

щодо судового захисту порушеного матеріального права. Як вже вказувалося вище, це може лише ускладнити процес доказування при судовому розгляді спору.

Список літератури: 1. Сиротенко С. Є. Деякі теоретично-практичні питання визначення розміру відшкодування моральної (немайнової) шкоди // Вісник Верховного Суду України. 2002 №6(34). 2. Кабалкин А. Ю. Гражданско-правовой договор в сфере обслуживания. М., 1980. 3. Богданов Е. В. Договор в сфере предпринимательства. Х., 1997. 4. Цивільне право України / За ред. О. В. Дзері, Н. С. Кузнєцової. К., 2002. 5. Анненков К. Система русского гражданского права С.-Пб., 1894. Т.1 6. Гуйван П. Д. Правовое регулирования снабжения электрической энергией: Дисс. канд. юрид. наук. 12.00.03 / Университет внутренних дел. Х., 2000. 7. Матвеев Г. К. Основания гражданско-правовой ответственности. М., 1970. 8. Правила користування електричною енергією для населення, затверджені постановою Кабінету Міністрів України № 1357 від 26.07.1999 р., п. 53. 9. Правила надання населенню послуг з водо-, теплопостачання та водовідведення, затверджені постановою Кабінету Міністрів України №1497 від 30.12.1997 р., п. 41. 10. Шишка Р. Б. Предмет цивільного права // Вісник університету внутрішніх справ. Вип. 6. Х., 1999. 11. П. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України від 21 грудня 1990 р. №9 «Про практику застосування судами процесуального законодавства при розгляді цивільних справ по першій інстанції», п. 8. 12. Петров Г. И. Советские административно-правовые отношения. Л., 1972. 13. Давыдов В. И. Хозяйственные договоры: снабжение, заготовка, торговля. Кишенев, 1985. 14. Правил користування електричною енергією для населення, затверджених постановою КМУ № 1357 від 26.07.1999 р., п. 35. 15. Луць В. В. Контракти в підприємницькій діяльності. К., 2001. 16. Красавчиков О. А. Гражданские организационно-правовые отношения // Советское государство и право. 1966. №10. 17. Черпахин Б. Б. Исковая давность в новом советском гражданском законодательстве / Труды по гражданскому праву. М., 2001.

Надійшла до редколегії 16.05.07

М. В. Селіванов

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ КОМП'ЮТЕРНИХ ПРОГРАМ

Правова охорона комп'ютерних програм є актуальною проблемою юридичної науки вже майже півстоліття, але досі не знайшла свого вирішення. Її рішення, які пропонуються та обговорюються на чисельних науково-практичних конференціях, не знайшли свого остаточного законодавчого закріплення [1]. Зокрема, В. І. Жуков, не виключаючи авторсько-правову охорону, зазначає бажаність для авторів та товаровиробників патентно-правової охорони комп'ютерних програм, однак наголошує на низці юридико-технічних проблем, які передують введенню такої охорони [2, с. 35–37]. В. А. Ландик відстоює позицію патентно-правової охорони комп'ютерних програм [3, с. 18–32]. А. Б. Гельб обґрунтував позицію охорони комп'ютерних програм спеціальним інститутом права [4, с. 176].

Сьогодні законодавство України йде шляхом уніфікації норм національного приватного права з міжнародним, відбувається інтеграція й гармонізація із законодавством країн Європейського Союзу [5]. Належна правова охорона комп'ютерних програм є однією з передумов вступу України до СОТ, вона потребує науково-обґрунтування що, по суті, є метою цієї статті [6].

Пропозиції Департаменту інтелектуальної власності щодо підготовки проекту закону «Про охорону комп'ютерних програм та баз даних» викликають певні сумніви. Юридичні задачі, які вже були описані, цим законом вирішені не будуть, а створення спеціального нормативно-правового акта про охорону комп'ютерних програм є передчасним. Такого висновку можна дійти з наступного.

Насамперед, це проблеми термінології чи як її ще прийнято називати номенології. Наразі в науці є дискусійними саме визначення термінів «комп'ютерна програма» і «право інтелектуальної власності».

В українській і російській мовах «набір інструкцій у вигляді слів, цифр, кодів, схем, символів, які приводять ЕОМ у дію» іменується по-різному: «математичне забезпечення», «програмне забезпечення», «програмний засіб», «комп'ютерна програма», «програма для ЕОМ». Усі ці назви виникли від англійського слова «Software». Software складається із двох частин: soft, що означає «м'який», і ware, що означає «товар». «Товар» передбачає його введення на ринок і обіг на ринку. У цьому зв'язку правового захисту вимагають, насамперед, товаровиробники. Звідси треба зробити висновок, що термін, який використано у чинному законодавстві, є відображенням обсягу правової охорони.

Якщо пригадати історію, то в СРСР широке застосування знайшов термін «програмний засіб». Це була не помилка, а тверда позиція законодавця. Визнаючи програму засобом, негативно вирішувалося питання про надання авторсько-правової охорони програмам, тому що «засіб – це не твір». З одного боку, це дозволяло безоплатно використовувати закордонні програми, з іншого боку, не виникало необхідності платити власним розробникам.

На сьогодні «набір інструкцій» прирівняний до літературних творів. Відповідно до авторсько-правової доктрини використовується термін «комп'ютерна програма» (computer program). Ми будемо говорити про патентування «набору інструкцій», тому варто використовувати термін «комп'ютерно-здійснюваний винахід» (computer-implemented inventions), а не «комп'ютерна програма».

У всякому разі для виробників комп'ютерних програм необхідна правова монополія, тобто встановлення абсолютного (виключного) права. Таким правом ми йменуємо право інтелектуальної власності. Наявність слова «власність», у юриста викликає асоціації поняттями «володіння», «користування», «розпорядження», «купівля-продаж», «віндикаційний» і «негаторний» позови. Жодну із цих дій не можна зробити з твором або з винаходом, або з комп'ютерною програмою, в силу їхньої нематеріальності, необмеженості в просторі. Як наслідок, неточне найменування породжує проблеми на практиці. Виходом зі створеної ситуації може бути зміна терміна «право інтелектуальної власності» на «виключні права».

Охорона комп'ютерних програм патентним правом

Комп'ютерні програми бажано охороняти патентним правом, насамперед тому, що в цьому випадку виключне право виникло б безпосередньо на алгоритм (ідею), а не на одну із окремих форм його зовнішнього прояву у вигляді програми. Як відзначає В. І. Жуков, з правової точки зору дотепер не одержали повного дозволу проблеми, пов'язані, зокрема, з пошуком аналогів заявленого алгоритму, виявленням його прототипу, складанням опису й формули, визначенням новизни, а також установленням факту його протиправного використання. Пояснюється це тим, що алгоритм не є матеріальним об'єктом, і тому важко встановити як подібність, так і розходження між ними, й тим самим прирівняти його до технічного рішення [7, с. 35–37]. Але й твердження про те, що об'єкти цього типу взагалі неможливо зрівняти, виявити, пізнати, скласти для них патентну формулу й т.п., спростовуються більшою кількістю виданих патентів і авторських свідоцтв на об'єкти програмного забезпечення ЕОМ (США, ФРН, СРСР, Японія, Великобританія й ін.), практикою проведення експертизи по них, цілою серією рішень патентних судів і публікаціями [8, с. 23]. Все це фактично зроблено для тисяч об'єктів, на які видані патенти.

Це дозволяє говорити, що проблеми патентоспроможності комп'ютерних програм можна звести до проблем експертизи і юридичної техніки. Але саме в цьому полягає завдання юридичної науки: поява нового об'єкта в економічному обороті висуває вимоги до його правової регламентації через встановлення правового режиму, а у даному випадку виключності.

Значно складніше визначити, які програми можуть бути запатентовані, тобто відповісти на запитання: які програми можуть бути винаходами? Винахід (корисна модель) – результат інтелектуальної діяльності людини в будь-якій сфері технології. Згідно зі ст. 459 ЦК України, винахід вважається придатним для набуття права інтелектуальної власності на нього, якщо він, відповідно до закону, є новим, має винахідницький рівень і придатний для промислового використання. До визначення критеріїв патентоспроможності (новизна, винахідницький рівень, промислова застосовність) необхідно встановити, чи відноситься рішення (продукт або процес) до будь-якої сфери технології. Саме цим визначається можливість патентної охорони комп'ютерних програм або, якщо бути точним, «комп'ютерно-здійснюваних винаходів».

Непатентоздатність математичних алгоритмів обґрунтовується доктриною «розумових кроків» (mental steps doctrine), за якою розумові операції та вказівки по їх здійсненню не можуть розглядатись як винахід. Ця доктрина спирається не тільки на патентно-правове поняття техніки, але і на положення щодо не-

правомірності монополізації тих чи інших аспектів людського мислення [9, с. 32–35].

Комп'ютерно-здійснювані винаходи можливо розглядати як процес. Згідно з п. 2.3.2 Правил складання і подання заявки на винахід та заявки на корисну модель, затверджених Наказом Міністерства освіти і науки України від 22 січня 2001 року № 22, процес як об'єкт технології – це дія або сукупність дій, виконуваних щодо продуктів та інших матеріальних об'єктів за допомогою принаймні одного продукту і спрямованих на досягнення певного технічного результату. Обов'язковим при визначенні технологічності процесу є виконання дій над матеріальним об'єктом за допомогою іншого матеріального об'єкта.

Рішення, що не вимагає обов'язкового застосування матеріальних об'єктів, є нетехнічним. Таке рішення не стає технічним також і в тому випадку, якщо при його використанні по можливості або по необхідності застосовуються технічні засоби (комп'ютер). Рішення такого роду також підпадають під поняття «вказівки для розумної людської діяльності», оскільки в першу чергу вони звернені саме до цієї діяльності. Якщо подумки прибрати технічні засоби та при цьому мета залишається досяжною, то перед нами нетехнічне рішення.

Варто зауважити, що суди США практично вирішують проблему патентоздатності комп'ютерно-здійснюваних винаходів з 1972 р. та мають певні напрацювання [10, с. 152–167]. У судовій справі («Parker» проти «Flook», 1978 р.) Верховний суд США відмовив заявникові у видачі патенту щодо використання способу, який пропонувався до патентування. Сутність рішення була обмежена конкретним застосуванням – каталітичним крекінгом вуглеводнів. Верховний суд США в рішенні по цій справі встановив, що алгоритм, у якому використані математичні формули, непатентоздатний [11, с. 3–25].

У 1981 р. Верховний суд США відійшов від такої практики. У справі «Diamond» проти «Diehr» фігурував спосіб вулканізації гуми, у якому використався алгоритм на основі рівності Ареніуса. Винахід відносився до способу виробництва ізоляторів із синтетичного каучуку та містив спеціальну програму для визначення оптимальної тривалості вулканізації залежно від температури маси, температури матриці й т. д. Хоча всі елементи способу були раніше відомі, їхня комбінація давала новий і несподіваний (більш високий) результат.

Експертиза та відділ апеляцій визнали винахід непатентоспроможним, розглядаючи його як математичний метод керування процесом. Суд по митних і патентних справах США (CCPA) виніс протилежне рішення, вважаючи даний винахід способом удосконалення технології виробництва виробу. При розгляді справи Вер-

ховний суд США врахував наступні обставини: охороні підлягало не математичне рішення, а його застосування для оптимізації режиму проведення процесу; основні операції (вимір температури, рознімання матриці та т. ін.) мають технічний характер; використання винаходу дає технічний ефект (підвищення якості ізоляторів). Таким чином, принцип визначення патентоспроможності після виключення математичної частини не змінюється [12, с. 32–35].

Суд санкціонував видачу патенту й провів розходження між обставинами даної справи й обставинами в справі «Parker» проти «Flook». Зокрема, якщо в останньому в заявці на патент була зазначена лише хімічна формула, то в справі «Diamond» проти «Diehr» у заявці розкривався спосіб вулканізації гуми, у якому вказувалося більш ефективне рішення проблеми [13, с. 10–13].

Західнонімецький юрист А. Шубер (A.Scheuber) ще 1988 р. зробив висновок: «Технічне вчення переносить вчення в область технічних дій; воно звернено до світу реальних речей (світу явищ). Нетехнічне вчення не здійснює аналогічного перенесення. Воно являє вказівку для духовної людської діяльності, тобто звернено до світу подань» [14, с. 232–235]. Прикладом, що підтверджує цей висновок, є рішення, винесене 15 липня 1986 р. Палатою скарг Європейського патентного відомства (далі – ЕПВ).

Об'єктом заявленого винаходу є спосіб цифрової обробки зображення. У результаті розкладання зображення на елементи формується електричний сигнал, що несе інформацію про яскравість кожного елемента. Цей сигнал обробляється електронним обчислювальним пристроєм за певним методом (алгоритмом) так, що виходить зображення кращої якості, наприклад, у результаті корекції контрастності. Предмет винаходу становить спосіб (алгоритм) обробки даних зображення, представлений у цифровій формі. Виникло запитання – чи є заявлений спосіб математичним методом як таким, на який, як відомо, патенти не видаються, або він має технічний зміст? Було відзначено, що сам факт, що заявлений спосіб описується в математичних вираженнях, ще не дозволяє сказати, має він технічний зміст, чи ні. При визначенні патентоспроможності винаходи був досліджений питання промислової застосовності заявленого способу. Відзначається, що спосіб, який має промислову застосовність, є технічним способом, а сам винахід носить технічний характер. При розгляді цього випадку Палата скарг ЕПВ виробила інший критерій оцінки технічного характеру, що становить характерну рису й проблематичність рішення по цій справі. Так, з позиції Палати скарг, чисто математичний спосіб як такий характерний тим, що він оперує винятково числами поза залежністю від того, що вони можуть означати, а результатом такого способу є також число. Навпаки, **математичний спосіб носить технічний характер, якщо за допомогою**

такого способу обробці піддається реальний фізичний об'єкт (physical entity). Палата скарг вважає реальним фізичним об'єктом як матеріальний об'єкт, так і зображення, що закодоване в електричному сигналі. Під технічними засобами варто розуміти як спеціальний обчислювальний устрій, призначений для виконання тільки однієї певної програми, так і універсальну ЕОМ, тобто ЕОМ, програмовану для виконання різних завдань. Палата скарг уточнює свою позицію: «спосіб цифрової фільтрації даних» залишається математичним способом доти, поки не буде зазначений реальний фізичний об'єкт, представлений цими даними. Таким чином, у питанні про визначення поняття технічного характеру винаходу позиція Палати скарг не розходиться з позицією судів ФРН, різниця полягає лише в критеріях. Застосовуючи ці критерії, Палата скарг кваліфікує програми ЕОМ, що являють собою перетворення математичного способу (інакше – алгоритму програми) у набір команд машиночитних для установки по обробці даних, як патентоспроможні об'єкти, якщо вони належать до технічних способів [15, с. 33–34].

Виходячи з такого трактування технічного характеру винаходу, можна зробити висновок, що й сьогодні «комп'ютерно-здійснювані винаходи» можуть одержати патентно-правову охорону.

Охорона комп'ютерних програм авторським правом

Згідно з п. 4 ст. 435 ГК України й ст. 18 Закону від 11 липня 2001 р., «Комп'ютерні програми охороняються як літературні твори». Аналогічні формулювання містить і TRIPS (ст. 10 TRIPS) і Договір ВОИС по авторському праву (ст. 4 Договору). Варто відразу звернути увагу на те, що комп'ютерна програма *не* є літературним твором! Вона лише *прирівняна* до них. І саме ця обставина дає підстави стверджувати, що авторські права на літературний твір властиві комп'ютерним програмам, але останні наповнені специфічним змістом.

Можна вказати специфіку права авторства, права на авторське ім'я, права на недоторканність й інші. Я хотів би зупинитися на праві опублікування (випуск у світ) комп'ютерної програми. Насамперед, із цим аспектом використання об'єктів авторського права, пов'язана можливість ознайомлення з комп'ютерною програмою, що специфічно в порівнянні з літературними творами. Ознайомившись із літературним твором, особа може безперешкодно використовувати ідеї, методи, концепції, викладені в добутку. Зовсім інша справа комп'ютерна програма. Знайомлячись із програмою, особа може з'ясувати, якого результату досягає програма, для чого вона потрібна, що вона «вміє». Це дасть можливість створити іншу програму з подібною функціональністю і є цілком припустимим. Інша справа, якщо особа знайомиться з кодом програми, з'ясовує, як вона написана, з яких частин складається. У цьо-

му випадку установлюються ідеї, методи написання програми. Ознайомлення із цими ідеями саме й порушує той незахищений авторським правом інтерес. Уявляється виправданим введення в Закон України «Про авторське право та суміжні права» (ст. 24) положення про те, що ознайомлення з ідеями й принципами, що лежать в основі будь-якого елемента комп'ютерної програми, може здійснюватися тільки за допомогою спостереження, вивчення, дослідження (перевірки) функціонування комп'ютерної програми, а не коду програми. Тобто об'єктом спостереження, вивчення, дослідження (перевірки) не може бути код програми (вихідний або об'єктний). Можна тільки спостерігати, вивчати, досліджувати (перевіряти), як працює програма, а не як вона написана, з яких частин складається.

Навіть із цього прикладу, можна зробити висновок, що авторське право забезпечує необхідний рівень охорони інтересів авторів і виробників комп'ютерних програм.

Найближчим часом комп'ютерні програми здебільшого будуть охоронятися інститутом авторського права. Авторське право забезпечує необхідний рівень охорони інтересів авторів і виробників комп'ютерних програм.

Не виключається існування «комп'ютерно-здійснюваних винаходів» і їхня патентно-правова охорона.

У цьому зв'язку створення спеціального нормативно-правового акта про охорону комп'ютерних програм є передчасним.

Список літератури: 1. Напр.: Міжнародна науково-практична конференція «Правова охорона комп'ютерних програм. Концепція нового закону щодо охорони прав на комп'ютерні програми» м. Київ, 15 квітня 2004 року. К., 2004. 2. Жуков В. И. Математическое обеспечение электронно-вычислительной техники: охрана авторским и изобретательским правом // Актуальные проблемы юридической науки на этапе развитого социализма. Краткие тезисы докладов и научных сообщений республиканской научной конференции 16–18 октября 1985 г. Х., 1985. 3. Ландык В. А. Возможности патентно-правовой охраны изобретений, осуществляемых с помощью компьютерных программ // Материалы XVII международного научно-практического и информационно-консультативного семинара. Украина. Крым. Форос. 2–5 сентября, 1999 г. 4. Гельб А. Б. Современное состояние проблемы правовой защиты программного обеспечения ЭВМ. Издание второе. Таллинн, 1983. 5. Закон України № 237/94-ВР «Про ратифікацію Угоди про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами» від 10 листопада 1994 року // ВВР України. 1994. № 46 (15.11.94). Ст. 415. 6. Указ Президента України № 615/98 «Про затвердження Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу» від 11 червня 1998 року із змінами і доповненнями, внесеними Указами Президента України № 587/2000 від 12 квітня 2000 року, № 8/2001 від 11 січня 2001 року // Урядовий кур'єр. 1998. 7. Жуков В. И. Математическое обеспечение электронно-вычислительной техники: охрана авторским и изобретательским правом // Актуальные проблемы юридической науки на этапе развитого социализма. Краткие тезисы докладов и научных сообщений республиканской научной конференции 16–18 октября, 1985 г. Х., 1985. 8. Гельб А. Б. Современное состояние проблемы правовой защиты программного обеспечения ЭВМ. Издание второе. Таллинн, 1983. 9. О патентоспособности программ ЭВМ. Новые моменты в судебной практике США // Изобретательство. Патентное дело. Патетная информация. Реф. сборник. 1986. № 3. 10. R. H. Stern. The Legal Protection of Computer Software and Computer-Related Innovations in the United States. «Ind. Prop». 1982. № 4. 11. Nims R. O.

Development of the Law of Computer Software Protection. //ЮПОС. 1979. № 1. 12. О патентоспособности программ ЭВМ. Новые моменты в судебной практике США //Изобретательство. Патентное дело. Патетная информация. Реф. сборник. 1986. № 3. 13. Правовая охрана математического обеспечения ЭВМ в США //Изобретательство. Патентное дело. Патетная информация. Реф. сборник. 1983. №5. 14. Scheuber A. Zur Patentierbarkeit von Hardware/Software. //Mitteilungen. 1981. № 12. 15. Оценка патентоспособности программного обеспечения ЭВМ в ЕПВ //Изобретательство. Патентное дело. Патетная информация. Реф. сборник. 1988. № 03.

Надійшла до редколегії 20.04.07

Р. О. Стефанчук

ЗДОРОВ'Я ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ ЯК ОБ'ЄКТ ЇЇ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ

Конституція України у ст. 3 проголошує здоров'я фізичної особи вищою соціальною цінністю. Вказане відношення до даного блага віднаходить своє місце і в галузевому цивільному законодавстві, відповідно до положень якого здоров'я фізичної особи набуває правового режиму немайнового блага (ст. 201 ЦК України). Водночас, на сьогодні в Україні практично немає комплексних досліджень, які б були присвячені вивченню вказаного блага в його приватно-правовому розумінні. Існуючі на сьогодні наукові розробки, серед яких окремо можна виділити роботи Н. О. Ардашевої, Л. О. Красавчикової, М. М. Малєїної, О. В. Тихомирова та деяких інших, здебільшого спрямовані на дослідження здоров'я в контексті медичного права, надання медичної допомоги чи медичних послуг, деліктних зобов'язань, або ж окремих аспектів особистих немайнових прав. Водночас, метою нашого дослідження є аналіз поняття «здоров'я» як комплексного особистого немайнового блага та як об'єкта відповідного права на здоров'я.

Хоча, аналізуючи чинне законодавство, потрібно, насамперед, зауважити, що воно не оперує терміном «право на здоров'я». Правова регламентація можливостей в сфері власного здоров'я фізичної особи на сьогодні визначається закріпленням низки прав, що пов'язані зі здоров'ям, зокрема, право на усунення небезпеки, яка загрожує здоров'ю (ст. 282 ЦК України), право на охорону здоров'я (ст. 283 ЦК України), право на медичну допомогу (ст. 284 ЦК України), право на інформацію про стан свого здоров'я (ст. 285 ЦК України), право на таємницю про стан здоров'я (ст. 286 ЦК України) тощо. Переважно така правова регламентація є фактичним калькуванням відповідних положень Конституції України (ст. 49), або положень іншого законодавства.

Вказана позиція законодавця, на нашу думку, є не лише невинуватою, але й такою, що безпідставно звужує обсяг та зміст існуючих можливостей фізичної особи щодо власного здоров'я, здебільшого переводячи їх у права, що носять охоронний харак-