

А.И. Савельев

ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ
РАЗРАБОТКИ И КОММЕРЦИАЛИЗАЦИИ
ПРОГРАММНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ



УДК 347.71
ББК 67.404.013.1
С12

Савельев, Александр Иванович.

С12 Правовые аспекты разработки и коммерциализации программного обеспечения. — Москва : Статут, 2024. — 620 с.

ISBN 978-5-8354-2029-2 (в пер.)

Настоящее издание представляет собой комплексное исследование юридических вопросов, связанных с созданием, защитой и коммерциализацией программных продуктов. Особое внимание уделяется договорным отношениям между разработчиками, заказчиками и пользователями, с акцентом на технические и коммерческие факторы, влияющие на такие отношения. В книге проанализирован большой массив отечественной и зарубежной судебной практики, что делает книгу ценным ресурсом для юристов, разработчиков и предпринимателей в сфере информационных технологий. В работе также подробно рассматриваются такие актуальные темы, как *Open Source* и правовые нюансы использования облачных технологий по модели *SaaS*.

Для всех, кто стремится успешно ориентироваться в сложном правовом ландшафте индустрии программного обеспечения.

Приведенные в книге нормативные акты и судебная практика актуальны по состоянию на 1 марта 2024 г.

УДК 347.71
ББК 67.404.013.1

ISBN 978-5-8354-2029-2

© Савельев А. И., 2024
© Редподготовка, оформление. Издательство «Статут», 2024

Посвящается моим родителям,
без которых эта книга, как и многое другое,
не увидела бы свет.

Автор

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

«Программное обеспечение пожирает мир». Эта фраза известного венчурного инвестора и сооснователя компании *Netscape* Марка Ан-дриссена как никогда лучше передает роль программного обеспечения в современном мире. Все инновации и ИТ-технологии имеют в своей основе компьютерные программы, не говоря уже о таких ставших частью нашей повседневной жизни объектах, как автомобили, стиральные машины, смарт-устройства, средства коммуникаций друг с другом и многое другое. Значительная часть жизненно важных процессов, происходящих в нашей жизни, автоматизирована с помощью компьютерных программ, так что мы в буквальном смысле зависим от них, как от воздуха.

Любая организация в настоящее время в своей деятельности использует те или иные виды программного обеспечения, а нередко и создает его как для собственных нужд, так и с целью последующей коммерциализации. Как следствие, юристы организаций вынуждены на регулярной основе иметь дело с соглашениями, опосредующими приобретение, разработку или коммерциализацию программного обеспечения. Вместе с тем юридическое сопровождение таких договоров требует не только знания законодательных положений о соответствующих видах договоров и общей части договорного и обязательственного права. Значительную роль играет понимание технических основ функционирования программного обеспечения и его отдельных компонентов, а также сложившихся бизнес-практик и бизнес-моделей в области его разработки и коммерциализации, которые иногда не укладываются в сложившиеся цивилистические конструкции. Немалое значение имеет и обширная судебная практика, без учета которой, несмотря на ее противоречивость, правильное применение положений о лицензионных договорах или о договорах на разработку программного обеспечения попросту невозможно. К сожалению, большинство существующих публикаций в российской литературе посвящено каким-то отдельным аспектам подобных соглашений или отдельным проблемам.

Комплексных исследований, рассматривающих в совокупности ключевые виды соглашений, связанных с программным обеспечением, и возникающие на практике правовые проблемы и риски при их использовании, в российском правовом дискурсе не представлено.

Настоящая книга призвана восполнить данный пробел. В ней подробно рассматриваются ключевые договорные условия основных видов соглашений, заключаемых в отношении компьютерных программ на практике: лицензионных договоров, договоров на разработку компьютерной программы, договоров технической поддержки и соглашений типа *Software-as-a-Service*. Рассмотрение таких договорных условий сопровождается не только анализом судебной практики, но и изложением релевантных технических и коммерческих аспектов их использования. При этом особое внимание в книге уделяется техническим аспектам функционирования компьютерных программ и их различных компонентов с целью обеспечения понимания юристом специальной терминологии, используемой в договорных документах и сопутствующей документации на программу, а также облегчения его взаимодействия с коллегами из технических областей.

Отличительной особенностью книги является раздел, посвященный проблематике использования *Open source* в деятельности организации. В нем не только детально рассматриваются условия наиболее распространенных *open source* лицензий с учетом их толкования, сложившегося в сообществе и имеющего силу обычая, но и положения российского законодательства и судебной практики, относящиеся к открытым лицензиям и отдельным видам *open source* лицензий. Данный материал представляет ценность для любой организации, которая осуществляет разработку программного обеспечения с использованием *open source* компонентов, в том числе с целью последующего его включения в Единый реестр российских программ для электронных вычислительных машин и баз данных (далее — Реестр отечественного ПО).

Книга написана по результатам обобщения моего опыта работы в компании *IBM*, в которой я занимался вопросами сопровождения договоров, связанных с программным обеспечением, на протяжении почти 15 лет; чтения курсов по правовому регулированию информационных технологий (ИТ, *IT*) и оборота программного обеспечения в Национальном исследовательском университете «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ), М-Логос и *Moscow Digital School*. В этой связи я хотел бы выразить благодарность моим коллегам, студентам и слушателям курсов, взаимодействие и споры с которыми позволили выделить многие проблемы, нашедшие отражение в книге. Особо

хотелось бы поблагодарить Виталия Олеговича Калятина, которого я по праву могу назвать своим учителем в вопросах интеллектуальной собственности не только потому, что я учился у него в Российской школе частного права (РШЧП), но и потому, что его публикации являются одними из лучших в своей области.

Также хотелось бы сказать спасибо руководителю научно-индустриальных исследований *IBM*, а ныне партнера по направлению «искусственный интеллект» (ИИ) компании «Технологии Доверия (*ex-PWC*)» Артему Семенихину за долгие и ценные дискуссии по техническим аспектам разработки программного обеспечения и директору департамента интеграционных решений Ренату Хамидулину – за то же самое, но уже на моей новой работе в компании ООО «Лаборатория систем автоматизации процессов» (ЛАБ СП). И наконец, отдельные слова благодарности – моему бывшему студенту, а ныне талантливому практикующему юристу в области интеллектуальной собственности Артему Евсееву за ряд ценных комментариев, высказанных при написании данной книги.

Автор выражает надежду, что данная книга поможет читателям разобраться в хитросплетениях условий соглашений в области программного обеспечения и если и не ответить на все возникшие вопросы, то по крайней мере дать направление, в котором следует двигаться в поиске ответов на них.

*Александр Савельев,
март 2024 г.*

ЧАСТЬ I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Глава 1. Компьютерная программа как особый объект авторского права

§ 1. Понятие и признаки программы ЭВМ. Проблемы терминологии

Прежде чем перейти к рассмотрению вопросов, связанных с разработкой и коммерциализацией программ для ЭВМ, необходимо определиться с тем, что она собой представляет как объект права. Это можно сделать, выделив существенные признаки программы для ЭВМ, позволяющие отграничить ее от других объектов авторского права. Такого рода признаки обычно содержатся в законодательной дефиниции соответствующего объекта.

Международные акты, затрагивающие вопросы защиты прав интеллектуальной собственности на компьютерные программы, не содержат определения компьютерной программы, ограничиваясь указанием о ее защите как литературного произведения¹. На уровне национального права далеко не все зарубежные правовые порядки могут похвастать наличием легальной дефиниции компьютерной программы. Например, определение компьютерной программы отсутствует в английском Законе об авторском праве, патентном праве и праве о промышленных образцах (*Copyright, Designs and Patents Act*, 1988) и это дало основание для заявлений о том, что объем понятия «компьютерная программа» является в английском праве неопределенным². Отсутствует определение компьютерной программы и в немецком Законе об авторском праве (*Gezetz uber Urheberrecht und verwandte Schutzgesetze*, 1965)³, а также

¹ Статья 4 Договора ВОИС об авторском праве от 20 декабря 1996 г.; ст. 10.1 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property, TRIPS) (http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf); ст. 1 Директивы ЕС 2009/24/ЕС «О правовой охране компьютерных программ».

² Reed Chris, Angel John. Computer Law: The Law and Regulation of Information Technology, Oxford University Press. 6th edn. 2007. P. 349.

³ Текст закона на английском языке можно найти по ссылке: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.html.

во французском Кодексе интеллектуальной собственности¹. Отсутствие в законодательстве ряда стран определения понятия «компьютерная программа», по мнению ряда ученых, обусловлено тем, что в условиях бурного развития информационных технологий данное определение было бы подвержено быстрому устареванию². Хотя, как показала практика, данное опасение оказалось безосновательным.

Одним из наиболее ранних источников, где фигурирует дефиниция компьютерной программы, являются Модельные положения о защите компьютерных программ 1979 г., подготовленные Всемирной организацией интеллектуальной собственности (WIPO)³. В соответствии с ними под компьютерной программой понимается совокупность инструкций, которые, будучи инкорпорированными на машиночитаемый носитель, обуславливают отображение, совершение или достижение определенного результата либо задачи машиной, пригодной для совершения вычислительных операций (ст. 1 (i)). Учитывая год его принятия, можно простить некоторую громоздкость и архаичность данного определения, хотя, по существу, оно сохраняет свою актуальность и в нынешних реалиях.

Куда большую известность и распространенность приобрела дефиниция компьютерной программы, содержащаяся в Законе США об авторском праве (US Copyright Act 1976) и определяющая ее как «набор выражений и инструкций, которые прямо или косвенно используются в компьютере для достижения определенного результата»⁴. Данное определение было изначально сформулировано в Заключительном отчете Национальной комиссии по вопросам новых технических способов использования объектов авторского права (CONTU)⁵ и в 1980 г. было включено в Закон об авторском праве США⁶, став своего рода стандартом определения компьютерной программы.

¹ Текст Кодекса на английском языке можно найти по ссылке: <https://www.wipo.int/wipolex/en/legislation/details/21533>.

² *Koch Frank*. Handbuch Software und Datenbank Recht. Springer Verlag Berlin, Heidelberg, New York, 2003. S. 19.

³ WIPO Model Provisions on the Protection of Computer Programs: *Zweigert K. and Köpholler J.* Sources of International Uniform Law. Vol. III-A, Law of Copyright, Competition and Industrial Property, ed. by G. Kolle and H.P. Kunz-Hallstein, Alphen aan den Rijn/Germantown. 1979. P. 72–73.

⁴ <http://codes.lp.findlaw.com/uscode/17/1/101>

⁵ Final Report of the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, July 1978. URL: <http://digital-law-online.info/CONTU/contu1.html>.

⁶ The Computer Copyright Software Act of 1980.

Неудивительно в этой связи, что российский законодатель в основном ориентировался на него. Первая законодательная дефиниция программы для ЭВМ появилась в Законе РФ от 23 сентября 1992 г. № 3523-І «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» и определяла ее как объективную форму «представления совокупности данных и команд, предназначенных для функционирования электронных вычислительных машин (ЭВМ) и других компьютерных устройств с целью получения определенного результата. Под программой для ЭВМ подразумеваются также подготовительные материалы, полученные в ходе ее разработки, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения»¹. В действующем законодательстве данное положение практически не изменилось и под программой для ЭВМ понимается «представленная в объективной форме совокупность данных и команд, предназначенных для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств с целью получения определенного результата, включая подготовительные материалы, полученные в ходе разработки программы для ЭВМ, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения» (ст. 1261 ГК РФ).

К сожалению, российское гражданское законодательство не использует термин «компьютерная программа», как это делается в международных конвенциях, а также ряде зарубежных правовых порядков. Вместо этого используется понятие «программа для ЭВМ», который является архаичным и более уместен для уровня развития технологий XX в. Не случайно один из законопроектов, подготовленных в рамках национального проекта «Цифровая экономика», предусматривал модернизацию терминологии и введение в Гражданский кодекс Российской Федерации (ГК РФ) понятия «компьютерная программа» как более соответствующего уровню технического развития². Однако данное предложение так и осталось проектом, не получив дальнейшего развития. Тем не менее в рамках данной книги будет в основном использоваться термин «компьютерная программа» как более соответствующий современной общепринятой терминологии. Тем более что

¹ См. ст. 1 Закона РФ от 23 сентября 1992 г. № 3523-І «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» (*утратил силу*) (Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 42. Ст. 2325). См. также: ст. 4 Закона РФ от 9 июля 1993 г. № 5351-І «Об авторском праве и смежных правах» (*утратил силу*) (Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1242).

² Законопроект «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации», подготовленный Минобрнауки России. Не внесен в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 30 мая 2019 г. // СПС «КонсультантПлюс».

данный термин не является совсем уж чужеродным по отношению к законодательству Российской Федерации. Тот же Уголовный кодекс Российской Федерации (УК РФ) в этой части куда более прогрессивен и оперирует понятием «компьютерная программа»¹.

Рассматривая терминологические вопросы, связанные с компьютерными программами, следует остановиться и на значении понятия «программное обеспечение» (*software*). Впервые этот термин был использован в 1958 г. профессором принстонского университета Джоном Таки (*John Tukey*). Еще задолго до появления индустрии программного обеспечения он отметил возрастающее значение компьютерных программ, указав, что программное обеспечение (*software*) — это как минимум такая же важная составная часть компьютера, как и его физическая составляющая (*hardware*) в виде транзисторов, проводов, перфолент и т.п.² Таким образом, этимологически термин «программное обеспечение» возник как противопоставление уже существовавшему в тот момент термину *hardware*, которым обозначается аппаратное обеспечение компьютера («железо»)³.

В настоящее время термин «программное обеспечение» может иметь как минимум два значения. Во-первых, в качестве синонима понятия «компьютерная программа». В этом качестве он широко употребляем в коммерческой практике и специализированной литературе. Термин «программное обеспечение» используется в качестве синонима понятия «компьютерная программа» и во многих актах Министерства цифрового развития, связи и массовых коммуникаций РФ (далее — Минцифры России). Примечательно, что сокращенное наименование единого реестра российских программ для электронных вычислительных машин и баз данных звучит именно как «реестр российского программного обеспечения»⁴. Во втором своем значении, более редком в использовании, термин *software* используется в более широком

¹ См., например, название ст. 273 «Создание, использование и распространение вредоносных компьютерных программ». Термин «компьютерная программа» употребляется и в диспозиции других статей УК РФ (ст. 187, 274.1).

² *Leohnard David*. John Tukey, 85, Statistician, Coined the Word «Software» // New York Times. 28.07.2000. URL: <http://www.nytimes.com/2000/07/28/us/john-tukey-85-statistician-coined-the-word-software.html>.

³ С известной долей условности можно сравнить аппаратное обеспечение с «телом» компьютера, а компьютерные программы с «сознанием», определяющим «личность» такового компьютера и его поведение.

⁴ Статья 12.1 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3448).

смысле, включая в себя не только программу как таковую, но еще и сопутствующую документацию к ней¹. Данный подход отражен, в частности, в законодательстве КНР². Подробнее о том, что может представлять подобная сопутствующая документация, см. далее в параграфе, посвященном подготовительным материалам, полученным в ходе разработки программы (§ 3 гл. 2 настоящей книги).

Далее в книге термин «программное обеспечение» (или ПО) используется как синоним компьютерной программы и соответственно программы для ЭВМ, если иное не будет прямо предусмотрено при его употреблении.

Признаки компьютерной программы

Как видно из содержащегося в ст. 1261 ГК РФ определения компьютерной программы, ее ключевыми признаками являются:

- 1) наличие совокупности данных и команд;
- 2) их предназначенность для функционирования ЭВМ или иных компьютерных устройств;
- 3) направленность на достижение определенного результата.

Первый признак, названный в дефиниции компьютерной программы, указывает на содержательное наполнение любой компьютерной программы — наличие в ней данных и команд, которые в совокупности являются представлением определенного алгоритма³. В самом общем виде алгоритм представляет собой набор правил или инструкций, которым следуют при выполнении вычислений, или, в более общем смысле, набор процедур решения проблем, выполнение которых дает определенный результат⁴. Для того чтобы компьютер «понял», что от него хотят, алгоритм должен содержать четкие указания, *что*

¹ Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE) Standard Glossary of Software Engineering Terminology. Std 610.12-1990; University Computing Co. v. Lykes-Youngstown Corp., 504 F.2d 518. 5th Circuit, 1974; *Douglas E. Phillips*. The software license unveiled. Oxford University Press, 2009. P. 57; *Rosen*. Encyclopedia of Computer Science. Van Nostrand Reinhold, 1992; *Воройский Ф. С.* Информатика. Новый систематизированный толковый словарь-справочник. М., 2003. С. 325.

² Article 2, Regulations on Computer Software Protection (as amended up to Decision of the State Council of the People's Republic of China of January 30, 2013). URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/475481>.

³ *Брукшир Д., Брилов Д.* Компьютерные науки: базовый курс. 13-е изд. СПб., 2019. С. 360.

⁴ *Barfield W., Barfield J.* An Introduction to Law and Algorithms. Cambridge University Press, 2021. P. 4.

именно следует делать («команда») и *с чем* именно это нужно делать (данные).

Рассматриваемый признак дефиниции позволяет отграничить компьютерные программы от других объектов, которые могут выглядеть как программы, но по факту ими не являются. Так, например, *HTML*-код страницы сайта в сети «Интернет» не является компьютерной программой¹, несмотря на то, что внешне может выглядеть весьма схожим образом. Он представляет собой набор данных, который впоследствии интерпретируется браузером, выстраивающим визуальное отображение веб-страницы на компьютере пользователя. В *HTML*-коде нет команд как таковых, реализуемых через такие элементы, как функции, циклы, переменные и пр. На *HTML* нельзя провести вычислительные операции, он позволяет лишь отобразить существующие данные (текст, изображения) тем или иным образом². Равным образом, криптовалюта («цифровая валюта» в терминологии российского законодательства) не может рассматриваться как компьютерная программа, так как не содержит программного кода³, представляя собой совокупность электронных данных (цифрового кода или обозначения), содержащихся в информационной системе⁴.

Второй признак компьютерной программы позволяет отграничивать компьютерные программы от других произведений, также содержащих определенные инструкции (алгоритмы)⁵. Алгоритмы используются

¹ *Graham S.* Internet Law and Regulation. London: Sweet & Maxwell, 2007. P. 760; *Пемцольд Ч.* Код. Тайный язык информатики. 3-е изд. М., 2021. С. 442. Бюро по регистрации авторских прав США прямо указывает на невозможность регистрации *HTML*-кода в качестве компьютерной программы (Copyright Registration of Computer Programs, Circular 61. P. 5. URL: <https://www.copyright.gov/circs/circ61.pdf>).

² *Янковский Р.М., Бардов И.А., Никифоров А.А.* Три взгляда на компьютерную программу: исходный текст, производное и служебное произведение // Вестник экономического правосудия РФ. 2022. № 10. С. 108.

³ Некоторые авторы, однако, ошибочно утверждают, что криптовалюта представляет собой программный код (см.: *Василевская Л.Ю., Подузова Е.Б., Тасалов Ф.А.* Цифровизация гражданского оборота: проблемы и тенденции развития (цивилистическое исследование). Т. 1. М., 2021. С. 232).

⁴ Часть 3 ст. 1 Федерального закона от 31 июля 2020 г. № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (СЗ РФ. 2020. № 31 (ч. 1). Ст. 5018).

⁵ Считается, что слово «алгоритм» происходит от лат. *Algorithmi*, которое, в свою очередь, происходит от имени узбекского ученого математика Мухаммеда Аль-Хорезми. «Аль-Хорезми» означает «из Хорезма» — исторической области в нынешнем Узбекистане, центром которой был город Хива. Около 825 года аль-Хорезми написал сочинение, в котором впервые дал описание придуманной в Индии позиционной десятичной

в различных областях, включая математику, информатику, физику, экономику и др. Даже кулинарная книга содержит определенный набор инструкций и используется для достижения определенного результата, но она не может быть квалифицирована в качестве компьютерной программы, так как не предназначена для функционирования компьютера (если, конечно, она не будет использоваться компьютером, который *сам* будет готовить). В информатике понятие «алгоритм» определяется обычно как последовательность инструкций, диктующая *компьютеру* его действия¹.

Для определения того, предназначена ли совокупность данных и команд именно для функционирования ЭВМ или иного компьютерного устройства, а следовательно, является ли она компьютерной программой или нет, необходимо определить сами понятия «ЭВМ» и «иное компьютерное устройство». Законодательного определения данных терминов в российском законодательстве не содержится. В этой связи имеет смысл обратиться к иным источникам. Немалую ценность для этих целей могут представлять собой ГОСТы и стандарты Международной организации по стандартизации (ISO), которые нередко лежат в основе российских ГОСТов.

Согласно ГОСТ 15971–90 «Системы обработки информации. Термины и определения»² «вычислительная машина — совокупность технических средств, создающая возможность проведения обработки информации и получения результата в необходимой форме. Электронная вычислительная машина (ЭВМ) — это вычислительная машина, основные функциональные устройства которой выполнены на электронных компонентах». Нетрудно увидеть, что многие устройства, которые не являются компьютерами или компьютерными устройствами, например, современные модели калькуляторов, контрольно-кассовых машин, вполне подпадают под указанные определения, что в принципе не удивительно, принимая во внимание время составления данного документа³.

системы счисления. В первой половине XII в. книга аль-Хорезми в латинском переводе проникла в Европу. Переводчик, имя которого до нас не дошло, дал ей название «*Algoritmi de numero Indorum*» («Индийское искусство счета, сочинение Аль-Хорезми») (см.: *Шилов В.В.* Удивительная история информатики и автоматизации. М., 2013. С. 8).

¹ *Домингос П.* Верховный алгоритм: как машинное обучение изменит наш мир. М., 2016. С. 24.

² Утвержден и введен в действие Постановлением Государственного комитета СССР по управлению качеством продукции и стандартам от 27 августа 1990 г. № 2467.

³ Как отмечено в данном ГОСТе, он должен уточняться и дополняться каждые пять лет. Однако таких уточнений и переизданий произведено не было.

Однако в связи с подобной широтой понятия ЭВМ необходимо все же разграничить понятия «ЭВМ» и «другое компьютерное устройство», определив тот специфический признак, который отграничивает их друг от друга. Таким признаком является способность ЭВМ выполнять определенный изменяемый набор инструкций без необходимости физической переконфигурации. Устройство можно квалифицировать в качестве ЭВМ, если программное обеспечение такого технического устройства может изменяться по усмотрению пользователя без обязательной замены аппаратной части устройства, что обуславливает возможность использования такого устройства для решения широкого круга задач (многофункциональность). В качестве примеров ЭВМ можно указать серверы, ноутбуки, смартфоны.

В отличие от компьютера (ЭВМ) иное компьютерное устройство — это устройство, обладающее возможностью обработки данных лишь в соответствии с заранее заданным набором инструкций, определяющим специфическое назначение такого устройства, изменение которых связано с внесением изменений в аппаратную часть такого устройства (монофункциональность). Примерами других компьютерных устройств являются смарт-телевизоры, роботы-пылесосы, автомобили и другие подобные устройства. Представляется, что с дальнейшим развитием технологий грань между классическим компьютером и компьютерным устройством будет стираться, поскольку последние будут предоставлять все больше возможностей пользователям: те же смарт-телевизоры и часы позволяют пользователю загружать различные приложения, так что в перспективе дифференциация данных объектов в дефиниции компьютерной программы устареет так же, как и само понятие ЭВМ. Сам термин «электронная вычислительная машина» (ЭВМ) устарел морально еще несколько десятилетий назад, когда появились персональные компьютеры, которые стали использоваться не только для вычислений, но и для других целей. Сейчас же если он и употребляется в технической среде, то в основном в историческом смысле — для обозначения вычислительной техники 1940–1980-х годов и больших вычислительных устройств в отличие от персональных¹.

За рубежом в качестве синонима термина «ЭВМ» используется общее понятие «компьютер». Один из словарей определяет компьютер как программируемое электронное устройство, которое может

¹ Материал из Википедии — свободной энциклопедии (<https://goo.su/fUixnh>).

хранить, извлекать и обрабатывать данные¹. Единообразный закон об информационных сделках (*Uniform Computer Information Transactions Act, UCITA*)² определяет компьютер как электронное устройство, которое принимает информацию в цифровой и иной подобной форме и обрабатывает ее для получения определенного результата в соответствии с определенной последовательностью инструкций³. Как видно, данное определение также является весьма широким и включает в себя не только компьютеры в собственном смысле, но и практически любые цифровые устройства.

Целесообразно в перспективе перейти на более современный термин («компьютер»), который к тому же будет понятен и зарубежным юристам, и участникам гражданского оборота. В уже упоминавшемся ранее законопроекте, подготовленном в рамках национальной программы «Цифровая экономика», предлагалось сделать подобную модернизацию терминологии⁴. Остается надеяться, что рано или поздно подобные предложения найдут свое отражение в законодательстве. Ну а мы, не дожидаясь их, будем далее в данной книге использовать вместо термина «ЭВМ» эквивалентное ему, по существу, понятие «компьютер».

Третий признак компьютерной программы — ее направленность на получение определенного результата — является одним из наиболее важных. Он позволяет выделить ключевую особенность компьютерной программы как объекта авторского права: ее прикладной, *функциональный* характер. В отличие от обычных литературных произведений целью компьютерной программы является не сообщение определен-

¹ Webster's third new international dictionary, unabridged (2002) (<http://unabridged.merriam-webster.com>).

² Данный Закон вызвал немало дискуссий и критики, как излишне защищающий права крупных компаний — производителей программного обеспечения, из-за которой он не получил широкого распространения и был имплементирован только в двух штатах — Вирджинии и Мэриленде. Некоторые штаты (Айова, Северная Каролина, Вермонт, Западная Виргиния) даже приняли специальные законы, направленные на воспрепятствование применению UCITA в случаях, когда право штата, имплементировавшего его, было указано в качестве применимого права договора (см.: *Ward Classen. A Practical Guide to Software Licensing for Licensees and Licensors*. ABA Publishing. 2008. P. 212). Ирония заключается в том, что практически все основные положения UCITA постепенно были восприняты американской судебной практикой и стали тем самым составной частью правовой системы США.

³ Section 102 (a) (9).

⁴ Законопроект «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации», подготовленный Минобрнауки России. Не внесен в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 30 мая 2019 г. // СПС «КонсультантПлюс».

ной информации другим людям, а инструктирование компьютера для достижения им определенного результата. *В отрыве от компьютера компьютерная программа не имеет никакой ценности.* Более того, ценность компьютерной программы заключается далеко не в ее исходном коде как таковом, а в ее «поведении», т.е. в том результате, к которому приводит реализация инструкций, заложенных в нем¹. При написании исходного кода программист руководствуется не столько эмоциональными или эстетическими, а преимущественно утилитарными соображениями. Ключевое значение имеет то, насколько программа эффективно выполняет свою функцию, а не насколько красиво выглядит та или иная команда или фрагмент кода². Если поведение компьютерной программы бесполезно для пользователя, то он никогда не купит ее, каким бы оригинальным и творческим ни был ее исходный код.

Нередко данный признак пытаются толковать чрезмерно буквально, отказывая в квалификации в качестве компьютерной программы тем программам, которые не работают в определенный момент времени, например, по причине наличия в них ошибок либо по причине того, что соответствующая программа не самостоятельна и не может функционировать без какой-либо другой программы.

В этой связи необходимо отметить, что согласно п. 1 ст. 1259 ГК РФ объектами авторских прав являются произведения науки, литературы и искусства независимо от достоинств и назначения произведения, а также от способа его выражения. Поэтому неработоспособность программы в определенный момент времени не имеет значения для ее охраны средствами авторского права. Данная неработоспособность может быть вызвана незавершенным характером программы, особенностями аппаратного или программного обеспечения на стороне пользователя и множеством других факторов. А некоторые виды компьютерных программ, например программные библиотеки или обновления программы, не могут сами по себе породить какой-либо результат в ходе своего исполнения. Однако это не означает, что такие программы не являются охраноспособными с точки зрения авторского права. Признак направленности компьютерной программы на достижение определенного результата, указанный в ее дефиниции, призван подчеркнуть функциональный характер данного объекта авторского права, о котором говорилось

¹ *Pamela Samuelson et al. A Manifesto Concerning The Legal Protection of Computer Programs // Columbia Law Review. 1994. N 94. P. 2316–2319.*

² *Nimmer R. Law of Computer Technology. Westlaw. 2007. § 1:8.*

ранее, и его тесную взаимосвязь с аппаратным обеспечением, а не ввести какой-то дополнительный критерий для охраноспособности компьютерной программы как объекта авторского права. Тот факт, что рассматриваемый признак компьютерной программы существует в законодательстве Российской Федерации и зарубежных стран уже давно и в судебной практике отсутствуют примеры отказа в судебной защите компьютерной программе исключительно по причине ее не-работоспособности, лишь подтверждает данный тезис.

§ 2. Виды компьютерных программ

Существует множество различных классификаций компьютерных программ, все из которых вряд ли имеет смысл воспроизводить в рамках данной книги. Но некоторые все же достойны быть упомянутыми, поскольку отнесение компьютерной программы к тому или иному виду может иметь определенные правовые последствия.

Системные и прикладные программы

Все компьютерные программы могут быть с определенной долей условности разделены на системное программное обеспечение и прикладное программное обеспечение. Данная классификация используется, например, в Классификаторе программ для электронных вычислительных машин и баз данных (далее – Классификатор ПО)¹. В соответствии с ней к системному программному обеспечению относятся, в частности, операционные системы, драйверы устройств, средства виртуализации, серверное и связующее программное обеспечение.

Под операционной системой понимается системное программное обеспечение, обеспечивающее среду для исполнения приложений (прикладных программ) и управление диспетчеризацией задач, распределением ресурсов, обработкой прерываний, вводом-выводом, интерфейсом пользователя, файловой и другими системами компьютера. В операционной системе принято выделять ядро (*kernel*) и пользовательское окружение. Ядро контролирует работу всех программ, запущенных на компьютере, распределяя между ними ресурсы и обеспечивая взаимодействие с аппаратной составляющей компьютера. Файловая система также обычно является частью ядра операцион-

¹ Утв. Приказом Минцифры России от 22 сентября 2020 г. № 486.

ной системы¹. Пользовательское окружение операционной системы обычно состоит из интерфейса для взаимодействия пользователя с операционной системой, утилит (программ, которые используются для администрирования операционной системы, например, работы с файлами, настройки сети, диагностики оборудования) и различного рода библиотек, обеспечивающих их функционирование².

Ранее существовали определенные сомнения относительно охраноспособности таких программ. В одном из ранних судебных решений США отмечалось, что операционная система работает «незаметно» для пользователя в отличие от прикладных программ, решает преимущественно технические задачи, тесно связана с аппаратной частью компьютера, являясь, по сути, его частью, и, следовательно, не является объектом авторского права³. Впоследствии оно было отменено в этой части вышестоящим судом. Однако, поскольку «неприятный осадок» у некоторых заинтересованных лиц из числа влиятельных разработчиков операционных систем, по-видимому, остался, а также в силу того, что на заре 1990-х годов было еще неизвестно, как будет складываться российская судебная практика, во избежание всяких сомнений в данном вопросе операционные системы были прямо поименованы в качестве охраноспособных компьютерных программ⁴. Хотя, как справедливо отметил американский суд в вышеуказанном деле, законодательная дефиниция компьютерной программы не делает

¹ Meeker H. The Open Source Alternative: Understanding Risks and Leveraging Opportunities. (NJ): John Wiley & Sons, Inc. 2008. P. 164.

² Подробнее об устройстве операционных систем см.: Таненбаум Э., Бос Х. Современные операционные системы. 4-е изд. СПб.: Питер, 2019.

³ Apple Computer v. Franklin Computer Corp., 1982. 545F. Supp. 812 (E.D. Pa. 1982) rev'd, 714 F.2d 1240 (3rd Cir. 1983).

⁴ Пункт 3 ст. 3 Закона РФ от 23 сентября 1992 г. № 3523-1 «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» (*утратил силу*): «Предоставляемая настоящим Законом правовая охрана распространяется на все виды программ для ЭВМ (в том числе на операционные системы и программные комплексы»; п. 2 ст. 7 Закона РФ от 9 июля 1993 г. № 5351-1 «Об авторских и смежных правах» (*утратил силу*): «Охрана программ для ЭВМ распространяется на все виды программ для ЭВМ (в том числе на операционные системы)». В настоящее время операционные системы прямо упоминаются в числе примеров охраняемых компьютерных программ в ст. 1261 ГК РФ. По всей видимости, авторы части четвертой ГК РФ не хотели удалением упоминания об операционных системах спровоцировать дискуссию о том, означает ли это изменение подхода к охране подобных программ. Учитывая, что США старались всячески влиять на процессы создания части четвертой ГК РФ, а также важность вопроса об охране операционных систем для некоторых американских корпораций, данное опасение не являлось беспочвенным.

никаких различий между прикладными программами и операционными системами. Аргумент, полностью релевантный и для российских реалий.

Другим примером системных программ являются драйверы устройств, которые представляют собой программное обеспечение, позволяющее операционной системе взаимодействовать с конкретным устройством, например, с принтером, графической картой или звуковой картой. Драйверы обеспечивают правильную работу устройства и позволяют операционной системе передавать данные между устройством и приложениями. Без драйверов устройства не могут работать с операционной системой, она их просто не будет «видеть».

Средства виртуализации также являются еще одним ярким примером системных программ. Они представляют собой программное обеспечение, которое позволяет создавать виртуальные экземпляры операционных систем и приложений на физическом сервере. Тем самым они позволяют более эффективно использовать вычислительные ресурсы, управлять различными операционными системами и приложениями на одном физическом сервере. Средства виртуализации дают возможность создавать виртуальные машины (VM), которые могут быть запущены на одном физическом сервере, но работать как отдельные компьютеры с собственной операционной системой и приложениями. Кроме того, средства виртуализации позволяют управлять ресурсами виртуальных машин, такими как процессорное время, память и хранилище данных. Виртуализация лежит в основе технологии так называемых «облачных сервисов» (*Cloud computing*), без которых немислимо функционирование большинства современных ИТ-технологий (см. подробнее гл. 7 настоящей книги).

Прикладные компьютерные программы предназначены для выполнения конкретных пользовательских задач и рассчитаны на непосредственное взаимодействие с пользователем. В ГОСТе прикладная программа определена как «ресурс, облегчающий выполнение пользователем определенной специализированной задачи»¹. Согласно Классификатору ПО к данному виду программ могут быть отнесены, в частности, офисные пакеты, почтовые приложения, браузеры, мультимедийное программное обеспечение, системы управления проектами, справочные правовые системы и пр. Прикладные компьютерные программы иногда также именуют приложениями (*application*).

¹ ГОСТ 33707–2016 (ISO/IEC 2382:2015). Межгосударственный стандарт. Информационные технологии. Словарь.

Прикладные программы могут образовывать так называемый программный комплекс, который представляет собой совокупность программ, взаимодействующих между собой и предназначенных для решения определенных взаимосвязанных задач. Примером программного комплекса является программный продукт ИС «Предприятие»¹, который включает в себя так называемые конфигурации – прикладные решения для выполнения различных задач по организации управления бизнесом: торговый учет, бухгалтерский учет, налоговый учет, документооборот, управление персоналом и пр. Данные конфигурации могут работать отдельно или во взаимодействии друг с другом, в частности, обмениваясь данными друг с другом.

Другим примером программного комплекса может выступать мобильное приложение, которое неразрывно связано с серверным приложением. Так, в судебной практике в качестве программного комплекса была квалифицирована совокупность программ *Dostavista*, которая включает в себя клиентское и курьерское приложения для *Android* и *iOS*, серверное приложение «Веб-сайт *Dostavista* версия «Идентификация по паспорту»» с комплексом программ на языке *php*, обеспечивающих бизнес-логику процессов курьерской доставки². С формально-юридической точки зрения выделение программного комплекса в самостоятельную разновидность программ для ЭВМ не имеет смысла, так же как и отдельное выделение операционных систем³. Однако с практической точки зрения есть определенный смысл в том, чтобы задуматься: как следует поступать с совокупностью программ, которая предполагает тесное взаимодействие друг с другом для решения определенных задач. Конечно, можно рассматривать их как некую единую программу («программный комплекс»), регистрировать и лицензировать в таком качестве. Но это может создать сложности впоследствии, когда возникнет необходимость распоряжения в отношении отдельных программ, входящих в программный комплекс, например, с целью их модификации партнерами при создании собственных продуктов, совместимых с первоначальными. В этой связи иногда имеет смысл регистрировать не только сам программный комплекс в качестве самостоятельной программы для ЭВМ, но и каждую из программ, вхо-

¹ Решение Арбитражного суда Кировской области от 29 декабря 2020 г. по делу № А28-1308/2020.

² Постановление Суда по интеллектуальным правам от 10 февраля 2022 г. № С01-2150/2021 по делу № А56-72819/2020.

³ Недаром в зарубежном праве такого рода объекты не выделяются в отдельные виды компьютерных программ на уровне законодательства.

дящих в такой программный комплекс, в качестве самостоятельной программы.

С юридической точки зрения отнесение той или иной программы к числу системного или прикладного программного обеспечения влечет не только последствия в плане их отнесения к определенному разделу и классу ПО для целей его регистрации в реестре отечественного ПО. Это может также влиять на используемые в лицензионных договорах лицензионные метрики¹. Для прикладных программ характерны метрики, привязанные к количеству пользователей или устройств вроде: «1 лицензия = 1 пользователь» или «1 лицензия = 1 устройство». Это связано с тем, что их ценность проявляется при взаимодействии с конкретным пользователем, и чем больше таких пользователей, тем больше ценность от использования программы. В системных программах, которые обычно работают на серверах и тем самым незаметно для большинства пользователей, ценность программы нередко связана с объемом вычислительных мощностей такого сервера. В этой связи, как правило, используются лицензионные метрики, привязанные к количеству процессоров, ядер в процессорах или даже искусственных параметрах вроде *PVU*². Подробнее лицензионные метрики будут рассмотрены в гл. 4 настоящей книги.

Firmware u Software

Firmware, иногда именуемое прошивкой, — это программное обеспечение, которое управляет работой электронных устройств: компьютерами, а также телевизорами, роутерами, автомобилями и «другими компьютерными устройствами» в терминологии ст. 1261 ГК РФ. *Firmware* является частью аппаратного обеспечения устройства и хранится в постоянной памяти, как правило, энергонезависимой. Оно обеспечивает работу устройства, управляет его функциями и настройками, определяет, как оно будет взаимодействовать с другими устройствами

¹ Лицензионная метрика — это система измерения использования программного обеспечения, которая определяет, сколько пользователей может использовать компьютерную программу или на каком количестве устройств она может быть использована. Подробнее о лицензионных метриках будет сказано в гл. 4 настоящей книги.

² *PVU (Processor Value Unit)* — это единица измерения, используемая *IBM* для определения стоимости лицензирования программного обеспечения в зависимости от типа и скорости процессора. Чем больше *PVU* у процессора, тем выше стоимость его использования в рамках лицензии. Эта система позволяет *IBM* гибко регулировать стоимость лицензирования в зависимости от мощности и конфигурации серверов, на которых работает программа.