

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
СУМСЬКИЙ ДЕРЖАВНИЙ УНІВЕРСИТЕТ

Кафедра адміністративного, господарського права та фінансово-економічної
безпеки

КВАЛІФІКАЦІЙНА РОБОТА МАГІСТРА

зі спеціальності 081 «Право»

**Тема: «Адміністративно-правове забезпечення діяльності у сфері
комп'ютерного програмування»**

Завідувач кафедри _____ д.ю.н. Гаруст Ю.В.
(підпис)

Керівник проекту _____ д.ю.н. Куліш А.М.
(підпис)

Виконавець
студент групи Ю.м- 73 _____ Рибак О.Ю.
(підпис)

Суми 2018

ЗМІСТ

ВСТУП.....

РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ЩОДО АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ У СФЕРІ КОМП'ЮТЕРНОГО ПРОГРАМУВАННЯ.....

1.1. Історико-правові засади становлення суспільних відносин у сфері комп'ютерного програмування.....

1.2. Правове регулювання суспільних відносин у сфері комп'ютерного програмування у інших країнах.....

1.3. Комп'ютерне програмування як об'єкт адміністративно-правового регулювання.....

РОЗДІЛ 2. МЕХАНІЗМ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ КОМП'ЮТЕРНОГО ПРОГРАМУВАННЯ.....

2.1. Державне регулювання у сфері комп'ютерного програмування.....

2.2. Правові основи застосування технічних засобів захисту авторських прав на комп'ютерні програми.....

2.3. Порухення порядку здійснення господарської діяльності у сфері комп'ютерного програмування, консультування.....

РОЗДІЛ 3. УДОСКОНАЛЕННЯ ВІДНОСИН У СФЕРІ КОМП'ЮТЕРНОГО ПРОГРАМУВАННЯ.....

3.1.Суспільні відносини у сфері комп'ютерного програмування як
правова категорія.....

3.2.Правовий режим комп'ютерного програмування як складової
інформаційного права.....

ВИСНОВКИ.....

ПЕРЕЛІК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....

ДОДАТКИ.....

ВСТУП

Актуальність магістерського дослідження. Четверта індустріальна революція поставила перед Україною завдання побудови цифрової економіки. Розвиток цифрової економіки обумовлює виникнення нових видів господарської діяльності, які не вкладаються у традиційне розуміння як результату такої діяльності, так і порядку її ведення. Зокрема, це розвиток цифрової інфраструктури, он-лайн торгівля. Кабінет Міністрів України прийняв Концепцію розвитку цифрової економіки і суспільства України на 2018-2020 роки та затвердив план заходів щодо її реалізації [1].

Невід'ємною складовою цього процесу є розвиток діяльності у сфері комп'ютерного програмування.

Широке впровадження комп'ютерних, електронних, інформаційних і комунікаційних технологій сприяло виникненню унікальних можливостей для масового активного та ефективного розвитку знань людини та суспільства.

Розвиток електронно-обчислювальної техніки дозволяє обробляти великі обсяги інформації для прийняття рішень, у тому числі органами державної влади. Наша держава довгий час вважалася однією з провідних держав у сфері комп'ютерного програмування поряд із США, Японією, Німеччиною та Англією. І донині Україна входить у першу двадцятку країн за кількістю розробників комп'ютерних програм. Але серед українських компаній за ознакою обсягів виробництва та розповсюдження програмного забезпечення немає компаній на зразок американської Microsoft.

Без комп'ютерних програм не можна уявити інформаційного суспільства. Так, комп'ютерні інформаційні технології – це не речі, а засоби, що за певних умов через усвідомлення їх як ресурсу прирівнюються до складових національної безпеки, а саме: втрата фахівців, зокрема, у сфері комп'ютерного програмування, у зв'язку із їх виїздом на постійне місце проживання та роботи за межі країни; втрата фінансових ресурсів,

пов'язаних із скоєнням різних правопорушень, у тому числі злочинів; економічні втрати.

Обіг інформації у суспільстві дає підстави для висновку про появу нового виду суспільних відносин – інформаційних, що є об'єктом правового регулювання. У 1993 році Комісією Європейського Співтовариства проголошено перехід Європи саме до інформаційного суспільства, в якому діяльність людей здійснюється на підставі використання послуг, що надаються за допомогою інформаційних технологій і технологій зв'язку.

Сам по собі розвиток інформатики, як результат сучасного науково-технічного процесу, є об'єктивним суспільним явищем.

Наприкінці 2017 року компанія Market-Visio здійснила дослідження експортної частини української „ІТ-індустрії” на замовлення венчурної інвестиційної компанії „ТЕХІНВЕСТ”. У процесі дослідження було опитано приблизно 70 представників компаній і бізнес-об'єднань. За результатами дослідження в Україні було підготовлено спеціалізований інформаційно-аналітичний звіт, згідно з яким:

- обсяг українського ринку експорту „ІТ-послуг” у 2017 році становив 70 000 000 доларів США;
- частка експорту в загальному обсязі „ІТ-послуг” становила приблизно 50 %;
- в Україні працювало близько 300 компаній, що займаються експортом комп'ютерного програмного забезпечення;
- ринок праці щорічно поповнювався 30 000 випускниками, що мають знання у сфері „ІТ-технологій”;
- кількість фахівців українського ринку експорту „ІТ-послуг” і продуктів у 2017 році оцінювалася в 20 000 – 25 000 осіб.

У зв'язку з цим удосконалення національного законодавства у галузі регулювання суспільних відносин щодо комп'ютерних програм вимагає забезпечення ефективного правового захисту творчої діяльності розробників комп'ютерного програмного забезпечення, які роблять неабиякий внесок у

науково-технічну еволюцію нашої держави. Сьогодні поняття комп'ютерної програми ретельно та зважено аналізується у правовому аспекті. Результати цього можна буде використати під час формування окремих правових засад проекту Інформаційного кодексу України.

Сучасний стан наукової розробки. Окремі питання цифрової економіки досліджували В. Айзексон, С. Бранд, Дж. Вейлз, Е. Вільямс, Б. Гейтс, Б. Елбрехт, Д. Енгельбарт, Дж. Ліклайдер, Дж. Фон Нейман, Е. Петерс, С. Хантінгтон та українські вчені-економісти В. Гейць, А. Гриценко, О.Москаленко, Т. Єфименко. Питання адміністративно-правового регулювання інформаційних відносин досліджувалися у роботах К.І. Белякова, В.М. Брижка, В.Д. Гавловського, В.В. Гриценка, М.В. Гуцалюка, В.І. Жукова, Р.А. Калюжного, О.В. Кохановської, І.В. Арістової, В.С. Цимбалюка, М.Я. Швеця, В.М. Машукова, а також зарубіжних учених А.Б. Гельба, В.О. Копилова, І.Л. Бачило.

Проте питання адміністративно-правових засад діяльності у сфері комп'ютерного програмування досліджено у наукових роботах фрагментарно.

Метою роботи є розробка пропозицій щодо удосконалення адміністративно-правових засад діяльності у сфері комп'ютерного програмування.

Відповідно до поставленої мети поставлено такі **завдання**:

- виокремити етапи розвитку правового регулювання у сфері комп'ютерного програмування;
- на основі аналізу законодавства інших країн у сфері комп'ютерного програмування розробити пропозиції щодо удосконалення національного законодавства у такій сфері;
- визначити ознаки комп'ютерного програмування як виду діяльності;
- конкретизувати засоби державного регулювання у сфері комп'ютерного програмування;
- уточнити порядок захисту авторських прав на комп'ютерні програми;

- конкретизувати порядок притягнення до відповідальності за порушення порядку здійснення господарської діяльності у сфері комп'ютерного програмування;

- розробити пропозиції щодо удосконалення законодавства у сфері комп'ютерного програмування.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини у обігу інформації.

Предметом дослідження є адміністративно-правове забезпечення діяльності у сфері комп'ютерного програмування.

Методологічну основу дослідження склали: загальнонаукові та спеціально-наукові методи дослідження, а саме: діалектичний, формально-юридичний, історико-правовий, системно-функціональний, порівняльно-правовий.

За допомогою діалектичного методу досліджено діяльність у сфері комп'ютерного програмування як вид суспільних процесів. Це дозволило розглянути комп'ютерне програмування як предмет інформаційних правовідносин, який перебуває в процесі постійного розвитку, і визначити його місце в системі об'єктів правовідносин.

За допомогою формально-юридичного методу уточнено поняття комп'ютерного програмування як виду господарської діяльності, досліджено нормативно-правові акти та практику їх застосування.

У межах зазначеного методологічного підходу використано також історико-правовий метод, що дозволило виокремити етапи становлення правових засад у сфері комп'ютерного програмування.

За допомогою системно-структурного методу досліджено механізм адміністративно-правового забезпечення у сфері комп'ютерного програмування, виокремлено його структурні елементи.

За допомогою порівняльно-правового досліджено правові засади інформаційних відносин щодо комп'ютерних програм у різних країнах. На цій методологічній основі здійснювався збір, обробка та аналіз емпіричного

матеріалу. Під час дослідження ситуативно застосовувалися також інші загальнонаукові методи, традиційні для сучасної юридичної науки.

Апробація результатів дослідження. Основні результати дослідження, що викладені в магістерській роботі, оприлюднено на Міжнародній науково-практичній інтернет-конференції «Актуальні дослідження правової та історичної науки» (17 травня 2018 року, м. Тернопіль) за темою «Мобільний додаток як об'єкт права інтелектуальної власності».

Основні положення роботи викладені в Науковому журналі тематичних досліджень з правових питань «Правові горизонти» 2018 р. № 9 (22) за темою «Порушення порядку здійснення господарської діяльності у сфері комп'ютерного програмування, консультування».

Структура дипломної роботи. Робота складається зі вступу, трьох розділів, що об'єднують 8 підрозділів, висновків та списку використаних джерел. Загальний обсяг магістерської роботи становить 90 сторінок. При написанні дипломної роботи було використано 90 джерел.

РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ЩОДО АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ У СФЕРІ КОМП'ЮТЕРНОГО ПРОГРАМУВАННЯ

1.1. Історико-правові засади становлення суспільних відносин у сфері комп'ютерного програмування

У Римському праві, законах Хамурапі, Руській Правді та кодексі Наполеона не визначалися та не регулювалися правовідносини, об'єктом яких виступала інформація. Як зазначає І. Жилінкова, маємо справу з тим рідкісним випадком, коли не існує освяченої століттями традиції і можна створювати «Інформаційний кодекс», спираючись лише на суспільну доцільність, європейські цінності та принципи права [1, с. 125].

Виникнення такого нового виду діяльності як комп'ютерне програмування пов'язане зі становленням постіндустріальної економіки.

Будь-яке сучасне суспільство живе за рахунок інновацій. Перехід до інформаційного суспільства означає, що найбільш важливим продуктом соціальної діяльності стає виробництво, експлуатація та використання послуг і знань, причому питома вага знань у цій бінарній формулі буде безперервно зростати [2, с. 90]. Інтелектуалізація праці веде до глибинних змін у виробничих силах суспільства, що може розглядатися як початок нового етапу у розвитку цивілізації, її новою сходинкою або навіть новою цивілізацією, яка спирається не на індивідуальне виробництво, а на виробництво нового знання, інформаційне суспільство – на постіндустріальний технологічний базис [3, с. 319].

Робота з інформацією перетворюється на масове заняття людей, а саме: інформація стає потужним джерелом інтенсифікації гармонізації суспільного розвитку [4, с. 197].

Інформатизація умовно поділяється на відповідні періоди: електронізацію, комп'ютеризацію, медіатизацію і, нарешті, інтелектуалізацію [5, с. 36–39].

У межах ідеї інформаційного суспільства визначилися різні напрями та тенденції, що концентрують увагу на тих або інших сторонах, наявних у суспільстві відносин щодо інформації та техніко-технологічних засобів її виробництва, передачі, зберігання та переробки, розгляді різних соціальних перспектив як можливих, бажаних або негативних.

Більш впливові концепції, висунуті в початковий період формування ідеї інформаційного суспільства, визначили цінність наукового, теоретичного знання та достовірності інформації, прогнозували зростання їх ролі в суспільстві саме з розвитком комп'ютерних і телекомунікаційних технологій.

Різноманітність програмного забезпечення поповнює перелік складу «речей», економічна природа яких повинна бути точно обумовлена позицією їх виробничих, споживчих цінностей та отримати найбільш точне правове визначення. У першому випадку – це предмет і результат творчої діяльності, по-друге, – інший продукт матеріального виробництва, по-третє, – предмет купівлі-продажу, оренди, інших форм передачі та використання, по-четверте, – знаряддя та засоби праці. Як зазначає І.Л. Бачило, залежно від стадії технологічного циклу виробництва та використання інформаційно-технічних засобів та інформаційного ресурсу буде змінюватися зміст відносин людей та його юридична кваліфікація. Саме новизна матеріального виразу об'єкта праці та відносин спонукає деяких дослідників поставити питання про утворення нового виду суспільних відносин – інформаційних [6, с. 18].

Як вдало зазначає О.М. Пастухов, у контексті інформаційних правовідносин комп'ютерні програми управляють як самими комп'ютерами, так і потоками інформації між ними, об'єднуючи їх в інформаційні мережі. Комп'ютерні програми надають можливість для пошуку та ознайомлення з матеріалами, розміщеними в Інтернеті, та «перекладають» всі інші твори, що передаються Інтернетом, з мови комп'ютерів на мову, зрозумілу людині та

навпаки. Крім того, вони самі перекладаються Інтернетом у великій кількості і як самостійні твори, і як частини складених творів. Легкість миттєвого розповсюдження комп'ютерних програм у глобальних масштабах становить основну загрозу, яку несе їх авторам та їх правонаступникам Інтернет, і порівняно з якою загроза їх правам з боку "лазерних дисків" здається дрібницею. У просторі Інтернету все вагомішою стає творчість людських особистостей – носіїв знань і споживачів інформації [7, с. 33].

Процес глобальної комп'ютеризації набуває ознак явища соціального значення. Комп'ютеризація є процесом розвитку індустрії комп'ютерних програм і послуг, їх широкого застосування в суспільстві: оснащення підприємств, державних установ і навчальних закладів обчислювальною технікою. Однак значущість комп'ютеризації можна розглядати з різних боків. Визнання комп'ютеризації як соціально значущого явища ставить перед нами завдання виявлення тих наслідків, які супроводжують цей феномен [8, с.63].

На Заході вважають, що перший комп'ютер, який був створений у США фірмою «Remington Rand Corporation», з'явився на початку 50-х років. Це було сприйнято як технологічне чудо, що стало не тільки основою нового промислового розвитку, але і символом ХХ століття, зокрема його другої половини [9, с. 5].

Сьогодні ми спостерігаємо перехід від індустріального суспільства до суспільства інформаційного. Цей перехід впливає на економіку, політику та відповідно відображений у праві. Розвиток інфраструктури на основі комп'ютерних технологій надає переваги державам, організаціям та особам, що її мають. Це дозволяє стисло у короткий проміжок часу переробити великі масиви інформації, миттєво комунікувати з різними куточками світу.

Таким чином, переваги, що все більше отримують розвинені держави та регіони (США, Японія, Західна Європа) за допомогою інформаційних технологій та комп'ютерних мереж, ведуть до радикальних змін в

економічних, політичних, соціальних відносинах, у сім'ї, побуті тощо, привносять у життя нові ціннісні орієнтири [10, с.8].

Для того щоб підвищити ефективність соціального управління необхідно підвищити технології обміну інформацією. З'явилася тенденція до зростання ролі інформації в житті суспільства, що обумовлює нові умови для ефективного його функціонування та прискореного розвитку. Інформація усвідомлюється головним соціальним капіталом, запорукою подальшого соціального прогресу.

Інформатизація суспільства виступає сьогодні новим істотним фактором саме через активний розвиток комп'ютерних програмних продуктів масового застосування на рівні з розвитком технічних засобів – комп'ютерів.

Історія розвитку суспільних відносин щодо комп'ютерних програм цікава для дослідження, вона відображає еволюцію суспільства в розумінні значення науково-технічного прогресу у сфері кібернетики, інформатики, електронно-обчислювальної техніки.

Ця історія містить яскраві творчі здобутки і трагічні сторінки долі дослідників у контексті інформаційних суспільних відносин. Історія інформаційного права також потребує вивчення, дослідження. Цікаво, що ще в античній Греції існували правила, відповідно до яких рукописи найважливіших трагедій повинні були здаватися на збереження в офіційний архів для того, щоб можна було проконтролювати, чи відповідає вистава оригіналові тексту [11, с. 43].

В.О. Ястребов, у свою чергу, пропонує розглядати інформацію за технологічним критерієм за наступною моделлю, що змінюється у часі: „переписування власноруч – Гутенбергівський верстат – ксерокопіювання – мовлення – „цифровий верстат” – Інтернет” [12, с. 15].

З філософського погляду, стосовно комп'ютерних програм право може розглядатися як найважливіший засіб забезпечення інтересів особистості, але, водночас формування самих інтересів призводить до

виникнення нових інститутів права. Людство уже чітко усвідомило, що створення комп'ютерних програм є різновидом інтелектуальної діяльності людини. Отже, не буде перебільшенням твердження, що саме створення комп'ютерних програм є рушійною силою розвитку інформаційного суспільства.

Першою міжнародною багатосторонньою угодою, яка стосувалася авторських прав, зокрема на комп'ютерну програму, стала прийнята 9 вересня 1886 року Бернська конвенція „Про охорону літературних і художніх творів”.

Бернська конвенція відносить до охоронюваних об'єктів авторського права усі твори в галузі науки, якими б способами й у якій би формі вони не були б виражені [9, с. 8].

Фактично з цією конвенцією розпочинається публічно-правова охорона комп'ютерних програм авторським правом. У 1967 році в Стокгольмі була підписана Конвенція про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності, яка набула чинності в 1970 році. Всесвітня організація інтелектуальної власності створювалася під егідою Організації Об'єднаних Націй як одна з її спеціалізованих установ. Діяльність Всесвітньої організації інтелектуальної власності в першу чергу спрямована на гармонізацію законодавства у сфері права інтелектуальної власності в різних країнах. Важливим напрямом діяльності цієї організації є пропаганда сучасних підходів до управління авторськими правами, узагальнення та надання спеціальних рішень щодо окремих питань авторського права і суміжних прав (директиви Всесвітньої організації інтелектуальної власності, міжнародні договори).

Україна має власну історію розвитку базових засад інформаційного суспільства: діяльність всесвітньо відомої школи кібернетики; формування на початку 90-х років минулого століття концепції та програми інформатизації; створення різних інформаційно-комунікаційних технологій і

загальнодержавних інформаційно-аналітичних систем різного рівня та призначення.

Нарешті, норми щодо права на творчу працю і на результати цієї праці, щодо захисту інтелектуальної власності, захисту моральних і матеріальних прав автора з червня 1996 року стали конституційними нормами прийнятої Конституції України [13].

Динамічність інтегративних процесів, що відбуваються сьогодні у світі, вимагає від України вирішення комплексу важливих економіко-правових питань, що в подальшому будуть сприяти приєднанню України до Європейського Співтовариства через створення інформаційного суспільства.

Таким чином, удосконалення національного законодавства у галузі створення, розповсюдження та застосування комп'ютерних програм вимагає насамперед забезпечення ефективного юридичного захисту творчої діяльності розробників комп'ютерних програмних продуктів, які роблять неабиякий внесок у науково-технічну еволюцію потенціалу нашої країни. З моменту внесення комп'ютерної програми як різновиду предмета авторського права на рівні відповідного закону, вже ніхто не буде заперечувати, що комп'ютерна програма є особливим об'єктом права інтелектуальної власності.

У 90-х роках обсяг продажу програмного забезпечення на міжнародному ринку зростає дуже швидко, перевищуючи темпи зростання продажу обчислювальної техніки [14, с. 23].

Стосовно цього Л.Ю. Федченко зазначив, що «дуже важливо створити ефективну систему захисту інтелектуальної власності. Доки такої системи не буде, до України не надійдуть високі технології, буде продовжуватись відтік наукових кадрів, людей інтелектуальної праці» [15, с. 28].

Необхідно формувати систему охорони і захисту комп'ютерних програм як різновид об'єкта права інтелектуальної власності, що зумовлено стрімким розвитком інформатизації.

Зауважимо, що усвідомлено це було у нашому суспільстві лише у 1993 році, коли в Україні був прийнятий Закон України «Про авторське право і суміжні права» [16]. У цьому Законі окремі положення стосуються охорони комп'ютерних програм засобами цивільного права.

Подальше вдосконалення національного законодавства у галузі регулювання, охорони та захисту суспільних відносин щодо комп'ютерних програм здійснювалося засобами (методами) адміністративного та кримінального права.

Так, 23 березня 2000 року Кодекс України про адміністративні правопорушення було доповнено статтею 164⁹ «Незаконне розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних», яка регулює питання розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних, упаковки яких не марковані контрольними марками або марковані контрольними марками, що мають серію чи містять інформацію, які не відповідають носію цього примірника, або номер, який не відповідає даним Єдиного реєстру одержувачів контрольних марок [17].

Пізніше до Кримінального кодексу України, який набрав чинності з 1 вересня 2001 року, було включено розділ XVI «Злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку», що містив три статті. З 5 червня 2003 року вказаний розділ Кодексу вже нараховував п'ять статей, а саме: «Несанкціоноване втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку» (ст. 361); «Створення з метою використання, розповсюдження або збуту шкідливих програмних чи технічних засобів, а також їх розповсюдження або збут» (ст. 361¹); «Несанкціоновані збут або розповсюдження інформації з обмеженим доступом, яка зберігається в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або на носіях такої інформації» (ст. 361²);

«Несанкціоновані дії з інформацією, яка обробляється в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або зберігається на носіях такої інформації, вчинені особою, яка має право доступу до неї» (ст. 362); «Порушення правил експлуатації електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку або порядку чи правил захисту інформації, яка в них оброблюється» (ст. 363); «Перешкоджання роботі електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку шляхом масового розповсюдження повідомлень електрозв'язку» (ст. 363¹) [18].

У деяких працях [19 – 23] надають інформацію щодо насичення державних органів, що є представниками різних гілок влади, комп'ютерним програмним забезпеченням. Враховуючи все зазначене вище, можна зробити висновок, що Україна може розглядатися як інформаційна держава, в якій дуже активно застосовується електронно-обчислювальна техніка, насамперед на базі персональних комп'ютерів.

Розглянемо один із головних об'єктів інформаційного суспільства, яким є інформація. З формуванням інформаційного суспільства категорія „інформація” стала ключовою: виступає одним із найважливіших факторів системи суспільних відносин [19, с. 21].

Відображаючи реальну дійсність, вона впливає на всі напрями суспільної діяльності та державної політики. З появою нових інформаційних технологій, заснованих на впровадженні електронно-обчислювальної техніки, засобів зв'язку, систем телекомунікації, інформація стає усвідомленим суспільством атрибутом суспільних відносин. Підкреслюючи це, Т. Стоуньєр пише: «...інструменти та машини, що є уречевленою працею, суть в той же час уречевлена інформація. Ця ідея справедлива відносно до капіталу, землі та будь-якого іншого фактора економіки, в якому використовується уречевлена праця. Не існує жодного способу виробничого

застосування праці, який у той же самий час не був би застосуванням інформації» [24, с. 393].

Незважаючи на те, що в усі часи комп'ютерні програми розглядалися як засіб виробництва, суспільні відносини щодо них з часом змінювалися. Як зазначають фахівці [25], раніше не можна було придбати комп'ютерні програми окремо від комп'ютера.

У зв'язку з цим дослідження історичних передумов правового регулювання суспільних відносин щодо комп'ютерних програм дало можливість прослідкувати вплив зовнішніх чинників на свідомість людини, а також необхідність у регулюванні правовими нормами відповідних суспільних відносин.

Право щодо комп'ютерних програм як різновиду комп'ютерної інформації у нашій країні як спеціального систематизованого законодавства поки що немає. Воно фрагментарно розпорошено в праві, створеному за суб'єктивною ознакою – в авторському праві, яке є складовою права, утвореного за об'єктивною ознакою – права інтелектуальної власності, а також права про інформацію.

На рівні законодавства ознаки права щодо комп'ютерних програм визначені в законах України: «Про телекомунікації», «Про авторське право і суміжні права», «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах», в окремих положеннях Цивільного, Господарського та Кримінального кодексів, а також у законодавстві про інформацію.

Такий підхід стосовно публічно-правового регулювання суспільних відносин щодо комп'ютерних програм свідчить про не усвідомлення у нашому суспільстві ролі їх творців та ролі комп'ютерних програм у інноваційному розвитку економіки.

Аналіз історико-правових засад дозволяє виокремити наступні етапи розвитку правового регулювання у досліджуваній сфері:

- інформатизація суспільства;
- глобальна інформатизація;

становлення міжнародно-правової охорони прав інтелектуальної власності у сфері комп'ютерного програмування;
забезпечення комплексного правового регулювання комп'ютерного програмування на національному рівні.

Результати дослідження вказують на доцільність кодифікації інформаційних відносин на національному рівні шляхом прийняття Інформаційного кодексу України.

1.2. Правове регулювання суспільних відносин у сфері комп'ютерного програмування у інших країнах

Сучасні цифрові технології забезпечують переміщення творів і їх застосування по усьому світу, а також одержання за незначну плату їх копій. Це стало головною підставою, що спонукала Комісію Європейського Співтовариства запропонувати уніфіковані критерії охорони програмного забезпечення. Відповідно до положень Директиви Ради Європи 91/250/ЄЕС від 14 травня 1991 року про правову охорону комп'ютерних програм об'єктами охорони є програми для електронних обчислювальних машин, виражені в будь-якій формі (поняття „програма для ЄВМ” включає також допоміжні матеріали розробки) [26, с. 30]. Відповідно до положень статті 11 Директиви, можливість охорони баз даних, допускається за умови укладення угод із Європейським Співтовариством на підставі взаємності.

Необхідно зазначити, що комп'ютерні програми також охороняються нормами міжнародного права, яке певним чином імплементується у національне право.

Імплементация – юридичний термін, що позначає перенесення норм міжнародного права у національне законодавство. Існує варіант імплементации, коли національне законодавство встановлює переваги

міжнародного права над національним. В Україні чинні також міждержавні багатосторонні та двосторонні міжнародні договори переважно у науково-технічній та торговельно-економічній сферах, які містять окремі норми з питань інтелектуальної власності.

У 1978 році Всесвітня організація інтелектуальної власності схвалила Типові положення про охорону програмного забезпечення обчислювальних машин. Необхідно зазначити, що найважливіша міжнародна конвенція в сфері авторського права – Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів – у 1971 році чітко не визначила комп'ютерну програму як об'єкт авторського права [27, с. 48]. Серед основних міжнародних правових актів, які регулюють відносини в даній сфері, також можна назвати Договір про закони щодо товарних знаків від 27 жовтня 1994 року (чинний на території України з 1 серпня 1996 року); Мадридську угоду про міжнародну реєстрацію знаків від 14 квітня 1991 року (Україна є учасницею з 25 грудня 1991 року) та Протоколом до неї від 28 червня 1989 року (ратифікований 29 грудня 2000 року); Паризьку конвенцію про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року (ратифікована 17 листопада 1999 року) [28, с. 40]. 15 квітня 1994 року в межах Всесвітньої торговельної організації на Уругвайському раунді багатосторонніх торговельних переговорів була прийнята спеціальна Угода по торговельних аспектах прав інтелектуальної власності TRIPS [29, с. 11].

Закон Республіки Молдови «Про інформатику» [30, с. 145] від 2 червня 2000 року встановлює основні правила й умови діяльності у сфері інформатики в Республіці Молдові, права й обов'язки держави, юридичних і фізичних осіб, здійснювані в процесі створення, управління, використання й введення інформатичних систем, визначає принципи й засоби забезпечення волі й захисту даних в інформатичних системах, право доступу до інформаційних послуг.

Зазначений Закон поділяється на глави «Загальні положення», «Публічне управління в сфері інформатики», «Доступ до інформації й

інформатичних послуг», «Захист і безпека даних», «Право власності на інформатичні продукти», «Електронний документ».

У статті 2 цього Закону подається визначення термінів „електронний документ”, „устаткування (hardware)”, „інформатика”, „інформатизація”, „інформатичний продукт”, „програмний продукт (software)”, „програма (комп'ютерна програма)”, „інформаційний ресурс”, „інформатична мережа (комп'ютерна мережа)”, „інформатична мережа”, „інформаційна мережа”, „інформаційні технології” тощо.

Так, програмний продукт (software) визначається як безліч програм підпрограм, процедур, правил і асоціативних документів системи обробки інформації.

У свою чергу, програма (комп'ютерна програма) визначається як послідовність описів і інструкцій мови програмування, що працює в операційній системі комп'ютера й призначена для виконання певних функцій або вирішення завдань.

Водночас Закон Республіки Молдови „Про інформатизацію та державні інформаційні ресурси” застосовує терміни „програмні продукти” і „технічні засоби”.

Аналізуючи положення законів Республіки Молдови в сфері інформації, можна зробити висновок, що вони містять норми як цивільного, адміністративного права, так і інформаційного.

Закон Російської Федерації „Про інформацію, інформатизацію й захист інформації” [30, с. 181–194] від 25 січня 1995 року регулює відносини, що виникли під час:

- формування й використання інформаційних ресурсів на основі створення, збору, обробки, нагромадження, зберігання, пошуку, поширення й надання споживачеві задокументованої інформації;
- створення й використання інформаційних технологій і засобів їхнього забезпечення;

– захисту інформації, прав суб'єктом, що бере участь в інформаційних процесах і інформатизації.

Даний Закон використовує термін „програми для електронних обчислювальних машин”. Разом з тим, цей Закон містить визначення терміна „засіб забезпечення автоматизованих систем і їхніх технологій”, що визначаються як програмні, технічні, лінгвістичні, правові, організаційні засоби (програми для електронних обчислювальних машин; засоби обчислювальної техніки й зв'язку; словники, тезауруси та класифікатори; інструкції й методики, положення, статuti, посадові інструкції; схеми й описи, інша експлуатаційна й супровідна документація), використовувані або створювані при проектуванні інформаційних систем та забезпеченні їх експлуатації.

Зазначений Закон поділяється на глави „Загальні положення”, „Інформаційні ресурси”, „Користування інформаційними ресурсами”, „Інформатизація, інформаційні системи, технології й засоби їхнього забезпечення”, „Захист інформації й прав суб'єктів у сфері інформаційних процесів і інформатизації”.

Стаття 18 цього Закону регулює право авторства й право власності на інформаційні системи, технології засобів їх забезпечення.

Аналізуючи положення законів Російської Федерації у сфері інформації, можна дійти висновку, що вони містять норми як цивільного, трудового, адміністративного права, так і інформаційного.

Разом з тим необхідно зазначити, що в Російській Федерації суспільні відносини, що виникають у зв'язку з правовою охороною та застосуванням комп'ютерних програм і баз даних, регулюються спеціальним Законом „Про правову охорону програм для електронно-обчислювальних машин та баз даних” від 23 вересня 1992 року № 3523-І.

Закон Республіки Таджикистан „Про захист інформації” [30, с. 352] від 2 грудня 2002 року містить визначення терміна „програмне забезпечення інформаційної системи”, що трактується як сукупність програм для реалізації

цілей і завдань інформаційної системи, а також для нормального функціонування комплексу технічних засобів.

Закон Республіки Узбекистан „Про інформатизацію” [30, с. 423] від 7 травня 1993 року містить терміни „програма для електронних обчислювальних машин”, „програмно-інформаційна продукція” і регулює питання авторського права на програму для електронних обчислювальних машин (ст. 31) і права власності на програму для електронних обчислювальних машин і іншу програмно-інформаційну продукцію (ст. 32).

Аналіз положень законів Республіки Таджикистан і Республіки Узбекистан дозволяє зробити висновок, що вони також містять норми цивільного, адміністративного та інформаційного права.

Враховуючи наведене вище, законодавчі акти інших країн, якими врегульовано суспільні відносини щодо комп’ютерних програм, належать до різних галузей права.

1.3. Комп’ютерне програмування як об’єкт адміністративно-правового регулювання

Термін «комп’ютерна програма» вживається в різних галузях права – міжнародному, цивільному, господарському кримінальному, адміністративному, інформаційному. Таким чином, можна стверджувати, що суспільні відносини щодо комп’ютерних програм регулюються різними методами.

Предметом права щодо комп’ютерних програм є регулювання інформаційних відносин у частині, пов’язаній зі створенням і застосуванням комп’ютерів, комп’ютерних технологій, автоматизованих систем управління, машинної інформації тощо [31].

Комп'ютерне програмування є різновидом діяльності. Слід зазначити, що така діяльність може здійснюватися у двох режимах: як господарська діяльність або у межах трудових відносин.

Відповідно до Класифікації видів економічної діяльності послуги з комп'ютерного програмування включено до одного з видів господарської діяльності за номером 62.01.

Такому виду господарської діяльності притаманні всі ознаки господарської діяльності, які традиційно виділяються у навчальній літературі:

надання зазначених послуг не для власних потреб, а для задоволення потреб інших осіб; професійний характер діяльності;

результати такої діяльності мають вартісний характер, реалізуються за плату;

діяльність у сфері комп'ютерного програмування поєднує як приватні інтереси розробників такого продукту, так і публічні інтереси держави.

Окрім загальних ознак, комп'ютерному програмуванню, консультуванню притаманні специфічні ознаки, обумовлені їх цифровим характером. Послуга має електронний характер. Вона як створюється за допомогою електронного ресурсу, так і надається в цифровому просторі.

Науковці Я.О. Задвірний та А.Б. Орловська вважають, що у широкому розумінні електронна комерція визначається як ведення бізнесу у глобальних мережах, а у вузькому – як торгівля через Інтернет, і розуміють під нею комерційну активність людей, яка охоплює фінансові та торгові транзакції, що проводяться за допомогою комп'ютерних мереж під час купівлі-продажу товарів чи послуг [32, С. 73]. Досліджувана послуга надається в електронному вигляді через мережу Інтернет. Наступною істотною ознакою є застосування електронного розрахунку.

Також ознакою такої діяльності є особливий результат – комп'ютерна програма. Це новий об'єкт правовідносин.

Під об'єктом правовідносин розуміють те, з приводу чого виникають і здійснюються суб'єктивні права і обов'язки, тобто предмет (або результат) діяльності учасників цих правовідносин, на що спрямовані інтереси суб'єктів. При загальному розумінні суті об'єкта Інтернет-правовідносин серед учених немає єдиної думки про те, що ж може виступати в його якості. У юридичній науці склалися в основному дві концепції – моністична і плюралістична. О. С. Іоффе у своїх працях обґрунтовує саме перший підхід, згідно з яким об'єктом правовідносин є поведінка або дії суб'єктів, оскільки тільки людська поведінка здатна змінюватися і реагувати на правовий вплив [33, С. 129]. Згідно з другою концепцією – плюралістичною – об'єкти правовідносин настільки різноманітні, наскільки різноманітною є правова природа суспільних правовідносин. Як зазначає В. С. Мілаш, значна частина господарських зв'язків потенційно може виникати та функціонувати в електронному середовищі, відбувається розширення товарної номенклатури – поява електронного товару у вигляді матеріальних і нематеріальних благ, які існують в електронній формі і можуть бути передані суб'єкту електронної торгівлі за допомогою програмно-апаратних комплексів або каналів зв'язку, перетворення інформаційних ресурсів на товар споживчого та виробничого призначення [34, С. 89].

У свою чергу Р. Є. Енан у якості об'єктів правовідносин у мережі Інтернет виділяє такі: 1) телекомунікаційні мережі та інше технічне обладнання; 2) комп'ютерне програмне забезпечення; 3) інформація, інформаційні ресурси, інформаційні продукти, інформаційні послуги; 4) доменні імена; 5) права та свободи в сфері інформації; 6) інформаційна безпека. При всьому різноманітті об'єктів відносин у кіберпросторі основним об'єктом він визнає інформацію (технічну, економічну, соціальну, юридичну та інші види). Сьогодні інформація стирає грані між продуктом і послугою, що знаходить своє втілення в сучасних технологіях, які об'єднують інформаційні продукти і послуги в єдине ціле [35, С. 179].

Розвиток цифрової економіки обумовлює виникнення нових «нетрадиційних» об'єктів права інтелектуальної власності. До одного з таких об'єктів відноситься мобільний додаток.

Мобільний додаток – один з найбільш застосовуваних об'єктів права інтелектуальної власності, але у той же час права на такі об'єкти систематично порушуються, у тому числі і з боку держави. Зокрема, протягом місяця з моменту оприлюднення мобільного додатку для полювання на віртуальних покемонів кількість завантажень гри перевищила десять мільйонів. При цьому акції компанії Nintendo протягом першого тижня зросли на 50%. Таганським судом Російської Федерації винесено рішення про блокування Telegram. Але Федеральна служба з нагляду у сфері зв'язку, інформаційних технологій та масових комунікацій Російської Федерації не має фізичної можливості виконати рішення суду.

Наведені приклади вказують на відсутність у держави ефективних правових засобів охорони прав на мобільні додатки. Традиційні правові інструменти не забезпечують як захист об'єктів права інтелектуальної власності, так і реалізацію публічних інтересів держави у сфері цифрової економіки.

У ст. 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права» зазначено такий об'єкт охорони як комп'ютерні програми [16]. Комп'ютерна програма є найбільш близьким до мобільних додатків об'єктом права інтелектуальної власності. Тобто мобільні додатки також захищаються як об'єкти авторського права. Але це складний об'єкт правової охорони, оскільки він може містити у собі декілька самостійних об'єктів: зображення, графічні об'єкти, музичні твори, торговельні марки тощо.

Мобільний додаток має подвійну правову природу: з одного боку він виступає об'єктом права інтелектуальної власності, а з іншого – комерціалізованою інформаційною послугою. Основним об'єктом захисту в мобільному додатку є вихідний програмний код. Як і будь-який інший об'єкт авторського права, мобільний додаток захищається з моменту його

створення. Захисту підлягає саме форма вираження мобільного додатку. Згідно з Бернською конвенцією, до якої на сьогоднішній день приєдналася 171 країна, включаючи Україну, авторські права виникають з моменту створення твору та не вимагають виконання будь-яких формальностей, у тому числі реєстрації [36]. Але, виходячи зі складності мобільного додатку як інтелектуального продукту та його подвійної правової природи, механізми авторського права не забезпечують захист у випадку комерціалізації такого продукту. Зображення мобільного додатку не є тим ключовим елементом, який підлягає захисту.

Комерціалізувати та використовувати мобільний додаток дозволяє знання програмного коду. Як правило, до створення програмного коду залучається безліч розробників. Це можуть бути як штатні співробітники компанії, так і сторонні підрядники. Аналіз практики вказує на забезпечення захисту мобільних додатків на стадії розробки шляхом укладення договорів. З кожним із розробників укладається письмовий договір, який може бути трудовим або цивільно-правовим. В інтересах роботодавців і замовників у кожному з договорів чітко зазначається механізм передачі програмного коду у повному обсязі, що дозволяє практично без обмежень розпоряджатися результатами розробки. Також у договорах передбачаються умови, що автор програмного коду (як і будь-якого іншого об'єкта авторського права) бере під свою відповідальність усі претензії третіх осіб, пов'язані з авторськими правами на об'єкт. Такі умови виключають відповідальність замовників у випадку свідомого або випадкового запозичення розробником об'єктів права інтелектуальної власності інших осіб.

Таким чином, проведений аналіз вказує на подвійну правову природу мобільного додатку як об'єкта права інтелектуальної власності. З одного боку, це об'єкт права інтелектуальної власності, а з іншого – комерціалізована інформаційна послуга.

Виходячи з механізму захисту, впровадженого для об'єктів авторського права, слід констатувати на неналежну правову охорону

мобільних додатків. Адже вони є складними об'єктами права інтелектуальної власності, які можуть містити декілька самостійних об'єктів.

Практикою розроблено договірний механізм передачі прав від розробників до замовників та відповідальності розробника за результати його інтелектуальної діяльності. Проте такий механізм не забезпечує захист третіх осіб, результати інтелектуальної діяльності яких використано розробниками у мобільних додатках.

За своєю юридичною природою такий договір є договором про надання послуг, за яким одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором (ст. 91 Цивільного кодексу України) [37].

Що стосується сфери інформаційних технологій, в кожному конкретному виді діяльності можна визначити різну її правову природу.

Так, якщо завданням виконавця є постійна підтримка, вдосконалення готового програмного продукту, виявлення та усунення дефектів тощо, а оплачується час, протягом якого виконавець виконує завдання (абонентська плата), такі відносини існують в межах договору про надання послуг.

З іншого боку, якщо перед програмістом ставлять завдання вироблення нової програми, з переданням результату – програмного (вихідного коду), тобто класично «розробка програмного забезпечення», за своєю правовою природою такий договір буде договором про виконання робіт.

Звісно ж, договір може бути і змішаним, наприклад, якщо виконавець зобов'язується не тільки розробити програмний продукт, а й обслуговувати його результат, тобто забезпечувати програмну підтримку.

На практиці таке встановлення правової природи договору має значення при виборі назви та визначенні предмету контракту, і часто відіграє роль у податкових відносинах.

Пропонується, для мінімізації ризику визнання цивільно-правових відносин фактичними трудовими і уникнення претензій контролюючих органів щодо ухилення від сплати податків та порушення трудового законодавства, складати договір підряду.

В такому випадку предметом оплати є результат роботи (незалежно від кількості витрачених годин), оплата здійснюється на підставі Акту виконаних робіт, а сам процес їх виконання залишається за межами змісту договору, що унеможлиблює назвати такі відносини трудовими.

Результат надання послуг комп'ютерного програмування оформляється Актом наданих послуг та виставленням рахунку Замовнику.

З іншого боку, називати договір з розробки програмного забезпечення саме договором «про надання послуг» для суб'єктів, які працюють на зовнішньому ринку, варто з точки зору буквального трактування норм податкового кодексу, що стосується податку на додану вартість, а саме місця постачання послуг.

Так, згідно з п.3. ст. 186.3. Податкового кодексу України, місцем постачання зазначених у цьому пункті послуг вважається місце, в якому отримувач послуг зареєстрований як суб'єкт господарювання або - у разі відсутності такого місця - місце постійного чи переважного його проживання [38]. До таких послуг належать, зокрема - консультаційні, інжинірингові, інженерні, юридичні (у тому числі адвокатські), бухгалтерські, аудиторські, актуарні, а також послуги з розроблення, постачання та тестування програмного забезпечення, з оброблення даних та надання консультацій з питань інформатизації, надання інформації та інших послуг у сфері інформатизації, у тому числі з використанням комп'ютерних систем.

Окрім вищезазначеної специфіки договорів у ІТ-сфері, договори у досліджуваній сфері укладаються не в письмовій формі, а через обмін скан-копіями по емейлу, або взагалі погоджені лише основні вимоги по емейлу або замовник вимагає інвойсу для оплати.

Проте, варто зауважити що, законодавством України не передбачено укладення договору шляхом обміну скан-копіями.

А судова практика свідчить про те, що, на сьогодні, укласти договори через обмін електронними документами по емейлу не варто. Так, у Справі No 5015/4057/12 суд відзначає: «Проте, долучена на паперових носія роздруківка електронної переписки не є письмовим доказом в розумінні ст. 36 ГПК України, оскільки не містить даних про обставини, а лише відображає певний момент роботи комп'ютера з виведення інформації на дисплей. Оскільки роботу комп'ютера його користувач має можливість спрямувати у необхідному йому напрямку, то така роздруківка не може свідчити про достовірність викладеної в ній інформації. Слід також зазначити, що з інформації, яка відображена у роздруківці, неможливо однозначно встановити, чи ця переписка стосується безпосередньо укладення договору у вигляді замовлення та його подальшого виконання» [39]. Ця точка зору підтримується рішеннями й інших судів.

Має певну специфіку також укладання договорів щодо розробки програмного забезпечення з іноземними контрагентами.

Відповідно до листа Національного банку України No 2201012/46746 від 07.07.2015 підписання і сплата Інвойсу - достатньо, а складання договору і акту - не є обов'язковим [40].

Обов'язковими даними в Інвойсі мають бути:

1. номер інвойсу;
2. дату інвойсу;
3. дані виконавця – ФОП, прізвище, ім'я і по батькові, адресу реєстрації та ідентифікаційний номер;
4. предмет – це назва наданих послуг (розробка програмного забезпечення);
5. опис послуг – опис послуги;
6. ціну та загальну вартість.

Важливою відмінністю роботи з зарубіжними контрагентами є підписання Угоди про нерозголошення (Non-disclosure Agreement (NDA) на початкових етапах ведення переговорів.

Угода про нерозголошення є юридичним договором, укладеним між двома або більше сторонами з метою нерозголошення (зберігання), взаємного обміну знаннями, матеріалами, або іншою інформацією доступ до якої обмежено третім особам, та(або) з метою зберігання (нерозголошення) конфіденційної інформації відносно третіх осіб.

Цей тип угод служить для запобігання витоку будь-якої конфіденційної інформації: від виробничих секретів до персональних даних.

NDA регулюється положеннями Цивільного кодексу, які визначають права інтелектуальної власності на комерційну таємницю (ст.ст. 505-508). NDA захищає від недобросовісної конкуренції. Отже, регулюється також положеннями закону «Про захист від недобросовісної конкуренції», в яких законодавець нам розповідає, що таке розголошення комерційної таємниці і неправомірне її використання.

Проаналізувавши ряд таких угод робимо наступні висновки.

Перше, існують декілька видів угоди. Можна виділити два основних види:

1. Односторонню угоду: одна сторона виявляє бажання довірити певну інформацію іншій стороні, але таким чином, щоб вона залишилася закритою для третіх осіб, виходячи з міркувань секретності або патентного права.

2. Взаємну угоду про нерозголошення: Його принципова відмінність від першого виду полягає в тому, що обидві сторони діляться інформацією, яка повинна залишатися закритою для доступу третім особам.

Договір про нерозголошення містить наступні положення:

1. сторони договору;
2. тлумачення понять договору;
3. визначення предмету договору, тобто що відноситься до

конфіденційної інформації (зазвичай, конфіденційна інформація міститься у Положенні про конфіденційну інформацію);

4. термін, та умови, відповідно з якими дана інформація не вважається конфіденційною;

5. норми права та юрисдикція, згідно з якими регулюються відносини цього договору;

6. відповідальність сторін, за порушення умов договору.

Конфіденційна інформація - це відомості, які знаходяться у володінні, користуванні або розпорядженні окремих фізичних чи юридичних осіб і поширюються за їх бажанням відповідно до передбачених ними умов.

Визначення поняття «конфіденційна інформація» викладено у ст.21 Закону України «Про інформацію» [41].

Особи, які володіють конфіденційною інформацією, самостійно визначають режим доступу до неї, включаючи належність її до категорії конфіденційної, та встановлюють для неї методи захисту. До кола конфіденційної інформації у сфері господарської (підприємницької) діяльності відноситься інформація, що визнається такою законом (ст. 862 Цивільного кодексу України), комерційна таємниця (ст.ст. 505-508 Цивільного кодексу України) та «ноу-хау» (ст. 1 Закону України «Про інвестиційну діяльність»).

Слід зазначити, що Господарський Кодекс України в ст. 36 містить норми захисту конфіденційної інформації суб'єктів господарювання [42].

Наявність іноземного замовника передбачає необхідність вибору права, що регулює угоду. Це реалізація так званого принципу автономії волі. Закон України «Про міжнародне приватне право» надає учасникам приватноправових відносин з іноземним елементом право самостійно вибирати право, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин (цей вибір може бути здійснений щодо правочину загалом або його окремої частини) [43]. Але таке право сторін не є абсолютним – законодавство України містить і певні обмеження щодо реалізації такого вибору.

Наприклад, право власності та інші речові права, відомості про які підлягають внесенню до державних реєстрів, визначаються правом держави, у якій це майно зареєстроване. До того ж незалежно від права, що підлягає застосуванню, суд може застосовувати імперативні норми права іншої держави, які тісно пов'язані з відповідними правовідносинами.

Також сторони можуть обрати суд, що буде розглядати спори, що виникають із договору. Це так зване арбітражне застереження. У NDA угодах є 3 варіанти: український суд; суд країни замовника (чи будь-якої іншої країни) та комерційний арбітраж (третейський суд, до прикладу, МКАС).

Таким чином, безсумнівно поява і розвиток мережі Інтернет породили якісно новий вид суспільних відносин і безліч нових благ: доменні імена, електронні кошти, дисковий простір (файлове сховище), електронні послуги (хостингу, різних видів інтернет-реклами, електронні розрахунки, електронної пошти тощо), об'єкти авторського права в електронній формі (електронні твори, комп'ютерні програми, веб-сайти тощо), віртуальні речі (об'єкти). Щоб зрозуміти, чи є ці блага особливими об'єктами Інтернет правовідносин, їх слід розглянути більш детально. Так, вченими пострадянських країн вироблені.

Представляється доцільним розглядати комп'ютерні програми як складну віртуальну річ, яка може бути визнана складним твором, якщо буде являти собою за добором і розміщенням матеріалів результат творчої праці. «Віртуальні речі», електронні об'єкти (цифрові товари), в силу своєї віртуальності не є речами, проте мають риси речей і не можуть бути визначені як права або поведінка суб'єктів правовідносин. Вони існують лише у мережі Інтернет.

Віртуальна річ / віртуальне майно є частиною віртуального простору, зокрема файли представляють собою ті елементарні частинки, які утворюють його. Файлом є послідовність даних (цифр). Вони володіють визначеністю, яка виражена в структурних характеристиках, наприклад, файл в залежності

від формату має власну назву, структуру і якість, а також розмір, вимірюваний, як правило, в байтах

На думку А. В. Ананько до віртуальних речей у деякій мірі можна застосувати такі характеристики речей як 1) неподільність (комп'ютерна програма складається з певної кількості файлів, які окремо не тільки не приносять користі, а й не виконують функції самої комп'ютерної програми); 2) приналежність однієї речі до іншої (окремі комп'ютерні програми створюються для обслуговування іншої комп'ютерної програми, в цьому випадку остання грає роль головної речі, а перша – приналежності; 3) індивідуальна визначеність (яка обумовлюється відмінним від інших ім'ям, внутрішньою структурою і змістом файлу). Крім того, оскільки у них немає жорсткого зв'язку з певною частиною віртуального простору, а також з матеріальним носієм, вони аналогічні рухомим речам [44].

Стосовно суспільних відносин щодо комп'ютерних програм як правового феномену зазначимо, що таке визначення є можливим, оскільки сьогодні існує система відносно обособлених від інших та пов'язаних між собою правових норм щодо них, як предмета інформаційних правовідносин.

РОЗДІЛ 2. МЕХАНІЗМ АДМІНІСТАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ КОМП'ЮТЕРНОГО ПРОГРАМУВАННЯ

2.1. Державне регулювання у сфері комп'ютерного програмування

Комплексний підхід до правового регулювання застосування та розвитку інформаційно-електронних технологій обумовлює формування так званого імперативно-диспозитивного методу регулювання суспільних відносин, які визначають сутність сучасного правового впливу на поведінку людей. При цьому сполучення взаємодіючих між собою заборон, зобов'язань і дозволів, що становлять у сукупності основу юридичного режиму регулювання, використання й розвитку інформаційно-електронних технологій, вбачається у вигляді системи засобів, що забезпечує взаємозв'язок соціальних елементів, які визначають вольове поведіння учасників відповідних суспільних відносин. Так, може йтися про специфічний комплекс правових засобів регулювання суспільних відносин.

Важливість правового регулювання суспільних відносин щодо комп'ютерних програм можна проілюструвати таким прикладом. Нова американська комп'ютерна програма контролю за перетином кордонів "US Visit" одного разу не пропустила сенатора Едварда Кеннеді на авіарейс, оскільки його ім'я було в списку можливих терористів. Це ще раз підтверджує її недосконалість, про що і заявила комісія Конгресу США з питань національної безпеки [45]. Зазначене також ілюструє значення комп'ютерних програм, які за певних умов впливають як на життя особи, так і на державу в цілому.

Юридичний аспект переважно асоціюється з публічно-правовою заборонаю та зобов'язаннями як засобами, що визначають насамперед поведінку певних суб'єктів, що відповідають за функціонування інформаційно-електронних, комп'ютерних систем, а також осіб, зацікавлених у доступі до інформації, яку містять ці системи.

Адміністративний аспект правового регулювання суспільних відносин пов'язаний з мотивацією поведінки осіб, залучених до сфери застосування та розвитку інформаційно-електронних технологій на основі комп'ютерних програм.

Соціальний аспект правового регулювання визначається потребою у встановленні певних норм для поведінки користувачів комп'ютерами й осіб, інформація про яких зберігається в електронних банках даних, а також спеціального контролю за поширенням біоелектронних і психокомп'ютерних технологій [46, с. 71].

Суб'єктивна свобода людини забезпечує їй можливість вибирати ті або інші напрями поведінки, закладені в правових нормах, а також ролі, приведені суспільством у відповідність зі здатностями й можливостями особистості.

У підсумку норма права як засіб забезпечення структури важливих соціальних зв'язків, вироблених у процесі еволюції суспільних відносин, проявляється як соціальна програма, що забезпечує ототожнення особистості та суспільних цінностей.

Докладніше пропонується розглянути питання державної реєстрації комп'ютерних програм, оскільки при виникненні суперечки реєстрація визнається судом як юридична презумпція авторства, тобто вважається дійсною, якщо в судовому порядку не буде доведено інше.

Власне кажучи, саме в набутті юридичної презумпції авторства власником комп'ютерної програми і закладена головна перевага державної (офіційної) реєстрації програм [9, с. 28].

В Україні державна реєстрація здійснюється відповідно до Закону України «Про авторське право і суміжні права» і постанови Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2001 року № 1756 «Про державну реєстрацію авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір» Міністерством економічного розвитку і торгівлі України [47]. Цей державний орган державного управління складає та періодично видає каталоги таких усіх реєстрів. Про реєстрацію прав автора видається свідоцтво. У разі виникнення суперечки реєстрація визнається судом як юридична презумпція авторства, тобто вважається дійсною, якщо в судовому порядку не буде доведено інше.

Необхідно зазначити, що така державна реєстрація здійснюється і в інших країнах, зокрема, в Російській Федерації, США тощо.

Так, з весни 2003 року змінені правила реєстрації програм у Російській Федерації [48, с. 12].

У США така реєстрація здійснюється спеціальним державним органом – Бюро з авторських прав (The U.S. Copyright Office) при Бібліотеці Конгресу США [49, с. 12].

Проаналізувавши законодавств України в галузі державної реєстрації прав авторів на комп'ютерну програму, можна виділити такі види реєстрацій:

- а) реєстрація авторського права авторів на твір;
- б) реєстрація авторського права роботодавця на службовий твір;
- в) реєстрація договору про передачу (відчуження) майнових прав на твір;
- г) реєстрація договору про передачу виключного права на використання твору;
- г) реєстрація договору про передачу не виключного права на використання твору.

Н. Бреус та Т. Шкуринська вважають, що реєстрацію потрібно розглядати як один із дійових механізмів захисту авторських прав, що допомагає у роботі із неправомірним використанням об'єктів авторських і

суміжних прав, як елементи ринкових відносин у царині інтелектуальної власності [50, с. 26].

Але необхідно розуміти, що специфіка комп'ютерної програми в тому, що її не можна віднести до категорії завершених виробів.

Іноді виникають ситуації, коли два колективи авторів отримують два різних свідоцтва, по суті, на одну комп'ютерну програму, але з різними назвами. Наприклад, комп'ютерна програма „Комплексна система автоматизації бухгалтерського обліку „Парус” (версія 4.ii)” товариства з обмеженою відповідальністю „Парус”, зареєстрована Українським агентством з авторських та суміжних прав (далі – УААСП) 2 квітня 1996 року, і комп'ютерна програма „Система автоматизації документообігу підприємства „Vlad” акціонерного товариства „Владибор”, зареєстрована УААСП 26 квітня 1996 року. У серпні 1998 року суд заборонив АТ „Владибор” використовувати (тиражувати, поширювати, реалізовувати) комп'ютерну програму „Вітрило” за назвою „Vlad” чи під якою-небудь іншою назвою і видав розпорядження про стягнення з рахунка АТ „Владибор” компенсації на користь ТОВ „Парус” у сумі 250 тисяч гривень [51, с. 73].

Таким чином, можна прослідкувати, що саме державна реєстрація допомагає автору та власнику майнових прав на комп'ютерні програми охороняти, і, у разі потреби, захищати свої права від посягань.

Потрібно зауважити, що відповідно до наказу Міністерства освіти і науки України від 29 листопада 2004 року № 888 «Про утворення Реєстру комп'ютерних програм», зареєстрованого в Міністерстві юстиції України від 9 грудня 2004 року за № 1569/10168, на виконання пункту 3 постанови Кабінету Міністрів України від 4 березня 2004 року № 253 «Про затвердження Порядку легалізації комп'ютерних програм в органах виконавчої влади» було утворено Реєстр комп'ютерних програм [52].

Це Положення визначає процедуру реєстрації комп'ютерних програм, форму Реєстру комп'ютерних програм, порядок його формування та ведення.

Реєстр було створено з метою збору, систематизації та збереження на загальнодержавному рівні даних про комп'ютерні програми, створені повністю або частково за рахунок коштів Державного бюджету України, та забезпечення можливості надання органам державної влади інформації про такі комп'ютерні програми.

Важливим є те, що дія цього Положення поширюється на комп'ютерні програми, створені повністю або частково за рахунок коштів Державного бюджету України, за винятком комп'ютерних програм, що становлять державну таємницю.

Реєстр є сукупністю офіційних відомостей, що постійно зберігаються на електронному і паперовому носіях.

Для реєстрації комп'ютерної програми міністерства, інші центральні органи виконавчої влади, Рада міністрів Автономної Республіки Крим, обласні, Київська та Севастопольська міські державні адміністрації (заявники) протягом двох місяців з моменту взяття комп'ютерної програми на бухгалтерський облік подають адміністратору Реєстру заяву за зразком згідно з додатком до цього Положення, опис комп'ютерної програми та один примірник комп'ютерної програми. При цьому комп'ютерна програма подається у вигляді вихідного тексту програми або фрагментів вихідного тексту програми в обсязі, необхідному для її ідентифікації.

Важливим є те, що заявник самостійно вирішує, які фрагменти вихідного тексту комп'ютерної програми передати на зберігання, та має право вилучати з поданих фрагментів вихідного тексту місця, які, на його думку, не потрібно висвітлювати.

Заява та опис комп'ютерної програми підписуються керівником органу виконавчої влади або уповноваженою ним особою. Підпис складається з повного найменування посади особи, яка підписує заяву, особистого підпису, ініціалів, прізвища, дати і скріплюється печаткою.

Заявник несе відповідальність за достовірність поданих у заяві та описі комп'ютерної програми відомостей згідно із законодавством.

Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 15 травня 2002 року № 247 затверджено Концепцію легалізації програмного забезпечення та боротьби з нелегальним його використанням. Зазначена Концепція визначає основи урядової політики щодо легалізації програмного забезпечення та боротьби з нелегальним його використанням, також нею передбачається проведення заходів, пов'язаних з удосконаленням і розвитком ринку програмного забезпечення.

Відповідно до Порядку легалізації комп'ютерних програм в органах виконавчої влади, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 4 березня 2004 року № 253, визначається процедура проведення такої легалізації [53].

Легалізація комп'ютерних програм в органах виконавчої влади визначається приведенням використання їх у відповідність з вимогами законодавства про авторське право, замінюючи їх неліцензійні примірники ліцензійними.

Необхідно зауважити, що дія цього Порядку не поширюється на закупівлю нових комп'ютерних програм чи комп'ютерної техніки з установленими програмами, яка здійснюється органами виконавчої влади самостійно у порядку, визначеному законодавством.

Порядок використання комп'ютерних програм в органах виконавчої влади був затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 10 вересня 2003 року № 1433 [54]. Цим Порядком також визначається процедура використання в органах виконавчої влади комп'ютерних програм як об'єктів авторського права.

Вимоги до комп'ютерних програм визначаються, виходячи з потреби у забезпеченні виконання покладених на ці органи завдань та з урахуванням технічних параметрів наявних комп'ютерів, навичок роботи працівників з такими програмами та можливих витрат у разі переходу на інші комп'ютерні програми аналогічного призначення. Додатково можуть висуватися вимоги до забезпечення захисту інформації з обмеженим доступом, що є власністю

держави, яка міститься у комп'ютерній програмі або інформації, необхідність охорони якої визначено законодавством, а також відповідності комп'ютерних програм державним стандартам чи галузевим нормам.

З метою створення умов для використання в органах виконавчої влади ліцензійних примірників комп'ютерних програм виробництва компанії „Майкрософт” та враховуючи те, що правовласник має майнове авторське право на комп'ютерні програми виробництва компанії „Майкрософт”, а також те, що на Міністерство освіти і науки України згідно з пунктом 2 зазначеної постанови Кабінету Міністрів України покладено функції щодо організації взаємодії органів виконавчої влади з питань використання комп'ютерних програм як об'єктів авторського права, укладено Договір між зазначеним центральним органом виконавчої влади та компанією „Microsoft Ireland Operations Limited” про легалізацію комп'ютерних програм виробництва компанії „Майкрософт” від 1 травня 2005 року [55].

Зазначене свідчить, що правове регулювання, пов'язане із впровадженням та розвитком інформаційно-електронних технологій, передбачає усвідомлення комплексу проблем, обумовлених необхідністю підтримки безпеки соціальних процесів [56, с. 71].

Таким чином, будь-яку комп'ютерну програму, в тому числі і мобільний додаток для IOS, Android можливо оформити та зареєструвати як об'єкт авторського права.

За фактом державної реєстрації видається «Свідоцтво про реєстрацію авторського права на твір» - державний охоронний документ, виданий Міністерством економічного розвитку і торгівлі України.

На підставі міжнародних конвенцій про авторське право, в яких Україна приймає участь, оформлене і зареєстроване в Україні авторське право діє в більшості країн світу.

На території України можна оформити державну реєстрацію авторських прав на додаток для IOS, Android на ім'я фізичної особи.

Оформлення реєстрації авторського права на мобільний додаток для IOS, Android може здійснити:

1. Автор програми (фізична особа);
2. Група співавторів (фізичні особи);
3. Юридична особа, у випадку, якщо автор (автори) комп'ютерної програми є співробітниками цієї юридичної особи, і створили цю програму в рамках своїх службових обов'язків саме для цієї юридичної особи-роботодавця. Така реєстрація авторського права на ім'я юридичної особитназивається «службовий твір».

Так само може бути здійснена державна реєстрація договорів про передачу (відчуження) майнових авторських прав на програму для телефонів з IOS, Android між фізичними особами та / або між юридичними особами в будь-яких комбінаціях, в тому випадку, коли одна сторона володіє авторським правом на цей програмний продукт, а інша сторона договору бажає придбати авторські права на мобільний додаток.

Для оформлення реєстрації авторських прав на мобільний додаток в Україні необхідно:

1. Заява;
2. Підготувати програму до реєстрації (підготувати вихідні коди програми) та інструкцію користувача мобільного додатку;
3. Визначити назву програми, додатка (на будь-якій мові);
4. Підготувати короткий опис (реферат - кілька речень) мобільного додатка;
5. Опалити державні мита;
6. Надати дані про автора (авторів) програми для IOS, Андроїд;
7. Надати довіреність патентному повіреному;
8. У випадку, якщо необхідна реєстрація договору про передачу (відчуження) авторських прав на мобільний додаток, необхідно надати реквізити сторін даного договору.

Також одним із засобів державного регулювання є державна реєстрація суб'єктів господарювання, які здійснюють господарську діяльність у сфері комп'ютерного програмування. Найбільш розповсюдженою формою ведення ІТ-бізнесу є фізична особа-підприємець (надалі – ФОП).

Державна реєстрація ФОП регулюється в Україні такими законодавчими актами: Цивільний кодекс України, Господарський кодекс України, Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» [57]. Також, Міністерством юстиції України затверджено Форму 10, котра є заявкою для реєстрації підприємця.

Для реєстрації ФОП потрібні такі документи:

1. паспорт громадянина України;
2. ідентифікаційний код платника податків.

Якщо ФОП бажає зареєструвати іноземець, тоді потрібно:

1. підстави для перебування в Україні та постійне місце проживання (посвідку на постійне або тимчасове місце проживання);
2. отримати у Державній фіскальній службі ідентифікаційний код платника податків.

Якщо замість особи реєстрацію ФОП здійснює представник – потрібно нотаріально завірену довіреність.

Для того, щоб зареєструвати фізичну особу-підприємця потрібно визначити види діяльності, тобто КВЕД. Перелік КВЕДів, тобто видів економічної діяльності, затверджений Державною фіскальною службою України. ІТ бізнес реєструється за кодом 62.01 Комп'ютерне програмування.

Крім того, потрібно визначитися із системою оподаткування, на котрій буде перебувати підприємець. Фізична особа-підприємець може перебувати на двох системах оподаткування: спрощена або загальна системи.

На спрощеній системі оподаткування – потрібно конкретно визначити КВЕДи відповідно до яких буде здійснюватись діяльність.

Спрощена система оподаткування діє тільки в межах КВЕДів, обраних під час реєстрації

Державна реєстрація ІТ-бізнесу повинна бути здійснена протягом 24 годин. Наразі можливі варіанти подання через електронний ресурс - <https://online.minjust.gov.ua/login>.

Подавши заяву, реєстратор вносить відомості про підприємця у Єдиний державний реєстр підприємств, установ та організацій (ЄДРПОУ) та автоматично повідомляє про реєстрацію Фіскальну службу, Статистику та Пенсійний фонд.

Автоматично підприємець буде перебувати на загальній системі оподаткування. Разом із реєстрацією, або на протязі 10-ти днів після реєстрації можна подати заяву про реєстрацію платником спрощеної системи оподаткування. Після заповнення онлайн форми 10 та підписання електронним підписом був здійснений наступний етап - постанова на облік в податковій інспекції.

Постановка на облік в податковій інспекції. Підприємці в галузі програмування зазвичай є платниками Єдиного податку та обирають спрощену систему оподаткування. Після державної реєстрації, підприємці разом із заявою про застосування спрощеної системи оподаткування зобов'язані подати книгу обліку доходів до податкової.

Щоб зареєструвати книгу обліку доходів потрібно: прошити книгу (прошити можна в податковій); заповнити ініціали та пронумерувати сторінки книги. Після цього подати її податковому інспектору.

Після проведення державної реєстрації та постанови на облік у податковій, ФОП відкриває рахунок в будь-якому банку України. Через даний рахунок проходить оплата послуг з комп'ютерного програмування.

Варто зазначити що у 2018 році ФОП у разі відсутності найманих працівників зобов'язаний сплачувати:

1. у разі перебування на 2-й групі спрощеної системи оподаткування:
819,06 грн – єдиний соціальний внесок; 744,60 грн – єдиний податок.

2. у разі перебування на 3-й групі спрощеної системи оподаткування:

819,06 грн – єдиний соціальний внесок; та 5% від суми отриманих доходів.

Враховуючи наведене, можна зробити висновок, що державне управління у сфері створення, реєстрації, застосування та розповсюдження комп'ютерних програм повинно бути комплексним. Так, відповідне регулювання повинно відбуватися не тільки на етапі реєстрації та легалізації комп'ютерних програм, але й на етапі їх створення, розповсюдження, охорони та захисту.

2.2. Правові основи застосування технічних засобів захисту авторських прав на комп'ютерні програми

Однією з найважливіших умов успішного розвитку науково-технічних досягнень, промисловості, торгівлі та інших сфер діяльності є не тільки визнання за авторами об'єктів інтелектуальної власності й особами, що одержали права на ці об'єкти, визначених цивільних прав, а й забезпечення надійного захисту цих прав.

У світовій практиці розрізняють дві основні форми захисту прав — юрисдикційну і неюрисдикційну [58]. Юрисдикційна форма захисту прав інтелектуальної власності здійснюється в судовому порядку та іншими уповноваженими на це державними органами. Суть цієї форми захисту полягає в тому, що суб'єкт права інтелектуальної власності, права і законні інтереси якого порушені неправомірними діями, звертається за захистом до державних або інших компетентних органів, які уповноважені застосовувати необхідні заходи для відновлення порушеного права і припинення правопорушення.

Неюрисдикційна форма захисту прав включає здійснення дій по захисту авторських прав на програмне забезпечення авторами і власниками самостійно, в межах закону, без звернення по допомогу до державних або інших компетентних органів. У рамках неюрисдикційної форми захисту, у галузі інформаційних технологій, найбільшого поширення дістали технічні (тобто програмні та програмно-апаратні) засоби захисту авторських прав на програмне забезпечення. Пояснюється це тим, що тільки вони забезпечують протидію в момент порушення авторських прав або несанкціонованого використання програмного продукту, на відміну від юрисдикційної форми захисту, де санкції не співпадають у часі з моментом порушення авторських прав або експлуатації контрафактної копії програмного забезпечення.

У цьому розділі міститься аналіз юрисдикційних і неюрисдикційних засобів захисту, які дозволяють авторам та власникам авторських прав на програмне забезпечення ефективно захищати свої права як в матеріальному світі, так і у глобальних комп'ютерних мережах — Інтернеті.

Технічні засоби захисту програмного забезпечення, незважаючи на їхню численність, не можуть гарантувати надійність, оскільки будь-який захист може бути усунуто іншими технічними засобами [59]. Розгляд у суді справи про порушення авторських прав є потужним засобом реалізації прав інтелектуальної власності, і його не слід недооцінювати. Навіть при тому, що далеко не кожне порушення авторського права стає предметом судового розгляду, загроза подання позову до суду є досить ефективним стримуючим фактором.

Комбінація технічних та юрисдикційних засобів захисту програмного забезпечення може стати потужним фактором стримування від порушення авторських прав, роблячи таке порушення технічно складною та економічно не вигідною операцією.

Для забезпечення надійного захисту програмного забезпечення одних юрисдикційних форм недостатньо. Технічні механізми поступово дозволяють убезпечити доступ і передачу творів і доповнити правову

охорону, передбачену законом і договором, ефективним технічним захистом. Їхня мета — протистояти технічним загрозам за допомогою самої техніки.

Технології, якими користуються автори й інші власники для захисту свого програмного забезпечення в інформаційному суспільстві, є надзвичайно різноманітними. Деякі з них спеціально призначені для відбиття загроз авторському праву в цифровому середовищі, тоді як інші розробляються для захисту будь-якого цифрового змісту на недискримінаційній основі, незалежно від того, чи охороняється воно авторським правом. При цьому необхідно чітко розуміти, що не існує абсолютно стійкого захисту, а існують захисти, час подолання яких по витратах праці і машинного часу прирівняні до розробки системи, яка аналогічна захищеній. Не викликає сумнівів і те, що досвідчений програміст, що володіє відповідними навичками, завжди зможе знайти те місце в захищеній програмі, де приймається рішення про легальність копії, і внести зміни в код програми, позбавити її можливості до самозахисту.

Складно скласти спеціальний список технічних пристроїв, що знаходяться у цей час у стадії застосування або розробки, так само, як неможливо передбачити майбутнє цих технологій стосовно творів, що охороняються авторським правом.

І все-таки можливо поділити технічні пристрої для захисту авторського права на три великі категорії відповідно до початкових цілей цих пристроїв. Так, можна виділити засоби, які ефективно захищають дії, що підпадають під виключне право автора, системи обумовленого доступу, інструменти для маркування й позначення прав в електронному середовищі.

1. Технологічний захист авторського права

Засобами захисту є технічний інструментарій, що запобігає здійсненню будь-яких видів використання, що відносяться до виключного права власників авторського права, як от: друкування, передача широкій публіці, виготовлення цифрових копій, зміна творів і т.ін. Основна функція

системи антикопіювання полягає в тому, щоб запобігти виготовленню примірників програмного забезпечення.

У цей час у зв'язку зі складним характером взаємин на ринку програмних продуктів проблема захисту від несанкціонованого копіювання є однією з найбільш гострих у галузі розробки програмного забезпечення. Вона обумовлена „самою суттю людської психології й буде існувати доти, доки програмний продукт є товаром”. Це твердження підкреслює економічний базис проблеми, яка розглядається — порушення авторських прав, а саме несанкціоноване копіювання здійснюється тоді, коли у користувача існує потреба в експлуатації програмного продукту, а витрати на копіювання є істотно нижчими за витрати на придбання легальної копії.

Для розробника програмного забезпечення, як і для будь-якого іншого виробника, основне завдання полягає в тому, щоб окупити витрати на виробництво й отримати прибуток. При цьому можливі два крайніх варіанти: або виробник знаходить замовника, що оплачує розробку, або всі витрати покриваються за рахунок продажу примірників. Для розробників найкращим є перший варіант, тому що в ньому ризик зводиться до мінімуму, але він можливий тільки за відсутності на ринку аналогів програмного продукту. Вимоги до програми повинні бути настільки специфічними, а потреба в продукті настільки великою, що замовникові не залишалося б нічого іншого, окрім того як оплатити розробку. З огляду на сьогоденну ситуацію в галузі розробки програмного забезпечення, це поодинокі випадки. Типовою є ситуація, коли виробник розробляє програмний продукт за рахунок власних коштів з метою продажу визначеної кількості копій і не зацікавлений у безкоштовному його тиражуванні.

Система захисту від несанкціонованого копіювання — це модифікація первісного програмного коду таким чином, що він стає залежним від деяких зовнішніх впливів, що виробляються охоронним модулем при виявленні ключа [60]. При цьому *охоронний модуль* — це програмний код, що відновлює програму і надає можливість завантажити програму чи ініціалізує

її у який-небудь інший спосіб. Причому це має відбуватися тільки в присутності деякого авторизуючого ключа. *Ключ* — це деякий фізичний пристрій чи об'єкт, що повинен бути присутнім як підтвердження прав на використання захищеної програми. Ключ може реалізовуватись у багатьох формах: оригіналі компакт-диску, ключовій дискеті, спеціальному електронному модулі, смарт-карті та ін.

В основному захист дисків від несанкціонованого копіювання орієнтований на заборону створення точної копії оригінального компакт-диску на інший компакт-диск, наприклад, система захисту “StarForce CD-R” [61], і, рідше, від його копіювання на жорсткий диск комп'ютера.

2. Система доступу

Одна з головних проблем цифрових мереж полягає у наданні доступу до програмного забезпечення, що охороняється, забезпечуючи при цьому оплату й охорону авторського права на „заблокований” у такий спосіб твір. Відключення контролю за доступом відбувається через оплату або виконання інших умов одержання дозволу, оговорених із власниками авторського права. Вхідний пристрій може відслідковувати тільки початковий доступ і, відповідно, залишати твір вільним для будь-якого використання, або ж воно може включатися при кожному новому доступі, щоб упевнитися у дотриманні умов. Доступ може також видозмінюватися відповідно до типу користувача, що є величезною перевагою даної системи захисту авторських прав.

Технологій, що виконують цю роль, є безліч: кодування, паролі, „секретні блоки”, „чорні ящики”, цифрові підписи і цифрові конверти. Наприклад, *цифровий конверт* або *цифровий контейнер* — це спосіб шифрування, при якому програма „вкладається” у цифровий конверт, і доступ до неї може бути отриманий тільки при застосуванні відповідного ключа до шифру. Ця технологія використовується в контексті охорони авторського права, головним чином, для забезпечення передачі творів по електронних мережах і запобігання доступу до твору з боку користувачів, що

не мають відповідного дозволу. Тільки після задоволення певних умов, таких, як оплата збору або виконання інших умов використання, користувач одержує доступ до програмного забезпечення.

3. Інструменти для маркування і нанесення міток

Багато технічних прийомів використовуються для розпізнавання й маркування програмного забезпечення. Це багатоцільові технічні пристрої, головна мета яких полягає в тому, що вони служать видимими або невидимими засобами вбудованої інформації про програму, будь то назва програми, позначення автора або власника авторського права чи умови використання — інформація про управління правами [62; 63].

Найважливішою функцією цієї категорії технічних засобів є забезпечення доказів контрафакції. Кожна окрема копія програмного забезпечення, що розповсюджується користувачам, включає цифровий серійний номер. У цьому випадку контрафактна копія, виявлена пізніше на ринку, допоможе виявити оригінальну копію, з якої зроблено контрафактні примірники. За допомогою використання цих технічних засобів можливо простежити зворотній шлях контрафактних примірників до джерела шляхом використання файлу, що повторює серійні номери і користувачів, яким було дозволено використання цього програмного забезпечення.

Технічні засоби захисту від несанкціонованого використання й копіювання можна класифікувати по способу впровадження захисного механізму:

- вбудована (впроваджується при створенні програмного продукту);
- пристиковочна (підключається до готового програмного продукту).

Найбільшій популярності останнім часом набула система другого типу. Одним із варіантів впровадження захисного механізму є дописування його згідно з вірусним принципом. При цьому код захисту дописується в певну область файлу, що захищається, і файл, що захищається, модифікується таким чином, щоб управління передавалося на пристиковочний модуль захисту, що перевіряє легальність копії.

Використання технічних засобів захисту від несанкціонованого використання й копіювання залежить від багатьох параметрів, серед яких можна виділити спосіб передбаченої організації поширення програмного забезпечення.

У загальному випадку програмне забезпечення може поширюватися:

- безкоштовно (freeware);
- умовно безкоштовно (shareware) за принципом „спробуй і купи” (try and buy);
- на комерційній основі.

Останні два випадки передбачають наявність захисту, що включає технічні засоби.

За наявності технічних засобів захисту виробник може поширювати свій програмний продукт у три основних способи, які визначають конкретну реалізацію програмного забезпечення:

- за допомогою спеціальної служби поширення;
- через торговельні організації;
- через вільне поширення дистрибутивних (демонстраційних) пакетів з наступною реєстрацією.

За наявності спеціальної служби поширення контроль за дистрибутивними носіями замість технічних засобів здійснюється організаційними засобами. Співробітники служби розповсюдження виїжджають із дистрибутивними комплектами до замовників, де проводять установку програмного забезпечення на жорсткий диск. Оскільки наявність у користувача резервних копій не передбачається, то у випадку збою потрібен повторний виїзд співробітника служби розповсюдження, що звичайно розглядається як певна незручність.

У випадку розповсюдження програмних продуктів через торговельні організації є можливими такі варіанти:

- програма асоціює себе з дистрибутивним носієм без „прив’язки” до конкретного комп’ютера;

- програма асоціює себе із спеціальним апаратним пристроєм, що підключають до комп'ютера й, що входить до дистрибутивного комплекту;

- програма асоціює себе як з дистрибутивним носієм (при інсталяції), так і з параметрами комп'ютера (у робочому режимі).

Перші два варіанти є зручними тим, що дозволяють переносити захищені програми з комп'ютера на комп'ютер, але як плату за це вимагають постійної присутності або оригіналу компакт-диску або ключової дискети, або спеціального апаратного пристрою.

Досить цікавим є третій спосіб поширення програмного забезпечення — за допомогою вільного поширення дистрибутивних (демонстраційних) пакетів. Суть цього способу зводиться до такого: користувач, не має значення яким способом, одержує програму й запускає її на своєму комп'ютері. При запуску йому повідомляється деякий код, що разом із квитанцією про оплату він повинен передати розробникові. У відповідь йому повідомляється інший код, що є паролем для реєстрації копії програми й асоціації її з комп'ютером.

Таким чином, залежно від обраного способу поширення програмного забезпечення обираються види технічних засобів захисту.

4. Правова охорона технічних засобів захисту програмного забезпечення

Розвиток технічних засобів захисту, розміщених у програмному забезпеченні, призвів до виникнення нового напрямку права інтелектуальної власності, що охороняє технологію від незаконного використання і пошкодження. Завданням вирішення цієї проблеми є заходи, які пов'язані з погіршеннями самої технології і можуть бути компенсовані ефективними засобами правового захисту в обхід існуючих технічних засобів, що використовуються авторами при здійсненні їхніх прав і обмежують дії стосовно їх творів, які не дозволені авторами або не допускаються законом.

За загальним правилом у цифровому середовищі передбачається потрібний захист технічних засобів [64]. Сфера застосування технологій є досить широкою, оскільки вона охоплює як механізми охорони авторського права — право на відтворення, повідомлення або поширення, так і засоби контролю за доступом до творів, але технічні засоби захисту, не включені спеціально у права авторів.

Правова охорона технічних засобів представлена як третій рівень охорони творів. Перший рівень, або „шар”, — це закон про авторське право, що забезпечує загальну охорону. Технічні засоби можна прирівняти до другого рівня охорони, або другого „шару”, в якому передбачено технічний захист творів (або контроль за доступом до твору). Третій рівень охорони, це рівень, що встановлює охорону безпосередньо технічних засобів: таким чином, твір охороняється як законом, так і технологією, а сама технологія як така охороняється законом.

У результаті користувач, що виконує дію, на яку потрібен дозвіл автора стосовно твору, що охороняється технологічною системою, здійснює два правопорушення: одне — проти авторського права, а інше — проти положень, що стосуються технічних засобів захисту.

До цього питання потрібно підходити диференційовано через два види охорони, які звичайно надаються технічним засобам по авторському праву: з одного боку — дія нейтралізації; з іншого — підготовча діяльність, така, як виробництво й поширення продукції або послуг, які створюють можливість нейтралізації.

Технічні засоби охорони творів, як правило, намагаються переконати користувачів не здійснювати протиправних дій. Звичайні користувачі не намагаються зламати технічну охорону в основному через те, що сам замикаючий пристрій утримує їх від порушення прав стосовно твору. Якщо технічну охорону знято, користувач повинен відповідати за дії про порушення авторського права.

Захист цих технологій поширюється на систему доступу до твору. Держави або регіональні органи, такі, як Європейський Союз [65], як правило, вводять або приймають закони, націлені не тільки на технології, що охороняють авторське право, але й на технології, що надають або контролюють доступ до використання програмного забезпечення. В результаті технологічне блокування доступу до твору охороняється тією мірою, якою забороняється її обхід, що фактично встановлює охорону доступу до твору, контроль за яким стає, таким чином, прерогативою власника авторського права, що не передбачено законом. Основна більшість технологічних систем, що використовуються у цей час для охорони творів, ґрунтується на криптографії, основною метою якої є запобігання несанкціонованого доступу до зашифрованого змісту. Проте простий доступ до твору шляхом зняття технологічного бар'єра, передбаченого авторським правом, буде вважатися правопорушенням.

У деяких країнах така охорона вже є присутньою в законодавстві про аудіовізуальні продукти (положення, що стосуються умов доступу) або в комп'ютерному кримінальному праві [65]. Охорона доступу на визначених умовах достатньою мірою відповідає необхідності надання охорони, що передбачена договорами ВОІВ.

Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право зобов'язує держав-учасниць забезпечити в межах своїх юрисдикцій охорону технічних засобів захисту та інформації про управління правами [62].

Стосовно технічних засобів захисту, ст. 11 Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право передбачає для учасників надання відповідної правової охорони та ефективних засобів правового захисту в обхід існуючих технічних засобів, які вживаються авторами у зв'язку із застосуванням їх прав згідно з Договором ВОІВ про авторське право або Бернською конвенцією і обмежують дії, які не дозволені авторами або не допускаються законом по відношенню до їх творів.

Що стосується інформації про управління правами, то ст. 12 Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право зобов'язує своїх учасників встановити адекватні та ефективні засоби юридичного захисту проти будь-якої особи, яка свідомо чинить будь-які з наступних дій, знаючи (або, у зв'язку із застосуванням цивільно-правових засобів захисту, маючи належні підстави знати), що така дія буде спонукати, дозволяти, сприяти або приховувати порушення будь-якого права, передбаченого Договором ВОІВ про авторське право або Бернською конвенцією:

(i) недозволене усунення або зміну будь-якої електронної інформації про управління правами;

(ii) недозволене поширення, імпортування для розповсюдження, передачу в ефір або розповсюдження серед широкої публіки творів або примірників творів, знаючи, що в них без дозволу було усунено або змінено електронну інформацію про управління правами [62].

Договором Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право термін „інформація про управління правами” визначається як „інформація, яка ідентифікує твір, автора твору, власника будь-якого права на твір або інформацію про умови використання твору, а також будь-які цифри або коди, в яких подана така інформація, якщо будь-яка із цих складових інформації додана до примірника твору або фігурує у зв'язку з розповсюдженням твору серед широкої публіки” [62].

Інформація про управління правами складаючись із імені власника авторських прав, умов використання твору (ліцензії) та іншої подібної інформації, не є умовою надання охорони твору, до електронного примірника якого її прикріплено, та підлягає охороні лише у випадку, коли автор чи його правонаступник вирішив її надати, і вона не є взаємозамінною знаку охорони авторського права.

Стаття 50 Закону України „Про авторське право і суміжні права” визначає порушенням:

- будь-які дії для свідомого обходу технічних засобів захисту авторського права і (або) суміжних прав, зокрема виготовлення, розповсюдження, ввезення з метою розповсюдження і застосування засобів для такого обходу (п. „є”);

- підроблення, зміна чи вилучення інформації, зокрема в електронній формі, про управління правами без дозволу суб’єктів авторського права і (або) суміжних прав чи особи, яка здійснює таке управління (п. „є”);

- розповсюдження, ввезення на митну територію України з метою розповсюдження, публічне сповіщення об’єктів авторського права і (або) суміжних прав, з яких без дозволу суб’єктів авторського права і (або) суміжних прав вилучено чи змінено інформацію про управління правами, зокрема в електронній формі (п. „ж”) [16].

Закон України „Про авторське право і суміжні права” містить визначення інформації про управління правами, подібне тому, що міститься у Договорі Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право, а термін „технічні засоби захисту”, визначення якого Договір не містить, ст. 1 Закону України „Про авторське право і суміжні права” визначає як „технічні пристрої і (або) технологічні розробки, призначені для створення технологічної перешкоди порушенню авторського права і (або) суміжних прав при сприйнятті і (або) копіюванні захищених (закодованих) записів у фонограмах (відеограмах) і передачах організацій мовлення чи для контролю доступу до використання об’єктів авторського права і суміжних прав” [5].

5. Особливості здійснення виключень у рамках використання комп’ютерного програмного забезпечення

При використанні технічних засобів захисту недостатньо уваги приділяється питанню додержання рівноваги між правом автора або власника цих прав і можливістю законного здійснення виключень із авторського права. Допустимість за певних умов вільного використання об’єктів, що охороняються авторським правом ґрунтується насамперед на необхідності

врахування інтересів користувачів й суспільства. У більшості випадків обмеження авторського права обґрунтовуються пошуком справедливого, а за необхідності компромісу, що ґрунтується на законі, між трьома категоріями конкуруючих один з одним інтересів, пов'язаних з інтелектуальною творчістю, а саме інтересів автора, підприємств, які експлуатують твір, і суспільства [66, с.190]. Тому дотримання збалансованості інтересів сторін в авторському праві повинно поширюватися і на технічні засоби захисту, тому що вони, доповнюючи законну охорону по авторському праву, у ряді випадків здатні виходити за її межі.

Випадки вільного й безкоштовного використання програмного забезпечення традиційно розглядають як обмеження виключних прав. Стаття 24 Закону України „Про авторське право і суміжні права” [16] називає цілий ряд таких випадків, що допускають використання комп'ютерних програм без згоди автора і без виплати авторської винагороди — вільне копіювання, модифікація і декомпіляція.

Класичним випадком вільного і безкоштовного використання є приватне копіювання — відтворення в одному примірникові творів з метою особистого використання копії. У випадку використання комп'ютерної програми — ця копія повинна бути призначена тільки для архівних цілей або для заміни правомірно придбаного примірника у випадках, якщо оригінал комп'ютерної програми буде втраченим, знищеним або стане непридатним для використання. Зазначена мета — особисте використання — вважається дотриманою, якщо використання копії комп'ютерної програми, що охороняється здійснюється тільки особою, що виготовила дану копію, що є фізичною особою, за умови, що даний примірник не потрапить до іншої особи, тобто не буде поширюватися ні в комерційних, ні в некомерційних цілях.

Прикладом порушення технічними засобами захисту рівноваги між охороною авторських прав і вільним використанням є застосування системи захисту “StarForce CD-R” [67]. Користувач, правомірно володіючи

примірником програмного забезпечення, не може створити точної копії оригінального CD, при цьому ст. 24 Закону України „Про авторське право і суміжні права” [16] надає йому таке право. Технічні засоби захисту насправді є сліпими й реагують тільки на вимогу зробити технологічні дії, такі, як копіювання, розсилання, зчитування або доступ. Вони не можуть розпізнавати рамки, усередині яких відбуваються ці дії. Найчастіше подібні технічні засоби не можуть проаналізувати або розпізнати суб’єктивні умови, що накладаються на здійснення виключень, тобто визначити яке використання є законним.

Користувач програмного забезпечення зможе скористатися своїм правом, тільки знайшовши спосіб, обійти технічний бар’єр. При цьому користувач повинен виявити незвичайну винахідливість і технічні навички, щоб використати твір так, як це природно відбувається в традиційному нецифровому середовищі. Але ст. 50 Закону України „Про авторське право і суміжні права” [16] визнає порушенням авторського права будь-які дії по обходу технічних засобів захисту авторського права, зокрема виготовлення і застосування засобів для такого обходу.

Можливим вирішенням можуть стати договірні відносини між власниками авторського права й користувачами, за якими автори змушені будуть надавати користувачеві до примірника програмного забезпечення додаткову копію, враховуючи виключення, на яке має право користувач (п. 2 ч. 1. ст. 24 Закону України „Про авторське право і суміжні права”). Запропоноване рішення має винятково складне вирішення необхідних заходів, щоб власники авторського права дали можливість користувачам скористатися перевагами виключень. Це альтернативне рішення, однак, стосується користувачів, які позбавлені таких можливостей завдяки використанню технічних засобів захисту. Але тоді система виключень стане не більше чим предметом угоди між власником авторського права і користувачем, що значною мірою звужує сферу їхньої дії.

Запропоноване вирішення проблеми вільного копіювання залишає

відкритими питання інших видів виключень в аспекті застосування технічних засобів захисту програмного забезпечення.

У результаті непростий баланс, досягнутий в авторському праві між охороною й вільним використанням, стає зовсім нестійким. Це наочно показує, що власники авторського права вправі використовувати технологію для захисту своїх творів, в той же час необхідно передбачити законні шляхи поправити потенційне зловживання нею, при цьому законність самих технічних засобів захисту не ставиться під сумнів. Використання технічних засобів захисту є припустимим лише за умови, коли вони враховують і дозволяють здійснення виключення із авторського права, особливо це питання стало актуальним на фоні стрімкого розвитку і вдосконалення охоронних технологій на світовому ринку програмного забезпечення.

Проблеми виключень із авторського права, які виникають при використанні технічних засобів захисту, не стосуються комп'ютерного програмного забезпечення, що не містить технічних засобів захисту.

Заборона виробництва і ринкового продажу засобів, призначених для нейтралізації технічних засобів, є захисною мірою, що належить до комп'ютерної безпеки. При цьому будь-який режим правової охорони технічних засобів повинен здійснюватися з належною увагою до доступу до інформації й суспільного надбання і повинен дозволяти законне здійснення виключень із авторського права.

Серед способів захисту виключних прав на програмне забезпечення, спрямованих на припинення правопорушень і відновлення порушених прав, головне місце по праву повинні посідати юридичні способи захисту та інші, не заборонені законом, способи.

2.3. Порушення порядку здійснення господарської діяльності у сфері комп'ютерного програмування, консультування

Більшість суб'єктів, які надають послуги з комп'ютерного програмування, консультування не легалізовані. Відповідно у держави виключається можливість застосування низки заходів забезпечення безпеки у кібер-просторі. Одним із механізмів протидії тінізації такого сектору є ст. 164 Кодексу України про адміністративні правопорушення (надалі – КУпАП) «Порушення порядку провадження господарської діяльності». Кваліфікаційними ознаками правопорушення є порушення законодавчих вимог ведення господарської діяльності, зокрема легалізації, отримання дозвільних документів. Зазначені вимоги мають особливості реалізації у цифровій сфері. Глобальність Інтернет-мережі унеможливорює застосування традиційних способів податкового контролю, відстеження місця здійснення господарської діяльності.

Дослідимо комп'ютерне програмування, консультування як виду господарської діяльності, склад адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 164 КУпАП.

Відповідно до Класифікації видів економічної діяльності послуги з комп'ютерного програмування, консультування включено до одного з видів господарської діяльності [68]. Такому виду господарської діяльності притаманні всі ознаки господарської діяльності, які традиційно виділяються у навчальній літературі [69, С. 14; 70, С. 10]: надання зазначених послуг не для власних потреб, а для задоволення потреб інших осіб; професійний характер діяльності; результати такої діяльності мають вартісний характер, реалізуються за плату; діяльність у сфері комп'ютерного програмування поєднує як приватні інтереси розробників такого продукту, так і публічні інтереси держави. Окрім загальних ознак, комп'ютерному програмуванню, консультуванню притаманні специфічні ознаки, обумовлені їх цифровим

характером. Послуга має електронний характер. Вона як створюється за допомогою електронного ресурсу, так і надається в цифровому просторі. Досліджувана послуга надається в електронному вигляді через мережу Інтернет. Наступною істотною ознакою є застосування електронного розрахунку. Нові розрахункові інструменти у мережі Інтернет ускладнюють податковий контроль за розрахунками. Отже розробники нових ІТ-продуктів мають більше можливостей працювати в «тіньовому» секторі та уникати притягнення до адміністративної відповідальності за ст. 164 КУпАП.

Диспозиція ст. 164 КУпАП передбачає наступні кваліфікуючі ознаки: провадження господарської діяльності без державної реєстрації, без одержання ліцензії, з порушенням ліцензійних умов, без одержання документів дозвільного характеру [17].

Одним із порушень ст. 164 КУпАП є здійснення комп'ютерного програмування та консультування без державної реєстрації. Проте аналіз практики застосування ст. 164 КУпАП вказує на те, що суди встановлюють факти систематичності, самостійності, регулярності та тривалості діяльності правопорушника, отримання від такої діяльності прибутку. Так, у справі № 483/642/17 від 12 червня 2017 року про притягнення до адміністративної відповідальності за ч. 1 ст. 164 КУпАП суддя апеляційного суду Миколаївської області зазначив, що недоведення ознаки систематичності ведення діяльності виключає склад правопорушення, передбачений ст. 164 КУпАП [71]. Суди посилаються на ознаки підприємницької діяльності, передбачені ст. 42 Господарського кодексу України [42]. У зазначеній статті серед ознак підприємницької діяльності закріплено і таку ознаку, як систематичність. Тільки у випадку доведення кваліфікуючих ознак систематичності, отримання прибутку від такої діяльності має місце склад правопорушення, передбачений ст. 164 КУпАП.

Також суди зобов'язують органи, які складають протоколи про адміністративні правопорушення за ст. 164 КУпАП, доводити факт вини правопорушника. Особа притягається до адміністративної відповідальності

за вказаною статтею тільки у випадку встановлення судом факту вини правопорушника.

Національні суди керуються практикою Європейського суду з прав людини, згідно з якою стандарти Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод з кримінального провадження поширюються і на справи про адміністративні правопорушення. Керуючись ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [72], суди вважають, що не мають права самостійно змінювати на шкоду потенційному правопорушнику фабулу протоколу про адміністративне правопорушення. Ця фабула визначає склад адміністративного правопорушення, винуватість у скоєнні якого має бути доведена у суді. Суди виходять з позиції, що вони не мають права самостійно знаходити докази вини правопорушника. Вони не виходять за межі тих доказів, які зазначені у протоколі. У іншому разі суди перебиратимуть на себе функції обвинувача та не будуть мати статус незалежного органу правосуддя згідно зі ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Таким чином, склад адміністративного правопорушення за ст. 164 КУпАП передбачає умисну форму вини (ст. 10 КУпАП). Доведення фактів систематичності діяльності у сфері комп'ютерного програмування, консультування, отримання прибутку від такої діяльності істотно ускладнюється. Така діяльність передбачає використання відмінною від традиційної господарської діяльності цифрової інфраструктури. Це фактично послуга, суттю якої є рух інформації в Інтернеті. Більшість таких послуг не формалізовано у законодавстві. Більшість прихованих транзакцій неможливо довести.

Доведення факту вини за ст. 164 КУпАП також ускладнюється тим, що цей склад правопорушення є формальним. У той же час, умисна форма вини за ст. 10 КУпАП передбачає усвідомлення протиправного характеру діяльності чи бездіяльності, передбачення шкідливих наслідків і бажання або свідоме допускання їх настання. У такій редакції ст. 10 КУпАП вступає у

протириччя зі ст. 68 Конституції України, а саме незнання закону не звільняє від відповідальності [13]. Усвідомлення порушником протиправного характеру діяння передбачає знання ним закону. Тобто це суб'єтивний критерій. У той же час, аналіз судової практики вказує на необхідність встановлення органами, які складають протоколи про адміністративні правопорушення, об'єктивних критеріїв вини правопорушника: систематичність діяльності, отримання прибутку.

Погоджуючись з точкою зору Д.Л. Лук'янця, доцільно привести у відповідність ст. 10 КУпАП та ст. 68 Конституції України та при визначенні вини користуватись презумпцією усвідомлення протиправності діяння [73, С. 5]. Застосування такої презумпції адекватно відображає об'єктивні ознаки складу правопорушення. Діяльність у сфері комп'ютерного програмування, консультування має професійний характер. Така ознака також характеризує господарську діяльність.

При класифікації певної діяльності як господарської необхідно оцінювати всі ознаки в комплексі, а не тільки одну. Більшість розробників ІТ-продуктів навмисно ухиляються від державної реєстрації з метою ухилення від оподаткування. Вони легалізуються тільки у випадку отримання істотних переваг від такого статусу. Зокрема, з метою мінімізації оподаткування. Більшість фізичних осіб у досліджуваному секторі мають легальну можливість працювати як особи, що займаються незалежною професійною діяльністю без державної реєстрації як підприємець (ст. 14 Податкового кодексу України [38]). Але податкові витрати є меншими у фізичної особи-підприємця. Тому більшість розробників ІТ-продуктів мають саме такий статус. На теперішній час, виходячи з глобального характеру Інтернету, складності податкового адміністрування такої діяльності, держава намагається змусити розробників ІТ-продуктів легалізуватися шляхом використання інших правових механізмів: валютного контролю, контролю за об'єктами права інтелектуальної власності в Інтернеті. Виходячи з цього, логічним є застосування презумпції усвідомлення протиправності діяння за

ст. 164 КУпАП. Адже судова практика, що склалася на теперішній час, нівелює можливість притягнення за ст. 164 КУпАП розробників комп'ютерних програм, які навмисно не легалізуються.

Таким чином, проведене дослідження вказує на наступні кваліфікуючі ознаки порушення правил здійснення господарської діяльності у сфері комп'ютерного програмування, консультування: систематичність здійснення такої діяльності, професійний характер, отримання прибутку. Виходячи зі складності встановлення у суді вини правопорушника при притягненні до адміністративної відповідальності за ст. 164 КУпАП доцільно при розгляді таких справ встановити презумпцію усвідомлення протиправності діяння. У подальших наукових дослідженнях заслуговують на окрему увагу інші кваліфікуючі ознаки складу адміністративного правопорушення за ст. 164 КУпАП: здійснення господарської діяльності без отримання дозвільних документів.

РОЗДІЛ 3. УДОСКОНАЛЕННЯ ВІДНОСИН У СФЕРІ КОМП'ЮТЕРНОГО ПРОГРАМУВАННЯ

3.1. Суспільні відносини у сфері комп'ютерного програмування як правова категорія

Як свідчать дослідження, щодо комп'ютерних програм сформувалося коло суспільних відносин, яке не можна упорядкувати тільки однією галуззю законодавства.

Наявність й ефективне функціонування інформаційних суспільних відносин значною мірою визначає рівень інформатизації народного господарства та суспільства в цілому. У сучасних умовах вони вимагають адекватного правового регулювання. Це ставить ряд нових важливих правових проблем, серед яких питання про те, чи відповідає чинне законодавство сучасному стану справ у цій сфері й сприяє розвитку та упорядкованості цієї нової сфери суспільних відносин, а також про можливість впливу розвитку інформатики на правову діяльність.

Впровадження здобутків інформатики тією чи іншою мірою зачіпає майже всі галузі права, і насамперед адміністративне та цивільне право, вивчення проблеми і на науковому рівні. Тому воно потребує комплексного правового врегулювання, а вивчення його впливу на право вимагає аналогічних за характером наукових досліджень. Необхідно зазначити, що юридична наука все частіше звертається до дослідження питань впливу здобутків інформатики на комплексній, міжгалузевій основі.

Саме тому інформаційне право має на меті не лише регулювання діяльності засобів масової інформації, а й соціальні відносини у сфері обміну інформацією взагалі – інформаційні відносини [74, с. 89].

Чимало дискусій ведеться навколо питання, чи можна відносити „інформаційне право” до самостійної галузі права. Нині інформаційне право займає одне з провідних місць серед комплексних галузей сучасного права України.

Публічне право, виконуючи економічні та соціально-політичні функції через уповноважених на правотворчість органів державної влади, постійно розвивається, удосконалюється, змінюється. Зазначені процеси пов’язані з різноманітними стратегічними цілями та завданнями, які ставляться в той чи інший історичний період.

Як свідчать дослідження, інформаційне право є дуже складною системою.

На цьому етапі дослідження інформаційного права пропонується виділити ознаки (риси) його як системи. Такими ознаками є:

1. Обумовленість реально існуючою системою суспільних відносин щодо різновидів об’єктивного виразу інформації.

2. Органічна цілісність, єдність і взаємозв’язок правових норм, а не їх випадковий набір. Правові норми передбачають взаємні узгодженості та цілеспрямованості.

3. Структурна єдність правових норм.

Дослідження системи інформаційного права пропонується розпочинати з попереднього вирішення питання про структурні елементи та критерії побудови його як системи права взагалі. Під структурою системи розуміється єдність елементного складу системи та взаємодія складових її елементів. Структуризація – це засіб зв’язку елементів у системі, які забезпечують її спрямоване функціонування та усталеність.

Структурними елементами системи права на теоретичному рівні можна розглядати галузі, підгалузі, інститути, норми права.

На думку С. Скакун, норми права – це „цеглинки” системи права, первинний компонент, із якого складаються інститути та галузі права. Не може існувати норма права, яка не входила б до певного інституту та галузі

права. Галузь права є найбільшим елементом серед тих, з яких складається система права. Наприклад, цивільне право, кримінальне право, трудове право, адміністративне право – це галузі права [75, с. 241].

Традиційно поділ системи права на галузі ґрунтується на певних критеріях. Такими усталеними критеріями вважаються:

- а) предмет (матеріальний критерій) правового регулювання;
- б) метод (юридичний критерій) правового регулювання.

Право як єдина система норм поведінки упорядковує суспільні відносини, що відрізняються за об'єктом, змістом, суб'єктивним складом та іншими критеріями. Зазначене передбачає можливість поділу системи права на галузі права та інститути. Але виникає питання – навіщо це робити, коли норм права небагато? Це питання нашоєхує на думу, що структуризація права на інститути та галузі здійснюється у міру збільшення кількості норм права.

Галуззю права, як правило, вважають відокремлену множину правових норм, що упорядковують певну сферу суспільних відносин специфічним методом правового регулювання.

Зважаючи на те, що особливої актуальності на сьогодні набули проблеми формування інформаційного суспільства, стрімко зросла кількість спеціалістів, зайнятих у цій сфері, у суспільстві виникають процеси трансформації багатьох державно-правових інститутів у зв'язку з підвищенням соціальної ролі інформації та розвитком глобальних мереж телекомунікацій.

Постають нові правові проблеми, пов'язані із застосуванням глобальних інформаційно-комунікаційних систем в інфраструктурі економіки, політики та інших соціальних сфер. Під впливом усіх зазначених факторів формується особлива, комплексна галузь законодавства – інформаційне законодавство. Це законодавство відображує не лише відділення особливої правової структури в системі комплексних галузей, а є й відображенням процесу значних змін в уже сформованих галузях права та

законодавства. Як зазначає Ю.А. Тихомиров, саме нагромадження нормативної маси в даній сфері дає підставу для постановки питання про відокремлення його як нової галузі права [76, с. 5].

Відповідне законодавство досить швидко розвивається, намагаючись відобразити розвиток соціальної складової впливу комп'ютерної техніки та телекомунікацій на інформаційні правовідносини. Але воно не встигає через розумний правовий консерватизм за всіма нюансами потреб практики, що припускають створення нових правових засобів за умови нагромадження „критичної маси” правовідносин, що вимагають регулювання.

Адміністративне та цивільне право у своїй єдності і бажанні досягти неосяжного – „урегулювати все і вся” вже досягли критичної маси, коли з них виділяються нові, але вже комплексні галузі права [77].

Також перерозподіл методів правового регулювання певних правовідносин може відбуватися шляхом формування міжгалузевих комплексних правових інститутів. Вони, як правило, формуються на базі галузевих інститутів права: конституційного, адміністративного, цивільного, кримінального.

Щодо правового регулювання суспільних інформаційних відносин, можна зазначити, що у згаданих вище провідних галузях права внаслідок формування критичної маси норм визначалися галузеві інститути як право про інформацію. За теорією гіперсистем його було сформовано шляхом перерозподілу сфери нормативного регулювання між окремими галузями права. Сутність цієї теорії полягає у тому, що виділяється предмет (об'єкт) правовідносин. Цей предмет може агрегуватися з об'єктами інших міжгалузевих комплексних інститутів права. До таких нині відноситься й інформаційне право [19, с. 124].

Відбувається формування комплексних правових інститутів, які формуються на базі галузевих інститутів права, таких як: конституційне, адміністративне, цивільне, кримінальне. Саме у зазначених вище провідних

галузях права внаслідок формування критичної маси норм визначився такий галузевий інститут, як інформаційне право.

Предметом права щодо комп'ютерних програм є регулювання інформаційних відносин у частині, пов'язаній зі створенням і застосуванням комп'ютерів, комп'ютерних технологій, автоматизованих систем управління, машинної інформації тощо [31].

Стосовно суспільних відносин щодо комп'ютерних програм як правового феномену зазначимо, що таке визначення є можливим, оскільки сьогодні існує система відносно обособлених від інших та пов'язаних між собою правових норм щодо них, як предмета інформаційних правовідносин.

Це відображено в ряді законодавчих актів: законів України „Про авторське право і суміжні права”, „Про телекомунікації”, „Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах”, окремі положення Цивільного, Господарського та Кримінального кодексів тощо.

Результати проведеного дослідження дозволяють стверджувати, що суспільні відносини щодо комп'ютерних програм можна визначити як правовий феномен.

3.2. Правовий режим комп'ютерного програмування як складової інформаційного права

Відповідно до положень Закону України „Про національну програму інформатизації” інформатизацією визначається сукупність взаємопов'язаних організаційних, правових, політичних, соціально-економічних, науково-технічних, виробничих процесів, спрямованих на створення умов для задоволення інформаційних потреб, реалізації прав громадян і суспільства на основі створення, розвитку, використання інформаційних систем, мереж,

ресурсів та інформаційних технологій, побудованих на основі застосування сучасної обчислювальної та комунікаційної техніки.

Про інформаційне право як соціально-правовий феномен в юридичній науці почали говорити на межі 60-70-х років ХХ століття. Але критична частка наукової думки тоді ще не розглядала інформаційне право як умовно-обособлений, автономний феномен. Відповідно була не відпрацьована і термінологія, існували різні визначення, що нерідко описували одне й те саме явище. У ті часи проблематика інформаційного права найчастіше зводилася до „комп'ютерного права” або „правової кібернетики”. А вирішення завдань правового регулювання суспільних інформаційних відносин покладалося на класичні галузі права, передусім адміністративне [166].

У науковій літературі останніх п'яти років можна виділити цілий спектр понять, за допомогою яких автори, зокрема, І.Л. Бачило, А.Б. Агапова, Ю.А. Тихомирова, В.А. Копилов, В.С. Цимбалюк та інші намагаються назвати цю нову галузь права. До таких термінів можна віднести „програмне право”, „право інформатики”, „комп'ютерне право”, „інформаційно-комп'ютерне право”, „інформаційно-телекомунікаційне право”, „інформатизаційне право” тощо.

На цьому етапі дослідження зазначимо, що інформатика розглядається як наукова діяльність, що вивчає інформаційні структури та процеси збирання (набуття, придбання), відображення, реєстрації, накопичення, збереження і поширення (розповсюдження, реалізацію) інформації за допомогою комп'ютерів [78, с. 79].

Водночас, В.А. Копилов зазначає, що всі форми назви цього права можна поділити на дві групи. Перша, швидше за все, виникає завдяки об'єктам, у зв'язку з якими виникають суспільні відносини (це комп'ютерні програми; комп'ютери; інформатика, як наука, одночасно „інформація” і „комп'ютери” як пов'язані поняття; телекомунікації як засіб отримання, передачі зв'язку). Друга – ґрунтується на застосуванні понять, що відображають інформаційні права та свободи, які повинні гарантуватися

інформаційним правом, – „право знати”, „право на доступ до інформації” та інше [79, с. 81].

Водночас доцільно звернути увагу на те, що поряд із визначенням терміна „інформаційне право” сучасні юридичні енциклопедії містять визначення терміна „комп’ютерне право”, згідно з яким це комплексна галузь права, яка регулює суспільні відносини у сфері інформатики, створення і використання електронно-обчислювальних машин, засобів і продуктів електронного програмування. У значенні „комп’ютерне право” вживаються також термінологічні конструкції, зокрема „електронне право”, „кібернетичне право” („правова кібернетика”).

У науковій літературі вважають, що термін „комп’ютерне право” виник у промислово розвинених країнах у середині ХХ століття у зв’язку із широким застосуванням засобів електронно-обчислювальної техніки й інших, пов’язаних з ними технічних засобів, у різних сферах суспільної діяльності та приватного життя й формуванням відносин, що виникають у процесі виробництва та застосування нових інформаційних технологій.

На думку К.І. Беякова, впровадження таких термінів у правову дійсність є результатом технократичного підходу в гуманітарних науках [74, с. 88 – 92].

І.Н. Грязін робить висновок: „комп’ютерне право” є галуззю сучасного законодавства [80]. Одночасно, на нашу думку, враховуючи те, що суспільні відносини щодо комп’ютерних програм є системою відносно обособлених від інших та пов’язаних між собою правових норм, що регулюють відповідну групу суспільних відносин, повинно йтися про віднесення права щодо комп’ютерних програм (або права про комп’ютерні програми) до інформаційного права.

Становлення в Україні інформаційного права та правової інформатики як науки юридичного циклу та навчальних дисциплін, створює можливість вирішення питання регулювання суспільного бачення проблем інформаційного суспільства, у тому числі і вирішення аксіоматичних

проблем у праві, пов'язаних зі сферою суспільних інформаційних відносин, які виникають, змінюються і припиняються із застосуванням комп'ютерних технологій.

Зазначимо, що нормативно-правові акти органів державної влади України різного рівня вже включають регулятивні норми, що належать до різних галузей права: цивільного, адміністративного, кримінального тощо.

При цьому, як зазначають науковці, однією з особливостей правотворчої діяльності є абстрактне тлумачення найважливіших категорій, зокрема в інформаційному законодавстві, наслідком чого є невизначеність щодо усвідомлення деяких приписів [81, с. 289]. Наприклад, здається, що в умовах настільки сильної змістовної наукової визначеності терміна „інформатика” виявляється істотно нечітким поняття „правова інформатика”, оскільки воно не супроводжується кожного разу спеціальними предметними застереженнями та роз'ясненнями. Додатковим запереченням проти існування категорії „правова інформатика” є ще й умовність застосування в праві терміна „інформація”, так як визначення інформатики спирається на структуру та зміст інформаційних технологій [82, с. 16].

Щодо терміна „комп'ютерне право”, то він також має недоліки. Термін „комп'ютерне право” значною мірою визнається означеним при визначенні поняття „комп'ютер”. У цьому випадку виникає специфічна рефлексія, що йдеться про правові норми, які регулюють відносини щодо створення та використання комп'ютерів. Звичайно, комп'ютери розуміються не як відособлені знаряддя праці, а як технологічний комплекс, який включає hard soft (устаткування) та інформаційні ресурси (дані), бази. Наприклад, авіакомпанії ці дані, зокрема дані про наявність і продажу квитків, виводять на комп'ютер як термінал не тільки в інші міста, але й у свої закордонні представництва. Тут, як справедливо зазначає І.Н. Грязін, йдеться лише про „поділ окремих частин однієї машини”. Узагальнюючи, можна сказати, що норми права щодо комп'ютерних технологій регулюють інформаційні

відносини щодо створення та застосування комп'ютерних програм і комп'ютерних мереж.

Це пов'язано з тим, що досить давно почався процес інтеграції комп'ютерної техніки й засобів електронного зв'язку. В американських наукових джерелах запропоновано поєднання слів „комп'ютер” (computer) і „комунікації” (communications), винайдено новий термін – „комп'юнікейшинз”. Пізніше французи винайшли більш елегантний термін „телематика”. Комп'ютери та засоби комунікації утворюють телекомунікаційні комп'ютерні мережі (або просто – комп'ютерні мережі).

Зазначені технологічні засоби сформували і нову сферу суспільних відносин. Обидва терміни, що розглядаються, значно ширше відображають зміст правовідносин, ніж просто „комп'ютер” або „інформатика”. Дати назву правовому інституту українською мовою, застосувавши при цьому термін „комп'юнікейшинз”, не зовсім коректно. У сполученні з терміном „телематика” це буде асоціюватися також не зовсім коректно – „право телематики”.

Деякі науковці пропонують застосовувати термін „інформаційно-комп'ютерне право”. При цьому підкреслюється, що в основі відносин, правове регулювання яких повинно здійснюватися інформаційно-комп'ютерним правом, лежить інформація поза її матеріальними носіями. Іншими словами, комп'ютер як певний прилад уводиться у цю сферу лише як можливе апаратне вираження інформації.

Якщо за такою ознакою утворювати інституції права, то можна дійти і до інституалізації права про олівець, ручку тощо.

На нашу думку, навіть безвідносно до методології, за допомогою якої можна прийти до запропонованої назви, є одне уразливе місце такого терміна: без спеціальних застережень не зрозуміло, чи відповідає дефіс у ньому перетинанню відмінюваних понять або їх об'єднанню. Відмінність є принциповою. Інформаційно-комп'ютерне право у вузькому значенні визнається так: „комп'ютер можна розділити на дві частини”: 1) частина, що

є втіленням інженерно-кострукторського задуму; 2) частина, що є апаратним носієм якоїсь комп'ютерної програми. В інформаційному праві комп'ютер визначається лише в другому аспекті.

Інформаційне право перебуває на межі усіх традиційних галузей права. За ознакою різновидів інформація є предметом за різними даними, від ста до трьохсот нормативно-правових актів. Як зазначив В. Речицький, велике законодавство перестає діяти комплексно. Деякі науковці вважають, що потрібно провести кодифікацію інформаційного законодавства, що поєднує в собі всі норми публічного інформаційного права. Але при цьому потрібно подібні норми вилучати з чинних правових актів, у яких вони містяться.

Науковці щодо такої техніки систематизації законодавства не мають однозначної позиції [83-87].

У Німеччині, наприклад, ще не сформувалася наукова думка стосовно систематизації інформаційного права. Там вважають, що цьому повинна передувати серйозна аналітична та науково-дослідницька робота. Існує думка, що більше, з огляду на інституціалізацію інформаційного права, логічним був би його поділ на ряд менших складових: медіаправо, комп'ютерне право, інтернет-право, телекомунікаційне право і т.п. [88].

Як узагальнення, на даному етапі дослідження пропонується наступне.

Формувати інституціалізацію права за речовою ознакою суспільних відносин поки що не доцільно. При цьому можна прийти і до права „олівця”, „права ручки”, „права друкарської машини” тощо.

Водночас традиція теорії і практики права дозволяє робити його структуру за предметною ознакою суспільних відносин щодо різновидів майна: земля – земельне право, транспорт – транспортне право та ін. У філософсько-правовому змісті реальність відображається в різновидах майна: речах, енергії та інформації. Речове право і право речі вже чітко виражено, зокрема, окреслено в цивільному праві. Право про енергію

виражено в господарському праві та в законодавстві про енергетику. Право про інформацію також уже виражено в інформаційному законодавстві. Право щодо комп'ютерних програм як різновиду комп'ютерної інформації у нашій країні як спеціального систематизованого законодавства поки що немає. Воно фрагментарно розпорошено в праві, створеному за суб'єктивною ознакою – в авторському праві, яке є складовою права, утвореного за об'єктивною ознакою – права інтелектуальної власності, а також права про інформацію.

Ознаки права щодо комп'ютерних програм публічно виражені в адміністративному праві, зокрема на рівні актів Кабінету Міністрів України.

На рівні законодавства ознаки права щодо комп'ютерних програм визначені в законах України: „Про телекомунікації” [89], „Про авторське право і суміжні права”, „Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах” [90], в окремих положеннях Цивільного, Господарського та Кримінального кодексів, а також у законодавстві про інформацію.

Такий підхід стосовно публічно-правового регулювання суспільних відносин щодо комп'ютерних програм свідчить про не усвідомлення у нашому суспільстві ролі їх творців та ролі комп'ютерних програм у інноваційному розвитку економіки. Можливо, саме тому в Україні немає підприємців у сфері створення комп'ютерних програмних продуктів на зразок американського Біла Гейца.

ВИСНОВКИ

На основі проведеного дослідження сформульовано висновки та рекомендації, спрямовані на удосконалення адміністративно-правових засад діяльності у сфері комп'ютерного програмування, а саме:

1. Виокремлено історичні етапи становлення правових засад діяльності у сфері комп'ютерного програмування:

інформатизація суспільства;

глобальна інформатизація;

становлення міжнародно-правової охорони прав інтелектуальної власності у сфері комп'ютерного програмування;

забезпечення комплексного правового регулювання комп'ютерного програмування на національному рівні.

Результати дослідження вказують на наступний етап розвитку законодавства у досліджуваній сфері: кодифікація інформаційних відносин на національному рівні шляхом прийняття Інформаційного кодексу України.

2. На підставі аналізу досвіду правового регулювання інформаційних відносин у сфері комп'ютерного програмування у інших країнах встановлено, що основною такого регулювання є комплексне правове забезпечення різними галузями права (адміністративного, кримінального, господарського, цивільного).

3. Конкретизовано ознаки комп'ютерного програмування як об'єкту правового регулювання. Комп'ютерне програмування є різновидом господарської діяльності. Такому виду господарської діяльності притаманні всі ознаки господарської діяльності, які традиційно виділяються у навчальній літературі: надання зазначених послуг не для власних потреб, а для задоволення потреб інших осіб; професійний характер діяльності; результати такої діяльності мають вартісний характер, реалізуються за плату; діяльність у сфері комп'ютерного програмування поєднує як приватні інтереси

розробників такого продукту, так і публічні інтереси держави. Окрім загальних ознак, комп'ютерному програмуванню, консультуванню притаманні специфічні ознаки, обумовлені їх цифровим характером. Послуга має електронний характер. Вона як створюється за допомогою електронного ресурсу, так і надається в цифровому просторі. Така діяльність може здійснюватися також у межах трудових відносин.

4. Додатково обґрунтовано твердження, згідно з яким правове регулювання щодо комп'ютерних програм є правовим явищем, яке формується в інформаційному праві, джерелами якого поряд з інформаційним правом є цивільне, адміністративне, кримінальне право та ряд комплексних галузей права (трудового, господарського тощо).

5. Уточнено правову природу мобільного додатку. Мобільний додаток має подвійну правову природу: з одного боку він виступає об'єктом права інтелектуальної власності, а з іншого – комерціалізованою інформаційною послугою.

6. Систематизовано договірне забезпечення передачі прав від розробників до замовників та відповідальності розробника за результати його інтелектуальної діяльності. Класифіковано застереження щодо конфіденційності у досліджуваній сфері на: односторонні договори (одна сторона виявляє бажання довірити певну інформацію іншій стороні, але таким чином, щоб вона залишилася закритою для третіх осіб, виходячи з міркувань секретності або патентного права); взаємні угоди про нерозголошення (його принципова відмінність від першого виду полягає в тому, що обидві сторони діляться інформацією, яка повинна залишатися закритою для доступу третім особам).

Уточнено зміст договору про нерозголошення: сторони договору; тлумачення понять договору; визначення предмету договору, тобто що відноситься до конфіденційної інформації (зазвичай, конфіденційна інформація міститься у Положенні про конфіденційну інформацію); термін, та умови, відповідно з якими дана інформація не вважається

конфіденційною; норми права та юрисдикція, згідно з якими регулюються відносини цього договору; відповідальність сторін, за порушення умов договору.

7. Знайшли подальший розвиток пропозиції щодо розгляду комп'ютерної програми як складної віртуальної речі, яка може бути визнана складним твором, якщо буде являти собою за добором і розміщенням матеріалів результат творчої праці. «Віртуальні речі», електронні об'єкти (цифрові товари), в силу своєї віртуальності не є речами, проте мають риси речей і не можуть бути визначені як права або поведінка суб'єктів правовідносин. Вони існують лише у мережі Інтернет. Віртуальна річ / віртуальне майно є частиною віртуального простору, До віртуальних речей у деякій мірі можна застосувати такі характеристики речей як 1) неподільність (комп'ютерна програма складається з певної кількості файлів, які окремо не тільки не приносять користі, а й не виконують функції самої комп'ютерної програми); 2) приналежність однієї речі до іншої (окремі комп'ютерні програми створюються для обслуговування іншої комп'ютерної програми, в цьому випадку остання грає роль головної речі, а перша – приналежності; 3) індивідуальна визначеність (яка обумовлюється відмінним від інших ім'ям, внутрішньою структурою і змістом файлу). Крім того, оскільки у них немає жорсткого зв'язку з певною частиною віртуального простору, а також з матеріальним носієм, вони аналогічні рухомим речам.

8. Уточнено засоби державного регулювання діяльності у сфері комп'ютерного програмування: державна реєстрація створення суб'єктів господарювання, державна реєстрація комп'ютерних програм.

Аргументовано, що державне управління у сфері створення, реєстрації, застосування та розповсюдження комп'ютерних програм повинно бути комплексним. Так, відповідне регулювання повинно відбуватися не тільки на етапі реєстрації та легалізації комп'ютерних програм, але й на етапі їх створення, розповсюдження, охорони та захисту.

9. Конкретизовано зміст технічної складової захисту прав на комп'ютерні програми: технологічний захист, система доступу маркування і нанесення міток.

10. Уточнено кваліфікуючі ознаки порушення правил здійснення господарської діяльності у сфері комп'ютерного програмування, консультування: систематичність здійснення такої діяльності, професійний характер, отримання прибутку. Виходячи зі складності встановлення у суді вини правопорушника при притягненні до адміністративної відповідальності за ст. 164 КУпАП запропоновано при розгляді таких справ встановити презумпцію усвідомлення протиправності діяння.

11. Аргументовано доцільність створення цілісної системи законодавства, гармонізованого з нормами міжнародного права у контексті розвитку глобального інформаційного суспільства, а саме: здійснити кодифікацію інформаційного законодавства. При цьому підготовка проекту Інформаційного кодексу України повинна відбуватися з проведенням його громадського обговорення із залученням до розробки науковців, які спеціалізуються на інформаційному праві.

Отримані результати можуть бути використані у практичній діяльності з комп'ютерного програмування, у навчальному процесі, у законотворчій діяльності.