

# ВІРТУАЛЬНИЙ ПРЕДМЕТ ЗЛОЧИНІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ З ПОРУШЕННЯМ АВТОРСЬКОГО ПРАВА І СУМІЖНИХ ПРАВ

Н. РОЗЕНФЕЛЬД

*головний консультант Інституту законодавства  
Верховної Ради України, кандидат юридичних наук*

Відповідно до ст. 10 Конвенції Ради Європи «Про кіберзлочинність» від 23 листопада 2001 р. [1] до переліку злочинів, що вчинюються за допомогою комп'ютерних систем, належать правопорушення, пов'язані з порушенням авторських та суміжних прав, під якими у цьому акті розуміються:

а) порушення, визначені законодавством сторони Конвенції відповідно до її зобов'язань за Паризьким актом від 24 липня 1971 р. щодо Бернської конвенції про захист літературних та художніх творів [2], Угодою по торговельним аспектам прав інтелектуальної власності [3] та Договором ВОІВ про авторське право [4], у разі, коли такі дії вчинено свідомо, у комерційних розмірах і за допомогою комп'ютерних систем (ч. 1);

б) порушення, які визначені законодавством сторони Конвенції згідно з її зобов'язаннями за Міжнародною конвенцією про захист виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення (Римська конвенція) [5], Угодою по торговельним аспектам прав інтелектуальної власності і Угодою ВОІВ про виконання фонограм [6], у випадку, коли такі дії вчинено свідомо, у комерційних розмірах і за допомогою комп'ютерних систем.

Згідно з вказаними актами об'єктом цивільно-правового захисту авторських та суміжних прав і відповідно до змісту ст. 10 Конвенції Ради Європи «Про кіберзлочинність» — предметами відповідних злочинів є:

1) комп'ютерні програми: як вихідний текст, так і об'єктний код, що охороняються як літературні твори (ст. 2 Бернської конвенції; ч. 1 ст. 10 Угоди по торговельним аспектам прав інтелектуальної власності; ст. 4 Договору ВОІВ про авторське право);

2) компіляції даних (бази даних) або іншої інформації у будь-якій формі, котрі за

© Н. Розенфельд, 2008

добором і розміщенням змісту є результатом інтелектуальної творчості (ч. 2 ст. 10 Угоди по торговельнім аспектам прав інтелектуальної власності; ст. 5 Договору ВОІВ про авторське право).

Стаття 1 Закону України від 23 грудня 1993 р. «Про авторське право і суміжні права» дає визначення комп'ютерним програмам, яке включає поняття об'єктного та вихідного коду, та базам даних (компіляціям даних); згідно з пп. 3, 4 ч. 1 ст. 8 цього Закону вони визнаються об'єктами авторського права нарівні з іншими творами, визначеними також у ст. 433 Цивільного кодексу України.

Відповідно до формулювання положення Закону «Про авторське право і суміжні права», яким бази даних (компіляції даних) визначаються як «сукупність творів, даних або будь-якої іншої незалежної інформації у довільній формі, в тому числі — електронній, підбір і розташування складових частин якої та її упорядкування є результатом творчої праці, і складові частини якої є доступними індивідуально і можуть бути знайдені за допомогою спеціальної пошукової системи на основі електронних засобів (комп'ютера) чи інших засобів», безпосередньо вказує на те, що у вигляді баз даних можуть бути представлені будь-які об'єкти авторського права, котрі можуть бути відтворені за допомогою високих технологій. Насамперед це стосується творів літератури, науки, музичних творів, аудіо і відеопродукції, програм мовлення, які можуть бути подані у аудіо-, візуальному або аудіовізуальному зображенні незалежно від формату за допомогою комп'ютерних систем, у тому числі й тиражовані, включаючи передані за допомогою комп'ютерних та/або телекомунікаційних систем (телекомунікацій [7]).

Відповідно до ч. 1 ст. 176 Кримінального кодексу України «Порушення авторського права і суміжних прав» предметами злочину є твори науки, літератури, мистецтва, комп'ютерні програми і бази даних, виконання, фонограми, програми мовлення, у тому числі такі, які розміщені на відповідному носії — аудіо-, відео- касеті, дискеті та іншому носії. Це зазначається і авторами, які досліджували вказану проблематику, і, зокрема, визначали предмет розглядуваного злочину.

Натомість, у класичній теорії кримінального права предмет злочину, здебільшого, визначається як матеріальний об'єкт [8] або предмет матеріального світу, з певними властивостями котрого кримінальний закон пов'язує наявність у діях особи ознаки конкретного складу злочину [9]; чи, діючи на які, особа посягає на блага, що належать суб'єктам суспільних відносин [10]; або з приводу котрих або у зв'язку з якими вчинюється злочин [11].

При цьому останні роки науковці продемонстрували тенденції визначення як предметів злочину предметів об'єктивного світу. Так, О. Радущий у 2002 р. визначив предмет злочину як речі або інші явища об'єктивного світу (інформація, енергія тощо), з властивостями котрих кримінальний закон пов'язує наявність у діянні особи ознак складу конкретного злочину [12]. Це визначення, серед інших, стало основою подальшого аналізу, зокрема, комп'ютерної інформації як предмета злочину [13] та визначення віртуального предмета злочину, зробленого у 2003 р., під яким розуміється такий предмет об'єктивного світу, котрий створений за допомогою спеціальних методів та (чи) засобів, фізично відсутній, але має зовнішнє представлення або має набути такого представлення за допомогою спеціальних методів та способів впливу [14].

Досліджуючи визначення комп'ютерних програм і баз даних, як предметів цивільно-правової та кримінально-правової охорони, а також їх властивостей, стає очевидним, що останні не підпадають під стале (традиційне) визначення предмета злочину за класичною теорією кримінального права, оскільки вони: а) не належать до предметів матеріального світу; б) не є матеріальними об'єктами.

Проте саме за цими та іншими ознаками, які передбачають наявність спеціальних засобів та способів створення і спеціальної

обробки задля надання зовнішнього представлення, необхідного для сприйняття людиною, вони належать до віртуального предмета злочину.

Необхідно звернути увагу на те, що як предмети, на котрі спрямовані протиправні дії злочинця, комп'ютерні програми і бази даних, а також твори науки, літератури, мистецтва, виконання, фонограми, програми мовлення безпосередньо зазначені у ст. 176 КК України, тобто стають обов'язковими для встановлення і доказування предметами цього злочину.

Очевидно, що як зауваження до такого підходу може зазначитися обов'язкова необхідність матеріального закріплення відповідного твору, програми, бази даних тощо на матеріальному носії. Однак за змістом самої ж ч. 1 ст. 176 КК очевидно, що законодавець насамперед мав на увазі саме як закріплені на відповідному носії предмети, так і ті, котрі не мають цієї ознаки, оскільки у досліджуваній нормі зазначено, що кримінально-караними є незаконне відтворення та поширення «творів науки, літератури, мистецтва, комп'ютерних програм і баз даних, виконань, фонограм, програм мовлення, у тому числі таких, які розміщені на відповідному носії — аудіо-, відео- касеті, дискеті та іншому носії». Тобто, у нормі йдеться альтернативно про предмети, які не закріплені на певних носіях, й такі, котрі на носіях закріплені.

Детально необхідно підійти до аналізу можливості представлення у вигляді компіляції (баз) даних творів науки, літератури, мистецтва. Виходячи з визначення баз даних, наведеного у ст. 1 Закону «Про авторське право і суміжні права», названі твори можуть бути представлені у вигляді баз даних, якщо вони викладені у вигляді: сукупності творів; сукупності даних; сукупності будь-якої іншої незалежної інформації — у довільній формі, у тому числі — електронній, підбір і розташування складових частин якої та її упорядкування є результатом творчої праці, і складові частини якої є доступними індивідуально і можуть бути знайдені за допомогою спеціальної пошукової системи на основі електронних засобів (комп'ютера) чи інших засобів.

Виходячи з наведених ознак баз даних, можна виділити специфічні ознаки комп'ютерних баз даних, як різновиду баз даних в цілому. Якщо бази даних в цілому можуть

бути вказаними сукупностями, створеними у довільній, у тому числі, електронній формі, то комп'ютерні бази даних можуть мати виключно електронну форму. Специфічною для баз даних також є система пошуку, оскільки для комп'ютерних баз даних вона може здійснюватися виключно за допомогою комп'ютерних систем, на відміну від баз даних, які не є електронними.

Враховуючи варіативність у можливості представлення баз даних, яка включає електронне представлення, та можливість здійснення пошуку в них за допомогою комп'ютерних систем, слід визначити, що до комп'ютерних баз даних належать сукупності творів, даних або будь-якої іншої незалежної інформації у електронній формі, добір і розташування складових котрої та її упорядкування є результатом творчої праці, і складові якої є доступними індивідуально і можуть бути знайдені за допомогою спеціальної пошукової системи на основі комп'ютерних систем.

Реалії доводять, що сучасний світ наповнений електронними базами даних, які не лише представляють твори науки, літератури та мистецтва, а й містять їх і надають право вільного індивідуального доступу до останніх, а також самі або за допомогою інших систем [15] забезпечують пошук таких творів.

До переліку нематеріальних предметів злочинів, що посягають на авторське право і суміжні права, на які може спрямовувати свої дії злочинець з допомогою комп'ютерних систем, також безпосередньо належать аудіо-, візуальні та аудіовізуальні твори, котрі мають електронне представлення: музичні твори, фонограми, кінематографічні твори. У разі посягання на такі за допомогою комп'ютерних систем злочинець, навіть маючи вільний доступ до них, має можливість їх отримання і / або поширення, всупереч волі їх власника чи особи, яка має виключні права на це поширення. Каталоги таких творів і самі вони безпосередньо у великій кількості представлені в Internet. Так, за пошуком «скачать безплатно» (рос.) пошукова система META надає посилання на 7 574 web-сайти, пошукова система RAMBLER — на 191 102 web-сайти, пошукова система GOOGLE - близько 15 000 000 web-сайтів, з яких п'ята частина стосується аудіо- і відеопродукції: «фільмів» та «музики». Такі дані, навіть, поверхового моніторингу вражають

очевидною і тотальною кількістю відкрито рекламованих і відкритих для доступу творів, посягання на які вчинюються щомиттєво. Ці предмети — музичні і кінематографічні твори, які мають і цінність, і вартість, але не мають зовнішнього представлення без застосування до них спеціальних методів обробки, засобів та заходів, також не можуть бути визначені предметами злочину за визначенням предмета злочину класичною теорією кримінального права, а повинні розумітися як віртуальні предмети злочину.

Практично необхідним є аналіз та визначення як предмета злочину, передбаченого ст. 176 КК України, програм телебачення і радіомовлення. У разі визнання останніх віртуальними предметами злочину через специфіку їх трансляції та представлення, у тому числі в Internet, вони отримують статус предмета злочину, передбаченого ст. 176 КК, і посягання на них, безперечно, буде тягнути застосування кримінальної відповідальності.

Такі дослідження будуть проведені найближчим часом, проте вже зараз необхідно зауважити, що ефірні трансляції телевізійних та радіоканалів у світі, в тому числі і в Україні, планомірно і поступово переходять на високотехнологічне транслявання: цифрове, супутникове, стрім-телебачення тощо. Крім того, слід враховувати Internet ресурси сучасних телевізійних і радіо-каналів, які також належать до об'єктів авторського права і суміжних прав, а за характером отримання та набуття зовнішнього представлення належать до віртуального предмета злочину. До того ж, їх риси містять всі ознаки компіляцій (баз) даних, оскільки вони: а) є сукупністю творів, даних або будь-якої іншої незалежної інформації у довільній формі, в тому числі — електронній; б) добір і розташування їх складових, упорядкування є результатом творчої праці; в) складові частини їх є доступними індивідуально [16] і можуть бути знайдені за допомогою загальних та спеціальних пошукових систем на основі електронних засобів (комп'ютера) чи інших засобів [17].

Об'єктивно зумовлене колишніми реаліями, проте явно вузьке сьогодні сприйняття як предмета злочину виключно матеріальних предметів або предметів виключно матеріального світу призводить до неможливості визначення як предмета злочину предметів, які не мають матеріальної (відчутної) ознаки, котрі не можна сприйняти (побачити, почути, відчуті) без спеціальної

обробки. Складнощі у тлумаченні таких предметів об'єктивного світу, які не мають матеріальної ознаки, навіть якщо вони безпосередньо зазначені у диспозиції відповідної норми кримінального закону, оскільки загальнотеоретичне сприйняття предмета злочину базується на матеріалістичному підході. Останній до визначення предмета злочину зумовлює помилки при визначенні дійсного (реального) предмета злочинів, які посягають безпосередньо на віртуальний предмет високих технологій, оскільки як предмет злочину помилково сприймається носій, на котрому такий предмет розміщений чи завдяки якому він передається. Саме до них належать такі об'єкти авторського права і суміжних прав, які мають електронне представлення, у тому числі й ті, котрі представлені на відповідних носіях.

Виходячи з наведеного вище, потрібно звернути увагу на об'єктивну необхідність

трансформації визначення предмета злочину і визнання існування віртуального предмета злочину з урахуванням революційного розвитку під впливом високих технологій як об'єктів авторського права, котрі підлягають кримінально-правовому захисту, так і видів нових злочинів та способів вчинення злочинів, що посягають на ці об'єкти.

Розвиток інформаційного суспільства, як новий рівень відносин у світі, котрий завдяки існуванню транснаціональним глобальним інформаційним мережам не може встановити кордонів для руху інформаційних потоків і новітніх технологій, вимагає від сучасної вітчизняної науки кримінального права визнання існування поряд з матеріальним предметом злочину віртуального предмета злочину, який, по суті, є віддзеркаленням матеріального предмета злочину в інформаційному (віртуальному) просторі.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ:

1. Конвенція Ради Європи «Про кіберзлочинність» / Рада Європи / Конвенція / Міжнародний документ від 23 листопада 2001 р.
2. Документ 995-051; ред. від 31 травня 1995 р. на підставі 189/95-ВР. Дата підписання 24 липня 1971 р.
3. Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности СОТ; Угода, Міжнародний документ від 15 квітня 1994 р. Документ 981-018; ред. від 15 квітня 1994 р.
4. Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право, прийнятий Дипломатичною конференцією 20 грудня 1996 р., та положення Бернської конвенції (1971 р.).
5. Міжнародна конвенція про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення ООН // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України <http://www.rada.kiev.ua/>
6. Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про виконання фонограм, прийнятий Дипломатичною конференцією 20 грудня 1996 р.
7. Брижко В. М., Цимбалюк В. С., Орехов А. А., Гальченко О. Н. е-будущее и информационное право / Под ред. док. юрид. наук, проф. Р. А. Калужного, док. экон. наук, проф. М. Я. Швеца. - К., 2002. - С. 79.
8. Коржанський М.Й. Предмет і об'єкт злочину. — Д., 2005. — С. 119.
9. Тацій В.Я. Об'єкт і предмет злочину. — Харків, 1991. — С. 33; Кримінальне право України. Загальна частина: Підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закладів освіти/ М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін.; За заг. ред. професорів М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. — Київ-Харків, 2002. - С. 128.
10. Кримінальне право України. Загальна частина: Підруч. для студ. юрид. вузів і фак. / За ред. П. С. Матишевського, П. П. Андрушка, С. Д. Шапченка. — К., 1997. — С. 131.
11. Чернишова Н. В. Кримінальне право України (Загальна частина): Навч. посіб. — К., 2003. — С. 68; Уголовное право Украины. Общая часть: Учеб. / Отв. ред. Я. Ю. Кондратьев / Под ред. В. А. Клименко, Н. И. Мельника. — К., 2002. — С. 104.
12. Радутний О. Е. Кримінальна відповідальність за незаконне збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю (аналіз складів злочинів): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Харків, 2002. — С. 10.
13. Мазуренко Р., Розенфельд Н. Комп'ютерна інформація, як предмет злочинів, передбачених Розділом XVI КК України // Право України. — 2004. — № 6. — С. 80-83.
14. Розенфельд Н. А. Кримінально-правова характеристика незаконного втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2003. — С. 9.
15. Пошукові системи: «GOOGLE» <http://www.google.com.ua>; «YAHOO» <http://www.yahoo.com>; «META» <http://www.meta.ua>, «RAMBLER» <http://www.rambler.ru>
16. Web-сайти On-line ретрансляторів програм українських телевізійних каналів у Internet: UkrainaTV <http://www.ukrainatv.com>; [www.tvukraina.com](http://www.tvukraina.com)
17. UkrainaTV.com <http://www.ukrainatv.com/>



## **Загальнодержавне періодичне видання**

**Засноване** у 1922 році **Видається** щомісячно

**Свідоцтво** про державну реєстрацію: **Передплатний індекс:** 74424

Серія А01 № 129668

**Адреса редакційної колегії:**

04107, м. Київ-107

вул. Багговутівська, 17-21, кімн. 427

Тел.: (044)537-51-10

E-mail: [pravoua@gmail.com](mailto:pravoua@gmail.com)

**Головний редактор:**

*СВЯТОЦЬКИЙ О. Д.,*

доктор юридичних наук, професор,

член-кореспондент АПрН України

**Відповідальний секретар:**

*Полешко А. С.*

### **ЗАСНОВНИКИ:**

- © Міністерство юстиції України
- © Конституційний Суд України
- © Верховний Суд України
- © Вищий господарський суд України
- © Генеральна прокуратура України
- © Інститут держави і права НАН України
- © Академія правових наук України
- © Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого

### **ВИДАВЕЦЬ**

©ТОВ «Видавничий Дім «Ін Юре»



**5/2008**