

4. Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський статут) від 11 липня 2001 року // Офіційний вісник України. — 2001. — № 28. — Ст. 1267.
5. Мацукяп В. Не все дороги ведуть в город Гаага // [www.yurpractika.com/article.php?id=10004116](http://www.yurpractika.com/article.php?id=10004116).
6. Державна програма забезпечення позитивного міжнародного іміджу України на 2003–2006 роки: Затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 15 жовтня 2003 року // Офіційний вісник України. — 2003. — № 42. — Ст. 2209.
7. Заходи щодо виконання у 2005 році Плану дій Україна — ЄС: Затв. Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 22.04.2005 р.
8. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення зміни до статті 124 Конституції України» // [www.minjust.gov.ua/0/7797](http://www.minjust.gov.ua/0/7797).
9. Rome Statute of the International Criminal Court // [www.un.org/law/icc/statute/english/rome\\_statute\(e\).pdf](http://www.un.org/law/icc/statute/english/rome_statute(e).pdf).
10. Римський статут Міжнародного уголовного суду // [www.un.org/law/icc/statute/russian/rome\\_statute\(r\).pdf](http://www.un.org/law/icc/statute/russian/rome_statute(r).pdf).
11. Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 року // Офіційний вісник України. — 2001. — № 21. — Ст. 920.
12. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 року // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1984. — Дод. до № 51. — Ст. 1122.
13. Уголовный кодекс Российской Федерации: Закон Российской Федерации от 13 июня 1996 г. // [www.consultant.ru/popular/ukrf/10\\_28.html#p1840](http://www.consultant.ru/popular/ukrf/10_28.html#p1840).
14. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 року // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.
15. Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. — 2003 р. — № 18. — Ст. 144.

УДК 343.213:336.719.2

С. В. Тітомер

### БАНКІВСЬКА ТАЄМНИЦЯ ЯК ПРЕДМЕТ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ

Останнім часом учені багато уваги приділяють таким питанням, пов'язаним з банківською таємницею, як відокремлення останньої від інших видів таємниць, особливо комерційної, доступ до банківської таємниці з боку державних органів, дотримання режиму банківської таємниці та його співвідношення з протидією легалізації коштів, добутих злочинним шляхом. Проте в літературі до цього часу немає єдності поглядів стосовно природи і змісту банківської таємниці, її місця в системі інших видів інформації з обмеженим доступом.

Суспільні відносини стосовно банківської таємниці ускладнені поєднанням публічних та приватних інтересів. Неодноразово наголошувалось, що у цих відносинах повинен бути дотриманий баланс між публічним інтересом держави в особі її органів та приватноправовим інтересом, який уособлює інститут банківської таємниці [1, 2]. Не викликає сумнівів, що банківська таємниця може бути ефективним засобом приховування злочинних грошових коштів, проте цей інститут являє собою важливий аспект як особистого життя, так і корпоративної діяльності [2, 21–29].

Проблемами захисту інформації з обмеженим доступом займаються вчені Д. Гетманцев, Н. Коробцова, В. Кротюк, П. Репешко, А. Ришелюк, Г. Романовський, О. Самойлова, С. Сарбаш, С. Харламова та інші.

Законодавче визначення банківської таємниці наведено в ст. 60 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. № 2121-III, відповідно до якої банківська таємниця — це інформація щодо діяльності та фінансового стану клієнта, яка стала відомою банку у процесі обслуговування клієнта та взаємовідносин з ним чи третім особам при наданні послуг банку і розголошення якої може завдати матеріальної чи моральної шкоди клієнту, є банківською таємницею.

Наведене визначення дає зрозуміти, що відомості, які становлять банківську таємницю — це інформація, отже відносини стосовно банківської таємниці регулюються, зокрема, Законом України «Про інформацію» від 02.10.1992 р. № 2657-XII. Відповідно до ст. 30 зазначеного закону, інформація з обмеженим доступом за своїм правовим режимом поділяється на конфіденційну і таємну. Конфіденційна інформація — це відомості, які знаходяться у володінні, користуванні або розпорядженні окремих фізичних чи юридичних осіб і поширюються за їх бажанням відповідно до передбачених ними умов. До таємної інформації належить інформація, що містить відомості, які становлять державну та іншу передбачену законом таємницю, розголошення якої завдає шкоди особі, суспільству і державі.

Існує точка зору, відповідно до якої банківська таємниця є різновидом конфіденційної інформації, субінститутом права конфіденційності комерційної діяльності в галузі інформаційного права [3, 86–87], з чим не можна погодитись виходячи з такого.

Аналіз норм Закону України «Про інформацію» дозволяє дійти висновку, що банківська таємниця є різновидом таємної інформації (на відміну від державної — інша передбачена законом), отже відповідні відомості поширюються тільки в суворо передбачених законом межах і порядку. Розрізняє поняття конфіденційної інформації і банківської таємниці сам законодавець: наприклад, глава 10 Закону України «Про банки і банківську діяльність» має назву «Банківська таємниця та конфіденційність інформації». Таким чином, поняття конфіденційна інформація і банківська таємниця не можуть співвідноситись як загальне і окреме.

Комерційна таємниця, на відміну від банківської, має ознаки конфіденційної інформації, передбачені ч. 5 Закону України «Про інформацію», отже вона є одержаною суб'єктом підприємницької діяльності на власні кошти, є предметом його професійного, ділового, виробничого, комерційного та іншого інтересу, суб'єкт підприємницької діяльності самостійно визначає режим доступу до неї, включаючи належність її до категорії комерційної таємниці, та встановлює для неї систему (засоби) захисту.

Дійсно, нормативні положення ст. 30 Закону України «Про інформацію» більшою мірою створюють умови для різного тлумачення їх змісту, ніж чітко роз'яснюють зміст понять конфіденційної і таємної інформації, що, в свою

чергу, породжує теоретичні і практичні проблеми. На наш погляд, доцільно було б розкрити поняття «іншої, передбаченої законом таємниці» в ч. 7 ст. 30 Закону України «Про інформацію» шляхом переліку відповідних таємниць.

Питання відокремлення банківської таємниці і таємниці комерційної є цікавим не тільки з теоретичної, але й з практичної точки зору [4, 11]. Деякі вчені відносять банківську таємницю до комерційної таємниці як різновид останньої [5, 170]. Інші, до яких приєднується автор, не вважає за можливе змішувати ці поняття [6, 9; 7, 55]. Поняття «банківська таємниця» і «комерційна таємниця» в законодавстві України згадуються як окремі, наприклад, у ст. ст. 231, 232 Кримінального кодексу України від 05.04.2001 р. № 2341-III, що було б непотрібним у випадку, коли вони співвідносяться як загальне і окреме (перше містить у собі останнє) [8, 94]. Розмежування законодавцем режимів банківської та комерційної таємниці цілком логічно, тому що кожний з них захищає різний об'єм інформації [9, 51].

Відповідно до даних експертного опитування, проведеного кафедрою кримінального права Одеської національної юридичної академії у 2006–2007 рр., 67 % опитаних погоджуються з тим, що банківська і комерційна таємниця — це різні за змістом поняття, що підтверджує нашу точку зору, 21 % опитаних вважають, що поняття комерційної таємниці ширше і включає поняття банківської таємниці, 7 % респондентів у ході опитування зазначили, що банківська таємниця включає в себе комерційну, що є справедливим тільки для випадків, коли комерційні секрети стають відомими банку при обслуговуванні клієнта. Лише один респондент відповів, що комерційна і банківська таємниця — це поняття, які збігаються за своїм змістом, з чим також не можна погодитись.

Також зустрічаються твердження про те, що банківська таємниця є різновидом службової таємниці [10, 94], з чим важко погодитись, тому що режим службової таємниці в законодавстві чітко не визначений. Відповідно до єдиного законодавчого визначення службової таємниці, яке міститься в п. 1.5.11 Інструкції про порядок проведення ревізій і перевірок державною контрольно-ревізійною службою в Україні, затвердженої наказом Головного контрольно-ревізійного управління України від 03.10.1997 р. № 121, службова таємниця — це специфічна форма охорони комерційної таємниці суб'єкта господарювання, до якої на законних підставах отримав доступ державний службовець. Ми поділяємо точку зору О. С. Самойлової, яка вважає, що термін «службова таємниця» слід застосовувати до конфіденційної інформації, яка є власністю держави [11, 11].

Для визначення того, які відомості охоплюються поняттям банківської таємниці, необхідно також з'ясувати, які саме особи визнаються клієнтами банку. Стаття 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» дає легальне визначення клієнта банку — це «будь-яка фізична чи юридична особа, що користується послугами банку». Таким чином, у режимі банківської таємниці мають захищатися так звані «персональні дані» клієнта-фізичної особи.

На даний час Закон України «Про банки і банківську діяльність» не визнає

особу клієнта банку об'єктом банківської таємниці, що, на погляд деяких науковців, є порушенням особистих прав людини [7, 63]. Проте, відповідно до ст. 1076 Цивільного кодексу України, банк гарантує таємницю банківського рахунка, операцій за рахунком і відомостей про клієнта, що утворює колізію з Законом України «Про банки і банківську діяльність».

Останнім часом поширення набула точка зору про те, що банківська таємниця є важливим засобом забезпечення особистої таємниці людини, коли йдеться про вклади і рахунки фізичної особи.

За даними експертного опитування, 81 % респондентів вважають злочини, спрямовані проти встановленого порядку дотримання банківської таємниці посяганнями на права та свободи людини, 59 % — на господарські відносини та систему господарювання, 3 % — на інші суспільні відносини і 5 % не змогли надати відповідь на це запитання.

Можна припустити, що помилки у визначенні змісту банківської таємниці було припущено при конструюванні норм ст. ст. 231, 232 Кримінального кодексу України. Зазначені склади злочинів є матеріальними, тобто такими, що вважаються закінченими з моменту спричинення істотної шкоди суб'єкту господарської діяльності.

Термін «суб'єкти господарської діяльності» в законодавстві визначено Законом України «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 р. № 1023-ХІІ, відповідно до якого суб'єкти господарської діяльності — підприємства, установи, організації (їх філії, представництва, відділення), незалежно від форми власності, іноземні юридичні особи (їх філії, представництва, відділення), фізичні особи — суб'єкти підприємницької діяльності, що здійснюють господарську діяльність на території України.

Визначення подібного поняття — суб'єкта господарювання міститься в ст. 55 Господарського кодексу України від 16.01.2003 р. № 436-ІV, відповідно до якої суб'єктами господарювання визнаються учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством.

Таким чином, потерпілими від злочинів проти встановленого порядку дотримання банківської таємниці можуть бути: банк, його кореспонденти (інші кредитно-фінансові установи), клієнти, зокрема вкладники — юридичні, фізичні особи — суб'єкти підприємницької діяльності, та фізичні особи без такого статусу. Зрозуміло, що останні не є ані суб'єктами господарської діяльності, ані суб'єктами конкурентних відносин.

Отже, якщо діяннями, передбаченими ст. ст. 231, 232 Кримінального кодексу України буде завдано істотної шкоди фізичній особі, яка не є суб'єктом господарської діяльності або суб'єктом господарювання, то такі діяння не створюватимуть складу злочину. В той час, коли в рамках зазначених статей захищалась лише комерційна таємниця, «спричинення істотної шкоди суб'єкту господарської діяльності» охоплювало можливі суспільно небезпечні на-

слідки, — відтепер така конструкція не відповідає потребам ефективного захисту суспільних відносин.

Крім того, «істотна шкода» є оцінним поняттям, зміст якого не визначено в законодавстві, що може викликати певні труднощі у правозастосуванні. Можливо, він буде визначатись виходячи з правозастосовчої практики судів на підставі об'єктивних критеріїв: прямих дійсних збитків, упущеної вигоди з урахуванням майнового стану потерпілого, а також спричиненої злочином моральної шкоди, яку теж необхідно брати до уваги.

Проте доцільність матеріального складу злочину стосовно посягань на банківську таємницю викликає сумніви. У випадку порушення права особи на комерційну таємницю, поняття «істотної шкоди, спричиненої суб'єкту господарської діяльності», відокремлює злочин від адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 164-3 КУпАП «Недобросовісна конкуренція». Натомість адміністративна відповідальність за порушення законодавства про банківську таємницю, яка була передбачена ст. 164-11 КУпАП «Незаконне розголошення або використання інформації, що становить банківську таємницю», була виключена з КУпАП відповідно до Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять банківську таємницю, та за розголошення банківської таємниці» від 16.12.2004 р., що виключає необхідність відмежування злочинів проти встановленого порядку дотримання банківської таємниці від адміністративного правопорушення.

Виходячи з вищевикладеного, можна дійти висновку, що банківська таємниця є важливим правовим інститутом, що забезпечує особисту таємницю людини, комерційну таємницю (коли вона стає відомою банку і захищається в режимі банківської таємниці), сприяє зміцненню довіри до вітчизняної банківської системи і забезпечує безпеку кредитно-фінансових відносин.

Банківська і комерційна таємниця становлять різні правові категорії і, маючи однаково важливе значення для нормального існування господарських відносин, не можуть зводитись одна до іншої.

Банківська таємниця, на наш погляд, становить окремий правовий режим інформації з обмеженим доступом і не є різновидом службової таємниці, оскільки для таких висновків немає достатнього підґрунтя в нормах чинного законодавства України.

Інформацію, що становить банківську таємницю, не можна відносити до поняття «конфіденційної інформації», отже вона має ознаки таємної відповідно до закону (передбачена законом таємниця, розголошення якої завдає шкоди особі, суспільству і державі). Тобто режим захисту інформації, що становить банківську таємницю, не можна зводити ні до одного з вищенаведених видів інформації з обмеженим доступом, окрім таємної.

З метою однакового розуміння змісту понять конфіденційної та таємної інформації доцільно викласти ч. 7 ст. 30 Закону України «Про інформацію» в такій редакції: «До таємної інформації належить інформація, що містить відомості, які становлять державну та іншу передбачену законом таємницю (осо-

бисту, комерційну, банківську, лікарську, адвокатську, нотаріальну, таємницю усиновлення тощо [12, 12–14]), розголошення якої завдає шкоди особі, суспільству і державі».

Потребує врегулювання питання захисту банківської таємниці, що належить фізичній особі, яка не є суб'єктом господарської (підприємницької) діяльності. З метою запобігання неоднаковому застосуванню законодавства провозастосовниками та усунення колізії між Законом України «Про банки і банківську діяльність» та Цивільним кодексом України вважаємо необхідним п. 5 ч. 1 ст. 61 закону викласти у такій редакції: «5) відомості про особу клієнта».

Виходячи з того, що потерпілим від злочину, передбаченого диспозицією ст. 232 КК України, так само як і інших злочинів у сфері господарської діяльності можуть бути юридичні особи, необхідно внести відповідні зміни до ст. 49 Кримінального процесуального кодексу України, отже чинна редакція цієї статті не відповідає сучасним потребам боротьби зі злочинністю.

#### Література

1. Богданов В. В. Банковская тайна: конфликт публичного и частного права // Банковское право. — 2006. — № 4. — С. 2.
2. Финаповые убежища, банковская тайна и отмывание денег // Информационный бюллетень по вопросам предупреждения преступности и уголовного правосудия / ООН. — Нью-Йорк, 1999. — № 34–35. — С. 21–29.
3. Харламова С. О. Проблеми визначення предмета злочинів, пов'язаних з незаконним збиранням, використанням та розголошенням відомостей, що становлять комерційну та банківську таємницю // Юридична Україна. — 2006. — № 10. — С. 86–87.
4. Гавдло Ю. Банківська таємниця як окремий вид інформації з обмеженим доступом // Юридичний радник. — 2007. — № 4 (18). — С. 11.
5. Костюченко О. А. Банківське право: Підручник. — К.: Професіонал, 2004.
6. Гетманцев Д. О. Банківська таємниця: особливості її нормативно-правового регулювання в Україні та в законодавстві зарубіжних країн: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — К., 2003.
7. Коробцова Н. В. Цивільно-правова охорона таємниць особистого життя людини: Монографія. — Х.: ПУЖЕК, 2005.
8. Івакін О. А. Основи епістемології: Теорія і методологія наукового пізнання: Павч. посіб. для студ. магістер. від-ня та аспірантів. — О.: Юрид. л-ра, 2000.
9. Карчевский С. Банковская тайна: проблемы правового регулирования // Хозяйство и право. — 2000. — № 4. — С. 51.
10. Андрущенко І., Бутузів В. Банківська таємниця та легалізація коштів, здобутих злочинним шляхом // Вісник прокуратури. — 2002. — № 6.
11. Самойлова О. С. Кримінально-правова характеристика передачі або збирання відомостей, що становлять конфіденційну інформацію, яка є власністю держави: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — К., 2006.
12. Устименко П. В. Таємниці особистого життя людини та їх цивільно-правова охорона: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Х., 2001.