

На правах рукописи

ДМИТРИК Николай Андреевич

**Способы осуществления субъективных гражданских прав и
исполнения обязанностей с использованием сети Интернет**

Специальность 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право;
семейное право; международное частное право

АВТОРЕФЕРАТ
диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Москва - 2007

Работа выполнена в Московском государственном университете имени М.В. Ломоносова (юридический факультет).

Научный руководитель доктор юридических наук профессор
Шерстобитов Андрей Евгеньевич

Официальные оппоненты доктор юридических наук профессор
Еременко Владимир Иванович

кандидат юридических наук доцент
Шамраев Андрей Васильевич

Ведущая организация Институт государства и права
Российской академии наук

Защита диссертации состоится «14» марта 2007 г. в 15 часов 15 минут на заседании диссертационного совета Д.501.001.99 при Московском государственном университете им. М.В. Ломоносова по адресу 119992, Москва, Ленинские горы, МГУ, 1-й корпус гуманитарных факультетов, юридический факультет, аудитория 826.

С диссертацией можно ознакомиться в научной библиотеке Московского университета по адресу 119992, Москва, Ленинские горы, МГУ, 2-й корпус гуманитарных факультетов.

Автореферат разослан « » февраля 2007 г.

Ученый секретарь
диссертационного совета



Чибисов В.А.

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы исследования. Общественные отношения, в которых используются средства сети Интернет, по мере своего развития становятся все более сложными по содержанию и структуре. Если изначально они были связаны в основном с распространением информации и доступом к ней в сугубо познавательных целях и преимущественно носили безвозмездный характер, то впоследствии все большее развитие получила практика совершения сделок с использованием сети Интернет. Отношения по распространению информации и доступу к ней с использованием Сети также во многом приобрели коммерческий характер.

Изменилась и структура отношений. Если первоначально участие посредников требовалось только для решения технических вопросов: подключения к сети Интернет, размещения и иного распространения информации с помощью Сети, то в настоящее время услуги посредников используются в самых разнообразных сферах, причем в рамках одних отношений может участвовать целый ряд посредников, оказывающих услуги как "по цепочке", так и независимо друг от друга.

Коммерциализация и связанное с ней усложнение общественных отношений, в которых использовалась сеть Интернет, неизбежно повлекло возникновение целого ряда проблем правового характера. При этом проблемы, связанные с использованием Сети, и практика их решения в России, как правило, возникали позднее, чем в западных странах: хотя Интернет по сути своей носит транснациональный характер, развитие российского сегмента происходило с некоторой задержкой. Отношения, в которых использовались средства сети Интернет, привлекли внимание юристов, а существующий западный опыт стал образцом, на основании которого эти проблемы пытались решать.

С одной стороны, это привело к тому, что разработка проблематики правового регулирования использования сети Интернет в России велась с

использованием зарубежных наработок, и многие из решений, на которые зарубежные специалисты затратили несколько лет исследований, в России были внедрены за гораздо более короткие сроки. Многие из воспринятых решений – право на информацию, односторонне размещаемые правила использования информационных ресурсов, нормы пользования сетью и т.п. – все эти инструменты активно используются в отечественной практике наравне с зарубежной. Стоит признать, что законодательство, относящееся к информационным технологиям, представляет собой одну из наиболее прогрессивных отраслей российского законодательства. В том числе это связано с использованием модельных актов, разработанных международными организациями – ЮНСИТРАЛ и другими.

Однако, с другой стороны, законодательство, регулирующее использование информационных технологий, и построенное на его основе "информационное право" оказались оторванными от российской правовой системы. Законодательство – потому, что используемые в нем правовые конструкции не были продолжены в других отраслях – гражданском, административном, финансовом. Теоретические построения – потому, что большую часть работ составили исследования, посвященные обоснованию уникального, особого характера общественных отношений "в сети Интернет", поиску предмета и метода отрасли информационного права. Между тем, отношения, связанные с использованием сети Интернет, нуждались скорее в распространении на них норм действующего российского законодательства, чем в вычленении их в отдельную отрасль.

Тем не менее, в настоящее время накоплена достаточная теоретическая и нормативная база, позволяющая перейти от решения частных проблем использования сети Интернет к построению общего методологического подхода к проблематике использования Сети. Представляется, что делать это необходимо не в рамках "информационного права", а в рамках каждой из правовых отраслей применительно к использованию средств сети Интернет в отношениях, регулируемых данной отраслью.

В ряде работ последних лет было предложено несколько подходов к такого рода методологической основе. С.В. Малахов¹ предложил использовать для этого традиционную гражданско-правовую категорию правоотношений. Однако, к сожалению, исследование субъекта, объекта, содержания и основания возникновения правоотношений, позволяя установить основные характеристики складывающейся в процессе регулирования ситуации, не позволяет проследить динамики реализации права, взаимосвязи между правовыми нормами и фактической деятельностью субъектов. Отсюда – трудности в поиске путей решения возникающих у пользователей Сети проблем.

В.Б. Наумов в своем диссертационном исследовании² опирался на взаимосвязи субъектов и объектов отношений в сети Интернет, классифицируя указанные отношения по признаку субъектов (отношения с участием государственных органов, средств массовой информации, граждан) или объектов (сайт, информационный ресурс). К сожалению, поскольку на основе какого-либо одного из этих критериев невозможно описать все виды отношений с использованием сети Интернет исчерпывающим образом, а использование двух критериев не позволяет построить единую систему классификации отношений, указанный подход также представляется не совсем подходящим.

Таким образом, в настоящий момент задача поиска единого подхода к гражданско-правовому регулированию общественных отношений, связанных с использованием сети Интернет, по-прежнему остается актуальной. Для этого накоплен необходимый потенциал исследований в современной отечественной практике, кроме того, существует достаточный массив зарубежных исследований. Однако основная задача – обоснование предлагаемого подхода к исследованию и регулированию отношений,

¹ Малахов С.В. Гражданско-правовое регулирование отношений в глобальной компьютерной сети Интернет. Автореф. дисс... канд. юрид. наук. М., 2001.

² Наумов В.Б. Правовое регулирование распространения информации в сети Интернет. Автореф. дисс... канд. юрид. наук. М., 2003

складывающихся с использованием сети Интернет, на базе всего накопленного отечественной цивилистикой опыта. Без учета предложенных и тщательно обоснованных ведущими отечественными цивилистиками решений и подходов любые попытки регулирования и исследования Интернета обречены на провал.

Актуальность темы настоящего исследования, следовательно, определяется не столько необходимостью новых решений, сколько возможностью эффективного использования тех конструкций, которые уже были разработаны ранее, для решения новых задач, связанных с использованием средств сети Интернет в общественных отношениях.

Предметом настоящего диссертационного исследования являются способы осуществления субъективных гражданских прав и исполнения субъективных гражданских обязанностей с использованием сети Интернет.

Кроме того, в предмет настоящего исследования входят:

- 1) общественные отношения, в рамках которых используются средства сети Интернет;
- 2) нормы гражданского права, применимые к отношениям, в рамках которых используется сеть Интернет;
- 3) решения российских и зарубежных судебных органов по делам, связанным с использованием сети Интернет в гражданско-правовых отношениях;
- 4) научные работы, посвященные анализу правовых проблем, возникающих в процессе использования сети Интернет.

Целью диссертационного исследования является создание на базе категории способов осуществления субъективных гражданских прав и исполнения обязанностей единой теоретической основы для решения правовыми мерами проблем, возникающих при использовании сети Интернет в гражданско-правовых отношениях.

Задачи диссертационного исследования:

- 1) Определение места институтов осуществления субъективного гражданского права и исполнения субъективной гражданской обязанности в системе гражданского права, установление роли этих институтов в правовом регулировании отношений, складывающихся с использованием сети Интернет;
- 2) Классификация видов правоотношений, складывающихся с использованием сети Интернет, на основе классификации способов осуществления субъективных гражданских прав и способов исполнения субъективных гражданских обязанностей;
- 3) Анализ порядка заключения договоров с использованием сети Интернет и придания им определенной формы, а также порядка распространения информации и доступа к ней с использованием сети Интернет;
- 4) Выявление круга проблем, связанных с осуществлением гражданских прав и исполнением обязанностей с использованием сети Интернет, и поиск путей их решения с помощью правовых мер, доступных в рамках институтов способов осуществления субъективных гражданских прав и исполнения обязанностей.

Методологической основой диссертации выступают, в части используемых общенаучных методов, методы системного и функционального анализа, а в части специальных методов – методы сравнительно-правового и исторического анализа.

Используемый комплекс методов позволил проследить, каким образом конструкции института осуществления субъективных гражданских прав используются в отечественной и зарубежной практике для решения проблем, стоящих перед пользователями сети Интернет. Методология системного, функционального и историко-правового анализа при этом позволила определить возможности решения возникающих у пользователей проблем на

основе норм института осуществления субъективных прав, место такого рода правовых мер в общей системе правовых средств, а также проследить пути развития такого рода мер во времени в отечественной и зарубежной практике.

Нормативная основа диссертации представлена следующими группами нормативных правовых актов:

- 1) Гражданский кодекс РФ и иные акты гражданско-правового характера;
- 2) Законодательство, опосредующее использование современных информационных технологий в общественных отношениях;
- 3) Акты конституционно-правового характера, регулирующие порядок осуществления субъектами своих прав на распространение информации и доступ к ней.

Теоретическую основу диссертации составили три группы научных исследований.

К первой группе относятся исследования, посвященные общим вопросам гражданского права, прежде всего – конструкциям субъективного права, обязанности, осуществления прав и исполнения обязанности, принципам и пределам осуществления прав, злоупотреблению правом. В эту группу вошли работы, в частности, М.М. Агаркова, Г.С. Амерханова, В.А. Белова, С.Н. Братуся, Ю.С. Гамбарова, В.П. Грибанова, Г. Даннемана, В.С. Ема, В. Емельянова, Т.И. Иллариновой, О.С. Иоффе, С.Т. Максименко, Н.С. Малеина, А.А. Малиновского, Н.И. Матузова, Д.И. Мейера, Н.И. Мирошниковой, И.Б. Новицкого, В.М. Пашина, И.А. Покровского, О.Н. Садикова, В.С. Степанова, Ю.К. Толстого, Р.О. Халфиной, П.П. Цитовича, Г.Ф. Шершеневича, Л. В. Щенниковой, В.Ф. Яковлева. Кроме того, в эту группу входят и работы общетеоретического характера С.С. Алексева, Л.Д. Воеводина, Ю.И. Гревцова, Л.Н. Завадской, А.Д. Корецкого, А.В. Малько.

Вторую группу источников образуют работы, посвященные правовому регулированию отношений по распространению информации и доступу к ней

средствами так называемого "информационного права". Сюда относятся работы М.Н. Батурина, А.Б. Венгерова, А.П. Вершинина, С. Гарфинкеля, Ю.Ю. Горячевой, В.О. Калятина, К. Келлера, А.Д. Кемраджа, В.А. Копылова, А.А. Косовца, С.В. Малахова, В.Б. Наумова, С.В. Петровского, А.Г. Серго, Л.К. Терещенко, Б. Хольцнагеля, А.В. Шамраева, М.В. Якушева.

Наконец, в третью группу входят исследования, затрагивающие гражданско-правовые проблемы использования сети Интернет. К этой группе источников можно отнести работы А. Ананько, С.А. Бабкина, Е. Виноградовой, Ш. Вэльде, П.Б. Гугенхольца, Е. Леанович, А.Р. Лоддера, Н.И. Соловяненко, Е. Степаненко, Л. Эдвардс.

Научная новизна диссертации определяется тем, что в ней впервые на монографическом уровне исследуется институт осуществления субъективных гражданских прав и исполнения обязанностей применительно к сети Интернет. Научная новизна также заключается в системной и комплексной разработке способов осуществления субъективных прав и исполнения обязанностей с использованием сети Интернет.

Теоретические положения, выносимые на защиту:

1. Осуществление прав и исполнение обязанностей с использованием сети Интернет подразумевает использование одного способа – обмена электронными документами. Этот способ определяет специфику отношений по использованию сети Интернет в целом. Конкретные варианты использования сети Интернет представляют собой разновидности данного способа.

2. Совершение сделок в устной форме с использованием сети Интернет происходит путем обмена электронными документами.

3. Для совершения сделок в письменной форме могут быть использованы только те электронные документы, которые могут быть преобразованы в документы на бумажном носителе (распечатаны) и обратно (отсканированы). Письменная форма сделки не может считаться соблюденной при использовании для ее совершения иных видов

электронных документов, содержащих в себе письменную информацию, например, видеозаписей.

4. К сделкам, заключенным при помощи "программ-роботов", должны применяться нормы, регулирующие осуществление прав и обязанностей личными действиями субъекта.

5. Установление в законодательстве запрета действий, направленных на снятие ограничений использования произведений или объектов смежных прав, установленных путем применения технических средств защиты авторского права и смежных прав, предоставило обладателям указанных прав новое исключительное имущественное правомочие – право контролировать доступ к произведению или объекту смежных прав.

6. Основанием ответственности интернет-провайдера за распространение информации третьих лиц, распространение которой запрещено или ограничено законом, является несоблюдение провайдером обязанности по контролю содержания и способов распространения информации в тех случаях, когда провайдер фактически мог знакомиться с содержанием данной информации.

7. Право на получение информации, содержание которого относится к двум субъектам – управомоченному на получение информации и владельцу информации, при использовании сети Интернет осуществляется в многостороннем правоотношении, в котором участвуют также информационные посредники.

Практическая значимость диссертационного исследования. Выводы и рекомендации, сделанные по результатам исследования, направлены на совершенствование российского законодательства, регулирующего отношения, протекающие с использованием сети Интернет, и приспособление его к общемировым тенденциям правового регулирования в указанной области.

Предложенная и разработанная в работе классификация способов осуществления прав и исполнения обязанностей с использованием сети

Интернет может быть использована в дальнейшем в качестве методологической базы для разработки проблематики использования сети Интернет.

Содержащийся в работе материал также может быть использован в процессе преподавания курса "Гражданское право" и спецкурсов, затрагивающих проблематику отношений, в которых используются средства сети Интернет.

Апробация результатов исследования. Диссертация выполнена на кафедре гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова. Теоретические положения и выводы диссертации использовались автором при подготовке докладов на конференциях и семинарах, в частности, на Международной конференции "Право и Интернет" в 2002, 2004, 2005 годах, научно-практической конференции "Информационные технологии в России" (2004 г.), конференции «ИТ-инфраструктура компании и аутсорсинг: практика построения и управления» (2004 г.). Основные положения диссертации обсуждались на семинарах в период стажировки автора на юридическом факультете университета г. Регенсбурга (ФРГ).

Основные тезисы диссертации нашли отражение в публикациях общим объемом 15,8 п.л.

Структура диссертации обусловлена предметом, целями, задачами и методами исследования. Диссертация состоит из введения, восьми параграфов, разбитых по трем главам, а также списка использованных источников. В процессе изложения материала и в конце каждого параграфа приводятся выводы и рекомендации.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во введении диссертации обосновывается актуальность избранной темы; показывается степень ее исследования в отечественной и зарубежной юридической литературе; определяются цели, задачи и предмет, а также

методологическая и теоретическая основы диссертационного исследования; формулируются основные положения, обладающие, по мнению автора, научной новизной и выносимые им на защиту; дается характеристика практической значимости работы и информация о ее апробации; показывается структура работы.

В первой главе «Понятие и виды способов осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей с использованием сети Интернет» дается общая характеристика способов осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей с использованием сети Интернет, определяется соотношение категорий способа осуществления субъективного права и исполнения обязанности со смежными категориями: осуществления права и исполнения обязанности, правовыми средствами и формами осуществления прав, правоспособностью, анализируется специфика способов, используемых в сети Интернет, приводится классификация способов осуществления прав и исполнения обязанностей с использованием сети Интернет.

В первом параграфе главы определяется понятие способа осуществления субъективных гражданских прав и исполнения обязанностей и место данной категории в системе понятий, используемых гражданско-правовой наукой. Под способами осуществления субъективных гражданских прав и исполнения субъективных обязанностей понимаются виды и разновидности возможного поведения управомоченных (обязанных) лиц. Понятие способа осуществления права (исполнения обязанности) связано с понятием субъективного права (субъективной обязанности). Субъективное право как мера возможного поведения является мерой тех способов, в которых данное поведение может находить свою реализацию. Аналогично и субъективная обязанность: мера должного поведения определяет совокупность способов, которыми обязанность может быть исполнена. Понятие способа осуществления права (исполнения обязанности) связано и с процессом осуществления права (исполнения обязанности), где он выступает в качестве разновидности тех реальных, конкретных действий, которые

составляют процесс осуществления права (исполнения обязанности). Способ осуществления субъективного гражданского права (способ исполнения обязанности) поэтому – это как реальные, конкретные разновидности поведения участников гражданских правоотношений, так и возможные варианты их поведения. В первом случае способ осуществления права описывает осуществление права, во втором – характеризует его содержание. То же применимо и к обязанностям.

Автор обосновывает необходимость использования в диссертационном исследовании статического понимания правоспособности, так как и правоспособность, и субъективные права будут реализовываться одними и теми же видами поведения, в связи с чем нельзя разделять способы реализации правоспособности и способы осуществления субъективных прав, как то следует из динамического понимания правоспособности, предложенного М.М. Агарковым.³ Автор также считает необходимым различать способы и формы осуществления прав и исполнения обязанностей, с одной стороны, и правовые средства – с другой. Понятие способа осуществления прав и исполнения обязанностей является более общим по отношению к понятию формы осуществления (формы поведения участников правоотношений), но оно не охватывает понятия правового средства:⁴ способом осуществления права (исполнения обязанности) является использование тех или иных правовых средств (например, договора), но не сами правовые средства. Автор также предлагает использовать при анализе способов осуществления прав и исполнения обязанностей в сети Интернет категорию механизма осуществления субъективных гражданских прав, под которым понимается совокупность условий и средств осуществления права, и элементом которого, наряду с субъективным правом и корреспондирующей ему обязанностью, являются способы и средства осуществления субъективных гражданских прав и исполнения обязанностей.

³ Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. // Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т. Т.1. М., 2002. С. 284.

⁴ Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. М., 1984. С. 88.

Завершает параграф анализ проблем, возникающих при осуществлении прав в сети Интернет. Автор приводит различные классификации указанных проблем, разработанные разными исследователями, и делает вывод о невозможности анализа отношений в сети Интернет на основе той или иной классификации проблем, возникающих при использовании Интернет, предлагая вместо этого использовать в качестве базы для анализа специфику используемых в сети Интернет способов осуществления прав и классификацию их основных видов.

Второй параграф первой главы посвящен классификации способов осуществления субъективных гражданских прав и исполнения обязанностей с использованием сети Интернет, а также анализу специфики указанных способов. Используемые в сети Интернет способы можно подразделить на юридические и фактические (что применимо как к способам осуществления прав, так и к способам исполнения обязанностей); действия и бездействие; активно-пассивные и пассивно-активные⁵; распространение, предоставление информации и доступ к размещенной информации; способы, связанные с использованием сети Интернет в частных и публичных целях (основанием деления в данном случае выступает круг лиц, которым доступна передаваемая информация: он может быть ограниченным или неограниченным).

Анализируя специфику способов, используемых в сети Интернет, автор выделяет следующие значимые с этой точки зрения особенности сети Интернет. Во-первых, сеть Интернет – это разновидность компьютерной сети, т.е. некоего вычислительного оборудования с установленным на нем программным обеспечением, соединенного между собой линиями связи. С этой точки зрения, Интернет – это объект права, хотя здесь надо иметь в

⁵ Классификация приводится по работе Калятин В.О. Право в сфере Интернета. М., 2004. С.8. При «активно-пассивном» взаимодействии отправитель совершает некоторые активные действия для того, чтобы адресат получил сообщение, а адресат просто получает это сообщение – как, например, это происходит при работе с электронной почтой. При «пассивно-активном» взаимодействии владелец информации пассивно ожидает, пока потенциальный адресат совершит определенные действия для копирования информации, к которой отправитель открыл доступ – так работает большинство общедоступных интернет-сайтов.

виду, что Интернет – это распределенная сеть, и она не может быть представлена в качестве некоего единого объекта, имущественного комплекса: невозможно определить состав оборудования и программного обеспечения, входящего в любой конкретный момент времени в состав сети Интернет.

Во-вторых, функционирование сети Интернет (т.е. оказание услуг с использованием оборудования и программного обеспечения) обеспечивается деятельностью сразу нескольких видов субъектов. Это провайдеры доступа в Интернет (т.е. операторы связи, обеспечивающие обмен данными между разными пользователями), хостинг-провайдеры и провайдеры электронных сообщений (т.е. субъекты, обеспечивающие возможность использования необходимого программного обеспечения и размещения данных – их можно коротко обозначить как телематические провайдеры), наконец, владельцы информационных ресурсов – сайтов, которые и составляют информационное наполнение сети Интернет.

В-третьих, сеть Интернет основана на особом стандарте адресации и стандартах передачи информации. Каждому устройству в сети присваивается цифровой адрес – IP, с которым может быть сопоставлено символьное обозначение – доменное имя. Сопоставление символьных обозначений цифровым адресам производится при помощи особых баз данных, так называемых DNS (серверов доменных имен). Информация, передаваемая по сети, разбивается на отдельные фрагменты – пакеты, с тем чтобы потеря отдельного пакета не делала невозможным получение всей остальной информации.

Иные признаки сети Интернет, выделяемые исследователями, автор считает дополнительными: таким, в частности, является признак трансграничности данной сети, так как отношения в сети Интернет не будут принципиально различаться в зависимости от того, протекают ли они на территории одного или нескольких государств. При этом из числа трех выделенных признаков ключевым являются особые стандарты адресации и

передачи информации: именно они позволяют определить, чем отличаются способы осуществления прав и исполнения обязанностей с использованием сети Интернет от способов поведения, используемых в смежных сферах общественных отношений, например, при использовании услуг телефонной связи. Специфика используемых в сети Интернет стандартов адресации и обмена данными определяет и специфику способов использования Интернет: фактически единственным доступным способом осуществления прав и исполнения обязанностей является обмен электронными документами, документированной информацией.⁶ Все сложившиеся на настоящий момент способы использования сети Интернет являются разновидностью данного способа, что определяет специфику отношений по использованию сети Интернет в целом.

Вторая глава диссертации «Юридические способы осуществления субъективных гражданских прав и исполнения обязанностей с использованием сети Интернет» посвящена анализу отношений по совершению с использованием сети Интернет сделок, в том числе основной их разновидности – договоров, а также иных действий, имеющих юридическое значение.

Первый параграф главы посвящен общей характеристике юридических способов осуществления прав и исполнения обязанностей с использованием сети Интернет. Прежде всего, автором рассматриваются вопросы соблюдения требований законодательства о форме сделок и иных юридически значимых действий и о значении для совершения юридически значимых действий в сети Интернет новых положений статьи 11 Федерального закона от 27 июля 2006 г. №149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и защите информации»⁷.

Автор указывает, что аналоги собственноручной подписи (АСП) отличаются по своим функциям от собственноручной подписи. В статье 3

⁶ Разумеется, Интернет позволяет осуществлять хранение, обработку и другие действия с информацией, но они носят вторичный характер и подчинены главной цели – обмену информацией

⁷ Российская газета, 31.07.2006. Далее – ФЗ «Об информации и информационных технологиях»

Федерального закона «Об электронной цифровой подписи»⁸ прямо указывается, что электронная цифровая подпись должна позволять идентифицировать владельца сертификата ключа подписи, т.е. по подписи можно установить лицо, подписавшее данный документ. Эту функцию собственноручная подпись выполнить не может – необходимо, чтобы она была расшифрована. Таким образом, электронная цифровая подпись – это, скорее, аналог подписи с расшифровкой, чем просто аналог собственноручной подписи. Это применимо и к другим видам электронных подписей, не только к электронной цифровой. Функции электронной подписи, отличающие ее от собственноручной, не исключают тех функций, которые выполняет обычная подпись на бумажном документе. Однако российский законодатель существенно ограничивает использование аналогов электронной подписи для совершения сделок как разновидности юридически значимых действий. Статья 160 ГК РФ устанавливает, что аналоги собственноручной подписи могут использоваться для совершения сделок, только когда есть (а) закон, (б) иной правовой акт, (в) соглашение сторон, устанавливающие (1) случаи и (2) порядок использования таких аналогов.

ФЗ «Об ЭЦП», устанавливающий случаи и порядок использования аналогов собственноручной подписи фактически не действует из-за неразвитости системы удостоверяющих центров. Иных нормативных актов, распространяющихся на все или хотя бы большинство видов общественных отношений, в которых используется сеть Интернет, не существует. По этой причине, хотя электронное сообщение, подписанное ЭЦП или АСП, признается равнозначным традиционному документу, использование ЭЦП и АСП для совершения сделок в письменной форме по-прежнему связано с наличием соглашения сторон о порядке использования ЭЦП или иных АСП – только оно, в отсутствие работающих нормативных актов, делает использование АСП допустимым. Сама же по себе равнозначность

⁸ Федеральный закон от 10 января 2002 г. N 1-ФЗ "Об электронной цифровой подписи" // СЗ РФ. 2002. N 2. ст. 127 (далее – ФЗ «Об ЭЦП»).

документов ничего не дает, так как электронные документы не допустимы при совершении сделки в письменной форме. Также ФЗ «Об информации и информационных технологиях» не содержит правил подтверждения достоверности документов, переданных посредством электронных средств связи, о чем говорит статья 434 ГК РФ. Таким образом, норма статьи 11 ФЗ «Об информации и информационных технологиях» позволяет придавать юридическое значение, аналогичное бумажным документам, только тем электронным документам, которые не образуют сделки.

Автор отмечает, что равнозначным бумажному письменному документу может быть только электронный письменный документ, то есть такой документ, в котором информация выражена с использованием алфавита, набора букв и иных письменных символов. В связи с этим, обмен электронными документами, являющимися, например, звукозаписями, не может образовывать письменной формы договора – в этом случае посредством обмена электронными документами совершается сделка в устной форме. В сложных случаях, например, когда содержание документа выражено в виде письменного, но динамического, изображения, автор предлагает использовать критерий возможности обратного преобразования документа: для совершения сделок в письменной форме могут быть использованы только те электронные документы, которые могут быть преобразованы в документы на бумажном носителе (распечатаны) и обратно (отсканированы). Только те документы, которые можно распечатать и отсканировать обратно без потери их основного содержания, по сути своей могут использоваться для целей, аналогичных целям использования документов на бумажном носителе. В связи с этим, например, видеозапись процесса составления письменного документа не может образовывать сделку в письменной форме.

В завершение параграфа автор рассматривает проблему идентификации участников отношений в сети Интернет. Автор доказывает, что использование при совершении юридически значимых действий в сети

Интернет сетевых идентификаторов, а не имени гражданина (наименования юридического лица) не нарушает положений статей 19 и 48 ГК РФ, так как приобретение прав и обязанностей лицом без указания его имени, но таким способом, который позволяет идентифицировать лицо на протяжении всего правоотношения (в том числе под каким-либо идентификатором, не являющемся именем, например, так называемым «сетевым идентификатором» («ником»), который часто состоит из символов, а не из букв) – все равно приобретение прав и обязанностей данным лицом, не под чьей-либо маской, хоть имя этого лица контрагенту и не известно. Нарушением закона при этом является только использование чужого имени. Кроме того, автор обращает внимание, что единственным фактически возможным способом подтверждения личности при использовании сети Интернет является ЭЦП, однако этот способ удостоверения личности не был предусмотрен законодателем в ФЗ «Об ЭЦП», что делает невозможным подтверждение личности в рамках сети Интернет.

Во втором параграфе рассматриваются вопросы совершения с использованием сети Интернет различных видов юридически значимых действий – односторонних сделок, договоров, иных юридически значимых действий, не носящих характера сделок. В числе вопросов, касающихся совершения с использованием сети Интернет односторонних сделок, автором затрагивается проблема соблюдения требований к форме и порядку совершения таких видов односторонних сделок, как публичный конкурс и проведение игр и пари. Кроме того, автор указывает, что многие из проводимых в сети Интернет акций, пусть и похожих на публичные конкурсы, не являются таковыми. Это не означает ничтожности подобных односторонних сделок, но делает невозможным применение к ним норм главы 57 ГК.

В рамках анализа вопросов использования Интернет в договорных и преддоговорных отношениях, автор затрагивает проблемы, связанные с использованием аппаратных и программных средств при обмене

волеизъявлениями сторон: последствия утраты, задержки, искажения информации, ошибок (случайных или вызванных намеренными действиями другого лица) тех программных средств, которые предназначены для принятия или отправки информации о волеизъявлении лица. Автор отмечает, что распределение бремени убытков, связанных с возможностью случайной утраты, задержки или искажения информации, необходимо связывать с требованием нормальной разумности и осмотрительности участников оборота. Выбирая средства доставки, лицо должно предполагать, что в нормальных условиях функционирования сетей информация должна с высокой степенью вероятности достигнуть адресата. Тем более что существуют и весьма распространены методы повышения надежности доставки: подтверждение получения (прочтения), отчет о доставке письма (либо информации, передаваемой иным способом). Следовательно, если сторона не проявила достаточной разумности и осмотрительности в выборе средств и методов доставки информации адресату, к ней может быть предъявлено требование о возмещении возникших в результате этого имущественных потерь. Если же действия сторон отвечали требованиям нормальной разумности и осмотрительности, то возложение на какую-либо из сторон всех понесенных потерь недопустимо.

Автором также рассматривается возможность использования в сети Интернет положений ГК РФ о специальных порядках заключения договора: на торгах и с использованием публичной оферты. Автор отмечает, что в деятельности так называемых интернет-аукционов не применяются нормы статей 447-449 ГК РФ: не соблюдаются обязательные предписания указанных статей о внесении задатка, сроке уведомления о проведении торгов, а также не устанавливается обязанность заключения договора между продавцом и выигравшим покупателем. Это связано с тем, что интернет-аукцион не является аукционом в том смысле, который придает этому термину ГК РФ. Речь идет о разных по сути явлениях: в обычном гражданском обороте торги – явление разовое, в любом случае связанное с

проведением некоторых подготовительных работ; интернет-аукционы связаны с постоянным поступлением новых лотов, их быстрым размещением и оперативной продажей, эта деятельность осуществляется на постоянной основе и фактически может быть сведена к посреднической. Невозможность использования для защиты интересов клиентов интернет-аукционов традиционных конструкций ГК РФ компенсируется созданными практикой механизмами осуществления и защиты прав, например, системой рейтингов. Эти механизмы не могут обеспечивать интересы лица в той же мере, что и конструкции ГК РФ, но они оказываются более приспособленными к данной сфере оборота.

Заключение договора с использованием публичной оферты характерно для деятельности интернет-магазинов. Исследуя вопросы их деятельности, автор указывает на возможность индивидуализировать условия продажи товаров под каждого покупателя, что нарушает положения статьи 426 ГК РФ о необходимости заключения публичного договора на одинаковых условиях для всех потребителей.

В конце данного параграфа автор анализирует вопросы совершения в сети Интернет юридически значимых действий, не носящих характера сделок. Здесь автор делает вывод о том, что если законодательство придает юридическое значение только действиям, совершенным в определенной форме и определенным способом (подача иска, опубликование в печатном органе), действия с использованием сети Интернет или (а) не могут быть совершены в принципе (например, подача иска), или (б) могут быть совершены, но будут иметь не юридическое, а фактическое значение (опубликование информации о федеральных законах на сайте Государственной Думы), или (в) могут считаться надлежащими, только если были совершены наряду с совершением этих действий традиционным способом.

Третий параграф главы посвящен анализу института представительства в сети Интернет и соотношения посредничества и представительства. Автор

указывает на то, что осуществление прав через представителя в сети Интернет сопряжено с определенными трудностями, не исключая, впрочем, возможности использования данного института. В основном они связаны с тем, что при использовании сети Интернет не всегда существует возможность проверить правосубъектность и дееспособность представителя, надлежащим образом оформить или проверить его полномочия. Автором также рассматриваются вопросы использования для передачи волеизъявления (ответа на волеизъявление) программ-роботов и иных аналогичных программных комплексов, которые иногда называют «электронными представителями». К сделкам, заключенным при помощи таких средств, должны применяться нормы, регулирующие осуществление прав и обязанностей личными действиями субъекта, что, однако, вызывает ряд проблем в тех случаях, когда в результате сбоев в таких программах (случайных или вызванных действиями третьих лиц) произошло искажение воли их владельца (например, в случае заключения договора по цене, ниже запрограммированной). Автор делает вывод, что возможность признания такой сделки недействительной существует только при наличии противоправных действий третьих лиц, получивших несанкционированный доступ к программе-роботу: такую сделку просто нельзя считать совершенной, так как лицо, перенастроившее программу-робота, заранее знало об истинной воле лица и знало, что обладатель программы-робота не давал своего согласия заключить сделку на таких условиях.

Анализируя соотношение представительства и посредничества путем оказания фактических услуг в Интернете, автор указывает, что, хотя посредники при совершении сделок в сети Интернет могут играть самую различную роль, совершение сделок в сети через представителя в собственном, юридическом смысле этого слова, как лица, оказывающего юридические услуги, происходит относительно редко. Это связано с тем, что существует большое количество посредников (в частности, провайдеров доступа в Интернет, электронного документооборота и т.п.), использование

услуг которых является обязательной предпосылкой для осуществления прав в Интернете, прежде всего – совершения сделок. Однако нельзя механически переносить роль посредника в отношениях, в частности, по электронному обмену данными на отношения сторон по сделке, в том числе – по заключению сделки. Наличие договора с посредниками является во многих случаях необходимой предпосылкой для совершения сделки, как и наличие доступа в сеть, но это не означает, что посредник участвует в волевых отношениях сторон.

Вытеснение юридических услуг в посредничестве фактическими обуславливается рядом факторов, прежде всего – отсутствием эффективных механизмов контроля за деятельностью представителя. Модель посредничества, основанного на оказании фактических услуг, оказалась более подходящей для рынка: договор заключает только само лицо, но не действующие по его указанию посредники, а следовательно, нет необходимости в контроле действий таких посредников, нет риска возникновения убытков в результате выхода посредников за пределы полномочий, заключения ими сделок, противоречащих интересам как представляемого лица, так и его контрагентов. Сами посредники также несут гораздо меньшую ответственность за совершаемые ими сделки, так как нет возможности ни для признания сделки заключенной от имени самого представителя (пункт 1 статьи 183 ГК РФ), ни ответственности представителя за действительность (а в некоторых случаях – и исполнимость сделки). Все это делает фактическое посредничество весьма распространенным в условиях сети Интернет.

Третья глава диссертации «Фактические способы осуществления субъективных гражданских прав и исполнения обязанностей с использованием сети Интернет» посвящена фактическим способам осуществления прав и исполнения обязанностей с использованием сети Интернет, которые автор подразделяет на осуществление доступа к

информации с использованием сети Интернет и распространение⁹ информации с использованием данной сети. В первом случае лицо приобретает информацию своими активными действиями, во втором – приобретение информации является следствием активных действий третьих лиц, пользователь лишь пассивно получает данную информацию.

В первом параграфе главы рассматриваются вопросы, связанные с рассылкой информации в сети Интернет как видом распространения информации. Способы распространения информации с использованием средств сети Интернет отличаются по признаку их публичности: размещение информации на сайте предполагает ее открытость для общего доступа, рассылка – частный характер направляемого письма. Необходимо отметить, что деление на «публичный-частный» характер распространения информации здесь весьма условно, так как электронные письма могут рассылаться в массовом порядке, а доступ к страницам в Сети может быть ограничен паролями, кодами доступа и т.п. Тем не менее, такое различие имеет принципиальный характер, так как отправитель письма заранее знает круг его получателей, а при размещении информации на странице в Сети, даже защищенной паролем, – нет.

В качестве основной проблемы, связанной с рассылкой информации, автором рассматривается так называемый спам, т.е. массовая рассылка незапрошенной почтовой корреспонденции. Автор рассматривает возможные правовые меры борьбы со спамом: использование принципов добросовестности и незлоупотребления гражданскими правами, установление прямого запрета рассылки спама. В частности, автор указывает, что принцип добросовестности сам по себе не считается такой правовой обязанностью, нарушение которой позволяет применить к нарушителю весь спектр мер гражданско-правовой ответственности. Поэтому использовать этот принцип для борьбы с рассылками спама в качестве самостоятельного

⁹ Термин «распространение информации» в настоящей работе будет использоваться для обозначения как распространения, так и предоставления информации (см. ст. 2 ФЗ «Об информации и информационных технологиях»).

правового средства практически невозможно, что, однако, не исключает возможность его включения в другие правовые механизмы. Конструкция злоупотребления правом позволяет признать противоправным только конкретное поведение лица в конкретных условиях, что влечет ее слабую эффективность в решении актуальных проблем гражданского оборота, проблем, стоящих перед многими его участниками. В связи с этим автор делает вывод о необходимости установления прямых запретов некоторых видов действий в законодательстве, что и было сделано в двух недавно принятых федеральных законах – ФЗ «Об информации и информационных технологиях» и ФЗ «О рекламе».¹⁰ Автор отмечает, что российский законодатель пошел по пути ограничения рассылок информации на основании признаков, не связанных с количественными и качественными характеристиками рассылаемых сообщений. Основным признаком является наличие согласия получателя (при рассылке рекламы) или наличие возможности отказаться от получения информации (если рассылаемая информация не носит рекламного характера). Причем, если в случае с рекламными рассылками норма, как представляется, может применяться достаточно эффективно (в том числе с учетом того, что точно определяется ответственное лицо – распространитель рекламы, и устанавливается его ответственность: статьи 38 ФЗ «О рекламе» и 14.3 КоАП РФ), то при рассылке информации иного рода эффективность нормы вызывает сомнения. Это связано не только с тем, что законом не устанавливается административная ответственность за нарушения законодательства о распространении информации, но и с внутренней нелогичностью самой нормы. Во-первых, норма п.3 статьи 10 ФЗ «Об информации и информационных технологиях» требует обеспечить получателю информации возможность отказа от такой информации. Но единственный способ отказаться от получения электронных писем – это отказаться от их

¹⁰ Федеральный закон от 13 марта 2006 г. N 38-ФЗ "О рекламе" // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. N 12. Ст. 1232. (Далее – ФЗ «О рекламе»).

получения на будущее, для чего необходимо получить письмо и направить по указанному в нем адресу свой отказ. Но следующая рассылка может придти уже с другого адреса электронной почты, такого же одноразового, как и первый. Во-вторых, как уже отмечалось, ФЗ «Об информации и информационных технологиях» использует термин распространение информации в узком значении, как направление информации неопределенному кругу лиц. Но если информация направляется неопределенному кругу лиц, то невозможно обеспечить возможность ненаправления ее какому-то конкретному лицу. На основании указанных аргументов автор делает вывод, что запрет рассылки НЭС в российском законодательстве установлен только применительно к рекламным рассылкам.

Второй параграф главы посвящен проблемам размещения информации в сети Интернет, которые можно разбить на две основных группы. Проблемы первой группы связаны с несовершенством механизма осуществления прав и исполнения обязанностей в этой сфере. К этой группе, в частности, относятся проблемы использования доменных имен и деятельности средств массовой информации. Вторая группа проблем связана с существованием ряда законодательных ограничений на распространение информации определенного содержания (порнографической, оскорбительной, побуждающей к расовой, религиозной вражде, заведомо ложной и т.п.) или определенными способами (навязывание информации, использование запрещенных психологических приемов). При рассмотрении этих проблем особое внимание автор уделяет вопросу ответственности информационных провайдеров, анализируя его на основе примеров из российской, американской и германской судебной практики.

Автор указывает, что нормы об ответственности информационных провайдеров за рубежом в целом не сужают (а в США скорее даже расширяют) границы субъективного права на распространение информации. Ответственность провайдеров, если она предусмотрена, может наступать за неисполнение обязанностей по контролю за содержанием информации

третьих лиц, но не за использование тех или иных способов поведения, которые законодатель считает неправомерными.

Российская судебная практика основывается на ином подходе, где пределы осуществления права провайдеров на распространение информации определялись не по кругу способов осуществления данного права, а по содержанию распространяемой информации. Так как это обстоятельство, как правило, находится вне контроля со стороны провайдеров (например, на крупных форумах ежеминутно размещаются сотни сообщений), то это создавало серьезную угрозу их деятельности, которая могла быть признана противоправной по независящим от них обстоятельствам. В целях разрешения данной ситуации и предоставления провайдерам защиты их права на распространение информации законодатель установил специальную норму об ограничении ответственности провайдеров за контент третьих лиц (п.3 статьи 17 ФЗ «Об информации и информационных технологиях»). Объем предоставляемой данной нормой провайдерам правовой защиты в России меньше, чем в США и даже в странах Евросоюза. Однако данный подход также предполагает применение мер ответственности за собственные действия или бездействие провайдера, а не за действия третьих лиц. Таким образом, право провайдеров на распространение информации гарантируется законом, правда, при условии выполнения ими обязанности по контролю информации, которую они распространяют, в тех случаях, когда у них есть фактическая возможность ознакомиться с содержанием такой информации.

В третьем параграфе главы рассматриваются вопросы доступа к информации с использованием сети Интернет. Автор указывает, что с точки зрения права имеет значение не просто доступ к информации как таковой – это чисто технический вопрос наличия у конкретного пользователя возможности обмениваться информацией с конкретным сервером в Сети – сколько доступ к информации, составляющей охраняемую законом тайну или являющейся объектом исключительных прав. Поэтому проблемы доступа к информации с использованием сети Интернет – это прежде всего проблемы

использования интеллектуальной собственности и конфиденциальной информации.

Говоря об использовании объектов интеллектуальной собственности, автор анализирует историю развития законодательства в этой области с точки зрения соотношения между правами авторов и иных правообладателей и правом на неприкосновенность частной жизни лица. Особое внимание при этом автор уделяет техническим мерам защиты авторского права и смежных прав, запрет снятия или обхода которых является новеллой авторского законодательства. По результатам данного анализа автор делает два вывода. Во-первых, о том, что установление в законодательстве запрета действий, направленных на снятие ограничений использования произведений или объектов смежных прав, установленных путем применения технических средств защиты авторского права и смежных прав, предоставило обладателям указанных прав новое исключительное имущественное правомочие – право контролировать доступ к произведению или объекту смежных прав, причем нарушением этого права является не само по себе использование произведений, а лишь посягательство на средства ограничения доступа к ним. Во вторых, что российский законодатель, преобразуя технические возможности контроля доступа к произведениям и объектам смежных прав в правовые, значительно расширил круг способов осуществления своих прав правообладателями, и сузил круг способов осуществления прав, оставляемых за пользователями, что нарушило сложившийся в законодательстве баланс прав и интересов правообладателей и пользователей. В качестве рекомендации, прежде всего – применительно к части четвертой Гражданского кодекса РФ, автор отмечает, что данный баланс должен быть восстановлен, прежде всего, путем закрепления в авторском законодательстве границ правомочия по контролю доступа к произведениям и объектам смежных прав, касающихся ограничения вмешательства в частную жизнь лица при контроле использования им объектов авторского права и смежных прав.

В завершение параграфа автор обращает внимание на проблему участия информационных посредников в процессе осуществления доступа. Автор отмечает, что и теория и законодательство в РФ традиционно исходят из двучленной модели осуществления доступа: выделяется лицо, обязанное предоставлять информацию (обычно – государственный орган) и управомоченное на получение информации лицо (гражданин либо организация). Участие посредников в осуществлении доступа не предусматривается. Автор указывает на неполноту подобного подхода: право на информацию (т.е. и право на доступ к информации) реализуется в деятельности не только граждан, организаций и государственных органов, но и посредников, хотя, бесспорно, само право на доступ к информации и обязанность эту информацию предоставить относятся только к двум участникам правоотношения. Деятельность посредников, таким образом, относится не к содержанию права, а к процессу его осуществления. В связи с этим необходимо создать сквозной, охватывающий всех участников, механизм реализации права на доступ к информации. Игнорирование хотя бы одного необходимого этапа, например, проблемы участия информационных посредников, может поставить под угрозу действие данного механизма в целом, а следовательно, повлечь фактическую невозможность реализации права.

По теме диссертации опубликованы следующие работы:

1. Способы осуществления гражданских прав с использованием сети Интернет // Законодательство. 2007. №2. 0,75 п.л.
2. Осуществление субъективных гражданских прав с использованием сети Интернет. М., 2006. 12,5 п.л.
3. Интернационализация правового регулирования вопросов применения электронных подписей // Иностранное право. Выпуск 4. М., 2001. 0,75 п.л.
4. Проблемы осуществления и защиты гражданских прав в сети Интернет // Научные труды РАЮН. Выпуск 4. М., 2004. 0,25 п.л.

5. Правовые способы осуществления деятельности Интернет-аукционов // Юридическая газета "Consalting.ru". 2004. №17. 0,4 п.л.
6. К вопросу о механизме правового регулирования и механизме осуществления субъективного права // 1-я Международная конференция "Совершенствование механизма реализации права как основа экономического развития общества". Сборник материалов конференции. М., 2005. 0,25 п.л.
7. Правовые механизмы признания иностранных электронных подписей // Информационное право. 2005. №3. 0,9 п.л.