

А.Б. Омарова

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ  
ПРОБЛЕМЫ  
ИНСТИТУТА КОММЕРЧЕСКОЙ ТАЙНЫ  
В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН

А л м а т ы 2 0 0 3

ББК 67.99 (2к)  
О 62

*Рекомендовано к изданию Ученым советом  
юридического факультета и РИСО КазНУ им. аль-Фараби*

*Р е ц е н з е н т ы:*

академик НАН РК, доктор юридических наук, профессор **М.К. Сулейменов**;  
кандидат юридических наук, доцент **И.В. Амирханова**

**Омарова А.Б.**

О 62 Гражданско-правовые проблемы института коммерческой тайны в Республике Казахстан: Учебное пособие. – Алматы: Казак университеті, 2003. – 150 с.

**ISBN 9965-12-644-5**

Настоящее учебное пособие посвящено исследованию гражданско-правовых проблем института коммерческой тайны. В работе освещена история возникновения коммерческой тайны в праве, рассматриваются вопросы определения правовой природы коммерческой тайны, особенности защиты коммерчески ценной информации в режиме коммерческой тайны. Исследуются общие положения определения права на нераскрытую информацию как субъективного права, места норм о коммерческой тайне в системе права, проблемы гражданско-правовой ответственности за нарушение коммерческой тайны, а также затрагиваются вопросы соотношения коммерческой тайны и традиционных способов защиты интеллектуальной собственности.

Учебное пособие предназначено для широкого круга читателей, научных работников, преподавателей, студентов, магистрантов, аспирантов юридических факультетов высших учебных заведений, а также для всех, интересующихся вопросами защиты информации в режиме коммерческой тайны.

О  $\frac{1203020100-262}{460(05)-03}$  348-03

**ББК 67.99 (2к)**

**ISBN 9965-12-644-5**

© Омарова А.Б., 2003.  
© КазНУ им. аль-Фараби, 2003.

## ВВЕДЕНИЕ

В условиях проведения рыночных преобразований и формирования национальной правовой системы, происходящих существенных изменений в осознании правовой действительности, приобретают большое значение исследования правовых явлений в достаточной мере не подвергавшихся изучению. К числу таковых относится, в частности, коммерческая тайна.

Кроме того, современный период характеризуется повышением роли информационного фактора в рыночных преобразованиях нашего общества. В связи с этим встал вопрос об обеспечении формирования единого информационного пространства в нашей Республике, которое понимается как совокупность информационных ресурсов, используемых гражданами и организациями в информационной среде для удовлетворения своих информационных потребностей /1/. Одной из задач формирования информационного пространства является обеспечение конституционных гарантий прав граждан на информационные ресурсы.

При этом самостоятельное значение имеет конституционное право на информацию (свобода информации) и субъективное право на информацию. Среди правовых гарантий субъективного права на информацию существенная роль отводится праву на коммерческую тайну. Вследствие этого исследование коммерческой тайны имеет значение для решения проблемы сохранения баланса между обеспечением конституционных прав и гражданских прав на информацию. В частности, речь идёт о сохранении баланса между обеспечением свободы информации и законных интересов участников товарного оборота, затрачивающих время, силы и средства на получение, разработку и внедрение информации в производство.

Коммерческая тайна является одним из неотъемлемых атрибутов рынка. Как писал В. Розенберг, «она вытекает из сущности строя, основанного на свободе конкуренции как на соревновании сил, способностей и труда каждого конкурента, но не на использовании работы соперника» /2/. Коммерческая тайна является одним из факторов, определяющих конкурентоспособность, обеспечивающих развитие предпринимательства, создающих условия для успешного применения результатов интеллектуальной деятельности в предпринимательской деятельности. Её значимость для предпринимателя определяется тем, что разглашение информации может причинить значительные убытки, то есть безоглядная открытость всего, что не является государственной тайной, в новых условиях представляет экономическую опасность для предпринимателя. В этой связи поднимается вопрос об обеспечении сохранности коммерчески ценной (коммерческой) информации. Такого рода информация не всегда может быть защищена с помощью традиционных способов правовой охраны, и не всегда нуждается в такой защите.

Условия добросовестной конкуренции запрещают вторжение недозволенными методами в область чужой коммерческой информации. Однако, одни только правила добросовестной конкуренции ещё не гарантируют защиту интересов от конкурентов. Поэтому участники хозяйственного оборота с необходимостью обращаются к защите собственной информации, обладание которой полезно для успешного осуществления предпринимательской деятельности путём установления режима коммерческой тайны. Отсутствие соответствующих правовых основ коммерческой тайны может привести к проявлению недобросовестной конкуренции в ещё более широких масштабах.

Исследование института коммерческой тайны актуально, поскольку он «реабилитирован» новым Гражданским кодексом Республики Казахстан и некоторыми другими законодательными актами. Советское право не имело в составе теории коммерческой тайны. В период советской власти долгие годы существовал лишь институт государственной тайны. С началом строительства социализма коммерческая тайна была объявлена вне закона. Послереволюционное развитие она получила за рубежом.

Законодательная легализация коммерческой тайны как института гражданского права обуславливает необходимость соответствующей доктринальной разработки коммерческой тайны для эффективной реализации существующих норм о коммерческой тайны в юридической практике, их логического включения и функционирования в правовой системе, их дальнейшего развития и совершенствования.

Функционирование института коммерческой тайны в системе национального гражданского права важно, поскольку он имеет широкое применение в мире бизнеса. При этом необходимо отметить, что для экономической политики развитых стран характерно сплочение государственных и негосударственных структур для обеспечения соответствующей защиты интересов своих предпринимателей на мировых рынках.

Несмотря на то обстоятельство, что в Казахстане наработан определённый опыт применения коммерческой тайны в хозяйственной деятельности, данный институт до сих пор не был объектом научно-теоретического исследования. Практически нет фундаментальных исследований, посвящённых изучению гражданско-правовых проблем института коммерческой тайны, развитию и совершенствованию законодательства о коммерческой тайне.

Объясняется это тем, что коммерческая тайна является относительно новым правовым явлением для нашего общества и опыт её применения только приобретает. Несмотря на достаточно продолжительное существование института коммерческой тайны в Республике Казахстан, это явление на сегодняшний день недостаточно урегулировано законодательством.

Научные разработки, посвященные правовому режиму предпринимательства, касаются лишь отдельных аспектов или особенностей коммерческой тайны, то есть применительно к самой коммерческой тайне носят фрагментарный характер. Изучение коммерческой тайны, как правило, ограничивается указанными в законе признаками, рассматривается либо в историческом аспекте, либо в контексте обоснования её социальной значимости, а также в контексте организации защиты информации. Нет теоретического осмысления юридических вопросов, которые возникают по поводу применения института коммерческой тайны.

Коммерческая тайна специфичный, своеобразный институт и при исследовании он обязывает к неременному учёту своих особенностей. Гражданское законодательство выделяет коммерческую тайну как один из объектов гражданских прав. Тогда как в современных условиях всесторонней поддержки развития предпринимательства, становления практики добросовестной конкуренции, на наш взгляд, приобретают особую актуальность проблемы коммерческой тайны не как объекта гражданских прав, а скорее как способа защиты нераскрытой коммерческой информации, формы охраны интеллектуальной собственности, как способа защиты прав предпринимателей. Это требует соответствующей теоретической разработки.

В работе автор, не претендуя на окончательное решение широкого круга проблем, касающихся коммерческой тайны, рассмотрел теоретические аспекты вопросов определения правовой природы коммерческой тайны, права на нераскрытую коммерческую информацию и его содержания, вопроса об отраслевой принадлежности института коммерческой тайны, некоторые проблемы гражданско-правовой ответственности за нарушение коммерческой тайны.

## Глава 1

### Правовая природа коммерческой тайны

#### 1.1 История возникновения коммерческой тайны в праве

Для того чтобы иметь ясное представление о таком правовом явлении как коммерческая тайна, необходимо обратиться к историческому аспекту вопроса и кратко проанализировать его.

Сразу отметим, что современная отечественная наука и законодательство широко используют категорию «коммерческая тайна». Между тем в процессе своего возникновения и развития коммерческая тайна не имела чёткого и устоявшегося наименования. До сих пор используются различные варианты названия в литературе и в законодательстве разных стран. Наиболее часто употребляются названия «секреты промысла», «промысловые тайны», «секреты производства», «ремесленные тайны», «коммерческие секреты», «фирменные секреты», «торговые секреты», «промышленная тайна», «ноу-хау» и другие. Как справедливо отмечают авторы, все они охватываются понятием коммерческая тайна, но при этом каждый из них имеет присущий лишь ему оттенок и применяется обычно в достаточно определённой ситуации /3, С. 624/.

Институт коммерческой тайны имеет давнюю историю, но в точности определить момент появления коммерческой тайны в обществе невозможно. Сама по себе коммерческая тайна – явление не новое для права. Как отмечают авторы, ещё в средние века именно тайна была практически единственным средством охраны интересов лиц, имеющих информацию, приносящую им какую-либо выгоду, преимущество. Тогда этот способ защиты информации часто был достаточным /4/.

Великие мастера своего дела (врачи, виноделы, кузнецы, сапожники, художники) издавна сохраняли секреты своего производства (ремесла). Торговцы хранили ценные для них сведения о сделках, о своих клиентах, приёмах торговли в разных странах. Конфиденциальность сведений обеспечивалась ими так, что некоторые из них по сей день остаются тайной.

Однако отношения по поводу сохранения информации, приносящей выгоду, не были предметом правового регулирования до тех пор пока не началась эпоха промышленного капитализма.

«В средневековом производстве секреты ремесла основывались на эмпирическом опыте. Их эмпирическая природа исключала быстрые изменения, и она же, не отделяя рецептуру технологических процессов от личной практики и длительного ремесленного, полностью эмпирического обучения, способствовала сохранению ремесленной тайны» /4, С. 34/.

В период промышленного капитализма быстрые темпы развития производства приводили к достаточно быстрому появлению новой технологически и экономически ценной информации. Экономический эффект был связан именно с новизной. Появляется необходимость в охране именно новизны, а не только конфиденциальности сведений /5; 4/. Исторически, для защиты неизвестной новой, экономически ценной информации были выработаны два способа, которые можно рассматривать в качестве предпосылки признания коммерческой тайны в праве.

Первый – возведение информации в ранг государственных секретов. Например, в Венеции государством принимались меры в отношении охраны секретов стеклодувов,

ограничивалась свобода передвижения стеклодувов. Или в Китае также издавна государством запрещалось под угрозой смерти раскрывать, в частности, секреты производства фарфора /5, С. 24/.

Второй способ – предоставление привилегий первоначальным создателям информации на определённое время. Одним из условий получения привилегий была конфиденциальность информации, то есть она не должна была быть общеизвестной, что предполагало её новизну. В результате получения привилегии надобность в мерах охраны конфиденциальности отпадала, так как другим условием было раскрытие информации для общества. Появление этого способа историки связывают с развитием системы охраны секретов производства как продуктов творчества, посредством получения патентов (юридической монополии).

Родиной предоставления первых привилегий считается Англия, где с XI-XIV в.в. лицам, обладающим производственно-технологическими секретами, предоставлялись королевские привилегии. Англия является и родиной первых законов о привилегиях. Здесь, как отмечается в литературе, в 1623 г. при короле Якове Стюарте был принят «Статут о монополиях», установивший исключительное право (в его современном смысле) создателей технических новшеств в течение 14 лет монопольно пользоваться приносящими новшеством выгодами /3, С. 12/. В XV в. аналогичные привилегии законодательно были закреплены в Венеции /5/. Так стала развиваться система охраны секретов производства посредством получения патентов (юридической монополии), в задачу которой входило также обеспечение дальнейшего развития науки и промышленности, сделав технические новшества общедоступными. Как отмечал Шершеневич Г. Ф., «если бы не было патентов, то фабриканты старались бы держать изобретения в секрете, и оно долго было бы недоступно для промышленности» /6, С. 85/.

Однако изобретатели технических новшеств прибегали к механизму патентов лишь тогда, когда коммерческая реализация изобретения не позволяла сохранить его сущность в тайне /7/. В частности, это касается какого-либо механического устройства. Любой специалист, изучив его (наблюдая, как он работает), мог понять принцип его действия. В тех же случаях, когда речь шла о каком-либо веществе, изобретатели продолжали отдавать предпочтение защите информации посредством тайны (например, не патентовались духи, напитки).

Кроме того, вне закона оставалось решение проблемы защиты определённых видов информации, не являвшихся продуктом творчества, но, в силу своей неизвестности, приносящих экономические преимущества владельцу. Например, информация о постоянных клиентах и поставщиках, о способах сбыта товаров на рынке, о методах управления производством и т. д. Поэтому патентная охрана продолжала дополняться охраной конфиденциальности сведений самими предпринимателями путём создания системы безопасности внутри предприятий.

Исторически формирование систем промышленной безопасности внутри самих предприятий зародилось в Германии в 70-е годы XIX в. Первым её «изобретателем» считается промышленник А. Крупп, известный как первый в мире изготовитель стальных пушек. Он предпринимал самые различные меры охраны конфиденциальности. Некоторые из них считаются его «изобретением». К примеру, он впервые ввёл на заводах практику облучения посетителей рентгеновскими лучами для скрытого засвечивания фотоплёнок. Ему же принадлежит и идея включения в правила внутреннего распорядка положения о поощрении тех работников, которые способствуют предотвращению промышленного шпионажа /8, С. 11, 12/.

С расширением товарного рынка, с развитием конкуренции стала осознаваться необходимость законодательного обеспечения охраны конфиденциальности информации предпринимателей, установления запрета нарушения секретов и судебной защиты прав предпринимателей в случае нарушения запрета. В праве тайна начинает рассматриваться как самостоятельный способ защиты экономически ценной информации, что повлекло принятие первых законов, направленных на защиту нераскрытой коммерческой информации.

В законодательстве разных стран мира, направленного на защиту прав предпринимателей, понятие коммерческой тайны (промышленной тайны, торговых секретов, ноу-хау и т. д.) стало использоваться в конце XIX - начале XX в. в. В частности, появились нормы, направленные на предотвращение несанкционированного получения, раскрытия конфиденциальной предпринимательской информации /5/. При этом понятие коммерческой тайны разрабатывалось в рамках государственных усилий по борьбе с недобросовестной конкуренцией.

В 1883 году были заложены правовые основы защиты от недобросовестной конкуренции Парижской конвенцией по охране промышленной собственности, где к объектам охраны промышленной собственности было отнесено пресечение недобросовестной конкуренции /9/.

В литературе первое законодательное обеспечение коммерческой тайны авторы связывают с принятием в штате Нью-Йорк в 1893 г. Закона об охране секретов производства /8/.

Но достаточно развитые формы коммерческая тайна получила лишь в начале XX века в Германском праве, где получил использование термин “секрет фирмы”. Нормы, впервые довольно полно ограждающие секрет фирмы от его нарушения, получили здесь прописку в Законе о недобросовестной конкуренции 1909 г. /10, С. 227, 228/.

Так, указанный Закон признаёт противозаконным раскрытие служащим, рабочим или учеником какого-либо предприятия, фирмы в целях конкуренции или корыстных целях секрета фирмы или предприятия, а также использование всяким лицом, в целях конкуренции или корыстных целях, образцов или инструкций технического характера. Закон регулирует вопросы об уголовной, о гражданско-правовой ответственности виновных за нарушение коммерческой тайны. При этом не всякое нарушение тайны влечёт уголовную ответственность, а только указанное в уголовном законодательстве. Если же между сторонами было заключено соглашение о хранении тайны, то нарушение договора влечёт гражданско-правовую ответственность. При этом не существенно, чтобы обязанный субъект взялся специально хранить тайну, эта обязанность может вытекать из существующих между контрагентами договорных отношений.

Виновные обязаны были возместить убытки в соответствии с нормами Германского гражданского уложения. На данное нарушение распространялся общий срок исковой давности – 3 года, а по специальному закону о недобросовестной конкуренции – 6 месяцев. Основными средствами противодействия против разглашения чужих коммерческих сведений признавались средства противодействия против недобросовестной конкуренции: требования прекращения тех действий, в которых обнаруживается недобросовестная конкуренция; требование возмещения убытков, если налицо вина конкурента; уголовное наказание в случае доказанного умысла причинить другому вред в его коммерческом деле /6, С. 113/.

А в 1914 г. условие о неразглашении торговых секретов появилось в Законе США о Федеральной торговой комиссии /5/. А в судебной практике США в 1916 году в деле Дюранда против Брауна впервые был применён термин “ноу-хау”, как составляющий секрет производства и означающий умение что-либо сделать с минимумом усилий /11, С. 221/.

Таким образом, в начале XX века законодательство и правовая наука зарубежных стран уже достаточно широко использовали категорию “коммерческая тайна”. Однако, вопрос об определении понятия коммерческой тайны оставался открытым.

Что касается России, то в период становления капиталистических отношений для её экономики характерно было правовое обеспечение интересов обладателей секретов производства (промышленной тайны) главным образом посредством предоставления возможности получения патентов.

Российская правовая наука в начале XX в. стала оперировать понятием «промышленная тайна», «коммерческая тайна» /2; 6; 10/. Так, Розенберг В. определял промышленную тайну как «результат работы предприятия, средство закрепления положения, удержания благоприятного сбыта» /2/. Кража конфиденциальной информации, коммерческой тайны рассматривалась, в частности, Шершеневичем Г. Ф., Хейфец И. Я. как одна из форм недобросовестной конкуренции.

Однако, как отмечал Шершеневич Г. Ф., российскому законодательству и судебной практике того времени ещё не были известны понятия «недобросовестная конкуренция», «коммерческая тайна».

С изменением в 1917 году общественно-политического строя России предпринимательство объявляется вне закона. В стране устанавливается система административного управления хозяйственной жизнью /12/. Искусственно создаётся государственная монополия не только на средства производства, но и на информационные ресурсы. В частности, специальным Декретом ВЦИК “О рабочем контроле” 1917 г /7/ были отменены какие-либо секреты производства на предприятиях. В СССР осталась и получила развитие лишь система государственной секретности.

Таким образом, коммерческую тайну в советском праве заменила система ведомственной секретности. Дальнейшее развитие этот институт получил в зарубежных странах.

В США, во многих европейских странах, в Китае, в Японии для защиты коммерчески ценной информации с начала XX века стала создаваться система промышленной секретности. Многие специалисты признают, что соответствующее законодательное обеспечение данная система получила в США, Германии, Великобритании, Китае.

Впервые унифицированное определение коммерческой тайны было дано в 1979 году в законодательстве США. В частности, разработанное на основе решений судов, понятие коммерческой тайны было определено Федеральным законом США о коммерческой тайне (или как принято в этой стране – «фирменных (торговых) секретов» (секретов производства)).

Согласно этому закону «коммерческая тайна – информация, включая формулу, состав, комбинацию, программу, приспособление, метод, технику, или процесс, которая: имеет самостоятельную экономическую стоимость (действительную или потенциальную) благодаря тому, что не является общеизвестной или доступной людям, которые могут использовать её в коммерческих целях, и является объектом разумных при данных условиях усилий по её защите» /13, С. 32/. Новизна

информации не критерий отнесения её к коммерческой тайне. Хотя новизна не исключается полностью. При этом следует отметить, что отдельно от торговых секретов в США определялось понятие «ноу-хау».

Чтобы легче доказать в суде, что информация является коммерческой тайной названный закон рекомендует: указать ценность информации (какие средства затрачены на получение информации и во что обойдётся владельцу её разглашение); назвать какие меры защиты данного секрета были предприняты /14, С. 9/. Закон не требует обязательного использования коммерческой информации на практике. Допускается обладание несколькими разными лицами одновременно одной и той же коммерческой информацией, при этом каждый охраняет её в режиме коммерческой тайны. В случае нарушения коммерческой тайны, закон требует, чтобы истец доказал, что им предпринимались меры защиты коммерческой информации /13/.

Кроме того, судам была предоставлена возможность учитывать, в зависимости от конкретных обстоятельств, и другие факторы. Например, новизна информации могла повлиять на решение суда. В частности, при неправомерном использовании секрета, являющегося новым, потерпевший может требовать вынесения решения о запрете дальнейшего использования, выплаты всей прибыли, полученной нарушителем в результате такого использования. Если же информация не новая, то можно рассчитывать лишь на возмещение ущерба /4, С. 35, 36/.

Закон в США устанавливает, что относимая к секретам производства информация не должна отражать какого-либо единичного или преходящего события (например, сведений о заработной плате, срока выпуска новых моделей). Секрет производства – информация о процессах, проектах, конструкциях, методах, предполагающая длительное использование. С точки зрения судебной практики США форма выражения информации не имеет значения /4/.

В судебной практике США не сложилось постоянных правил для процессов по делу о коммерческой тайне. Решение должно приниматься в зависимости от конкретного обстоятельства. Кроме того, существует сложность в применении Федерального закона о коммерческой тайне, поскольку в некоторых штатах Федеральный закон не был признан.

В Германии закон о недобросовестной конкуренции выделил два вида тайн – производственную и коммерческую. К производственной тайне отнесены сведения организационного и технического характера, которые касаются способа производства, технологии, организации труда, технические открытия, изобретения, сведения о характере и целях исследовательских работ и прочее. К коммерческой тайне отнесены сведения, которые касаются торговых отношений фирм (о состоянии рынков сбыта, о потребителях, о банковских операциях) /8/. Особое внимание обращается при этом на ответственность за разглашение коммерческой информации.

Законом предусмотрена уголовная ответственность в виде лишения свободы от нескольких месяцев до трёх лет. Причём в отношении государственных служащих наказание более строгое по сравнению с работниками, служащими предприятия. Самые суровые последствия – при передаче коммерческой информации за границу, т. е. за промышленный шпионаж. Другими мерами ответственности стали штраф, размер которого определяется судом, возмещение убытков, а также возмещение морального вреда. Возможны и такие санкции за нарушение условий конфиденциальности, как изъятие или уничтожение документа, предмета содержащего тайну, запрещение незаконной деятельности, закрытие предприятия и

другие. Кроме того, разглашение коммерческой тайны – основание для увольнения работника.

В законодательстве Германии о коммерческой тайне были особо выделены категория профессиональных консультантов (брокеры, оценщики собственности, юристы, врачи, аудиторы, юристы и другие), которые обязаны обеспечить сохранность конфиденциальной информации, полученной от клиентов /15/. Кроме того, в Германии законодательство предусмотрело гарантии защиты коммерческой и производственной тайны во время судебного разбирательства. При этом участнику процесса предоставлено право отказа от дачи показаний /16/.

В английском праве вопросы о коммерческой тайне получили регламентацию в рамках общей категории конфиденциальности (конфиденциальной информации), договорного права, деликтного права, судебного прецедента и отдельных нормативных актов.

Широко используемое определение конфиденциальной информации впервые в Великобритании было приведено в 1948 году Лордом Грином в деле «Салтман Инжиниринг против Кампбэл и Ко» как нечто, что не является общественным достоянием и общеизвестным /17, С. 112; 15, С. 60/. В соответствии с этим определением информация, составляющая коммерческую тайну не должна быть общеизвестной, а также она не должна быть настолько новой, насколько это необходимо в патентном праве.

В 1978 г. в деле «Томас Маршал против Жинел» были предложены ряд критериев для отнесения информации к категории конфиденциальной в сфере торговли и промышленности (значит, к коммерческой тайне): «собственник должен полагать, что разглашение данной информации нанесёт вред ему или его деятельности, а также принесёт выгоду соперникам или иным лицам; собственник должен полагать, что информация является конфиденциальной или секретной, а также, что она не является общественным достоянием; убеждение собственника относительно двух предыдущих критериев должно быть справедливым; вышеуказанная информация должна оцениваться в свете употребления и применения ее в отдельно взятой отрасли» /17/.

В 1981 году в Великобритании принимается Закон «О нарушении конфиденциальности». Он регулирует вопросы установления обязанности не разглашать конфиденциальную информацию, вопросы, связанные с нарушением этой обязанности, применения судебных средств защиты конфиденциальности. Так, согласно Закону обязанность соблюдать конфиденциальность в отношении информации включает: обязательство не раскрывать и не использовать такую информацию без соответствующего разрешения правообладателя; обязательство принимать все возможные меры для того, чтобы информация не была раскрыта или использована без вышеуказанного разрешения /17/.

В соответствии с указанным законом конфиденциальная информация может быть раскрыта для целей судопроизводства только по решению суда, либо по иным правилам суда. Во всех случаях, когда конфиденциальность нарушена в суде (по решению суда, в качестве материала судопроизводства, в закрытом судебном заседании), лица, которым информация раскрыта, обязаны соблюдать её конфиденциальность. Нарушением конфиденциальности информации Закон признаёт получение её без разрешения обладателя в результате различных действий (применением насилия, угрозы, обмана и т. д.).

В законодательстве Великобритании особо выделены и способы защиты интересов работодателя, в частности, включение в трудовое соглашение условия о

предотвращении конкуренции, на случай, если работник станет осуществлять ту же деятельность, что и работодатель и в тех же географических районах.

Достаточно полную регламентацию коммерческая тайна с 1983 г. получила в законодательстве Китая. Здесь коммерческой тайне внимание было уделено во многих законодательных актах. В частности, в Законе КНР о техническом договоре от 1987 г., Законе о компаниях 1993 г., в Положении КНР о применении Закона о совместных предприятиях с китайским и иностранным капиталом 1983 г., в Положении 1988 г. о коммерческих службах безопасности, не входящих в структуру государственных правоохранительных органов, а также в Законе КНР от 2 сентября 1993 года о защите от недобросовестной конкуренции /15; 14; 18/. В законодательстве КНР получил распространение термин «секреты производства».

По смыслу Закона КНР о защите от недобросовестной конкуренции под секретом производства понимается техническая или коммерческая информация, которая неизвестна общественности, способна принести экономические выгоды её законному владельцу, пригодна к практическому применению и используется владельцем в секретном порядке. Любое третье лицо, которое получает, использует или обнародует секрет производства другого лица и при этом со всей очевидностью знает или должен знать о незаконности своего действия, считается нарушителем секрета производства. При этом Закон называет действия, признаваемые нарушением секрета производства: получение путём кражи, обещания прибыли, путём насилия или других незаконных средств; обнародование, полученный указанными незаконными средствами; обнародование, использование или разрешение использовать секрет производства другим лицам, который был получен путём нарушения обязательств по неразглашению, обусловленных законным владельцем /18/. Инвестиции в виде секретов производства подлежат применению только после ведомственной проверки и получения разрешения.

Интересно, что в мире, как отмечают специалисты, менее всего страдает от нарушения коммерческой тайны японский бизнес. Между тем, в Японии нет ни специальных законов, ни каких-либо других нормативных правовых актов, содержащих понятие коммерческой тайны и предусматривающих ответственность за её разглашение. Здесь на департаменты кадров, имеющих в каждой японской фирме, возлагается контроль за соблюдением режима конфиденциальности. Все правила основаны на кодексе поведения служащих, на системе «пожизненного найма», воспитании у сотрудников чувства патернализма и преданности, карьерного роста в рамках «родной» организации /14, С. 10/.

Таким образом, сделав некоторые обобщения по истории возникновения и развития коммерческой тайны в праве, можно прийти к выводу, что на сегодняшний день законодательство зарубежных стран широко использует категорию «коммерческая тайна» в различных вариантах. Но существуют различия не только терминологического плана, но и в определении того, что является коммерческой тайной. Кроме того, нет специального законодательства о коммерческой тайне, подобного тому, которое имеется в отношении, например, изобретения и некоторых других объектов промышленной собственности. Защита конфиденциальной коммерчески ценной информации в большинстве развитых стран мира обеспечивается на основе общих норм гражданского законодательства: договорного права, деликтного права, норм направленных на защиту от недобросовестной конкуренции.

Относительно недавно понятие коммерческой тайны появилось и в законодательстве Республики Казахстан, что обусловлено возникновением и развитием предпринимательства в стране. Однако, следует заметить, что предпосылки признания коммерческой тайны в праве суверенного Казахстана возникли ещё ранее, во время существования СССР.

По замечаниям некоторых авторов в период развития и углубления научно-технического сотрудничества СССР со странами мирового капиталистического рынка, для СССР немаловажную роль на международной арене играли операции по предоставлению, приобретению и коммерческому обмену патентами, лицензиями, «ноу-хау» /19; 20/. «Ноу-хау» признавалось в советском праве, но только как предмет такой внешнеэкономической сделки как лицензионный договор /21; 22, С. 265/. Поэтому какие-либо комментарии к понятию «ноу-хау», «секреты производства» давались только в рамках изучения в специальной литературе лицензионных договоров во внешней торговле СССР. А каких-либо специальных законодательных предписаний по защите производственных секретов в советском Союзе не существовало (за исключением государственной тайны) вплоть до конца 80-х годов XX века, что, конечно, порождало большие проблемы при передаче коммерческих секретов иностранным организациям. Можно сказать, что институт коммерческой тайны в советском праве влачил призрачное существование.

В 80-е годы XX в., когда в СССР началась перестройка административной системы управления предприятиями, для них была впервые введена обязанность сохранять технологическую, патентную и лицензионную информации в соответствии со ст. 35 Закона СССР от 30 июня 1987 г. «О государственном предприятии (объединении)» /23/.

Затем понятие коммерческой тайны было упомянуто в п. 1 ст. 33 Закона «О предприятиях в СССР» от 4 июня 1990 г. /24/, в ст. 27 Закона КазССР «О предприятиях в КазССР» от 13 февраля 1991 г. /25/, в которых она понимается как сведения, не являющиеся государственными секретами, связанные с производством, технологией, управлением, финансами и другой деятельностью предприятия, разглашение которых может нанести ущерб его интересам.

С принятием Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик от 31 мая 1991 г. в ст. 151 секреты производства («ноу-хау») определены как объект защиты /26/.

В Республике Казахстан термин «коммерческая тайна» впервые получил законодательное закрепление в ст. 21 Закона РК от 4 июля 1992 года «О защите и поддержке частного предпринимательства». С норм данного закона началась законодательная разработка понятия коммерческой тайны в Республике Казахстан. В этом Законе коммерческая тайна определена как не являющиеся государственными секретами сведения, связанные с производством, технологической информацией, управлением, финансами и другой деятельностью хозяйственного субъекта, разглашение (передача, утечка) которых может нанести ущерб его интересам. Охрана коммерческой тайны заключается в запрете разглашения этих сведений /27/. В Закон были включены также нормы, называющие субъекта коммерческой тайны, закрепившие некоторые обязанности государственных органов по обеспечению коммерческой тайны, устанавливающие примерный перечень сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну.

Легальное понятие коммерческой тайны, сформулированное в Законе РК «О защите и поддержке частного предпринимательства», было развито в 1994-1999 годах

в Гражданском кодексе РК (ГК РК) /28; 29/. В частности, ГК РК закрепил признаки коммерческой тайны (ст. 126). В ст. 961 ГК РК нераскрытая информация, секреты производства, «ноу-хау» названы объектами интеллектуальной собственности. Также в ГК РК определены условия правовой охраны нераскрытой информации (ст. 1017), установлена ответственность за незаконное получение, использование, распространение нераскрытой информации (ст. 1018) и порядок передачи права на коммерчески ценные сведения (ст. 1019).

*С принятием Закона РК «О частном предпринимательстве» в 2006 году Закон «О защите и поддержке частного предпринимательства» утратил силу. Основные положения о коммерческой тайны получили закрепление в ст. 11 нового закона. Теперь определение коммерческой тайны содержится в ГК РК, а ст. 11 Закона РК «О частном предпринимательстве» содержит основные права субъекта коммерческой тайны.*

*Несмотря на введенные новшества, законодательство Казахстана все еще отличается терминологической пестротой. Одновременно в законодательстве употребляются несколько терминов, обозначающих конфиденциальную коммерчески ценную информацию: «коммерческая тайна», «нераскрытая информация», «секреты производства», «ноу-хау». Это делает несколько расплывчатой систему защиты коммерчески ценной информации. Хотя, как нам представляется, наличие ст. 126 ГК РК должно устранить такой терминологический разнобой.*

Итак, суммируя изложенное, можно сказать, что несмотря на появление в законодательстве и праве понятия «коммерческая тайна», которое уходит своими корнями глубоко в историю, на сегодняшний день в мире сложилась неоднозначная ситуация с правовой регламентацией отношений, связанных с коммерческой тайной. Это во многом осложняет формирование в Казахстане системы защиты конфиденциальной коммерческой информации. Но решать этот вопрос в отечественном праве необходимо, тем более в условиях, когда казахстанский рынок открыт для зарубежных конкурентов, которые в своих интересах не откажутся использовать пробелы в законодательстве Казахстана.

## **1.2 Коммерческая информация как объект гражданских прав**

Как известно, в концепции предпринимательского успеха весьма важную, а иногда и основополагающую роль играет «необходимая в данный момент коммерческая информация» /30, С. 501/. В предпринимательстве информация даёт возможность ориентироваться в сфере собственного дела. Ни одно решение, даже самое простое, предприниматель не может принять без информационного обеспечения. Достоверность, полнота, эффективность информации влияет на эффективность решения, а в итоге и на получаемые доходы.

Информация, способная влиять на финансовое положение предпринимателя, является коммерческой информацией, то есть коммерчески ценной. Поэтому такая информация, с позиции предпринимателя, является товаром, а значит объектом гражданских прав и, соответственно, требуется его защита.

С позиции действующего гражданского законодательства Казахстана не всякая информация признаётся объектом гражданских прав. Здесь понятие информации дано, в частности, в рамках понятия служебной и коммерческой тайны.

Надо сказать, что понятие «коммерческая тайна» может рассматриваться не только как тождественное понятию коммерческая информация, но и как способ защиты коммерческой информации. Отсюда возникает проблема чёткости и ясности в терминологии, используемой в праве в отношении понятий «коммерческая тайна» и «коммерческая информация». Как известно, терминологическая путаница нередко является причиной недоразумений в практике применения законодательства. Примером может служить практика использования терминов «предприятие», «фирменное наименование» и некоторых других. Между тем принято считать, что «законодатель должен пользоваться уже выработанными в науке понятиями и терминами» /31, С. 90/.

В отношении коммерческой тайны трудно сказать, что цивилисты располагают чётким общетеоретическим представлением. Её понятие в науке пока ещё на стадии развития и совершенствования. Этот вопрос является актуальным и с прикладной точки зрения.

По мнению известного казахстанского учёного С. З. Зиманова, развитие и совершенствование понятий в юридической науке означает обогащение известных понятий, их уточнение и конкретизацию, замену старых понятий новыми, поскольку первые не могут вместить и охватить существенные свойства изменившихся реальных отношений правовой действительности, представляющих область отстранения этих понятий, или формирование этих понятий, как путём вычленения из уже известных, так и посредством образования новых /32/.

На наш взгляд, следует говорить о соотношении различных по сути понятий «коммерческая информация» и «коммерческая тайна». Коммерческая информация – объект гражданских прав. Термин «коммерческая тайна» больше характеризует способ защиты информации права на информацию, нежели вид информации. В законодательстве его понятие не должно определяться через отождествление с объектом защиты. Данная позиция является исходной в нашем исследовании понятия коммерческой тайны и обуславливает необходимость рассмотрения коммерческой информации как объекта коммерческой тайны, что предполагает и уяснение понятия коммерческой информации как объекта гражданских прав.

В свою очередь, изучение последнего вопроса связано с положениями цивилистической науки об объектах гражданских прав. Но поскольку сам по себе вопрос о понятии объекта гражданских прав многие годы является дискуссионным в теории гражданского права, его детальное исследование выходит за рамки настоящей работы. Целостная картина этой проблемы в науке гражданского права создаётся благодаря работам таких авторов как Д. И. Мейер /33/, О. С. Иоффе /34/, Ю. К. Толстой /35/, Р. О. Халфина /36/, Я. М. Магазинер /37/ и других. Мы же обратимся к традиционным положениям учения об объекте гражданского права.

Так, в гражданском праве объектом признается то, по поводу чего гражданское правоотношение устанавливается или то, на что направлены субъективные права и обязанности участников правоотношения /38, С.134/. Иными словами, объектом гражданских прав является средство осуществления интереса /39, С.57/. Как известно, юридическая наука использует общефилософскую трактовку категории «объект», согласно которой «объект» понимается как всё то, на что оказывает специфическое воздействие субъект /40, С.286/ или всё то, что является результатом деятельности субъекта.

Объект гражданских прав с необходимостью характеризуется возможностью находиться в гражданском обороте и тем, что такой объект допущен в оборот /41,

С.112/. Кроме того, объект гражданского правоотношения должен представлять интерес для субъектов правоотношения. Что касается соотношения понятий «объекты гражданских прав», «объекты правового регулирования», «объект гражданского правоотношения», то, как правило, применительно к данному объекту признают их тождество /41, С.154/.

Рассмотрение же вопроса о каком-либо явлении внешнего мира как о разновидности объектов гражданских прав, в первую очередь, сводится в основном к уяснению гражданско-правового понятия такого явления; во вторую, к определению возможного правового режима этого явления в гражданских правоотношениях, вытекающего из уяснённого понятия. Первое даст представление о месте явления внешнего мира, приобретшего статус объекта гражданских прав, среди других объектов гражданских прав, второе раскроет его правовой режим хотя бы в общих чертах. Иными словами, само понятие того или иного явления в качестве объекта гражданских прав уже подразумевает определенный правовой режим этого явления /37, С.154-155/, который и должен быть предметом рассмотрения при анализе того или иного вида объекта гражданских прав.

Устоявшейся дефиниции понятия правового режима в литературе нет. Правовой режим того или иного явления раскрывается в специальных правилах, которые в целом характеризуют особенности возникновения, осуществления, прекращения гражданских прав применительно к исследуемому объекту.

По заданной выше схеме обратимся к рассмотрению понятия коммерческой информации как объекта гражданских прав. Коммерческая информация представляет собой один из видов информации. Следовательно, чтобы раскрыть понятие коммерческой информации полезно обратиться к понятию и свойствам информации как таковой, вопрос о котором долгие годы составляет предмет спора учёных разных наук. С характеристикой различных подходов к проблеме понятия информации можно познакомиться, в частности, в работах философов Гришкина И.И. /42/, а так же Урсула А.Д. /43/. Мы же считаем достаточным обратиться к определению информации, приемлемому, на наш взгляд, для науки гражданского права и к тем её свойствам, которые могут быть использованы при рассмотрении коммерческой информации.

В решении поставленных вопросов более существенную помощь оказывает не законодательство Казахстана, а скорее философское и журналистское понимание информации, отражением которого является следующее определение. Информация - это сведения о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах независимо от формы представления (от лат. «information» - разъяснение, изложение) /44, С.186/.

Практика показывает, что использование приведенного определения наиболее распространено в гуманитарных науках, в законодательных актах и в обиходе. К примеру, отражением указанной дефиниции является определение информации, данное в отечественном учебнике по гражданскому праву: информация – сведения о чём-либо или о ком-либо, получившие объективное выражение в доступной для человеческого восприятия форме (непосредственно или опосредованно с помощью различных механизмов, приборов) /45, С. 234/. Между тем некоторые авторы полагают, что информация является точным отображением окружающего мира и вследствие этого не носит творческого характера /46; 47, С. 58/. Трудно с ними согласиться. Думается, информация вполне может быть результатом творческой деятельности, а значит, может иметь творческий характер. К примеру, информация, составляющая содержание научного или литературного произведения.

Общее определение информации не нашло отражения в нормах законодательства Республики Казахстан. Оно даёт нам определение лишь отдельных видов информации. Но в некоторых странах СНГ, в частности, в России уже достаточно давно закреплено в законе указанное выше определение информации /48, С. 237/. Используя его, обратимся к понятию коммерческой информации.

Слово «коммерция» от латинского «*commercium*» означает «торговля» /49, С.238/. Отсюда следует, что коммерческая информация представляет собой сведения о торговом обороте /50, С. 60/. Думается, это определение следует дополнить. На наш взгляд, информация может называться коммерческой, если она приносит или может принести выгоду, то есть имеет коммерческую ценность. Именно коммерческая ценность обуславливает практическую значимость информации.

Более широкое и ёмкое понятие, по сравнению с коммерческой информацией, представляет собой предпринимательская информация. Это сведения самого разного плана, которые имеют обращение в предпринимательской сфере, полезны для осуществления предпринимательской деятельности /51, С.362-363/. Условно предпринимательскую информацию можно разделить на две группы. Первую составляет информация распространение и, использование которой допускается без каких-либо ограничений и, которая не нуждается в особой защите (открытая информация). Она полезна, но не с точки зрения способности приносить выгоду. Вторую - информация, которая нуждается в особой защите (защищаемая информация), так как может приносить или приносит прибыль, в силу чего предприниматель заинтересован в получении монопольного права её использования, то есть определения её как объекта гражданских прав. Последняя группа предпринимательской информации и представляет для нас интерес, в частности, вопрос о том, по каким критериям предпринимательская информация признаётся объектом гражданско-правовой защиты.

Как ясно следует из сказанного выше, для начала предприниматель должен быть заинтересован в защите определённой информации. Очевидно, что необходимость защиты может возникнуть в отношении коммерчески ценной информации (коммерческой информации). В силу коммерческой ценности информация приобретает потребительную стоимость и стоимость, то есть может продаваться, покупаться. Владелец информации сам определяет, какая информация представляет, или может представлять коммерческий интерес. Следовательно, сам владелец решает, какая информация подлежит гражданско-правовой защите. При этом коммерческая ценность - критерий выделения информации в качестве объекта гражданско-правовой защиты. Возникает вопрос – каковы критерии определения коммерческой ценности? На наш взгляд, такие критерии вытекают из самой природы информации.

Понятие информации как блага, не сводится к физическим объектам, выступающим формой её выражения. Физически обладать информацией невозможно. Поэтому законом практически не устанавливается за кем-либо монополии на её обладание. Одна и та же информация способна неограниченно тиражироваться, одновременно распространяться среди неопределённого круга лиц. Отсюда следует, если информация находится в обладании неопределённого круга лиц, то есть общеизвестна, то она не может быть в обладании определённого лица, быть объектом его гражданских (частных прав). По этой же причине она не может иметь коммерческую ценность. Это означает, что, по сути, гражданско-правовая охрана может предоставляться только такой информации, которая не является общественным

достоянием, то есть, неизвестна третьим лицам. Между тем неизвестность третьим лицам не всегда предполагает обладание информацией лишь одним лицом. Ею могут обладать несколько лиц. Но это должен быть чётко определённый круг доверенных лиц. Иными словами, абсолютная неизвестность информации третьим лицам необязательна.

Неизвестность информации широкому кругу лиц по большей части можно связать с новизной информации. Новизна может увеличить ценность информации, повлиять на её стоимость при заключении различных контрактов. Однако новизна не обязательный признак нераскрытой информации. Информация по содержанию может быть общеизвестной, но, например, способы, методы её применения, форма её выражения, цели её использования или комбинация являются новыми.

Таким образом, мы можем заключить, что неизвестность информации третьим лицам является одним из решающих критериев определения коммерческой ценности информации. Более того, критерием определения информации в качестве объекта гражданских прав. Значит, только нераскрытая информация может быть объектом гражданских (частных) прав. Это, в свою очередь, предполагает, что защита информации будет заключаться в ограничении её распространения, следовательно, в ограничении доступа к ней (в сокрытии). А ограничить доступ можно в отношении только неизвестной информации. Иными словами, информация является объектом гражданских прав, если она нераскрыта третьим лицам (нераскрытая информация).

Необходимо отметить, что ГК РК называет нераскрытую информацию в числе объектов интеллектуальной собственности (п. 2 ст. 961, ст. 1017). Тогда как понятие её дано в рамках понятия служебной и коммерческой тайны (п. 1 ст. 126 ГК РК). Значит, на сегодняшний день в рамках института интеллектуальной собственности охраняется нераскрытая коммерческая информация. Соответственно, способами её защиты могут выступать способы защиты интеллектуальной собственности, по существу являющиеся способами ограничения доступа к информации.

Анализ действующего в этой области законодательства и соответствующей литературы позволяет заключить, что коммерческая информация, охраняемая в рамках института интеллектуальной собственности, может быть разделена, как нам видится, на три категории: 1) коммерческая информация, содержащаяся в изобретениях (промышленных образцах, полезных моделях), защита которой осуществляется системой патентов; 2) коммерческая информация, содержащаяся в научных статьях, докладах и тому подобных результатах творческой деятельности, охраняемая авторским правом; 3) коммерческая информация, не охраняемая ни одним из указанных способов, по причине несоответствия определённым условиям диктуемым патентным правом и авторским правом, защита которой, опираясь на общие нормы гражданского законодательства об интеллектуальной собственности, осуществляется посредством засекречивания (в основном договорными отношениями).

Первые две категории коммерческой информации являются объектами защиты авторского и патентного права. Что касается третьей категории коммерческой информации, то гражданское законодательство Республики Казахстан предполагает возможность защиты данной категории коммерческой информации путём установления режима коммерческой тайны (ст. ст. 10, 126, 1017 ГК РК). Иными словами, такая коммерческая информация «закрывается» от третьих лиц. В отношении её обладатель сам вводит ограничения на использование и распространение нераскрытой информации.

Казалось бы всё ясно, но из сказанного возникает вопрос о соотношении понятий «нераскрытая информация» и «нераскрытая коммерческая информация».

Как мы уже отмечали, объектом гражданских прав может быть, по сути, лишь нераскрытая информация. При этом понятие имущества свидетельствует, что такой признак как коммерческая ценность не является обязательным критерием определения нераскрытой информации в целом в качестве объекта гражданских прав. Коммерческая ценность свойство нераскрытой информации как объекта коммерческой тайны. Категория «нераскрытая информация» шире, чем категория «нераскрытая коммерческая информация». Нераскрытая информация может рассматриваться как объективная категория (информация ещё непознанная, которая составляет сущность каких-либо явлений природы) и как субъективная категория (информация, скрываемая от других субъектом).

В качестве субъективной категории нераскрытая информация, как нам кажется, тождественна часто используемому в разговорной речи, в литературе и в законодательстве понятию «конфиденциальная информация». При этом в законодательстве нет чёткого определения конфиденциальной информации. Во многих нормативных правовых актах используется лишь сам термин без пояснения его смысла. В некоторых законах дано понятие конфиденциальной информации тождественное понятию коммерческой тайны. Как, к примеру, в п.7 ст. 1 Закона РК от 28 декабря 1998 г. «О мерах защиты внутреннего рынка при импорте товаров» /52/. В юридической же литературе конфиденциальная информация называется видом защищаемой информации, к которой обычно относят сведения, имеющие коммерческую тайну, а так же тайну, касающуюся личной (неслужебной) жизни и деятельности граждан /50, С.9/.

Конфиденциальная информация – сведения, доступ к которым ограничивается в соответствии с законодательством /44, С.212/. Понятие конфиденциальной информации достаточно широкое. К этой категории, за исключением государственных секретов, относятся все виды информации ограниченного доступа, защищаемой законом (тайна личной жизни, тайна переписки, профессиональная тайна и другие) /54, С.63; 55, С.19/.

Таким образом, понятие «конфиденциальная информация» (нераскрытая информация) следует считать родовым. Оно может обозначать любые сведения, которыми обладают физические и юридические лица, распространяемые по их желанию в соответствии с предусмотренными ими условиями. Значит, скрываться могут не только коммерчески ценные сведения. Отсюда следует, что нераскрытая коммерческая информация (объект коммерческой тайны) является видом конфиденциальной (нераскрытой) информации.

Общее понятие коммерческой информации как объекта гражданских прав, содержится в п. 1 ст. 126 ГК РК, из которого следует, что таковым может быть информация, отвечающая таким условиям как коммерческая ценность в силу неизвестности третьим лицам, отсутствие свободного доступа на законном основании, принятие обладателем мер охраны.

Как видим, к содержанию коммерческой информации как к объекту гражданских прав законодательством не предъявляются какие-либо требования. Однако требуется создать режим коммерческой тайны, то есть коммерческая информация должна быть объектом защиты коммерческой тайны. Таковым может быть информация разнообразная по содержанию, представляющая коммерческую ценность в силу её неизвестности другим лицам. Чаще это сведения, отражающие технологическую

(«ноу-хау», об изобретениях, открытиях, рационализаторских предложениях и другие) финансовую стороны деятельности предпринимателя. Коммерческую ценность могут представлять сведения делового (организационного) характера (сведения о состоянии спроса и предложения на рынке товаров и услуг, о клиентах, о конкурентах, о коммерческих переговорах, о маркетинговых исследованиях рынка, сведения о методах подбора работников, об условиях хранения документов и прочее). Иными словами, самые различные по содержанию результаты интеллектуальной деятельности, необходимые для осуществления предпринимательской деятельности, но не являющиеся общественным достоянием.

Нетрудно заметить, что это коммерческая информация не ограничивается рамками патентования, хотя может включать и патентоспособную информацию, но которая умышленно не патентуется обладателем во избежание или уменьшение риска завладения этой информацией конкурентами.

Надо заметить, что в законодательстве Казахстана нет какой-либо общей методики определения состава объекта коммерческой тайны. Практика пока не тоже её не выработала. Но в каждом определённом случае важно, чтобы состав и объём коммерческой информации получили конкретные очертания. Это является одним из первых важных условий обеспечения защиты права на нераскрытую коммерческую информацию. Решению проблемы может способствовать анализ соответствующей литературы и норм действующего законодательства о коммерческой тайне.

Сведения, которые могут быть отнесены к объекту коммерческой тайны, в юридической литературе принято делить, как правило, на два вида: технология и деловая информация /14, С.12-26; 8, С. 15/. Такое деление вполне может способствовать определению подходящих способов защиты и использования информации /13, С.20/.

Категория «технология» включает всё, что может быть запатентовано (дизайн, формулы, методы производства, «ноу-хау» и др.). Такая информация имеет широкую сферу применения /56, С. 16/. Деловая же информация помогает ответить на вопросы как спланировать получение денег и как их получить /13, С.20-21/. Например, информация о способах организации работы, информация о затратах на производство продукции, список клиентов, о состоянии на рынке определённых товаров и тому подобное.

Как показывает практика, среди нераскрытой информации чаще всего объектом коммерческой тайны выступает такой тип «технологической» информации, как «ноу-хау». Общеизвестное понятие «ноу-хау» отсутствует. Информация, получившая наименование «ноу-хау» (от английского выражения «to know how to do it» («знать, как это делать», «знать как что-то сделать»)), нередко в литературе определяется как «знания и опыт» /57, С.493; 58, С. 55/. В практике зарубежных стран «ноу-хау» составляет секрет производства, характеризуемый признаками, которыми в нашем законодательстве определено понятие коммерческой тайны /4, С.32-34; 59, С. 155/. «Ноу-хау» понимается и как совокупность различных технических, коммерческих и других знаний, оформленных в виде технической документации, навыков и производственного опыта, необходимых для освоения технологии, метода и прочего, применяемых в деятельности предприятия или в профессиональной деятельности, но которые ещё не стали всеобщим достоянием /55, С. 27/.

Как отмечается многими авторами, сведения, называемые «ноу-хау», главным образом являются техническими решениями и вполне отвечают условиям патентования, но самими разработчиками не патентуются в интересах сохранения в

тайне. Значительная же часть «ноу-хау» - это имеющие хозяйственную ценность, но не отвечающие условиям патентования решения, т.е. известная в принципе техническая и иная информация, доступная неопределённому кругу лиц. Коммерческая ценность «ноу-хау» состоит, прежде всего, в том, что она облечена разработчиком в форму технической или технологической документации, готовой для непосредственного использования принимающей стороной /57, С. 494/.

«Ноу-хау» могут представлять не являющиеся общеизвестными знания и опыт, навыки технического, административного, финансового и иного характера, применяемые в деятельности хозяйственного субъекта, методы и способы /60, С. 86/. Это специфичный термин – обозначение технических знаний, производственного опыта и любой другой информации, необходимой для изготовления определённого изделия, воспроизведения той или иной технологии /61, С. 54/. Между тем отдельные авторы обращают внимание на то, что не могут быть объектом коммерческой тайны опыт и общие знания работников /13, С.21, 36-37/. Опыт, знания – не результат интеллектуального труда, а способность к эффективному, квалифицированному труду /62, С. 152/.

Конечно, знания и опыт, какими бы ценными они не были, - свойства, присущие конкретной личности и лишить работника их или ограничить их применение невозможно с позиции концепции соблюдения прав человека. Опыт и знания нельзя использовать, не получив их от обладателя. Но на практике не исключается возможность возложения на работника обязанности держать в тайне имеющиеся опыт и знания или в случае увольнения не применять опыт и знания, приобретённые на производстве определённого работодателя, на производстве другого работодателя. Если, конечно, работодатель потрудился заранее определить, какой опыт и знания работник имел при найме и, какой приобрёл в ходе работы у него /13, С. 37/. Поэтому опыт и знания часто рассматриваются как «ноу-хау».

Таким образом, коммерческую информацию обозначаемую «ноу-хау», как правило, составляют три вида нераскрытой информации, незащищённой патентами: 1) промышленное «ноу-хау» – секреты производства, монтажа, эксплуатации и другие технические знания и опыт, которые могут быть использованы (используются) в производстве; 2) информация о состоянии на рынке товаров (работ, услуг), так называемое торговое «ноу-хау» (о ценах на сырьё, о рынках сбыта, о конкурентах и так далее); 3) организационное «ноу-хау» – сведения об организации производства /60, С. 86/.

Несмотря на многоаспектное исследование понятия «ноу-хау» в литературе, трудно дать точное, исчерпывающее определение данного типа информации. Некоторые авторы считают, что нельзя точно и исчерпывающе сформулировать определение «ноу-хау» /4/. Но ясно, что «ноу-хау» может называться основным объектом коммерческой тайны. Это заставляет всё же задуматься о необходимости разработки наиболее приемлемого законодательного определения «ноу-хау», избегая при этом пространных формулировок. В частности, можно предложить следующее определение: под «ноу-хау» следует понимать не являющиеся общеизвестными сведения, опыт и знания технического, организационного, торгового, финансового характера, обладание которыми и их практическое применение предоставляет экономические выгоды. Причём нет необходимости называть в законе (п.п. 6 п. 2 ст. 961 ГК РК) наряду с «ноу-хау» секреты производства, так как «ноу-хау» охватывает понятие секреты производства.

Поскольку, как объект коммерческой тайны, коммерческая информация может быть любой по содержанию, то в соответствии с *пунктом 3 ст.11. Закона РК от 31 января 2006 г. №124-III* «О частном предпринимательстве» состав и объём сведений определяет сам хозяйствующий субъект. Это означает, что государство не должно определять, что засекречивать, а должно стоять на страже этого права, следя при этом, чтобы оно не противоречило государственным интересам /63, С.14/. В этой связи, представляется несколько неверным утверждение о том, что состав и объём объекта коммерческой тайны определяется законодательством, и если нет предписаний закона – предпринимателями /40, С. 306/.

Однако, есть случаи, когда закон прямо называет ту или иную информацию объектом коммерческой тайны обладателя. К примеру, *п. 3 ст. 4 Закона РК от 2 мая 1995 г. «О хозяйственных товариществах» /64/, п.3 ст.7 Закона РК от 13 мая 2003г. «Об акционерных обществах» /65/* устанавливают, что сведения, изложенные в учредительных договорах хозяйственных товариществ и акционерного общества, являются коммерческой тайной. Учредительный договор подлежит предъявлению третьим лицам только по решению хозяйственного субъекта либо в случаях предусмотренных законом. Такие предписания закона установлены в интересах хозяйственных субъектов. Но они носят диспозитивный характер. В целом же законодательство может лишь в интересах государства и общества содержать императивные предписания о том, какие сведения не могут признаваться объектом коммерческой тайны. Ранее закон четко предусматривал два ограничения.

***Во-первых, согласно ст. 23 Закона РК «О защите и поддержке частного предпринимательства» не могли составлять коммерческую тайну сведения, относящиеся к государственной статистической отчетности, касающиеся деятельности, которая выступает объектом государственного контроля и надзора.*** Практика показывает, что, хотя указанные сведения не относятся к нераскрытым коммерческим сведениям, их порой трудно назвать общедоступными (открытыми). Они обычно предоставляются лишь по запросу заинтересованных лиц. Законодательством может устанавливаться перечень сведений подлежащих обязательному опубликованию (сумма уставного фонда, балансовые итоги годовой предпринимательской деятельности и другие). Перечень видов деятельности, сведения о которых не могут составлять объект коммерческой тайны должен был определяться Правительством РК. Подобный перечень Правительством Казахстана так и не был определен.

***Во-вторых, коммерческую тайну не могли составлять сведения, являющие объектом государственной тайны (п.1 ст.21 Закона РК «О защите и поддержке частного предпринимательства»).*** Государственные секреты – институт публичного права. Правовой режим таких сведений регулируется Законом РК «О государственных секретах» от 15 марта 1999 г. /66/. В соответствии с данным законом должен утверждаться перечень сведений, отнесённых к государственным секретам.

Следует обратить внимание на вопрос о возможных случаях, когда государство признает необходимым отнести конкретные сведения физических и юридических лиц коммерческого характера к государственной тайне. Надо признать, что это тоже ограничение прав обладателей нераскрытой коммерческой информации. Государственный орган, который становится обладателем информации, несомненно, обязан возместить убытки бывшему её обладателю. Если при этом права бывшего обладателя будут ущемлены ему должно быть предоставлено право обжаловать в суд действия должностных лиц, государственного органа.

Данный вопрос требует законодательной регламентации. Необходимо установить хотя бы общий порядок выкупа нераскрытой коммерческой информации у физических и юридических лиц, ясно определить по решению каких органов допускается выкуп информации у частных субъектов, предоставить государству право выкупа информации, только в целях обеспечения экономической безопасности государства. Следует законодательно решить и вопрос о порядке определения размера, выплаты компенсации, пределы ограничения права использования, распоряжения информацией бывшим обладателем и другие. При этом можно установить, что бывший собственник информации, составляющей коммерческую тайну вправе распоряжаться ею лишь с согласия соответствующих государственных органов. Думается, размеры компенсации должны определяться по соглашению сторон.

Далее, в самом понятии нераскрытой коммерческой информации заложены некоторые ограничения определения состава объекта коммерческой тайны. В частности, не может быть объектом коммерческой тайны информация, которая уже является объектом авторского права. Также, если информация стала объектом патентного права, то ей уже не придать статус коммерческой тайны. Поэтому, если субъект обладает информацией, отвечающей условиям патентования, ему следует тщательно подумать над тем, какой режим придать данным сведениям.

Конечно, нельзя относить к объекту коммерческой тайны информацию о противоправной деятельности субъекта (сведения о деятельности, способной нанести ущерб обществу, экологии окружающей среды, здоровью людей, способной использоваться в целях недобросовестной конкуренции, уклонения от уплаты налогов, осуществления незаконной, неуставной деятельности и прочее). Но не исключено, что обладатель такой информации может охранять её как объект коммерческой тайны. Но в случае её разглашения обладатель не получит правовую защиту.

***Включение информации в состав объекта коммерческой тайны должно осуществляться путём специального оформления на уровне локальных норм таким образом получить конкретные очертания. Такой вывод можно сделать из анализа ст. 11 Закона РК «О частном предпринимательстве», где установлено, что субъект частного предпринимательства сам определяет круг лиц, имеющих доступ к информации, составляющей коммерческую тайну и принимает меры к охране ее конфиденциальности.***

***Ранее действовавший Закон РК «О защите и поддержке частного предпринимательства» прямо гласил, что обладатель должен в письменной форме известить заинтересованных лиц о составе и объёме объекта (предмета) коммерческой тайны.***

***Изложенное показывает, что режим коммерческой тайны для коммерческой информации автоматически не может возникнуть. Следовательно, юридическое понятие объекта коммерческой тайны не может возникнуть из простого заявления о том, что информация входит в состав объекта коммерческой тайны, которое употребляется лишь в бытовом значении.***

Если подвести некоторые итоги сказанному, то можно сказать, что одним из условий признания информации объектом гражданских прав является установление режима коммерческой тайны в отношении любой по содержанию коммерчески ценной информации. Объём таких сведений не подлежит чёткому определению. Выделение единой для всех субъектов формулировки относительно коммерческой

информации в виде перечня сведений не представляется возможным. Тем не менее можно говорить о наиболее общих критериях отнесения сведений к объекту коммерческой тайны, соответственно, объекту гражданских прав, а именно: информация должна иметь действительную или потенциальную коммерческую ценность (её разглашение может нанести ущерб коммерческим интересам обладателя); информация имеет обращение только в сфере профессиональной коммерческой деятельности обладателя; используется для производства товаров, услуг; информация в определённой степени неизвестна третьим лицам (не является общеизвестной); информация реально или потенциально создаёт преимущества в конкурентной борьбе; информация не относится к перечню сведений, определенному законодательством, которые не могут составлять объект коммерческой тайны, в частности: к государственным секретам, к сведениям отчётности, о зарплате, доходах работников (предоставляемых им же).

Таким образом, действующее законодательство Казахстана по существу содержит понятие коммерческой информации как объекта гражданско-правовой защиты, в частности, как объекта коммерческой тайны. Коммерческая информация - представляющая коммерческую ценность в силу неизвестности её третьим лицам (нераскрытая коммерческая информация), доступ к которой ограничен.

Из данного гражданско-правового понятия коммерческой информации вытекают ряд вопросов, касающихся возможного правового режима данной информации в гражданских правоотношениях. В первую очередь, как нам кажется, следует рассмотреть коммерческую информацию с точки зрения основной классификации объектов гражданских прав.

Из приведённого в начале настоящего параграфа понятия информации ясно, что она по своей сути явление нематериальное, бестелесное, неосязаемое, разнообразное по своему содержанию, предстающее в различных формах. Соответственно, в гражданско-правовом срезе коммерческая информация - по своей природе нематериальный объект, который не сводится к физическим объектам, чаще всего выступающими её носителями. В этой связи следует задуматься о том, к какому виду объектов отнести коммерческую информацию.

Согласно ст. 115 Гражданского кодекса РК (общая часть) объекты гражданских прав делятся на имущественные и личные неимущественные блага и права. При этом под имущественными благами понимаются все те материальные предметы и иные ценности, которые могут удовлетворять материальные и иные потребности субъектов права /40, С. 286/, добавим, могут быть в обладании субъекта. Имущественные права понимаются как субъективные гражданские права на имущественные блага, их приобретение, использование и отчуждение /40, С. 287/, имеющие экономическое содержание /67, С. 41/. Личные неимущественные блага и права понимаются как нематериальные по своей природе блага и свободы неотделимые от личности и не имеющие экономического содержания /67, С. 192/.

Коммерческая информация, бесспорно, имеет экономическое содержание, является объектом человеческой деятельности, может находиться в обладании субъекта (принимая различные формы) удовлетворять его материальные и иные потребности. Это означает, что коммерческую информацию можно отнести к имущественным благам. При этом, учитывая, что информация не есть материальный предмет, следует относить её к числу иных ценностей. Заметим, что имущественные блага и права объединяются в законодательстве понятием «имущество».

Признано, что имущество - основная разновидность объектов гражданских прав. Поэтому попутное определение понятия имущества, на наш взгляд, будет способствовать раскрытию правового режима коммерческой информации-объекта гражданских прав.

Как известно, термин «имущество» широко используется в экономике, в законодательстве, науке права. В экономике он обозначает собственность в широком смысле слова. Что касается науки гражданского права, то здесь нет однозначного понимания данного термина.

В цивилистической науке существуют различные значения «имущества». В узком значении имущество обозначает материальные предметы (как одну вещь, так и их совокупность). В широком значении в состав имущества включаются, помимо материальных предметов, нематериальные предметы, имущественные права, обязанности лица /69, С. 97-103/.

Модификация понятия имущества произошла в большей степени за счет изменения понятия вещи как основного вида имущества. К вещам стали относить газ, электроэнергию (когда они отделены от общей массы). Кроме того, сыграло большое значение использование концепции «бестелесного» имущества, существовавшей ещё в римском частном праве, согласно которой «бестелесное» имущество - есть права, имеющие стоимость и денежную оценку, но при этом «идеальные» по содержанию /70, С. 140; 71, С. 123; 45, С. 230 – 231/.

Таким образом, независимо от материальной или идеальной природы предметов, стало возможным обозначение их категорией «имущество».

Согласно взглядам учёного Б.В. Покровского, имущество - это социальное свойство предмета, приобретаемое при подпадении под волю человека, его качество, опосредованное волевым отношением к ней как к носителю потребительной стоимости и стоимости /72, С.81/. Иными словами, чтобы предмет приобрел такое свойство или качество как «имущество», субъект должен иметь потребность (интерес) в ней, а предмет должен обладать способностью удовлетворить этот интерес (полезностью). Следовательно, материальные и нематериальные предметы должны представлять ценность для субъекта. При этом имеется в виду не только денежная ценность – экономический интерес. Способность удовлетворять иные интересы субъекта (к примеру, духовные) тоже ценность.

Отсюда следует, что, как только информация подпадает под волю субъекта (то есть субъект отделяет информацию от общей массы сведений) в качестве носителя ценности, она приобретает свойство имущества, а значит, становится объектом гражданских прав. Это означает, что в принципе любая информация может приобрести качество «имущества».

Как отмечалось, объектом гражданских прав по существу может быть лишь нераскрытая информация. Всякая нераскрытая информация может приобрести качество «имущества». «Экономически имущество, как правило, обладает свойством товара» /40, С. 287/, но не всегда. Хотя всякий товар обладает свойством имущества. Отсюда вывод: любая информация, имеющая коммерческую ценность в силу неизвестности третьим лицам (товар) является имуществом, но не всякая неизвестная информация, обладающая качеством «имущество», является товаром. Прежде чем рассмотреть коммерческую информацию как товар, мы полагаем, что следует остановиться на вопросе о праве на коммерческую информацию.

Выше мы заметили, что понятие «имущество» включает имущественные блага и права (п.2 ст 115 ГК РК). Имущественному благу-информации корреспондирует

имущественное право на информацию. Особенностью информации является то, что законом практически не устанавливается за кем-либо монополии на её обладание /73/. Конституция Республики Казахстан обеспечивает свободу информации /74/. Вследствие этого особый интерес для науки гражданского права представляет проблема возможности установления абсолютного права на информацию. Для коммерческой информации как объекта гражданских прав этот вопрос имеет первостепенное значение.

Вспомним, что коммерческая информация представляет собой сведения, имеющие коммерческую ценность, то есть её можно продавать, покупать. Иными словами, коммерческая информация, бесспорно, может быть товаром на рынке. Любое юридически значимое действие, основанное на нормах гражданского права, совершаемое в отношении товара происходит в рамках гражданского оборота /75, С. 33/. В свою очередь, включение товара в гражданский оборот предполагает закрепление абсолютного права. Это продиктовано необходимостью обособления, индивидуализации любого объекта участвующего в рыночных отношениях.

Выяснение возможных правовых механизмов закрепления абсолютного права на объект, как нам кажется, позволяет подойти более квалифицировано ко многим правовым вопросам, касающимся конкретного объекта гражданских прав, в частности, к владению, пользованию и распоряжению объектом как имуществом, товаром. Данная триада правомочий, как правило, характеризует состояние присвоенности материального объекта субъекту и составляет содержание его права собственности, которое является одним из видов абсолютного права. Содержание абсолютных прав составляет возможность монопольного осуществления права на объект /39, С. 140-141/.

В теории гражданского права и в законодательстве (в частности, ст. 188 ГК РК) традиционно под объектами права собственности понимается имущество в узком смысле слова как предметы материального мира. При этом надо заметить, что монополия может устанавливаться как на данные предметы, так и на обладание ими. Хотя в нормативных правовых актах состояние присвоенности информации иногда характеризуется через указанную выше триаду правомочий (к примеру, в п. п. 2, 5, 8, Положения «О порядке реализации информации о недрах Республики Казахстан») /76/.

Рассмотрение правомочий собственника по владению, пользованию, распоряжению, в смысле вещного права, применительно к информации даёт следующее. Так, владение в смысле вещного права, сводится к фактическому обладанию вещью. Сведениями физически обладать невозможно. Можно обладать физически материальными носителями сведений. Одну и ту же информацию можно неограниченно тиражировать, менять способы её фиксации, распространять среди неопределённого круга лиц. Кроме того, информацией одновременно могут обладать как первый владелец, так и последующие владельцы.

Таким образом, право владения в значении, понимаемом для вещей, в отношении не имеющей физического существования коммерческой информации теряет смысл. Тогда, что значит владеть (обладать) коммерческой информацией? Надо полагать, что обладание коммерческой информацией есть знание её содержания (когда её носитель – мозг человека). Хотя владение материальным носителем информации тоже можно рассматривать как обладание информацией. Но носителями информации не всегда выступают материальные предметы. Скорее всего, материальные носители – это одно из средств получения информации в своё обладание, передачи, хранения её.

Из приведённых положений следует, что, если обладателями коммерческой информации могут одновременно выступать несколько субъектов, значит, они могут одновременно осуществлять пользование.

Распоряжение коммерческой информацией также имеет специфику. В частности, если говорить об отчуждении вещи, то отчуждатель вместе с ней лишается возможности физически обладать, пользоваться, в дальнейшем распоряжаться этой вещью. Появляется новый и единственный собственник этой вещи. Если, к примеру, коммерческая информация отчуждается путём продажи, продавец передаёт информацию новому владельцу, но при этом информация продолжает оставаться и в его обладании. Значит, остаётся у продавца и право использовать коммерческую информацию, если иное не установлено соглашением сторон или законом. И один владелец может бесчисленное количество раз отчуждать одну и ту же информацию другим лицам. Если информация содержится на материальных носителях, отчуждатель может лишиться права распоряжения носителем, но не информацией.

Распоряжение информацией может пониматься как возможность тиражировать информацию, заключать лицензионные соглашения с третьими лицами, вносить в качестве вклада в уставный капитал юридического лица и так далее. Однако, условия отчуждения могут быть такими, что отчуждатель лишится коммерческой информации (не в смысле «забудет» её). В частности, при таком отчуждении коммерческой информации, как продажа можно считать общим правилом, что продавец лишается права использовать оставшуюся в его обладании информацию, а так же лишается права распоряжения ею. При этом коммерческая информация остаётся лишь в обладании отчуждателя. Думается, что в данном случае у отчуждателя должно оставаться и право пользования информацией для собственных нужд (к примеру, как в договоре на выполнение научно-исследовательских работ) /77, С. 371/, если иное специально не предусмотрено договором.

Резюмируя изложенное, можно сделать вывод, что касательно коммерческой информации предметом монополии не может быть физическое обладание. Абсолютное право на саму коммерческую информацию (в силу природы) не может быть установлено. Но её товарный оборот невозможен без определения абсолютных прав на нее.

Как нам представляется, в принципе можно говорить о состоянии присвоенности коммерческой информацией, но выраженной в абсолютном праве иного рода, чем право собственности. Следует согласиться с тем, что абсолютное право можно определить не на сведения, как таковые, «а на доступ к ним и их практическое использование» /78, С. 306/. Как мы уже выяснили доступ можно ограничить лишь в отношении нераскрытой информации.

Таким образом, об абсолютном праве на коммерческую информацию можно говорить лишь условно, так как непосредственный объект монопольного обладания – это право использования информации. Соответственно, условным является и обозначение коммерческой информации товаром.

Если объектом абсолютного права является не сама коммерческая информация, а доступ к ней и право её использовать, то на рынке товаром выступает не сама информация, а монопольное право её использования. Отсюда следует, что вне абсолютного права коммерческая информация не имеет стоимости. Следовательно, вне прав она, являясь нематериальным объектом, не может выступать на рынке, так как допустимо её свободное использование без чьего-либо разрешения (в

соответствии с установленной свободой информации). Можно предположить, что это специфика вообще объектов никак не выраженных материально во вне.

В связи с изложенным возникает вопрос - в соответствии с нормами какого института гражданского права предоставляется абсолютное право на коммерческую информацию? Сама природа информации это определяет. С одной стороны информация может восприниматься как нечто объективно существующее (например, как воздух, свет и прочее). А с другой стороны, информация может рассматриваться как результат особого человеческого труда – умственного, то есть, результат нематериальный по природе, выраженный вовне в какой-либо объективной форме (речь, бумага и другие), способствующей его восприятию.

Мы уже отметили, что в настоящее время отношения, складывающиеся по поводу коммерческой информации, регулируются в рамках института интеллектуальной собственности. Согласно нормам данного института для выражения состояния присвоенности нематериальных объектов используется категория «исключительных прав».

Исключительное право, согласно ст. 964 Особенной части ГК РК, есть имущественное право обладателя использовать объект интеллектуальной собственности любым способом и по своему усмотрению. Другие лица могут осуществлять использование только с согласия обладателя исключительного права. Объекты исключительного права перечисляются в п. 8 ст. 2 Конвенции учреждающей ВОИС от 14 июля 1967 г. /79/, в ст. ст. 125, 961 ГК РК.

Таким образом, состояние присвоенности коммерческой информации как объекта интеллектуальной собственности может выражаться через категорию «исключительное право» - право использовать объект с устранением третьих лиц от подобного использования.

Необходимо заметить, что исключительные права вошли в юридическую науку не сегодня. Ещё в правовой литературе девятнадцатого начала двадцатого века можно обнаружить использование данной категории. В частности, в работах таких учёных как Г. Ф. Шершеневич /6; 80/, Я. Канторович /81/, А. Пиленко /82/, А. М. Кирзнер /83/ и других.

В работах этих учёных неоднократно отмечается, что понятие исключительного права появилось в зарубежной юридической науке, в частности, Германии. Один из более поздних авторов (М. Н. Кузнецов) пишет, что в зарубежной юридической науке теория исключительных прав существует как частноправовая теория интеллектуальной собственности. Согласно её положениям суть исключительности в персонификации права, отождествлении его с владельцем, которому противостоит любое лицо /84, С. 11-13/.

Особого внимания заслуживают взгляды Г. Ф. Шершеневича. В частности, рассматривая деление гражданских прав на абсолютные и относительные, он отмечал, что к абсолютным правам относятся вещные права, исключительные и права личной власти /39, С. 140 – 142/. Он писал, что различие между ними основано на различии объекта. Объединяет их то, что субъекту права противопоставляется неопределенный круг субъектов (пассивных), обязанных воздерживаться от действий, несогласованных с правообладателем, тем что устанавливаются они помимо воли пассивных субъектов. Соответственно защита абсолютных прав может осуществляться против каждого нарушителя.

Как видим, исключительное право так же, как и право собственности, относится к категории абсолютных прав. Но понятие традиционного исключительного права

претерпевает в настоящее время эволюцию, связанную с появлением на рынке множества информационных продуктов. В рамках настоящей работы представляется невозможным детальное рассмотрение вопроса о понятии исключительного права. Полагаем, данная проблема заслуживает фундаментального научно-теоретического исследования.

Итак, абсолютное право на нераскрытую коммерческую информацию можно отнести к категории исключительных прав. Коммерческая информация не может выступать в качестве товара на рынке вне установленного исключительного права.

При рассмотрении исключительного права на коммерческую информацию наш интерес вызвал также вопрос об установлении его содержания как субъективного права. Известно, что субъективное гражданское право «есть обеспеченная гражданским законом мера дозволенного управомоченному поведения и возможность требовать определенного поведения от обязанного лица в целях удовлетворения признаваемых законом интересов управомоченного» /85, С. 71; 86, С. 32; 87, С. 13/.

Действующее законодательство РК не содержит специальной нормы, раскрывающей содержание права на информацию. Однако анализ соответствующих норм Конституции Республики Казахстан (ст.ст.18, 20, 26), гражданского и других отраслей законодательства касающихся информации, позволяет заключить, что право на информацию есть возможность обладать, пользоваться, распространять, воспроизводить, распоряжаться информацией и право на защиту. Надо полагать, состояние присвоенности (исключительное право) информации тоже может характеризоваться данными правовыми возможностями.

Надо сказать, что возникновение и прекращение права на коммерческую информацию связано с особенностями начала и конца «жизненного цикла» самой информации. Информация создается в результате умственной деятельности и её источники могут быть различные (материальные предметы, уже существующая информация и другие). Под созданием информации, на наш взгляд, можно понимать и отделение её из общей массы существующей информации. При этом специфика сведений такова, что одна и та же по содержанию информация может быть создана разными субъектами независимо друг от друга. Это значит, что право возникает у каждого субъекта.

По природе, коммерческая информация есть нечто идеальное (как и всякая информация), значит, она не подвержена таким процессам как физическое возникновение, разрушение, старение. Это обстоятельство даёт основание воспринимать коммерческую информацию как нечто объективно существующее. Но, представляется, что «жизненный цикл» она всё-таки имеет и особенно в правовой плоскости. В частности, в гражданско-правовой сфере начало, течение, конец «жизненного цикла» коммерческой информации определяет её имущественная (точнее коммерческая) ценность для субъекта, в силу неизвестности третьим лицам, а не наличие информации как таковой.

Информация создаётся или отделяется от общей массы информации тогда, когда в ней имеется потребность, которая возникает в силу эффективности информации в решении каких-либо задач, возникающих в процессе предпринимательской деятельности, связанных с вопросами получения прибыли. Если создание информации или отделение её от общей массы опосредовано волевым отношением субъекта к ней как носителю потребительной стоимости и стоимости, ею приобретает качество «имущество». Данное обстоятельство определяет начало «жизненного цикла» нераскрытой информации как объекта гражданских прав.

Прекращает существование коммерческая информация как объект гражданских прав с утратой имущественной (точнее коммерческой) ценности. Утрата такой ценности может быть в силу различных причин (экономических, политических, личных и так далее). Одна из причин – это раскрытие неизвестной коммерческой информации неопределённому кругу лиц (разглашение). В этом случае прекращение существования нераскрытой коммерческой информации как объекта гражданских прав не означает физическое её исчезновение. Объективно информация продолжает существовать.

Конечно, о прекращении права на коммерческую информацию можно говорить в случае, когда она уничтожена. Информацию можно считать уничтоженной, когда её содержание забыто. Кроме того, исчезновение коммерческой информации может быть в силу того, что она станет источником новой информации, которая её заменит. Однако в последнем случае можно говорить скорее о “старении” коммерческой информации, точнее – об её рассеивании. Мы считаем, что рассеивание коммерческой информации сравнимо с моральным и физическим старением имущества материального по природе. Рассеивание в отношении коммерческой информации является основанием отпадения необходимости защиты, а значит прекращения исключительного права. Надо заметить, что определить срок рассеивания информации трудно. Такая способность любой информации порождать новую информацию означает, что информация может и не уничтожаться, даже возрастая. К слову, «такая способность – как отмечает А. А. Шиверский - создаёт объективные предпосылки... уязвимости... информации» при её защите /53, С. 12/.

Фактором, влияющим на продолжительность «жизненного цикла» коммерческой информации, можно считать продолжительность существования её носителей. К примеру, материальные носители подвержены физическому старению, износу, разрушению, могут быть уничтожены, утеряны, повреждены. Вместе с ними может быть утеряна, повреждена и информация, носителями которой они являются. Это положение условно, так как одна и та же информация может иметь одновременно несколько носителей.

Таким образом, можно говорить об особенностях состояния присвоенности информации и необходимости учитывать особенности природы информации при определении основания возникновения и прекращения права на информацию.

Специально следует рассмотреть коммерческую информацию через призму категории «товар». Именно в этом качестве можно применить к коммерческой информации категорию присвоенности, следовательно, определить абсолютные права на нее. Товарная форма объектов гражданских прав определяет специфику их правового режима.

***В Законе РК от 25 декабря 2008 г. «О конкуренции» товаром называется товар, работа, услуга, являющиеся объектом гражданского оборота (п.11 ст. 6) /89/.***

В экономической литературе товар определяется как производимый продукт, услуги, работы, имеющие потребительную стоимость и стоимость /30, С.183-184/. Следовательно, товар - продукт труда. В этой связи сначала решим вопрос о том, можно ли информацию вообще признать продуктом труда, поскольку она в определенном смысле объективно существующее явление внешнего мира (к примеру, как вода, воздух).

В экономическом смысле труд - это процесс расходования человеком его физических или умственных усилий, направленных на изменение природы или

отделения вещества от природы и доведение его до состояния готового к потреблению /30, С. 183/. Информация вполне может быть результатом умственных усилий (можно сказать нематериального производства), либо направленных на создание новой информации на основе существующей информации, либо на отделение её из общей массы информации посредством волевого отношения к ней как носителю потребительной стоимости и стоимости. Это означает, что информация как товар может рассматриваться в качестве результата труда.

Рассмотрение коммерческой информации как одного из видов товара, по сути, сводится к характеристике понятия товара. Однако, нельзя забывать при этом, что говорить о коммерческой информации как о товаре можно лишь условно. Она может выступать товаром на рынке только в совокупности с имущественным правом.

Товар предназначен для обмена, для продажи, для передачи кому-либо с условием компенсации усилий, затраченных на производство такого продукта труда /48, с. 183/. Кроме того, товар - лишь такой продукт труда, который предназначен не только для продажи, но и в обладании которым заинтересован потребитель. Главная характеристика товара - цена как количество денежных единиц, которые предлагаются в обмен на право обладания товаром и право использования его /30, С. 185/. Наличие названных характеристик означает приобретение товарной формы. Этими признаками, несомненно, можно характеризовать коммерческую информацию. Но особенность коммерческой информации в том, что она может быть товаром опосредованно и непосредственно.

Посредством предварительного овеществления в продуктах материального производства, поступающих на рынок, коммерческая информация становится товаром. В этом случае коммерческая информация выступает как составляющая часть вещественного товара. Но абсолютной зависимости нет, так как приобретение материального продукта не всегда является приобретением информации, заложенной в таком продукте. Непосредственный товарный обмен коммерческой информации происходит, например, при продаже патентов на изобретение. При этом главный товар - информация о технологических процессах, информация как содержание этих процессов, а не материальные вещи, которыми при этом происходит обмен (само изобретение или бумаги).

Надо сказать, что в литературе бытует мнение о том, что объектом правового регулирования является только зафиксированная на материальном носителе информация /90, С. 22-23/. Это значит, что информация, по сути, отождествляется с её материальным носителем. А это основание для отнесения коммерческой информации к категории вещей и распространения на неё права собственности, с чем никак нельзя согласиться. Конечно, для существования информации материальный носитель необходим. Даже в самом сознании человека она имеет материального носителя - мозг (в этом смысле принято обозначать людей одними из главных носителей информации). Однако, носителями информации могут выступать и другие материи, которые тоже обеспечивают существование и движение информации в пространстве. Это электрический ток, вода, эфир, такие сигналы как речь, слова и так далее.

Носители информации - это лишь предметная форма её существования. Информация свободна от носителей. В качестве одного из доводов можно привести, к примеру, то обстоятельство, что одна и та же информация может быть сохранена, передана, использована с помощью разных носителей. Соответственно, коммерческая информация лишь связана со своими носителями, важное значение которых в том, что они способствуют идентификации (выделению её из общей массы информации),

восприятию информации. В правовой сфере это создаёт дополнительные гарантии защиты коммерческой информации и права на неё.

Таким образом, коммерческая информация должна восприниматься как объект гражданских прав, существующий наравне с материальными вещами и другими материями или в них. Поэтому следует говорить о взаимосвязи коммерческой информации и её носителей (как формы её выражения), но не об их тождестве. Коммерческая информация как товар имеет такой же экономический статус как материальные продукты производства, то есть, на неё может быть спрос, в силу чего она приобретает потребительскую стоимость и стоимость, меновую стоимость (когда она производится создателем не для собственного потребления, а для обмена на другие потребительные стоимости).

Однако, к коммерческой информации неприменимы обычные представления как о конкретном товаре, имеющем геометрические размеры, массу, вес, объем, цену, обладающем физическими и химическими свойствами. Данные категории традиционно характеризуют товары, имеющие вещественную форму. Несмотря на это обстоятельство в отношении коммерческой информации можно говорить о качественных и количественных характеристиках, о цене. Но необходимо учитывать специфику их применения.

Обратимся к такой характеристике как цена. Денежная оценка является необходимым условием рыночного обращения имущества. В основе формирования цены товара (его стоимости) лежат издержки производства /30, С. 187-192/, которые вынужден нести производитель, как при материальном, так и при нематериальном производстве. В последнем случае издержки не только материального характера. Тогда, как будет определяться цена на продукт нематериального производства, в частности, на коммерческую информацию?

Цену на коммерческую информацию определяет собственник. Цена является отражением такого фактора как ценность, но не тождественна ему. Категория «ценность» по содержанию шире, чем «цена». Цена, как правило, измеряется материальными затратами производителя. Ценность измеряется степенью необходимости субъекту предмета. Можно сказать, что ценность тоже является социальным свойством. Полагаем, что в первую очередь, именно данное свойство формирует денежный эквивалент продуктов нематериального производства.

Для определения цены коммерческой информации может оказаться полезным понятие такой категории продуктов материального производства как трудно воспроизводимые товары, на которые цена формируется несколько иначе. Как нам кажется, информация в некотором роде трудно воспроизводима. В том смысле, что процесс умственного труда (мышления, если можно так сказать) в каждом конкретном случае индивидуален.

Конечно, о денежной оценке коммерческой информации можно говорить лишь условно, так как вне исключительных прав информация не имеет стоимости. Поэтому фактически производится денежная оценка имущественного права на информацию (исключительного права). В настоящее время отсутствует какой-либо нормативный правовой документ, ясно регулирующий вопросы денежной оценки исключительных прав. На практике стоимость исключительных прав определяется по правилам денежной оценки имущества для целей бухгалтерского учёта: на основе фактических затрат, произведённых на их получение. Они установлены, в частности, **Законом РК от 28 февраля 2007 года «О бухгалтерском учёте и финансовой отчетности»** /91/, Генеральным планом счетов бухгалтерского учёта финансово-хозяйственной

деятельности субъектов (кроме банков и бюджетных организаций), утверждённым постановлением Национальной комиссии РК по бухгалтерскому учёту (НКБУ) от 18 ноября 1996 г. /92/, со Стандартами бухгалтерского учёта (№№ 3, 4, 5, 6) /93/.

Таким образом, согласно изложенному, цену на информацию необходимо формировать в зависимости от материальных издержек, степени необходимости субъекту и, возможно, как на трудно воспроизводимый товар. Всё это, с точки зрения бухгалтерского учёта, может входить в цену, но необязательно. Кроме того, могут существовать конкретные указания в законодательстве. К примеру, как это определялось *утратившее силу* Положение о порядке реализации (передачи, обмена, продажи) информации о недрах Республики Казахстан, утверждённое постановлением Кабинета Министров РК 8 декабря 1992 г. устанавливало, что цена информации о недрах определяется собственником на основании конъюнктуры, то есть исходя из ситуации на рынке, в зависимости от её значимости, а также может устанавливаться в соответствии с положением конкурса, если информация о недрах продаётся в процессе конкурсных предложений на предоставление концессии на территорию или месторождение.

*Ныне действующее Распоряжение Премьер-министра Республики Казахстан от 4 декабря 1998 года N 236-р «О передаче информации о недрах во временное пользование» /76/ разграничивает случаи возмездного и безвозмездного предоставления информации о недрах, при этом цена информации о недрах, находящейся в государственной собственности, третьего уровня (полного пакета) устанавливается уполномоченным органом.*

*Информация о недрах, собственником которой является недропользователь, предоставляется в пользование в учебных, научных, коммерческих и иных целях в период действия контракта по согласованию с уполномоченным органом. Использование информации о недрах, полученной за счет средств недропользователя и переданной в уполномоченный орган, осуществляется в соответствии с соглашением между уполномоченным органом и недропользователем, предусматривающим порядок предоставления информации другим лицам и срок ее конфиденциальности.*

Думается, что необходимо рассмотреть в гражданско-правовом срезе особенности и таких характеристик коммерческой информации как количество и качество. Известно, что в отношении по природе материальных вещей установление их количественных характеристик осуществляется путём использования существующих метрологических единиц длины, веса, объёма (метр, килограмм и прочее).

Что касается количества информации, то его можно определять количественными методами измерения, принятыми в естественных науках. В первую очередь, это кибернетические единицы измерения (биты, байты и т.д.). В зависимости от метода фиксации информации, единицей измерения её количества может быть количественная характеристика её носителя (к примеру, число страниц). К слову заметим, что в отношении информации термины «количество» и «объём» используются как тождественные. Объяснить это можно только нематериальной природой информации. Кроме того, количество информации может устанавливаться соглашением, законодательством, *так как это, к примеру, было установлено* п.2 Положения от 12 июля 1996 г. «О требованиях, предъявляемых к форматам передачи информации в платёжной системе Республики Казахстан», *где за* единицу информации было принято сообщение, понятие которого не было разъяснено. Между тем в обиходе и в литературе нередко ставится знак равенства между терминами

«информация» и «сообщение». Тогда как термин «сообщение» предполагает активные волевые действия лица по передаче информации вовне, а термин «информация» должен обозначать формализованные сведения, предназначенные для передачи /95, С. 54/.

При применении к коммерческой информации категории «качество», вероятно, нужно, как и в отношении материальных вещей, исходить из совокупности объективных свойств, определяющих возможность её использования по назначению. Качество вещей обычно определяется такими методами фиксации объективных свойств, как договорный, стандартный, комбинированный. Информация характеризуется разнообразием, поэтому требования к свойствам коммерческой информации целесообразно устанавливать в каждом конкретном случае. Значит, из названных методов более подходит договорный, при котором сами стороны устанавливают какими должны быть свойства, состав и другие параметры информации как производимого или реализуемого товара (как, например, в договоре на выполнение научно-исследовательских работ). Закреплять в стандарте требования к информации практически невозможно в силу её природы, но и не исключается.

**Согласно ст. 3 Закона РК от 9 ноября 2004 года № 603-ІІ «О техническом регулировании»** объектом стандартизации признаются продукция, процессы, услуги/96/. Это говорит о том, что коммерческая информация может быть объектом стандартизации. Однако, думается, что такой метод фиксации требований к коммерческой информации может использоваться лишь в отношении конкретного её вида, в конкретных случаях по установлению законодательства в целях обеспечения безопасности продукции, безопасности для здоровья людей, рационального использования информационных ресурсов, защиты интересов потребителей.

Что касается общих требований к качеству коммерческой информации как родовому понятию, то их законодательное закрепление невозможно в силу её природы. Представляется возможным лишь установление общих правил, позволяющих определить, какую информацию нельзя производить, использовать, реализовывать. Иными словами, необходимо в нормативно-правовом порядке закрепить, какая коммерческая информация признаётся недоброкачественной, то есть «дефектной». Пока же лишь анализ соответствующих норм различных отраслей законодательства Казахстана даёт нам представление о том, производство и реализация какой информации запрещены. К примеру, согласно п.3 ст.20 Конституции Республики Казахстан, ст. ст. 273, 274 Уголовного кодекса Республики Казахстан /97/, ст.2, п.2 ст.14 Закона РК от 23 июля 1999 г. «О средствах массовой информации» /60/ запрещена порнографическая, специального сексуально-эротического характера информация, а так же пропагандирующая культ жестокости и насилия, подрыва безопасности государства, войны и т.д. Нормы законодательства о защите прав потребителей запрещают предоставление потребителям информации не соответствующей действительности, заведомо неполную. К примеру, ст.11 Закона РК «О защите прав потребителей» от 5 июня 1991г. не допускает предоставление ложной информации в рекламе о товарах, услугах, изготовителях, о финансовом состоянии организации /99/.

Изложенное позволяет заключить, что коммерческая информация, как и материальная вещь, несомненно, может иметь недостатки, которые могут быть в способе собирания, в форме предоставления, в содержании /95, с. 60-61/. **Согласно** нормам действующего законодательства, запрещается распространять, использовать информацию, полученную с нарушением режима государственной, коммерческой,

служебной тайн (*Смотрите Закон РК «О частного предпринимательстве» от 31 января 2006 г.; Закон РК «О конкуренции» от 25 декабря 2008г.*). Полагаем, такая информация имеет недостатки в способе собирания.

Что касается формы предоставления коммерческой информации, то это одно из совершаемых с информацией действий, близко связанное с распространением, передачей, можно сказать форма подачи коммерческой информации её потребителю. Точнее, это своего рода структура сведений (та или иная их комбинация). Одна и та же информация может быть преподнесена потребителю в различной форме. При этом могут быть такие формы подачи (предоставления) информации, которые оказывают вредное влияние на подсознание людей, на их здоровье. К примеру, информация порнографического характера, информация, пропагандирующая культ жестокости и насилия.

Как уже сказано, дефектна коммерческая информация с недостатками в содержании. В качестве таковой следует понимать информацию, заведомо не соответствующую действительности или заведомо неполную.

Таким образом, можно сказать, что, если коммерческая информация по содержанию, форме предоставления и способу собирания способна причинить вред каким-либо интересам субъекта она имеет недостатки (она дефектна).

Итак, коммерческая информация как родовое понятие рассмотрена нами через призму категорий «имущество», «товар». Как правило, названные категории являются отражением общего (отраслевого) правового режима любого объекта гражданских прав. В заключение хотелось бы уделить внимание установлению принадлежности коммерческой информации к конкретным группам имущества, предусмотренным ГК РК.

Во-первых, по оборотоспособности (п.1 ст.116 ГК РК). Коммерческая информация является оборотоспособным имуществом. Общие правила оборотоспособности информации содержатся в ГК РК. В отношении отдельных её видов такие правила могут устанавливаться специальными актами. Коммерческая информация может быть изъята из гражданского оборота путём установления запрета на её распространение. Во-вторых, имущество может быть делимым и неделимым (ст. 120 ГК РК). Коммерческую информацию нельзя однозначно отнести к тому или другому виду имущества. Как правило, она делима. Но в зависимости от ситуации она может быть признана и неделимым имуществом. Кроме того, как мы уже говорили, коммерческая информация - благо идеальное не потребляемое, подвергающееся лишь моральному (рассеиванию), но не физическому старению. Хотя в отношении любой информации можно говорить и о потребляемости, но в ином смысле, чем в отношении материальных вещей. Использование информации, видимо, и есть её потребление. Назначение информации в предоставлении знания (устранении неопределённости). Потребление выражается в получении этих знаний.

Таким образом, нами рассмотрена коммерческая информация как разновидность объектов гражданско-правовой защиты, сделана попытка назвать общие критерии определения коммерческой информации как объекта коммерческой тайны.

### **1.3 Коммерческая тайна - способ защиты гражданских прав**

С момента появления в законодательстве института коммерческой тайны одним из его актуальных проблем является определение понятия и правовой природы

коммерческой тайны. В настоящее время существуют разные подходы к решению данного вопроса.

Согласно позиции законодателя (*ст. 1 Закона РК «О частном предпринимательстве»*) коммерческая тайна представляет собой любые сведения, связанные с деятельностью *субъекта частного предпринимательства*, разглашение (передача, утечка) которых может нанести ущерб его коммерческим интересам /27/. Пункт 1 ст. 126 ГК РК гласит: «гражданским законодательством защищается информация, составляющая служебную или коммерческую тайну, в случае, когда информация имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности её третьим лицам, к ней нет свободного доступа на законном основании и обладатель информации принимает меры к охране её конфиденциальности».

Такое определение понятия коммерческой тайны, как справедливо отмечают некоторые авторы /12, С. 88/, довольно общее. Конечно, оно позволяет отождествлять коммерческую тайну и коммерческую информацию, но на основе названных законом условий трудно выделить коммерческую тайну как вид информации. А в отношении информации эти условия кажутся неясными и расплывчатыми. Особенно такие условия, как отсутствие свободного доступа и необходимость принятия мер охраны конфиденциальности информации (т. е. утечки, хищения, разглашения информации). Возможно, поэтому, несмотря на законодательное закрепление понятия коммерческой тайны как вида информации, в правовой литературе продолжается дискуссия.

Так, по мнению одних авторов коммерческая тайна – это, прежде всего информация, отвечающая условиям отнесения её к тайне /73, С. 56/. Другие предполагают, что коммерческую тайну можно называть охраняемым законом правом на засекречивание информации о различных операциях для сохранения их от конкурентов /101/. В одном из учебников по курсу “Предпринимательство” отражено такое же определение /102, С. 246/.

Виноградов С.Н. коммерческую тайну определяет как сведения о различных сторонах производственной, торговой, управленческой, научно-технической, финансовой деятельности предприятия, которые в интересах конкуренции и экономической безопасности фирмы подлежат охране /103, С.33/. Подобного мнения придерживается Соловьёв Э /14, С.6/.

Коммерческая тайна называется и режимом конфиденциальности. В этом случае она определяется как совокупность органов защиты, используемых ими средств и методов защиты конфиденциальных сведений и их носителей, мероприятий, проводимых в этих целях /62, с. 212/. Защита информации в режиме конфиденциальности определяется как предотвращение утечки, хищения, утраты, несанкционированного уничтожения, искажения, несанкционированного копирования, модификации (подделки), блокирования. /104, С. 5/. В словаре режим конфиденциальности определяется как состояние информационной безопасности предприятия, определяемое системой правовых, организационных, технических мер, обеспечивающих сохранность объектов имеющих информационный характер /105, С. 260/. Это реализация системы защиты информации для конкретного объекта (предприятия, фирмы, лаборатории, конкретной работы) /50, С. 62/.

В зарубежной практике распространённым можно считать определение коммерческой тайны как информации, полезной для ведения дела, дающей преимущество над конкурентами, ею не обладающими /13, С.31-32/. Такая

информация представляет интерес, прежде всего для конкурентов. Поэтому коммерческую тайну называют институтом, являющимся средством обеспечения имущественных и иных прав предпринимателей /54, С.71/, институтом, который по своим основным положениям вмещается в рамки общих государственных усилий по установлению «добросовестной конкуренции» /12, С.187-188/. По сути, коммерческая тайна называется способом защиты информации предпринимателя. Более того, способом защиты от недобросовестной конкуренции.

Практически все авторы едины во мнении, что коммерческая тайна является объектом интеллектуальной собственности /3; 90/. Она, как патенты и авторское право, называется и формой защиты интеллектуальной собственности /12, С.188/.

Таким образом, с теоретической и практической точек зрения авторы традиционно усматривают в коммерческой тайне: 1) объект гражданских прав, объект интеллектуальной собственности; 2) нераскрытую информацию, представляющую коммерческую ценность; 3) право субъекта на информацию; 4) способ защиты информации; 5) способ защиты от недобросовестной конкуренции, форму охраны интеллектуальной собственности предпринимателей.

Все названные подходы представляют собой опыт нахождения общего понятия коммерческой тайны. Каждый из них подчёркивает тот или иной важный аспект коммерческой тайны. Однако, такое разнообразие подходов оставляет открытым вопрос о правовой природе коммерческой тайны. Пытаясь его рассмотреть, можно предположить, что существование разных подходов к определению соотношения понятий «коммерческая информация» и «коммерческая тайна» связано с противоречивым характером природы вообще понятия «тайна».

В словаре С. И. Ожегова оно определяется как нечто ещё не познанное или скрываемое от других /106, С. 656/. «Тайна», считает А.А.Шиверский, - это понятие, имеющее несколько смысловых значений. В целом тайну принято понимать как нечто ещё непознанное. В этом смысле её употребляют в отношении явлений, сущность которых пока не постигнута человеком, то есть тайна как объективная категория, хотя она может быть в любое время познана и в силу этого раскрыта. Как правило, это законы природы или общества. Тайна может рассматриваться и как субъективная категория, считает А. Шиверский. В этом смысле она определяется как сведения, которые какой-либо субъект скрывает от других. Таким субъектом может быть и физическое лицо, и юридическое лицо, и государство. Следовательно, понимание тайны как объективной или субъективной категории зависит от того, кто её устанавливает и что является тайной /53, С.9-10/.

Отсюда следует, что в области защиты информации тайна – субъективная категория, когда сведения о каких-либо событиях, явлениях, предметах скрываются от других по тем или иным причинам. Следовательно, коммерческая тайна – субъективная категория, как нечто скрываемое лицом от третьих лиц, т.е. известное не всем.

На наш взгляд, из анализа понятия тайны напрашиваются и другие выводы. С нашей точки зрения, приведённая из словаря С. И. Ожегова трактовка тайны позволяет заключить, что здесь не идёт речь только об информации. Скрываться может что угодно, в том числе и какие-либо материальные предметы. Следовательно, понятие «тайна» может означать что угодно, а не только информацию. Отсюда вытекает, что содержание понятия «тайна» нужно выяснять в каждом конкретном случае.

Если же исходить из того, что нечто скрывается субъектом, как правило, из соображений защиты своих прав и интересов, то тайна выступает в качестве способа их защиты. В этом смысле тайна – есть сокрытие чего-либо. Возьмём, к примеру, тайну личной жизни. Непосредственным объектом выступает личная жизнь, а тайна (сокрытие информации о личной жизни) способ её защиты от вмешательства в неё третьих лиц. Такое понимание тайны часто находит выражение и в разговорной речи, например, когда мы говорим о хранении в тайне (держат в тайне) по аналогии с хранением материальных предметов в сейфе.

Резюмируя изложенное, нужно сказать, что «тайна» широкое понятие, которое может означать и объект защиты, и способ защиты объекта. При этом использоваться могут оба понятия. Это позволяет подчеркнуть условность термина «тайна». Отсюда вытекает, что «коммерческая тайна» – это понятие, которое главным образом может рассматриваться в двух смысловых значениях. Во-первых, коммерческая тайна может выступать как понятие, непосредственно совпадающее с коммерческой информацией, являющейся объектом гражданско-правовой защиты. Во-вторых, коммерческую тайну можно рассматривать как охватывающее понятие, как правовой режим, объект защиты которой – коммерческая информация. При этом коммерческая тайна обеспечивает фактическую монополию на обладание информацией. Полагаем, что в первом случае понятие коммерческой тайны даётся в узком смысле, как понятие, совпадающее с объектом защиты. Во втором случае она рассматривается в широком смысле, как способ защиты коммерческой информации.

Конечно, в интересах исключения терминологической путаницы, недопустимо использование в законодательстве понятия «тайна» в двух смысловых значениях. Но нам трудно согласиться с тем, что «тайна» в законодательстве означает вид информации. Это может означать, что, например, в случае сокрытия субъектом иного, чем информация, объекта, тайны нет. Кроме того, следует исходить из назначения института тайны, а именно, из того, что субъект прибегает к сокрытию нечто как к мере защиты своих прав и интересов.

Соответственно, термин «коммерческая тайна», по нашему мнению, в законодательстве должен означать способ защиты информации. Поскольку сама коммерческая информация как таковая не может быть объектом абсолютного права (в силу природы), таковым можно считать возможность ее использования. Это означает, что объектом защиты выступает не просто коммерческая информация, а субъективное гражданское право на неё (исключительное право). Значит, коммерческая тайна может быть названа способом защиты гражданских прав, так как непосредственным объектом гражданско-правовой защиты выступает не сама коммерческая информация как таковая, а субъективное гражданское право на неё.

Следовательно, коммерческая тайна в широком смысле должна рассматриваться как способ защиты субъективных гражданских прав. С нашей точки зрения, данный подход представляется более состоятельным и заслуживает особого внимания. Прежде чем перейти к его рассмотрению необходимо коротко охарактеризовать защиту, способы защиты как категории гражданского и гражданско-процессуального права. Сразу отметим, что проблемы защиты подверглись многоаспектному исследованию в науке гражданского права.

Защита, как отмечается в литературе, является элементом правового регулирования /12, С. 183/. Право на защиту является одним из важных прав человека, исчерпывающей формулировкой которой ещё не выработано /107, с. 12 – 13/. При определении места защиты права в системе гражданско-правового

регулирующие авторы обращают внимание на то, что защита охватывается понятием охрана гражданских прав, которое включает всю “совокупность мер, обеспечивающих нормальный ход реализации прав”: меры правового, экономического, политического, организационного и иного характера, “направленные на создание необходимых условий для осуществления субъективных прав” /108, С. 280/.

Защита - это охрана в узком значении этого слова /12, С. 183; 108/, как «предусмотренная законом система мер, направленных на обеспечение неприкосновенности права, восстановление нарушенного права и пресечение действий, нарушающих право» /109, С. 301; 110, С. 34/, обращённых против правонарушений, но не ограничивающихся лишь мерами ответственности /111, С. 5 – 6/.

Защита гражданских прав - действия по предупреждению нарушения или восстановлению нарушенных прав, интересов субъектов /112, С. 44/. В таком определении нашла отражение деятельность не только при восстановлении нарушенного гражданского права, но и охранительная деятельность по предупреждению нарушений (например, по охране имущества безвестно отсутствующего путём установления над имуществом опеки) /113, с. 33/. Иными словами, под защитой гражданских прав понимается защита предусмотренными законодательством мерами преобладающе правоохранительного характера, направленными на охрану, либо признание, восстановление нарушенного или оспариваемого гражданско-правового субъективного права /114/.

Таким образом, сущность защиты заключается в устранении препятствий на пути осуществления субъектами своих прав, тех интересов, которые опосредованы субъективными правами. А защиту прав можно трактовать как деятельность по устранению препятствий на пути осуществления субъективных прав, по устранению последствий нарушения субъективных прав. В правовой литературе выделяются относительно самостоятельные виды действий (деятельности) по защите прав: способы (меры) защиты прав, формы защиты прав /115, С. 54 – 55/. Форма защиты определяется как «комплекс внутренне согласованных организационных мероприятий по защите субъективных прав и охраняемых законом интересов» /108, С. 282/. Способы защиты - действия, которые непосредственно направлены на защиту прав /115, С. 55/. Хотя надо сказать, что существуют различные подходы к определению способов (мер) защиты.

Одни специалисты отмечают, что способы защиты – это закреплённые законом материально-правовые меры принудительного характера, посредством которых производится восстановление (признание) нарушенных (оспариваемых) прав и воздействие на правонарушителя /108, с. 284/. Другие авторы называют, способы защиты гражданских прав мерами не только по пресечению нарушения, восстановлению нарушенных прав, но и действия по предупреждению нарушения гражданских прав. Они могут быть направлены на различные цели /113, С. 33; 114; 116, С. 97/. Такова позиция большинства специалистов.

Как известно, гражданские права могут защищаться, согласно ст. 13 Конституции РК, всеми способами, не запрещёнными законом /74/. Перечень гражданско-правовых способов защиты даётся в ст. 9 Гражданского кодекса РК и не является исчерпывающим. Эта статья предусматривает средства защиты на случай нарушения любого субъективного права. Все способы защиты гражданских принято делить на универсальные и для обслуживания определённых гражданских прав (специальные).

Например, в ст. 10 ГК РК специально предусмотрены способы защиты гражданских прав предпринимателей и потребителей или залог, задаток и другие. Защита гражданских прав посредством универсальных способов осуществляется как самостоятельно, так и наряду со специфическими способами защиты, дополняя друг друга /117, С. 6-8/. Указанные в ст. 9 ГК РК способы защиты гражданских прав называют универсальными. Но и их сфера применения ограничивается в зависимости от существа правоотношений, самого способа защиты, субъекта или объекта гражданского права /118, С. 628/. Также в зависимости от содержания действий выделяют материально-правовые и процессуальные способы защиты гражданских прав /119, С. 20/.

Кроме того, способы защиты гражданских прав принято делить на меры защиты и меры ответственности. Последовательное разграничение мер ответственности и мер защиты прав проводится в работах таких учёных как, например, Ю. Г. Басин, А. Г. Диденко /120/, Г. Я. Стоякин /113; 116; 121/. Меры ответственности в отличие от мер защиты применяются к виновному нарушителю субъективного права и выражаются в дополнительных обременениях (возмещение убытков, взыскание неустойки, компенсация морального вреда) /108, С. 286/, то есть предполагают отрицательные последствия в смысле ухудшения имущественного положения правонарушителя по сравнению с предыдущим периодом.

Меры защиты, в отличие от мер ответственности, не носят характера наказания /113, С. 35/. Назначение мер защиты может быть самое разное. Их можно классифицировать в зависимости от того рассчитаны они на реальное неправомерное поведение (восстановительные меры) или на потенциальное нарушение прав (превентивные или предупредительные). Предупредительными можно назвать, например, такие меры как опека над имуществом безвестно отсутствующего, залог и др. Как и все способы защиты, меры защиты по форме реализации подразделяются на два вида: 1) меры защиты, которые реализуются в форме самозащиты; 2) меры защиты, реализуемые в форме государственного принуждения /12, С. 184; 121, С. 48/. При этом формы защиты обусловлены различием деятельности по защите прав в целом /115, С. 55/.

Самозащита характеризуется отсутствием помощи со стороны компетентных государственных органов, организаций, то есть самостоятельностью действий защищающегося. При этом в качестве одной из основных целей применения мер защиты в форме самозащиты, наряду с пресечением нарушения и ликвидацией его последствий, называется обеспечение неприкосновенности субъективного права в будущем /121, С. 51/, то есть применение мер защиты в порядке превентивной самозащиты.

Руководствуясь изложенным рассмотрим заложенное в п. 1 ст. 126 ГК РК понятие коммерческой тайны как способа защиты гражданских прав. В частности, такие, отмеченные нами в начале подраздела, признаки как отсутствие свободного доступа и необходимость принятия мер охраны конфиденциальности информации характеризуют специальные меры, направленные на защиту монопольного права использования сведений. Эти условия защиты коммерческой информации взаимосвязаны и предполагают наличие комплекса мер, принимаемых самим обладателем информации по обеспечению сохранности нераскрытой коммерческой информации. Поэтому принято говорить о защите информации в режиме коммерческой тайны (конфиденциальности). Отсюда следует, что режим коммерческой тайны – индивидуальная система защиты (мер) информации.

Представляется, что среди всех условий защиты коммерческой информации указанным признакам законодатель придаёт решающее значение. Ибо, как отмечают некоторые авторы, охрана коммерческой информации заключается в охране её секретности /4, С. 28/. Отсутствие мер охраны конфиденциальности сведений влечёт лишение возможности защиты абсолютного права использовать информацию в случае использования этой информации третьими лицами. Данное положение отражено в п. 1 ст. 1017 ГК РК.

Таким образом, можно заключить, что рассмотрение коммерческой тайны как способа защиты гражданских прав по существу, есть раскрытие способов обеспечения сохранности коммерческой информации. Закон не содержит каких-либо ограничений по вопросу применения мер защиты коммерческой информации. Эти меры принимаются в рамках выполнения условий п. 1 ст. 126 ГК РК.

Так, условие об отсутствии свободного доступа предполагает, например, принятие мер по созданию чёткого порядка (системы) допуска к информации третьих лиц. Это предполагает определение оснований, по которым третьи лица могут получить коммерческую информацию и порядок получения. Основанием ограничения свободного доступа к информации, представляющей коммерческую ценность, являются нормы гражданского законодательства, отдельные нормы которого запрещают неправомерное получение, разглашение коммерческой тайны, определяют порядок доступа к коммерческой тайне, устанавливают ответственность за незаконное разглашение. Так, например, запрет незаконного разглашения информации, составляющей коммерческую тайну, предусмотрены *Гражданским кодексом, Законом РК «О частном предпринимательстве», Законом РК «О конкуренции»*. Ответственность за нарушение установленного запрета также предусмотрена нормами отдельных законов. В частности, п. 2 ст. 126 ГК РК (общая часть), *ст. 1018 ГК РК*. Кроме того, соответствующие нормы содержатся в уголовном законодательстве (ст. 200 УК РК).

*Закон содержит также положение, определяющее порядок доступа к коммерческой информации (ст. 11 Закона РК «О частном предпринимательстве»), который регламентирует вопросы предоставления коммерческой информации участникам хозяйственного товарищества, акционерам, работникам, государственным органам и должностным лицам.* В соответствии с установленным порядком допуска государственными органами и должностными лицами может быть получен доступ лишь к той коммерческой информации, которая необходима для выполнения стоящих перед ними задач с соблюдением соответствующих норм уголовного, уголовно-процессуального, гражданско-процессуального законодательства. Коммерческая информация, полученная такими органами и должностными лицами, не должна разглашаться.

Несмотря на существование такой общей нормы, думается, что законодательно следует урегулировать ещё некоторые отношения между обладателем информации и государственными органами. Во-первых, необходимы нормы, детально устанавливающие материально-правовые и процессуальные основания для запроса информации. Во-вторых, нормы, определяющие круг должностных лиц, уполномоченных совершать запрос. В-третьих, нормы, устанавливающие требования к форме запроса. В четвёртых, нормы, предъявляющие требования к срокам и форме ответа на запрос. В пятых, необходимы нормы, регулирующие вопросы оснований, объёма ответственности сторон в случае нарушения установленных требований.

Порядок раскрытия коммерческой информации хозяйствующего субъекта по запросам своих партнёров, клиентов, конкурентов, иностранных организаций и прочих лиц должны определять сами обладатели коммерческой информации. Так же как это, к примеру, делает государство по отношению к своим информационным ресурсам. Государственные органы, к которым часто обращаются с запросами о той или иной информации, как правило, утверждают положения или правила, инструкции ***устанавливающие порядок предоставления информации сторонним организациям.***

Ясно, что отсутствие свободного доступа прямо связано с мерами охраны. Закон не содержит каких-либо ограничений по вопросу их применения. Весь комплекс мер, обеспечивающих конфиденциальность информации, или система защиты коммерческой информации состоит из правового обеспечения, организационного обеспечения, материального и инженерно-технического обеспечения её конфиденциальности /53, С.71-78/. Остановимся на характеристике основных мер.

Одной из первых задач, которая встаёт перед обладателем нераскрытой коммерческой информации при организации её защиты, является разработка соответствующих нормативных актов /7, с. 86/, то есть правовое обеспечение сохранности коммерческой информации. Система защиты коммерческой информации (как следует из ст 126 ГК РК) создаётся главным образом на уровне актов принимаемых самим обладателем, то есть локальных актов. Ими должны определяться объём и степень открытости или конфиденциальности сведений, какой круг лиц и в каких пределах, к какой информации будет иметь доступ; порядок оповещения данных лиц о конфиденциальности сведений; оформляться обязательства данных лиц по обеспечению сохранности сведений в секрете /124, С. 31 – 35/.

Необходимым локальным актом является Устав. Он обязательно должен содержать специальный раздел или пункт о праве на коммерческую тайну, о лицах, определяющих объём и содержание, порядок защиты объекта коммерческой тайны, об обязанности всех участников юридического лица, предпринимательского дела строго хранить коммерческую информацию. Минимально необходимыми базовыми документами, на наш взгляд, являются (варианты названий могут быть иные): положение о коммерческой тайне; перечень сведений, составляющих объект коммерческой тайны; инструкция по защите конфиденциальной коммерческой информации; а также различного рода соглашения о неразглашении коммерческой информации с лицами, получившими доступ к объекту коммерческой тайны. Соответствующие нормы могут быть включены в правила внутреннего трудового распорядка.

В положении о коммерческой тайне определяется порядок установления состава коммерчески ценной информации, какими документами определяется состав, кем документ составляется, как утверждается. Указать, что документы, определяющие состав объекта коммерческой тайны, являются мобильными и определить порядок внесения в них изменений и дополнений.

При составлении локальных актов следует учитывать некоторые свойства, присущие любой информации, а именно, так называемые непрерывные информационные процессы, приводящие как к росту числа такой информации, так и к её рассеиванию /125, С.12-13; 126, С.18-22/. Напомним, что рассеивание информации сравнимо со старением имущества материального по природе. Информация может быть подвергнута «старению» очень быстро, либо бывает трудно определить срок рассеивания. Рассеивание в отношении нераскрытой коммерческой информации

является основанием отпадения необходимости защиты информации, а значит исключения её из соответствующего перечня.

С данной позиции «старение» или рассеивание нераскрытой коммерческой информации может происходить в силу различных причин. В частности, это может быть из-за нарушения режима «тайны», по причине её раскрытия самим собственником (обладателем), либо её пользователями, либо иными лицами. Нарушение «тайны» может произойти и по причине её получения кем-либо независимо от её обладателя. Также рассеивание коммерческой информации происходит при потере к информации коммерческого интереса как у обладателя (собственника), так и у третьих лиц. Заметим, что на практике часто коммерческий интерес к ней может длиться совсем недолго (может быть даже несколько часов или минут). И субъект заинтересован в создании режима коммерческой тайны лишь на некоторое время. Надо полагать, что в таких случаях просто невозможно и нецелесообразно применять специальное оформление на уровне локальных актов.

Как отмечается в литературе, в некоторых странах с развитой практикой защиты коммерческой тайны, в частности в ФРГ, статус коммерческой тайны распространяется и на информацию, не зафиксированную на носителях /127, С. 102/. Локальные акты являются одними из носителей информации. Не обязательно в деталях фиксировать на материальном носителе содержание коммерческой информации. Хотя в правовой литературе существует и противоположное мнение /128, С.11/.

Нужно отметить, что локальные акты, оформляющие соответствующее решение, должны иметь постоянный характер. Но состав и объём сведений должны содержаться в мобильных документах. Локальный акт постоянного характера должен утверждать мобильные документы, а не состав и объём нераскрытой информации. В интересах самого субъекта иметь возможность вносить изменения в объём и состав предмета коммерческой тайны. Причём не путём принятия или отмены соответствующих актов, а лишь путём внесения изменений и дополнений в мобильные документы, как то: перечни, справочники, приложения, которые постоянно будут доводиться до сведения заинтересованных лиц под их роспись /8; 12; 13/.

При определении объёма сведений, составляющих объект коммерческой тайны, в общем перечне, специальных перечнях, информацию целесообразно расположить по степени конфиденциальности. Такой метод защиты информации называется ранжированием /53, с. 92/. Так как термины «секретно», «совершенно секретно» используются для ранжирования сведений, составляющих объект государственной тайны, то здесь допустимы для обозначения термины «конфиденциально», «строго конфиденциально», «коммерческая тайна (КТ)». Они же должны проставляться на соответствующих документах. Степень конфиденциальности зависит от степени важности информации и стоимости мер по её защите. В перечнях можно указывать и сроки защиты информации. Такого рода мобильные документы должны быть утверждены соответствующим решением (например, приказом).

Основные виды мер охраны, лица, разрабатываемые их, осуществляющие и контролирующие их осуществление, определяются в положении о коммерческой тайне /3/. В нём же нужно предусмотреть и общий порядок учёта, хранения, копирования, перемещения, архивирования, уничтожения. При большом объёме конфиденциальных сведений, когда к ним имеет доступ значительный круг лиц, разрабатывается инструкция по защите коммерческой информации. Она должна

содержать порядок допуска, регистрации пользователей, обязательные для лиц, имеющих доступ к конфиденциальной информации (документам, изделиям), правила обращения с объектами коммерческой тайны /7, С. 94, 99-105/, регламентировать деятельность специальных подразделений, например, службы безопасности.

Одним из обязательных мер является заключение соглашения о неразглашении, составляющий индивидуальный уровень правового обеспечения сохранности коммерческой информации. Оно заключается с каждым, кто имеет доступ к конфиденциальной информации. Договор – основная форма взаимоотношений по использованию коммерческой информации и обеспечению её сохранности.

Индивидуальное обязательство о неразглашении следует отразить в трудовых соглашениях с работником (служащим) /129/, в основном договоре с контрагентом /73/. Обязательства учредителей, акционеров можно включить в соответствующие положения устава или разработать специальные положения. При этом порядок передачи, использования, охраны сведений, ответственности за нарушение коммерческой тайны оформляются в дополнительных к основному договору соглашениях о неразглашении /13, С. 58/.

Взаимоотношения с работниками (служащими), контрагентами можно определить и отдельным договором о неразглашении коммерческой информации. При заключении таких соглашений рекомендуется обратить внимание на свободу передвижения и сохранения профессии, к которой готовили работника, на примерное определение перечня защищаемой информации приложением к договору, на установление запрета участвовать в конкурирующей деятельности в течение определённого времени с указанием географического района после увольнения работника (служащего). С уходящим работником (служащим) можно заключить соглашение о предоставлении консультационных услуг /7, С. 86-90; 13, С. 75/.

Особенно правообладатель должен продумать меры обеспечения сохранности сведений при ведении предварительных переговоров, по завершении которых договор может быть и не заключён, а сведения стали известны третьим лицам. Поэтому соглашение о неразглашении коммерческой информации может предшествовать заключению основного договора, например, лицензионного, о передаче «ноу-хау», о совместной деятельности и других.

Помимо всего в рамках мер правового обеспечения режима тайны разрабатываются свои механизмы применения соответствующих санкций к нарушителям (с которыми обладатель каким-либо образом связан). Поэтому на уровне локальных норм прорабатываются различные варианты ответственности за нарушение коммерческой тайны.

В соответствии с п.1 ст. 126, п. 1 ст 1017 ГК РК основанием возникновения права на защиту от незаконного использования нераскрытой информации по существу является выполнение условия о принятии владельцем мер охраны конфиденциальности сведений. Но предварительно проверить соблюдение условия невозможно. Лишь в случае несанкционированного использования коммерческой информации третьими лицами проверяется соблюдение условий правовой охраны коммерческой информации. Главным свидетельством создания конфиденциального режима обращения коммерческой информации будут служить принятые владельцем локальные акты.

В этой связи, как нам представляется, необходимо законодательно закрепить перечень наиболее важных локальных нормативных актов, при наличии которых следует считать, что меры обеспечения режима коммерческой тайны приняты: устав,

положение о коммерческой тайне, инструкция по защите коммерческой информации, перечень конфиденциальных сведений, соглашения о неразглашении коммерческой информации, письменная расписка (заявление) о подтверждении обязательств о не нарушении коммерческой тайны при (после) увольнении (-ия). Заметим, что в некоторых странах СНГ, где действуют законы о коммерческой тайне, отдельные статьи посвящены некоторым вопросам локальной защиты, хотя и отсутствует регламентация многих других проблемных моментов. Например, согласно ст.7 Закона Кыргызской Республики «О коммерческой тайне» субъекты коммерческой тайны в целях установления порядка защиты коммерческой тайны должны разрабатывать инструкции, положения. При этом установлен основной перечень вопросов, которые должны получить отражение в данных документах (состав сведений, порядок допуска к сведениям, порядок использования сведений и так далее) /130/.

Основной комплекс мер организационного характера составляют: определение круга доверенных лиц и порядка допуска их, в служебных целях, к информации, в помещения, где ведутся конфиденциальные работы, создание владельцем службы безопасности, разработка специальных правил по подбору кадров, обучение сотрудников правилам защиты информации, определение формы документов, классификация и простановка специальных грифов на документах, определение объёма затрат на охрану и прочее /14; 53; 104; 131/. Иными словами, организационные меры сводятся к работам по выполнению правил, процедур и требований, установленных нормативными актами. В рамках осуществления организационных мер большое значение имеют морально-нравственные меры. Например, поощрения в отношении преуспевающих работников, создание традиции карьерного роста сотрудника в системе «родной» организации, воспитание высокого уровня локальной культуры в организации, «кодексы чести». Примером этого может служить поведение сотрудников японских фирм /18/. Как говорится, «тайну хранят не замки, а люди» /53, С. 94/ и это нужно учитывать.

Самостоятельное направление в системе обеспечения тайны приобрели сегодня инженерно-технические меры. Они включают мероприятия технического характера по скрытию от технических средств разведки сведений об объектах защиты: создание и использование экранированных помещений, специальной аппаратуры засекречивания (сигнализация, специальные замки, устройства для оперативного уничтожения информации и их носителей, сейфы, контейнеры для хранения документов и т. д.). При этом используются такие методы защиты информации как кодирование, шифрование, ранжирование, дезинформация, дробление информации и прочие методы защиты информации /53, С. 91-96/.

При кодировании и шифровании информация преобразуется в вид, исключающий понимание его содержание без ключа (криптография). На сегодняшний день любая деятельность, осуществляемая в области разработки, производства, ремонта и реализации криптографических средств защиты информации подлежит лицензированию /132/. Сами эти средства ставятся на учёт Комитета Национальной Безопасности РК /133/. Также со стороны государства осуществляется контроль за соблюдением стандартов защиты информации /134/. Не менее распространено дробление как метод защиты коммерчески ценной информации. Широко известен пример с тем же напитком «Кока-кола». Содержание информации о концентрате напитка знают трое лиц, но по частям /53, С. 93/. Зарубежной практике известны страховые методы защиты коммерческой информации. Методы защиты информации,

как правило, комплексно применяются в рамках осуществления мер охраны правового, организационного, инженерно-технического характера.

Система мер может различаться у каждого отдельного обладателя коммерческой информации. Можно говорить о бесчисленных возможных средствах защиты коммерческой информации, так как все они результат собственной смекалки обладателя нераскрытой коммерческой информации. Все они являются элементами механизма защиты прав и интересов предпринимателей, реализуемых в порядке превентивной самозащиты на уровне локальных норм. Поэтому невозможно дать их исчерпывающий перечень.

Таким образом, защита информации в режиме коммерческой тайны деятельность самого обладателя по обеспечению сохранности коммерческой информации (создание сферы обращения информации ограниченной режимными мерами). Применяемые меры направлены на предотвращение несанкционированного разглашения, хищения, утечки, получения коммерческой информации заинтересованными лицами, то есть это меры профилактические (охранительные).

Нетрудно заметить, что все меры защиты коммерческой информации, составляющие режим коммерческой тайны, по существу являются действиями субъектов, направленными на пресечение действий третьих лиц по несанкционированному получению, использованию коммерческой информации. Следовательно, коммерческая тайна должна обозначать действия субъектов по защите своего субъективного права на монопольное использование коммерческой информации. Существует совершенно справедливое замечание, что «включение мер, являющихся по своей сути действиями субъектов, в число объектов, представляющих собой материальный результат деятельности и права, по крайней мере, не логично» /135, С. 103/.

Отсюда следует, что с правовой точки зрения коммерческую тайну следует называть способом защиты исключительного права использовать коммерческую информацию. Имея ввиду правовую характеристику способов защиты, некорректно определение правовой природы способа защиты как объекта защиты. Думается, такой подход к понятию коммерческой тайны заслуживает внимания законодателя, с тем, чтобы внести соответствующие изменения в действующее законодательство. В частности, мы считаем необходимым внесение изменений в ст. 126 ГК РК. Думается, статью 126 ГК РК следовало бы назвать «Нераскрытая коммерческая информация» или «Нераскрытая информация». Тогда п. 1 ст. 126 ГК можно было бы изложить следующим образом: «Гражданским законодательством защищается информация в случае, когда информация имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности её третьим лицам, охраняемую в режиме служебной или коммерческой тайны, то есть к ней нет свободного доступа на законном основании и обладатель информации принимает меры к охране её конфиденциальности». Соответственно, в п. 2 данной статьи после слова «разгласившие» можно заменить слова: «служебную или коммерческую тайну» на слова: «коммерческую информацию, **охраняемую в режиме служебной или коммерческой тайны**», либо можно после слова «договору» исключить слово «разгласившие» и заменить его на слово «нарушившие».

Определение коммерческой тайны способом защиты гражданских прав, в свою очередь, предполагает необходимость рассмотрения коммерческой тайны с точки зрения выяснения места в системе способов защиты. Признаки коммерческой тайны не позволяют отнести её к процессуальным способам защиты гражданских прав. Она

должна рассматриваться в качестве гражданско-правового способа защиты гражданских прав.

Руководствуясь проведённым выше анализом, можно сказать, что коммерческая тайна направлена на предотвращение действий, в результате которых может быть нарушено субъективное право предпринимателя на коммерчески ценную информацию и возможно причинение вреда. Применение коммерческой тайны не преследует непосредственно правосстановительную цель. Использование коммерческой тайны нельзя ликвидировать последствия нарушения субъективного права на информацию. В определении коммерческой тайны находит отражение охранительная деятельность по предупреждению нарушений. В коммерческой тайне отсутствуют признаки гражданско-правовой ответственности. Это не позволяет отнести её к мерам ответственности. Коммерческая тайна должна рассматриваться как мера защиты. Однако, коммерческая тайна не является восстановительной мерой. В системе мер защиты коммерческая тайна может быть отнесена к предупредительным мерам защиты.

Коммерческую тайну нельзя причислить к универсальным мерам защиты. Из анализа ст. ст. 10, 126, ГК РК, **ст. 11 Закона РК «О частном предпринимательстве»** следует, что использование коммерческой тайны допускается для защиты прав и интересов только предпринимателей. Значит, она относится к мерам защиты, обслуживающим определённые гражданские права (специальным мерам защиты). В этой связи коммерческая тайна, по нашему мнению, могла бы быть ясно определена как способ защиты прав и интересов предпринимателей в ст. 10 ГК РК. Это потребует внесения некоторых изменений в данную статью. К примеру, можно пункт 5 данной статьи изложить в следующей редакции: «Защита прав предпринимателей обеспечивается коммерческой тайной». Либо можно пункт 5 исключить, а пункт 3 дополнить подпунктом «б-2»: «коммерческой тайной»

Таким образом, коммерческая тайна может рассматриваться как предупредительная специальная мера правовой защиты гражданских прав.

Далее, следует коснуться понятия коммерческой тайны в зависимости от формы реализации мер защиты. Поскольку коммерческая тайна включает комплекс мероприятий проводимых *обладателем* по созданию условий, ограничивающих её распространение и исключающих или существенно затрудняющих несанкционированный доступ к информации и её носителям (непосредственно реализуется она на индивидуальном, локальном уровне), можно заключить, что коммерческая тайна применяется в порядке превентивной самозащиты.

Однако реализация коммерческой тайны, как меры защиты, обеспечивается *законодательством*, путём предоставления права на коммерческую тайну, установления запрета нарушения коммерческой тайны, закрепления возможности определённого поведения обладателя информации в случае неправомерного нарушения коммерческой тайны (или угрозы нарушения). На уровне правовых норм общего значения создаётся система правовой защиты как комплекс мер (способов), закреплённых законодательством, направленных на восстановление или признание прав обладателей нераскрытой коммерческой информации и защиту интересов при их нарушении или оспаривании. Иными словами, система универсальных способов защиты.

Правовая защита информации – комплекс административно-правовых или уголовно-правовых, гражданско-правовых и иных мер, направленных на

восстановление нарушенного права, устанавливающих ответственность за несанкционированное использование информации /16, с. 135 – 142/. Гражданско-правовая защита информации понятие узкое по сравнению с понятием правовой защиты информации. На уровне гражданско-правовых норм общего значения (в отличие от локального уровня защиты) в основном речь идёт о мерах восстановительного, компенсационного характера, то есть об универсальных способах защиты, направленных на применение мер в случае нарушения режима конфиденциальности.

Локальная защита является элементом правовой защиты. Так, если субъект не воспользуется своим правом на защиту абсолютного права на нераскрытую информацию путем создания режима коммерческой тайны, не может быть гражданско-правовой защиты данного права в случае его неправомерного нарушения. Отсюда вывод: на уровне норм общего значения главным образом решаются вопросы защиты права на коммерческую информацию в случае нарушения режима коммерческой тайны.

Итак, термин «коммерческая тайна» в законодательстве должен обозначать, с нашей точки зрения, не объект гражданских прав, а способ защиты гражданских прав. Коммерческая тайна, по сути, должна пониматься как допускаемая законом система предупредительных мер, принимаемых обладателем коммерческой информации, направленных на обеспечение конфиденциальности этой информации (предотвращение несанкционированного получения, использования, разглашения), тем самым на обеспечение неприкосновенности исключительного права предпринимателя использовать коммерческую информацию.

Для более полного анализа понятия коммерческой тайны следовало бы коснуться вопроса о соотношении понятия коммерческой тайны и некоторых других видов тайн. Действующим законодательством выделены такие виды тайн как государственная, военная, служебная, банковская, медицинская, нотариальная, адвокатская, тайна усыновления, тайна следствия и другие. Отношения, связанные с ними регламентируются специальным законодательством. Думается, что вопрос о соотношении каждого вида тайны и коммерческой тайны должен быть предметом отдельного самостоятельного исследования. Система государственной и военной секретности существует давно и достаточно подробно регламентирована законодательством. Что касается других видов тайн, как нам думается, в настоящей работе мы можем коснуться дискуссионного вопроса о соотношении коммерческой, служебной, банковской тайн.

Так как в ГК РК коммерческая тайна определена одним понятием со служебной тайной, вопрос об их соотношении вызывает спор. В литературе к решению данной проблемы авторы подходят с двух позиций: 1) служебная тайна – институт публичного права, коммерческая тайна – институт гражданского права /54, С. 59-60; 136/; 2) служебная и коммерческая тайна однородные, но различающиеся лишь в категориях обладателей понятия /3, С. 619-629/. Независимо от подхода, практически все авторы проводят разграничение служебной и коммерческой тайны по категории обладателей и объекту защиты. Объектом защиты служебной тайны является нераскрытая информация о деятельности государственных органов и их служащих, представляющая не коммерческий, а государственный интерес /127, С. 100/, нераскрытая информация о личной, частной жизни (в том числе коммерческая информация) /137, С. 89-93/, ставшая известной государственным служащим в связи с исполнением должностных полномочий /54, С. 60/.

Как видим, обладателями служебной тайны называются государственные органы, а обладателями коммерческой тайны - предприниматели. Понятие предмета служебной тайны определяется шире, чем понятие предмета коммерческой тайны. При этом подчёркивается, что в некоторых случаях предмет служебной и коммерческой тайны может совпадать. Например, таможенные органы при проверке в таможенных целях внешнеэкономической деятельности организации имеют право доступа к любой документации, касающейся внешнеэкономической деятельности, имеющей отношение к таможенному делу. При этом информация, предоставленная им, приобретает статус объекта служебной тайны и за её разглашение служащий несёт ответственность.

Иными словами, служебная тайна, с позиции одних авторов, выступает способом защиты только государственных интересов. Тогда как коммерческая тайна – способ защиты экономических интересов только предпринимателей. При этом понятие служебной тайны перекликается с понятием государственной службы. Отдельные ссылки на служебную тайну содержит, в частности, Закон Республики Казахстан от 23 июня 1999 г. «О государственной службе» (ст. 9) /139/.

Нам представляется, что по вопросу о соотношении понятия служебной и коммерческой тайны можно сделать несколько другие выводы. Мы также склонны считать, что служебная и коммерческая тайна однородные, но различающиеся понятия. Главный критерий разграничения - категория обладателей. Хотим обратить внимание на то, что обладателями служебной тайны признаются служащие. Возникает вопрос – следует ли признавать служащими только тех лиц, которые осуществляют профессиональную деятельность в государственных органах и их аппаратах?

Под служащими можно, как показывает практика, понимать лиц, осуществляющих деятельность в органах и аппаратах как государственных, так и частных структур по управлению и реализации иных функций органов, аппаратов данных структур. Так, лица, осуществляющие управленческие функции в органах юридических лиц на основе трудового договора, также как и те, кто находится на государственной службе, являются служащими. Отсюда следует, что служебная тайна, не может рассматриваться только как институт публичного права. Надо полагать, именно такой подход положен в основу норм ст. 126 ГК РК.

Таким образом, с нашей точки зрения, служебная тайна может рассматриваться и как институт гражданского права. При этом следует исходить из того, что служебная тайна прямо связана с таким носителем коммерческой информации, который не является её правообладателем (в смысле «собственником»), а получает её в связи с выполняемыми им функциями служебного характера, то есть в связи с профессиональной деятельностью не являющейся предпринимательской.

Следует обратить внимание и на такой спорный вопрос, как соотношение коммерческой тайны и банковской тайны. Обзор публикаций в правовой литературе и в прессе позволяет считать, что по этой теме сложились две точки зрения. Одними авторами банковская тайна рассматривается как особый правовой режим информации. Банковская тайна и коммерческая тайна признаются смежными понятиями /3, С. 624; 140, С. 218 - 220/. Другие авторы считают, что понятием «коммерческая тайна» охватывается понятие «банковская тайна» /54, С. 82 – 83; 12, С. 190; 141; 142/. На наш взгляд, следует поддержать последнюю позицию.

**Согласно ст. 50 Закона РК от 31 августа 1995 г. «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан»** банковскую тайну составляют сведения о

наличии, владельцах и номерах банковских счетов депозиторов, клиентов и корреспондентах банка, об операциях банка, об остатках и движении денег на этих счетах и счетах самого банка, об операциях банка и так далее /143/.

**Общим правилом является определение в качестве объекта банковской тайны любой коммерчески ценной информации, которая относится к деятельности банка.** Банк является одним из видов хозяйствующих субъектов, занимающихся строго определённым видом предпринимательской деятельности, подлежащей специальному правовому регулированию. Как самостоятельная коммерческая структура банк является обладателем коммерческой информации, которая может включать различного рода информацию. Так как деятельность банка главным образом связана с информацией, указанной в ст. 50 **названного Закона**, естественно, что именно она представляет для банка коммерческую ценность. Думается, что подобно тому, как понятие предпринимательской деятельности охватывает банковскую деятельность, нужно признать понятие коммерческой тайны родовым по отношению к понятию банковской тайны. Можно сказать, что среди сведений, составляющих объект коммерческой тайны, определён специальный правовой режим в отношении сведений, составляющих объект коммерческой тайны такого субъекта как банк.

Таким образом, коммерческая тайна, **как мы полагаем**, охватывает банковскую тайну. Объект один – коммерчески ценная для предпринимателя информация. Банковская тайна выделяется в рамках понятия коммерческой тайны в силу особого правового регулирования деятельности банка. Регламентация отношений, связанных с объектом банковской тайны, невозможна только с позиции частных интересов предпринимателя (банка), так же как только с позиции частных интересов клиента банка.

Итак, нами рассмотрены вопросы определения правовой природы коммерческой тайны и некоторые вытекающие из них проблемы теоретического и практического плана. Категория «коммерческая тайна» разноплановая, наименее разработанная в науке гражданского права. Как мы полагаем, с правовой точки зрения её соотношение с информацией – это соотношение способа защиты (коммерческая тайна) и объекта защиты (информация).

#### **1.4 Право на нераскрытую коммерческую информацию как субъективное право**

На современном этапе регламентация появляющихся новых объектов интеллектуальной собственности включается в традиционную систему исключительных прав. В эту же систему встроено и право на нераскрытую коммерческую информацию, понятие которого до сих пор особо не исследовалось в отечественной науке гражданского права. Между тем необходимо определить понятие исключительного права применительно к нераскрытой коммерческой информации и дать его соотношение с легальным определением понятия исключительного права.

В литературе право на коммерческую тайну определяют как право, которое вытекает из права на защиту от недобросовестной конкуренции, права на свободу предпринимательской деятельности, права на защиту интеллектуальной собственности. Сущность права на коммерческую тайну, как отмечает А. П. Сергеев,

состоит в обеспеченной обладателю нераскрытой информации возможности охранять эту информацию путём создания режима конфиденциальности и требовать от третьих лиц, чтобы они воздерживались от незаконных методов получения данной информации /3/.

Однако, следует подчеркнуть, что с точки зрения определения коммерческой тайны способом защиты исключительного права на коммерческую информацию, коммерческая тайна не может рассматриваться объектом исключительного права. Таковым должна признаваться нераскрытая коммерческая информация (поскольку одним из условий защиты коммерческой информации в режиме коммерческой тайны является ее неизвестность третьим лицам, точнее неопределенному кругу третьих лиц).

Понятие режима коммерческой тайны шире, чем понятие нераскрытой информации в ст. 1017 ГК РК. Нераскрытая информация является объектом исключительного права. Причем следует подчеркнуть, что объектом исключительного права, охраняемого в режиме коммерческой тайны, законом признается не всякая нераскрытая информация, а лишь нераскрытая коммерческая информация. Здесь неизвестность (конфиденциальность) коммерческой информации является методом обособления объекта (способом закрепления) исключительного права. Режим коммерческой тайны – способ защиты данного права.

Исходя из изложенного и будет рассмотрено понятие права на нераскрытую коммерческую информацию как исключительное право.

Понятие права на нераскрытую коммерческую информацию как субъективного гражданского права должно рассматриваться как понятие любого субъективного права, то есть необходимо раскрыть содержание права. В общей теории права и в теории гражданского права проблеме субъективного права уделяется внимание в работах таких учёных как С. С. Алексеев /144; 145/, О. С. Иоффе /85/, В. П. Грибанов /146/, С. Н. Братусь /87/, Р. О. Халфина /36/, Д. М. Чечот /147/, Е. А. Флейшиц /148/ и других. Остановимся на основных положениях.

Субъективные права и обязанности определяют специфику правоотношений. Объём возможностей защиты субъективного гражданского права во многом определяется природой этого права /118, С.626/. Субъективное гражданское право – это право, реально принадлежащее отдельному лицу /85, С.70-71/, мера возможного поведения данного лица /48, С. 13/, обеспечиваемая государством /145, С. 68/. В известных пределах для субъективного права характерно, то, что оно осуществляется своей властью /149, С.5/ и в своём интересе /150, С. 37-38/. Интерес признаётся элементом (сущностью) субъективного права /151, С. 89-91/. Хотя надо заметить, что категория интереса неоднозначно определяется в юридической литературе /152; 153/.

Содержание субъективного права не всегда одинаково: различаются дозволенность определённого поведения самому управомоченному и возможность требовать определённого поведения от обязанных лиц /154, С. 126/, возможность защиты в случае его нарушения /146, С. 95-96/. Однако не в каждом субъективном праве сочетаются все названные возможности. Отдельные субъективные права реализуются через активные действия самого управомоченного (абсолютные права). Другая группа субъективных прав реализуется действиями обязанного лица (относительные) /155, С. 20-21/. Если нет правонарушения, реализация субъективного права исчерпывается одной из двух первых возможностей. При наличии нарушения используется возможность защиты /149, С. 8-9/.

В соответствии с изложенным обратимся к рассмотрению права на нераскрытую коммерческую информацию как субъективного права.

Как известно, традиционное исключительное право предполагает закрепление монопольного права использования объекта за одним лицом /156, С. 11/, с устранением других от подражания /39, С. 254/, т. е. с возможностью разрешать и/или запрещать его использование другим лицам /157, С. 14/.

Законодательство Казахстана чётко устанавливает вхождение в понятие имущества исключительных прав как нематериальных по природе благ /153, С. 109-110/. Заметим, что в законодательстве России нет ясности в вопросе о природе исключительных прав /158, С. 173/. Как отмечают специалисты, из анализа ст. 128 ГК РФ можно заключить, что исключительные права и его объекты относятся к материальным благам, так как нематериальные блага в законе даны отдельной группой. Тогда содержание исключительных прав можно отождествлять с правом собственности /135, С. 109-110/. Существует и такое мнение, что интеллектуальная собственность (и исключительное право) относятся к неимущественным интересам /159, С. 444/, что тоже представляется неуместным.

Согласно ст. 964 ГК РК исключительным правом признаётся имущественное право их обладателя использовать объект интеллектуальной собственности любым способом по своему усмотрению. Использование объекта исключительных прав осуществляется третьими лицами только с согласия правообладателя. Но свойство исключительности нельзя видеть в возможности осуществлять принадлежащее право по своему усмотрению. Иначе всякое субъективное право обладает этим свойством /160, С. 188/. В силу своей природы результаты интеллектуальной деятельности фактически могут быть использованы любым третьим лицом. Поэтому закон, как правило, обеспечивает возможность их использования определённым лицом, юридически исключая такую возможность для других лиц. В этом сущность традиционной категории «исключительных прав».

По нашему мнению, сущность исключительного права на нераскрытую коммерческую информацию заключается в том, что фактически существует возможность использования коммерческой информации определённым лицом, так как другим она неизвестна. В отношении нераскрытой информации её неизвестность третьим лицам фактически исключает возможность её использования для третьих лиц. В этом уже есть свойство исключительности. Однако, если не предпринимать меры защиты, любое третье лицо может нарушить фактическую монополию – это, во-первых. Во-вторых, пока закон не установит защиту монопольного использования информации, лицо не может признаваться единственным её обладателем, с правом устранять третьих лиц от обладания (в смысле её «собственником»). Поэтому закон обеспечивает (признаёт) возможность монопольного использования нераскрытой информации определённым лицом, юридически исключая такую возможность для других, если сам обладатель информации, принимая меры охраны информации, фактически исключает такую возможность для третьих лиц (создаёт режим коммерческой тайны).

Можно сказать, что право на нераскрытую коммерческую информацию как исключительное право, включает совокупность имущественных прав обладателя нераскрытой информации, предоставленных для того, чтобы обеспечить сохранность фактической монополии на использование информации.

Так, право на нераскрытую коммерческую информацию, как нам представляется, включает, во-первых, обеспеченную законом возможность обладателя на собственные

действия по созданию системы мер охраны монопольного использования нераскрытой информации. Во-вторых, рассматриваемое право, как отмечает А. П. Сергеев, включает возможность требовать от третьих лиц воздержания от завладения нераскрытой информацией /3, с. 627/, без согласия её обладателя (т. е. от нарушения режима конфиденциальности). Ясно, что в случае незаконного посягательства и завладения нераскрытой информацией, незаконным будет и использование её. **Такая позиция отражена в ст. 11 Закона РК «О частном предпринимательстве», в ст. ст. 1017 – 1019 ГК РК, где речь идёт не только о запрете незаконного получения, но и незаконного использования. В частности, в п.2 ст. 126, ст.1017 ГК РК, п. 1 ст. 11 Закона РК «О частном предпринимательстве», ст. 16 Закона РК «О конкуренции»** установлен запрет получать, использовать, разглашать коммерческую информацию без согласия обладателя. Следовательно, право на коммерческую тайну включает право требовать от третьих лиц воздерживаться не только от её незаконного использования, но и от незаконного её получения и распространения. Как следует из содержания названных статей соответствующих законов, незаконными признаются любые действия без согласия правообладателя. В третьих, анализ ст. ст. 1017-1019 ГК РК показывает, что к числу правовых возможностей обладателя нераскрытой коммерческой информации в режиме коммерческой тайны относится и возможность использования информации любым способом по своему усмотрению.

Как видим, в содержании права на нераскрытую коммерческую информацию, как и в любом субъективном праве, различаются дозволенность определённого поведения самому управомоченному (обладателю коммерческой информации) и возможность требовать определённого поведения от обязанных лиц.

**Реализация права на** нераскрытую коммерческую информацию предполагает активные действия самого управомоченного по созданию режима конфиденциальности и пассивные действия обязанных лиц (воздерживаться от нарушения режима коммерческой тайны и использования информации без согласия обладателя).

Как любое исключительное право, право на нераскрытую коммерческую информацию состоит в том, что обладатель вправе запретить использование объекта третьему лицу. Иными словами, право на нераскрытую коммерческую информацию может характеризоваться как исключительное право. Известно, что исключительное право – категория абсолютного права. Однако, охрана права на нераскрытую коммерческую информацию непосредственно основана на договорном (относительном) правоотношении и реализуется действиями обязанных лиц. Это значит, что в относительных правоотношениях данное право имеет характер относительного права.

Нужно заметить, что третьи лица обязаны соблюдать режим конфиденциальности в отношении ставшей им известной информации только в случае, если они предупреждены, с ними заключено об этом соглашение, либо, если законом прямо предусмотрена их обязанность /161, С. 58/. Кроме того, обособление объекта права осуществляется фактически: конфиденциальность является условием предоставления монополии. Такое исключительное право легко может быть нарушено, чем при формальном обособлении объекта. Отсюда вывод: право на нераскрытую коммерческую информацию обеспечивает относительную монополию.

Таким образом, право на нераскрытую коммерческую информацию следует определять как имущественное право обладателя нераскрытой коммерческой информации использовать её любым способом по своему усмотрению в юридически

обеспеченном режиме коммерческой тайны. Право на нераскрытую коммерческую информацию, как субъективное право, охватывает возможности обладания нераскрытой коммерческой информацией, установления режима конфиденциальности в отношении нераскрытой коммерческой информации, использования коммерческой информации в режиме конфиденциальности, возможность требовать от третьих лиц воздержания от незаконного получения распространения и использования коммерческой информации, право на защиту, которое реализуется в случае нарушения коммерческой тайны. Иными словами, право на нераскрытую коммерческую информацию есть совокупность относительно самостоятельных правомочий.

Необходимо подчеркнуть особенности данного права по сравнению с легальным понятием исключительного права. Одну мы уже отметили, это особый способ обособления объекта. Между тем особенности можно выявить в существующем порядке закрепления исключительного права, в его содержании (оно разное у разных объектов), в установленных из данного права изъятиях, в пределах действия во времени, в субъектах права.

Поскольку в ГК РК не содержит специальных норм об исключительном праве на нераскрытую коммерческую информацию, оно приобретает согласно общим положениям института интеллектуальной собственности. Надо сказать, что по аналогии с основаниями возникновения вещных прав, факты (способы приобретения), с наступлением которых субъект приобретает исключительное право, тоже можно разделить на первоначальные и производные /73; 88/. По существу все они названы в ст. 7 ГК РК. К первоначальным способам можно отнести создание, открытие новой коммерческой информации или способа её применения. Это право первоначально закрепляется в силу факта создания объекта. Но обязательное условие закрепления права на коммерческую тайну – конфиденциальность как способ обособления информации.

Как исключительное по характеру, право на нераскрытую коммерческую информацию должно непосредственно подчиняться норме ст. 962 Особенной части ГК РК. В данной статье установлены два первоначальных способа возникновения права на объекты интеллектуальной собственности: в силу факта их создания; в силу предоставления правовой охраны уполномоченным государственным органом. Охрана в силу факта создания предоставлена авторскому праву и смежным правам через обособление формы информации в натуре /162/. Охрана в силу предоставления правовой охраны государственным органом (через регистрацию), в случаях и в порядке предусмотренных законодательством, относится к праву на промышленную собственность /163/. Могут ли названные способы рассматриваться как первоначальные основания возникновения исключительного права на нераскрытую коммерческую информацию? Один из приведённых оснований предполагает форму в натуре, а другой – регистрацию. Причём в последнем случае закон требует формализацию признаков. И в том и в другом случае речь идёт о возникновении юридической монополии.

В отношении нераскрытой коммерческой информации все эти способы обособления информации излишни. В этом случае мы говорим о фактической монополии. Она возникает только в силу неизвестности информации третьим лицам. Поэтому, разделяя мнение В. А. Дозорцева, можно назвать первоначальным основанием возникновения исключительного права использования нераскрытой коммерческой информации её конфиденциальность /156; 164/.

Что касается оснований возникновения производного исключительного права, то таким основанием является по существу договор с создателем или правообладателем /88; 73/. При этом момент возникновения производного права, его объём определяются договором. Производным является исключительное право на нераскрытую информацию, возникшее в силу правопреемства.

Обратимся к характеристике содержания права на нераскрытую коммерческую информацию.

Право на нераскрытую коммерческую информацию составляют перечисленные выше правовые возможности. Вопрос о том, что представляет собой реализация права на установление режима коммерческой тайны, мы рассмотрели в подразделе 1.3. Следующая возможность, это право запретить любому третьему лицу получение, использование, распространение нераскрытой коммерческой информации. По существу это действия, охрана которых обеспечена. Нетрудно заметить, что легальное определение исключительного права (ст. 964 ГК РК) в отличие от права на нераскрытую коммерческую информацию снимает вопрос о монопольном праве распространения.

К числу правовых возможностей обладателя коммерческой информации в режиме коммерческой тайны мы отнесли возможность использования информации по своему усмотрению. При этом надо заметить, что легальное определение исключительного права содержит понятие “использование”, как определяющего его содержание, но последующего раскрытия нет. Это связано с тем, что в отношении разных объектов содержание права разное. Но законом оговариваются охватываемые исключительным правом действия, которые считаются использованием. Как правило, подчёркивается, что право на использование – единое, но сложное, составное, которое включает право на воспроизведение, право на распространение, право на экспорт, право на сообщение для всеобщего сведения и другие /157, С.75/.

Право на использование нераскрытой коммерческой информации тоже можно назвать составным. В подразделе 1.2 настоящей работы мы говорили о возможности определения содержания права на использование информации исходя из содержания права на информацию. Но свойство исключительности нельзя видеть в возможности осуществлять принадлежащее право по своему усмотрению. Иначе всякое субъективное право обладает этим свойством /160, С. 188/. ***В силу природы результатов интеллектуальной деятельности права использовать нераскрытую информацию можно разделить*** на два основных правомочия: пользоваться (или применять), распоряжаться. При этом возможности передавать, воспроизводить (тиражировать), распространять, преобразовывать, фиксировать, уничтожать нераскрытую информацию, можно рассматривать как способы распоряжения информацией (и не единственные, а лишь как основные).

Как известно, исключительное право включает не только возможность использования объекта, но и возможность использования самого исключительного права. При этом попытки связать воедино сущность терминов «использование объекта исключительного права» и «использование исключительных прав», по мнению некоторых учёных, некорректны /165, С. 10/. В этой связи даются и определения терминов «использование объекта исключительного права» и «использование исключительных прав», предполагая их самостоятельные значения /166; 167/.

Например, нельзя считать использованным объект исключительного права только на основе факта материализации без функции его применения (например, продукция

изготовлена на основе информации составляющей предмет коммерческой тайны, но не реализована) т.е. без извлечения экономической выгоды. Продажу лицензии на право использования объекта, строго говоря, тоже нельзя считать использованием объекта, так как в данном случае экономическая выгода у правообладателя не от продажи самого объекта, а от продажи исключительного права на него. Здесь использование права на объект.

К определению термина «использование исключительного права», нужно подходить с позиции уяснения специфики обязательств по поводу интеллектуальных продуктов в отличии от обязательств по поводу материальных вещей, на которых акцентирует внимание, в частности, В.А. Дозорцев. Он подчёркивает, что обязательства по поводу интеллектуальных нематериальных продуктов содержат две формы распоряжения – уступка исключительного права и выдача другому лицу разрешения на использование объекта и права при сохранении права (лицензия) /156, С. 9/.

Первая форма распоряжения означает переход исключительного права без права дальнейшего использования объекта (так как объект в силу своей природы продолжает оставаться у прежнего правообладателя). При выдаче лицензии сохраняется и объект, и право его использования. Распоряжение объектом происходит в обоих случаях. Но существенным в таких обязательствах является не только распоряжение объектом, но и распоряжение правом использования.

Изложенное положение о формах распоряжения получило отражение в ст. ст. 964 – 966, 1019 ГК РК. На основании указанных норм, обладатель исключительного права на нераскрытую информацию вправе передать это право полностью или частично, разрешить использовать нераскрытую информацию и распорядиться этим правом иным образом не запрещённым законодательством. Случаи, пределы и порядок ограничения исключительного права на нераскрытую информацию, признания его недействительным, аннулирования должны быть установлены ГК РК и иными законодательными актами.

Таким образом, распоряжение нераскрытой информацией одновременно означает использование исключительного права. В свою очередь, использование исключительного права сводится к двум основным формам распоряжения: переуступка исключительного права (продажа) полная или частичная; предоставление разрешения (лицензии) использовать нераскрытую информацию и само исключительное право на нераскрытую информацию.

Согласно ст. 965 ГК РК основаниями передачи (перехода) исключительного права на нераскрытую информацию другому лицу следует признавать договор, а так же универсальное правопреемство (по наследству, в силу реорганизации).

Из анализа ст. ст. 964, 966, 1019 ГК РК следует, что передача исключительного права использовать нераскрытую информацию может означать её полную уступку, означающую полную замену правообладателя (далее уступка права). Также передача исключительного права на нераскрытую информацию может быть на ограниченное время (ст. 965 ГК РК) с сохранением его у передающего лица (правообладателя). И при уступке права, и при временном переходе, исключительное право может передаваться как в полном объёме, информацию может характеризоваться как исключительное право. Известно, что исключительное право – категория абсолютного права. Однако, охрана права на нераскрытую коммерческую информацию непосредственно основана на договорном (относительном) правоотношении и реализуется действиями обязанных лиц. Это значит, что в

относительных правоотношениях данное право имеет характер относительного права. Нужно заметить, что третьи лица обязаны соблюдать режим конфиденциальности в отношении ставшей им известной информации только в случае, если они предупреждены, с ними заключено об этом соглашение, либо, если законом прямо предусмотрена их обязанность /161, С. 58/. Кроме того, обособление объекта права осуществляется фактически: конфиденциальность является условием предоставления монополии. Такое исключительное право легко может быть нарушено, чем при формальном обособлении объекта. Отсюда вывод: право на нераскрытую коммерческую информацию обеспечивает относительную монополию.

Таким образом, право на нераскрытую коммерческую информацию следует определять как имущественное право обладателя нераскрытой коммерческой информации использовать её любым способом по своему усмотрению в юридически обеспеченном режиме коммерческой тайны.

Право на нераскрытую коммерческую информацию, как субъективное право, охватывает возможности обладания нераскрытой коммерческой информацией, установления режима конфиденциальности в отношении нераскрытой коммерческой информации, использования коммерческой информации в режиме конфиденциальности, возможность требовать от третьих лиц воздержания от незаконного получения распространения и использования коммерческой информации, право на защиту, которое реализуется в случае нарушения коммерческой тайны. Иными словами, право на нераскрытую коммерческую информацию есть совокупность относительно самостоятельных правомочий.

Необходимо также подчеркнуть особенности данного права по сравнению с легальным понятием исключительного права. Одну мы уже отметили, это особый способ обособления объекта. Между тем особенности можно выявить в существующем порядке закрепления исключительного права, в его содержании (оно разное у разных объектов), в установленных из данного права изъятиях, в пределах действия во времени, в субъектах права. Поскольку ГК РК не содержит специальных норм об исключительном праве на нераскрытую коммерческую информацию, оно приобретает согласно общим положениям института интеллектуальной собственности.

По аналогии с основаниями возникновения вещных прав, факты (способы приобретения), с наступлением которых субъект приобретает исключительное право, тоже можно разделить на первоначальные и производные /73; 88/. По существу все они названы в ст. 7 ГК РК.

К первоначальным способам можно отнести создание, открытие новой коммерческой информации или способа её применения. Это право первоначально закрепляется в силу факта создания объекта. Но обязательное условие закрепления права на коммерческую тайну – конфиденциальность как способ обособления информации.

Как исключительное по характеру, право на нераскрытую коммерческую информацию должно непосредственно подчиняться норме ст. 962 Особенной части ГК РК. В данной статье установлены два первоначальных способа возникновения права на объекты интеллектуальной собственности: в силу факта их создания; в силу предоставления правовой охраны уполномоченным государственным органом.

Охрана в силу факта создания предоставлена авторскому праву и смежным правам через обособление формы информации в натуре /162/.

Охрана в силу предоставления правовой охраны государственным органом (через регистрацию), в случаях и в порядке предусмотренных законодательством, относится к праву на промышленную собственность /163/. Могут ли названные способы рассматриваться как первоначальные основания возникновения исключительного права на нераскрытую коммерческую информацию?

Один из приведённых оснований предполагает форму в натуре, а другой – регистрацию, причём в последнем случае закон требует формализацию признаков. И в том и в другом случае речь идёт о возникновении юридической монополии. В отношении нераскрытой коммерческой информации все эти способы обособления информации излишни. В этом случае мы говорим о фактической монополии. Она возникает только в силу неизвестности информации третьим лицам. Поэтому, разделяя мнение В. А. Дозорцева, можно назвать первоначальным основанием возникновения исключительного права использования нераскрытой коммерческой информации её конфиденциальность /156; 164/.

Что касается оснований возникновения производного исключительного права, то таким основанием является по существу договор с создателем или правообладателем /88; 73/. При этом момент возникновения производного права, его объём определяются договором.

Производным также является исключительное право на нераскрытую информацию, возникшее в силу правопреемства.

Далее обратимся к характеристике содержания права на нераскрытую коммерческую информацию.

Право на нераскрытую коммерческую информацию составляют перечисленные выше правовые возможности. Вопрос о том, что представляет собой реализация права на установление режима коммерческой тайны, мы рассмотрели в подразделе 1.3. Следующая возможность, это право запретить любому третьему лицу получение, использование, распространение нераскрытой коммерческой информации. По существу это действия, охрана которых обеспечена. Нетрудно заметить, что легальное определение исключительного права (ст. 964 ГК РК) в отличие от права на нераскрытую коммерческую информацию снимает вопрос о монопольном праве распространения.

К числу правовых возможностей обладателя коммерческой информации в режиме коммерческой тайны мы отнесли возможность использования информации по своему усмотрению. При этом надо заметить, что легальное определение исключительного права содержит понятие «использование», как определяющего его содержание, но последующего раскрытия нет. Это связано с тем, что в отношении разных объектов содержание права разное. Но законом оговариваются охватываемые исключительным правом действия, которые считаются использованием.

Как правило, исследователями подчёркивается, что право на использование интеллектуальных продуктов – единое, но сложное, составное, которое включает право на воспроизведение, право на распространение, право на экспорт, право на сообщение для всеобщего сведения и другие /157, С.75/.

Право на использование нераскрытой коммерческой информации тоже можно назвать составным. В подразделе 1.2 настоящей работы мы говорили о возможности определения содержания права на использование информации исходя из содержания права на информацию. И состояние присвоенности нераскрытой коммерческой информации было охарактеризовано набором правомочий: обладать, пользоваться, опредмечивать, распространять, воспроизводить, распоряжаться и другие.

Думается, мы можем разбить все возможности, составляющие содержание права использовать нераскрытую информацию на два основных правомочия: пользоваться (или применять), распоряжаться. При этом возможности передавать, воспроизводить (тиражировать), распространять, преобразовывать, фиксировать, уничтожать нераскрытую информацию, можно рассматривать как способы распоряжения информацией (и не единственные, а лишь как основные).

Как известно, исключительное право включает не только возможность использования объекта, но и возможность использования самого исключительного права. При этом попытки связать воедино сущность терминов «использование объекта исключительного права» и «использование исключительных прав», по мнению некоторых учёных, некорректны /165, С. 10/. В этой связи даются и определения терминов «использование объекта исключительного права» и «использование исключительных прав», предполагая их самостоятельные значения /166; 167/. Например, нельзя считать использованным объект исключительного права только на основе факта материализации без функции его применения (например, продукция изготовлена на основе информации составляющей предмет коммерческой тайны, но не реализована) т.е. без извлечения экономической выгоды.

Продажу лицензии на право использования объекта, строго говоря, тоже нельзя считать использованием объекта, так как в данном случае экономическая выгода у правообладателя не от продажи самого объекта, а от продажи исключительного права на него. Здесь использование права на объект. К определению термина «использование исключительного права», нужно подходить с позиции уяснения специфики обязательств по поводу интеллектуальных продуктов в отличие от обязательств по поводу материальных вещей, на которых акцентирует внимание, в частности, В.А. Дозорцев. Он подчёркивает, что обязательства по поводу интеллектуальных нематериальных продуктов содержат две формы распоряжения – уступка исключительного права и выдача другому лицу разрешения на использование объекта и права при сохранении права (лицензия) /156, С. 9/.

Первая форма распоряжения означает переход исключительного права без права дальнейшего использования объекта (так как объект в силу своей природы продолжает оставаться у прежнего правообладателя). При выдаче лицензии сохраняется и объект, и право его использования. Распоряжение объектом происходит в обоих случаях. Но существенным в таких обязательствах является не только распоряжение объектом, но и распоряжение правом использования.

Изложенное положение о формах распоряжения получило отражение в ст. ст. 964 – 966, 1019 ГК РК. На основании указанных норм, обладатель исключительного права на нераскрытую информацию вправе передать это право полностью или частично, разрешить использовать нераскрытую информацию и распорядиться этим правом иным образом, не запрещённым законодательством. Случаи, пределы и порядок ограничения исключительного права на нераскрытую информацию, признания его недействительным, аннулирования должны быть установлены ГК РК и иными законодательными актами.

Таким образом, распоряжение нераскрытой информацией одновременно означает использование исключительного права. В свою очередь, использование исключительного права сводится к двум основным формам распоряжения: переуступка исключительного права (продажа) полная или частичная; предоставление разрешения (лицензии) использовать нераскрытую информацию и само исключительное право на нераскрытую информацию.

Согласно ст. 965 ГК РК основаниями передачи (перехода) исключительного права на нераскрытую информацию другому лицу следует признавать договор, а так же универсальное правопреемство (по наследству, в силу реорганизации). Из анализа ст. ст. 964, 966, 1019 ГК РК следует, что передача исключительного права использовать нераскрытую информацию может означать её полную уступку, означающую полную замену правообладателя (далее уступка права). Также передача исключительного права на нераскрытую информацию может быть на ограниченное время (ст. 965 ГК РК) с сохранением его у передающего лица (правообладателя). При уступке права и при временном переходе исключительное право может передаваться как в полном объёме, так и в определённой части.

Передача права всегда сопровождается переходом сведений. Ст. 1019 ГК РК различает в зависимости от объёма (состава) передаваемых сведений полную или частичную передачу сведений, составляющих объект коммерческой тайны. Такая передача должна осуществляться по лицензионному договору, т. е. в соответствии со ст. 966 ГК РК. Это соглашение, как правило, заключается по поводу коммерчески ценной информации, не имеющей патентной охраны, либо в дополнение к договорам о предоставлении права на использование запатентованного объекта. Также лицензии могут входить в содержание договоров комплексной предпринимательской лицензии и другие (варианты могут быть разные). Из содержания указанной статьи следует, что полная или частичная передача конфиденциальных сведений означает предоставление по лицензионному договору одной стороной (лицензиаром) другой стороне (лицензиату) права временно использовать такие сведения определённым способом. Здесь лишь передача сведений может быть полной или частичной, а право их использовать передаётся лишь в определённом объёме (нет свободы в выборе способов использования).

Сведения могут передаваться на основе как простой, так и исключительной лицензии. Общим правилом признаётся выдача возмездной исключительной лицензии на использование нераскрытой коммерческой информации, при которой право на использование предоставляется только одному лицензиату. А при простой лицензии лицензиар может его предоставлять и другим лицензиатам.

Лицензии могут быть ограниченными и неограниченными. Ограничения могут касаться времени использования, места использования (территории), объёма сведений, цели, способа использования, возможности выдавать сублицензии.

Кроме того, содержание п.3 ст.1018 ГК РК позволяет заключить, что возможна выдача добросовестному приобретателю принудительной лицензии, владелец которой имеет право осуществлять действия, охватываемые исключительным правом, с разрешения властей помимо воли правообладателя /169, С.96/. Исключительная лицензия на использование нераскрытой информации добросовестному приобретателю выдаётся в силу решения суда.

Подчеркнём, что многие правила выдачи лицензии на использование коммерческой информации схожи с правилами выдачи лицензии на использование запатентованных объектов. Главная отличительная черта лицензии на использование нераскрытой коммерческой информации – на первом месте, по важности, условия о соблюдении режима конфиденциальности и об ответственности за нарушение режима коммерческой тайны.

Необходимо уделить внимание содержанию права использования самого объекта права. В первую очередь коснёмся некоторых способов распоряжения сведениями. В качестве одного из таких способов было названо право воспроизводить

(тиражировать). Его можно определить как возможность неоднократной фиксации одной и той же информации на разных носителях, а так же изготовление экземпляров носителей информации.

Также способом распоряжения коммерческой информацией называется право распространять. Распространение информации обозначает ознакомление определённого или неопределённого круга лиц с её содержанием /73, с.59/, то есть оно включает передачу сведений. Наряду с термином «распространять» часто употребляется на практике термин «разглашать». Ни в законодательстве, ни в литературе нет четкого разграничения значений данных терминов. Они отождествляются. На наш взгляд, по отношению к объекту коммерческой тайны следует уточнить содержание термина «разглашение».

Разглашение – есть распространение, в результате которого сведения теряют значение «тайны». Разглашение может быть правомерным и неправомерным. Правомерное разглашение как способ распоряжения сведениями входит в состав права распространения и означает раскрытие информации по воле правообладателя, в результате которой информация теряет статус объекта «тайны». Иными словами, это раскрытие конфиденциальных сведений, способ распоряжения ими. Право раскрытия сведений охраняемых в режиме коммерческой тайны принадлежит правообладателю. Если нет конфиденциальности, не может быть и права раскрытия. Надо сказать, что когда такое распоряжения осуществляется со специальной оговоркой о конфиденциальности, происходит распространение сведений в режиме коммерческой тайны.

Право преобразования нераскрытой информации означает возможность изменения способа фиксации. Право уничтожить нераскрытую информацию как предмет коммерческой тайны, то оно обычно обозначает действия по уничтожению материального носителя информации, т.е. не всегда приводят к полному исчезновению информации. Информация уничтожена, если нет возможности восстановить её содержание (например, когда она забыта).

В отношении права обладать нераскрытой информацией отметим что, к нему применимы все общие положения о праве обладать коммерческой информацией, рассмотренные в подразделе 1.2. Обладание предполагает наличие права пользования информацией. Особенностью права пользования информацией, составляющей предмет коммерческой тайны, является её осуществление в режиме конфиденциальности.

Пользование может заключаться в различных действиях: обработка, принятие различных решений на основе информации, создание продукции, улучшение их качества, совершенствование производства и прочее. Пользование нераскрытой коммерческой информацией означает извлечение главного полезного её свойства – предоставление знаний, которые пригодны для получения коммерческих преимуществ (выгод).

***В процессе использования нераскрытой коммерческой информации может возникнуть проблема подтверждения наличия режима коммерческой тайны. Такая ситуация, на наш взгляд, может возникнуть в практике любой коммерческой организации. Так, в одной достаточно известной в Казахстане компании, назовем ее условно АО «Ф», документами, «оформляющими» режим коммерческой тайны в данной организации являются устав, приказ и единообразные условия контрактов с сотрудниками.***

**В Уставе АО «Ф» положением, свидетельствующим о наличии у общества коммерческой тайны, является п. 6.2. ст. 6, которое обязывает акционеров не разглашать сведения о деятельности общества, являющиеся коммерческой тайной. Приказом № 33/ п - А от 18 августа 1999г. в целях обеспечения защиты информации используемой в деятельности компании, назначено лишь ответственное за обеспечение защиты информации лицо, обязанное принять меры, необходимые для обеспечения режима конфиденциальности служебной информации. соответствующие условия, обязывающие не разглашать конфиденциальную информацию, включаемые в контракты с сотрудниками АО «Ф» и с некоторыми партнёрами типизированы /173/.**

Анализ содержания названных документов позволяет заключить, что в АО отсутствует соответствующее документальное оформление состава и объёма сведений, составляющих предмет коммерческой тайны. Получается, они запрещают доступ к тому объекту, который не имеет чёткого очертания (по существу его нет). Значит, реального режима конфиденциальности не может быть. Так как не ясно в отношении чего, какие меры охраны должны предприниматься. В итоге, создаётся лишь видимость коммерческой тайны путём включения соответствующих типизированных условий в различные соглашения. Можно сказать, что компания не создала режим коммерческой тайны в юридическом смысле. Соответственно, любое заинтересованное лицо при желании станет обладателем информации данной компании. Правообладатель при этом не сможет доказать получение информации незаконным методом в силу своего упущения.

В рассматриваемом случае упущение серьёзное – не определён объект коммерческой тайны, не определены основные меры охраны (по крайней мере, нет документального подтверждения об их применении). Нет режима коммерческой тайны, не может быть и его нарушения, значит, нет и исключительного права на нераскрытую коммерческую информацию, соответственно нет права на защиту.

Думается, есть необходимость законодательного определения видов обязательных мер охраны и установления обязательности их специального документального оформления, как это делается в практике многих зарубежных стран /15/. Дополнительные меры обладатель нераскрытой информации выбирает на своё усмотрение адекватно ценности нераскрытой информации.

Таким образом, необходимо в законодательном порядке связать момент возникновения права на защиту нераскрытой информации от незаконного использования с применением обязательных мер охраны, виды которых также должны быть определены в законе.

Итак, рассмотрены основные моменты, касающиеся природы и содержания права на коммерческую тайну. Право на коммерческую тайну по существу включает совокупность относительно самостоятельных правомочий: обладание, право установления режима коммерческой тайны; право использования нераскрытой информации в режиме коммерческой тайны по своему усмотрению; право требовать от третьих лиц воздержания от незаконного получения, использования, распространения нераскрытой информации, право на защиту.

Надо сказать, что особенностями содержания специфика права на нераскрытую коммерческую информацию не ограничивается. Отличается оно и случаями, пределами ограничения права на коммерческую тайну, пределами действия во времени и в пространстве, основаниями прекращения. Характерные для них особенности существуют объективно (как и особенности содержания права на

коммерческую тайну), но требуется, на основе обобщения положений законодательства об исключительных правах и основных выводов сделанных выше, специальное формулирование некоторых общих положений, чтобы способствовать построению логически последовательной системы правовых понятий о режиме коммерческой тайны как способе защиты гражданских прав.

Применительно к каждому объекту исключительного права устанавливаются свои случаи свободного использования (ограничения права). В соответствии с п.3 ст. 964 ГК РК они могут устанавливаться лишь в случаях, пределах и порядке, установленных Гражданским кодексом и иными законодательными актами. В отношении исключительного права на нераскрытую коммерческую информацию устанавливаются ограничения, в частности, согласно п. 4 ст. 1018 ГК РК, **п. 11 ст.11 Закона РК «О частном предпринимательстве»** правообладатель **не может** запрещать использование коммерческой информации третьим лицам, самостоятельно и правомерно получившим сведения, составляющие объект его коммерческой тайны. При этом лицо самостоятельно и правомерно получившее сведения приобретает право использовать их независимо от прав обладателя таких же сведений, составляющих объект коммерческой тайны, и не несёт никакой ответственности. **Согласно п. 11 ст.11 Закона РК «О частном предпринимательстве» обобщенная информация, не содержащая сведения о конкретном субъекте является общедоступной.**

Таким образом, допускается свободное использование третьими лицами самостоятельно правомерно получившими коммерческую информацию (также как, например, в патентном праве признаётся право преждепользования). При этом право может быть закреплено одновременно и отдельно за несколькими разными лицами. Это характеризует право на нераскрытую коммерческую информацию как новую разновидность исключительных прав. Право, основанное на относительной монополии /78/.

**Ограничениями права на нераскрытую коммерческую информацию, является и право доступа государственных органов и должностных лиц к объекту коммерческой тайны в случаях установленных законодательством. Закон РК «О частном предпринимательстве»** также содержит норму, определяющую порядок установления ограничений по **названным вопросам.**

**Пределы ограничения права на нераскрытую коммерческую информацию определяются согласно ст. 11 Закона РК «О частном предпринимательстве», а также из смысла ст. 18 Конституции РК, ст. 8 Гражданского кодекса РК.** В частности, ограничения могут иметь место лишь по вопросам прав и охраняемых интересов граждан, других хозяйствующих лиц, гарантированные Конституцией РК, и другим относящимся к исключительной компетенции государства вопросам (соблюдение законности, оборона, антимонопольное регулирование и другие). При этом, если в определённых узких областях интересы государства противостоят интересам владельца коммерческой информации (например, по вопросам национальной безопасности), то, на наш взгляд, следует установить, что право на защиту своих интересов государство должно доказывать в судебном порядке.

Особенности временного и территориального аспектов права на нераскрытую коммерческую информацию заключаются в отсутствии в законодательстве норм, прямо устанавливающих пределы действия его во времени. Срок правовой охраны права использования информации в режиме коммерческой тайны неограничен сроком действия. Это следует из п. 4 ст. 1017 ГК РК, согласно которому право на защиту

нераскрытой информации действует пока сохраняются условия, предусмотренные п. 1 ст. 126 ГК РК, то есть пока сохраняется режим коммерческой тайны. Но срок может быть установлен лицензионным договором. В этой связи следует рассмотреть возможные основания **прекращения исключительного права**. По существу оно прекращается в силу прекращения режима коммерческой тайны. В свою очередь, прекращение режима коммерческой тайны может быть по различным основаниям.

Как уже отмечалось, в основе создания режима конфиденциальности в отношении информации лежит коммерческий интерес (коммерческая ценность). Если его нет, то нет и смысла в создании и сохранении режима коммерческой тайны. Следовательно, главное основание прекращения режима коммерческой тайны – утрата информацией коммерческой ценности. В свою очередь, основания утраты коммерческой ценности могут быть разные. Закон связывает наличие коммерческой ценности информации главным образом с неизвестностью её третьим лицам. Информация не представляет коммерческую ценность, когда её содержание становится общеизвестным в силу раскрытия её содержания, т.е. разглашения (распространения среди неопределённого круга лиц).

Нераскрытую коммерческую информацию может раскрыть сам правообладатель, когда отказывается от неё снятием всяких ограничений в доступе к её содержанию, либо третьи лица. Причём третьими лицами информация может быть разглашена в силу упущений обладателя, или может быть получена от правообладателя законно, но незаконно разглашена, или в силу несанкционированного доступа. Как следствие, информация утрачивает коммерческую ценность.

Коммерческая ценность может быть утрачена информацией, составляющей предмет коммерческой тайны по причине рассеивания. Как отмечалось рассеивание сравнимо с амортизацией (старением) материальных вещей, но здесь не может идти речь о физическом износе. Конечно, рассеивание касается новой информации, которая со временем как бы погашается в результате происходящих непрерывных информационных процессов. Новизна – не постоянная характеристика информации.

Ещё одно обстоятельство может повлечь прекращение режима коммерческой тайны - отнесение законом сведений к числу тех, которые не могут составлять коммерческую тайну. Среди них как особый случай выступает возведение объекта коммерческой тайны в ранг объекта государственных секретов. Кроме того, не исключено, что суд может признать факт отнесения сведений к объекту коммерческой тайны недействительным (аннулирование).

Заметим, что в силу природы коммерческой тайны, предоставление решения данного вопроса какому-либо ведомству представляется нецелесообразным. Хотя, если исходить из основных положений законодательства о недобросовестной конкуренции, то в принятии такого решения косвенно может участвовать уполномоченный Правительством РК государственный орган. **Закон РК «О конкуренции» называет незаконное получение и использование предмета коммерческой тайны видом недобросовестной конкуренции.**

Действующее законодательство не содержит нормы, устанавливающей основания аннулирования права на **нераскрытую** коммерческую информацию. Полагаем, признание недействительным права на нераскрытую коммерческую информацию возможно в силу несоблюдения существующих ограничений по определению состава коммерческой тайны. Нужно подчеркнуть, что право на нераскрытую коммерческую информацию может быть аннулировано лишь в случае, когда встанет вопрос о праве на защиту от нарушения. При этом нарушение требования п. 1 ст. 126 ГК РК

означает, что нет объекта охраны. Соответственно, субъективное право не возникает. Ясно, что здесь аннулирование не требуется.

Как основание прекращения исключительного права закон называет неиспользование права в течение определённого времени. Данное обстоятельство не может выступать основанием прекращения права использования коммерческой информации в режиме коммерческой тайны, так как в состав объекта коммерческой тайны могут включаться сведения, использование которых предполагается в неизвестном будущем времени.

Если говорить о территориальной охране права на нераскрытую коммерческую информацию, то, думается, что, когда речь идёт о защите субъективного гражданского права на нераскрытую коммерческую информацию на уровне правовых норм общего значения, решающую роль играет факт участия государства, на территории которого используется коммерческая тайна, в соответствующих международных конвенциях по охране интеллектуальной собственности. Ведь в том или ином государстве, которое не является участником таких конвенций, нормы внутреннего законодательства могут и не признавать право установления режима коммерческой тайны (как это было в СССР). В этом смысле существуют ограничения территориального действия права на нераскрытую коммерческую информацию.

Таким образом, право на нераскрытую коммерческую информацию не имеет законодательно установленных пределов действия во времени.

В заключение коснёмся вопроса о субъекте права на нераскрытую коммерческую информацию. При этом нужно учитывать, что в информационных правоотношениях принято говорить о субъектах информации - лицах выступающих в качестве пользователей информации /105, С. 285/ и субъектах права на информацию – лица, обладающие по закону способностью иметь и осуществлять непосредственно или через представителя права и обязанности /73, С. 58; 44, С.430/.

Признавая лицо субъектом какого-либо права, государство определяет его правовой статус, т.е. правовое положение. Ещё в римском частном праве статус лица означал определение правовых качеств, выражающих включённость субъекта в ту или иную сферу социальной жизни регулируемую нормами права /175, с. 228/. Суммируя сказанное по вопросам о понятии коммерческой тайны, её объекте можно заключить, что круг субъектов права на коммерческую тайну сужен кругом лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью, понятие которой достаточно разработанное в правовой литературе. В законодательстве понятие предпринимательства содержится в ст. 10, 19 ГК РК и в специальных нормативных правовых актах, согласно которому субъектами права на коммерческую тайну могут быть физические и юридические лица. Организационная форма, форма собственности не имеет значения для отнесения к категории предпринимателей. В установленных законом случаях требуется регистрация в качестве предпринимателя. Главное коммерческий характер деятельности и фиксация его в учредительных документах, если их наличие обязательно.

В круг субъектов права на нераскрытую коммерческую информацию можно отнести как самого обладателя нераскрытой информации (в смысле собственника), так и тех лиц, которые вправе пользоваться и распоряжаться информацией только с согласия правообладателя. К числу таких пользователей можно отнести персонал (служащих), работников субъекта предпринимательской деятельности, служащих государственных органов, должностных лиц, получивших доступ на законном основании к предмету коммерческой тайны. Но у таких субъектов объём доступа

ограничен. Они не «собственники» сведений, составляющих предмет коммерческой тайны. Их следует называть субъектами, имеющими право знакомиться и пользоваться коммерческой тайной.

Работники правообладателя могут пользоваться нераскрытой коммерческой информацией в режиме коммерческой тайны только для выполнения своих служебных, должностных, трудовых обязанностей. Степень их доступа к информации, условия пользования определяются правообладателем. Служащие государственных органов получают доступ к пользованию предметом коммерческой тайны в случае проведения проверок на законном основании. Информацию они получают в рамках административных правоотношений. Объём информации, которой они могут пользоваться, определяется направлением проверки. Последнее должно указываться в соответствующих документах, предоставляющих право проведения проверки.

Таким образом, субъектом права на нераскрытую коммерческую информацию может стать любой субъект гражданских прав, имеющий статус предпринимателя. При этом можно разделить субъекты права на нераскрытую коммерческую информацию на две группы: правообладатели и конфиденты (лица, которым нераскрытая информация доверена правообладателем или право которых производно).

Итак, нами рассмотрено право на нераскрытую коммерческую информацию как субъективное гражданское право. Своеобразие данного права заключается, в частности, в том, что охрана её по объекту универсальна, но содержание объекта определяется не вполне чётко. Способ обособления объекта специфичен. Для него заранее не установлен срок действия. Оно может быть прекращено в любой момент по неформальным основаниям. Право может быть закреплено одновременно и отдельно за несколькими разными лицами. Это право, основанное на относительной монополии. Можно сказать, что право на нераскрытую коммерческую информацию, охраняемую в режиме коммерческой тайны, представляет собой новую разновидность исключительных прав.

## **Глава 2**

### **Коммерческая тайна как институт интеллектуальной собственности**

#### **2.1 Соотношение понятий «коммерческая информация» и «интеллектуальная собственность»**

В рамках проблемы рассмотрения коммерческой тайны в качестве самостоятельного института интеллектуальной собственности, теоретический и практический интерес представляет вопрос о соотношении понятий «коммерческая информация» и «интеллектуальная собственность».

Анализ соответствующей правовой литературы позволяет выделить, как нам видится, несколько следующих основных направлений в этом вопросе: 1) интеллектуальная собственность включает понятие коммерческой информации /63; 176/; 2) коммерческая информация - самостоятельный объект гражданских прав /177, С. 226/; 3) коммерческая информация выступает родовым понятием по отношению к понятию интеллектуальной собственности, являющейся в широком смысле определённого рода информацией /178, С. 6, 42; 179, С. 39/.

В соответствии с нормами ГК РК понятие «коммерческая информация» подчинено понятию «интеллектуальная собственность».

Нетрудно заметить, что среди объектов гражданских прав статья 125 ГК РК называет интеллектуальную собственность. И отдельно от данной статьи, п. 1 ст. 126 ГК РК устанавливает, что гражданским законодательством защищается нераскрытая коммерческая информация. Это позволяет думать, что интеллектуальная собственность и коммерческая информация - самостоятельные виды объектов гражданских прав.

Надо сказать, что для нас может иметь методологическое значение заключение, что выделение в классификации объектов гражданских прав её составляющих (разновидностей) имеет смысл лишь тогда, когда имеются реально установленные и значимые с точки зрения гражданского права отличия в правовом режиме /41, С. 158/.

Это наводит на мысль, что между рассматриваемыми объектами существуют различия, объективно не позволяющие установить для них единый правовой режим. Возникает вопрос, который состоит в уяснении этих различий, положенных законодателем в основу выделения в классификации объектов гражданских прав такие виды, как интеллектуальная собственность и коммерческая информация.

Однако, в соответствии с п. 2 ст. 961 ГК РК, к интеллектуальной собственности относится нераскрытая информация. Как мы отметили в предыдущем разделе, нераскрытая информация как родовое понятие включает и нераскрытую коммерческую информацию. С этих позиций никаких противоречий нет и можно сделать вывод, что, несмотря на существование различий рассматриваемых объектов, предполагается возможность вхождения коммерческой информации в понятие интеллектуальной собственности.

Но возникает другой вопрос - каким критерием руководствоваться, относя коммерческую информацию к числу объектов интеллектуальной собственности?

Для того, чтобы ответить на поставленные вопросы, необходимо обратиться к понятию интеллектуальной собственности. Понятие коммерческой информации мы ранее рассмотрели и здесь воспользуемся лишь основными положениями.

Интеллектуальная собственность в ст. 125 Общей части Гражданского кодекса РК определена среди объектов гражданских прав как исключительное право на результаты интеллектуальной творческой деятельности.

В отечественной и зарубежной правовой науке категория «интеллектуальная собственность» используется широко. В законодательстве Казахстана, как и во многих странах, этот термин получил закрепление. Тем не менее, полемика по поводу определения содержания, которое вкладывается в общее понятие «интеллектуальная собственность», круга объектов и субъектов продолжается до сих пор.

Большинство авторов подчёркивают условность термина «интеллектуальная собственность», его собирательный характер. Более того, есть мнение, что термин «интеллектуальная собственность» неточный, ненаучный. Дискуссия по данному вопросу возникла не сегодня. Мы намерены изложить широко распространенные положения.

Одни авторы указывают, что интеллектуальная собственность - исключительные права на литературные, научные произведения, программы ЭВМ, радио-, телевизионные передачи, изобретения, научные открытия, промышленные образцы и другие результаты интеллектуальной деятельности /44, С. 185/.

Другие акцентируют внимание на том, что понятие интеллектуальной собственности выполняет такие же функции, как и право собственности, но в

отношении нематериальных по природе объектов /180, С. 13-14/, то есть, имеющих реальную ценность, но не имеющие материального воплощения.

Употребляя понятие «собственность», как правило предполагают её владельца и соответствующую возможность возникновения связанных с нею прав собственника, то есть имущественных отношений /181/. Поэтому некоторые исследователи подчёркивают, что «с появлением в праве такого явления как «интеллектуальная собственность»... (в 1967 г.) произошло разграничение собственности на вещную и интеллектуальную... Такой подход заставляет рассматривать «собственность» шире, чем просто вещные права» /182, С. 63/.

В этой связи интеллектуальная собственность называется формой собственности, объектами которой являются творения человеческого разума, человеческого интеллекта, упрощённо – информация /183, С. 91; 184, С. 2/, имеющая эстетическую, познавательную или коммерческую ценность с точки зрения заложенных в ней творческих идей, индивидуализирующих или способствующих эффективному хозяйствованию /178, С. 6/.

Для более ясного отграничения интеллектуальной собственности и вещной собственности была разработана теория исключительных прав /78/. Интеллектуальная собственность обеспечивает защиту объектов в виде исключительных прав /185, С. 133/

Резюмируя изложенное, можно сделать вывод, что традиционно «интеллектуальная собственность» характеризует состояние присвоенности нематериальных по природе объектов, защита которых обеспечивается через установление исключительных прав на эти объекты. При этом в правовой науке наметилась тенденция признания объектами интеллектуальной собственности всех результатов интеллектуальных усилий, получивших какую-либо объективную форму выражения.

Кроме того, исходя из анализа приведённых выше положений, можно рассматривать интеллектуальную собственность в двух аспектах. В одном случае, как категорию противоположную объекту собственности, то есть для обозначения самого права.

В другом случае понятие интеллектуальной собственности можно назвать «натуралистическим» по аналогии с «натуралистическим» понятием права собственности, разработанным в научной литературе /186/, когда оно используется для обозначения объектов исключительного права /187/. К примеру, можно сказать, что изобретение является интеллектуальной собственностью. Необходимо заметить, что можно использовать оба понятия интеллектуальной собственности для характеристики одной и той же ситуации.

При обращении к нормам законодательства Казахстана, в частности, к ст. ст. 125, 961 ГК РК, выясняется, что понятие интеллектуальной собственности дано через указание его объектов как результатов интеллектуальной творческой деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, выполненных им работ или услуг (фирменное наименование, товарный знак и т. п.). Иными словами интеллектуальной собственностью названы объекты исключительного права.

Если обратиться к перечню объектов интеллектуальной собственности, закреплённому в законе, нетрудно заметить, что все они существенно отличаются друг от друга, но общим для них является признак нематериальности, связь с интеллектуальной творческой деятельностью в различных областях жизни, установление исключительного права.

Кроме того, их объединяют следующие признаки: 1) все они – результат или проявление деятельности ума; 2) имеют стоимостные оценки, как и другие продукты человеческого труда и могут быть включены в товарооборот на коммерческих условиях; 3) объекты интеллектуальной собственности – носители определённой информации. 4) большинство таких объектов имеют авторов, их имена сопровождают объекты; 5) интеллектуальная собственность есть только тогда, когда результат деятельности ума воплощён в объективную форму /178, С. 8 – 9; 179, С. 39/; 6) результаты интеллектуальной деятельности могут одновременно использоваться неограниченным кругом лиц.

Из анализа перечня объектов интеллектуальной собственности, следует, что понятие «интеллектуальная собственность» действительно имеет информационное наполнение. Но можно ещё сказать, что лишь определённая информация (не всякая), отвечающая требованиям законодательства, может признаваться объектом интеллектуальной собственности. В качестве объектов интеллектуальной собственности выступают, прежде всего, продукты духовного творчества /179, С. 40/, но не исключительно.

Между тем в законодательстве все перечисленные в п. 2 ст. 961 ГК РК объекты названы результатами интеллектуальной *творческой* (курсив мой) деятельности. Это наводит на мысль, что непереносимое условие отнесения объектов к интеллектуальной собственности является творческий характер их создания. Не являющиеся продуктом творчества, но приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, выполненных им работ или услуг (фирменное наименование, товарный знак и т. п.) названы в отдельном п. 3 ст. 961 ГК РК.

Согласно буквальному толкованию ст. 961 ГК РК, интеллектуальная собственность включает только такие категории информации, которые являются результатом интеллектуальной *творческой* (курсив мой) деятельности.

В соответствии с данной статьёй некоторые авторы определяют объекты права интеллектуальной собственности как выраженные в объективной форме (объективированные) результаты умственной творческой деятельности, а также, приравненные к ним по исключительным правам использования, средства индивидуализации участников гражданского оборота, товаров и услуг /135, С. 104/.

Таким образом, для закона элемент творчества является решающим при признании результата интеллектуальной деятельности объектом исключительных прав (интеллектуальной собственностью).

Творить, по мнению О.С. Иоффе, в широком смысле слова значит созидать, т.е. создавать нечто новое, ранее не существовавшее.

Иоффе О. С. писал, что «творчество можно определить как интеллектуальную деятельность, завершающуюся производящим актом, в результате которого появляются новые понятия, образы и (или) формы их воплощения, представляющие собой идеальное отражение объективной действительности». То есть, творчество – это сознательная созидательная деятельность /188, С. 5/.

Хотя Хейфец И. Я. в своё время указывал на то, что «творчество не уместится во вполне очерченном и определённом юридическом определении – оно для него окажется слишком узким» /10, С. 10/. Аналогичное мнение высказал Ихсанов У. К. С его точки зрения это, прежде всего философская категория /189, С. 4/.

Выступая как акт труда, творчество выражает индивидуальные качества личности. «Творческий процесс имеется тогда, если сказывается потребность человека выразить

себя» /10, С. 13/. Результаты такого труда принято именовать продукты творчества или творческие произведения.

Произведение – это совокупность идей, мыслей и образов, получивших объективное выражение в готовом результате труда /190, С. 59/, в доступной для восприятия человеческими чувствами объективной форме /191, С. 32/, являющиеся индивидуальным отражением объективной действительности /188, С. 5, 6/.

Характеризуя творчество, В. Я. Ионас отмечает, что понятие произведения шире понятия «творческие произведения», поэтому не все произведения могут быть объектами права /192; 193, С.13/.

Творческие произведения – нематериальные ценности, которые при поступлении в гражданский оборот воплощаются в материальных вещах и именно (и только) в таком воплощении получают правовую охрану /194, С. 32/.

Формы воплощения могут быть различные. При этом всегда важно различать само произведение, имеющее нематериальную сущность, и форму его воплощения, которая является материальным носителем произведения /3, С. 110/.

Творческие произведения характеризуются единством содержания и выражающей его формы. Но по характеру их содержания и по соотношению с формой, в которой оно воплощается /188, С. 6/, творческие произведения подвергаются делению на произведения науки, литературы, искусства (объединяемые обычно под общим наименованием авторских произведений) и технические решения.

Общим положением для них является, что «...творчество заключается в новизне либо содержания, либо формы, либо того и другого вместе взятых» /188, С. 8/. Но оно получает некоторые уточнения в применении к названным видам произведений. Иными словами, произведения должны отвечать определённым требованиям, которые закреплены в нормах закона. Это, как правило, требования либо к форме творческого произведения, либо к содержанию.

Индивидуальные качества личности, выражаясь в творческой деятельности, получают определённую оценку общества. Отсюда возникают личные неимущественные отношения.

Как акт труда, такая деятельность должна служить основанием для получения вознаграждения. Вследствие этого творчество вызывает имущественные отношения. При этом личные неимущественные отношения возникают одновременно с результатом творческого труда. Тогда как для возникновения имущественных отношений требуется потребность в таком результате, его использование, форма выражения /188, С.4-6/.

Таким образом, руководствуясь нормами действующего законодательства, признак творчества должен быть решающим при отнесении коммерческой информации к интеллектуальной собственности.

Между тем в правовой науке высказываются мнения о других объединяющих признаках. В соответствии с ними результаты интеллектуальной творческой деятельности являются главной составной частью понятия «интеллектуальная собственность», но они не исчерпывают собой содержания данного понятия, так как оно охватывает и иные результаты интеллектуальной деятельности, в том числе и те, которые не имеют творческого характера.

Однако, посмотрим, что получается, если подойти к понятию «коммерческая тайна» с позиции установленного законодательством критерия творчества.

Коммерческая информация, как ранее говорилось, является разновидностью предпринимательской информации, то есть той информации, которая полезна для

ведения предпринимательской деятельности, в том смысле, что способна влиять на финансовое положение предпринимателя.

Главные характеристики коммерческой информации, как объекта правовой охраны, – это коммерческая ценность, в силу неизвестности третьим лицам, создание обладателем в отношении неё режима коммерческой тайны, то есть нераскрытая информация, которая отнесена к числу результатов интеллектуальной творческой деятельности.

Категория «нераскрытая (конфиденциальная) информация» должна рассматриваться как общая по отношению к различным видам конфиденциальной информации (см. подраздел 1.2). Поскольку из п. 1 ст. 1017 ГК РК следует, что нераскрытая информация должна отвечать условиям п. 1 ст. 126 ГК РК, то объектом интеллектуальной собственности признаётся не всякая нераскрытая информация, а коммерческая информация.

Коммерческая информация представляет собой сведения о различных сторонах производственной, торговой, управленческой, научно-технической, финансовой деятельности предприятия, которая в интересах конкуренции и экономической безопасности охраняется /103, С.33/.

Коммерческой информацией могут быть, например, сведения о клиентах, содержание сделки, сведение о факте заключения сделки, содержание учредительного договора, содержание внутренней бухгалтерской отчётности, сведения об открытиях, изобретениях, рецептура, технологические приёмы и так далее.

Сведения, составляющие коммерческую информацию, могут быть разделены на две группы: научно-технические сведения и деловая информация.

Первая группа сведений представляет собой информацию, которая является продуктом творческой интеллектуальной деятельности, но не всегда отвечает условиям правовой охраны результатов интеллектуальной творческой деятельности. Имеется в виду, что это могут быть и общеизвестные результаты творчества, но способ, цели их использования, форма представления придуманы.

Во вторую группу входят сведения, не являющиеся продуктом творчества. Они результат обычной профессиональной, непрофессиональной деятельности, любые данные, иногда объективно существующие сведения, являющиеся точным отображением окружающей действительности, случайно открытые. Иными словами, это сведения о реально существующих фактах, представляющие коммерческую ценность. Например, информация о методах административного управления, информация о конкуренте, содержание бухгалтерских регистров, содержание учредительного договора, сведения об опыте работника, содержание предпринимательской сделки, сведения о предстоящих переговорах и прочее.

Из анализа гражданско-правовой природы коммерческой информации, следует, что она, как вид информации, «самостоятельное ёмкое понятие, разнообразие которой определяется сферой деятельности и назначением» /195/.

Можно сказать, что коммерческая информация в определённом смысле выступает как родовое понятие. Перечень такой информации, устанавливаемый в каждом конкретном случае, всегда примерный (всегда есть возможность его пополнения). Как было сказано, такая информация не поддаётся формально-логическому определению.

Нетрудно заметить, что коммерческая информация по содержанию не всегда является продуктом творчества. Коммерческую ценность в силу неизвестности может иметь информация организационного характера, финансового характера как результат обычной деятельности.

Тогда получается, что лишь технологическая информация охватывается понятием интеллектуальной собственности как результата интеллектуальной творческой деятельности. Можно сказать, что понятие нераскрытой коммерческой информации выходит за пределы понятия «интеллектуальная собственность», включающего результаты только творческого интеллектуального труда.

Следовательно, коммерческая информация не совсем соответствует закреплённому в гражданском законодательстве РК критерию творчества. Иными словами, с точки зрения п. 1 ст. 961 ГК РК действующее законодательство не позволяет называть интеллектуальной собственностью коммерческую информацию, не являющуюся продуктом творчества.

Отсюда вытекает, что понятия «коммерческая информация» и «интеллектуальная собственность» не совпадают: существует коммерческая информация, не являющаяся результатом интеллектуальной творческой деятельности.

Однако между п. 1 и п. 2 ст. 961 Г РК существует противоречие. В п. 2 ст. 961 ГК РК законодатель, при перечислении результатов интеллектуальной творческой деятельности, называет объекты, которые не всегда являются продуктом творчества. Следовательно, критерий творчества имеет условный характер. Результаты интеллектуальной творческой деятельности не исчерпывают понятия «интеллектуальная собственность», которое, в свою очередь, также имеет условный, собирательный характер.

Ясно, что объективные свойства информации, созданной творческим трудом, существенно отличаются от свойств информации, не являющейся продуктом творчества. Но это обстоятельство, как нам кажется, не является основанием исключения нераскрытой информации из числа объектов исключительных прав. Однако оно позволяет заметить, что законодательство об интеллектуальной собственности остаётся консервативным, общие положения об интеллектуальной собственности формируются в основном применительно к авторскому и патентному праву. Хотя число объектов исключительных прав, законодательно закреплённых, растёт.

В настоящее время именуется интеллектуальной собственностью не только продукты творчества, но и такие результаты мыслительной деятельности, для создания которых достаточно репродуктивного (не творческого) мышления (например, открытие, сохранённое в тайне, наименования мест происхождения товаров).

В рамках института интеллектуальной собственности существует несколько разделов, посвящённых регулированию отношений, складывающихся по поводу отдельных видов результатов творческой деятельности и приравненных к ним результатов интеллектуальной деятельности. Это авторское право, патентное право, право на товарный знак, право на защиту нераскрытой информации от незаконного использования и другие.

Особенность правового режима коммерческой информации в рамках интеллектуальной собственности сводится, в частности, к тому, что установлен такой способ её защиты как коммерческая тайна, так как традиционные способы защиты интеллектуальной собственности в отношении неё неэффективны.

Специфика содержания и способа обособления (конфиденциальность) рассматриваемой информации, исключительного права и вытекающие из них другие особенности признаны имеющими юридическое значение с точки зрения классификации объектов интеллектуальной собственности.

Отсюда следует, что, если коммерческая информация относится к числу объектов интеллектуальной собственности, то с определением самостоятельного правового режима.

В общем, говорить о едином правовом режиме различных объектов интеллектуальной собственности говорить не приходится. Хотя все объекты интеллектуальной собственности имеют общие признаки, которые должны быть отражены в общих положениях существующей системы интеллектуальной собственности. Так, например, объектами интеллектуальной собственности являются все результаты интеллектуальных усилий. Между тем перечисленные в разделе 5 ГК РК объекты интеллектуальной собственности, в ст. 961 ГК названы результатами интеллектуальной творческой деятельности.

Резюмируя изложенное, подведём некоторые итоги.

Законодательно коммерческая информация включена в перечень результатов интеллектуальной творческой деятельности, как составляющих содержание понятия «интеллектуальная собственность». С этой позиции понятия «коммерческая информация» и «интеллектуальная собственность» сравнимы, но не всегда совпадают: понятие «коммерческая информация» охватывается понятием «интеллектуальная собственность» только в части той коммерческой информации, которая является продуктом интеллектуального творчества. Не всякая коммерческая информация – результат творческого интеллектуального труда.

Однако с позиции признания условного характера понятия «интеллектуальная собственность» можно признать справедливым отнесение коммерческой информации к объектам интеллектуальной собственности. Но при этом необходимо привести в соответствие законодательное определение понятия интеллектуальной собственности с законодательно определённым перечнем его объектов.

## **2.2 Место норм о коммерческой тайне в системе права**

В настоящем параграфе мы ставим задачу по возможности наметить подходы к решению вопроса теоретического «декретирования» бытия правового института коммерческой тайны, установления его правовой природы, его места в системе права.

Как известно, право закрепляет постоянно развивающиеся общественные отношения. По мере их изменения появляется необходимость в новых правовых нормах. Эти изменения порождают потребность в новых правовых приёмах, правовых средствах, в создании новых правовых институтов, которые должны отразить эти изменения.

В новых экономических условиях понимание права имеет различные подходы /196; 197; 198/. Но все они только подчёркивают необходимость своевременного приведения в соответствие нормы права и правовую систему в целом с социальными, экономическими и политическими потребностями общества. Иными словами, новые общественные отношения порождают потребность в новом правовом регулировании.

В свою очередь, в результате нового правового регулирования, возникает проблема расположения правовых норм по институтам, отраслям. Нельзя отрицать, что она имеет важное теоретическое и практическое значение. «С её решением создаются предпосылки для создания стройной, логически непротиворечивой системы законов и иных нормативных правовых актов, приведения их в состояние

позволяющее оперативно находить необходимые нормативные установления» /199, С. 184/.

Данные общетеоретические положения применимы и к развитию норм о коммерческой тайне.

В отношении действующих в настоящее время норм о коммерческой тайне ставится не только вопрос об определении места в системе права, но и высказывается мнение, что попытки выделить в самостоятельный правовой институт правила о коммерческой тайне вряд ли оправданы «ввиду ограниченности правового материала» /3, С. 30/.

Отсутствие фундаментальных исследований проблем коммерческой тайны как правового института позволяет сказать о сохранении актуальности этого вопроса в современной теории гражданского права. Иными словами, требуется научное признание коммерческой тайны как правового института и определении места данной совокупности норм в системе права. В этой связи мы сочли необходимым остановиться на этом вопросе.

К настоящему времени в литературе, и в юридической практике сложилось представление о коммерческой тайне как институте гражданского права. Эта концепция отражена и в структуре действующего гражданского законодательства, которое в настоящее время терминологически и в виде структурных единиц законодательных актов знает институт коммерческой тайны. Однако, и в других отраслях права существуют нормы, регулирующие отношения по поводу защиты нераскрытой информации от незаконного получения, использования. Поэтому с точки зрения чистой теории названная концепция может показаться не безупречной.

На наш взгляд, включение коммерческой тайны в систему гражданского права не должно вызывать дискуссии. Данная концепция требует лишь дополнительной научной проработки.

Структура общегражданского законодательства отражает факт включения коммерческой тайны в свою систему с 1991 года, когда в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик были предусмотрены условия защиты секретов производства («ноу-хау»).

Понятие коммерческой тайны определено в *Законе РК «О частном предпринимательстве» (ст. ст. 1, 11), в Гражданском кодексе РК (ст. ст. 10, 126, 1017-1019).*

Сегодня круг гражданско-правовых норм общего значения о коммерческой тайне остаётся сравнительно скромным. Надо сказать, что строго по вопросам коммерческой тайны нормативных правовых актов нет. Действующие в настоящее время акты касаются этой области фрагментарно.

Данное обстоятельство объясняется тем, что, регулирование отношений в рассматриваемой области опирается, как заметила Р. Нарышкина, преимущественно на договорные методы /4, С.32-42/. Детализированная правовая регламентация, применительно к коммерческой тайне осуществляется преимущественно с помощью локальных норм /180, С. 18/.

Выражая волю и интересы обладателей нераскрытой информации, локальные нормы (то есть нормы разрабатываемые и принимаемые самим обладателем, действие которых ограничивается пределами определённой группы лиц) выполняют в механизме правового регулирования, функцию локально-правовой регламентации формируемых в рассматриваемой области взаимосвязей.

Анализ действующего законодательства позволяет заключить, что именно локальная регламентация в данном случае является главным средством (условием) реализации правовых механизмов защиты нераскрытой информации. Локальные нормы выполняют правообразующую функцию. Закон связывает возникновение права на коммерческую тайну с созданием режима конфиденциальности (п. 1 ст. 126 ГК РК). Иными словами, по сравнению с законодательным регулированием государством отношений по поводу использования нераскрытой информации, большее значение придаётся локальному регулированию этих отношений.

О перечне минимально необходимых базовых документов мы уже ранее говорили.

За договором, как известно, признаётся функция индивидуально-правовой регламентации формируемых взаимосвязей /200, С. 25/. Поэтому соглашения с сотрудниками, контрагентами о неразглашении коммерческой тайны являются необходимыми документами.

Таким образом, принимая во внимание изложенное выше, можно сделать вывод, что на сегодняшний день в правовой регламентации коммерческой тайны существуют три уровня: государственно-правовой (централизованный и отраслевой), локально-правовой, индивидуально-правовой.

Можно говорить о некоторой правовой базе, обеспечивающей централизованное правовое регулирование отношений по поводу использования, защиты информации в режиме коммерческой тайны (далее по поводу коммерческой тайны), на общей характеристике которой следует остановиться.

Централизованная и отраслевая регламентация представлена скромным числом нормативных правовых актов, возглавляемых Конституцией РК.

Конституция Республики Казахстан – закон, обладающий высшей юридической силой /174/. Все нормативные правовые акты издаются в соответствии с Конституцией РК.

Анализ данных конституционных положений показывает, что Конституция Республики Казахстан не говорит прямо о праве на коммерческую тайну. ***В ст. 20 предусмотрена возможность государства иметь секреты (тайны).***

Однако, как нам видится, право на коммерческую тайну основано не на прямом разрешении, а на отсутствии прямого запрета. Дозволения являются ключевым моментом юридического регулирования, определяющим правовым средством, призванным обеспечить свободу предпринимателя /12, С. 50/.

В Конституции РК закреплены гражданские права, из которых применительно к коммерческой тайне нас интересуют положения, в которых предусмотрено, что каждый имеет право защищать свои права всеми, не противоречащими закону способами (п. 1 ст. 13), каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни (п. 1 ст. 18), каждый имеет право свободно получать и распространять информацию любым, не запрещённым законом, способом (п. 2 ст. 20), каждый имеет право на свободу предпринимательской деятельности, недобросовестная конкуренция запрещается (п. 4 ст. 26).

Право на коммерческую тайну опирается, прежде всего, на свободу предпринимательства. Норма Конституции РК о возможности защищать свои права любым не запрещённым способом также позволяет сделать вывод о том, что каждый предприниматель вправе защищать свои права и интересы путём сокрытия полезной информации, то есть, коммерческой тайной.

Наличие прав предполагает их гарантированность. Полагаем, право на неприкосновенность частной жизни, запрет недобросовестной конкуренции, а также

право получать и распространять информацию только законным способом, являются конституционными гарантиями права на коммерческую тайну.

Дальнейшее развитие положения Конституции, как известно, получают в нормах отраслей права. Основным отраслевым нормативным актом, содержащим положения о коммерческой тайне, главным образом, является Гражданский кодекс РК.

В Гражданском кодексе РК содержатся положения, устанавливающие общее понятие коммерческой тайны, условия правовой охраны информации в режиме коммерческой тайны, ответственность за нарушение коммерческой тайны, правила перехода права на коммерческую информацию, охраняемого в режиме коммерческой тайны. Эти положения нашли место в разделе о праве интеллектуальной собственности, в частности, в главе 55 ГК РК, а также в отдельных статьях 10, 126 ГК РК. Указанные нормы о коммерческой тайне составляют, можно сказать, ядро данного института.

При этом детальной правовой регламентации отношений по поводу коммерческой тайны ГК РК не содержит, да и не должен. ГК РК призван, как известно, исполнять роль главенствующего акта системы гражданского законодательства и включать в свой состав нормы общего значения /3, С. 69/.

Специфика коммерческой тайны вытекает из информационной сущности её объекта, что роднит его с результатами интеллектуальной творческой деятельности. Своеобразие проявляется в особом характере использования объекта коммерческой тайны. ГК РК устанавливает лицензионную основу использования нераскрытой информации (как и для всех объектов интеллектуальной собственности) и содержит нормы о видах лицензии, входящих в систему гражданско-правовых договоров.

Включение норм о коммерческой тайне в раздел об интеллектуальной собственности означает, что все общие положения об исключительных правах применимы к отношениям по поводу коммерческой тайны.

Представляется, что в теоретическом плане данное обстоятельство подчёркивает включение отношений, возникающих в связи с защитой и использованием информации в режиме коммерческой тайны, в сферу гражданско-правового регулирования.

Это важный практический вывод, суть которого в том, что рассматриваемые отношения регулируются преимущественно гражданским правом. Следовательно, к ним применимы все правила ГК РК, рассчитанные на регулирование всех гражданско-правовых отношений. В частности, общие положения о пределах осуществления гражданских прав, об объектах, о сделках, о право-, дееспособности, способах защиты нарушенных гражданских прав и другие. Должна полностью применяться и общая часть обязательственного права. Это означает, что в соответствии с ГК РК должно трактоваться понятие убытков, возникновение и прекращение обязательств, множественность лиц и так далее.

Центральное место среди специальных нормативных актов, содержащих положения о коммерческой тайне, занимал до 2006 года Закон РК от 4 июля 1992 г. «О защите и поддержке частного предпринимательства». В главе четвёртой данного Закона в свое время нашли место нормы о коммерческой тайне (ст. ст. 21-23). Ст. 21 определило понятие коммерческой тайны, закрепило право обладателя определять состав и объём сведений, составляющих объект коммерческой тайны.

Данным Законом **были** внедрены гражданско-правовые начала, в частности, в такую сферу как регулирование отношений между государственными органами, должностными лицами и обладателем нераскрытой информации в режиме

коммерческой тайны. Законом **были установлены** ограничения действий государственных и должностных лиц по запросу информации, составляющей объект коммерческой тайны. Нормы закона, устанавливающие основания и формы ответственности (ст. 24) за нарушение прав предпринимателей, рассчитаны и на случаи нарушения коммерческой тайны (глава 5 Закона).

Наряду с гражданско-правовыми отношениями Закон РК «О защите и поддержке частного предпринимательства» **регламентировал** и некоторые административные отношения (ст. ст. 24, 27-30), в частности, устанавливает основания и порядок взыскания штрафных санкций за неправомерное воспрепятствование предпринимательской деятельности.

Кроме того, Законом РК «О защите и поддержке частного предпринимательства» **были** установлены ограничения права на коммерческую тайну, в частности, общий перечень сведений, не составляющих объект коммерческой тайны (ст. 23).

*Ныне все основные правила использования, можно сказать принципы охраны информации в режиме коммерческой тайны, содержатся в Законе РК от 31 января 2006 года «О частном предпринимательстве», где все положения о коммерческой тайны нашли отражение в ст. 11.*

К иным специальным нормативным правовым актам, отдельные статьи которых касаются некоторых конкретных вопросов коммерческой тайны, может быть отнесён **Закон РК от 25 декабря 2008 года «О конкуренции», который отменил ранее действовавший Закон РК от 9 июня 1998 г. «О недобросовестной конкуренции»,** нормы которого определяют виды недобросовестной конкуренции (к числу которых отнесено и неправомерное использование информации, составляющей коммерческую тайну), устанавливают механизм предотвращения и устранения недобросовестной конкуренции и её последствий, а также ответственность за недобросовестные конкурентные действия.

*Нормы Закона РК «О конкуренции», регламентируют административно-правовые отношения, в частности, между уполномоченным органом по пресечению недобросовестной конкуренции и обладателями нераскрытой информации в режиме коммерческой тайны. Он содержит нормы об административной ответственности, а также регламентируют некоторые административно-правовые, процессуальные отношения, связанные с рассмотрением дел о нарушениях антимонопольного законодательства, с вопросами административной ответственности за такие нарушения.*

В число источников коммерческой тайны входят отдельные статьи нормативных правовых актов, посвящённых в целом регулированию иных гражданско-правовых отношений. Сюда можно отнести, например, **Закон «О бухгалтерском учёте», п. 3 статьи 4 Закона РК от 2 мая 1995 г. «О хозяйственных товариществах» /64/, который признаёт коммерческой тайной содержание учредительного договора хозяйственного товарищества, Закона РК «Об акционерных обществах» /65/, предусматривающий установление коммерческой тайны в отношении сведений, изложенных в учредительном договоре акционерного общества и другие.**

Отдельные статьи законодательных актов, посвящённых в целом регулированию иных общественных отношений, также входят в законодательство о коммерческой тайне.

Например, статья 200 Уголовного кодекса РК /97/, предусматривающая уголовную ответственность за нарушение права на коммерческую тайну. **Ранее действовавший Закона РК от 10 декабря 1999 г. «О труде» называл нарушение**

*коммерческой тайны одним из оснований полной материальной ответственности (пункт 12 статьи 26). Сегодня разглашение коммерческой тайны работником может быть основанием расторжения трудового договора по инициативе работодателя (пункт 1 ст. 54 Трудового кодекса РК от 15 мая 2007 г.) /201/.*

*Помимо законов, источниками коммерческой тайны вполне могут быть нормативные правовые акты, в первую очередь, изданные органами общей компетенции.*

Изложенное показывает, что в Республике Казахстан на сегодняшний день уже наработана определённая правовая база, обеспечивающая правовое регулирование отношений по поводу использования и защиты нераскрытой информации в режиме коммерческой тайны. Иными словами, существует в некотором роде обособленный комплекс правовых норм, регулирующий разновидность имущественных отношений – правовой институт.

Известно, что в теории права критериями обособления той или иной совокупности норм в конкретный правовой институт признаются три момента. Во-первых, юридическое единство правовых норм. Иными словами единство содержания выраженное в общих положениях, правовых принципах или совокупности используемых правовых понятий. Во-вторых, полнота регулирования определённой совокупности общественных отношений за счёт включения в институт различных видов правовых норм (управомачивающие, запрещающие и иные), содержащих все аспекты правового регулирования. В третьих, обособление норм, образующих правовой институт, в главах, разделах, частях и иных структурных единицах законов, других нормативных правовых актов /199, С.181/.

Нормы права, группируются, объединяются в правовой институт не сами по себе, а в силу особенностей общественных отношений, являющихся предметом правового регулирования /202, С. 89/.

Вместе с тем в юридической науке общепризнанно, что существование того или иного правового института можно констатировать при наличии, по меньшей мере, двух из названных моментов: существование определённой системы (подсистемы) общественных отношений, образующих предмет правового регулирования; наличие определённой совокупности норм /203, С. 111/. Проще говоря, понятием правового института охватывается, прежде всего, качественная обособленность той или иной совокупности норм, которая лежит в основе логически последовательной дифференциации содержания закона. Значит, по структуре закона можно судить о наличии обособленного правового института.

С учётом изложенных общих положений можно заключить, что совокупность норм о коммерческой тайне можно определить как самостоятельный правовой институт. Фактором, который объединяет эти правовые нормы в правовой институт, является, как нам кажется, относительная самостоятельность рассматриваемого общественного отношения с точки зрения его содержания, участников, объекта, последствий.

Предмет института коммерческой тайны составляют отношения, возникающие по поводу любых коммерчески ценных, не являющихся общеизвестными результатов интеллектуальной деятельности, охраняемых в режиме конфиденциальности. Данный институт характеризуется не только единством, но и определённой внутренней структурной дифференциацией.

В частности, можно выделить следующие структурные элементы предмета. Во-первых, объединяющий отношения, возникающие в связи с созданием интеллектуального конфиденциального продукта. Во-вторых, организационные отношения по созданию системы мер охраны конфиденциальности сведений. В третьих, объединяющий отношения, возникающие в результате использования конфиденциальной информации обладателем, третьими лицами. В четвертых, отношения, возникающие в результате использования права на результаты интеллектуального труда, составляющих объект коммерческой тайны и другие. В соответствии с этим можно говорить о субинститутах.

Предметы субинститутов, в свою очередь, дифференцируются на более дробные элементы. Например, в зависимости от характера содержания информации в субинститутах коммерческой тайны можно разграничить отношения, связанные с научно-технической, экономической, организационной и т.п. информацией. Можно также выделить, к примеру, отношения по организации защиты того или иного вида нераскрытой информации и другие.

Объединение в единый институт указанной выше группы норм можно, как нам видится, объяснить главным образом тем, что возникновение и осуществление прав на результаты интеллектуальной деятельности тесно связано с наличием конфиденциальности как способа обособления интеллектуального продукта. И тем, что исключительные права устанавливаются на интеллектуальные продукты, имеющие обращение в ограниченной сфере деятельности - предпринимательской.

Надо сказать, круг правовых норм о коммерческой тайне общего значения сравнительно невелик. При этом выделены нормы о коммерческой тайне и в структурных единицах нормативных правовых актов других отраслей права. Поэтому и возникает вопрос о правовой природе института коммерческой тайны.

Тот факт, что другие отрасли права включают нормы о коммерческой тайне, на наш взгляд, не колеблет сделанного ранее утверждения относительно юридической природы института коммерческой тайны.

Коммерческая тайна должна признаваться институтом цивилистического профиля. Исходные положения о коммерческой тайне определяет Гражданский кодекс РК: основные понятия, условия правовой охраны, распространение на информацию, охраняемую в режиме коммерческой тайны, юридических конструкций, категорий права интеллектуальной собственности и прочее. По сути, данные правовые нормы, составляют ядро института коммерческой тайны, и они имеют прописку в отрасли гражданского права.

Отсюда следует, что в организации законодательства о коммерческой тайне ведущая роль, несомненно, принадлежит Гражданскому кодексу РК. Это означает, что в ГК РК намечены направление и принципиальные черты специального законодательства о коммерческой тайне. Значит, нормы иных отраслей права должны конкретизировать, дополнять нормы гражданского права. По своей юридической природе коммерческая тайна является одним из институтов гражданского права.

Надо сказать, что в Казахстане нет ни специального закона, ни подзаконных нормативных актов о коммерческой тайне.

На рассмотрение Мажилиса Парламента Республики Казахстан *был внесён постановлением правительства РК* от 25 июля 2000 г. № 1104 проект Закона РК «О коммерческой тайне» /204/. *Однако ныне судьба проекта неизвестна, хотя принятие этого закона могло бы стать серьёзным шагом в развитии законодательства о коммерческой тайне.*

Хотя следует заметить, что в большинстве цивилизованных стран мира положения о коммерческой тайне разрабатываются как часть усилий по установлению «добросовестной конкуренции». Признаётся, что особой необходимости в принятии специального закона о коммерческой тайне нет /15/.

Закон, как известно, должен обладать стабильностью, а подзаконные акты могут быстро меняться в соответствии с потребностями времени, учитывать многие частные моменты. В этом смысле подзаконные акты играют важную роль среди источников коммерческой тайны. Например, в вопросах толкования норм законов.

Однако существенная роль в правовом регулировании отношений, возникающих в связи с защитой нераскрытой коммерческой информации от незаконного использования, отводится локальному регулированию. Как отмечалось, подавляющая часть вопросов правового обеспечения сохранности нераскрытой информации решается локальным способом. Локальные нормы дополняют, конкретизируют нормы общего значения, то есть они являются производными. Так как нормы о коммерческой тайне общего значения включены в состав гражданского законодательства, локальные нормы дополняют и конкретизируют главным образом нормы гражданского законодательства.

Отмеченное обстоятельство объясняет, почему на уровне централизованного регулирования нормативный состав института коммерческой тайны невелик. Но это не решает вопрос о совершенствовании нормативной регламентации рассматриваемых отношений. Кроме того, возникает и проблема сочетания правовых норм общего значения и локальных норм.

Надо заметить, что вопрос о природе локальных норм, широко обсуждаемый учёными юристами /205; 206; 207; 208/, выходит за рамки настоящей работы. Поэтому ограничимся лишь общими положениями.

Локальные нормы разрабатываются и принимаются на уровне конкретного организационного образования (организации (корпоративные нормы), организации в рамках индивидуального предпринимательства). Локальные нормы отличаются многообразием и могут учитывать соответствующие условия того или иного коллектива. Локальное нормотворчество не может осуществляться в разрез с результатами централизованного (общеправового) нормотворчества. Оно может только расширять, восполнять общеправовое нормотворчество /205, С. 30/.

Таким образом, локальное регулирование – элемент правового регулирования.

Существуют локальные нормы двух типов: 1) уточняющие, конкретизирующие общеправовые; 2) регулирующие общественные отношения, не урегулированные общеправовыми нормами. Локальные нормы содержатся в локальных актах (приказы, распоряжения, инструкции, правила внутреннего трудового распорядка, коллективные договоры) и обычно гарантированы принудительной силой государства /205, С. 29-31/.

Отношения по поводу использования, защиты нераскрытой информации в режиме коммерческой тайны складываются в рамках конкретного организационного образования. Они многообразны и в каждом конкретном случае они специфичны. Их особенности могут быть учтены только локальными нормами или, как называют их некоторые авторы, внутриорганизационными нормами /209/.

Как уже отмечалось (см. подраздел 1.2), локальными актами должны определяться объём и степень открытости или конфиденциальности сведений, какой круг лиц и в каких пределах, к какой информации будет иметь доступ; поставить в известность данных лиц о конфиденциальности сведений; оформить соответствующим образом

обязательства данных лиц по обеспечению сохранности сведений в секрете /124, С. 31 – 35/, предусмотреть соответствующие обязанности работников в трудовых соглашениях /129/, обязательства учредителей, акционеров, включив соответствующие положения в устав или разработать специальные положения, включить соответствующие условия о неразглашении непосредственно в основной договор с контрагентом, а порядок передачи, использования сведений оформить в дополнительных к основному договору соглашениях /13, С. 58/.

Повторимся, что система защиты нераскрытой информации от незаконного использования главным образом создаётся через совокупность таких локальных актов как положения о коммерческой тайне, инструкции по защите сведений, о порядке доступа к информации, о степени конфиденциальности сведений, правила конфиденциального делопроизводства, перечни сведений, составляющих коммерческую тайну и так далее. На уровне норм общего значения должны быть отражены наиболее важные элементы локального регулирования. Такие, к примеру, вопросы как установление порядка определения состава объекта коммерческой тайны, перечня сведений, которые не могут входить в его состав, а также обязательные средства защиты информации, должны получить регламентацию в специальных нормативных правовых актах, например, в Законе «О коммерческой тайны».

Таким образом, нормы локальных актов регулируют разнообразные внутриорганизационные отношения по поводу нераскрытой коммерческой информации.

Хотелось бы заметить, что отведение важной роли локальному регулированию отношений в сфере применения коммерческой тайны может стать почвой для преувеличения действия трудового законодательства в рассматриваемой области. Как известно, локальное регулирование является элементом правового регулирования отношений в сфере труда.

Полагаем, что о широком распространении трудового законодательства на общественные отношения в области применения коммерческой тайны не приходится говорить. Нельзя преувеличивать значение норм трудового права. С нашей точки зрения, можно говорить лишь о связи института коммерческой тайны с трудовым правом.

Отношения по поводу применения коммерческой тайны не сводятся только к внутриорганизационным. При этом внутриорганизационные отношения не всегда являются трудовыми отношениями. Локальные нормы о коммерческой тайне осуществляют регулирование отношений по поводу использования такого имущества как коммерчески ценная информация и защиты её от незаконного использования.

Нам близка точка зрения учёных, подчёркивающих тенденцию роста значения норм частного права в трудовом праве. Поэтому мы позволим себе высказаться за всеобщее распространение гражданского законодательства на все виды и формы использования коммерчески ценной информации в режиме коммерческой тайны, независимо от основания возникновения правоотношений, а именно: на использование данной информации по различным правовым основаниям, в частности, по трудовому договору, необходимо распространить гражданско-правовую защиту права на использование нераскрытой информации.

В настоящее время, как нам кажется, признанием гражданско-правового характера правоотношений по поводу коммерческой тайны в сфере труда может служить, в частности, *исключение из трудового законодательства норм о материальной*

*ответственности работников за вред, причинённый в результате нарушения коммерческой тайны, которые были закреплены в ранее действовавшем законе (п. 6 ст. 91 Закона РК «О труде» от 10 декабря 1999 г.).*

Вопросы распространения действия гражданского законодательства на случаи нарушения коммерческой тайны работниками проблематичны, заслуживают отдельного рассмотрения и особого внимания законодателя. Полагаем, что вопрос должен рассматриваться с позиции признания гражданско-правовой природы любых соглашений о неразглашении информации, составляющей объект коммерческой тайны.

По нашему мнению, различного рода соглашения о неразглашении коммерческой информации с лицами, получившими доступ к нераскрытой информации являются гражданско-правовыми. Такие соглашения могут заключаться в качестве самостоятельных договоров: соглашения о неразглашении коммерческой информации, о передаче коммерческой информации. Они могут быть, как мы отмечали, одним из условий отдельного договора.

Думается, несмотря на то, что обязательство о неразглашении коммерческой информации может быть частью различного рода соглашений, по своему содержанию оно может быть названо разновидностью гражданско-правовых обязательств. Являясь частью таких соглашений, соглашение о неразглашении сохраняет свою самостоятельность (автономность) и может действовать после прекращения основного договора /7, С. 94/. Следовательно, если, к примеру, в трудовом договоре содержатся условия о неразглашении коммерческой информации, это не значит, что отношения по поводу коммерческой тайны имеют правовую природу трудовых обязательств. Практике и закону давно известно понятие смешанных договоров.

Но в настоящее время специальное правовое регулирование имеет только лицензионный договор. В связи с отсутствием у наших предпринимателей необходимого опыта по защите коммерческой информации следовало бы в ГК РК, хотя бы в общем, определить права и обязанности сторон на тот случай, если они упустят основные моменты защиты. Целесообразно законодательно разработать понятие договора о нераспространении (о конфиденциальности, неразглашении) коммерческой информации. Соответственно, теоретически разработать вопрос о природе такого соглашения, форме, содержании, порядке заключения и других. В странах, где детально регламентируется защита коммерческой тайны, общеприняты типовые *формы таких соглашений* /14, С. 32/. *Рассмотреть* все изменения, которые необходимо произвести в этой связи, в рамках данной работы, как нам кажется, просто невозможно.

Поскольку данные соглашения являются индивидуально-договорным уровнем правового регулирования отношений в области применения коммерческой тайны, это ещё раз подчёркивает, что в рассматриваемой сфере осуществляется преимущественно гражданско-правовое регулирование.

Итак, правовому регулированию отношений в сфере применения коммерческой тайны характерна многоуровневая система. При этом структура источников коммерческой тайны позволяет определить гражданско-правовое существо института коммерческой тайны. Как отмечает С. С. Алексеев, в системе источников в той или иной степени проявляется система права – объективно существующее деление внутри самого права /145, С. 254/.

Из сказанного вытекает вопрос о месте норм о коммерческой тайне в системе гражданского права.

Как ранее отмечалось нами, объект коммерческой тайны (нераскрытая информация) является объектом интеллектуальной собственности. Значит, коммерческая тайна - способ защиты интеллектуальной собственности. А совокупность норм о коммерческой тайне составляют институт права интеллектуальной собственности. Иными словами, в системе гражданского права нормы о коммерческой тайне имеют место в системе права интеллектуальной собственности.

Право интеллектуальной собственности как целостное образование, регламентирующее специфический вид имущественных и личных неимущественных отношений является подотраслью гражданского права /3, С. 20/.

Точнее предметом данной подотрасли можно назвать отношения, характерной особенностью которых является то, что они опосредуют процесс присвоения результатов интеллектуального труда.

Предмет любой подотрасли гражданского права, в свою очередь, характеризуется как единством охватываемого материала, так и его дальнейшей структурной дифференциацией на институты. Это позволяет выделять в структуре законодательства общую и особенную части.

Институты как наиболее крупные структурные подразделения подотрасли так же характеризуются общностью предмета и его последующей дробной структурной дифференциацией, что обуславливает существование субинститутов /210, С. 13 – 14/.

Общность в правовом регулировании всех видов интеллектуальной собственности является основой выделения норм права, которые применяются при регулировании любых отношений интеллектуальной собственности (в частности, ст. ст. 961- 970 ГК РК).

В общей части такой системы отражены главным образом отличия интеллектуальных продуктов от вещественных. А особенная часть отражает специфику разных видов интеллектуальных продуктов, в том числе нераскрытой информации.

Хотя, необходимо ещё раз подчеркнуть, что, в связи с внутренней неоднородностью объектов права интеллектуальной собственности, число которых постоянно растёт, до сих пор вопрос о комплексном подходе в правовой регламентации результатов интеллектуальной деятельности не снят с повестки дня.

Конечно, в Гражданском кодексе РК в отличие от ГК России уже заложены принципиальные начала создания единой системы и подсистем интеллектуальной собственности. В нормах главы 49 Особенной части ГК РК отражена специфика свойств интеллектуальных продуктов. Однако, на наш взгляд, в них не получили чёткого, организационного выражения некоторые важные моменты, способствующие более ясному пониманию существа такого регулируемого объекта как нераскрытая информация и способа её защиты – коммерческой тайны.

В частности, с учётом тех изменений, которые произошли в рассматриваемой области правового регулирования, весьма актуальной остаётся проблема классификации объектов интеллектуальной собственности. По выражению одного из учёных-юристов «классификация позволяет решать широкий круг задач: от сокращения описания изучаемой совокупности явлений до обнаружения взаимосвязей между ними» /211, С. 114/.

С нашей точки зрения, на сегодняшний день классификация объектов интеллектуальной собственности (ст. ст. 125, 961 ГК РК) является не совсем точным организационным выражением объективно существующей дифференциации

(системы) интеллектуальных продуктов. Такое деление не создаёт правильного представления о современном объекте права интеллектуальной собственности, что, в частности, мы постарались отразить в подразделе 2.1 настоящей работы.

Развитие науки и техники привело к тому, что объектом на рынке могут выступать любые результаты интеллектуальной деятельности, в том числе не являющиеся продуктом творчества. Следовательно, появились новые отношения, требующие правовой регламентации, а значит, создания новых правовых средств, правовых институтов.

В целом это обстоятельство учтено законодателем. Особенная часть ГК РК содержит нормы касающиеся множества новых интеллектуальных продуктов. Но в общих положениях раздела о праве интеллектуальной собственности несколько неверно определено понятие объектов интеллектуальной собственности.

По данному вопросу, как нам кажется, более верной была позиция разработчиков проекта Особенной части Гражданского кодекса РК (ст.1011 проекта) /212/, где систему объектов составляют результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации участников гражданского оборота, товаров, работ, услуг.

Среди результатов интеллектуальной творческой деятельности традиционными институтами права интеллектуальной собственности являются авторское право, патентное право. Традиционными институтами интеллектуальной собственности как приравненные к результатам интеллектуальной творческой деятельности являются фирменное наименование и товарный знак.

Кроме того, закреплённые в ст. ст. 965-967 Особенной части ГК РК общие положения предполагают включение в систему права интеллектуальной собственности такой сферы правового регулирования как обязательства, основанные на исключительных правах. В нормах указанных статей в общем отражена специфика таких обязательств, заключающаяся в разделении их на два вида – основанные на договоре об уступке исключительного права и на договоре о предоставлении лицензии на использование объекта с сохранением права.

Как справедливо заметил Н. Д. Егоров, одной только общей части обязательственного права явно недостаточно для надлежащего урегулирования постоянно вызываемых к жизни потребностями развития экономики новых, ранее неизвестных видов обязательственных отношений. Решению этой задачи будут способствовать общие для определённой группы обязательств нормы права /210, С. 18/. Думается, это в полной мере можно отнести и к обязательственным отношениям в сфере применения коммерческой тайны.

Некоторые специалисты, в частности В. А. Дозорцев, обращают внимание не только на качественные изменения объектов права интеллектуальной собственности, но и качественное изменение содержания исключительных прав /78/.

Исследуя понятие исключительного права, В. А. Дозорцев, по сути, приходит к выводу, что в настоящее время существуют её разновидности: 1) исключительное право в традиционном смысле как одна из ветвей абсолютного права наряду с правом собственности (авторское, патентное право); 2) исключительное право как ослабленное абсолютное право так как обеспечивает монополию относительную, фактическую; 3) исключительное право, действующее только вместе с обязательствами, когда абсолютное право с объекта смещено на субъект, хотя и обращено на результат его деятельности - общедоступную информацию. Субъект ценою личных усилий организывает комфортный доступ к такой информации. В итоге на объект абсолютное право распространяется косвенно и действует слабо.

В этом делении право на нераскрытую коммерческую информацию отнесено автором ко второму виду, то есть как исключительное право, обеспечивающее относительную монополию (фактическую) – это ослабленное абсолютное право или, как он выражается квази-абсолютное право.

Вопрос о понятии исключительного права, конечно, актуален, заслуживает особого внимания законодателя. Не вникая в детали данной проблемы, хотелось бы заметить, что определение коммерческой тайны как квази-абсолютного права можно, на наш взгляд, признать спорным. «Ослабленность» абсолютного права, не является, как нам кажется, чем-то новым. Аналогичная «ослабленность» проявляется и в иных исключительных правах. Более того, мы считаем, что само исключительное право в определённом смысле может быть названо ослабленным абсолютным правом.

Не только в случае коммерческой тайны, но и в случаях охраны авторским правом, и патентом гарантированная государством монополия не контролируется государством. Это проблема владельца исключительного права. Поскольку объект охраны нематериален, то доказать посягательство не просто. Следовательно, в некотором смысле, ставится под сомнение абсолютный характер прав на интеллектуальные продукты.

Но мы разделяем мнение Дозорцева В. А. о том, что на современном этапе не содержание исключительного права расширяется, а появляются новые его разновидности.

Далее, как мы уже отмечали, в общей части раздела о праве интеллектуальной собственности отсутствуют положения, отражающие появление конфиденциальности как способа обособления интеллектуальных продуктов, охраны конфиденциальности как основания возникновения права на защиту от незаконного использования нераскрытой информации (по сути, исключительного права).

Как известно, способ обособления интеллектуального продукта необходим для закрепления абсолютного права на него, т. е. это условие обращения его в имущественном обороте. Иными словами, способы обособления результатов интеллектуальной труда являются основаниями возникновения прав на объекты интеллектуальной собственности. А в отношении нераскрытой информации дополнительное условие – охрана конфиденциальности информации через установление режима коммерческой тайны.

Общеизвестны два способа обособления результатов интеллектуальной творческой деятельности (через форму; через формально-логическое определение признаков, характеризующих содержание результата), среди которых существующий способ обособления нераскрытой информации не называется. Тогда как обеспечение конфиденциальности выполняет такие же функции, как и названные выше традиционные способы обособления, а именно: индивидуализация интеллектуального продукта, закрепление прав. Соответственно, ей присущи функции и способа защиты интеллектуальной собственности. Законодательное решение данного вопроса необходимо.

Новые виды результатов интеллектуального труда, вызванные к жизни потребностями развития экономики, в частности, нераскрытая коммерческая информация, нуждаются в обеспечении надлежащей правовой охраны. Сегодня это задача не в полной мере решена в нормах о праве интеллектуальной собственности, содержащихся в ГК РК.

В завершении рассмотрения вопроса о месте норм о коммерческой тайне в системе права, необходимо отметить, что, также как любой институт, коммерческая

тайна имеет не только присущие ему предмет, но и задачи (функции), а также принципы, которые находят отражение в закреплённых им нормах и порождают юридическое единство этих норм.

Творческое исследование функций и принципов правового института – одно из важных условий правильного применения и дальнейшего совершенствования его норм.

Возникновение коммерческой тайны связано со становлением и развитием предпринимательства, когда основные экономические законы проявляются в товарном обороте. Коммерческая информация один из особых видов товара. По своим натуральным свойствам, как нематериальный объект, она может быть одновременно использована неопределённым кругом лиц. Это не совсем соответствует требованиям товарного оборота, по которым права отдельного лица должны быть обособлены. Функция обособления нематериального объекта ложится на закон /213, С. 140/.

Значит, основная задача правового института коммерческой тайны, как и других правовых институтов интеллектуальной собственности, состоит в обеспечении искусственного обособления информации, превращения её в объект исключительных прав.

Исключительное право лежит в основе товарного оборота информации, составляющей коммерческую тайну. Функции его аналогичны праву собственности в отношении материальных вещей. Но на исключительные права ложится дополнительная задача, заключающаяся в том, чтобы создать правовой механизм для самого товарного оборота, соответствующий специфике объекта /36, С. 290/.

Отсюда следует, что коммерческая тайна также имеет дополнительную функцию создания правового механизма товарного оборота, соответствующей специфике конфиденциальной информации. В частности, раскрыть и формально закрепить особые правомочия. Как указывал Г.Ф. Шершеневич, выделяя категорию исключительных прав, цель юридической защиты для всей группы исключительных прав сводится к предоставлению «известным лицам исключительной возможности совершения известных действий с запрещением всем прочим возможности подражания...» /80, С. 70 – 71/.

Правовой институт коммерческой тайны обеспечивает участие информации в товарообороте, её оборотоспособность, т. е. возможность установления и отчуждения прав на неё. Главная фигура в этой системе предприниматель. Фактически коммерческая тайна обслуживает интересы предпринимателя. Её юридическое содержание связано преимущественно с механизмом товарного оборота. На второй план отходят интересы авторов результатов интеллектуального труда, создание стимулов для использования и приумножения технических достижений. Таким образом, правовой институт коммерческой тайны ориентируется, прежде всего, на предпринимателя.

Функции правового института коммерческой тайны определяют его содержание, которое получает выражение в правовых нормах, которые и осуществляют, по сути, задачи коммерческой тайны. В этом функции правовых норм. И эти функции не статичны, они находятся в динамике.

На наш взгляд, можно назвать некоторые группы норм, непосредственно направленных на осуществление задач правового института коммерческой тайны: нормы устанавливающие критерии отнесения информации к числу составляющих коммерческую тайну и порядок их оформления; нормы определяющие содержание

субъективных гражданских прав на нераскрытую информацию, составляющую предмет (объект) коммерческой тайны; нормы определяющие механизм реализации прав обладателей информации в режиме коммерческой тайны; нормы регламентирующие некоторые общие вопросы (общие понятия, определяющие правовой статус участников отношений и т. п.). Такие нормы называют «функциональными». Помимо них существует множество так называемых «обслуживающих» норм, которые полезны для осуществления функций института коммерческой тайны. Обслуживающие нормы могут иметь иную отраслевую принадлежность.

Таким образом, главная роль в институте коммерческой тайны принадлежит производственно-экономической функции. Она заключается в том, чтобы влиять на использование нераскрытой коммерческой информации в товарном обороте. Действует она через экономический механизм. Устанавливается «охрана информации, составляющей объект коммерческой тайны» - правовой режим, основанный на закреплении права на защиту исключительного права на конфиденциальную информацию за обладателем – предпринимателем. Сам правовой институт действует в интересах производителя-предпринимателя. Основная функция института коммерческой тайны – охрана конфиденциальности сведений предпринимателей, составляющих его интеллектуальную собственность.

В этой связи данный институт интеллектуальной собственности строится на несколько иных началах (принципах), чем те, которые применяются в сфере традиционных институтов интеллектуальной собственности.

Обратимся к принципам института коммерческой тайны.

Надо заметить, что при всём многообразии литературы по интеллектуальной собственности следует признать, что в настоящее время не просто отсутствуют работы специально посвящённые принципам коммерческой тайны, нет и попыток выявить эти принципы.

Конечно, интересы развития теории коммерческой тайны требуют фундаментальных научных исследований и обоснований в этой области. Касается это и принципов института коммерческой тайны. Однако, в рамках рассматриваемой проблемы, мы ставим более скромную цель – хотя бы попытаться выявить и сформулировать институционные принципы.

В литературе по гражданскому праву часто отмечается, что для гражданско-правовой науки разработка и творческое применение принципов имеет большое теоретическое и практическое значение.

В качестве резюме самых различных высказываний приведём одно из них. «С точки зрения сущностного назначения принципы гражданского права представляют собой основополагающие начала всей системы гражданского права, его институтов и гражданско-правовых норм...определяющих качественные особенности данной отрасли. Вместе с тем они выступают основой осуществления гражданско-правовых норм» /214, С. 14/.

Принципы гражданского права принято делить, в зависимости от сферы действия, на принципы общегражданские, межинститутские и отдельных институтов.

Принципы гражданско-правового института составляют его каркас, являются его началом отражающим те или иные закономерности экономических отношений. Институционными принципами могут называться такие положения, которые практически не могут быть обнаружены путём логического анализа, не могут проявляться как в гражданско-правовых институтах, так и в институтах других

правовых отраслей, а так же не являются отраслевыми и не присущи праву в целом /215, С. 44/.

В отношении коммерческой тайны отметим, что правовая охрана предоставляется лицам являющимися субъектами предпринимательской деятельности. Значит, помимо общих принципов гражданского права, руководящие положения такой подотрасли гражданского права как предпринимательское право распространяются на институт коммерческой тайны.

Коммерческая тайна является способом защиты гражданских прав на объект интеллектуальной собственности. Отсюда следует, что принципы права интеллектуальной собственности также составляют каркас института коммерческой тайны.

Анализируя содержание норм о коммерческой тайне, и суммируя проведённые теоретические исследования правовой природы института коммерческой тайны, предмета коммерческой тайны, можно, как нам представляется, выделить специальные принципы института коммерческой тайны. Полагаем, следующие положения могли бы квалифицироваться как принципы коммерческой тайны.

**Во-первых, правовая охрана предоставляется при условии, что режим коммерческой тайны установлен в отношении информации, обладающей установленными в законе признаками.**

В частности, это такие признаки как коммерческая ценность в силу неизвестности информации третьим лицам. При этом информация не должна включать сведения, которые согласно закону не могут быть предметом коммерческой тайны, подпадать под действие нормативных правовых актов, делающих введение режима коммерческой тайны данным лицом неправомерным.

**Во-вторых, возникновение правовой охраны независимо от официальных формальностей.** Правовая охрана информации и установленного в отношении неё режима возникает независимо от соблюдения формальностей официального порядка, удостоверяющих факт соответствия информации установленным законом признакам. В силу природы данной информации, такая проверка возможна только в случае нарушения права на коммерческую тайну.

Отсюда следует, что коммерческой тайне неизвестно понятие приоритета. Полагаем, **отсутствие права приоритета** можно признать следующим принципом данного института.

Этот принцип означает, что право на коммерческую тайну признаётся одновременно за несколькими лицами, каждый из которых самостоятельно независимо друг от друга создал, получил информацию, составляющую коммерческую тайну. Отсюда следует, что принцип исключительности, характеризующий все традиционные институты права интеллектуальной собственности, приобретает иное значение в коммерческой тайне. Охрана исключительного права использовать информацию несколько ослаблена.

**В четвёртых, субъектам обеспечивается свобода определения состава и объёма сведений, составляющих объект коммерческой тайны.**

В пятых, особым проявлением принципа сочетания частных интересов обладателя коммерческой тайны с интересами общества является, на взгляд, принцип **законодательного закрепления перечня сведений, которые не могут быть объектом коммерческой тайны** в целях обеспечения государственной безопасности, а так же защиты прав и свобод граждан.

Конечно, принцип сочетания частных и общественных интересов характерен гражданскому праву в целом, но, по нашему мнению, в различных его институтах он имеет специфическое проявление и особое значение. Раскрыть содержание этого принципа в институте коммерческой тайны, значит определить границы прав обладателей коммерческой тайны.

В шестых, можно назвать принцип **самостоятельного определения, организации, осуществления обладателем коммерческой информации, необходимых мер обеспечения её конфиденциальности (самостоятельной защиты).**

В качестве седьмого принципа можно было бы назвать **предоставление бессрочной правовой охраны нераскрытой коммерческой информации.**

Таким образом, мы полагаем, приведённые выше положения, выявленные в ходе логического анализа всей совокупности норм о коммерческой тайне, следует рассматривать как руководящие идеи, начала, пронизывающие всю систему правовых норм данного института. *Названные принципы функционируют в неразрывном единстве. Это способствует их осуществлению.*

Итак, все приведенные соображения, являются, с нашей точки зрения, достаточным обоснованием существования коммерческой тайны как относительно самостоятельного правового института. Коммерческая тайна – институт гражданского права, где его нормы расположены среди правил о праве интеллектуальной собственности.

Предмет правового регулирования института коммерческой тайны в одной плоскости пересекается, в другой расходится с предметом других институтов интеллектуальной собственности. Несомненно, такой ответ ставит вопрос о том, каково в очерченной ситуации соотношение коммерческой тайны с другими способами защиты интеллектуальной собственности, в частности, традиционными.

### **2.3 Соотношение коммерческой тайны и традиционных способов защиты интеллектуальной собственности**

Практика и законодательство показывает, что такая сфера правовой регламентации как рынок интеллектуальных продуктов расширилась. Это привело к появлению вместо трёх традиционных институтов интеллектуальной собственности около десятка институтов. Развитие науки и техники, экономики будут и дальше вызывать к жизни новые виды объектов интеллектуальной собственности, а значит, есть большая вероятность появления новых способов защиты интеллектуальной собственности. С этой позиции всегда будет актуальным вопрос о соотношении способов защиты интеллектуальной собственности.

В частности, теоретическими и практическими интересами решения вопроса о месте коммерческой тайны в системе интеллектуальной собственности диктуется необходимость специального рассмотрения соотношения традиционных способов защиты интеллектуальной собственности и коммерческой тайны.

Это задача, также как и рассмотрение общих положений права интеллектуальной собственности, важна с позиции комплексного подхода к решению вопроса о правовом регулировании отношений в области интеллектуальной собственности, для устранения нестыковок, несоответствий между основными институтами, установления возможности взаимодействия их друг с другом, направленности

каждого из них. Иными словами, для уточнения сферы действия каждого из института интеллектуальной собственности.

Как уже ранее отмечалось, традиционными способами защиты интеллектуальной собственности признаются авторское и патентное право, средства индивидуализации. Вопросы их соотношения обсуждались ещё с двадцатых – тридцатых годов двадцатого века в работах таких учёных-юристов как Хейфец И. Я., Пертерский И. С., Гордон М. В., Серебровский В. И., Флейшиц Е. А., Корецкий В. И., Гаврилов, Э. П., Ихсанов У. К., Наменгенов К. Н., Дозорцев В. А., Сергеев А. П. и других.

Думается, что в настоящей работе нет необходимости анализировать многочисленные точки зрения и предложения, которые уже высказаны по указанному вопросу и стали достаточно известными. Мы будем считать их основой в своих исследованиях одного из не решённых к настоящему времени проблем в области интеллектуальной собственности с позиции тех изменений, которые произошли в её системе с появлением коммерческой тайны.

Обычно указывается, что авторское право охраняет произведения науки, литературы и искусства, патентное право (при этом способом защиты называется патент) – технические решения (его характерным объектом является изобретение), средства индивидуализации обеспечивают должную индивидуализацию производителей, выпускаемую ими продукцию на рынке. Коммерческая тайна, как уже говорилось выше, охраняет любую информацию, полезную для осуществления предпринимательской деятельности.

При рассмотрении соотношения авторского права, патентов, средств индивидуализации участников гражданского оборота, товаров, работ, услуг (далее средства индивидуализации) и коммерческой тайны следует отметить, что эти категории являются многоаспектными. Они могут рассматриваться как категории противоположные объекту интеллектуальной собственности – способы защиты. Вместе с тем они могут рассматриваться как явления, непосредственно совпадающие с объектом интеллектуальной собственности (объектом защиты). Нас интересует первый аспект.

Об авторском праве, о патентах в зарубежной литературе уже давно принято говорить как об информационной собственности /216, С. 41/. Это только подтверждает единую природу объектов защиты авторского права, патентного права, коммерческой тайны как нематериальных благ.

Для нас же более привычными являются высказывания о том, что объекты авторского и патентного права – это творческие произведения /188; 190; 194; 217; 218/.

Появление авторского произведения немислимо без новизны формы /188, С. 8/. Для авторских произведений характерно единство содержания и формы его выражения /217, С. 24/. Обычно любая работа в области литературы, науки и искусства, будучи реализацией творческой идеи, соединена с какой-то вещной, материальной оболочкой /219/, то есть материальная форма выражения может быть не обязательной.

Появление произведения как объекта патентного права немислимо без новизны содержания, промышленной применимости. В зависимости от того, о каком техническом решении идёт речь, предъявляются также требования изобретательского уровня (изобретения), оригинальность (промышленный образец)

Информация же может быть объектом коммерческой тайны независимо от содержания, формы выражения, но при условии коммерческой ценности в силу

неизвестности третьим лицам. Иными словами, объектами коммерческой тайны могут быть и произведения литературного творчества и произведения технического творчества и любая иная по содержанию информация.

Образная система, в которую облачается произведение технического творчества, всегда имеет логическую форму дефиниции, причём существенно только содержание, которое может быть выражено в различных формах.

В патентном праве произведение характеризуется не по форме, а по содержанию. /156, С. 8; 193, С. 47 - 48/. Но отсюда не следует, что форма произведения технического творчества не имеет никакого значения. Дело в том, что различают внешнюю форму произведения и внутреннюю.

Содержание технического решения не зависит от внешней формы выражения. Но она, как писал Мамяева И. Э., существенна для решения, по крайней мере, в трёх отношениях /217, с.24/: придание техническому решению объективной внешней формы является юридическим фактом /188, с. 121 - 122/; именно внешняя материальная форма является причиной установления системы норм патентного права; внешняя форма выступает для субъекта явлением, за которым скрыта сущность технического решения.

В этой же связи Гаврилов Э. П. отмечал, что “технические решения воплощаются в двух формах: производственно-технической и (в основном) научно-литературной”. Производственно-техническую форму произведение имеет в случае его применения (внедрения) в станках, изделиях, технологических процессах. Хотя решение может быть выражено в непромышленной форме (заявка на изобретение, научная статья, технические чертежи и т.п.) /194, С. 32/.

Таким образом, относительно содержания технического решения внутренней формой является логическое понятие объекта патентных прав, которое является мысленным, идеальным отражением разных возможных воплощений технического решения в материальных объектах и получает форму словесного определения /217, С. 25/.

Совокупность идей, образов, мыслей, в общем, информации в авторском праве не облачается в строгие рамки логической формы дефиниции, так как содержание здесь не существенно. Важна форма.

По сути, в авторском праве творчество заключается в новизне формы, а в патентном праве – в новизне содержания. Однако, «новизна как самостоятельный признак охраноспособного объекта необходима лишь в патентном праве» так как здесь речь идёт о содержательном результате, который объективно может быть самостоятельно воссоздан третьим лицом /3, С. 112-113/.

В составе объекта коммерческой тайны информация может быть облечена в формально-логическую форму дефиниции как в патентном праве, но это не обязательное условие охраны. Новизна содержания тоже не обязательный признак коммерческой тайны.

Объектами авторского и патентного права признаются не просто творческие произведения, а лишь такие, которые обладают предусмотренными законом признаками. В отношении объекта коммерческой тайны так же установлены признаки (критериальные), при наличии которых любая по содержанию информация может получить охрану в такой форме. В том числе и такая информация, которая обладает признаками объектов авторского и патентного права.

Необходимым признаком произведения как объекта авторского права, помимо творческого характера, признаётся объективная форма его выражения (ст.6 Закона РК

«Об авторском праве и смежных правах»), по мнению В. И. Серебровского /191, С. 41/, Н. Л. Клык /220, С. 40/ обеспечивающая его воспроизведение.

Заметим, что понятие «объективная форма выражения» гораздо шире, чем понятие «материальная форма выражения (материальный носитель)». Законом предоставлена охрана, выраженным вовне в любой форме, любым произведениям как обнародованным (опубликованным) (выпущенным в свет, изданным, публично исполненным, публично показанным) так и необнародованным (не опубликованным) (см.: п.2 ст. 971 ГК РК). Понятие опубликованного и не опубликованного произведения можно найти в ст. 3 Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 года /221, С. 80 – 81/.

Это положение сближает несколько авторское право с коммерческой тайной. Информация, составляющая объект коммерческой тайны, может быть выражена в любой объективной форме. Но форма выражения не имеет юридического значения для придания информации конфиденциального характера и предоставления правовой охраны.

Далее, в законе чётко указано, что авторское право не распространяется на идеи, концепции, принципы, методы, системы, процессы, открытия, факты (п.4 ст. 971 ГК РК, п.4 ст.6 Закона РК «Об авторском праве и смежных правах»). Этого нельзя сказать о коммерческой тайне. Такая возможность при наличии соответствующих условий не исключается.

Кроме того, как отмечается в литературе, чтобы результат интеллектуального труда охранялся авторским правом, это должно быть оригинальное произведение. Идеи, содержащиеся в ней необязательно должны быть новыми, но литературная или художественная форма выражения должна быть оригинальным произведением автора. Это требование относится как к содержанию, так и к форме /162, С. 5/. Заметим, что законодатель не называет оригинальность среди необходимых условий правовой охраны. Видимо, она всё же охватывается понятием творчества.

Охрана авторского произведения не зависит от его качества или ценности. Оно защищено независимо от того, является ли оно плохим или хорошим в эстетическом плане, независимо от цели, для которой это произведение предназначено, будут ли получены доходы.

Охрана информации, составляющей коммерческую тайну, тоже не зависит от качества сведений в эстетическом плане. Но предоставление охраны зависит от такого качества сведений как коммерческая ценность. Хотя это не значит, что коммерческую тайну может составлять лишь такая информация, которая приносит прибыль. Ею может быть также информация, имеющая потенциальную коммерческую ценность (та, которая в будущем может приносить доходы).

Возвращаясь к творческим произведениям – объектам авторского права, хотелось бы обратить внимание на одно существенное замечание некоторых авторов, что если охрана содержания произведений литературы и искусства через охрану формы не вызывает сомнений в справедливости, то иное отношение к произведениям науки. Их использование по нормам авторского права, по сути, не знает правовых ограничений.

В произведениях науки выражается результат научного или технического творчества, который может охраняться и на основе норм патентного права, если, конечно, отвечают условиям патентоспособности. Это значит, что содержание научных произведений тоже является охраноспособным. В качестве объектов авторского права получает охрану лишь их внешняя форма. Использоваться такие произведения могут, если только имеют литературную форму, т. е. являются

произведением научной литературы /220, с. 38-39/. Вполне может возникнуть двойная охрана по нормам авторского и патентного права.

Одновременная охрана по нормам авторского права и коммерческой тайны невозможна. Хотя в принципе, чисто теоретически, можно предположить установление такой двойной охраны в отношении неопубликованных (не обнародованных) авторских произведений, если каким-либо образом неизвестность третьим лицам содержания и информации о форме произведения может или приносит прибыль автору. И если, произведение предназначено для обращения в сфере его деятельности.

Кроме того, как для защиты авторских произведений, так и для защиты сведений, составляющих коммерческую тайну не обязательна окончательная фиксация информации в материальной форме (смотрите ст. 6 Закона РК «Об авторском праве и смежных правах», ст. 126 Общей части ГК РК). Однако юридически верно говорить в данном случае о дополнении авторско-правовой охраны произведения охраной её конфиденциальности.

Также нельзя не обратить внимание на то, что среди объектов авторского права, перечисленных в ст. 7 Закона РК «Об авторском праве и смежных правах» назван такой «содержательный» интеллектуальный продукт как программы ЭВМ. В этой связи справедливо поднимается вопрос о неэффективности правовой охраны программы ЭВМ как формы /222/. Как нам кажется, в данном случае уже сейчас охрану формы вполне можно изначально дополнить установлением режима коммерческой тайны.

Нормы патентного права распространяются лишь на производственно-технические формы воплощения технических решений. Из норм Патентного закона РК следует, что окончательная фиксация произведения в материальной форме – одно из обязательных условий патентной формы охраны.

Объектами патентного права являются изобретения, промышленные образцы, полезная модель, в общем обозначаемые как информация технологического характера, именуемые также объектами промышленной собственности (п.6 ст. 1 Патентного Закона РК) /163/.

Согласно ст.1 (3) Парижской конвенции по охране промышленной собственности «промышленная собственность понимается в самом широком смысле и распространяется не только на промышленность и торговлю в собственном смысле слова, но так же и на области сельскохозяйственного производства и добывающей промышленности и на все продукты промышленного или природного происхождения...» /9/.

Данная конвенция к объектам промышленной собственности, помимо уже названных объектов, относит также товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования, указание происхождения или наименования места происхождения, пресечение недобросовестной конкуренции (ст. 1(2)).

Указанные объекты, как и объекты авторского права, представляют собой результаты мыслительной деятельности, но они являются идеальными решениями тех или иных технических или художественно-конструкторских задач, которые лишь в ходе их внедрения воплощаются в конкретные устройства, механизмы, процессы, вещества и т.п.

Если предмет охраны авторского права – литературная и художественная форма произведения, отражающие её оригинальность, то предмет охраны патентного права – содержание тех решений, которые придуманы субъектом /223; 224/.

Из вышеизложенного может возникнуть вопрос о возможности одновременного распространения на информацию технологического характера, отвечающего условиям патентования, норм патентного права и коммерческой тайны.

Как известно, согласно нормам законодательства факт получения патента должен быть обнародован. В результате этого содержание технологической информации становится общедоступной информацией в объеме опубликованного описания патента (т. е. не в полном объеме). В той части, в которой информация не известна третьим лицам патентно-правовая охрана вполне, с нашей точки зрения, может быть дополнена охраной конфиденциальности.

Ценность объектов патентного права «заключена в зафиксированной каким-то способом мысли, технической идеи, безотносительно к тому выражена ли эта идея в чертеже, в модели, в описании или иным способом получила объективное выражение» /217, С. 11/.

Помимо всего, само слово «решение» несёт важную смысловую нагрузку. Оно указывает, что произведение как объект патентного права – это не простая постановка задачи, формулирование только идеи, но и указание конкретного пути её реализации /225, С. 28 – 29/. Тогда как охрана авторских произведений не зависит от их качества и ценности.

Охрана коммерческой тайны, как уже отмечалось, зависит от коммерческой ценности (действительной или потенциальной) информации её составляющей. Однако именно неизвестность информации третьим лицам определяет в целом её коммерческую ценность. Хотя обусловлена коммерческая ценность информации размером прибыли, которая, в свою очередь, может быть обусловлена новизной информации (её формы, содержания, способа применения и т. д.). Но если нет конфиденциальности, не может быть и коммерческой ценности. В этом главная ценность объекта коммерческой тайны (её конфиденциальность).

Далее, нужно отметить, что субъект патентного права обязан использовать объект промышленной собственности (п. 3 ст. 11 Патентного закона). На субъекте авторского права такая обязанность не лежит (ст.16 Закона РК «Об авторском праве и смежных правах»).

На обладателя коммерческой тайны обязанность использовать объект изначально не возлагается. Хотя не исключено, что обязанность использовать информацию, составляющую коммерческую тайну, будет лежать на других субъектах коммерческой тайны при производных способах приобретения.

Понятие «использование объекта» патентного права раскрыто в п. 2 ст. 11 Патентного закона РК. В общем, использованием объекта промышленной собственности считается применение технического решения в производственном процессе, в выпускаемой продукции /194, С. 83/. К примеру, воплощение технического решения в форму научной статьи не есть использование по нормам патентного права.

Однако такая форма учитывается при определении новизны, приоритета и других критериев патентоспособности технического решения. Для того чтобы возникли права на объект промышленной собственности, обычно сначала создаётся научно-литературное произведение (например, формула изобретения, чертежи и прочее). Эти материалы – предпосылка возникновения патентных прав, по сути лежащая за пределами патентного права /194, С. 83 – 84/.

Использование объекта коммерческой тайны можно определить как любое применение информации в режиме конфиденциальности в предпринимательской

деятельности (в том числе и в производственном процессе, в выпускаемой продукции), распространение её. Отсюда следует, что понятие использования коммерческой информации - объекта коммерческой тайны, хотя и ограничено рамками особого режима, шире, чем понятие использования объекта промышленной собственности. В частности, патентное право (впрочем, и авторское право тоже) снимает вопрос о монопольном праве раскрытия информации.

По нормам авторского права, патентного права, коммерческой тайны следует разграничивать понятия «использование объекта» и «использование права на объект» (смотрите ст. 964 Особенной части ГК РК).

Использование исключительного права на объект интеллектуальной собственности означает две формы распоряжения правом: полная уступка исключительного права (например, по договору купли-продажи); временная уступка (передача) исключительных прав (полностью или в части).

Далее, патентное право (как и авторское право) не придаёт юридического значения абсолютно всем творческим произведениям, являющимся решением технических, художественно-конструкторских задач. Тем самым проводится различие между охраноспособными и неохраноспособными произведениями /217, С. 16/.

Объект коммерческой тайны может составлять любая по содержанию информация. Но не всегда информация составляет коммерческую тайну. По нормам института коммерческой тайны тоже установлены критерии охраноспособности (конечно, не такие строгие как в патентном праве).

В условиях предоставления правовой охраны заключается ещё одно существенное различие между авторским правом, патентным правом и коммерческой тайной.

Для возникновения авторского права не требуется выполнение каких-либо формальностей: достаточно факта создания произведения (п. 1 ст. 9 Закона РК «Об авторском праве и смежных правах»).

Создание авторского произведения есть не что иное, как выражение творческой мысли в объективной форме. «Не форма произведения сама по себе, а выражение творческой мысли в объективной форме» является юридическим фактом /160, С. 180/.

Для предоставления правовой охраны произведению как объекту патентного права, оно должно отвечать установленным критериям патентоспособности (ст. ст. 991 Особенной части ГК РК, 6 – 8 Патентного закона РК). При этом одно из основных условий новизна, неочевидность содержания. Эти критерии учитываются применительно к определённой дате.

Кроме того, обязательным условием предоставления патентной охраны является выполнение формальностей, связанных с признанием произведения патентоспособным, которые осуществляются в рамках специальной процедуры /224, С. 135/.

Данная процедура включает доведение до сведения общества данных о созданном техническом новшестве (составление, подача заявки, публикация материалов заявки и прочее), проверку государственным органом того, действительно ли новшество обогащает мировой уровень техники (экспертиза заявки) и выдачу от имени государства особого охранного документа, гарантирующего права заявителя (смотрите главу 5 Патентного закона РК). Таким документом является патент, который официально подтверждает права обладателя и устанавливает их объём.

В этой связи большое значение в патентном праве имеет понятие приоритета, которое неизвестно авторскому праву и институту коммерческой тайны.

Право приоритета означает, что на государственное признание своих прав могут претендовать только те заявители, которые первыми подали правильно оформленную заявку на выдачу патента /224, С. 4/. Для возникновения права на нераскрытую коммерческую информацию необходим такой факт как обеспечение конфиденциальности (создание режима конфиденциальности, об особенностях создания которого говорилось в главе 1).

В свою очередь для установления режима конфиденциальности в отношении информации необходимо наличие установленных законом (п. 1 ст. 126 Общей части ГК РК) предпосылок: информация в определённой степени неизвестна третьим лицам; информация должна иметь действительную или потенциальную коммерческую ценность; информация не относится к числу сведений, которые согласно закону не могут составлять коммерческую тайну; к информации ограничен доступ.

Далее, по творческому характеру труда объекты авторского и патентного права не отличаются друг от друга. «В силу их творческой природы они всегда связаны с именем творца» /192, С. 241/. По нормам авторского и патентного права, если создатель произведения не индивидуализирован, то такое произведение не может быть отнесено к их объектам (как, например, произведения народного творчества).

Отсюда следует, что центральной фигурой среди субъектов и авторского, и патентного права является автор – физическое лицо, творческим трудом которого создано произведение. Для признания лица автором соответствующего произведения не имеет значения ни возраст, ни состояние дееспособности.

Однако в авторском праве автор - субъект первоначальных исключительных прав на использование авторского произведения. Исключительные права базируются на самом факте создания произведения.

В патентном праве исключительные права основаны на факте получения охранного документа – патента. Это документ «воплощающий только имущественные ценности и непосредственно не связан с личностью создателя – разновидность товара» /225, С. 20; 226/. Не всегда этот документ получает автор технического решения. Здесь автор - лицо изначально обладающее правом лишь на получение патента на своё имя /3, С. 395/, то есть правом стать патентообладателем.

Создатель технического решения может уступить право на получение патента любому физическому или юридическому лицу. Иными словами, в патентном праве автор и патентообладатель не всегда совпадают. Более того, в патентном праве на первый план выдвигается фигура патентообладателя. Но в любом случае изначально обладатель права авторства – создатель (автор).

Объект коммерческой тайны, не всегда имеет творческую природу, но даже если она и является продуктом творчества, по нормам коммерческой тайны индивидуализация создателя информации не предполагается, хотя в принципе не исключается, конечно, с соблюдением режима конфиденциальности. В целом коммерческой тайне неизвестно право авторства. Обладатель коммерческой информации не имеет личных неимущественных прав.

Изначально правообладателем коммерческой информации может быть физическое или юридическое лицо, имеющие статус предпринимателя.

Следовательно, к обладателю коммерческой информации предъявляются определённые требования, обусловленные характером осуществляемой им деятельности. Правообладатель при использовании объекта коммерческой тайны, вполне может указывать своё имя или специальное наименование. Хотелось бы,

чтобы указанные особенности получили соответствующее выражение в законодательстве.

Исключительное право у субъекта коммерческой тайны возникает в силу обеспечения конфиденциальности информации.

Следующее обстоятельство, которое нужно отметить это то, что действие патента охватывает узкую область отношений. «Патенты монополизуют не то, что уже было доступно обществу, а то, что не было даже известно до дня опубликования описания патента» /216, С. 40/. Область функционирования чётко ограничена формулой изобретения. Формула определяет и область применения технического решения. О патентной системе принято говорить, что она обычно функционирует в сфере коммерции /216, С. 46/.

Коммерческая тайна функционирует только в сфере предпринимательства. Тогда как область применения авторских произведений безгранична. Можно сказать, что сфера функционирования коммерческой тайны относительно патентного права шире, но уже чем сфера действия авторского права.

Далее, по нормам патентного права, предварительным условием выдачи патента служит требование о доведении информации, о техническом решении практической задачи до сведения общества. Согласно нормам авторского права обнародование не является обязательным условием предоставления правовой охраны. В институте коммерческой тайны о таких требованиях не может быть и речи. Они противоречат его природе.

Условие предоставления правовой охраны коммерческой информации, в общем, – неизвестность третьим лицам (коммерческая информация не должна быть общеизвестной). В этой связи, к числу преимуществ режима коммерческой тайны можно отнести упрощённую процедуру определения информации в качестве объекта охраны.

Решение этого вопроса предоставлено обладателю информации, который обязан принять во внимание только установленный законодательством перечень сведений, которые не могут быть коммерческой тайной. Официальное признание права на коммерческую тайну не требуется. Хотя, конечно, мы говорили о том, что на практике трудно определить сведения, составляющие коммерческую тайну. В первую очередь это связано с тем, что коммерческая тайна относительно новый институт законодательства, которое пока не содержит чёткого механизма применения данного института.

Однако, несмотря на то, что в отношении патентной охраны существует детальная регламентация её применения, на практике эта процедура оказывается достаточно ещё более сложной, длительной, дорогостоящей. К тому же, запатентованная информация будет объектом охраны только в течение определённого срока (например, право на изобретение охраняется в общем 20 лет), а также её содержание в определённой степени доступно для иных лиц.

Защита авторского права, в общем, предполагает признание как автора произведения, и что использование (в частности, воспроизведение, копирование, публичное представление) кем-либо произведения незаконны без разрешения автора (обладателя имущественных авторских прав) /227, С. 212/.

Охрана объектов промышленной собственности гораздо сильнее (как правило, запрещается несанкционированная имитация охраняемых признаков). «Патенты представляют собой монополию» /216, С. 40/ в тех областях, знания о которых не были доступны обществу.

Защита в режиме коммерческой тайны – это предотвращение утечки, хищения, утраты, несанкционированного копирования. Другими словами здесь имеет место охрана конфиденциальности различного (по содержанию) рода информации.

Коммерческая тайна, также как и патенты, может предоставлять монополию, но фактическую, в тех областях предпринимательской деятельности, знания о которых ещё не были доступны обществу. Чаще она предоставляет фактическую монополию в тех областях, знания о которых уже были доступны обществу. Тем самым в определённом смысле ограничиваются права других членов общества.

Исключительные права в этой области скорее можно назвать «привилегия», чем «монопольные права». Закон предоставляет право защиты монопольного использования коммерческой информации. Иными словами, при установлении режима коммерческой тайны возникает не юридическая монополия, а право на защиту существующего фактически монопольного использования информации.

Тем самым, в силу фактического обособления, охрана интеллектуальных продуктов обособленных таким способом как конфиденциальность более ослаблена, чем охрана объектов патентного права. Это подтверждается тем, что одни и те же сведения, могут одновременно составлять коммерческую тайну разных лиц (п. 1 ст. 1018 ГК РК). За каждым признаётся право на защиту от незаконного использования коммерческой информации от третьих лиц. Каждый из них может самостоятельно защищать своё право. Надо сказать, что в этом плане имеется сходство коммерческой тайны с правом лица, имеющего право преждепользования в патентном праве.

В патентном праве лицо, обладающее правом преждепользования до даты приоритета объекта промышленной собственности, сохраняет право использования этого объекта наряду с патентообладателем (п. 1 ст. 1004 ГК РК). Однако, если права на одну и ту же коммерческую информацию как объекта коммерческой тайны могут иметь несколько субъектов одновременно, то право на объект промышленной собственности признаётся только за патентообладателем.

Следует остановиться и на вопросе о действии правовой охраны объектов авторского и патентного права, коммерческой тайны во времени и в пространстве.

Законодательно ограничен срок действия исключительных (имущественных) прав на использование авторских произведений и технических решений (ст. 28 Закона РК «Об авторском праве и смежных правах», ст. 5 Патентного закона РК). По истечении срока защиты произведение становится общественным достоянием.

Авторское и патентное право имеют и строго территориальный характер. Исключительное право на авторские произведения ограничены пределами государства, где оно создано. В другом государстве при отсутствии международного соглашения авторское право не признаётся.

Охрана объектов промышленной собственности также предоставляется в пределах границ отдельных государств. Чтобы техническая разработка пользовалась правовой охраной в других странах, она должна быть там запатентована /224, С. 178/.

В режиме коммерческой тайны, правда при успешном функционировании системы предусмотренных мер, как форма, так и содержание (особенно) могут охраняться в течение неопределённого времени.

Право монопольного использования коммерческой информации прекращается только в силу утраты значения «тайны», точнее прекращения режима коммерческой тайны. Основания прекращения действия коммерческой тайны определены самой природой коммерческой информации (о чём более подробно уже говорилось в

разделе 1). Действие коммерческой тайны как способа защиты интеллектуальной собственности ограничивается территорией государства.

Резюмируя изложенное, мы полагаем, можно заключить, что решающим при разграничении авторского права, патентного права, коммерческой тайны является разграничение их объектов (часто довольно чётко проводимое на практике), в правовом режиме этих объектов. Но такое разграничение не означает, что с теоретической и практической точек зрения не возможно сближение этих институтов.

Касательно коммерческой тайны проведённое исследование, несомненно, подтверждает, что её можно назвать универсальной формой охраны интеллектуальных продуктов. При чём, по нашему мнению, приведённые в настоящей и предыдущей главе соображения позволяют признать (чисто теоретически), что коммерческая тайна как форма охраны интеллектуальных продуктов в определённом смысле лежит за пределами традиционного права интеллектуальной собственности.

Конечно, в вопросе о соотношении способов интеллектуальной собственности многое зависит от самого подхода к его решению. Подходы к решению подобных проблем «могут быть различны в зависимости от предмета «соизмерения» /203, С. 116/. В очерченной нами ситуации ответ на поставленный вопрос допускает следующие варианты.

Авторское право, патентное право, коммерческая тайна представляют собой самостоятельные институты права интеллектуальной собственности. Это, во-первых.

Во-вторых, не исключается положение, когда коммерческая тайна и интеллектуальная собственность в целом квалифицируется как самостоятельные взаимодействующие институты гражданского права.

Если обратиться к законодательству (в частности, к общим положениям о праве интеллектуальной собственности в Особенной части ГК РК), то, как мы уже говорили, обращает внимание то, что объектами интеллектуальной собственности названы результаты интеллектуальной деятельности, которые представляют собой творческое произведение.

Тогда остаётся открытым вопрос о том, согласно нормам какого института предоставляется охрана другим видам сведений, составляющих коммерческую тайну: либо законодатель распространил юридические конструкции права интеллектуальной собственности лишь на часть объектов коммерческой тайны (информацию научно-технического характера), либо включение нераскрытой коммерческой информации в число результатов интеллектуальной творческой деятельности (п. 2 ст. 961 ГК РК) означает, что законодатель приравнивает её к продуктам творчества.

### Глава 3

## Проблемы гражданско-правовой ответственности за нарушение режима коммерческой тайны

### 3.1 Понятие и виды ответственности за нарушение режима коммерческой тайны

При рассмотрении ответственности за нарушение режима коммерческой тайны следует учитывать место института коммерческой тайны в системе права. Этот вопрос был предметом изучения во втором разделе настоящей работы. Основной вывод сводится к несомненному признанию того факта, что для подавляющего большинства отношений в сфере применения коммерческой тайны используется методы регулирования гражданского права.

В теории права общепризнанно, что в мерах правовой ответственности, как средств правового регулирования, находит выражение одна сторона метода правового регулирования данной отрасли права. Меры ответственности должны соответствовать задачам отраслевого метода. В конечном счёте, содержание ответственности выясняется исходя из характера регулируемых отношений. Это в полной мере относится и к соотношению метода гражданско-правового регулирования и мер гражданско-правовой ответственности /228, С. 125-134; 229, С. 17-27; 230/, несущих на себе все черты метода дозволения.

Диспозитивность выражается в ответственности в том, что участники гражданско-правовых отношений в известной степени свободны в установлении, в использовании мер ответственности. Равенство сторон выражается в том, что за нарушение прав других субъектов стороны несут взаимную, одинаковую по содержанию ответственность. Инициатива выражается в возможности добровольной (без государственного принуждения) реализации гражданско-правовой ответственности /231, С. 44/.

Право на коммерческую тайну как субъективное гражданское право закреплено гражданским законодательством. Это означает, что меры ответственности должны иметь основной целью охрану частных интересов лица, установившего режим коммерческой тайны.

Предоставляя участникам гражданского оборота определённые права и возлагая на них определённые обязанности, гражданское законодательство предусматривает и соответствующие санкции на случай нарушения этих прав и обязанностей. Поэтому главный арсенал возможных мер ответственности за нарушение субъективного гражданского права на коммерческую тайну составляют гражданско-правовые меры ответственности. При этом необходимо иметь в виду, что они являются только одними из способов защиты гражданских прав (ст. 9 ГК РК).

Поскольку в случае с коммерческой тайной речь идёт главным образом об имущественных отношениях товарно-денежного характера, то и ответственность за нарушение такого рода прав и обязанностей должна носить имущественный характер.

Также в этом случае ответственность должна носить компенсационный характер, значит, обеспечивать возмещение тех или иных убытков, которые понесла потерпевшая сторона вследствие нарушения её прав или ненадлежащего исполнения обязанностей (т. е. соответствовать принципу эквивалентности товарно-денежных отношений).

Нормами п. 2 ст. 126, п. 1 ст. 1018 ГК РК предусмотрена ответственность за нарушение режима коммерческой тайны в виде возмещения убытков. Специальные законодательные акты также предусматривают возмещение убытков за нарушение коммерческой тайны (в рамках защиты свободы предпринимательства) как главное средство защиты права на коммерческую тайну.

Однако, из анализа норм о коммерческой тайне, вытекает, что в рамках защиты свободы предпринимательства, пресечения недобросовестной конкуренции в целях защиты права на коммерческую тайну возможно применение мер уголовной, административной, материальной ответственности за нарушение коммерческой тайны.

В частности, в соответствии со ст. 200 УК РК разглашение коммерческой тайны влечёт уголовную ответственность.

Надо полагать, что нарушение режима коммерческой тайны может рассматриваться и как нарушение трудовой, служебной дисциплины. Из чего следует возможность применения дисциплинарной ответственности в отношении работников, служащих (в том числе государственных служащих).

Изучение норм действующего антимонопольного законодательства и законодательства о недобросовестной конкуренции позволяет заключить о возможности применения административных мер ответственности за нарушение коммерческой тайны.

***В частности, Закон РК «О частном предпринимательстве», Закон РК «О конкуренции», Кодекс РК об административных правонарушениях от 30 января 2001 г. предоставляют возможность обращения в специальные органы, которые вправе принимать решения о наложении административных взысканий (штрафа).*** Значит, в случае нарушения прав на коммерческую тайну как осуществление недобросовестной конкуренции, потерпевшая сторона вправе обратиться в уполномоченный орган с заявлением о пресечении недобросовестной конкуренции. Например, о прекращении выпуска товаров с использованием информации составляющей предмет чужой коммерческой тайны, т. е. потребовать запретить использование информации и наложить штраф на нарушителя.

В практике защиты от недобросовестной конкуренции в некоторых зарубежных странах используют и иные меры. Так, к примеру, в США, где преследование недобросовестной конкуренции осуществляется судами на основе прецедентов, часто используют такую меру как временное прекращение использования украденной информации, составляющей коммерческую тайну, на период, в течение которого виновная сторона способна была бы самостоятельно разработать украденную информацию /5, С. 32/.

Уполномоченный орган может обратиться в суд с иском о пресечении действий нарушающих право на коммерческую тайну (получение, использование или разглашение информации составляющей предмет коммерческой тайны) как недобросовестную конкуренцию, устранении последствий нарушения права на коммерческую тайну, взыскания убытков причинённых юридическому лицу, индивидуальному предпринимателю, потребителям в результате нарушения права на коммерческую тайну, направлять материалы в правоохранительные органы для решения вопроса **о возбуждении уголовного дела.**

Несмотря на существование институтов борьбы с ограничением свободы предпринимательства и с недобросовестной конкуренцией, меры установленные нормами этих институтов отчасти способствуют решению проблемы защиты

нераскрытой информации, охраняемой в режиме коммерческой тайны. Использование данных мер не исключает возможность гражданско-правовой защиты. Как известно, обращение в специальные органы за защитой права не препятствует обращению в суд с иском о защите гражданского права (п.2 ст. 9 ГК РК).

Судебный (исковой) порядок является общим порядком защиты любого нарушенного гражданского права. Судебная защита должна осуществляться независимо от того, имеется соответствующее указание в законе, или нет. При этом суд обязан защищать как нарушенное, так и оспариваемое право /119, С. 15/.

Суммируя вышеизложенное можно сделать вывод, что ответственность за нарушение режима коммерческой тайны является частным случаем гражданско-правовой ответственности.

При выявлении характерных черт гражданско-правовой ответственности за нарушение права на нераскрытую информацию, охраняемую в режиме коммерческой тайны, необходимо исходить из общего понятия гражданско-правовой ответственности.

В литературе существует довольно большое число работ, посвящённых вопросам гражданско-правовой ответственности /232; 233; 234; 235; 236; 237/. В юридической науке вопрос о понятии гражданско-правовой ответственности является спорным. При этом всё же выделяются общие положения.

Как известно, понятие гражданско-правовой ответственности (как видовое) подчиняется родовому понятию юридической ответственности. Следовательно, гражданско-правовая ответственность – применение специальных правоохранительных мер защиты субъективных гражданских прав (санкций), направленных на возложение на нарушителя гражданских прав и обязанностей дополнительных имущественных лишений, обеспеченных государственным принуждением, в виде дополнительной гражданско-правовой обязанности или лишения принадлежащего ему гражданского права. Здесь санкция есть та конкретная мера ответственности, которая применяется к нарушителю /238, С. 645; 239, С. 38-41/.

Основное свойство гражданско-правовой ответственности – её имущественный и компенсационный характер. Из существа данного свойства гражданско-правовой ответственности вытекает недопустимость обогащения потерпевшего в результате получения возмещения вреда /240, С. 96/.

Гражданско-правовая ответственность имеет форму неблагоприятных имущественных последствий, возлагаемых на правонарушителя. Арсенал форм гражданско-правовой ответственности по действующему законодательству довольно разнообразен. Здесь могут быть названы возмещение убытков, взыскание неустойки, компенсация морального вреда. Эти меры как наиболее распространённые способы защиты гражданских прав указаны в ст. 9 ГК РК.

Применение ответственности связано с нарушением субъективного гражданского права. Речь может идти как об абсолютных, так и относительных субъективных правах. Основанием применения гражданско-правовой ответственности к нарушителю является совершение им правонарушения.

Изложенные основные положения о гражданско-правовой ответственности распространяются на ответственность за нарушение режима коммерческой тайны с учётом специфических особенностей оснований и условий ответственности, применения мер ответственности.

Специфика режима коммерческой тайны в том, что он закрепляет за обладателем нераскрытой информации исключительное право на неопределённый срок.

Получение, использование, разглашение нераскрытой информации, охраняемой в режиме коммерческой тайны, третьими лицами без разрешения обладателя не допускается. Такие действия без разрешения обладателя и есть по существу нарушение режима коммерческой тайны (правонарушение).

Обязательство третьих лиц не нарушать коммерческую тайну является гражданско-правовым обязательством. Поэтому его нарушение влечёт гражданско-правовую ответственность. Этот вид юридической ответственности может быть классифицирован. Разграничение видов ответственности можно провести на основании различных критериев.

Как известно, классификация ответственности возможно по видам санкций (мер), применяемых к правонарушителю. При этом различают ответственность по возмещению убытков, уплате неустойки, возмещению морального вреда и так далее.

Что касается коммерческой тайны, закон прямо возлагает обязанность возместить убытки на лиц, незаконными методами получивших нераскрытую информацию, разгласивших её вопреки договору, без законных оснований использующих её (п. 2 ст. 126, п. 1 ст. 1018 ГК РК).

Как видим, за нарушение режима коммерческой тайны главным образом законом предусмотрена лишь такая мера гражданско-правовой ответственности как возмещение убытков.

Возникают несколько вопросов. Во-первых, вопрос о возможности закрепления и других мер ответственности за нарушение коммерческой тайны. Надо сказать, что специальным законодательством предусмотрена общая возможность наложения штрафных санкций в судебном порядке по искам субъектов предпринимательской деятельности на государственные органы и их должностных лиц, **на субъектов частного предпринимательства, нарушивших коммерческую тайну в результате недобросовестной конкуренции.**

Как нам кажется, следует прямо определить в законе, что именно за разглашение нераскрытой коммерческой информации применяются штрафные санкции к государственным органам и их должностным лицам, указать размер штрафа.

Кроме того, мы считаем, что заслуживает внимания точка зрения некоторых авторов о возможности закрепления морального вреда за нарушение режима коммерческой тайны /12, С. 191/.

Во вторых, возникает вопрос, касающийся определения того, что входит в понятие «убытки» при разглашении, использовании нераскрытой информации с нарушением режима коммерческой тайны.

Поскольку эти вопросы связаны с понятием вреда, нам кажется целесообразным рассмотреть их при изучении особенностей определения оснований гражданско-правовой ответственности за нарушение коммерческой тайны.

Дальнейшая классификация возможна в зависимости от основания возникновения обязательства не нарушать режим коммерческой тайны. При этом можно различать договорную и внедоговорную ответственность.

Внедоговорная ответственность возникает обычно в силу норм законодательства, которое также определяет основания, пределы ответственности и т. д.

В соответствии с законодательством обязательство неразглашения коммерческой информации возникает, прежде всего, на основании императивной нормы закона у всех третьих лиц по отношению к обладателю исключительного права на коммерческую тайну. В этом случае речь идёт о внедоговорной ответственности. В частности об ответственности из причинения вреда.

Нарушение режима коммерческой тайны третьим лицом, с которым правообладатель не связан каким-либо образом, точнее, которым нераскрытая информация не была доверена, следует рассматривать как частный случай внедоговорной ответственности. Под третьими лицами закон в данном случае понимает тех лиц, для которых эти сведения представляют коммерческий интерес (конкуренты, потребители, контрагенты по договору и так далее) /3, С. 623/, но не имеющих к ним законного доступа.

Вместе с тем анализ норм о коммерческой тайне позволяет прийти к выводу о том, что есть случаи, когда обязательство сохранять коммерческую информацию возникает в силу закона у лиц, которым информация была доверена правообладателем. Иными словами, законом могут быть прямо определены случаи предоставления права требовать защиты.

На наш взгляд, особый случай внедоговорной ответственности за нарушение режима коммерческой тайны представляет незаконное разглашение нераскрытой информации государственными органами и их должностными лицами.

В этом случае обязательство по неразглашению установлено **в ст. 11 Закона РК «О частном предпринимательстве»**. **Прямого указания на ответственность названных субъектов нет. Исходя из гражданско-правового характера обязательства третьих лиц не нарушать режим коммерческой тайны, вытекает возможность требовать гражданско-правовой защиты.**

Государственные органы и их должностные лица являются конфидентами и составляют особую категорию третьих лиц. Им нераскрытая информация доверяется в силу закона при осуществлении ими действий: регистрационных, проверочных, контрольных, и других, вытекающих из функций соответствующих органов.

Однако, как нам кажется, на практике могут возникнуть трудности с достижением обеспечения сохранности коммерческой информации, в частности, до начала осуществления предпринимательской деятельности. Право на коммерческую информацию нуждается в защите не только в процессе осуществления предпринимательской деятельности, но и до начала её проведения. К примеру, при юридическом оформлении правового статуса предпринимателя, сведения, которые предприниматель хотел бы признать объектом коммерческой тайны, необходимо отразить в уставе. На этот случай в законодательстве следует предусмотреть механизм реализации права на неприкосновенность тайны.

В частности, следует прямо предусмотреть в законодательстве обязанность государственных органов, производящих государственную регистрацию, по сохранению конфиденциальных сведений, содержащихся в поданных для регистрации документах. При чём возникновение обязанности необходимо связать с необходимостью предупреждения о конфиденциальности сведений самим обладателем, например, через снабжение документов или приложений к ним соответствующим грифом.

Думается, трудности могут возникнуть и с обеспечением сохранности коммерческой информации в тайне бывшими государственными служащими. Действующее законодательство не содержит нормы, продлевающей обязанность сохранения коммерческой информации, полученной уволившимся лицом во время работы в государственных органах, исполнения функций должностного лица.

Полагаем, здесь необходимо законодательно закрепить основания продления обязанности сохранения информации, составляющей объект коммерческой тайны, ставшей известной лицу в ходе осуществления регистрационных, проверочных,

контролирующих и иных действий, вытекающих из функций государственного органа.

Одним из случаев охраны коммерческой информации является сохранение коммерческой информации коммерческим представителем. Право требовать защиты установлено п. 4 ст. 166 ГК РК. В частности, закон возлагает обязанность на коммерческого представителя сохранять в тайне ставшие ему известными сведения о торговых сделках и после исполнения данного ему поручения.

Внедоговорная ответственность может возникнуть у сторон в договоре на научно-исследовательские, либо опытно-конструкторские и технологические работы в соответствии со ст. 676 ГК РК. Однако иное может быть предусмотрено договором.

Обязанность не разглашать конфиденциальную коммерческую информацию возложена законом на лицензиата по договору франчайзинга (п. 4 ст. 899).

В силу закона может возникнуть ответственность у участников хозяйственных товариществ (п. 2 ст. 61 ГК РК), акционерных обществ (п.п. 3 п. 1 ст. 15 Закона РК «Об акционерных обществах»).

Как нам представляется, круг случаев ответственности в силу закона может быть существенно расширен.

Так, на практике возникают трудности с охраной интересов предпринимателей, обладающих коммерческой информацией при заключении различных договоров. Проблема обеспечения сохранности коммерческой информации возникает, как правило, уже на стадии совершения процедур заключения договора.

К примеру, обладатель нераскрытой информации предлагает третьему лицу заключить соглашение о передаче «ноу-хау». Чтобы заинтересовать третье лицо offerent излагает в предложении некоторую часть технической информации, составляющей объект коммерческой тайны. Согласия акцептанта пока нет, но уже возникает вопрос о необходимости охраны интересов offerenta.

Думается, целесообразно в законодательном порядке закрепить (в частности, в ст. 396 ГК РК) обязанность акцептанта сохранять в тайне ставшие ему известными сведения, которые обозначены offerентом как объект коммерческой тайны. Это означало бы предоставление offerенту права требовать защиты в случае незаконного разглашения, использования акцептантом коммерческой информации, содержащейся в его предложении.

По нашему мнению, требуется внесение некоторых уточнений и в вопросы защиты коммерческой информации после прекращения действия отдельных договоров.

В этом аспекте существенно определить в законодательстве основания продления обязанности сохранения коммерческой информации в тайне, сроки существования данной обязанности, к примеру, подрядчика по договору на научно-исследовательские, либо опытно-конструкторские и технологические работы после прекращения договорного обязательства, если иное не будет предусмотрено договором.

Такой же вопрос, как нам кажется, следует поднять и в отношении обязанностей лицензиата по договору франчайзинга, по которому в комплекс передаваемых исключительных прав входит, в частности, право использования коммерческой информации (п. 1 ст. 896 ГК).

Согласно п. 4 ст. 899 ГК РК лицензиат, если иное не предусмотрено договором франчайзинга, обязан не разглашать коммерческую информацию. Основание продления данной обязанности после прекращения договора франчайзинга в законе

не закреплено. Это означает, что лицензиат может после прекращения договора создать своё предпринимательское дело и использовать полученную ранее по договору коммерческую информацию, если конечно в договоре франчайзинга не будет определены основания продления обязанности.

Мы полагаем, что целесообразно предусмотреть возможность продления обязанности лицензиата по договору франчайзинга после его прекращения непосредственно в законе, в частности, в той же ст. 899 ГК РК.

Заслуживает внимания, на наш взгляд, и необходимость законодательного обеспечения защиты коммерческой тайны в договоре лизинга, а именно когда предметом лизинга является технологическое оборудование.

На практике составной частью контрактов на аренду технологического оборудования, как правило, являются договоры о передаче «ноу-хау», основным условием которого является обеспечение конфиденциальности сведений, например, необходимых для монтажа, наладки, эксплуатации оборудования. При этом по договору лизинга неясно как должны решаться вопросы ответственности лизингодателя и лизингополучателя пред продавцом в случае нарушения режима коммерческой тайны.

Думается, в законодательном порядке должна быть отражена возможность заключения как с лизингодателем, так и с лизингополучателем соглашения о неразглашении, о неиспользовании коммерческой информации, полученной по договору лизинга, в том числе, и по прекращении договора лизинга.

Также актуальными являются вопросы возложения обязанностей на увольняющихся работников, членов хозяйственных товариществ, выбывающих из него, акционеров уходящих из акционерного общества.

Конечно, взаимоотношения с ними можно определить путём заключения соответствующих гражданско-правовых соглашений. Однако, в силу принципа свободы договора, всегда есть риск того, что они откажутся подписать такое соглашение. Действующее же законодательство не определяет возможности «принудить» таких лиц к заключению подобных соглашений.

Как известно, на работника обязанность неразглашения коммерческой информации может быть возложена положениями индивидуального трудового договора, либо актами работодателя. Но в законодательстве нет оснований продления обязательства по неразглашению на случай увольнения работника.

В этой связи многие специалисты особо обращают внимание на необходимость решения вопроса использования работником после увольнения опыта, навыков, знаний, которые он приобрёл в процессе работы.

Некоторые авторы предлагают решать данный вопрос путём заключения с уходящим работником соглашения о предоставлении «консультационных услуг», с обязательством работника консультировать прежнего работодателя в течение определённого периода после завершения работы, с обязательством работодателя платить жалованье за консультации и обязательством работника о неразглашении коммерческой информации (с указанием срока сохранения в тайне или без его установления) /13, С. 75/.

В отличие от работников, обязательства по неразглашению коммерческой информации участниками хозяйственных товариществ, акционерных обществ определены законодательством. Кроме того, обязательство может быть возложено в соответствии с корпоративными нормами. Однако опять же в законодательстве отсутствуют нормы, закрепляющие основания продления обязанности сохранения

коммерческой информации за выбывшими участниками, сроки существования такой обязанности.

На практике сложилась ситуация, при которой бывшие работники, участники хозяйственных товариществ, акционерных обществ, по существу не относятся к категории лиц, которые в силу закона обязаны возместить причинённый ущерб, а именно к третьим лицам, незаконными методами получивших коммерческую информацию, к контрагентам, работникам, ответственность которых вытекает из договора (см. п. 2 ст. 126 ГК РК).

Следовательно, если, к примеру, бывший работник или участник хозяйственного товарищества создаст своё предпринимательское дело, при этом будет использовать коммерческую информацию, получившую когда-то в процессе работы, в результате членства в товариществе, то его практически нельзя будет привлечь к ответственности за нарушение режима коммерческой тайны.

Учитывая вышесказанное, на наш взгляд, необходимо в законодательном порядке определить возможность требовать защиты в рассмотренных случаях. В частности, в законе прямо следует возложить обязанности по неразглашению на указанные категории лиц. Иными словами, нужно установить, что в случае, к примеру, выхода из хозяйственного товарищества, выбывший участник обязан сохранять коммерческую информацию в тайне в течение определённого срока с даты выхода. В качестве последствия нарушения обязанности предусмотреть, помимо возмещения убытков, возможность требовать наложения, например, штрафных санкций, применения уголовной ответственности.

При этом можно предусмотреть возможность использования такими участниками коммерческой информации на условиях возмездной исключительной лицензии.

В качестве другого варианта можно рекомендовать внести соответствующие дополнения в законодательство, отражающие возможность заключения с указанными лицами соглашения о неразглашении коммерческой информации по прекращении соответствующей деятельности.

К договорной ответственности относится ответственность по обязательству, возникшему из договора, то есть когда обязательственные отношения между лицом ответственным и управомоченным лицом существовали до факта правонарушения.

Обязательство неразглашения коммерческой информации может вытекать из соответствующего гражданско-правового договора. Например, из лицензионного договора, договора о неразглашении или договора о передаче «ноу-хау», договора не конкурировать с обладателем в течение определённого периода времени и других.

Данные виды соглашений регулируют, как правило, самые разнообразные отношения сторон. В частности, ими могут регулироваться отношения, которые по действующему законодательству являются элементами договоров купли-продажи, аренды, подряда и других.

Например, под подрядными договорами предполагается, в частности, договор на научно-исследовательские, опытно-конструкторские и технологические работы. Соглашение о неразглашении может сопровождать договор купли-продажи, например, технологического оборудования или договора аренды такого оборудования. При этом отношения по аренде технологического оборудования может быть оформлено договором лизинга (ст. 566 ГК РК).

Защита коммерческой информации может осуществляться и в рамках договора франчайзинга (комплексной предпринимательской лицензии (ст. 896 ГК РК)).

В гражданском праве Казахстана нет специальных норм, специально регулирующих вопросы заключения соглашений о неразглашении коммерческой информации. Но, как известно, гражданские права и обязанности могут возникать как из сделок, предусмотренных законом, так и из сделок, не предусмотренных законом, но не противоречащих ему. Следовательно, указанные договоры можно отнести к категории сделок, на которые распространяются соответствующие нормы гражданского права (обязательственного права).

Такого рода соглашения могут быть элементами локального регулирования. Специальные соглашения могут заключаться, в частности, со служащими, имеющими доступ к коммерческой информации. Хотелось бы заметить, что, хотя абстрактные нормы общего значения, регламентирующие взаимоотношения между обладателем коммерческой тайны и третьими лицами сами по себе просты, их применение в конкретных ситуациях, в частности, при определении взаимных прав и обязанностей правообладателя и его служащего, вызывает определённые трудности.

Например, соответствующее соглашение со служащим заключено. Оно определяет круг его обязанностей по отношению к конкретному объёму сведений, составляющих предмет коммерческой тайны. Однако ему случайно становится известной коммерческая информация, в отношении которой не определена его обязанность неразглашения. К тому же служащий может и не знать о конфиденциальности этой информации, то есть его не предупредили. Это означает, что, если режим коммерческой тайны будет нарушен им в отношении такой информации, встанет вопрос об основании ответственности.

Ясно, что предпосылкой для наступления ответственности в этом случае является установление пределов тех прав обладателя нераскрытой информации, которые не должны нарушаться. Объём прав определяется, в первую очередь, установлением состава сведений, не подлежащих разглашению и доведение их общего перечня до служащих.

В рассматриваемой ситуации, нет предпосылок для наступления договорной ответственности служащего. Возникает вопрос – будет ли нарушением режима коммерческой тайны действия служащего по разглашению коммерческой информации, если неопределена его обязанность по сохранению этой информации специальным соглашением? Надо полагать, всё зависит от того, какие меры охраны приняты обладателем. Вопрос должен решаться исходя из конкретных обстоятельств.

Гражданско-правовое обязательство неразглашения коммерческой информации может быть элементом трудового договора. В соглашении о найме может содержаться условие, запрещающее работнику разглашать коммерческую информацию. По сути, такое ограничивающее требование является дополнительным условием найма *и исходя из норм Трудового кодекса Республики Казахстан признаётся правомерным.*

Однако, в этом случае остаётся неясным вопрос – можно ли в трудовой договор включать условие, запрещающее работнику разглашать и использовать коммерческую информацию после увольнения, наниматься на работу к конкурентам работодателя? В законе нет оснований включения таких условий в индивидуальный трудовой договор.

Заключение отдельного соглашения, представляется не всегда возможным, поскольку работник может отказаться подписать его. Думается, требуется решение данного вопроса в законодательном порядке с внесением соответствующих дополнений в законодательство о труде.

Далее, в случае множественности лиц в обязательстве в зависимости от распределения общего объёма ответственности между содолжниками в гражданском праве различают долевую, солидарную и субсидиарную ответственность.

В соответствии со ст. 269 ГК РК множественность лиц может быть и в обязательстве о не нарушении коммерческой тайны, как то: на стороне правообладателя или на стороне нарушителя режима коммерческой тайны.

Изучение норм ГК РК позволяет выявить некоторые случаи распределения общего объёма ответственности между содолжниками в случае нарушения режима коммерческой тайны. При этом следует иметь в виду, что если в обязательстве несколько должников, то по общему правилу возникает долевое обязательство, при отсутствии в самом обязательстве или в законодательстве условий, определяющих обязанность каждого должника (ст. 286 ГК РК). Данное правило кажется простым, пока не возникает необходимость применения её к конкретной ситуации.

Возьмём, к примеру, договор лизинга, предметом которого выступает технологическое оборудование. Предмет договора передаётся продавцом непосредственно лизингополучателю. Следовательно, и должником по обязательству о неразглашении будет выступать лизингополучатель. Поскольку именно он выступает непосредственным пользователем оборудования и сопровождающей его коммерческой информации, именно с ним в первую очередь заключается договор о неразглашении или о передаче «ноу-хау».

Возникает более общая проблема – можно ли в случае нарушения режима коммерческой тайны лизингополучателем распределить общий объём ответственности между лизингодателем и лизингополучателем? Если, да, то какой вид ответственности необходимо предусмотреть? Ясно, что эти моменты должны быть детально проработаны не только самими сторонами. Требуется и соответствующая теоретическая разработка при изучении особенностей лизинга.

Думается, нельзя исключать возможность выделения долевой, солидарной ответственности за нарушение режима коммерческой тайны. Данные виды ответственности вполне могут быть введены в случае, например, когда должником по обязательству о сохранении коммерческой информации в режиме коммерческой тайны выступают физические лица – индивидуальные предприниматели, совместно ведущие предпринимательское дело.

В силу прямого указания закона, в случаях, когда коммерческой формой технологического обмена является франчайзинг, лицензиат несёт субсидиарную ответственность за вред, причинённый лицензиару действиями сублицензиатов, если иное не предусмотрено договором (п. 2 ст. 904). Из данного общего правила следует, что лицензиат несёт субсидиарную ответственность перед лицензиаром за вред, причинённый нарушением сублицензиатом режима коммерческой тайны, если иное не установлено договором франчайзинга.

Из общей нормы о субсидиарной ответственности государства, административно-территориальных единиц по обязательствам казённого предприятия (п. 6 ст. 104) следует, что и по обязательствам казённого предприятия о неразглашении, неиспользовании коммерческой информации эти субъекты несут субсидиарную ответственность.

Кроме того, теоретически можно предположить возможность распределения общего объёма ответственности в соответствии со ст. 922 ГК РК. В частности, вполне можно допустить возможность нарушения режима коммерческой тайны в результате незаконных действий в области административного управления.

Надо полагать, что руководствоваться следует п. 3 ст. 922 ГК РК, где записано, что вред возмещается за счёт денежных средств, находящихся в распоряжении государственных органов – субъектов ответственности. При недостаточности денежных средств государственных органов, вред возмещается субсидиарно за счёт государственной казны.

В этой же статье ГК РК установлена ответственность за вред, причинённый в результате издания государственными органами актов, не соответствующих законодательным актам. Если в результате издания такого акта нарушается режим коммерческой тайны, то вред может возмещаться в соответствии с указанной нормой ГК, а именно, вред подлежит возмещению государственной казной на основании решения суда.

Далее, права кредитора по обязательству о неразглашении, о неиспользовании коммерческой информации могут быть нарушены лицом, являющимся работником должника по такому соглашению. В этом случае можно говорить о такой разновидности ответственности как ответственность должника за действия своих работников, чьи действия по исполнению обязательства должника рассматриваются как действия самого должника (ст. 921 ГК РК).

К примеру, в том же договоре франчайзинга непосредственное использование переданной по договору коммерческой информации осуществляется, как правило, работниками лицензиата от имени лицензиата при исполнении ими трудовых (служебных, должностных) обязанностей. В случае нарушения работниками лицензиата режима коммерческой тайны, при том, что обязанность соблюдения конфиденциальности по договору франчайзинга лежит на лицензиате, ответственность по договору франчайзинга будет нести лицензиат.

Легальное определение понятия «работник» применительно к обязательствам вследствие причинения вреда даёт п. 2 ст. 921 ГК РК. Работниками признаются граждане, выполняющие работу на основании трудового договора, гражданско-правового договора, если при этом они действовали или должны были действовать по заданию или под контролем соответствующего юридического лица или гражданина.

По нашему мнению, применение ст. 921 ГК РК к изложенной ситуации оставляет неясным вопрос – влияет ли каким-либо образом на ответственность лицензиата наличие или отсутствие у работника доступа к коммерческой информации. Кроме того, остаётся открытой проблема определения понятия служащего, должностного лица в гражданском праве.

Безусловно, в рамках одной работы невозможно рассмотреть детально все виды ответственности за нарушение режима коммерческой тайны. Однако, уже с позиции рассмотренных нами видов ответственности, ясно, что существует большое поле как для теоретических исследований, так и для работы законодателя.

В настоящем параграфе нами ставилась задача дать общую видовую характеристику ответственности за нарушение режима коммерческой тайны и выявить некоторые проблемы их законодательной регламентации.

Чтобы говорить об объёме возможностей защиты во всех случаях ответственности, необходимо уяснить обстоятельства нарушения режима коммерческой тайны, тем самым выявить особенности определения оснований гражданско-правовой ответственности за нарушение коммерческой тайны.

### **3.2 Особенности определения оснований гражданско-правовой ответственности за нарушение коммерческой тайны**

Одной из проблем, которую поставило использование нераскрытой коммерческой информации, стал вопрос об определении оснований гражданско-правовой ответственности за нарушение режима коммерческой тайны.

Традиционно признаётся, что общими (типичными) условиями наступления гражданско-правовой ответственности являются: противоправное поведение нарушителя; наличие вреда; наличие причинной связи между противоправным поведением и наступившими вредоносными последствиями; наличие вины правонарушителя (ст. 917 ГК РК).

Совокупность всех необходимых условий для применения мер ответственности за нарушение гражданских прав составляет состав правонарушения /241, С. 515/. При этом специальные условия (состав) для отдельных видов правонарушений могут и не включать в себя отдельные общие условия /238, С. 658/.

При всём многообразии форм и видов ответственности в теории гражданско-правовой ответственности выделяют два принципа: принцип вины и принцип причинения, обуславливающие применение гражданско-правовой ответственности и “в соответствии с которыми можно состав условий правонарушений объединить в две группы”.

Первая группа - согласно принципу вины, когда наличие вины правонарушителя необходимое условие возложения ответственности. В соответствии с принципом причинения, вторую группу составляют условия, когда для привлечения к гражданско-правовой ответственности наличие вины среди них, как обязательного условия, не требуется /242, С. 659/.

Исходя из обозначенных выше положений теории гражданско-правовой ответственности, нас интересует вопрос: как они отражаются на ответственности за нарушение коммерческой тайны? Иными словами, необходимо специально остановиться на изучении особенностей определения оснований гражданско-правовой ответственности за нарушение коммерческой тайны.

Необходимым условием гражданско-правовой ответственности за нарушение коммерческой тайны является противоправность поведения правонарушителя.

Понятие противоправности затрагивается в работах многих учёных-юристов как необходимое качество правонарушения. Противоправными признаются действия (бездействия) нарушающие предписания норм права, противоречащие общим началам и смыслу гражданского права, т. е. с одной стороны противоправность с точки зрения объективного права, и, с другой стороны, нарушение субъективного права /243, С. 23; 244, С. 14; 245/.

В рассматриваемом случае противоправность характеризуется в нарушении установленного запрета несанкционированного разглашения, распространения, получения и использования (действиями).

Следовательно, нарушение права на коммерческую тайну, в общем, сводится к нарушению режима коммерческой тайны. Однако, в каких действиях может выражаться такое нарушение? Полагаем, нужно по возможности ясно определить, эти действия.

Как правило, нарушениями исключительного права признаются действия (бездействия) названные законом. Действия признаются незаконными тогда, когда совершаются без согласия правообладателя. При этом следует различать действия

лиц, с которыми правообладатель связан каким-либо правоотношением и лиц, с которыми правообладателя ничто не связывает (третьих лиц).

Понятие действий, нарушающих исключительное право, даётся либо через перечисление тех, которые не признаются нарушением исключительного права (к примеру, смотрите ст. 12 Патентного Закона РК от 16 июля 1999 г.), либо наоборот указанием признаваемых нарушением действий (*к примеру, ст. 16 Закона РК «О конкуренции»*).

В отношении коммерческой тайны законом называются действия, которые признаются нарушением (ст. 1018 ГК РК): получение коммерческой информации без законных оснований, несанкционированное распространение, использование коммерческой информации.

Надо сказать, что содержание ст. 1018 ГК на первый взгляд выходит за пределы названия данной статьи. Называется она: «Ответственность за незаконное использование нераскрытой информации», а в содержании речь идёт и о незаконном получении, распространении. Данные способы распоряжения информацией входят в состав права использования нераскрытой информации. Поэтому все указанные действия объединены в названии статьи понятием «незаконное использование», на защиту, от которого обладателю нераскрытой информации предоставлено право (ст. 1017 ГК РК). Однако они не охватываются традиционным понятием исключительного права. Вследствие этого, вероятно, специально названы законом.

Указанные действия охватываются исключительным правом, а это значит, что каждое из них может рассматриваться как законное, если осуществляется правообладателем или по его разрешению. В противном случае они квалифицируются как нарушение режима коммерческой тайны (исключительного права). Но не признаются нарушением исключительного права использование коммерческой информации в рамках предусмотренных законом ограничений права на коммерческую тайну, которые мы рассмотрели в подразделе 1. 4 настоящей работы.

Каждое из действий указанных в ст. 1018 ГК РК может рассматриваться как самостоятельное основание ответственности. Посмотрим, как могут быть определены понятия указанных действий.

Распространение информации должно означать ознакомление с информацией третьих лиц (предоставление к ней доступа). Распространение является одним из правомочий обладателя коммерческой информации. Если оно совершается им самим или по его воле третьими лицами с сохранением конфиденциальности сведений, то - это действие, не нарушающее конфиденциальный режим обращения информации. Но распространение может осуществляться и помимо воли правообладателя, либо может привести к прекращению режима коммерческой тайны помимо воли правообладателя. Тогда это – основание ответственности.

Обычно, термин «разглашение» употребляется для обозначения умышленных или неосторожных действий должностных лиц, граждан, приведшие к ознакомлению с охраняемыми сведениями лиц, не допущенных к ним, т. е. помимо воли правообладателя и приведшие к прекращению режима коммерческой тайны. Разглашением называются также умышленные или неосторожные действия самого правообладателя приведшие к ознакомлению с информацией неопределённого круга лиц /104, С. 7, 15/.

***В ранее действовавшем Законе РК 1992 года «О защите и поддержке частного предпринимательства» (п.2 ст. 21) разглашение было определено как распространение сведений среди определённого или неопределённого круга лиц в***

любой форме, передача сведений другому лицу. Оно определено как действие, нарушающее право на коммерческую тайну. Между тем разглашение может быть правомерным и неправомерным. Правомерным является разглашение как действия правообладателя (уполномоченного лица) по прекращению права на коммерческую тайну. *Сейчас в Законе РК «О частном предпринимательстве» нет определения разглашения сведений, составляющих коммерческую тайну.*

*Исследователи полагают, что* неправомерное разглашение коммерческой тайны есть умышленное распространение сведений, составляющих коммерческую тайну, без согласия её владельца лицом, которому коммерческая тайна известна в связи с профессиональной или служебной деятельностью, совершённое из корыстных или иных личных побуждений и причинившее ущерб хозяйствующему субъекту /216, С. 256/.

В этой связи, представляется необходимым подчеркнуть неточность в определении *разглашения как распространения информации среди определённого или неопределённого круга лиц в любой доступной для восприятия форме.*

Такое определение наводит на мысль, что в режиме коммерческой тайны информации не присущи информационные процессы обращения, что, конечно, неверно. Думается, нужно подчеркнуть, что неправомерное разглашение – действия третьих лиц по распространению сведений среди неопределённого или определённого круга лиц помимо воли правообладателя, приводящее к прекращению права на коммерческую тайну.

В значительной части законодательных актов, в литературе для обозначения незаконных действий, представляющих угрозу режиму коммерческой тайны применяются термины «разглашение», «несанкционированный доступ (получение)», «незаконное использование». По нашему мнению, все они обозначают действия, нарушающие режим коммерческой тайны. Но нарушение не всегда влечёт прекращение коммерческой тайны.

Факт незаконного получения (доступа) охраняемой коммерческой информации третьими лицами, в общем, называют утечкой /104, С. 5, 22/.

Утечкой называется неправомерный выход устным, письменным или иным способом информации различного характера и степени секретности за пределы организации или круга лиц, которым эта информация была доверена либо стала известна по службе или работе /105, С. 308/.

При этом несанкционированный доступ к коммерческой информации рассматривается как преднамеренное, противоправное действие, направленное на получение сведений, лиц, не имеющих права доступа к определённым сведениям.

Незаконное использование коммерческой информации можно понимать как совершение без законных оснований тех действий, которые составляют содержание исключительного права использования коммерческой информации.

Понятие «использование нераскрытой коммерческой информации» тесно связано с понятием нарушение исключительного права. Но закон не содержит прямого понятия использования нераскрытой коммерческой информации.

Полагаем, речь идёт о применении информации в производстве продуктов, о передаче по лицензии, о продаже, импорте, экспорте и других способах введения информации в гражданский оборот.

Закон называет нарушением незаконное получение с одновременным использованием в своих интересах, т. е. предполагается, что если основание получения неправомерное, то и использование незаконно. Но информация,

составляющая коммерческую тайну, может быть получена правомерно, но без права использования. Отсюда возникает вопрос - будет ли в этом случае использование нарушением? Кроме того, закон не даёт ответа на вопрос – будет ли нарушением коммерческой тайны использование коммерческой информации в личных, некоммерческих целях.

Думается, нужно законодательно установить общее правило, что в случае правомерного получения коммерческой тайны без права использования следует рассматривать такое получение основанием для использования на условиях возмездной простой, неисключительной лицензии. Исключения из этого правила должны устанавливаться законом или соглашением сторон.

К примеру, запрет использования может быть прямо определён в отношении государственных органов и их должностных лиц. Получение коммерческой информации ими в рамках осуществления проверочных, контрольных и иных функций, в предусмотренных законом случаях, является правомерным. Эти субъекты обязаны лишь сохранять коммерческую информацию в тайне.

На наш взгляд, нарушением должно признаваться любое несанкционированное действие, в том числе, независимо от целей использования информации.

В ст. 1018 ГК РК, при определении ответственности за незаконное использование нераскрытой информации, предполагается, что незаконное нарушение режима коммерческой тайны может быть добросовестное и недобросовестное. Понятие добросовестного незаконного нарушения режима коммерческой тайны определяется через понятие добросовестного незаконного приобретателя, которым признаётся лицо, не знавшее, которое не должно было знать, что приобретает информацию у лица, не имевшего право её распространять.

Действия добросовестного приобретателя неправомерны в силу незаконного основания её получения. Отличие данного нарушения от других нарушений коммерческой тайны связано с особенностями субъективных и объективных моментов обладания добросовестным приобретателем коммерческой информацией. Такой приобретатель не знал и не мог знать о неправомерности своего обладания. Поэтому последствия для добросовестного приобретателя могут наступить разные

Как правило, у добросовестного приобретателя право на коммерческую тайну не признаётся. К нему применяются имущественные санкции в виде возмещения убытков. Но возмещению подлежат убытки, причинённые незаконным использованием после того, как добросовестный приобретатель узнал об отсутствии у него права на использование сведений, составляющих коммерческую тайну. Кроме того, правомерный обладатель вправе потребовать от добросовестного приобретателя немедленного прекращения использования коммерческой информации (п. 3 ст. 1018 ГК РК).

Однако суд, с учётом средств, израсходованных добросовестным приобретателем на использование нераскрытой информации, несмотря на запрет правообладателя, может предоставить разрешение на дальнейшее использование информации на условиях возмездной исключительной лицензии. Это исключение из общего правила.

Остаётся неясным – 1) может ли сам правообладатель предоставить такую лицензию; 2) в случае предъявления требования прекратить использование коммерческой информации, обязан ли добросовестный приобретатель сохранять информацию в тайне; 3) должен ли суд учитывать средства израсходованные на получение информации.

Как нам кажется, требуется законодательно уточнить эти моменты. К тому же, по вопросу об ответственности добросовестного приобретателя, мы разделяем позицию учёных, предлагающих исключить любую ответственность добросовестного приобретателя, переложив её полностью на лицо, неправомерно передавшее сведения /246/. Для этого имеются субъективные и объективные основания.

Таким образом, противоправность как основание ответственности за нарушение коммерческой тайны может проявляться в различного рода активных действиях, прямо запрещённых нормативными правовыми актами или противоречащих им.

Хотя нарушение коммерческой тайны вполне может выразиться и в бездействии. Бездействие, к примеру, служащего, не исполняющего обязанность по принятию определённых мер охраны, может привести к разглашению, утечке, незаконному получению коммерческой тайны третьими лицами.

По существу все названные действия входят в состав такого правонарушения как промышленный шпионаж.

Промышленный шпионаж определяется как незаконный сбор, присвоение и передача сведений, составляющих коммерческую тайну, а так же её носителей, незаконное использование секретной информации физическим или юридическим лицом не уполномоченным на это владельцем /105, С. 247/.

Представляется, что ключевыми вопросами в судебных делах о нарушении коммерческой тайны являются: 1) действительность права на коммерческую информацию; 2) сам факт нарушения.

Конечно, суд должен исходить из презумпции действительности права на использование коммерческой информации, что освобождает обладателя информации от доказывания таковой.

Однако, в случае, если предполагаемый нарушитель оспаривает действительность права на коммерческую тайну, придётся доказывать обратное. В этом случае решающую роль могут сыграть соответствующие документы, подтверждающие факт существования режима конфиденциальности (положения, инструкции, утверждённый перечень сведений, составляющих коммерческую тайну, соглашения и прочие)

Если исходить из принципа добросовестности и разумности действий участников гражданского оборота, то неразумность и недобросовестность, факт нарушения коммерческой тайны должен доказывать обладатель коммерческой информации, который с таким поведением связывает нарушение своего имущественного права. Иначе говоря, нужно рассматривать нарушение права на коммерческую тайну вопросом факта и потому должно доказываться тем, кто ссылается на него.

Пока не будет доказан факт нарушения, может быть использована временная мера, создающая предпосылку для последующей защиты. Так, при наличии оснований для предположения, что коммерческая информация незаконно используется, правообладатель вправе потребовать немедленного прекращения её использования.

При решении вопроса о факте нарушения сначала выясняется, действительно ли информация конфиденциальна. Полагаем, суд при этом должен исходить из того, в какой мере её содержание известно третьим лицам или служащим контрагента и, какие меры предпринял сам обладатель для сохранения её в тайне.

В этом случае важную роль имеет наличие документального подтверждения существования режима коммерческой тайны. Также будет учитываться, что любое лицо может использовать тайну своего конкурента, если он узнает её путём

конечного продукта, или сам откроет её, проводя исследования, но никто не может просто забрать информацию без разрешения того, кто её открыл (п. 4 ст. 1018 ГК РК).

Обратимся к такому условию как наличие вреда.

Как известно, нет вреда, значит, нет и нарушения. Применение термина «вред» вызывает немало затруднений для теории и практики гражданского права /240, с. 134/. Практика защиты коммерческой информации не является исключением. Прежде чем обратиться к особенностям определения вреда, причинённого нарушением коммерческой тайны, хотелось бы отметить, что в ГК РК наряду с понятием «вред» используются понятия «убытки», «ущерб», «моральный вред».

В одних нормах о коммерческой тайне говорится о возмещении ущерба (п. 2 ст. 126 ГК РК), в других о возмещении убытков (ст. 1018 ГК РК). Термин «вред», «моральный вред» не используется в этих нормах. Необходимо определиться с соотношением понятий «вред», «убытки», «ущерб», «моральный вред», имеющим большое значение для правоприменительной практики.

Следует отметить, что данный вопрос широко обсуждается в правовой литературе. Остановимся на мнении, которое высказывается большинством авторов.

Так, У. К. Ихсанов, в частности, отмечает, что норма п. 1 ст. 917 ГК РК несколько неточна в определении понятия «вред». В ней говорится о вреде, причинённом личности или имуществу физических, юридических лиц. Под «личностью» и «имуществом» должны пониматься соответственно личные и имущественные права. А вред – это нарушение этих прав /224, С. 562/.

Обращается внимание на то, что понятие «вред», «возмещение вреда» используются в гражданском законодательстве в широком понимании. При этом вред обозначает последствие нарушения имущественных и неимущественных гражданских прав. А возмещение вреда является общим способом защиты, включающим в себя возмещение в натуре, возмещение причинённых убытков и компенсацию морального вреда /248, С. 330-331/.

Возмещение в натуре и возмещение убытков (денежное возмещение) являются способами возмещения имущественного вреда (ст. 934 ГК РК).

Натуральное возмещение может сводиться к предоставлению другого равноценного имущества или исправлению повреждённого.

Компенсация морального вреда – способ возмещения неимущественного вреда. Иными словами, вред как обобщающая категория имеет две составляющие: имущественный и неимущественный (моральный) вред.

Понятие убытки составляет основу определения размера возмещения имущественного вреда. В составе убытков закон различает такие элементы как реальный ущерб и упущенную выгоду /226, С. 194/. Понятие “убытки” имеет сугубо имущественный характер.

Что касается морального вреда, то, несмотря на введение в действующее законодательство норм, регламентирующих его возмещение, вопрос о его понятии до конца не решён и вызывает спор среди специалистов. Думается, заслуживает поддержки позиция, согласно которой вред является родовой категорией в отношении имущественного вреда и морального вреда, но необходимо учитывать специфику морального вреда. Нельзя исключать возможность возмещения морального вреда при нарушении имущественного права.

Руководствуясь изложенными положениями, остановимся на наличии вреда как основания ответственности за нарушение коммерческой тайны. Необходимо

установить является ли причинение вреда необходимой предпосылкой ответственности за нарушение коммерческой тайны.

Как мы выяснили, коммерческая тайна должна пониматься как способ защиты права на информацию (точнее использование информации). Право на коммерческую тайну (право использования информации в режиме коммерческой тайны) как субъективное гражданское право следует относить к имущественным правам.

Следовательно, нарушение режима коммерческой тайны есть нарушение имущественного права (блага). Иными словами, причинение вреда имуществу предпринимателей может выражаться в нарушении его имущественного права на коммерческую тайну (нарушении коммерческой тайны).

Отсюда вытекает вопрос – какие составляющие имеет вред в данном случае?

Коммерческая информация – это информация, которая приносит или может приносить прибыль. Здесь коммерческая ценность информации прямо зависит от факта её неизвестности третьим лицам. Следовательно, разглашение такой информации лишает лицо получаемой прибыли (или той, которую информация могла бы принести). Это означает, что нарушением такого блага как исключительное право использования коммерческой информации обладателю может быть причинён, прежде всего, экономический урон (имущественный вред).

Как мы знаем, основу определения размера имущественного вреда составляют убытки. В нормах ГК РК о коммерческой тайне, среди мер защиты выделяется возмещение убытков, причинённых незаконным получением, распространением, использованием коммерческой информации (ст. 1018 ГК РК).

При этом можно говорить об ответственности лиц, нарушивших обязанность сохранения коммерческой информации в тайне вопреки трудовому договору (служащие), гражданско-правовому договору, лиц, без законных оснований получивших, распространивших, использующих информацию.

Что же входит в состав убытков при нарушении коммерческой тайны? «Убыток» в праве – это то, что теряет правообладатель, когда нарушаются его права. Как мы знаем, понятие «убыток» включает реальный ущерб и упущенную выгоду.

Реальный ущерб – это расходы, которые произведены или должны быть произведены лицом, право которого нарушено, утрата или повреждение его имущества.

Упущенная выгода – неполученные доходы, которые лицо получило бы при обычных условиях оборота, если бы его право не было нарушено (см. п. 4 ст. 9 ГК РК). При этом законом установлен принцип возмещения вреда в полном объёме (п. 1 ст. 917 ГК РК). Способами возмещения убытков может быть натуральное предоставление другого равноценного имущества, исправление повреждённого, либо денежное возмещение.

Надо полагать способом возмещения убытков при нарушении коммерческой тайны может быть только уплата денежной суммы. Хотя, как нам кажется, в определённом смысле можно говорить и о возмещении в натуре. В частности, «натуральным» возмещением причинённого вреда будет предоставление другой коммерчески ценной информации, равноценной той, которая была разглашена.

Из анализа норм о коммерческой тайне остаётся неясным, следует ли говорить о разнице в определении объёма ответственности лиц, нарушивших коммерческую тайну. В частности, для лиц, незаконными методами получивших информацию, служащих, разгласивших коммерческую информацию вопреки трудовому договору и контрагентов, разгласивших коммерческую информацию вопреки гражданско-

правовому договору – возмещение реального ущерба (п. 2 ст. 126); для других лиц, без законных оснований получивших, распространивших, использующих коммерческую информацию – возмещение убытков в полном объёме (п. 1 ст. 1018 ГК РК)?

Известно, что законодатель, в целях ограничения убытков путём исключения упущенной выгоды, как правило, использует термин «ущерб» /248, С. 329/. Отсюда следует, что п. 2 ст. 126 ГК РК говорит о реальном ущербе, а в ст. 1018 ГК РК – о реальном ущербе и упущенной выгоде.

Хотелось бы специально остановиться на особенностях возмещении убытков при разглашении и при незаконном использовании и тем самым найти объяснение позиции законодателя.

Коммерческая информация и право на коммерческую информацию, как уже говорилось нами ранее (см. раздел 1.1.), является имуществом и может учитываться на балансовых счетах как нематериальные активы /93/. При чём особенность коммерческой информации в том, что она может рассматриваться в качестве имущества только в том случае, когда она неизвестна третьим лицам. Следовательно, в случае разглашения коммерческой информации уже можно говорить об утрате этого имущества.

Кроме того, создание режима коммерческой тайны требует произведения определённых расходов, как то: на приобретение инженерно-технических средств защиты информации, на создание службы безопасности и т. д. Соответственно, при нарушении коммерческой тайны эти расходы также учитываются.

Сказанное означает, что сам факт разглашения нераскрытой коммерческой информации позволяет говорить о возмещении реального ущерба. Размер ущерба должен определяться исходя из стоимости коммерческой информации.

Отсюда возникает вопрос – как будет определяться стоимость коммерческой информации? Вопрос достаточно сложный. Какой-либо отработанной методики определения стоимости коммерческой информации не существует. Оценку производит сам обладатель в соответствии с действующим законодательством о бухгалтерском учёте.

Так, согласно Стандартам бухгалтерского учёта /93/ балансовая стоимость коммерческой информации будет определяться исходя из фактических затрат при покупке, а при вносе в уставный фонд – по договорённости сторон. Причём как в первом, так и во втором случае надо иметь в виду, что коммерческая информация – это информация имеющая действительную и потенциальную коммерческую ценность.

Но, как видим, в первом случае в отношении коммерческой информации (как нематериального актива) в бухгалтерской документации себестоимость определяется исходя не из того, что правообладатель получает или рассчитывает получить, а из фактических затрат на получение коммерческой информации.

Тогда как само понятие коммерческой информации изначально предполагает включение в её стоимость в качестве имущества (при учёте в бухгалтерской документации) как действительной стоимости, так и потенциальной стоимости.

По существу действительная стоимость коммерческой информации определяется и с учётом заранее высчитываемых неполученных доходов. Исходя из действующих правил определения стоимости нематериальных активов, не представляется возможным во всех случаях взыскать действительный ущерб, причинённый разглашением коммерческой тайны.

Думается, этот момент необходимо учесть в законодательстве. Размер ущерба, причинённого нарушением коммерческой тайны должен определяться исходя из рыночной стоимости коммерческой информации, значит, исходя из той прибыли, которую приносит информация или может принести в будущем.

Следовательно, при разглашении коммерческой информации состав реального ущерба включает потенциальную стоимость этого имущества (неполученные доходы), то есть оценку коммерческой информации в денежном выражении, отражающую наличие не реального имущества, а возможные денежные суммы, которые рассчитывает получить обладатель в результате реализации своих прав по использованию этой информации.

Таким образом, суммируя изложенное, можно сделать вывод, что при разглашении коммерческой информации возмещению подлежит реальный ущерб, размер которого должен определяться из стоимости коммерческой информации, в которой, в свою очередь, должна получить отражение потенциальная стоимость (неполученные доходы – доходы, которые могла бы принести коммерческая информация, на получение которых в будущем обладатель в силу разглашения (утраты) информации не может рассчитывать).

Заслуживает внимания и определение состава убытков при незаконном использовании коммерческой информации.

В этом случае размер взыскиваемых в пользу правообладателя денежных сумм может определяться размером реального ущерба и доходов, полученных нарушителем от использования коммерческой информации (упущенная выгода).

Надо сказать, что при определении размера ущерба, причинённого незаконным использованием, речь не может идти об утрате коммерческой информации (имущества) как при разглашении. При незаконном использовании информация по существу остаётся в тайне. Поэтому возмещению подлежит упущенная выгода в качестве тех доходов, которые получил от использования коммерческой информации нарушитель.

Как видим, и при разглашении и при незаконном использовании в состав убытков входит упущенная выгода.

Однако в первом случае упущенная выгода входит в стоимость коммерческой информации как имущества и означает неполученные доходы, которые обладатель рассчитывал получить в будущем при сохранности коммерческой информации в тайне.

Во втором случае упущенная выгода – это те доходы, которые реально получил нарушитель от использования коммерческой информации, но неполученные обладателем коммерческой информации, которые обладатель получил бы при обычных условиях оборота (в частности, по лицензионному договору).

Нетрудно заметить, что понятия упущенной выгоды в первом и во втором случае сравнимы, но не всегда совпадают. Размеры доходов, которые рассчитывал получить обладатель могут быть больше или меньше доходов, которые получил нарушитель.

Таким образом, методика оценки убытков обладателя нераскрытой информации, причинённых в результате противоправного её разглашения и использования, имеют некоторые особенности. При разглашении размер убытков определяется с учётом реального ущерба, который по существу охватывает и упущенную выгоду, поскольку в основе методики расчёта размера ущерба должна быть положена оценка рыночной стоимости коммерческой информации как имущества, что предполагает

необходимость установления потенциальной стоимости информации, которая, по сути, есть упущенная выгода.

При незаконном использовании размер убытков определяется с учётом упущенной выгоды как тех доходов, которые получил нарушитель исключительного права. Но возникает необходимость соотнесения этих доходов с теми, которые составляют потенциальную стоимость коммерческой информации (то есть, которые рассчитывал получить правообладатель и включил в стоимость коммерческой информации).

Далее, среди лиц, обязанных возместить ущерб, Гражданский кодекс называет служащего, разгласившего коммерческую информацию вопреки трудовому договору. ***Трудовой кодекс РК не содержит положение о материальной ответственности работника за разглашение сведений, составляющих коммерческую тайну, тем самым признает гражданско-правовую природу таких сведений.***

На практике могут возникнуть затруднения с решением вопроса, на основании норм какого законодательства (гражданского или трудового) будет возмещаться ущерб, причинённый работником, нарушившим коммерческую информацию.

С нашей точки зрения, следует исходить из гражданско-правовой природы обязательства по сохранению коммерческой тайны. Оно может быть элементом трудового договора. Но оно не связано только с исполнением трудовых обязанностей. Обязанность нераспространения коммерческой информации «длится» и вне исполнения трудовых (служебных, должностных) обязанностей.

Из гражданско-правовой природы обязательства о неразглашении и неиспользовании без санкции правообладателя, вытекает вывод о гражданско-правовой природе ответственности за нарушение коммерческой тайны работником. Кроме того, при определении объёма полной материальной ответственности должна учитываться реальная стоимость имущества, отражённая в документах бухгалтерской отчётности, а это должно предполагать включение неполученных доходов в стоимость коммерческой информации. Следовательно, речь всё-таки идёт о возмещении убытков в полном объёме.

Таким образом, учитывая трудности практического применения взыскания убытков, необходимо в законодательном порядке внести ясность в определение размера убытков, в распределение обязанности доказывания наличия убытков, при этом заслуживает внимания вопрос – всегда ли нарушение коммерческой тайны связано с наличием убытков?

Слово «нарушение» понимается как вторжение в сферу собственности /193, С.375/, границы (пределы) которой в рассматриваемом случае очерчены объёмом сведений, составляющих объект коммерческой тайны. Любое вторжение в такую сферу, определённую границами на законном основании, является противоправным нарушением исключительного права использовать информацию независимо от наличия материального вреда.

Сам по себе факт вторжения в сферу «собственности» обладателя нераскрытой информации, в каких бы действиях оно не выразилось есть нарушение имущественного права. Соответственно его можно квалифицировать как причинение вреда. Иными словами, в отличие, к примеру, от нарушения владения недвижимой собственностью, факт нарушения режима коммерческой тайны сам по себе есть нарушение имущественного права (причинение вреда). С этой позиции нарушение режима коммерческой тайны как нарушение имущественного права не должно быть связано с обязательным наличием материального вреда (убытков). Но наличие

убытков не исключается. Такая позиция нашла поддержку среди специалистов /12, С.191/.

Таким образом, нарушение коммерческой тайны есть нарушение имущественного права, следовательно, есть причинение вреда. Причинение вреда не всегда выражается в наличии убытков. К примеру, некая фирма, работающая в области нефтехимических технологий негласно использует коммерческую информацию, полученную путём переманивания работников из другой фирмы (правообладателя), занимающейся тем же видом деятельности (и по содержанию, и по формулировкам в учредительных документах). Нарушение имущественного права уже есть вред. Его не отнесёшь к имущественному (материальному) вреду. Следовательно, можно назвать неимущественным (нематериальным). Отсюда вытекает вопрос о возможности законодательного закрепления возмещения неимущественного вреда. Законодатель, как правило, в таких случаях говорит о возмещении морального вреда.

Понятие морального вреда дано в п. 1 ст. 951 ГК РК, п. 3 Нормативного Постановления Верховного суда РК от 21 июня 2001 года /250/, в соответствии с которым моральный вред понимается как нарушение, умаление или лишение личных неимущественных благ и прав физических и юридических лиц, в том числе физические или нравственные страдания (унижение, раздражение, подавленность, отчаяние, гнев и т. п., то есть эмоционально-волевые переживания), испытываемые потерпевшим в результате совершённого против него правонарушения.

Моральный вред может быть последствием нарушения и имущественных прав. В этом случае он подлежит возмещению в соответствии со ст. ст. 142, 352 ГК РК. Как правило, моральный вред признаётся последствием нарушения личных нематериальных благ. При этом возмещается он на основании ст. 951 ГК РК /247, С. 584/. Моральный вред, причинённый нарушением имущественного права, возмещается только в случаях, предусмотренных законодательными актами (п. 4 ст. 951 ГК РК). Способом возмещения морального вреда является уплата денежной суммы (ст. 952 ГК РК).

В законодательных актах нет нормы, прямо предусматривающей возмещение морального вреда за нарушение коммерческой тайны. Однако из сказанного следует, что в настоящее время возможность применения правил о возмещении морального вреда за нарушение коммерческой тайны всё же существует, но лишь согласно общим правилам ответственности за нарушение обязательства (ст. 352 ГК РК). Применяется законодательство о возмещении морального вреда в соответствии с положениями названного Нормативного Постановления Пленума Верховного Суда РК.

Следует подчеркнуть, что речь идет о возмещении нематериального вреда, причиненного самим фактом нарушения коммерческой тайны (имущественного права). Как следует из понятия морального вреда, возможность законодательного закрепления возмещения морального вреда за нарушение коммерческой тайны существует. Однако, она исключена законодательством. Скорее всего, это связано с существующим предпринимательским риском. Между тем нарушение коммерческой тайны происходит, как правило, вследствие умышленных действий недобросовестных конкурентов. Субъект коммерческой тайны и субъект нарушения экономически равны. Думается, закрепление в законе возмещения морального (неимущественного) вреда за нарушение коммерческой тайны, как это имеет место в некоторых зарубежных странах /251, С. 76/, будет способствовать соблюдению правил добросовестной конкуренции.

Далее, для применения мер гражданско-правовой ответственности к правонарушителю, требуется определить причинную связь между деянием и причинённым вредом.

Проблема причинной связи достаточно широко обсуждается в правовой литературе /249, С. 201-203; 7, С. 106/. Почти единодушно выдвигается положение, что возмещению подлежит лишь те убытки, которые прямо, непосредственно и неизбежно вытекают из факта нарушения (имеется в виду временная связь). Такое толкование, полагаем, должно распространяться на любой вред. Иными словами, следует установить связь между действиями конкретного субъекта и фактом нарушения коммерческой тайны. Это сложная задача.

Судебная практика Казахстана, насколько нам известно, пока не знает ни одного случая предъявления иска о нарушении коммерческой тайны. Наверняка это обусловлено тем, что нарушение не всегда может быть выявлено. А если и выявлено, трудно доказать наличие причинной связи. При наличии соответствующих норм в ГК РК эта проблема остаётся в целом неразрешённой.

Надо заметить, зарубежная судебная практика (в частности, США) показала, что основная категория исков о нарушении коммерческой тайны, связана с нарушением договорных отношений между истцом и ответчиком /4, с. 36/. Например, служащий разгласил или передал третьим лицам сведения, доверенные ему.

Надо сказать, что правовой статус нарушителя также влияет на объём правомочий по защите нарушенного права. Конечно же, существуют отличия в степени защиты нарушенного субъективного права на коммерческую тайну, в зависимости от того, кем такое нарушение допущено: государством, контрагентом по договору, работником, лицензиатом. Имеются существенные различия и в правовой регламентации обязательств, в которых обе стороны осуществляют предпринимательскую деятельность или, когда другая сторона не связана с осуществлением такой деятельности.

При определении причинной связи между действиями (бездействием) лица связанного с правообладателем соответствующим соглашением, и последствиями берутся во внимание все аспекты взаимоотношений, предусмотренные соглашением, если это работник, то ещё и должностными инструкциями, соответствующими положениями (круг его обязанностей, объём сведений, составляющих коммерческую тайну, к которым он имеет доступ, обязательство не разглашать, не распространять, не использовать сведения и прочее).

Серьёзного отношения служащих к вопросам сохранности коммерческой тайны можно, на наш взгляд, достигнуть путём чёткой фиксации всех признаков ответственности в соответствующих положениях, должностных инструкциях, договорах, разъяснительной работой, контролем, использованием мер поощрения успевающим служащим. Можно предусмотреть дисциплинарную ответственность в локальных нормах за действия, которые представляют угрозу режиму коммерческой тайны.

Таким образом, по действующему законодательству к работнику можно применить ответственность дисциплинарную, материальную, имущественную. Как мы уже отмечали проблема разграничения материальной ответственности и гражданско-правовой ответственности должна быть снята путём признания гражданско-правовой природы обязательства о неразглашении и, в связи с этим гражданско-правовой природы ответственности за нарушение этого обязательства.

Но трудно разрешимыми считаются, с позиции существования договорных отношений, споры, в которых раскрытие коммерческой информации исходит от лиц, не состоявших с истцом в каких-либо правоотношениях: трудовых, лицензионных и других. При такого рода отношениях защита может быть получена на основе норм деликтного права.

Примечательно, что ответственность за раскрытие коммерческой тайны в США может наступить по гибким основаниям: нарушение доверия, передача, получение информации произведённые «ненадлежащим способом». Последнее позволяет применять меры ответственности без обращения к доктрине исключительных прав, абсолютных прав и без ограничения охраны коммерческой информации случаями особых отношений между истцами и ответчиками /4, С. 38 – 39/.

Далее, коснёмся такого общего условия имущественной ответственности как вина. В соответствии с общим правилом, нарушение коммерческой тайны влечёт гражданско-правовую ответственность при наличии вины нарушителя.

Как известно, гражданский закон обычно не ставит ответственность в зависимость от формы вины нарушителя. В гражданском праве действует презумпция вины (п. 1 ст. 359, п. 2 ст. 917). Это значит, что обладателю коммерческой информации достаточно доказать наличие вреда, что он является результатом действий (бездействий) данного лица.

Причинитель вреда будет освобождён от ответственности, если докажет свою невиновность. При нарушении договорного обязательства – если докажет, что принял все возможные меры для надлежащего исполнения обязательства о не нарушении коммерческой тайны. Если лицо не сможет доказать свою невиновность на него будут возложены меры гражданско-правовой ответственности.

Однако необходимо сказать, что в последствиях причинения вреда нередко главное значение играет поведение самого потерпевшего. Поэтому форма вины потерпевшего может влиять на объём ответственности нарушителя коммерческой тайны. Необходимо сказать, что в рассматриваемом случае правообладатель обязан предпринять меры по предупреждению других лиц о конфиденциальности сведений. В противном случае в силу упущения правообладателя можно будет освободить от ответственности нарушителя.

Известно, что в деликтных и договорных обязательствах форма вины потерпевшего учитывается по-разному (ст. ст. 364, 935 ГК РК). В договорных обязательствах во внимание принимается любая форма, степень вины потерпевшего. В деликтных обязательствах значение имеют умысел потерпевшего, либо грубая неосторожность. Грубая неосторожность ведёт к сокращению размера ответственности, иногда и к освобождению от ответственности (если ответственность наступила независимо от вины нарушителя).

Конечно, при отграничении грубой неосторожности от простой следует исходить из реальных обстоятельств нарушения коммерческой тайны, опыта обладателя коммерческой информации. Закон не даёт такого разграничения.

Так, например, нарушение опытным работником обладателя коммерческой информации (или самим обладателем) уже давно установленных правил обращения с конфиденциальной информацией, которые были хорошо известны всем работникам, полагаем, может рассматриваться как грубая неосторожность. Это позволит суду уменьшить размер ответственности лица, которое вследствие такой неосторожности незаконно получило коммерческую информацию. Однако, если бы это был работник,

только что поступивший на работу, то, очевидно, мы имели бы дело с простой неосторожностью.

Кроме оснований уменьшения объёма ответственности за нарушение коммерческой тайны, как нам кажется, закон должен содержать норму прямо предоставляющую нарушителю коммерческой тайны возможность избежать ответственности за свои действия. В частности, можно предусмотреть в качестве оснований освобождения от гражданско-правовой ответственности за нарушение коммерческой тайны следующие обстоятельства: добросовестность приобретателя коммерческой информации, несоблюдение требований п. 1 ст. 126 ГК РК (т.е. недействительность исключительного права), получение сведений, составляющих коммерческую тайну в силу упущений (халатности) самого обладателя при принятии мер охраны, любой другой факт или действие, служащее средством защиты в силу закона (например, в силу ст. 935 ГК РК вред, возникший в силу умысла самого потерпевшего в деликтных обязательствах возмещению не подлежит).

Думается, что изложенное свидетельствует о наличии большого поля работы для законодателя в вопросах ответственности за нарушение права на коммерческую тайну, при этом, как нам кажется, важно решить и вопрос о взаимоотношениях с судебными органами. Вероятно, было бы правильным законодательно закрепить возможность проведения закрытых судебных заседаний по данным категориям дел, если нарушение ещё не привело к разглашению коммерческой тайны, т. е. исключить гласность судебного процесса в целях защиты коммерческой тайны. Можно как в некоторых зарубежных государствах (в частности, Германия) обеспечить защиту коммерческой тайны в ходе судебного разбирательства путём закрепления за лицом (правообладателем или иными лицами, выступающими свидетелями) права на отказ от дачи показаний в определённых законом случаях /16, С. 139/.

Итак, мы постарались обозначить важные, на наш взгляд, детали определения оснований гражданско-правовой ответственности за нарушение режима коммерческой тайны. Реализация ответственности за нарушение коммерческой тайны - это сложный процесс. Он включает не только материально-правовые моменты, но и вопросы процессуального права. Основной вывод сводится к тому, что пока ещё проблему защиты коммерческой тайны полностью разрешить не удаётся. Требуется дальнейшая теоретическая разработка и чёткое законодательная регламентация вопросов ответственности за нарушение коммерческой тайны.

## СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1. Концепция единого информационного пространства РК, одобренная в целях реализации Указа Президента РК от 9 декабря 1997 г. № 3787 «О формировании единого информационного пространства» (*утратил силу*), утв. постановлением Правительства РК от 29 июля 1998 г. № 715 // Информационная система «ПАРАГРАФ».
2. Розенберг В. Промысловая тайна. – С-Петербург: Типография Министерства финансов, 1910. – 68 с.
3. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. - М.: «Теис», 1996. – 704 с.
4. Нарышкина Р. Л. США – государство и частный сектор. – М.: Юр. лит., 1976. – 128 с.
5. Залеская М. В. Недобросовестная конкуренция: некоторые проблемы неправомерного получения, использования и разглашения конфиденциальной коммерческой информации // Законодательство и экономика. – 1998, № 5 (171). - С. 23-34.
6. Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. 2. Изд-е 4-е. – СПб, 1908. – 625с.
7. В. А. Деружинский, В. В. Деружинский. Основы коммерческой тайны. Практическое пособие для предпринимателей. – Минск, 1994. – 126 с.
8. Лёвин А. А. Секрет фирмы. – М.: Машиностроение, 1992. – 112 с.
9. Парижская конвенция по охране промышленной собственности от 20 марта 1883, с. изм. // Интеллектуальная собственность (в 2-х книгах). Кн. 2. Промышленная собственность / Сост. и коммент. В. Ф. Чигир. – Мн.: Амалфея, 1997.- С.7-51.
10. Хейфец И. Я. Основы патентного права. – М., 1926. – 418 с.
11. Внешнеэкономическая деятельность предприятий. Учебник. / Под ред. Л. Е. Стровского. – М.: ЮНТИ, 1996. – 216 с.
12. Романкова И. В. Проблемы правового регулирования предпринимательства граждан в Республике Казахстан. Учебное пособие. – Алматы: Университет «Туран», 1996. – 208 с.
13. Практика защиты коммерческой тайны в США. Руководство по защите вашей деловой информации. – М., 1992. – 247 с.
14. Соловьёв Э. Коммерческая тайна и её защита. – М.: ЗАО «Бизнес-школа «Интел-Синтез», 1997. – 96 с.
15. Коломиец А. Защита информации, составляющей коммерческую тайну. Сравнительный обзор российской и зарубежной практики // Закон. – 1998, №2.- С. 59-64.
16. Крысин А. В. Безопасность предпринимательской деятельности. – М.: Финансы и статистика, 1996. – 384 с.
17. Власова О. Законодательство Великобритании: охрана коммерческой тайны и другой конфиденциальной информации // Хозяйство и право. - 2000, № 8. - С. 111-116.
18. Ерёменко В. И. КНР: право на защиту от недобросовестной конкуренции // Хозяйство и право. - 1998, № 5. - С. 111-117.
19. Штумпф Г. Лицензионные соглашения // СССР-ФРГ: договор во внутренних и двусторонних хозяйственных отношениях. – М., 1986.- С. 113-127.

20. Городисский М. Л., Драгунов В. В. Лицензионный договор // СССР-ФРГ: договор во внутренних и двусторонних хозяйственных отношениях. – М., 1986.- С. 128-136.
21. Свядосц Ю. И. Правовая охрана научно-технических достижений и советский экспорт. – М.: Юрид. лит., 1986. – 160 с.
22. Лунц Л. А. Международное частное право. Особенная часть. – М.: Издательство Юридической литературы, 1963. – 362 с.
23. Закон СССР от 30 июня 1987 г. «О государственном предприятии (объединении)» *(утратил силу)*. – М., 1990.- 19 с.
24. Закон СССР от 4 июня 1990 г. «О предприятиях в СССР» *(утратил силу)* // Сборник законов, указов и нормативных актов Республики Казахстан по вопросам рыночной экономики. (Для системы АПК). – Алма-Ата, 1992.- С. 83-92.
25. Закон Казахской ССР от 13 февраля 1991 г. «О предприятиях в Казахской ССР» *(утратил силу)* // Сборник законов, указов и нормативных актов Республики Казахстан по вопросам рыночной экономики. (Для системы АПК). – Алма-Ата, 1992.- С. 93-113.
26. Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик от 31 мая 1991 г. – Рязань: Учебно-внедренческое бюро «Альфа», 1991. – 85 с.
27. Закон Республики Казахстан от 4 июля 1992 г. «О защите и поддержке частного предпринимательства» № 1543 – Х11 *утратил силу в соответствии с Законом Республики Казахстан от 31 января 2006 г. «О частном предпринимательстве»* // Сборник нормативных актов Республики Казахстан по гражданскому праву. Ч. 1. – Алматы: Издательство «БОРКИ», 1998.- С.8-16.
28. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принятый Верховным Советом РК 27 декабря 1994 г. с изм. и доп по состоянию на 2008г. // Ведомости ВС РК.- 1994, № 23-24 (приложение); 1995, № 15-16.- Ст. 109, 121.
29. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть), принятый Верховным Советом РК 1 июля 1999 г. № 409-1 // Казахстанская правда. - 1999, 17 июля, № 172-173.
30. Бусыгин А. В. Предпринимательство. Основной курс. Учебник для вузов. – М.: ИНФРА-М, 1997. – 501 с.
31. Яичков К. К. Изобретение и его правовая охрана в СССР. – М.: Издательство АН СССР, 1961. – 224 с.
32. Зиманов С.З. О понятиях в теории государства и права // Актуальные проблемы теории социалистического государства и права. – М., 1974. - С.76-78.
33. Мейер Д. И. Русское гражданское право. Издание 9-е / Под ред. А. И. Вицина. – СПб, 1910. – 651 с.
34. Иоффе О. С. Спорные вопросы учения о правоотношении // Очерки по гражданскому праву. / Сб. статей. - Л.: Издательство Ленинградского университета, 1957.- С. 21-64.
35. Толстой Ю. К. К теории правоотношения. – ЛГУ, 1959. – 87 с.
36. Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. – М.: Юридическая литература, 1974.- 351 с.
37. Магазинер Я. М. Объект права // Очерки по гражданскому праву. / Сб. статей. – Л.: Издательство Ленинградского университета, 1957.- С. 65-78.
38. Гражданское право России. Ч. 1. Учебник. / Под ред. З. И. Цыбуленко. – М.: Юристъ, 1998. – 464 с.

39. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. – М., 1995 (по изданию 1907 г.). – 556 с.
40. Гражданский кодекс Республики Казахстан (общая часть): Комментарий. В 2-х книгах. Кн. 1. / Под ред. М. К. Сулейменова, Ю. Г. Басина. – Алматы: Жәді әәдәлігі, 1997. – 416 с.
41. Сенчищев В. И. Объект гражданского правоотношения. Общее понятие // Актуальные проблемы гражданского права. / Под ред. М. И. Брагинского. – М.: Статус, 1999. – С. 109-160.
42. Гришкин И. И. Понятие информации. Логико-методологический аспект. – М.: Наука, 1973. – 230 с.
43. Урсул А. Д. Проблемы информации в современной науке. Философские очерки. – М.: Наука, 1975. – 287 с.
44. Тихомиров Л. В., Тихомиров М. Ю. Юридическая энциклопедия. / Под ред. М. Ю. Тихомирова. – М., 1997. – 526 с.
45. Гражданское право. Т. 1. Учебник для вузов (академический курс). / Отв. ред. М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. – Алматы, 2000. – 704 с.
46. Савельев А. Информация и интеллектуальная собственность как объекты гражданского права // <http://kodeks.karelia.ru/~dsavel/text/din-3htm>.
47. Макагонова Н. В. О некоторых нерешённых проблемах законодательства по авторскому праву // Государство и право. - 1996, № 1.- С. 52-60.
48. Федеральный закон РФ «Об информации, информатизации и защите информации» от 20 февраля 1995 г. № 24-ФЗ // Копылов В. А. Информационное право: Учебное пособие. Приложение № 3. – М.: Юрист, 1997. – С. 237-251.
49. Правовое положение коммерческих организаций: Учебное и научно-практическое пособие. / Под ред. Ю. А. Тихомирова. – М.: Юридический дом «Юстицинформ», 2001. – 368 с.
50. Панкратов Ф. Г., Серёгина Т. К. Коммерческая деятельность: Учебник для вузов. – М.: Информационно-внедренческий центр «Маркетинг», 2000. – 580 с.
51. Предпринимательство. Учебник. / Под ред. М. Г. Лапуста. – М.: Инфра-М, 2000 – 448 с.
52. Закон Республики Казахстан от 28 декабря 1998 г. № 337-1 «О мерах защиты внутреннего рынка при импорте товаров» // Информационная система «ПАРАГРАФ»
53. Шиверский А. А. Защита информации: проблемы теории и практики. – М.: Юрист, 1996. – 112 с.
54. Котов Б. А. Юридический справочник руководителя. Тайна. – М.: «Издательство ПРИОР», 1999. – 128 с.
55. Ярочкин В. И., Шевцова Т. А. Словарь терминов и определений по безопасности и защите информации. (Безопасность предпринимательства). – М.: «Ось-89», 1996. – 48 с.
56. Артемьев И. Е. Американский капитализм и передача технологий. – М.: Наука, 1980. – 190 с.
57. Свядосц Ю. И. Охрана «ноу-хау» // Гражданское и торговое право капиталистических государств. Учебник. / Под ред. Е. А. Васильева. – М. «Международные отношения», 1993.- С. 493 - 495.
58. Гришаев С. П. Правовая охрана товарных знаков, программ ЭВМ, «ноу-хау» в России и за рубежом. – М.: Научно-информационная фирма «ЮКИС», 1994. – 64 с.

59. Зенин И. А. Гражданское и торговое право капиталистических стран. – М., 1992. – 192 с.
60. Мельников А. А. Понятие «ноу-хау» и правовая регламентация отношений по его передаче // Советское государство и право. - 1981, № 11.- С. 85-89.
61. Шаров В. «Ноу-хау» – объект интеллектуальной собственности // Хозяйство и право. - 1998, № 7. - С. 54-57.
62. Основы договорных отношений в экономическом пространстве СНГ. Энциклопедия международных контрактных отношений. / Под ред. М. Б. Баржокова. – М.: Филдинг – ОЛБИС, 1997. – 786 с.
63. Интеллектуальная собственность: взгляд из завтра (круглый стол) // Социалистическая законность. - 1990, № 5.- С. 13-16.
64. **Закон Республики Казахстан от 2 мая 1995 г. № 2255 «О хозяйственных товариществах», с изм. и доп. // Информационная система «Параграф»**
65. **Закон Республики Казахстан от 13 мая 2003г. № 415-II «Об акционерных обществах» // Информационная система «Параграф»**
66. **Закон РК от 15 марта 1999 г. № 349-1 «О государственных секретах» // Информационная система «Параграф»**
67. Смоляков Л. Б., Машкин Б. И. К вопросу правовой охране интеллектуальной собственности // Юрист.- 1997, № 12.- С. 40-42.
68. Гражданское право. Учебник. Ч. 1. / Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. – М.: ТЕИС, 1996. – 552 с.
69. Право и собственность. / Под ред. М. К. Сулейменова. – Алматы: Жеті жарғы, 1998. – 288 с.
70. Римское частное право. Учебник. / Под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. – М.: Новый юрист, 1987. – 512 с.
71. Хвостов В. М. Система римского частного права. Учебник. – М.: СПАРК, 1996. – 552 с.
72. Покровский Б. В. Понятие «имущества» в науке права // Известия АН КазССР. - 1977, № 2. - С. 79-87.
73. Отнюкова Г. Коммерческая тайна // Закон. 1998, № 2.- С. 55-59.
74. Конституция Республики Казахстан от 30 августа 1995 г. - Алматы, 2008. - 36 с.
75. Эбзеев Б. Б. Гражданский оборот: понятие и юридическая природа // Государство и право. - 1999, № 2. - С. 32-38.
76. **Распоряжение Премьер-министра Республики Казахстан от 4 декабря 1998 года N 236-р О передаче информации о недрах во временное пользование // Информационная система «ПАРАГРАФ»**
77. Гражданское право. Учебник. Ч. 2 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: ПРОСПЕКТ, 1997. – 784 с.
78. Дозорцев В. А. Понятие исключительного права // Проблемы современного гражданского права. / Сб. статей. / Под ред. В. Н. Литовкина, В. А. Рахмиловича. – М.: Городец, 2000.- С. 287 – 320.
79. Конвенция, учреждающая ВОИС, подписанная в Стокгольме 14 июля 1967 г. с изм. // Патентное право. / Сб. нормативно–правовых актов. / Сост. Т. Е. Каудыров, Э. Фаизова. – Алматы: «Жеті жарғы», 1996.- С. 7 – 22.
80. Шершеневич Г. Ф. Авторское право на литературные произведения. – Казань, 1891. – 313 с.
81. Канторович Я. Литературная собственность. Изд-е 2-е. – СПб, 1895. – 149 с.
82. Пилленко А. Право изобретателя. – СПб, 1902. – 495 с.

83. Кирзнер А. М. Патентное и авторское право. – Л.: «Рабочий суд», 1927. – 328 с.
84. Кузнецов А. М. Охрана авторских прав в международном частном праве. Учебное пособие. – М.: Издательство УДН, 1986. – 107 с.
85. Иоффе О. С. Советское гражданское право. Курс лекций. – Л.: ЛГУ, 1958. – 511 с.
86. Наменгенов К. Н. Абсолютные и относительные изобретательские правоотношения. – Алма-ата: Наука, 1978. – 238 с.
87. Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. – М.: Госюриздат, 1950. – 364 с.
88. Новицкий И. Б. Римское право. Изд. 5-е стереотипное. – М., 1994. – 245 с.
- 89. Закон Республики Казахстан от 25 декабря 2008 г. № 112 «О конкуренции» // Информационная система «ПАРАГРАФ»**
90. Копылов В. А. Информационное право. Учебное пособие. – М.: Юрист, 1997. – 472 с.
- 91. Закон Республики Казахстан от 28 февраля 2007 г. № 234-III «О бухгалтерском учёте» // Информационная система «ПАРАГРАФ»**
92. Стандарты бухгалтерского учёта. Методические рекомендации. Генеральный план счетов. / Сб. документов. – Алматы: Раритет, 2000.- С. 255-258.
93. Стандарты бухгалтерского учёта. Методические рекомендации. Учёт нематериальных активов. / Сб. документов. – Алматы: Раритет, 2000.- С. 243-245.
94. Положение «О требованиях, предъявляемых к форматам передачи информации в платёжной системе Республики Казахстан», утв. постановлением Правления Национального банка РК **от 12 июля 1996 г. (утратил силу)**// Республиканский центр правовой информации Министерства юстиции Республики Казахстан.
95. Крылов В. В. Информация как элемент криминалистической деятельности // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. – 1998, № 4.- С. 50-65.
- 96. Закона РК от 9 ноября 2004 года № 603-II «О техническом регулировании» // Информационная система «ПАРАГРАФ»**
97. Уголовный кодекс Республики Казахстан, принятый Верховным Советом РК 16 июня 1997 г. с изм. и доп.// Ведомости Парламента. - 1997, № 15-16.- Ст.211.
98. Закон Республики Казахстан от 23 июля 1999 г. № 451-1 «О средствах массовой информации» // Казахстанская правда. - 1999, 6 августа, № 189-190.
- 99. Закон Казахской ССР от 5 июня 1991 г. «О защите прав потребителей», с изм. и доп. // Информационная система «ПАРГРАФ».**
100. Закон Республики Казахстан от 9 июня 1998 г. № 232-1 «О недобросовестной конкуренции» **утратил силу в соответствии с Законом Республики Казахстан от 25 декабря 2008 г. «О конкуренции» // Информационная система «ПАРГРАФ».**
101. Егоров А. Правовые основы институтов тайны // Закон. – 1998, № 2. - С. 75-79.
102. Предпринимательство. Учебник для вузов. / Под ред. В. Я. Горфинкеля, В. А. Швандара. – М.: Банки и биржи, ЮНИТИ, 1999. – 475 с.
103. Виноградов С. Н. Коммерческая деятельность. – Минск, 1998. – 176 с.
104. Ярочкин В. И. Коммерческая информация фирмы. – М.: Ось-89, 1997. – 160 с.
105. Лекарев С. В., Порк В. А. Бизнес и безопасность. Толковый терминологический словарь. / Под ред. А. И. Гурова, Б. С. Тетерина – М.: Издательства: ЦКСИИМ, «Ягуар», 1995. – 336 с.
106. Ожегов С. И. Словарь русского языка. Изд. 4-е. стереотипное – М., 2001. – 768 с.
107. Мирзоев Г. Б. Юридическая защита предпринимательства в России. Историко-правовой анализ. – М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1997. – 263 с.

108. Гражданское право. Учебник. Часть 1. / Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. – М.: ПРОСПЕКТ, 1998. – 632 с.
109. Мукашева К. В., Басин Ю. Г. Защита гражданских прав // Гражданское право. Т. 1. Учебник для вузов (академический курс). / Отв. ред. М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. – Алматы, 2000.- С. 301 – 309.
110. Басин Ю. Г. Основы гражданского законодательства о защите субъективных гражданских прав // Проблемы применения Основ гражданского законодательства и основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик. Сб. материалов. – Саратов, 1971. - С. 32-37.
111. Басин Ю. Г. Гражданско-правовая охрана хозрасчётных интересов социалистических организаций // Правовые проблемы обеспечения дисциплины в хозяйственных отношениях. / Сб. научн. тр. – Караганда: Изд. КарГУ, 1985. - С. 3-16.
112. Иванов О. В. Защита гражданских прав как правовой институт и как научная проблема // Труды Иркутского университета. Серия юридическая. Вып. 8. Ч. 3. – Иркутск, 1967. – С. 44.
113. Стоякин Г. Я. Понятие защиты гражданских прав // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. / Сб. учен. тр. Вып. 27. – Свердловск, 1973. - С. 30-35.
114. Осипов Е. Б. Защита гражданских прав. Учеб. и практич. пособие. – Алматы: КазГЮА, 2000. – 88 с.
115. Вершинин А. П. Меры защиты субъективных гражданских прав по гражданскому законодательству // Проблемы совершенствования законодательства о защите субъективных гражданских прав. – Ярославль, 1998.- С. 54-59.
116. Стоякин Г. Я. Правовосстановительные санкции как меры защиты субъективных гражданских прав // Гражданское право и способы его защиты. / Сб. учен. тр. / Отв. ред. О. А. Красавчиков. – Свердловск, 1974. - С. 97-104.
117. Менглиев Ш. Защита имущественных прав граждан. - Душанбе: “Ирфон”, 1989. – 153 с.
118. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. – М.: Издательство «Статут», 1997. – 682 с.
119. Анохин В. С., Завидов Б. Д., Сергеев В. И. Защита договорных обязательств. – М.: ИНФРА-М, 1998. – 286 с.
120. Басин Ю. Г., Диденко А. Г. Защита субъективных прав // Юридические науки КазГУ. Вып. 1. – Алма-Ата, 1971. - С. 3-45.
121. Стоякин Г. Я. Меры самозащиты в гражданском правоотношении // Гражданско-правовые отношения и их структурные особенности. / Сб. уч. тр. Вып. 33. – Свердловск, 1975. - С. 46 – 54.
122. Правила оказания информационных услуг Центрами по недвижимости Комитета регистрационной службы Министерства юстиции РК, утв. приказом Министерства юстиции РК от 29 января 2000 г. // Республиканский центр правовой информации Министерства юстиции Республики Казахстан.
123. Правила раскрытия информации национальной комиссией РК по ценным бумагам, утв. постановлением Директората Национальной комиссии РК по ценным бумагам от 13 декабря 1999 г. № 514 (*утратил силу*) // Информационная система «ПАРАГРАФ».

124. Лобков А. Х. Делопроизводство предпринимателя в Республике Казахстан. – Алматы: Издательство «ЛЕМ», 2000. – 40 с.
125. Дозорцев В. А. Законодательство и научно-технический прогресс. – М., «Юридическая литература», 1978. – 191 с.
126. Красавчиков О. А. Правовой режим изобретений: постановка вопроса // Проблемы современного изобретательского права. / Сб. научн. тр. – Свердловск: СЮИ, 1983. - С. 14-41.
127. Куликов А. О коммерческой и служебной тайне // Хозяйство и право. – 1996, № 11. - С. 99-103.
128. Ткачук И. Б. Коммерческая тайна: организация защиты, расследование посягательств. – М.: Издательство «Щит-М», 1999. – 168 с.
129. Казьмина С. Трудовой договор и охрана ИС // Интеллектуальная собственность. – 1997, № 5-6. - С. 64-68.
130. Закон Кыргызской Республики «О коммерческой тайне» от 30 марта 1998 г. № 27 // Эркин ТОО (Свободные горы). – 1998, 10 апреля, № 43-44.
131. Ярочкин В. Система безопасности фирмы. – М.: «Ось-89», 1997. – 192 с.
- 132. Правила лицензирования деятельности в сфере специальных технических средств для проведения оперативно-розыскных мероприятий, утв. Постановлением Правительства Республики Казахстан от 23 июня 2007 г. № 528 // Информационная система «ПАРАГРАФ».**
- 133. Приказ Председателя Комитета национальной безопасности Республики Казахстан от 22 июня 2001 года N 86 Об утверждении Правил депонирования средств криптографической защиты информации в Республике Казахстан. // Информационная система «ПАРАГРАФ».**
- 134. Постановление Правительства Республики Казахстан от 30 ноября 2007 года № 1160 «Об утверждении Правил лицензирования и квалификационных требований, предъявляемых к деятельности по разработке и реализации (в том числе иной передаче) средств криптографической защиты информации» // Информационная система «ПАРАГРАФ».**
135. Каудыров Т. Е. Право интеллектуальной собственности в Республике Казахстан // Гражданское законодательство Республики Казахстан – толкование и комментирование. Вып.6. – Алматы: Баспа, 1998.- С. 101 – 112.
136. Михайлов В. Право на тайну // Закон. – 1998, № 2. - С. 5-8.
137. Е. Куприна. Тайна. Обзор нормативных актов // Закон. - 1998, №2.- С. 83-103.
- 138. Таможенный кодекс республики Казахстан от 5 апреля 2003 г. № 401 - II**
- 139. Закон Республики Казахстан 23 июня 1999 г. № 453-І «О государственной службе» // Информационная система «ПАРАГРАФ»**
140. Олейник О. М. Основы банковского права: Курс лекций. – М.: Юрист, 1997. – 427 с.
141. Конах Е. И. Вопросы охраны банковской тайны на предварительном следствии // Прокурорская и следственная практика. – 1997, № 3.- С. 150-155.
142. Черняков В. Банковская тайна и взаимоотношения банков второго уровня с государственными органами // Правовая реформа в Казахстане. – 1999, № 1.- С. 54-58.
- 143. Закон Республики Казахстан от 31 августа 1995 г. № 2444 «О банках и банковской деятельности» с изм. и доп. // Информационная система «ПАРАГРАФ»**
144. Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 1. – М.: Юрид лит., 1981. – 360 с.

145. Алексеев С. С. Право: азбука-теория-философия: Опыт комплексного исследования. – М.: «Статут», 1999. – 712 с.
146. Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. – М.: «Российское право», 1992 – 207 с.
147. Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты. – Л.: Издательство ЛГУ, 1968. – 72 с.
148. Флейшиц Е. А. Соотношение правоспособности и субъективных прав // Вопросы общей теории советского права. - М., 1960. - С. 255-283.
149. Мирошникова Н. И. Механизм осуществления субъективных гражданских прав. – Ярославль, 1989 – 83 с.
150. Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. – М-Л., 1948. – 839 с.
151. Михайлов С. В. Интерес как общенаучная категория и её отражение в науке гражданского права // Государство и право. – 1999, № 7.- С. 86-92.
152. Сабикенов С. Сочетание общественных и личных интересов в советском гражданском праве: Автореф. дис. канд. – М., 1969.
153. Скутин А. Ф. Социальные интересы и их место в гражданско-правовом регулировании // Проблемы теории и практики гражданско-правового регулирования. / Сб. статей. – Томск, 1987. - С. 3-13.
154. Иоффе О. С. Развитие цивилистической мысли в СССР. Ч. 1. – Ленинград, 1975. – 160 с.
155. Наменгенов К. Н. О формах проявления сущности субъективного права // Известия АН КазССР.- 1972, № 2. - С. 19-25.
156. Дозорцев В. А. О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов // Законодательство и экономика. – 1998, № 7 (173). - С. 4-17.
157. Интеллектуальная собственность: словарь справочник. / Под ред. А. Д. Корчагина. – М.: ИНФРА-М, 1995. – 112 с.
158. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Ч. 1. / Отв. ред. О. Н. Садилов – М.: ЮРИНФОРМЦЕНТР, 1995. – 448 с.
159. Лебедев К. К. Защита прав и интересов предпринимателей. Общие положения // Коммерческое право: Учебник. / Под ред. В. Ф. Попондопуло, В. Ф. Яковлевой. – СПб., 1997. - С. 436-448.
160. Юрченко А. К. О природе авторского права // Проблемы гражданского права. / Сб. статей. – Л.: Издательство Ленинградского университета, 1987.-С. 178-190.
161. Бублик В. Защита права на коммерческую тайну // Хозяйство и право.- 1992, № 9.- С. 57-61.
162. Закон Республики Казахстан от 10 июня 1996 г. № 6-1 «Об авторском праве и смежных правах» с изм. и доп. // **Информационная система «ПАРГРАФ»**
163. Патентный закон Республики Казахстан от 16 июля 1999 г. № 427-1 // **Информационная система «ПАРГРАФ»**
164. Дозорцев В. Исключительные права и их развитие. Вступительная статья к сборнику нормативных актов: Права на результаты интеллектуальной деятельности. – М.: ДЕ – ЮРЕ, 1994.- С. 11-70.
165. Лынный Н. Инвентаризация объектов интеллектуальной собственности для включения в нематериальные активы // Интеллектуальная собственность. – 1996, № 7-8. - С. 8-10.
166. Бакшинская Б. Интеллектуальная собственность в уставном капитале акционерного общества // Юрист. – 1998, № 1. - С. 23-25.

167. Новосельцев О. Аудит интеллектуальной собственности при оценке нематериальных активов // *Хозяйство и право*. – 1997, № 4. - С. 144-152.
168. Дозорцев В. А. О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов // *Законодательство и экономика*. – 1998, № 8 (174). - С. 9-27.
169. *Интеллектуальная собственность. Основные материалы. Ч. 1.* – Новосибирск: ВО «Наука», 1993. – 190 с.
170. Ершова И. В. Имущество и финансы предприятия. Правовое регулирование. Учебно-практическое пособие (предпринимательское право). – М.: Юристь, 1999. – 397 с.
171. *Интеллектуальная собственность: взгляд из завтра (круглый стол) // Социалистическая законность*. – 1990, № 11. - С. 45-48.
172. Лынник Н. Международные стандарты оценки и сертификации стоимости объектов интеллектуальной собственности // *Интеллектуальная собственность*. – 1996, № 9-10. - С.2-6.
- 173. *Кодекс об административных правонарушениях от 30 января 2001 г. № 155 – II // Информационная система «ПАРГРАФ»***
174. Закон Республики Казахстан «О нормативных правовых актах» от 24 марта 1998 г. № 231-1 – Алматы:, 1998. – 56 с.
175. Дождев Д. В. Римское частное право. Учебник для вузов. / Под ред. В. С. Нерсесянца. – М.: Издательская группа ИНФРА-М-НОРМА, 1996. – 704 с.
176. Никулин П. Не терпит отлагательства // *Хозяйство и право*. – 1990, № 9.- С.106-110.
177. Сергеев А. П. Объекты гражданских прав // *Гражданское право. Учебник. Часть 1.* / Под ред. А. П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: ПРОСПЕКТ, 1998. - С.205-229.
178. Каудыров Т. Е. Право интеллектуальной собственности. – Алматы: «Жеті жарғы», 1999. – 68 с.
179. Гальперин Л. Б., Михайлова Л.А. Интеллектуальная собственность: сущность и правовая природа // *Советское государство и право*. – 1991, №12.- С.37-42.
180. Гальперин Л. Б., Михайлова Л. А. Интеллектуальная собственность: сущность и правовая природа // *Право промышленной и интеллектуальной собственности.* / Сб. научн. тр. – Новосибирск, 1982. – С. 7-37.
181. Ботуз С. Правовая защита объектов интеллектуальной собственности в «Интернете» // *Интеллектуальная собственность*. – 1997, № 3-4. - С. 32-38.
182. Кирдяшова Е. В. Категория «интеллектуальная собственность»: теоретико-правовой анализ: Дис. канд. – М., 1998. – 221 с.
183. Кейзеров Н. М. Об особенностях и некоторых проблемах правовой защиты интеллектуальной собственности // *Советское государство и право*. – 1990, № 10.- С. 90-97.
184. *Интеллектуальная собственность: Основные материалы. Ч. 2.* – Новосибирск: ВО «Наука», 1993. – 176 с.
185. Инге Говер. Европейское сообщество и страны Восточной Европы: проблемы охраны интеллектуальной собственности // *Советское государство и право*. – 1991, № 4.- С. 131-134.
186. Рубанов А. А. Проблема дуализма понятия собственности в советском праве // *Право собственности в условиях совершенствования социализма*. – М., 1989. - С. 16-22.
187. Савельев Д. А. Содержание исключительных прав // [http://kodeks.karelia.ru/-dsavel/text/dip\\_4.htm](http://kodeks.karelia.ru/-dsavel/text/dip_4.htm)

188. Иоффе О. С. Советское гражданское право. Курс лекций. Правоотношения связанные с продуктами творческой деятельности. Ч. 3. – ЛГУ, 1965. – 348 с.
189. Ихсанов У. К. Авторские договоры на произведения изобразительного искусства: Автореф. дисс. канд. – Алмат-ата, 1966. – 19 с.
190. Гордон М. В. Советское авторское право. – М., 1955. – 232 с.
191. Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права. – М., 1956. – 282 с.
192. Ионас В. Я. Изобретательское правоотношение в советском гражданском праве: Автореф. дисс. канд. – Л., 1955. - 13 с.
193. Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. – М., 1972. – 168 с.
194. Гаврилов Э. П. Предметное и функциональное взаимодействие изобретательского и авторского права // Проблемы современного изобретательского права. / Сб. научн. тр. – Свердловск: СЮИ, 1983. - С.81-87.
195. Афанасьев В. Г. Социальная информация. – М.: Наука, 1994. – 201 с.
196. Баймаханов М. О некоторых подходах к решению проблем правопонимания // Научные труды «Эділет». – 2000, №1 (7). - С.93-100.
197. Сапаргалиев Г. С. Право и законодательство // Основы права Республики Казахстан. – Алматы, 1993. - С.22-29.
198. Сартаев С. С. Правовая база – фундамент рыночной экономики // Цес-info от 12 сентября 1997 года.
199. Казьмин И. Ф., Лазарев В. В. Понятие системы права. Правовой институт, отрасль права // Общая теория права. Учебник для юридических вузов. / Под ред. А. С. Пиголкина – М.: Издательство МГТУ им. И. Э. Баумана, 1996. - С. 180-184.
200. Фёдоров И. В. Особенности процесса правового регулирования хозяйственных связей в СССР // Вопросы теории и практики гражданско-правового регулирования. / Сб. статей. – Томск: Издательство Томского университета, 1987. - С. 17-30.
201. Трудовой кодекс Республики Казахстан от 15 мая 2007 г. // Информационная система «ПАРАГРАФ».
202. Якушев В. С. О самостоятельности института права государственной собственности и его правовой природе // Теоретические проблемы гражданского права. / Сб. уч. тр. Вып. 13. – Свердловск, 1970. - С. 87-99.
203. Красавчиков О. А. Издательское право (постановка вопроса) // Проблемы современного авторского права. / Сб. научн. тр. – Свердловск, 1980. - С. 107-116.
- 204. Проект Закона Республики Казахстан «О коммерческой тайне», внесённый на рассмотрение Мажилиса Парламента РК постановлением Правительства от 25 июля 2000 г. №1104.**
205. Романкова В. А. Правовое регулирование использования труда наёмных работников в сфере индивидуального предпринимательства: Дисс. канд. – Алматы, 2000 – 161 с.
206. Кондратьев Р. И. Локальные нормы трудового права и материальное стимулирование. – Львов: Вища школа, 1973. – 160 с.
207. Тарасова В. А. Предмет и понятие локальных норм права // Правоведение. – 1968, № 4. - С.93-96.
208. Бурханов Б. Т., Абайдельдинов Т. М. Понятие локально-договорного регулирования трудовых отношений // Вестник КазГНУ. Серия юридическая. – 1999, № 3 (12). - С.16-19.
209. Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. – М.: Юридическая литература, 1982. – 359 с.

210. Егоров Н. Д. Единство и дифференциация предмета советского гражданского права // Проблемы гражданского права. / Сб. статей. – Ленинград: Издательство Ленинградского университета, 1987. - С. 5-22.
211. Попондопуло В. Ф. Об объективных границах, правовых формах и критериях классификации обязательств. // Проблемы гражданского права. / Сб. статей. / Под ред. Ю. К. Толстого, А. К. Юрченко, Н. Д. Егорова. – Ленинград. Издательство Ленинградского университета, 1987. - С. 114-125.
212. Проект Гражданского кодекса Республики Казахстан (Особенная часть). – Алматы, 1996.
213. Дозорцев В. А. Социальные функции изобретательского права // Проблемы современного изобретательского права. Межвузовский сб. научн. тр. / Под ред. О. А. Красавчикова, Ю. К. Юрченко, Г. А. Свердлык и др. – Свердловск: СЮИ, 1983. - С. 140-157.
214. Свердлык Г. А. Принципы советского авторского права // Проблемы современного авторского права. / Сб. научн. тр. / Под ред. М. М. Богуславского, О. А. Красавчикова. – Свердловск: УрГУ, 1980. - С. 13-24.
215. Свердлык Г. А. Проблема принципов советского изобретательского права // Проблемы современного изобретательского права. / Межвузовский сб. научн. тр. / Под ред. О. А. Красавчикова, А. К. Юрченко, В. С. Толстого, Г. А. Свердлык, Т. В. Мезенцева. – Свердловск: СЮИ, 1983. - С. 42-63.
216. Розенберг П. Основы патентного права США. – М.: «Прогресс», 1979. – 462 с.
217. Маамиофа И. Э. Охрана изобретений и технический прогресс. – М.: Юрид. лит., 1974. – 200 с.
218. Гаврилов Э. П. Некоторые вопросы, касающиеся объектов авторского права // Проблемы современного авторского права. / Межвузовский сб. научн. тр. – Свердловск: УрГУ, 1980. - С. 59-76.
219. Антимонов Б. С., Флейшиц Е. А. Авторское право. – М., 1957. – 279 с.
220. Клык Н. Л. Охрана интересов сторон по авторскому договору. – Красноярск: Издательство Красноярского университета, 1987. – 184 с.
221. Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г. // Интеллектуальная собственность. Т. 1. Авторское право и смежные права. / Сост. и коммент. И. В. Попова. – Мн.: Амалфея, 1997. - С.68-137.
222. Виталиев Г. В. Правовая охрана программ для ЭВМ и баз данных // Защита прав создателей и пользователей программ для ЭВМ и баз данных (комментарий российского законодательства). / Сб. статей. – М.: Российская правовая академия МЮ РФ, 1996. - С.42-72.
223. Антимонов Б. С., Флейшиц Е. А. Изобретательское право. – М., 1960. – 228 с.
224. Юрченко А. К. Объект изобретательского права (в связи с общей проблемой объекта права) // Очерки по гражданскому праву. / Сб статей. – Издательство Ленинградского университета, 1957. - С.225-243.
225. Мозолин В. Вступительная статья к книге П. Розенберга «Основы патентного права США». – М.: «Прогресс», 1979. - С. 13-29.
226. Наменгенов К. Н. Право и изобретательство (вопросы и ответы). – Алма-ата: Казахстан, 1988. – 80 с.
227. Интеллектуальная собственность: Основные материалы. – Новосибирск: ВО «Наука». Сибирская издательская фирма, 1993. – 176 с.
228. Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. – Свердловск: Б.и., 1972. – 210 с.

229. Яковлев В. Ф. Отраслевой метод регулирования и особенности гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав // Проблемы гражданской ответственности и защиты гражданских прав. / Ученые труды. Вып. 27. – Свердловск, 1973. - С.17-29.
230. Яковлев В. Ф. Принуждение в гражданском праве // Проблемы современного гражданского права. / Сб. статей. / Под ред. В. Н. Литовкина, В. А. Рахмиловича. – М.: Городец, 2000. - С. 210-222.
231. Паул Варул. Методологические проблемы исследования гражданско-правовой ответственности. – Таллин: Ээсти раамат, 1986.- 152 с.
232. Тархов В. А. Ответственность по советскому гражданскому праву. – Саратов: Издательство Саратовского университета, 1973. – 455 с.
233. Смирнов В. Т., Собчак А. А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. Учебное пособие. – Л.: Издательство Ленинградского университета, 1983. – 152 с.
234. Белякова А. М. Гражданско-правовая ответственность за причинение вреда: теория и практика. – Издательство Московского университета, 1986. – 150 с.
235. Ойгензихт В. А. Имущественная ответственность в хозяйственных договорах. Учебное пособие. – Душанбе, 1980. – 111 с.
236. Басин Ю. Г., Диденко А. Г. Дисциплинарное значение оперативных санкций // Советское государство и право. – 1983, № 4. - С.50-56.
237. Бриных Е. В. Оперативные санкции – форма гражданско-правовой ответственности // Советское государство и право. – 1969, № 6. - С.65-70.
238. Осипов Е. Б. Ответственность за нарушение обязательства // Гражданское право. Том 1. Учебник для вузов (академический курс). / Отв. ред.: М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. – Алматы, 2000. - С.645-667.
239. Грибанов В. П. Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей. – М.: «Знание», 1973. – 96 с.
240. Витольд Варкалло. Об ответственности по гражданскому праву. / Под ред. С. Н. Братуся. – М., 1978. – 328 с.
241. Красавчиков О. А. Гражданско-правовая ответственность // Советское гражданское право. Учебник для вузов. Т. 1. – М.: Высш. шк., 1985. - С. 502-526.
242. Осипов Е. Б. Условия ответственности за нарушение обязательства // Гражданское право. Т. 1. Учебник для вузов (академический курс). / Отв ред.: М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. – Алматы, 2000. - С. 657-662.
243. Ахмедов Б. А. Условия гражданско-правовой ответственности // Актуальные вопросы коммерческого законодательства в Республике Казахстан и практика его применения. Материалы семинаров. - Алматы.: «Эділет-Пресс», 1996. - С. 22-27.
244. Тархов В. Обязательства, возникающие из причинения вреда. Учебное пособие для студентов. – Саратов.: Издательство «КОММУНИСТ», 1957. – 121 с.
245. Слесарев В. Л. Юридические запреты и противоправность по советскому гражданскому праву // Вопросы теории и практики гражданско-правового регулирования. / Сб. статей. / Под ред. В. Ф. Воловича, Б. Л. Хаскельберга, В. Н. Щеглова. – Томск: Издательство Том. ун-та, 1987. - С. 113-119.
246. Дозорцев В. А. Кодификация законодательства об исключительных правах (интеллектуальной собственности). Навстречу завершению Гражданского кодекса. Ст. 80 // <http://www.rencze/library/dozor/htm>.
247. Ихсанов У. К. Комментарий к главе 47 «Обязательства, возникающие вследствие причинённого вреда» // Гражданский кодекс Республики Казахстан

- (Особенная часть). Комментарий. / Отв. ред.: М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. – Алматы: «Жеті Жарғы», 2000. - С.561-585.
248. Ярошенко К. Б. Понятие и состав вреда в деликтных обязательствах // Проблемы современного гражданского права. / Сб. статей. / Под ред. В. Н. Литовкина, В. А. Рахмиловича. – М.: Городец, 2000. - С. 328-341.
249. Басин Ю. Г. Об ответственности за нарушение коммерческого обязательства по законодательству Республики Казахстан // Проблемы современного гражданского права. / Сб. статей. / Под ред. В. Н. Литовкина, В. А. Рахмиловича. – М.: Городец, 2000. - С. 192-209.
250. Нормативное Постановление Пленума Верховного Суда Республики Казахстан от 21 июня 2001 г. № 3 **«О применении судами законодательства о возмещении морального вреда»** // **Информационная система «ПАРАГРАФ»**
251. Плаксин В. А., Макагон Ю. В. Коммерческая тайна: правовые проблемы // Советское государство и право. – 1992, № 8. - С. 73-80.

## ОГЛАВЛЕНИЕ

<b>Введение</b> .....	3
<b>Глава 1 Правовая природа коммерческой тайны</b> .....	6
1.1 История возникновения коммерческой тайны в праве.....	6
1.2 Коммерческая информация как объект гражданских прав.....	15
1.3 Коммерческая тайна – способ защиты гражданских прав.....	39
1.4 Право на нераскрытую коммерческую информацию как субъективное право.....	56
<b>Глава 2 Коммерческая тайна как институт интеллектуальной собственности</b> .....	76
2.1 Соотношение понятий «коммерческая информация» и «интеллектуальная собственность».....	76
2.2 Место норм о коммерческой тайне в системе права.....	84
2.3 Соотношение коммерческой тайны и традиционных способов защиты интеллектуальной собственности.....	102
<b>Глава 3 Проблемы гражданско-правовой ответственности за нарушение режима коммерческой тайны</b> .....	115
3.1 Понятие и виды ответственности за нарушение режима коммерческой тайны.....	115
3.2 Особенности определения оснований гражданско-правовой ответственности за нарушение коммерческой тайны.....	127
<b>Список использованных источников</b> .....	144