

САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ИНСТИТУТ (ФИЛИАЛ)
АКАДЕМИИ ГЕНЕРАЛЬНОЙ ПРОКУРАТУРЫ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

С. П. КУШНИРЕНКО, В. Ф. ЩЕПЕЛЬКОВ

**НАРУШЕНИЕ АВТОРСКИХ
И СМЕЖНЫХ ПРАВ
НА ПРОГРАММЫ ДЛЯ ЭВМ
И БАЗЫ ДАННЫХ**

**КВАЛИФИКАЦИЯ
РАССЛЕДОВАНИЕ
ДОКАЗЫВАНИЕ**

Учебное пособие

2-е издание, переработанное и дополненное



Санкт-Петербург
2008

САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ИНСТИТУТ (ФИЛИАЛ)
АКАДЕМИИ ГЕНЕРАЛЬНОЙ ПРОКУРАТУРЫ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

С. П. КУШНИРЕНКО, В. Ф. ЩЕПЕЛЬКОВ

**НАРУШЕНИЕ АВТОРСКИХ
И СМЕЖНЫХ ПРАВ
НА ПРОГРАММЫ ДЛЯ ЭВМ
И БАЗЫ ДАННЫХ**

КВАЛИФИКАЦИЯ
РАССЛЕДОВАНИЕ
ДОКАЗЫВАНИЕ

Учебное пособие

2-е издание, переработанное и дополненное

Санкт-Петербург
2008

УДК 343(2+9)
ББК 67.408+67.52
К96

Авторы

*Раздел 1 — В. Ф. Щепельков.
Раздел 2 — С. П. Кушниренко.*

Рецензенты

Е. В. СИДОРЕНКО, начальник Управления по обеспечению участия прокуроров в рассмотрении уголовных дел судами Прокуратуры Санкт-Петербурга, кандидат юридических наук.

Н. И. ПИКУРОВ, заведующий кафедрой уголовного права и процесса Московского городского университета управления Правительства Москвы, доктор юридических наук, профессор.

Кушниренко, С. П.

К96 Нарушение авторских и смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных : Квалификация, расследование, доказывание : учебное пособие / С. П. Кушниренко, В. Ф. Щепельков. — 2-е изд., перераб. и доп. — СПб. : Санкт-Петербургский юридический институт (филиал) Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, 2008. — 92 с.

В учебном пособии последовательно раскрываются вопросы квалификации и расследования преступлений, связанных с нарушением авторских и смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных, а также излагаются основные средства доказывания по делам указанной категории.

Данное пособие во втором издании существенно переработано в связи с изменением законодательства в сфере интеллектуальной собственности — введением с 1 января 2008 года в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации, раздела VII «Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации».

Предназначено для использования в учебном процессе подготовки и повышения квалификации прокурорско-следственных кадров.

УДК 343(2+9)
ББК 67.408 + 67.52

© Санкт-Петербургский юридический институт Генеральной прокуратуры Российской Федерации, 2007

2

© Санкт-Петербургский юридический институт (филиал) Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, 2008

1. УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА НАРУШЕНИЯ АВТОРСКИХ и смежных прав на ПРОГРАММЫ для ЭВМ и БАЗЫ ДАННЫХ

1.1. Объект посягательства

В статье 146 УК РФ предусмотрена ответственность за нарушение авторских и смежных прав. Основной объект преступления — отношения, возникающие в связи с правовой охраной и использованием произведений, которые являются результатом *творческой деятельности*, независимо от назначения и достоинства произведения, а также от способа его выражения. Данные отношения урегулированы частью четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ).

К результатам творческой (интеллектуальной) деятельности согласно ст. 1225 ГК РФ относятся и программы для ЭВМ, и базы данных, которым предоставляется правовая охрана. Их создание влечет возникновение соответствующих правоотношений.

Программа для ЭВМ — это представленная в объективной форме совокупность данных и команд, предназначенных для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств в целях получения определенного результата, включая подготовительные материалы, полученные в ходе разработки программы для ЭВМ, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения (ст. 1261 ГК РФ).

База данных — это представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов (статей, расчетов, нормативных актов, судебных решений и иных подобных материалов), систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть найдены и обработаны с помощью ЭВМ (ст. 1260 ГК РФ).

В том случае, когда нарушаются авторские или смежные права на программы для ЭВМ или базы данных, основным объектом преступления, предусмотренного ст. 146 УК РФ, выступают отношения, возникающие в связи с правовой охраной и использованием программ для ЭВМ и баз данных. Авторские и

смежные права на программы для ЭВМ и базы данных образуют предмет преступления.

Авторские права на все виды программ для ЭВМ (в том числе на операционные системы и программные комплексы), которые могут быть выражены на любом языке и в любой форме, включая исходный текст и объектный код, охраняются так же, как авторские права на произведения литературы (ст. 1261 ГК РФ).

Бадам данных предоставляется правовая охрана как составным произведениям (ст. 1334 ГК РФ).

Авторские права распространяются на любые программы для ЭВМ и базы данных, как выпущенные, так и не выпущенные в свет, представленные в объективной форме, независимо от их материального носителя, назначения и достоинства. Авторские права распространяются на программы для ЭВМ и базы данных, являющиеся результатом творческой деятельности автора (соавторов).

Правовая охрана не распространяется на идеи и принципы, лежащие в основе программы для ЭВМ или базы данных или какого-либо их элемента, в том числе на идеи и принципы организации интерфейса и алгоритма, а также языки программирования (ст. 1259 ГК РФ).

Авторские права на программу для ЭВМ или базу данных не зависят от права собственности на материальный носитель. Любая передача прав на материальный носитель не влечет за собой передачи каких-либо прав на программу для ЭВМ или базу данных.

Авторские права на программу для ЭВМ или базу данных возникают в силу создания программы для ЭВМ или базы данных. Для признания и осуществления авторских прав на программу для ЭВМ или базу данных не требуется депонирование, регистрация произведения или соблюдение иных формальностей. Однако по желанию правообладателя регистрация возможна (ст.ст. 1259, 1262 ГК РФ).

Правообладатель для оповещения о своих правах согласно ст. 1271 ГК РФ может начиная с первого выпуска в свет про-

граммы для ЭВМ или базы данных использовать знак охраны авторского права, состоящий из трех элементов:

- 1) буквы «С» в окружности или в круглых скобках;
- 2) наименования (имени) правообладателя;
- 3) года первого выпуска программы для ЭВМ или базы данных в свет.

Авторские права на базу данных, состоящую из материалов, не являющихся объектами авторских прав, принадлежат лицам, создавшим базу данных. Авторские права на базу данных признаются при условии соблюдения авторских прав на каждое из произведений, включенных в эту базу данных. Авторские права на каждое из произведений, включенных в базу данных, сохраняются. Эти произведения могут использоваться независимо от такой базы данных. Авторские права на базу данных не препятствуют другим лицам осуществлять самостоятельный подбор и организацию произведений и материалов, входящих в эту базу данных.

Авторские права распространяются на часть произведения, на его название, на персонаж произведения, если по своему характеру они могут быть признаны самостоятельным результатом творческого труда автора.

К авторским правам на программы для ЭВМ и базы данных относятся:

1. Исключительное право на программу для ЭВМ или базу данных (право использовать произведение в любой форме и любым не противоречащим закону способом). Правообладатель может распоряжаться исключительным правом на произведение (ст. 1270 ГК РФ).

2. Право авторства (право признаваться автором программы для ЭВМ или базы данных) (ст. 1265 ГК РФ).

3. Право автора на имя (право использовать или разрешать использование программы для ЭВМ или базы данных под своим именем, под вымышленным именем (псевдонимом) или без указания имени) (ст. 1265 ГК РФ).

4. Право на неприкосновенность произведения (право на защиту как самой программы для ЭВМ или базы данных, так и их названия от всякого рода иска-

жений или иных посягательств, способных нанести ущерб чести и достоинству автора) (ст. 1266 ГК РФ).

5. Право на обнародование произведения (право обнародовать или разрешать обнародовать путем выпуска в свет (опубликования) программу для ЭВМ или базу данных) (ст. 1268 ГК РФ).

Автору программы для ЭВМ или базы данных могут принадлежать и другие права (в частности, право на вознаграждение за использование служебного произведения).

Для квалификации содеянного по ст. 146 УК РФ также необходимо установить, что не истек срок действия исключительного права на произведение (ст. 1281 ГК РФ).

Исключительное право на программу для ЭВМ или базу данных действует в течение всей жизни автора и семидесяти лет, считая с 1 января года, следующего за годом смерти автора. Исключительное право на программу для ЭВМ или базу данных, созданные в соавторстве, действует в течение всей жизни автора, пережившего других соавторов, и семидесяти лет, считая с 1 января года, следующего за годом его смерти.

На произведение, обнародованное анонимно или под псевдонимом, срок действия исключительного права истекает через семьдесят лет, считая с 1 января года, следующего за годом его правомерного обнародования. Если в течение указанного срока автор произведения, обнародованного анонимно или под псевдонимом, раскроет свою личность или его личность не будет далее оставлять сомнений, исключительное право будет действовать в течение всей жизни автора и семидесяти лет, считая с 1 января года, следующего за годом его смерти.

Исключительное право на произведение, обнародованное после смерти автора, действует в течение семидесяти лет после обнародования произведения, считая с 1 января года, следующего за годом его обнародования, при условии, что произведение было обнародовано в течение семидесяти лет после смерти автора.

К смежным правам, объектом которых являются программы для ЭВМ или базы данных, относятся права изготовителя базы данных (ст.ст. 1333—1336 ГК РФ) и права публикатора программы для ЭВМ (ст.ст. 1338—1344 ГК РФ).

Изготовителем базы данных признается лицо, организовавшее создание базы данных и работу по сбору, обработке и расположению составляющих ее материалов. При отсутствии доказательств иного изготовителем базы данных признается гражданин или юридическое лицо, имя или наименование которых указано обычным образом на экземпляре базы данных и(или) его упаковке.

Изготовителю базы данных принадлежат:

исключительное право изготовителя базы данных;

право на указание на экземплярах базы данных и(или) их упаковках своего имени или наименования.

Исключительное право изготовителя базы данных возникает в момент завершения ее создания и действует в течение пятнадцати лет, считая с 1 января года, следующего за годом ее создания. Исключительное право изготовителя базы данных, обнародованной в указанный период, действует в течение пятнадцати лет, считая с 1 января года, следующего за годом ее обнародования. Указанные сроки возобновляются при каждом обновлении базы данных.

Исключительное право изготовителя базы данных действует на территории Российской Федерации в случаях, когда:

изготовитель базы данных является гражданином Российской Федерации или российским юридическим лицом;

изготовитель базы данных является иностранным гражданином или иностранным юридическим лицом при условии, что законодательством соответствующего иностранного государства предоставляется на его территории охрана исключительному праву изготовителя базы данных, изготовителем которой является гражданин Российской Федерации или российское юридическое лицо;

в иных случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации.

Если изготовитель базы данных является лицом без гражданства, в зависимости от того, имеет это лицо место жительства на территории Российской Федерации или иностранного государства, соответственно применяются правила, касающиеся действия исключительного права изготовителя базы данных на территории Российской Федерации, относящиеся к гражданам Российской Федерации или иностранным гражданам.

Публикатором признается гражданин, который правомерно обнародовал или организовал обнародование произведения, ранее не обнародованного и перешедшего в общественное достояние либо находящегося в общественном достоянии в силу того, что оно не охранялось авторским правом.

Публикатору принадлежат:

исключительное право публикатора на обнародованное им произведение;

право на указание своего имени на экземплярах обнародованного им произведения и в иных случаях его использования, в том числе при переводе или другой переработке произведения.

Исключительное право публикатора на произведение возникает в момент обнародования этого произведения и действует в течение двадцати пяти лет, считая с 1 января года, следующего за годом его обнародования.

Исключительное право публикатора распространяется на произведение:

обнародованное на территории Российской Федерации, независимо от гражданства публикатора;

обнародованное за пределами территории Российской Федерации гражданином Российской Федерации;

обнародованное за пределами территории Российской Федерации иностранным гражданином или лицом без гражданства, при условии, что законодательством иностранного государства, в котором обнародовано произведение, предоставляется на его территории охрана исключительному праву публикатора, являющегося гражданином Российской Федерации. При этом срок действия исключительного права публикатора на произведение на территории Российской Федерации не может превышать срок действия исключительного права публикатора на произведение, установленный в государстве, на территории которого имел место юридический факт, послуживший основанием для приобретения такого исключительного права;

в иных случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации.

Исключительное право публикатора на произведение может быть прекращено досрочно в судебном порядке по иску заинтересованного лица, если при использовании произведения право-

обладатель нарушает требования в отношении охраны авторства, имени автора или неприкосновенности произведения.

1.2. Квалификация нарушения авторских прав на программы для ЭВМ и базы данных как плагиата по ч. 1 ст. 146 УК РФ

В части 1 ст. 146 УК РФ предусмотрена ответственность за плагиат (присвоение авторства). Плагиат нарушает прежде всего право авторства, т. е. право называться автором произведения, относящееся к неимущественным правам. Однако может причинять ущерб и иным интересам. В результате плагиата автор может лишиться возможности получить премию, упустить возможность получить контракт и т. д.

При квалификации содеянного как плагиата должен учитываться только ущерб, который причинен правообладателю. Иные последствия могут учитываться при назначении наказания как обстоятельства, влияющие на характер и степень общественной опасности посягательства.

Объективная сторона преступления

Объективная сторона преступления, предусмотренного в ч. 1 ст. 146 УК РФ, состоит из общественно опасного деяния (присвоение авторства), общественно опасных последствий (причинение крупного ущерба автору или иному правообладателю), а также причинной связи между указанными действиями и последствиями.

Общественно опасное деяние

Присвоение авторства, или плагиат, — это выдача чужого произведения за свое. Присвоение авторства может состоять, в частности, в объявлении себя автором чужого произведения, выпуске чужого произведения (в полном объеме или частично) под своим именем, издании под своим именем произведения, созданного в соавторстве с другими лицами, без указания их

имени¹. Автором результата интеллектуальной деятельности в соответствии со ст. 1228 ГК РФ признается гражданин, творческим трудом которого создан такой результат. Не признаются авторами результата интеллектуальной деятельности граждане, не внесшие личного творческого вклада в создание такого результата, в том числе оказавшие его автору только техническое, консультационное, организационное или материальное содействие или помощь либо только способствовавшие оформлению прав на такой результат или его использованию, а также граждане, осуществлявшие контроль за выполнением соответствующих работ.

При плагиате лицо выдает себя за автора произведения или части произведения, в создании которых оно не принимало участия. Поэтому формально присвоение авторства как действие будет и в том случае, когда присваивается авторство части программы для ЭВМ, пусть и небольшой. Вместе с тем вопрос об уголовной ответственности, когда в процессе создания нового произведения присваивается авторство на отдельные части программ других авторов, должен решаться с учетом иных признаков состава (причинение крупного ущерба и наличие умысла).

Согласно ст. 1265 ГК РФ право авторства и право автора на имя — неотчуждаемы и непередаваемы. Отказ от этих прав ничтожен. Поэтому формально плагиат будет иметь место даже в том случае, когда создатель произведения согласен на то, чтобы автором признавалось другое лицо, которое не участвовало в создании программы или базы данных.

Однако, как представляется, уголовная ответственность за плагиат с согласия автора должна исключаться. Согласие потерпевшего хотя и не предусмотрено в УК РФ в качестве обстоятельства, исключающего преступность деяния, тем не менее по делам о причинении имущественного ущерба признается таковым исходя из того, что владелец прав может ими распоряжаться по своему усмотрению.

Плагиат предполагает, что лицо, его совершающее, выдает *себя* за автора произведения. Поэтому не будет плагиата, если в

¹ См.: О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2007 г. № 14. П. 3.

качестве автора указывается другое лицо или вымышленное лицо, поскольку в этом случае нет собственно присвоения авторства. При наличии иных признаков речь может идти о преступлении, предусмотренном ч. 2 или ч. 3 ст. 146 УК РФ.

Присвоение авторства при наличии принуждения. Особая разновидность плагиата будет иметь место, когда присвоение авторства осуществляется путем принуждения (применения насилия, угроз применения насилия, причинения вреда законным интересам принуждаемого). Лицо, принудившее автора или других лиц указать его автором (соавтором) произведения, в создании которого оно не принимало участия, следует считать совершившим присвоение авторства. Типичным вариантом этой разновидности плагиата является принуждение к соавторству с использованием служебной зависимости. Например, руководитель, который не принимал участия в создании произведения, требует от подчиненного указать его в качестве соавтора. Если подчиненный соглашается и наряду с собой указывает автором руководителя, то, на наш взгляд, можно вести речь о присвоении руководителем авторства.

Уголовная ответственность принуждаемого лица — автора произведения исключается, хотя он и помогает присвоить авторство другому лицу. Этот вывод основан на том, что автор произведения не может подлежать ответственности за причинение вреда самому себе.

Однако если произведение создано авторским коллективом и один из соавторов принуждается к тому, чтобы в качестве еще одного соавтора указать лицо, не принимавшее участия в создании произведения, то при наличии всех признаков состава не исключена ответственность принуждаемого как пособника. При принуждении к соавторству одного из членов авторского коллектива ущерб может причиняться и другим соавторам. Поэтому, принимая во внимание буквальный смысл ч. 1 ст. 146 УК РФ, необходимо заключить, что в случае причинения другим соавторам (другому соавтору) крупного ущерба может встать вопрос о привлечении к уголовной ответственности как принуждающего, так и принуждаемого. Причем исполнителем плагиата будет принуждающий к соавторству. Принуждаемый же будет пособником. Исполнителем преступления в данном случае он признаваться не может, поскольку объективная сторона престу-

пления предполагает указание себя в качестве автора произведения. Принуждаемый является автором, следовательно, ему нельзя инкриминировать присвоение авторства, а вот пособничество в присвоении авторства — можно, за что при наличии иных признаков состава он и будет подлежать уголовной ответственности.

Если же принуждается не автор произведения, а, например, лицо, отвечающее за выпуск базы данных, от которого требуют указать в качестве автора другое лицо, то принуждаемого при условии отсутствия признаков, исключających преступность деяния, следует признавать пособником плагиата.

Плагиат при соавторстве. Согласно ст. 1258 ГК РФ граждане, создавшие произведение совместным творческим трудом, признаются соавторами независимо от того, образует ли такое произведение неразрывное целое или состоит из частей, каждая из которых имеет самостоятельное значение. Это значит, что автором совместно созданного произведения считается каждый из соавторов. Поэтому при использовании такого произведения должны указываться все соавторы. Если же одни соавторы используют произведение и не указывают других соавторов, то тем самым они присваивают себе авторство на произведение в целом, что следует расценивать как плагиат.

С другой стороны, в соответствии с ГК РФ часть произведения, использование которой возможно независимо от других частей, т. е. часть, имеющая самостоятельное значение, может быть использована ее автором по своему усмотрению, если соглашением между соавторами не предусмотрено иное. Поэтому нельзя считать плагиатом использование соавтором созданной им части произведения, которое в целом создано в соавторстве.

Отдельно необходимо сказать о случаях, когда коллектив авторов общим решением исключает одного из соавторов из списка авторов, хотя и использует его творческий труд. В этой ситуации может идти речь о соучастии в присвоении авторства на не созданную соавторами часть произведения. Плагиат при этом может вменяться только тем соавторам, умыслом которых охватывался факт присвоения авторства и которые, кроме того, участвовали в принятии решения о незаконном исключении из коллектива авторов своего соавтора и незаконном использовании его творческого труда.

Присвоение авторства на базы данных. Базы данных относятся к составным произведениям. Согласно ст. 1260 ГК РФ составитель осуществляет свои авторские права при условии соблюдения прав авторов произведений, использованных для создания составного произведения. Авторы произведений, включенных в базу данных, сохраняют исключительное право на использование своих произведений независимо от базы данных в целом. Приведенные положения закона позволяют заключить, что составителю не переходят права на произведения, включенные в составное произведение. Поэтому издание им составного произведения под своим именем будет содержать признаки плагиата. Существуют права авторов, чьи произведения включены в составное произведение, в том числе и право авторства. И отдельно существует право составителя.

Общественно опасные последствия и причинная связь

Состав, предусмотренный в ч. 1 ст. 146 УК РФ, является материальным. Присвоение авторства считается оконченным, если наступили последствия в виде причинения крупного ущерба правообладателю.

Понятие ущерба, если исходить из систематического толкования уголовного закона, включает в себя все общественно опасные последствия, которые наступают в результате совершения общественно опасного деяния.

Однако при оценке ущерба от плагиата необходимо учитывать вред, который:

а) *причинен правообладателю.* При квалификации плагиата должен учитываться только вред, причиненный правообладателю. Причиненный присвоением авторства вред третьим лицам при квалификации по ч. 1 ст. 146 УК РФ учитываться не будет. Вместе с тем при определенных условиях вред другим интересам, охраняемым уголовным законом, может приниматься во внимание при назначении наказания как обстоятельство, характеризующее общественную опасность деяния.

Под правообладателем понимается автор, его наследник, а также любое физическое или юридическое лицо, которое обладает исключительным правом на использование программы для ЭВМ или базы данных в силу закона или договора.

Требование учета вреда, причиненного именно правообладателю, предполагает, как правило, установление лица, которому принадлежат соответствующие права. Как показывает анализ судебной и, прежде всего, следственной практики, нередко очень сложно установить такое лицо, особенно если оно находится в другом государстве;

б) *охватывался умыслом виновного*. Преступление, предусмотренное ч. 1 ст. 146 УК РФ является умышленным. Отсюда является недопустимым вменение вреда, который не охватывался умыслом виновного;

в) *не учтен при квалификации как признак иных преступлений*. Данное требование вытекает из принципа справедливости, предусматривающего недопустимость так называемой двойной ответственности.

При плагиате правообладателю может быть причинен как имущественный, так и неимущественный вред. Однако причинение имущественного вреда нетипично. Хотя возможна ситуация, когда именно плагиат будет являться причиной имущественного ущерба. Допустим, лицо, участвуя в конкурсе, представляет чужую программу для ЭВМ под своим именем, получает вознаграждение, тем самым причиняет крупный имущественный ущерб правообладателю, поскольку лишает его возможности получить вознаграждение.

В то же время Пленум Верховного Суда РФ рекомендует учитывать при плагиате реальный ущерб, упущенную выгоду, доходы, полученные лицом в результате нарушения им прав на результаты интеллектуальной деятельности². Перечисленные виды ущерба, как правило, причиняются не присвоением авторства, а незаконным использованием объектов авторских прав (в частности, путем распространения контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных). Между плагиатом и ущербом нет причинной связи. Однако Пленум трактует плагиат не только как объявление себя автором чужого произведения, но и как выпуск чужого произведения (в полном объеме или частично) под своим именем, издание под своим именем произведения, созданного в соавторстве с другими лицами, без указания

² См.: Постановление Пленума Верховного Суда от 26 апреля 2007 г. № 14. П. 24.

их имени³. Такое понимание плагиата позволяет говорить о возможности причинения имущественного ущерба.

Но тогда возникает другая проблема. Если чужое произведение выпускается под своим именем и тем самым причиняется крупный ущерб правообладателю, надо ли помимо ч. 1 ст. 146 УК РФ дополнительно вменять ч. 2 или ч. 3 ст. 146 УК РФ. Формально в содеянном будут присутствовать признаки как одного, так и другого преступления. Сравнительный анализ санкций за указанные преступления показывает, что бóльшую общественную опасность представляет преступление, предусмотренное ч. 2 (ч. 3) ст. 146 УК РФ, следовательно, данное преступление и подлежит обязательному вменению⁴. С другой стороны, если вменять совокупность преступлений, то дважды будут учитываться одни и те же признаки (выпуск программы для ЭВМ или базы данных предполагает и неизбежное использование соответствующих объектов авторских прав в виде распространения их экземпляров), что вступает в противоречие с принципом справедливости (ст. 6 УК РФ).

В связи с этим более приемлемой видится квалификация распространения чужих программ для ЭВМ или баз данных под своим именем только по ч. 2 или ч. 3 ст. 146 УК РФ с учетом присвоения авторства при назначении наказания.

Согласно же смыслу рекомендаций Пленума Верховного Суда РФ содеянное в этой ситуации следует квалифицировать по совокупности преступлений, предусмотренных ч. 1 ст. 146 УК РФ и ч. 2 или ч. 3 ст. 146 УК РФ.

Неимущественный ущерб в случае плагиата может выражаться в лишении автора возможности реализовать свои права: получить ученую степень, занять определенную должность, поступить в учебное заведение или окончить его и т. п.

В Постановлении Пленума отмечается, что при квалификации действий виновных по делам о преступлениях, предусмотренных ст.ст. 146, 147 и 180 УК РФ, не должен учитываться причиненный потерпевшему моральный вред, в том числе связанный с подрывом его деловой репутации. Требования о ком-

³ См.: Там же. П. 3.

⁴ Максимальное наказание за плагиат составляет 6 месяцев ареста, а за преступление, предусмотренное ч. 2 ст. 146 УК РФ, — 2 года лишения свободы.

пенсации морального вреда могут быть рассмотрены в рамках уголовного дела путем разрешения предъявленного потерпевшим гражданского иска⁵.

Данное разъяснение имеет важный практический смысл. Пленум поставил точку в споре о возможности учета морального вреда при исчислении ущерба от рассматриваемого преступления. Хотя и не все исследователи согласны с такой позицией, как представляется, она соответствует требованиям УК РФ. Ведь моральный вред — это последствие, которое в цепи причинной связи весьма отдалено от общественно опасных действий и зачастую не охватывается умыслом виновного, а потому и не может быть учтено при квалификации.

Для квалификации содеянного по ч. 1 ст. 146 УК РФ необходимо, чтобы ущерб, причиненный правообладателю, был крупным. Понятие крупного ущерба относится к разряду оценочных. Это значит, что вывод о признании ущерба крупным делается исходя из обстоятельств конкретного дела. Законодатель предоставил правоприменителю возможность максимально учитывать обстоятельства содеянного. Формально определенного алгоритма его установления закон не предусматривает. Пленум отмечает: «Учитывая, что применительно к части 1 статьи 146 и статье 147 УК РФ ущерб, который может быть признан судом крупным, в законе не указан, суды при его установлении должны исходить из обстоятельств каждого конкретного дела (например, из наличия и размера реального ущерба, размера упущенной выгоды, размера доходов, полученных лицом в результате нарушения им прав на результаты интеллектуальной деятельности или на средства индивидуализации). При этом следует учитывать положения статьи 15 Гражданского кодекса Российской Федерации, в соответствии с которой, если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, лицо, право которого нарушено, вправе требовать возмещения наряду с другими убытками упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы»⁶.

⁵ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2007 г. № 14. П. 28.

⁶ См.: Там же. П. 24.

Базовой величиной при оценке имущественного ущерба как крупного можно предложить крупный размер, определенный применительно к ч. 2 ст. 146 УК РФ. Согласно примечанию к ст. 146 УК РФ крупный размер составляет стоимость экземпляров произведений или фонограмм либо стоимость прав на использование объектов авторского права, превышающая 50 тысяч рублей.

На практике в свое время возникал вопрос о возможности сложения размеров ущерба, причиненного разным правообладателям. И теория, и практика решают эту проблему положительно. При исчислении размера ущерба следует складывать размеры ущерба, причиненного преступлением каждому из правообладателей. Так, если под своим именем выпускается программа, состоящая из частей, созданных другими авторами, то размер ущерба от содеянного будет определяться как сумма ущерба, причиненного каждому из обладателей авторских прав.

Согласно учению о составе преступления ответственность за причиненный вред может наступить только при условии наличия причинной связи между общественно опасным деянием и наступившими последствиями. Применительно к составу плагиата это означает, что содеянное квалифицируется по ч. 1 ст. 146 УК РФ лишь в случае, если причиненный автору или иному правообладателю крупный ущерб является следствием присвоения авторства.

Субъект и субъективная сторона преступления

Ответственность по ч. 1 ст. 146 УК РФ может нести вменяемое лицо, достигшее шестнадцатилетнего возраста. Исполнителем плагиата может быть признано только лицо, чье авторство присваивается программе для ЭВМ или базе данных.

Субъективная сторона плагиата характеризуется виной в форме умысла, который может быть как прямым, так и косвенным. Мотив и цель присвоения авторства на квалификацию не влияют, но могут учитываться при назначении наказания как обстоятельства, характеризующие общественную опасность содеянного и личность виновного.

1.3. Квалификация нарушения авторских и смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных по ч. 2 ст. 146 УК РФ

В части 2 ст. 146 УК РФ предусмотрена уголовная ответственность за незаконное использование объектов авторских или смежных прав, а равно приобретение, хранение, перевозку контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта, совершенные в крупном размере.

Таким образом, незаконный оборот программ для ЭВМ и баз данных может содержать признаки:

- незаконного использования объектов авторских прав;
- незаконного использования объектов смежных прав;
- приобретения, хранения, перевозки контрафактных экземпляров произведений.

В пункте 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ «О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака» от 26 апреля 2007 г. № 14 указано, что «при решении вопроса о виновности лица в совершении преступления, предусмотренного статьей 146 УК РФ, суду надлежит установить факт нарушения этим лицом авторских или смежных прав и указать в приговоре, какое право автора или иного правообладателя, охраняемое какой именно нормой закона Российской Федерации, было нарушено в результате совершения преступления».

Так, судебной коллегией по уголовным делам Санкт-Петербургского городского суда в 2007 году отменено два обвинительных приговора Московского федерального суда (в отношении Сахарова В. Г., обвиняемого по ст.ст. 146 ч. 3 п. «в», 146 ч. 2 УК РФ, и в отношении Грибкова А. В., обвиняемого по ст.ст. 146 ч. 3 п. «в», 146 ч. 2 УК РФ), уголовные дела направлены на новое судебное рассмотрение. Одной из причин отмены судебных решений явилось то, что судом в приговоре не указано, в чем заключалось нарушение авторских и смежных прав, как не указано, какие именно права (авторские или смежные) были нарушены⁷.

⁷ Обзор практики рассмотрения судами уголовных дел о преступлениях в области интеллектуальной собственности за 10 месяцев 2007 года // Бюллетень практики участия прокуроров в рассмотрении дел судами. СПб., 2008. Вып. 1. С. 59.

Незаконное использование объектов авторских или смежных прав влечет причинение вреда прежде всего имущественным интересам автора или иного правообладателя. Эти интересы связаны с реализацией исключительного права на использование произведения.

Вместе с тем, представляется, незаконное использование объектов авторских или смежных прав может причинять вред и неимущественным интересам. Например, произведение обнародуется вопреки воле автора, а затем распространяется без его согласия. Здесь страдают как имущественные интересы, так и неимущественные, а именно право на обнародование. Для квалификации содеянного по ч. 2 ст. 146 УК РФ факт причинения ущерба неимущественным интересам правообладателя значения не имеет. Неимущественные интересы, охраняемые авторским правом, составляют факультативный объект преступления.

Факультативным объектом незаконного использования объектов авторских прав может быть и интерес, связанный с правом авторства. Так, в случае незаконного распространения произведения под чужим именем при отсутствии признаков плагиата не только причиняется вред имущественным интересам правообладателя, но и нарушается право авторства. Содеянное, однако, будет квалифицироваться только как незаконное использование объектов авторских прав. Дополнительной квалификации по ч. 1 ст. 146 УК РФ не требуется, поскольку нет присвоения авторства.

Нарушение смежных прав, объектами которых являются базы данных в части их охраны от несанкционированного извлечения и повторного использования составляющих их содержание материалов, а также программы для ЭВМ, обнародованные после их перехода в общественное достояние, в части охраны прав публикаторов таких произведений, — посягательство на соответствующие интересы изготовителя базы данных (ст.ст. 1333, 1334 ГК РФ) и публикатора программы для ЭВМ (ст.ст. 1338, 1339 ГК РФ).

Приобретение, хранение, перевозка контрафактных экземпляров программ для ЭВМ и баз данных в целях сбыта представляют собой подготовительные действия к незаконному использованию объектов авторских или смежных прав. Объектом по-

святательства являются имущественные интересы обладателей авторских или смежных прав. Факультативным объектом могут быть и неимущественные права обладателей авторских или смежных прав. Например, если контрафактные экземпляры произведения выпущены под чужим именем без признаков плагиата или под вымышленным именем, нарушается право авторства. Наличие факультативного объекта преступления влияет на оценку характера и степени общественной опасности деяния и должно учитываться при назначении наказания согласно общим началам назначения наказания (ч. 3 ст. 60 УК РФ).

Объективная сторона преступления

Незаконное использование объектов авторских прав. Согласно ст. 1270 ГК РФ автору произведения или иному правообладателю принадлежит исключительное право использовать произведение в любой форме и любым не противоречащим закону способом (исключительное право на произведение).

Использованием программы для ЭВМ или базы данных считается, в частности:

1) их воспроизведение, т. е. изготовление одного и более экземпляра программы для ЭВМ или базы данных (частей указанных произведений) в любой материальной форме. При этом запись произведения на электронном носителе, в том числе запись в память ЭВМ, также считается воспроизведением, кроме случая, когда такая запись является временной и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего единственной целью правомерное использование записи или правомерное доведение произведения до всеобщего сведения;

2) распространение программы для ЭВМ или базы данных путем продажи или иного отчуждения оригинала или экземпляров произведения;

3) импорт оригинала или экземпляров программы для ЭВМ или базы данных в целях распространения;

4) прокат оригинала или экземпляра программы для ЭВМ или базы данных, когда они являются основными объектами проката;

5) переработка (модификация) программы для ЭВМ или базы данных, т. е. любые их изменения, в том числе перевод такой программы или такой базы данных с одного языка на другой язык, за исключением адаптации, т. е. внесения изменений, осуществляемых исключительно в целях функционирования программы для ЭВМ или базы данных на конкретных технических средствах пользователя или под управлением конкретных программ пользователя.

Как использование программ для ЭВМ или баз данных расцениваются и иные действия по их введению в хозяйственный оборот.

Использование объекта авторских прав признается незаконным, если лицо, его осуществляющее, не имеет права использовать произведение. Использование объекта авторских прав будет незаконным и в том случае, если лицо, обладающее правом совершать одни действия, на самом деле совершает иные действия, на которые оно не имеет права (например, лицо, имеющее право только на распространение экземпляров программы для ЭВМ, занимается их изготовлением).

Право на использование произведения возникает:

в силу авторства (ст. 1228 ГК РФ);

при переходе по наследству (ст. 1283 ГК РФ);

в силу закона (ст.ст. 1272—1275, 1277, 1278, 1280 ГК РФ);

на основании договора об отчуждении исключительного права на результат интеллектуальной деятельности (ст. 1234 ГК РФ);

на основании лицензии, выданной организацией, управляющей имущественными правами на коллективной основе (ст. 1242);

на основании лицензионного договора о передаче права на использование произведения;

при переходе произведения в общественное достояние по истечении срока действия авторского права (ст. 1282 ГК РФ);

при удовлетворении взыскания, обращенного на исключительное право, принадлежащее не самому автору, а другому лицу, или на право использования произведения, принадлежащее лицензиату (ст. 1284 ГК РФ);

у работодателя на служебное произведение (ст. 1295 ГК РФ);

у заказчика на основании договора, предметом которого было создание программы для ЭВМ или базы данных (ст. 1296 ГК РФ);

при согласии правообладателя на свободное использование произведения.

Наличие того или иного основания возникновения права на использование объекта авторских прав еще не всегда свидетельствуют о правомерности соответствующих действий. Так, незаконным может быть использование объекта авторских прав и самим автором, если он передал исключительное право на использование произведения. Поэтому необходимо принимать во внимание весь комплекс норм, предусматривающих основания возникновения права на использование объектов авторских прав, в их взаимосвязи.

Автор сохраняет право на использование своего произведения, если он не передал данное право по договору, если произведение было создано не в порядке выполнения служебного задания. Исключительное право на служебное произведение принадлежит лицу, с которым автор состоит в трудовых отношениях (работодателю), если в договоре между ним и автором не предусмотрено иное.

В случае соавторства каждый из соавторов вправе использовать созданную им часть произведения, имеющую самостоятельное значение, по своему усмотрению, если иное не предусмотрено соглашением между ними. Право на использование произведения в целом принадлежит соавторам совместно. Взаимоотношения соавторов могут определяться соглашением между ними. Если произведение соавторов образует одно неразрывное целое, то ни один из соавторов не вправе без достаточных к тому оснований запретить использование произведения.

Наследник вправе совершать только те действия, права на которые к нему перешли согласно нормам о наследовании.

Наличие договора о передаче исключительного права или договора о предоставлении права использования произведения является безусловным основанием правомерного использования объекта авторских прав. Договор является приоритетным условием. Остальные условия действуют в случаях, когда соответствующие вопросы не урегулированы договором. Конечно, речь

идет о надлежащем договоре, который должен удовлетворять требованиям, предусмотренным в ст.ст. 1285—1288 ГК РФ. По общему правилу нельзя использовать объекты авторских прав способом или в размере, не предусмотренными договором, а также в нарушение условий договора. Так, будет иметь место незаконное использование объектов авторских прав, если количество экземпляров программ для ЭВМ превышает указанное в договоре.

Возможна ситуация, когда заключен договор о предоставлении права использования объекта авторских прав, предусматривающий выплату вознаграждения, объект соответствующим образом используется (например, распространяется база данных), а положенное вознаграждение автору или иному правообладателю не выплачивается. Можно ли такое использование объекта авторских прав признать незаконным и при наличии иных признаков состава квалифицировать содеянное по ст. 146 УК РФ? Является ли ответ на поставленный вопрос универсальным или же существуют определенные обстоятельства, в зависимости от наличия которых можно прийти к разным выводам относительно оценки содеянного?

С одной стороны, договор заключен и субъект имеет право на воспроизведение и распространение базы данных. С другой — вознаграждение не выплачивается, т. е. не выполняются условия договора.

На наш взгляд, нарушение порядка выплаты вознаграждения само по себе не может образовывать состав незаконного использования объектов авторских или смежных прав. Данный вывод основан на том, что здесь главным образом нарушаются интересы, которые охраняются иными уголовно-правовыми нормами. При наличии соответствующих признаков содеянное в этом случае может содержать, например, состав злоупотребления полномочиями (ст. 201 УК РФ). Учитывая неоспорность нашего утверждения, полагаем, что целесообразно в диспозиции ст. 146 УК РФ предусмотреть виды и условия незаконного использования объектов авторских или смежных прав, которое должно влечь уголовную ответственность. Это позволит отграничивать преступление от гражданско-правовых деликтов и административных правонарушений.

При решении вопроса о законности использования объекта авторских прав необходимо принимать во внимание, что существуют исключения из общего правила, когда использование произведения априори не может быть признано незаконным (ст.ст. 1280, 1272 ГК РФ).

Лицо, правомерно владеющее экземпляром программы для ЭВМ или экземпляром базы данных (пользователь), вправе без разрешения автора или иного правообладателя и без выплаты дополнительного вознаграждения:

внести в программу для ЭВМ или базу данных изменения исключительно в целях их функционирования на технических средствах пользователя и осуществлять действия, необходимые для функционирования такой программы или базы данных в соответствии с их назначением, в том числе запись и хранение в памяти ЭВМ (одной ЭВМ или одного пользователя сети), а также осуществить исправление явных ошибок, если иное не предусмотрено договором с правообладателем;

изготовить копию программы для ЭВМ или базы данных при условии, что эта копия предназначена только для архивных целей или для замены правомерно приобретенного экземпляра в случаях, когда такой экземпляр утерян, уничтожен или стал непригоден для использования. При этом копия программы для ЭВМ или базы данных не может быть использована в иных целях, чем цели, указанные выше, и должна быть уничтожена, если владение экземпляром такой программы или базы данных перестало быть правомерным.

Лицо, правомерно владеющее экземпляром программы для ЭВМ, вправе без согласия правообладателя и без выплаты дополнительного вознаграждения изучать, исследовать или испытывать функционирование такой программы в целях определения идей и принципов, лежащих в основе любого элемента программы для ЭВМ, путем внесения изменений.

Лицо, правомерно владеющее экземпляром программы для ЭВМ, вправе без согласия правообладателя и без выплаты дополнительного вознаграждения воспроизвести и преобразовать объектный код в исходный текст (декомпилировать программу для ЭВМ) или поручить иным лицам осуществить эти действия, если они необходимы для достижения способности к взаимодействию

независимо разработанной этим лицом программы для ЭВМ с другими программами, которые могут взаимодействовать с декомпилируемой программой, при соблюдении следующих условий:

1) информация, необходимая для достижения способности к взаимодействию, ранее не была доступна этому лицу из других источников;

2) указанные действия осуществляются в отношении только тех частей декомпилируемой программы для ЭВМ, которые необходимы для достижения способности к взаимодействию;

3) информация, полученная в результате декомпилирования, может использоваться лишь для достижения способности к взаимодействию независимо разработанной программы для ЭВМ с другими программами, не может передаваться иным лицам, за исключением случаев, когда это необходимо для достижения способности к взаимодействию независимо разработанной программы для ЭВМ с другими программами, а также не может использоваться для разработки программы для ЭВМ, по своему виду существенно схожей с декомпилируемой программой для ЭВМ, или для осуществления другого действия, нарушающего исключительное право на программу для ЭВМ.

Кроме того, перепродажа или передача иным способом права собственности либо иных вещных прав на экземпляр программы для ЭВМ или базы данных после первой продажи или другой передачи права собственности на этот экземпляр допускается без согласия правообладателя и без выплаты ему дополнительного вознаграждения.

Особый интерес представляет оценка законности использования объектов авторских прав при наличии у субъекта лицензии на соответствующие действия, выданной организацией, управляющей имущественными правами авторов и иных обладателей авторских и смежных прав на коллективной основе.

Наличие такой лицензии является основанием для правомерного использования объектов авторских прав. Деятельность организаций, управляющих имущественными правами на коллективной основе, регулируется ст.ст. 1242—1244 ГК РФ.

Следует отметить, что ГК РФ изменил в некоторой части «правила игры», что, соответственно, влияет и на решение вопроса о противоправности соответствующих действий.

В ГК РФ появилось понятие аккредитации организации, управляющей имущественными правами на коллективной основе. Организации, прошедшие аккредитацию, сохраняют все права, которыми ранее наделялись все без исключения организации, управлявшие имущественными правами на коллективной основе. В частности, только такие организации наделяются правом выдавать лицензии от имени любого правообладателя. Иные организации, управляющие имущественными правами на коллективной основе, вправе выдавать лицензии на использование соответствующих прав только при наличии договора с правообладателем. В остальном же их права совпадают, как совпадают и требования, предъявляемые к их деятельности.

Так, лицензия должна быть выдана надлежащей организацией. Данные организации создаются непосредственно обладателями авторских и смежных прав и действуют в пределах полученных от них полномочий на основе устава, утверждаемого в порядке, установленном законодательством.

Организация должна иметь полномочия выдавать лицензию на конкретный вид деятельности. В уставе организации должно быть предусмотрено право выдавать лицензии на использование объектов авторских и смежных прав соответствующим способом. Если конкретный способ в уставе не предусмотрен, то выдача лицензии с указанием этого способа не может признаваться основанием правомерного использования объектов авторских и смежных прав.

Как показывает анализ практических материалов, одним из способов незаконного использования объектов авторских и смежных прав является распространение контрафактных экземпляров произведения. Определение понятия «распространение экземпляров произведения» важно для установления границ объективной стороны преступления, отграничения оконченного преступления от неоконченного, исполнения преступления от иных видов соучастия.

Зачастую непосредственно распространение контрафактной продукции осуществляется в легально функционирующих организациях продавцами, которые действуют по поручению руко-

водителя организации, осознавая факт противоправности своих действий. В таких случаях, как правило, не удастся доказать наличие признаков организованной группы, в связи с чем возникает вопрос о возможности квалификации содеянного по п. «б» ч. 3 ст. 146 УК РФ как незаконное использование объектов авторских или смежных прав, совершенное группой лиц по предварительному сговору. Если считать действия руководителя организации исполнением распространения экземпляров произведения, то данная квалификация допустима. Если под распространением понимать только непосредственную передачу третьим лицам экземпляров объектов авторских или смежных прав, то действия руководителя нельзя оценивать как соисполнение преступления и, соответственно, в содеянном нельзя усмотреть признаки группового преступления, поскольку не будет двух соисполнителей⁸.

Однако понятие распространения экземпляров произведений шире понятия их передачи от одного лица другому. Распространение (сбыт) охватывает не только действия продавца, но и действия руководителя. Поэтому представляется, что в некоторых случаях действия руководителя могут быть признаны соисполнительством распространения экземпляров произведений, даже если он непосредственно и не передавал их третьим лицам. В перспективе целесообразно урегулировать данный вопрос путем дачи официального разъяснения в постановлении Пленума Верховного Суда РФ.

Незаконное использование объектов смежных прав. Гражданский кодекс Российской Федерации (ст. 1304), в отличие от ранее действовавшего законодательства об авторских и смежных правах, к объектам смежных прав относит базы данных в части их охраны от несанкционированного извлечения и повторного использования составляющих их содержание материалов, а также произведения науки, литературы и искусства, обнародованные после их перехода в общественное достояние, в части охраны прав публикаторов таких произведений (программы для ЭВМ охраняются как произведения литературы — ст.

⁸ Аналогичные проблемы квалификации возникают по делам о незаконном обороте наркотических средств. Подробнее см.: Любавина М. А. Уголовно-правовой анализ и проблемы квалификации преступлений, предусмотренных ст.ст. 228, 228¹ УК РФ: Учебное пособие. СПб., 2007.

1259 ГК РФ). Таким образом, теперь возможна квалификация соответствующего нарушения смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных как преступления, предусмотренного ч. 2 или ч. 3 ст. 146 УК РФ.

К смежным правам на базы данных относится право изготовителя базы данных. Изготовителю базы данных, создание которой (включая обработку или представление соответствующих материалов) требует существенных финансовых, материальных, организационных или иных затрат, принадлежит исключительное право извлекать из базы данных материалы и осуществлять их последующее использование в любой форме и любым способом (исключительное право изготовителя базы данных). При отсутствии доказательств иного базой данных, создание которой требует существенных затрат, признается база данных, содержащая не менее десяти тысяч самостоятельных информационных элементов (материалов), составляющих содержание базы данных. Изготовитель базы данных может распоряжаться указанным исключительным правом. Никто не вправе извлекать из базы данных материалы и осуществлять их последующее использование без разрешения правообладателя, кроме специально оговоренных в ГК РФ случаев. При этом под извлечением материалов понимается перенос всего содержания базы данных или существенной части составляющих ее материалов на другой информационный носитель с использованием любых технических средств и в любой форме.

Исключительное право изготовителя базы данных признается и действует независимо от наличия и действия авторских и иных исключительных прав изготовителя базы данных и других лиц на составляющие базу данных материалы, а также на базу данных в целом как составное произведение.

Лицо, правоммерно пользующееся базой данных, вправе без разрешения правообладателя извлекать из такой базы данных материалы и осуществлять их последующее использование в личных, научных, образовательных и иных некоммерческих целях в объеме, оправданном указанными целями, и в той мере,

в которой такие действия не нарушают авторские права изготовителя базы данных и других лиц.

Использование материалов, извлеченных из базы данных, способом, предполагающим получение к ним доступа неограниченного круга лиц, должно сопровождаться указанием на базу данных, из которой эти материалы извлечены.

Согласно ст. 1339 ГК РФ публикатору произведения принадлежит исключительное право использовать произведение в соответствии со ст. 1229 ГК РФ (исключительное право публикатора на произведение) способами, предусмотренными ст. 1270 ГК РФ. Публикатор произведения может распоряжаться указанным исключительным правом. Понятие использования программы для ЭВМ было определено ранее.

Если оригинал или экземпляры произведения правомерно введены в гражданский оборот путем их продажи или иного отчуждения, дальнейшее распространение оригинала или экземпляров допускается без согласия публикатора и без выплаты ему вознаграждения.

Приобретение, хранение, перевозка контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных. В отличие от Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» Гражданский кодекс Российской Федерации не содержит определения понятия контрафактных экземпляров произведений и фонограмм. Тем не менее в п. 4 ст. 1252 ГК РФ предусмотрено, что в случае, когда изготовление, распространение или иное использование, а также импорт, перевозка или хранение материальных носителей, в которых выражен результат интеллектуальной деятельности, приводят к нарушению исключительного права на такой результат или на такое средство, такие материальные носители считаются контрафактными.

В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2007 г. № 14 отмечается, что экземпляры произведений или фонограмм считаются контрафактными, если изготовление, распространение или иное их использование, а равно импорт таких экземпляров нарушает авторские и смежные права, охраняемые в соответствии с законодательством Российской Федерации. Далее Пленум рекомендует при решении вопроса о том, является ли экземпляр произведения контрафактным, оценивать

все фактические обстоятельства дела, в частности обстоятельства и источник приобретения лицом указанного экземпляра, правовые основания его изготовления или импорта, наличие договора о передаче (предоставлении) права пользования (например, авторского или лицензионного договора), соответствие обстоятельств использования произведения условиям этого договора (выплата вознаграждения, тираж и т. д.), заключение экспертизы изъятого экземпляра произведения.

В постановлении Пленума Верховного Суда РФ «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах» от 19 июня 2006 г. № 15 даются развернутые пояснения относительно понятия контрафактности.

Так, в пункте 16 Постановления говорится, что нарушение существенных условий авторского договора является нарушением авторского права, так как указанные действия осуществляются за пределами правомочий, предоставленных автором. Экземпляры произведений и фонограмм, изготовленные и(или) распространенные с нарушением существенных условий договора о передаче исключительных прав, являются контрафактными. В частности, если воспроизведение превышает тираж, предусмотренный в договоре, то такие действия следует рассматривать как нарушение авторского права и смежных прав.

Контрафактными являются и экземпляры произведений, в которых наряду с правомерно используемыми объектами авторских и смежных прав используются неправомерно воспроизведенные (например, глава в книге, рассказ или статья в сборнике либо фонограмма на любом материальном носителе).

Хотя эти рекомендации даются применительно к решению гражданских дел, представляется, они применимы и при решении уголовно-правовых проблем.

Гражданский кодекс Российской Федерации, как и Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах», не содержит определений понятий приобретения, хранения и перевозки контрафактных экземпляров произведений или фонограмм. Нет соответствующих определений и в уголовном законе.

До принятия Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2007 г. № 14 комментаторы ст. 146 УК РФ предла-

гали правоприменителям использовать толкование Верховным Судом РФ соответствующих понятий применительно к другим видам преступлений⁹, что не во всех случаях было корректным. Однако теперь такой необходимости нет. Пленум дал официальные разъяснения относительно содержания данных понятий.

Приобретение контрафактных экземпляров произведений или фонограмм состоит в их получении лицом в результате любой сделки по передаче права собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления (например, в результате купли-продажи, мены либо при получении указанных предметов в качестве вознаграждения за проделанную работу, оказанную услугу или как средства исполнения долговых обязательств). Приобретение контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных считается окончанным с момента получения во владение соответствующих предметов.

Под хранением контрафактных экземпляров произведений или фонограмм следует понимать любые умышленные действия, связанные с фактическим их владением (на складе, в местах торговли, изготовления или проката, в жилище, тайнике и т. п.). Хранение относится к так называемым делящимся преступлениям, у которых юридический и фактический моменты окончания не совпадают. Юридическим моментом окончания хранения следует считать начало действий по обеспечению сохранности контрафакта. Однако сроки давности привлечения лица к уголовной ответственности за хранение будут исчисляться с момента фактического окончания хранения, т. е. с момента прекращения хранения.

Перевозкой признается умышленное их перемещение любым видом транспорта из одного места нахождения в другое, в том числе в пределах одного и того же населенного пункта. Моментом окончания преступления в случае перевозки контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных следует считать начало действий по перевозке указанных предметов, т. е. начало движения транспортного средства, осуществляющего доставку контрафакта. Если лицо начало перевозку, но не доста-

⁹ В частности, к преступлениям, составляющим незаконный оборот наркотических средств и психотропных веществ.

вило контрафактную продукцию в пункт назначения, содеянное будет квалифицироваться как оконченное преступление. Однако сроки давности привлечения лица к уголовной ответственности, как и в случае с хранением, будут исчисляться начиная с момента фактического окончания перевозки.

Размер нарушения авторских или смежных прав. Для квалификации содеянного по ч. 2 ст. 146 УК РФ необходимо согласно примечанию к ст. 146 УК РФ, чтобы перечисленные действия были совершены в крупном размере, т. е. чтобы стоимость экземпляров произведений или фонограмм либо стоимость прав на использование объектов авторских или смежных прав превышала 50 тысяч рублей.

Применение данного примечания обоснованно вызывает вопросы.

1. Из каких цен следует исходить при определении размера (розничных, оптовых, которые сложились на территории Российской Федерации, вне ее пределов и т. д.)? Высказывались различные точки зрения, однако большинство специалистов сходились на том, что размер должен определяться исходя из розничной рыночной цены оригинальных (лицензионных) экземпляров произведений, фонограмм либо рыночной стоимости прав на соответствующие действия (например, прав на прокат) на момент совершения преступления. Данная позиция нашла подтверждение в п. 25 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2007 г. № 14.

В отличие от оценки размера хищения, который, как известно, определяется фактической стоимостью похищаемого имущества¹⁰, при исчислении размера нарушения авторских или смежных прав Пленум Верховного Суда РФ рекомендует исходить из розничных рыночных цен. Такой подход оправдан вследствие того, что в случае с хищениями устанавливается размер ущерба собственнику или иному владельцу, который может определяться в зависимости от конкретных обстоятель-

¹⁰ См.: О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2002 г. № 29. П. 25.

ств исходя из оптовых или других цен. В ситуации же с нарушением авторских или смежных прав ущерб причиняется также и лицам, осуществляющим законную розничную реализацию экземпляров произведений. Поэтому при исчислении размера незаконного использования объектов авторских или смежных прав необходимо исходить из розничной рыночной цены оригинального (лицензионного) экземпляра произведения или фонограммы.

2. Как быть, если оригинальные (лицензионные) экземпляры программы для ЭВМ еще не появились на рынке? В практике применительно к DVD-продукции были попытки исчисления размера нарушения авторских прав в подобной ситуации исходя из стоимости прав на показ фильма в кинотеатре. Представляется, что такой подход противоречит нормам уголовного закона. Отсутствие на рынке лицензионной продукции не может служить основанием для исчисления размера содеянного исходя из стоимости прав на прокат фильма (программы для ЭВМ) или из стоимости других прав.

Так, судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда Республики Коми оставила в силе приговор в отношении Рулева, оправданного по п. «в» ч. 3 ст. 146 УК РФ. Рулев обвинялся в незаконном использовании объектов авторского права в особо крупном размере: им был реализован контрафактный диск с записью фильма до даты официального релиза. Одним из оснований оправдательного приговора было то, что обвинение неверно избрало методику исчисления размера содеянного, в основу которой была положена стоимость исключительных прав (270 тысяч рублей). По заключению РАПО, ущерб, причиненный правообладателю, составил 540 рублей. При таких обстоятельствах действия Рулева не могут квалифицироваться как уголовно наказуемые.

Виновный осуществляет действия с контрафактными экземплярами произведения, т. е. совершает конкретную разновидность преступления, и размер содеянного должен определяться применительно к данной разновидности нарушения авторских прав. Другое дело, как определить рыночную розничную стоимость продукта, который еще не появился на рынке. Ответ содержится в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2007 г. № 14 — экспертным путем. В Постановлении отмечается, что при необходимости стоимость контрафактных

экземпляров произведений или фонограмм, а также стоимость прав на использование объектов интеллектуальной собственности может быть установлена путем проведения экспертизы (например, в случаях, когда их стоимость еще не определена правообладателем). Следует отметить, что аналогичным образом следует поступать и в других случаях, когда соответствующий продукт отсутствует на рынке.

3. Следующий вопрос связан с установлением размера содеянного в случае, когда осуществляются незаконные действия с программами для ЭВМ или базами данных разных правообладателей. Некоторыми специалистами предлагалось исчислять размер применительно к нарушению авторских или смежных прав каждого правообладателя в отдельности. Такой порядок, если бы он был принят практикой, привел бы к тому, что нарушение авторских и смежных прав почти всегда квалифицировалось бы по административному закону, поскольку в реальности виновные редко нарушают права одного правообладателя в крупном размере. Однако правоприменители пошли по иному пути, который впоследствии был закреплен в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2007 г. № 14. В пункте 25 Постановления предусматривается, что при установлении размера следует исходить из количества контрафактных экземпляров произведений и фонограмм, включая копии произведений или фонограмм, принадлежащих различным правообладателям. Данный подход полностью соответствует требованиям уголовного закона. Ведь в ст. 146 УК РФ говорится о размере незаконного использования объектов авторского права и смежных прав, а также приобретения, хранения или перевозки контрафактных экземпляров произведений или фонограмм. Здесь нет упоминания, что все эти действия должны быть направлены на причинение вреда интересам только одного правообладателя. Речь идет не о размере ущерба, причиненного конкретному правообладателю, а о размере нарушения авторских и смежных прав. Поэтому если лицо одновременно незаконно использует произведения разных правообладателей, то размеры нарушения авторских или смежных прав различных правообладателей подлежат суммированию.

4. Определенные трудности при определении размера нарушения авторских или смежных прав возникают в ситуации, ко-

гда на носителе размещаются несколько произведений и лишь некоторые из них имеют признаки контрафактности. Например, распространяется компьютерный диск с записью программ, права на использование части которых правообладатель не передавал распространителю.

Согласно пункту 16 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2006 г. № 15 контрафактными являются и экземпляры произведений и объектов смежных прав, в которых наряду с правомерно используемыми объектами авторского права и смежных прав используются неправомерно воспроизведенные.

В связи с данным разъяснением Верховного Суда РФ возникает вопрос, каким образом определять размер нарушения авторских или смежных прав. То ли следует учитывать все программы для ЭВМ и базы данных, записанные на носителе (в том числе используемые правомерно), то ли принимать в расчет только те, права на использование которых отсутствуют. Понятно, что размер будет существенно различаться в зависимости от избранной методики его исчисления.

Представляется, что признание контрафактным всего составного произведения (или, в терминах ГК РФ, носителя, на котором записаны произведения) тем не менее не дает оснований для исчисления размера нарушения авторских прав исходя из стоимости экземпляров всех произведений, включенных в составное произведение. В диспозиции ч. 2 ст. 146 УК РФ речь идет о размере незаконного использования объектов авторского права. А незаконно используется (распространяется) только часть произведений, стоимость экземпляров которых и должна учитываться при исчислении размера. Аналогично должен решаться вопрос и в случае приобретения, хранения или перевозки контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных в целях сбыта. Перечисленные действия являют собой приготовление к сбыту (использованию объектов авторских прав).

5. Следующая проблема исчисления размера нарушения авторских или смежных прав связана с альтернативностью состава

преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ. Возможна ситуация, когда виновный частично реализовал хранившиеся у него контрафактные экземпляры произведений. Например, осуществил незаконное использование (распространение) объектов авторских прав в размере 30 тысяч рублей и, кроме того, у него были изъяты контрафактные экземпляры программ для ЭВМ на сумму 25 тысяч рублей, которые еще реализовать не удалось. Возникает вопрос: что и в каком размере было совершено?

Объективно сначала имело место хранение контрафактных экземпляров произведений в целях сбыта в крупном размере (55 тысяч рублей), а затем незаконное использование объектов авторских прав в размере, не превышающем крупного (30 тысяч рублей).

В этой ситуации виновному следует вменять оконченное преступление, предусмотренное ч. 2 ст. 146 УК РФ (хранение контрафактных экземпляров произведений в целях сбыта, совершенное в крупном размере). В то же время в обвинительном заключении необходимо указать, что помимо хранения в крупном размере имела место и попытка сбыта (незаконного использования) в крупном размере. Поскольку состав преступления альтернативный и действия по сбыту оконченного преступления не образуют, они не могут самостоятельно фигурировать в квалификации содеянного.

Возьмем другой пример. Изначально осуществлялось хранение контрафактных экземпляров произведений в размере 100 тысяч рублей. Часть из них были реализованы. Стоимость реализованных контрафактных экземпляров произведений составила 60 тысяч рублей. В данном случае имело место хранение в крупном размере (100 тысяч рублей), а также незаконное использование объектов авторских прав в крупном размере (60 тысяч рублей). Содеянное будет квалифицироваться как незаконное использование объектов авторских прав и хранение контрафактных экземпляров произведений в крупном размере, при этом следует указывать размер каждого из действий.

Таким образом, в квалификации содеянного следует отражать только действия, которые совершены в крупном или особо

крупном размере. Те же действия, которые совершены не в крупном размере, следует отражать при описании содеянного, но они лежат за пределами квалификации.

6. Отдельного разговора заслуживает исчисление размера нарушения авторских или смежных прав в случае, когда программа для ЭВМ или база данных незаконно размещается в сети Интернет, в силу чего доступ к этому произведению имеет неограниченный круг пользователей. Согласно рекомендациям Пленума Верховного Суда РФ размещение произведения в сети Интернет квалифицируется как его распространение (разновидность использования)¹¹.

Идеальным в данной ситуации было бы исчисление размера содеянного на основе стоимости прав на размещение в сети соответствующего произведения по образцу и подобию определения размера, когда, например, незаконно транслируется фильм по кабельному телевидению. Однако гражданское законодательство не предусматривает такого порядка. В связи с этим размер в данной ситуации, по-видимому, должен устанавливаться исходя из стоимости лицензионного экземпляра произведения путем умножения на количество пользователей, которые фактически осуществили копирование программы для ЭВМ или базы данных. Понимая проблематичность и несправедливость такого подхода к определению размера незаконного использования объектов авторских или смежных прав, полагаем необходимым внести коррективы в законодательное регулирование использования объектов авторских или смежных прав в сети Интернет.

Кроме того, должен быть разрешен вопрос и об обороте результатов интеллектуальной деятельности в локальных компьютерных сетях, число пользователей которых весьма велико и неуклонно растет.

7. При исчислении размера незаконного использования программ для ЭВМ следует принимать в расчет и то, что есть программы, предназначенные для индивидуального пользователя, а есть сетевые версии программы. Их стоимость существенно различается. Имеются прецеденты, когда обвинение исчисляло размер содеянного, исходя из того, что на всех компьютерах

¹¹ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2007 г. № 14. П. 4.

фирмы были установлены индивидуальные версии программы, тогда как на самом деле на данных компьютерах была установлена одна сетевая версия программы. Стоимость сетевой версии оказалась ниже 250 тысяч рублей, в связи с чем был сделан вывод об отсутствии состава преступления, предусмотренного п. «в» ч. 3 ст. 146 УК РФ, и содеянное переквалифицировано на ч. 2 ст. 146 УК РФ¹².

8. И наконец, нельзя не сказать о проблеме, которая хотя напрямую и не связана с исчислением размера нарушения авторских или смежных прав, вместе с тем ее неверное решение на практике приводит к тому, что исчисленный размер оказывается недостаточным для квалификации содеянного как преступления. Речь идет о необходимости установления правообладателей, т. е. тех лиц, которым принадлежат соответствующие авторские или смежные права.

Нередко правоприменители пренебрегают установлением обладателей авторских и смежных прав (это самая распространенная ошибка), что влечет исключение из числа предметов преступления соответствующих экземпляров произведений и уменьшение размера нарушения авторских прав, а это, в свою очередь, — оправдание виновного, если размер содеянного оказывается менее 50 тысяч рублей. Трудности установления правообладателя известны (наиболее типичная проблема связана с установлением правообладателей на произведения, созданные и распространяемые за пределами Российской Федерации). Тем не менее делать это необходимо. Суды обоснованно и неумолимо сегодня занимают позицию, согласно которой незаконность действий по использованию объектов авторских и смежных прав, а также контрафактность экземпляров произведений или фонограмм требуется доказывать. Без установления правообладателя это, как правило, сделать не представляется возможным, поскольку только он может удостоверить

¹² О подобном случае см., например: Новик В., Салахiev И. Нарушение авторских и смежных прав: задачи начального этапа расследования // Уголовное право. 2007. № 2. С. 103—104.

отсутствие прав на использование произведения у виновного.

Следует учитывать, что произведение может перейти в общественное достояние по истечении срока охраны авторского права¹³, а также и другие варианты, при которых у виновного может вполне законно возникнуть право на использование соответствующего произведения. Все они должны быть исключены, опровергнуты следствием (обвинением). Это опять же не представляется возможным сделать без установления правообладателя.

Субъект и субъективная сторона преступления

Уголовную ответственность за нарушение авторских прав по ч. 2 ст. 146 УК РФ может нести вменяемое лицо, достигшее шестнадцатилетнего возраста.

Субъективная сторона незаконного использования объектов авторских или смежных прав характеризуется виной в виде прямого умысла. Лицо должно осознавать общественную опасность использования объектов авторских или смежных прав и желать этого.

Особый интерес при установлении умысла представляют случаи, когда пользователем используются приобретенные контрафактные экземпляры программы для ЭВМ или базы данных. Не секрет, что удельный вес контрафактного программного обеспечения весьма велик. Причем часто пользователь, приобретающий программное обеспечение, не знает о его контрафактности. Ведь покупка осуществляется в легально функционирующих организациях. Широкую огласку получило дело о незаконном использовании программного обеспечения компании Майкрософт в одной из средних школ (так называемое дело Поносова).

Представляется, что в случаях привлечения к ответственности по ч. 2 или ч. 3 ст. 146 УК РФ за незаконное использование программного обеспечения или баз данных пользователей, приобретших данную продукцию на легальных условиях, доказа-

¹³ Статья 28 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» (с 1 января 2008 г. переход произведения в общественное достояние регулируется ст. 1282 ГК РФ).

тельством умысла может служить то, что ранее пользователь был предупрежден о незаконности использования соответствующих экземпляров программ для ЭВМ или баз данных.

Мотив и цель в случае незаконного использования программ для ЭВМ или баз данных на квалификацию не влияют, но могут учитываться при назначении наказания как обстоятельства, характеризующие общественную опасность содеянного и личность виновного.

Субъективная сторона приобретения, хранения или перевозки контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных включает в себя вину в виде прямого умысла а также цель сбыта указанных предметов.

Для вменения приобретения, хранения или перевозки контрафактных экземпляров необходимо установить, что лицо понимало противоправный характер своих действий, поскольку общественная опасность и заключается в том, что лицо действует в нарушение установленного запрета. На практике установление прямого умысла вызывает определенные трудности. Нередко продавцы, осуществляющие розничную торговлю, не осведомлены о незаконном происхождении товара. В связи с этим их ответственность по ч. 2 ст. 146 УК РФ должна быть исключена.

При установлении осведомленности лиц о противоправности своих действий необходимо принимать во внимание качество подделки контрафактной продукции, опыт работы, умение отличать легальные экземпляры от контрафактных и т. д.

Для квалификации приобретения, хранения или перевозки контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных по ч. 2 ст. 146 УК РФ требуется наличие цели сбыта. Сбыт контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных заключается в их умышленном возмездном или безвозмездном предоставлении другим лицам любым способом (например, путем продажи, проката, бесплатного распространения в рекламных целях, дарения, размещения в сети Интернет). Наличие у лица цели сбыта может подтверждаться, в частности, нахождением изъятых контрафактных экземпляров в торговых местах,

пунктах проката, на складах и т. п., количеством указанных предметов¹⁴.

Если лицо приобретает, хранит или перевозит контрафактные экземпляры программ для ЭВМ или баз данных для использования в личных целях, содеянное не может квалифицироваться по ч. 2 ст. 146 УК РФ как приобретение, хранение или перевозка контрафактных экземпляров произведений в целях сбыта. В то же время указанные действия могут образовывать состав приготовления к незаконному использованию объектов авторских или смежных прав, предусмотренного ч. 3 ст. 146 УК РФ (данное преступление по действующей редакции отнесено к категории тяжких преступлений). Введение контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных в хозяйственный оборот при наличии иных признаков может образовывать состав незаконного использования объектов авторского права или смежных прав.

Особенности квалификации в случае, когда реализатор исполняет распоряжение руководителя

Контрафактом, как правило, торгуют лица, которые выполняют распоряжение руководителя. В связи с этим возникает необходимость учета положений, предусмотренных в ст. 42 УК РФ, которые определяют обстоятельство, исключающее преступность деяния.

Если реализатор не осознавал контрафактность экземпляров программ для ЭВМ или баз данных, то он не может отвечать по ч. 2 ст. 146 УК РФ. Исполнителем преступления будет лицо, отдавшее распоряжение о реализации указанной продукции. Если же реализатор был осведомлен о контрафактности товара, то он признается исполнителем преступления, а лицо, отдавшее такое распоряжение, — подстрекателем, а при наличии соответствующих признаков — и пособником.

Особенности квалификации, связанные с альтернативностью состава преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ

¹⁴ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2007 г. № 14. П. 6.

Квалификация содеянного как оконченного преступления

Преступление, предусмотренное ч. 2 ст. 146 УК РФ, будет окончено с момента окончания хотя бы одного из перечисленных в диспозиции статьи действий. Например, если лицо приобретает с целью сбыта контрафактные экземпляры базы данных, но не успевает их перевезти, содеянное будет квалифицироваться по ч. 2 ст. 146 УК РФ. Дополнительной оценки действий виновного еще и как приготовление к перевозке не требуется.

На практике нередко возникает вопрос о квалификации содеянного в ситуации, когда лицо приобретает контрафактные экземпляры программ для ЭВМ или баз данных и затем по частям их сбывает. При этом стоимость приобретенных экземпляров образует крупный размер (свыше 50 тысяч рублей), а сбыт происходит мелкими партиями, часто по одному экземпляру. Причем стоимость реализованных контрафактных экземпляров не образует крупного размера. Формально здесь имеются приобретение, хранение контрафактных экземпляров произведений в крупном размере, а также незаконное использование объектов авторских или смежных прав в размере стоимости фактически сбытых контрафактных экземпляров, исчисленной исходя из розничной рыночной цены оригинального экземпляра произведения. То обстоятельство, что имело место покушение на незаконное использование объектов авторских или смежных прав в крупном размере, на квалификацию не влияет. Однако оно должно найти отражение в описательной части обвинительного заключения или обвинительного приговора. Квалифицируя содеянное, необходимо принимать во внимание, что все действия в предложенной ситуации совершаются с единым умыслом. Поэтому оценка сбыта контрафактных экземпляров произведений будет основываться на правилах квалификации продолжаемых преступлений. Отсюда содеянное в целом будет квалифицироваться как оконченное преступление, предусмотренное ч. 2 ст. 146 УК РФ.

Особенности квалификации действий соучастников

Альтернативность состава, предусмотренного в ч. 2 ст. 146 УК РФ, накладывает определенный отпечаток и на квалификацию соучастия.

Во-первых, конкретному лицу из всех действий, предусмотренных в диспозиции, следует вменять только те, в которых оно принимало участие (в качестве соучастника), учитывая, что при совершении одних действий лицо может выполнять роль исполнителя, а при совершении других — роль пособника, подстрекателя или организатора. Однако в любом случае необходимо устанавливать участие лица в том или ином действии в качестве одного из соучастников, что предполагает установление и умысла на соответствующие действия.

Так, если лицо присоединяется к нарушению авторских или смежных прав на программы для ЭВМ на стадии реализации контрафактных экземпляров, а приобретение, хранение и перевозка осуществлялись без его участия, то данное лицо будет отвечать только за незаконное использование объектов авторских или смежных прав. За остальные из перечисленных действий это лицо не может нести уголовную ответственность, поскольку оно в них участия не принимало и, соответственно, они не охватывались его умыслом.

В то же время лицо, которое приобрело контрафактные экземпляры программ для ЭВМ с целью сбыта, а затем передало их на хранение, будет нести ответственность не только за приобретение, но и за хранение контрафактных экземпляров произведений, поскольку оказывает содействие в хранении соответствующих предметов и данное обстоятельство охватывается его умыслом.

Во-вторых, если лицо является исполнителем одних действий и кроме того выполняет роль иных соучастников при совершении других действий, предусмотренных в ч. 2 ст. 146 УК РФ, то это лицо согласно ст. 33 УК РФ признается исполнителем преступления. Ссылки на ст. 33 УК РФ при квалификации его действий не требуется. При этом в описательной части обвинительного заключения или обвинительного приговора должны указываться его роли при совершении отдельных преступных действий.

Так, если лицо осуществляло перевозку контрафактных экземпляров программ для ЭВМ, а затем оказывало пособническое содействие в их сбыте, то содеянное данным лицом будет квалифицировано по ч. 2 ст. 146 УК РФ без ссылки на ст. 33 УК

РФ, как перевозка контрафактных экземпляров произведений в целях сбыта и незаконное использование объектов авторских или смежных прав. То обстоятельство, что при осуществлении сбыта лицо выполняло роль пособника, а не исполнителя, будет указано в описательной части обвинительного заключения или обвинительного приговора. Совокупности преступлений здесь также не будет, поскольку лицо участвует в одном преступлении.

1.4. Квалифицированные виды преступления, предусмотренные ч. 3 ст. 146 УК РФ

К числу квалифицирующих признаков нарушения авторских или смежных прав относятся:

- 1) совершение преступления группой лиц по предварительному сговору или организованной группой;
- 2) в особо крупном размере;
- 3) лицом с использованием своего служебного положения.

Совершение преступления группой лиц по предварительному сговору или организованной группой — п. «б» ч. 3 ст. 146 УК РФ

Согласно ст. 35 УК РФ преступление признается совершенным *группой лиц по предварительному сговору*, если в нем участвовали лица, заранее договорившиеся о совместном совершении преступления.

Таким образом, для признания преступления совершенным группой лиц по предварительному сговору необходимо: 1) участие в выполнении объективной стороны преступления двух или более лиц (соисполнительство); 2) предварительный сговор.

Условие выполнения объективной стороны преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ, двумя или более лицами в силу особенностей конструкции состава преступления (а именно альтернативности состава) имеет известную специфику. Первый, назовем его классический, вариант соисполнительства будет иметь место в том случае, когда два или более лица совмест-

но совершают одно из действий, предусмотренных в ч. 2 ст. 146 УК РФ. Например, совместно перевозят в целях сбыта контрафактные экземпляры программ для ЭВМ. Причем возможны ситуации, когда лица либо одновременно перевозят контрафакт, либо они в процессе перевозки передают «товар» друг другу. Данное обстоятельство на квалификацию не влияет.

Второй вариант соисполнительства, характерный для преступлений со сложными составами, будет иметь место, когда лица выполняют различные действия, предусмотренные в ч. 2 ст. 146 УК РФ. Например, одно лицо приобретает контрафактные экземпляры программ для ЭВМ, а другое их перевозит. Если будет установлено, что действия каждого из этих лиц взаимообусловлены и взаимосвязаны, то каждого необходимо признавать соисполнителем преступления. Пленум Верховного Суда РФ отмечает, в частности, что по смыслу ч. 2 ст. 35 УК РФ уголовная ответственность за совершение преступления группой лиц по предварительному сговору наступает и в тех случаях, когда согласно предварительной договоренности каждый из соучастников совершает часть действий, входящих в объективную сторону состава преступления (например, по заранее состоявшейся договоренности одни соучастники приобретают контрафактные экземпляры произведений или фонограмм в целях сбыта, другие хранят, перевозят либо непосредственно сбывают их)¹⁵.

Предварительный сговор — это соглашение между соучастниками о совместном совершении преступления, достигнутое до начала выполнения объективной стороны состава преступления.

Предварительным сговором применительно к преступлению, предусмотренному ч. 2 ст. 146 УК РФ, признается соглашение, достигнутое до начала выполнения хотя бы одного из действий, образующих состав преступления. Предварительный сговор будет иметь место не только в случае, когда соглашение о совершении преступления достигается до начала совершения всех действий, но и даже в том случае, когда часть действий, образующих самостоятельные составы преступлений, совершается

¹⁵ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2007 г. № 14. П. 26.

без сговора, а часть действий — по предварительной договоренности.

Так, если сначала лицо в одиночку приобретает с целью последующего сбыта контрафактные экземпляры программ для ЭВМ, а затем договаривается с другим лицом и совместно с ним хранит и реализует этот контрафакт, то содеянное будет квалифицироваться как незаконное использование объектов авторских или смежных прав и хранение контрафактных экземпляров произведений, совершенные группой лиц по предварительному сговору, по п. «б» ч. 3 ст. 146 УК РФ. При этом в описательной части обвинительного заключения (обвинительного приговора) должно быть указано, что первое лицо еще и приобретало контрафакт с целью сбыта. Это действие охватывается ч. 3 ст. 146 УК РФ и не требует дополнительной квалификации, но должно учитываться при назначении наказания как обстоятельство, характеризующее роль конкретного участника в совершенном преступлении.

Организованная группа в соответствии с ч. 3 ст. 35 УК РФ представляет собой устойчивую группу лиц, заранее объединившихся для совершения одного или нескольких преступлений. Данные оперативных подразделений правоохранительных органов о незаконном использовании объектов авторских или смежных прав свидетельствуют о том, что рассматриваемые преступления зачастую совершаются именно организованными группами. Распространение контрафактной продукции представляет собой хорошо отлаженный и организованный бизнес, хотя не всегда удается доказать наличие организованных преступных структур.

Верховный Суд РФ отмечает, что «организованная группа характеризуется, в частности, устойчивостью, наличием в ее составе организатора (руководителя) и заранее разработанного плана совместной преступной деятельности, распределением функций между членами группы при подготовке к совершению преступления и осуществлении преступного умысла»¹⁶.

¹⁶ См.: О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2002 г. № 29. П. 15.

При объединении соучастников разрабатывается план преступления, распределяются функции между членами группы и, кроме того, объединение соучастников осуществляется, как правило, при наличии организатора (руководителя). Эти признаки в своей совокупности согласно сложившейся судебной практике отличают предварительный сговор от преступного объединения усилий соучастников.

Об устойчивости преступной группы могут свидетельствовать: 1) большой временной промежуток ее существования; 2) неоднократность совершения преступлений членами группы; 3) их техническая оснащенность; 4) длительность подготовки даже одного преступления; 5) иные обстоятельства. Необходимо заметить, что устойчивость может иметь место даже при наличии одного из перечисленных признаков. Вместе с тем не всегда их наличие позволяет квалифицировать содеянное как преступление, совершенное организованной группой. Например, неоднократное совершение преступлений, если каждый раз они совершаются спонтанно, не позволяет вести речь об организованной группе.

Действия членов организованной группы, участвовавших в ее составе в преступлении, по сложившейся судебной практике и в соответствии с систематическими разъяснениями Пленума Верховного Суда РФ квалифицируются как соисполнительские независимо от выполняемой роли (хотя закон не содержит прямого указания о подобной квалификации).

Действия лица, склонявшего другое лицо или группу лиц к созданию организованной группы для совершения конкретных преступлений, при отсутствии признаков создания организованной группы и руководства ею, а также участия в совершаемых организованной группой преступлениях следует квалифицировать как соучастие в совершении организованной группой преступлений со ссылкой на ч. 4 ст. 33 УК РФ.

***Совершение преступления в особо крупном размере —
п. «в» ч. 3 ст. 146 УК РФ***

Согласно примечанию к ст. 146 УК РФ нарушение авторских или смежных прав признается совершенным в особо крупном

размере, если стоимость экземпляров произведений либо стоимость прав на использование объектов авторских или смежных прав превышает 250 тысяч рублей. Стоимость экземпляров программ для ЭВМ или баз данных определяется розничной рыночной ценой.

Вменение данного квалифицирующего признака сопряжено с установлением умысла виновного на совершение преступления в особо крупном размере. Зачастую конкретное лицо, действующее в составе группы и осуществляющее, например, реализацию контрафактных экземпляров программ для ЭВМ, не знает об истинных масштабах деятельности преступной группы. Нарушение авторских или смежных прав этому лицу может быть вменено в размере стоимости экземпляров, в незаконном распространении которых оно принимало участие.

Совершение преступления с использованием своего служебного положения — п. «г» ч. 3 ст. 146 УК РФ

Использование своего служебного положения является квалифицирующим признаком многих составов преступлений. Пленум Верховного Суда РФ разъяснил, что «по пункту “г” части 3 статьи 146 УК РФ подлежит уголовной ответственности лицо, использующее для совершения преступления служебное положение. Им может быть как должностное лицо, обладающее признаками, предусмотренными примечанием 1 к статье 285 УК РФ, так и государственный или муниципальный служащий, не являющийся должностным лицом, а также иное лицо, отвечающее требованиям, предусмотренным примечанием 1 к статье 201 УК РФ (например, руководитель предприятия любой формы собственности, поручающий своим подчиненным незаконно использовать авторские или смежные права)»¹⁷.

К должностным согласно примечанию 1 к ст. 285 УК РФ относятся лица, постоянно, временно или по специальному полномочию осуществляющие функции представителя власти либо выполняющие организационно-распорядительные, административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах

¹⁷ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2007 г. № 14. П. 27.

местного самоуправления, государственных и муниципальных учреждений, государственных корпорациях, а также в Вооруженных силах Российской Федерации, других войсках и воинских формированиях Российской Федерации¹⁸.

В соответствии с примечанием 1 к ст. 201 УК РФ выполняющими управленческие функции в коммерческой или иной организации признаются лица, постоянно, временно либо по специальному полномочию выполняющие организационно-распорядительные или административно-хозяйственные обязанности в коммерческой организации независимо от формы собственности, а также в некоммерческой организации, не являющейся государственным органом, органом местного самоуправления, государственным или муниципальным учреждением.

Для вменения п. «г» ч. 3 ст. 146 УК РФ необходимо, чтобы лицо не только занимало соответствующее служебное положение, но и использовало его для совершения преступления. Кроме того, вменить данный пункт можно только лицу, использующему свое служебное положение. Действия иных участников должны квалифицироваться без вменения этого квалифицирующего признака.

Пункт «г» ч. 3 ст. 146 УК РФ необходимо вменять, например, в случае, если руководитель, используя свои полномочия, организует незаконное производство контрафактных DVD-дисков с записью на них компьютерных программ. Этот пункт должен вменяться руководителю, отдающему распоряжение о реализации контрафактной продукции.

Если использование своего служебного положения привело исключительно к нарушению авторских или смежных прав, то ответственность за соответствующие служебные преступления (злоупотребление должностными полномочиями — ст. 285 УК РФ, превышение должностных полномочий — ст. 286 УК РФ, злоупотребление полномочиями — ст. 201 УК РФ) исключается в силу недопустимости так называемой двойной ответст-

¹⁸ Подробнее о субъекте служебных преступлений и правоприменительных проблемах, с ним связанных, см.: Любавина М. А. Признаки должностного лица и иных субъектов преступлений против государственной власти, интересов государственной службы и службы в органах местного самоуправления. СПб., 2005.

венности (ст. 6 УК РФ). В этом случае злоупотребление полномочиями или превышение полномочий охватывается п. «г» ч. 3 ст. 146 УК РФ. Однако если использование служебного положения привело и к другим вредным последствиям, то может встать вопрос о дополнительной квалификации по совокупности преступлений.

1.5. Квалификация нарушения авторских и смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных по совокупности с иными преступлениями

Часто нарушению авторских прав на программы для ЭВМ и базы данных сопутствует совершение иных преступлений.

Незаконному воспроизведению и распространению программ для ЭВМ могут предшествовать похищение этих программ, взлом системы защиты от несанкционированного копирования и т. д. Поскольку подобные подготовительные действия являются неправомерными и не охватываются составом нарушения авторских и смежных прав, возникает вопрос о дополнительной квалификации содеянного.

Так, если лицо получило в обладание программу для ЭВМ путем ее незаконного копирования, то при наличии иных признаков состава необходимо вменить преступление, предусмотренное ст. 272 УК РФ (неправомерный доступ к компьютерной информации). Если лицо похитило программу на носителе, не исключена дополнительная квалификация по статьям об ответственности за преступления против собственности.

Вместе с тем нарушение авторских прав не может дополнительно квалифицироваться еще и как незаконное предпринимательство, поскольку незаконная деятельность (незаконные распространение, воспроизведение программ для ЭВМ или баз данных) в принципе не может быть предпринимательской. По этим же основаниям при извлечении прибыли от оборота контрафактной продукции исключена дополнительная квалификация по

нормам об уклонении от уплаты налогов, поскольку такая деятельность не может быть налогооблагаемой¹⁹.

Спорным является вопрос о дополнительной квалификации как контрабанды перевозки контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных через таможенную границу. Проблема заключается в оценке размера контрабанды в связи с тем, что сам по себе контрафакт не может быть предметом гражданского оборота. Вместе с тем согласно ч. 2 ст. 49.1 ранее действовавшего Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» контрафактные экземпляры произведений или фонограмм подлежали уничтожению, за исключением случаев их передачи обладателю авторских или смежных прав по его просьбе. Таким образом, имелась законодательно предусмотренная возможность введения контрафактной продукции в легальный оборот. В связи с этим размер контрабанды можно было определять по правилам исчисления размера преступления, предусмотренного в ст. 146 УК РФ. За стоимость контрафактного экземпляра программы для ЭВМ или базы данных необходимо принимать рыночную розничную стоимость легально распространяемой программы. В соответствии с ГК РФ все контрафактные экземпляры программ для ЭВМ и баз данных подлежат уничтожению. В связи с этим видится проблематичным вменение наряду со ст. 146 УК РФ и ст. 188 УК РФ.

В случаях, когда содержимым базы данных является информация особого рода, может возникнуть вопрос о дополнительной квалификации содеянного по ст. 183 УК РФ (незаконное получение и разглашение сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну).

¹⁹ Эта рекомендация основана на решении Пленума Верховного Суда РФ о недопустимости квалификации содеянного по совокупности преступлений, когда лицо, занимающееся незаконным предпринимательством, не платит налоги. См.: О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве и легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 18 ноября 2004 г. № 23. П. 16.

2. ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ПОДЛЕЖАЩИЕ ИССЛЕДОВАНИЮ И ДОКАЗЫВАНИЮ

Перечень обстоятельств, подлежащих установлению по конкретному виду или группе преступлений, формируется на основе предмета доказывания, общего для всех преступлений и обязательного с точки зрения уголовно-процессуального закона (ст. 73 УПК РФ), а также на основе элементов криминалистической структуры конкретного вида или группы преступлений, которые вытекают из уголовно-правовой характеристики преступления. Применительно к нарушению авторских и смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных это следующие обстоятельства:

предмет посягательства;

событие преступления — присвоение авторства, незаконное использование объектов авторских или смежных прав, приобретение, хранение, перевозка контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных в целях сбыта; место и время незаконного воспроизведения, распространения программного продукта, совершения конкретных действий (или бездействия), направленных на достижение преступного результата; способ совершения преступления как система действий, выполняемых субъектом;

субъект преступления. Совершение преступления группой лиц, организованной преступной группой, распределение ролей в преступной деятельности. Использование субъектом для совершения преступления своего служебного положения;

конкретная вина каждого субъекта преступления, их мотивы и цели;

характер и размер ущерба, причиненного автору или иному правообладателю, является ли он крупным или особо крупным;

наличие заявления автора о присвоении авторства на его произведение или иного правообладателя о нарушении авторских или смежных прав;

смягчающие и отягчающие наказание обстоятельства, предусмотренные ст.ст. 61, 63 УК РФ;

обстоятельства, исключаяющие преступность и наказуемость деяния;

причины и условия, способствовавшие нарушению авторских или смежных прав. Характеристика обстановки совершения преступления;

характеристика личности субъекта преступления.

2.1. Предмет посягательства

Установление предмета посягательства состоит из выяснения ряда важных обстоятельств, имеющих значение для возбуждения уголовного дела и доказывания.

Во-первых, следует установить, является ли произведение объектом авторских или смежных прав. В соответствии со ст. 1225 ГК РФ программы для ЭВМ и базы данных относятся к объектам авторских или смежных прав. Существуют два вида компьютерных программ: операционные системы и прикладные программы. Операционные системы: Windows, Unix, Linux, DOS, MacOS и некоторые другие. Количество прикладных программ исчисляется тысячами для каждой операционной системы.

Во-вторых, должен быть установлен правообладатель. Правообладателем признаются автор и его правопреемники. К числу последних относятся наследники, а также физические или юридические лица, которые обладают исключительным (имущественным) правом на результат интеллектуальной деятельности в силу закона или договора.

Таким образом, уже к моменту возбуждения уголовного дела должно быть установлено:

факт создания произведения конкретным лицом (автором) или лицами (соавторами),

или факт создания произведения работником (работниками) юридического лица (служебное произведение),

или факт создания произведения по заказу,

или факт перехода исключительного права на произведение по наследству,

или факт предоставления права на использование произведения по лицензионному договору,

иные основания обладания исключительным правом на произведение или правом его использования.

Если автор создал программу для ЭВМ или базу данных по своей инициативе, то он может либо самостоятельно начать ее реализацию пользователям на основе лицензионных договоров о передаче права на использование произведения, либо привлечь для этого иных лиц (дилеров, дистрибьюторов), заключив с ними договор о передаче права на тиражирование и распространение. Дилеры же будут распространять такую программу конечным пользователям на основе договоров о передаче права на использование.

Исключительное право на служебное произведение — произведение, созданное в порядке выполнения служебных обязанностей или по заданию работодателя, принадлежит работодателю, если в договоре между ним и автором не предусмотрено иное. Среди прочих условий в договоре между автором и работодателем могут быть предусмотрены порядок выплаты и размер вознаграждения. Оценка стоимости работы по созданию программы для ЭВМ или базы данных, отраженная в договоре, может стать отправной при подсчете причиненного действиями преступников ущерба правообладателю.

Если программа для ЭВМ или база данных создается по заказу, то организация, выступающая в роли заказчика, заключает с разработчиком (автором или организацией) договор, в соответствии с которым исполнитель обязуется создать программу для ЭВМ или базу данных и передать ее для использования, а заказчик обязан использовать или начать использование программы или базы данных предусмотренным договором способом в обусловленном им объеме и в определенный срок, а также выплатить исполнителю установленное договором вознаграждение.

Право использования программы для ЭВМ или база данных может быть передано правообладателем другим физическим или юридическим лицам по договору, который должен заключаться в письменной форме и предусматривать следующие существенные условия:

- предмет договора — программа для ЭВМ или база данных;
- объем и способы использования программы для ЭВМ или базы данных;
- порядок выплаты и размер вознаграждения;
- срок действия договора;

территорию, на которой допускается использование программы для ЭВМ или базы данных.

При отсутствии указания в договоре территории, на которой допускается использование программы для ЭВМ или базы данных, в качестве таковой будет считаться вся территория Российской Федерации.

Кроме того, договор может включать следующие условия:
возможность переуступки прав по договору;
требование соблюдения конфиденциальности;
право на последующие модификации и усовершенствования;
обеспечение доступа к исходному коду;
другие особые условия, которые стороны признают необходимым предусмотреть в договоре.

В соответствии со ст. 1286 ГК РФ заключение лицензионных договоров о предоставлении права использования программы для ЭВМ или базы данных может быть осуществлено путем заключения каждым пользователем с соответствующим правообладателем договора присоединения, условия которого изложены на приобретаемом экземпляре продукта либо на его упаковке (так называемые лицензии на обертках, или оберточные лицензии).

2.2. Способ совершения преступления

Способ совершения преступления — это обусловленная объективными и субъективными причинами система действий (бездействия) субъекта преступления, направленных на достижение преступной цели.

Субъект преступления выполняет комплекс взаимосвязанных действий, объединенных единым умыслом и направленных на достижение преступного результата. Вся его деятельность при совершении умышленного преступления протекает не спонтанно, а predetermined рядом условий и обстоятельств. Способ преступного поведения зависит от многих объективных и субъективных причин. К объективным следует отнести обстановку в самом широком смысле. Применительно к нарушению авторских и смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных это состояние экономики в данном регионе, уровень развития рынка

интеллектуальной собственности, наличие спроса на программы для ЭВМ и базы данных, что, в свою очередь, зависит от уровня образования населения, имеющихся компьютерных средств и информационных технологий, а также наличие пробелов в регулятивном законодательстве и законодательстве, обеспечивающем соблюдение авторских и смежных прав, и пр. Вместе с тем, осуществляя преступную деятельность в одинаковых экономических и социальных условиях одного и того же региона и преследуя одинаковые цели, преступники все же действуют не идентично. Это означает, что одна и та же, по существу, схема действий имеет индивидуальные черты в зависимости от личности субъекта преступления: преступной квалификации, технических и организационных возможностей, уровня образования и интеллекта, иных личностных особенностей. Способ преступления определяется также наличием преступной группы, ее организованностью, распределением ролей и пр.

Способы совершения преступления при присвоении авторства (плагиате):

1) выпуск в обращение экземпляров чужой программы для ЭВМ или базы данных полностью или в части под своим именем;

2) выпуск в обращение под своим именем экземпляров созданной в соавторстве с другими лицами программы для ЭВМ или базы данных без указания их фамилий;

3) использование в своей программе для ЭВМ или базе данных фрагментов или в целом произведений других авторов без ссылки на них и т. п.

Способы совершения преступления при незаконном использовании программ для ЭВМ или баз данных.

Незаконное использование программ для ЭВМ или баз данных — это без согласия правообладателя или с нарушением условий лицензионного договора их воспроизведение, распространение и иные действия по введению в хозяйственный оборот. Анализ судебно-следственной практики показывает, что воспроизведение и распространение могут осуществляться как одним и тем же лицом (преступной группой), так и разными, т. е. только незаконно воспроизводящим и только незаконно распространяющим программы для ЭВМ или базы данных. В связи с этим рассмотрим отдельно способы совершения преступления, свя-

занные с воспроизведением и связанные с распространением программ для ЭВМ или баз данных.

Под *воспроизведением* понимается изготовление одного или более экземпляра программы для ЭВМ или базы данных в любой материальной форме, а также их запись в память ЭВМ. Изготовление контрафактных экземпляров программ для ЭВМ и баз данных можно подразделить:

а) на кустарное изготовление на носителях типа CD-R (грубые подделки). Основными признаками контрафактности в подобных случаях являются: оформление упаковки, не соответствующее лицензионному; открытая упаковка; отсутствие ключа доступа; размещение на дисках сборников программного обеспечения, локализованных без договора с правообладателями, и др. Оформление вкладышей к дискам зависит от фантазии преступников. Подделки легко отличить по внешним признакам, поэтому в больших (специализированных) магазинах их не реализуют, боясь быстрого разоблачения. Такие экземпляры сбывают преимущественно маленькими партиями через мелкие торговые точки или предлагают в сети Интернет;

б) изготовление промышленным способом контрафактных экземпляров, внешний вид которых практически полностью соответствует легальным образцам. Изготавливаются контрафактные экземпляры на подпольных заводах либо на легальных заводах, но с нарушением условий лицензионного договора (например, выпуск большего количества экземпляров продукта по сравнению с договорным). Признаком контрафактности может служить отсутствие коробки или регистрационной карточки в коробке либо совпадение номеров карточки в разных экземплярах;

в) незаконное воспроизведение программы для ЭВМ или баз данных на персональных компьютерах конечными пользователями. В этом случае программа для ЭВМ или база данных в нарушение условий лицензионного соглашения устанавливается пользователем на несколько компьютеров. Часто такой способ совершения преступления используется при установке в организации одной сетевой версии программного продукта на все подразделения, объединенные локальной вычислительной сетью.

В 2004 году в г. Омске экземпляр программы, предназначенной для использования на неограниченном числе компьютеров в рамках одной локальной

сети (Site license), был в нарушение лицензионных условий установлен на компьютерах еще в семи удаленных филиалах организации. Чтобы добиться нормального функционирования «сверхлимитных» экземпляров программы, инженер АСУ А. осуществил взлом встроенной в программу системы защиты. Приговором Кировского районного суда г. Омска А. признан виновным в совершении преступлений, предусмотренных ст.ст. 146 и 273 УК РФ, и ему назначено наказание в виде лишения свободы на срок 1 год 6 месяцев и штрафа²⁰.

Распространение программы для ЭВМ или базы данных — это предоставление доступа к воспроизведенной в любой материальной форме программе для ЭВМ или базе данных сетевыми и иными способами, в том числе путем продажи, включая импорт, проката, сдачи внаем, предоставления займы. Наиболее часто в следственной практике встречаются следующие способы совершения рассматриваемого преступления:

а) незаконная продажа контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных через различные торговые точки или минуя торговые организации;

б) незаконная установка программ для ЭВМ или баз данных на жесткий диск персональных компьютеров и продажа таких компьютеров вместе с программным обеспечением. Использование такого способа совершения преступления поставщиками компьютерной техники возможно потому, что по специальным лицензионным соглашениям, предусматривающим установку программных продуктов на компьютерное оборудование, распространяются так называемые OEM-версии программ для ЭВМ. Поставщики имеют право устанавливать их на реализуемую технику в режиме аудита для демонстрации возможностей оборудования потребителю. Покупателю, приобретающему компьютер с установленным программным обеспечением, должен быть передан OEM-пакет (нераспечатанная пластиковая упаковка с компакт-диском и техническое руководство пользователя). Если покупатель отказывается от установленного программного обеспечения, продавец удаляет его с продаваемого компьютера. Преступники устанавливают на компьютеры либо контрафактные экземпляры программы, либо легальные OEM-

²⁰ Компьютерное пиратство и основные методы борьбы с ним // Серго А. Г., Пуштин В. С. Основы права интеллектуальной собственности : учебник. — Электрон. дан. — М., 2007. — Режим доступа : <http://www.intuit.ru/department/history/law/7/1.html/>

версии на несколько компьютеров в нарушение лицензионного договора;

в) незаконное распространение программ для ЭВМ или баз данных посредством глобальной сети. Этот способ совершения преступления заключается в следующем:

загрузка произведения (программы, ее компонента, базы данных, электронной документации к ним) на сервер в сети Интернет. Поскольку исключительное право на произведение нарушается фактом копирования файлов, не имеет значения цель размещения материалов (только для зарегистрированных пользователей, для личных нужд хозяина сайта и пр.) и наличие ограничения доступа к ресурсу (пароли и пр.);

открытие общего доступа к сетевому ресурсу (в том числе с парольной идентификацией), например к диску или директориям, содержащим легальные копии программы или ее компонентов, таким образом, что третьи лица получают возможность скопировать эту программу или базу данных;

пересылка программы или базы данных посредством электронной почты или иных программ обмена данными;

г) установка и настройка нелегальной версии программного обеспечения или базы данных по заказу пользователя. Преступник, имея лицензионный или контрафактный экземпляр программы, устанавливает с него программное обеспечение или базу данных всем желающим пользователям. Часто таким способом бухгалтерские и иные программы устанавливаются юридическим лицам после изготовления эмулятора ключа или после иного удаления средств защиты от неправомерного доступа.

Приговором Центрального окружного суда г. Сочи (2002 г.) М. признан виновным в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ, и ему назначено наказание в виде штрафа в размере 30 тысяч рублей. М., являясь руководителем предприятия, приобрел контрафактный диск с программным обеспечением и отдал распоряжение установить программу на компьютеры организации, которая использовала эти программы в течение двух лет до тех пор, пока факт нарушения не был выявлен сотрудниками правоохранительных органов. Был удовлетворен гражданский иск в порядке ст. 54 УПК РФ и ст. 1068 ГК РФ, предусматривающей ответственность юридического лица или гражданина за вред, причиненный его работником²¹.

²¹ См.: Дворянкин О. А. Защита авторских и смежных прав. Ответственность за их нарушение. Уголовно-правовой аспект. М., 2002. С. 28.

Интересно, что в этом случае суд признал гражданским ответчиком организацию, а не подсудимого.

К способам совершения данного преступления можно отнести нарушение лицензиатом условий лицензионного договора:

использование программы для ЭВМ или базы данных способом, не предусмотренным в договоре;

распространение программы для ЭВМ или базы данных вне территории, оговоренной в договоре;

распространение программы для ЭВМ или базы данных свыше сроков действия договора;

изготовление экземпляров (воспроизведение) программы для ЭВМ или базы данных в количестве, превышающем предусмотренный в договоре максимальный тираж.

Приобретение контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных в целях сбыта. Способом совершения преступления является покупка контрафактных экземпляров у лиц, незаконно воспроизводящих программы для ЭВМ или базы данных либо распространяющих таковые. Анализ уголовных дел показывает, что при выявлении рассматриваемых преступлений из-за недостаточности оперативно-розыскных мер зачастую не устанавливаются лица, незаконно воспроизводящие программы для ЭВМ или базы данных, поэтому в приговорах способ совершения преступления в подавляющем большинстве случаев определяется как приобретение контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных у неустановленных лиц в торговых точках или с рук. В следственной практике не встречается, но возможен такой способ, как приобретение контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных путем получения в качестве средства взаиморасчета за проделанную работу, оказанную услугу или в уплату долга, а также в обмен на другие вещи. Приобретение возможно и путем присвоения найденного, что редко подлежит установлению и доказыванию, но не опровергнутые версии защиты о таком способе приобретения иногда отражены в приговорах по рассматриваемой категории преступлений. При расследовании должно быть установлено: где, когда, у кого приобретены контрафактные экземпляры программ для ЭВМ или баз данных, какова их стоимость, осведомленность преступника о их контрафактности, намерение возмездной или безвозмездной передачи их другим лицам.

Хранение контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных в целях сбыта. В данном случае способ совершения преступления заключается в умышленных действиях, связанных с фактическим нахождением контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных во владении виновного. Хранение может осуществляться в помещении, приспособленном под хранилище, на складе, в торговой точке, в жилище, других местах. Установлению подлежат следующие обстоятельства: кем и где именно осуществлялось хранение, в какой период времени, какое количество экземпляров хранилось, какова их стоимость, осведомленность преступника о контрафактности экземпляров программ для ЭВМ или баз данных, намерение виновного возмездно или безвозмездно передать их другим лицам.

Перевозка контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных в целях сбыта. При перевозке способ совершения преступления образуют действия по перемещению контрафактных экземпляров продукции из одного места в другое, например в другой регион страны или другой населенный пункт. Перевозкой считается и перемещение в пределах одного и того же населенного пункта. Такой способ типичен для тех случаев, когда места воспроизведения или приобретения и сбыта не совпадают. Он редко встречается в чистом виде, и чаще всего эти действия выполняются наряду с воспроизведением, приобретением или сбытом, так как при наличии больших партий контрафактных экземпляров неминуемо приходится осуществлять и их транспортировку до места сбыта. Дальность перевозки и выбор транспорта зависят от обстановки конкретного события. Это может быть личный автотранспорт или общественный, например, часто используется железнодорожный транспорт. При расследовании преступлений, совершенных путем перевозки контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных, должно быть установлено: когда и кем, в течение какого времени осуществлялось перемещение, каков маршрут перемещения, какой вид транспорта использовался, какое количество экземпляров программ для ЭВМ или баз данных перемещалось, какова их стоимость, осведомленность преступника о контрафактности экземпляров программ для ЭВМ или баз дан-

ных, намерение виновного возмездно или безвозмездно передать их другим лицам.

Общим для рассмотренных ситуаций является то, что все перечисленные действия должны совершаться в крупном размере и с целью сбыта, под которым следует понимать возмездную или безвозмездную передачу любым способом контрафактных экземпляров произведения другим лицам. В подавляющем большинстве случаев сбыт контрафактных экземпляров программ для ЭВМ и баз данных осуществляется путем продажи с рук или через торговые точки. Таким образом, среди целей сбыта преобладает стремление обогатиться, торгуя контрафактными экземплярами произведения. Это легко достижимо, поскольку преступный доход намного превышает затраты, а риск разоблачения невелик. Возможны и другие действия по организации сбыта, например дарение, обмен, уплата долга и т. п.

Выбор источника получения контрафактной продукции, мест ее реализации не является случайным. Исходя из опыта соучастников и лиц, совершающих аналогичные противоправные действия, преступники приобретают контрафактную продукцию в небольших количествах на оптовых рынках, складах (по 50—100 штук) и сразу же реализуют ее в розницу через торговые точки, в ряде случаев в тех же местах, где приобретают. Это характерно для крупных городов, особенно Москвы и Санкт-Петербурга.

Одной из разновидностей приобретения контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных является покупка товара у приезжих незнакомых лиц. Эпизоды могут быть разовыми или неоднократными, при этом могут использоваться различные способы маскировки и сокрытия преступления. У незнакомых оптовых продавцов преступники не выясняют, кто эти лица, имеют ли они разрешение на торговлю. Соответственно по фактам продажи контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных договоры не оформляют.

Так, по одному из уголовных дел поставщик контрафактной продукции называл себя только по имени, ежедневно привозил товар на рынок к началу рабочего дня, а после его окончания лично или через водителя своего автомобиля забирал выручку у продавца, заключившего с ним устную договоренность на реализацию указанного товара. Спустя два месяца, узнав о проведении контрольной закупки на поставляемый товар, он уже не появлялся на рынке, поставку контрафактной

продукции прекратил, даже не востребовав выручку от продажи последней партии. Допрошенный в ходе следствия реализатор контрафактной продукции подробно описал внешность указанного лица, но розыск «поставщика» не увенчался успехом, как, впрочем, и по большинству других уголовных дел²².

Зачастую сбытчики контрафактной продукции имеют свидетельство о государственной регистрации предпринимателя, осуществляющего деятельность без образования юридического лица (в этом случае в материалах уголовного дела должны быть соответствующие документы).

Период осуществления незаконной деятельности по реализации контрафактной продукции зависит от наличия преступного опыта субъекта, преступных связей, финансовых возможностей и колеблется, как правило, от одного-двух месяцев до нескольких лет. Регулярность реализации продукции находится в определенной зависимости от роли субъекта преступления — поставщика (лица, осуществляющего воспроизведение, или приобретателя), хранителя, транспортировщика, сбытчика (продавца) и др.

С организатором сбыта контрафактного товара лица, осуществляющие непосредственно продажу, либо достигают устной договоренности об условиях участия в преступлении, либо заключают предусмотренный законом трудовой договор о приеме на работу в качестве продавца, о чем составляются соответствующие документы. В обязанности продавца входят реализация товара, обеспечение его сохранности, сдача выручки в конце каждого рабочего дня; как правило, продавец снимает показания кассового аппарата, вносит их в кассовую книгу, хранящуюся у него в прошитом и пронумерованном виде на рабочем месте. Между сторонами договора не оговаривается характер продукции, подлежащей реализации. На практике продавцу наряду с иными товарами поставляются экземпляры программ для ЭВМ или баз данных контрафактного характера, которые он реализует. Умысел продавцов на реализацию (сбыт) контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных подтверждается

²² См.: Миронова Е. А. Криминалистическая характеристика преступлений, связанных с нарушением авторских и смежных прав // Сборник материалов семинара по интеллектуальной собственности, Москва, 26—28 февраля 2001 г. / Под общ. ред. А. В. Тимофеева. М., 2001. С. 70—71.

тем, что они распознают характер указанной продукции, прежде всего по внешним признакам упаковки и по комплектации сборников, а также исходя из реальной цены соответствующего товара.

Следует заметить, что в последнее время преступные группы изготавливают контрафактную продукцию высокого качества. Наметилась тенденция продажи дисков в такой же упаковке, какую используют правообладатель либо его законный представитель, с соответствующей голограммой, товарным знаком и т. д. Зачастую такую контрафактную продукцию визуально не отличишь от подлинной продукции правообладателя, и потребуются проведение судебных экспертиз.

Накопление преступного опыта по осуществлению деятельности, связанной с нарушением авторских и смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных, а также иные обстоятельства, как объективного, так и субъективного характера, способствуют формированию группы лиц для совершения указанных преступлений по предварительному сговору.

2.3. Размер нарушения авторских и смежных прав

При определении размера нарушения авторских и смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных следует исходить из розничной рыночной цены оригинального (лицензионного) экземпляра конкретной программы или базы данных. Информацию о среднерозничной цене экземпляра программы для ЭВМ или базы данных можно получить в организациях, осуществляющих мониторинг таких цен, а также у представителей правообладателя²³. При необходимости стоимость экземпляров программы для ЭВМ или базы данных, а также стоимость прав на использование результата интеллектуальной деятельности может быть установлена путем проведения экспертизы (например,

²³ Ориентировочная среднерозничная цена экземпляра программы для ЭВМ или базы данных может быть установлена по специальным справочникам, издаваемым правообладателями или их представителями.

в случаях, когда стоимость еще не определена правообладателем).

Стоимость прав может быть определена по правилам ст.ст. 424, 485, 524 ГК РФ, исходя из стоимости, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичный вид использования объектов авторских или смежных прав. На практике ее можно рассчитывать как стоимость соответствующего вида прав, определяемую на основе ранее заключенных правообладателем договоров о предоставлении права использования произведения в ситуациях, максимально сопоставимых с той, при которой имело место нарушение. По сути, расчет стоимости прав на использование программы для ЭВМ или базы данных представляет собой расчет упущенной выгоды правообладателя.

2.4. Личность преступника

Личность преступника — это совокупность негативных социально значимых индивидуально-типологических качеств индивида, обуславливающая его преступное поведение²⁴.

Профессиональные навыки и «почерк» преступника проявляются в определенных способах, методах, приемах совершения преступления. Оставленные на месте преступления следы свидетельствуют об особенностях его социально-психологического портрета: опыте, профессии, возрасте, поле, знаниях и т. д. Типизация моделей преступников позволяет оптимизировать процесс определения круга лиц, среди которых наиболее вероятен поиск преступника. Собранные в ходе расследования сведения о личности преступника, его криминальном поведении, роли в преступной группе и виновности создают фактическую базу для принятия обоснованных правовых решений по его уголовному преследованию.

Участников преступных групп в большинстве случаев незаконного использования объектов авторских и смежных прав

²⁴ См.: Долгова А. И. Криминология. М., 2001. С. 580—581.

можно подразделить на следующие категории: организаторы, активные участники, второстепенные участники²⁵.

Организаторы, как правило, договариваются о незаконном воспроизведении программ для ЭВМ или баз данных, организуют доставку контрафактной продукции до места нахождения оптового продавца, руководят деятельностью по созданию легальной организации (юридического лица) для прикрытия противозаконной деятельности, в ряде случаев сами возглавляют подобные организации.

Активные участники привлекаются организаторами для управления этапами преступного технологического цикла. В отдельных случаях активные участники формально возглавляют организацию, созданную для прикрытия противозаконной деятельности.

Второстепенные участники выполняют разовые малозначительные задания активных участников и руководителей преступных групп.

Абсолютное большинство преступлений, связанных с нарушением авторских и смежных прав, совершают мужчины в возрасте от 20 до 30 лет, ранее несудимые, как правило, не состоящие на учете в психоневрологическом и наркологическом диспансерах. К нарушениям, совершаемым преимущественно взрослыми преступниками, относятся импорт контрафактных экземпляров программ для ЭВМ, баз данных в целях распространения, а также воспроизведение программ для ЭВМ и баз данных, требующее больших трудовых и финансовых затрат.

Деятельность по распространению программ для ЭВМ и баз данных требует наличия соответствующих знаний (например, при реализации такой продукции необходимо проконсультировать покупателя).

Анализ вынесенных судами приговоров по делам рассматриваемой категории показал, что 40% нарушителей авторских прав имеют высшее образование, 35% — среднее специальное образование, 20% — среднее, 5% — неоконченное высшее (студенты вузов, в основном технических).

²⁵ См.: Хаметов Р. Б. Расследование преступных нарушений авторских прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 9.

Около 80% указанных лиц на момент расследования преступления не имели постоянного места работы, в связи с чем половина из них заключали договор с конкретным лицом на выполнение работ, связанных с продажей и охраной контрафактных экземпляров программ для ЭВМ и баз данных. Отвечая в ходе следствия на вопрос, знали ли они, что реализуемая продукция является контрафактной, 70% отрицали это обстоятельство, остальные считали, что продажа указанной продукции не является уголовно наказуемым деянием, а может повлечь лишь административную ответственность, и не исключали ее²⁶.

Правонарушители — в основном жители городов и близлежащих населенных пунктов городского типа. Жителей сельской местности среди них практически не встречается. Это объясняется тем, что местами сбыта контрафактных экземпляров программ для ЭВМ и баз данных являются торговые организации в городских населенных пунктах, в подавляющем большинстве случаев — в областных центрах.

У преступников, как правило, «благополучный» социальный портрет: по месту работы и учебы лица указанной категории характеризуются положительно. Например, учащиеся согласно представленным справкам не имели ни академической задолженности по учебе, ни нареканий со стороны администрации. В большинстве случаев характеристики, представленные с места жительства по запросам следователей, являлись отпиской: в них лишь указывалось, что лицо проживает по указанному адресу и от соседей жалоб в отношении его не поступало. По показаниям реализаторов контрафактной продукции, многие из них устраивались на такую работу по устной договоренности с владельцами товара на каникулярный период и выходные дни.

Как правило, о возможности заработать деньги путем продажи контрафактной продукции субъект узнает из личного общения с теми, кто уже осуществляет эту деятельность в течение определенного времени без каких-либо санкций со стороны контролирующих органов.

²⁶ См.: Миронова Е. А. Указ. соч. С. 70—71.

В случаях, когда используется сложный способ совершения преступления, а преступная деятельность направлена на длительное извлечение преступного дохода, преступления совершаются группой лиц или организованной преступной группой с распределением ролей.

Часто в состав преступной группы входят родственники: жена либо родители-пенсионеры, брат, сестра²⁷. Круг субъектов преступления (владельцы товара, продавцы, охранники и др.) может формироваться из числа лиц, ранее знакомых друг с другом по месту работы, учебы, жительства, а также в связи с проведением совместного досуга.

Так, группой из трех человек было организовано нарушение авторских и смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных. С этой целью они закупили оборудование для копирования программного обеспечения и баз данных, арендовали отдельную квартиру в Санкт-Петербурге, в которой осуществлялись копирование, упаковка контрафактных экземпляров, хранились полученные преступным путем экземпляры. Для распространения контрафактных продуктов через глобальную сеть был создан Интернет-магазин «Logos CD Trade». Таким образом осуществлялось копирование и распространение программных продуктов ЗАО «Фирма 1С», ООО «НПП «Гарант»», ЗАО «АБИ «Программное обеспечение»» и др.²⁸

2.5. Психическая деятельность субъекта преступления

Рассматриваемые преступления совершаются только *умышленно*, с прямым или косвенным умыслом. При установлении умысла необходимо доказать, что все имеющие юридическое значение обстоятельства, относящиеся к характеристике объекта и предмета, объективной стороны преступления, осознавались виновным. Должно быть установлено, что лицо сознавало общественную опасность своего деяния, понимало, что нарушает чужие охраняемые законом права, т. е. совершает незаконное деяние. Факт привлечения субъекта к административной ответ-

²⁷ Там же. С. 71.

²⁸ Приговор от 07.03.03. Архив Красносельского районного суда г. Санкт-Петербурга.

ственности за аналогичное правонарушение (по ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ) будет означать наличие в его действиях умысла, так как он уже осознает противоправность (незаконность) своего деяния. Равно оценивается и то обстоятельство, что ранее он предупреждался (возможно, неоднократно) о том, что его действия нарушают права авторов или иных правообладателей на соответствующие программы для ЭВМ и базы данных.

Мотивы нарушения авторских или смежных прав не влияют на квалификацию, но устанавливаются в ходе расследования. Преобладают корысть и тщеславие.

Цель сбыта является обязательным признаком субъективной стороны только составов преступлений, связанных с приобретением, хранением и перевозкой контрафактных экземпляров программ для ЭВМ и баз данных, и подлежит доказыванию. Присваивая авторство, виновный преследует цель выдать чужое произведение за свое. При незаконном использовании объектов авторских или смежных прав цели не имеют значения. Как правило, ими могут быть: извлечение и максимизация прибыли, получение преимуществ в конкуренции с другими хозяйствующими субъектами и т. д.

2.6. Криминалистические признаки (следы) нарушения авторских и смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных

Криминалистическими признаками (следами) нарушения авторских или смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных служат любые отступления от принятых правообладателем способов их воспроизведения, оформления упаковки, распространения и пр.

Поскольку в подавляющем большинстве случаев нарушаются авторские или смежные права на программное обеспечение, выпускаемое такими фирмами, как Майкрософт и ЗАО «Фирма 1С», приведем характерные криминалистические признаки рассматриваемого преступления применительно к указанным объектам авторских или смежных прав.

Майкрософт выпускает программные продукты в виде коробочных версий, OEM-версий, а также распространяемые на основании корпоративных лицензий.

В коробочной версии воспроизводятся операционные системы, приложения Office Word Excel, средства разработки Visual C Visual Studio, серверные продукты SQL Server Exchange, мультимедийные продукты Encyclopedia Encarta и др. Носители, на которых записаны коробочные версии, всегда упакованы в красочно оформленную картонную коробку с сертификатом подлинности на боковой поверхности. Внутри оригинальной коробки, как правило, находятся руководство пользователя, содержащее лицензионное соглашение, и регистрационная карточка. Компании-ресселеру (продавцу) не требуется специального разрешения (авторизации) правообладателя на реализацию коробочных версий через торговую сеть.

Программное обеспечение может поставляться вместе с компьютером в виде предустановленной версии — OEM-версии. Как правило, это такие программные продукты, как Windows 98, Windows NT Workstation, Office 2000, Microsoft Windows 2000 Professional, другие приложения Windows 2000, и мультимедийные продукты. При их реализации вместе с компьютером продавец обязан передать покупателю носитель с продуктом, руководство пользователя, содержащее сертификат подлинности и лицензионное соглашение. Операцию по предустановке продукта может выполнять любая компания, занимающаяся продажей компьютеров. Специального разрешения правообладателя на продажу компьютеров с OEM-версиями не требуется.

Лицензионные программные продукты в организации могут устанавливаться на основании специального соглашения об открытой лицензии, так называемой корпоративной лицензии (например, Microsoft OPEN License).

В лицензионном соглашении определяются правила использования программных продуктов, приводится список продуктов, право использования которых предоставляется организации-покупателю, указывается разрешенное количество их копий. На титульном листе соглашения в правом верхнем углу расположен сертификат подлинности, схожий с используемым для защиты коробочных версий продуктов. Продажу корпоративных лицен-

зий осуществляет сеть реселлеров. Авторизации правообладателем не требуется.

Соглашение имеет уникальный номер и учитывается корпорацией в специальной базе корпоративных пользователей лицензий.

Таким образом, к криминалистическим признакам нарушения авторских или смежных прав на продукты фирмы Майкрософт, в частности, относятся:

отсутствие сертификата подлинности (для коробочных версий — на правом торце картонной коробки, в которую упакован диск).

Сертификат подлинности, например, для Windows Millenium выполняется в виде наклейки с голографической эмблемой Microsoft и защитной голографической полосой со словами «Microsoft» и «Genuine». В сертификате должно быть указано название продукта и серийный номер;

отсутствие на сертификате термоактивного символа (овального, квадратного, иного), изменяющего цвет при прикосновении теплого предмета (пальца);

отсутствие на сертификате узорной сетки;

отсутствие голографического изображения на дисках CD-ROM с продуктами Windows;

отсутствие логотипа Microsoft и изображения развевающегося флага, а также чередующихся слов «Microsoft», «Windows», «Genuine» или названия продукта и номера версии, которые должны просматриваться на внутреннем ободе лицензионного диска при его повороте относительно источника света;

отсутствие на поверхности диска многочисленных голографических изображений с логотипами Microsoft, Windows и флагом Windows;

запись на диске нескольких программных продуктов (на одном оригинальном диске всегда записан только один программный продукт);

установка на несколько компьютеров одной копии коробочной версии продукта;

превышение лимита разрешенных соглашением об открытой лицензии копий продукта.

Продуктами ЗАО «Фирма 1С» являются универсальные программы, ориентированные на широкий спектр применения. Все

они имеют свидетельства об официальной регистрации программы для ЭВМ и регистрационные свидетельства о том, что представленное в депозитарий электронное издание «1С» зарегистрировано и ему присвоен номер государственного учета.

Программы «1С» воспроизводятся в виде коробочных версий и имеют определенную комплектацию.

При решении вопроса, является ли конкретный экземпляр программного продукта контрафактным, необходимо выяснить следующие обстоятельства:

наличие и расположение реквизитов на вкладышах в футляры;

способ и качество выполнения реквизитов на вкладышах;

наличие указания о правообладателе;

наличие реквизитов на CD-диске;

наличие оригинальной упаковки и буклетов;

наличие регистрационных документов;

наличие кодового устройства (HASP-ключа) и бонуса;

размещение на носителе более одной программы.

Наиболее важным для доказывания обстоятельством является расположение на жестком диске компьютера обвиняемого программного продукта, атрибутирующего себя соответствующим образом, и отсутствие оригинального ключа защиты.

Так, из заключения судебной компьютерной экспертизы, проведенной по делу Я., следует, что «на НЖМД ноутбука, изъятого у обвиняемого при обыске, в папке C: Programs Files / 1Сv77 / Bin расположена программа 1Сv77.exe, которая при запуске на исполнение атрибутирует себя как программный продукт «1С». Среди аппаратных средств ноутбука электронный ключ защиты типа HASP отсутствует»²⁹.

Программные продукты в соответствии со ст. 1286 ГК РФ могут распространяться на основании так называемых оборотных лицензий.

Оборотные лицензии (shrinkwrap license) представляют собой договоры, которые, в отличие от лицензионных договоров, заключаемых в предписанной законом письменной форме, являются разновидностью конклюдентных сделок. Такой договор может быть включен внутрь запечатанной упаковки с нанесением на упаковку соответствующего предупреждения при условии

²⁹ Архив Красногвардейского районного суда г. Санкт-Петербурга.

предпродажного ознакомления покупателя продавцом с его содержанием. Вскрытие покупателем упаковки экземпляра программы для ЭВМ или базы данных и является конклюдентным действием, осуществляя которое покупатель выражает свое согласие с условиями оберточной лицензии.

Правообладатели в своих оберточных лицензиях, как правило, указывают:

способ использования произведения. Обычно оговаривается возможность использования данного экземпляра произведения (одной его копии) на одной ЭВМ (одном терминале, связанном с ЭВМ), недопустимость его использования более чем на одной ЭВМ (более чем одним пользователем в сети одновременно);

лицо, являющееся обладателем исключительного (имущественного) права на данную программу для ЭВМ или базу данных;

объем прав на использование приобретаемой программы для ЭВМ или базы данных: допустимость адаптации, установки на жесткий диск, записи и хранения в памяти ЭВМ;

ограничение права пользователя: изготовление лишь одной архивной копии или копии, применяемой для замены правомерно приобретенного экземпляра в случае, когда оригинал произведения утерян, уничтожен или стал непригодным для использования.

Применительно к преступлениям, предусмотренным ст. 146 УК РФ, криминалистическое значение имеет информация в конце оберточной лицензии, где приводятся сведения о правообладателе: адрес, телефон, факс и иные.

Одновременно с оберточными лицензиями применяются регистрационные карты конечных пользователей программы для ЭВМ или базы данных, в которых указывается полное наименование обладателя исключительного (имущественного) права на программу для ЭВМ или базу данных, какие преимущества дает заполнение пользователем регистрационной карты и ее направление правообладателю (в частности, бесплатное информационное обслуживание по вопросам, связанным с последующими модификациями и усовершенствованиями, организуемыми выставками, семинарами, курсами и т. д., иные льготы). Именно этот документ, как правило, отсутствует в контрафактных экземплярах.

3. ОСОБЕННОСТИ РАССЛЕДОВАНИЯ НАРУШЕНИЯ АВТОРСКИХ и СМЕЖНЫХ прав на ПРОГРАММЫ для ЭВМ и БАЗЫ ДАННЫХ

3.1. Особенности возбуждения уголовного дела

Уголовные дела о нарушении авторских и смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных в форме присвоения авторства (ч. 1 ст. 146 УК РФ) являются делами частно-публичного обвинения, поэтому могут быть возбуждены только при наличии заявления автора или его представителя. Лишь в исключительных случаях, если преступление совершено в отношении лица, которое находится в зависимом состоянии или по иным причинам неспособно самостоятельно воспользоваться принадлежащим ему правом, следователь, дознаватель или орган дознания вправе возбудить уголовное дело без заявления потерпевшего. К иным причинам могут быть отнесены тяжкое заболевание, длительное пребывание (проживание) за пределами Российской Федерации и др. Дела частно-публичного обвинения не могут быть прекращены в связи с примирением сторон, хотя анализ следственной и судебной практики показывает, что во многих случаях уголовные дела данной категории прекращаются именно в связи с примирением сторон в соответствии со ст. 25 УПК РФ по заявлению потерпевшего или его представителя.

Незаконное использование программ для ЭВМ и баз данных, приобретение, хранение, перевозка контрафактных экземпляров программ для ЭВМ и баз данных в целях сбыта в крупном размере, а также группой лиц по предварительному сговору, организованной преступной группой, в особо крупном размере либо лицом с использованием своего служебного положения — преступления, дела о которых относятся к делам публичного обвинения, поэтому возбуждаются независимо от наличия заявления потерпевшего. Являясь преступлениями небольшой и средней тяжести, нередко прекращаются по ст. 76 УК РФ и ст. 25 УПК РФ в связи с примирением сторон.

Поводами для возбуждения уголовных дел данной категории являются:

заявления автора, иного правообладателя или их представителя о нарушении авторских или смежных прав;

результаты оперативно-розыскной деятельности подразделений «К» УСТМ, ОБЭП, иных подразделений органов внутренних дел и других правоохранительных органов, в том числе зарубежных (в материалах уголовного дела в этом случае должен содержаться рапорт должностного лица об обнаружении признаков преступления);

заявления иных лиц — граждан и юридических лиц, в том числе потребителей (покупателей), общественных организаций; сообщения в средствах массовой информации; материалы гражданских и арбитражных дел.

Как правило, возбуждаются уголовные дела после проведения комплекса оперативно-розыскных мероприятий, направленных на выявление и закрепление фактов нарушения авторских или смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных. Оперативно-розыскные мероприятия проводятся специальными подразделениями «К» УСТМ МВД России — специализированными отделами по защите интеллектуальной собственности.

Основным оперативно-розыскным мероприятием (ОРМ) по делам данной категории является проверочная закупка в организации или у лица, распространяющих контрафактные экземпляры программ для ЭВМ или баз данных. Проверочная закупка представляет собой контролируруемую сделку купли-продажи между оперативными сотрудниками или другими гражданами по их поручению (они могут выступать под псевдонимом) и лицом, заподозренным в нарушении авторских или смежных прав.

При проведении проверочной закупки целесообразно осуществлять аудио- или видеозапись, запечатлевающую ход ОРМ. Результаты ОРМ фиксируются в акте проверочной закупки с указанием места и времени проведения проверочной закупки, полного наименования организации-продавца, наименования программы для ЭВМ или базы данных и количества приобретенных экземпляров, стоимости экземпляров, признаков контрафактности (если они определяются визуально). Контрафактные экземпляры изымаются на основании п. 25 ст. 11 Закона РФ «О милиции», о чем составляется протокол с указанием места, времени изъятия, наименования программы для ЭВМ или базы данных, внешних признаков контрафактности.

Кроме контрафактных экземпляров изъятию подлежат документы:

кассовые чеки, кассовые книги, кассовые ленты, товарно-денежные отчеты, иные бухгалтерские документы, в том числе хранящиеся на цифровых носителях;

документы, в которых фиксируются приход и реализация экземпляров программ для ЭВМ или баз данных (товарно-транспортные накладные, счета-фактуры, накладные, квитанции и пр.), в том числе хранящиеся на цифровых носителях;

черновые записи, ценники, элементы упаковки, рекламные листки и пр.;

лицензионные договоры, договоры об отчуждении исключительного права, учредительные документы и документы о регистрации, лицензии, договоры аренды помещения и пр.;

печати, штампы и пр.

После проверочной закупки и изъятия безотлагательно должны быть получены письменные объяснения от лиц, причастных к приобретению контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных, перевозке, хранению и реализации контрафактной продукции. Выяснению у виновных лиц подлежат следующие обстоятельства:

где и кто приобретает контрафактные экземпляры программ для ЭВМ или баз данных;

кто, каким транспортом и какими партиями, по какой цене доставляет;

как оформляют приход и расход;

как осуществляют оплату;

экземпляры каких программ для ЭВМ или баз данных находились в организации в момент проведения ОРМ, их количество;

другие обстоятельства.

Изъятые экземпляры программ для ЭВМ или баз данных могут быть направлены для исследования на соответствие оригинальной продукции и выявления признаков контрафактности. Зачастую такое исследование проводит представитель правообладателя. На стадии проверки заявления и далее при расследовании преступления оперативные работники и следователь должны поддерживать постоянный контакт с правообладателем (или его представителем) с целью получения разъяснений и справок.

Кроме того, именно с ним следует решать ряд технических вопросов: оказания практической помощи в изъятии продукции, ее перевозке и хранении, участия в проведении ОРМ и следственных действий.

На стадии проверки сообщения о преступлении можно пользоваться информацией правообладателя о признаках контрафактности изъятых экземпляров программ для ЭВМ или баз данных. В то же время судебная экспертиза (компьютерно-техническая, трасологическая, криминалистическая экспертиза документов) должна проводиться лишь экспертами экспертных учреждений или иными независимыми экспертами.

Помимо указанных ОРМ целесообразно проводить наружное наблюдение для установления автотранспорта и лиц, осуществляющих доставку, складов хранения, места изготовления или приобретения контрафакта, лиц, причастных к нарушению авторских или смежных прав, их роли в преступной группе, взаимоотношений и связей между собой, получения иных сведений, имеющих отношение к правонарушению.

Оперативные работники представляют следователю материалы с результатами оперативно-розыскных мероприятий, а именно:

акты проверочной закупки программных продуктов или баз данных;

объяснения лиц, у которых проведена закупка;

изъятые экземпляры программ для ЭВМ или баз данных;

объяснения правообладателя;

акт исследования экземпляров программ для ЭВМ или баз данных;

другие материалы, полученные в ходе оперативно-розыскной деятельности.

Передача материалов осуществляется в соответствии с ч. 3 ст. 11 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и Инструкцией о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд, утвержденной совместным Приказом МВД РФ, ФСБ РФ, , ФСО РФ, ФТС РФ, СВР РФ, ФСИН РФ, ФСКН РФ, МО РФ от 17 апреля 2007 г. № 368/185/164/ 481/ 32/ 184/ 97/ 147.

3.2. Основные средства доказывания

Организация начального этапа расследования зависит от того, какая следственная ситуация сложилась к моменту возбуждения уголовного дела. Под следственной ситуацией понимается криминалистическая категория, отражающая положение дел в определенный момент расследования, характеризующаяся содержанием криминалистически значимой информации и достаточностью ее для принятия решений следователем. На начальном этапе расследования организация сводится в основном к работе с информацией, а именно к ее восприятию, анализу, переработке, оценке, систематизации, синтезу. При этом широко используются программно-целевой метод, метод мысленного моделирования, криминалистический факторный анализ и комплексный подход.

Наиболее типичные ситуации начального этапа расследования:

1. Имеется заявление автора или иного правообладателя о нарушении авторских или смежных прав на программу для ЭВМ или базу данных.

2. Контрафактные экземпляры программных продуктов изъяты органом, осуществляющим ОРД, в ходе специальных рейдов и мероприятий по выявлению нарушений авторских и смежных прав в торговых организациях.

3. Оперативным путем выявлены факты изготовления, приобретения, хранения или перевозки контрафактных экземпляров программных продуктов или баз данных.

4. Имеется заявление о нарушении авторских или смежных прав, поступившее от третьих лиц, не являющихся правообладателями.

Во всех перечисленных ситуациях в первую очередь должен быть установлен правообладатель, а также изъяты контрафактные экземпляры программных продуктов или баз данных.

Допрос правообладателя или его представителя должен предварять другие следственные действия, поскольку именно от его результатов зависит установление основного обстоятельства, подлежащего доказыванию, — каков предмет посягательства, охраняется ли он авторским или смежным правом, чьи права

нарушены и каким образом. У правообладателя или его представителя выясняется:

на основании какого документа ему передано право на использование произведения, каким способом и в каком объеме;

какова стоимость одного экземпляра продукта (программы для ЭВМ или базы данных);

какой ущерб причинен правообладателю в результате нарушения авторских или смежных прав;

известен ли нарушитель авторских или смежных прав, направлялись ли ему претензии или предупреждения о нарушении;

иные вопросы, имеющие значение для установления обстоятельств дела.

У правообладателя или его представителя производится **выемка**. Изымаются следующие документы:

документы, подтверждающие наличие у лица имущественных прав на программу для ЭВМ или базу данных (договор об отчуждении исключительного права, лицензионный договор, свидетельство о наследовании, трудовой договор и пр.);

свидетельство о регистрации программы для ЭВМ или базы данных (если она осуществлялась);

договор работодателя с работником о создании программы для ЭВМ или базы данных (приказы, служебные записки, технические задания, план научно-исследовательской работы и пр.);

договоры об использовании программы для ЭВМ или базы данных;

регистрационные карты пользователя и оборотные лицензии;

переписка с организациями, замеченными в нарушении авторских или смежных прав (уведомления, претензии, арбитражные иски и пр.).

У правообладателя или его представителя в соответствии со ст. 38 УПК РФ **истребуются справки**:

о комплектности и внешнем виде лицензионной поставки;

о ценах на создание программы для ЭВМ или базы данных;

о расчете ущерба, причиненного незаконным распространением программного продукта;

о предоставлении (или непредоставлении) конкретному гражданину или юридическому лицу прав на тиражирование, распространение программного продукта или базы данных.

После проведения указанных следственных действий и мероприятий правообладатель признается потерпевшим и может заявить гражданский иск о возмещении причиненного ему ущерба. В этом случае он признается гражданским истцом в соответствии со ст. 44 УПК РФ.

Осмотр места происшествия. По делам о нарушении авторских и смежных прав осмотру подлежат места изготовления контрафактных экземпляров программ для ЭВМ и баз данных (подпольные цеха, типографии), места сбыта (магазины, ларьки, киоски, торговые места на рынках, торговых центрах и т. п.), а также места, где контрафактным экземплярам придается вид легально изготовленных (наклеиваются голограммы и этикетки, оформляется упаковка и т. п.). В подавляющем большинстве случаев осмотр места происшествия по делам такого рода проводится до возбуждения уголовного дела, так как зачастую только в результате этого следственного действия могут быть выявлены факты, указывающие на совершение преступления, предусмотренного ст. 146 УК РФ. Осмотр места происшествия целесообразно проводить после комплекса ОРМ, который позволит установить помещения, подлежащие осмотру, наличие или отсутствие охраны, расположение входа в помещение и выхода из него, тайников, время поступления партии продукции с признаками контрафактности и др.

Перед началом данного следственного действия с целью повышения его эффективности, в зависимости от места проведения осмотра, рекомендуется:

определить круг лиц, которые должны принять участие в осмотре: сотрудников милиции, помощников для вспомогательных работ, специалистов, в том числе по программному обеспечению, знающих, какие приспособления могут быть использованы для воспроизведения программ для ЭВМ или баз данных, понятых;

проконсультироваться у компетентных лиц по следующим вопросам: по каким признакам контрафактные экземпляры отличаются от оригинальных; какое оборудование может быть использовано для воспроизведения программного продукта, базы

данных, изготовления полиграфическим способом упаковок, защитных наклеек; какие меры необходимо предпринять для обеспечения сохранности компьютеров и хранящейся в их памяти информации;

определить, какое оборудование желательно было бы использовать для поиска и выявления следов, их фиксации и фиксации обстановки;

получить характеристику подлежащего осмотру помещения в бюро технической инвентаризации либо иных органах, обладающих такой информацией (что позволит в ходе визуального осмотра выдвинуть предположение о наличии и местах возможного расположения тайников);

подготовить упаковочный материал, бланки для опечатывания, пояснительные бирки;

обеспечить группу транспортом, достаточным для одновременного вывоза изъятых объектов;

по возможности заранее каждому участнику следственного действия определить его задачу, предупредить о мерах безопасности;

выработать тактику осмотра.

В протоколе осмотра места происшествия фиксируется обстановка в помещении, условия хранения и продажи экземпляров программ для ЭВМ или баз данных. Изымаемые объекты тщательно осматриваются и описываются в протоколе с указанием индивидуальных признаков, состояния на момент осмотра: наличие упаковочных коробок, голографических марок, наименование правообладателей на обложках, содержание оборотных лицензий, целостность целлофановых упаковок и т. д.

Необходимо обратить внимание на отражение в протоколе осмотра места происшествия наличия (или отсутствия) документов, дающих разрешение на данный вид деятельности, и других документов, имеющих значение для дела. При осмотре места записи программ для ЭВМ или баз данных в протоколе указывается расположение, наименование, количество аппаратуры, ее рабочее состояние, наличие чистых CD, CD-R, CD-RW, DVD и других носителей цифровой информации, лицензионных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных и иных материалов, относящихся к совершению преступления.

Сосредотачивая внимание на продукции с признаками контрафактности, оборудовании для воспроизведения программ для ЭВМ или баз данных и документации, следователь не должен забывать о поиске, фиксации и изъятии «традиционных» следов — рук, ног, обуви, слюны, волос и т. д. Они могут иметь важное значение для выявления и изобличения преступников или проверки алиби невиновных.

Изымаемые объекты должны быть упакованы, надлежащим образом опечатаны и скреплены подписями участников осмотра.

В протоколе наряду с подробным описанием обстановки и обнаруженных объектов обязательно фиксируются объяснения присутствующих лиц из числа администрации, работников производственной или торговой организации по факту нарушения авторских или смежных прав.

При необходимости в ходе осмотра места происшествия составляются схемы, планы места происшествия, обязательно осуществляются фотографирование и видеосъемка.

Нарушения, допущенные при составлении протокола осмотра места происшествия, приводят к утрате доказательственного значения результатов данного следственного действия, поэтому протокол составляется в строгом соответствии с требованиями ст.ст. 176, 177, 180 УПК РФ.

Обыски по месту воспроизведения (изготовления контрафактных экземпляров) программ для ЭВМ или баз данных, хранения контрафактных экземпляров, их распространения (реализации), а также по месту жительства и в местах пребывания преступников. Основная цель обысков — обнаружение предметов и документов, имеющих значение для дела.

Знание типичных способов нарушения авторских или смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных, информация, полученная в результате оперативно-розыскных действий, должны использоваться следователем при подготовке и производстве следственного действия, направленного на поиск и изъятие:

носителей информации — НЖМД, CD-R, CD-RW, DVD, флэш-карт с компьютерными программами, базами данных, соответствующей документации;

чистых дисков и других носителей информации, предназначенных для записи;

полиграфической продукции для дисков и иных носителей информации, средств упаковки;

приспособлений, которые могут использоваться для незаконного воспроизведения программ для ЭВМ или баз данных, изготовления поддельной полиграфической продукции и голограмм, а также другой аппаратуры, используемой для «пиратских» целей;

образцов (мастер-кассет, мастер-дисков), используемых в качестве исходных носителей для воспроизведения;

носителей, на которых может содержаться значимая информация;

документов о деятельности организации (индивидуального предпринимателя), в том числе свидетельства о регистрации организации (предпринимателя), уставных документов организации, договоров аренды помещения, бухгалтерской документации и других документов, имеющих значение для дела;

документов, содержащих информацию о количестве экземпляров программ для ЭВМ или баз данных, ассортименте, источниках поступления, каналах сбыта, прайс-листов, рекламных буклетов, договоров, доверенностей, товарно-транспортных накладных, чеков, ценников, журналов учета клиентов, черновых записей о продаже дисков с программным обеспечением или базами данных и расходовании денежных средств и т. д.;

черновых записей, в том числе записей на отдельных клочках бумаги, которые, возможно, позволят выявить производителей и распространителей контрафактной продукции, связи нарушителя, получить другие имеющие значение для дела данные.

Так, по уголовному делу по обвинению М. по ст.ст. 146 ч. 2 и 171 ч. 2 п. «б» УК РФ при обыске по месту жительства обвиняемого были обнаружены и изъяты: контракт на предоставление услуг пейджинговой связи и пейджер, по которому обвиняемый связывался с клиентами по вопросам поставки контрафактных экземпляров программных продуктов; алгоритмы декодирования файлов; рекламные листы с предложениями контрафактных экземпляров программ для ЭВМ и баз данных; документы, составленные М. на поставку контрафактных экземпляров программных продуктов: 43 накладных, 13 товарных чеков, 38 счетов-фактур, 37 приходных кассовых ордеров с печатями ООО «Звездочет»; 14 компакт-дисков; 35 дискет; распечатки с НЖМД; 20 визитных карточек клиентов, среди которых и карточки получателей контрафактной продукции; записки, имеющие отношение к делу. Эти объекты были признаны

вещественными доказательствами и использованы следствием и судом при установлении виновности М. в совершении преступлений³⁰.

Следователь должен активно участвовать в производстве обыска, лично выполняя поисковые действия и организуя деятельность всех участвующих в следственном действии лиц. Пассивное присутствие в качестве наблюдателя недопустимо и может повлечь признание результатов обыска недопустимым доказательством.

Например, по одному из дел о преступлении, предусмотренном ст. 146 УК РФ, Ростовский городской суд признал протокол обыска недопустимым доказательством. Судом было установлено, что были допущены нарушения закона при производстве обыска по уголовному делу, а именно: руководили обыском и фактически его производили оперативные работники, не получившие на то никаких письменных поручений следователя, последнему только приносили к месту составления протокола где-то обнаруженные и изъятые компакт-диски. Место их обнаружения и сам факт обнаружения и изъятия по протоколу установить было невозможно, поскольку запись о данных обстоятельствах в протоколе отсутствовала³¹.

Осмотр продукции с признаками контрафактности. Изъятые при проведении обыска, выемки или осмотра места происшествия экземпляры программ для ЭВМ или баз данных подлежат осмотру непосредственно на месте изъятия, что отражается в протоколах данных следственных действий, либо осматриваются в кабинете следователя или в ином помещении, где будет определено их хранение, в рамках отдельного следственного действия. При осмотре рекомендуется использовать помощь специалиста. Возможно участие правообладателя или его представителя. В протоколе следственного действия фиксируется, где и при каких обстоятельствах изъяты осматриваемые экземпляры, соответствие осматриваемых экземпляров образцам, выпускаемым правообладателем, наличие голограмм, оберточных лицензий, характерные особенности, которые позволят идентифицировать впоследствии обладателя исключительных прав, если он еще не известен. Кроме того, должны быть указаны харак-

³⁰ Уголовное дело № 1-146/01. Архив Кировского районного суда г. Санкт-Петербурга.

³¹ См.: Фомин А. М. Обыск в современном уголовном процессе России: Учебно-практическое пособие. М., 2006. С. 97.

тер и состояние упаковки экземпляров продукции на начало осмотра (наличие опечатывания, подписей должностных лиц, иных лиц, участвовавших в изъятии).

Практика свидетельствует о том, что порой осмотр изъятых экземпляров программ для ЭВМ или баз данных с признаками контрафактности проводится в течение нескольких дней. В этом случае в протоколе осмотра необходимо указывать все перерывы следственного действия. На время каждого перерыва осматриваемые экземпляры должны быть упакованы, опечатаны, а в протоколе следует указать место их хранения во время перерыва. Несоблюдение этих рекомендаций может привести к тому, что доказательства, полученные в ходе проведения следственного действия, могут быть признаны недопустимыми.

Допрос свидетелей. В ходе расследования допрашиваются различные группы свидетелей.

В зависимости от того, в чем выразилось нарушение авторских и смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных, это могут быть следующие лица:

лица, причастные к изготовлению контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных;

лица, осуществлявшие приобретение, перевозку, хранение продукции с признаками контрафактности;

лица, участвовавшие в проверочной закупке и изъятии экземпляров программ для ЭВМ или баз данных с признаками контрафактности и других предметов и документов (покупатель, представители общественности, правообладатель);

сотрудники органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, проводившие проверочную закупку и изъятие экземпляров программ для ЭВМ или баз данных с признаками контрафактности и других предметов и документов;

владелец магазина или торгового центра, где расположено торговое место подозреваемого (обвиняемого);

лица, осуществляющие торговлю на соседних местах;

лица, приобретающие у подозреваемого (обвиняемого) экземпляры программ для ЭВМ или баз данных;

лица, покупавшие оптом у подозреваемого (обвиняемого) экземпляры программ для ЭВМ или баз данных для их дальнейшей реализации;

лица, сотрудничавшие с подозреваемым (обвиняемым), но не состоявшие с ним в сговоре на совершение нарушения авторских и смежных прав;

родственники, друзья, знакомые подозреваемого (обвиняемого);

работники подозреваемого (обвиняемого), состоящие с ним в трудовых отношениях (продавцы, курьеры, бухгалтеры, товароведы, водители, экспедиторы и т. п.);

представители правообладателя, организации по управлению правами на коллективной основе.

Показания лиц, участвовавших в проверочной закупке и изъятии экземпляров программ для ЭВМ или баз данных с признаками контрафактности и других предметов и документов, а также проводивших данные мероприятия сотрудников органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, могут быть очень информативными. Данные лица воспринимают намного больше информации, чем фиксируется в акте проверочной закупки. В ходе их допроса выясняется, в частности, предпринимались ли продавцом попытки сокрытия предположительно контрафактных экземпляров программных продуктов или документов, как объяснял продавец свое отношение к тому, что осуществляет продажу контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных, осознавал ли, что они являются контрафактными, какова, по его мнению, продолжительность незаконной деятельности, другие вопросы.

Владелец магазина или торгового центра, где арендовал торговое место подозреваемый (обвиняемый), а также лица, осуществляющие торговлю на соседних местах, могут показать, как давно занимается данной деятельностью подозреваемый (обвиняемый), сколько у него работников, какое примерно количество экземпляров программ для ЭВМ или баз данных реализует, использует ли приемы конспирации и иное.

Весомыми доказательствами могут служить и показания лиц, которые приобрели экземпляры программ для ЭВМ или баз данных, однако на практике они допрашиваются редко. Это связано с тем, что выявить таких лиц сложно, однако меры к их установлению должны быть приняты. Информация о данных лицах может быть получена в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий, допросов подозреваемого (обвиняемого) и

свидетелей, из документов, изъятых у подозреваемого (обвиняемого).

Доказательственное значение могут иметь показания родственников и знакомых нарушителя авторских или смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных. При умелом использовании тактических приемов допроса у таких свидетелей можно получить сведения не только о личности правонарушителя, но и о фактических обстоятельствах дела.

Что касается работников подозреваемого (обвиняемого), в частности продавцов, то на практике по уголовным делам рассматриваемой категории они, как правило, не допрашиваются. Если все же продавцы допрашиваются, то чаще всего у них выясняются обстоятельства задержания подозреваемого (обвиняемого), подробности проведения контрольной закупки, а не вопросы, подлежащие исследованию и доказыванию: давно ли торгуют, какова средняя ежедневная выручка и т. д. Полагаем, что это ошибочная позиция следствия. Данные лица могут дать весьма ценные показания.

Необходимо допрашивать также лиц, не работающих у подозреваемого (обвиняемого), но каким-либо образом ставших причастными к незаконному воспроизведению программ для ЭВМ или баз данных, приобретению, перевозке, хранению и реализации контрафактных экземпляров.

У свидетелей должны быть выяснены следующие обстоятельства:

где и кем осуществлялось изготовление экземпляров программ для ЭВМ или баз данных с признаками контрафактности; известны ли свидетелю иные места, где этими же лицами осуществлялась аналогичная деятельность;

когда начато изготовление экземпляров программ для ЭВМ или баз данных с признаками контрафактности, сколько времени это продолжалось; какие изменения в организации этой деятельности произошли за указанный период: увеличилось число лиц, участвовавших в изготовлении, приобретена новая техника для воспроизведения и т. п., подыскано более удобное (чем именно) место для изготовления и т. п.;

где хранились экземпляры программ для ЭВМ или баз данных, арендовались ли для их хранения места на складах;

кто осуществлял их перевозку на склад и к месту торговли; какой при этом использовался транспорт;

где и кем осуществлялась реализация, возросло ли (уменьшилось) за последнее время число лиц, участвовавших в реализации;

какова выручка за день, неделю, месяц, какой доход получен в результате всей деятельности;

как и кто рассчитывался с лицами, участвовавшими в изготовлении, перевозке, хранении и реализации экземпляров программ для ЭВМ или баз данных с признаками контрафактности. Какие суммы получали лица, участвовавшие в изготовлении, перевозке, хранении и реализации, и лично допрашиваемый;

как свидетель может охарактеризовать подозреваемого (обвиняемого), его материальное положение, доходы и особенности их использования.

У допрашиваемого выясняются те или иные из перечисленных обстоятельств в зависимости от того, к какой из указанных выше категорий свидетелей он относится.

У свидетеля, проживающего рядом с местом изготовления экземпляров программ для ЭВМ или баз данных с признаками контрафактности, целесообразно выяснить следующее:

кто, когда и как часто посещал указанное место;

на каком транспорте (марки и номера автомашин) и что именно привозили и вывозили, как часто и какого объема, не использовались ли в качестве грузчиков лица, проживающие поблизости, если использовались, то кто именно;

не приходилось ли самому свидетелю бывать в описываемом им месте, если да, то следует выяснить не только подробности этого случая, но и все то, что он видел в интересующем следствии месте.

Допрос подозреваемого (обвиняемого) по делам о нарушении авторских и смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных необходимо производить незамедлительно после возбуждения уголовного дела. В таком случае у следователя будут определенные преимущества, позволяющие получить наиболее полные и достоверные показания, поскольку подозреваемый (обвиняемый) в это время располагает ограниченными сведениями об объеме имеющихся доказательств его виновности, а фактор вне-

запности лишает его возможности в достаточной степени продумать стройную и последовательную версию защиты.

Основные вопросы должны быть направлены на выяснение всех обстоятельств заключения договоров о предоставлении права использования результата интеллектуальной деятельности или их отсутствия, условий договоров, обстоятельств незаконного использования объектов авторских или смежных прав или приобретения, хранения, перевозки контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных с целью сбыта. Отсутствие у подозреваемого (обвиняемого) документов на конкретный вид использования объектов авторских или смежных прав (договора об отчуждении исключительного права, лицензионного договора) — это так называемый юридический признак контрафактности.

Во всех случаях использования программы для ЭВМ или базы данных отсутствие договора о предоставлении права использования произведения (лицензионного договора) является достаточным доказательством незаконности такого использования. В связи с этим возникает необходимость определить — являются ли обнаруженные у подозреваемого (обвиняемого) экземпляры программы для ЭВМ или базы данных легальными (т. е. изготовленными правообладателем либо по его заказу) либо контрафактными (изготовление которых не санкционировано правообладателем).

Такое определение требует специальных знаний, поэтому для его осуществления необходимо мнение специалиста или заключение эксперта.

Если экземпляры программы для ЭВМ или базы данных в формате, в котором изготовлены изъяты у подозреваемого (обвиняемого), легально еще не выпускались и право на их выпуск на территории России не предоставлялось, то это доказывает незаконность использования произведения и контрафактность таких экземпляров.

Многообразие вариантов нарушения авторских и смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных требует от следователя при подготовке вопросов учитывать специфику того или иного посягательства.

При производстве допроса подозреваемого (обвиняемого) в незаконном использовании программ для ЭВМ или баз данных необходимо выяснить следующие вопросы:

зарегистрирован ли он как индивидуальный предприниматель, если да, то где и когда. Как давно осуществляет предпринимательскую деятельность, какие именно ее виды;

как давно занимается незаконным воспроизведением программ для ЭВМ или баз данных, осознает ли незаконность осуществляемой деятельности;

кто еще принимал участие в данной незаконной деятельности, какова роль каждого участника;

в каких еще местах (кроме тех, которые обнаружены правоохранительными органами) производится незаконное воспроизведение программ для ЭВМ или баз данных;

когда и от кого получены материалы, необходимые для изготовления экземпляров программ для ЭВМ или баз данных (оборудование по тиражированию и т. д.);

каким образом осуществлялось воспроизведение программ для ЭВМ или баз данных, каков производственный цикл;

какие имеются документы на использование программ для ЭВМ или баз данных, в частности, есть ли договор с правообладателем;

в какие сроки обычно проходит реализация всех изготовленных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных или большей их части, сколько экземпляров удается реализовать в день, неделю, месяц, сколько экземпляров реализовано;

каковы себестоимость и отпускная цена продукции;

каковы доход и прибыль от данной незаконной деятельности; знает ли об уголовной, административной ответственности за нарушение авторских и смежных прав;

привлекался ли ранее к ответственности за аналогичные правонарушения, слышал ли о привлечении к ответственности других лиц за такие правонарушения;

как протекал день задержания, в частности, как происходило изъятие экземпляров программ для ЭВМ или баз данных, оборудования по их воспроизведению, других предметов и документов. Нет ли замечаний к составленным документам.

У распространителя контрафактных экземпляров программ для ЭВМ или баз данных следует выяснить:

сознавал ли, что реализуемые им экземпляры программ для ЭВМ или баз данных являются контрафактными, понимает ли суть данного термина, знает ли, как выглядит оригинальный продукт, сколько он стоит;

является ли собственником распространяемых экземпляров программ для ЭВМ или баз данных с признаками контрафактности или только продавцом. Если продавцом, то кто является собственником и говорил ли ему собственник о том, что данные экземпляры контрафактны;

кто является изготовителем и поставщиком продаваемых им экземпляров программ для ЭВМ или баз данных;

где и по какой цене приобретает контрафактные экземпляры программ для ЭВМ или баз данных;

как оформляется их приход и расход, где они хранятся;

в каких еще торговых местах допрашиваемого (кроме тех, которые обнаружены правоохранительными органами) производится реализация экземпляров программ для ЭВМ или баз данных;

с какой наценкой они отпускаются покупателям;

сколько экземпляров программ для ЭВМ или баз данных поступило и сколько уже реализовано;

ожидается ли поступление новой партии товара, если да, то когда и от кого.

Назначение судебных экспертиз. По делам рассматриваемой категории могут назначаться различные экспертизы: судебная компьютерная, криминалистическая, техническая, трасологическая, товароведческая, комплексная и др.

Экспертизы, как правило, проводятся с целью:

установления обладателя исключительного права на программу для ЭВМ или базу данных;

определения признаков (технических) контрафактности³²;

определения розничной (рыночной) цены экземпляра программы для ЭВМ или базы данных (необходимо для определения размера нарушения авторских или смежных прав).

³² Только признаков, поскольку контрафактность — категория юридическая и означает, что экземпляр произведения — объекта авторских или смежных прав, изготовлен или распространяется с нарушением авторских или смежных прав. Контрафактность устанавливается только следствием и судом, поэтому перед экспертом такой вопрос ставиться не может.

Объектами экспертных исследований могут являться экземпляры произведения с признаками контрафактности (программного продукта, базы данных) на любом носителе, а также упаковка (коробки, jewel-box, slim-box и пр.), оберточные лицензии, регистрационные карточки, руководства пользователей, рекламные вкладыши и материалы, используемые для упаковки, красящий материал и пр.

Используя специальные знания, эксперт может ответить на следующие вопросы:

соответствует ли исследуемый экземпляр произведения (программы для ЭВМ, базы данных) представленному образцу;

какие признаки сходства (отличия) исследуемых компакт-дисков свидетельствуют о полном или частичном их копировании;

какой способ копирования использован;

не использовалось ли для копирования представленное на экспертизу оборудование (компьютеры, принтеры, сканеры, видеомагнитофоны).

В случае присвоения авторства на литературное произведение (в том числе описание программы) назначается лингвистическая экспертиза, на разрешение которой ставятся следующие вопросы:

имеются ли в тексте заимствования из представленного образца произведения и их объем;

подвергались ли заимствования какой-либо переработке, в чем она выражалась;

кто является автором представленного текста.

Недопустимо привлечение в качестве экспертов или специалистов лиц, связанных трудовыми или иными договорными отношениями с правообладателем³³. В случае необходимости получения информации о применяемых специальных формах защиты авторских или смежных прав (например, специальных меток на дисках) сотрудники правообладателя и иные связанные с ним лица могут быть допрошены в качестве свидетелей или представителей потерпевшего.

³³ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2007 г. № 14. П. 15.

Типичная ошибка следователей при назначении экспертиз — отказ от предварительной консультации с экспертом относительно возможностей экспертизы, формулировки вопросов и предоставления дополнительных материалов. Следствием этого может являться проведение исследования не в полном объеме, получение неотносимого доказательства либо невозможность производства экспертизы. При необходимости предоставления дополнительных материалов должны быть проведены соответствующие следственные действия — выемка, допрос свидетелей, потерпевших, подозреваемых (обвиняемых) и др. Для участия в их проведении целесообразно привлекать эксперта.

Наиболее часто по делам рассматриваемой категории проводится судебная компьютерная экспертиза. Для производства судебной компьютерной экспертизы требуется представить легальный экземпляр программы для ЭВМ или базы данных, оригинальную упаковку, сопроводительную документацию, список дистрибутивов программы и экземпляры дистрибутивов, иногда требуются документы, отображающие технологическую цепочку доведения продукта от автора до потребителя. На разрешение судебной компьютерной экспертизы могут быть поставлены следующие вопросы:

какой программный продукт содержится на представленном носителе (наименование, версия);

имеется ли на представленном носителе программный продукт, атрибутирующий себя определенным образом (указать название);

имеются ли на представленном носителе дистрибутивы определенного программного продукта;

является ли данный программный продукт лицензионной (или несанкционированной) копией стандартной системы или оригинальной разработкой, какие признаки на это указывают;

не вносились ли в программу данного системного продукта какие-либо коррективы (какие именно), изменяющие выполнение некоторых операций (каких именно).

По делам рассматриваемой категории может проводиться судебно-бухгалтерская экспертиза, устанавливающая размер преступных действий, совершенных виновным лицом (например,

на основе анализа баланса может быть установлен уровень продаж и полученной прибыли).

При расследовании должны своевременно приниматься меры по обеспечению гражданского иска, который может быть заявлен потерпевшим по делу.

Согласно ч. 2 ст. 73 УПК РФ в ходе расследования подлежат выявлению обстоятельства, способствовавшие совершению преступления. Следователь, установив в ходе досудебного производства по уголовному делу обстоятельства, способствовавшие совершению преступления, вправе внести в соответствующую организацию или соответствующему должностному лицу представление о принятии мер по устранению указанных обстоятельств или других нарушений закона (ч. 2 ст. 158 УПК РФ).

ЛИТЕРАТУРА

Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности 1967 г. в редакции от 2 октября 1979 г.

Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г. Пересмотрена 24 июля 1971 г., изменена 28 сентября 1979 г.

Всемирная конвенция об авторском праве 1952 г. Пересмотрена 24 июля 1971 г.

Директива Совета Европейских сообществ о правовой охране компьютерных программ от 14 мая 1991 г. № 91/250/ЕЭС.

О присоединении Российской Федерации к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений в редакции 1971 года, Всемирной конвенции об авторском праве в редакции 1971 года и дополнительным Протоколам 1 и 2, Конвенции 1971 года об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм: Постановление Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. № 1224.

О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2006 г. № 15.

О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2007 г. № 14.

Вараксин В. И. Типовые недостатки при подготовке, назначении и оценке судебной экспертизы компьютерной информации (по результатам обобщения экспертной практики ГУ СЗРЦСЭ) // Криминалистика. 2008. № 1.

Виталиев Г. В. Правовая охрана программ для ЭВМ и баз данных // Защита прав создателей и пользователей программ для ЭВМ и баз данных. М., 1996.

Гальченко А. И. Осмотр места происшествия по делам о нарушении авторских прав на аудиовизуальные произведения // Законность. 2004. № 4.

Глухова Г. О. Охрана авторских и смежных прав уголовно-правовыми нормами: Лекция. М., 2004.

Дворянкин О. А. Защита авторских и смежных прав. Ответственность за их нарушение. Уголовно-правовой аспект. М., 2002.

Дворянкин О. А., Овчинский А. С. «Песочные часы» преступной деятельности на рынке предметов интеллектуальной собственности // Авторское право и смежные права. 2002. № 9.

Защита авторских и смежных прав по законодательству России / Под ред. И. В. Савельевой. М., 2002.

Интеллектуальная собственность / Под ред. Н. М. Коршунова. М., 2006.

Калятин В. О. Право в сфере Интернета. М., 2004.

Капица С. П. Интернет изменит контуры права на интеллектуальную собственность // Эксперт-Интернет. 2000. № 3.

Компьютерное пиратство: методы и средства борьбы: Разработка Некоммерческого партнерства Поставщиков Программных Продуктов (НП ППП) совместно с Департаментом экономической безопасности, Департаментом охраны общественного порядка и Управлением «К» БСТМ МВД России. 8-е изд. М., 2005.

Лапин С. Дела о нарушении авторских прав // Законность. 1998. № 11.

Лапин С. Ю. Осмотр места происшествия, обыск и выемка по делам о преступных нарушениях авторских и смежных прав // Российский следователь. 1999. № 6.

Методика расследования преступлений, предусмотренных ст. 146 УК РФ / Под ред. В. Н. Лопатина. СПб., 2004.

Мордвинов А. Защита права интеллектуальной собственности // Законность. 2004. № 11.

О состоянии законности и правопорядка в сфере охраны и защиты интеллектуальной собственности / Под ред. В. Н. Лопатина. 2-е изд. М., 2004.

Расследование преступлений о нарушении авторских и смежных прав. Особенности / Под ред. Т. А. Боголюбовой. М., 2001.

Сборник материалов семинара по интеллектуальной собственности, Москва, 26—28 февраля 2001 года / Под общ. ред. А. В. Тимофеева. М., 2001.

Сборник методических рекомендаций по вопросам поддержания обвинения по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных ст. 146 УК РФ, ст. 238 УК РФ, ст. 174, ст. 174¹ УК РФ / Р. А. Санинский, Н. В. Чекмачев. Н. Новгород, 2005.

Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд. М., 2006.

Серго А. Г. Интернет и право. М., 2003.

Симкин Л. С. Программы для ЭВМ: Правовая охрана (правовые средства против компьютерного пиратства). М., 1998.

Соловьев Л. Н. Вредоносные программы: Расследование и предупреждение преступлений. М., 2004.

Тактика и методика выявления и расследования преступлений в сфере интеллектуальной собственности // Бюллетень следственной практики прокуратуры Санкт-Петербурга. СПб., 2005. Вып. 1.

Тушканова О. В. Актуальные вопросы назначения компьютерной экспертизы // Криминалист. 2008. № 1.

Черновол В. Использование результатов ОРД при расследовании нарушений авторских и смежных прав // Законность. 2001. № 3.

Шешин В. Расследование преступлений о незаконном использовании авторских прав // Законность. 2007. № 8.

СОДЕРЖАНИЕ

1. УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА НАРУШЕНИЯ АВТОРСКИХ И СМЕЖНЫХ ПРАВ НА ПРОГРАММЫ ДЛЯ ЭВМ И БАЗЫ ДАННЫХ	3
1.1. Объект посягательства	—
1.2. Квалификация нарушения авторских прав на программы для ЭВМ и базы данных как плагиата по ч. 1 ст. 146 УК РФ.....	8
1.3. Квалификация нарушения авторских и смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных по ч. 2 ст. 146 УК РФ.....	17
1.4. Квалифицированные виды преступления, предусмотренные ч. 3 ст. 146 УК РФ.....	41
1.5. Квалификация нарушения авторских и смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных по совокупности с иными преступлениями.....	47
2. ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ПОДЛЕЖАЩИЕ ИССЛЕДОВАНИЮ И ДОКАЗЫВАНИЮ.....	49
2.1. Предмет посягательства.....	50
2.2. Способ совершения преступления.....	52
2.3. Размер нарушения авторских и смежных прав...	60
2.4. Личность преступника.....	61
2.5. Психическая деятельность субъекта преступления.....	64
2.6. Криминалистические признаки (следы) нарушения авторских и смежных прав на программы для ЭВМ и базы данных.....	65
3. ОСОБЕННОСТИ РАССЛЕДОВАНИЯ НАРУШЕНИЯ АВТОРСКИХ И СМЕЖНЫХ ПРАВ НА ПРОГРАММЫ ДЛЯ ЭВМ И БАЗЫ ДАННЫХ.....	69
3.1. Особенности возбуждения уголовного дела.....	—
3.2. Основные средства доказывания.....	73
<i>ЛИТЕРАТУРА</i>.....	89

КУШНИРЕНКО Светлана Петровна,
кандидат юридических наук, доцент

ЩЕПЕЛЬКОВ Владислав Федорович,
доктор юридических наук

**НАРУШЕНИЕ АВТОРСКИХ И СМЕЖНЫХ ПРАВ
НА ПРОГРАММЫ ДЛЯ ЭВМ
И БАЗЫ ДАННЫХ**

**КВАЛИФИКАЦИЯ
РАССЛЕДОВАНИЕ
ДОКАЗЫВАНИЕ**

Учебное пособие

2-е издание, переработанное и дополненное

Редактор *Н. Я. Ёлкина*
Компьютерная правка и верстка
Т. И. Павловой

Подписано к печати 21.11.2008 г. Бум. тип. № 1.
Гарнитура “Times New Roman Cyr”. Ризография. Печ. л. 5,75.
Уч.-изд. л. 6,0. Тираж 500 экз. (1-й завод 1—170). Заказ 1913.

Редакционно-издательская лаборатория
Санкт-Петербургского юридического института (филиала)
Академии Генеральной прокуратуры РФ

Отпечатано в Санкт-Петербургском юридическом институте (филиале)

Академии Генеральной прокуратуры РФ
191104, Санкт-Петербург, Литейный пр., 44