е. наделяет ли правосубъектностью)¹. Материальная управомоченность заключается в возможности совершения определенных действий, которые с точки зрения правопорядка являются дозволенными субъекту, которому приписано право².

Поскольку субъектом права необязательно является лицо, которое способно его осуществить, реализовать его содержание, понимаемое как абстрактное (законодательное) описание границ, в которых может действовать на основании свободной юридически действительной воли правообладатель³, возможно несовпадение между лицами, которым формально «приписано» право, и лицами, которым «материально» принадлежит содержание такого права. Иными

¹ Подобная формальная привязка выражает факт признания правопорядком необходимости защиты определенного интереса данного субъекта.

² Kunz R. Op. cit. S. 34 ff.

³ Которое может принадлежать только дееспособному лицу.

словами, несовпадение между (1) принадлежностью права и (2) совершением действий, соответствующих содержанию норм, устанавливающих границы, в которых может реализовываться воля управомоченного (т.е. устанавливающих содержание права)¹. Применительно к отношениям соправообладателей это означает, что право может принадлежать одновременно нескольким субъектам, вследствие чего образуется несколько точек привязки. При этом содержание права, понимаемое как очерченный правопорядком объем допустимых действий, распределяется между сообладателями права путем организации их взаимодействия по поводу его осуществления (формирования внутреннего порядка (*innere Ordnung*) в узком смысле)²: каждый из сообладателей права имеет притязание к другим сообладателям на осуществление содействия (соучастия) в осуществлении составляющих содержание общего права действий, так что отношения внутри общности представляют собой множество пересекающихся взаимных прав и обязанностей, возникающих на основании закона и обеспечивающих «подведение деятельности под содержание общего права» как организацию его совместного осуществления³.

Описанный подход представляет собой значительный интерес, хотя и не лишен некоторых недостатков, связанных в первую очередь с пониманием содержания права как (возможности осуществления) действий, соответствующих очерченному законом границам дозволенного (для обладателя данного права)⁴: в результате правовая позиция каждого соправообладателя как таковая лишается «материального» наполнения⁵, поскольку содержание права относится на уровень закона и больше не считается принадлежащим лицу, которому само такое право приписано.

В целом теория, которую предложил R. Kunz, является все-таки заслуживавшей поддержки. На первый взгляд кажется, что она остается в рамках обозначенной выше дихотомии и предусматривает деление содержания принадлежащего нескольким лицам права⁶. Однако вследствие особого понимания содержания права такое деление имеет иное значение, не тождественное значению деления содержания права, понимаемого в качестве набора правомочий. Иными словами, данная теория демонстрирует, что *важно не сохранение единства содержания права как набора правомочий, а то, что стоит за идеей необходимости сохранения такого единства*: сохранение тождественности права самому себе в состоянии его принадлежности нескольким лицам. Понимание содержания права как очерченной законом (при

¹ Kunz R. Op. cit. S. 40 - 41 ff.

² Ibid. S. 95 - 97 ff.

³ Ibid. S. 25 - 26.

⁴ Ibid. S. 93.

⁵ Marbach E. Op. cit. S. 63.

⁶ «Kommt der in einem subjektiven Recht enthaltene Handlungsinhalt einer Mehrheit von Personen zu... dann muss noch doch bestimmt werden, wie dieser Inhalt auf die Mehrheit verteilt sein will». См.: Kunz R. Op. cit. S. 95.

его описании) сферы свободы действий обладателя данного права, позволяющее сохранить его единство как некоторую абстрактную категорию, в сочетании с разграничением уровня принадлежности права его обладателю(ям) и уровня осуществления этого права позволяет, не опасаясь потери тождества права в состоянии «привязки» к одному лицу и к нескольким, признать, что правовая позиция единоличного обладателя права и сообладателя различаются.

На основе приведенного обзора, с учетом того что в настоящее время в отечественной литературе вопрос о юридической конструкции принадлежности исключительного права нескольким лицам (и в рамках него - вопрос о возможности квалификации правовой позиции соправообладателя в качестве позиции обладателя доли) является чрезвычайно дискуссионным, могут быть сделаны следующие импликации.

Во-первых, целесообразно рассматривать совместное обладание исключительным правом в качестве обладания правом по долям: такая конструкция как минимум позволяет описать правовое положение сообладателей исключительных прав при помощи известных гражданскому праву категорий. Доля в исключительном праве имеет существенное экономическое значение, в связи с чем возникает потребность ее объективировать как маркер участия в одном общем праве.

С моей точки зрения, ситуацию сообладания правом с сохранением множественности его субъектов и тождественности такого права самому себе в состоянии принадлежности одному лицу целесообразно описать следующим образом: 1) на уровне «принадлежности» право принадлежит одновременно нескольким лицам как самостоятельным точкам привязки, причем оно приписывается именно как право определенного типа и содержания; 2) на уровне осуществления права между соправообладателями происходит перераспределение содержания права в динамике, в результате которого образуются не тождественные изначальному праву (в состоянии принадлежности одному лицу) самостоятельные имущественные права (совокупности прав), которые характеризуют позицию каждого из соправообладателей¹; в результате каждому соправообладателю принадлежит доля как способ закрепления факта принадлежности набора имущественных прав (правомочий), отражающих участие в общности соправообладателей в целом.

Иными словами, доля призвана, с одной стороны, обозначить сам факт принадлежности к группе лиц, обладающих общим правом, а с другой - определить тот объем прав, который может быть реализован каждым отдельным соправообладателем. Совокупность таких прав и порядок их осуществления, в свою очередь, зависят от модели регулирования отношений внутри общности соправообладателей как оптимальной с точки зрения обеспечения ее эффективного

¹ «...сам набор (правомочий) является универсальным (в вещных правах - это триада правомочий и т.д.), отличия существуют только в способности реализовать его». См., например: Гришечкин В.В. Указ. соч.

функционирования системы сдержек и противовесов, позволяющих каждому участнику общности реализовывать свои индивидуальные интересы.

Во-вторых, предугадывая возможные возражения против конструкции долевого сообладания исключительным правом, опирающиеся на опасения относительно возможности ущемления прав соправообладателей как нуждающихся в особом патерналистском отношении сторон рассматриваемых правоотношений (в первую очередь работников-изобретателей и соавторов), необходимо отметить, что *понимание доли как выразителя набора самостоятельных имущественных прав (правомочий), принадлежащих сообладателю исключительного права, не предвещает вопроса о свободе распоряжения ею*. Последняя может быть ограничена путем отнесения соответствующего вопроса к общей компетенции сообладателей исключительного права, а также путем установления преимущественного права покупки. Значение свободы распоряжения формализованным в виде доли участием в общности соправообладателей зависит от выбора модели управления общим исключительным правом в целом, т.е. от наличия или отсутствия у каждого из сообладателей других прав, дающих возможность влиять на судьбу общего права.

Для определения состава правомочий и правовых возможностей, соответствующих доле в исключительном праве необходимо, таким образом, определить оптимальную модель построения отношений внутри общности сообладателей исключительного права, которая позволит обеспечить для них возможность максимальной реализации своих индивидуальных интересов при отсутствии нарушения интересов друг друга. Предельно упрощая, можно охарактеризовать положение каждого соправообладателя при помощи двух опций: 1) права на извлечение экономической ценности из общей правовой позиции и 2) права на участие в принятии решений по поводу управления общим правом как целым. Обе эти опции могут быть предоставлены соправообладателям в различном объеме в зависимости от «консервативного» или «либерального» подхода к модели отношений по поводу сообладания исключительным правом. Поскольку наличие или отсутствие возможности индивидуального использования общего результата интеллектуальной деятельности без согласия других соправообладателей в значительной мере характеризует изначальную переговорную позицию для принятия решений по поводу управления общим правом, центральным вопросом является вопрос о наличии у отдельного соправообладателя права самостоятельно использовать общее изобретение или произведение без согласия других соправообладателей и о пределах такого права.

§2. Оптимальная модель регулирования отношений сообладателей исключительного права. Пределы индивидуального использования исключительного права

§ 2.1 Индивидуальное использование общего нематериального объекта¹: патентные права

Представляется, что целесообразно в первую очередь рассмотреть предложенные в немецкой доктрине² подходы к допустимости и пределам индивидуального использования общего изобретения: на протяжении более сотни лет там ведутся активные обсуждения данного вопроса и высказано немало позиций. Причем поскольку в Патентном законе Германии присутствует только указание на то, что патент может принадлежать нескольким лицам совместно, доктрина не связана детальными законодательными формулировками и занимается толкованием норм ГГУ о правовых общностях (§ 741 и сл.), где была предпринята попытка урегулировать отношения по поводу совместного обладания любым субъективным гражданским правом. Такое на первый взгляд разумное и сбалансированное регулирование при его применении к общностям сопатентообладателей нашло в лице почти каждого занимающегося данной проблематикой ученого серьезного критика. Применительно к вопросу о допустимости индивидуального использования общего изобретения обычно обсуждаются и интерпретируются нормы абз. 1 § 743 ГГУ, согласно которому каждый участник общности имеет право на соответствующую его доле часть доходов (плодов вещи или права - Fruechte, в зависимости от того, что является «общим объектом» общности), абз. 2 § 743, согласно которому каждый участник правовой общности вправе использовать общий объект, поскольку этим не затрагиваются права (соиспользования) других участников, предл. 2 абз. 3 § 745, согласно которому участник общности не может быть

¹ Возможность предоставления третьим лицам права использования общего изобретения является продолжением и дополнением права индивидуального использования, расширяя круг способов, позволяющих получить причитающуюся патентообладателю в силу его участия в патентном праве экономическую ценность. Как будет установлено в ходе дальнейшего изложения проблемы, обосновать ограниченный характер права индивидуального использования не представляется возможным, в связи с чем единственным решением является признание за каждым из сопатентообладателей также и права заключать с третьими лицами договоры неисключительной лицензии. Право предоставлять исключительную лицензию, реализация которого, безусловно, затрагивает всех сопатентообладателей, разумно, напротив, отнести к общей компетенции.

² Для авторских прав, как представляется, ситуация будет обратная, поскольку в Германии принята специфическая, не сходная с российской, унитарная модель авторских прав. Соответственно, ориентироваться в вопросе об оптимальной модели регулирования отношения сообладателей авторских прав более логично на развитые правопорядки, имплементировавшие дуалистическую модель авторских прав, например, США.

лишен права на соответствующую его доле часть доходов (Nutzungen) без его согласия (второе ограничение компетенции большинства).

Согласно первой, в том числе исторически, консервативной, теории любое индивидуальное использование общего изобретения нарушает права других сопатентообладателей и сферы допустимого индивидуального использования в принципе не существует¹. Природа патентного права как исключительного и монопольного подразумевает, что использование охраняемого им изобретения, - если уже так получилось, что оно принадлежит сразу нескольким лицам, - может быть только совместным. Например, немецкий ученый E. Fischer отмечал, что индивидуальным использованием изобретения можно считать только «внутреннее» использование, не предполагающее введения в оборот объектов, в которых оно выражено и в отношении которых, таким образом, распространяется патентная охрана, относя «внешнее» использование к мерам по управлению общим патентным правом по смыслу § 744(1) ГГУ (характеризующемуся наличием «коллективного момента», общих интересов в широком смысле)². При таком и без того узком понимании индивидуального использования ученый считал права других сопатентообладателей в любом случае нарушенными вследствие того, что последние оказываются лишенными «даже теоретической возможности» пользоваться объектами, произведенными с использованием общего изобретения другим сопатентообладателем³. Другой популярный аргумент заключается в том, что любое, в том числе внутреннее, индивидуальное использование общего изобретения, принимая во внимание насыщение рынка производимых на его основе товаров, уменьшает экономическую ценность такого изобретения⁴.

Помимо того, что приведенное консервативное направление не соответствует потребностям оборота, в частности быстрой и эффективной коммерциализации изобретений, и вследствие этого не может быть поддержано никакими политико-правовыми аргументами, оно и с теоретической точки зрения исходит из неточного и вводящего в заблуждение представления о том, что патентным правом охватываются (охраняются) в том числе материальные объекты, созданные с использованием охраняемого им изобретения: патентное право - право на нематериальный объект, и патентно-правовая защита, предоставляемая патентообладателю в связи с извлечением третьими лицами доходов от совершения сделок с товарами (иными материальными объектами), в которых выражено изобретение, не более чем его рефлекс⁵. Кроме

¹ Fischer E. Verwertungsrechte bei Patentgemeinschaften // GRUR. 1977. S. 313; Kisch W. Die Patentgemeinschaft // GRUR. 1952. S. 267.

² Fischer E. Op. cit.

³ Ibid.

⁴ Henke V. Op. cit. S. 137.

⁵ Аналогичная порочная логика используется критиками либеральной теории, ссылающимися на нарушение прав сопатентообладателей, чьи права якобы нарушаются в результате исчерпания прав в отношении товаров, введенных в оборот другими сопатентообладателями.

того, если проводить до конца подобную «вещественную» логику действия патентных прав, придется прийти к неприемлемому с точки зрения единогласного мнения доктрины выводу о том, что они действуют не только в отношении третьих лиц, но и во внутренних отношениях сопатентообладателей¹. Вместе с тем второй аргумент консервативного направления теорий допустимости индивидуального использования общего изобретения заслуживает внимания: утверждается, что «внутреннее» использование общего изобретения (1 вариант) всегда нарушает или (2 вариант) может нарушать права других сопатентообладателей, в связи с чем никакое («тем более внешнее») индивидуальное использование недопустимо. В более слабой формулировке («может нарушать») такая аргументация обоснованна, что видно на примере существенного уменьшения ценности изобретения, относящегося к экономичному и малозатратному способу производства известного лекарства, в результате его применения одним из сопатентообладателей на своем производстве лекарств: поскольку производство более не связано с большими издержками, предложение лекарства быстро растет и цена падает, ухудшая возможности второго сопатентообладателя по коммерциализации общего изобретения².

Все же, однако, хотя более умеренная версия аргументации сама по себе не вызывает вопросов, она оказывается логически не связана с выводом о недопустимости индивидуального использования изобретений: уменьшится экономическая ценность изобретения или нет - вопрос факта, частный случай ответа на который не может быть положен в основу регулятивного решения. Кроме того, даже сильный вариант формулировки аргумента - о неизбежном уменьшении ценности изобретения в результате любого его использования - может приводить к выводу иному, нежели недопустимость по общему правилу индивидуального использования: в частности, немецкий ученый Krasser на основе этого предлагает модель, включающую «сквозную»³ выравнивающую компенсацию.

Отдельного внимания в рамках консервативного направления заслуживает подход В. Людеке, который подробно аргументирует недопустимость признания за отдельным сопатентообладателем права самостоятельного использования общего изобретения. Важно рассмотреть излагаемую им логику, поскольку она имплицитно лежит в основе всех консервативных подходов к допустимости индивидуального использования общего изобретения.

В. Людеке относит вопрос о предоставлении отдельному сопатентообладателю права индивидуального использования общего изобретения к общей компетенции правовой общности,

¹ Henke V. Op. cit. S. 137.

² Ibid.

³ В качестве основания для выплаты которой рассматривается каждый акт использования общего изобретения любым сопатентообладателем.

обосновывая к тому же необходимость единогласного решения¹. Основным аргументом ученого было нарушение в случае признания за каждым из них права индивидуального использования принципа равенства сопатентообладателей², который является частным случаем принципа равенства участников любых правовых общностей и проявляется в виде презумпции равенства долей в общем праве (§ 742 ГГУ) и ограничения возможности лишения соправообладателя его права на соразмерную его доле в праве часть доходов от использования общего имущества без его согласия (абз. 3 § 745 ГГУ). Кроме того, явно делая акцент на совместном использовании общего изобретения как единственном правильном варианте использования (если лица остаются в общности, имея возможность выйти из нее, распорядившись своей долей или потребовав ее прекращения, они соглашаются имплицитно с осуществлением совместной с другими участниками общности использования), ученый указывает на несовместимость права индивидуального использования с природой отношений между участниками правовой общности, включающих элемент ведения общего дела: если сопатентообладатель вправе без согласия других сопатентообладателей, по своей воле использовать общее изобретение, он не должен нести обязанности по выплате в пользу последних части полученных доходов, а также по предоставлению отчетов об осуществленном использовании. Далее, В. Людеке отмечает, что при допущении индивидуального использования общего изобретения без согласия других сопатентообладателей создается основа для нарушения принципа защиты разумных ожиданий, подразумевая имеющуюся у каждого сопатентообладателя возможность в любой момент в результате отчуждения своей доли оставить другого сопатентообладателя один на один с конкурентом - промышленным гигантом, способным за небольшие сроки вытеснить его с рынка и, таким образом, значительно изменить общий объем (и способы) использования изобретения³. Все эти аргументы ученый основывает на постулате о неприменимости абз. 2 § 743 ГГУ к отношениям сопатентообладателей (согласно которому каждый участник общности вправе использовать общий объект, поскольку это не нарушает прав других участников). Вместе с тем еще один аргумент В. Людеке высказывает с опорой на логику данной нормы: неограниченное

¹ Ludecke W. Erfindungsgemeinschaften. De Gruyter, 1962. S. 202 ff. Также ученый поднимает интересный вопрос о допустимости индивидуального использования сопатентообладателем не общего изобретения в целом как технического решения, а своего собственного отдельного вклада в него, приходя к отрицательному ответу: по мнению ученого, сопатентообладатель, выражающий волю на самостоятельное и якобы не требующее согласия других сопатентообладателей использование общего изобретения в части своего вклада в него, противоречит себе, поскольку, с одной стороны, соглашается с тем, что остается участником сообщества сопатентообладателей и, следовательно, обладателем идеальной доли в патентном праве, а с другой - объявляет себя исключительно управомоченным на независимое использование соответствующей реальной части изобретения (см.: Ibid. S. 212).

² Ученый не конкретизирует, какое именно неравенство он считает несправедливым, фактическое или (квази?)юридическое - оба вытекающие из неравенства возможностей по использованию изобретения: ведь юридическое равенство в отношениях сопатентообладателей также можно (ложно) понимать как гарантию получения пропорциональной доле части дохода, получаемого при помощи общего патентного права независимо от того, кто использует изобретение.

³ Ludecke W. Op. cit. S. 213.

индивидуальное использование общего изобретения без согласия других сопатентообладателей само по себе нарушает права других сопатентообладателей, поскольку значение имеет не только сам факт использования, но и его количественные и особенно качественные характеристики, производство некачественных товаров, например, портит репутацию патента в целом и затрагивает правовую позицию других сопатентообладателей.

В. Людке наиболее подробно изложил аргументы консервативного подхода к допустимости индивидуального использования общего изобретения. В целом именно ими оперируют сторонники соответствующего направления. Однако каждый из них может быть подвергнут критике. Так, принцип равенства сообладателей одного субъективного права подразумевает предоставление каждому из них равных правовых возможностей, равного доступа к осуществлению входящих в его содержание правомочий. Конечно, когда мы думаем о патентных правах, большое влияние имеет логика классического вещного права, где сильна идея закрепления за субъектом права (правообладателем) содержащейся в его объекте - вещи - как таковом (экономической) ценности, однако значение признания правопорядком (основанным на принципах рыночной экономики) субъективного права за конкретным субъектом лежит все же не в плоскости гарантирования определенного экономического интереса, а в плоскости создания системы оснований для признания приобретения имущества справедливым в рамках системы справедливости, основанной на исторических принципах. Здесь, конечно, открывается широкое поле для дискуссии, однако глобально речь идет о превалировании принципа формального равенства над принципом равенства материального.

Далее, аргумент о нарушении принципа защиты разумных ожиданий вследствие наличия опасности того, что в любой момент сопатентообладатель путем отчуждения доли поставит на свое место субъекта, обладающего достаточными для нарушения экономических интересов других сопатентообладателей возможностями использования общего изобретения, нельзя воспринимать всерьез, поскольку он исходит из ложной посылки о том, что свобода распоряжения долей является необходимым элементом модели управления общим патентным правом, включающей свободу индивидуального использования. Такой свободы вполне может не быть, она может быть ограничена путем отнесения вопроса распоряжения долями к общей компетенции общности сопатентообладателей либо путем признания за другими сопатентообладателями преимущественного права покупки доли. Кроме того, ожидания субъекта, знакомого с правилами системы, включающими возможность свободного распоряжения своим участием в общностях сопатентообладателей, относительно ее неосуществления в конкретном случае, определенно нельзя назвать разумными. Содержание этого аргумента может быть серьезно воспринято только в смысле неудовлетворительности с политико-правовой точки зрения в целом нормативной модели регулирования управления

общим патентным правом, подразумевающей сочетание свободы индивидуального использования общего изобретения и свободы распоряжения участием в общности сопатентообладателей.

Аргумент о подразумеваемом согласии остающихся в общности сопатентообладателей на исключительно или преимущественно совместное использование общего изобретения не учитывает различия между простой общностью и товариществом, а именно отсутствие оснований для связывания сопатентообладателей непременно обязанностью действовать в общем интересе в результате вменения им такового в силу одного лишь совместного обладания патентом. В настоящее время большинство исследований являются междисциплинарными и связаны с вовлечением как минимум нескольких субъектов. Как уже упоминалось, создание изобретения - вопрос случая, что обусловлено существом содержания такого критерия патентоспособности, как изобретательский уровень, и во множестве ситуаций общность сообладателей права на патент, а затем сопатентообладателей будет отвечать критериям *communio incidens* (случайного сообщества), которому недопустимо вменять единый экономический интерес и общую юридическую цель.

Эти недостатки консервативной теории так или иначе были осознаны немецкой доктриной, в результате чего от нее пришлось отойти. Соответственно, были предложены другие теории, расширяющие сферу индивидуальной свободы отдельного сопатентообладателя в рамках общности.

Так, «дифференцирующие» теории исходят из того, что индивидуальное использование общего изобретения допустимо без согласия других сопатентообладателей, но только в определенных пределах (в виде ограничения по видам использования или по его объему).

Первый вариант установления пределов - признание допустимости только «внутренних» - не связанных с вступлением в отношения с третьими лицами - способов использования изобретения, таких, как осуществление производства на основе материальных объектов (товаров)¹ и их в свою очередь использование², которые не могут нарушать права использования других сопатентообладателей, в отличие от «внешних» способов использования - предложения к продаже и введения товаров, в которых воплощено изобретение, в оборот, которые, сужая рынок, снижают ценность общего монопольного положения и вследствие этого являются недопустимыми без согласия других сопатентообладателей³. Иными словами, в рамках такого подхода «внутренние» способы использования изобретения доступны каждому отдельному сопатентообладателю без согласия остальных сопатентообладателей, поскольку при этом не

¹ Иными словами, воплощение изобретения как нематериального объекта в конкретных материальных объектах.

² Иногда к внутренним способам использования относят еще предложение к продаже.

³ Hubmann H., Gotting H-P. Munhen, 1998. S. 144; цит. по: Henke V. Op. cit. S. 134.

задействуется исключительный характер патентного права и не изменяется совокупный объем «внешнего» использования (объем рынка), тогда как для осуществления «внешних» способов нужно согласие всех сопатентообладателей.

Второй вариант дифференцирующего подхода исходит из ограничения права индивидуального использования общего изобретения путем установления его пределов (момента, когда права других сопатентообладателей являются нарушенными) в виде: 1) момента насыщения рынка, означающего существенное уменьшение его потребительского потенциала, либо возникновения соответствующей угрозы (затрудняющих возможности для других сопатентообладателей прибыльного использования изобретения); 2) момента, начиная с которого другие сопатентообладатели полностью утрачивают возможность получения прибыли при помощи общего изобретения¹; 3) справедливого или соразмерного объема использования².

Как первый, так и второй вариант могут быть подвергнуты критике.

Так, первый подход, если считать само по себе неравенство экономических возможностей сопатентообладателей основанием для корректировки их правового положения, приводит к несправедливым (в рамках названной парадигмы) последствиям: например, сторонники отмечают, что в случае, когда научно-исследовательский институт и завод в результате совместных разработок создали общее изобретение, относящееся к устройству, предназначенному для производства определенной продукции (т.е. для «внутреннего» использования), институт будет «вынужден терпеть» осуществляемое заводом использование, доходы от которого нельзя будет отнести к неосновательному обогащению как полученные в процессе допустимого индивидуального использования общего изобретения³.

Впрочем, даже если отказываться признавать в экономически неравном положении сопатентообладателей нарушение принципа равенства, - что, как представляется, является единственным возможным подходом в рамках понимания равенства как правовой категории, - приходится признать, что применение «дифференцирующей» теории приводит к необоснованной асимметрии в регулировании, таким образом зависимом от такого случайного фактора, как тип изобретения. Такой подход, иными словами, неоправданно дифференцирует сферу допустимого индивидуального использования в зависимости от типа изобретения, констатируя возможность неограниченного осуществления такого использования только применительно к определенным изобретениям, в частности, относящимся к способам (процессам), результаты которых сами по себе не предназначены для введения в оборот, а также к средствам производства. Как отмечает В. Людеке, с одной стороны, если изобретение, будучи

¹ Henke V. Op. cit. S. 138.

² Ludecke W. Op. cit. S. 216.

³ См., например: Ludecke W. Op. cit. S. 210.

воплощенным в материальных носителях, как таковое не может быть введено в оборот, а может быть использовано только «внутренним» способом, как средство некоего производства, которое может осуществляться только на предприятии одного из сопатентообладателей, последний сможет по своему усмотрению использовать общее изобретение, не имея необходимости выговаривать у других сопатентообладателей соответствующее право в обмен на выплату справедливой компенсации. С другой стороны, если общим изобретением является техническое решение, относящееся к способу, осуществление которого непосредственно приводит к получению определенных товаров, право без согласия других сопатентообладателей осуществлять «внутреннее» использование оказывается бессмысленным, поскольку оно не позволяет получить прибыль, возможную лишь в результате введения товаров в оборот, т.е. осуществления «внешнего» использования; если товары являются косвенным результатом использования общего изобретения, относящегося к способу, их введение в оборот уже не охватывается патентным правом в качестве способа использования изобретения: случайный фактор в виде места изобретения в цепочке производства определяет наличие либо отсутствие у отдельного сопатентообладателя права самостоятельно, без согласия остальных сопатентообладателей использовать общее изобретение «внешним» способом¹.

Второй подход к определению границ допустимого (правомерного) индивидуального использования общего изобретения также имеет существенные недостатки. Во-первых, он принимает в качестве исходной посылки то, что патентное право гарантирует своему обладателю получение доходов от использования охраняемого им изобретения. Это является как минимум спорным: патентное право как субъективное частное право не может выходить за рамки задачи построения системы состояний исключенной управомоченности субъектов оборота и оправдывать перераспределение имущества². Это возражение может быть проиллюстрировано указанием на то, что патентная система допускает предоставление охраны в том числе в отношении изобретений, не обладающих экономическим потенциалом³. Во-вторых, такое ограничение права индивидуального использования можно понимать как не совместимое с конструкцией совместного обладания исключительным патентным правом, предполагающей монолитность и неделимость его содержания и не допускающей обрубание позитивного правомочия использования абсолютного характера в каком-то месте⁴; тем более обратное приводило бы к возможности (ранее отвергнутой в процессе исследования) признания сопатентообладателя нарушителем общего права при выходе за пределы его ограниченного

¹ Ibid. S. 218.

² Нозик Р. Анархия, государство и утопия / Пер. с англ. Б. Пинскера; Под ред. Ю. Кузнецова, А. Куряева. М.: ИРИСЭН, 2008. Гл. 7.

³ В этом также проявляется естественно-правовое обоснование исключительных прав.

⁴ Marbach E. Op. cit. S. 158.

содержания (использование за рамками содержания противопоставляется абсолютному праву использования).

В-третьих, предлагаемые в рамках второго подхода критерии очень неопределенны, и соответствие им крайне сложно доказать¹, что делает практически бессмысленной саму идею установления подобного предела допустимого индивидуального использования². Единственный подход к такого вида отграничению допустимого индивидуального использования, лишенный в большей степени недостатка неопределенности, - признание каждого действия по использованию нарушающим права других сопатентообладателей в смысле расходования некоторой единицы экономической ценности изобретения с одновременным отказом считать индивидуальное использование недопустимым как правонарушение и признанием такого использования основанием для выплаты так называемой выравнивающей компенсации³. Однако он построен уже на совершенно ином принципе, не подразумевающим ограничение содержания права индивидуального использования: нарушение в рамках такого подхода нетождественно нарушению в рамках вышеназванных подходов и, по сути, нарушением не является, поскольку каждое действие по использованию не может находиться за границами содержания принадлежащего субъекту права. Такой подход подводит нас ко второму способу согласования осуществления сопатентообладателями индивидуального использования в процессе взаимодействия внутри правовой общности - выравнивающей компенсации, который, впрочем, возможно, приносит с собой больше проблем, чем решает⁴.

Наконец, согласно либеральной теории использование общего изобретения одним из патентообладателей по общему правилу в принципе не может нарушить право использования других сопатентообладателей, поскольку они продолжают оставаться управомоченными на собственное использование и, таким образом, за ними в любом случае сохраняется соответствующая возможность⁵.

Эта позиция ранее критиковалась на том основании, что при определенных способах использования изобретений, в частности, при первой продаже товаров, произведенных на основе соответствующих изобретений, в целях освобождения оборота от неоправданного бремени

¹ Henke V. Op. cit. S. 138 - 139.

² В. Людеке, например, сам признавал, что непонятно, когда использование становится недопустимым: когда затрагиваются теоретические возможности использования изобретения (например, исходя из экономической рентабельности предприятия другого патентообладателя) или только когда создаются препятствия уже осуществляемой другим сопатентообладателем деятельности.

³ Krasser PatR. S. 354. Цит. по: Henke V. Op. cit. S. 139.

⁴ См. далее в разделе об условиях индивидуального использования.

⁵ Krasser PatR. S. 353; Storch. FS Preu. S. 45; Benkard G., Bruchhausen K. § 6 Rn. 35. Цит. по: Henke V. Op. cit.; Grun U.-I. Die rechtliche Stellung von Miterfindern. Hartung-Gorre, 2003. S. 67. Нарушение может быть констатировано, (только) если объем использования - преимущественно произведенной с использованием общего изобретения продукции - превысит определенный объем.

(патентной монополии) происходит исчерпание исключительных патентных прав, имеющее абсолютный эффект и проявляющееся в том числе в изменении правовой сферы другого сопатентообладателя, не участвовавшего в производстве и продаже данных товаров, тем не менее лишаящегося в их отношении своих прав¹.

В настоящее время, однако, эта критика признана полностью несостоятельной. Как уже отмечалось, патентное право в некоторой степени лишь случайным образом отражается на конкретных материальных объектах, в которых выражено охраняемое им изобретение, и если проводить обратную (критикуемую) логику до конца, то патентному праву будет приписано действие против сопатентообладателей, что недопустимо. Таким образом, сейчас немецкие доктрина и судебная практика остановились на либеральном подходе, согласно которому сами по себе действия каждого отдельного сопатентообладателя по использованию общего изобретения не нарушают прав других патентообладателей².

Интересно, кроме того, что и во Франции либеральный подход получил признание и даже законодательное закрепление: в соответствии с п. «а» ст. L613-29 Кодекса интеллектуальной собственности каждому из сообладателей права на изобретение принадлежит право его использования без согласия других соправообладателей, причем в отличие от регулирования Патентного закона 1968 г. данное положение, появившееся в результате реформы 1978 г., не ограничивает право индивидуального использования размером доли в общем праве: идея возможности деления (объема) использования нематериального объекта на доли вполне обоснованно (как минимум непонятны критерии определения соразмерного доле использования; смотрите далее о пределах индивидуального использования) французами была отвергнута³. Аналогичным образом, кроме того, § 262 Свода законов США закрепляет неограниченное право каждого сопатентообладателя использовать общее изобретение.

Либеральный подход к праву индивидуального использования, таким образом, воспринят в ведущих зарубежных правовых порядках и, кроме того, нашел отражение в п. 3 ст. 1229 отечественного Гражданского кодекса. Аналогичную позицию по анализируемому вопросу занимают и представители российской доктрины: так, В.В. Гришечкин в своей работе, посвященной множественности управомоченных лиц в абсолютных отношениях, говоря об ограничении интересов сообладателей исключительного права, выступающих против определенного способа использования общего результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, которое может возникать в результате осуществления другим

¹ Fischer E. Op. cit.

² См., например: Henke V. Op. cit.; Grun U.-I. Op. cit.

³ Таким образом, независимо от размера доли в праве на изобретение каждый из его сообладателей может использовать последнее в неограниченном размере и самостоятельно несет связанные с этим расходы. См.: Huhnerbein N. Rechtsvergleichende Untersuchung der Miterfinderschaft. Herbert Utz, 2004. S. 132 - 133.

сообладателем закрепленного в п. 3 ст. 1229 ГК РФ (неограниченного) права самостоятельного использования, отмечает, что оно «не является чрезмерным, поскольку учитывает специфическую природу результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации», связывая это с тем, что «объекты интеллектуальной собственности, сами по себе являясь оборотоспособными, обладают значительной экономической ценностью», а также с тем, что «закон призван обеспечить любому из участников правовой общности возможность осуществить правомочие использования самостоятельно. В противном случае отсутствие соглашения между обладателями совместного исключительного права парализует вовлечение в гражданский оборот объекта интеллектуальных прав...»¹.

С моей точки зрения, данный подход заслуживает поддержки, однако все же помимо ссылки на опыт других право порядков требует некоторого дополнительного обоснования.

На первый взгляд кажется, что обоснованием признания за каждым из сопатентообладателей права индивидуального использования общего изобретения без согласия других сопатентообладателей являются моменты, относящиеся к конструкции патентного права как исключительного права: абсолютный характер позитивного элемента структуры патентного права (дозволения), действующий в том числе «внутри» общности, против других сопатентообладателей, и связанная с ним недопустимость признания сопатентообладателя нарушителем патентного права, в котором он участвует. Следуя этой логике, например, необходимость признания права на индивидуальное использование из монопольной природы исключительного патентного права выводит Е. Марбах². Подобный догматический аргумент, хотя и отражает часть действительного обоснования, на самом деле, однако, не совсем верен. Так, настораживает, что такой апологет консервативной теории, относящей вопрос индивидуального использования к общей компетенции всех сопатентообладателей (причем с установлением требования единогласия), как В. Людеке, неоднократно отмечает, что нарушение сопатентообладателем установленного соглашением порядка использования не может быть признано нарушением общего патента³. Тем самым, очевидно, что ученый не оспаривает разделяемую нами конструкцию структуры патентного права.

Это заставляет обратиться к такому нередко высказываемому в доктрине аргументу, как то, что изобретение является экономическим благом, представляет некую ценность только постольку, поскольку оно используется⁴. Однако этот аргумент хотя и позволяет осветить важный аспект действительного положения дел, вместе с тем, как обоснованно отмечает Ф.

¹ Гришечкин В.В. Указ. соч.

² Marbach E. Op. cit. S. 154 - 155.

³ Ludecke W. Op. cit. S. 216.

⁴ Henke V. Op. cit. S. 237.

Хенке, не является в полной мере убедительным, поскольку на самом деле изобретение делает экономическим благом не собственное индивидуальное использование его сопатентообладателем, а наличие защищенной правом возможности такого использования: если на крайне выгодных условиях заключен договор исключительной лицензии, сложно сказать, что тем самым нарушается право лишенного возможности самостоятельного использования сопатентообладателя на экономическую ценность (соразмерную его доле в патентном праве ее часть) изобретения. К тому же признание значительной ценности за фактическим использованием изобретения не предрешает вопроса о том, кто должен/вправе его осуществлять.

Несмотря на свои недостатки, этот аргумент звучит более убедительно, чем первый догматический, поскольку косвенно затрагивает значимые политико-правовые соображения. Действительным обоснованием признания за каждым из сопатентообладателей права индивидуального использования общего изобретения без согласия других сопатентообладателей являются лежащие в основе патентно-правовой системы западной модели принципы и цели: патентное право должно и в том случае, когда оно принадлежит нескольким лицам, для каждого из них выполнять функцию стимулирования к изобретательской деятельности, в связи с чем, насколько это возможно, обеспечивать монопольное положение и возможность своими действиями получать доходы¹. Существо патентной охраны состоит не в достижении максимально эффективного использования изобретения, которое, возможно, может быть реализовано только вследствие организации совместных согласованных действий, а в гарантировании права индивидуального использования для каждого лица, обладающего (в том числе в доле) патентным правом. Признание по анализируемому вопросу общей компетенции (неважно, в связке с принципом единогласия или большинства) легко может привести к блокированию самостоятельного использования общего изобретения сопатентообладателем (возможно, подготовленного с несением значительных расходов), что не соответствует целям и базовым принципам патентного права².

Наконец, защищаемое решение соответствует общему принципу, что в основе любой правовой общности должна лежать идея, согласно которой правообладатели могут свободно осуществлять указанные правомочия по отношению к общему объекту, не создавая друг другу и третьим лицам препятствий³ и которая находит отражение даже в праве общей долевой собственности, когда общая вещь допускает одновременное пользование всеми сособственниками. Как отмечала М.В. Зимелева, еще в римском праве, несмотря на понимание того, что по общему правилу пользование общей вещью не может осуществляться по долям,

¹ Henke V. Op. cit. S. 237.

² Marbach E. Op. cit. S. 155.

³ Гришечкин В.В. Указ. соч. Другой вопрос, что такое свободное осуществление порождает трагедию общин.

«пользование такими вещами, как портик, купальня, поляна, мог осуществлять каждый сособственник полностью по тем же соображениям, что "мне не придется меньше пользоваться от того, что и другой пользуется»¹.

С учетом сказанного, а также принимая во внимание ограниченный срок действия патентных прав, вытекает необходимость обеспечить для каждого сопатентообладателя возможность с самого начала действия патента без помех в виде необходимости преодолевать запрет² индивидуального использования при помощи получения разрешения других сопатентообладателей и в случае неудачи выплачивать соответствующие убытки осуществлять самостоятельное использование общего изобретения.

Вместе с тем признание и обоснование права индивидуального использования каждым сопатентообладателем общего изобретения не являются полными без рассмотрения пределов и условий такого использования, в первую очередь вопроса о необходимости выплаты осуществляющим самостоятельное использование сопатентообладателем в пользу других сопатентообладателей так называемой выравнивающей компенсации.

Условия индивидуального использования. Выравнивающая компенсация. Признание права каждого отдельного сопатентообладателя без согласия других сопатентообладателей использовать общее изобретение является недостаточным для понимания общей картины правового положения сопатентообладателя при отсутствии знания о его условиях и границах, а также о месте в системе сдержек и противовесов регулирования управления общим патентным правом в целом. Само анализируемое право было обосновано со ссылкой на стимулирующую функцию патентной системы, т.е. при помощи политико-правового аргумента. Вместе с тем любое соображение из политико-правовой сферы должно быть вписано в общую логику регулирования и соответствовать принципам права.

Правовым принципом является то, что сообладатели общего права должны учитывать интересы друг друга в несколько большей степени, нежели обычные участники оборота, а также то, что каждый из них вправе пользоваться объектом общего права в пределах, не стесняющих аналогичных прав других участников. Абсолютный характер общего права претерпевает метаморфозы, связанные с противоречием между свойственной ему функцией обеспечения для своего обладателя юридического господства над охраняемым объектом (и устранения от него всех третьих лиц) и множественностью соуправомоченных лиц. Иными словами, осуществление вытекающих из позиций соправообладателей возможностей должно быть взаимно согласовано. Соответственно, встает вопрос о существовании и характере пределов и условий

¹ Зимелева М.В. Указ. соч.

² Хотя и не имеющий абсолютного характера.

индивидуального использования исключительного патентного права отдельным сопатентообладателем, т.е. о конкретизации обстоятельств, при которых права других сопатентообладателей могут считаться нарушенными, либо констатации невозможности подобной ситуации. Попытки установления пределов, в рамках которых индивидуальное использование общего изобретения является допустимым, как было показано выше, являются по большей части неудачными. В связи с этим существует потребность в нахождении иных вариантов согласования интересов участников анализируемой специфической правовой общности. Основным таким вариантом является установление обязанности осуществляющего использование общего изобретения сопатентообладателя выплачивать соразмерную (справедливую) компенсацию в пользу другого сопатентообладателя, или так называемый институт выравнивающей компенсации, известный французскому патентному праву еще с конца XIX - начала XX в.¹

Главная идея, лежащая в основе института выравнивающей компенсации, - обеспечение принципа равенства сопатентообладателей в условиях их различных возможностей и способностей к использованию общего изобретения - по своей природе это квазидоговорное требование, возникающее из внутренних отношений сопатентообладателей: кондикционным (по крайней мере, в рамках либерального подхода к признанию права индивидуального использования) его сложно признать ввиду того, что получаемые в результате использования отдельным сопатентообладателем общего изобретения доходы являются основательным обогащением в том смысле, что причитаются ему в соответствии с содержанием его исключительной управомоченности. Признание осуществляющего использование общего изобретения сопатентообладателя обязанным к выплате выравнивающей компенсации в пользу других сопатентообладателей - (*) безусловно или (*) в случаях, когда последние не имеют возможностей индивидуального использования, - позволяет в патерналистских континентальных правовых порядках обосновать и допустить неограниченное по объему индивидуальное использование.

Вместе с тем данный институт является очень противоречивым: преследуя цель установления фактического равенства сопатентообладателей, он во многом является антиправовым по своей сути, особенно если применяются неадекватные способы определения размера такой компенсации, и, кроме того, нежелательным с политико-правовой точки зрения как серьезно подрывающий стимулы сопатентообладателей к осуществлению индивидуального использования общего изобретения.

¹ Пилленко А.А. Указ. соч. С. 27 - 28.

Интересно, что в США свободное и ничем не обусловленное, в том числе выплатой выравнивающей компенсации, использование патентного права каждым сопатентообладателем является определенным принципом, который последовательно реализуется в судебной практике и обосновывается в доктрине при помощи теории игр.

Так, R. Merges иллюстрирует недопустимость признания института выравнивающей компенсации при помощи следующего примера: в правопорядке, который предусматривает обязанность каждого осуществляющего самостоятельное использование общего изобретения сопатентообладателя выплачивать компенсацию в пользу сопатентообладателей, не осуществляющих такого использования, в размере половины полученной прибыли, два сопатентообладателя, каждому из которых принадлежит 50%-ная доля в одном патентном праве, должны принять решение о начале самостоятельного использования изобретения. Максимальный возможный размер доходов от использования изобретения - 20, необходимые для этого издержки - 12, максимальная прибыль - независимо от того, сколько лиц используют изобретение, - 8. Если оба сопатентообладателя примут решение в пользу использования, каждый получит прибыль в размере 4. Если оба примут решение воздержаться от использования, то сэкономят на издержках и получат по 3 в результате их инвестирования другим способом. Если же один сопатентообладатель будет использовать изобретение, а другой - нет, первый получит 4, а второй - 7 (половина прибыли первого и доходы от инвестиций), и наоборот. Таким образом, делает вывод американский ученый, институт компенсации в рамках регулирования отношений патентообладателей выстраивает их по модели игры «кто первый струсит» (game of chicken), в которой, с одной стороны, выигрывает тот, кто не отступил от определенной линии поведения, когда противник отступил, а с другой - оба участника проигрывают, если в конце концов оба не отступят. Ведь активный сопатентообладатель проигрывает, будучи обязанным отдать половину прибыли пассивному, в то время как последний, наоборот, выигрывает, получая компенсацию и сохраняя средства, которые были бы потрачены на покрытие издержек, связанных с использованием. Иными словами, обязанность использующего общее изобретение сопатентообладателя выплачивать компенсацию в пользу не использующего сопатентообладателя устраняет стимулы к самостоятельному использованию изобретений, что является одной из важнейших задач патентного права.

Возвращаясь к проблеме обоснования института выравнивающей компенсации, следует отметить, что немецкий ученый Ф. Хенке предпринял достаточно убедительную попытку опровержения выводов о ее дестимулирующем действии, апологетом которого является R. Merges. Во-первых, как отметил Ф. Хенке, модель американского ученого является чрезмерно упрощенной в том смысле, что ее правила неточны, поскольку не учитывают дифференциацию (*) доходов, обусловленных монопольным положением, и (*) доходов, полученных в результате

приложения особых специальных усилий, для целей определения размера компенсации. Во-вторых, модель не учитывает возможность переговоров между сопатентообладателями как участниками игры и то, что собирающийся использовать изобретение сопатентообладатель может выговорить себе вознаграждение за проигрыш в игре, требование о выплате которого может быть зачтено против требования к нему о выплате компенсации. В-третьих, модель не является стабильной, поскольку ни для одного из игроков нет доминантной стратегии, которой можно было бы придерживаться независимо от стратегии, выбранной другим игроком. Соответственно, равновесие по Нэшу достигается в нежелательных с экономической точки зрения и кажущихся несправедливыми точках (когда один сопатентообладатель использует общее изобретение и платит в пользу второго компенсацию, а второй не использует изобретение, но получает почти в два раза больший доход)¹.

Исправляя недостатки модели американского ученого, Ф. Хенке переформулирует условия игры сопатентообладателей, чтобы обосновать предлагаемую им модель регулирования соответствующих отношений, одним из важнейших элементов которой является обязанность выплачивать компенсацию в связи с использованием общего изобретения. Условия корректируются так, что каждый сопатентообладатель может получить дополнительно к 8 единицам прибыли, приходящейся на обоих осуществляющих использование сопатентообладателей, 4 единицы, обусловленные приложением специальных усилий. В таком случае, если оба сопатентообладателя примут решение об использовании изобретения и приложат для этого некоторые дополнительные усилия, каждый из них получит по 8; если только один, он также получит 8 (8 единиц прибыли, «имманентной изобретению», 4 из которых пойдут на выплату компенсации и 4 - единицы прибыли, обусловленные личными усилиями, не подлежащие разделу), а не использующий - 7. Соответственно, при таких условиях игры, которые соответствуют лежащим в основе модели Ф. Хенке постулатам, компенсация как способ пропорционального распределения между сопатентообладателями доходов, которые обусловлены исключительно общим монопольным положением, не устраняет стимулы к осуществлению индивидуального использования изобретения. Однако при этом все же необходимо, чтобы размер компенсации не превышал половину от разницы между (1) величиной всех доходов от использования изобретения, включая полученные вследствие дополнительных усилий, и (2) величиной доходов от альтернативного инвестирования денежных средств, которое предпринимается пассивным сопатентообладателем вместо того, чтобы направить их на покрытие издержек, связанных с использованием изобретения².

¹ Henke V. Op. cit. S. 235 ff.

² Henke V. Op. cit. S. 255.

Таким образом, институт выравнивающей - особенно «сквозной», выплачиваемой в связи с любым индивидуальным использованием - компенсации является достаточно спорным, и построенные на основе теории игр модели, как видно, с трудом вносят ясность в вопрос о его целесообразности. Больше всего смущает даже не его дестимулирующее значение в отношении самостоятельного использования общего изобретения каждым отдельным сопатентообладателем, а лежащая (возможно) в его основе неправомерная идея обеспечения фактического равенства.

С другой стороны, возможно, обоснование выравнивающей компенсации лежит в той же плоскости, что и признаваемое древнеримскими юристами право сособственника земли, не участвовавшего в посеве, на пропорциональную его доле часть урожая¹, поскольку последний приобретает не по праву семян, а по праву почвы. В таком случае выглядит обоснованным предложение Ф. Хенке признавать обязанность по выплате выравнивающей компенсации только с части прибыли, находящейся в причинно-следственной связи исключительно с (общим) монопольным положением, «освобождая» от раздела другую часть, обусловленную персональными усилиями осуществлявшего индивидуальное использование сопатентообладателя.

В сущности институт выравнивающей компенсации в некотором смысле делает любое использование принадлежащего нескольким лицам изобретения совместным (постольку, поскольку принуждает к делению доходов от использования пропорционально долям), в связи с чем, учитывая важность разграничения общностей, основанных на объединении имущества, и общностей, основанных на объединении имущества и деятельности², на данном этапе представляется правильным относиться к институту выравнивающей компенсации в ее имманентном любому индивидуальному использованию варианте с осторожностью. Более обоснованным представляется вариант ситуативной выравнивающей компенсации, право на которую возникает по решению суда об установлении справедливого порядка использования общего изобретения³.

¹ Зимелева М.В. Указ. соч.

² Пахомова Н.Н. Основы теории корпоративных отношений (правовой аспект). Екатеринбург: Налоги и финансовое право. 2004. СПС «КонсультантПлюс».

³ Мыслимой является система, в которой по умолчанию обязанности по выплате выравнивающей компенсации нет и право неограниченного индивидуального использования общего изобретения уравнивается при помощи других механизмов. К таким механизмам в первую очередь относится право отдельного сопатентообладателя потребовать от суда установления справедливого порядка использования общего изобретения, в результате осуществления которого суд может установить порядок, включающий право на компенсацию от осуществляющего индивидуальное использование сопатентообладателя (возможно, в сочетании с ограничением или расширением свободы распоряжения долей путем установления требования согласия других сопатентообладателей (большинства или единогласного)) или преимущественное право покупки, а также право каждого сопатентообладателя потребовать прекращения общности в праве или исключения другого сопатентообладателя. В системе, в которой у сопатентообладателей есть право потребовать в судебном порядке установления справедливого порядка использования общего изобретения, возникает самостоятельная проблема критериев, которые должен использовать

Оптимальная модель регулирования отношений в правовой общности сопатентообладателей. Мы попытались кратко рассмотреть основные проблемы регулирования отношений сопатентообладателей с точки зрения задачи выработки оптимальной модели координации индивидуальных интересов сопатентообладателей внутри образуемой ими правовой общности. Вместе с тем, конечно, следует помнить, что решение данной задачи заключается в нахождении оптимальной комбинации множества других прав, характеризующих правовое положение каждого из сопатентообладателей (закрывающих как в возможности осуществления правомочий общего абсолютного права, так и в возможности предъявления притязаний обязательственного характера к другим сопатентообладателям): права на свободное распоряжение долями, права на заключение лицензионных договоров с третьими лицами, права требовать в суде установления справедливого порядка использования общего изобретения, права преимущественной покупки доли собирающегося ее отчудить сопатентообладателя, права без согласия других сопатентообладателей принимать меры, необходимые для сохранения общего патентного права, права на учет голоса при принятии решения о существенном изменении судьбы патентного права и об ограничении права на соразмерную выравнивающую компенсацию и др. Удачное сочетание таких прав в виде системы сдержек и противовесов может обеспечить продуктивное и эффективное функционирование общности сопатентообладателей и в принципе достижение целей предоставления правопорядком патентно-правовой охраны за счет разграничения сфер общей и индивидуальной компетенции при принятии решений о порядке управления и предоставления патентообладателям средств давления для обеспечения их личных интересов. Таких моделей может быть построено целое множество, которое можно последовательно расположить на воображаемой шкале между так называемыми «индивидуалистической» и «коллективистской» базовыми моделями¹.

В основе «индивидуалистического полюса» регулирования лежит идея о том, что сопатентообладатели связываются в рамках образуемой ими общности не теснее, чем этого требует простой факт совместного обладания правом, в связи с чем управление общим патентным правом осуществляется в первую очередь самостоятельно каждым сопатентообладателем за свой счёт; каждый из сопатентообладателей вправе в любой момент требовать прекращения отношений по поводу совместного обладания общим правом и свободно распоряжается своим участием в общем праве; единогласие при принятии решений требуется только в исключительных случаях.

суд при решении вопроса о целесообразности установления в пользу того или иного сопатентообладателя права на выравнивающую компенсацию и размере последней.

¹ Хенке Ф. Указ. соч. С. 235.

«Коллективистский полюс» базируется или на консервативной идее о том, что существо патентного права составляет обеспечение возможности *монопольного* использования изобретения и поэтому оно догматически не может обеспечить самостоятельное использование для нескольких сопатентообладателей, либо на более либеральном представлении, согласно которому изобретение, принадлежащее одновременно нескольким лицам, по своей сути только тогда может эффективно использоваться, когда все меры по управлению правом на него согласованы между собой, что невозможно, если сопатентообладатели будут действовать независимо друг от друга. Соответственно, в рамках второго подхода сопатентообладатели не имеют права индивидуального независимого использования общего изобретения; право распоряжения долями ограничено настолько это возможно; все решения по поводу порядка использования общего изобретения принимаются единогласно.

Индивидуалистическое регулирование, помимо позитивных черт, таких, например, как предотвращение проблемы блокирования возможности использования изобретения отдельным сопатентообладателем путем недопущения дедлоков, обладает и негативными чертами. В частности, не в полной мере учитываются особенности патентного права: *взаимозависимость результатов индивидуального использования изобретения сопатентообладателями*; одновременное наличие права самостоятельного использования изобретения и свободы распоряжения долями создает угрозу потери стоимости общего права; слабый сопатентообладатель, не имеющий возможностей самостоятельно использовать общее изобретение, располагает незначительными средствами обеспечения своих интересов: доля в праве, в котором также участвует экономически сильный субъект, имеет низкую рыночную стоимость; наконец, слабый сопатентообладатель лишается стимула к кооперации с сильным сопатентообладателем¹.

Коллективистская модель позволяет учесть такую важнейшую особенность отношений совместного обладания патентным правом, как допустимость индивидуального извлечения при помощи общего права доходов только в тех пределах, в которых это не приводит к уменьшению стоимости (ценности) соответствующего права. Ее недостатки заключаются, прежде всего, в

¹ Варианты «индивидуалистической» модели являются в частности, американская, в рамках которой каждый сопатентообладатель вправе и в любом объеме безусловно использовать общее изобретение, а также предоставлять право использования третьим лицам (что обеспечивается в том числе правилом о необходимости участия всех сопатентообладателей вместе в качестве истцов по иску о нарушении (общего) патентного права); принципиальное отсутствие обязанности по выплате выравнивающей компенсации в пользу других сопатентообладателей; свобода распоряжения долями, а также предложенная американским ученым Робертом Мерджемсом (Robert Merges) скорректированная американская модель: каждый сопатентообладатель вправе самостоятельно в неограниченном объеме использовать общее изобретение, а также предоставлять соответствующие права третьим лицам, однако на отчуждение доли (части доли) необходимо согласие других сопатентообладателей (во избежание истощения ценности общего патента).

создании условий для блокирования использования изобретения в течение неопределенного срока.

Обе модели подходят к решению проблемы оптимального регулирования внутренних отношений сопатентообладателей с противоположных позиций и приводят к установлению различного вида балансов. При этом интересно, что обе модели в целом позволяют приходить к сходным последствиям. Так, и коллективистская, и индивидуалистическая модели предоставляют экономически слабым сопатентообладателям «средства давления», позволяющие отстаивать их интересы в условиях наличия у другого сопатентообладателя (других сопатентообладателей) значительного экономического потенциала: в первом случае это – возможность в любое время потребовать прекращения общности в патентном праве и свободно распоряжаться своей долей в нем, в частности, продать конкуренту другого сопатентообладателя, во втором – право вето в отношении использования. В обоих случаях позиции сильного и слабого сопатентообладателей уравновешены, и даже если при конкретных обстоятельствах названные средства давления будут отсутствовать или окажутся практически неэффективными, ни одну из моделей нельзя упрекнуть в изначальной несправедливости.

Напротив, смешение элементов описанных моделей приводит к разбалансировке механизмов взаимной защиты сосуществующих во внутренних отношениях сопатентообладателей интересов: изначальное право каждого сопатентообладателя на индивидуальное использование общего изобретения, соединенное с отсутствием возможности свободного и независимого распоряжения своим участием в общности лишает слабую сторону какой бы то ни было защиты, и наоборот, сочетание требования единогласия для принятия решения о предоставлении кому-либо из сопатентообладателей права индивидуального использования и возможности отчуждения доли в патентном праве неоправданным образом удваивает количество средств воздействия экономически слабого сопатентообладателя на стратегию поведения сильного.

В связи с этим представляется логичным вывод о необходимости совершения выбора между двумя описанными моделями. Соответственно, встаёт вопрос о том, в пользу которой из них стоит сделать выбор – с учетом того, что в рамках каждой из них установлено определенное нейтральное (не предпочитающее интересы ни экономически слабого, ни экономически сильного сопатентообладателя) равновесие разнонаправленных интересов. Так, если изобретение является «специфическим» техническим решением, которое может экономически эффективно использоваться только в деятельности сильного сопатентообладателя, для последнего будет более выгодной индивидуалистическая модель, поскольку за счет специфики изобретения предоставляемые слабому сопатентообладателю средства защиты - в частности, право продать долю – окажутся неэффективными (вероятность продажи доли конкуренту сильного сопатентообладателя в данном случае минимальна). Напротив, если общее изобретение может

быть использовано широким кругом участников оборота, сильному сопатентообладателю выгоднее коллективистская модель, предоставляющая ему право блокировать продажу доли слабым сопатентообладателям, заключения им лицензионных договоров и др. Соответственно, выбор между моделями – выбор во многом политико-правовой.

Вместе с тем все-таки *коллективистскую модель следует признать менее удовлетворительной, нежели индивидуалистическую*. Во-первых, сложно найти убедительное обоснование ограничения компетенции большинства в пользу принципа единогласия (в целях защиты интересов меньшинства): единственным заслуживающим внимания аргументом может являться ссылка на существование личных неимущественных прав соизобретателей, однако такие права, во-первых, защищают не только меньшинство, но и большинство сопатентообладателей, а, во-вторых, по своему значению находятся в подчиненном по отношению к имущественным правам положении. Во-вторых, коллективистская модель не соответствует принципам, лежащим в основе современных патентных систем (западного образца), которые так конструируют исключительное патентное право, что для него *использование его объекта (изобретения) является главной функцией и назначением, а не простым отражением содержания, как это имеет место в вещных правах*.

Таким образом, хотя, возможно, совместное использование общего изобретения сообладателями патентного права на него и является более эффективным, нежели индивидуальное, однако последнее все же не является невозможным, из чего следует недопустимость оформления отношений сопатентообладателей по модели совместной собственности, не позволяющей отдельному ее участнику без согласия остальных участников использовать общее имущество. Это подтверждает и опыт других правовых порядков, которые – кроме Японии – все исходят из возможности для отдельного сопатентообладателя самостоятельного использования общего изобретения без согласия других сопатентообладателей.

В результате проведенного анализа представляется возможным предложить модель регулирования управления общим патентным правом, которая может быть описана при помощи следующих принципов (положений):

1. Каждый сопатентообладатель имеет право неограниченного индивидуального использования общего изобретения, а также право заключать с третьими лицами договоры неисключительной лицензии. Эти права не могут быть ограничены и отняты решением (большинства) других сопатентообладателей без согласия соответствующего сопатентообладателя.

2. Право каждого сопатентообладателя на распоряжение своей долей (а также частью доли) ограничено преимущественным правом покупки других сопатентообладателей.

3. Каждый сопатентообладатель вправе потребовать установления в судебном порядке соответствующего интересам всех сопатентообладателей порядка использования общего изобретения.

4. Регулирование вопросов *текущего управления* относится к компетенции большинства; остальные вопросы, принятие решения по которым влечет существенное изменение в правовом положении общности в целом (прекращение патентной охраны, изменение размера долей, отчуждение патентного права или передача его в залог) решаются единогласно. Право отдельного сопатентообладателя на пропорциональную его доле часть доходов от совместного использования не может быть ограничено без его согласия.

5. Каждый сопатентообладатель вправе принимать меры, направленные на поддержание патента в силе и осуществлять защиту общего права.

На основе описанной модели регулирования отношений сопатентообладателей можно было бы предложить следующие изменения в текст Законопроекта:

1. Предусмотреть, что право *индивидуального* использования общего изобретения и право на пропорциональную доле сопатентообладателя часть доходов от *совместного* использования не может быть ограничено и отнято решением (большинства) других сопатентообладателей без согласия соответствующего сопатентообладателя.

2. Предусмотреть, что в отсутствие в соглашении о выделении долей в исключительном патентном праве каждый сопатентообладатель вправе распоряжаться своей долей по своему усмотрению (без согласия других сопатентообладателей), в том числе отчуждать долю, отдавать ее в залог, вносить в качестве вклада в простое товарищество либо уставный капитал юридического лица или предоставлять третьим лицам неисключительную лицензию.

В отношении второго из предлагаемых изменений отметим, что нашедшие отражение в Законопроекте альтернативы, относящиеся к более консервативной модели регулирования отношений сопатентообладателей, теоретически могут рассматриваться как приемлемые. Вместе с тем концептуальные возражения, описанные выше при анализе аргументов сторонников консервативной модели, необходимо также упомянуть. Законопроект, с одной стороны, наделяет каждого из сопатентообладателей правом неограниченного индивидуального использования общего изобретения, тогда как с другой стороны требует по общему правилу согласия других сопатентообладателей (точечного на конкретное распоряжение или генерализированное на утверждение порядка управления общим правом, в рамках которого сопатентообладатели (или данный конкретный сопатентообладатель) будут вправе осуществлять распоряжение своей долей без согласия остальных). Вместе с тем, с другой стороны, как показано выше, граница между

самостоятельным использованием и распоряжением крайне зыбкая, если вообще возможным образом проведена. В соответствии с этим, подобное регулирование будет создавать возможности для обхода ограничений распоряжения, что ставит под сомнение выбранной законодателем консервативной модели.

§ 2.2 Индивидуальное использование общего нематериального объекта: авторские права

Казалось бы, все проанализированные выше аргументы относительно допустимости и эффективности индивидуального использования объектов общих патентных прав применимы и к сообладанию авторскими правами. Это следует из общей нематериальной природы объектов авторских и патентных прав, диктующей логику организации их использования, и артикулируется в научной литературе, посвященной вопросам сообладания авторскими правами¹.

Вместе с тем, как будет показано ниже, существуют определенные основания для несколько отличного регулирования индивидуального использования в рамках сообладания авторскими правами. Исследуем их далее применительно к предлагаемым Законопроектом в рассматриваемом направлении нормам.

В действующем регулировании отношений по поводу сообладания исключительными правами, которое может быть сведено к (1) возможности каждого соправообладателя *использовать* общий результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, а также *принимать меры по его защите* по своему усмотрению и без согласия других соправообладателей и к (2) правилу совместного (по взаимному согласию всех соправообладателей) распоряжения общим исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, отсутствуют полноценные специальные нормы для отдельных видов интеллектуальных прав. Авторские права при этом можно считать счастливым исключением: особенные для них положения закреплены в статье 1258 ГК РФ и выражаются в нижеследующих постулатах:

1. Произведение, созданное в соавторстве, *используется соавторами совместно*, если соглашением между ними не предусмотрено иное, при этом ни один из соавторов не вправе без достаточных оснований запретить использование такого произведения, если произведение образует неразрывное целое.

2. При раздельном соавторстве *каждый из соавторов вправе самостоятельно использовать созданную им часть общего произведения* независимо от других частей.

¹ См., например: Rothstein J.K. Unilateral Settlements and Retroactive Transfers: A Problem of Copyright Co-Ownership, 157 // University of Pennsylvania Law Review. 2009. Vol. 157. № 3. 881. P. 909; Marbach E. Rechtsgemeinschaften an Immaterialgutern: dargestellt am Beispiel von Erfinder- und Urhebergemeinschaften. Stampfli, 1987. P. 38-41.

Приведенные нормы, однако, рассчитаны на регулирование отношений *соавторов как первоначальных обладателей авторских прав и не относятся к отношениям производных соправообладателей* (наследников, приобретателей прав по договору с соавторами и т.д.). На практике подобное расщепление регулирования приводит суды к выводу о применении к отношениям производных сообладателей авторских прав общего правила п.3 ст. 1229 ГК РФ допустимости самостоятельного индивидуального использования общего произведения каждым из соправообладателей в отсутствие согласия на это остальных¹.

Что предлагает Законопроект в части уточнения и усовершенствования регулирования отношений сообладателей авторских прав?

Во-первых, Законопроект сохраняет центральную норму режима регулирования отношений сообладателей авторских прав – п. 2 ст. 1258 ГК РФ – допускающую по общему правилу только совместное использование общего произведения (и запрещающую использование индивидуальное без предварительного согласия других соправообладателей).

Во-вторых, Законопроект допускает возможность выделения долей в исключительных правах. Статью 1229 ГК РФ предлагается дополнить п. 3.1, согласно которому *каждый соправообладатель вправе распоряжаться своей долей в исключительном праве путем отчуждения ее третьему лицу (в том числе внесения в уставный капитал юридического лица, внесения в качестве вклада в простое товарищество), передачи в залог с согласия всех остальных правообладателей, если иное не предусмотрено соглашением правообладателей*.

При этом к договору об отчуждении доли в исключительном праве применяются правила о договоре отчуждения исключительного права (п. 3 ст. 1 Законопроекта).

Кроме того, в отношении долей предусмотрен иммунитет от обращения взыскания, если соправообладатель является автором или наследником, и обращение взыскания не происходит во исполнение договора залога, который заключен таким автором или таким наследником и предметом которого является указанное в договоре и принадлежащее автору (наследнику) исключительное право на *конкретный результат* интеллектуальной деятельности² (пп. в п. 1 ст. 1 Законопроекта).

В-третьих, Законопроект конкретизирует правило о совместном распоряжении правом на произведение путем отнесения к нему открытых и публичных лицензий (ст. 1286.1 и п. 5 ст. 1233 ГК РФ соответственно). Для такого распоряжения общим авторским правом потребуются согласие всех соправообладателей. (п. 4 ст. 1 Законопроекта).

¹ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 07.04.2022 № С01-314/2022 по делу № А14-6962/2021 // СПС «Консультант Плюс».

² Кроме того, согласно Законопроекту, обращение взыскания на исключительное право или долю в исключительном праве допускается лишь при недостаточности любого иного имущества правообладателя для покрытия долгов.

В-четвертых, Законопроект пытается восполнить пробелы и неясности касательно регулирования отношений сообладателей авторских прав, не являющихся соавторами: согласно абз. 3 п. 3 ст. 1258 ГК РФ в редакции Законопроекта все вышеприведенные правила применяются также в случае, если исключительное право на произведение принадлежит совместно соавторам и другим лицам (наследникам соавторов или иным правопреемникам) или если исключительное право на произведение принадлежит нескольким правообладателям, ни один из которых не является автором данного произведения (п. 4 ст. 1 Законопроекта).

В-пятых, Законопроект предусматривает дополнение статьи 1229 Кодекса п. 3.2, согласно которому споры между соправообладателями, возникающие в связи с принадлежащим им совместно исключительным правом (в частности, о порядке использования результата интеллектуальной деятельности, распоряжения исключительным правом, распределения доходов и расходов) подлежат разрешению в суде. Данная норма, насколько видно из замысла авторов Законопроекта, подлежит применению и к отношениям сообладателей авторских прав (пп. б п. 1 ст. 1 Законопроекта).

Предлагаемое Законопроектом регулирование отношений сообладателей авторских прав в целом, на наш взгляд, заслуживает поддержки. Вместе с тем важно проанализировать, верный ли курс выбрал законодатель, сохранив запрет индивидуального использования совместных произведений вопреки общему «либеральному» правилу п. 3 ст. 1229, одновременно допустив возможность выделения долей в авторских правах, и не упустил ли каких-то моментов, которые было бы целесообразно отразить в Кодексе. В этом контексте, безусловно, представляется полезным обратиться в том числе и к иностранному опыту регулирования общностей соавторов.

В то время как, на первый взгляд, существуют убедительные аргументы в пользу допустимости и эффективности индивидуального использования объектов совместно принадлежащих нескольким лицам исключительных прав¹. Они, исходя из общей нематериальной природы объектов исключительных прав, диктующей логику организации их использования, артикулируется и в научной литературе, посвященной вопросам сообладания авторскими правами², и потому могут рассматриваться как полноценно применимые к последним.

Вместе с тем применение либерального подхода к индивидуальному использованию общего объекта авторских прав затруднено по следующим причинам.

¹ См. обзор данных аргументов: Спиридонова Н.Б. Проблемы сообладания исключительным патентным правом: пределы права индивидуального использования общего изобретения // Вестник гражданского права. 2019. № 1. С. 75-113.

² См., например: Rothstein J.K. Unilateral Settlements and Retroactive Transfers: A Problem of Copyright Co-Ownership, 157 // University Pennsylvania Law Review. 2009. 881. P. 909; Marbach E. Rechtsgemeinschaften an Immaterialgütern: dargestellt am Beispiel von Erfinder- und Urhebergemeinschaften. Stampfli, 1987. P. 38-41.

Во-первых, либеральный подход к индивидуальному использованию общего произведения каждым из сообладателей авторского права затрудняется тем, что в качестве критерия соавторства – то есть первоначального основания возникновения ситуации сообладания исключительным авторским правом – нередко рассматривают *нераздельность использования*¹. В этой логике само возникновение ситуации сообладания авторским правом предполагает совместное использование общего произведения в качестве единственно возможного.

Во-вторых, либеральный подход к индивидуальному использованию объекта общего авторского права противоречит конструкции сообладания авторскими правами по принципу совместной собственности в таких правопорядках, как, в первую очередь, Германия, к которому российский правопорядок во многих вопросах достаточно близок. Так, в Германии исходят из того, что личный неимущественный компонент авторских прав выражает особенно тесную связь соавторов, которая настолько интенсивна, что сходна с таковой в рамках особого типа правовых общностей, а именно, тех, которые лежат в основе *совместной собственности* (общность общей руки – «*Gemeinschaft zur gesamten Hand*»). Данный тип общей собственности рассматривается как принципиально отличающийся от правовой общности по долям, которая имеет место при сообладании патентным правом² (*Gemeinschaft nach Bruchteilen*). *Соответственно, в исключительном авторском праве не могут быть выделены доли, невозможно распоряжение ими, а использование общего произведения предполагается совместным*³.

В целях полноты анализа отметим – без ущерба для вывода о том, что модель регулирования сообладания авторским правом в Германии предполагает совместное использование общего произведения – что правовая природа общности соавторов рассматривается в Германии как хотя и предельно близко соответствующая природе общности общей руки (лежащей в основе совместной собственности), однако прямо с ней не отождествляемая⁴.

Во-первых, согласно абз.2 §8 действующего Закона об авторских правах Германии конструкция совместной собственности относится в рамках сообладания авторскими правами к правомочиям (1) опубликования (*Veröffentlichung*), (2) изменения (*Änderung*) и (3) использования (*Verwertung*) общего произведения. Прямое перечисление указанных правомочий заставляет рассматривать умолчание об остальных как намеренное, выражающее отказ законодателя

¹ Это, без сомнения, спорный критерий, но он нередко используется и в судебной практике, и в научной литературе, см.: Туркина А.Е. Сравнительно-правовой анализ подходов к регулированию совместного обладания авторскими правами // Вестник гражданского права. 2021. № 1. С. 75 - 103.

² Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage 2020. BGB § 741 Gemeinschaft nach Bruchteilen. Beck-online: https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoBGB_8_Band7%2FBGB%2Fcont%2FMuekoBGB%2EBGB%2Ep741%2EgIV%2Egl8%2Egla%2Ehtm.

³ См. подробный анализ: Henke V. Ibid.

⁴ Sontag P. Das Miturheberrecht. Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 2. Heymanns Carl. Verlag Köln-Berlin-Bonn-München, 1972. 8. XVIII. S. 85.

предопределять правовую природу в их отношении¹. В этой связи примечательно, что Закон об авторских правах в этом же абз.2 §8 прямо устанавливает, что каждый сообладатель авторского права может самостоятельно заявлять требования из нарушения общего права, хотя требовать возмещение вправе только в пользу всех соавторов; согласно §25 Закона об авторских правах право доступа (*Zugangsrecht*) принадлежит каждому соавтору отдельно.

Во-вторых, действовавшие ранее законы об авторских правах, в частности, §6 Закона о литературной собственности (*Literaturherbengesetz*), все-таки исходили из возможности образования общности по долям в авторском праве. С учетом того, что при этом кардинального разрыва в понимании конструкции соправообладания в сфере авторских прав (в доктрине) не произошло, нет оснований и для толкования приведенных норм в качестве меняющих природу правовой общности соавторов². Таким образом, как отмечают в германской научной литературе, законодатель стремился максимальным образом учесть особенно тесную связь соавторов и избежать применения неподходящих норм из релевантного раздела ГГУ (§§ 741 и след.)³, однако из этого намерения не может следовать конструирование общности соавторов полностью по модели совместной собственности. В результате сообладание авторским правом в Германии – *совместная собственность особого рода*⁴, которая не предполагает наделяния общности соавторов правосубъектностью⁵, а лишь способствует возникновению обязательственных отношений между соавторами из закона, сходных с таковыми между сообладателями других прав по долям, но отличающихся от них более тесной связью.

Соответственно, модель регулирования отношений сообладателей авторского права в Германии предполагает, что использования общего произведения может происходить только с согласия всех соправообладателей и на основании принципов организации использования в рамках совместной собственности, что очевидно блокирует применение выработанных для

¹ Интересно мнение Петера Зонтага (Peter Sontag), который толкует прямое перечисление законодателем соответствующих правомочий как подчиняющихся режиму совместной собственности в качестве исключения из принципа неотчуждаемости авторских прав, обусловленного монистической концепцией. Имеется в виду, что правовая общность (общей руки) отличается от составляющих ее соавторов и поэтому может распорядиться авторским правом таким образом, чтобы сделать общее произведение доступным для общества и коммерциализировать его. См.: Sontag P. Ibid.

² Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage 2020. BGB § 741 Gemeinschaft nach Bruchteilen. Beck-online.

³ Ibid.

⁴ Ойген Марбах возражает против введения каких-либо «третьих» конструкций наряду с правовой общностью по долям и правовой общностью общей руки, указывая, в первую очередь, на то, что интеллектуальная собственность является институтом частного права, и что создание догматически неоправданных особенностей не может быть разумно обосновано. Он при этом не отрицает, что сообладание исключительными правами обладает спецификой по сравнению с сособственностью, однако эти особенности видит за рамками принципов указанных типов сообладания (ученый приводит небесспорный пример отсутствия в составе правовой позиции сообладателя исключительного права притязания о прекращении общности в связи с тем, что все исключительные права ограничены сроком действия). Marbach E. Ibid. P. 53.

⁵ Такой конструкции соответствует понятие *Innengemeinschaft*, противоположное *Aussergemeinschaft*, рамках которого сама правовая общность является правосубъектной.

сообладания, например, патентными правами либерального подхода к индивидуальному использованию.

В немецкой доктрине законодательно закрепленный подход поддерживается: ученый Петер Зонтаг (Peter Sontag), посвятивший свою известную работу «Das Miturheberrecht» сообладанию авторскими правами, исходит из того, что каждому отдельному соавтору принадлежит возможность использовать общее произведение не больше, чем любому третьему лицу, и что изначально, в отсутствие единогласного соглашения всех соавторов об обратном, ни у одного из них нет права индивидуального использования¹. Данный подход, как считается, нашел отражение и в судебной практике Верховного суда Германии². Важным уравнивающим требованием согласия всех соавторов на индивидуальное использование общего произведения одним из них является указание в абз.2 §8 Закона об авторском праве на то, что *соавторы не могут отказывать в даче согласия вопреки требованиям добросовестности*.

К другим отличиям анализируемой модели относятся, кроме того, (1) меньшая сфера компетенции большинства и действующий в качестве общего правила принцип принятия решений единогласно (это касается и распоряжения общим правом, в первую очередь – выдачи лицензий, поскольку отчуждение невозможно – см. далее); (2) отсутствие распоряжаемости участием (доли, как указано выше, не выделяются) в общности соавторов (отчуждение участия третьим лицам невозможно, а передача в залог допускается только в отношении требований, возникающих из участия в общем праве, в первую очередь, конечно, из лицензионных договоров); (3) невозможность отчуждения общего авторского права даже по воле всех соавторов (впрочем, это следствие скорее монистической модели авторского права, нежели конструирования соавторства по модели совместной собственности).

Таким образом, германский опыт применительно к авторско-правовой проблематике соправообладания поддерживает «консервативную» модель, в рамках которой по умолчанию возможно только совместное использование общего произведения и использование индивидуальное каждым из соправообладателей не допускается.

Здесь также важно отметить, предваряя возможные возражения о неприменимости германского опыта ввиду отличия принятой в Германии монистической концепции авторских прав от имплементированной в России дуалистической схемы, что концептуализация правовой общности соавторов по модели совместной собственности не связана с монистическим подходом к структуре авторских прав. *Монистический подход означает нераздельность имущественно-правового компонента авторского права и личных неимущественных прав авторов, и в той мере,*

¹ Sontag P. Ibid. P. 61 ff.

² BGH 03.03.1959 I ZR 17/58 «Wenn wir alle Engel wären». GRUR 1959, 335 (m. Anm. Freiin von Erffa).

в которой личные неимущественные права рассматриваются в качестве принципиально индивидуальных, связанных с личностью их обладателя и потому не способных к отчуждению или объединению с другими аналогичными правами, концептуально невозможно и их «соединение» с общим правом имущественного характера (сообладание правом согласно господствующему мнению германской доктрины представляет собой «прикрепление» одного права с неделимым содержанием к нескольким лицам, сопровождающееся наделением каждого из них правами участия в осуществлении общего права)¹. Ограничить единство авторского права имущественным компонентом с «надстройкой» из множества индивидуальных прав неимущественного характера означало бы по сути признать дуалистический характер авторских прав.

Данную логику подтверждает и то, что в Швейцарии, где также воспринята монистическая конструкция авторских прав, исходят из того, что правовая общность сообладателей авторских прав рассматривается как *долевая* (Gemeinschaft nach Bruchteilen). Швейцарские ученые, анализируя описанную выше догматическую проблему, отмечают, что *конструкция совместного обладания* не может снять соответствующее напряжение между множественностью прав в неимущественной части общего авторского права и единством в имущественной, поскольку даже более, чем *конструкция сообладания правом по долям*, основывается на посылке о единстве имущественного права (хотя при этом догматически тождественна последней и сводится к формуле «прикрепления» единого права к нескольким субъектам права и признания за каждым из них прав участия)².

Вместе с тем и в Швейцарии, где признается возможность отчуждения долей в общем авторском праве, ученые отмечают, что для такого распоряжения фактически не остается возможностей: вследствие тесной связи творческих вкладов всех соавторов распоряжение долей в общем праве неизбежно отразится на судьбе всего совместного произведения в целом. Из этого делается вывод о большей уместности конструкции совместного, нежели долевого сообладания авторским правом³.

¹ Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage 2020. Beck-online: https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fmuekobgb_8_band7%2Fbgb%2Fcont%2Fmuekobgb.bgb.vor1.p705.glc.glii.g13.gla.htm&pos=10&hlwords=on.

² Любопытно, как же описанное противоречие снимается, поэтому кратко отмечу это здесь. Единственный способ, который в швейцарской доктрине признается в качестве удовлетворительного, связан с отказом от конструирования соправообладания как правовой общности, где право приписывается правопорядком сразу нескольким лицам, за которыми признаются права участия в осуществлении единого права. Его предложил профессор Отто-Фридрих фон Гамм (Otto-Friedrich Von Gamm) в рамках возвращения к теории коллидирующих прав: каждому из соавторов принадлежит полноценное авторское право (с личным неимущественным и имущественным компонентами) в отношении всего общего произведения в целом, и все эти права взаимно друг друга ограничивают и тесно связаны вплоть до взаимозависимости в своем осуществлении. См.: Marbach E. Ibid. S. 64.

³ Marbach E. Ibid. S. 55.

Соответственно, следуя глобально немецкой модели, швейцарский новый Закон об авторском праве 1992 г. в абз. 2 ст. 7 устанавливает, что каждый соавтор вправе использовать общее произведение только с согласия других соавторов. При этом в даче подобного согласия не может быть отказано вопреки требованиям добросовестности.

Интересно, что при обсуждении проекта Закона об авторских правах в доктрине высказывались более либеральные позиции по отношению к праву индивидуального использования общего произведения и допускался подход, аналогичный таковому в патентном праве, согласно которому за каждым из соавторов признается право самостоятельно использовать общее произведение (своими непосредственными действиями, здесь речи о распоряжении в виде лицензирования не идет) в той мере, в которой это не затрагивает права других соавторов¹. «Остатки» более либерального подхода к индивидуальному использованию общего произведения можно увидеть в абз. 4 ст. 7 швейцарского Закона об авторском праве, согласно которому каждый из соавторов вправе использовать свой творческий вклад в общее произведение без согласия остальных соавторов, если такой вклад является делимым, в той мере, в которой подобное использование не затрагивает вредит общему произведению.

Стоит отметить, однако, что для авторских прав непосредственно индивидуальное использование самим(и) автор(ами) имеет, как считается, меньшее значение, нежели для патентных прав, и основным способом коммерциализации считается лицензирование². Что касается распоряжения в виде выдачи лицензий, швейцарский Закон об авторском праве специально данный вопрос не регламентирует, однако в доктрине предлагается решение, аналогичное принятому в патентном праве: любая лицензия требует единогласной воли всех соправообладателей (абз. 2 ст. 34 швейцарского Патентного закона).

В дополнение к опыту европейских правовых порядков остановимся также на регулировании сообладания авторскими правами в США.

В отчете, сопровождавшем Закон об авторском праве 1976 г. (Copyright Act), специально указывалось, что каждый сообладатель авторского права может самостоятельно использовать общее произведение или выдавать лицензии третьим лицам без согласия других соавторов при условии выплаты в их пользу компенсации в рамках обязанности распределения доходов (duty of accounting)³. Соответственно, либеральный подход к индивидуальному использованию общего

¹ Ibid. S.156.

² Ibid. S.162-163.

³ Про динамику подходов к выравнивающей компенсации см.: Туркина А.Е. Сравнительно-правовой анализ подходов к регулированию совместного обладания авторскими правами // Вестник гражданского права. 2021. № 1. С. 75 - 103.

произведения балансируется при помощи механизма выравнивающей компенсации (распределения полученных одним из соавторов доходов между всеми соавторами)¹.

Кроме того, сообладатель авторского права не вправе использовать общее произведение или управомочивать третьих лиц на такое использование, если это может нанести ущерб общему праву.

Ограничением в отношении способности согласия любого из сообладателей авторского права иммунизировать получивших такое согласие третьих лиц от любых притязаний других соправообладателей является ситуация так называемого «ретроактивного лицензирования», когда один из сообладателей авторского права дает согласие в отношении уже состоявшегося использования третьего лица в попытке легитимизировать нарушение. В таких случаях, несмотря на наличие противоречивой судебной практики, американская доктрина находит правильным исходить из отсутствия у соправообладателей права *ex post* управомочивания без согласия других соправообладателей.

Наконец, каждый сообладатель авторского права может распоряжаться своим участием в общем праве, если это не наносит ущерб другим соправообладателям и не приводит к их связыванию соглашениями (обязательствами), касающимися использования общего произведения или контроля над ним.

Как видно из приведенного описания регулирования сообладания авторским правом в США, к сообладанию авторскими правами может быть применим и более либеральный подход к индивидуальному использованию, чем в Германии и Швейцарии. Вместе с тем, как представляется, континентальные правовые порядки ближе к российскому, в связи с чем ориентирование на них при выработке модели отношений сообладателей авторских прав представляется вполне обоснованным.

Подводя некоторые итоги проведенному исследованию, отметим, что регулирование отношений по поводу сообладания авторскими правами возможно как по «либеральной», так и по «консервативной» модели, предполагающими допустимость и невозможность самостоятельного индивидуального использования общего произведения каждым из сообладателей авторского права соответственно. Кроме того, общность соправообладателей авторских прав может быть построена как по модели совместной «собственности», так и с возможностью выделения долей. Как представляется, ввиду большей близости российского права к континентальным правовым порядкам предлагаемое Законопроектом регулирование, основанное на сочетании консервативной модели использования общего произведения и допустимости выделения долей в авторских правах, представляется вполне обоснованным и

¹ Rothstein J.K. Ibid.

заслуживает в целом поддержки. В то же время оно может быть дополнено, в частности, запретом ограничения права каждого и соправообладателей на соразмерную долю в доходах от совместного использования общего произведения без его согласия (например, по решению большинства соправообладателей), а также уточнением правила о совместном распоряжении общим правом по взаимному согласию указанием на то, что считается распоряжением (например, путем отсылки к ст. 1234 ГК РФ).

§ 3. Иные формы модификации структуры исключительного права: аргументы за и против

Завершая рассмотрение вопроса о модификации структуры исключительного права в ситуации множественности управомоченных лиц – то есть сообладания исключительным правом – рассмотрим еще один способ модификации, при котором *«деление» содержания исключительного права осуществляется между соправообладателями неравномерно, так что за каждым из них не признается какого-либо равного набора правомочий, отражающего идентичность «разделенного» права и тождественность его самому себе.* Назовем такой способ модификации условно «горизонтальной» фрагментацией, чтобы отразить существо неравного деления содержания исключительных прав, и отметим, что его применение является спорным и не предлагается в качестве готового к имплементации законодательного решения, а только как направление для развития правопорядка.

В чем заключается практическая значимость исследований в обозначенном направлении, если, как было отмечено, российский правопорядок стоит на унитарной концепции исключительных прав?

Дело в том, что «горизонтальная» фрагментация исключительных прав, несмотря на имплементацию в нашем правопорядке их унитарной модели, может, тем не менее, рассматриваться как уже имеющая место в России в определенном описываемом ниже смысле. Использование и коммерциализация одного нематериального объекта может контролироваться несколькими самостоятельными исключительными правами, например, когда речь идет о произведениях, состоящих из других произведений, созданных различными людьми независимо друг от друга, в том числе в разное время. Подобные ситуации подпадают под определение отдельного соавторства, которое вполне обоснованно не признается некоторыми учеными в качестве подлинного соавторства. Так, в научной литературе небезосновательно высказывается мнение, согласно которому если произведение состоит из частей, каждая из которых имеет самостоятельное значение и авторы которых известны, имеет место объединение самостоятельных произведений, а не соавторство. Эта позиция подкрепляется нормой абз. 2 п. 2 ст. 1258 ГК РФ, в соответствии с которой каждый автор в рамках отдельного соавторства может использовать по своему усмотрению созданную им часть произведения, имеющую самостоятельное значение, если соглашением с другими соавторами не предусмотрено иное. При этом обращает на себя внимание тот факт, что Кодекс не называет авторов частей общего произведения при отдельном соавторстве *соавторами*. Напротив, в ситуации совместного

(подлинного) соавторства соавторы вправе использовать общее произведение только совместно согласно абз. 1 п. 2 ст. 1258 ГК РФ, и каждый из них обозначен именно как соавтор.

Каким же образом раздельное соавторство соотносится с «горизонтальной» фрагментацией исключительных прав, если, казалось бы, очевидно, что каждый (со)автор обладает самостоятельным исключительным правом на отдельное произведение? Дело в том, что *при такой логике рассуждений предполагается, что исключительное право индивидуализируется посредством его объекта: одному самостоятельному объекту соответствует одно исключительное право, и поскольку вся полнота правомочий, выражающих контроль над таким объектом, сосредоточена в руках единственного правообладателя ((со)автора), о фрагментации структуры такого права речи быть не может*. Данная логика по своей сути заимствована из вещного права, где, как правило, действует принцип «одна вещь – одно наиболее полное право господства (т.е. право собственности) на нее¹. При этом если в отношении части *недвижимой* вещи правом порядком признаются права лица, отличного от лица, обладающего правами на остальные ее части, такие права будут признаваться в качестве ограниченных вещных прав («фрагментов» права собственности), то применительно к *движимым* вещам подобного рода разделение права собственности, согласно господствующей доктрине, не допускается. Именно вследствие этого по общему правилу индивидуализация субъективных вещных прав (парадигмальных для юристов) осуществляется по объекту, а не, например, по правомочиям.

Индивидуализация нематериальных объектов является, однако, более сложной, нежели индивидуализация вещей, что наглядно демонстрирует институт раздельного соавторства. В частности, *одно произведение, состоящее из нескольких частей, рассматривается одновременно как одно и как несколько произведений, в результате чего индивидуализация исключительных прав на основании их объектов становится совершенно невозможной. Соответственно, появляются основания рассматривать такую ситуацию как фрагментацию исключительных прав – т.е. существования нескольких не тождественных друг другу по содержанию правовых позиций в отношении одного и того же объекта, при том, что каждый из правообладателей является полноценным управомоченным*. Отсутствие тождества правовых позиций вытекает из того, что части общего произведения различны по своему типу, а структура авторских прав зависит от типа их объекта. Например, исключительное авторское право на стихотворное произведение включает правомочие переработки путем перевода на иностранный язык, тогда как исключительное авторское право на музыкальное произведение такое правомочие не содержит. Соответственно, наборы правомочий раздельных соавторов песни – поэта и композитора – будут

¹ Мы здесь для целей экономии не будем анализировать отдельные сложности, связанные с отклонением от данного принципа, которые, однако, как раз в соответствии с предлагаемой выше логикой тесно связаны с использованием ограниченных вещных прав (т.е. фрагментацией права собственности).

различаться, что исключает тождественность «разделенного» права самому себе и не позволяет квалифицировать анализируемую ситуацию в качестве ситуации соправообладания («вертикального» «деления» исключительного права).

Сложности индивидуализации нематериальных объектов, делающие необходимым постановку вопроса о допустимости и пределах фрагментации исключительных прав, представляются в особенности значимыми ввиду разъяснений Пленума Верховного суда России, закрепленных в п. 81 Постановления от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Постановление № 10). Данные разъяснения открывают пространство для широкого толкования отдельного соавторства, указывая, в частности, что авторское право с учетом положений пункта 7 статьи 1259 ГК РФ распространяется на любые части произведений при соблюдении следующих условий в совокупности:

(1) такие части произведения сохраняют свою узнаваемость как часть конкретного произведения при их использовании отдельно от всего произведения в целом;

(2) такие части произведений сами по себе, отдельно от всего произведения в целом, могут быть признаны самостоятельным результатом творческого труда автора и выражены в объективной форме.

К частям произведения могут быть отнесены в числе прочего *название произведения, его персонажи, отрывки текста (абзацы, главы и т.п.), отрывки аудиовизуального произведения (в том числе его отдельные кадры), подготовительные материалы, полученные в ходе разработки программы для ЭВМ, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения.*

В той мере, в которой данные разъяснения позволяют выделить в качестве самостоятельного объекта практически любую часть произведений, появляются широкие возможности для превращения ситуаций соавторства в ситуации отдельного соавторства, которые, как мы проанализировали выше, гораздо ближе к ситуациям «горизонтальной» фрагментации исключительных прав.

Данная проблема была поднята, в частности, на заседании Научно-консультативного совета Суда по интеллектуальным правам, состоявшегося 26 апреля 2022 года, где было принято решение о целесообразности ее дальнейшего изучения¹. С этим представляется правильным согласиться, и добавить, что аналогичные проблемы могут возникать и в патентном праве², где также одному объекту может соответствовать множество патентных прав – как, например,

¹ См. проект справки: http://ipcmagazine.ru/images/articles/news_4785/infosheet.docx.

² В российской литературе эта тема затрагивалась, например: Ворожевич А.С. Пределы осуществления исключительных прав на стандарт – необходимые патентоохраняемые объекты и программное обеспечение. Условия FRAND // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2018. № 20. С. 11-26.

например, протокол, управляющий хранением информации на DVD-R носителе, зависел от по меньшей мере 177 различных патентов¹.

С учетом сказанного и принимая во внимание высокую значимость вопроса о допустимости и пределах «горизонтальной» фрагментации исключительных прав, попробуем проанализировать иностранный опыт по данной проблематике, рассмотрев возможные аргументы за и против. Анализ будет построен по модели последовательного рассмотрения аргументов и в первую очередь будет касаться более «гибких» по своей структуре авторских прав.

Аргументы против допустимости разделения исключительного права на отдельные правомочия по воле правообладателя. Противники фрагментации высказывают аргументы двух видов: с опорой на экономическую эффективность неделимости исключительных прав и с опорой на внутреннюю ценность правовой формы. Поскольку аргументы второго вида представляются несколько менее убедительными и поддерживаются лишь единичными теоретиками, остановимся подробнее на аргументации первого вида.

По мнению одних ученых выбранного спектра воззрений (т.е. с опорой на соображения экономической эффективности), возможность отчуждения лишь части правомочий, входящих в традиционный «пакет», признаваемый данным правопорядком в качестве *оформляющего принадлежность* соответствующего объекта, и не входящий в традиционный пакет правомочий, признаваемый правопорядком в качестве *оформляющего какой-то дополнительный вид контроля* в отношении этого объекта (т.е. создание нетипичных имущественных прав, действительных для всех участников оборота, включая не участвовавших в их создании), порождает бы *недопустимое состояние перманентной неопределенности в отношении количества и идентичности потенциальных претендентов на соответствующий объект*.

Подобная недопустимость обуславливается экономической неэффективностью: в той мере, в которой все третьи лица оказываются затронуты действием тех или иных прав, они должны иметь представление об их содержании и границах, чтобы (1) избегать нарушений и (2) иметь возможность приобретать именно тот объем прав, о котором можно судить по имеющейся на момент приобретения объекта видимости (его внешних параметрам и т.д.).

Формирование понимания границ и содержания находящихся в гражданском обороте прав сопряжено с известными временными и финансовыми издержками (*measurement costs*²), которые рациональные участники оборота, стремящиеся избежать ответственности за нарушение чужих имущественных прав, могут увеличивать только в той мере, в которой издержки не будут

¹ Lichtman D. Patent Holdouts in the Standard Setting Process // Academic Advisory Council, Bulletin 1.3. May. 2006. P. 1-13.

² Smith H.E. & Merrill T.W. Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle, 110 // Yale Law Journal. 2000. 1. P. 26-34.

превышать размера такой ответственности с поправкой на соответственно уменьшенную вероятность ее наступления, а рациональные участники оборота, имеющие намерения приобрести некоторый объект имущественных прав, - в той мере, в которой рассматриваемые издержки не превысят предельной выгоды от приобретаемого объекта с поправкой на соответственно уменьшенную вероятность ошибиться в ней.

Позволить участникам оборота произвольно создавать нетипичные имущественные права с эффектом против третьих лиц означало бы, таким образом, позволить им порождать негативные экстернальные эффекты в виде увеличения издержек по установлению содержания и границ подобного рода нетипичных прав, которые принципиально не могут быть интернализированы первоначальными создателями нетипичных прав: участники оборота, совершающие сделки по поводу *объектов, аналогичных тому, для которого созданы нетипичные права*, должны будут принять дополнительные меры, чтобы убедиться, что их объект является «обычным», и в его отношении действуют полноценный пакет правомочий¹.

Перечисленные выше аргументы в принципе касаются любых имущественных прав и относятся к исключительным правам как к разновидности последних, не освещая их специфику. Поэтому ниже приведем специальные аргументы в пользу неделимости исключительных прав с учетом особенностей их нематериальных по своей природе объектов и их теоретической конструкции.

Основной аргумент против допустимости фрагментации исключительных прав заключается в том, что ни правообладатели, ни потенциальные покупатели не могут предвидеть, какой набор правомочий окажется востребован на рынке в будущем, и что перегруппировка правомочий, объединение выделенных ранее частей права в одно сопряжены с известными издержками по поиску информации о текущих обладателях остальных частей ранее единого права, по ведению с ними переговоров и т.д. Напротив, оптимальным и наиболее эффективным ввиду названных соображений кажется иной подход к исключительным правам, согласно которому они рассматриваются как принципиально неспособные к произвольному делению по усмотрению участников оборота и представляющие собой *юридическое выражение максимально полного, принципиально не конкретизируемого путем выделения отдельных правомочий* – кроме единственного лежащего в основе всей конструкции правомочия запрещать неуправомоченным лицам совершать действия, входящие в содержание соответствующего

¹ Ibid. P. 29.

исключительного права (right to exclude) – *господства над нематериальными объектами («modularity» approach)*¹.

Подобная «модульная» концепция позволяет, во-первых, снизить издержки, связанные с установлением объема и границ управомоченности в отношении некоторого нематериального объекта (measurement costs), поскольку объединяет в своеобразном «модуле» целый набор правомочий в отношении широкого спектра способов использования соответствующего объекта, ограничивая таким образом количество сделок (а значит и транзакционных издержек) в его отношении до минимального (большая часть взаимодействий происходит внутри «модуля», и лишь одно лицо – правообладатель – обладает информацией об использовании объекта и может такое использование координировать, планировать и организовывать)².

Например, песня как объект авторских прав обладает большим потенциалом с точки зрения ее возможного использования: ее можно выпустить в качестве сингла или в составе альбома; продать музыкальной студии или какому-либо исполнителю; предоставить право ее использования в фильме (аудиовизуальном произведении) либо на радио и т.д. Одновременная реализация всех перечисленных опций по известным причинам невозможна, а реализация каждой опции требует информации о статусе реализации остальных, поэтому если каждое соответствующее правомочие принадлежало бы разным лицам, им пришлось бы нести издержки по установлению личности, места нахождения, объема управомоченности каждого из них, вести переговоры и договариваться об оптимальной стратегии использования. Когда, наоборот, все правомочия сконцентрированы в одних руках, возникает единый центр принятия решений, обладающий наиболее полной информацией и способный самостоятельно, без лишних издержек, организовать коммерциализацию соответствующего объекта.

Во-вторых, «модульная» концепция исключительных прав позволяет обойтись без издержек на реализацию справедливой аллокации прибыли, полученной в результате осуществления различных способов использования нематериального объекта. Так, в ситуации, когда правомочия, соответствующие различным способам использования, принадлежат различным лицам, с учетом описанной выше взаимосвязи способов использования корректное распределение прибыли оказывается затруднительным вследствие сложностей (1) учета в прибыли от реализации одного способа использования влияния реализации других способов, а также (2) достижения договоренности между обладателями отдельных правомочий относительно подобного рода учета и его степени.

¹ Merrill T.W. & Smith H.E. The Property/Contract Interface, 101 // Columbia Law Review. 2001. 773, 790; see id. at 797–98; Smith. Supra note 38, at 2086. See generally Henry E. Smith. Exclusion Versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights, 31 // Journal Legal Study. 2002. S. 453.

² Ibid; Hansmann H. & Kraakman R. The Essential Role of Organizational Law // Yale Law Journal. 2000. Vol. 110. 387.

Например, лицу А принадлежит правомочие использования песни в мультфильме, тогда как лицу В – право записи данной песни на CD диски и продажи таких дисков. Прокат мультфильма в кинотеатрах оказался необыкновенно успешным, и продажи дисков, начавшиеся до выхода фильма в прокат, выросли в несколько раз. Если существует причинно-следственная связь между успехом мультфильма и ростом продаж дисков с песней, должна ли она учитываться при распределении прибыли от продажи дисков? Если да, в какой мере? Не были ли реализованы иные способы использования песни, которые также могли повлиять на увеличение продаж? Для ответа на эти вопросы, помимо качественного морально-философского обоснования и убедительной теоретической конструкции, потребуются значительные усилия по сбору релевантной информации об использовании песни, а также по достижению договоренностей между обладателями обоих правомочий. Напротив, когда исключительное право мыслится как неделимое и предоставляющее наиболее полное господство над нематериальным объектом (песней), любое использование последнего осуществляется под контролем и с согласия единственного правообладателя, которому по умолчанию принадлежит вся прибыль и который, таким образом, может отказаться от несения издержек на достижение договоренностей по передаче контроля.

В-третьих, как уже упоминалось выше, осуществление одних способов использования объектов исключительных, и в частности авторских, прав делает возможными новые способы использования, немислимые до реализации первых и тесно с ними взаимосвязанные. Соответственно, в условиях такой сложной и существующей в состоянии постоянной неопределенности структуры использования для развития оптимальной и наиболее эффективной стратегии использования требуются достаточно узкоспециализированные знания о конкретном нематериальном объекте, развить которые помогает именно «модульная» концепция исключительных прав¹. Иными словами, для эффективного использования объектов исключительных прав требуется особая экспертиза в отношении особенностей и потенциала таких объектов, которая может быть приобретена только когда вся совокупность правомочий сосредоточена в руках одного лица².

Наконец, главным аргументом в пользу «модульной» концепции исключительных прав является то, что допущение произвольной фрагментации исключительных прав ставит под сомнение фактическую возможность распоряжения образованными в результате деления правомочиями и их группами в будущем. Общественный интерес в существовании фактической возможности свободного отчуждения обладающих имущественной ценностью объектов велик,

¹ Smith H.E. Institutions and Indirectness in Intellectual Property // University Pennsylvania Law Review. 2009. Vol. 157. 2083, 2088. P. 2109.

² Notes. Fragmentation in Copyright // Harvard Law Review. 2011. Vol. 124. 1751, 1758. P. 7.

главным образом, потому, что подобная возможность обеспечивает условия для попадания имущества в руки лиц, способных к осуществлению наиболее эффективного использования, и через это способствует поддержанию и укреплению общественного благосостояния¹. Известное напряжение между (1) текущей (в момент фрагментации права) и (2) будущей (спустя определенный период времени) востребованностью фрагмента права (отдельного правомочия или совокупности нескольких из них) в ситуации, когда ее снижение с течением времени является предсказуемым, может быть интернализировано путем учета в цене продажи фрагмента права соответствующей скидки. Однако в ситуации неопределенности относительно будущей востребованности выделяемой в результате фрагментации группы правомочий (одного правомочия) покупатель такого фрагмента не потребует соразмерного уменьшения цены, и продавец, не получив сигнал о необходимости скидки, будет склонен создавать неоптимально узкие группы правомочий². Соответственно, риски неэффективной фрагментации исключительных прав могут быть нивелированы посредством императивного запрета фрагментации и установления закрытого перечня форм, в которых могут существовать права на нематериальные объекты.

Рассмотрев основные аргументы против допустимости модификации структуры исключительного права путем его разделения на правомочия, перейдем к аргументам сторонников такой допустимости. Отметим при этом, что все аргументы в пользу допустимости фрагментации относятся к исключительному авторскому праву и не касаются других типов исключительных прав, что снижает объяснительную силу приводимой аргументации в контексте исключительных прав вообще.

Аргументы в пользу возможности разделения исключительного права на отдельные правомочия по воле правообладателя. Сторонники возможности расщепления исключительных прав на отдельные правомочия возражают, основываясь на том, что вследствие нематериальной и творческой природы охраняемых авторским правом произведений объем их потенциального использования неопределенно велик, а само такое использование предполагает интенсивное взаимодействие лиц, осуществляющих его, что порождает высокую степень неопределенности в отношении оптимальных форм произведений и их перспективных и коммерчески оправданных способов использования. Подобная неопределенность качественно отлична от таковой в отношении вещей, которые также предстают в самых различных формах и часто требуют взаимодействия нескольких лиц в процессе своего использования, поскольку она является особым типом неопределенности – так называемой неопределенностью Найта

¹ Epstein R.A. Why Restrain Alienation? // Columbia Law Review. 1985. Vol. 85. 970, 971–72 (presenting this argument for free alienability before considering possible exceptions to the principle).

² Notes. Fragmentation in Copyright // Harvard Law Review. 2011. Vol. 124. 1751, 1758. P. 8.

(Knightian uncertainty), или *подлинной неопределенностью, характеризуемой невозможностью измерения рисков наступления того или иного события ввиду отсутствия знаний о том, как в будущем изменятся обстоятельства, влияющие на оценку рисков*¹.

Какие конкретно черты авторско-правовой охраны обосновывают особый тип неопределенности в рассматриваемой области?

В качестве объектов исключительных авторских прав в России, как и в большинстве иностранных правовых порядков, охраняются произведения, созданные творческим трудом (статья 1228 Гражданского кодекса), то есть *произведения, обладающим неким минимальным уровнем творчества*, понимаемого как юридико-технический критерий для отсека неохраноспособных объектов и находящего выражение в таких качествах, как (качественная) новизна, оригинальность, уникальность, неповторимость². Иными словами, авторско-правовая охрана предполагает творчество, а творчество, в свою очередь, является принципиально нерационализируемым процессом с зачастую непредсказуемым результатом³. Так, у самого автора часто отсутствует точное представление о конечном результате его творческих усилий, в том числе потому, что творческий процесс предполагает появление неожиданных источников вдохновения, включение в произведение по мере работы над ним непредвиденных в начале элементов, мотивов и т.д.⁴

Далее, не только сам объект (произведение) отличается творческим характером, но также и *способы его использования* часто создаются в процессе творчества (самым ярким и наглядным примером здесь могут быть различные виды переработки произведения, например, создание ремикса известной песни, создание видеороликов, включающих известную песню в качестве аудио сопровождения и т.д.) и в любом случае чаще всего не являются заранее предсказуемыми. Кроме того, способы использования зависят во многом от доступных технологий, которые

¹ Knight F.H. Risk, Uncertainty and Profit (1921), P. 197-233. University of Illinois at Urbana-Champaign's Academy for Entrepreneurial Leadership Historical Research Reference in Entrepreneurship; см. также более позднюю интерпретацию неопределенности Найта как позволяющую описать состояние, в котором не может существовать рынок страхования: LeRoy, Stephen F.; Singell L.D. Knight on Risk and Uncertainty // Journal of Political Economy. 1987. 95(2). Pp. 394–406.

Фрэнк Найт (Frank Knight) предложил трехчленную классификацию оценки шансов наступления событий: (1) априорная вероятность, которая выводится исключительно с помощью дедуктивного мышления (например, вероятность выигрыша при игре в кости); (2) статистическая вероятность, или относительная частота некоторого события, которая генерируется на основе эмпирических наблюдений (например, вероятность наступления страхового случая, принимаемая во внимание страховщиком при заключении договора страхования жизни); (3) оценка, совершаемая в отсутствие каких-либо рациональных оснований для классификации статистических данных. Первые два вида оценки (априорную и статистическую вероятности) Фрэнк Найт отнес к видам оценки рисков, тогда как третий вид отождествил с собственно неопределенностью.

² Подробнее по этому вопросу см.: Кашанин А.В. Творческий характер как условие охраноспособности произведения в российском и иностранном авторском праве // Вестник гражданского права. 2007. № 2. С. 97.; Гаврилов Э.П. Оригинальность как критерий охраны объектов авторским правом // Патенты и лицензии. 2004. № 6. С. 45-52.

³ Notes. Fragmentation in Copyright // Harvard Law Review. 2011. Vol. 124. 1751, 1758. P. 4-5.

⁴ Cohen J.E. Creativity and Culture in Copyright Theory // U.C. Davis Law Review. 2007. Vol. 40. 1151. P. 1178.

постоянно развиваются, постоянно меняя, таким образом, контекст коммерциализации данного творческого объекта¹.

Принимая во внимание сказанное, сторонники допустимости фрагментации исключительных прав на отдельные правомочия считают, что такая регулятивная стратегия является более эффективной, нежели основанная на реализации "модульной" стратегии, и приводят следующие аргументы.

Во-первых, *юридическое выражение контроля (исключительное право) в отношении их разнообразных нематериальных объектов не может быть сведено к какой-то единой форме (универсальному набору правомочий)*. Так, субъективное частное право юридически оформляет принадлежность некоторого объекта, обладающего имущественной ценностью, определенному лицу и фиксирует доступные последнему формы контроля в отношении соответствующего объекта. Объекты же исключительных прав чрезвычайно многообразны, к ним относятся произведения литературы, науки и искусства, включая изобразительные, музыкальные, аудиовизуальные произведения, компьютерные программы, базы данных и т.д., и контроль в отношении каждого такого объекта возможен в какой-то особенной форме, соответствующей параметрам объекта (например, контроль над ценностью пьесы как литературного произведения предполагает, в том числе, ее публичное исполнение, в то время как контроль над ценностью картины как изобразительного произведения в подобных действиях выразиться не может). Соответственно, юридическое выражение принадлежности каждого отдельного объекта и контроля над ним должно быть облечено в особую специальную форму и не может быть универсальным.

Остановимся на высказанном тезисе чуть более подробно. Каждый объект исключительных (авторских) прав отличается от других по трем параметрам, определяющим оптимальный стандартный «модуль» правомочий в его отношении:

1. Степень взаимосвязанности способов использования, возможных в отношении такого объекта;
2. Сложность осуществления справедливой аллокации прибыли, получаемой в результате реализации каждого из способов использования, обладателям соответствующих реализуемым способам правомочий (когда такие обладатели – разные субъекты);
3. Глубина экспертизы, необходимой для эффективного использования соответствующего объекта.

Например, различными по первому параметру взаимосвязанности способов использования – и, соответственно, оптимальному числу групп правомочий (фрагментов права) и

¹ Houweling Van, Shaffer M. The New Servitudes // Georgetown Law Journal. 2008. Vol. 96. P. 885, 940.

правообладателей являются (1) скульптура и (2) роман. Так, различные способы использования скульптуры (в том числе вследствие такой специфической черты данного объекта, как неотделимость его от материального носителя) тесно переплетены между собой, в связи с чем наиболее эффективное ее использование будет иметь место в случае принадлежности всех возможных правомочий одному лицу. Напротив, для романа его материальное воплощение является случайным, и такой объект может быть использован несколькими относительно независимыми друг от друга способами, вследствие чего соответствующие таким способам правомочия могут быть распределены между несколькими лицами (например, когда (1) права на воспроизведение в материальной форме и распространение экземпляров романа, (2) право публичного исполнения романа и (3) право на переработку романа принадлежат различным лицам).

Далее, по третьему параметру необходимого уровня экспертизы различаются, например, такие объекты, как (1) фотография и (2) компьютерная программа. Очевидно, что использование первой требует гораздо меньше знаний как самого объекта, так и релевантного рынка для достижения оптимальных результатов использования.

Во-вторых, *правообладатели гораздо лучше, чем законодатели, могут определить оптимальные параметры объектов авторских прав, и соответственно, структуру и объем прав на эти объекты*¹.

Правообладатели являются либо авторами принадлежащего им произведения, либо лицами, организовавшими его создание, либо лицами, которые приобрели данное произведение, имея в виду его определенное использование. Соответственно, правообладатели имеют *больше информации* об объектах своих исключительных прав, чем любые другие участники оборота, и больше, чем законодатели и судьи. Кроме того, именно у правообладателей имеются наиболее сильные *стимулы максимизировать ценность своих прав*, поэтому именно они будут склонны выбрать оптимальную их структуру, в том числе путем фрагментации².

¹ При этом для отдельных объектов авторского права, в частности, компьютерных программ, актуальны тенденции стандартизации форм, в которых такие объекты создаются, самими авторами. См, например: Kultti K., Takalo T. Optimal fragmentation of intellectual property rights // International Journal of Industrial Organization 26:1. 2008. P. 137-149.

² Значимым возражением против данного аргумента является то, что возможность разделять право на оптимального объема правомочия обеспечивается как раз существованием изначального максимально широкого модуля, что, очевидно, обесценивает данный аргумент, оборачивая его в пользу «модульной» концепции. Вместе с тем аргумент все-таки имеет силу в той мере, в которой позволяет снизить *издержки, связанные с установлением законодателем закрытого перечня исключительных прав при помощи императивных норм, в результате которого участники оборота лишаются в некоторых случаях возможности достичь своих целей наиболее эффективным минимально затратным образом* (frustration costs). Приведем пример, иллюстрирующий описанный вид издержек. Владелец исключительного авторского права в отношении романа как литературного произведения понимает выгоду от полной передачи контроля над использованием романа путем экранизации некоей киностудии при одновременном сохранении контроля над остальными способами использования, поскольку в силу имеющегося опыта может прогнозировать успешность самостоятельного управления им оставшейся частью правомочий. Если правопрядок устанавливает единую форму исключительного авторского права, запрещая создание альтернативных форм,

Кроме того, в пользу признания за правообладателями возможности самостоятельно выбирать структуру исключительного права, отличную от установленной законом, является их *лучшая, чем у законодателя, способность оперативно реагировать на изменения рынка и соответственно адаптировать структуру исключительных прав к новым условиям*. Так, по мере развития технологий и рынка могут появляться новые способы использования произведений, а существующие способы могут, наоборот, становиться неактуальными. В результате может измениться и структура взаимосвязей между актуальными правомочиями: те, которые могли быть эффективно использованы только вместе с другими, могут стать более независимыми, создавая новые возможности для фрагментации; напротив, ранее независимые от других правомочия могут оказаться нуждающимися в связке с другими правомочиями, соответствующими каким-либо вновь возникшим способам использования¹. Подобного рода изменения повлияют и на такой критерий для определения оптимальной степени фрагментации исключительных прав, как сложность обеспечения справедливой аллокации прибыли от разных способов использования.

Наконец, потребность в перегруппировке / дальнейшей фрагментации / объединении правомочий может быть обусловлена и изменением необходимой глубины экспертизы с течением времени: по мере использования произведения знания правообладателя о принадлежащем ему объекте углубляются, что постепенно снижает потребность в наличии широкого «модуля» правомочий.

В-третьих, *дополнительные издержки по установлению объема и границ исключительных прав*, которыми участники оборота оказываются обременены в результате допущения фрагментации, *частично нивелируются за счет применения доктрины первой продажи* (исчерпания исключительных прав в отношении правомерно введенного в оборот экземпляра произведения)². Эффект принципа исчерпания авторских прав, однако, касается только права на

правообладателю в отсутствие возможности отчудить часть правомочий, соответствующих использованию путем экранизации, придется прибегнуть, например, к последовательному долгосрочному лицензированию, чтобы достигнуть своей цели; киностудия не станет правообладателем, а останется лишь временным пользователем, и будет нести связанные с этим риски, что, скорее всего, придется отразить в цене (т.е. снизить ее). В результате пострадают как правообладатель, потерявший в цене, так и киностудия, вынужденная смириться с рисками отсутствия полного контроля над произведением. Подробнее о frustration costs см.: Smith H.E. & Merrill T.W. Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle // Yale Law Journal. 1. 2000. Vol. 110. P. 35-38.

¹ Notes. Fragmentation in Copyright // Harvard Law Review. 2011. Vol. 124. 1751, 1758. P. 10.

² В России данный принцип применительно к авторским правам закреплен в статье 1272 Гражданского кодекса, которая гласит: «Если оригинал или экземпляры произведения правомерно введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации путем их продажи или иного отчуждения, дальнейшее распространение оригинала или экземпляров произведения допускается без согласия правообладателя и без выплаты ему вознаграждения, за исключением случая, предусмотренного статьей 1293 ГК РФ».

Для патентных прав аналогичный принцип зафиксирован в пункте 6 статьи 1359 ГК РФ, согласно которому «ввоз на территорию Российской Федерации, применение, предложение о продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта, в котором использованы изобретение или полезная модель, либо изделия, в котором использован промышленный образец, если этот продукт или это изделие ранее были введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации патентообладателем или иным лицом с разрешения

распространение произведения путем продажи или иного отчуждения его оригинала или экземпляров, и не затрагивает правомочия публичного исполнения, публичного показа, переработки произведения и др.

Так, принцип исчерпания исключительных прав в результате первого правомерного введения в оборот материального носителя, в котором выражен охраняемый соответствующими правами нематериальный объект, позволяет *сократить издержки потенциальных покупателей, связанные с поиском лица, уполномоченного на заключение договора*, призванного сделать использование данного объекта легитимным. Так, покупателю достаточно купить материальный носитель, заплатив в составе цены в том числе за стоимость использования нематериального объекта, и нет необходимости искать обладателя исключительных прав на такой объект¹.

Кроме того, принцип исчерпания исключительных прав, наделяя собственника материального носителя, в котором выражен объект исключительных прав, возможностью таковыми распоряжаться, способствует наиболее эффективному использованию нематериальных объектов, поскольку именно собственник материального носителя обладает необходимой для этого специальной локальной информацией. Он «ближе» ее источнику, и потому лучше, чем даже правообладатель, способен организовывать использование материального носителя. Передача (части) контроля над исключительными правами собственнику материального носителя, воплощающего объект соответствующих прав, также способствует повышению оборачиваемости и в конечном итоге – стоимости последних², поскольку отдает приоритет не ценности выраженной в них монополии, а наиболее эффективному использованию нематериального объекта.

Последний тезис может быть проиллюстрирован следующим примером: в отсутствие принципа исчерпания исключительных прав производитель дисков с записью фильма мог бы установить ограничение в виде запрета перепродажи дисков пародистам, которые смогут создать способные составить конкуренцию фильму производные произведения. Вместе с тем для общества пародии будут составлять ценный рынок, порождающий дополнительные возможности для творчества, что делает потребность ограничить способную помешать созданию пародий

патентообладателя либо без его разрешения, но при условии, что такое введение в гражданский оборот было осуществлено правомерно в случаях, установленных Гражданским кодексом».

Для исключительных прав на товарные знаки соответствующий принцип исчерпания прав установлен статьей 1487 ГК РФ, согласно которой: «Не является нарушением исключительного права на товарный знак использование этого товарного знака другими лицами в отношении товаров, которые были введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации непосредственно правообладателем или с его согласия».

¹ Цель сокращения издержек по определению надлежащего уполномоченного лица не является сугубо теоретической и оторванной от жизни. Так, об актуальности описанной проблематики свидетельствуют реальные споры в отечественной судебной практике, см., например: https://zakon.ru/blog/2018/3/12/ischerpanie_prava_na_izobretenie.

² Которая является ценностью в силу того, что обеспечивает в конечном итоге нахождение некоторого имущества в руках лиц, способных к наиболее эффективному его использованию, что увеличивает благосостояние общества.

фрагментацию исключительного права на фильм очевидной. Данной потребности весьма эффективно отвечает описанный выше принцип исчерпания исключительных прав.

В-четвертых, *издержки на установление объема и границ идеосинкретичных образованных в результате фрагментации исключительных прав (measurement costs) не являются такими значительными*, как это пытаются представить сторонники «модульной» концепции исключительных прав. Чтобы обосновать этот тезис, сторонники допустимости фрагментации исключительных прав указывают на то, что необходимость несения названного рода издержек затрагивает всего три категории участников оборота: (1) стремящихся избежать нарушения прав на конкретный нематериальный объект, (2) имеющих намерения приобрести права на соответствующий объект (либо их часть, либо получит право использования), а также (3) собирающихся в той или иной форме осуществить переработку данного нематериального объекта (путем, в частности, создания собственного произведения на его основе¹). Они далее отмечают, что каждой из приведенных трех категорий участников оборота для достижения их целей – а именно, избежать нарушения чужих исключительных прав; приобрести соответствующих их интересам и ожиданиям объем исключительных прав; осуществить переработку известного нематериального объекта соответственно – требуется обладать информацией двух типов: (1) о параметрах и особенностях соответствующего нематериального объекта и (2) обо всех имеющихся в его отношении правовых позициях (структуре правоотношений по поводу такого объекта)².

Хотя разделение исключительного права на отдельные правомочия увеличивает издержки всех участников оборота, такое увеличение коснется только информации второго типа (даже в отсутствие фрагментации исключительного права потребуются инвестирование ресурсов в получение информации об объекте). Далее, участники оборота, *чьи цели ограничены попыткой избежать нарушения чужих исключительных прав*, могут в целом ограничиться только получением информации первого типа (т.е. об объекте), поскольку для них в первую очередь важно, охраняется ли такой объект в принципе вследствие отсутствия интереса в установлении точной структуры правых связей в его отношении. Участники оборота, *заинтересованные в приобретении или переработке исключительных прав*, хотя и столкнутся с увеличением издержек по установлению объема, границ, личности и места нахождения обладателей

¹ Notes. Fragmentation in Copyright // Harvard Law Review. 2011. Vol. 124. 1751, 1758. P. 15.

Отметим, что в приведенных категориях участников оборота отсутствует категория, объединяющая участников оборота, заинтересованных в совершении сделок по поводу нематериальных объектов, аналогичных тому, в отношении которого была произведена фрагментация прав. Такая категория, между тем, является ключевой для теории Томаса Мерилла и Генри Смита (см.: Smith H.E. & Merrill T.W. Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle // Yale Law Journal. 2000. Vol. 110. 1. P. 26-34). Тот факт, что сторонники допустимости фрагментации исключительных прав ведут полемику именно с данной теорией, в известной мере ослабляет приводимую ими аргументацию.

² Long C. Information Costs in Patent and Copyright // Virginia Law Review. 2004. Vol. 90. 465, 512. P. 468.

соответствующих прав, тем не менее не окажутся в гораздо худшем положении по двум причинам. Во-первых, поскольку значительная часть ценных и востребованных на рынке исключительных прав принадлежат профессиональным игрокам, управляющим такими правами в условиях конкуренции с другими аналогичными игроками, структура таких прав в большинстве случаев окажется соответствующей параметрам релевантного нематериального объекта и соответствующей стандартам отрасли¹. Во-вторых, как потенциальные покупатели, так и участники оборота, имеющие интерес в переработке релевантного объекта также, как правило, являются профессиональными участниками соответствующего рынка и обладают необходимыми знаниями и опытом, позволяющими им исходя из вида и свойств интересующего их объекта определить структуру исключительных прав в его отношении – или, по крайней мере, сделать на этот счет обоснованные предположения. То, что во всех перечисленных случаях речь идет именно о ценных объектах, вытекает из самого понятия фрагментации, предполагающего именно отчуждение части правомочий, которое происходит только при наличии соответствующего спроса на рынке.

Наконец, в-третьих, существование в отношении нематериальных объектов значительного количества способов использования, каждый из которых (самостоятельно либо вместе с отдельными другими способами) может быть успешно реализован на практике, означает, что допущение фрагментации исключительного права будет *способствовать децентрализации контроля над нематериальными объектами и таким образом стимулировать творческую активность и инновации*².

Подводя некоторый итог проведенного исследования, отметим следующее. Аргументы сторонников допустимости модификации структуры исключительного права путем его разделения на правомочия и группы правомочий, безусловно, заслуживают внимания и задают ориентир для дальнейшего развития российского правопорядка в данном направлении. Они, что важно, отражают тенденцию усложнения оборота нематериальных объектов, требующую детализации разграничения сфер управомоченности лиц, контролирующей коммерциализацию таких объектов, и демонстрируют принципиальную важность позитивных правомочий исключительных прав в часто встречающихся в сфере интеллектуальной собственности ситуациях фрагментации контроля. Представляется, что приведенными аргументами можно

¹ В отличие от неинституциональных правообладателей – физических лиц, чьи распорядительные действия в отношении исключительных прав обычно обусловлены личными (и часто нерациональными) мотивами, см.: Merryman J.H. Comment, Policy, Autonomy, and the Numerus Clausus in Italian and American Property Law // American Journal of Comparative Law. 1963. Vol. 12. 224, 226. P. 227.

² Notes. Fragmentation in Copyright // Harvard Law Review. 2011. Vol. 124. 1751, 1758. P. 17.

Еще одним аргументом неправового характера является указание на то, что увеличение числа лиц, полноценно участвующих в творческом процессе по созданию и использованию нематериальных объектов, способствует культурному богатству и разнообразию (см.: William W. Fisher III. Reconstructing the Fair Use Doctrine // Harvard Law Review. 1988. Vol. 101. 1659, 1729. P. 1751-1752).

будет руководствоваться при решении описанных выше практических проблем, в частности, с отдельным соавторством. Кроме того, новые правовые формы присвоения нематериальных объектов постоянно возникающих их новых типов обязательно понадобятся в ближайшее время, и адаптация существующих режимов является самой логичной реакцией правового порядка на подобные потребности.

Вместе с тем, изложенные выводы все-таки представляется более разумным на данном этапе не рассматривать как однозначно указывающие на необходимость полного отказа от унитарной концепции исключительных прав, и оставить пространство для дальнейшего изучения данного вопроса.

Список использованных источников и литературы

I. Нормативно-правовые источники

1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) (с изм. и доп. от 14.03.2020 № 1-ФКЗ) // СПС «КонсультантПлюс».
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ (с изм. и доп. от 11.06.2022 № 176-ФЗ) // СЗ РФ. 2006. № 52 (1 ч.). Ст. 5496; 2022. № 24. Ст. 3936.

II. Судебная практика

1. Определение Экономической коллегии Верховного суда России от 22.12.2020 № 309-ЭС20-12797 по делу № А60-53343/2018 // СПС «Консультант Плюс».
2. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. № 7. 2019.
3. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 07.04.2022 № С01-314/2022 по делу № А14-6962/2021 // СПС «Консультант Плюс».
4. Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 16.01.2019 по делу № А65-11775/2017 // СПС «КонсультантПлюс».
5. Распоряжение Правительства РФ от 31 декабря 2020 г. N 3718-р «О разрешении АО «Фармасинтез» использования изобретений, охраняемых евразийскими патентами, принадлежащими компаниям Гайлид Сайлид Сайэнсиз, Инк. (US), Джилид Сайэнс, Инк. (US), Джилид Фармассет, Ллс (US), на 1 год без согласия патентообладателей в целях обеспечения населения РФ лекарственными препаратами с международным непатентованным наименованием «Ремдесивир». СПС «КонсультантПлюс».
6. BGH 03.03.1959 I ZR 17/58 «Wenn wir alle Engel wären». GRUR 1959, 335 (m. Anm. Freiin von Erffa).
7. Bio-Technology General Corp. v. Genentech, 80. F.3d. Connell v. Sears, Roebuck & Co., 722. F.2d. (Fed. Cir. 1983).
8. Carl Schenck, A.G. v. Nortron Corp., 713. F.2d. n.3 (Fed. Cir. 1983)

9. eBay Inc. v. MercExchange, LLC, 547. U.S. 2006. 388.

III. Научная литература

1. Будник Р.А. Основы инклюзивной модели авторского права: монография. М.: Юрлитинформ, 2014.
2. Бузанов В.Ю. К вопросу о содержании исключительного патентного права // Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Евгения Алексеевича Суханова. М.: Статут, 2018.
3. Войниканис Е.А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М.: Юриспруденция, 2013.
4. Ворожевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М.: Статут, 2020.
5. Ворожевич А.С. Иск о запрете на использование изобретения: может ли суд отказать, если доказан факт нарушения? // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2022. № 35. № 3.
6. Ворожевич А.С. Исключительное право: сущность, принципы и пределы защиты // Вестник гражданского права. 2013. № 6.
7. Ворожевич А.С. Правовая охрана зависимых изобретений // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2019. № 3.
8. Ворожевич А.С. Пределы осуществления исключительных прав на стандарт – необходимые патентоохраняемые объекты и программное обеспечение. Условия FRAND // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2018. № 20.
9. Ворожевич А.С. Принудительное лицензирование в пользу правообладателей зависимых фармацевтических изобретений // Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия 14. Право. 2021. Т. 12. № 1.
10. Ворожевич А.С., Третьяков С.В. Об утилитарности интеллектуальных прав, принудительных лицензиях и бюрократических рентах // Закон. 2017. № 8.
11. Гаврилов Э.П. Защита частным правом секретов производства и информации, составляющей коммерческую тайну // Патенты и лицензии. 2015. № 4.
12. Гаврилов Э.П. Когда исключительное право на тождественные объекты принадлежит одновременно нескольким лицам // Патенты и лицензии. 2019. № 9.

13. Гаврилов Э.П. О монополии из патента на изобретение // Патенты и лицензии. 2021. № 9.
14. Гаврилов Э.П. Оригинальность как критерий охраны объектов авторским правом // Патенты и лицензии. 2004. № 6.
15. Городов О.А. О патентной монополии на использование изобретений // Конкурентное право. 2020. № 4.
16. Городов О.А. Право на средства индивидуализации: товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров, фирменные наименования, коммерческие обозначения. М.: Волтерс Клувер, 2006.
17. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. 2-е изд., стереотип. М.: Статут, 2001.
18. Дадаян Е.В., Сторожева А.Н. Исключительное право на наименование места происхождения товара: некоторые аспекты теории и практики // Вестник Красноярского государственного аграрного университета. 2009. № 3.
19. Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сборник статей. М.: Статут, 2005.
20. Дозорцев В.А. Понятие и система исключительных прав // Дозорцев В.А. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. М., 2003.
21. Еременко В.И. Особенности правовой охраны секретов производства и информации, составляющей коммерческую тайну // Законодательство и экономика. 2014. № 12.
22. Еременко В.И. Секрет производства (ноу-хау) как объект исключительных прав в соответствии с частью четвертой ГК РФ // Адвокат. 2008. № 5.
23. Еременко В.И. Содержание исключительного права на объекты интеллектуальной собственности // Законодательство и экономика. 2011. № 5.
24. Зенин И.А. Изобретательское право: природа, функции, развитие // Советское государство и право. 1980. № 2.
25. Зенин И.А. Интеллектуальная собственность и ноу-хау: Учебно-практическое пособие / Московский государственный университет экономики, статистики и информатики / И.А. Зенин // М.: МЭСИ, 2001.
26. Зимелева М.В. Общая собственность в советском гражданском праве // Вестник гражданского права. 2009. № 4.
27. Зотова В.С. Является ли право на наименование места происхождения товаров исключительным? // Патенты и лицензии. №4. 2015.
28. Иванов Н. Доля в исключительном праве // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 1.
29. Калятин В.О. Личные неимущественные права в отношении баз данных //

Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 1.

30. Калятин В.О. Личные неимущественные права в отношении баз данных // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 1.

31. Катков В.Д. О привилегиях (патентах) на промышленные изобретения. Харьков, 1902.

32. Кашанин А.В. Проблема минимальных стандартов охраноспособности произведений в авторском праве. Германский опыт // Вестник гражданского права. 2007. № 4. СПС «Консультант Плюс».

33. Кашанин А.В. Развитие учения о форме и содержании произведения в доктрине авторского права: проблема охраноспособности содержания научных произведений // Вестник гражданского права. 2010. № 2.

34. Кашанин А.В. Творческий характер как условие охраноспособности произведения в российском и иностранном авторском праве // Вестник гражданского права. 2007. № 2. СПС «Консультант Плюс».

35. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Отв. ред. Е.А. Павлова. М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018.

36. Комментарий практики рассмотрения экономических споров (судебно-арбитражной практики) / Г.Г. Астахов, О.А. Беляева, Е.Ю. Борзило и др.; отв. ред. В.Ф. Яковлев. М.: ИЗиСП, КОНТРАКТ, 2019. Вып. 25.

37. Лабзин М.В. Право запрещать как юридическое содержание исключительного права // Патенты и лицензии. 2009. № 7.

38. Микрюков В.А. Ограничения и обременения гражданских прав. М., 2007.

39. Митягин К.С. Теоретические и практические аспекты совместного обладания правами на интеллектуальную собственность // Закон. 2018. № 8.

40. Нозик Р. Анархия, государство и утопия / Пер. с англ. Б. Пинскера; Под ред. Ю. Кузнецова, А. Куряева. М.: ИРИСЭН, 2008.

41. Патентное законодательство зарубежных стран / Под ред. и со вступ. ст. Е.А. Флейшиц. М.: Прогресс, 1964. Т. 1.

42. Пахомова Н.Н. Основы теории корпоративных отношений (правовой аспект). Екатеринбург: Налоги и финансовое право. 2004. СПС «КонсультантПлюс».

43. Пиленко А. А. Право изобретателя. М.: Статут, 2001.

44. Проблемы правового регулирования и направления совершенствования законодательства: монография / А.А. Аюрова, О.В. Гутников, С.А. Сеницын и др.; отв. ред. О.В. Гутников, С.А. Сеницын. М.: ИЗиСП, КОНТРАКТ, 2019.

45. Пучинина М.М. Условие предоставления принудительной лицензии для использования зависимого изобретения // Актуальные проблемы российского права. 2021. № 11.

46. Рычкова Н.Ю. О гражданском обороте доли в исключительном праве // *Законы России: опыт, анализ, практика*. 2019. № 6.
47. Сеницын С.А. Патентное право как легальная монополия: pro et contra // *Вестник гражданского права*. 2019. № 4.
48. Сеницын С.А. Сравнительное патентное право: актуальные проблемы. М.: Инфотропик. 2022.
49. Спиридонова Н.Б. Проблемы сообладания исключительным патентным правом: пределы права индивидуального использования общего изобретения // *Вестник гражданского права*. 2019. № 1.
50. Судариков С.А. Фундаментальные принципы интеллектуальной собственности // *Право интеллектуальной собственности*. 2007. № 2.
51. Теплов Н.В. Залог товаров в обороте: анализ института на примере floating charge // *Вестник ВАС РФ*. 2013. № 11.
52. Толстой Ю.К. К теории правоотношения. Ленинградский государственный университет им. А.А. Жданова. Л.: Изд-во ЛГУ, 1959.
53. Третьяков С.В. Некоторые аспекты формирования основных теоретических моделей структуры субъективного частного права // *Вестник гражданского права*. 2007. № 3. СПС «Консультант Плюс».
54. Третьяков С.В. О проблеме догматической квалификации «правомочия распоряжения» // *Основные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Александра Львовича Маковского / Отв. ред. В.В. Витрянский и Е.А. Суханов*. М., Статут, 2010.
55. Третьяков С.В. Юридическое господство над объектом как догматическая конструкция континентальной цивилистики // *Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: сб. ст. к юбилею д-ра юрид. наук, проф. Евгения Алексеевича Суханова*. М., Статут, 2018.
56. Туркина А.Е. Сравнительно-правовой анализ подходов к регулированию совместного обладания авторскими правами // *Вестник гражданского права*. 2021. № 1.
57. Шабас В.И. Теоретическая модель собственности в американской юриспруденции: очерк одной метафоры // *Вестник гражданского права*. 2014. № 2.
58. Щербак Н.В. Эволюция структуры авторских прав в современном гражданском законодательстве // *Вестник гражданского права*. 2020. № 1.
59. Экономика. Толковый словарь. Общ. ред.: д.э.н. Осадчая И.М. М.: «ИНФРА-М», Издательство «Весь Мир». 2000.
60. Akkermans V. *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*. Antwerp-Oxford:

Intersentia. 2008.

61. Alchian A.A. Some Economics of Property Rights // *Il Politico*. 1965. № 30.
62. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. Ученые труды ВИЮН НКЮ СССР. Вып.3. М., 1940.
63. Balganes S. Debunking Blackstonian Copyright, 118 // *Yale Law Journal*. 2009. Vol. 118.
64. Barzel Y. *Economic Analysis of Property Rights* 3. 2nd ed. // Cambridge University Press. 1997. № 3.
65. Bone R.G. A New Look at Trade Secret Law: Doctrine in Search of Justification, 86 // *California Law Review*. 1998.
66. Bowman W.S. *Patent and antitrust law; a legal and economic appraisal*, Chicago, University of Chicago Press (1973). Цит. по: Godt C. *Eigentum an Information*, Tübingen (Mohr Siebeck). 2007. XXXIX. 719.
67. Bozeman B. *Technology transfer and public policy: a review of research and theory* // *Research Policy*. Elsevier. Vol. 29 (4). April. 2000.
68. Calabresi G., Melamed D. *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral* // *Harvard Law Review*. 1972. V. 85.
69. Cohen J.E. *Creativity and Culture in Copyright Theory* // *U.C. Davis Law Review*. 2007. Vol. 40. 1151.
70. Cooter R. *Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution*, 73 // *California Law Review*. 1985. № 1.
71. Dabin J. *Les Droits Intellectuels Comme Categorie Juridique* // *Le Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence*. 1939. № LIX.
72. Deutch M. *The Property Concept of Trade Secrets in Anglo-American Law: An Ongoing Debate*, 31 // *University Richmond Law Review*. 1997.
73. Duffy J.F. *Rethinking the Prospect Theory of Patents* // *University Chicago Law Review*. 2004. №71.
74. Epstein R.A. *The Constitutional Protection of Trade Secrets under the Takings Clause* // *University Chicago Law Review*. 2004. Vol. 71.
75. Epstein R.A. *Unifying Copyright: An Instrumentalist's Response to Shyamkrishna Balganes* // *Harvard Law Review Forum*. 2012. Vol 125.
76. Epstein R.A. *Why Restrain Alienation?* // *Columbia Law Review*. 1985. Vol. 85.
77. Fama E.F. & Jensen M.C. *Agency Problems and Residual Claims* // *Journal Law & ECONOMICS*. 1983. № 27.
78. Fischer E. *Verwertungsrechte bei Patentgemeinschaften* // *GRUR*. 1977.
79. Godt C. *Eigentum an Information*. Tübingen (Mohr Siebeck) 2007. XXXIX. 719. Habermas J.

Faktizität und Geltung. Frankfurt am Main, 1992.

80. Goldman E. The Defend Trade Secrets Act Isn't an Intellectual Property Law, 33 // Santa Clara Computer & High Technology Law Journal. 2017.

81. Gordon W.J. An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent and Encouragement Theory, 41 // Stanford Law Review. 1989.

82. Graves C.T. Trade Secrets as Property: Theory and Consequences, 15 // Journal of Intellectual Property Law. 2007.

83. Guichardaz R., Pénin J. Why was Schumpeter not more concerned with patents? // Journal of Evolutionary Economics, Springer Verlag (Germany). 2019. 29 (4).

84. Hamilton D. It's My Copy and I'll Sell It If I Want To: Capitol Records, LLC v. ReDigi, Inc., 97 // Journal of the Patent and Trademark Office Society. 2015.

85. Hansmann H. & Kraakman R. The Essential Role of Organizational Law // Yale Law Journal. 2000. Vol. 110.

86. Harvard Journal Law & Technology. 2016. Vol. 30, Special Symposium.

87. Henke V. Die Erfindungsgemeinschaft. Carl Heymanns, 2005.

88. Hill J.W. Trade Secrets, Unjust Enrichment, and the Classification of Obligations, 4 // Virginia Journal of Law & Technology. 1999.

89. Hohfeld W.N. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, 23 // Yale Law Journal. 1913. №16.

90. Houweling Van, Shaffer M. The New Servitudes // Georgetown Law Journal. 2008. Vol. 96.

91. Huhnerbein N. Rechtsvergleichende Untersuchung der Miterfinderschaft. Herbert Utz, 2004.

92. Jacob J. Ausschliesslichkeitsrechte an immateriellen Guetern. Mohr Siebeck, 2010.

93. Kieff F.S. & Paredes T.A. The Basics Matter: At the Periphery of Intellectual Property, 73 // George Washington Law Review. 2004.

94. Kieff F.S. Patents for Environmentalists // Washington University Journal Law & POL'Y. 2002. №9.

95. Kisch W. Die Patentgemeinschaft // GRUR. 1952.

96. Kitch E.W. The Nature and Function of the Patent System // Journal of Law and Economics. 1977. Vol. 20. Issue 2.

97. Klitzke R.A. Trade Secrets: Important Quasi-Property Rights, 41 // Business Law. 1986.

98. Kreutzer T. Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen. Konzeptionelle Überlegungen zu Werkbegriff, Zuordnung, Umfang und Dauer des Urheberrechts als Reaktion auf den urheberrechtlichen Funktionswandel. Nomos Verlag, 2008.

99. Kultti K., Takalo T. Optimal fragmentation of intellectual property rights // International Journal of Industrial Organization. 26:1. 2008.

- 100.Kunz R. *Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand: Versuch einer dogmatischen Konstruktion.* Stampfli, 1963.
- 101.Landes W.M. & Posner R.A. *The Economic Structure of intellectual property Law 355* // Harvard University Press. 2003.
- 102.Lemley M.A. *Reconceiving Patents in the Age of Venture Capital* // *Journal Small & Emerging Business Law* 2000. №4.
- 103.Lemley M.A. *The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as. IP Rights* // *Stanford Law Review*. 2008. Vol. 61. Issue 2.
- 104.Lichtman D. *Patent Holdouts in the Standard Setting Process* // *Academic Advisory Council, Bulletin* 1.3. May. 2006.
- 105.Long C. *Information Costs in Patent and Copyright* // *Virginia Law Review*. 2004. Vol. 90.
- 106.Ludecke W. *Erfindungsgemeinschaften.* De Gruyter, 1962.
- 107.Machlup F. *Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts. GRUR Auslands- und Internationaler Teil.* 1961. № 8, 9, 10.
- 108.Marbach E. *Rechtsgemeinschaften an Immaterialgutern: dargestellt am Beispiel von Erfinder- und Urhebergemeinschaften.* Stampfli, 1987.
- 109.Merges R.P. et Al. *Intellectual Property in the New Technological Age 114* (4d ed. 2003); USA, Clause 8 Publishing, 2016.
- 110.Merges R.P. *Of Property Rules, Coase, and Intellectual Property, 94* // *Columbia Law Review*. 1994.
- 111.Merges R.P. *One Hundred Years of Solicitude: Intellectual Property Law (1900-2000)* // *California Law Review*. 2000. V. 88. № 6.
- 112.Merges R.P. *One Hundred Years of Solicitude: Intellectual Property Law, 1900-2000* // *California Law Review*. 2000. Vol. 88.
- 113.Merges R.P. *What Kind of Rights Are Intellectual Property Rights?* *Oxford Handbook of IP Law* // *UC Berkeley Public Law Research Paper*. 2017. № 3.
- 114.Merges R.P. *What Kind of Rights Are Intellectual Property Rights?* // *Oxford Handbook of IP Law* (R. Dreyfuss and J. Pila, eds.). Forthcoming, *UC Berkeley Public Law Research Paper*. 2017. March 17.
- 115.Merrill T.W. & Smith H.E. *The Property / Contract Interface, 101* // *Columbia Law Review*. 2001.
- 116.Merrill T.W. *Property and the Right to Exclude* // *Nebraska Law Review*. 1998. Vol. 77. Iss. 4.
- 117.Merrill T.W. *Property as Modularity* // *Harvard Law Review*. 2012. F. 151. №125.
- 118.Merrill T.W. *Property as Modularity, 125* // *Harvard Law Review*. 2012.
- 119.Merrill T.W., Smith H.E. *What Happened to Property in Law and Economics?* // *Yale Law*

Journal. 2001. Vol. 111. № 2.

120. Merryman J.H. Comment, Policy, Autonomy, and the Numerus Clausus in Italian and American Property Law // *American Journal of Comparative Law*. 1963. Vol. 12.

121. Mossoff A. Exclusion and Exclusive Use in Patent Law, 22 // *Harvard Journal Law & Technology*. 2009. № 321.

122. Mossoff A. Patents as Constitutional Private Property: The Historical Protection of Patents Under the Takings Clause, 87 // *Boston University Law Review*. 2007. № 160.

123. Mossoff A. Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History // *Hastings Law Journal*. 2001. Vol. 52.

124. Mossoff A. The False Promise of the Right to Exclude, 8(3) // *Econ Journal Watch*. 2011.

125. Mossoff A. What Is Property? Putting the Pieces Back Together // *Arizona Law Review*. 2003. Vol. 45.

126. Mossoff A. The False Promise of the Right to Exclude, 8(3) // *Economy Journal Watch*. 2011.

127. Mossoff A. What is Property? Putting the Pieces Back Together // *Arizona Law Review*. 2003. № 45.

128. Newman C.M. Transformation in Property and Copyright // *Villanova Law Review*. 2011. Vol. 56.

129. Newman C.M. Vested Use-Privileges in Property and Copyright // *Harvard Journal of Law & Technology (Harvard JOLT)* 30, no. Special Symposium. 2017.

130. Newman C.N. Transformation in Property and Copyright, 56 // *Villanova Law Review*. 2011.

131. Notes. Fragmentation in Copyright // *Harvard Law Review*. 2011. Vol. 124.

132. Penner J.E. The «Bundle of Rights» Picture of Property // *UCLA Law Review*. 1996. Vol. 43(3).

133. Penner J.E. *The idea of property in law*. Clarendon Press Oxford, 1997.

134. Reichman J.H. Legal Hybrids between the Patent and Copyright Paradigms // *Columbia Law Review*. 1994. Vol. 94. Issue 8.

135. Risch M. Why Do We Have Trade Secrets? // *Intellectual Property Law Review*. 2007. Vol. 11.

136. Rothstein J.K. Unilateral Settlements and Retroactive Transfers: A Problem of Copyright Co-Ownership, 157 // *University Pennsylvania Law Review*. 2009.

137. Saenger A. *Gemeinschaft und Rechtsteilung*. Kindt, 1913.

138. Schricker G., Dreier T., Kur A. *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2001.

139. Sebastian T. Trade Secrets and Trade Secrets: Protection Sans Property Rights Concept, 11 // *The Korea University Law Review*. 2012.

140. Singell L.D. Knight on Risk and Uncertainty // *Journal of Political Economy*. 1987. 95(2).

141. Smith H.E. & Merrill T.W. *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus*

Clausus Principle // Yale Law Journal. 1. 2000. Vol. 110.

142. Smith, Henry E. Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights // The Journal of Legal Studies. 2002. Vol. 31. № S2.

143. Smith, Henry E. Institutions and Indirectness in Intellectual Property // University of Pennsylvania Law Review. 2009. Vol. 157. № 6.

144. Sontag P. Das Miturheberrecht. Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 2. Heymanns Carl. Verlag Köln-Berlin-Bonn-München, 1972. 8. XVIII.

145. Stern, J. What Is the Right to Exclude and Why Does It Matter? Review of Property Theory: Legal and Political Perspectives. James Penner and Michael Otsuka (eds), Cambridge University Press. 2018.

146. Varadarajan D. Improvement Doctrines // George Mason Law Review. 2014. Vol. 21:3.

147. Vincent Chiappetta, Myth, Chameleon or Intellectual Property Olympian? A Normative Framework Supporting Trade Secret Law. // The George Mason Law Review. 1999. Vol. 8.

148. Waldron J. From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property, 68 // Chicago-Kent Law Review. 1993.

149. Waldron J. The Right to Private Property, Clarendon Press (1990); M. Radin, Property and Personhood, 34 // Stanford Law Review. 1982.

150. Weinrib E.J. The idea of private law. London: Harvard University Press, 1995.

151. William W. Fisher III. Reconstructing the Fair Use Doctrine // Harvard Law Review. 1988. Vol. 101.

IV. Диссертационные исследования

1. Вольфсон В.Л. Моральные (личные неимущественные) права автора и их содержание в странах общего права и в странах континентальной системы: 12.00.03: дис. ... канд. юрид. наук/Вольфсон Владимир Леонович. - СПб., 2006.

2. Городов О.А. Интеллектуальная собственность: правовые аспекты коммерческого использования: Дис... докт. юрид. наук: 12.00.03/ Городов Олег Александрович. - СПб., 1999.

3. Гришечкин В.В. Правовая общность в абсолютных имущественных гражданских правоотношениях: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03/Гришечкин Владимир Владимирович. - Екатеринбург, 2017. 234 с.

4. Ермолаев С.Н. Множественность лиц в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03/ Ермолаев Серафим Николаевич. - Краснодар, 2014.
5. Козьменко О.Г. Модели общей собственности по гражданскому законодательству Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03/Козьменко Олег Геннадьевич. - Ростов на Дону, 2006.
6. Матвеев А.Г. Система авторских прав в России: нормативные и теоретические модели: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03/Матвеев Антон Геннадьевич. - М., 2016.
7. Матвеев А.Г. Система авторских прав в России: нормативные и теоретические модели: 12.00.03: дис. ... д-ра юрид. наук/Матвеев Антон Геннадьевич. - М., 2016.
8. Мерзликина Р.А. Гражданско-правовая регламентация интеллектуальной собственности в российском праве: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03/Мерзликина Раиса Алексеевна. - М., 2008.
9. Нагродская В.Б. Открытая лицензия как способ распоряжения исключительным правом на произведение науки, литературы и искусства: дисс... к-та юрид. наук: 12.00.03/Нагродская Виктория Борисовна. - М., 2018.
10. Нестерова Н.В. Особенности правового режима ноу-хау на примере российского, зарубежного и международного опыта: дис... к-та юрид. наук: 12.00.03/Нестерова Надежда Владимировна. - М., 2020.
11. Нестерова Н.В. Особенности правового режима ноу-хау на примере российского, зарубежного и международного опыта: дисс. ...канд. юрид. наук: 12.00.03/Нестерова Надежда Владимировна. – М., 2018.
12. Третьяков С.В. Развитие учения о субъективном частном праве в зарубежной цивилистике: дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03/Третьяков Сергей Васильевич. – М., 2022.

V. Электронные ресурсы

1. Вараксин М. Доли в «интеллектуалке» и ребенок с бабушкой: президентский Совет обсудил законопроекты. URL: <https://pravo.ru/story/232940/> (дата обращения: 17 апреля 2022 г.).
2. Горленко С.А., Еременко В.И. Комментарий к Закону РФ от 23.09.1992 № 3520–1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» // <https://clck.ru/SQa95> (дата обращения: 30 мая 2022 г.).

3. Balganes S. Demystifying the Right to Exclude: Of Property, Inviolability, and Automatic Injunctions, 31 // Harvard Journal Law & Pub Pol'y. 2008. № 519. Available at: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/3366 (дата обращения: 17 апреля 2022 г.).
4. Desaunettes-Barbero L., Hilty R., Kim D., Lamping M., Slowinski P.R., Ullrich H. Position Paper on the Envisaged Reform of the German Patent Act (March 10, 2020). Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper №. 20-05: <https://ssrn.com/abstract=3592465> (дата обращения: 30 мая 2022 г.).
5. Drahos P. A Philosophy of Intellectual Property, 9781925022957 (ebook) (дата обращения: 17 апреля 2022 г.).
6. Enzyklopadie der Rechts- und Staatswissenschaft / Begr. von F. von Liszt, W. Kaskel. Springer, 1922.
(<https://books.google.ru/books?id=BPHzBQAAQBAJ&pg=PA112&lpg=PA112&dq=regelmaessige+gemeinschaft+englaender&source=bl&ots=MecANflSnL&sig=dlrY76LUViqHqgXnqJUpazIP1mw&hl=ru&sa=X&ved=0ahUKEwin84WFxM7aAhWEw6YKHQJCBNoQ6AEILTAB#v=onepage&q=regelmaessige%20gemeinschaft%20englaender&f=false>) (дата обращения: 20 апреля 2022 г.).
7. Geographical Indication Protection in the United States United States Patent and Trademark Office, доступно по ссылке:
https://www.uspto.gov/sites/default/files/web/offices/dcom/olia/globalip/pdf/gi_system.pdf (дата обращения: 17 апреля 2022 г.).
8. Ghosh S. Toward a Theory of Regulatory Takings for Intellectual Property: The Path Left open After College Savings v. Florida Prepaid, 37 // San Diego Law Review. VOL. 37. № 3. 2000. Available at: <https://digital.sandiego.edu/sdlr/vol37/iss3/3> (дата обращения: 17 апреля 2022 г.).
9. http://ipcmagazine.ru/images/articles/news_4785/infosheet.docx (дата обращения: 25 апреля 2022 г.).
10. <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/05/21/how-much-data-do-we-create-every-day-the-mind-blowing-stats-everyone-should-read/?sh=740e110e60ba> (дата обращения: 17 апреля 2022 г.).
11. https://zakon.ru/blog/2018/3/12/ischerpanie_prava_na_izobretenie (дата обращения: 30 мая 2022 г.).
12. Kaiser Aetna v. United States, 444 // U.S. 1979. 164, 176
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/444/164/> (дата обращения: 17 апреля 2022 г.).
13. Kenneth A.J. Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention (1962). P. 615. Доступно по ссылке: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1497764 (дата обращения: 15 апреля 2022 г.).
14. Matsuya, Yuko, Legal Protection of Software - Copyright, Patent and Open Source - Challenges

for Business in a Mixed Environment. MIPLC Master Thesis Series (2011/12), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2244216> (дата обращения: 17 апреля 2022 г.).

15. Mossoff A. and Claeys E.R. Patent Injunctions, Economics, and Rights // доступно по ссылке: <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=933078022002122105009121102099005112015082062038033030120099095096068090097008089085034019003061029120125092096014094029071077021059074001067098068006029127123090090032037067000020023109112118116025017087013067025087009024020092108112114105126020092&EXT=pdf&INDEX=TRUE> (дата обращения: 17 апреля 2022 г.).

16. Mossoff A. Exclusion and Exclusive Use in Patent Law (August 19, 2008). Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 22, No. 2, 2009, George Mason Law & Economics Research Paper №. 08-49, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1239182> (дата обращения: 15 апреля 2022 г.).

17. Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage 2020. BGB § 741 Gemeinschaft nach Bruchteilen. Beck-online: https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoBGB_8_Band7%2FBGB%2Fcont%2FMuekoBGB%2EBGB%2Er741%2EgIIV%2EgI8%2EgIa%2Ehtm (дата обращения: 20 апреля 2022 г.).

18. Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage 2020. BGB § 741 Gemeinschaft nach Bruchteilen. Beck-online (дата обращения: 17 апреля 2022 г.).

19. Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage 2020. Beck-online: https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fmuekobgb_8_band7%2Fbgb%2Fcont%2Fmuekobgb.bgb.vor1.p705.glc.glii.gI3.gIa.htm&pos=10&hlwords=on (дата обращения: 10 мая 2022 г.).

20. Nils J. Duties and Rights in Negligence: A Comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability // Oxford Journal of Legal Studies. 2004. Vol. 24. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=815093> (дата обращения: 17 апреля 2022 г.).

21. Notes. Fragmentation in Copyright // Harvard Law Review. 2011. Vol. 124. доступно по ссылке: <https://harvardlawreview.org/2011/05/a-justification-for-allowing-fragmentation-in-copyright/> (дата обращения: 17 апреля 2022 г.).

22. Rich G.S. Congressional Intent--Or, Who Wrote the Patent Act of 1952? Patent procurement and exploitation 1963. http://law.case.edu/lawofpatents/docs/Chapter_5.Kettering_Speech.pdf (дата обращения: 15 мая 2022 г.).

23. Sherwin Siy. Copies, Rights, & Copyrights: Really Owning Your Digital Stuff Pub. Knowledge: (June 13, 2013). <https://www.publicknowledge.org/CopiesRightsCopyrights> (дата обращения: 10 мая 2022 г.).

24. URL: https://sk.ru/documents/115/004.007_%D0%9A%D0%BE%D0%BD%D1%86%D0%B5%D0%BF%D1%86%D0%B8%D1%8F_%D0%BF%D1%80%D0%BE%D0%B5%D0%BA%D1%82%D0%B0_%D

0%A4%D0%97.docx (дата обращения: 17 апреля 2022 г.).

25. URL:

https://sk.ru/documents/115/004.007_%D0%9A%D0%BE%D0%BD%D1%86%D0%B5%D0%BF%D1%86%D0%B8%D1%8F_%D0%BF%D1%80%D0%BE%D0%B5%D0%BA%D1%82%D0%B0_%D0%A4%D0%97.docx (дата обращения: 17 апреля 2022 г.).

26. URL: https://storage.pravo.ru/file/general/9Y_doli-v-is.pdf (дата обращения: 17 апреля 2022 г.).