

Ковтун Николай Николаевич
профессор кафедры уголовного права и уголовного процесса
Национального исследовательского университета
«Высшей школы экономики» – Н. Новгород
доктор юридических наук

Характер и размер ущерба как обстоятельство предмета доказывания по преступлениям в сфере интеллектуальной собственности

В работе поставлены на обсуждение достаточно дискуссионные проблемы достоверного установления следственными органами и судом характера и размера ущерба по преступлениям в сфере интеллектуальной собственности

Ключевые слова: предмет и пределы доказывания, характер и размер ущерба, гражданский иск, компенсация вреда

Предметом исследования в данной работе в принципе не являются вопросы, связанные с определением понятия (общего или специального) предмета доказывания в уголовном судопроизводстве России (ст. 73, 299 УПК РФ), содержательной характеристикой обстоятельств, его составляющих, обоснованием «главного доказательственного факта» в данном предмете или фактов, как утверждают, вспомогательных. Каждый из этих моментов, на наш взгляд, настолько изучен в теории российской уголовно-процессуальной науки и столь всесторонне апробирован десятилетиями судебной-следственной практики, что любые повторы в этих вопросах либо явно надуманны, либо вызваны известными соображениями поиска «...новых, теоретически и практически значимых» положений, предлагаемых к очередной публичной защите.

В данной связи, (в дальнейшем) мы будем конвенционально исходить из того, что предмет доказывания в уголовном процессе – это установленная уголовно-процессуальным законом совокупность (вернее – система) обстоятельств, подлежащих установлению (доказыванию) по каждому уголовному делу. Нормативно система указанных обстоятельств закреплена в ст. 73 УПК РФ,

а при рассмотрении и разрешении дела в суде первой инстанции достаточно оправданы апелляции в этом вопросе и к нормам ст. 299 УПК РФ.¹

В свою очередь, не отрицая теоретической и практической значимости различного рода определений пределов доказывания, высказанных в российской уголовно-процессуальной доктрине, мы при определении последних будем исходить из того, что – это степень доказанности тех обстоятельств, которые входят в предмет доказывания, и которая объективно достаточна либо для обоснования достоверности итоговых выводов следствия или суда по предмету доказывания, либо их вероятности.²

Обращаясь непосредственно к обстоятельствам предмета доказывания по преступлениям в сфере интеллектуальной собственности (ст. 146, 147, 180 УК РФ), обозначим и основную проблему, сущность и практические следствия которой вынудили нас поставить на обсуждение ряд достаточно дискуссионных вопросов, как процесса доказывания, так и итоговых его результатов применительно к данному направлению познавательной деятельности. Речь, прежде всего, о таком обстоятельстве, входящем в главный доказательственный факт предмета доказывания, как «характер и размер вреда, причиненного преступлением» (п. 4 ч. 1 ст. 73 УПК РФ). Известно, что именно данное обстоятельство во многом является а priori необходимым условием для привлечения нарушителей к уголовной ответственности по указанным преступлениям; в том числе, по квалифицированным их составам. Законодатель однозначно указывает, как на необходимый криминализирующий факт, на крупный размер ущерба в ч. 1 ст. 146 УК РФ. Принципиально оговаривает **крупный размер** незаконного использования объектов авторского права или смежных прав в ч. 2 ст. 146 УК РФ; квалифицированно подчеркивает **особо крупный размер** преступных деяний в ч. 3 ст. 146 УК РФ. Равным образом, **крупный размер** содеянного является необходимым условием уголовной ответственности по преступлениям, указан-

¹ Подробнее см.: Банин В.А. Предмет доказывания в советском уголовном процессе. (Гносеологическая и правовая природа). – Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1981. 158 с.

² См.: Карнеева Л.М. Доказательства в советском уголовном процессе. Учебное пособие. – Волгоград: Изд-во ВСШ МВД СССР, 1988. 68 с.

ным в ч. 1 ст. 147 УК РФ, а **крупный ущерб** – неотъемлемым обстоятельством предмета доказывания по преступлениям, предусмотренным чч. 1 и 2 ст. 180 УК РФ.

Таким образом, применительно к исследуемым составам деяний «характер и размер вреда, причиненного преступлением», является не просто доктринально-навязанным или формальным, по сути, обстоятельством, подлежащим обязательному установлению в ходе предварительного расследования, а затем и в суде, а реально определяющим условием законной и обоснованной реализации уголовной ответственности за совершение указанных преступлений. Естественным отсюда видится и вывод о том, что для постановления законного, обоснованного и справедливого приговора по уголовному делу, возбужденному в связи с нарушением авторских или иных смежных прав, обстоятельства, связанные с установлением характера и размера вреда, причиненного преступлением, должны быть установлены именно достоверно.

Достоверно – это, как известно, вне всяких сомнений для суда и сторон или в целом для государства и общества. И здесь, как ни странно, возникают проблемы. Первая из них достаточно известна теории российского материального права и судебной-следственной практике, связанной с расследованием и судебным рассмотрением данной категории дел, – это достоверный и легко верифицируемый способ (методика) точного определения (крупного или особо крупного) размера ущерба, который причинен субъектам авторского права или иным правообладателям установленных преимуществ и прав.

По идее, этот вопрос достаточно разъяснен как в научной доктрине, так и в решениях (разъяснениях) высших судебных инстанций страны; в силу чего не должен являться предметом возможных дискуссий. Для примера, применительно к нормам ч. 2 или ч. 3 ст. 146 УК РФ крупный или особо крупный размер ущерба, как правило, определяется следственными органами путем официального обращения либо непосредственно к правообладателю исключительных прав, либо к его официальному представителю в том или ином регионе Российской Федерации. В итоге, именно последний на основании (утвержденного пра-

вообладателем) прайс-листа дает заключение о размере ущерба, причиненного незаконным распространением (тиражированием и т. п.) объекта авторского права. Дополнительным средством подобного доказывания, нередко, выступает и экспертиза, назначаемая по требованию следственных органов и призванная окончательно установить стоимость тиражированного программного продукта. Причем, определяющим критерием достоверности установления указанного обстоятельства является условие, согласно которому цены в прайс-листе на лицензионный и однородный, по сути, объект авторского права – единые и действуют на всей территории Российской Федерации. Субъективное изменение цен региональным представителем, соответственно, ведет к расторжению договора с правообладателем. В итоге, есть основания заключить, что исходные стоимостные критерии (цены), к примеру, на лицензионный программный продукт в различных субъектах Российской Федерации, а отсюда и размер ущерба, причиняемого правообладателю в результате однородных преступных деяний, должен быть идентичным; во всяком случае, в своих суммарных количественных критериях. Увы, но это утверждение несколько расходится с практикой предварительного расследования и судебного рассмотрения исследуемой категории дел. Для примера:

➤ 26.03.2007 г. Мичуринским городским судом Тамбовской области за совершение преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 30, п. «в» ч. 3 ст. 146 УК РФ осуждена гр. А-ва О.В., которой с учетом ст. 73 УК РФ назначено наказание в виде 2 лет лишения свободы (условно с испытательным сроком один год) без применения штрафа.

В обвинительном приговоре суд, в том числе, признал доказанным покушение на сбыт одной контрафактной программы «Гарант-Строй Максимум. Практика ФАС округов. Версия v..5.5.f, сетевая многопользовательская. Обновление от 04.02.2006 года», чем правообладателю НПП «Гарант-Сервис» (г. Москва) причинен имущественный ущерб (в виде неполученной выгоды) в сумме 80 240 рублей. Вина осужденной, как следует из приговора, в том числе доказана заключением эксперта от 03.06.2006 г., из которого следует, что «...стоимость исследуемого комплекта СПС «Гарант-Строй Максимум. Практика ФАС округов» составляет 80 240 рублей».

Таким образом, как событие преступления, так и характер и размер вреда, причиненного преступлением, по идее, достоверно установлены материалами

дела, достаточно полно и всесторонне исследованными сторонами и судом в ходе судебного заседания. В итоге, сомневаться в законности данного приговора, как в целом, так и применительно к отдельным его обстоятельствам, видимо, не приходится. Однако обратимся к еще одному приговору:

➤ 15.10.2007 г. Октябрьским районным судом г. Тамбова за преступление, предусмотренное п. «в» ч. 3 ст. 146 УК РФ, к 2 годам лишения свободы (условно с испытательным сроком 2 года) и штрафу в размере 50 000 рублей осужден гр. В-ий А.В.

Среди иных эпизодов ему, в том числе, инкриминировано распространение одного контрафактного диска программы «Гарант-Строй Максимум. Практика ФАС округов. Версия v..5.5.f, сетевая многопользовательская», чем правообладателю НПП «Гарант-Сервис» причинен имущественный ущерб (в виде неполученной выгоды) в сумме 68 587,5 рублей. Как следует из приговора, вина осужденного в совершении данного преступления, наряду с иными материалами дела, доказана и заключением эксперта от 05.02.2007 г. № 5888/58.

Как видим, в этом случае, при практически одинаковой фактической стороне содеянного, ущерб, причиненный преступными действиями подсудимого, уже составляет не 80 240 рублей, как в первом случае, а «всего» 68 578,5 рублей. Для квалификации содеянного по соответствующей норме УК РФ, конечно, достаточно. Вместе с тем, остаются сомнения. Во-первых, в вопросе о том: каким из указанных актов суда характер и размер ущерба установлен именно достоверно. Во-вторых, при условии, что при неоднократности аналогичных преступных деяний одним и тем же субъектом сумма ущерба умножается кратно количеству эпизодов, не послужит ли указанная «разница» стоимостных показателей дополнительным основанием для квалификации содеянного по статье (части) УК РФ с более квалифицированным составом. В-третьих, эмпирические данные, имеющиеся в нашем распоряжении, явно указывают на то, что (указанные) стоимостные критерии в определении суммы ущерба объективно разнятся не только в рамках одного региона, но и между различными субъектами Российской Федерации. Видимо, у региональных представителей одного и того же правообладателя разные «накладные» расходы, влияющие в итоге и на стоимость продукта, и на «расчет» окончательной суммы ущерба.

Необходимость именно достоверного установления характера и размера ущерба, причиненного исследуемыми преступлениями, как минимум, диктуется еще и тем обстоятельством, что данный вопрос предмета доказывания, во-первых, находится в неразрывной связи с тем или иным видом разрешения гражданского иска, заявленного по уголовному делу. Во-вторых, нередко, определяет тот или иной вариант разрешения самого уголовного дела по существу в суде первой инстанции.

Поясним. Как известно, при разрешении уголовного дела по существу суд вправе оставить (заявленный) гражданский иск без рассмотрения исключительно в двух случаях. Первый, истец не явился в судебное заседание; при этом отсутствуют условия, перечисленные в ч. 2 ст. 250 УПК РФ. Второй, в судебном заседании невозможно точно рассчитать характер и размер ущерба (ч. 2 ст. 309 УПК РФ); однако, последние трудности не могут быть связаны с сомнениями в правильной квалификации содеянного по нормам УК РФ. Во всех остальных случаях гражданский иск должен найти свое разрешение в приговоре суда. Между тем, судебная практика «по своему» интерпретирует указанные, казалась бы, исчерпывающие, предписания закона. Для примера:

➤ *Ранее отмечалось, что по приговору Мичуринского городского суда Тамбовской области от 26.03.2007 г. за совершение преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 30, п. «в» ч. 3 ст. 146 УК РФ гр. А-ва О.В. осуждена к наказанию в виде 2 лет лишения свободы (условно) без применения штрафа. Отмечалось и то, что суд признал достоверно доказанным как размер ущерба, причиненного преступлением, так и юридическую квалификацию содеянного, основанную на нем. Тем не менее, суд: «...считает возможным заявленный ООО «НПП «Гарант-Сервис» (г. Москва) иск на сумму 160.480 руб., ЗАО «1С АКЦИОНЕРНОЕ ОБЩЕСТВО» (ЗАО 1С) иск на сумму 617.422 руб. оставить без рассмотрения, признав за потерпевшими право: предъявить иск в порядке гражданского судопроизводства».*

➤ *По приговору, вынесенному 15.10.2007 г. Октябрьским районным судом г. Тамбова в отношении гр. В-го А.В., также признано достоверно доказанным причинение ущерба правообладателям в особо крупном размере, а именно: НПП «Гарант-Сервис» (г. Москва) на сумму 68 587,5 руб., а ЗАО «1С» на сумму 506 335 руб. (что подтверждено прайс-листами и экспертизой). Вместе с тем, в резолютивной части приговора суд «...признаёт за гражданским истцом право на удовлетворение гражданского иска, однако в связи с расчётами, ко-*

торые требуют отложения дела, считает необходимым передать его на рассмотрение в порядке гражданского судопроизводства».³

Как видим, позиции суда в одном из наиболее принципиальных вопросов процесса несколько двойственны. С одной стороны, суд считает достоверно доказанным характер и размер ущерба, причиненного преступлением (п. 4 ч. 1 ст. 73 УПК РФ), и, соответственно, основанную на нем квалификацию содеянного по соответствующей части статьи УК РФ. С другой, признает, что для определения **действительной** суммы ущерба необходимы дополнительные расчеты, и в данной связи «перекладывает» обязанность по разрешению гражданского иска на разрешение суда в порядке гражданского судопроизводства.

Полагаете – не принципиально, ибо, как уже отмечалось, стоимостные критерии ущерба (вреда), причиненного правообладателю, посредством исследуемых деяний изначально определены в едином (официальном) прайс-листе, в силу чего спор вполне можно передать на рассмотрение в порядке гражданского судопроизводства. Отнюдь, ибо, как показали результаты исследования, принципиальность правообладателя в этом вопросе не так уж принципиальна, и зависит от целого ряда субъективных моментов. Для примера:

➤ 17.07.2008 г. мировой судья участка № 5 Ленинского района г. Тамбова разрешил в особом порядке (гл. 40 УПК РФ) уголовное дело в отношении подсудимого С-ва Д.М. обвиняемого в совершении трех преступлений, предусмотренных ст. 146 ч. 2 УК РФ.

Согласно приговору стоимость лицензионного программного продукта – программного обеспечения «1С: Предприятие 7.7 для SQL», незаконно приобретенного, хранимого в целях сбыта и незаконно использованного обвиняемым составляет 84 000 руб., что относится к крупному ущербу. Именно указанная сумма, подчеркнем, была заявлена и в качестве гражданского иска. Однако непосредственно в судебном заседании представитель потерпевшего гражданский иск не поддержал, оспаривая его в части ущерба, и просил взыскать с С-ва Д.М. денежную сумму в размере 51 000 руб. в качестве компенсации. При этом (представителем) указано, что на основании ст. 49 Закона «Об авторском праве...», действовавшего на момент совершения преступления, обладатели исключительных прав вправе требовать по своему выбору от нарушителя вместо возмещения убытков выплаты компенсации.

³ Примеры, оговоримся, не единичны и только рамки данной статьи не позволяют нам исчерпывающе привести и рассмотреть все примеры судебной-следственной практики, связанные с субъективными подходами суда к разрешению (подобных) гражданских исков.

➤ 19.03.2009 г. мировым судьей судебного участка № 5 Ленинского района г. Тамбова вынесено постановление о прекращении производства по уголовному делу в связи с примирением сторон (ст. 25 УПК РФ) в отношении подсудимого И-ва М.В., обвиняемого в совершении преступления, предусмотренного ст. 146 ч. 2 УК РФ. Как следует из материалов уголовного дела, подсудимый: «...вину признал, в содеянном раскаялся, обязался в дальнейшем не нарушать авторских прав «1С», причиненный материальный ущерб загладил путем перечисления 30 000 руб. на расчетный счет ЗАО «1С». Кроме того, он же в качестве материальной компенсации причиненного вреда выплатил корпорации «Майкрософт» денежную сумму в размере 30 022 рублей.

Представители потерпевшей стороны, полностью удовлетворившись указанной компенсацией, внесли в суд ходатайство о прекращении производства по делу в виду примирения сторон; они же отказались от притязаний по гражданскому иску.

Как видим, в первом случае представитель правообладателя обозначает причиненный ущерб не в сумме 84 000 рублей (как заявлено в прайс-листе и установлено экспертизой), а в виде 51 000 рублей компенсации. Во втором случае, сторона потерпевшая от преступления также настаивает на том, что в результате деяния, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ, подсудимым причинен ущерб правообладателю именно в сумме необходимой для привлечения к уголовной ответственности. Удовлетворившись компенсацией в 30 000 рублей, правообладатель считает свои интересы защищенными, спор – исчерпанным. Риторические, по сути, вопросы о том: насколько законно и обоснованно обвиняемый в данной ситуации был привлечен к уголовной ответственности, мы, естественно, ставить не будем. Для нас принципиально другое, а именно то обстоятельство, что при разрешении указанных споров в «гражданском» суде, куда потерпевших и «отсылает» суд уголовный, характер и размер ущерба, причиненного правообладателю, нередко, оказывается принципиально отличным от того, который признан достоверно доказанным в порядке уголовного судопроизводства и подтвержден приговором суда.

Причины последнего, в том числе заключаются в том, что при разрешении спора в порядке гражданского судопроизводства суд, как правило, учитывает и то обстоятельство, что если лицо, к примеру, является законным обладателем (лицензионного) программного продукта, он может продать его другому лицу с передачей всех имущественных прав с написанием «1С» заявления. Это

необходимо, для того, чтобы (физическое или юридическое) лицо, которому передали программное обеспечение, в полной мере пользовалось **имущественными правами и технической поддержкой ЗАО "1С"**.

Поясним, в рамках поставки лицензионного программного обеспечения, как правило, производится постоянное обновление информационной базы продукта, (необходимое) обучение специалистов, действует горячая линия поддержки, работает правовой консалтинг и другие опции правообладателя. Если коротко – законный потребитель получает не только собственно программный продукт, но и гарантированные услуги по его обновлению, обслуживанию, поддержке. Именно в единстве указанного программного продукта и гарантированных услуг правообладателя и складывается цена (стоимость) объекта авторского права, которая, напомним, указывается в официальном прайс-листе и которая принимается во внимание следственными органами и судом в рамках расследования и судебного рассмотрения исследуемой категории преступлений.

Правонарушитель авторских прав, что представляется очевидным, а priori лишен пакета названных услуг и поддержки; он использует его на свой страх и риск. Отсюда, как представляется, и известные потуги региональных представителей правообладателя не столько настаивать в суде на получении (посредством весьма проблемного разрешения гражданского иска) указанной в обвинительном заключении суммы, сколько в реальном получении, гораздо менее значимых, сумм в виде компенсационных выплат от обвиняемого. Ни следственные органы, ни суд, как правило, не задаются исследованием этих вопросов, они остаются за пределами предмета доказывания в уголовном суде. Отсюда и отказ в разрешении по существу, казалось бы, «доказанного» гражданского иска, и не менее субъективные «игры» с разрешением указанных дел в особом порядке уголовного судопроизводства (гл. 40 УПК РФ), которые не могут быть обжалованы и проверены в вышестоящем суде на предмет фактической стороны разрешенного спора (ст. 317 УПК РФ). Необходимы примеры?

➤ Как отмечалось, 17.07.2008 г. мировой судья участка № 5 Ленинского района г. Тамбова разрешил в особом порядке (гл. 40 УПК РФ) уголовное дело в отношении подсудимого С-ва Д.М. обвиняемого в совершении трех преступлений, предусмотренных ст. 146 ч. 2 УК РФ.

Как следует из приговора, представитель потерпевшего, государственный обвинитель не возражают против рассмотрения уголовного дела в данном процессуальном порядке. Однако названное утверждение суда опровергается буквально следующим абзацем, приведенным в приговоре, а именно: «...представитель потерпевшего гражданский иск в судебном заседании не поддержал в части ущерба, просил взыскать с С-ва Д.М. денежную сумму в размере 51 тыс. рублей в качестве компенсации. ...Наказание просил назначить более строгое, чем просил государственный обвинитель, указав, что в настоящее время российское законодательство защиту авторских прав считает приоритетным направлением».

Напомним, согласие потерпевшего является необходимым и императивным условием на применение особого порядка судебного разбирательства (гл. 40 УПК РФ). Суд просто обязан проверить наличие указанного согласия при проверке (всей) системы условий, делающих возможным применение указанного порядка. Тем не менее, суд реализует особый порядок судебного разбирательства и постановляет приговор, несмотря на то, что потерпевший, по сути, оспаривает и вопросы гражданского иска, и размер наказания, предложенного государственным обвинителем. Гражданский иск по данному делу, естественно, оставлен судом без удовлетворения (надо – без рассмотрения!), но за потерпевшим признано право на его предъявление в порядке гражданского судопроизводства.⁴

В итоге, практически все «в шоколаде»: следственные органы и прокурор – раскрыли и доказали в суде достаточно резонансное преступление (выставив, естественно, карточки в статистическую отчетность). Суд – вынес акт правосудия, и также улучшил отчетность. Подсудимый – воспользовался (известными) льготами особого порядка судебного разбирательства. Потерпевший, правда, не получил ничего, ибо, как показывают материалы исследования, в подавляющем числе случаев в суд за разрешением иска в порядке гражданского судопроизводства, не обращается никто; ви-

⁴ Оговоримся, названный пример не единичен. В том же особом порядке и с тем же вариантом разрешения гражданского иска окончены рассмотрением еще целый ряд изученных дел, и исключительно рамки данной статьи не позволяют привести их в качестве наглядных примеров.

димо, хорошо понимая и энергозатратность, и сроки, и особенности процесса доказывания в данном суде. И, тем не менее, у нас все так же остаются вопросы:

- ✓ о единой методике расчета суммы ущерба по указанным преступлениям (единой для всей территории страны и без учета «накладных» расходов того или иного из региональных представителей правообладателя);
- ✓ о правомерности «официальной» суммы ущерба, определенной прайс-листом и (дополнительно) заключением эксперта, при условии, что правонарушитель (используя контрафактный объект) a priori не получает пакета опций/услуг, формирующих окончательную стоимость лицензионного продукта;
- ✓ о преюдициальной силе приговора суда, с одной стороны, признающего достоверно доказанной именно данную сумму ущерба; с другой стороны, предлагающего для определения действительной суммы ущерба (и, соответственно, разрешения гражданского иска) обращаться к порядку гражданского судопроизводства.

О том как будут решены эти вопросы: разъяснениями пленума или непосредственно усилиями законодателя, полагаем, не принципиально. Важнее другое, а именно: достоверность суждений и итоговых выводов суда в одном из наиболее принципиальных вопросов доказывания при разрешении данной категории дел по существу.