

ОТЗЫВ НА ДОКТОРСКУЮ ДИССЕРТАЦИЮ А.А. АМАНГЕЛЬДЫ "ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ"

REVIEW ON THE DOCTORAL
DISSERTATION OF A.A. AMANGEL'DY
"INTELLECTUAL PROPERTY LAW
OF THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN
AT THE PRESENT STAGE"

V. Vitko

Annotation

The author reviews the dissertation research devoted to intellectual property law of the Republic of Kazakhstan.

Keywords: intellectual property right; exclusionary right.

Витко Вячеслав Станиславович
Рук. Юр. службы АО "Фирма АйТи.
Информационные технологии",
г. Москва

Аннотация

Автор рецензирует диссертационное исследование, посвященное праву интеллектуальной собственности Республики Казахстан.

Ключевые слова:

Право интеллектуальной собственности; исключительное право.

*Первая ласточка очень
интересует северных жителей.*

Н.Г. Чернышевский, "Что делать?"

Диссертационное исследование Айжан Амангельдыкызы Амангельды (2), привлечшее мое внимание своим теоретическим характером, обстоятельностью, содержащее интересные суждения, выводы, порой спорные, однако по которым можно вести научную дискуссию, посвящено изучению институтов права интеллектуальной собственности по законодательству Республики Казахстан.

Проведенное автором исследование является одной из первых работ, посвященных комплексному анализу правового регулирования права интеллектуальной собственности в Республике Казахстан.

Не вызывает сомнения то, что наука нуждается в подобных исследованиях: одна из проблем становления теории интеллектуальной собственности – почти полное "научное безмолвие", катастрофический недостаток фундаментальных юридических исследований в данной области (4, с. 79).

Исследователь начинает с анализа докториальных подходов к определению понятия "интеллектуальная собственность" и резюмирует, что все эти позиции основаны на понимании интеллектуальной собственности как совокупности прав (1, с. 40).

Гражданский кодекс Республики Казахстан (далее – ГК РК) интеллектуальную собственность приравнивает к исключительным правам (ст. 125), что, по ее мнению, не соответствует правилу п. 1 ст. 963 ГК РК, согласно которому авторам результатов интеллектуальной деятельности принадлежат в отношении этих результатов личные неимущественные и имущественные права.

Рассмотрим, какие доводы выставляются в пользу существования понятия "интеллектуальная собственность".

Основываясь на ст. 125 ГК РК, автор приходит к выводу, что законодатель отождествляет интеллектуальную собственность с исключительными правами на результаты творческой деятельности (2, с. 47). Это действительно так. Но при этом из п. 2 ст. 125 ГК РК следует и то, что личные права не входят в понятие интеллектуальной собственности.

Далее, отмечая, что согласно ст. 115 ГК РК к имущественным благам и правам относятся объективированные результаты творческой интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации (2, с. 47), заключает, что "интеллектуальная собственность в системе гражданских прав в ГК РК сформулирована, во-первых, как объективированные результаты интеллектуальной дея-

тельности... и, во-вторых, как исключительные права" (2, с. 47).

Это утверждение вызывает определенные возражения.

Во-первых, результаты творческой интеллектуальной деятельности п. 2 ст. 115 ГК РК отнесены к имущественным благам, а не к благам и правам. Во-вторых, Закон говорит (п. 1 ст. 115 ГК РК), что объектами субъективных гражданских прав могут быть имущественные блага и имущественные права. При этом к имущественным благам относятся, в частности, объективированные результаты интеллектуальной деятельности (п. 2 ст. 115 ГК РК). Под имущественными правами понимаются гражданские субъективные права на имущественные блага.

Таким образом, из ст. 115 ГК РК, на мой взгляд, следует тот вывод, что объектами гражданских прав могут быть и результаты интеллектуальной деятельности, и имущественные права на них (исключительные права) (п. 1 ст. 125 ГК РК).

В итоге, полагаю, из норм ст. 115, 125 ГК РК следует, что интеллектуальная собственность может быть объектом гражданских прав, и, таким образом, данный Кодекс под интеллектуальной собственностью понимает только исключительные права на охраняемые результаты.

Обращусь к утверждению о том, что одно из значений интеллектуальной собственности – это "совокупность общественных отношений, возникающих по поводу результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации" (2, с. 13).

Данный тезис заслуживает полной поддержки, но, видимо, его нельзя признать новым. Так, например, И.А. Блинец характеризует интеллектуальную собственность как совокупность общественных отношений, возникающих в связи с появлением и использованием результатов интеллектуальной деятельности (4, с. 74–75). Как видим, позиции весьма сходны.

Другой тезис заключается в том, что второе значение интеллектуальной собственности – это объект гражданских прав, который представляет собой совокупность личных неимущественных и имущественных (исключительных) прав, а также объективированных результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации товаров, работ и услуг, которые предусмотрены законодательством Республики Казахстан (2, с. 13).

В его защиту находим следующее обоснование: "Интеллектуальная собственность – это и объект граждан-

ских прав, который выступает в качестве объекта гражданско-правовых сделок. И с этой позиции значение имеет не только сам объективированный результат интеллектуальной деятельности, интерес представляет таковой объективированный результат, в случае, когда ему сопутствуют еще и права, а именно: личные неимущественные и исключительные" (2, с. 48).

Попробую разобраться, что же представляет собой содержание этого положения: 1) интеллектуальная собственность – это новый, прямо не поименованный в ст. 115 ГК РК объект гражданских прав, входящий в состав "другого имущества" (п. 2 ст. 115 ГК РК); 2) по содержанию этот объект права представляет собой совокупность трех объектов прав: а) результата интеллектуальной деятельности, б) исключительного права на него, в) личных неимущественных прав (п. 3 ст. 115 ГК РК), – каждый из которых упомянут в законе.

Сразу возникает вопрос: какие субъективные гражданские права возможно установить на этот совокупный объект? Что это будут за права? На мой – возможно, ошибочный – взгляд, в предложенном определении интеллектуальной собственности трудно найти точный юридический смысл. Тогда какое практическое значение может иметь предлагаемое определение интеллектуальной собственности?

Замечу, что в казахстанской и российской правовой доктрине понятие интеллектуальной собственности включает только права: исключительное право на результаты творческой деятельности, а также личные неимущественные права авторов (1, с. 5); "совокупность прав на объективно выраженный результат интеллектуальной деятельности" (4, с. 137, 160).

Таким образом, предлагаемое определение отличается от других только тем, что включает еще и сам результат интеллектуальной деятельности, что представляется достаточно спорным. Поэтому есть основание говорить о том, что "интеллектуальная собственность" и "интеллектуальные права" как обобщающие понятия являются по содержанию совпадающими понятиями и включение в понятие интеллектуальной собственности результата интеллектуальной деятельности не видится необходимым и обоснованным.

Рассмотрим взгляд автора на право интеллектуальной собственности, согласно которому в субъективном смысле это право "представляет собой принадлежащую субъекту, гарантированную законом систему личных неимущественных прав и имущественных прав (исключительных прав), возникающих в связи с созданием и использованием объектов интеллектуальной собственности" (2, с. 14).

Словосочетание "гарантированную законом", исходя из того, что слово "гарантировать" означает "взять на себя ответственность, поручиться" (словарь Ушакова), видится не вполне точным и, на мой взгляд, могло бы быть заменено на "защищаемую законом". Так, в п. 1 ст. 970 ГК РК говорится о том, что исключительные права защищаются. Закон об авторском праве Республики Казахстан (далее – Закон об авторском праве) также говорит о защите авторских прав (п. 1 ст. 49). Пункт 1 ст. 1250 ГК РФ содержит положение о том, что "интеллектуальные права защищаются".

Представляется, что далеко не всякому субъекту может принадлежать "система личных неимущественных прав и имущественных прав (исключительных прав) [курсив мой. – В.В.]", а лишь только автору (п. 1 ст. 963 ГК РК).

Из предложенного определения можно вывести, что право интеллектуальной собственности включает в себя: 1) исключительное право (имущественное); 2) личные неимущественные права.

Нетрудно заметить, что это определение права интеллектуальной собственности очень сильно напоминает легальное определение интеллектуальных прав по ГК РФ, которые включают исключительное право, а в случаях, предусмотренных данным Кодексом, также личные неимущественные права и иные права (ст. 1226). Отличие, как видим, состоит только в "иных правах", входящих в состав интеллектуальных прав.

Возникает вопрос – в чем состоит отличие предложенной дефиниции права интеллектуальной собственности, от определений других исследователей.

Так, ряд авторов, понимают под содержанием права интеллектуальной собственности только исключительные права на объекты интеллектуальной собственности.

Очень близкое по содержанию определение находим у Р.Ж. Абуовой, которая совокупность исключительного права на результаты творческой деятельности, а также личные неимущественные права авторов (1, с. 5) называет "интеллектуальной собственностью". При этом правильно подчеркивает, что личные неимущественные права могут принадлежать только автору.

Нетрудно заметить, что предложенное автором понимание схоже с мнением И.А. Близнаца, рассматривающего интеллектуальную собственность "как совокупность прав в отношении объективно выраженных результатов интеллектуальной деятельности" (4, с. 137).

По общему мнению, понятия "право интеллектуальной собственности" и "интеллектуальные права" являются

обобщающими понятиями прав на результаты интеллектуальной деятельности и, как можно судить, совпадают по содержанию.

Право интеллектуальной собственности в объективном смысле автор определяет как совокупность правовых норм, регулирующих отношения по реализации личных неимущественных и имущественных (исключительных) прав, возникающих в связи с созданием и использованием объектов интеллектуальной собственности (2, с. 13–14).

Указание на "совокупность правовых норм" является общим мнением. Характеристика права как регулирующего "отношения по реализации личных неимущественных и имущественных (исключительных) прав" является правильной и составляет научную новизну. Здесь, возможно, необходима оговорка: реализация права – это воплощение правовых предписаний в поведении субъектов права, которое не может быть отношением, так как права осуществляются по воле субъекта, обладающего правом, поэтому использование слова "отношения" видится неточным.

К сожалению, в этом определении отсутствует указание на то, что нормы не только регулируют осуществление прав, но и обеспечивают защиту прав в случае их нарушения.

Автор предлагает следующее определение исключительного права: это "субъективное имущественное право, заключающееся в монопольном использовании на законном основании объекта интеллектуальной собственности его обладателем и подлежащее защите" (2, с. 14). Исключительность такого права заключается в монопольном использовании результата интеллектуальной деятельности (2, с. 89).

Рассмотрим, в чем состоит новизна предложенного определения, а также возможность его практического применения.

1. Указание на то, что исключительное право является "субъективным", полагаю, не может являться отличительным признаком исключительного права, так как любое право – субъективное.

2. Признак "на законном основании" является признаком исключительности, но на него указывает, например, А.Л. Маковский: обладателю предоставляется возможность использовать результат интеллектуальной деятельности в соответствии с законом (12, с. 623).

3. Указание на то, что исключительное право "подлежит защите", на мой взгляд, излишне, так как любое субъективное право подлежит защите, – это не является особенностью только исключительного права.

4. В определении говорится лишь об использовании объекта, но это не все содержание исключительного права; использование составляет только одно из правомочий, входящих в понятие распоряжения исключительным правом, под которым самим автором предлагает понимать возможность определять юридическую судьбу исключительных прав в двух формах: 1) предоставления исключительных прав (смены правообладателя не происходит); 2) отчуждения исключительных прав (уступки) (происходит смена правообладателя) (2, с. 20).

Закон об авторском праве говорит о том, что содержанием исключительного права является использование произведения в любой форме и любым способом (п. 1 ст. 16), что включает в себя следующие способы использования (правомочия правообладателя): 1) осуществление и 2) разрешение (запрет) осуществления определенных действий в отношении произведения (например, воспроизводить произведение) (п. 2 ст. 16).

Ввиду того, что разрешение правообладателя на осуществление другими лицами определенных действий в отношении произведения является не чем иным, как правом распоряжения исключительным правом, можно заключить, что закон говорит о том, что правообладатель может: 1) сам использовать произведение и 2) распоряжаться исключительным правом на произведение. ГК РК содержит такое же положение: правообладатель вправе передать исключительное право другому лицу полностью или частично, разрешить использовать объект интеллектуальной собственности и распорядиться этим правом иным образом (п. 2 ст. 964).

Как видим, в предложенной дефиниции отсутствует явное указание на все способы использования произведения. При этом из слов об "использовании... объекта интеллектуальной собственности его обладателем" сложно вывести, что под этим подразумевается и возможность разрешения использования произведения другими лицами. Видится досадным, что в определении "потерян" один из квалифицирующих признаков понятия исключительного права – распоряжение этим правом.

Но что необходимо признать несомненным, так это верное указание на объект распоряжения – исключительное право на охраняемый результат, ведь в доктрине присутствует убеждение, которое трудно разделить. Так, например, Е.У. Ихсанов, рассматривая исключительность права, указывает на монопольное господство субъекта над объектом этого права (9, с. 21), что сложно признать правильным. В российской доктрине О.А. Хатунцев, предлагая определение исключительного права, считает возможным осуществление над результатом интеллектуальной деятельности правомочия распоряжения (21, с. 16).

Представляется, что определение только выиграло бы, если бы содержало указание на использование "по своему усмотрению", что подчеркивало бы установление права использования законом, а не договором, тем более что ГК РК такое условие содержит (п. 1 ст. 964).

5. Автор приходит к выводу об имущественном характере исключительного права, опираясь на мнения исследователей об особенностях исключительных прав, выделяющих их из массы других прав: 1) возможность передачи; 2) национально-территориальный характер; 3) специальность субъекта прав, монополия и др.

Из этих мнений выводит, что исключительные права – это имущественные права в сфере интеллектуальной собственности, но при этом ожидаемых собственных аргументов в защиту той или иной особенности исключительных прав мы, к сожалению, не находим.

Указание на имущественный характер исключительного права является бесспорным. Но, что важно, следовало бы сделать акцент на то, что исключительные права являются имущественными по прямому указанию закона (п. 1 ст. 964 ГК РК, п. 1 ст. 16 Закона об авторском праве, ст. 1226 ГК РФ).

К недостаткам анализируемой дефиниции, можно отнести отсутствие в ней указания на абсолютный характер права, что является общепризнанным: "запрещение всем прочим возможности подражания" (24, с. 72); "запрещение всем прочим" (18, с. 23); "исключительное право и есть абсолютное право на нематериальные объекты" (7, с. 113). Об этом могли бы говорить, например, следующие слова: запрещать другим лицам использование результата. Из фразы "подлежащее защите", на мой взгляд, не следует запрет другим лицам.

Замечу, что ст. 16 Закона об авторском праве, устанавливающая признаки исключительного права, посредством примененного оборота (правообладатель может "запрещать осуществление" определенных действий в отношении произведения – п. 2) указывает на абсолютный характер этого права.

Отсутствие в предложенном определении признака, говорящего об абсолютном характере права, – "устранение всех прочих от подражания" (Г.Ф. Шершеневич) – видится досадным недоразумением, ведь в своей работе, опираясь на классификацию гражданских прав по объектам, предложенную М.К. Сулейменовым, она делает вывод, что право интеллектуальной собственности является абсолютным (2, с. 64).

Определение, полагаю, только выиграло бы, если бы содержало указание на то, что исключительное право ус-

танавливается не на все результаты интеллектуальной деятельности, а только на объекты, определенные законом. Это обстоятельно подчеркивается многими: закон предоставляет право в отношении результатов, установленных самим законом (12, с. 623).

При этом тезис об абсолютном характере права нельзя вывести из монополии субъекта на осуществление этих прав, как, по всем видимости, считает автор, говоря о признаках исключительного права (2, с. 89). Возможно, этот признак не был включен в определение по той причине, что не только исключительное право является абсолютным и поэтому данный признак не может являться отличительным.

В чем состоит "исключительность" исключительного права? – ставит вопрос автор и отвечает, что она заключается в "монопольном использовании результата интеллектуальной деятельности" (2, с. 81).

У Г.Ф. Шершеневича этот признак выражен словами "исключительной возможности совершения известных действий" известными лицами; В.И. Серебровский говорит об "исключительных правомочиях на совершение известных действий", И.А. Близнец – о "монополии их владельца" (4, с. 102).

Автор выделяет положительное содержание права, состоящее "в монопольном использовании на законном основании объекта интеллектуальной собственности его обладателем". На первый взгляд "монопольное использование" "на законном основании", т.е. отстранение законом всех других лиц от использования произведения, говорит о том, что именно в этом и состоит исключительность права.

Такое понимание находим у В.А. Белова: исключительное право – это право монопольное, суть которого состоит в том, чтобы исключить (отстранить) всякого и каждого – кроме своего обладателя – от эксплуатации результата интеллектуальной деятельности (3, с. 14), функция которого заключается в том, чтобы доставить и охранять исключительное (монопольное) положение своего обладателя (3, с. 22).

Наконец, укажу на мнение А.Л. Маковского, который "исключительность" объясняет тем, что "оно [исключительное право. – В.В.] путем прямого запрета в законе устраняет других лиц... от возможности использовать эти интеллектуальные продукты, т.е. "исключает" для этих "других" такую возможность" (12, с. 619).

Исходя из изложенного, полагаю, следует полностью согласиться с предложенным признаком "исключительности" исключительного права, но за ним стоит общее

мнение.

Предложенная автором дефиниция исключительного права, действительно позволяет отграничить его от других абсолютных прав указанием на особенность объекта права (нематериальный), но при этом, на мой взгляд, не раскрывает полного содержания (правомочия правообладателя) исключительного права: в ней, как уже было упомянуто, мы не находим указания на возможность распоряжения исключительным правом.

Как следствие, такое определение исключительного права не позволяет, хотя последнее и является имущественным и поэтому оборотоспособным, объяснить факт перехода (предоставления) права к другим лицам, т.е. правонаделение других лиц.

Кроме того, полагаю, не все признаки, которые называет диссертант, составляют отличительные свойства именно исключительного права.

Так, автор, основываясь на мнении Ю.Т. Гульбина, который указывает на особенность исключительных прав, состоящую в переходе их к другому лицу, считает таким признаком оборотоспособность. Представляется, что этот признак является излишним, так как способность исключительного права переходить к другим субъектам не может быть только его отличительным признаком, ведь по общему правилу любое имущественное право оборотоспособно.

Не боясь ошибиться, можно утверждать, что новизна предложенного определения исключительного права заключается в словах "монопольное", "субъективное", "подлежащее защите". Но два последних признака не могут, как было показано ранее, являться отличительными признаками исключительного права, а признак "монопольное" является общепризнанным.

Теперь рассмотрим положение о том, что "правоотношения в сфере интеллектуальной собственности могут быть абсолютными и относительными. Исключительное право является имущественным правом и может быть предметом абсолютных правоотношений, вытекающих из обладания исключительными правами на результаты творческой интеллектуальной деятельности. В абсолютных правоотношениях правообладателю противопоставлен неопределенный круг лиц (потенциальных нарушителей или пользователей)" (2, с. 15).

Такое мнение не вызывает никаких возражений и заслуживает полной поддержки, но составляет ли оно научную новизну?

Начну с того, что вывод о том, что право интеллекту-

альной собственности является абсолютным [2, с. 64], автор делает, опираясь на классификацию гражданских прав по объектам, предложенную М.К. Сулейменовым, который, в частности, исключительные и личные неимущественные права относит к абсолютным правам.

При этом, разбирая признаки абсолютного права, она поддерживает мнение, согласно которому абсолютный характер прав заключается в полноте "своей власти" над объектом, которая используется против всех других лиц [2, с. 65].

Утверждение о том, что в абсолютных правоотношениях обладателю прав интеллектуальной собственности противостоит неопределенный круг лиц [2, с. 66] – "бесликая фигура "всякого и каждого" [22, с. 310], – полностью основывается на приводимом автором мнении К.Н. Наменгенова, который к характерным чертам абсолютных правоотношений относит: 1) неопределенный субъектный состав правообязанной стороны; 2) возложение обязанности не нарушать это право на всех.

Такой довод находим у И.А. Близнеца: право интеллектуальной собственности принадлежит к категории абсолютных прав – всегда известен носитель права, управомоченное лицо, а все третьи лица должны воздерживаться от нарушения его прав [4, с. 165].

Представляется, что тезис о том, что право интеллектуальной собственности есть абсолютное право, является общепризнанным и не требует защиты.

Но мнение о том, что исключительное право является также предметом всех обязательств (относительных правоотношений), вызывает сомнение. Этот вывод строится на том, что в относительных правоотношениях правообладатель может передать исключительные права на использование объекта по договору, и это означает, что исключительное право становится предметом обязательств [2, с. 67].

Несомненно, что исключительное право является предметом договора по отчуждению (уступке) исключительных прав, но допущение автором возможности квалификации права использования охраняемого результата в качестве исключительного права является очень спорным.

Очень интересны рассуждения по вопросу о том, что правоотношения по созданию объектов интеллектуальной собственности нельзя отнести ни к абсолютным, ни к относительным по той причине, что в этих правоотношениях только происходит создание объекта интеллектуальной собственности, т.е. это стадия до абсолютных и относительных правоотношений, а исключительные пра-

ва на объекты возникают с момента придания им объективированной формы [2, с. 67].

Иными словами, нам говорят, что до момента создания объекта исключительное право не может быть установлено, так как пока нет самого объекта, что, разумеется, верно.

Так, И.А. Близнец убежден, что право интеллектуальной собственности может возникнуть только с момента, когда "замысел" получил внешнее выражение в той или иной объективной форме [4, с. 88].

Но тогда что представляют собой отношения по созданию объектов интеллектуальной собственности, какими нормами права они регулируются? Почему, например, эти отношения не могут быть обязательственными? По той же причине, что раз нет объекта, то, значит, не с чем совершать обязанному лицу те или иные действия, или по другой причине? Ответов на эти вопросы в работе мной найдено не было.

Замечу, что в науке этот вопрос подвергался исследованию. Так, например, С.Ю. Филиппова считает, что право по общему правилу не регулирует процесс создания произведений. Связано это с тем, создание произведения представляет собой умственную деятельность человеческого сознания, не отображающуюся во внешнем мире до тех пор, пока не появится результат такой деятельности в виде произведения [20, с. 289–290].

Разделяя это убеждение, можно говорить о том, что процесс создания автором объекта интеллектуальной собственности вообще не является правоотношением ввиду отсутствия объективной нормы и юридического факта [23, с. 17].

Возникает сомнение в том, что, как полагает автор, исключительные права имеют специфику в субъекте права [2, с. 78]. Полагаю, что с этим выводом нельзя согласиться по той причине, что любой субъект оборота может быть обладателем исключительного права (правообладателем). Особенность субъекта состоит в том, что первоначальный обладатель исключительного права устанавливается законом.

Нельзя обойти вниманием тезис о том, что "исключительное право, являясь имущественным правом, имеет свойство оборотоспособности" [2, с. 19], что является его особенностью [2, с. 87]. При этом подчеркивается, что оборотоспособность является еще одним подтверждением его имущественного характера и возможности участия в гражданском обороте [2, с. 88]. В итоге автор заключает, что "исключительные права являются оборото-

способными, потому что могут приносить имущественную выгоду правообладателю при введении их в гражданский оборот, тем самым исключительные права признаны имущественными" (2, с. 88).

Разберу это утверждение, содержание которого заключается в том, что: 1) критерием оборотоспособности исключительных прав является характер права – его имущественность; 2) из оборотоспособности исключительных прав следует, что они являются имущественными.

То, что исключительные права являются имущественными, автор выводит на основе указанных в литературе признаков имущественных прав: 1) способность принадлежать определенному лицу; 2) способность служить средством реализации имущественного интереса; 3) возможность отчуждения.

Основываясь на этом, заключает, что исключительные права, будучи по своему характеру имущественными правами, обладают свойством отчуждаемости и поэтому оборотоспособны (2, с. 80). Такая точка зрения не представляется бесспорной. Во-первых, исключительные права являются имущественными по прямому указанию закона, что, как одно из свойств, и составляет их "характер". Во-вторых, имущественность исключительного права является необходимым, но недостаточным условием его оборотоспособности. В-третьих, оборотоспособность является следствием, а не причиной "имущественности" исключительного права.

По общему мнению, под гражданским оборотом понимается "отчуждение объектов гражданских прав и их переход от одного лица к другому способами иными, чем отчуждение" (3, с. 69), переход "имущественных прав" (10, с. 26), "прав вещных и обязательственных" (19, с. 60), "имущественных прав" (17, с. 92).

Иными словами, оборот есть переход объектов гражданских прав от одного субъекта к другому (ст. 129 ГК РФ), как следствие, оборотоспособность объектов прав – это возможность их перехода от одного субъекта к другому. При этом возможность перехода объектов прав определяется не физическими свойствами того или иного блага ("характером"), а устанавливается законом.

Имущественные права законом отнесены к объектам гражданских прав (ст. 115 ГК РФ, ст. 128 ГК РФ). При этом установлено, что права на результаты интеллектуальной деятельности могут отчуждаться или иными способами переходить от одного лица к другому в случаях и в порядке, которые установлены законом (п. 4 ст. 129 ГК РФ).

Таким образом, условиями оборотоспособности блага

являются: 1) отнесение блага законом к объекту права; 2) возможность его отчуждения по установлению закона.

Исключительное право (1) является объектом гражданских прав, так как является имущественным, (2) может отчуждаться от одного лица к другому в случаях, установленных законом, следовательно, оно является оборотоспособным, если законом не установлено иное.

Исключительное право является имущественным и поэтому является предметом гражданского оборота (12, с. 591). Но всякое ли исключительное право оборотоспособно? Нет, например, исключительное право на наименование места происхождения товара необоротоспособно (п. 4 ст. 1034 ГК РК, п. 4 ст. 1519 ГК РФ).

По этим причинам трудно согласиться с итоговым выводом, состоящим в том, что "исключительные права являются оборотоспособными, потому что могут приносить имущественную выгоду правообладателю при введении их в гражданский оборот, тем самым исключительные права признаны имущественными" (2, с. 88). Так, например, права на фирменное наименование, на наименование места происхождения могут приносить имущественную выгоду, но они необоротоспособны.

Представляется, правильным является взгляд, согласно которому оборотоспособность исключительного права на охраняемые результаты устанавливается по прямому указанию закона. Как следствие, с мнением о том, что оборотоспособность исключительного права является подтверждением его имущественного характера, нельзя согласиться. Ведь оборотоспособность исключительного права является следствием того, что право законом определено как имущественное, что составляет его "характер", его правовую природу.

Небезинтересны суждения о том, что гражданско-правовые договоры образуют в совокупности единую систему (2, с. 327), ведь сама возможность построения системы договоров вызывает вопросы. Так, С.Ю. Филиппова считает, что "договоры системы не образуют", так как договоры не интегрированы неким общим началом – элементом общности (20, с. 229, 247).

В чем следует поддержать автора, так это в том, что проблема построения системы договоров заключается в отсутствии единообразного подхода к понятиям, а также к основанию построения системы (2, с. 328).

По мнению автора, в целях построения системы договоров в сфере интеллектуальной собственности использования такого общепринятого критерия, как целевая направленность, недостаточно, поскольку он не в полном объеме отвечает на вопрос разграничения договоров (2,

с. 343). Поэтому высказывает предположение, что основополагающим аспектом являются не объекты, а экономическая сфера применения договоров (М.К. Сулейменов) (2, с. 344).

В итоге в целях построения системы договоров в сфере интеллектуальной собственности предлагает использовать критерий, основанный на сочетании экономических и юридических признаков: целевая направленность является юридическим признаком, а экономическим признаком выступает содержание экономических отношений; они, используемые в совокупности, и являются более точным критерием разграничения договоров.

Следует отметить, что классификация договоров исходя из основания, включающего в себя экономические и юридические признаки, и ранее предлагалась цивилистами. Многие убеждены, что система обязательств может быть построена лишь на основе использования комбинированного классификационного критерия, соединяющего экономические и соответствующие им юридические признаки.

Исходя из предложенного совокупного критерия, предлагается следующая система договоров в сфере интеллектуальной собственности: 1) первый тип – договоры по созданию объектов интеллектуальной собственности, целевая направленность которых – создание объектов интеллектуальной собственности, а содержание – оборот нематериальных объектов; 2) второй тип – договоры по распоряжению исключительными правами на объекты интеллектуальной собственности; целевая направленность этого типа договоров – распоряжение исключительными правами на объекты интеллектуальной собственности, а содержание – оборот нематериальных объектов.

В чем состоит новизна предложенной системы договоров в сфере интеллектуальной собственности?

В первую очередь предлагается не один, а совокупность критериев: 1) направленность (цель) договора – создание объекта интеллектуальной собственности и распоряжение исключительными правами на него; 2) оборот нематериальных объектов.

Что представляет собой экономический критерий – "содержание экономических отношений", под которыми понимаются отношения субъектов по поводу нематериальных объектов, их экономического оборота (2, с. 340)? Критерием является объект отношений – результат интеллектуальной деятельности.

Из этого можно вывести, что для включения договора в систему последний должен обладать следующими при-

знаками: 1) объект – охраняемый результат; 2) предмет – создание объекта интеллектуальной собственности или распоряжение исключительными правами на него.

Однако эти признаки уже использовались при построении системы договоров. Критерий "направленности (цели) договора" – создания объекта исключительных прав и распоряжения правами (отчуждения или предоставления (обременения) исключительных прав) – уже использовался при систематизации рассматриваемого класса договоров; этот критерий она считает основным (15, с. 207).

Дополнительным критерием, исходя из слов о том, что, "определяя систему договорных обязательств в сфере интеллектуальной собственности, в качестве признака систематизации следует выделить направленность (цель) договора и идеальный объект, на который передаются права", является объект договора (охраняемый результат).

Нетрудно заметить, что предложенный критерий не отличается от критерия, по сути совокупного, примененного О.А. Рузаковой, поэтому признать его новым не представляется возможным.

Далее, в чем по существу состоит отличие предложенной классификации от системы (класса) договоров, сформулированной О.А. Рузаковой? Оно заключается в том, что в систему договоров А.А. Амангельды включает договор о создании служебного произведения, но при этом в ней отсутствуют брачный договор, договор о совместной деятельности, сделки с предприятиями, включаемые О.А. Рузаковой в этот класс договоров.

По мнению А.А. Амангельды, недостаток системы, предложенной О.А. Рузаковой, состоит в том, что эта система включает "иные договоры", для которых нельзя найти основание для объединения, следовательно, предложенная классификация не вполне удалась (2, с. 348).

Как отмечает сама О.А. Рузакова, некоторые договоры отнесены к "иным" по той причине, что их объектом могут выступать исключительные права, но они "не направлены на их создание и использование". На мой взгляд, "иные" договоры также должны быть отнесены к системе по той причине, что их направленностью тоже является распоряжение правами.

Следует думать, что предложенная система, точнее, классификация договоров по определенному критерию, является по существу правильной, но есть сомнения в том, что примененный критерий построения системы представляет собой действительно новое основание классификации.

При этом вызывает вопрос включение в первый тип договора о создании служебного произведения, ведь автор в работе приходит к выводу, что создание служебных изобретений осуществляется в рамках трудовых отношений между работником и работодателем на основании трудового договора (2, с. 383). Но при этом пишет, что, несмотря на то, что трудовой договор является юридическим фактом, порождающим трудовые отношения между работником и работодателем, он в силу своей гражданско-правовой природы помимо обязательных условий также позволяет восполнить отсутствие урегулирования законом отношений по поводу изобретательства (2, с. 385).

Разъяснения, почему трудовой договор имеет гражданско-правовую природу, видятся необходимыми, но их нет. Лишь отмечается, что в связи с созданием служебных произведений возникают особые правовые отношения. Эти произведения порождают сложные вопросы, один из которых заключается в определении законодательства, подлежащего применению к возникшим правоотношениям между работником и работодателем (2, с. 138).

Обращу внимание на мнение И.А. Близнеца, согласно которому только этап использования объектов интеллектуальной собственности доступен правовому регулированию, так как само право интеллектуальной собственности может возникнуть лишь с момента, когда "замысел" получил внешнее выражение в объективной форме (4, с. 88, 93).

Отсюда возникает вопрос: какими же нормами регулируется создание служебного произведения? Было бы очень интересно увидеть рассуждения по этому поводу, которые способствовали бы лучшему пониманию природы отношений по созданию служебного произведения.

Позволю предложить следующее объяснение.

Вопрос заключается в том, каким образом трудовой договор как юридический факт может являться основанием возникновения не только трудового, но и гражданского правоотношения между работником и работодателем по поводу субъективных имущественных прав на созданное произведение. Ведь исключительные права как гражданские могут передаваться только на гражданско-правовой основе (8, с. 80).

Представляется, что, во-первых, договор с работником, в трудовую функцию которого входит создание объектов интеллектуальной собственности, является не классическим трудовым договором, а смешанным договором, из которого у его сторон возникают также гражданские права и обязанности по поводу созданного про-

изведения; во-вторых, ввиду того, что договор содержит условия, происходящие из договоров, регулируемых двумя отраслями права – трудового и гражданского, его следует квалифицировать в качестве полиотраслевого смешанного договора.

Так, Э. Гаврилов и К. Гаврилов предлагают – и это заслуживает полной поддержки – договоры, предметом которых являются создание служебного произведения и отчуждение работодателю исключительного права на него, называть "трудовыми договорами авторского заказа" (6, с. 41). Оговорюсь, что мной сделано лишь предположение, и этот вопрос, бесспорно, требует дальнейшего изучения.

Вернусь к задачам исследования автора, одной из которых является изучение договоров по созданию объектов права интеллектуальной собственности (2, с. 12).

Как можно увидеть, автор критически относится к подходу, согласно которому договоры, связанные с созданием и использованием произведений интеллектуального творчества, составляют самостоятельную группу гражданско-правовых договоров. По ее мнению, нужно разделять договоры по созданию объектов интеллектуальной собственности и договоры по их использованию (2, с. 373).

Вопрос дискуссионный, однако если признать, что правовой целью субъектов договоров обоих типов является наделение имущественными правами на объект интеллектуальной собственности, то оба типа договоров должны быть отнесены к одному классу.

Такой взгляд имеет поддержку в литературе: правовая цель каждого из договоров – о создании результатов интеллектуальной деятельности (договоры заказа), о предоставлении прав на использование результатов интеллектуальной деятельности, об отчуждении исключительных прав – одна и та же и состоит "в использовании прав на результаты интеллектуальной и приравненной к ней деятельности", "поскольку создание самого объекта и его передача не имеют практического значения без передачи прав" (16, с. 25).

В.А. Дозорцев убежден, что именно ради имущественных прав на результаты творчества в конечном счете осуществляется гражданско-правовое регулирование (8, с. 92).

Полагаю, что приведенные мнения позволяют сделать вывод о едином классе договоров в сфере интеллектуальной деятельности.

Важным является вопрос определения природы дого-

воров на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ (НИОКиТР).

Автор полагает, что договор на выполнение НИОКиТР является смешанным договором, указывая на то, что договор на выполнение НИОКиТР, с одной стороны, схож с авторским договором заказа, так как в результате его осуществления могут создаваться научные произведения, с другой стороны, является договором подряда, направленным на выполнение работы и достижение результата.

Рассмотрим, насколько обоснована эта позиция.

Автор пишет, что в законодательстве РК договор на выполнение НИОКиТР является разновидностью договора подряда (ст. 673 ГК РК), ГК РФ договор на выполнение НИОКиТР относит к самостоятельному договорному типу (ст. 769).

В доктрине, отмечает автор, присутствует мнение, что по своей юридической природе договоры на выполнение НИОКиТР близки к договорам подрядного типа, которое она не поддерживает, приводя следующие доводы: 1) различие характера НИОКиТР и подрядных работ: НИОКиТР направлены на решение творческих задач, результат выполнения которых нельзя точно предопределить заранее, а подрядные работы требуют только определенной квалификации подрядчика; 2) выполнение НИОКиТР нередко приводит к созданию объектов интеллектуальной собственности, условия использования которых требуют специального соглашения сторон. По этим причинам договоры на выполнение НИОКиТР по законодательству РФ следует отнести к самостоятельному типу (2, с. 385).

При этом также не соглашается с отнесением законодателем РК договоров НИОКиТР к подрядному типу, считая, что: 1) договор на выполнение НИОКиТР является смешанным договором; 2) в системе гражданско-правовых договоров по направленности договоры на выполнение НИОКиТР относятся, с одной стороны, к договорам на создание объекта интеллектуальной собственности, а с другой – к договорам на выполнение работ (2, с. 24, 395).

На мой взгляд, представленное мнение заслуживает серьезного внимания.

Для признания договора на выполнение НИОКиТР смешанным, основным признаком которого – наличие в обязательстве, им порожаемом, нескольких различных договорных обязательств, которые, вместе взятые, составляют новый вид (13, с. 102, 14, с. 4), каждое из которых должно обладать совокупностью элементов договоров, характерных для соответствующего договора, договор должен содержать существенные условия (1) догово-

ра подряда и (2) авторского договора заказа.

Как замечает автор, результатом договора на выполнение НИОКиТР может быть объект интеллектуальной собственности, что справедливо и следует не только из легальной дефиниции договора (п. 1 ст. 673 ГК РК), но и из ст. 679 ГК РК, в которой говорится об обязанности подрядчика принимать меры для защиты полученных при выполнении работ способных к правовой охране результатов (п. 2). На этом основании делает вывод, что в договоре на выполнение НИОКиТР можно усмотреть элементы договоров на создание объектов интеллектуальной собственности (2, с. 386, 392), что нужно признать несомненным.

Наличие элементов договора подряда не подлежит сомнению, и поэтому следовало бы признать справедливость такого вывода. Но вопрос вызывает следующее обстоятельство.

Как верно отмечает А.А. Амангельды, ГК РФ договоры на выполнение НИОКиТР относит к самостоятельному договорному типу; она поддерживает такую квалификацию (2, с. 385), но оставляет без внимания установление ее причин, притом что легальные дефиниции договоров на выполнение НИОКиТР, содержащиеся в ГК РФ (ст. 769) и ГК РК (ст. 673), совпадают практически дословно и, казалось бы, договор на выполнение НИОКиТР по законодательству РК также следует считать самостоятельным, а не смешанным, как считает автор.

Почему договор на выполнение НИОКиТР по законодательству РФ признается ею самостоятельным, а договор на выполнение НИОКиТР по законодательству РК квалифицируется как смешанный?

На мой взгляд, причина может быть в следующем.

Статья 769 ГК РФ содержит требование о том, что условия договоров на выполнение НИОКиТР должны соответствовать законам и иным правовым актам об исключительных правах (п. 4). Статья 772 ГК РФ устанавливает, что права исполнителя и заказчика на результаты работ, которым предоставляется правовая охрана как результатам интеллектуальной деятельности, определяются в соответствии с частью четвертой данного Кодекса.

В свою очередь, часть четвертая ГК РФ содержит ст. 1297, которая регулирует создание произведений при выполнении работ по договорам подряда (на выполнение НИОКиТР), которые прямо не предусматривали их создание. При этом устанавливается иное общее правило принадлежности исключительного права – подрядчику, а не заказчику, как в случае создания произведения по договору заказа (п. 1 ст. 1296 ГК РФ).

Таким образом, ГК РФ в различных своих главах (гл. 38, 70) предусматривает особое (специальное) правовое регулирование отношений при выполнении работ по договорам подряда (на выполнение НИОКиТР), и поэтому эти договоры не могут быть квалифицированы как смешанные, а являются самостоятельными договорами.

Вернемся к договору на выполнение НИОКиТР по законодательству РК. Казалось бы на первый взгляд, что раз договор на выполнение НИОКиТР сконструирован самим законодателем, тем самым он должен также признаваться самостоятельным договором. Но в законодательстве РК отсутствует его специальное правовое регулирование, и по этой причине к договорам на выполнение НИОКиТР должны применяться положения о тех договорах, элементы которых включены в их содержание, в частности об авторском договоре заказа (ст. 33 Закона об авторском праве) и о договоре подряда.

Представляется, что именно по этой причине договоры на выполнение НИОКиТР могут быть квалифицированы в качестве смешанных. К сожалению, указания на этот довод в пользу квалификации договора на выполнение НИОКиТР в качестве смешанного в работе мы не находим.

Интерес вызывает также вопрос, который в исследовании оставлен без ответа: кем договор на выполнение НИОКиТР сконструирован в качестве смешанного – законодателем или волей субъектов гражданского оборота?

Решаюсь сказать, что договор на выполнение НИОКиТР отличается от "обычного" смешанного договора тем, что он может порождать два обязательства (подрядное и авторское правоотношения), но авторское правоотношение будет "спящим", если результат выполненных работ не составит собой нематериальный объект.

Разделяя мнение о смешанном характере договора на выполнение НИОКиТР, считаю нужным подчеркнуть, что сделанный в работе автора вывод является новым и практически полезным.

Перейду к дефиниции понятия авторского договора, предлагаемой автором: "Это договор об использовании произведения науки, литературы и искусства, заключаемый с автором или его правопреемниками, в результате которого за вознаграждение передаются или предоставляются исключительные права на произведения, передача которых не запрещена законодательством" (2, с. 399).

По ее мнению, такое определение "позволяет установить существенные условия договора, субъектный состав, порядок отчуждения прав на произведения, т.е. охватывает собой как авторский договор о передаче прав,

так и авторские договоры о предоставлении прав на исключительных и неисключительных условиях, а также позволяет ограничивать авторские договоры от других смежных гражданско-правовых обязательств [курсив мой. – В.В.]" (2, с. 399–400).

По существу главное отличие от легальной дефиниции состоит в том, что должны предоставляться исключительные права на использование произведения, а не неисключительные права.

При этом подчеркивается, что предлагаемое определение заменяет легальные дефиниции трех видов авторского договора: 1) договор уступки исключительного права (полностью или частично); 2) авторский договор о передаче исключительных прав; 3) авторский договор о передаче неисключительных прав (п. 1–3 ст. 31 Закона об авторском праве).

Начну с общей характеристики предложенного определения.

С формулировкой "договор об использовании произведения" можно согласиться частично. Ведь при передаче (уступке) исключительного права на произведение новый правообладатель приобретает не только право использовать произведение по своему усмотрению, но и право распоряжения исключительным правом (правомочиями) на это произведение. Таким образом, словосочетание "об использовании произведения" должно быть дополнено словами "и о распоряжении исключительным правом".

Закон определяет содержание исключительного права на произведение как: 1) право использовать произведение самим правообладателем; 2) право распоряжаться правомочиями, входящими в состав исключительного права (п. 2 ст. 16 Закона об авторском праве).

Одной стороной договора является "автор или его правопреемники". Учитывая, что правопреемство бывает универсальным и сингулярным, нельзя определенно сказать, является стороной договора именно обладатель исключительного права на произведение (правообладатель) или им может быть и управомоченное лицо (лицензиар). Ведь стороной авторского договора о предоставлении права использования может быть не только правообладатель, но и управомоченное им лицо. Субъекты, которые могут быть второй стороной договора, – правопреемники в дефиниции не названы.

Как видим, твердо установить субъектный состав договора исходя из его определения не представляется возможным. На мой взгляд, дефиниция только выиграла бы, если бы сторона договора, передающая право, исходя из сущности отношений, была определена как "автор

или иной правообладатель (управомоченное лицо)".

Автор, анализируя нормы п. 1 ст. 31 Закона об авторском праве, приходит к выводу о том, что правило, согласно которому исключительные права автора могут быть переданы для использования по авторскому договору о передаче неисключительных прав, является "большой концептуальной ошибкой теории исключительных прав" (2, с. 400), так как "не может быть неисключительных прав, правильно констатировать только наличие исключительных прав, которые позволяют обладателю монополично использовать на законном основании эти имущественные права"* (2, с. 400).

* Правильнее, полагаю, говорить об использовании не прав, а произведения, ведь права не используются - они осуществляются или реализуются.

Тезис интересный и смелый, но он требует достаточного обоснования, ведь мало сказать, что право "исключительное", – нужно и показать, в чем именно состоит исключительность права лицензиата (пользователя).

Приводя определение неисключительного права, содержащееся в вышеупомянутом Законе ("неисключительное право – право, когда одновременно с правообладателем другие лица могут использовать произведения... имея на то соответствующее разрешение автора или иного правообладателя" – п. 6 ст. 2), автор заключает, что "это положение в корне неверно и должно быть исключено из содержания ЗоАП" (2, с. 402). По той причине, что этим "нарушается само понятие исключительного права как абсолютного имущественного субъективного права, позволяющего его обладателю монополично использовать объект интеллектуальной собственности на законном основании. Одновременное использование исключительных прав возможно только на основании передачи исключительных прав полностью или частично по договору, то есть на основе обязательств, но никак не ввиду существования неисключительных прав [курсив мой. – В.В.]" (2, с. 402).

Как можно понять, автор считает, что лицензиат монополично использует охраняемый результат, поэтому его права должны считаться исключительными, т.е. критерием исключительного права, что следует из предлагаемого автором определения, является "монопольное использование охраняемого результата" (2, с. 14).

К сожалению, она не обосновывает, почему считает использование охраняемого результата лицензиатом монопольным, поэтому представляется необходимым рассмотреть доводы, которые выдвигают другие авторы в пользу выдвинутого тезиса.

Так, М. Волынкина считает, что право использования

охраняемых результатов, получаемое лицензиатом в рамках лицензионного договора, по своему правовому содержанию может быть обозначено как ограниченное исключительное право (5, с. 7).

В качестве обоснования также указывается на наличие у лицензиата реальной монопольной поведенческой возможности использовать охраняемый результат в пределах, обозначенных в договоре, а также право требовать известного поведения от всех обязанных лиц, что, по ее мнению, свидетельствует о том, что при заключении лицензионного договора самостоятельное субъективное право (исключительное) не только остается у правообладателя, но и возникает у лицензиата (5, с. 8).

С этими аргументами трудно согласиться.

Во-первых, довод о монопольном поведенческом использовании результата нельзя принять, так как один и тот же объект интеллектуальной собственности в один и тот же момент может одновременно использовать одним и тем же способом множество пользователей.

Так, например, Г. Ломидзе отмечает, что право использования, предоставляемое лицензиату по неисключительной лицензии, не обладает характеристиками исключительного права, поскольку такое же право на нематериальный результат может быть одновременно предоставлено правообладателем и иным лицам, поэтому оно является обязательственным, а не субъективным (11, с. 460).

Возникает вопрос: кто входит в тот круг лиц, обязанных по отношению к лицензиату, который вправе требовать известного поведения от всех обязанных лиц? Под "известным поведением", по всей видимости, следует понимать, что все лица не должны препятствовать лицензиату использовать охраняемый результат.

Чтобы моя мысль стала яснее, приведу пример. Представим себе, что право лицензиата является исключительным, тогда каждый лицензиат на время, определенное договором, станет правообладателем (в отношении определенных правомочий). В итоге появится множество лиц, обладающих исключительным правом на один и тот же охраняемый результат, в одно и то же время, и каждый из них сможет запрещать всем прочим лицам, включая предыдущего правообладателя (автора, первичного правообладателя), использовать охраняемый результат.

В итоге гражданский оборот исключительного права "остановится", так как каждый может каждому – ведь все обладают равносильным правом – запретить использование охраняемого результата, поскольку никто не вправе без согласия обладателя исключительного права ис-

пользовать объект этого права.

Далее, как могут быть от совершения известных действий "любой и каждый", если каждый пользователь будет обладать исключительной возможностью совершать "известные действия" по отношению к охраняемому результату? Будет ли такое положение соответствовать действительности? Практика жизни показывает, что нет.

Следует согласиться с тем, что предоставление прав по исключительной лицензии означает не "исключение" других лиц из действия договора, а только то, что лицензиар гарантирует лицензиату, что не будет предоставлять лицензии другим производителям на оговоренной территории (4, с. 132). В свою очередь, неисключительность – это возможность существования многих одинаковых, но не связанных друг с другом прав на один и тот же объект (9, с. 21).

Другой контраргумент заключается в том, что лицензиат использует охраняемый результат не по своему усмотрению, в чем состоит основное содержание исключительного права, а в пределах, установленных договором с правообладателем (управомоченным лицом).

Основываясь на господствующем понимании исключительного права как "исключительной возможности совершать известные действия с запрещением всем прочим возможности подражания"(24, с. 72), права пользователя не могут являться по своему содержанию исключительными: 1) пользователь не может никому запретить (исключить) пользоваться произведением, правом на использование которого он обладает; 2) точно таким же правом использования произведения может обладать неопределенное число субъектов права, ведя при этом мирное *modus vivendi* (сосуществование), следовательно, нельзя говорить о монопольном использовании; 3) пользователь не может своей волей (по своему усмотрению) распоряжаться предоставленными ему правомочиями.

Таким образом, по своему содержанию права пользователя не обладают признаками исключительного права, и поэтому тезис о том, что права на использование охраняемых объектов лицензиатами являются исключительными, нельзя признать обоснованным ввиду его несоответствия действительному положению вещей.

Отмечу, что из определения авторского договора о передаче неисключительных прав (п. 3 ст. 31 упомянутого Закона) следует, что по разрешению правообладателя произведение может использовать неограниченное число пользователей, т.е. критерием, разграничивающим предоставление исключительных или неисключительных прав, является число пользователей произведения, которым предоставляется право: 1) исключительно одному

лицу; 2) неопределенному множеству лиц.

Представляется, что тезис, выдвинутый на защиту, на мой взгляд, спорный, но очень интересный, однако хотелось бы увидеть больше доводов в его защиту.

Вернемся к существенным условиям авторского договора, говоря о которых, ученый приводит их перечень, установленный Законом об авторском праве (ст. 32), т.е. относящийся к легальному определению договора, а не к дефиниции, предложенной диссертантом, хотя ранее ею упоминалось, что предложенное определение "позволяет установить существенные условия договора" (2, с. 399).

Заслуживает поддержки отнесение к существенным условиям авторского договора условия об объекте авторского права, т.е. произведении* (2, с. 404).

* Основанное на выводе Р.Ж. Абуовой о том, что предметом авторского договора являются имущественные права на использование произведения, а объектом договора - само произведение.

Но при этом вызывает сомнение правильность вывода об объекте (произведении) и предмете (имущественных правах) авторского договора. Ведь согласно господствующему в доктрине мнению объектом авторского договора являются имущественные права, а предметом – действия по их передаче (предоставлению).

Спорным также видится вывод о том, что это договор "консенсуальный, хотя не исключено, что договор может быть и реальным" (2, с. 405). Такого же взгляда в казахстанской доктрине придерживается, к примеру, Р.Ж. Абуова, полагающая, что авторский договор может быть и реальным, и консенсуальным (1, с. 6).

Вопрос об определении характера авторского договора, как видим, является дискуссионным, и высказанная позиция требует доводов в свою защиту. На мой взгляд, такой вывод не следует из определения, ведь если обратиться к легальной дефиниции авторского договора (ст. 31 Закона об авторском праве), в которой должен быть закреплен характер договора, то в ней отсутствуют обороты "передает" или "обязуется передать", являющиеся признаками реального и консенсуального договоров.

Таким образом, в Законе об авторском праве характер авторского договора не раскрыт, поэтому необходимо рассмотреть, какой вывод можно сделать из ГК РК.

Пункт 2 ст. 393 ГК РК устанавливает, что для заключения реального договора необходима передача имущества. При этом п. 2 ст. 115 ГК РК относит к имуществу объективированные результаты творческой интеллекту-

альной деятельности и имущественные права. Исключительные права являются имущественными, законом прямо отнесены к "имуществу", но поскольку сложно представить физическую передачу исключительного права, из этого можно сделать вывод, что авторский договор по своей правовой природе может быть только консенсуальным.

Отмечу, что из предложенного определения авторского договора следует, что он является реальным, об этом

говорят слова "передаются или предоставляются", но с этим трудно согласиться.

Завершая, нельзя не подчеркнуть, что автор своим интересным, обстоятельным исследованием сделал вклад в науку права интеллектуальной собственности не только Республики Казахстан, но и России, которое, как и всякий многоаспектный научный труд, содержит ряд спорных, но интересных положений, которые, без сомнения, станут основой для научных дискуссий.

ЛИТЕРАТУРА

1. Абуова Р.Ж. Авторский договор в гражданском праве Республики Казахстан: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Алматы, 2002.
2. Амангельды А.А. Право интеллектуальной собственности Республики Казахстан на современном этапе: Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2015.
3. Белов В.А. Исключительные права и конкуренция // Законодательство. 2013. № 12.
4. Близнак И.А. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: теоретико-правовое исследование: Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2003.
5. Вольнкина М. Ограниченные исключительные права: мистика или реальность? // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2013. № 10.
6. Гаврилов Э., Гаврилов К. Договоры заказа на создание авторских произведений // Хозяйство и право. 2013. № 3.
7. Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сборник статей / Исслед. центр част. права. М., Статут. 2005.
8. Дозорцев В.А. Творческий результат: система правообладателей // Вестник ВАС РФ. 2002. № 12.
9. Ихсанов Е.У. Авторское право как субъективное гражданское право по законодательству РК: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Алматы. 2001.
10. Красавчиков О.А. Советский гражданский оборот (понятие и основные элементы) // Вопросы гражданского, трудового права и гражданского процесса. Т. 5. М., Госюриздат. 1957.
11. Ломидзе О.Г. Правонаделение в гражданском законодательстве России. СПб., Юридический центр "Пресс". 2003.
12. Маковский А.Л. О кодификации гражданского права (1922–2006). М., Статут. 2010.
13. Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С.
14. Ойгензихт В.А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве: Учебное пособие. Душанбе. 1984.
15. Рузакова О.А. Система договоров о создании результатов интеллектуальной деятельности и распоряжении исключительными правами: Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2007.
16. Рузакова О.А. Проблемы построения системы договоров о создании результатов интеллектуальной деятельности и распоряжении исключительными правами // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2008. № 6.
17. Рыбалов А.О. Экономические блага и гражданский оборот // Объекты гражданского оборота: Сборник статей / Отв. ред. М.А. Рожкова. М., Статут. 2007.
18. Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. М., 1956.
19. Скловский К.И. Механизм перехода права и последствия цессии // Хозяйство и право. 2002. № 2.
20. Филиппова С.Ю. Инструментальная методология цивилистического исследования: Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2015.
21. Хатунцев О.А. Субъективные вещные права как разновидность абсолютных имущественных прав: проблемы теории и практики: Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2015.
22. Черепяхин Б.Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву / Черепяхин Б.Б. Труды по гражданскому праву. М., Статут. 2001.
23. Шершеневич Г.Ф. История философии права. Вып. 1. Казань, 1904.
24. Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891.

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



"Ни о чем не думает лишь тот,
кто ничего не читает."
Д.Дидро

Реклама