

论银行账户担保的控制公示方法

耿 林

(清华大学法学院 北京 100084)

内容提要: 物权公示是物权状况的外部表现。作为法律制度的产物,它既可能是基于自然状况设立,也可基于某种人为手段设立。占有与登记是两种基本方法。虽然占有本质上也是一种控制,但是作为独立公示方式的控制是对无形财产所进行的管理与支配。它以控制人的社会公共信任基础为前提,是介于登记与占有之间的一种自然公示方法。一方面其不像占有那样能对权利客体本身进行有形支配,另一方面其又不像登记制度那样离权利本身那么远,而是能够对权利本身做事实上的管理。控制公示方式也可扩展适用于占有动产的人对其动产支配的某种程度的转移。建议我国未来也建立独立于占有的控制公示方法。

关键词: 物权公示 控制公示方法 银行账户担保 权利质押 应收账款质押

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2020.02.003

担保是将一项原本自由的财产加入到某项债务清偿拘束中,以用于该债务的清偿。体现在该财产上可以用于清偿的利益就是担保权人的担保利益。^①用作担保的不同财产,由于其经济或社会功能的不同,在制度或规则设计上可能会不一样,因此有必要将他们分开。比如特定有体物与一般财产,因为债务人通常都须首先要用自己非特定的全部一般财产用于担保自己债务的清偿,即所谓责任,因此,能够有意义作为担保加入的财产形式就会有所不同。对于一个人的一般财产,即未特定的全部财产,只能

由债务人以外的第三人来提供;而对于特定有体物,则既可以由第三人提供,也可以由债务人自己来提供。因为在后者时,担保的含义又多了一层,即债权人须能对该特定有体物享有优先于其他未就该特定有体物设立担保的债务人的债权人得到清偿的效果。所以,特定化的财产对担保债权人(担保权人)来说具有更特别的意义。

同样,不同性质或表现形式的特定化财产,也可能需要采用不同的特定化方式,来实现这一优先利益。例如,对于汽车之类的动产,我们

作者简介:耿林(1963—),男,汉族,安徽全椒人,清华大学法学院副教授、博士生导师。

本文为教育部清华大学自主科研计划文科专项“国际法与国内法视野下电子商务法律问题研究”(项目编号:20185080071)的阶段性研究成果。

^① Boehler, Allgemeiner Teil des Kreditsicherungsrechts, 1. Kapitel Rn. 1/1, in Apathy/Iro/Koziol (Hrsg.), Oesterreichisches Bankvertragsrecht, Band VIII: Kreditsicherheiten, Teil I, Verlag Oesterreich, Wien 2012.

可以采用由担保权人直接占有该动产的方式来实现。对于一宗土地,我们可以采用登记的方式来实现,因为土地的权属原本就是以登记形式来体现的,而以事实上自然地占有一块土地的方式也不方便,当然也不明显。类似的情形还有专利权、商标权等知识产权,虽然它们不属于有体物,而是无体财产。当然,随着社会的发展,我们也可以对一些原本不需要登记的财产,在以其设立特定担保时将其通过登记的方式来与担保人的其他财产相区分,并告知他人。

银行账户担保在实践中较为常见。该担保通常被认为是一种权利质押。因为银行账户的持有人(开户人)对其账户的权利可以看做是基于其账户对银行享有一项要求银行支付账户中剩余金额的权利。^②并且,基于账户的这项权利不具有可以做物理性管领与控制的有形性。账户持有人用账户提供担保,类似于用一项通过账户体现的权利提供担保。这也是它被纳入到无形的权利质押担保的基本原理。它也是我国理论与实务上的多数说。^③

现行法对银行账户担保并无直接规定。可能通过解释适用的规范主要是《物权法》的模糊规定^④以及《物权法》之前的《担保法》司法解释^⑤中的规定。后者虽然颁布时间在前,但在内

容上则更明确一些。对于前者,也许我们只能从兜底条款的“其他财产权利”中解释出一个“货币返还请求权”来。

尽管在我国理论界目前对账户担保的研究成果并不多,这方面的研究主要集中在保证金担保、账户保证金担保、应收账款质押等形式上,^⑥但是作为权利担保,我国现行法上构造的担保形式——权利质押是要求登记才发生效力。实践中的银行账户担保通常也并不存在以担保为目的的登记行为。考察国外关于银行账户的担保立法与实践,其公示方式逐渐发展为以不同于占有和登记的“控制(control)”作为特殊方式,例如美国、加拿大和欧盟等。^⑦因此,作为银行账户担保的性质以及完整的制度构建,都是值得认真研究的问题。本文的写作目的不在于对与银行账户担保相关的法律问题作综合性研究。考虑到“控制”公示方式在我国目前理论中很少受到关注,^⑧本文仅拟对账户担保的公示方法做专门探讨,以探究我国物权公示方法的合理性与丰富性,并期待引起学界、立法及司法的重视。

一、物权公示的本质与方法

物权公示是将物权的权利状况(权利客

② Ellinger, Lommicka and Hare, Ellinger's Modern Banking Law, 5 ed., Oxford university press, 2011, p. 119 f.

③ 朱晓喆《存款货币的权利归属与返还请求权——反思民法上货币“占有即所有”法则的司法运用》,载《法学研究》2018年第2期。

④ 《物权法》第223条《民法典各分编(草案)》第3稿第231条对此并无实质性改动:债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质:(六)应收账款;(七)法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

⑤ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第85条:债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后,移交债权人占有作为债权的担保,债务人不履行债务时,债权人可以以该金钱优先受偿。

⑥ 徐化耿《保证金账户担保的法律性质再认识》,载《北京社会科学》2015年第11期;赵一平《论账户质押中的法律问题》,载《人民司法》2005年第8期;董翠香《账户质押论纲》,载《法学论坛》2006年第5期;金曼《账户质押的法律性质分析》,载《社会科学》2018年第5期。

⑦ 突出表现为,《美国统一商法典》(UCC)、加拿大的《动产担保法》(PPSA)正式在立法与实践推行此种方法。此外,《欧洲示范民法典草案》(DCFR)也建议对存款账户等金融资产采用控制公示方法。Cf. Richard McLaren, Secured Transactions in Personal Property in Canada, 3rd Edition, Carswell 2013, Chap. 5, Perfection, § 5.04 Perfection by control.

⑧ 通常只是在论述中附带提及。参见谢鸿飞《民法典担保规则的再体系化》,载《社会科学研究》2019年第6期;董学立《我国意定担保物权法的一元化》,载《法学研究》2014年第6期;刘道远、徐蓓认为,控制可作为过渡期公示方法存在。参见刘道远、徐蓓《互联网背景下无形财产公示方式研究》,载《商业经济研究》2016年第21期,第130页。

体、权利内容、权利人等)对外部的公开。权利状况根据不同的权利内容而有所不同,对所有权来说就是权利客体、权利内容和权利人;对用益物权来说还要包括权利的来源(本权)等;对担保物权来说则要包括被担保的主债权等。当然,不同的具体物权也会对公示的内容有不同的要求。公示的目的是为了让社会之不特定他人(第三人)能够知悉该物权的权利状况,从而能够明了权利人权利的存在,以便于他人尊重其权利,不妨碍其正当行使该权利。从消极的方面看,它是为了配合物权保护的绝对性要求而设置的一项制度,非如此,绝对性要求就对不特定他人缺乏正当性,因为法律无权要求一个不应知晓他人权利存在的人去不妨碍或不影响该他人的权利行使。公开就是让他人知晓,即知晓权利人在标的物之上存在特定的权利这一事实。他人,如前所述,是指社会上不特定的人,相对于具有特定关系的两个人来说,也就是第三人。比如,对一般所有权来说就是所有权以外的其他人,对所有权转让之后的受让人的权利状况来说,就是转让人以外的其他人,即转让人与受让人以外的第三人。之所以在后一种情形中要求是转让人以外的人,是因为转让人(让与人)本身就是权利变动的知情人,因此权利状况无须对其“公开”,或者说,对转让人来说其转让的权利状况对自己是已经“公开”了

的,无须对其再考虑特别公开。

考虑到公示的这一目的与意义,公示的含义就是将某种权利状况对不特定他人(第三人)的公开,公开的本质是为了满足物权人权利绝对性的设计需要,^⑨即对内是为了建立起保护物权人对世利益的机制,以给物权人提供充分的利益保护,对外则是为了保护物权义务人的需要,即使其明确知悉谁是权利人,从而有针对性地尊重与配合其物权行使。就外部关系而言,公示的更实用价值在于受让之权利人可以在公开之后,在该权利与他人同标的的权利上产生冲突时,能对抗该他人的权利。

在内部关系中,权利人的权利如果是从他人手中根据他人的意思取得的,则转让该权利的转让人须尊重取得人的权利,这是对取得人最低程度的权利保护。但是仅仅使取得人获得相对于转让人的保护是不够的,因为这实际上只是相当于债的关系上的保护,是相对人之间的保护。对此,《美国统一商法典》以及DCFR的分层次效力保护机制,最大限度地弱化了成文法抽象性的弱点。^⑩充分的保护要求则须使这一保护的人的范围扩大到对自然知情人以外的人来说也能获得保护,即相对于社会之不特定第三人的保护。例如,甲与乙约定将自己的一物做抵押担保。根据这一约定本身,即能产生甲在不能清偿到期债务时,应对乙承受其抵

^⑨ 崔建远《物权法》,中国人民大学出版社2017年版,第50页;郭明瑞《关于物权法公示公信原则诸问题的思考》,载《清华法学》2017年第2期。张双根教授有不同主张,认为物权的公示要求并非源自物权的绝对性,而系来自物权概念之外的外部因素,并以人格权系绝对权而无须公示作为例证。笔者不赞成这种观点。作为制度设计,自然有其整体的利益考虑,公示制度的存在,正是为了平衡与合理化物权各利益相关人之间利益关系而做出的制度设计,是为了合理实现物权绝对性的制度保障。人格权作为绝对权,与其说是无须公示,毋宁说人格权由于有着比物权更需要绝对保护的必要性,人格要素存在的本身就是公示,就不容任何人侵害。参见张双根《物权公示原则的理论构成——以制度正当性为中心》,载《法学》2019年第1期,第54页。

^⑩ UCC在担保关系设计中,从担保协议(agreement)到附着(attachment),再到完善(perfection),都会发生不同程度的效力,随着公示的不断展开,其效力强度也不断增强。Cf. Anderson, Culhane and Wilson, Attachment and perfection of security interests under revised Article 9: a “nuts and bolts” primer, 9 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 179. 同样,DCFR也采用类似方法,只不过使用的概念不同而已。DCFR采用担保权的授予(granting of security right)、担保权的设立(creation)、对抗第三人的生效(effectiveness)等概念来表达类似的思想。Cf. Von Bar and Clive (ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full edition, seller: european law publishers, 2009, Book IX, p. 5389 f.

押物可能被变卖清偿的义务。但是,这并不足以保护乙,因为这一权利并不能对抗甲以外的丙等第三人。要想能够对抗第三人,没有使第三人事先能够知晓乙在该物上存在抵押权这一权利状况的事实,对第三人是不公正的。抵押权公示将解决这一对抗效力的产生问题。不同于转让场合的是,在物权人对物的自己利用(使用)场合,也同样会发生使用行为的外部保护问题,以对抗来自他人的侵害,此时发挥保护警示功能的也是权利公示制度。与转让情形不同的是,这时的公示要求相对较弱,即常常并不要求义务人知道具体的权利人是谁,第三人只须知晓某些权利是他人的权利因此不得侵害即可。^①就银行账户而言,也同样存在公示问题,以让他人知晓某特定账户系他人的权利,尤其是在将其作为物权性的担保客体是,应让他人知晓该账户是担保权利所指向的对象。对前者的知晓相对容易,不属于自己的就是他人的,都须尊重;对后者的知晓则是公示制度的关注焦点。具体应如何认识与设计,将在后文展开。

公示方法的选择是一个法技术问题,但也应具有合理性与有效性。外部可认知性、清晰与准确性、客体指向性是选择与设计公示方法时所要考虑的因素。^②毫无疑问,对公示方法选择的合理与有效性,也要求方法选择时要考虑方法使用上的成本与“收益”。^③这里的成本可能包含有很多方面,既有履行公示行为时的成本,也有查询查知的成本,还可能有公示制度建设成本、学习成本、教育成本、制度有效性成本,等等。一味固守某种方法,是对实质正义的践踏。从经济学角度看,自然方法节约成本,方便人们获知权利状况,效率高。人为方法脱离人

们的自然生活习惯,效率低。因此,在方法选择上尽可能采用自然便捷的方法,不得已时,或需要补充其作用时,方可采用人为的方法。

实现权利人权利的充分保护,通常的方法有占有与登记。^④占有公示方法主要是针对有物理外形的动产,是一种相对自然的公示方法。因为人们总是自然地通过控制和占有动产来实现对动产权利的支配,并且动产相对来说交易频繁,采用其他脱离自然生活过程的人为公示方法,也过于繁琐,缺乏效率。就不动产而言,虽然也可以占有,但占有对权利状况的显示并不清晰,所以采用人为的登记公示方法,也就成了当然之选,因为其不会像动产那样发生频繁交易。对像知识产权这类无体财产,尤其是在权利产生过程中就存在人为登记的情形。显然,登记是一种人为的公示方法。眼下人们都在讨论建立统一的公示制度,比如动产的统一登记制度。^⑤但是,过于统一的制度是否会牺牲差异性?提起统一登记,人们似乎自然地就要搬出美国UCC第九编(Article 9)。须注意的是,美国动产担保交易并非只有统一的登记,而且统一登记制度之下的复杂关系规则,也远非简单的统一所能涵盖的。对此,后文将继续探讨。

二、既有公示方法对银行账户担保的适用

在既有的两种基本公示方法中,占有也许是在自然方法上最接近适用于银行账户担保的方法。因为占有虽然是对有体物的管领、控制,是一种以物理上控制为基础的外部公示方法,但是银行账户似乎也可以刻意区分出类似于有形动产的物理形态,那就是传统账户的纸质媒介;就电子账户而言,账户也有表现账户内容的

① 张双根教授敏锐地注意到了两种不同情形下的公示程度的差异,但似乎否定在权利人自己利用时公示存在的必要性,有矫枉过正之嫌。参见注释⑨张双根文,第54页。

② 参见注释⑨张双根文,第56页以下。

③ 张淞纶《物权公示的经济学分析——强制性公示的反思》,载《法商研究》2017年第6期,第98页以下。

④ 屈茂辉《物权工时费方法研究》,载《法学研究》2004年第5期,第67页以下。

⑤ 高圣平《统一动产融资登记公示制度的建构》,载《环球法律评论》2017年第6期,第66页以下;同注释⑧谢鸿飞文,第48页以下。

物理机器与数码空间。执意去比较似乎真的可以找出相似性来。这也是人们常常会用占有来描述对账户公示的原因。但是,银行账户与有形动产之间的物理形态差别还是巨大的。毕竟账户就人的通常感知而言属于无形的,无论是纸质表现还是电子表现,因为我们不可以通过触觉去感知,因此无法通过物理性地动作去支配。正像一位学者所说的那样,钱是什么?钱在哪里?钱是一种虚无缥缈,是电子设备发出的哔哔声。^{①⑥}所以,当我拿着一瓶水时,这种物理支配对外界来说是显而易见的;我临时性地把水放在身边,我对它的物理支配也是别人可以认识到的。账户则不然,账户的存在是抽象的,是存款人对银行的债权。假设不考虑证据问题,如果银行工作人员能与特定存款客户的资金往来单凭记忆就记得非常清楚、没有疑义,则客户的“账户”债权依旧存在。所以,账户是无形的财产,英美法系形象地称之为“权利财产(chose in action)”,即以诉讼请求方式方能体现的物,以于“占有财产(chose in possession)”相对。^{①⑦}

可见,银行账户并不可以直接作为占有的对象,除非我们改变传统的占有概念。账户作为一项财产的载体,它虽然像有体物一样具有有价性、特定性和可转让性,但是它的最大特点在于其无形性。对一个无形的东西去谈“占有”,只能是纯粹观念上的,因为你实际上压根就不能排他性地“占有”它,更不用说你的“占有”也是无形的。也正是认识到这些差异,美国UCC对具有同样流动性金融价值的不同表现形式——物理现金、票据、存款账户、投资财产、应收账款等——分别采用了三种不同的完

善方式:占有、控制(control)和登记(filing)。^{①⑧}

登记显然也可以适用于银行账户担保。就如同动产也可以作为登记的对象一样,银行账户也不例外。而且,典型的适用于无形财产的情形是知识产权。问题是,银行账户担保的登记是否便利,以及登记在银行账户公示方式中居于什么效力地位。通常,银行签发承兑汇票时要求发票人在自己银行开立一个担保该承兑汇票的保证金账户,用于银行承兑后的付款担保。此时,银行如要和发票人一起去办理登记手续,或者自己可以自行在网络系统中办理登记,这似乎显得多此一举。如果使登记处于一种比控制更强的公示方法(如占有或控制)的补充地位,起到拾遗补缺的作用,则另当别论。不同于知识产权等无形财产的是,银行账户总是处于账户管理机构——银行的有效且通常是“有形”的自然管理与控制之下。虽然它本质上是一种无形财产,但却体现为一种可控的记载载体,并处于他人(银行等)有效地“控制”之下。可见,既有的占有与登记公示情形,与账户资产的客体状况并不相同。对无形财产来说,由于其并不具有可做物理控制的外形,故其不宜做有效的占有控制的对象。虽可采用登记公示的方法,但一律做登记公示处理,对某些类型无形财产来说又缺乏经济性、效率性,甚至是安全性。明明银行作为账户管理机构可以很好地控制账户,却偏要求银行对账户去做登记,就会显得既没必要,又贻误战机。通过简洁、清晰、安全的控制方法来实现公示,是此时的最佳选择。

我国实务中,中国人民银行征信中心开展有动产融资统一登记公示系统登记业务。^{①⑨}与

^{①⑥} What is money? And where is it? Bank money is ethereal -- an electronic blip. Cf. Joseph H. Sommer, Where is a bank account? 57 Md. L. Rev. 1.

^{①⑦} <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/chose+in+action>, 访问日期:2019年10月11日。

^{①⑧} Brian M. McCall, Money, Money Everywhere but Not a Drop to Secure: A Proposal for Amending the Perfection Rules for Security Interests in Money and Deposit Accounts, 74 Tenn. L. Rev. 669 (2007).

^{①⑨} <http://www.pbccrc.org.cn/zxxz/djfw/201406/bddb2aca36934771a50223c7b771d451.shtml>, 访问日期:2019年8月1日。

银行账户相关的业务主要是保证金质押登记^②，此外也办理“其他动产担保登记”。^③根据2019年修订的《中国人民银行征信中心动产融资统一登记公示系统操作规则》第3条第1款规定，“本规则所指动产和权利担保包括当事人通过约定在动产和权利上设定的、为偿付债务或以其他方式履行债务提供的、具有担保性质的各类交易形式，包括但不限于应收账款质押、应收账款转让、融资租赁、保证金质押、存货和仓单质押等，法律法规另有规定的除外。”显然这里涉及银行账户，但却作为质押对待。这与目前的理论主流观点一致。但是，与银行账户直接相关的保证金质押登记情形，查找相关信息渠道，未发现有效数据。如果实际登记数据量过小，是否能够说明这种公示方法缺乏足够的存在合理性？

综上，既有的占有和登记公示方法对银行账户来说都不尽妥善。诚如有学者所言，公示制度必须符合现代社会对复杂性和多元化的期待与容忍，必须能满足不同交易主体在不同交易场景之下的制度需求。^④这一期待自然要落到从比较法发展趋势中所看到的“控制”方法。

三、控制作为一种公示方法

控制(control)作为一种公示方式有其独特的内容与意义，这也为《美国统一商法典》等立法所规定且有效实行。下文将对控制方法的域外立法例及其含义做进一步展开。

1. 《美国统一商法典》中的控制。控制

(control)在美国担保交易中具有重要的历史根源，并且将继续在英美法的担保交易中起到决定性作用。^⑤但是，控制作为一种公示的方法，被引入《美国统一商法典》(UCC)则是在1994年对《美国统一商法典》第八编(Article 8)做修订时。当时，因为证券业实操的不断变化，立法就采用以控制作为新的完善(perfection)方法，来取代过去的占有。^⑥这一状态一直维持到2001年7月1日UCC再次修订时。

控制被规定在UCC的第八编(投资证券)第8-106条。正如该条官方评论所言，“控制”这一概念在涉及投资证券买受人权利的很多条款中，包括被担保人条款中，都起着重要作用。对投资证券的买受人来说，其取得“控制”就意味着他做完了其作为买受人所必须做的一切，使自己处于无须所有人任何其他配合，就可以再卖出这些证券的地位。应区分有证书证券的控制和无证书证券的控制：前者须以持有人的形式(in bearer form)，即以证券证书形式，并接受证书的“交付”；后者则因无证书，故其“交付”须在登记簿中以被登记为持有人的形式完成“控制”。^⑦

所以，对投资证券买受人来说，控制概念的关键在于买受人能够将其取得的证券出卖或转让，而无须转让方协助。因此，控制概念的主要目的是，消除使用普通法上的占有概念在现代的证券持有实践中所造成的不确定与混乱(uncertainty and confusion)。UCC第8-106条的

^② 其网站中宣传的该业务内容是：保证金质押是指银行等机构在开展业务时，为担保债权的实现，要求债务人在银行开立专用账户，缴存一定数量的保证金，当债务人不能清偿债务时，债权人可以根据双方合同的约定，直接扣划该账户内的资金以抵消债务，达到保护债权实现的目的。保证金质押登记以互联网电子登记公示方式透明质物的权利状况，弥补转移占有公示方式的不足，保护各方交易主体的合法权益。

^③ 其网站宣传的该业务内容是：其他动产担保登记，主要是针对动产担保融资交易中，存在标的物占有与所有分离的现象，权利人需要公示权利状况，但无法定登记机构提供登记服务。通过登记，可以对不特定第三人明示某种新型动产担保权利状况，预防权利冲突。

^④ 参见注释⑬张淞论文，第99页。

^⑤ Randal C. Picker, Perfection Hierarchies and Non-temporal Priority Rules, 74 Chi. - Kent L. Rev. p. 1183.

^⑥ Anderson, Culhane and Wilson, Attachment and perfection of security interests under revised Article 9: a “nuts and bolts” primer, 9 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 219.

^⑦ UCC § 8-106, official comments 1-4.

很多规定就是旨在替代“拟制占有(constructive possession)”或类似概念。^{②⑥}

《美国统一商法典》2001年修订主要是针对第九编(Article 9)动产交易担保法,其中最主要的修订是将存款账户等作为原始担保财产(担保物),可用来设立担保。这就必然涉及到此类担保的完善方式。为此,起草者选择了“控制”作为其完善方法。这样,控制完善方式就顺理成章地作为一种重要工具,被扩大适用于另外三种类型的担保财产上:存款账户(deposit accounts)、信用证权利、电子化动产担保证书(electronic chattel paper)。在UCC中,控制有两个功能,一是附着(attachment)功能,一旦根据债务人和担保权人之间的协议取得了控制,担保权人就满足了第九编第9-203(a)(3)所要求的担保权益(security interest)的附着(attachment)要件。其次,控制也是完善担保权益的方法。具体获得控制的方法与程序,规定在第九编的第9-104条、第9-105条、第9-16条和第9-107条。其中,2001年修订的UCC第九编第一次允许担保权人将存款账户作为原始担保财产。^{②⑦}此前银行不可以直接以存款账户作为原始担保财产,而只能通过普通法上的抵销权(right of set-off)等制度来实现类似的担保利益。

可见,在《美国统一商法典》中,控制的历史并不长,但却是随着法律的规定和实务的检验,在不断地扩大适用范围。

2. 控制的意义与本质。控制从字面意思看与占有十分相似,其实占有本质上也是一种控制,^{②⑧}只不过是一种较为严格的对有体物的直接

管领性控制。作为独立公示方法的“控制”不同于占有。欧洲学者在使用“控制”概念时也同样接受这种观念,认为与传统的占有公示方法相比,控制是一个新词,控制具有独立的公示方式意义,占有与控制的功能上相同,但不能将占有并入控制。^{②⑨}这主要是因为控制概念的含义要比占有宽泛,它能够涵盖占有概念不能严格适用的领域或对象。当然,如果用控制来取代占有,则又会使原本用占有来公示的情形变得不够确定或稳定。此外,占有作为一项传统的为人们所熟知的制度,也不宜做概念上的改变,以免引起观念上的震动。不过,在美国,也同样有一种非主流的声音,希望用控制公示方法来取代传统的占有公示。^{③⑩}

控制不仅在美国有立法有实践,在加拿大、澳大利亚等也有同样的立法与实践。^{③⑪}而且,它在欧洲的学者示范法草案中有继受,《欧盟2002年金融担保品指令》(EU-Directive on Financial Collateral Arrangements, FCD)也对此提出要求。^{③⑫}根据加拿大《动产担保法》(PPSA),担保权益完善(perfection)的方法同样有三类:占有、登记(registration)和控制或交付(control or delivery)。交付是《证券转让法》(Securities Transfer Act)创设的一种完善方式,主要适用于投资财产(investment property),即《证券转让法》确定的证券交易完善。交付本质上属于控制公示的一种方法,只是因为证券有交付的可能,但因其不是有体物本身,故与占有相区别。

《美国统一商法典》并没有给出一个简洁的“控制”定义。第八编的第8-106条评论1

^{②⑥} UCC § 8-106, official comment 7.

^{②⑦} Hillinger/Batty/Brown, Deposit accounts under the new world order, 6 N. C. Banking Inst. 1 (2002).

^{②⑧} ibid. DCFR p. 5490.

^{②⑨} ibid. DCFR p. 5488.

^{③⑩} Randal C. Picker, Perfection Hierarchies and Non-temporal Priority Rules, 74 Chi. - Kent L. Rev. p. 1157-1187.

^{③⑪} Richard McLaren, ibid. p. 1.

^{③⑫} ibid. DCFR, p. 5492.

中的一段话,可以看做是对控制含义的界定:获得“控制”指买受人采取了一切必要步骤,以证券持有的方式,使证券处于这样一种地位,即它可以被售出,而无须所有人再予配合。^③因此,控制是对无体财产做出的能够予以独立处分的支配。

控制的本质是对基于无实体而享有某种利益的管理与支配。控制人的社会公共信任基础是前提。通常,这也是通过自然的业务过程而实现的,比如银行管理客户的账户即是如此。有实体时,可通过对实体本身的占有来实现控制,从而构成占有。因此,占有是一种强控制。当无实体的利益被证券化以后,对证券化的权利也排除适用控制公示,而适用直接对证券的占有。控制也不同于登记。登记是脱离于对权利本身做管理与支配的、对权利状况予以人为记载与登录的制度,可广泛适用于不动产、动产、权利等事项。控制则是介于登记与占有之间的一种公示方法,一方面它不像占有那样能对权利客体本身进行有形支配,另一方面它又不像登记制度那样离权利本身那么遥远,却能够对权利本身做事实上的管理。

控制公示方法的好处是,首先在事实上,它更符合自然事实,即控制人在事实上对他人抽象权利存在一种管理与控制行为,这使控制与登记区别开来。其次,在技术上,它使占有的概念更加清晰,而无须过度扩展占有的含义,让凯撒的归凯撒。占有的本义就是物理控制,需要有能够予以控制的有形的对象存在。这从占有的拉丁语构词也可以看出。^④这使控制与占有区分开来。再次,它以一种自然的方法实现公

示,可以节约其他人为公示方式的交易成本,比如登记。第四,对某些无形担保财产来说,采用控制公示方式,便于人们自然识别,对权利人来说更具有安全性。比如,如前所述的银行账户。最后,设计独立的控制公示方法,便于在不同公示方法产生效力冲突时,设计出优先规则。比如,DCFR将金融资产上设立的控制公示和占有公示的担保权,设计为相对于其他担保权或其他限定物权来说,享有超级优先权(superiority),^⑤一种更高的优先权。加拿大《动产担保法》也将交付完善设计为较高优先权(a higher priority for delivery),控制则为超级优先权(a superior priority for control)。^⑥

3. 对银行账户的控制。银行账户是一个十分复杂的概念。《美国统一商法典》没有对银行账户做出一般规定与调整,而是区分了不同情形的账户做不同的规则设计。控制完善的财产形态主要是存款账户,即由银行管理的活期账户、定期账户、储蓄账户、银行存折或类似账户。该词不包括投资财产或由证券证明的账户。^⑦

账户本质上反映的是账户开立人对银行的余额支付请求权,本质上属于一种应收账款,是一种债权,是账户开立人对银行享有的一种债权。不同于一般债权请求权之处在于,账户在银行开立,银行较一般的个人或公司,享有更强的资金管理能力与信用,且该债权是通过账户记载的形式体现的。因此,它符合前述的可控特征。我国现行法并未对银行账户担保做出明确规定,更遑论账户控制公示了。对此,略微

^③ UCC § 8-106, official comment 1.

^④ possessio 由 posse 和 sidere 构成,即“能够(able)”和“坐(sit)”,意指能够坐在那里加以控制的,进而引申为能够通过拥有加以控制。

^⑤ DCFR IX. -4; 102 (2).

^⑥ Richard McLaren, ibid.

^⑦ UCC § 9-102 (29): "Deposit account" means a demand, time, savings, passbook, or similar account maintained with a bank. The term does not include investment property or accounts evidenced by an instrument.

详细了解国外做法,也许对我国的制度建设有所启发。

DCFR 在第九编(动产物权担保)的第三章(对抗第三人效力)规定了三种公示方法:占有、债权人控制(第二节)和登记(第三节)。其中,该章之下的第 IX. -3:204 条规定了对金融资产的控制(control over financial assets):^③

担保可通过担保人行使对下列资产(assets, Aktivum)的控制来获得(对抗)效力:

(1) 由金融机构持有(间接金融资产)的登记在簿册账户中的金融资产;以及(2) 登记在登记簿中由发行人管理或为发行人管理的,或根据国内法具备权利要素的非间接金融证券。担保人对前款第(1)项提及的资产实现了控制,如果:(1) 经担保人同意,担保人可以指示管理簿册账户的金融机构,非经担保人同意其不得允许担保人对账户财产进行处分;(2) 金融机构为担保权人在特别账户中持有资产;(3) 金融机构是担保权人。前款规定准用于担保权人对本条第1款(2)项规定的资产控制。符合本条第2款、第3款规定的要件必须以书面形式、电子录音或其他永久介质形式予以证明。“这里的所谓金融资产(Financial assets)大致与《欧盟担保品指令》(FCD)的第2条第1e项相同,包括两部分:一是金融证券,二是付款请求权。^④ 金融证券是指能够在资本市场流通的公司股份(shares)和其他类似于股份的证券(securities)、债券(bonds)与其他形式的债务凭证(debt instruments),以及其他证券,即通过认购、购买或交换而通常经营和有权获得的任何此类股份、债券或其他证券,或者引起现金结算

的其他证券,包括集体投资项目中的计价单位、资金市场凭证以及与前述任何一个相关的请求权或权利。^⑤ FCD 调整两种金融担保品,一是权利转移金融担保品(Title transfer financial collateral arrangement),一是直接担保的金融担保品(Security financial collateral arrangement)。^⑥ 直接担保的金融担保品顾名思义,是指担保人以担保的方式为担保权人或向担保权人提供金融担保资产的产品计划,其金融担保资产的完整所有权在担保权设立之后仍然属于担保人。^⑦ 该指令目前在欧盟成员国已以不低于指令标准转化为本国法律,如德国。^⑧

可见,DCFR 的方案与《美国统一商法典》方案基本相同,存款账户控制可以通过三种方式获得。第一,管理存款账户的存款机构对存款账户自动享有控制。第二,被担保方、债务人和管理账户的存款银行三方达成协议,存款银行同意根据被担保方的指示,可以不经债务人同意来控制账户。最后一种方式是,被担保方可以通过把账户上债务人的名字替换成被担保方名字的方式,成为存款银行的客户,或者与债务人一起构成共同账户持有人,从而获得对账户的控制。显然,所有的存款机构都会有能力来保障对在其机构内开立的账户进行控制。但是,考虑到优先规则带来的后果,被担保的非存款银行出借人会在剩下的两种控制方式中选择一种对自己有利的。因为 UCC 第 9-327 条规定,管理存款账户的存款银行享有的担保利益对由其他被担保方享有的冲突担保权益,享有优先权。第 9-340 条则规定,存款银行的抵销

^③ Ibid. DCFR p. 5493.

^④ Ibid. DCFR p. 5406.

^⑤ FCD 第 2 条第 2e 项。

^⑥ FCD 第 2 条第 1a 项。

^⑦ FCD 第 2 条第 1e 项。

^⑧ Kollmann, Zur Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG vom 6. Juni 2002 ueber Finanzsicherheiten in das deutsche Recht, WM Heft 21/2004, S. 1012 - 1023.

权对以协议方式获得控制而完善的担保债权人享有优先权。这样,为避免这些规则的不利影响,被担保方会选择替名的那种控制方式。这样,非金融机构的担保债权人就会对存款银行通过控制获得的担保利益享有优先权。此外,因为账户在替名之后也不再属于债务人所有,存款银行也不能就该账户行使抵销权。

《美国统一商法典》设计的“完善”之前,还需要担保权益附着在担保财产之上,这也是美国法的一个特色。尽管对金融资产担保来说,附着比较简单。UCC § 9-203 规定了一般附着(attachment)的要件。^④附着从根本上看是为了解决担保利益与债务人担保财产之间的可强制执行问题,只有担保物最终可强制执行,担保才有意义,这是担保的前提。因此,担保财产的可执行性、特定性、当事人有使其处于可强制执行状态的意思(协议),就是基本要求。同时,当事人意思还须具有一定的形式要求(认证、占有、交付或控制),以防止欺诈。对存款账户来说,控制取代了债务人认证。完善(perfection)解决的是对抗第三人效力问题;优先规则是解决不同担保效力之间的冲突问题,包括未完善与完善之间的关系、不同或双重完善之间的关系、完善与其他交易情形之间的关系(如通常交易下的买卖、消费者场合等)。

综上可知,对某些无形财产来说,控制是担保制度设计时的最优选择,这已被越来越多的立法与实践所证明。对存款账户来说,控制要

求被担保人控制账户,并能够确保后来的债权人知道这一“被合理识别的”^⑤存款账户已被设定担保。^⑥我国现行法的存款账户担保具体如何设计,仍是一个需要特别研究的主题。比如,我国并没有共同账户以及账户名称更替等操作规范,如何实现银行外债权人的有效控制,需要对现行制度做必要改造,以更好保护银行外债权人的账户担保权益。

不过,特殊银行账户可能并非必须采用控制公示方法,如保证金账户、信托账户。这种类型账户的特殊之处在于,其账户资金通常是固定的,因此,无异于账户持有人对银行的一笔特定债权——应收账款。此时对其采用一般权利质押的方式,予以登记,可以特别为银行外的债权人提供特殊保护,即防止银行作为债权人时对该账户资金享有优先受保护的權利。当然,如果担保权人是银行时,银行可直接采用控制方式。但是,对于他人无法识别的特殊银行账户,无法识别的风险只能由担保权人来承担。

四、控制方法的扩大适用

抽象地表述,控制方法可以适用于无形财产中能够在事实上对财产加以排他性管理的情形。具体的适用情景是银行通过其自身对设立在银行管理之下的账户加以管理与控制,从而能够直观地向外部呈现账户相关权利的存在与归属。那么,控制方法除了适用于银行账户担保情形之外,是否还有其他适用余地?如果有,

^④ UCC § 9-203: (a) 附着。当担保利益对担保物债务人可以强制执行时,该担保利益附着于担保物之上,除非有约定明确延迟附着时间。(b) 可对涉及担保物的债务人或第三人执行担保利益,仅当:(1) 有价值(value has been given);(2) 债务人对担保物享有权利或有权向被担保人转移担保物上的该权利;并(3) 满足下列条件之一:(A) 债务人认证了描述担保物的担保协议,如担保利益涉及待砍伐的林木的话,还须一并描述相关的土地;(B) 担保物不是有证书的担保(certificated security),其根据第9-313条规定及与债务人的担保协议,已处于被担保人的占有之下;(C) 担保物是以登记形式的有证书的担保,担保证书根据第9-313条规定及与债务人的担保协议已交付(deliver)于被担保人;(D) 担保物是存款账户、电子化动产担保证书(electronic chattel paper)、投资财产或信用证权利,或电子证书(electronic documents),被担保人根据与债务人的担保协议,即第7-106、9-105、9-106、0-107的规定,已控制该担保物。

^⑤ UCC § 9-111 用语。

^⑥ Jason M. Ban, Deposit accounts: an Article 9 security interest, 17 Ann. Rev. Banking L. 493, 509 (1998).

则控制公示方法的适用意义就更大。

如前所述,UCC的“控制”完善方法规定在第8编投资证券的第8-106条。因此,就UCC而言,其控制方式的主要适用领域显然还不是存款账户,而是各种证券等投资财产。即便在第9编动产担保权益中,控制方式也不是仅仅适用于存款账户,而是可以适用于其他无形财产的担保情形,如信用证权利担保、电子动产担保证书担保、投资财产担保。正是因为控制公示方式具有一定广泛程度的适用性,也许才是它能够跻身于三大公示方法的原因之一。可见,在《美国统一商法典》中,控制方法的适用范围是很广的,显然不限于银行存款账户。但是,美国的这些制度与我国尚有所不同,因此它们是否可以简单地移植到我国法中,值得进一步研究。本文并不在于对此给出确定的结论,而只是得出一个结论,即控制方式在其他国家的立法与实务中绝不限于银行账户。

控制公示方式的扩展,是否也可适用于占有动产的人对其动产支配的某种程度的转移?这种拓展适用已经超出无形财产的范围,就更值得研究。像我国实践中经常采用的所谓“流动质押”^{④7}那样,物仍然处于所有权人的不动产之上,但通过合同设立管理关系的转移,甚至通过再设定以第三人监管作为强化方式,使得当前实际管理人对标的物处于实际控制之下。此时,可能发生权利外观冲突,即原权利人的占有外观与实际控制人的控制外观冲突。对此冲突,应对第三人善意信赖予以保护,即对基于原权利人占有权利的善意信赖者应予以保护。控制公示权利人的权利保护,可辅之以对原权利人恶意制造冲突的行为加以严厉制裁来实现,比如必要时可使其构成诈骗罪。

这种“监管质押”通过第三方监管人来负责管理、监督并报告被监管物品的状况,在本质上似乎与占有更为接近,因为监管的对象是有形的动产,监管人受担保权人委托进行监管,与担保权人直接占有该动产的法律结构相同。但是,不同之处在于,监管并没有改变动产的物理位置,与占有仍有差别。看起来与占有改定有些类似,但无论是直接占有还是占有改定,通常当时都没有转移占有的意思,担保权人缺乏占有心素,因此并不是典型的占有。如果将其理解为一种对有体物的控制,从而将控制的对象扩展适用到无形财产以外的有体财产上,对现象的解释似乎更为合理。因为,此时债权人(担保权人)通过监管人在实际行使对担保财产的管理监督功能。在缺乏严格物理占有要件时,控制方式理论可以更准确界定此时的情形。如此扩展,则不仅使占有公示方法更加准确、纯粹,也使债权人有效设立担保关系更加清晰、确定。在没有控制公示方法的背景下,我国学理及实务从扩大占有角度将其定性为监管质押,^{④8}虽然可以理解,但却系不得已而为之。

五、结语

正如引言部分设定的笔者写作目标那样,笔者期待的是能有更多学者关注控制这一在国际上已被较多国家采用与实践的公示方法,认真思考该公示方法的细节设计,积极回应这一在国际上可能渐成趋势的立法与司法实践现象。这也是我国立法与修法动作频繁阶段所应有的眼界与态度。只有更多地从比较法的视野去关注与思考域外的法律理论、立法及司法的发展,才能更好地借鉴与发展自身。

如果说前文在分析、阐明控制方法的独立存在意义时尚意犹未尽的话,那么在文章的最

^{④7} 我国实务中所谓“流动质押”,也称流动商品质押、仓储质押、库存质押、循环押等。2019年11月发布的最高人民法院九民会纪要第64条对其予以了简单回应。

^{④8} 参见百度百科“质押监管”词条: <https://baike.baidu.com/item/质押监管/5718124?fr=aladdin>, 访问日期: 2019年10月11日。

后笔者愿意再与读者分享一个立法故事,再强化一下文章的主题。这个故事发生在加拿大,就是那个前文提及的采用了与美国类似的附着与完善,并同样有着独立的控制公示方法立法与实践的国家。故事讲的是,虽然加拿大《动产担保法》(PPSA)采纳了独立的控制(control)完善方法,但该方法对金融账户并不适用,因为PPSA只允许对金钱和证书证券采用占有方式完善,对投资财产采用控制方式,金融账户只能采用登记方式。这就不同于UCC对银行账户也允许采用控制方式来完善的做法。加拿大的做法引起了人们的担心,因为,当银行想为促进一笔贷款业务而获得一个有竞争的账户担保时,它会面临一个挑战。挑战来自该担保账户上可能存在一个来自库存品取得融资债权人

(inventory acquisition financing creditor)的价金超级优先权(PMSI)。由于账户中的钱可能来自库存品出售,供应商只要享有一项可执行的价金超级优先权,他就会享有优先权。即便银行的担保权利登记在先,也无法阻止供应商的优先权,因为其优先权包括出售货物的收益。

为了更好地促进贸易,方便为金融机构提供一个在担保物上的第一优先担保权益(first priority security interests in collateral),安大略省政府启动了一项立法计划,修改了《动产担保法》,将金融账户的完善方式由登记改为控制。^④

故事到这里就结束了。它告诉我们,区分控制与登记(包括与占有)在精细与复杂的制度设计中是有现实意义的。

On Publicity Means of Control for the Security on Bank Account

Geng Lin

Abstract: The publicity for property right is the external manifestation of property right situation. As a product of legal system, it may be set up either on the basis of natural conditions or on the basis of some artificial means. Possession and registration are two basic methods. Although possession is essentially a kind of control, the control as an independent way of publicity is the management and supervision to the intangible items. Based on the public trust of the controller, it is a natural publicity method and between registration and possession. On the one hand, it is not as far away from domination to the right itself as the possession, on the other hand, it is not as far away from the right itself as the registration system, but can do practical management of the right itself. The method of control publicity can also be extended to the transfer of a certain degree of control over the personal property of the possessor. It is suggested that China should also establish a method of control publicity independent of possession in the future.

Keywords: property right publicity; control publicity means; security on bank account; pledge on right; pledge on receivables

(责任编辑:刘宇琼)

^④ Richard McLaren, *ibid.* p. 3.