

DOI 10/24411/2227-7315-2020-1010
УДК 347.23

А.Ю. Чурилов

ПРОБЛЕМЫ ОХРАНЫ ПРОГРАММ ДЛЯ ЭВМ

Введение: проблема охраны программ для ЭВМ представляет существенную проблему как в теории, так и на практике. Положение усугубляется тем, что для программ для ЭВМ используются два основных режима охраны — это объект либо авторского права, либо промышленной собственности (т.е. изобретение). **Цель:** выявление пределов охраны программ для ЭВМ как объекта авторского права и рассмотрение патентоспособности программ для ЭВМ как изобретений. **Методологическая основа:** общенаучные (диалектический, анализ, сравнение) и частнонаучные (юридико-догматический) методы. **Результаты:** охране нормами авторского права подлежит только код исходной программы для ЭВМ и его близкое парафразирование. **Выводы:** структура, последовательность и организация программы для ЭВМ не должны охраняться нормами авторского права, но могут подлежать охране нормами патентного права как изобретение в том случае, если такая программа представляет собой новое техническое решение.

Ключевые слова: программы для ЭВМ, программное обеспечение, охрана программ для ЭВМ, авторское право, патентное право.

A.Y. Churilov

PROBLEMS OF COMPUTER PROGRAMS PROTECTION

Background: the problem of the protection of computer programs presents significant problems both in theory and in practice. The problem is aggravated by the fact that there are two main regimes of protection for computer programs - copyright and industrial property (invention). **Objective:** to identify the scope of computer software protection as a copyrightable subject matter and to consider the patentability of computer programs as inventions. **Methodology:** general scientific (dialectical, analysis, comparison) and private scientific (legal and dogmatic) methods. **Results:** only the source code of the computer program and its close paraphrasing are subject to copyright protection. **Conclusion:** the structure, sequence and organization of a computer program should not be protected by copyright but may be subject to protection by patent law as an invention if such a program is a technical solution, method, and is associated with a technical device.

Key-words: computer programs, software, protection of computer programs, copyright, patent law.

Компьютер не может работать без определенного набора инструкций. Эти инструкции и содержит программное обеспечение (программы для ЭВМ). В различных странах отличается и определение программы для ЭВМ. Отечественный

© Чурилов Алексей Юрьевич, 2020

Кандидат юридических наук, аналитик НОЦ «Интеллектуальная собственность и интеллектуальные права» (Юридический институт Национального исследовательского Томского государственного университета); e-mail: Lefikantor@yandex.ru

© Churilov Aleksei Yurievich, 2020

Candidate of law, analyst of REC «Intellectual Property and Intellectual Rights» (Law Institute of the National Research Tomsk State University)

законодатель определяет программу для ЭВМ как представленную в объективной форме совокупность 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 отображения¹. В соответствии с законодательством США компьютерная программа представляет собой совокупность выражений или инструкций, используемых компьютером напрямую или опосредованно для получения определенного результата².

Самым распространенным режимом охраны компьютерной программы является охрана нормами авторского права. В соответствии с нормами Гражданского кодекса РФ, так и Бернской Конвенции по охране литературных и художественных произведений (ст. 2) на программы для ЭВМ распространяется режим авторского права. В частности, в соответствии с ГК РФ на программы для ЭВМ распространяется режим охраны литературных произведений. Такое приравнивание программ для ЭВМ к произведениям литературы, как представляется, все же не вполне учитывает особую технологическую и функциональную природу программ для ЭВМ.

Несмотря на долгую историю предоставления компьютерным программам охраны как объектам авторского права, проблема определения пределов такой охраны возникает до сих пор.

В первую очередь необходимо отметить, что единственным условием охраноспособности программного обеспечения, как и литературного произведения, является его творческий характер [1], поскольку исключительно техническая работа не повлечет за собой создания объекта авторского права.

Определение творческого характера программного обеспечения может вызвать определенные трудности. Если творческий характер рассказа или пьесы можно обнаружить в самом повествовании, то ответ на вопрос, в чем заключается творческий характер кода программы, может вызвать некоторые сложности. Творческий характер при создании программы для ЭВМ проявляется в создании особых алгоритмов или последовательностей операций, поскольку для их создания требовались творческие усилия автора или коллектива авторов, а также и сама архитектура программы в том случае, если она представляет собой выдающийся результат творческого труда.

Общеизвестно, что авторским правом охраняется только выражение идеи, а не сама идея. Следовательно, эти же ограничения применяются и к программам для ЭВМ. Например, в деле *Whelan Assocs., Inc. v. Jaslow Dental Lab., Inc.* (США) суд постановил, что охраноспособен весь программный код, за исключением только функциональных элементов, т.е. содержания программы. По общему правилу, когда речь идет о функциональных элементах программы для ЭВМ, можно утверждать, что произошло слияние идеи и выражения идеи, что исключает охраноспособность функциональных элементов кода программы³. Применительно к компьютерным играм английские суды также придерживаются мнения, что лишь идея того, что программа должна делать, не является охраноспособной, поскольку объектом авторского права может быть лишь выра-

¹ См. ст. 1261 Гражданского кодекса Российской Федерации (часть четвертая) (в ред. от 23 мая 2018 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. № 52, ст. 5496.

² См.: The Copyright Act of 1976. 17 U.S. C. 101.

³ См.: *Whelan Assoc., Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc.*, 797 F.2d 1222, 1233 (3rd Cir. 1986).

жение этой идеи в строках программного кода⁴. Это очевидно исходит из логики того, что охраняется форма, но не содержание произведения [2]. Следовательно, и охране подлежит лишь сам программный код и его близкое парафразирование, но не функционал программы, по аналогии с охраной литературных произведений. Очевидно, не будет нарушением исключительного права автора реализация написанного в книге — то же в настоящий момент справедливо и применительно к программам для ЭВМ.

Охраняется исключительно такое выражение идеи автора, которое носит творческий характер. Такое положение подразумевает, что имеется несколько способов выразить одну и ту же идею в программном коде. Следовательно, в том случае, если существует только единственный способ создания определенной части программного кода для достижения определенного результата, то такое выражение не носит творческого характера и не подлежит охране. Таким образом, функциональные элементы программы для ЭВМ не являются охраноспособными. Признать обратное, по справедливому замечанию судов, — значит признать возможным охранять идеи, позволяя их монополизировать⁵. Так, в деле *Ibcos Computers Ltd. v Barclays Mercantile Highland Finance Ltd* суд, установив охраноспособность программного кода истца, отметил, что одинаковые части программы могли возникнуть из функциональной необходимости, поскольку любой умелый программист выразил бы свою идею точно так же⁶.

Также следует подчеркнуть, что язык программирования не подлежит охране в силу прямого указания закона⁷, поскольку очевидно представляет собой не результат творческой деятельности создателя программы, а средство достижения этого результата.

Ключевая проблема состоит в том, что ни в доктрине, ни в судебной практике не выработано единого подхода в отношении того, что является «выражением идеи», а что — «идеей» для определения охраноспособности программы для ЭВМ. Эта проблема возникла не в последнюю очередь потому, что программа для ЭВМ, несмотря на то, что она охраняется в качестве литературного произведения многими законами, таковой на самом деле не является — это технологическая разработка, посредством которой компьютер может выполнять присущие ему функции. Авторское же право охраняет произведения искусства, литературы и иные объекты, не имеющие никакого отношения к технологиям. В отличие от патентной охраны, для охраны нормами авторского права необходимо лишь приложить минимального уровня творческого труда при создании программы, написании ее исходного кода. Так и используемые в правоприменительной практике доктрины, относящиеся к авторскому праву: слияние идеи и выражения [3; 4], существенное сходство, добросовестное использование⁸ — допускают широкое толкование, что позволяет по усмотрению суда сужать или расширять пределы охраны программного кода.

Отличие программ для ЭВМ от традиционных произведений литературы и искусства достаточно велико. Помимо уже отмеченной — технологической, а

⁴ См.: *Nova Productions Ltd v Mazooma Games Ltd & Ors* (CA). [2007] EWCA Civ 219.

⁵ См.: *SAS Institute Inc v. World Programming Ltd*. Case C-406/10.

⁶ См.: *Ibcos Computers Ltd. v Barclays Mercantile Highland Finance Ltd*. [1994] 29 IPR 25.

⁷ См. п. 5 ст. 1259 Гражданского кодекса Российской Федерации (часть четвертая) (в ред. от 23 мая 2018 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. № 52, ст. 5496.

⁸ В России не сложилось концепции добросовестного использования произведения. Вместо нее законодателем предусмотрен исчерпывающий перечень случаев свободного использования произведения, в том числе и программы для ЭВМ.

не литературной природы программы для ЭВМ, отличие состоит в том, что программы представляют собой алгоритмы, выполнение которых компьютером дает соответствующий, зачастую материальный, результат, тогда как те же литературные произведения не производят никакого дополнительного результата, являясь единственным и самостоятельным результатом творческой деятельности автора. Программам для ЭВМ предоставлена куда более слабая правовая охрана — охране подлежат лишь код программы и его парафразированные вариации, при этом сам функционал программы, ее общая структура (последовательность элементов и алгоритмов) не могут охраняться, поскольку представляют собой строго функциональные неохраноспособные элементы. Сам результат, который достигается при функционировании программы, не подлежит охране нормами авторского права в США, а также в РФ не подлежит охране авторского права результат, отличный от аудиовизуальных отображений. При этом представляется, что аудиовизуальные отображения, которые порождает программа для ЭВМ, необходимо во многих случаях охранять отдельно. К таким случаям следует отнести, к примеру, охрану аудиовизуальных элементов компьютерных игр [5]. Особенности охраны программ для ЭВМ исходя из особой ее природы предусмотрены и отечественным законодательством⁹ и судебной практикой¹⁰.

Потенциальное признание особой природы программы для ЭВМ повлияло на решение федерального суда США по делу *Oracle America, Inc. v. Google, Inc.*¹¹. В данном деле между сторонами возник спор касательно схожести языка программирования, используемого Google в Android, и Java, разработанного компанией Oracle. Компания Google позаимствовала «заголовки» 37 программ, составляющих часть программной системы языка Java, его интерфейса программирования¹², скопировав их практически буквально, с учетом перевода на язык программирования, используемый в Android. При этом так называемые «методы», или индивидуальные программы, были организованы в Android идентично их организации в Java. Федеральный суд применил авторское право в более широком толковании в этом деле, указав, что некоторые функциональные элементы все же могут охраняться авторским правом. Суд следовал двум основным прецедентам в этой сфере — *Computer Assocs. Int'l, Inc. v. Altai* и *Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l, Inc.*¹³, однако, совершенно по-своему интерпретировал их. В этих делах суды пришли к выводу, что программный код охраняется нормами авторского права, но структурные элементы программы, которые направлены на достижение функционального результата программы, должны охраняться нормами патентного права либо как коммерческая тайна. Также для выявления заимствований чужой программы в деле *Computer Associates International, Inc. v. Altai Inc.*¹⁴ суд предложил воспользоваться тестом на схожесть программ, состоящим из трех последовательных шагов — Абстракция-Фильтрация-Сравнение [7].

Следует подчеркнуть, что скопирован был не сам исходный код, а результат действия такого кода. Google заимствовал функционал программы — был создан

⁹ См.: ст. 1261, 1280 Гражданского кодекса Российской Федерации (часть четвертая) (в ред. от 23 мая 2018 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. № 52, ст. 5496.

¹⁰ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 2019. № 96.

¹¹ См.: *Oracle America, Inc. v. Google, Inc.* 750 F.3d 1339 (Fed. Cir. 2014).

¹² API — application programming interface.

¹³ См.: *Computer Assocs. Int'l, Inc. v. Altai*, 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992); *Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l, Inc.*, 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995).

¹⁴ См.: *Computer Associates International, Inc. v. Altai Inc.* 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992).

программный код, который выполнял те же функции, и в процессе его работы возникал такой же результат. Практика по общему правилу, идет по пути в соответствии с которым, только потому, что две абсолютно разные программы могут произвести одинаковый результат, это не влечет нарушения исключительного права автора одной из программ¹⁵. Google, позаимствовав 37 заголовков, элементов интерфейса программирования Java, включил их во множество своих функций, методов и заголовков, что сделало язык программирования Android и, как следствие, приложения, созданные на его основе, несовместимым с системами, использующим язык Java. Это не остановило федеральный суд от признания охраноспособными «структуры, последовательности и организации»¹⁶ 37-ми «заголовков» языка Java, поскольку при рассмотрении дела ими был опущен шаг «фильтрация», применимый только при рассмотрении дел о нарушении исключительных прав автора.

Такое решение представляется не соответствующим природе охраны программ для ЭВМ в силу того, что в данном случае суд распространил охрану не только на форму программы, но и на ее содержание, что недопустимо и противоречит фундаментальным положениям авторского права. Несмотря на особую, *sui generis*, правовую природу программ для ЭВМ, это не является основанием для расширения авторской охраны в их отношении. Несмотря на то, что в итоге Google успешно воспользовался доктриной добросовестного использования, для защиты факт признания, на уровне федеральных судов в США возможности охраны структуры, последовательности и организации программы, а также программного интерфейса — создает опасный прецедент. Предоставление авторской охраны программному интерфейсу может дать несомненные конкурентные преимущества игрокам на соответствующих товарных рынках.

Еще одним существенным отличием программ для ЭВМ от традиционных произведений литературы является то, что программа для ЭВМ может подлежать охране патентным правом. В этой связи необходимо рассмотреть особенности и пределы патентной охраны программ для ЭВМ как изобретения.

Отечественное законодательство подчеркивает, что изобретение представляет собой именно техническое решение, относящееся к способу или продукту, исключая тем самым из патентоспособных решений научные теории, методы и системы воспитания, обучения, методы и системы управления хозяйством [8]. Схожих правил придерживается и европейское законодательство¹⁷. В США как изобретение охраняются способ, устройство, продукт или соединение, комбинация материальных объектов¹⁸. Следует отметить, что программу для ЭВМ, с учетом ее природы, можно запатентовать как способ.

Программное обеспечение само по себе не может быть запатентовано независимо от новизны и изобретательского уровня кода программы. Статья 52 Европейской патентной конвенции исключает из патентной сферы компьютерные программы в случае, когда компьютерные программы «как таковые» являются предметом патентной заявки. Отечественное законодательство следует таким же путем. Для потенциальной возможности получения патента на программу для ЭВМ изобретение должно включать в себя техническое устройство, которое управляется этим программным обеспечением.

¹⁵ См.: *Navitaire Inc v Easyjet Airline Co. and BulletProof Technologies, Inc* [2004] EHC 1725 (Ch).

¹⁶ Structure, sequence and organization (SSO).

¹⁷ См.: Rule 42 of Implementing Regulations to the Convention on the Grant of European Patents.

¹⁸ См.: 35 U.S. Code § 101 — Inventions patentable.

К примеру, если программа составляет непосредственную часть аппаратного устройства, которое может функционировать только с использованием такого программного обеспечения, нет препятствий для патентования такой программы вместе с устройством. Такой подход был использован при рассмотрении патентным офисом ЕС дела T0208/84 по поводу заявления на выдачу патента 79300903.6, поданной VICOM Systems Inc. Заявитель хотел запатентовать изобретение, сочетающее в себе метод (программное обеспечение) и устройство для увеличения скорости и повышения качества обработки изображений. Программа руководит процессом, при этом непосредственное улучшение изображений (результат) производит техническое устройство. Апелляционная коллегия патентного офиса, отменяя первоначальное решение об отказе в выдаче патента, указала, что противоречат логике выдача патента на техническое устройство и одновременный отказ в охране программному обеспечению, которое это устройство контролирует¹⁹. В таких случаях необходимо оценивать изобретение как связку программа-устройство, поскольку материальный эффект, производимый изобретением, проявляется исключительно в результате непосредственного взаимодействия программы и контролируемого устройства. Этой практики в настоящее время придерживаются и в Америке. Так, одним из тестов на патентоспособность программы в США является тест «устройство-или-трансформация»²⁰, суть которого состоит в том, что патент на программу может быть выдан только в том случае, если она связана с определенным устройством либо с ее помощью происходит трансформация объекта в другое состояние²¹. Этот тест схож с требованием неразрывной связи программы с устройством, используемым при определении патентоспособности программы в ЕС, и в то же время расширяет его, поскольку связь можно толковать расширительно как использование программой компьютерного оборудования для достижения определенной заложенной цели. В дальнейшем в деле *Bilski v. Kappos* Верховный суд США указал, что тест «устройство-или-трансформация» не является единственным и суды могут применять иные тесты для определения охраноспособности изобретения²². В этом же решении суд отверг доводы о том, что способ обязательно должен быть связан с устройством или при его применении должна происходить трансформация объекта в другое состояние. Вместе с тем это решение не изменило кардинально сложившуюся практику, в соответствии с которой способы ведения бизнеса не подлежат патентованию. Так, суд отказал в патентовании компьютеризированного способа установления цен на продукты на основе их группировки, поскольку иерархическая организация представляет собой абстрактную идею, которая может быть воплощена на бумаге²³. Следовательно, одного лишь указания в патентной формуле, на то что результат достигается «при помощи компьютера» — не превращает непатентоспособную абстрактную идею в патентоспособную²⁴.

Более того, чтобы программа для ЭВМ могла быть признана охраноспособной как изобретение, к ней предъявляются куда более повышенные требования,

¹⁹ См.: *Vicom case T 0208/84 (Computer-related invention)* of 15.7.1986.

²⁰ Machine-or-transformation test.

²¹ Впервые этот тест был применен для оценки патентоспособности способа в деле *Gottschalk v. Benson*. 409 U.S. 63 (1972).

²² См.: *Bilski v. Kappos*, 561 U.S. 593 (2010).

²³ См.: *Versata Development Group Inc v. SAP America Inc* [2015]. F.3d. U.S. App. LEXIS 11802.

²⁴ См.: *Alice Corp. v. CLS Bank International*, 573 U.S. 208.

нежели если бы она охранялась исключительно нормами авторского права. Программа для ЭВМ должна соответствовать трем условиям:

- 1) быть новой (т.е. неизвестной из текущего уровня техники);
- 2) иметь изобретательский уровень. Данный критерий также называют требованием неочевидности — для специалиста это изобретение явным образом не следует из текущего уровня техники;
- 3) быть промышленно применимым — программное обеспечение может быть использовано в промышленности, сельском хозяйстве, здравоохранении, других отраслях экономики или в социальной сфере²⁵.

Новизна кода программного обеспечения, как правило, очевидна, поскольку патентовать имеет смысл лишь новые части программного обеспечения — тот программный код, который воплощает новый функционал программы. Здесь-то и пролегает «водораздел» между охраной программы для ЭВМ как объекта авторского права и как объекта права промышленной собственности. Патентной охране подлежат именно функциональные элементы программы, посредством которых достигается промышленно применимый результат. Такие элементы не могут подлежать охране нормами авторского права во избежание предоставления, во-первых, двойной защиты одному и тому же объекту и, во-вторых, неоправданно продолжительной охраны такому объекту.

Проблематичным представляется решение вопроса о том, имеет ли программное обеспечение изобретательский уровень, поскольку при создании программ, как правило, используются известные языки программирования и известные алгоритмы решения задач. Таким образом, большинство программ для ЭВМ с точки зрения изобретательского уровня программного кода будут являться очевидными для специалистов в этой сфере. В качестве примера можно привести патент фирмы Amazon — программный способ приобретения товаров в онлайн-магазине одним щелчком мыши (One click)²⁶, зарегистрированный в США в 1999 году. Эта патентная заявка была отклонена европейским патентным офисом на том основании, что способ уменьшения количества шагов, необходимых для покупки в онлайн-магазине, не обладает изобретательским уровнем, достаточным для выдачи патента²⁷.

Определение промышленной применимости программ для ЭВМ может вызвать определенные трудности. Изобретением является техническое решение, относящееся к продукту (устройству, веществу, штамму микроорганизма и т.д.) или способу (процессу осуществления действий над материальным объектом с помощью материальных средств). Таким образом, презюмируется, что изобретение должно приводить к какому-либо материально-техническому результату. Компьютерные же программы, как правило, представляют собой абстрактные идеи, алгоритмы и методы, которые лишь используются для получения материально-технического результата.

Таким образом, несмотря на особую природу программ для ЭВМ и их очевидное отличие от произведений литературы, невозможно расширять пределы

²⁵ Такие же критерии патентоспособности закреплены и в Европейской Патентной Конвенции 1977 года (см. Art. 52 of The European Patent Convention): new (новизна), involve an inventive step (наличие изобретательского уровня) and are susceptible of industrial application (промышленная применимость).

²⁶ См.: US5960411 (A) - 1999-09-28.

²⁷ См.: Decision of the Technical Board of Appeal 3.5.01 of 27 January 2011. Case Number: T 1244/07 - 3.5.01.

охраны программы для ЭВМ нормами авторского права дальше, чем охрану исходного кода и его близкого парафразирования. Структура, последовательность и организация программы для ЭВМ не должны охраняться нормами авторского права, но могут подлежать охране нормами патентного права как изобретение в том случае, если такая программа представляет собой техническое решение, способ и связана с техническим устройством.

Библиографический список

1. Соломоненко Л. Критерии охраноспособности произведения // ИС. Авторское право и смежные права. 2016. № 2. С. 51–57.
2. Каминская Е.И. Вопросы охраноспособности и ответственности за нарушение авторских прав в отношении шрифтов, карт, фотографий как объектов авторского права // Комментарий судебной практики / отв. ред. К.Б. Ярошенко. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, КОНТРАКТ, 2018. Вып. 23. С. 73–95.
3. Семенюта Б.Е. Графический пользовательский интерфейс программы для ЭВМ: проблемы правового регулирования // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2015. № 2. С. 42–58.
4. Чурилов А. Режимы охраны программ для ЭВМ: изобретение, коммерческая тайна или литературное произведение? // ИС. Авторское право и смежные права. 2017. № 7. С. 35–44.
5. Архипов В.В. Интеллектуальная собственность в индустрии компьютерных игр: проблемы теории и практики // Закон. 2015. № 11. С. 61–69.
6. Чурилов А.Ю. Правовое регулирование интеллектуальной собственности в игровой индустрии // ИС. Авторское право и смежные права. 2017. № 10. С. 59–68.
7. Чурилов А.Ю. Особенности правовых режимов охраны программного обеспечения // Хозяйство и право. 2017. № 8. С. 35–44.
8. Назаренко А.В. Проблемы правовой квалификации мультимедийных продуктов // ИС. Авторское право и смежные права. 2016. № 9. С. 27–34.

References

1. Solomonenko L. Criteria for Protectability of the Work // IP. Copyright and Related Rights. 2016. № 2. P. 51–57.
2. Kaminskaya E.I. Issues of Patentability and Liability for Copyright Infringement Regarding Fonts, Maps, Photos as Objects of Copyright // Commentary jurisprudence / resp. ed. K. B. Yaroshenko. M.: Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, CONTRACT, 2018. Issue. 23. P. 73–95.
3. Semenyuta B.E. Graphic User Interface of the Computer Program: problems of Legal Regulation // Bulletin of the Arbitration Court of the Moscow District. 2015. № 2. P. 42–58.
4. Churilov A. The Modes of Protection of Computer Programs: Invention, Trade Secret or Literary Work? // IP. Copyright and Related Rights. 2017. № 7. P. 35–44.
5. Arkhipov V.V. Intellectual Property in the Industry of Computer Games: Problems of Theory and Practice // Law. 2015. № 11. P. 61–69.
6. Churilov A.Yu. Legal Regulation of Intellectual Property in the Gaming Industry // IP. Copyright and Related Rights. 2017. № 10. P. 59–68.
7. Churilov A.Yu. Features of the Legal Regimes of Software Protection // Economy and Law. 2017. № 8. P. 35–44.
8. Nazarenko A.V. Problems of Legal Qualification of Multimedia Products // IP. Copyright and Related Rights. 2016. № 9. P. 27–34.