Comparison's problems of the concepts of «banking operation» and «banking transaction»
Konstantinov A (Russian Federation)
Проблемы соотношения понятий «банковская операция» и «банковская сделка»
Константинов А. В. (Российская Федерация)

Константинов Алексей Владимирович / Konstantinov Aleksey – кандидат юридических наук, преподаватель кафедры, кафедра административного права,
Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, г. Москва

Аннотация: *анализ деятельности кредитной организации с определением содержания понятий «банковская операция», «банковская сделка» и «сделка кредитной организации». Также автором рассматривается влияние режима лицензирования деятельности кредитных организаций на правовую природу банковских операций и банковских сделок.*
Abstract: *the analysis of activity of the credit organization with definition of the content of the concepts «bank operation», «bank transaction» and «transaction of the credit organization». The author also examines the impact of the licensing mode activities of credit organizations on the legal nature of banking operations and banking deals.*

Ключевые слова: *банковская операция, банковская сделка, лицензирование, банк, деятельность кредитной организации.*
Keywords: *bank operation, bank transaction, licensing, bank, activity of the credit organization.*

Содержание и специфика деятельности кредитных организаций предполагает наличие права на осуществление банковских сделок и иных сделок общегражданской направленности. Несомненно, важным моментом является выделение из всего спектра деятельности кредитной организации ту ее часть, которая подлежит лицензированию.

Как указывает ряд авторов, понятие «банковская операция» является одной из основополагающей категорией, так как отношения, возникающие по поводу осуществления таких операций, составляют суть, сердцевину банковской деятельности и определяющим образом влияют на предмет правового регулирования банковского законодательства [7, с. 199]. Безусловно, с данным утверждением нельзя не согласиться, тем не менее, в юридической литературе существуют сложности в определении указанных понятий.

Само понятие «банковская операция» законодательно не закреплено, как и понятие «банковская деятельность», и часто рассматриваются как тождественные. Так, например, уголовно-правовой запрет, содержащийся в ст. 172 Уголовного кодекса РФ, на осуществление незаконной банковской деятельности понимается как осуществление банковской деятельности (банковских операций) без регистрации или без специального разрешения (лицензии) в случаях, когда такое разрешение (лицензия) обязательно, или с нарушением лицензионных требований и условий. В данном случае законодатель употребил понятие «банковская деятельность» и «банковская операция» как равнозначные категории.

Также законодатель закрепил перечень банковских операций в ст. 5 ФЗ «О банках и банковской деятельности», который является далеко не идеальным и порождающим большое количество неясностей.

Уместно отметить, что многое указывает на неразрывную связь понятия «банковская деятельность» с понятием «банковская операция». Перечень таких операций законодатель характеризует в качестве юридически значимых действий, совершаемых в процессе своей деятельности кредитными организациями в предусмотренной законом или договором форме [2, с. 20].

Данное определение банковских операций не содержит в себе «юридически значимых» признаков, которые помогли бы отграничить их от иных смежных понятий.

В большинстве своем в указанной литературе понятие «банковская деятельность» рассматривается через понятие «банковская операция». Определение последней также не выявило существенных признаков, к тому же рассмотрение указанных понятий в тексте обозначенной литературы и в диссертационном исследовании одного из авторов, существенным образом не решило всех проблем [2; 13].

Интересным представляется позиция Г. А. Тосуняна, А. Ю. Викулина и А. М. Экмаляна о правовой природе понятия «банковская операция», согласно которой «…наличие большого количества видов банковских операций и различий между ними по их юридической природе, целям и механизмам их проведения создает значительные трудности для конструирования функционального определения этого понятия. Дефиниция должна, с одной стороны, определять любую банковскую операцию, а с другой –

отграничивать эту категорию от иных, смежных понятий (например, от такого понятия, как «операция, не являющаяся банковской, но проводимая кредитной организацией на основании лицензии Банка России)» [7, с. 202].

Также, О. М. Олейник обращает внимание на то, что понятие банковской операции должно включать в себя как правовое оформление и основание совершаемых действий, так и фактически совершаемые действия, направленные на реализацию правоотношений, независимо от того, охватываются они договорами и сделками или предусмотрены нормативными актами [5, с. 24].

Следуя данному суждению, О. М. Олейник выделяет характерные качества банковских операций, которые осуществляются постоянно без временного, как правило, ограничения и носят длящийся характер, а также осуществляются по стандартизированным правилам, в силу чего, нуждаются в единстве правового регулирования, как на уровне национального законодательства, так и на уровне локальных актов банков. При этом участники правоотношений (субъекты операций) находятся в неравном юридическом положении, но, несмотря на это, взаимоотношения в значительной степени обладают свойством доверительности, начиная с выбора банка и заканчивая трастовыми сделками [5, с. 24].

Подчеркивая саму суть, М. М. Агарков определял банковские операции как сделки, совершение которых составляет непосредственный предмет деятельности банка. [1, с. 50].

В отличие от понятия «банковская операция» законодатель дал определение понятия «сделка». Так, в соответствии со ст. 153 Гражданского кодекса РФ сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. Согласно данному определению банковские сделки также устанавливают, изменяют или прекращают права и обязанности, которые могут носить не только гражданско-правовой характер.

В свою очередь, С. А. Сапёров проводит классификацию банковских сделок, которые рассматриваются им со стороны их экономического содержания, а не юридической формы, тем самым, объединяя категории «банковская операция» и «банковская сделка» во взаимосвязанный процесс деятельности [6, с. 163].

С. А. Сапёров указывает, что понятия, входящие в исследуемую область, распределяются по группам в зависимости от того, имеют или не имеют они какие-либо существенные признаки, составляющие содержание изучаемого понятия и представительно выделяющие его. Каждый такой выбранный признак называют основанием классификации. Если удастся провести удачную классификацию, как подчеркивает С. А. Сапёров, то это позволит установить наиболее существенные признаки банковских сделок, отличающие их от всех прочих сделок в системе гражданского права.

Раскрывая объем понятия через классификацию, С. А. Сапёров разделил все банковские сделки по принципу, предложенному М. М. Агарковым. Такую классификацию М. М. Агарков назвал классификацией в соответствии с экономическими функциями банка и считал ее наиболее целесообразной и соответствующей природе предмета [1, с. 52]. Данная классификация разделяла все банковские сделки на активные операции (выдача займов при осуществлении кредитования, учет векселей), пассивные операции (получение займов и банковские вклады), операции по содействию платежному обороту (банковские счета), а также прочие операции.

По всей видимости, С. А. Сапёров пришел к выводу, что одним из главных недостатков классификации по экономическим функциям является присутствие операций по содействию платежному обороту, связанных с оказанием услуг. Признаки данных услуг присутствуют как в активных, так и в пассивных операциях [6, с. 165]. Строго говоря, М. М. Агарков считал балансовый принцип классификации неудовлетворительным и отмечал, что речь идет лишь об условных обозначениях [1, с. 52].

Оставив экономические категории, С. А. Сапёров нашел юридический признак, отличающий кредитные организации в качестве финансовых посредников, например, от инвестиционных институтов. Суть этого признака в том, что кредитные организации осуществляют эмиссию своих денежных обязательств, по которым права требования являются денежными средствами.

С. А. Сапёров сформулировал следующие определения изучаемых терминов. Так, банковской сделкой является юридическое действие, которое в соответствии со своей правоспособностью вправе совершать кредитная организация. В свою очередь, банковская операция представляет собой банковскую сделку, совершение которой определяет ее опосредующее участие в платежном обороте, другими словами, сделка выступает или основанием, или исполнением кредитной организацией ее денежных обязательств, права требования, по которым являются денежными средствами. Основаниями банковских правоотношений могут выступать исключительно те сделки, которые являются банковскими операциями [6, с. 186].

На основе выделенных признаков банковской операции, которые собственно и определяют сущность данной категории, Г. А. Тосунян, А. Ю. Викулин и А. М. Экмалян сформулировали определение понятия банковских операций. Ими являются сделки, систематически проводимые кредитными организациями и

Банком России (его учреждениями) в соответствии с принципом исключительной правоспособности, объектом которых могут выступать деньги, ценные бумаги, драгоценные металлы, природные драгоценные камни, на основании: для кредитных организаций – это ФЗ «О банках и банковской деятельности» и лицензия Банка России на осуществление банковских операций; для Банка России (его учреждений) – это ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)». Кроме того, правила осуществления данных видов сделок являются обязательными для всех кредитных организаций, и устанавливаются Банком России в соответствии с федеральными законами [7, с. 202].

Нарушение или не исполнение установленных правил осуществления банковских операций и сделок приводит к необходимости «вмешательства» в этот процесс специального компетентного органа, Банка России. Подобное «вмешательство» заключается в вынесении уполномоченным органом или должностным лицом Банка России индивидуальных конкретных предписаний в отношении недобросовестных субъектов, к которым может быть применена система мер государственного воздействия в соответствии с целями и задачами административно-правового режима лицензирования деятельности кредитных организаций [11, с. 123].

В контексте сказанного, режим лицензирования деятельности кредитных организаций можно рассматривать как своего рода административно-правовую форму государственного регулирования, осуществляемую специально уполномоченным в этой сфере органом, таким как Банк России.

Подчеркивая особенность правового статуса Банка России, заключающуюся в том, что в одном лице объединен статус органа государственного регулирования и юридического лица, осуществляющего хозяйственную деятельность, Г. Н. Василенко указывает и на особый характер осуществляемых Банком России контрольных функций. Автором выделено два аспекта такой деятельности: во-первых, на Банк России как орган государственного регулирования возложен надзор за деятельностью кредитных организаций; во-вторых, Банк России осуществляет контроль за соблюдением законодательства о валютном регулировании и денежном обращении. [3, с. 36-38].

Основываясь на таком подходе, лицензионно-контрольная деятельность Банка России осуществляется в отношении всей деятельности, которую осуществляют кредитные организации, воздействуя на них с помощью административно-правовых и хозяйственных методов регулирования.

Если операции, предусмотренные в ст. 5 ФЗ «О банках и банковской деятельности», имеют исключительный характер и могут совершаться только кредитными организациями, то сделки, перечисленные в этой же статье упомянутого закона, исключительно банковскими не являются. Они могут совершаться и иными юридическими лицами в порядке, предусмотренном гражданским законодательством. Однако в отличие от них кредитные организации выполняют большую часть таких сделок в непосредственной связи с банковскими операциями либо с помощью банковских операций. Таким образом, банковские операции и банковские сделки находятся в неразрывной взаимосвязи и взаимозависимости, когда совершаются кредитными организациями в процессе их банковской деятельности [4, с. 60]. В связи с эти можно согласиться с мнением, что любая банковская операция действительно представляет собой одну или несколько гражданско-правовых сделок.

В частности, Я. А. Гейвандов обращает свое внимание на то, что помимо чисто коммерческих видов деятельности, направленных на извлечение прибыли, кредитные организации наделены некоторыми функциями публично-правового свойства, которые осуществляются только ими, исключительно в связи с выполняемыми банковскими операциями в интересах клиентов и только в рамках банковской системы. Например, функции агента валютного контроля или налогового контроля, а также функции по перечислению в бюджеты всех уровней и в государственные внебюджетные фонды налогов и иных обязательных платежей; по пресечению использования банковской системы в преступных целях; по контролю за соблюдением порядка ведения кассовых операций [4, с. 70]. Наделение, по словам Я. А. Гейвандова, кредитных организаций упомянутыми функциями обусловлено, в первую очередь, социальной и экономической сущностью банковской системы и осуществляемой кредитной организацией деятельности.

Изложенное выше позволяет сделать вывод о том, что лицензия Банка России выдается на осуществление банковских операций, а это, с юридической точки зрения, является терминологически не правильным. Разделение операций и сделок на банковские и иные сделки, осуществляемые кредитной организацией, проистекает в зависимости от специальной правоспособности юридического лица, такого как кредитная организация.

С другой стороны, осуществление кредитной организацией банковских операций обусловлено совершением также и других сделок, которые играют второстепенную роль и обеспечивают деятельность кредитной организации по осуществлению той или иной банковской операции.

Также необоснованным является установленное в ФЗ «О банках и банковской деятельности» деление на банковские операции и на сделки. Так, например, в ст. 46 ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» такого разделения нет, а наоборот указывается на право Банка России осуществлять банковские операции и сделки без их деления.

Говоря об иных сделках кредитной организации, не являющихся банковскими, их совокупность можно определить как сделки, осуществление которых не требуют специальной регламентации со стороны Банка России, в виде выданной им лицензии (специального разрешения), а обусловлены лишь гражданской правоспособностью кредитной организации [8, с. 411].

В связи с этим следует отметить, что данная категория сделок во многих случаях обеспечивает осуществление той или иной банковской операции, а в остальном, данные сделки направлены на поддержание нормального функционирования кредитной организации [10, с. 183]. В случае их неосуществления присутствует вероятность нарушения деятельности кредитной организации.

С учетом указанных критериев возможно обоснование того, что лицензированию подлежат только банковские операции. Совершение именно этой разновидности банковской деятельности без контроля и надзора со стороны государства, в том числе и через механизм лицензирования, представляет собой угрозу безопасности личности, общества и государства. Данные операции могут повлечь за собой негативные последствия, оказывающие воздействие на широкий круг общественных отношений, в правомерном развитии которых заинтересованы личность, общество и государство [12, с. 66-67].

Банковские операции, перечисленные в ст. 5 ФЗ «О банках и банковской деятельности», обладают очень важным общим признаком. Именно этот признак характеризует эти операции как источник опасности для личности, общества и государства, в связи, с чем требуется осуществление их в рамках административно-правового режима лицензирования.

Дело в том, что все названные операции осуществляются с собственностью, не принадлежащей самой кредитной организации, поэтому необходим не только специальный режим допуска к проведению банковских операций, такой как режим лицензирования, но и создание правовых предпосылок для осуществления надзора за соблюдением оснований и порядка осуществления банковских сделок. Безусловно, административно-правовой режим лицензирования выступает в качестве такой предпосылки и обладает необходимым юридическим арсеналом средств, для достижения поставленных целей.

Таким образом, создание юридических гарантий правомерного и эффективного использования не принадлежащих кредитной организации средств является задачей режима лицензирования их деятельности. При этом следует особо подчеркнуть, что речь идет не о лицензировании всей деятельности кредитной организации, а о лицензировании только части деятельности – деятельности по осуществлению банковских операций.

Анализ видов сделок кредитных организаций свидетельствует о том, что они в своей основе осуществляются без опоры на чужую собственность и представляют собой классические варианты гражданско-правовых сделок, которые могут совершаться любым субъектом частноправовых отношений, в том числе и обладающим статусом кредитной организации.

Существующие в административном праве режимы обуславливаются особенностями ее предмета и метода регулирования общественных отношений, что в полной мере отражает специфику данной отрасли права. Отраслевой характер правового режима определяет его специфику посредством доминирования одного из методов правового регулирования над другими. Весь облик такого определяющего способа как раз и создает специфичную направленность административно-правового регулирования деятельности кредитных организаций по осуществлению банковских операций и сделок [9, с. 129-130].

Как можно заключить, подобные сделки, совершаемые кредитной организацией, не обладают необходимыми критериями в рамках существующего административно-правового режима лицензирования. Но, в связи с пристальным вниманием к обозначенной проблеме, необходимо понимать, что ввиду специально-правового статуса кредитной организации под действие режима лицензирования попадает вся ее деятельность, в основе которой лежит непосредственно объект лицензирования.

Литература

1. *Агарков М. М.* Основы банковского права: Курс лекций. 2-е изд. М.: БЕК. 1994. 350 с.
2. Банковское право: Учеб. пособие. Алексеева Д. Г., Пыхтин С. В., Хоменко Е. Г. М. 2006.
3. *Василенко Г. Н.* Правовые основы финансового контроля в России и Европейском Союзе: монография. / Г. Н. Василенко. М.: ЮНИТИ-ДАНА. 2010. 87 с.
4. *Гейвандов Я. А.* Социальные и правовые основы банковской системы в Российской Федерации. М.: Аванта+. 2003. 496 с.
5. *Олейник О. М.* Основы банковского права. Курс лекций. М.: Юристъ. 1999. 424 с.
6. *Саперов С. А.* Банковское право: теория и практика. М. 2003. 640 с.
7. *Тосунян Г. А., Викулин А. Ю., Экмалян А. М.* Банковское право Российской Федерации. Общая часть: Учебник / Под. общ. ред. Акд. Б. Н. Топорнина. М. 2002. 448 с.

8. *Константинов А. В.* К вопросу о понятии банковской операции // Актуальные вопросы теории и практики совершенствования деятельности правоохранительных органов: Сборник научных статей адъюнктов, аспирантов, докторантов и соискателей. М.: МосУ МВД России. 2010. С. 406-411.
9. *Константинов А. В.* Специфика юридической природы правового режима в административном праве // Наука, техника и образования. 2015. № 11 (17). С. 129-131.
10. *Константинов А. В.* Взаимообусловленная связь лицензируемой деятельности кредитной организации по осуществлению банковских операций с иными видами деятельности // Проблемы современной науки и образования. 2016. № 01 (43). С. 179-184.
11. *Константинов А. В.* Механизм административно-правового регулирования лицензирования деятельности кредитных организаций // Проблемы современной науки и образования. 2016. № 03 (45). С. 122-125.
12. *Константинов А. В*. Административно-правовое регулирование лицензирования деятельности кредитных организаций в Российской Федерации. дисс. … канд. юрид. наук. Москва. 2007. 222 с.
13. *Пыхтин С. В*. Лицензирование банковской деятельности (теоретико-правовые проблемы). дисс. …. канд. юрид. наук. М. 2004. 237 с.