

## Переосмысление роли интеллектуальной собственности

Фрэнсис Гарри<sup>1</sup>

Контекст, в котором интеллектуальная собственность (ИС) функционирует в современном мире, существенно отличается от того, в котором ИС зародилась. Новый контекст изменил положение ИС как в экономике, так и в обществе. Он в равной мере требует изменения в образе нашего мышления относительно ИС и ее роли.

### *Традиционные объяснения касательно ИС*

Позвольте мне для начала вкратце напомнить традиционные объяснения того, зачем нам ИС. Есть четыре главные причины, применимые в различной степени ко всем правам, которые мы обычно считаем правами ИС.

Один набор объяснений вытекает из несоперничающего характера знаний и информации. Знания и информация являются производимыми частными товарами. Для их создания требуются людские и финансовые ресурсы. В то же время они являются потребляемыми общественными товарами. Когда они имеются в наличии, они могут использоваться другим лицом, не уменьшая того, в какой степени ими пользуются производители. Эту особенность знаний отметил Св. Колумба, защищаясь от обвинения со стороны финнианской Ирландии в VI века в отношении того, что он скопировал рисунки из Библии, которую Финниан одолжил ему. Когда ему приказали предстать перед королем Диармайдом, чтобы ответить на обвинение в краже, Св. Колумба отверг это обвинение, заявив, что он ничего не украл, поскольку Финниан по-прежнему имеет свои рисунки, а «книга Финниана стала ничуть не хуже из-за того, что он из нее что-то скопировал». Отклонив выдвинутое против ответчика обвинение, король возвестил миру об авторском праве, заявив: «Каждой корове свой теленок, каждой книге своя копия»<sup>2</sup>.

ИС создает политическое ограничение – в виде исключительных прав на коммерческое использование – на свободное в других отношениях наличие знаний и информации, дабы компенсировать затраты на производство этих знаний или информации. Таким образом она создает экономический стимул для инвестиций в создание знаний и прокладывает безопасный путь через враждебную территорию для длительного и нередко одинокого прохождения идеи от ее зачатия до коммерческой реализации в виде нового

---

<sup>1</sup> Генеральный директор, Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС). Мнения, выраженные в настоящем документе, отнюдь не обязательно отражают мнения государств - членов ВОИС.

<sup>2</sup> Royal Irish Academy MS 24 P 25. Копия страницы рукописи висит в ВОИС. См. также Thomas Cahill, *How the Irish Saved Civilization* (1995, New York) 170. Томас Джефферсон отметил тот же момент, когда он писал об идее следующее: «... каждый обладает не какой-то ее частью, но владеет ею целиком. И тот, кому досталась от меня моя идея, воспринимает ее сам, не умаляя при этом меня; не тень, но отблеск света отбрасывает он на меня». (Letter to Isaac McPherson, August 13, 1813)

изделия, услуги или процесса. Исключительные права, по сути дела, делают доступ пригодным для продажи товаром и создают основу рынков для знаний и технологии.

Этот первый набор объяснений применяется к тем правам ИС, которые охватывают новые формы знаний<sup>3</sup>, а именно патентам, правам на сорта растений, правам на коммерческую тайну или правам, заложенным в конфиденциальной информации, промышленных образцах и авторском праве.

Как показывает моральное негодование Финниана, когда он обнаружил, что его рисунки были скопированы, ИС имеет также этическую основу. Она находит выражение в статье 27.2 Всеобщей декларации прав человека, в которой предусматривается, что «каждый человек имеет право на защиту его моральных и материальных интересов, являющихся результатом научных, литературных или художественных трудов, автором которых он является». Эта этическая основа ИС применяется к большинству прав ИС. Она имеет давнюю социальную историю, о чем свидетельствует негативная коннотация слов, используемых в обычном языке, таких как «плагиат», «мошенничество» или «копирование» (либо любое из более уничижительных производных последнего термина, такое как «имитатор»).

Другие причины существования ИС касаются более конкретно тех или иных особых прав ИС. Помимо стимула для создания новых знаний, еще одна причина существования патентной системы заключается в том, чтобы раскрывать новые знания. Хорошим примером этой функции патентов является саксофон. Саксофон – это единственный инструмент в оркестре, который когда-то был запатентован. Он был запатентован в 1846 г. во Франции Адольфом Саксом. На протяжении последующих примерно 70 лет еще 14 патентов были получены в отношении саксофона, некоторые из них – Адольфом Саксом, а некоторые – теми, кого сейчас мы назвали бы конкурентами. Они привели к появлению мундштука в том виде, в котором мы его знаем сейчас, альтового саксофона, различных других видов саксофона и усовершенствованного механизма самого саксофона. большей частью эта технология находится в сфере общественного достояния на протяжении вот уже более 100 лет, и каждый может производить саксофон или пользоваться им. Интересно и поучительно сравнить это с эволюцией скрипки. В Кремоне, Италия, в XVII и XVIII веках технология производства скрипок была семейной тайной. Она передавалась из поколения в поколение в секрете. Результатом этого является то, что поныне никто не знает, как производились самые лучшие скрипки, которые когда-либо слышал мир – скрипки

---

<sup>3</sup> Я использую понятие «знания» (и «информация») в самом общем смысле для охвата также и новых творческих выражений.

Страдивари, Гварнери и др. Секрет их производства был утерян с течением времени в семейных тайнах и в методах, которыми они передавали свои знания.

Сравнение передачи знаний в отношении саксофона с удержанием знаний скрипичными мастерами является отнюдь не единственным примером успеха выполняемой патентной системой функции раскрытия информации. Перфокарта Холлерита, телевизор, реактивный двигатель, катализаторы полимеризации и Интернет-телефон – все это примеры значительных технологий или изделий, опубликованных в патентной системе через годы и порой десятилетия<sup>4</sup> после коммерциализации изобретений. Патентная система несет ответственность за создание самого полного, систематического и доступного архива технологий, созданных человечеством.

В случае торговых знаков, географических указаний и, в зависимости от юрисдикции, коммерции под чужим именем или недобросовестной конкуренции политическим оправданием, как правило, бывает поддержание порядка на рынке. Обмен сообщениями и сигналами между производителями и предпринимателями, с одной стороны, и потребителями и широкой общественностью, с другой, необходим для обеспечения правильной информации и недопущения обмана и мошенничества на рынке. Рассредоточенные рынки в условиях глобализованной экономики лишь усиливают эту роль брендов и презентации подлинности (внешний вид).

Эти традиционные объяснения цели ИС в полной мере сохраняют свою силу. Однако многое в мире изменилось с тех пор, как они были сформулированы в первый раз. Эти изменения не подрывают традиционные объяснения, однако они должны побудить нас добавить некоторые другие обязанности к описанию функций ИС для того, чтобы лучше отразить место ИС в современной экономике и современном обществе. Позвольте мне вкратце обрисовать главные изменения, которые, на мой взгляд, состоят в трех крупных переходах: экономическом переходе от материального к нематериальному, геополитическом переходе от Запада к Востоку и политическом переходе от государственного к негосударственному.

### *Взлет нематериальных активов*

На протяжении последних нескольких десятилетий центр создания богатств перемещался от материальных активов или физического капитала к нематериальным активам или интеллектуальному капиталу либо, как его называет ОЭСР, капиталу,

---

<sup>4</sup> В случае iPhone речь идет о нескольких месяцах. Сейчас предприятия, как правило, дают объявления о своих новых изделиях одновременно с публикацией соответствующей патентной заявки (через 18 месяцев после первой подачи).

основанному на знаниях. Есть много измерений этого перехода<sup>5</sup>. Это проявляется в распределении активов корпораций, входящих в фондовый индекс «S&P 500»: в сравнении с 95% материальных активов и 5% нематериальных активов в 1978 г. оно превратилось в 20% материальных активов и 80% нематериальных активов к 2010 г. Это проявляется в тенденциях в сфере производственных капиталовложений. В экономике ряда промышленно развитых стран больше инвестиций производится в капитал, основанный на знаниях, чем в физический капитал, и темпы роста инвестиций в капитал, основанный на знаниях, неуклонно обгоняют темпы роста инвестиций в физический капитал.

Этот переход, естественно, влечет за собой изменение в фокусе конкурентной борьбы. Конкуренция все в большей степени нацелена на получение конкурентного преимущества, вытекающего из капитала, основанного на знаниях. В конечном счете именно поэтому мы видим растущие темпы инвестиций в капитал, основанный на знаниях. Конкурентное преимущество, предоставляемое капиталом, основанным на знаниях, выражается в виде инноваций, причем инновации все в большей степени понимаются всеобъемлющим образом как охватывающие всю технологическую, проектную, организационную и маркетинговую информацию, используемую для целей коммерциализации новых изделий, услуг или процессов. Инновации являются ключом к экономическому (и, кстати, военному) успеху в современном мире для предприятий, отраслей и стран, и они рассматриваются в качестве такового всеми этими субъектами. Именно поэтому мы видим такой упор, который делается на инновации. В прошлом году газета «Уолл-стрит-джорнел» провела обследование ежеквартальных и ежегодных отчетов, подаваемых в Комиссию по ценным бумагам и биржам, и обнаружила, что слово «инновация» использовалось 33 528 раз в этих докладах за предыдущий год<sup>6</sup>.

ИС фиксирует и защищает конкурентное преимущество, обеспечиваемое инновациями. Это преобразуется в огромную стоимость, хранителем которой является ИС. В исследовании, опубликованном в прошлом году правительством Соединенных Штатов<sup>7</sup>, приводятся оценки, согласно которым в 2010 г. 5,06 трлн. долл. США в виде добавленной стоимости, или 34,8% ВВП США, и 27,1 млн. рабочих мест, либо 18,8% всей занятости, приписывались непосредственно емким с точки зрения ИС отраслям. Осознание этой стоимости, зафиксированной в ИС, также объясняет растущий спрос на права ИС по всему

---

<sup>5</sup> В отношении общего обзора см. публикации, касающиеся двухлетнего проекта ОЭСР в отношении *New Sources of Growth: Knowledge-based Capital*, в частности *New Sources of Growth: Knowledge-Based Capital: Key Analyses and Policy Conclusions - Synthesis report*. (OECD 2013).

<sup>6</sup> *Wall Street Journal*, May 23, 2012.

<sup>7</sup> U.S. Department of Commerce, *Intellectual Property and the U.S. Economy: Industries in Focus* (March 2012) имеется по адресу: [http://www.uspto.gov/news/publications/IP\\_Report\\_March\\_2012.pdf](http://www.uspto.gov/news/publications/IP_Report_March_2012.pdf)

миру. В период с 1995 по 2011 г. количество патентных заявок в мире выросло с 1,05 млн. до 2,14 млн., количество заявок на товарные знаки – с 2 млн. до 4,2 млн. и количество заявок на промышленные образцы – с примерно 245 000 до 775 000.

### *Геополитический переход от Запада к Востоку*

Вторым крупным переходом, объясняющим тот контекст, в котором функционирует ИС, является геополитический переход от Запада к Востоку. Центр экономической тяжести перемещается, а вместе с ним и центр технологической тяжести. Это перемещение происходит с различной скоростью. Естественно, можно спорить о том, как долго будет продолжаться это перемещение, где окажется центр, будет ли вообще центр или какая-то иная геометрическая конфигурация и т.д. Однако неоспоримым фактом является то, что переход, подобного которому не видели на протяжении нескольких сот лет, действительно происходит. Опять же, есть много измерений этого перехода. Здесь я имею в виду переход в производстве знаний и технологии. Позвольте мне привести три показателя этого перехода: один из них касается вводимых в производство знаний факторов, а два других – итоговых результатов.

Научные исследования и опытно-конструкторские разработки (НИОКР) являются одним из главных ресурсов, вводимых в производство знаний. В настоящее время Китай является вторым по величине инвестором в НИОКР в абсолютном выражении во всем мире. Третьим по величине инвестором в абсолютном выражении является Япония. На долю азиатских стран приходилось 24% глобальных НИОКР в 1999 г., но 32% - в 2009 г.<sup>8</sup>

С точки зрения итоговых результатов подъем Азии проявляется в выпуске научных статей; в этом отношении первое десятилетие XXI века отличалось гораздо более высокими темпами научного производства ряда азиатских стран в сравнении с темпами роста в зрелых экономических системах<sup>9</sup>. Как было заявлено в докладе Королевского общества в 2011 году, «таблицы научных рейтингов имеют отношение не только к престижу – они являются барометром способности той или иной страны конкурировать на мировой арене»<sup>10</sup>. Эта картина является еще более четкой в случае технологии, измеряемой числом международных патентных заявок, подаваемых в соответствии с Договором о патентной кооперации (РСТ). В 1994 г. на долю Японии, Китая и Республики

<sup>8</sup> National Science Board, *Science and Engineering Indicators 2012*, 4-5 (Arlington, Virginia : National Science Foundation (NSB 12-01).

<sup>9</sup> На протяжении этого десятилетия темпы роста числа опубликованных научных статей составляли в среднем 1% в США, 1,4% в ЕС и -1,1% в Японии, но в то же время 16,8% в Китае, 10,1% в Республике Корея, 8,2% в Сингапуре, 6,9% в Индии (National Science Board, *op. cit.* 5-33).

<sup>10</sup> Royal Society, *Knowledge Networks and Nations. Scientific Collaboration in the 21st Century* (2011).

Корея приходилось 7,6% всех международных патентных заявок. В 2012 г. на них приходилось 38% - больше чем доли ЕС или США.

### *Расширение прав и возможностей негосударственных субъектов*

Последний переход – это распространение политической власти по всему обществу в результате расширения прав и возможностей, вызванного первоначально Интернетом, а в последнее время – другими видами социальных сетей. Интернет разбил монополию государства на информацию, одну из основ, на которой оно могло претендовать на право вырабатывать политику, и способствовал созданию сетей всевозможных видов – социальных, политических, экономических, культурных, научных и технологических. Короче говоря, он вызвал переход в доступе к информации и знаниям и в способности использовать знания для целей любого рода.

Существует много примеров в политической, экономической и социальной сферах, которые иллюстрируют применение этих вновь обретенных расширенных прав и возможностей. В области ИС последние два года дают ряд важных примеров.

Один из них касается согласованных действий, предпринятых 18 января 2012 г. в знак протеста против принятия определенного законодательства в области ИС в США. Речь идет о законопроекте о прекращении онлайн-пиратства (SOPA) и законопроекте об охране интеллектуальной собственности (PIPA). Эти законопроекты получили поддержку обеих партий в конгрессе, и их принятие, в обычной ситуации, казалось неизбежным. Однако в результате протестов они были отложены. В рамках протестов 115 000 веб-сайтов закрыли доступ ко всему своему контенту или к большей его части. Среди участвовавших веб-сайтов были «Википедия», которая «отключилась», «Гугл», который затемнил свой логотип, «Reddit», «Twitter» и «Tumblr». 162 млн. человек столкнулись с «затемнением» «Википедии». 4,5 млн. человек подписались под онлайн-петицией «Гугл» к 13 ч. 30 м. по стандартному тихоокеанскому времени 18 января. Почти два с половиной миллиона (2,4 млн.) сообщений, касающихся «SOPA», были направлены за первые 16 часов 18 января. Пятью ведущими терминами в системе Twitter в тот день были «SOPA», «Stop SOPA», «PIPA», «Tell Congress» и «#factswithoutwikipedia»<sup>11</sup>. Помимо этого (я не имею в виду, что это в каком-то смысле было частью вышеуказанных согласованных

---

<sup>11</sup> См. Jenna Wortham, “Public Outcry Over Antipiracy Bills Began as Grass-Roots Grumbling”, *New York Times*, January 19, 2012 - <http://www.nytimes.com/2012/01/20/technology/public-outcry-overantipiracy-bills-began-as-grass-roots-grumbling.html?pagewanted=1&ref=technology>; Jenna Wortham, “With Twitter, Blackouts and Demonstrations, Web Flexes Its Muscle”, *New York Times*, January 18, 2012 - <http://www.nytimes.com/2012/01/19/technology/protests-of-antipiracy-bills-uniteweb.html?ref=technology>; and Deborah Netburn, “Wikipedia: SOPA protest led 8 million to look up reps in Congress”, *Los Angeles Times*, January 19, 2012 - <http://latimesblogs.latimes.com/technology/2012/01/wikipedia-sopa-blackout-congressionalrepresentatives.html>.

действий), хакерская группа «Anonymous» заявила, что она вывела из строя веб-сайты ФБР и Министерства юстиции США и несколько сайтов индустрии развлечений в порядке возмездия за антипиратские усилия, прилагаемые как правительством, так и индустрией развлечений. Эта группа заявила, что это было «самым крупным нападением за все время», в рамках которого 5 635 участников были причастны к выведению из строя этих сайтов. Помимо Министерства юстиции и ФБР, по сообщениям, нападениям также подверглись веб-сайты Американской ассоциации звукозаписи, Американской ассоциации кино, «Universal Music» и BMI<sup>12</sup>.

Другими относящимися к области ИС примерами использования силы, данной Интернетом, социальными сетями и компьютерными сетями, являются протесты против Торгового соглашения о борьбе с контрафакцией (АСТА)<sup>13</sup> и реконфигурации компанией «Майкрософт» своей игровой приставки Xbox One<sup>14</sup>.

Три перехода, о которых шла речь выше, происходили на фоне глобализации, т.е. роста свободных, открытых и взаимосвязанных рынков и глобальных производственно-сбытовых цепей, движимого уменьшившимися торговыми барьерами и улучшенными средствами транспорта, телекоммуникации и связи. Есть, разумеется, многочисленные побочные результаты или последствия такого сложного явления, как глобализация. Для нынешних целей к наиболее важным из них относятся глобальная осведомленность и использование потребительских технологий (например, в мире насчитывается 6,8 млрд. подписчиков на мобильную связь), глобальные моды и тенденции и глобализованное потребление культуры и развлечений (по состоянию на 28 июля 2013 года музыкальная видеопрограмма «Gangnam Style» корейского исполнителя Пси была просмотрена более 1,715 млрд. раз на «YouTube», обогнав «Baby» Джастина Бибера в качестве самой популярной видеопрограммы на этом сайте).

Где все это оставляет короля Диармайда и его корову? Как было упомянуто выше, я не считаю, что любые из этих изменений делают недействительными традиционные основы ИС. Но мы должны признать, что задача ИС является гораздо более крупной и более тонченной, чем можно предполагать, судя по любой одной из индивидуальных основ. По моему мнению, речь идет об абсолютно новом образе, которым знания и культура

---

<sup>12</sup> Nbcnews.com - <http://www.nbcnews.com/technology/anonymous-says-it-takes-down-fbi-dojentertainment-sites-117735>.

<sup>13</sup> См., например, «1,5 млн. подписали веб-петицию, призывающую Европейский парламент отвергнуть АСТА» (<http://www.nytimes.com/2012/02/06/technology/06iht-acta06.html>) и «глобальные протесты 11 февраля 2012 г.» (<http://www.ibtimes.com/anti-acta-day-action-february-11-protest-details-where-when-how-join-worldwide-fight-407660>)

производятся, распространяются и поглощаются в экономике, в которой знания являются основой генерирования богатств, и в обществе с глобальными привычками потребления технологии, культуры и развлечений. Такое изложение задачи требует, чтобы мы добавили еще две функции к описанию функций ИС.

#### *ИС как регулятор состязательного поведения*

Первая дополнительная функция ИС заключается в том, чтобы служить механизмом для определения добросовестной конкуренции в отношении ресурсной базы экономики, основанной на знаниях. Поскольку инновации все в большей мере являются полем боя с точки зрения конкурентной борьбы и поскольку ИС фиксируют конкурентное преимущество инноваций, ИС станет, как сказал бывший премьер-министр Китая Вэнь Цзябао, основой конкурентной борьбы в будущем.

Сейчас мы можем видеть правильность этого проникновенного взгляда на уровне как стран, так и предприятий. Все больше и больше стран принимают инновационные стратегии или планы либо недвусмысленно делают способность к инновациям частью своей промышленной или технологической стратегии<sup>15</sup>. Конкуренция изобилует в отношении большинства элементов, из которых строится способность к инновациям, будь то размещение учреждений НИОКР, места в таблицах рейтинга университетов и привлечение людских ресурсов. В США Марк Цукерберг создал в апреле этого года лоббистскую группу FWD.us для выступлений в поддержку реформы иммиграции конкретно с целью привлечения талантов, необходимых для содействия инновациям, посредством, например, упрощения получения вида на жительство для выпускников научных факультетов иностранных учебных заведений и увеличения квот на визы H-1B, которые выдаются временным работникам-специалистам. Квота в 65 000 виз H-1B в этом году была заполнена в США за пять дней. В 2007 г. компания «Майкрософт», по сообщениям, открыла центр по разработке программного обеспечения в Ванкувере, Канада, чтобы сохранить там работников, которых она пока не могла перевести в свою штаб-квартиру в Редмонде. Примерно половина научно-технических и инженерных работников в Кремниевой долине являются иностранцами по своему происхождению по сравнению с одной четвертью в остальной части Соединенных Штатов, согласно данным Бюро статистики труда США<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> John Gaudiosi, "Microsoft Xbox: The damage has been done – Anyone who questions the power of the crowd need only talk to Microsoft", *Fortune Tech - Media Round-Up* June 20, 2013 - <http://tech.fortune.cnn.com/2013/06/20/microsoft-xbox-the-damage-has-been-done/>

<sup>15</sup> См. например, главу 5 публикации Национального научно-исследовательского совета *Rising to the Challenge. U.S. Innovation Policy for the Global Economy* (National Academies Press, 2012).

<sup>16</sup> См. Jessica Leber, "Silicon Valley Fights for Immigrant Talent" *MIT Technology Review*, July 26, 2013.

Более темная сторона межгосударственного соперничества – это шпионаж (который, естественно, является также особенностью конкурентной борьбы между предприятиями). Интенсивность риторики по этому вопросу стремительно растет в последнее время. Генерал Кит Александер, директор Агентства национальной безопасности и начальник Кибернетического командования США, назвал потерю промышленной информации и интеллектуальной собственности вследствие кибершпионажа «самой большой передачей богатств за всю историю»<sup>17</sup>. Комиссия по вопросам кражи американской интеллектуальной собственности сообщила, что «масштабы международной кражи американской интеллектуальной собственности... являются беспрецедентными, составляя сотни миллиардов долларов в год, что примерно равно объему экспорта США в Азию»<sup>18</sup>. Первая рекомендация Комиссии состояла в том, чтобы «назначить советника по вопросам национальной безопасности в качестве главного политического координатора всех действий по охране американской ИС».

В предпринимательском секторе ИС также находится в центре конкурентной борьбы. Как и в случае конкуренции между государствами, у этой конкуренции есть своя мягкая сторона и своя жесткая сторона. Мягкая сторона усматривается в более активных усилиях, прилагаемых всеми фирмами для того, чтобы проявлять инновационный дух на всех этапах разработки, проектирования, выпуска и сбыта изделий и услуг и охранять посредством ИС то преимущество, которое дает их инновационная деятельность. Жесткая сторона очень рельефно видна в патентных войнах вокруг смартфона. Вот отрасль, в которой все поставлено на карту инноваций. Компании создают патентные арсеналы для того, что занять место за столом. Среди самых заметных приобретений патентных портфелей за последние три года было приобретение так называемой «Rockstar Group» (включая «Эппл», «Майкрософт», «Research in Motion» и «Сони») портфеля из 6 000 патентов компании «Nortel Networks» на сумму 4,5 млрд. долл. США; приобретение «Гугл» компании «Моторола мобилити», по сообщениям из-за ее портфеля в объеме 17 000 патентов на сумму 12,5 млрд. долл. США; продажа компанией «Кодак» своего портфеля цифрового изображения консорциуму из 12 лицензиатов на сумму 525 млн. долл. США; продажа «Майкрософт» 650 патентов сети «Фейсбук» на сумму 550 млн. долл. США; и приобретение «Хьюлетт-Паккард» 1 500 патентов на мобильные технологии от компании «Palm, Inc.» на сумму 1,2 млрд. долл. США. Есть много объяснений такого поведения. Для нынешних

---

<sup>17</sup> Josh Rogin, "NSA Chief: Cybercrime constitutes the 'greatest transfer of wealth in history'" *Foreign Policy* The Cable July 9, 2012.

<sup>18</sup> National Bureau of Asian Research, *Report of the Commission on the Theft of American Intellectual Property* May 2013. Иное мнение заключается в том, что "погрешность округления составляет порядка 15 трлн. долл.", см. John Reed, "The Cost of Cyber Espionage: 'A Rounding Error'" *FP National Security* March 25, 2013, и Center for Strategic and International Studies, *The Economic Impact of Cybercrime and Cyber Espionage* July 2013.

целей я отмечаю лишь то, что фокус конкурентной борьбы заостряется на ИС и что эта борьба часто приобретает форму судебной тяжбы<sup>19</sup>.

В судебных тяжбах в рядах противоборствующих сторон появился террорист, который наносит неизбирательный побочный ущерб. Это – патентный провокатор, которого на более вежливом языке называют субъектом по защите патентов (или непрактикующим субъектом)<sup>20</sup>. Проблема, однако, заключается в том, что никто не знает, как определить это явление и сказать, где заканчивается законная эволюция технологических рынков с их широким и растущим диапазоном полезных посредников и где начинается нежелательное поведение, которое ставит инновации под угрозу. Но нам точно известно то, что субъектов по защите патентов объединяет общий интерес к праву исключения, предоставляемому патентом, а не к основообразующим знаниям. Мы также знаем, что количество таких субъектов на рынке растет. Субъекты по защите патентов возбудили 61% новых патентных споров в США в 2012 г. Иначе это можно выразить как 3 054 дела о нарушении патентов, возбужденных против 4 351 защитника<sup>21</sup>. Сейчас в США стали проявляться некоторые политические отклики после опубликования Исполнительной канцелярией президента США доклада под названием «Защита патентов и инновации в США».

#### *ИС как механизм поиска баланса между конкурирующими интересами*

Сейчас я обращаюсь ко второй дополнительной задаче ИС. Это – функция централизованности знаний, творческих произведений и развлечений в нашей экономике и в нашем обществе и комплексности интересов, связанных с такой централизованностью. Когда король Диармайд рассматривал поставленный перед ним вопрос, все обстояло относительно просто: два спорщика и выпущенная вручную библия. Последствия его решения были ограниченными. Верно то, что в определенном смысле они затронули весь монашеский класс, который был грамотным классом, ответственным за выпуск большей части литературы. Однако читательские круги в обществе, которое в своем большинстве было в то время неграмотным, были небольшими, и воздействие этого решения носило локальный характер.

---

<sup>19</sup> Ежегодное количество патентных исков, подаваемых в США, увеличивается в целом среднегеометрическими годовыми темпами в 6,4% с 1991 г. (количество поданных патентных заявок увеличивается соразмерным образом). См. PwC, 2012 Patent Litigation Study.

<sup>20</sup> Этот менее подходящий термин, поскольку университеты обычно являются непрактикующими субъектами.

<sup>21</sup> RPX, 2012 NPE Activity Report

<http://www.rpxcorp.com/siteFiles/SiteManager/0BF995E82CFF591EE80EFE8AC69259E7.pdf>

Сравните это с сегодняшним решением о законности сделки между издателями и компанией «Гугл» в отношении планов «Гугл» оцифровать все книги в мире<sup>22</sup> или решением о патентоспособности генетической информации<sup>23</sup>. Налицо комплексность, порождаемая взаимосвязанностью обществ и экономических систем; транспарентностью, безотлагательностью и универсальностью, которые Интернет и технология привнесли в средства массовой информации и коммуникации; и центральным положением знаний в экономике, которое вынуждает нас по-иному относиться к ИС. Эта комплексность требует, чтобы ИС выполняла также функцию поиска точки равновесия между многочисленными и весьма разнообразными интересами, которые окружают акты, связанные с инновациями и творчеством.

Эти интересы включают интересы индивидуального новатора или создателя в сравнении с интересами общества в плане применения инноваций или пользования опытом созидания, интересы производителя в сравнении с интересами потребителя, интересы стимулирования инвестиций в производство новых знаний в сравнении с интересами совместного использования социальных благ от новых знаний. Поиск баланса должен осуществляться в отношении интересов всех лиц, предприятий, учреждений, правительств и широких слоев общественности или гражданского общества, которые объединяются и требуют для себя доли в инновациях или созидании. В этом мире, в котором все эти интересы могут выражаться и распространяться мгновенно по всему миру благодаря незамедлительности Интернета или социальных сетей, становится все в большей мере анахронизмом рассматривать ИС как отстаивающую только один набор интересов. Она представляет собой средство для примирения всех этих разнообразных интересов, и именно это мы наблюдаем в форме активных публичных прений вокруг ИС.

В определенном смысле ИС всегда играла эту роль<sup>24</sup>. Патентная система задумана в качестве своего рода сделки между изобретателем и обществом: общество соблазняет изобретателя, дабы он раскрыл новое изобретение в ответ на исключительные права на коммерческое использование в течение ограниченного времени, после чего изобретение попадает в сферу общественного достояния и становится пригодным для использования

---

<sup>22</sup> *Authors Guild v Google*, No: 05 CV 8881, жалоба, поданная 20 сентября 2005 г., коллективный иск; и *McGraw-Hill et al v Google*, No: 05 CV 8136, жалоба, поданная 19 октября 2005 г., гражданский иск, возбужденный пятью крупными издателями и Ассоциацией американских издателей.

<sup>23</sup> См. например, *Association for Molecular Pathology v Myriad Genetics Inc*, 569 US \_\_ (2013) (June 13, 2013); *Cancer Voices Australia v Myriad Genetics* [2013] FCA 65 (February 15, 2013).

<sup>24</sup> Противостояние интересов и имплицитная необходимость их примирения признается в двух пунктах статьи 27 Всеобщей декларации прав человека:

«1. Каждый человек имеет право свободно участвовать в культурной жизни общества, наслаждаться искусством, участвовать в научном прогрессе и пользоваться его благами.  
2. Каждый человек имеет право на защиту его моральных и материальных интересов, являющихся результатом научных, литературных или художественных трудов, автором которых он является».

всеми. Однако новые условия требуют, чтобы примирение интересов было гораздо более явным и рассматривалось в отношении целого круга вопросов и деталей на гораздо более гранулированном уровне, чем уровень самой системы.

### *ИС как механизм финансирования*

Меня подбивает добавить третью новую роль для ИС, однако я полагаю, что это скорее новое использование ИС, чем программное заявление. Оно возникает вследствие усилившегося признания и возросшей ценности нематериальных активов в экономике. Возросшая ценность нематериальных активов служит средством эффективного использования или гарантирования деятельности и в материальной экономике, которая ранее была невозможной или, по меньшей мере, не практиковалась. Позвольте мне в качестве примера привести спорт. ИС фиксирует коммерческую ценность спорта посредством механизмов зрелища и изображения либо репутации.

Без зрелища нет никаких средств привлечь чье-либо внимание. Зрелище определяет опыт потребителя. Однако зрелище приобретает денежное выражение уже не посредством продажи билетов. Они могут быть важны, однако, пожалуй, они более важны для создания правильной атмосферы, чем для генерирования денежной прибыли. Реальное денежное выражение зрелища обеспечивается посредством вещания, а ценность вещательной программы зависит от способности контролировать доступ к ней, и в этой связи ИС играет роль привратника. Так, мы видим, что 60% доходов Международного олимпийского комитета поступает за счет прав вещания, которые позволяют максимально охватить глобальную аудиторию, и рекламной мощи, которая образуется благодаря такой аудитории. В отношении Пекинской олимпиады, по оценкам, вещательные организации заплатили 1,7 млрд. долл. США за исключительные права на вещание.

Помимо зрелища, есть еще изображение и репутация, которые фиксируются по ассоциации с брендами, которые, в свою очередь, охраняются законодательством по товарным знакам. Спортивные команды в настоящее время являются умелыми переносчиками рекламных счетов, которые также выполняют некоторую вспомогательную форму спортивной функции. Они покрыты знаками, а доходы за счет ассоциации с этими знаками обычно являются вторым по величине источником спортивных доходов после вещательных прав. Роджер Федерер получил 77 млн. долл. США в виде призовых денег. Однако в основном его доходы поступают за счет спонсорства и рекламной поддержки. В прошлом году он подписал пятилетнюю сделку с компанией «Моэт э Шандон» на 30 млн. долл. США. Согласно сообщениям, он также заключил сделки с компаниями «Ролекс»,

«Мерседес-Бенц», «Найк», «Уилсон», «Линдт шоколят», «Жюра», «Жилет Проктор энд Гэмбл», «Креди Сюис» и «НетДжетс».

Приведенный мною в качестве примера анализ положения в спорте можно в равной мере применять к большинству видов зрелищ, включая музыкальные или театральные представления либо музейные выставки. Смысл заключается в том, что ИС служит средством для финансирования всех этих спортивных и культурных манифестаций в рамках материальной экономики.

Попытавшись описать новую роль ИС, я хотел бы перейти к двум последним наборам соображений: каковы доминирующие темы и вопросы, которые будут занимать нас в новом мире ИС, и как этот новый контекст сказывается на процессе выработки политики в области ИС?

#### *Некоторые доминирующие темы и вопросы*

Я считаю, что есть три вопроса, которые скорее всего будут занимать нас в новом контексте ИС. Первый из них я назову «правомочие». Он имеет отношение к функции ИС в качестве регулятора конкурентного поведения, о котором я говорил выше. Вторым и третьим вопросами касаются функции ИС в качестве хранителя социального и экономического равновесия в отношении многообразия интересов, окружающих инновации или созидание. Я назову их «пригодность» и «доступ». Каждый из этих вопросов заслуживает гораздо более широкого обсуждения, чем то, которое я могу провести здесь. Я ограничусь наброском некоторых основных моментов, чтобы дать представление о том, почему, на мой взгляд, они являются или будут доминирующими вопросами в новом мире ИС.

«Правомочие» представляют собой многовековой вопрос. Это вопрос о праве собственности на иллюстрации Финниана или праве контролировать их. Это вопрос о том, кто изобрел или создал что-то первым, каковы границы между законным вдохновением от литературного произведения или замысла кого-то другого, с одной стороны, и незаконной имитацией или рабским подражанием, с другой, и этот вопрос всегда будоражил мир ИС. Однако он, скорее всего, будет еще более взбудораженным по трем причинам.

Первая причина касается возросшей ценности, о которой идет сейчас речь вследствие взлета экономики, основанной на знаниях.

Вторая причина – это усиление значения шпионажа и незаконного присвоения коммерческих тайн и конфиденциальной информации. Технология создала возможности для шпионажа на широкой основе, так, как это было невозможно ранее. Это явление

совпало с ростом ценности нематериальных активов, которые являются целью шпионажа. В то же время сейчас обычным явлением стало перемещение квалифицированного персонала из одного предприятия в другое на международном уровне. Это не является формой шпионажа, но это создает потенциальную уязвимость для активов предприятий в виде знаний<sup>25</sup>.

Эти изменения подчеркивают важность этой отрасли ИС, т.е. охраны конфиденциальной информации или коммерческих тайн. Такая охрана во всем мире находится в плохом состоянии. Отмечается очень мало единообразия в подходе, причем традиции общего права и гражданского права совершенно по-разному трактуют этот вопрос с юридической точки зрения. Есть мало многосторонних положений; можно упомянуть те из них, которые зафиксированы в Парижской конвенции об охране промышленной собственности<sup>26</sup> и Соглашении по ТРИПС<sup>27</sup>. Это – область, которая крайне нуждается во внимании. Однако будет непросто уделить ей многостороннее внимание. Очень трудно пропагандировать тайну в век транспарентности. Даже если это абсолютно поверхностный взгляд на данный вопрос, это – незамедлительная реакция, которую можно ожидать, и нужно будет проявлять крайнюю осторожность, закладывая основу для международных действий.

Третья причина, по которой можно ожидать большего возбуждения вокруг вопроса о правомочии, заключается в подспудно растущей напряженности между конкуренцией и взаимодействием. Я обрисовал причины, по которым конкуренция усиливается в области инноваций и ИС. В то же время открытые инновации становятся все более важным способом поведения в области инноваций. Открытые инновации могут означать множество вещей, однако в широком плане они характеризуют тенденцию той или иной фирмы к выходу за свои пределы и налаживанию партнерских связей и отношений сотрудничества для удовлетворения ее потребностей в инновациях вместо того, чтобы полагаться исключительно на внутренние процессы генерирования инноваций. Как уже было сказано, преимущества взаимодействия усиливаются<sup>28</sup>. Эта напряженность между конкуренцией и взаимодействием станет определяющим вопросом в предстоящие десятилетия, и ИС будет средством смягчения этой напряженности. Вот почему Самуэль Пальмизано, бывший

---

<sup>25</sup> Газета «Шанхай дэйли» сообщила 3 августа 2013 г.: «Вчера шанхайский суд издал первый в Китае запрет на распространение коммерческой тайны, что является крупным шагом вперед в охране прав интеллектуальной собственности согласно китайскому законодательству. Шанхайский промежуточный народный суд № 1 запретил бывшему служащему американской фармацевтической компании «Эли Лилли и компани» использовать и распространять коммерческие тайны». См. [http://www.china.org.cn/china/2013-08/03/content\\_29613779.htm](http://www.china.org.cn/china/2013-08/03/content_29613779.htm)

<sup>26</sup> Статья 10*bis* и статья 10*ter*.

<sup>27</sup> Статья 39.

<sup>28</sup> Ellen Enkel, Oliver Gassmann and Henry Chesbrough, “Open R&D and Open innovation:

президент и главный исполнительный директор IBM, сказал, что «интеллектуальная собственность станет одним из ключевых геополитических вопросов XXI века»<sup>29</sup>.

Вторая группа вопросов и проблем будет вращаться вокруг «пригодности», что, разумеется, не является каким-то определенным словом. Я использую его для того, чтобы описать две вещи: должно ли что-то быть объектом права ИС и может ли что-то быть объектом права ИС.

Должно ли что-то быть объектом права ИС ставит вопрос о том, что может быть изъято из обращения и перемещено в сферу частной собственности. Теоретически, эта позиция ясна. ИС касается только нового, оригинального и отличительного. Она охраняет лишь то, чего раньше не было, и поэтому она не означает какого-либо изъятия из сферы общественного достояния. Однако на практике эта позиция не ясна. Границу между наукой и техникой либо открытием и изобретением все более трудно проводить, особенно для юристов, о чем свидетельствует то внимание, которое было недавно уделено в парламентских и судебных кругах патентованию генов<sup>30</sup>. Вопрос о том, что следует обращать в собственность, не сводится к научным достижениям. Он в равной степени возникает и в отношении присвоения слов, знаков и символов посредством законодательства по товарным знакам. Должны ли, например, цвета быть исключительной собственностью одного предприятия?

Крупная проблема для ИС в этом отношении будет заключаться в том, чтобы не утратить контакта с широкими слоями общественности. Как было упомянуто выше, есть ряд причин для возросшего социального внимания, уделяемого ИС. Если в сфере ИС, будь то через посредство законодательных или судебных органов, принимаются решения о

---

Exploring the Phenomenon”(2009) 39 *R&D Management* 4.

<sup>29</sup> Samuel J. Palmisano, “The Globally Integrated Enterprise” 2006 *Foreign Affairs*. Дальше говорится следующее: «К счастью, некоторые многообещающие новые подходы сейчас опробуются. Центр внимания уже стал перемещаться с охраны интеллектуальной собственности, которая требует ограниченного использования, к максимальному увеличению интеллектуального капитала, основанного на совместной собственности, инвестициях и капитализации».

<sup>30</sup> См., например,

IP Australia, Australian Government, *Patentable Subject Matter, Consultation on an Objects Clause and an Exclusion from Patentability* (July 2013);

Centre for International Economics, *Economic Analysis of the Impact of Isolated Human Gene Patents: Final Report* (May 2013)

Australian Government, *Response to Senate Community Affairs References Committee Gene Patents Report* (November 2011);

Advisory Council on Intellectual Property, Australian Government, *Patentable Subject Matter, Final Report* (December 2010);

Senate Standing Committee on Community Affairs, Parliament of Australia, *Inquiry into Gene Patents* (2010);

Australian Law Reform Commission, *Genes and Ingenuity: Gene Patenting and Human Health*, Report No 99 (2004);

*Association for Molecular Pathology v Myriad Genetics Inc.*, 569 US \_ (2013) (June 13, 2013);

*Cancer Voices Australia v Myriad Genetics* [2013] FCA 65 (February 15, 2013).

пригодности, которые не согласуются с чувствами широких слоев общественности, ИС утратит социальное доверие, на котором базируется вся добрая репутация.

Может ли что-то быть обращено в собственность – это совершенно иной вопрос, который возникает в силу появления технологий совершенной и эффективной имитации, в особенности таких, как науки о жизни и цифровая технология. Проблема, возникшая в этом отношении, заключается в разрыве между стоимостью производства, с одной стороны, и стоимостью воспроизведения, с другой. В случае нового фармацевтического препарата стоимость производства оценивается отраслью в районе миллиарда долларов и связана с несколькими годами работы. Однако, когда такой препарат разработан и информация о нем раскрыта, он может быть воспроизведен компетентным выпускником высшего учебного заведения за три месяца при относительно небольших затратах. Выпуск нового художественного фильма может занять пару лет, потребовать усилий нескольких сот человек и обойтись в несколько сотен миллионов долларов. Однако когда он выпущен, он может быть воспроизведен с абсолютной точностью за несколько секунд и почти с нулевыми затратами. Эти изменения представляют собой крупные проблемы для ИС и, опять же, требуют гораздо более глубокого анализа, чем тот, который я могу провести здесь.

Третий вопрос, который будет занимать наше внимание в новой обстановке, касается доступа. Как было упомянуто выше, функция ИС заключается в предоставлении доступа к пригодному для продажи товару. Хотя это расширяет возможности технологических рынков, это также порождает социальную напряженность вокруг стоимости доступа и вокруг отсутствия доступа. Мы видели, как исчезала такая напряженность в отношении доступа к лекарственным препаратам и биомедицинским технологиям, контенту Интернета и технологиям, связанным с изменением климата, хотя последняя область касается в большей степени теоретических прений, чем полномасштабного политического столкновения, привлечшего к себе внимание общественности.

Вряд ли напряженность вокруг доступа будет уменьшаться. Для директивных органов проблема будет состоять в попытке организовать просвещенные и разумные публичные прения. Для корпораций проблема будет заключаться в балансировании своей конкурентоспособности и получения финансовой отдачи от инвестиций, с одной стороны, с управлением потенциально враждебной реакцией общественности, с другой. Здесь, разумеется, налицо парадокс. Никто, как представляется, не возражает против того, чтобы кто-то заработал миллиарды на новых социальных сетях или технологии СМИ, но вместе с тем наблюдается широкое социальное недовольство, когда кто-то делает миллиарды на

новом, спасающем жизнь человеку лекарстве. Какого результата мы хотим добиться в инновационной системе?

### *Выработка политики в новых условиях*

Подобно новому контексту для ИС, условия для выработки политики в области ИС существенно изменились за последние два десятилетия. Проблема, стоящая перед директивными органами, заключается в выработке ответов с такой же скоростью, с какой темпы технологических изменений порождают вопросы. Существуют весьма активные политические программы действий в области ИС по всему миру и на всех уровнях – национальном, двустороннем, плюрилатеральном, региональном и многостороннем. Как все они совмещаются?

Было бы прекрасно сказать, что есть какой-то великий замысел. К сожалению, я полагаю, что реальность является более оппортунистической. Мы перешли от многостороннего мира к многоскоростному миру. Учитывая ее конкурентную значимость для развитых стран, в частности, и учитывая то социальное внимание, которое уделяется таким вопросам, как пригодность и доступ, ИС добиваются на каждой имеющейся арене все те, кто считает, что они заинтересованы в ней, а это означает правительства, промышленность, исследовательские круги и все другие заинтересованные негосударственные субъекты. В таком оппортунизме существуют риски, и я укажу на три из них.

Первый – это поддержание политической согласованности в столь многочисленных пересекающихся процессах. В идеале один уровень должен совмещаться с другим, как русские матрешки (т.е., предположительно, многосторонний уровень должен быть самой большой матрешкой, но не потому, что он является самым важным, а потому, что все другие должны соответствовать ему). На практике же происходит то, что в любой конкретный момент времени на многочисленных уровнях происходит множество процессов. Здесь возникает риск того, что обсуждения в рамках одного процесса (например, такого плюрилатерального процесса, как переговоры о Транс-Тихоокеанском партнерстве) будут задерживать обсуждения на другом уровне (например, многостороннем), поскольку вопрос не готов для решения в первом процессе, в то время как в рамках второго процесса работа над ним уже подходит к завершению<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Еще один пример, на этот раз односторонней меры, которая якобы оказывает воздействие на многосторонние и другие внешние программы действий, можно найти в James Politi and Richard Waters, "Apple Import Veto Risks Undermining Patent Protection Push", *Financial Times* August 4, 2013.

Второй риск также вытекает из сложности управления политическими процессами, происходящими на многочисленных уровнях и связанными со столь многообразными интересами. Это риск невыполнения, а его следствием является то, что политика вырабатывается по умолчанию посредством действий частного сектора и что судам предлагается выносить решения, которые законодательный орган не смог выработать. Наилучшим примером этого является судебный спор в отношении сделки между компанией «Гугл» и издательствами, когда частный судебный иск в суде Южного округа Нью-Йорка стал форумом для выработки международной политики, причем такие суверенные государства, как Франция и Германия, подали возражения в стремлении сохранить то, что, по их мнению, отвечает интересам выработанных на международном уровне принципов<sup>32</sup>.

Заключительный риск состоит в том, что потенциал политического реагирования не соответствует масштабам проблемы. Мы видим, как это происходит в многосторонних делах в более общем плане. Потенциал международного сообщества по достижению договоренности является ограниченным, в то время как проблемы и трудности, стоящие перед миром, увеличиваются в размерах с каждым днем, причем большинство из них, такие как те, которые вытекают из перемещения людей, товаров, оружия, микробов, загрязнения или культурного контента, требует международного сотрудничества для обеспечения адекватного политического реагирования.

В ВОИС в последние два года государства-члены воспротивились этой тенденции, заключив два новых договора: во-первых, Пекинский договор<sup>33</sup>, направленный на включение исполнителей и аудиовизуальных исполнений в международно-правовые рамки авторского права, и, во-вторых, Марракешский договор<sup>34</sup>, направленный на улучшение доступа слепых, лиц с нарушениями зрения или иными ограниченными способностями воспринимать печатную информацию к опубликованным произведениям. Я полагаю, что такая договоренность стала возможной в отношении этих двух договоров по ряду причин<sup>35</sup>, однако главная причина состоит в том, что они касаются конкретных и технических проблем, которые были обсуждены по существу, без установления каких-либо взаимосвязей с интересами в рамках более широких программ действий в области ИС или многосторонних повесток дня. Новые договоры представляют собой весьма отрядные победы для

---

<sup>32</sup> *Authors Guild v Google*, No: 05 CV 8881, жалоба, поданная 20 сентября 2005 г., коллективный иск; и *McGraw-Hill et al v Google*, No: 05 CV 8136, жалоба, поданная 19 октября 2005 г., гражданский иск, возбужденный пятью крупными издателями и Ассоциацией американских издателей.

<sup>33</sup> Пекинский договор по аудиовизуальным исполнениям.

<sup>34</sup> Марракешский договор для содействия доступу слепых и лиц с нарушением зрения или иными ограниченными способностями воспринимать печатную информацию к опубликованным произведениям.

<sup>35</sup> Анализ этих причин см. мое заключительное выступление на Марракешской дипломатической конференции, имеющееся по адресу: [http://www.wipo.int/aboutwipo/en/dgo/speeches/dg\\_dc2013\\_closing.html](http://www.wipo.int/aboutwipo/en/dgo/speeches/dg_dc2013_closing.html).

исполнителей, лиц с нарушениями зрения, ИС, ВОИС и многосторонности. Однако они также демонстрируют, что путь ведущий к адаптации политики в области ИС к новым условиям, является долгим и состоящим из множества конкретных технических решений. Однако подсознательно мы знаем, что мир движется вперед очень быстро и на этом пути создает крупные проблемы, для решения которых мы должны будем объединить все наши силы.

Позвольте мне высказать мысль, на которой я хотел бы расстаться с вами. Если бы вы были в XVIII веке или в начале XIX века, то тогда новые богатства создавались – новыми путями и в довольно больших масштабах – за счет физического капитала и процесса индустриализации. Индустриализация породила великие идеологические прения и расколы, которые определили мир на последующие 200 лет – капитализм, марксизм, коммунизм, социализм, – и все они сконцентрированы на собственности, контроле над собственностью и ее использовании государством и гражданами. Сейчас, в начале XXI века, создаются новые богатства, новыми путями и в довольно больших масштабах, за счет интеллектуального капитала и виртуализации. Именно это мы видим в том, что я вкратце обрисовал – контуры новых идеологических линий фронта, которые будут формировать наш мир в обозримом будущем.