

ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ КАЗЕННОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ
«ВСЕРОССИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ
МИНИСТЕРСТВА ВНУТРЕННИХ ДЕЛ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ»

В. В. УЛЕЙЧИК, О. В. ТУШКАНОВА

**ОСОБЕННОСТИ КВАЛИФИКАЦИИ
И РАССЛЕДОВАНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ, СВЯЗАННЫХ
С НАРУШЕНИЕМ АВТОРСКИХ ПРАВ
НА АУДИОВИЗУАЛЬНЫЕ ПРОИЗВЕДЕНИЯ
И ПРОГРАММЫ ДЛЯ ЭВМ В СЕТИ ИНТЕРНЕТ**

Методические рекомендации

МОСКВА 2018

*Рекомендовано к опубликованию
редакционно-издательским советом ФГКУ «ВНИИ МВД России»*

Р е ц е н з е н т ы:

М. Ю. Воронин, доктор юридических наук, доцент
(Академия управления МВД России);

Ж. А. Полянова, кандидат юридических наук
(ЭКЦ МВД России)

А в т о р ы:

В. В. Улейчик, заместитель начальника НИЦ № 5
(ФГКУ «ВНИИ МВД России»);

О. В. Тушканова, заместитель начальника управления
инженерно-технических экспертиз – начальник отдела
компьютерных и радиотехнических экспертиз и исследований
(ЭКЦ МВД России)

Улейчик, В. В.

Особенности квалификации и расследования преступлений, связанных с нарушением авторских прав на аудиовизуальные произведения и программы для ЭВМ в сети Интернет / В. В. Улейчик, О. В. Тушканова. – М. : ФГКУ «ВНИИ МВД России», 2018. – 96 с.

На основе анализа действующего законодательства, следственной и экспертной практики рассматриваются особенности квалификации и расследования преступлений, связанных с нарушением авторских прав на аудиовизуальные произведения и программы для ЭВМ в сети Интернет.

Даются практические рекомендации по документированию неправомерных действий, направленных на нарушение авторских и смежных прав с использованием сети Интернет, возбуждению уголовных дел по фактам нарушения авторских и смежных прав. Рассмотрены особенности производства отдельных следственных действий, а также назначения и производства судебных экспертиз по уголовным делам указанной категории.

Для руководителей и сотрудников следственных подразделений, научных сотрудников научных организаций, преподавателей, курсантов, слушателей образовательных организаций МВД России.

1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

При написании методических рекомендаций использовались материалы судебной и правоприменительной практики РАПО¹ (см.: статья Улейчика В.В., Тушкановой О.В. Нарушение авторских и смежных прав (ст. 146 УК РФ) // Руководство для следователя и дознавателя по расследованию отдельных видов преступлений: в 2 ч. Ч. II. М.: Проспект, 2016 (§ 2 гл. 1)), а также методическое пособие (см.: Основные подходы к выявлению и раскрытию преступлений, связанных с нарушением авторских прав на программы для ЭВМ и базы данных в информационно-коммуникационных сетях: методическое пособие. 1-е изд. М.: НП ППП², 2016).

Глубина и размах технологических и социальных последствий компьютеризации и информатизации различных сфер общественной жизни и экономической деятельности позволяют говорить о компьютерной или информационной революции. Одним из важнейших элементов формирования информационно развитого общества является информационно-телекоммуникационная сеть³ Интернет (далее – сеть Интернет, Интернет).

Безусловно, не обошли своим вниманием возможности сети Интернет и лица, незаконно использующие объекты авторского права или смежных прав. В основном подобная неправомерная деятельность связана с незаконным распространением аудиовизуальных произведений и программ для ЭВМ.

Анализ следственной и судебной практики свидетельствует о недостаточной эффективности деятельности по расследованию указанной категории преступлений, неоднозначной практике правовой оценки признаков незаконного использования объектов авторского права или смежных прав, а также приобретения, хранения и перевозки контрафактных экземпляров произведений в целях сбыта.

¹ Некоммерческое партнерство «Российская антипиратская организация по защите прав на аудиовизуальные произведения» (РАПО).

² Некоммерческое партнерство «Поставщиков программных продуктов».

³ Информационно-телекоммуникационная сеть – технологическая система, предназначенная для передачи по линиям связи информации, доступ к которой осуществляется с использованием средств вычислительной техники. (Об информации, информационных технологиях и о защите информации: Федер. закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ: ред. от 23 апр. 2018 г.).

При совершении данных преступлений с использованием средств дистанционной коммуникации – информационно-телекоммуникационных сетей – возникают сложности в решении отдельных процессуальных вопросов, в том числе связанных с определением подследственности уголовных дел об этих преступлениях.

Проблемы расследования указанных преступлений в определенной мере обусловлены также низким уровнем методической обеспеченности органов предварительного следствия и дознания. Существующие методики расследования недостаточно полно отражают особенности способов совершения и расследования таких преступлений и изменения, произошедшие за последние годы в уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве.

Уголовная ответственность за такого рода преступные деяния установлена ст. 146 УК РФ «Нарушение авторских и смежных прав». При этом правильная квалификация содеянного по данной норме требует знания и применения не только уголовного, но и гражданского законодательства, регулирующего авторские и смежные права, а также актов международно-правового характера.

2. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОБОРОТА АУДИОВИЗУАЛЬНЫХ ПРОИЗВЕДЕНИЙ, ПРОГРАММ ДЛЯ ЭВМ И БАЗ ДАННЫХ

2.1. Российское законодательство

Часть четвертая Гражданского кодекса Российской Федерации⁴;
Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ (ред. от 23 апреля 2018 г.) «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»⁵.

Федеральный закон от 2 июля 2013 г. № 187-ФЗ (ред. от 12 марта 2014 г.) «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам защиты интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационных сетях»⁶.

Федеральный закон от 24 ноября 2014 г. № 364-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации»⁷.

2.2. Международные договоры и соглашения

Всемирная конвенция об авторском праве (пересмотрена в Париже 24 июля 1971 г. с дополнительными протоколами, для Российской

⁴ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18 дек. 2006 г. № 230-ФЗ: ред. от 23 мая 2018 г. // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. № 52 (ч. 1), ст. 5496.

⁵ См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 31 (ч. 1), ст. 3448. (Положения Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» **не распространяются** на отношения, возникающие при правовой охране результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации, за исключением ст. 15.2, которая устанавливает порядок ограничения доступа к объектам авторских и (или) смежных прав (кроме фотографических произведений и произведений, полученных способами, аналогичными фотографии), распространяемых в сетях, или информации, необходимой для их получения с использованием информационно-телекоммуникационных сетей, которые распространяются без его разрешения или иного законного основания).

⁶ См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 2013. № 27, ст. 3479.

⁷ См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 2014. № 48, ст. 6645.

Федерации Конвенция и протокол 1 вступили в силу 10 июля 1974 г., протокол 2 вступил в силу 20 июля 1974 г.).

Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г. (ред. от 28 сентября 1979 г.) (пересмотрена в Париже 24 июля 1971 г. и изменена 2 октября 1979 г., для Российской Федерации действует с 13 марта 1995 г.).

Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм (заключена в Женеве 29 октября 1971 г., для Российской Федерации вступила в силу с 13 марта 1995 г.).

Международная конвенция об охране интересов артистов-исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций (заключена в Риме 26 октября 1961 г., Россия присоединилась 20 декабря 2002 г.; вступила в силу для Российской Федерации 26 мая 2003 г. в части установления сроков охраны фонограмм)⁸.

Конвенция о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники, от 21 мая 1974 г. (Российская Федерация как правопреемница СССР является ее участницей. СССР присоединился к этой Конвенции 20 января 1989 г.).

2.3. Договоры Всемирной организации интеллектуальной собственности

Договор Всемирной организации интеллектуальной собственности по исполнениям и фонограммам, принятый Дипломатической конференцией по некоторым вопросам авторского права и смежных прав в г. Женеве 20 декабря 1996 г. (далее – Женевский договор), Российская Федерация присоединилась 14 июля 2008 г.

Договор Всемирной организации интеллектуальной собственности по авторскому праву от 20 декабря 1996 г.

Договор Всемирной организации интеллектуальной собственности по исполнениям и фонограммам от 20 декабря 1996 г. и др.

⁸ Суд по интеллектуальным правам указал, что Римская конвенция не имеет обратной силы. Таким образом, на территории Российской Федерации охраняются лишь те исполнения и записи фонограмм, которые имели место после 26 мая 2003 г.

2.4. Решения высших судебных органов

Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26 апреля 2007 г. № 14 «О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака»⁹.

Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 июня 2006 г. № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах»¹⁰.

Преступления, связанные с нарушением авторских прав на аудиовизуальные произведения и программы для ЭВМ в сети Интернет, квалифицируются, как правило, по ч. 2 ст. 146 УК РФ, устанавливающей уголовную ответственность за незаконное использование объектов авторского права или смежных прав, а равно приобретение, хранение, перевозку контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта, совершенные в крупном размере.

Однако, несмотря на то, что положения Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» **не распространяются** на отношения, возникающие при правовой охране результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации¹¹, за исключением ст. 15.2, которая устанавливает порядок ограничения доступа к объектам авторских и (или) смежных прав (кроме фотографических произведений и произведений, полученных способами, аналогичными фотографии), распространяемых в сетях, или информации, необходимой для их получения с использованием информационно-телекоммуникационных сетей, которые распространяются без его разрешения или иного законного основания, ряд уголовных дел возбуждается по ст. 272 УК РФ как факт посягательства на охраняемую законом компьютерную информацию.

Так, Егорьевским городским судом Московской области постановлен приговор, согласно которому:

⁹ См.: Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2007. № 7.

¹⁰ См.: Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2006. № 8. (Применяется в части, не противоречащей части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (Федер. закон от 18 дек. 2006 г. № 231-ФЗ)).

¹¹ См.: Об информации, информационных технологиях и защите информации: Федер. закон от 27 июля 2006 г. №149-ФЗ: ред. от 23 апр. 2018 г., ч. 2 ст. 1. // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. № 31 (ч. 1.), ст. 3448.

Подсудимый Г. совершил неправомерный доступ к охраняемой законом компьютерной информации, если это деяние повлекло копирование компьютерной информации, совершенное из корыстной заинтересованности. Г. обвинялся в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 272 УК РФ.

Преступные деяния Г. состояли в следующем: имея единый преступный умысел, направленный на осуществление неправомерного доступа к охраняемой законом компьютерной информации и ее копирование, он незаконно приобрел путем покупки у неустановленного следствием лица, в неустановленном месте два оптических диска, содержащих нелегальные версии программных продуктов «Microsoft Windows 7 Ultimate» и «Microsoft Office 2007 Enterprise Edition», правообладателем которых является корпорация «Microsoft». После этого Г. с целью реализации своего единого преступного умысла, действуя умышленно, из корыстной заинтересованности, выразившейся в желании получить наличные денежные средства, поочередно загрузил в ноутбук «Lenovo» два указанных оптических диска, содержащих ранее незаконно приобретенные им нелегальные версии программных продуктов «Microsoft Windows 7 Ultimate» и «Microsoft Office 2007 Enterprise Edition», после чего, доводя свой преступный умысел до конца, произвел копирование с указанных носителей на жесткий диск ноутбука указанных нелегальных версий программных продуктов «Microsoft Windows 7 Ultimate» и «Microsoft Office 2007 Enterprise Edition», за что в том числе получил от покупателя ФИО1 денежные средства в сумме 1 000 рублей, тем самым совершил неправомерный доступ к охраняемой законом компьютерной информации, то есть информации на машинном носителе, повлекший ее копирование с оптических дисков на жесткий диск ноутбука. Таким образом, подсудимый Г. совершил преступление, предусмотренное ч. 2 ст. 272 УК РФ.

Аналогичным образом были скопированы следующие программные продукты: нелегальная версия программного продукта «WinRAR 3.9», нелегальная версия программного продукта «Nero

9», *нелицензионная версия программного продукта «Adobe Photoshop CS3 Extended»*, *нелицензионная версия программного продукта «Антивирус Касперского»*.

*Юридическую квалификацию совершенных Г. преступлений суд признает правильной*¹².

Проведенное исследование показало, что, как правило, в качестве объектов нарушения авторских и смежных прав выступают¹³:

аудиовизуальные произведения: согласно п. 1 ст. 1263 ГК РФ **аудиовизуальным произведением** является произведение, состоящее из зафиксированной серии связанных между собой изображений (с сопровождением или без сопровождения звуком) и предназначенное для зрительного и слухового (в случае сопровождения звуком) восприятия с помощью соответствующих технических устройств. Аудиовизуальные произведения включают в себя кинематографические произведения, а также все произведения, выраженные средствами, аналогичными кинематографическим (теле- и видеофильмы и другие подобные произведения), независимо от способа их первоначальной или последующей фиксации;

фонограммы: согласно подп. 2 п. 1 ст. 1304 ГК РФ **фонограмма** – это любая исключительно звуковая запись исполнений или иных звуков либо их отображений, за исключением звуковой записи, включенной в аудиовизуальное произведение;

программы для ЭВМ: в соответствии с положениями ст. 1261 ГК РФ **программой для ЭВМ** является 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. При этом к программам для ЭВМ относятся также операционные системы и программные комплексы.

¹² См.: Приговор Егорьевского городского суда Московской области от 21 сент. 2012 г. по уголовному делу № 1-333/2012 г. // СПС КонсультантПлюс.

¹³ См.: Улейчик В.В., Тушканова О.В. Нарушение авторских и смежных прав (ст. 146 УК РФ) // Руководство для следователя и дознавателя по расследованию отдельных видов преступлений: в 2 ч. Ч. II. М.: Проспект, 2016. С. 26–27.

Проведенное авторским коллективом исследование, а также исследования других специалистов¹⁴ позволяют выделить основные способы нарушения авторских и смежных прав (приводится по степени убывания распространенности выявленного способа):

1) неправомерное распространение с использованием сети Интернет нелицензионных фонограмм, аудиовизуальных произведений и программ для ЭВМ¹⁵;

2) воспроизведение, т.е. изготовление контрафактных экземпляров фонограмм, аудиовизуальных произведений и программ для ЭВМ;

3) публичный показ без согласия правообладателей кино- и видеофильмов в интернет-кинотеатрах, трансляция их по кабельным сетям, в сети Интернет;

4) распространение и установка программных продуктов (программ для ЭВМ), часто нелицензионных, на компьютеры различных организаций без договора с правообладателем;

5) распространение (в основном розничная продажа) нелицензионных (контрафактных) экземпляров фонограмм, аудиовизуальных произведений и программ для ЭВМ;

6) сдача в прокат воспроизведенных на различных носителях (DVD, Blu-Ray, CD-Rom и т.д.) экземпляров фонограмм, аудиовизуальных произведений и программ для ЭВМ;

7) предустановка нелицензионных программных продуктов (программ для ЭВМ) на новые компьютеры продавцом компьютерной техники;

8) несанкционированный правообладателем перевод кино- и видеофильмов, передач эфирного и кабельного вещания.

¹⁴ См.: Мараховская М.В., Панкевич Л.Л., Тушканова О.В. Публично-правовые способы защиты авторских прав на программы для ЭВМ // Научно-практическое пособие. М., 2015; Морев Л.Н., Царапкин Г.Ю., Маршалкин В.А., Сычев П.Г. [и др.] Компьютерное пиратство: методы и средства борьбы. Законодательство и правоприменение: методическое пособие. М., 2016; и др.

¹⁵ Выявление и документирование фактов нарушений авторских и смежных прав с использованием сети Интернет у сотрудников правоохранительных органов вызывают определенные сложности, поскольку затруднено установление лиц, предоставивших неправомерный доступ к охраняемым объектам. Кроме того, согласно п. 6 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26 апреля 2007 г. № 14 как сбыт контрафактных экземпляров произведений или фонограмм может квалифицироваться только размещение произведений в сети Интернет. Если контрафактные экземпляры выложены в свободном доступе в локальной сети, исходя из буквального толкования положений Пленума, сбытом это являться не будет.

Данное деление носит достаточно условный характер, поскольку указанные неправомерные действия, как правило, совершаются в совокупности, например, приобретение, скачивание из Интернета нелегальных экземпляров программы для ЭВМ и последующая их установка на компьютеры различных организаций.

Гражданским законодательством регламентируются случаи перехода авторских прав на произведение к третьим лицам.

По договору об отчуждении исключительного права на произведение автор или иной правообладатель передает или обязуется передать принадлежащее ему исключительное право на произведение в полном объеме приобретателю такого права.

По лицензионному договору одна сторона – автор или иной правообладатель (лицензиар) предоставляет либо обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования этого произведения в установленных договором пределах.

Аналогичные основания установлены ч. 4 ГК РФ для перехода смежных прав с учетом особенностей их объекта.

Кроме того, в случае если отсутствуют наследники как по закону, так и по завещанию, либо никто из наследников не имеет права наследовать, или все наследники отстранены от наследования, либо никто из наследников не принял наследства, либо все наследники отказались от наследства, и при этом никто из них не указал, что отказывается в пользу другого наследника, входящее в состав наследства исключительное право на произведение прекращается, и произведение переходит в общественное достояние как выморочное имущество (ст. 1151 ГК РФ).

При этом надлежит иметь в виду, что действующим законодательством установлено использование произведения или объектов смежных прав без согласия автора либо иного правообладателя и (или) без выплаты соответствующего вознаграждения (ст. 1272–1280, 1306, 1325, 1343 ГК РФ).

3. УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ПРЕСТУПЛЕНИЙ, ПРЕДУСМОТРЕННЫХ СТ. 146 УК РФ

Статья 146 УК РФ носит бланкетный характер, так как многие специальные понятия, толкование которых необходимо при расследовании этого преступления, помимо уголовного закона, раскрываются в иных федеральных законах, постановлениях правительства и в подзаконных актах. Указанный аспект важен для процесса доказывания, так как понятия, определяемые в этих нормативных актах, а также установленные в них процессуальные процедуры используются при сборе юридически значимой информации.

В диспозиции ст. 146 УК РФ упоминаются такие понятия, как «авторство», «автор», «правообладатель», «использование объектов авторского права», «использование объектов смежных прав», «контрафактные экземпляры произведений и фонограмм», «приобретение, хранение, перевозка контрафактных экземпляров». Все эти понятия в уголовном праве имеют только то значение, которое придано им законодательством об авторском праве и смежных правах.

Данная статья, таким образом, оперирует понятиями действующего российского законодательства об авторском праве и смежных правах. Если в это законодательство будут внесены изменения, соответственно, автоматически изменятся и те понятия, которые применяются в уголовном праве¹⁶.

Уголовно-процессуальный закон относит деяния, предусмотренные чч. 2 и 3 ст. 146 УК РФ, к делам публичного обвинения, а ч. 1 ст. 146 УК РФ – к делам частно-публичного обвинения. Последнее обстоятельство влечет его возбуждение не иначе как по заявлению потерпевшего.

Уголовные дела о преступлениях, предусмотренных ч. 2 ст. 146 УК РФ, подсудны мировому судье, а по чч. 1 и 3 ст. 146 УК РФ – подсудны районному суду.

Непосредственным объектом преступлений, предусмотренных

¹⁶ См.: Гаврилов Э.П. Комментарий к ст. 146 «Нарушение авторских и смежных прав» УК РФ // СПС КонсультантПлюс.

ст. 146 УК РФ, являются охраняемые в соответствии с Конституцией Российской Федерации авторские и смежные права граждан и организаций. В качестве предмета преступлений выступают объекты авторских и смежных прав, а также экземпляры произведений и фонограмм.

Под **экземпляром произведения** признается копия произведения в любой материальной форме (абз. 2 п. 1 ст. 1268 ГК РФ), в том числе в виде информации, зафиксированной на машиночитаемом носителе (CD- и DVD-диске, flash-носителе и др.). При этом, если оригинал или экземпляры правомерно опубликованного произведения введены в гражданский оборот путем их продажи или иного отчуждения, то допускается их дальнейшее распространение без согласия правообладателя и без выплаты ему вознаграждения, т.е. если человек купил книгу в магазине на территории Российской Федерации, он может в дальнейшем свободно подарить ее, перепродать или обменять.

Под **экземпляром фонограммы** понимается ее копия на любом материальном носителе, изготовленная непосредственно или косвенно с фонограммы и включающая все звуки или часть звуков либо их отображения, зафиксированные в этой фонограмме. Под отображением звуков понимается их представление в цифровой форме, для преобразования которой в форму, воспринимаемую слухом, требуется использование соответствующих технических средств.

Объективная сторона преступления, предусмотренного ст. 146 УК РФ, выражается в совершении одного из следующих действий:

- 1) присвоения авторства (плагиат) (ч. 1);
- 2) незаконного использования объектов авторского права или смежных прав (ч. 2);
- 3) приобретения, хранения, перевозки контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта (ч. 2).

3.1. Присвоение авторства (плагиат) (ч. 1 ст. 146 УК РФ)

Часть 1 анализируемой статьи предусматривает уголовную ответственность за присвоение авторства¹⁷, т.е. плагиат. Согласно ч. 1 ст. 146 УК РФ под плагиатом понимается присвоение авторства, т.е. нарушение такого личного неимущественного права автора, как право авторства.

¹⁷ Не следует путать право авторства, т.е. право признаваться автором произведения или исполнения, и право на имя, т.е. право на указание своего имени или псевдонима на экземплярах произведения или фонограммы.

Слово «плагиат» (от лат. plagio – похищаю) означает умышленное присвоение авторства. Под плагиатом понимается, в частности, объявление себя автором чужого произведения, выпуск чужого произведения (в полном объеме или частично) под своим именем, издание под своим именем произведения, созданного в соавторстве с другими лицами, без указания их имени¹⁸, а также использование в своих трудах произведений других авторов без ссылки на них и т.п.

В соответствии со ст. 1228 ГК РФ автором результата интеллектуальной деятельности признается гражданин, творческим трудом которого создан такой результат. Автору результата интеллектуальной деятельности принадлежит право авторства. Авторство и имя автора охраняются бессрочно.

Результатами интеллектуальной деятельности, в частности, являются: произведения науки, литературы и искусства; программы для электронных вычислительных машин (программы для ЭВМ); базы данных; исполнения; фонограммы; сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач (вещание организаций эфирного или кабельного вещания)¹⁹.

В п. 1 ст. 1265 ГК РФ дается легальное определение права авторства, которое сформулировано как «право признаваться автором произведения».

Авторство, имя автора и неприкосновенность произведений науки, литературы и искусства, а также авторство, имя исполнителя и неприкосновенность исполнения охраняются в соответствии с правилами ст. 1228, 1267 и 1316 ГК РФ независимо от того, предоставлялась ли правовая охрана таким результатам интеллектуальной деятельности в момент их создания.

Охрана авторства, имени автора и неприкосновенности произведений науки, литературы и искусства, а также авторства, имени исполнителя и неприкосновенности исполнения осуществляется в соответствии с правилами ст. 1228, 1267 и 1316 ГК РФ, если соответствующее посягательство совершено после введения в действие ч. 4 ГК РФ²⁰.

¹⁸ См.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26 апр. 2007 г. № 14.

¹⁹ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. 2018. Ст. 1225.

²⁰ См.: О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации: Федер. закон от 18 дек. 2006 г. № 231-ФЗ, ст. 9: ред. от 30 дек. 2015 г. // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. № 52 (ч.1), ст. 5497.

Данное право является важнейшим личным неимущественным правом автора, поскольку все остальные авторские правомочия, как имущественные, так и личные неимущественные, производны от него. Таким образом, право авторства – юридически обеспеченная возможность считаться автором произведения. Возникает оно уже в силу самого факта создания произведения и никакой дополнительной регистрации не требует. Отказаться от права авторства нельзя. Указанное право действует бессрочно и остается за автором даже в тех случаях, когда он уступил другим лицам исключительные права на результат интеллектуальной деятельности²¹.

Таким образом, плагиат 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 имени²².

Присвоение авторства возможно в отношении чужого произведения, обнародованного не только под подлинным именем автора, но и под псевдонимом либо анонимно. Такой вывод можно сделать на основе анализа п. 2 ч. 2 ст. 1255 ГК РФ, в соответствии с которым автору в отношении его произведения принадлежит право на имя, т.е. право использовать или разрешать использование произведения под своим именем, под вымышленным именем (псевдонимом) или без указания имени, т.е. анонимно. Присвоение авторства будет и в том случае, если лицо обнародует или использует чужое произведение не только под своим подлинным именем, но и под псевдонимом.

Для наступления уголовной ответственности по ч. 1 ст. 146 УК РФ необходимо последствие в виде крупного ущерба и причинная связь между присвоением авторства и наступившим последствием.

Размер крупного ущерба в данном случае законодателем прямо не указан и, соответственно, является оценочным понятием. Учитывая это, Пленумом Верховного Суда Российской Федерации предложено судам при его установлении исходить из обстоятельств каждого конкретного дела (например, из наличия и размера реального ущерба, размера упущенной выгоды, размера доходов, полученных лицом в

²¹ См.: Гришаев С.П. Плагиат: вопросы теории и практики // СПС КонсультантПлюс.

²² 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 Рос. Федерации от 26 апр. 2007 г. № 14, п. 3 // Бюллетень Верховного Суда Рос. Федерации. 2007 (№ 7).

результате нарушения им прав на результаты интеллектуальной деятельности или на средства индивидуализации). При этом следует учитывать положения ст. 15 ГК РФ, 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»²³.

Не имеет значения, причинен ли крупный ущерб сразу после совершения деяния или через некоторый промежуток времени. Отнесение тех или иных фактов к крупному ущербу находится в исключительной компетенции суда.

При оценке ущерба как крупного могут применяться признаки, указанные в примечаниях к ст. 146 УК. Однако ущерб не исчерпывается стоимостью количества объектов авторских прав или контрафактных экземпляров. При установлении признаков крупного ущерба следует учитывать всю совокупность авторских прав, имущественных интересов правообладателя и последствий их нарушения²⁴.

Поскольку уголовные дела по ч. 1 ст. 146 УК РФ могут возбуждаться только по заявлению потерпевшего, а преступления, квалифицируемые как плагиат, совершаются относительно редко, судебных решений по указанному составу преступления в последнее время не выносилось²⁵.

Для установления авторства результата интеллектуальной деятельности (литературного, драматического, хореографического, музыкального, аудиовизуального, архитектурного, фотографического, архитектурного и иного произведения) нужны глубокие специальные знания в области литературы, науки, искусства и т.п., не требующиеся при раскрытии и расследовании других преступлений. Поэтому в государственных судебных экспертных учреждениях специалисты, обладающие такими знаниями, отсутствуют.

²³ 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 Рос. Федерации от 26 апр. 2007 г. № 14, п. 24 // Бюллетень Верховного Суда Рос. Федерации. 2007 (№ 7).

²⁴ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. А.И. Рарог. М., 2009. С. 270.

²⁵ К.О. признан виновным в совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 146 УК РФ, и освобожден от наказания в связи с истечением сроков давности уголовного преследования. Приговор Железнодорожного районного суда города Самары от 31 июля 2013 г. по делу № 1-118/2013 // СПС КонсультантПлюс.

Несколько иная ситуация сложилась в области охраны авторских прав на программы для ЭВМ и базы данных.

В соответствии со ст. 1260 ГК РФ **базой данных** является 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 электронной вычислительной машины (ЭВМ).

Несмотря на то, что программы для ЭВМ и базы данных приравнены к литературным произведениям, по своей сути они таковыми не являются.

С одной стороны, языки программирования узко специализированы, имеют крайне ограниченную лексику, строгий синтаксис и семантику, поэтому написание кода достаточно жестко стандартизовано. С другой стороны, программное обеспечение может включать в себя фрагменты общедоступного кода либо фрагменты кода, который приобретен у стороннего производителя. Большие программные продукты создаются коллективом программистов, мастерство программиста растет прямо пропорционально его опыту, поэтому не представляется возможным проводить автороведческую экспертизу путем сопоставления двух различных программных продуктов между собой (одного, автор которого известен, с другим, автора которого нужно установить).

Как правило, проблемой при доказывании плагиата в области программного обеспечения является не доказывание авторства двух разных программ, а установление того, что исследуемая программа и программа, представленная в качестве образца, совпадают между собой, или исследуемая программа была получена путем модификации²⁶ исходной программы. Поэтому для установления авторства программного продукта или базы данных необходимо определить

²⁶ Под переработкой (модификацией) программы для ЭВМ или базы данных понимаются 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 (ст. 1270 ГК РФ).

наличие совпадений в исходном коде/исполняемом коде сопоставляемого программного обеспечения, процент совпадений в материалах баз данных. При этом необходимо учитывать следующие особенности:

в исходный текст или исполняемый код могут быть внесены изменения, не отражающиеся на функциональности программы²⁷;

программное обеспечение и базы данных постоянно дорабатываются (совершенствуется алгоритм, устраняются ошибки), поэтому с момента вероятного нарушения авторских прав проходит время, за которое могут существенно поменяться исходный и исполняемый коды, содержание базы данных, в отношении которых подозревается плагиат;

не всегда известно, какая версия программы/базы данных подверглась дальнейшей модификации;

автор/правообладатель может не хранить у себя все версии создаваемой программы или базы данных.

Сопоставление исходного кода/исполняемого кода/базы данных можно проводить в рамках судебной компьютерной экспертизы. Однако на экспертизу в качестве образца для сравнительного исследования должна быть представлена та версия исходного кода/исполняемого кода/базы данных, в отношении которой предполагается плагиат, а также дополнительные сведения от автора об особенностях созданного им произведения, о значимых и неизменных свойствах программного продукта, по которым его можно отличить от других продуктов (например, областей кода в оперативной памяти).

При производстве экспертизы эксперт должен убедиться в сопоставимости сравниваемых объектов (с учетом возможности внесения в них изменений), по возможности привести их к сопоставимому виду, а затем провести сопоставление с учетом сведений, предоставленных автором(-ами) исходного кода/исполняемого кода/базы данных.

²⁷ Обфускация – совокупность методик и средств, направленных на затруднение анализа программного кода. Существуют различные обфускаторы, предназначенные как для исходных текстов (удаление комментариев, присвоение бессмысленных имен переменным, шифрация строковых констант и т.д.), так и для машинных кодов (добавление «мусорных» инструкций, структурные преобразования и т.п.).

3.2. Незаконное использование объектов авторского права или смежных прав (чч. 2, 3 ст. 146 УК РФ)

Наиболее распространенным нарушением авторских и смежных прав является их **незаконное использование** (чч. 2, 3 ст. 146 УК РФ).

Использованием произведения считаются (п. 2 ст. 1270 ГК РФ):

- 1) воспроизведение произведения²⁸;
- 2) распространение произведения путем продажи или иного отчуждения его оригинала или экземпляров;
- 3) публичный показ произведения²⁹;
- 4) импорт оригинала или экземпляров произведения в целях распространения;
- 5) прокат оригинала или экземпляра произведения;
- 6) публичное исполнение произведения³⁰;

²⁸ Изготовление одного и более экземпляра произведения или его части в любой материальной форме, в том числе в форме звуко- или видеозаписи, изготовление в трех измерениях одного и более экземпляра двухмерного произведения и в двух измерениях одного и более экземпляра трехмерного произведения. При этом запись произведения на электронном носителе, в том числе запись в память ЭВМ, также считается воспроизведением. Не считается воспроизведением краткосрочная запись произведения, которая носит временный или случайный характер и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего единственной целью правомерное использование произведения либо осуществляемую информационным посредником между третьими лицами передачу произведения в информационно-телекоммуникационной сети, при условии, что такая запись не имеет самостоятельного экономического значения.

²⁹ Любая демонстрация оригинала или экземпляра произведения непосредственно либо на экране с помощью пленки, диапозитива, телевизионного кадра или иных технических средств, а также демонстрация отдельных кадров аудиовизуального произведения без соблюдения их последовательности непосредственно либо с помощью технических средств в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, независимо от того, воспринимается произведение в месте его демонстрации или в другом месте одновременно с демонстрацией произведения.

³⁰ Представление произведения в живом исполнении или с помощью технических средств (радио, телевидения и иных технических средств), а также показ аудиовизуального произведения (с сопровождением или без сопровождения звуком) в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, независимо от того, воспринимается произведение в месте его представления или показа либо в другом месте одновременно с представлением или показом произведения.

- 7) сообщение в эфир³¹;
- 8) сообщение по кабелю³²;
- 8.1) ретрансляция³³;
- 9) перевод или другая переработка произведения³⁴;
- 10) практическая реализация архитектурного, дизайнерского, градостроительного или садово-паркового проекта;
- 11) доведение произведения до всеобщего сведения таким образом, что любое лицо может получить доступ к произведению из любого места и в любое время по собственному выбору (доведение до всеобщего сведения).

Незаконным по смыслу ст. 146 УК РФ следует считать умышленное использование объектов авторских и смежных прав, осуществляемое в нарушение положений действующего законодательства Российской Федерации, которым регулируются отношения, возникающие в связи с созданием и использованием произведений науки, литературы и искусства, фонограмм, исполнений, постановок, передач организаций эфирного или кабельного вещания³⁵. Нарушитель использует чужое произведение, фонограмму и другие объекты смежных прав, не соблюдая установленного законом порядка приобретения на то соответствующих прав.

³¹ Сообщение произведения для всеобщего сведения по радио или телевидению, за исключением сообщения по кабелю. При этом под сообщением понимается любое действие, посредством которого произведение становится доступным для слухового и (или) зрительного восприятия независимо от его фактического восприятия публикой. При сообщении произведений в эфир через спутник под сообщением в эфир понимается прием сигналов с наземной станции на спутник и передача сигналов со спутника, посредством которых произведение может быть доведено до всеобщего сведения независимо от его фактического приема публикой. Сообщение кодированных сигналов признается сообщением в эфир, если средства декодирования предоставляются неограниченному кругу лиц организацией эфирного вещания или с ее согласия.

³² Сообщение произведения для всеобщего сведения по радио или телевидению с помощью кабеля, провода, оптического волокна или аналогичных средств. Сообщение кодированных сигналов признается сообщением по кабелю, если средства декодирования предоставляются неограниченному кругу лиц организацией кабельного вещания или с ее согласия.

³³ Прием и одновременное сообщение в эфир (в том числе через спутник) или по кабелю полной и неизменной радио- или телепередачи либо ее существенной части, сообщаемой в эфир или по кабелю организацией эфирного или кабельного вещания.

³⁴ При этом под переработкой произведения понимается создание производного произведения (обработки, экранизации, аранжировки, инсценировки и тому подобного). Под переработкой (модификацией) программы для ЭВМ или базы данных понимаются 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.

³⁵ См.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26 апр. 2007 г. № 14, п. 4.

При этом **незаконное использование авторских и смежных прав** возможно при совершении следующих действий без согласия автора или обладателя смежных прав: воспроизведение (изготовление одного или нескольких экземпляров произведения либо его части в любой материальной форме, в том **числе запись произведения или фонограммы в память ЭВМ, на накопитель на жестких магнитных дисках компьютера**³⁶), продажа, сдача в прокат экземпляров произведений или фонограмм, публичный показ или публичное исполнение произведения, обнародование произведений, фонограмм, исполнений, постановок для всеобщего сведения посредством их передачи по радио или телевидению (передача в эфир), распространение в сети Интернет, перевод произведения, его переработка, переработка фонограммы, модификация программы для ЭВМ или базы данных, а также иные действия, совершенные без оформления в соответствии с законом договора либо соглашения³⁷.

*Так, Б., имея умысел на незаконное, вопреки воле правообладателя, в нарушение ч. 1 ст. 44 Конституции Российской Федерации и ст. 1250 – 1252, 1255 – 1257, 1259, 1261, 1265 – 1268, 1270 – 1273, 1280 – 1281, 1285 – 1286, 1290 – 1291 и 1300 – 1302 Гражданского кодекса Российской Федерации использование объектов авторского права, принадлежащих ООО, будучи осведомленным о конъюнктуре рынка в сфере программных продуктов для персональных компьютеров, конкретных отличительных признаках контрафактных программ, их низкой стоимости и популярности у потребителей в г. Москве, в корыстных целях личного незаконного обогащения принял решение о **незаконном использовании объектов авторского права** путем приобретения, хранения и последующего сбыта контрафактных экземпляров программных продуктов для персональных компьютеров в крупном размере³⁸.*

³⁶ Запись произведения на электронном носителе, в том числе запись в память ЭВМ, также считается воспроизведением. **Не считается воспроизведением** краткосрочная запись произведения, которая носит временный или случайный характер и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего единственной целью правомерное использование произведения либо осуществляемую информационным посредником между третьими лицами передачу произведения в информационно-телекоммуникационной сети, при условии, что такая запись не имеет самостоятельного экономического значения (подп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ).

³⁷ См.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26 апр. 2007 г. № 14, п. 4.

³⁸ См.: Апелляционное постановление Московского городского суда от 23 июля 2015 г. по делу № 10-10024/15 // СПС КонсультантПлюс.

Исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный творческим трудом, первоначально возникает у его автора. Это право может быть передано автором другому лицу по договору, а также может перейти к другим лицам по иным основаниям, установленным законом (п. 2 ст. 1228 ГК РФ).

Согласно ст. 1229 ГК РФ гражданин или юридическое лицо, обладающее исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности (**правообладатель**), вправе использовать такой результат по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом. Правообладатель может распоряжаться исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности, если ГК РФ не предусмотрено иное.

Правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением).

Статья 1233 ГК РФ, регламентируя порядок распоряжения исключительным правом, устанавливает, что правообладатель может распорядиться принадлежащим ему исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации любым не противоречащим закону и существу такого исключительного права способом, в том числе путем его отчуждения по договору другому лицу (договор об отчуждении исключительного права), или предоставления другому лицу права использования соответствующего результата интеллектуальной деятельности, или средства индивидуализации в установленных договором пределах (лицензионный договор).

Заключение лицензионного договора не влечет за собой переход исключительного права к лицензиату.

В процессе предварительного расследования необходимо устанавливать не только факт незаконного использования объектов авторских и смежных прав, но и те конкретные действия, в результате которых были нарушены права авторов произведений, их наследников, исполнителей, производителей фонограмм, организаций кабельного и эфирного вещания, а также иных обладателей этих прав.

Как показывает практика, наибольшие вопросы у сотрудников правоохранительных органов вызывает доказывание **незаконного использования** программ для ЭВМ, баз данных, аудиовизуальных произведений и фонограмм. Зачастую признаками незаконности использования программных продуктов считаются использование

«скомпрометированных» регистрационных ключей и кодов, отсутствие на системном блоке, ноутбуке и т.п. определенных наклеек, преодоление технических средств защиты.

При этом не учитывается, что правообладатели такие ситуации рассматривают по-разному. Так, не все правообладатели требуют обязательной переустановки программного обеспечения (с использованием соответствующих регистрационных ключей) после того, как пользователь приобретет лицензионное программное обеспечение. Наклейки, подтверждающие лицензионность программного обеспечения, установленного на интенсивно используемых портативных устройствах, крайне недолговечны. В ряде случаев ограничения, накладываемые техническими средствами защиты авторского права, мешают полноценной работе средства вычислительной техники и по согласованию с правообладателем могут быть устранены. Иногда снятие таких ограничений проводится работниками аутсорсинговых компаний (при этом ни владелец предприятия/пользователь компьютера, ни правообладатель не ставятся об этом в известность).

Из специальных знаний, которыми располагают сотрудники государственных судебных экспертных учреждений, по данной категории дел наиболее востребованы знания в области компьютерной информации.

На компьютерную экспертизу могут быть представлены:

1. Машинные носители информации/средства вычислительной техники (СВТ), на которых записаны:

1.1. Программы для ЭВМ;

1.2. Базы данных;

1.3. Мультимедиафайлы (фильмы, аудиозаписи и проч.).

2. Машинные носители/СВТ, на которых содержится информация об использовании (воспроизведении, распространении, доведении до всеобщего сведения и т.д.) как материальных носителей, так и самих результатов интеллектуальной деятельности:

2.1. Следовая картина обработки компьютерной информации (монтирования, перекодирования, работа с субтитрами, создание установочных пакетов и проч.);

2.2. Следовая картина обмена компьютерной информацией (FTP, файлообменные серверы, P2P-сети³⁹, пересылка по электронной почте и с помощью служб мгновенного обмена сообщениями и проч.);

³⁹ Одноранговая, децентрализованная или пиринговая (англ. peer-to-peer, P2P — равный к равному) сеть.

2.3. Переписка пользователей, черновая бухгалтерия, заметки, договоры и проч.

При этом специалисты (эксперты) могут определить наличие на машинном носителе соответствующего произведения, а также сведений (следов) его использования (требования к выносимым на экспертизу вопросам приведены в приложении 1; примерные вопросы, которые могут быть разрешены судебной компьютерной экспертизой, приведены в приложении 2).

В рамках видеотехнической экспертизы можно ответить на вопрос: «Могли ли производиться конкретные видеозаписи в кинозале?» Установить, с какой именно экранной копии художественного фильма (в каком кинозале) производилась видеозапись, могут специалисты РАПО.

3.3. Приобретение, хранение, перевозка контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта (чч. 2, 3 ст. 146 УК РФ)

Экземпляры произведений или фонограмм считаются **контрафактными**, если изготовление, распространение или иное их использование, а равно импорт таких экземпляров нарушают авторские и смежные права, охраняемые в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Если 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, то согласно п. 4 ст. 1252 ГК РФ такие **материальные носители считаются контрафактными** и по решению суда подлежат изъятию из оборота и уничтожению без какой бы то ни было компенсации.

Разрешая вопрос о том, является ли экземпляр произведения контрафактным, необходимо 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.

При расследовании данной категории дел у правоприменителей возникают проблемы:

в определении статуса изъятых материальных носителей (их контрафактности). Это связано в том числе со следующим положением ГК РФ: «Если оригинал или экземпляры произведения правомерно введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации путем их продажи или иного отчуждения, дальнейшее распространение оригинала или экземпляров произведения допускается без согласия правообладателя и без выплаты ему вознаграждения, за исключением случая, предусмотренного статьей 1293 настоящего Кодекса» (ст. 1272 «Распространение оригинала или экземпляров опубликованного произведения»);

в определении стоимости материальных носителей (для определения крупного размера преступного деяния);

в доказывании умысла (в том числе наличия цели – сбыта материального носителя).

До настоящего времени многими правоприменителями под контрафактностью объекта подразумевается его несоответствие:

оригинальному объекту;

типичным характеристикам группы объектов;

законодательно регламентированным требованиям к группе товаров.

При этом не учитывается, что соответствие объекта оригиналу не всегда говорит о правомерности его появления (производство товаров сверх разрешенного количества), а несоответствие – о неправомерности.

Например, в момент остановки работы завода в Ирландии, на котором выпускались оптические диски с программным обеспечением корпорации «Microsoft», российским продавцам было разрешено самостоятельно изготавливать установочные комплекты данного программного обеспечения и передавать их конкретным пользователям.

При использовании различных баз данных, описывающих внешние признаки упаковки объектов (для установления соответствия упаковки исследуемых объектов образцам упаковки правомерно выпущенных объектов), возникают вопросы как к их легитимности (ведение таких баз данных силами правоохранительных органов не регламентировано), так и к соответствию наименований результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации, выраженных в материальных носителях, наименованиям, указанным на их упаковке.

То же можно сказать и о несоответствии товара и его упаковки требованиям нормативных правовых актов (их могут нарушать и легальные, и нелегальные производители товара, при этом эти требования периодически пересматриваются).

К примеру, 26 марта 2014 г. из Постановления Правительства Российской Федерации от 28 апреля 2006 г. № 252 (ред. от 26 марта 2014 г.) «О лицензировании деятельности по изготовлению экземпляров аудиовизуальных произведений, программ для электронных вычислительных машин, баз данных и фонограмм на любых видах носителей (за исключением случаев, если указанная деятельность самостоятельно осуществляется лицами, обладающими правами на использование указанных объектов авторских и смежных прав в силу Федерального закона или договора)»⁴⁰ было исключено требование осуществления «лицензиатом в процессе изготовления экземпляров аудиовизуальных произведений, программ для электронных вычислительных машин, баз данных и фонограмм технологических операций по нанесению наименования лицензиата и номера лицензии на корпус аудио- или видеокассеты, на корпус (защитный кожух) иного магнитного или немагнитного носителя, а также на внутреннее кольцо оптического диска вокруг установочного отверстия со стороны считывания».

Таким образом, технические характеристики объекта не определяют его контрафактность. Правомерность же использования материальных носителей, в которых выражены результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, может быть как определена непосредственно правообладателем, так и подтверждена соответствующими документами.

Для уяснения обстоятельств расследуемого дела могут быть использованы различные виды специальных знаний. Примерные вопросы, которые могут быть разрешены судебной компьютерной экспертизой, приведены в приложении 2.

Исследование контрафактной продукции методами трасологической экспертизы, в частности механоскопии, позволяет в некоторых случаях идентифицировать оборудование, использовавшееся для ее изготовления (например, применение одного трафарета для нанесения логотипов на одежду, использование одного режущего оборудования для прозрачной пленки, в которую упаковываются пачки сигарет, нанесение рельефной маркировки на блистеры и коробки с ле-

⁴⁰ См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 19, ст. 2078.

карстенными средствами одним устройством, клеймение деталей одним набором клейм и т.п.). Для этого инициатору исследования необходимо получить достоверную информацию о технологическом цикле производства, чтобы исключить из исследования объекты, поступившие на производство в виде полуфабрикатов (например, заказанных в типографии раскroенных коробок с полиграфическим оформлением), ограничив круг исследуемых материальных носителей только теми, которые механически взаимодействовали с рабочими частями интересующего оборудования.

Предоставление какого-то объема материальных носителей для установления и оценки тиражности нецелесообразно, потому что на одном предприятии чаще всего используется несколько производственных линий, в процессе изготовления возможна замена рабочих частей оборудования, а тиражирование может производиться одновременно несколькими источниками. Установление тиражности (объема изготовленной продукции) эффективнее производить с помощью определения объема фактически отгруженной продукции.

При предоставлении для сравнительного исследования образцов (объектов, содержащих результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, выпущенные правообладателем) можно провести технико-криминалистическую экспертизу документов для решения вопросов о соответствии способов выполнения реквизитов полиграфического оформления образцов и изъятых объектов, а также об использовании при их изготовлении одного оборудования (печатных форм).

По ч. 2 ст. 146 УК РФ уголовная ответственность наступает лишь в случае незаконного использования лицом объектов авторского права или смежных прав, а равно приобретения, хранения, перевозки контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта в крупном размере, а по п. «в» ч. 3 этой статьи – в особо крупном размере.

В соответствии с примечанием к ст. 146 УК РФ деяния признаются совершенными в крупном размере, если стоимость экземпляров произведений или фонограмм либо стоимость прав на использование объектов авторского права и смежных прав превышают сто тысяч рублей, а в особо крупном размере – один миллион рублей.

Крупный и особо крупный размер, указанные в примечании к ст. 146 УК РФ, не относятся к имущественному вреду, причиняемому потерпевшему, а являются обязательным признаком деяния, который

определяется исходя из стоимости экземпляров произведения или стоимости прав на использование объектов авторского права.

Рассмотрим оба варианта исчисления крупного и особо крупного размера подробнее.

При определении крупного или особо крупного размера деяний, предусмотренных чч. 2 и 3 ст. 146 УК РФ, следует исходить из розничной стоимости оригинальных (лицензионных) экземпляров произведений или фонограмм на момент совершения преступления, учитывая их количество, включая копии произведений или фонограмм, принадлежащих различным правообладателям.

Учет именно розничной цены обусловлен тем, что введением в оборот контрафактной продукции ущерб причиняется не только обладателю авторских прав, но и производителю лицензионной продукции, ее законным распространителям в области оптовой и розничной торговли, потребителям, приобретающим продукцию низкого качества, а также государству – в результате неуплаты налогов⁴¹.

Исходя из средней розничной стоимости оригинальных (лицензионных) копий аудиовизуальных произведений в формате DVD, которая составляет 180 руб. каждая, своими незаконными действиями ФИО причинил ущерб правообладателям-кинокомпаниям «...» в размере 9 720 руб., ЗАО «...» – в размере 330 480 руб., ООО «...» – в размере 271 800 рублей, ООО «...» – в размере 496 620 рублей, ООО «...» – в размере 170 280 руб., ООО «...» – в размере 414 720 руб., ООО «...» – в размере 245 340 руб.⁴²

Согласно имеющейся методике размер незаконно используемых объектов авторского права и приобретаемых, перевозимых и хранимых контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта определяется количеством экземпляров аудиовизуальных произведений и средней розничной ценой одного экземпляра легитимно изготовленного аудиовизуального произведения, правообладатель которого является членом НП «РАПО».

Приговором мирового судьи судебного участка № 9 г. Нижнекамска и Нижнекамского района Республики Татарстан от 3 марта 2008 г. Ф. осуждена по ст. 146 ч. 2 УК РФ.

Постановлением Президиума Верховного Суда Республики Та-

⁴¹ См.: Ибрагимова З.А. Законодательное регулирование вопросов защиты авторских и смежных прав и причины роста «пиратства» в России // Юрист. 2001. № 7. С. 26–27.

⁴² См.: Приговор Калужского районного суда Калужской области от 6 окт. 2016 г. по делу № 1-676/2016: вступил в силу 18 окт. 2016 г. // СПС КонсультантПлюс.

тарстан от 3 декабря 2008 г. приговор отменен, и уголовное дело в отношении Ф. прекращено по следующим основаниям.

Ф. признана виновной в приобретении, хранении с целью сбыта трех контрафактных дисков с художественными фильмами, 2 из которых впоследствии продала, а один диск был изъят работниками милиции. Суд признал, что действиями Ф. правообладателю фильмов причинен ущерб в размере 248 400 руб.

Приобретение, хранение, перевозка контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта признаются преступлением, если эти действия совершены в крупном или особо крупном размере.

Крупным размером признается стоимость экземпляров контрафактной продукции, превышающая 50 000 руб., а особо крупным – 250 000 руб.

По смыслу закона основанием признания крупного или особо крупного размера является стоимость каждого из оригинальных (лицензионных) экземпляров произведений на момент совершения преступления.

По данному уголовному делу размер ущерба исчислен исходя из справки правообладателя, где указана сумма общего бюджета фильмов на дисках, а не стоимость оригинальных дисков, что нельзя признать законным. Между тем стоимость оригинальных дисков в сумме не образует крупный размер. Поэтому Президиум признал, что в действиях Ф. отсутствует состав преступления⁴³.

Для установления стоимости экземпляров произведения необходимо определить точные характеристики контрафактных экземпляров, особенно если речь идет о компьютерных программах, поскольку у большинства фирм-правообладателей существуют «линейки» программных продуктов с идентичными названиями, но с различной сферой предназначения и разрешенным способом использования, поэтому в каждом конкретном случае необходимо выяснять, какая именно версия программы обнаружена, какими техническими характеристиками это подтверждается, какова сфера предназначения (функциональность) этой программы, исходя из установленных характеристик, и, самое главное, – какой версии программы соответствует обнаруженная программа⁴⁴.

⁴³ См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Республики Татарстан за IV квартал 2008 года. URL: http://vs.tat.sudrf.ru/modules.php?id=76&name=docum_sud (дата обращения: 22.03.2014).

⁴⁴ См.: Козубенко Ю.В. Защита авторских прав на программы для ЭВМ в уголовном, административном и гражданском судопроизводстве. М., 2009. С. 31.

Наглядным примером является дело директора школы села Сепыч Верещагинского района Пермского края, проходившего в качестве обвиняемого по делу о незаконном использовании программ корпорации «Microsoft» в возглавляемой им школе.

Суд пришел к выводу, что директор школы П. сознательно использовал для обучения учеников информатике «пиратские» версии операционной системы Windows, т.е. незаконно использовал объекты авторского права, чем причинил компании «Microsoft» крупный ущерб в размере 202 686 руб. 87 коп. Представитель потерпевшего показал, что причиненный ущерб составляет 254 035 руб. 31 коп. на момент изъятия жестких дисков, исходя из лицензионных аналогов «коробочной» версии.

Вместе с тем, по показаниям свидетеля К., директора ООО «И-р Т-жи», компания является партнером корпорации «Microsoft», имеет с ней соглашение, и при реализации программного обеспечения учебным заведениям для учебных целей применяются скидки в размере 80 %.

Вывод Верещагинского районного суда о неприменимости этой скидки при исчислении причиненного ущерба на том основании, что она применяется при «легальном распространении» продукции «Microsoft», является неправильным, сделан без учета того, что суд при исчислении ущерба принял за основу расчеты представителя потерпевшей стороны, определяющего ущерб как понесенные корпорацией убытки в виде неполучения доходов от продажи экземпляров программного обеспечения, то есть при «легальном распространении». При применении этой скидки сумма причиненного ущерба составит 40 537 руб.

Таким образом, по приговору в действиях П. не установлен обязательный признак уголовно наказуемого незаконного использования объектов авторского права – совершение его в крупном размере⁴⁵.

Вместе с тем суд как первой, так и второй инстанции при определении размера деяния, совершенного П., исходил из «розничной стоимости оригинальных (лицензионных) экземпляров» соответствующих программ.

С учетом сложившейся судебной и следственной практики при реализации контрафактных экземпляров фонограмм, аудиовизуальных произведений и программ для ЭВМ до даты официального рели-

⁴⁵ См.: Постановление Президиума Пермского краевого суда от 19 дек. 2008 г. по делу № 44-у-6093.

за, при определении размера нарушенных авторских и смежных прав можно исходить из **стоимости прав** на использование объектов авторского права и смежных прав, либо, если предполагаемая розничная стоимость оригинальных (лицензионных) экземпляров была установлена (рассчитана) правообладателем – из такой стоимости⁴⁶.

В случае незаконного использования произведения такими способами, как публичный показ, публичное исполнение, передача по кабелю или в эфир, доведение до всеобщего сведения, определить размер деяния исходя из стоимости экземпляров произведения не представляется возможным, поскольку такая категория, как экземпляры произведений, фигурирует лишь в случае воспроизведения (изготовления экземпляров произведения), распространения и импортирования экземпляров произведений. Следовательно, размер деяния, связанного с незаконным использованием произведения тем или иным способом, должен определяться исходя из стоимости нарушенного права, то есть из стоимости права использовать его таким же способом. Принимая во внимание тот факт, что законом не установлено каких-либо различий в режимах охраны исключительных прав в зависимости от способа использования произведения, можно сделать вывод, что в случае незаконного использования произведения любым предусмотренным законом способом, размер деяния должен определяться исходя из стоимости права на использование произведения⁴⁷.

Е., действуя согласно разработанному плану, в целях размещения на интернет-ресурсе аудиовизуальных произведений, не введенных правообладателями в гражданский оборот (дорелизные), сотовым телефоном «iPhone» осуществлял киносъёмку аудиовизуальных произведений в кинозалах.

Далее, Е. под псевдонимом... на сайте «ironclub.tv» в сети Интернет размещал торрент-файлы аудиовизуальных произведений с IP-адресами посредством использования услуг связи, предоставляемых провайдером ЗАО... по вышеуказанному договору... заключенному Е.Л. на выход в сеть Интернет.

В целях реализации преступного умысла Е., действуя в нарушение ч. 1 ст. 44 Конституции Российской Федерации и ч. 1 ст. 1229,

⁴⁶ См.: Трунцевский Ю. Нарушение авторских прав путем незаконного воспроизведения и распространения аудиовизуального произведения (фильма) до даты его официального релиза на материальных носителях формата DVD (Blue-ray) // Уголовное право. 2014. № 3. С. 73–77.

⁴⁷ См.: Гурин А.А. Определение крупного размера деяния при квалификации правонарушения по ч. 2 ст. 146 УК РФ // Право интеллектуальной собственности. 2007. № 2. С. 30–31.

ст. 1255, 1286 и п. 11 ч. 2 ст. 1270 Гражданского кодекса Российской Федерации, без согласия правообладателей, нарушая их исключительные права на произведения, в отсутствие лицензионных договоров, в период с декабря 2011 г. по 4 июня 2013 г. довел до всеобщего сведения путем неправомерного размещения в сети Интернет посредством электронного ресурса «ironclub.tv» следующие аудиовизуальные произведения, в том числе не введенные правообладателями в гражданский оборот (дорелизные).

Так, Е. не позднее 29 августа 2012 г. в г. Набережные Челны незаконно приобрел при неустановленных обстоятельствах для последующей реализации контрафактное аудиовизуальное произведение «Титаник», которое незаконно с целью последующего сбыта хранил на накопителях на жестких магнитных дисках у себя дома по адресу: г. Набережные Челны ... 29 августа 2012 г. Е. у себя в квартире по вышеуказанному адресу незаконно разместил в сети Интернет посредством электронного ресурса «ironclub.tv» аудиовизуальное произведение «Титаник» (размещено под псевдонимом... правообладателем которого является компания «Twentieth Century Fox Film Corporation» («Двадцатый век Фокс Фильм Корпорейшн»), оценившая стоимость права на использование данного произведения указанным способом в размере 474 216 руб.).

Кроме этого, Е. в мае 2013 г. в кинотеатре «Синема Парк», расположенного в ТЦ «Торговый квартал» по адресу: г. Набережные Челны ... сотовым телефоном «iPhone» осуществил незаконную киносъёмку дорелизного произведения «Мальчишник III». В этот же день незаконно в целях сбыта осуществил его перевозку в вышеуказанную квартиру, где незаконно хранил с целью последующего сбыта на накопителях – жестких магнитных дисках. 31 мая 2013 г. Е. разместил в сети Интернет посредством электронного ресурса «ironclub.tv» аудиовизуальное дорелизное произведение «Мальчишник III» (размещено под псевдонимом... дата релиза – 30 мая 2013 г.), правообладателем которого является компания «Warner Bros.», оценившая стоимость права на использование данного произведения указанным способом в размере 1 138 118 руб. 40 коп.

Таким образом, Е. незаконно использовал объекты авторского права, а именно 3 аудиовизуальных произведения общей стоимостью прав на их использование 2 112 334 руб. 40 коп., то есть в особо крупном размере, довел до всеобщего сведения таким образом, что любое лицо получило доступ к произведению из любого места и в любое время по собственному выбору⁴⁸.

⁴⁸ См.: Приговор Набережночелнинского городского суда Республики Татарстан от 5 февр. 2014 г. по делу № 1-128/14 // СПС КонсультантПлюс.

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).

При квалификации действий виновных по делам о преступлениях, предусмотренных ст. 146 УК РФ, не должен учитываться причиненный потерпевшему моральный вред, в том числе связанный с подрывом его деловой репутации. Требования о компенсации морального вреда могут быть рассмотрены в рамках уголовного дела.

Если деяниями виновного, формально подпадающими под действие ч. 1 ст. 146, причинен ущерб, не превышающий пределы крупного размера, либо если они совершены в размере, не превышающем пределы крупного (чч. 2 и 3 ст. 146 УК РФ), содеянное влечет административную (ч. 1 или ч. 2 ст. 7.12 либо по ст. 14.10 КоАП РФ) или гражданско-правовую ответственность.

Согласно п. 6 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2007 г. № 14 предусмотренные чч. 2 и 3 ст. 146 УК РФ незаконное использование объектов авторского права или смежных прав, а равно приобретение, хранение, перевозку контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта следует **считать оконченными преступлениями** с момента совершения указанных действий в крупном (особо крупном) размере **независимо** от наступления преступных последствий в виде фактического причинения ущерба правообладателю, т.е. состав преступления является формальным⁴⁹.

Как правило, незаконное использование объектов авторского права или смежных прав, а равно приобретение, хранение, перевозка контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта состоит в совершении нескольких тождественных действий⁵⁰. Таким образом, нарушение авторских и смежных прав относится к числу **продолжаемых преступлений**. Продолжаемое преступление, то есть преступление, складывающееся из ряда юридически тождественных деяний (действия или бездействия), направленных к единой цели, объединенных единым умыслом, единством объекта посяга-

⁴⁹ Одновременно это означает, что преступления, предусмотренные чч. 2 и 3 ст. 146 УК РФ, могут быть совершены только с прямым умыслом.

⁵⁰ Продажа, сдача в прокат экземпляров произведений или фонограмм, публичный показ или публичное исполнение произведения, обнародование произведений, фонограмм, исполнений, постановок для всеобщего сведения и т.п.

тельства, возможных преступных последствий,⁵¹ и квалифицируется как одно преступление. Началом продолжаемого преступления надлежит считать совершение первого действия из числа нескольких тождественных действий, составляющих одно продолжаемое преступление, а концом – момент совершения последнего преступного действия⁵².

В январе 2015 г. у М. возник преступный умысел, направленный на незаконное использование объектов авторских прав, приобретение, хранение контрафактных произведений в целях сбыта в крупном размере для извлечения прибыли путем незаконного распространения контрафактных копий программ для ЭВМ, а именно программного продукта компании «...», неразрешенных к свободному распространению на территории Российской Федерации, поскольку исключительные авторские права на распространение на территории Российской Федерации экземпляров указанных программных продуктов принадлежат компании «...». Реализуя свой преступный умысел, находясь у себя дома, через сеть Интернет, заведомо зная о контрафактности приобретаемой им продукции, скачал программное обеспечение «...», тем самым осуществил незаконное приобретение контрафактного экземпляра программного обеспечения «...», исключительное авторское право на которое принадлежит компании «...», которое записал на компакт-диск, незаконно продолжая хранить его при себе, имея умысел на дальнейший сбыт данного контрафактного экземпляра. Продолжая реализовывать свой единый преступный умысел, направленный на извлечение прибыли, М. в газете «...» разместил объявление.

ФИО1, увидев вышеуказанное объявление, позвонил М., с которым договорился о продаже ему путем установки на его ноутбук программного обеспечения «...» за <данные изъяты> руб. в здании железнодорожного вокзала. Действуя в продолжение своего единого преступного умысла, направленного на незаконное приобретение, хранение контрафактных произведений с целью сбыта, заведомо зная, что приобретенный им продукт является контрафактным, осознавая, что своими действиями причиняет ущерб правообладателю, М., находясь на втором этаже железнодорожного вокзала, осо-

⁵¹ Указанные признаки должны быть зафиксированы в материалах уголовного дела.

⁵² См.: Об условиях применения давности и амнистии к длящимся и продолжающимся преступлениям: Постановление 23 Пленума Верховного Суда СССР от 4 марта 1929 г.: ред. от 14 марта 1963 г. // Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (Рос. Федерации) по уголовным делам. М.: Спарк, 1995. С. 5–6.

зная, что своими действиями причиняет ущерб правообладателю, с целью дальнейшего сбыта контрафактной копии программного обеспечения умышленно, осознавая общественно опасный характер своих действий, реализовал хранящееся у него на компакт-диске программное обеспечение с записью контрафактного экземпляра программы «...» ФИО1 путем записи данного программного обеспечения на персональный компьютер за «...» руб., причинив компании «...» ущерб на сумму «...» руб.

Согласно заключению эксперта на персональном компьютере обнаружено программное обеспечение с признаками контрафактности, правообладателем которого является «...».

Кроме того, ФИО2, выступающая в роли покупателя при проведении оперативно-розыскного мероприятия, по своему сотовому телефону позвонила по вышеуказанному объявлению М., с которой договорилась о продаже ей путем установки на ее ноутбук программного обеспечения «...» за «...» руб. в здании железнодорожного вокзала. Действуя в продолжение своего единого преступного умысла, направленного на незаконное приобретение, хранение контрафактных произведений с целью сбыта, заведомо зная, что приобретенный им продукт является контрафактным, осознавая, что своими действиями причиняет ущерб правообладателю, М., находясь на втором этаже железнодорожного вокзала, осознавая, что своими действиями причиняет ущерб правообладателю, в нарушение ст. 44 ч. 1 Конституции Российской Федерации, гл. 70 раздела 7 ГК РФ, реализуя свой преступный умысел, направленный на извлечение прибыли, путем незаконного хранения с целью дальнейшего сбыта контрафактной копии программного обеспечения, умышленно, осознавая общественно опасный характер своих действий, реализовал хранящееся у него на компакт-диске программное обеспечение с записью контрафактного экземпляра программы «...» ФИО2 путем записи данного программного обеспечения на персональный компьютер за «...» руб., причинив компании «...» ущерб на сумму «...» руб.

Таким образом, своими действиями М. причинил компании «...» ущерб на сумму «...» руб., что является крупным размером.

Государственный обвинитель полагает, что действия подсудимого необходимо квалифицировать как **единое продолжаемое преступление**, совершенное с единым умыслом. Из оглашенного текста обвинения следует, что М. скачал в Интернете контрафактную программу и записал ее на диск с целью последующего сбыта неопределенному кругу лиц, которые будут звонить по данному им объявле-

нию в газете. То есть подсудимый решил периодически извлекать прибыль, устанавливая контрафактную программу на компьютеры граждан, что охватывается единым умыслом на совершение преступления.

М. признан судом виновным в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ⁵³.

Представляется, что торговля контрафактными экземплярами произведений, осуществляемая в нескольких торговых точках, либо посягательства на права нескольких (различных) правообладателей, а также посягательство на различные объекты (фонограммы, аудиовизуальные произведения, программы для ЭВМ и т.п.), охраняемые законодательством об авторском праве и смежных правах, не могут служить основанием для выделения эпизода преступной деятельности в самостоятельное преступное деяние при условии, что они направлены к единой цели, объединены единым умыслом, единством объекта посягательства (в уголовно-правовом понимании) и наступившими последствиями.

Рассмотрим приговор Советского районного суда г. Астрахани от 11 июля 2008 г. в отношении гр-ки У., которая признана виновной в совершении преступлений, предусмотренных п. «в» ч. 3 ст. 146, ч. 2 ст. 146 УК РФ⁵⁴.

Гр-ка У. в период с сентября 2007 г. по январь 2008 г. в не установленном следствием месте у не установленного следствием лица незаконно приобрела с целью сбыта контрафактные, то есть незаконно (без ведома и разрешения правообладателей) изготовленные аудиовизуальные произведения, которые незаконно использовала, перевезла и хранила с целью сбыта, не имея при этом договоров с правообладателями и вопреки их воле. В дальнейшем указанные экземпляры произведений она сдавала в прокат или осуществляла их продажу, то есть сбыт контрафактных экземпляров произведений.

Тем самым ею был причинен ущерб⁵⁵ законным правообладателям:

1 эпизод – ООО «Калипсо» в сумме 831 640 руб. (произведения не вышли в официальный прокат и не поступили в розничную торговлю);

⁵³ См.: Приговор Барабинского районного суда Новосибирской области от 10 июня 2015 г. по делу № 1-138/2015: вступил в силу 23 июня 2015 г. // СПС КонсультантПлюс.

⁵⁴ См.: Сайт НП ППП. URL: <http://www.appp.ru/obmen/materiali/2008/07-11.htm#top> (дата обращения: 22.03.2017).

⁵⁵ Сохранена терминология приговора.

2 эпизод – ЗАО «IC» в сумме 164 038 руб.;

3 эпизод – корпорации «Microsoft» в сумме 52 181,89 руб.;

4 эпизод – членам НП «Российская антипиратская организация по защите прав на аудиовизуальные произведения» в сумме 105 400 руб.

Из приговора следует, что незаконное приобретение и сбыт контрафактных экземпляров произведений всех вышеперечисленных правообладателей происходил одновременно в одной торговой точке, т.е. все деяния объединены единой целью и охватываются единым умыслом.

О совокупности преступлений, предусмотренных ст. 146 УК РФ, свидетельствует наличие у виновного **умысла на совершение нового преступления**, связанного с нарушением авторских и смежных прав. Отсутствие умысла на совершение нового преступления, предусмотренного ст. 146 УК РФ, предполагает квалификацию всех эпизодов преступной деятельности как единого продолжаемого преступления, при этом стоимость экземпляров произведений или фонограмм либо стоимость прав на использование объектов авторского права и смежных прав по всем эпизодам преступной деятельности подлежит суммированию.

В январе 2013 г. у Ж. возник преступный умысел на получение доходов от осуществления незаконной продажи программной продукции на DVD-носителях, т.е. на незаконное, вопреки воли правообладателей, использование объектов авторского права путем их оборота, преследуя цель своего личного материального обогащения. С указанного периода времени Ж., воспользовавшись тем, что работает администратором в магазине, реализующем аудио-, видео- и программную продукцию на DVD-носителях, во исполнение ранее указанного умысла стал заниматься продажей контрафактных DVD-дисков со своего рабочего места в павильоне № 56 ИП «К.А.В.». В связи с тем, что появился спрос на диски с записями программных продуктов, Ж., создавая условия для своей противоправной деятельности, в не установленное следствием время на рынке «Южный», рядом с остановкой общественного транспорта «Машимет», при не установленных следствием обстоятельствах в целях последующего сбыта у не установленного следствием лица периодически приобретал DVD-диски партиями по 10 штук с записью программных продуктов по цене 60 руб. за 1 DVD-диск, авторские и смежные права на оригиналы которых принадлежат Аутодеск Инк. Данные диски в полимерных пакетах он приносил в указанный выше павильон, где хра-

нил с целью последующего сбыта, а также сбывал заинтересованным лицам лично, а также через неосведомленного о преступной деятельности Ж. продавца указанного павильона – Д.Ю.В.

Действуя умышленно, с целью извлечения прибыли, незаконно, т.е. без соответствующих разрешений организаций-правообладателей, оформленных в установленном законом порядке, Ж. с января 2013 г. стал осуществлять незаконный сбыт контрафактного программного обеспечения по цене 100 руб. за 1 DVD-диск в павильоне ИП «К.А.В.», авторские права на оригиналы которых принадлежат Аутodesk Инк. и Корпорации «Microsoft».

В торговой точке, в павильоне ИП «К.А.В.», где Ж. незаконно хранил и реализовывал диски с программными продуктами, авторские права на которые принадлежат Аутodesk Инк. и Корпорации «Microsoft», сотрудниками ОЭБиПК УМВД России по г. Воронежу была осуществлена проверочная закупка, в ходе которой продавец указанного павильона Д.Ю.В., неосведомленная, что реализует контрафактную продукцию, продала сотруднику ОЭБиПК УМВД России по г. Воронежу З.Д.И., привлеченному в соответствии со ст. 6 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» к участию в оперативно-розыском мероприятии «проверочная закупка», за 100 (сто) руб. один DVD-диск с программными продуктами, авторскими правами на которые обладает Корпорация «Microsoft». Впоследствии в тот же день в период времени с 17 ч 30 мин до 18 ч 20 мин сотрудником ОЭБиПК УМВД России по г. Воронежу М.Д.А. в ходе осмотра места происшествия были изъяты еще 3 (три) DVD-диска с записью программных продуктов, авторскими правами на которые обладают Аутodesk Инк., которые Ж. незаконно хранил в целях сбыта заинтересованным лицам.

Помимо этого, 19–20 февраля 2013 г. у Ж. вновь возник преступный умысел на получение доходов от осуществления незаконной продажи программной продукции на DVD-носителях, т.е. на незаконное, вопреки воли правообладателей, использование объектов авторского права путем их оборота, преследуя цель своего личного материального обогащения. С указанного периода времени Ж., воспользовавшись тем, что работает администратором в магазине, реализующем аудио-, видео- и программную продукцию на DVD-носителях, во исполнение ранее указанного умысла вновь стал заниматься продажей DVD-дисков со своего рабочего места в павильоне ИП «Колесников».

Таким образом, в ходе проведения проверочной закупки и в ходе осмотра места происшествия в вышеуказанной торговой точке были обнаружены и изъяты растиражированные на DVD-диски 18 экземпляров программных произведений, авторские права на которые принадлежат Аутодеск Инк.

Стоимость указанного выше программного обеспечения (прав на его использование) Аутодеск Инк. составляет 26 550 (двадцать шесть тысяч пятьсот пятьдесят) евро 00 центов, что в пересчете согласно курсу ЦБ РФ на 22 февраля 2013 г. (1 евро = 40 руб. 0748 коп.) составляет 1 063 985 (один миллион шестьдесят три тысячи девятьсот восемьдесят пять) руб. 80 коп.

Всего своими умышленными действиями Ж. незаконно приобрел и хранил в целях сбыта 21 программное произведение, причинив правообладателям – Аутодеск Инк. и Корпорации «Microsoft» ущерб в особо крупном размере, который составляет 1 103 229 руб. 76 коп.⁵⁶

С субъективной стороны преступления, предусмотренные ст. 146 УК РФ, характеризуются прямым умыслом.

Анализ следственной практики расследования нарушений авторских и смежных прав, в том числе по фактам незаконного оборота аудиовизуальных произведений и контрафактных программ для ЭВМ, свидетельствует о наличии определенных проблем, например, по доказыванию умысла на нарушение авторских прав. Как правило, лица, у которых проведена контрольная закупка и изъята нелегальная продукция, заявляют о неосведомленности, что реализуемая ими продукция является контрафактной.

При установлении умысла необходимо доказать, что все имеющие юридическое значение обстоятельства, относящиеся к характеристике объекта и предмета преступления, объективной стороны преступления осознавались виновным. Необходимо установить, что лицо сознавало общественную опасность своего деяния, понимая, что нарушает чужие охраняемые законом права, т.е. совершает незаконное деяние.

В этом смысле тот факт, что виновный ранее привлекался к административной ответственности 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.

⁵⁶ См.: Приговор Левобережного районного суда города Воронежа от 11 июня 2013 г. по делу № 1-200/2013 // СПС КонсультантПлюс.

Л., являясь индивидуальным предпринимателем, осуществляя предпринимательскую деятельность на арендуемой им у К. согласно договору аренды части торгового помещения площадью 11 м² в торговом павильоне, расположенном по адресу: г. Санкт-Петербург, Колпинский район, п. Х, ул. Х, д. Х, корп. Х, имея преступный умысел, направленный на незаконное хранение контрафактных экземпляров произведений в целях сбыта в особо крупном размере, не имея на то законных оснований в виде заключенного с правообладателем лицензионного договора, незаконно приобрел при неустановленных обстоятельствах 159 оптических дисков, которые не были изготовлены на производстве, имеющем лицензию на деятельность по изготовлению лицензионных экземпляров произведений, так как отсутствуют выполненные установленным образом наименование изготовителя и номер лицензии на внутреннем кольце вокруг установочного отверстия со стороны считывания; на полиграфических вкладышах отсутствуют сведения о наличии авторских и смежных прав на произведения, перечень заводов-изготовителей (полное название, номера лицензии, адрес), прокатное удостоверение, штрих-код, таблица технических характеристик с контрафактными экземплярами произведений, отсутствует ключ защиты HASP для ЭВМ.

В указанном помещении у него были прилавки (столы), расположенные по периметру помещения, на которых были выложены предлагаемые для покупателей диски с аудио- и видеопродукцией, которые были как лицензионные, так и нелицензионные, и диски с программным обеспечением, которые были только нелицензионные. Что он занимается реализацией нелицензионной продукции, он понимал, но ему в тот момент были нужны деньги. В 2009 г. он уже привлекался к административной ответственности по ст. 14.15, 7.12, 14.2 КоАП РФ за незаконную продажу товаров, свободная реализация которых запрещена или ограничена, и за нарушение авторских и смежных прав, но он все-таки продолжал заниматься незаконной деятельностью по реализации нелицензионной продукции (дисков с видео- и аудиозаписями и программ). Он реализовывал нелицензионную продукцию, так как ее лучше покупают, и от ее реализации больше прибыль.

Вышеуказанные оптические диски с содержащимися на них аудиовизуальными произведениями и дистрибутивами программ для ЭВМ Л., действуя умышленно и будучи 15 февраля 2010 г. привлечен-

ным к административной ответственности в соответствии с ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ за нарушение авторских и смежных прав, осознавая, что распространение, использование, перевозка и хранение вышеуказанных материальных носителей, в которых выражены вышеуказанные экземпляры аудиовизуальных произведений и программного обеспечения, приводят к нарушению исключительного права на эти аудиовизуальные произведения и программное обеспечение, и что материальные носители с вышеуказанными аудиовизуальными произведениями и дистрибутивами программ для ЭВМ являются контрафактными, с целью последующего сбыта в особо крупном размере незаконно хранил вышеуказанные оптические диски с содержащимися на них аудиовизуальными произведениями и дистрибутивами программ для ЭВМ в арендуемом им торговом павильоне по вышеуказанному адресу, где разместил их для продажи. Л., действуя с целью реализации своего преступного умысла, направленного на совершение сбыта контрафактных экземпляров произведений, сбывл путем продажи за денежные средства в размере 240 руб. лицу, принимающему участие в проведении оперативно-розыскного мероприятия «проверочная закупка», два оптических диска с содержащимися на них 6 экземплярами аудиовизуальных произведений, права на которые принадлежат организациям-правообладателям членам НП РАПО⁵⁷.

Аналогичным образом на наличие умысла в действиях виновного будет указывать и тот факт, что ранее лицо предупреждалось (возможно, неоднократно) о том, что его действия нарушают права других лиц на соответствующие произведения, фонограммы и т.д.

Доказательством умысла могут служить свидетельские показания, результаты выемки, экспертизы и т.д.

Таким образом, в обвинительном заключении необходимо указать стоимость экземпляров произведений или фонограмм либо стоимость прав на использование объектов авторского права и смежных прав, а не указывать сумму ущерба, причиненного правообладателю. Тем более, что приобретение, перевозка и хранение контрафактных экземпляров произведений в целях сбыта не причиняют реального ущерба правообладателю.

⁵⁷ См.: Приговор Колпинского районного суда города Санкт-Петербурга от 7 апр. 2015 г. по делу № 1-14/2015(1-332/2014) (вступил в силу 18 апр. 2015 г.) // СПС КонсультантПлюс.

Субъектом преступлений, предусмотренных ст. 146 УК РФ, является вменяемое физическое лицо, достигшее к моменту совершения преступления возраста 16 лет. По п. «г» ч. 3 ст. 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 ст. 285 УК РФ, так и государственный или муниципальный служащий, не являющийся должностным лицом, а также иное лицо, отвечающее требованиям, предусмотренным примечанием 1 к ст. 201 УК РФ (например, руководитель предприятия, поручающий своим подчиненным незаконно использовать авторские или смежные права)⁵⁸.

⁵⁸ См.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26 апр. 2007 г. № 14.

4. ОСОБЕННОСТИ ДОКУМЕНТИРОВАНИЯ НЕПРАВОМЕРНЫХ ДЕЙСТВИЙ, НАПРАВЛЕННЫХ НА НАРУШЕНИЕ АВТОРСКИХ И СМЕЖНЫХ ПРАВ С ИСПОЛЬЗОВАНИЕМ СЕТИ ИНТЕРНЕТ

Ранее часто практиковалось документирование преступлений, связанных с фактическим вызовом потенциального нарушителя в якобы «фирму», нуждающуюся в услугах по установке «недорогого» программного обеспечения. После незаконной установки необходимого комплекта программного обеспечения сотрудниками оперативных подразделений объявлялось о проведении проверочной закупки и т.д.

Теперь эта ситуация, в силу развития технического прогресса, видоизменилась – те же услуги по незаконной установке экземпляров программ для ЭВМ и электронных баз данных осуществляются дистанционно с целью максимального затруднения выявления подобных преступлений оперативными сотрудниками.

Такие преступления совершаются в основном с использованием специального программного обеспечения (как правило, являющегося условно бесплатным), способного получить удаленный доступ к компьютеру пользователя посредством информационно-коммуникационных сетей, т.е. без физического присутствия нарушителя в месте установки.

Основную информацию о подобных правонарушителях можно получить и в дальнейшем использовать как доказательства с сайтов с рекламой услуг в сети Интернет, газетных и уличных объявлений.

При проверке подобной информации необходимо не допустить таких действий оперативного сотрудника, которые в дальнейшем могут быть расценены как провокация совершения подобного преступления.

Судом первой инстанции не установлено, что в исследованных в ходе судебного следствия доказательствах отсутствуют какие-либо данные, указывающие на то, что в ходе проведения оперативно-розыскного мероприятия «проверочная закупка» оперативный сотрудник ОЭБиПК УВД по ЮЗАО г. Москвы Б.А.А. подстрекал, склонял или побуждал в прямой или косвенной форме К.А.П. к соверше-

нию противоправных действий. С начала проведения в отношении К.А.П. оперативно-розыскного мероприятия «проверочная закупка» осужденный имел полную и неограниченную возможность отказаться от совершения действий, имеющих противоправный характер, однако этого не сделал. Само по себе предложение сотрудника полиции Б.А.А. о сбыте ему контрафактного программного обеспечения, авторские права на которое принадлежат ЗАО «...», не ставило осужденного К.А.П. в положение, исключающее возможность отказаться от предлагаемых ему противоправных действий⁵⁹.

По другому уголовному делу:

Вину в совершении преступлений А. не признал⁶⁰, показав в судебном заседании, что преступлений, в которых его обвиняют, он не совершал и в сговор ни с кем не вступал; при обстоятельствах, указанных в обвинении, он установил нелегальное программное обеспечение потому, что его спровоцировали; программ, которые надо было устанавливать на компьютеры, у него (А.) не было, и Г. уговорил его (А.) скачать программу из Интернета, после чего он (А.) скачал и установил на компьютеры бесплатную демонстрационную версию.

Вопреки доводам апелляционной жалобы защитника какая-либо провокация, незаконные, противоправные действия в отношении А. со стороны сотрудников полиции, а также иных лиц, участвующих в ОРМ, отсутствуют.

По смыслу ст. 75, 89 УПК РФ, ст. 7 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» результаты оперативно-розыскного мероприятия могут быть положены в основу приговора, если они получены в соответствии с требованиями закона и свидетельствуют о наличии у виновного умысла, направленного на совершение преступления и сформировавшего независимо от деятельности сотрудников оперативных подразделений, а также о проведении лицом всех подготовительных действий, необходимых для совершения противоправного деяния. При этом согласно ст. 2 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» задачами такой деятельности являются, в частности, выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений, а также выявление и установление лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших⁶¹.

⁵⁹ См.: Апелляционное определение Московского городского суда от 27 марта 2017 г. по делу № 10-3480/2017 // СПС КонсультантПлюс.

⁶⁰ Установил на шесть ПЭВМ оговоренные нелегальные программы.

⁶¹ См.: Апелляционное определение Московского городского суда от 27 сент. 2016 г. по делу № 10-***/2016 // СПС КонсультантПлюс.

В целях дальнейшего документирования преступных деяний и проведения комплекса ОРМ в рамках Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ (ред. от 6 июля 2016 г.) «Об оперативно-розыскной деятельности»⁶² и обеспечения доказательств по уголовному делу необходимо установить личность преступника⁶³. Для этого рекомендуется провести несколько мероприятий:

установить владельца контактного мобильного телефона;

направить запрос администратору сайта, где размещено объявление, с целью установления IP-адреса, адреса электронной почты, иных установочных данных (способа оплаты объявления, номер электронного кошелька и т.п.);

направить запрос провайдеру с целью установления фактического места выхода в сеть Интернет;

владельцу системы электронных платежей с целью установления принадлежности электронного кошелька либо расположения терминала оплаты.

После получения ответов из указанных инстанций возможно сделать предварительный вывод о личности правонарушителя и его месте жительства.

В целях надлежащего процесса документирования противоправных действий необходимы:

документальная фиксация факта планирования и проведения оперативно-розыскного мероприятия;

подготовка необходимых технических средств, основным из которых является компьютер (возможны средства аудио- и видеозаписи) при планировании проведения проверочной закупки;

создание обстановки, свидетельствующей о полноценной работе организации, в которую приглашается «установщик»;

привлечение специалиста (документальное оформление), который перед проведением соответствующего оперативно-розыскного мероприятия (проверочной закупки либо сбора образцов для сравнительного исследования) примет участие в исследовании компьютеров, на которые в дальнейшем правонарушителем будет незаконно установлено программное обеспечение;

⁶² См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 33, ст. 3349.

⁶³ Все оперативно-розыскные мероприятия должны проводиться уполномоченными на то оперативными подразделениями ОВД в соответствии с Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности» с получением при необходимости соответствующих судебных решений.

при наличии достаточных оснований проведение следующих оперативно-розыскных мероприятий:

- а) снятие информации с технических каналов связи;
- б) прослушивание телефонных переговоров.

В ходе указанных оперативно-розыскных мероприятий возможен контроль как мобильного и домашнего телефонов, так и линии Интернет-соединения, ICQ, Viber, электронной почты и т.п. Эти виды оперативно-розыскных мероприятий позволяют зафиксировать наличие прямого умысла злоумышленника, а именно подтвердить факт его осведомленности о неправомерности действий с аудиовизуальными произведениями, реализации и незаконному воспроизведению (установке) экземпляров программ для ЭВМ или иных объектов интеллектуальной собственности.

Особое внимание надо уделять документированию и последующему доказыванию неправомерных деяний по дистанционной установке программ для ЭВМ («черные внедренцы») и распространению объектов интеллектуальной собственности с использованием сетей р2р, поскольку в документировании и последующем доказывании фактов совершения неправомерных действий имеется ряд важных особенностей.

4.1. Дистанционные установщики («черные внедренцы»)

В назначенное время группа в составе сотрудника полиции, «закупщика», специалиста и представителей общественности прибывает по определенному адресу (помещение, предварительно подготовленное с учетом всех необходимых технических и тактических требований).

До проведения закупочных мероприятий осматриваются компьютер и все периферийные устройства с участием специалиста, по результатам осмотра (состояние компьютера, состояние жесткого диска, наличие программного обеспечения и т.п.) составляется акт.

В случае общения со стороны «черного внедренца» не только по телефонным каналам связи, например, «Skype», «Viber» и т.п., «закупщику» необходимо под предлогом, например, периодического пропадания связи, перевести переговоры на сотовую связь. Приоритетным способом общения, безусловно, являются телефонные переговоры, поскольку фиксация именно телефонных переговоров наиболее реальна и весьма практична, в том числе при оценке в качестве доказательства на любом этапе судопроизводства.

В ходе общения с правонарушителем необходимо четко ставить вопросы и, исходя из полученных ответов, задавать уточняющие вопросы, полно и всесторонне выявляющие направленность действий и умысла удаленного «черного внедренца». При осуществлении телефонных переговоров следует помнить, что неверно поставленные вопросы и излишняя настойчивость (в необходимости установить именно «нелицензионное ПО») может привести к признанию в суде проведенного оперативно-розыскного мероприятия «проверочная закупка» провокацией.

Таким образом, необходимо проведение относительно длительных оперативно-розыскных мероприятий, фиксирующих факты совершения неоднократных эпизодов незаконной установки (незаконного воспроизведения или распространения) объектов авторских или смежных прав.

Общение с «внедренцем» может также происходить посредством сервисов мгновенных сообщений (ICQ, WhatsApp, Viber, Skype и др.). Однако владельцы указанных мессенджеров располагаются, как правило, вне территории Российской Федерации, и получить от них информацию о клиенте представляется затруднительным.

После того, как в процессе подготовки к проведению оперативно-розыскного мероприятия зафиксировано максимальное количество информации о потенциальном правонарушителе, его IP-адрес, псевдоним, адрес электронной почты и другая возможная информация, необходимо выполнить установку программного обеспечения, предназначенного для дистанционного управления компьютером и незаконной установки (незаконного воспроизведения) программ для ЭВМ.

Задачей «закупщика» в идеале является достижение договоренности с «установщиком» об использовании программного обеспечения, предназначенного для удаленного доступа, удобного оперативному сотруднику. Наиболее важная информация, которая может быть зафиксирована при соединении между двумя компьютерами, – это уникальный идентификатор удаленного «черного внедренца», который был присвоен его компьютеру при первоначальной установке копии программы TeamViewer или иной аналогичной программы. Необходимо учитывать цели и задачи, поставленные перед оперативным подразделением, и возможности самих программ удаленного управления, а также простоту их использования. Простота использования является приоритетным моментом, так как большинству оперативных работников достаточно сложно будет разобраться в огромном количестве настроек и тонкостей.

Как показывает практика, ряд следственных подразделений зачастую считает необходимым документировать факт совершения того или иного преступления с фиксацией сетевого трафика и его снятия (снятия дампа трафика). Процесс снятия сетевой активности возможен, но весьма сложен. Каждый сотрудник оперативного подразделения, осуществляющий оперативно-розыскное мероприятие по документированию нарушения авторских прав в сети Интернет или с ее использованием, должен знать хотя бы теоретически, при помощи какого программного обеспечения это можно сделать. В данном случае на помощь придет программное обеспечение, выполняющее функции «снифера», а именно программное обеспечение, способное фиксировать все действия, происходящие с использованием сетевого подключения. В ходе фиксации останется информация о длительности сессии, виде протокола подключения, ряде технической информации и многое другое.

Конечно же, необходимо осуществить видеофиксацию монитора компьютера, куда будет устанавливаться «контрафактное» программное обеспечение. Для этого этапа есть, как минимум, два вполне надежных и практичных варианта. Первый вариант классический – видеочасть, возможно, скрытая. Второй – программное обеспечение, позволяющее вести видеозапись рабочего стола компьютера «закупщика».

Расчет за услуги по установке программного обеспечения зачастую производится при помощи одной из платежных систем, начиная от банального перечисления денежных средств на банковскую карту, заканчивая применением QIWI-кошельков, Яндекс-денег, PayPal-чеков, переводов Western Union, WebMoney и др. Можно установить всю цепочку движения денежных средств.

Изъятие предметов возможно двумя способами, выбор зависит от требований прокуратуры и сложившейся следственной и судебной практики. Первый – актом проверочной закупки, второй – осмотром места происшествия. С практической точки зрения проведение осмотра места происшествия является предпочтительным вариантом. В ходе проведения данного следственного действия фиксируется расположение в помещении основных технических средств (компьютер, роутер, видеочасть и т.д.), порядок подключения к сети Интернет, способ печатывания компьютера и носителей информации, в том числе содержащих материалы видеодокументирования процесса проведения оперативно-розыскного мероприятия.

По результатам проведенных мероприятий на имя руководителя ОВД составляется рапорт об обнаружении признаков преступления, на который руководитель либо заместитель руководителя органа ставит резолюцию с указанием о регистрации сообщения о преступлении в книге учета сообщения о происшествии, где присваивается регистрационный номер.

В рапорте об обнаружении признаков состава преступления указывается предварительная квалификация преступления либо преступлений в зависимости от совершенных действий правонарушителем.

4.2. Распространители аудиовизуальных произведений и контрафактного программного обеспечения в одноранговых (пиринговых) сетях P2P⁶⁴

Наряду с дистанционными установщиками программного обеспечения с нарушением авторских прав, существуют иные способы незаконного распространения аудиовизуальных произведений и воспроизведения программ для ЭВМ. Одним из таких способов является распространение «нелегального контента» с использованием так называемых пиринговых сетей.

Файлообменная сеть – собирательное название одноранговых⁶⁵ компьютерных сетей для совместного использования файлов, основанных на равноправии участвующих в обмене файлами, то есть каждый участник одновременно является и клиентом, и сервером. Для возможности получения доступа к определенной информации, находящейся на компьютерах разных пользователей, были разработаны специализированные программные продукты, предназначенные для объединения разрозненных компьютеров в распределенные сети, с помощью которых появилась возможность удаленно обмениваться данными, хранящимися на таких компьютерах⁶⁶.

⁶⁴ Отметим, что аналогичным образом распространяются и порнографические материалы.

⁶⁵ Одноранговая, децентрализованная или пиринговая (англ. peer-to-peer, P2P — равный к равному) сеть – это оверлейная компьютерная сеть, основанная на равноправии участников. Часто в такой сети отсутствуют выделенные серверы, а каждый узел (peer) является как клиентом, так и выполняет функции сервера.

⁶⁶ Устройство одноранговой сети. В сети присутствует некоторое количество машин, при этом каждая может связаться с любой из других. Каждая из этих машин может посылать запросы другим машинам на предоставление каких-либо ресурсов в пределах этой сети и таким образом выступать в роли клиента. Будучи сервером, каждая машина должна быть способной обрабатывать запросы от других машин в сети, отсылать то, что было запрошено. Каждая машина также должна выполнять некоторые вспомогательные и административные функции (например, хранить список других известных машин – «соседей» и поддерживать его актуальность).

Одна из областей применения технологии одноранговых сетей – это обмен файлами. Пользователи файлообменной сети выкладывают какие-либо файлы в так называемую «расшаренную» (англ. share – делиться) директорию, содержимое которой доступно для скачивания другим пользователям. Какой-нибудь другой пользователь сети посылает запрос на поиск какого-либо файла. Программа ищет у клиентов сети файлы, соответствующие запросу, и показывает результат. После этого пользователь может скачать файлы у найденных источников. В современных файлообменных сетях информация загружается сразу с нескольких источников. Ее целостность проверяется по контрольным суммам.

Все объединенные между собой компьютеры имеют равнозначные функции, то есть могут как принимать информацию, выступая в роли сервера, так ее и отдавать, выступая в роли клиента. Такие сети получили название одноранговых, или «пиринговых». Еще такие сетевые объединения называют децентрализованными.

Перед началом скачивания клиент подсоединяется к трекеру⁶⁷ по адресу, указанному в торрент-файле, сообщает ему свой адрес и хеш-сумму торрент-файла, на что в ответ клиент получает адреса других клиентов, скачивающих или раздающих этот же файл. Далее клиент периодически информирует трекер о ходе процесса и получает обновленный список адресов. Клиенты соединяются друг с другом и обмениваются сегментами файлов без непосредственного участия трекера, который лишь хранит информацию, полученную от подключенных к обмену клиентов, список самих клиентов и другую статистическую информацию (рис. 1).

Помимо чистых P2P-сетей, существуют так называемые гибридные сети, в которых существуют серверы, используемые для координации работы, поиска или предоставления информации о существующих машинах сети и их статусе (on-line, off-line и т.д.). Гибридные сети сочетают скорость централизованных сетей и надежность децентрализованных благодаря гибридным схемам с независимыми индексационными серверами, синхронизирующими информацию между собой. При выходе из строя одного или нескольких серверов сеть продолжает функционировать. К частично децентрализованным сетям относятся, например, eDonkey, BitTorrent, Direct Connect, The Onion Router.

⁶⁷ BitTorrent-трекер – сервер, осуществляющий координацию клиентов BitTorrent. Трекер «связывает» клиентов друг с другом, но напрямую не участвует в обмене раздаваемых файлов. Более того, трекер не имеет никакой информации об этих файлах, поскольку клиенты только сообщают ему инфохеш.

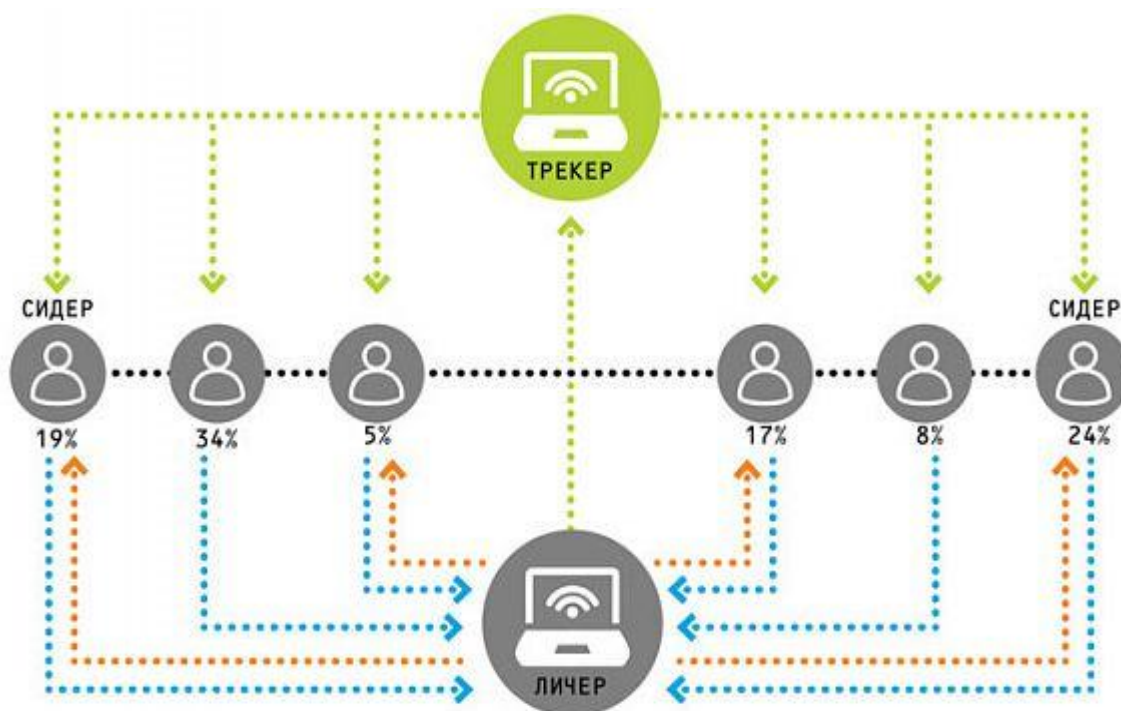


Рис. 1

При необходимости скачать файл программа-клиент на компьютере пользователя (личера) посылает запрос трекеру. Трекер сообщает клиенту адреса сидеров (раздающих), и какие сегменты файла у них находятся. Далее личер скачивает сегменты напрямую с компьютеров сидеров без участия трекера.

BitTorrent занял лидирующую позицию в сфере передачи файлов в Интернете. Он разбивает большие файлы на множество мелких кусочков, и на него приходится 3,5 % общего интернет-трафика из 6 %, посвященных передаче файлов.

Многие распространяемые в таких сетях файлы, не являющиеся свободными для распространения с юридической точки зрения, **распространяются в них без разрешения правообладателей**. Пресечь распространение файла в децентрализованной сети технически невозможно – для этого потребуются физически отключить от сети все машины, на которых лежит этот файл, а таких машин может быть очень и очень много – в зависимости от популярности файла их число может достигать нескольких сотен тысяч. В последнее время видеоиздатели и звукозаписывающие компании начали подавать в суд на отдельных пользователей таких сетей, обвиняя их в незаконном распространении музыки и видео.

Есть и примеры привлечения к уголовной ответственности организаторов торрент-трекеров, связанных с незаконным использованием объектов авторского и смежных прав.

Е. разработал план систематического сбыта аудиовизуальных произведений, для чего в декабре 2011 г. в целях создания целевого торрент-трекера... обратился к знакомому С.М., не осведомленному о его преступных намерениях. Последний разработал вышеуказанный электронный ресурс и передал пароли доступа к управлению интернет-ресурсом Е. Данный электронный ресурс являлся источником для последующего систематического распространения аудиовизуальных произведений, поскольку размещался в сети Интернет и был в свободном доступе для каждого пользователя сети.

В целях реализации задач преступной деятельности и управления созданным торрент-трекером Е. были использованы технические средства для незаконного распространения в сети Интернет объектов авторского права: компьютеров с программным обеспечением для обработки аудио-, видеофайлов, управления электронными платежными системами, USB-накопителей, лазерных дисков, сотовых телефонов «iPhone»; использовал также черновые записи, содержащие пароли, коды доступа к удаленным ресурсам и инструкции по их администрированию, которые расположил в жилище, откуда осуществлял выходы в сеть Интернет.

При создании целевого торрент-трекера и обеспечения удобства его поиска пользователями сети Интернет Е. сознательно ввел в аббревиатуру его доменного имени слова: «iron», означающее «железный», и слово «club», имеющее значение «клуб». Полное наименование сайта звучало «ironclub» (айронклуб).

Для конспирации и сокрытия следов преступления Е. зарегистрировал на вымышленное лицо... у регистратора доменных имен ООО... доменное имя «ironclub» в доменной зоне «RU», закрепленной за Российской Федерацией, расположил электронный ресурс «ironclub.tv» на сервере иностранной хостинговой компании «Cloud Group Limited», оформив договор на предоставление хостинговых услуг на вымышленное лицо. Для получения денежных средств от незаконного использования объектов авторского права Е. разместил на электронном ресурсе «ironclub.tv» счета платежной системы WebMoney Transfer, зарегистрированные на имя П.А., не осведомленного о его преступных намерениях, на которые пользователи в целях развития торрент-трекера перечисляли денежные средства.

Незаконная деятельность Е. состояла в приобретении из не установленных следствием источников контрафактных, а также лицензионных аудиовизуальных произведений на различных носителях информации, их обработке программными средствами, в частности,

осуществления риппинга – переноса информации с носителей аудио-, видеоинформации в файл необходимого формата для быстрого распространения по сети, осуществлении подготовки релизов произведений (описание) и их торрент-файлов с последующим размещением на электронном ресурсе «ironclub.tv», откуда любой пользователь имел возможность скопировать «стартовый» торрент-файл аудиовизуального произведения посредством предварительно установленной, широко распространенной в сети Интернет торрент-программы, позволяющей обмениваться информацией между компьютерами в сети Интернет и копировать произведения на другие носители информации для последующего просмотра.

Для повышения популярности торрент-трекера и увеличения количества пользователей Е. зарегистрировал на пользующемся популярностью социальном сайте «ВКонтакте» группу, расположенную по электронному адресу... на которой распространялись ссылки с информацией об аудиовизуальных произведениях торрент-трекера «ironclub.tv»⁶⁸.

Для того чтобы пользователь смог стать полноправным участником той или иной файлообменной сети, ему необходимо установить на свой компьютер специальную программу-клиент, с помощью которой и будет осуществляться обмен файлами. Причем для разных сетей используется разное программное обеспечение.

Достоинства протокола состоят именно в том, что кусочки большого файла скачиваются не с одного сервера, а со многих компьютеров одновременно. Пропускные способности их каналов складываются, позволяя достичь значительных скоростей скачивания, даже если отдельные компьютеры подключены к не слишком быстрым линиям. Как правило, скорость скачивания большого файла с помощью «торрентов» ограничивается лишь возможностями входящего канала того, кто скачивает. Именно скорость, а не защита от цензуры составляет главное преимущество P2P-протокола. Хотя контролировать контент, распределенный по сотням и тысячам компьютеров из разных городов, гораздо сложнее, чем отключить сервер, расположенный по конкретному адресу.

Сайты и сервисы на основе P2P могут оказаться более безопасными с точки зрения сохранности персональных данных: если базы

⁶⁸ См.: Приговор Набережночелнинского городского суда Республики Татарстан от 5 февр. 2014 г. по делу № 1-128/14 // СПС КонсультантПлюс.

не будут храниться на конкретном сервере с конкретным физическим и сетевым адресом, их будет сложнее похитить. В то же время и удалить из сети негодный кому-либо контент будет сложнее.

Однако интернет-сайт – вовсе не то же самое, что фильм или иной крупный файл. Основное отличие заключается в следующем: файл гарантированно нужен пользователю целиком, поэтому его легко разделить на известное количество частей и спланировать загрузку. Работа с сайтом требует возможности быстро загружать небольшие кусочки информации по требованию пользователя: текстовые новости, рисунки, сообщения и комментарии. Информация о том, где в сети хранятся все эти дробинки, может сама по себе оказаться немалой.

Документирование указанного вида преступлений имеет определенные особенности. В данном случае необходимо проведение ОРМ «сбор образцов для сравнительного исследования» или «снятие информации с технических каналов связи».

Хронологическая последовательность при документировании данного вида преступлений состоит из следующих этапов:

1) получение информации о факте распространения контрафактных аудиовизуальных произведений и экземпляров программ для ЭВМ (баз данных) в пиринговых сетях. Поиск правонарушителей осуществляется, как правило, путем установки необходимого программного обеспечения, затем в поисковом поле программы вводится необходимое название (фильма, программы для ЭВМ) и нажимается кнопка поиска⁶⁹. По итогам поиска делается выборка по IP-адресам и их локализация по региону. После установления места нахождения распространителя программного обеспечения с нарушением авторских прав принимается решение либо о проведении ОРМ «сбор образцов для сравнительного исследования», либо о направлении информации по территориальности для проведения ОРМ по месту нахождения правонарушителя;

⁶⁹ Чтобы начать работу в файлообменной сети, пользователь скачивает соответствующую программу-клиента себе на компьютер и разрешает доступ другим пользователям к некоторой части своих ресурсов. В каждой такой программе присутствует возможность поиска ресурсов, выложенных на компьютерах других пользователей для свободного скачивания. Любой пользователь, используя поиск, может найти на компьютере любого другого пользователя те ресурсы, которые тот выложил в свободный доступ, и бесплатно скачать их.

2) подготовка соответствующего рапорта оперативного сотрудника;

3) проведение оперативно-розыскного мероприятия. Суть подготовки и проведения оперативно-розыскного мероприятия заключается в следующих элементах:

необходимо установить программное обеспечение для одноранговых (пиринговых) сетей (BitTorrent, µTorrent, eMule, Shareaza) и осуществить его первичную базовую настройку. Shareaza – это наиболее богатая возможностями файлообменная система, использующая всю мощь пяти отдельных пиринговых (P2P) сетей, включая EDonkey (ED2K, eMule), Gnutella (G1), BitTorrent, собственную родную сеть Shareaza – Gnutella2, DirectConnect. Более того, Shareaza распространяется бесплатно. Она не устанавливает нежелательного стороннего программного обеспечения, нет шпионских программ, нет регистрации, нет «платной версии»;

действия по документированию заключаются в действиях по загрузке необходимого программного обеспечения оперуполномоченным;

возможно ведение легендированной переписки с правонарушителем в момент проведения оперативно-розыскного мероприятия;

нет необходимости в осуществлении аудиозаписи действий сотрудников, осуществляющих проведение оперативно-розыскного мероприятия;

4) необходимо произвести запись загруженного файла на носитель информации (CD-, DVD-диск). Изъятие диска с записанным дистрибутивом необходимо оформлять протоколом осмотра места происшествия, либо актом проводимого оперативно-розыскного мероприятия;

5) носитель информации с загруженным дистрибутивом объекта интеллектуальной собственности направить для проведения исследования в экспертное учреждение;

б) направить запрос оператору связи (провайдеру) на установление принадлежности IP-адреса и установлении MAC-адреса сетевой карты компьютера фигуранта, с которого в ходе оперативно-розыскного мероприятия осуществлялась загрузка (при загрузке определяется один пользователь и фиксируется только его IP-адрес). При направлении запроса требуется с точностью до секунды (по возможности) указать время скачивания;

7) направить уведомление правообладателю (представителю) о выявленном факте незаконного распространения экземпляра программного продукта;

8) в случае проведения оперативно-розыскного мероприятия по документированию деяний фигуранта, результаты рассекретить и приобщить к материалам проверки;

9) собранный материал проверки подготовить для направления в органы предварительного следствия по месту нахождения компьютера фигуранта для принятия решения о возбуждении уголовного дела в порядке ст. 145 УПК РФ.

Архитектура файлообменных сетей предусматривает наличие у файла, выкладываемого в сеть, единственного владельца, который и заинтересован в его распространении⁷⁰. Именно первоначальный обладатель файла генерирует torrent-файл. Клиент, в свою очередь, загружает файл с расширением torrent, где содержится информация об адресе владельца в Интернете, имени и размере нужного файла, а также его хеш. Это все необходимо для отслеживания хода процесса, контроля над ним и ликвидации возможности загрузки пользователями неполного или пустого файла.

Пользователь, создавший торрент-файл и первый разместивший его на трекере, т.е. являющийся инициатором создания и раздачи файла, называется «аплоадером». Сведения о нем указываются на трекере в свойствах раздаваемого файла и учитываются при оценке деятельности и определении рейтинга пользователя. Таким образом, Б. мог выложить программные продукты на торрент-трекере ООО «Брянские кабельные сети» только при наличии их на жестком диске своей ПЭВМ⁷¹.

При документировании неправомерных действий необходимо производить скачивание файлов в полном объеме, чтобы обеспечить возможность последующего исследования в экспертном учреждении, а также иметь доказательство «раздачи» конкретного аудиовизуального произведения или программы для ЭВМ. Одних ссылок на размещение (раздачу) файлов с определенными именами будет недостаточно, поскольку **название файла не свидетельствует о его содержании**.

Допрошенный в качестве свидетеля ФИО70 в судебном заседании показал, что в отдел «К» поступила информация ДД.ММ.ГТТГ, что пользователь интернет-ресурса с доменным именем <...> с

⁷⁰ Пользователь, который создает сообщение с раздачей (релизер, uploader), открывает доступ к файлу или директории с файлами у себя на компьютере.

⁷¹ См.: Приговор Володарского районного суда города Брянска от 15 апр. 2011 г. по делу № 1-54/11 // СПС КонсультантПлюс.

псевдонимом <...> осуществляет незаконное распространение контрафактных экземпляров программ для ЭВМ, а также программ для ЭВМ, заведомо предназначенных для несанкционированной модификации и нейтрализации средств защиты компьютерной информации.

В период с ДД.ММ.ГГГГ по ДД.ММ.ГГГГ сотрудниками отдела «К» были проведены оперативно-розыскные мероприятия. С участием понятых в кабинете УМВД России по Владимирской области с использованием технических средств – персонального компьютера, подключенного к сети Интернет через провайдера <...>, им было произведено оперативно-розыскное мероприятие «Снятие информации с технических каналов связи».

В ходе оперативно-розыскного мероприятия при помощи вышеуказанного компьютера ДД.ММ.ГГГГ в 15 ч 30 мин было произведено подключение к сети Интернет через интернет-провайдера <...>, и был осуществлен вход на интернет-ресурс с доменным именем: <...>. Он зарегистрировался на интернет-ресурсе с доменным именем: <...> под псевдонимом <...>.

На указанном сайте был осуществлен переход в раздел софтверера «Системы для бизнеса, офиса, научной и проектной работы», подраздел «САПР», где была обнаружена раздача «SolidWorks 2012 SP0.0», созданная пользователем с псевдонимом <...>. На указанной странице была обнаружена ссылка на торрент-файл, позволяющая загрузить программный продукт «SolidWorks 2012 SP0.0» с компьютеров пользователей интернет-ресурса с доменным именем: www.zoneland.ru, участвующих в раздаче.

В ходе оперативно-розыскного мероприятия торрент-файл был загружен на компьютер и открыт с использованием программы «Vuze». С использованием данной программы в 18 ч 12 мин ДД.ММ.ГГГГ началась загрузка содержимого торрента с компьютера, имеющего IP-адрес. При загрузке содержимого торрента использовался IP-фильтр, благодаря которому содержимое торрента загружалось (копировалось) только с компьютера пользователя с псевдонимом: <...>, создавшего указанную раздачу.

Загрузка программ производилась несколько дней, поскольку работа компьютера, с которого производилось скачивание, приостанавливалась. По окончании рабочего дня помещение, в котором про-

водилось оперативно-розыскное мероприятие, опечатывалось. Проведение мероприятия возобновлялось и приостанавливалось.

ДД.ММ.ГГГГ в 12 ч 00 мин мероприятие было возобновлено. Загруженные файлы были скопированы на отформатированный USB flash-накопитель марки «Kingston DataTraveler G3» емкостью 16 Gb белого цвета со вставкой синего цвета, который был запечатан листом бумаги с печатями УМВД России по Владимирской области и подписями представителей общественности и оклеен лентой – «скотч».

Затем было проведено оперативно-розыскное мероприятие «Исследование предметов и документов», в рамках которого проведено компьютерное исследование файлов и папок, содержащихся на USB flash-накопителе марки «Kingston DataTraveler G3» емкостью 16 Gb белого цвета со вставкой синего цвета, где на представленном носителе информации был обнаружен программный продукт «SolidWorks 2012 SP0 Premium», а также файлы, предназначенные для активации указанного программного продукта, с использованием которых программный продукт «SolidWorks 2012 SP0 Premium» успешно устанавливается и активируется.

Был направлен запрос в УФСБ России по Владимирской области, откуда получена информация о том, что работа в сети Интернет с использованием выше перечисленных IP-адресов в момент проведения оперативно-розыскного мероприятия осуществлялась с точки подключения к сети Интернет, расположенной по адресу: <...>, выделенной ФИО5.

Результаты проведенной оперативно-розыскной деятельности были предоставлены в СУ УМВД России по Владимирской области для решения вопроса о возбуждении уголовного дела⁷².

Федеральным законом от 6 июля 2016 г. № 374-ФЗ⁷³ ст. 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» была дополнена новым оперативно-розыскным мероприятием – «полу-

⁷² См.: Приговор Октябрьского районного суда города Владимира от 31 мая 2013 г. по делу № 1-78/2013 // СПС КонсультантПлюс.

⁷³ См.: О внесении изменений в Федеральный закон «О противодействии терроризму» и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части установления дополнительных мер противодействия терроризму и обеспечения общественной безопасности: Федер. закон от 6 июля 2016 г. № 374-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2016. № 28, ст. 4558.

чение компьютерной информации». Проведение указанного оперативно-розыскного мероприятия допускается только на основании судебного решения. При этом в ведомственных нормативных правовых актах должен быть закреплён развернутый перечень действий, допустимых при осуществлении данного оперативно-розыскного мероприятия на практике, и дана четкая правовая регламентация порядка реализации таких действий⁷⁴.

Поскольку в настоящее время ведомственная регламентация порядка проведения «получения компьютерной информации» отсутствует, данное оперативно-розыскное мероприятие в целях документирования преступных действий, связанных с нарушением авторских прав на аудиовизуальные произведения и программы для ЭВМ в сети Интернет, не проводится.

Реализация результатов оперативно-розыскной деятельности должна осуществляться сотрудниками оперативных подразделений во взаимодействии со следователями органов внутренних дел, к подследственности которых согласно ч. 5 ст. 151 УПК РФ относится производство предварительного следствия по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных ст. 146 УК РФ.

В случае подтверждения информации, свидетельствующей о совершении противоправных деяний, предусмотренных ст. 146 УК РФ, такие результаты, оформленные в соответствии со ст. 11 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»⁷⁵ и Инструкцией о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд, утвержденной приказом МВД России № 776, Минобороны России № 703, ФСБ России № 509, ФСО России № 507, ФТС России № 1820, СВР России № 42, ФСИН России № 535, ФСКН России № 398, СК России № 68 от 27 сентября 2013 г.⁷⁶, могут служить основанием для возбуждения уголовного дела.

Все поступившие из оперативного подразделения материалы следователю необходимо изучить на предмет полноты и достаточности

⁷⁴ См.: Осипенко А.Л. Новое оперативно-розыскное мероприятие «получение компьютерной информации»: содержание и основы осуществления // Вестник Воронежского института МВД России. 2016. № 3. С. 83–90.

⁷⁵ Далее – ФЗ об ОРД.

⁷⁶ См.: Российская газета. 2013. 13 дек. (№ 282).

данных для принятия решения о возбуждении уголовного дела в соответствии со ст. 146 УПК РФ. При изучении материалов проверки для решения вопроса о возбуждении уголовного дела следователю необходимо особое внимание обращать на законность проведения оперативно-розыскных мероприятий.

Результаты анализа прокурорско-надзорной и судебно-следственной практики показывают, что типичными нарушениями требований законодательства при проведении, документировании и представлении результатов оперативно-розыскной деятельности являются следующие⁷⁷:

1) результаты оперативно-розыскной деятельности получены в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий, не предусмотренных ФЗ об ОРД;

2) проведенное оперативно-розыскное мероприятие не соответствует целям и задачам оперативно-розыскной деятельности (ст. 1, 2 ФЗ об ОРД);

3) при проведении оперативно-розыскного мероприятия не соблюдены принципы оперативно-розыскной деятельности (ст. 3 ФЗ об ОРД);

4) оперативно-розыскное мероприятие проведено неуполномоченным органом и (или) неуполномоченным должностным лицом этого органа;

5) для производства конкретного оперативно-розыскного мероприятия не имелось предусмотренных ст. 7 ФЗ об ОРД оснований;

6) органом, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, не соблюдены условия производства конкретного оперативно-розыскного мероприятия (чч. 1, 2, 7 и 8 ст. 8 ФЗ об ОРД);

7) органом, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, не соблюден порядок проведения оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих конституционные права граждан (чч. 2–6 ст. 8, ст. 9 ФЗ об ОРД);

8) органом, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, не соблюден порядок и условия привлечения незаинтересованных лиц для подготовки или проведения оперативно-розыскного мероприятия (ч. 5 ст. 6 и глава IV «Содействие гражданам органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность» ФЗ об ОРД);

9) органом, осуществляющим оперативно-розыскную деятель-

⁷⁷ См.: Григорьева М.А., Ларинков А.А. Проблемы уголовного преследования за совершение преступлений коррупционной направленности // Российский следователь. 2017. № 1. С. 11–15.

ность, не соблюден порядок производства изъятия документов, предметов, материалов и сообщений в ходе проведения оперативно-розыскного мероприятия (ст. 15 ФЗ об ОРД);

10) органом, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, допущены провокационные действия (ч. 8 ст. 5 ФЗ об ОРД);

11) в представленных органам предварительного расследования результатах оперативно-розыскной деятельности отсутствуют необходимые оперативно-служебные документы, предусмотренные положениями ФЗ об ОРД и Инструкцией о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд, подтверждающие законность получения, документирования и представления таких результатов. Например: рапорт оперативного сотрудника о проведении конкретного оперативно-розыскного мероприятия; постановление о проведении конкретного оперативно-розыскного мероприятия (ч. 7 ст. 8 ФЗ об ОРД и п. 10 Инструкции); копия судебного решения о проведении оперативно-розыскного мероприятия, которые ограничивают конституционные права человека и гражданина (ч. 3 ст. 12 ФЗ об ОРД и п. 16 Инструкции); оперативно-служебные документы, составленные по результатам проведения конкретного оперативно-розыскного мероприятия: акты, протоколы, рапорты, справки и др. (ч. 4 ст. 12 и ч. 2 ст. 15 ФЗ об ОРД); рапорт об обнаружении признаков преступления или сообщение о результатах оперативно-розыскной деятельности в зависимости от формы использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве (ст. 11 ФЗ об ОРД, п. 6 и приложение № 1 к Инструкции); постановление руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности (ч. 4 ст. 11 ФЗ об ОРД, пп. 7–9 и приложение № 2 к Инструкции); постановление о рассекречивании сведений, составляющих государственную тайну, и их носителей (ч. 1 ст. 12 ФЗ об ОРД, п. 14 и приложение № 3 к Инструкции);

12) при подготовке и оформлении для передачи органам предварительного расследования результатов оперативно-розыскной деятельности в соответствии с п. 17 Инструкции органом, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, не были приняты необходимые защитные меры по сохранности и целостности представляемых материалов, документов и иных объектов (защита от деформации, размагничивания, обесцвечивания, стирания и др.).

Допускаемые нарушения обусловлены недостаточным уровнем профессиональной подготовки оперативных сотрудников и, как следствие, недостаточно грамотной организацией оперативно-розыскной деятельности, а также многочисленными ошибками, допускаемыми при реализации оперативных материалов по выявлению, пресечению и раскрытию преступлений.

Результаты оперативно-розыскной деятельности изначально не могут отвечать требованиям, предъявляемым УПК РФ к доказательствам, так как они получаются ненадлежащим лицом и ненадлежащим способом. В ч. 1 ст. 86 УПК РФ изложен исчерпывающий перечень субъектов, наделенных правом собирания доказательств в ходе уголовного судопроизводства. К ним относятся: дознаватель, следователь, прокурор и суд. Иные лица, в том числе сотрудники правоохранительных органов, уполномоченные на производство оперативно-розыскных мероприятий, а также руководители органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, могут лишь представлять предметы и документы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств.

Согласно позиции Конституционного Суда Российской Федерации результаты оперативно-розыскного мероприятия «являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности", могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно на основе соответствующих норм уголовно-процессуального закона»⁷⁸.

В ходе оперативного сопровождения расследования уголовного дела целесообразно рассмотреть вопрос о продолжении проведения оперативно-розыскного мероприятия. Поручения следователя по уголовным делам и материалам проверки сообщений о преступлении, находящимся в его производстве, являются достаточным основанием для проведения оперативно-розыскных мероприятий (ст. 7 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»).

Как показывает практика, постановка на контроль средств связи подозреваемого и связанных с ним лиц может обеспечить дополни-

⁷⁸ По жалобе граждан М.Б. Никольской и М.И. Сапронова на нарушение их конституционных прав отдельными положениями Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: определение Конституционного Суда Рос. Федерации от 4 февр. 1999 г. № 18-О // Вестник Конституционного Суда Рос. Федерации. 1999. № 3.

тельные возможности в части доказывания прямого умысла и об осведомленности подозреваемого (обвиняемого) о совершении им преступления. Данные оперативно-розыскные мероприятия проводятся в рамках дел оперативного учета с последующим рассекречиванием и предоставлением в органы предварительного следствия для приобщения к материалам уголовного дела. В частности, получение переписки подозреваемого и связанных с ним лиц из социальных сетей может обеспечить доказательственную базу о факте незаконного распространения аудиовизуальных произведений и компьютерных программ. Наведение справок с мониторингом сети «Интернет» зачастую доказывает рекламирование со стороны преступника возможности незаконной установки и (или) незаконного воспроизведения аудиовизуальных произведений и компьютерных программ, а также подтверждение неоднократности таких действий.

Поэтому в ходе предварительного следствия по уголовному делу следователю необходимо:

во-первых, осмотреть представленные результаты оперативно-розыскного мероприятия с соблюдением требований ст. 176 и 177 УПК РФ и составить протокол в порядке ст. 166 УПК РФ;

во-вторых, в соответствии со ст. 87 и 88 УПК РФ проверить и оценить материалы оперативно-розыскной деятельности.

5. ОСОБЕННОСТИ ВОЗБУЖДЕНИЯ УГОЛОВНЫХ ДЕЛ ПО ФАКТАМ НАРУШЕНИЯ АВТОРСКИХ И СМЕЖНЫХ ПРАВ

Поводами для возбуждения уголовного дела по ст. 146 УК РФ с учетом положений ст. 140 УПК РФ являются⁷⁹:

1) заявление правообладателя или его законного представителя на территории Российской Федерации о неправомерном использовании или ином нарушении авторских и (или) смежных прав на аудиовизуальные произведения и программы для ЭВМ;

2) сообщение юридических и (или) физических лиц, организаций по коллективному управлению имущественными авторскими и смежными правами о незаконном использовании аудиовизуальных произведений и программ для ЭВМ, а также приобретении, хранении, перевозке их контрафактных экземпляров в целях сбыта;

3) постановление прокурора о направлении соответствующих материалов в орган предварительного расследования для решения вопроса об уголовном преследовании в случае совершения преступления, предусмотренного ст. 146 УК РФ;

5) явка с повинной;

6) сообщение о незаконном использовании аудиовизуальных произведений и программ для ЭВМ, а также приобретении, хранении, перевозке их контрафактных экземпляров в целях сбыта, полученном при расследовании других уголовных дел;

7) сообщение зарубежных правоохранительных органов, Интерпола или иных организаций о совершении преступлений, связанных с неправомерным использованием или ином нарушении авторских и (или) смежных прав на аудиовизуальные произведения и программы для ЭВМ.

Основанием для возбуждения уголовного дела является наличие достаточных данных, указывающих на признаки преступления, предусмотренного ст. 146 УК РФ, в том числе полученных в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий.

⁷⁹ Данный перечень не является исчерпывающим.

Важное значение для принятия решения о возбуждении уголовного дела имеют качество и полнота проведенной предварительной проверки. В материалах проверки должны содержаться следующие документы (перечень документов зависит от предмета и способа совершения преступления, может изменяться и дополняться)⁸⁰:

опись передаваемых документов, предметов;

письменное сообщение о преступлении или рапорт сотрудника оперативного подразделения об обнаружении признаков преступления и постановление о передаче их следователю;

заявление правообладателя или его законного представителя на территории Российской Федерации о неправомерном использовании или ином нарушении авторских и (или) смежных прав на аудиовизуальные произведения и программы для ЭВМ;

объяснение заявителя;

объяснение лица, представляющего правообладателя или его законного представителя на территории Российской Федерации;

объяснение лица, представляющего организацию по коллективному управлению имущественными авторскими и смежными правами;

информация (справка и т.п.) о предмете преступного посягательства (аудиовизуальное произведение, фонограмма, программа для ЭВМ или база данных и др.);

информация (справка и т.п.) о том, кто является обладателем исключительных прав (потерпевшим), и чем подтверждаются его правомочия (авторский договор, договор о передаче смежных прав);

информация (справка и т.п.) о наличии у правонарушителя договоров с правообладателями, иных разрешительных документов, выданных на использование произведения организациями по коллективному управлению имущественными авторскими и смежными правами;

материалы о совершении преступления посредством сети «Интернет», локальной сети;

задокументированная информация о сайте или ином ресурсе, с которого осуществлялось незаконное распространение аудиовизуальных произведений или программ для ЭВМ и способах их распространения;

задокументированная информация о времени совершения преступления;

информация об IP-адресе устройства, подключенного к локаль-

⁸⁰ Перечень носит ориентирующий характер.

ной сети или Интернету, с которого было осуществлено первоначальное распространение;

информации о MAC-адресе компьютера или роутера, то есть уникальном цифровом номере, присвоенном сетевой карте компьютера или роутеру в сети;

информация о владельце IP-адреса и его почтовом адресе, а также обо всех лицах, зарегистрированных по указанному адресу;

информация о лице, совершившем незаконное использование объектов авторского права или смежных прав, а равно приобретение, хранение, перевозку контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта;

задокументированные материалы, свидетельствующие о наличии у злоумышленника прямого умысла на нарушение авторских и смежных прав (материалы доследственной проверки должны четко указывать на наличие именно прямого умысла и исключать возможность ссылок злоумышленника на компьютерную неграмотность, невнимательное ознакомление с инструкцией по использованию компьютерных программ и торрент трекеров, порядка использования их специальных настроек, что свидетельствует об отсутствии у такого лица прямого умысла на совершение преступления, предусмотренного ст. 146 УК РФ);

задокументированные материалы, свидетельствующие о совершении преступного деяния в крупном размере;

носители с контрафактными экземплярами аудиовизуальных произведений или программ для ЭВМ;

справка об исследовании носителей с контрафактными экземплярами аудиовизуальных произведений или программ для ЭВМ на предмет способа изготовления и соответствия оригиналам;

постановление о проведении оперативно-розыскного мероприятия и рапорт о результатах его проведения, акт выдачи аудио-, видео-записывающей аппаратуры при ее использовании в процессе оперативно-розыскного мероприятия;

протокол (акт) изъятия компьютерной техники (электронных носителей информации). Оформляется как самостоятельный документ либо изъятие проводится в рамках оперативно-розыскного мероприятия (проведение обследования помещения и др.) и отражается в протоколе проведенного оперативно-розыскного мероприятия. Следует обратить внимание на тот факт, что доказательства, изъятые в ходе проведения оперативно-розыскного мероприятия, в соответствии со ст. 89 УПК РФ должны отвечать требованиям, предъявляемым к до-

казательствам, указанным УПК РФ (разъяснение соответствующих прав лицам, присутствующим при изъятии, присутствие общественных наблюдателей и т.п.). В противном случае доказательства, полученные таким образом, не будут легитимными и не могут быть положены в основу приговора. Соответственно, теряется какая-либо целесообразность проведения судебных экспертиз по изъятим объектам⁸¹. Вместе с тем подобного рода изъятие может производиться только в исключительных случаях, когда есть вероятность безвозвратного уничтожения необходимой компьютерной информации, в том числе путем физического уничтожения компьютерной техники и носителей компьютерной информации;

иные материалы, исходя из обстоятельств совершенного преступления.

После сбора необходимых материалов решается вопрос о возбуждении уголовного дела.

Изучив материалы проверки сообщения о преступлении, следователь выносит постановление о возбуждении уголовного дела в соответствии со ст. 146 УПК РФ. При его составлении распространенными нарушениями являются:

1) несоблюдение требований п. 3 ч. 2 ст. 146 УПК РФ – в постановлении о возбуждении уголовного дела не указываются повод и (или) основание для возбуждения уголовного дела, при этом следователями игнорируется прямое указание закона на обязательность их изложения;

2) в описательной части постановления о возбуждении уголовного дела и принятии его к производству излагаются обстоятельства допущенного нарушения, а не преступного деяния.

Согласно правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации, изложенной в Определении от 17 июля 2007 г. № 610-О-О⁸², при решении вопроса о возбуждении уголовного дела должны обеспечиваться и интересы лица, в отношении которого по-

⁸¹ См.: Методические рекомендации по осуществлению прокурорского надзора за исполнением законов при расследовании преступлений в сфере компьютерной информации: утв. Генпрокуратурой России // СПС КонсультантПлюс. URL: <http://genproc.gov.ru> (дата обращения: 20.03.2017).

⁸² См.: Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Рауша Петра Александровича на нарушение его конституционных прав пунктами 1 и 2 части первой статьи 24, частью второй статьи 140, частью первой статьи 144, частью первой статьи 146, частями первой и шестой статьи 148 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: определение Конституционного Суда Рос. Федерации от 17 июля 2007 г. № 610-О-О // СПС КонсультантПлюс.

дано заявление о привлечении к уголовной ответственности, с тем чтобы уголовное дело не было возбуждено, а это лицо не было поставлено в положение подозреваемого – вопреки ч. 1 ст. 49 Конституции Российской Федерации – без достаточных к тому оснований.

С учетом этого законодатель закрепил в УПК РФ, что уголовное дело может быть возбуждено лишь при наличии предусмотренных ст. 140 УПК РФ поводов и основания. Отсутствие основания для возбуждения уголовного дела влечет отказ в возбуждении уголовного дела.

Выносимые в связи с проверкой сообщения о преступлении постановления, как и любые иные процессуальные решения, должны быть законными, обоснованными и мотивированными.

6. ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ПОДЛЕЖАЩИЕ ОБЯЗАТЕЛЬНОМУ УСТАНОВЛЕНИЮ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ О НАРУШЕНИЯХ АВТОРСКИХ И СМЕЖНЫХ ПРАВ

В дополнение к документам, которые собраны при проведении доследственной проверки (перечень документов зависит от предмета и способа совершения преступления), выяснению в процессе расследования уголовных дел о нарушениях авторских и смежных прав подлежат следующие вопросы.

1. К какому объекту авторских или смежных прав относится предмет посягательства (аудиовизуальное произведение, фонограмма, программа для ЭВМ или база данных и др.)?

2. Охраняются ли права на данный объект авторских или смежных прав на момент совершения преступного деяния?

3. Осуществлялось ли на территории Российской Федерации легальное изготовление обнаруженных у подозреваемого экземпляров произведений, фонограмм, программ для ЭВМ или баз данных, или они легально не выпускались?

4. Если аудиовизуальное произведение, программа для ЭВМ или база данных (либо иной объект смежных прав) иностранные, необходимо выяснить, распространяется ли на них охрана на территории Российской Федерации (если да, то в силу каких международных договоров). Правовые нормы какой страны должны применяться при установлении особенностей охраны таких объектов авторских и смежных прав?

5. Кто является обладателем исключительных прав (потерпевшим), и чем подтверждаются его правомочия (авторский договор; договор о передаче смежных прав)?

6. Имеются ли у правонарушителя договоры с правообладателями, иные разрешительные документы, выданные на использование произведения организациями по коллективному управлению имущественными авторскими и смежными правами?

7. Каким способом совершено преступление (незаконное использование объектов соответствующих прав либо приобретение, хранение или перевозка в целях сбыта)? Если деяния связаны с незаконным использованием объектов авторских и смежных прав, то какому виду

использования они соответствуют: воспроизведение (изготовление экземпляров произведений или фонограмм, установка нелицензионного программного обеспечения на компьютере или иное несанкционированное правообладателем использование компьютерной программы или баз данных), распространение, сдача в прокат, публичный показ, передача охраняемого аудиовизуального произведения в эфир и др.

8. Осознавал ли подозреваемый (обвиняемый), что своими деяниями он нарушает чужие права? Если деяния выражаются только в приобретении, хранении, перевозке контрафактных экземпляров произведений или фонограмм, то знал ли злоумышленник, что данная продукция – контрафактная, преследовал ли цель ее сбыта?

9. У кого приобретена контрафактная продукция, от кого поступила на хранение, кто поручил перевозку? Подлежит установлению вся цепочка лиц, участвующих в совершении каждого конкретного эпизода преступного деяния или его отдельного этапа, выясняется их роль и степень участия лиц, причастных к преступлению.

10. Какова в денежном выражении стоимость экземпляров произведений или фонограмм либо стоимость права на использование объектов авторского права и смежных прав⁸³.

Для получения соответствующей информации и ее последующего процессуального закрепления в ряде случаев необходимо привлечение специалиста или эксперта.

⁸³ См.: Методика расследования преступлений, предусмотренных статьей 146 УК РФ: научно-методическое пособие. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004.

7. ОСОБЕННОСТИ ПРОИЗВОДСТВА ОТДЕЛЬНЫХ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ

После возбуждения уголовного дела важнейшими задачами, стоящими перед органами предварительного следствия, являются установление всех обстоятельств преступления, входящих в предмет доказывания, избрание виновных лиц и привлечение их к уголовной ответственности, обеспечение возмещения материального ущерба, причиненного преступлением, установление причин и условий, способствовавших его совершению. Решение поставленных задач достигается путем проведения комплекса следственных действий, содержание которого зависит от предмета и способа совершенного преступления, связанного с нарушением авторских и смежных прав в информационно-коммуникационных сетях (перечень может изменяться и дополняться).

При производстве предварительного расследования по делам данной категории наиболее часто проводятся рассмотренные ниже следственные действия.

В целях недопущения утраты доказательств после возбуждения уголовного дела следует незамедлительно произвести **выемку и обыск**.

Выемка производится в соответствии со ст. 183 УПК РФ.

Одним из наиболее распространенных следственных действий на первоначальном этапе расследования является выемка, которая производится в целях изъятия документов и технических устройств (ПЭВМ, серверов, роутеров и т.п.), находящихся в учреждениях, организациях, на предприятиях, о месте нахождения которых известно следствию.

При проведении данного следственного действия необходимо иметь в виду, что часть документов и оборудования может быть изъята в процессе предварительной проверки или осмотра места происшествия.

Своевременное проведение выемки лишает преступников возможности скрыть от следствия или уничтожить документы и предметы, имеющие доказательственное значение.

По уголовным делам о нарушении авторских прав на аудиовизу-

альные произведения и программы для ЭВМ в сети «Интернет» выемки обычно проводятся:

в организациях и у индивидуальных предпринимателей, обеспечивающих организацию и функционирование локальных сетей, с целью изъятия серверов и иного коммуникационного оборудования;

в организациях, предоставляющих телематические услуги связи (оператор связи, оказывающий услуги по предоставлению доступа к информационно-телекоммуникационной сети Интернет), с целью изъятия документов о сетевой активности абонента, его сетевом адресе и т.п.;

в организации-регистраторе доменных имен в доменной зоне «RU», закрепленной за Российской Федерацией, с целью изъятия документов и получения данных о лице, осуществившем регистрацию доменного имени;

у оператора единой автоматизированной информационной системы «Единый реестр доменных имен, указателей страниц сайтов в сети Интернет и сетевых адресов, позволяющих идентифицировать сайты в сети Интернет, содержащие информацию, распространение которой в Российской Федерации запрещено» о нахождении электронного ресурса в едином реестре;

у провайдера хостинга (хостинговой компании), иными лицами, обеспечивающими размещение в информационно-телекоммуникационной сети, в том числе в сети Интернет, информационных ресурсов, с целью изъятия документов (договоров и т.п.) на предоставление услуг по размещению информационных ресурсов в информационно-телекоммуникационной сети, в том числе в сети Интернет, а при необходимости – устройств.

Кроме того, при необходимости изымаются:

сведения из Единого государственного реестра юридических лиц (ЕГРЮЛ);

юридическое дело организации, в том числе в целях проверки ведения фактической деятельности организацией;

документы (приказы, распоряжения), закрепляющие и распределяющие служебные обязанности между руководителями организации;

информация о телефонных соединениях абонента с указанием базовых станций за определенный период времени, а также о номерах телефонов, с которых были сделаны звонки определенному абоненту.

Также проводится выемка электронных носителей информации, денежных средств и соответствующих документов, полученных по

результатам проведения оперативно-розыскных мероприятий (проверочная закупка и др.).

При производстве выемки изъятие электронных носителей информации производится с участием специалиста⁸⁴.

Значительно чаще по делам указанной категории проводятся обыски.

Обыск. В ходе обыска подлежат обнаружению, фиксации и изъятию компьютерная техника и различное коммуникационное оборудование, приспособления, инструменты, предметы, документы и материалы, используемые для совершения указанных видов преступлений.

В частности, по месту жительства (пребывания) и работы подозреваемого (обвиняемого) в совершении преступлений, связанных с нарушением авторских прав на аудиовизуальные произведения и программы для ЭВМ в сети Интернет, изымаются:

системный блок, ноутбук, коммуникационное оборудование и иная компьютерная техника⁸⁵, использовавшаяся для совершения преступного деяния;

различные накопители информации (электронные носители информации);

черновые записи (могут содержать параметры подключения к сети, различные логины и пароли, иную информацию, подтверждающую нарушение авторских прав на аудиовизуальные произведения и программы для ЭВМ в сети Интернет);

мобильные устройства связи (мобильные телефоны, смартфоны, планшетные компьютеры и т.п.).

Федеральным законом от 28 июля 2012 г. № 143-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» в ст. 182 и 183 внесены изменения (п. 9.1 ст. 182, п. 3.1 ст. 183 УПК РФ), согласно которым при производстве обыска и выемки электронные носители информации изымаются с участием специалиста.

При производстве указанных следственных действий необходимо учитывать, что злоумышленником может использоваться шифрова-

⁸⁴ Также участие специалиста необходимо и в ходе производства оперативно-розыскного мероприятия для легализации изъятых электронных носителей информации.

⁸⁵ Переносные персональные компьютеры (ноутбуки), персональные компьютеры, выполненные в виде моноблока, персональные компьютеры, имеющие типовые форм-факторы системного блока («mATX», «ATX», «Nettop» и т.п.), терминальные компьютеры, которые могут не иметь в своем составе цифровых носителей информации, планшетные компьютеры.

ние файлов или разделов диска компьютера. Поэтому, если при проведении следственного действия компьютер находится во включенном состоянии, специалисту рекомендуется произвести сохранение слепков (образов) оперативной памяти для обеспечения возможности ее последующего анализа⁸⁶.

В оперативной памяти компьютера можно обнаружить ключи для расшифровки содержимого криптоконтейнеров (TrueCrypt, BitLocker и PGP Disk). Также анализ образа оперативной памяти позволяет «просмотреть» последние сообщения, полученные и отправленные через социальные сети; комментарии, оставленные на форумах; сообщения, переданные с помощью программ мгновенного обмена сообщениями или с использованием чатов, встроенных в электронные игры. Там можно найти информацию о последних скачанных файлах. В памяти компьютера какое-то время хранятся страницы и изображения с веб-сайтов – даже если в браузере включен режим защиты приватности, отключен кеш и сохранение истории посещений. Кроме того, доступно большое количество системной информации, загруженные ветки реестра, распакованные и расшифрованные версии защищенных программ, информация об открытых сетевых соединениях. Если компьютер заражен вирусом или на нем запущена троянская программа, то при исследовании образа памяти их будет хорошо «видно».

При проведении обыска (выемки) следует в первую очередь исключить возможность уничтожения данных средствами удаленного администрирования. Это может достигаться отключением компьютера (локальной сети организации) от сетевого шлюза и запрета лицам, находящимся в обыскиваемом помещении, приближаться к компьютеру(ам) и пользоваться мобильными телефонами. Однако в этом случае будут отключены сетевые сессии подключения к облачным хранилищам, серверам терминалов и удаленным базам данных, что делает недоступным их исследование.

Определяя порядок производства следственного действия, следователю после консультации со специалистом требуется определить

⁸⁶ Для сохранения содержимого оперативной памяти компьютера для последующего изучения достаточно любой USB-флешки, способной полностью вместить содержимое оперативной памяти, и небольшой программы – к примеру, бесплатной утилиты российской разработки Belkasoft RAM Capturer. Программа предназначена для помощи в проведении анализа оперативной памяти компьютера в режиме «офлайн» и предоставляет возможность снять образ памяти компьютера под управлением 32- и 64-разрядных версий Windows, сохранив его в файл для последующего анализа.

имеется ли вероятность уничтожения данных на компьютере, а при наличии такой угрозы какая информация для него более ценная: информация, находящаяся на носителях информации либо информация, находящаяся удаленно. Также необходимо определить порядок выключения компьютерной техники (применение штатной процедуры выключения или прерывание энергопитания, чтобы не дать сработать программам, очищающим лог-файлы при завершении рабочей сессии, либо если есть предположение об использовании программного обеспечения, удаляющего данные при штатном выключении).

Еще одной опасностью для обеспечения сохранности данных являются устройства экстренного уничтожения информации. Такие устройства представляют собой контейнеры, в том числе с автономным питанием и дистанционным управлением (с помощью проводной кнопки, по беспроводным каналам связи), которые могут с помощью импульса магнитного поля полностью уничтожить структуру данных магнитного носителя информации, например, накопителя на жестких магнитных дисках (НЖМД). При этом такие контейнеры могут быть встроены в системный блок, и визуально их наличие не определяется. В большинстве случаев удаленная подобным образом информация восстановлению не подлежит.

Изъятие мобильных телефонов не отличается от изъятия других носителей информации. В памяти мобильных устройств связи (мобильные телефоны, смартфоны, планшетные компьютеры и т.п.) может находиться важная доказательственная и ориентирующая информация, находящаяся на встроенной флэш-памяти либо на установленной в соответствующий разъем телефона microSD-карте.

При изъятии мобильного телефона требуется указать в протоколе модель телефона, серийный номер (если имеется), IMEI (международный идентификатор мобильного оборудования). Если телефон находится во включенном состоянии, то можно попытаться узнать номер телефона с помощью соответствующей команды USSD⁸⁷. В протоколе указывается номер ICCID⁸⁸ SIM-карты поставщика услуг подвижной мобильной связи и его наименование. Полезным может оказаться выявление PIN-кода для дальнейшего исследования памяти

⁸⁷ Набрать *#06# и кнопку вызова на телефоне. IMEI телефона выглядит как 15-ти значный цифровой код. IMEI код продублирован под аккумуляторной батареей телефона, на упаковке и в гарантийном талоне.

⁸⁸ Уникальный серийный номер SIM-карты. Обычно именно этот код печатается на SIM-карте. Длина ICCID – 19 цифр.

SIM-карты.

Работа с данными (контактные номера, SMS-сообщения и т.д.), хранящимися на SIM-карте, происходит посредством телефона. Однако при удалении этих данных через телефон, они удаляются не полностью, а лишь помечаются как удаленные, а значит, их можно восстановить. Для восстановления удаленных данных (а также их полного удаления) с SIM-карты существует специализированное программное обеспечение.

В исключительных случаях изъятый телефон можно не выключать для возможности сохранения текущего состояния памяти. Для транспортировки его к месту исследования следует использовать «сумку Фарадея» для блокирования соединения телефона с базовой станцией мобильного оператора, подключения к устройству по Wi-Fi и Bluetooth.

Изымаемое мобильное устройство связи необходимо должным образом упаковать. Упаковка должна обеспечить невозможность включения устройства и совершения на нем каких-либо действий (звонков, удаления информации и т.п.)⁸⁹.

По ходатайству законного владельца изымаемых электронных носителей информации или обладателя содержащейся на них информации специалистом, участвующим в обыске (выемке), в присутствии понятых с изымаемых электронных носителей информации осуществляется копирование информации. Копирование информации осуществляется на другие электронные носители информации, предоставленные законным владельцем изымаемых электронных носителей информации или обладателем содержащейся на них информации. При производстве обыска (выемки) не допускается копирование информации, если это может воспрепятствовать расследованию преступления либо, по мнению специалиста, повлечь за собой утрату или изменение информации. Электронные носители информации, содержащие скопированную информацию, передаются законному владельцу изымаемых электронных носителей информации или обладателю содержащейся на них информации.

Об осуществлении копирования информации и о передаче электронных носителей информации, содержащих скопированную информацию, законному владельцу изымаемых электронных носителей информации или обладателю содержащейся на них информации в

⁸⁹ Такие возможности предоставляет картонная коробка соответствующего размера.

протоколе делается соответствующая запись.

Суд учитывает, что К.Г.В. обвиняется в незаконном хранении контрафактного экземпляра произведения «на жестком диске своего компьютера». При этом, какой именно компьютер является для К.Г.В. «своим», в обвинении не указано. В судебном заседании не представлено сведений о том, находился ли ноутбук, обнаруженный по месту проживания К.Г.В., у него в собственности либо принадлежал иному лицу. Из обвинения, предъявленного К.Г.В., также не ясно, обвиняется ли он в хранении контрафактного экземпляра произведения на жестком диске обнаруженного в ходе обыска ноутбука либо на жестком диске какого-либо иного компьютера, находившегося по месту проживания подсудимого⁹⁰.

В целях исключения вышеуказанной ситуации в протоколе обыска (выемки) указывать принадлежность изымаемой компьютерной техники.

Также при планировании проведения обыска (выемки) необходимо учитывать возможное противодействие со стороны лиц, находящихся в обыскиваемом помещении.

Свидетель ФИО4 (сотрудник отдела «К» ГУ МВД России по Свердловской области) показал, что на основании постановления суда следователь отдела УМВД России по городу Екатеринбург ФИО25 совместно с ним и специалистом прибыли для проведения обыска по месту точки подключения пользователя FTP-ресурса ЗАО «Телесеть-Сервис» с адресом 87.224.223.52, а именно: <адрес>. Однако на законные требования сотрудников полиции открыть входную дверь, ознакомиться с постановлением суда и не препятствовать проведению обыска ФИО13, проживающие с ним лица ответили отказом. Присупить к проведению обыска удалось примерно через час. Входную дверь открыла сестра ФИО13 – ФИО1 только после прибытия группы задержания вневедомственной охраны. В ходе обыска были обнаружены: системный блок ПЭВМ, на передней панели которого горели светодиодные индикаторы голубого цвета, что свидетельствовало о подключении ПЭВМ к электросети. Также к ПЭВМ были подключены периферийные устройства. Указанный ПЭВМ был осмотрен специалистом, который сообщил, что ПЭВМ подключен к электросети и сети Интернет, но жесткие диски в ПЭВМ отсутствуют. ФИО13 пояснил, что жесткие диски отсут-

⁹⁰ См.: Приговор Петрозаводского городского суда Республики Карелия от 23 окт. 2015 г. по делу № 1-638/14 // СПС КонсультантПлюс.

ствуют давно. Также в ходе обыска им были обнаружены два жестких диска от ПЭВМ, один из которых находился в шкафу, стоящем напротив осматриваемой ПЭВМ, а второй находился с задней стороны, под обшивкой стоящего в углу кресла. После производства обыска ФИО13 понятые и участвующие лица поставили в протоколе обыска свои подписи. Заявлений и замечаний по окончании следственного действия от участвующих лиц не поступило⁹¹.

По другому уголовному делу:

... он был приглашен в качестве специалиста для участия в производстве обыска по адресу: «адрес». Вошли в квартиру, подсудимые были дома и спокойны. В ходе обыска на балконе квартиры был обнаружен системный блок, в котором отсутствовал жесткий диск, обнаруженный впоследствии в квартире в мусорном ведре. Его поверхность в области электропровода была нагрета по отношению к общей температуре диска. При попытке подключения обнаруженного жесткого диска к системному блоку возникло механическое препятствие в месте его разъема, к которому подключается провод питания. Имела место незначительная деформация разъема, которая была устранена на месте путем отгиба элемента корпуса. Затем диск был подключен к обнаруженному системному блоку, при попытке его запуска загрузка операционной системы с данного носителя не осуществилась. Причины повреждения диска на месте установить не представилось возможным ввиду отсутствия специализированных средств. В ванной комнате в корзине с бельем был обнаружен ноутбук, нижняя часть корпуса которого при ощупывании была теплой, при этом ноутбук был в выключенном состоянии. По результатам обыска составлялся протокол, и он в нем расписался, так как все изложенное в нем соответствует действительности⁹².

При производстве указанных следственных действий должны быть осмотрены и описаны в протоколе изымаемые системные блоки, обнаруженные специальные технические средства получения (уничтожения, блокирования) компьютерной информации и электронные носители информации.

Также изымаются следы пальцев рук с компьютера, средств вычислительной техники, охранных и сигнальных устройств, с клавиа-

⁹¹ См.: Приговор Верх-Исетского районного суда города Екатеринбурга от 15 сент. 2015 г. по делу № 1-397/2015 // СПС КонсультантПлюс.

⁹² См.: Приговор Тимирязевского районного суда города Москвы от 15 окт. 2013 г. № 1-226/2013 // СПС КонсультантПлюс.

туры, соединительных и электропитающих проводов и разъемов, розеток и вилок, тумблеров, кнопок и рубильников, включающих и отключающих средства вычислительной техники и электрооборудование; фиксируются следы вдавливания, проплавления, прокола, надреза изоляции токонесущих и соединительных (управляющих) проводов, приклеивания к ним сторонних предметов и устройств.

При производстве обыска (выемки) по нескольким адресам действия всех участвующих лиц должны быть согласованными и одновременными.

Осмотр. Осмотру подлежат место изготовления, приобретения, хранения, сбыта контрафактных аудиовизуальных произведений и программ для ЭВМ, документов и средств оплаты, а также электронных носителей информации, технических устройств и т.п.

Результаты осмотра оформляются протоколом осмотра места происшествия, осмотра предметов и документов, а также осмотра жилища или иного помещения.

Осмотр изъятых электронных носителей по возможности необходимо проводить в кратчайшие сроки после окончания обыска (выемки), поскольку информация, обнаруженная в ходе осмотра электронных носителей, может прояснить, каким образом была организована преступная деятельность, и использоваться в ходе допросов фигурантов по расследуемому уголовному делу.

К осмотру так же, как и при проведении обыска (выемки), целесообразно привлекать квалифицированных специалистов в области компьютерной техники, специалистов по сетевым технологиям, операторов компьютерных систем и сетей электросвязи и др.

Специалист привлекается к участию в следственном действии следователем, который должен удостовериться в компетентности специалиста, выяснить уровень образования (специалист должен иметь диплом специалиста (бакалавра) по направлению подготовки «Информатика и вычислительная техника» либо диплом о среднем специальном образовании по аналогичной специализации), стаж работы, его отношение к подозреваемому, обвиняемому или потерпевшему.

В основном как осмотр места происшествия оформляются результаты осмотра помещений и установленной в них компьютерной техники по факту незаконной установки программного обеспечения, произведенного так называемым «установщиком». Аналогичным образом оформляются и результаты незаконной установки программ для ЭВМ методом «дистанционной установки». Также протоколом

осмотра места происшествия могут оформляться и иные случаи осмотра помещений и установленной в них компьютерной техники по фактам нарушения авторских и смежных прав на аудиовизуальные произведения и программы для ЭВМ.

При производстве указанного следственного действия в протоколе должны быть осмотрены и описаны как изымаемые системные блоки (ноутбуки и т.п.), обнаруженные черновые записи, специальные технические средства и электронные носители информации, так и зафиксирована обстановка места происшествия.

Протоколом осмотра предметов (документов) оформляется осмотр материалов оперативно-розыскной деятельности. Таким образом, осуществляется легализация оперативно-розыскных данных и изъятых предметов и придание им уголовно-процессуального статуса.

В ряде случаев результаты осмотра предметов (документов) имеют важное доказательственное значение по уголовному делу.

Так, в приговоре Тимирязевского районного суда г. Москвы от 15 октября 2013 г. № 1-226/2013 зафиксировано, что 7 июня 2011 г. проводился осмотр жесткого диска «...», серийный номер «...» с участием специалиста, который, будучи допрошенным в качестве свидетеля, пояснил:

данный жесткий диск им был подключен к используемому системному блоку для просмотра содержания. Жесткий диск отформатирован в NTFS, на нем обнаружены несколько файлов, которые представляют собой многотомный образ жесткого диска. Далее образ жесткого диска из специального формата преобразован с помощью программы «...» в обычный формат, и создан виртуальный диск с отображением на полученный образ диска. Таким образом, содержимое виртуального диска является копией диска, который использовался на сервере. Обнаружено, что диск имеет разметку, на нем находятся файловые системы, на которые установлена операционная система «...», а также установлен и настроен веб-сервер «...», система управления базами данных «...», удаленный терминальный доступ «...». На данном диске развернут сайт «...» и «...», так как об этом свидетельствует содержащаяся на диске информация, в том числе конфигурация веб-сервера и файлы, обеспечивающие логику работы сайта. Также установлено, что электронный ресурс «...» имел IP-адрес «...». Из содержащейся на сайте информации очевидно, что сайт «...» предназначен для распространения файлов, в частности фильмов с использованием торрент-сетей, путем размещения на сайте торрент-файлов, изображений к фильмам и их описание. В

используемой сайтом базе данных содержится информация обо всех зарегистрированных пользователях, с указанием никнейма, указанного лицом при регистрации, номера группы, в которые они входят (администратор, модератор, системный администратор и другие), их реальные имена, адреса электронной почты, даты рождения, номер «...», IP-адреса пользователя, дата регистрации на сайте и дата последнего захода. На данном сайте обнаружено большое количество торрент-файлов и зарегистрировано большое количество пользователей. Также на жестком диске имеются системные файлы, свидетельствующие о перезапуске веб-сервера и системы управления базами данных, настройка веб-сервера, работа с базами данных и другие. Из системного журнала следует, что на сервер было осуществлено несколько входов по удаленному терминалу «...». Из логики управления сайтом следует, что администратор сайта «...» имеет возможность удалять, добавлять, изменять любую информацию, содержащуюся в базах данных, в частности допустимо отсутствие на восстановленной копии сайта торрент-файлов, которые ранее были размещены на сайте, по причине удаления их администратором сайта. Определены IP-адреса, с которых администрировался сайт⁹³.

Таким образом, проведенный осмотр позволил собрать доказательственную информацию о распространении файлов (фильмов) с использованием торрент-сетей (пиринговых сетей) путем размещения на сайте торрент-файлов, изображений к фильмам и их описание.

Важным элементом в доказывании фактов незаконного распространения аудиовизуальных произведений является документальное подтверждение соответствия торрент-файлов конкретным аудиовизуальным произведениям (программам для ЭВМ), размещенным в сети Интернет.

В частности, Верховный Суд Республики Татарстан, рассматривая в апелляционной инстанции дело № 22-1041/2015, по которому Набережночелнинским городским судом Республики Татарстан был вынесен обвинительный приговор по п. «в» ч. 3 ст. 146 УК РФ в отношении С.А.Г., 10 марта 2015 г. вынес определение, которым отменил указанный приговор⁹⁴.

⁹³ См.: Приговор Тимирязевского районного суда города Москвы от 15 окт. 2013 г. № 1-226/2013 // СПС КонсультантПлюс.

⁹⁴ См.: Официальный сайт Верховного Суда Республики Татарстан. URL: https://vs-tat.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=case&case_id=7172710&delo_id=4&new=4 (дата обращения: 21.03.2017).

По информации СМИ⁹⁵, документальных доказательств вины С.А.Г. не представили, экспертизу не провели. Доказательств, что торрент-файлы работают для скачивания и принадлежат Семенову, следствие не представило⁹⁶. Органы следствия не смогли доказать, что Семенов распространял в Сети контрафактные фильмы, а именно: не была проведена экспертиза, позволяющая точно установить, можно ли было по торренту скачать соответствующее произведение. Ну, например, ссылка может называться «Шерлок Холмс», а пройдя по ней, вы попадаете на домашнее видео с котом, которого зовут так же, как известного сыщика, или вообще на пустую страницу⁹⁷.

Для устранения подобных недоработок возможны следующие варианты.

1. В рамках оперативно-розыскного мероприятия (как уже указывалось ранее) в обязательном порядке устанавливается соответствие торрент-файла конкретному аудиовизуальному произведению или программе для ЭВМ. Устанавливается пользователь торрент-сети, создавший такую раздачу.

В ходе оперативно-розыскного мероприятия «Снятие информации с технических каналов связи» торрент-файл был загружен на компьютер и открыт с использованием программы «Vuze». С использованием данной программы в 18 ч 12 мин ДД.ММ.ГГГГ началась загрузка содержимого торрента с компьютера, имеющего IP-адрес. При загрузке содержимого торрента использовался IP-фильтр, благодаря которому содержимое торрента загружалось (копировалось) только с компьютера пользователя с псевдонимом: <...>, создавшего указанную раздачу⁹⁸.

Протоколом осмотра предметов (документов) оформляется осмотр материалов оперативно-розыскной деятельности.

2. В ходе предварительного следствия с участием специалиста осматриваются электронная переписка, файлы протоколов работы файлообменных программ и т.п. При осмотре устанавливается соот-

⁹⁵ Официальные судебные решения не опубликованы.

⁹⁶ См.: Информационный портал РБК Татарстан. URL: <http://rt.rbc.ru/tatarstan/10/03/2015/5592b2ce9a7947d55bf51ba1> (дата обращения: 21.03.2017).

⁹⁷ См.: Вечерняя Казань. URL: <http://www.evening-kazan.ru/articles/tatarstanskiy-pirat-otbilsya-ot-gollivudskih-akul.html> (дата обращения: 21.03.2017).

⁹⁸ См.: Приговор Октябрьского районного суда города Владимира от 31 мая 2013 г. по делу № 1-78/2013 // СПС КонсультантПлюс.

ветствие названия торрент-файла конкретному аудиовизуальному произведению или программе для ЭВМ для чего с файлообменного сервера скачиваются соответствующие файлы, и определяется их содержание.

В ходе осмотра ... предъявлена выписка из электронной переписки, с указанием названия фильмов и ссылок на архивы файлообменных серверов, на которых они расположены. После чего, из данного списка был скопирован электронный адрес и вставлен в адресную строку. По данному адресу был осуществлен переход на файлообменный сервер «...», и открыта электронная страница с предложением скачать данный фильм. При помощи встроенных возможностей программы «...» было осуществлено копирование с файлообменного сервера «...» 16 различных фильмов на жесткий диск в папку, соответствующую названию фильма. Отсутствующие архивы с видеофайлами скопированы не были. Далее все скопированные видеофайлы были записаны на DVD-диски способом, обеспечивающим целостность записанных данных и исключающим замену или утерю файлов. После завершения копирования видеофайлов, их записи на DVD-диски и нанесения соответствующей маркировки диски помещены в пластиковый бокс вместе с сопроводительной запиской, содержащей подписи участвующих лиц, перемотанный липкой лентой типа «скотч» способом, исключающим доступ без вскрытия упаковки. Также весь процесс копирования и записи видеофайлов на DVD-диски изображен на снимках, сделанных с экрана монитора компьютера с помощью функции «...» («скриншоты») и распечатанных в приложении к протоколу осмотра на 76 листах⁹⁹.

По другим уголовным делам в ходе осмотра также была получена и закреплена уголовно-процессуальным путем важная доказательственная информация:

протоколом осмотра предметов от ДД.ММ.ГГГГ, в ходе которого осмотрен сервер индивидуального предпринимателя ФИО42, изъятый в ходе выемки во <...>. В ходе данного осмотра установлено, что на данном сервере находятся РНР-скрипты Интернет-ресурса с доменным именем: <...>, а также торрент-файлы, созданные всеми его пользователями¹⁰⁰;

⁹⁹ См.: Приговор Тимирязевского районного суда города Москвы от 15 окт. 2013 г. № 1-226/2013 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁰⁰ См.: Приговор Октябрьского районного суда города Владимира от 31 мая 2013 г. по делу № 1-78/2013 // СПС КонсультантПлюс.

согласно протоколу осмотра телефонных соединений использованного А.М.А. абонентского номера <...> за (дата) имеется информация о том, что с указанного абонентского номера <...> осуществлялись соединения с абонентским номером <...>, которым (дата) пользовался А.П.С.¹⁰¹;

материалы оперативно-розыскной деятельности, в том числе диск DVD-RW с материалами видеозаписи оперативно-розыскного мероприятия «проверочная закупка», а также денежные купюры <...>, жесткий диск, ноутбук <...>, детализация соединений между абонентами были осмотрены и приобщены к уголовному делу в качестве вещественных доказательств¹⁰².

При расследовании уголовных дел, связанных с нарушением авторских прав на аудиовизуальные произведения и программы для ЭВМ в сети Интернет, существенное значение имеют **показания подозреваемого (обвиняемого) и свидетелей**.

Получение полных и достоверных показаний требует тщательной подготовки, которая включает: внимательное изучение материалов уголовного дела; характерных особенностей личности допрашиваемого лица; определение круга сведений, подлежащих выяснению в ходе допроса, и логической последовательности вопросов допрашиваемому; получение необходимого комплекса знаний в области (функционирование файлообменных сетей и т.п.), к которой относится предмет допроса. Целесообразно использовать имеющиеся в материалах уголовного дела документы, предварительно отобрав те из них, которые будут использоваться в процессе проводимого следственного действия, сгруппировать их в той последовательности, которая даст наибольший эффект при их предъявлении.

Тактика проведения **допросов подозреваемого (обвиняемого)** имеет свои особенности, обусловленные его процессуальным положением. Выбор порядка предъявления доказательств зависит от многих факторов, в том числе от обстоятельств совершения преступления, от объема и характера собранных к моменту допроса обвиняемого доказательств.

Одним из важнейших обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовным делам данной категории, является наличие прямого умысла на нарушение авторских и смежных прав.

¹⁰¹ См.: Приговор Зареченского городского суда Пензенской области от 1 дек. 2015 г. по делу № 1-76/2015// СПС КонсультантПлюс.

¹⁰² См.: Приговор Октябрьского районного суда города Мурманска от 31 июля 2015 г. № 1-124/2015 // СПС КонсультантПлюс.

Исходя из изложенного в протоколе допроса подозреваемого (обвиняемого) должна быть отражена степень его компьютерной грамотности (наличие образования, место работы и круг профессиональных обязанностей, опыт программирования и работы на компьютере), глубина познаний в организации и принципах функционирования пиринговых сетей (дата регистрации на файлообменных серверах, перечень используемых программных продуктов, знание порядка регистрации пользователей и особенностей функционирования программных продуктов). Отдельно необходимо выяснить, размещал ли подозреваемый (обвиняемый) аудиовизуальные произведения и программы для ЭВМ в свободном доступе на файлообменных ресурсах.

Допрос свидетелей. В качестве свидетелей по уголовным делам о нарушении авторских и смежных прав на аудиовизуальные произведения и программы для ЭВМ с использованием сети Интернет допрашиваются:

лица, имевшие по роду своей трудовой деятельности доступ к компьютерным устройствам, сетям телекоммуникационной связи, осуществляющие функции организации деятельности по поддержанию работы сетей связи, компьютерных систем и информационных ресурсов (пользователи, системные администраторы, модераторы);

лица, имеющие доступ в помещение, в котором располагалось компьютерное устройство, с которого было осуществлено размещение в свободном доступе аудиовизуальных произведений или программ для ЭВМ (такowymi являются, как правило, совершеннолетние члены семьи подозреваемого, обвиняемого);

лица, выявившие преступление и установившие личность подозреваемого, обвиняемого (сотрудники оперативных подразделений органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, в должностные обязанности которых входит раскрытие указанной категории преступлений);

иные лица, которым известны определенные обстоятельства совершения преступления или сведения, характеризующие личность подозреваемого, обвиняемого.

Вопросы, подлежащие выяснению у свидетелей, в основном такие же, как и подлежащие выяснению у подозреваемого (обвиняемого). При допросе свидетелей у них выясняются, в частности, следующие вопросы: где, когда, кем, какими способами и средствами и при каких обстоятельствах было совершено или обнаружено преступление; в чем выразились последствия совершения преступления; в какой форме и каким образом осуществлено размещение в свободном

доступе аудиовизуальных произведений или программ для ЭВМ; размер нарушенных прав; кому еще известны сведения об обстоятельствах совершения и обнаружения преступления или наступления последствий преступления.

Свидетели могут быть допрошены также в целях получения сведений, характеризующих личность подозреваемого, обвиняемого.

Круг вопросов, подлежащих выяснению при допросе свидетелей, зависит от цели допроса: проверка и уточнение показаний, данных другими участниками процесса (подозреваемым, обвиняемым, свидетелем, экспертом); получение данных, характеризующих личность участников процесса; получение сведений об особенностях подготовки, совершения и сокрытия преступления, о происхождении обнаруженных и изъятых предметов и документов, их принадлежности, а также об иных обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела.

Получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами. Данное следственное действие по уголовным делам рассматриваемой категории производится при наличии данных о том, что в процессе совершения преступления использовались средства телекоммуникационной связи или сотовой телефонной связи. Получение у операторов связи информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами как следственное действие производится по уголовным делам об указанных преступлениях достаточно часто.

Процессуальные правила получения информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами определены в ст. 186.1 УПК РФ.

Правовыми основами получения информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами наряду с нормами УПК РФ являются нормы ст. 64 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126 – ФЗ «О связи»¹⁰³ и Постановления Правительства Российской Федерации от 27 августа 2005 г. № 538 «Об утверждении Правил взаимодействия операторов связи с уполномоченными государственными органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность»¹⁰⁴.

Получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами производится для установления персо-

¹⁰³ См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 2003. № 28, ст. 2895.

¹⁰⁴ См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 2005. № 36, ст. 3704.

нальных данных абонентов операторов связи, месте, времени, количестве и последовательности соединений между абонентами и абонентскими устройствами, а при необходимости и о содержании отправленных или полученных абонентами сообщений в текстовой или иной форме (в виде фото- или видеоизображений, аудиозаписей). Данные о соединениях и персональные данные абонентов, включая фамилию, имя, отчество, место жительства и реквизиты основного документа, удостоверяющего личность, представленные при личном предъявлении абонентом указанного документа, хранятся в базах данных операторов связи в течение трех лет, а текстовые сообщения, голосовая информация, изображения, звуки, видео-, иные сообщения пользователей услугами связи – до шести месяцев с момента окончания их приема, передачи, доставки и (или) обработки.

Информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами предоставляется операторами связи в печатанном виде с сопроводительным письмом, в котором указываются период, за который она предоставлена, и номера абонентов и (или) абонентских устройств.

Следователь осматривает представленные документы, содержащие информацию о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами, с участием специалиста (при необходимости), о чем составляет протокол, в котором должна быть указана та часть информации, которая, по мнению следователя, имеет отношение к уголовному делу (дата, время, продолжительность соединений между абонентами и (или) абонентскими устройствами, номера абонентов и другие данные). Представленные документы, содержащие информацию о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами, приобщаются к материалам уголовного дела в полном объеме на основании постановления следователя как вещественное доказательство и хранятся в печатанном виде в условиях, исключающих возможность ознакомления с ними посторонних лиц и обеспечивающих их сохранность.

8. НАЗНАЧЕНИЕ И ПРОИЗВОДСТВО СУДЕБНЫХ ЭКСПЕРТИЗ¹⁰⁵

Типичные ошибки, допускаемые при назначении судебных экспертиз

При назначении экспертиз и исследований необходимо учитывать, что эксперт (специалист) – это лицо, обладающее специальными знаниями в области науки, техники, искусства или ремесла. Процессуальное положение эксперта не позволяет ему заниматься выявлением, квалификацией, раскрытием и расследованием преступлений, а также отвечать на правовые вопросы. Несмотря на это, основные ошибки, допускаемые при формулировании вопросов, а также определении круга объектов для исследования, заключаются в желании заставить эксперта (специалиста) выйти за пределы своей компетенции или загрузить его большим объемом неквалифицированной работы, не требующей специальных знаний.

Распространенной практикой по делам, связанным с нарушением авторских и смежных прав, является постановка перед экспертами (специалистами) следующих вопросов (табл.).

¹⁰⁵ См.: Вопросы организации производства судебных экспертиз в экспертно-криминалистических подразделениях органов внутренних дел Российской Федерации» (вместе с «Инструкцией по организации производства судебных экспертиз в экспертно-криминалистических подразделениях органов внутренних дел Российской Федерации», «Перечнем родов (видов) судебных экспертиз, производимых в экспертно-криминалистических подразделениях органов внутренних дел Российской Федерации») : приказ МВД России от 29 июня 2005 г. № 511: ред. от 18 янв. 2017 г. // Бюллетень нормативных актов федер. исполнительной власти. 2005. 29 авг. (№ 35).

№ п/п	Вопрос	Комментарии
1.	Являются ли представленные объекты контрафактными, если да, то по каким признакам?	Технические характеристики объекта не определяют его контрафактность. Правомерность использования материальных носителей, в которых выражены результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, может быть как определена непосредственно правообладателем, так и подтверждена соответствующими документами
2.	Являются ли представленные экземпляры произведений контрафактными?	Понятие контрафактности применяется только по отношению к материальным носителям, в которых выражены результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации (см. п. 1)
3.	Имеются ли на представленных объектах экземпляры произведений, распространяемые на коммерческой основе?	Для ответа на эти вопросы требуется изучение правоустанавливающих документов, лицензионных соглашений и т.п., то есть совершение действий, касающихся выявления преступлений
4.	Имеются ли на представленных объектах экземпляры программного обеспечения/баз данных, установленные способом, не предусмотренным правообладателем?	
5.	Соответствуют ли представленные изделия требованиям, предъявляемым к оформлению лицензионных носителей информации?	Требования к оформлению лицензионных носителей информации законодательно не закреплены
6.	Какие произведения/программные продукты/базы данных имеются на представленных компьютерах/машинных носителях?	Совершая преступление, предусмотренное ст. 146 УК РФ, виновное лицо всегда нарушает право конкретного правообладателя в отношении конкретного объекта. На компьютерах/машинных носителях могут находиться от одного до нескольких тысяч экземпляров произведений, поэтому процесс исследования может занять весьма продолжительное время. Результатом экспертизы/исследования будет список наименований произведений в соответствии с указанными в них атрибутами (они могут отличаться от действительных наименований произведений). Следовательно потребуется установить правообладателей каждого произведения, определить, нарушены ли их права и в каком размере (как правило, нарушение прав доказывается только для правообладателей, желающих защитить свои права)
7.	Кто является правообладателем исследуемой продукции?	В соответствии с п. 3 ст. 1228 ГК РФ исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный творческим трудом, первоначально возникает у его автора. Это право может быть передано автором другому лицу по договору (об отчуждении исключи-

№ п/п	Вопрос	Комментарии
		<p>тельного права на произведение – ст. 1285 ГК РФ; ст. 1236 и 1240 ГК РФ; авторского заказа – ст. 1288 ГК РФ; об отчуждении оригинала произведения – ст. 1291 ГК РФ; договора подряда или договора на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ применительно к программам для ЭВМ и базам данных – ст. 1297 ГК РФ; государственного или муниципального контракта – ст. 1298 ГК РФ), а также может перейти к другим лицам на иных основаниях, установленных законом (при создании служебного произведения – ст. 1295 ГК РФ; при наследовании – ст. 1283 ГК РФ; реорганизации юридического лица – ст. 1241 ГК РФ; обращении взыскания на имущество правообладателя – ст. 1284 ГК РФ). Каким образом было создано произведение, передавались ли исключительные права на него после его создания, может быть подтверждено договорами и иными правоустанавливающими документами.</p> <p>Эксперт вправе оперировать термином «сведения о правообладателе» – информацией, которая указана в знаках охраны авторского права, смежных прав, товарного знака и т.п.</p>
8.	Какой ущерб причинен правообладателям использованием данных экземпляров?	<p>Понятие «ущерб» возникает только в ч. 1 ст. 146 УК РФ. Состав преступлений, предусмотренных ч. 2 и ч. 3 ст. 146 УК РФ, сформулирован как формальный, поэтому их следует считать оконченными с момента незаконного использования объектов авторских и смежных прав в крупном (особо крупном) размере, независимо от наступления преступных последствий в виде фактического причинения ущерба правообладателю.</p> <p>В соответствии с примечанием к ст. 146 УК РФ размер деяния определяется стоимостью экземпляров произведений или фонограмм либо стоимостью прав на использование объектов авторского права или смежных прав. В большинстве случаев сведения о стоимости указанных объектов можно получить у правообладателей либо их представителей.</p> <p>Специальные знания в данном случае относятся к оценочной деятельности, регулируемой Федеральным законом от 29 июля 1998 г. № 135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации»</p>
9.	Работоспособны ли представленные экземпляры программного обеспечения?	Под «работоспособностью программного средства» понимается «способность программы функционировать в заданных режимах и объемах обрабатываемой информации в соответ-

№ п/п	Вопрос	Комментарии
		<p>ствии с программными документами при отсутствии технических средств»¹⁰⁶. Поэтому, чтобы убедиться в работоспособности программы (программного продукта), нужно не только запустить ее и проверить выполнение нескольких функций, но и провести полноценное тестирование, что выходит за рамки компьютерной экспертизы.</p> <p>Как показывает практика, в большинстве случаев под понятием «работоспособность» следователи понимают то, что интересующий их экземпляр программного обеспечения не является так называемой «ознакомительной версией» (не имеет ограничений по количеству запусков, дней работы, записей базы данных, а также по используемым функциям)</p>
10.	<p>Имеются ли в представленных объектах следы неправомерного доступа к охраняемой законом компьютерной информации путем ее модификации, а именно: взлома установленной правообладателем защиты от использования контрафактных оптических носителей с произведениями для игровых приставок?</p>	<p>Нормы гл. 28 УК РФ носят бланкетный характер и отсылают к Федеральному закону от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и защите информации», положения которого «не распространяются на отношения, возникающие при правовой охране результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации, за исключением ст. 15.2 «Порядок ограничения доступа к информации, распространяемой с нарушением исключительных прав на фильмы, в том числе кинофильмы, телефильмы».</p> <p>Одновременно ст. 1299 ГК РФ, регламентирующей правоотношения в области технических средств защиты авторских прав, установлено, что «автор или иной правообладатель вправе требовать по своему выбору от нарушителя возмещения убытков или выплаты компенсации в соответствии со ст. 1301 настоящего Кодекса».</p> <p>Таким образом, в настоящее время не предусмотрена уголовная ответственность за устранение ограничений использования произведения, установленных путем применения технических средств защиты авторских прав, а также за изготовление, распространение, сдачу в прокат, предоставление во временное безвозмездное пользование, импорт, рекламу любой технологии, любого технического устройства или их компонентов, за использование таких технических средств в целях получения прибыли либо за оказание соответствующих услуг, если в результате таких действий становится невозможным использование технических средств защиты авторских прав либо эти технические средства не смогут обеспечить надлежащую защиту указанных прав.</p>

¹⁰⁶См.: ГОСТ 28195–89. Оценка качества программных средств. Общие положения.

Серьезной проблемой, зачастую делающей невозможным расследование уголовных дел данной категории в приемлемые сроки, является изъятие больших партий контрафактных объектов. Проведение осмотра каждого из таких объектов, не говоря об их исследовании, требует нетиповых подходов. При этом необходимо учитывать, что производство материальных носителей, в которых выражены результаты интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, подразумевает оптимизацию и унификацию такого процесса, по этой причине изъятые носители целесообразно разбить на группы в зависимости от содержащихся в них результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации, после чего следует произвести репрезентативную выборку. Для проведения отбора можно использовать рекомендации ГОСТ 18321–73 «Статистический контроль качества. Методы случайного отбора выборок штучной продукции» или ГОСТ Р ИСО 2859–1–2007 «Статистические методы. Процедуры выборочного контроля по альтернативному признаку. Часть 1. Планы выборочного контроля последовательных партий на основе приемлемого уровня качества AQL». Помощь в проведении отбора может оказать специалист, знания которого будут востребованы при производстве последующей экспертизы.

Следует отметить, что по настоящее время при расследовании преступлений по чч. 2, 3 ст. 146 УК РФ эксперты используются крайне неэффективно. Для того, чтобы просто осмотреть машинные носители и описать произведения, находящиеся на них, специальные знания не нужны (большинство произведений создаются для обычных людей).

Для повышения эффективности судебной защиты авторских и смежных прав, наряду с совершенствованием законодательства, необходимо совершенствовать и правоприменительную практику. Поэтому очень важно, чтобы государственный судебный эксперт, выступая в качестве эксперта либо специалиста, не выходил за пределы своей компетенции, не подменял собой других субъектов правоприменительной деятельности и был независим в своих суждениях.

Требования к вопросам

1. Общие требования:

1.1. Использование устоявшегося понятийного аппарата, исключая жаргонные и полупрофессиональные термины («винчестер», «логи», «взлом» и т.п.);

1.2. Четкость и однозначность постановки вопроса;

1.3. Формулировка вопроса не должна касаться этапов исследования информации;

1.4. Вопросы не должны носить справочный характер;

1.5. Вопросы не должны носить правовой характер и выходить за пределы компетенции эксперта;

1.6. Вопросы должны соответствовать существующей методической и технической базе.

2. Частные требования:

2.1. Вопросы должны быть направлены на установление конкретных обстоятельств расследуемого события;

2.2. Вопросы должны быть поставлены так, чтобы при решении конкретных задач расследования затраты (финансовые, технические, временные и пр.) на проведение исследований были минимальными;

2.3. Вопросы должны соответствовать уровню подготовки и инструментальному оснащению экспертов того экспертного учреждения, которому назначается экспертиза;

2.4. Вопросы должны соответствовать представляемым на исследование вещественным доказательствам.

Типовые вопросы (судебная компьютерная экспертиза)

1. Имеются ли на (дать перечень объектов) произведения (дать перечень произведений)? (При наличии образцов для сравнительного исследования).

Имеются ли на (дать перечень объектов) произведения, атрибутирующие себя как (дать перечень наименований)? (При отсутствии образцов для сравнительного исследования).

Имеются ли на (дать перечень объектов) произведения, у которых в качестве правообладателя указаны (дать перечень наименований)?

1.1. Если да, то какие сведения о наименовании/правообладателях имеются в данных произведениях?

1.2. Если да, то какие сведения о дате и времени установки программных продуктов (для установленного программного обеспечения)/создания и последнего сохранения произведений имеются в представленных объектах?

1.3. Если да, то какие сведения о пользователях программных продуктов, ключах установки и т.п. имеются в представленных объектах? (Для установленного программного обеспечения).

1.4. Появляются ли при воспроизведении произведения сообщения об ограничении его функциональных возможностей?

2. Имеются ли на (дать перечень объектов) программные продукты, с помощью которых можно совершать следующие действия (дать перечень действий)?

3. Имеются ли на (дать перечень объектов) сведения о (дать перечень сведений)? (Формулировка вопроса зависит от обстоятельств дела, объектов, представляемых на экспертизу, и должна быть предварительно согласована с экспертом).

В методических рекомендациях предпринята попытка рассмотреть основные вопросы, возникающие при квалификации и расследовании преступлений с нарушением авторских и смежных прав на аудиовизуальные произведения и программы для ЭВМ в сети Интернет.

ОГЛАВЛЕНИЕ

1. Общие положения.....	3
2. Правовое регулирование оборота аудиовизуальных произведений, программ для ЭВМ и баз данных.....	5
2.1. Российское законодательство.....	—
2.2. Международные договоры и соглашения.....	—
2.3. Договоры Всемирной организации интеллектуальной собственности.....	6
2.4. Решения высших судебных органов.....	7
3. Уголовно-правовая характеристика преступлений, предусмотренных ст. 146 УК РФ.....	12
3.1. Присвоение авторства (плагиат) (ч. 1 ст. 146 УК РФ).....	13
3.2. Незаконное использование объектов авторского права или смежных прав (чч. 2, 3 ст. 146 УК РФ).....	19
3.3. Приобретение, хранение, перевозка контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта (чч. 2, 3 ст. 146 УК РФ).....	24
4. Особенности документирования неправомерных действий, направленных на нарушение авторских и смежных прав с использованием сети Интернет.....	43
4.1. Дистанционные установщики («черные внедренцы»).....	46
4.2. Распространители аудиовизуальных произведений и контрафактного программного обеспечения в одноранговых (пиринговых) сетях P2P.....	49
5. Особенности возбуждения уголовных дел по фактам нарушения авторских и смежных прав.....	64
6. Обстоятельства, подлежащие обязательному установлению по уголовным делам о нарушениях авторских и смежных прав.....	69
7. Особенности производства отдельных следственных действий.....	71
8. Назначение и производство судебных экспертиз.....	88
<i>Приложения.....</i>	<i>93</i>

Виктор Владимирович Улейчик
Ольга Владиславовна Тушканова

**ОСОБЕННОСТИ КВАЛИФИКАЦИИ И РАССЛЕДОВАНИЯ
ПРЕСТУПЛЕНИЙ, СВЯЗАННЫХ С НАРУШЕНИЕМ
АВТОРСКИХ ПРАВ НА АУДИОВИЗУАЛЬНЫЕ
ПРОИЗВЕДЕНИЯ И ПРОГРАММЫ ДЛЯ ЭВМ
В СЕТИ ИНТЕРНЕТ**

Методические рекомендации

Редактор *А. Д. Хватыш*
Компьютерная верстка *А. Д. Хватыш*

Подписано в печать	10.10.2018		Тираж 150 экз.
Формат 60X84 ¹ / ₁₆	Печ. 6,0	Уч.-изд. 5,0	Заказ №

Издатель: ФГКУ «ВНИИ МВД России»
121069, Москва, ул. Поварская, д. 25, стр. 1

Группа ОП ФГКУ «ВНИИ МВД России»