



КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОХОРОНА АВТОРСЬКОГО ПРАВА І СУМІЖНИХ ПРАВ В ІСПАНІЇ

Володимир Гулкевич,

начальник відділу нагляду за дотриманням законів органами внутрішніх справ при провадженні оперативно-розшукової діяльності, дізнання та досудового слідства прокуратури Тернопільської області, старший радник юстиції

Внаслідок певних об'єктивних причин Україна перебуває на початковому етапі набуття досвіду боротьби зі злочинністю проти авторського права і суміжних прав. Необхідність удосконалення кримінально-правової норми, яка передбачає відповідальність за вказані злочини, не викликає сумнівів [1].

Вивчення законотворчості Іспанії у сфері кримінально-правової охорони авторського права і суміжних прав може бути корисним з наступних причин.

По-перше, Іспанія є єдиним представником Європейського Союзу, віднесеним Міжнародною організацією виробників фонограм, до десяти перших країн, так званої, "пріоритетної території", тобто держав з високим рівнем музичного піратства, який у 2004 році склав 24 відсотки від вартості загального ринку фонограм у цій країні. У абсолютному виразі вартість розповсюджених з порушеннями суміжних прав фонограм склала 77 млн. доларів США, що на 35 млн. доларів США перевищує зазначений показник в Україні [2].

По-друге, викликає інтерес еволюція законодавства про кримінальну відповідальність за скоєння злочинів проти авторського права і

суміжних прав, починаючи з Кримінального кодексу Іспанії 1822 року та закінчуючи Кримінальним кодексом 1995 року.

По-третє, видається корисним досвід вказаної держави щодо імплементації міжнародних договорів з питань охорони прав інтелектуальної власності та гармонізації національного кримінального законодавства відповідно до директив Парламенту Європейського Союзу та Ради Європи.

Вітчизняний та російські науковці А.М.Коваль, О.О.Коваленко, О.В.Козлов, Ю.В.Трунцевський у своїх працях обмежились лише викладом перекладу норм іспанського законодавства, яке передбачає кримінальну відповідальність за порушення авторського права і суміжних прав, не здійснивши його глибокого аналізу [3].

Для початку, коротко оглянемо еволюцію іспанської правової думки щодо об'єкта кримінально-правової охорони. У КК Іспанії 1822 року норма (ст. 782), яка встановлювала кримінальну відповідальність за злочини у сфері авторського права, містилась у главі VII "Про спотворення або підробку чужих творів чи заподіяння шкоди промисловості" розділу III "Злочини проти приват-



ної власності" частини II кодексу "Злочини проти приватних осіб" [4]. Отже, уже на той час, іспанський законодавець усвідомлював особливий характер інтелектуальної власності, хоча і вважав її складовою частиною приватної власності.

Проте, у КК Іспанії 1848 року захист прав інтелектуальної власності не відрізнявся від охорони права власності взагалі та вважався різновидом шахрайських дій. Відповідна кримінально-правова норма ст. 446 була поміщена у секцію 2 "Шахрайство та інший обман" глави IV "Незаконне заволодіння" розділу XIV "Злочини проти власності" книги II "Злочини і покарання" [5].

Подібний підхід до визначення місця злочинів проти авторського права зберігався і під час прийняття Кримінальних кодексів 1870 (ст. 552), 1928 (ст. 725), 1932 (ст. 527) та 1944 (ст. 531) років [6].

У 1963 році під час прийняття нової редакції КК Іспанії 1944 року ст. 534, яка передбачала кримінальну відповідальність за злочини проти права інтелектуальної власності, містилась у секції III "Порушення авторського права та промислової власності" глави IV "Незаконне заволодіння" розділу XII "Злочини проти власності" книги II "Злочини і покарання" [7]. Відповідно до Органічного закону від 11 листопада 1987 року ст. 534 КК Іспанії 1944 року передбачала відповідальність за вчинення злочинів проти промислової власності. Водночас, кримінально-правова охорона авторського права і суміжних прав встановлювалась у ст. 534 "а", 534 "в" і 534 "с" кодексу [8].

У чинному КК Іспанії 1995 року кримінально-правові норми, які встановлюють відповідальність за

порушення авторського права і суміжних прав (ст. 270-271), містяться у секції 1.а "Злочини проти інтелектуальної власності" [9] глави XI "Злочини проти інтелектуальної та промислової власності, торгівлі та прав споживачів" розділу XIII "Злочини проти власності та порядку суспільної економіки" книги II "Злочини і покарання" [10].

Російський науковець О.В.Козлов вважає, що кримінально-карані порушення авторського права і суміжних прав, відповідно до іспанського законодавства, є економічними (господарськими) злочинами [11]. Проте, ознайомлення з іспанськими науковими концепціями не дозволяє підтримати вказану думку.

Неважко помітити, що розділ XIII КК Іспанії 1995 року є об'єднанням різнопланових деліктів проти власності (у тому числі, інтелектуальної та промислової) та економічного (господарського) порядку. Водночас, більшість іспанських науковців об'єктом кримінально-правової охорони (у розумінні пострадянської науки кримінального права — родовим об'єктом) злочинів, передбачених ст. 270-271 КК Іспанії 1995 року, визнають право інтелектуальної власності [12].

На час прийняття КК Іспанії 1995 року його ст. 270 складалася з трьох частин наступного змісту:

"Карається позбавленням волі від 6 місяців до 2 років або штрафом у розмірі від 6 до 24 місячних заробітних плат кожна особа, яка з корисливим мотивом і на шкоду іншим особам, відтворює, розповсюджує, здійснює плагіат або опубліковує, в повному обсязі чи його частину, літературний, художній чи науковий твір, його переробку, інтерпретацію або артистичне вико-



АВТОРСЬКЕ ПРАВО

нання, зафіксоване на будь-якому виді носіїв чи передає його за допомогою будь-яких засобів, без дозволу власників відповідних прав інтелектуальної власності чи їх правонаступників.

Таке ж покарання призначається особі, яка умисно імпортує, експортує чи зберігає примірники зазначених вище творів, виробів [13] або виконань без відповідного дозволу.

Таке ж покарання призначається за виробництво, випуск в обіг і володіння будь-яким засобом спеціально призначеним для здійснення незаконного обходу чи нейтралізації технічних засобів захисту комп'ютерних програм." [14]

Більшість іспанських науковців вважають безпосереднім об'єктом (правовим благом, яке зазнає посягання) вказаного злочину майнові права суб'єктів авторського права і суміжних прав, які складають зміст виключного права на використання продуктів їхньої творчості. Вказаний висновок ґрунтується, по-перше, на визнанні "шкоди іншим особам" обов'язковим елементом об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 270 КК Іспанії 1995 року.

По-друге, законодавець у чинному кримінальному законі не визнав, на відміну від КК Іспанії 1944 року (в редакції 1963 року із змінами, внесеними у 1987 році), обтяжуючими обставинами скоєння одночасно з кримінально-караними порушеннями майнових прав також наступних порушень особистих немайнових прав суб'єктів авторського права і суміжних прав:

- порушення права автора на обнародування;
- привласнення права авторства на твір чи його частину або імені артиста на виконання;

- суттєва зміна цілісності твору без дозволу автора.

По-третє, вважається, що порушення особистих немайнових прав у КК Іспанії 1995 року декриміналізовано. Деяка полеміка ведеться стосовно плагіату, який, у цивільно-правовому розумінні, є порушенням саме одного з особистих немайнових прав автора — права на авторство, передбаченого ст. 14 Закону Іспанії про інтелектуальну власність 1987 року в редакції 1996 року [15]. Проте, більшість науковців визнають кримінально-караним не будь-яке привласнення права авторства на твір, а лише опублікування або (та) розповсюдження особою чужого твору чи його частини під своїм іменем. Отже, привласнення права авторства без наступного порушення майнових прав автора не є злочином.

Обмеження обсягу кримінально-правового захисту прав суб'єктів права інтелектуальної власності пояснюється політикою так званого "мінімального втручання", яка полягає у пріоритеті охорони більш важливих прав та інтересів. Вважається, що особисті немайнові права автора та виконавця можуть бути належним чином захищені за допомогою цивільно-правових засобів [16].

Проте, деякі представники іспанської наукової доктрини дотримуються думки, що злочини у сфері авторського права і суміжних прав одночасно посягають як на майнові права автора і виконавця, так і на їхні особисті немайнові права [17]

Предметом злочину, передбаченого ст. 270 КК Іспанії 1995 року, є об'єкти авторського права і суміжних прав. Окремі з них безпосередньо вказані у диспозиції ч. 1 зазначеної статті: літературний, худо-



жній, науковий твір, його переробка, переклад, виконання. Проте, у цій кримінально-правовій нормі, на відміну від ст. 176 КК України, як предмети злочину безпосередньо не названі фонограма, відеограма та програма мовлення. Водночас, оскільки у ст. 270 КК України визначено, що літературний, художній чи науковий твір, його переробка, переклад або артистичне виконання зафіксовані на будь-якому виді носіїв чи передаються за допомогою будь-яких засобів, наукова думка та судова практика визнають предметами злочину фонограми, відеограми та програми мовлення. Відповідно до ст. 10 та 12 Закону про інтелектуальну власність комп'ютерні програми та бази даних визнані творами.

Починаючи з 1987 року іспанський законодавець відмовився від використання бланкетної диспозиції для характеристики злочинів проти інтелектуальної власності, запобігаючи, таким чином широкому тлумаченню закону. У ч. 1 ст. 270 КК Іспанії визначено 4 види злочинних посягань на авторське право і суміжні права: незаконне відтворення, розповсюдження та опублікування об'єктів права інтелектуальної власності, а також плагіат.

Безпосередньо у правовій нормі встановлено, що кримінально-караними є порушення майнових прав суб'єктів авторського права і суміжних прав як стосовно цілого об'єкта права інтелектуальної власності, так і його частини.

Незаконним відтворенням визнається лише виготовлення твору чи об'єктів суміжних прав з метою його подальшого опублікування чи розповсюдження. Вважається, що відтворення об'єктів авторського права

і суміжних прав, здійснене хоча і без дозволу правовласників, але без наміру наступного комерційного (корисливого) їх використання не є злочином. Водночас, для визнання відтворення злочинним кількість незаконно виготовлених примірників значення не має.

Незаконним розповсюдженням об'єктів авторського права і суміжних прав вважається надання їх без дозволу правовласників у публічне розпорядження шляхом продажу, прокату, позички чи будь-яким іншим способом. Навпаки, не визнається злочином розповсюдження творів чи об'єктів суміжних прав надання їх для приватного користування членам сім'ї або друзям.

Кримінально-караним опублікуванням об'єктів авторського права і суміжних прав визнається будь-яка дія, скоєна без дозволу правовласників, внаслідок якої певна кількість осіб може отримати доступ до твору. Основною ознакою опублікування є вчинення цієї дії до розповсюдження твору [18].

Плагіатом в іспанській науці кримінального права визнається привласнення винною особою права авторства на чужий твір, поєднане з наступним незаконним використанням виключних майнових прав.

Ефективному захисту права інтелектуальної власності сприяє визнання, крім наведених вище порушень майнових прав суб'єктів авторського права і суміжних прав, також і ряду дій з незаконного обігу примірників творів, фонограм і відеограм (ч. 2 ст. 270 КК Іспанії).

- умисний експорт або зберігання примірників об'єктів авторського права чи суміжних прав без дозволу правовласників;
- умисний імпорт примірників



АВТОРСЬКЕ ПРАВО

об'єктів авторського права чи суміжних прав без дозволу правовласників, у тому числі, якщо ввезення в Іспанію відбулось з однієї з країн Європейського Союзу, у якій зазначені продукти творчості були придбані законно [19].

Необхідно відзначити, що до останнього типу кримінально-караного діяння належить, так званий "паралельний імпорт", під яким розуміють ввезення без дозволу суб'єктів авторського права і суміжних прав на територію Іспанії примірників творів, фонограм і відеограм, правомірно вивезених раніше з цієї держави.

У ч. 3 ст. 270 КК Іспанії встановлено кримінальну відповідальність за виробництво, випуск в обіг або володіння будь-яким засобом, спеціально призначеним для полегшення незаконного обходу чи нейтралізації технічних засобів захисту комп'ютерних програм, інших творів, фонограм або відеограм [20].

Основною причиною криміналізації цього діяння стало, насамперед, виконання положень ч. 1 ст. 7 Директиви Ради Європи від 14 травня 1991 року щодо правової охорони комп'ютерних програм [21]. Однак, позиція законодавця, яка ґрунтувалася на пріоритеті кримінально-правової охорони майнових прав лише авторів комп'ютерних програм, піддавалася суттєвій критиці в науковій доктрині іспанського кримінального права.

Противники виключної охорони прав одного з суб'єктів авторського права вважали, що подібний підхід ламає намагання створити єдину модель власника прав інтелектуальної власності та принижує важливість захисту прав решти суб'єктів ав-

торського права і суміжних прав [22].

Саме тому, Законом від 25 листопада 2003 року до ч. 3 ст. 270 КК Іспанії внесено зміни, якими встановлено кримінальну відповідальність за незаконне виробництво, ввезення, випуск в обіг або володіння будь-яким засобом, спеціально призначеним для полегшення незаконного обходу чи нейтралізації технічних засобів захисту усіх об'єктів авторського права чи суміжних прав.

В іспанській науці кримінального права існує дві точки зору щодо природи вказаного злочину. Частина вчених визнають діяння, передбачені ч. 3 ст. 270 КК Іспанії підготовкою до скоєння власне порушень майнових прав суб'єктів авторського права і суміжних прав, тобто злочинів, передбачених ч. 1 цієї статті, інші вважають зазначений делікт самостійним злочином з формальним складом [24].

Оскільки виробництво, випуск в обіг або володіння засобом, спеціально призначеним для полегшення незаконного обходу чи нейтралізації технічних засобів захисту об'єктів авторського права і суміжних прав вчиняються до початку скоєння інших злочинів проти авторського права і суміжних прав, передбачених ч. 1 ст. 270 КК Іспанії, вважається, що ці діяння не можуть заподіяти безпосередню економічну шкоду. Криміналізація таких діянь зумовлена також необхідністю збільшення межі захисту авторського права [25].

У ст. 271 КК Іспанії 1995 року встановлено відповідальність у вигляді позбавлення волі від 1 до 4 років, штрафу в розмірі від 12 до 24 місячних заробітних плат та спе-



ціальним обмеженням займатися діяльністю у сфері авторського права і суміжних прав на строк від 2 до 5 років у випадку скоєння діянь, передбачених ст. 270 КК Іспанії, за обтяжуючих обставин, якими визнано:

- якщо одержаний прибуток має важливе економічне значення;
- якщо вчинені дії заподіяли особливої шкоди, зважаючи на кількість незаконного виготовлених об'єктів авторського права і суміжних прав, чи призвели до особливої шкоди;
- якщо винна особа належить до організації чи асоціації, у тому числі тимчасової, кінцевою метою діяльності якої є порушення авторського права і суміжних прав;
- якщо злочин скоєно із залученням неповнолітньої особи.

Окремі науковці звертають увагу на певну незрозумілість формулювання перших двох обтяжуючих обставин та труднощі у відмежуванні однієї від іншої [26].

Обов'язковою ознакою складу злочинів, передбачених ч. 1 та 2 ст. 270, ст. 271 КК Іспанії 1995 року, є "шкода третім особам". На відміну від "матеріальної шкоди у великому розмірі", яка є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 176 КК України, вказане вище поняття не визначається у кількісному виразі.

В іспанській науці кримінального права існують три підходи до вирішення змісту поняття "шкода третім особам".

Частина науковців вважають, що порушення авторського права і суміжних прав заподіюють суб'єктам цих прав майнову (економічну) шкоду, під якою розуміють, насамперед, втрачену вигоду.

Інші вчені дотримуються думки про заподіяння злочином шкоди майновим інтересам суб'єктів права інтелектуальної власності, стверджуючи, що характер шкоди, яка спричиняється різними видами кримінально-караних порушень авторського права і суміжних прав, не є однаковим. Тобто, вважається, що незаконним розповсюдженням і опублікуванням, а також плагіатом, який за своїм змістом також є опублікування чужого твору після присвоєння авторства на нього, заподіюється шкода у вигляді втраченої вигоди. Водночас, шкода, заподіяна незаконним відтворенням об'єктів авторського права і суміжних прав, їх зберіганням, експортом та імпортом, має інший характер, оскільки ці дії є підготовчими щодо розповсюдження та опублікування. Отже, у цьому випадку, мова може йти про своєрідну шкоду майновим інтересам суб'єктів авторського права і суміжних прав.

Професор Фернандо Міро Лінарес вважає, що "шкода третім особам" є елементом суб'єктивної сторони злочину і проявляється у бажанні особи, яка незаконно відтворює, зберігає, експортує та імпортує об'єкти авторського права і суміжних прав, надалі їх опублікувати чи розповсюдити [27].

Суб'єктивна сторона деліктів, передбачених ч. 2 та 3 ст. 270, ст. 271 КК Іспанії характеризується прямим умислом, а кримінально-карані діяння, викладені у ч. 1 ст. 270 КК Іспанії можуть вчинятися з прямим або непрямим умислом [28]. Обов'язковим елементом суб'єктивної сторони усіх діянь, передбачених ст. 270 та 271 КК Іспанії 1995 року є наявність корисливого мотиву у винної особи [29].



АВТОРСЬКЕ ПРАВО

Суб'єктом злочинів проти авторського права і суміжних прав може бути будь-яка фізична осудна особа, у тому числі, автор, який, після відчуження своїх майнових прав на твір, без дозволу набувача цих прав з корисливою метою відтворює, розповсюджує чи опубліковує цей твір.

Короткий аналіз норм КК Іспанії 1995 року, які передбачають відповідальність за порушення авторського права і суміжних прав, дозволяє зробити наступні висновки:

1. Виділення злочинів проти авторського права і суміжних прав та права промислової власності в окрему секцію Кримінального кодексу Іспанії сприяє правильному визначенню об'єкта кримінально-правової охорони, підкреслює важливість соціальних цінностей, які захищаються кримінальним законом.
2. Відмова від високого ступеня бланкетності диспозиції ч. 1 ст. 270 КК Іспанії 1995 року та визначення кримінально-караних дій безпосередньо у правовій нормі є запорукою вірного та однакового застосування закону на практиці.
3. Високий рівень кримінально-правового захисту прав інтелектуальної власності забезпечується встановленням відповідальності за умисні порушення майнових прав суб'єктів авторського права і суміжних прав, незалежно від розміру заподіяної їм шкоди, криміналізацією дій з незаконного обігу контрафактних примірників творів, фонограм, відеограм, програм мовлення, а також діянь із випуску в обіг засобів, спеціально призначених для полегшення незаконного обходу чи нейтралізації технічних засобів захисту об'єктів авторського права чи суміжних прав. ●

Література:

1. А.М.Коваль. *Кримінальна відповідальність за порушення авторського права і суміжних прав. Теорія і практика*. К., 2005, — с. 136-142.
2. *The recording industry commercial 2004 piracy report*/<http://www/ifpi.org/site-content/library/piracy2004.pdf>.
3. А.М.Коваль. *Вказ. праця*, с. 129-130; А.А.Коваленко. *А.А.Коваленко. Уголовно-правовая охрана авторских и смежных прав. Дисс. канд. юрид. наук. М., 2001, — с. 79; А.В.Козлов. Уголовно-правовая охрана авторских и смежных прав. Дисс. канд. юрид. наук. Нижний Новгород. — 2002, — с.64-66; Ю.В.Трунцевский. Защита авторского права и смежных прав в аудио-визуальной сфере (уголовно-правовой и криминологический аспекты). Дисс. доктора юрид. наук. М., 2003, — с.345-347.*
4. A.Gonzalez Gomez. *El tipo basico de los delitos contra la propiedad intelectual. De la reforma de 1987 alCodigo Penal de 1995. Madrid, 1998, — p. 31*
5. F.Miro Llinares. *La proteccion penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la informacion. Madrid, 2003, p. — 47.*
6. A.Gonzalez Gomez. *Ob. cit., — p. 36-37.*
7. C.Busch. *La proteccion penal de los derechos de autor en Espana y Alemania. Analisis de derecho comparado. Perspectiva comunitaria de la lucha contra la pirateria intelectual. Barcelona. — 1995, — p. 62.*



8. J.M.Gomez Benitez, G.Quintero Olivares. *Proteccion penal de los derechos de autor y conexos*. Madrid. — 1988, — p. 26-27.
9. Мається на увазі авторське право і суміжні права, які в іспанському законодавстві та науці об'єднані поняттям право інтелектуальної власності на відміну від права промислової власності.
10. A.Gonzalez Gomez. *Ob. cit.*, — p. 49.
11. А.В.Козлов. *Указ.соч.*, с. — 145.
12. Більш детально див. F.Miro Llinares. *Ob. cit.*, — p. 85-127.
13. Під цим терміном слід розуміти фонограми та відеограми, програми мовлення.
14. A.Gonzalez Gomez. *Ob. cit.*, — с. 49-50.
15. У цій статті використовується офіційний текст закону на іспанській мові/http://mci.es/propint/files/LeyProp_Intelectual_mod172.pdf.
16. Більш детально проблеми визначення безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 270 КК Іспанії 1995 року, висвітлені у F.Miro Llinares. *Ob. cit.*, — p. 170-257.
17. I.Valeije Alvarez. *Observaciones sobre los delitos contra la propiedad intelectual./ Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense. Universidad de Vigo.* — 2002, — p. 584; M.Diaz y Garcia Conlledo. *Delitos contra la propiedad intelectual./ Enciclopedia Penal Basica. Director D.M.Luzon Pena. Granada.* — 2002, p. 424-427.
18. J.C.Ferre Olive. *Delitos contra los derechos de autor./ Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid. Enero-abril, 1991,* — p. 81-82.
19. Частина 2 ст. 270 КК Іспанії у редакції Закону від 25 листопада 2003 року./ <http://www.igsap.es/cia/dispo/27892.htm>.
20. Проблема встановлення в Україні кримінальної відповідальності за вчинення дій для свідомого обходу технічних засобів захисту авторського права і (або) суміжних прав детально висвітлена у В.Гулкевич. *Технічні засоби захисту авторського права і суміжних прав. Проблеми вдосконалення правової охорони./ "Прокуратура. Людина. Держава".*— 2005, — № 8,— с. 41-50.
21. F.M. Llinares. *Ob. cit.*, — p. 427-428.
22. A.Gonzalez Gomez. *Ob. cit.*, p. 201.
23. Неофіційний текст закону /<http://www.igsap.es/cia/dispo/27892.htm>.
24. V.Gomez Martin. *El delito de fabricacion, puesta en circulacion y tenencia de medios destinados a la neutralizaci?n de dispositivos protectores de programas informaticos (art. 270, parr. 3 CP). A la vez, un estudio sobre los delitos de emprendimiento o preparacion en el CP de 1995./ Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminologia.* — 2002, — num. 04-16, p. — 16:5-16:6.
25. Там само, — с. 16:21-16:22.
26. M.Diaz y Garcia Conlledo. *Ob. cit.*, — p. 431.
27. Більш детально див. F.M. Llinares. *Ob. cit.*, — p. — 336-351.
28. M.Diaz y Garcia Conlledo. *Ob. cit.*, — p. 429-430.
29. F.M.Llinares. *Ob. cit.*, — p. 444-445.