

УДК 347

UDC 347

ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ПОДЛЕЖАЩИЕ УСТАНОВЛЕНИЮ ПО ДЕЛАМ О НЕЗАКОННОМ ИСПОЛЬЗОВАНИИ ПРОГРАММ ДЛЯ ЭВМ

CIRCUMSTANCES TO BE ESTABLISHED IN CASES OF ILLEGAL USE OF COMPUTER PROGRAMS

Щербина Александр Евгеньевич
соискатель кафедры криминалистики Краснодарского университета МВД РФ, начальник отделения БСТМ ГУ МВД России по Краснодарскому краю

Scherbina Aleksander Evgenievich
applicant for degree of the Department of forensic science of Krasnodar University of Ministry of internal Affairs of the Russian Federation, head of the Department of BSTM GU MVD of Russia in the Krasnodar region

В данной научной статье автор рассматривает вопросы, касающиеся обстоятельств подлежащих установлению по делам о незаконном использовании программ для ЭВМ

In this scientific article the author considers the questions, concerning the circumstances of the subject to establish in cases of illegal use of computer programs

Ключевые слова: ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ПОДЛЕЖАЩИЕ УСТАНОВЛЕНИЮ, СЛЕДСТВЕННЫЕ ДЕЙСТВИЯ, ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫЕ МЕРОПРИЯТИЯ, ПРЕДМЕТ ПРЕСТУПНОГО ПОСЯГАТЕЛЬСТВА, НЕЗАКОННОЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЕ АВТОРСКОГО ПРАВА, ОБЪЕКТ АВТОРСКОГО ПРАВА

Keywords: CIRCUMSTANCES, SUBJECT TO ESTABLISHMENT, INVESTIGATIVE ACTIONS, OPERATIVELY-SEARCH ACTIONS, SUBJECT OF CRIMINAL ASSAULT, ILLEGAL USE OF COPYRIGHT RIGHTS, OBJECT OF COPYRIGHT

На первоначальном этапе расследования все запланированные следственные действия и оперативно-розыскные мероприятия, должны быть направлены на установление следующих обстоятельств: установление правообладателя, и какими документами подтверждаются его права; гражданство автора или правообладателя. В случае если объект авторского права иностранный, то в данном случае установление, распространяется ли на него охрана на территории РФ, в силу каких международных договоров и правовые нормы какого государства должны применяться при установлении особенностей охраны данного объекта; к какому объекту авторских прав относится предмет преступного посягательства; охранялись ли права на данный объект авторских прав на момент совершения преступного деяния посягательства (ст. 1281 четвертой части ГК РФ). В преступлениях, связанных с незаконным использованием авторского права, для наступления уголовной ответственности важное значение имеет факт действия авторского права, на момент совершения деяния, не зависимо от того, прекратилось ли оно на момент начала уголовного преследования или нет;

установление способа нарушения авторского права - незаконное воспроизведение (изготовление экземпляров, установка нелицензионного программного оборудования), распространение, сдача в прокат, театральный показ, передача в эфир и т.д.; легальность или контрафактность изготовления экземпляров объекта авторского права; установление признаков контрафактности; установление цепочки лиц, участвовавших в совершении преступного деяния, выяснение роль и степени участия каждого; определение «размера деяния»; осознанно ли нарушитель авторского права совершал свои действия; в чем заключался умысел совершения данного преступления.

Поскольку УПК РФ сформулирован в общем виде, его содержание применительно ко всем категориям уголовных дел и раскрывается через нормы Общей части УПК РФ, где содержится определение преступления, его признаков, а так же другие признаки подлежащие установлению. Для каждого уголовного дела обстоятельства, подлежащие установлению, должны быть определены с учетом индивидуальных условий совершения конкретного преступления. Поэтому, содержание обстоятельств, подлежащих установлению по уголовным делам о незаконном использовании авторского права, будет всегда шире перечня обстоятельств, подлежащих доказыванию изложенных в ст. 73 УПК РФ. В ст. 73 УПК РФ законодателем приведен общий перечень обстоятельств, обязательных для установления по всем уголовным делам, в том числе связанных с незаконным использованием авторского права. Эти обстоятельства образуют единое целое, взаимосвязаны и дополняют друг друга. В ч. 1 ст. 73 УПК РФ приведен перечень обстоятельств, подлежащих установлению путем собирания, проверки и оценки доказательств (ст. 85 УПК РФ). В ч. 2 ст. 73 УПК РФ указывается на необходимость установления обстоятельств, способствовавших совершению преступления. По данной категории дел согласно УПК РФ установлению подлежат фактические обстоятельства.

Установление события преступления. В понятие «событие преступления» (п.1 ч.1 ст. 73 УПК РФ) законодатель включил такие обстоятельства, как время, место, способ и другие обстоятельства его совершения. В ч. 2 ст. 73 УПК РФ указывается на необходимость установления обстоятельств, способствовавших совершению преступления. Перечень таких обстоятельств является не полным. Они могут касаться всего круга признаков, определяющих общественную опасность преступления и его последствий¹. Это включает в себя: определение объекта нарушения авторского права (ст. 1259 части четвертой ГК РФ дает перечень объектов авторских прав). В данном случае объектом нарушения авторского права являются программы для ЭВМ. Авторские права на программы для ЭВМ, согласно ст. 1261 ГК РФ, охраняются так же, как и литературные произведения; установление правообладателя (ст. 1257 ГК РФ). Установление правообладателя, несмотря на то обстоятельство, что уголовное дело по факту незаконного использования программ для ЭВМ, как объекта авторского права может быть возбуждено и без заявления правообладателя, необходимо. Для этого следует исходить из того, что действующее законодательство закрепляет презумпцию авторства. Кроме того несмотря на то обстоятельство, что уголовное дело по факту незаконного использования программ для ЭВМ, как объекта авторского права может быть возбуждено и без заявления правообладателя, установление автора необходимо. Учитывая, что исключительные права часто передаются, на практике возникает проблема с определением их обладателя на момент возбуждения уголовного дела. В подтверждении наличия таких прав необходимо установление всей цепочки их передачи с обязательным приобщением к делу заключенных договоров или их копий. Для установления правообладателя посылается запрос. Запрос направляется в НП ППП (для программ для ЭВМ) или в Федераль-

¹ Постановление № 1 Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О судебном приговоре», 1996

ный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности; установление гражданства правообладателя. В случае если объект авторского права иностранный, то в данном случае необходимо установить, распространяется ли на него охрана на территории РФ, в силу каких международных договоров и правовые нормы какого государства должны применяться при установлении особенностей охраны данного объекта; установление охраноспособности (ст. 1262 ГК РФ). Охраноспособность прав на программу для ЭВМ, как объекта авторского права возникает автоматически в силу создания объекта авторского права и прекращается в связи с истечением сроков, установленных законодательством. При этом сроки охраны сроков охраны произведений увязываются с жизнью автора и определенным периодом после его смерти. Для установления автора следует исходить из того, что действующее законодательство закрепляет презумпцию авторства, т.е. автором или правообладателем программы для ЭВМ, при отсутствии доказательств иного, следует считать физическое или юридическое лицо, указанное в качестве такового на оригинале или экземпляре программы. Упрощает установление охраноспособности если правообладатель зарегистрировал свою программу для ЭВМ в Федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности и если на объекте авторского права установлены знаки охраноспособности. В случае возникновения трудностей при установлении охраноспособности на объект авторского права можно воспользоваться помощью представителей правообладателей – РАПО, НП, НП ППП, ИРРІ, НФПФ; установление срока действия исключительного права на момент совершения преступного деяния (для наступления уголовной ответственности важно, чтобы объект авторского права, охранялся именно на момент совершения преступления, не зависимо прекратилась ли она к моменту уголовного преследования). Срок действия исключительного права на произведение определяется ст. 1281 ГК РФ. Сроки охраноспособности законодательно

увязываются с жизнью автора и определенным периодом после его смерти, а для фонограмм – с момента их первого обнародования или записи, то необходимо установления даты первого обнародования соответствующего объекта авторского права; установление легальности или контрафактности изготовления экземпляров объекта авторского права. Юридическим признаком незаконного использования программ для ЭВМ, как объекта авторского права может так же считаться отсутствие документов (авторский договор, договор о передачи исключительных прав и т.д.) на программу для ЭВМ. При этом возникает необходимость установления, являются ли обнаруженные программы для ЭВМ изготовленными правообладателем или контрафактными. Документы на конкретный вид использования объекта авторского права (договор об отчуждении исключительного права, лицензионный договор, договор о распоряжении исключительным правом, сублицензионный договор, решение суда о принудительной лицензии и т.д.), а вернее их отсутствие является юридическим признаком незаконного использования авторского права. В связи с этим необходимо определить, являются ли обнаруженные экземпляры объекта авторского права легальными или контрафактными. Для этого необходимо назначение экспертизы. Следует иметь в виду, что согласно ст. 1241 ГК РФ возможен переход исключительного права к другим лицам без договора (универсальное правопреемство, взыскание на имущество правообладателя); установление способа нарушения авторского права. Не смотря на существенное их отличие способы совершения преступлений можно разделить на следующие группы: а) незаконное воспроизведение (тиражирование) произведений, программных продуктов, фонограмм и т.д.; б) незаконное распространение экземпляров контрафактной продукции любым способом путем (продажа, сдачи в прокат, запись в память ЭВМ и т.д.); в) импорт экземпляров произведения в целях распространения, включая экземпляры, изготовленные с разрешения обладателя исключительных авторских прав в третьей стране,

импортируемые в Россию без согласия обладателя исключительных прав; в) публичный показ и исполнение произведений и других объектов авторского права без согласия правообладателей; г) незаконное размещение произведений, программных продуктов, фонограмм и т.д. в сети Интернет и создание возможности для их копирования; д) незаконное распространение произведений, программных продуктов, фонограмм и т.д. по телекоммуникационным каналам; е) несанкционированный перевод кино- и видеофильмов, передач эфирного и кабельного вещания.

Установление признаков контрафактности. Экземпляры программ для ЭВМ считаются контрафактными, если изготовление, распространение или иное их использование, а равно импорт таких экземпляров нарушает авторские и смежные права, охраняемые в соответствии с законодательством РФ. В случае, когда изготовление, распространение или иное использование, а также импорт, перевозка или хранение материальных носителей, в которых выражены результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, приводят к нарушению исключительного права на такой результат или на такое средство, такие материальные носители считаются контрафактными.

В ходе расследования преступления, связанного с незаконным использованием авторского права должны быть установлены обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого (п.3 ч.1 ст. 73 УПК РФ). В общих чертах доказыванию подлежит тот факт, что незаконное использование авторского права совершено вменяемым лицом, достигшим к моменту совершения преступления шестнадцатилетнего возраста. С точки зрения уголовного процесса все данные, характеризующие личность обвиняемого, можно разделить на три группы: 1) имеющие значение доказательств; 2) не имеющие значение доказательств, но влияющие на вид, размер наказания или освобождающие от наказания; 3) смешанные, обладающие обеими группами свойств.

Чаще всего в ходе расследования преступления, связанного с незаконным использованием авторского права изучение личности обвиняемого сводится к получению данных, имеющие значение доказательств, что представляется не совсем обоснованным и полным.

По мнению Ю.Д. Лившица, подлежат выяснению следующие данные о личности: демографические: фамилия, имя, отчество, пол, возраст, гражданство, национальность, образование, семейное положение, наличие детей; социальные: профессия, занимаемая должность и т.д.; нравственно-психологические: отношение к моральным ценностям и социальным функциям; биологические: сведения о состоянии на психиатрическом или наркологическом учете и т.д.¹

Сведения о личности обвиняемого должны быть отражены в материалах уголовного дела, исследоваться полностью и эффективно использоваться при принятии процессуальных и тактических решений по делу.

Совершение преступлений, связанных с незаконным использованием авторского права, возможно только при наличии у виновного прямого умысла, что следует из самой сути данной категории преступлений. Кроме того, факт незаконного использования авторского права имеет свою особенность, которая заключается в том, что наступление преступных последствий законодателем выделено за рамки состава преступления, то есть состав преступления формальный.

Таким образом, умысел лица формулируется по следующим признакам: лицо сознает общественную опасность своих деяний. Это положение охватывает факт совершения преступления, связанного с незаконным использованием авторского права, хранения, либо перевозки контрафактной продукции; лицо сознает вредоносность своих действий (осознает признаки предмета преступления) и понимает, что нарушает определенный зако-

¹ Лившиц Ю.Д. Теоретические проблемы воспитательного воздействия советского уголовного судопроизводства: Автореф. дисс. доктора юрид. наук. – М., 1977. – С. 27.

ном порядок осуществления подобных действий, но, тем не менее, их совершает. Сознанием лица должна охватываться возможность получения дохода от преступления, связанного с незаконным использованием авторского права.

Установлению подлежит количество участников группы, так как преступления, совершенные преступной группой подпадают под п. «б» ч.3 ст. 146 УК РФ). Установлению подлежит устойчивость группы, наличие лидера, наличие предварительного сговора между участниками с распределением ролей, направленность умысла каждого участника на совершение преступления, наличие разработанного плана и согласованность действий, распределение доходов, наличие судимостей у каждого участника. В таких случаях необходимо устанавливать обстоятельства, подлежащие доказыванию в отношении каждого участника организованной преступной группы, так же как и при совершении нескольких преступлений, необходимо устанавливать обстоятельства в отношении каждого преступного действия².

В ходе расследования преступления, связанного с незаконным использованием авторского права должен быть установлен характер и размер вреда, причиненного преступлением (п.4 ч.1 ст. 73 УПК РФ). По характеру вред, причиненный преступлением, подразделяется на имущественный и моральный. В результате совершения преступлений, связанных с незаконным использованием авторского права можно говорить о причинении как имущественного, так и морального вреда. Важно отметить, что особенностью авторского права на объект авторского права является то, что оно не связано с правом собственности на материальный объект, в котором произведение выражено. Передача права собственности на материальный объ-

² Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 1 «О судебном приговоре», 1996.

ект, не влечет передачи каких-либо авторских прав на произведение, выраженное в этом объекте.

На первоначальном этапе расследования необходимо установить причинно следственной связи между нарушением авторского права при использовании контрафактных программ ЭВМ и возникшими убытками, а так же установить обстоятельства, влияющие на степень и характер ответственности обвиняемого. Для этого необходимо установить «размер деяния». «Размер деяния» по факту незаконного использования авторского права имеет большое значение для решения вопроса о возбуждении уголовного дела и квалификации 146 ст. УК РФ. Особенность доказывания «размера деяния» при расследовании преступления, связанных с незаконным использованием программ для ЭВМ ни УК РФ, ни иные нормативно-правовые акты не содержат норм, прямо предписывающих каким образом определять «размера деяния». Не смотря на внесенные изменения в ст. 146 УК РФ, по прежнему определяется не размер деяния, а размер ущерба. Единственная официально сформулированная методика определения «размера ущерба» содержится в Постановлении Пленума Верховного Суда № 14 от 26 апреля 2007 года «О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака». Однако на наш взгляд она не достаточно подходит для определения «размера деяния» при расследовании преступления, связанных с незаконным использованием программ для ЭВМ по следующим мотивам: она не учитывает все многообразие возможных вариантов нарушения авторских прав, тем более с применением сети Интернет; замена размера ущерба на понятие «размет деяния», нарушает принцип; законности, на котором базируется Уголовный Кодекс РФ (п.2 ст. 3 Общей части УК РФ); «размера деяния» при незаконном использовании программ для ЭВМ зависит от стоимости авторских прав.

При решении вопроса о возбуждении уголовного дела, связанного с незаконным использованием программ для ЭВМ, как объекта авторского права, а так же для квалификации содеянного необходимо установить размер ущерба, причиненного владельцу авторского права. Нередко на этапе возбуждения уголовного дела установить точный «размер деяния» крайне затруднительно, а ошибки в определении «размера деяния», часто приводят как к отказу в возбуждении уголовного дела, так и к прекращению уголовных дел или вынесению по ним оправдательных приговоров. На сегодняшний день все судебные приговоры по делам подобного рода являются лишь толкованием УК, вступающим в противоречие с 19 статьей Конституции. В случае, если размер причиненного ущерба при незаконном использовании авторского права, невелик, то деяние можно признать мало значительным в соответствии с ч.2 ст. 14 УК РФ. Поскольку, законодательно не установлены критерии ущерба для наступления уголовной ответственности по ч. 1 ст. 146 УК РФ, то за основу принимается информационное письмо Генеральной прокуратуры РФ от 30 марта 2001 года № 36-15-01 «О практике применения законодательства по защите интеллектуальной собственности, состоянии прокурорского надзора и мерах по усилению борьбы с пиратством в аудиовизуальной сфере». В котором даны рекомендации по определению, подсчету и обоснованию ущерба, причиняемого данной категории преступлений. Например, данный подзаконный акт позволяет шире трактовать понятие «ущерба» и включать в него материальный и моральный ущерб, также ущерб от нарушения конституционного права на охрану интеллектуальной собственности (ст. 44 Конституции РФ), ущерб деловой репутации причинный легальному производителю. Если незаконно использовавшийся объект авторского права находился в собственности физического лица – автора или правообладателя, то в этом случае размер причиненного ущерба следовательно определяет совместно с автором или правообладателем. Если юридического - размер причиненного

ущерба следователь определяет совместно с представителем юридического лица, являющегося потерпевшим.

Необходимо установить имелся ли факт причинения «крупного размера деяния», так как для наступления уголовной ответственности по ч. 3 ст. 146 УК РФ необходимо наступление последствий в виде причинения правообладателю крупного ущерба и причинная связь между присвоением авторства и наступившим последствием. Законодательно установлены критерии крупного и особо крупного размера деяния для наступления уголовной ответственности по ч.ч. 2,3 ст. 146 УК РФ. Деяния, предусмотренные ч.ч. 2,3 ст. 146 УК РФ, признаются совершенными в крупном размере, если стоимость экземпляров произведений или фонограмм либо стоимость прав на использование объектов авторского права и смежных прав превышает пятьдесят тысяч рублей, а в особо крупном размере - двести пятьдесят тысяч рублей (в ред. Федерального закона от 08.12.2003 N 162-ФЗ).

К сожалению, не всегда представляется возможным объективно определить общий размер конкретного деяния или стоимость прав на использование программ для ЭВМ, как объектов авторского права на основе информации, предоставленной правообладателями. В этих случаях учитывается стоимость исходя из стоимости лицензии на использование объекта авторского права, предоставленная РАО – организацией по коллективному управлению имущественными авторскими и смежными правами.

В случаях, когда невозможно определить размер ущерба конкретного деяния или стоимость прав на использование программ для ЭВМ, как объектов авторского права можно взять за основу минимальные ставки авторского вознаграждения для соответствующего случая, установленные постановлениями Правительства РФ от 21 марта 1994 года «О минимальных ставках авторского вознаграждения за некоторые виды использования произведений литературы и искусства» и от 17 мая 1996 года «О ставках вознаграждения исполнителям за некоторые виды использования исполне-

ния (постановки)». При этом в соответствии с примечанием к ст. 146 УК РФ деяния признаются совершенными в крупном размере, если стоимость экземпляров произведений или фонограмм, либо стоимость прав на использование программ для ЭВМ, как объектов авторского права превышает пятьдесят тысяч рублей, а в особо крупном размере – двести пятьдесят тысяч рублей.

Литература

1. Постановление № 1 Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О судебном приговоре», 1996.
2. Лившиц Ю.Д. Теоретические проблемы воспитательного воздействия советского уголовного судопроизводства: Автореф. дисс. доктора юрид. наук. – М., 1977. – С. 27.
3. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 1 «О судебном приговоре», 1996.