



联合国国际贸易法委员会

第六工作组（担保权益）

第七届会议

2005年1月24日至28日，纽约

担保权益

担保交易立法指南草案

秘书长的报告

目录

	段次	页次
十六. 银行账户上的担保权	1-60	2
A. 总论	1-60	2
1. 导言	1-3	2
2. 商业背景	4-5	2
3. “银行账户”一词的含义	6-16	4
4. 在各方当事人之间设定担保权	17-30	6
5. 担保权对抗第三方的效力	31-35	8
6. 担保权对相竞求偿人权利的优先权	36-45	9
7. 对设保人执行担保权	46-52	11
8. 存款银行的权利和义务	53-60	13

* 本文件比会议开始前提前十周提交文件的规定晚两周提交是因为必须完成磋商并最后审定磋商中提出的修改意见。



十六. 银行账户上的担保权

A. 总论

1. 导言

1. 存款人银行账户权利上的担保权在一些信贷交易中发挥着重要作用。担保交易制度如果承认银行账户上的担保权，并就银行账户上的担保权的设定、对抗第三方的效力、优先权和强制执行提供明确规则，将有利于在那些以银行账户担保权作为债权人发放信贷决定的一项必要条件或相当重要的考虑的交易中以更低的费率提供信贷。

2. 本章论及与银行账户（即表示账户持有人要求存款银行支付金钱的权利）中现金上的担保权有关的各种问题。本章不涉及证券账户上的担保权。

3. 本章 A 部分讨论与银行账户上的担保权有关的各种问题。本章 B 部分阐明就此提此的各种建议。A 部分第 2 节就某些类型信贷交易的背景情况作了一些说明，在这些交易中，银行账户上的担保权可能是一个重要的要素，通过制订一项承认银行账户上的担保权的担保交易法将促进这种交易。在作出这一说明之后，A 部分第 3 节论及“银行账户”一词的含义。本文件 A 部分第 4 节接着讨论了与在银行账户上设立担保权有关的问题；本章在 A 部分第 5 节论及银行账户上的担保权对抗第三方的效力；在 A 部分第 6 节论及银行账户上的担保权对于相竞求偿人的优先权。本文件在 A 部分第 7 节论及强制执行银行账户上的担保权所涉及的问题，在 A 部分第 8 节论及与存款银行的权利和义务有关的问题。本文件在 A 部分第 9 节讨论破产法、在 A 部分第 10 节讨论法律冲突之后，在 A 部分第 11 节提出若干项结论，最后在 B 部分阐明拟议的建议。

2. 商业背景

4. 潜在借款人在银行账户中的贷方余额可以构成一笔重大资产，应当能够与其他财产一起成为可在其上设定担保权的资产，从而促进信贷的发放。在可以设立此种担保权的国家，事实上有一些共同的信贷交易都是将银行账户上的担保权作为一项重要的要素。这些交易包括但不限于贸易融资、基于财产的放贷、不动产贷款、项目融资、资产证券化、衍生产品和证券借贷交易，如果担保交易法律承认银行账户上的担保权，将促进这些交易。

5. 以下列出一些以银行账户上的担保权作为允许贷款的主要依据的交易实例：

(a) 设保人可以向银行或其他债权人提出申请，要求债权人为与设保人有合同关系的当事方出具或安排出具备用信用证、独立银行担保或保证契约，它们可以涉及在国内或国际上购买有形财产，履行建筑合同，或者只是偿付本票或其他金钱债务。在这种情况下，设保人将有义务向债权人偿还该债权人支付的与备用信用证、独立银行担保或保证契约项下提款有关的任何款项。为了降低因设保人不履行其偿债义务而造成损失的风险，债权人还可以要求设保人为

这笔债务提供担保，即在要求债权人支付备用信用证、独立银行担保或保证契约中的未支取款项时，允许该债权人对设保人存有一笔足以保证最大偿债额的资金的银行账户享有担保权；

(b) 银行账户上的担保权通常是衍生产品或证券借贷交易结构中的一个关键组成部分。例如，证券持有人可以将贷款方拥有的证券“借”给借款方，约定借款方需在某一规定日期将这些证券或同一类型和同样数量的证券还给贷款方。借款方对贷款方的债务通常用借款方银行账户上的担保权来担保，银行账户中的款额至少应相当于应归还证券的价值；

(c) 在某些信贷安排中，设保人可以出售一笔已经设押的资产，例如一台设备或其他固定资产，以换取现金并将现金收益存入银行账户。在此后的约定时限（例如 12 个月）内，允许设保人决定是否希望使用银行账户中的这笔资金购置新的资产，并将其置于有担保债权人享有的担保权的限制之下。如果在约定期限结束时尚未使用这笔资金购买新的资产，设保人必须使用银行账户中的资金来减少附担保债务额。从出售原始设押资产到使用这笔资金购置新的资产或减少附担保债务额，这一段时间内一般都为有担保债权人提供对有关银行账户的担保权；

(d) 对于使用其收入定期支付其经常支出，然后使用收入余额偿还对债权人的债务的企业，债权人也可以放贷。这种企业可以是不动产项目，例如招租的商业建筑物，也可以是发电项目，例如向客户提供电力的发电厂。作为放贷的条件之一，债权人可以要求设保人向其提供对存入企业收入的设保人银行账户享有担保权。商业建筑物或发电项目的融资文件通常载有一项条款，这个条款为存入银行账户中的企业收入建立了一种“瀑布”安排。根据这种“瀑布”安排，允许从银行账户中拿出一定数额的资金支付预算开支，其余资金则用来偿付所提供贷款的利息和本金，并为建筑物或项目的未来需要提供储备金，但如果设保人违约，这种安排就不适用。储备金本身通常存入一个单独的银行账户，债权人对其享有担保权；

(e) 在层级式金融交易中，一家专门公司从应收款发端人处购得应收款，而第三方代理人或受托人则需从这笔应收款中获得收入，并在支付某些费用之后用这些收入偿付对投资人的债务。层级式金融交易文件通常载有一个与上文所述商业建筑物或项目融资非常相似的“瀑布”规定，但一般比较简单，因为这种专门公司本身并不从事企业经营。无论如何，代理人或受托人一般都将取得对这种专门实体的所有银行账户的担保权；

(f) 在基于资产的融资交易中，银行账户上的担保权可能也很重要，在这种信贷交易中，有担保债权人希望以其享有担保权的设押资产作为主要偿债手段。如果设押资产是周转资本类型的资产，“有销售额”，而且能够在设保人的正常经营过程中转换为现金，情况尤其如此。库存品可以在设保人的正常经营过程中出售，由此产生的应收款则必须逐笔存入银行账户中偿债。在有担保债权人与设保人商定设押资产的价值之后，为了使有担保债权人取得对这一价值的担保权，有担保债权人可以有两种做法，要么要求立即从银行账户中付款

偿债，要么取得对银行账户的担保权，以此取代有担保债权人对所出售的库存品或所收到的应收款的担保权；

(g) 有些国家承认担保权延及其他设押资产的收益的概念，而且这种收益包括存入银行账户中的现金，如果是在这种国家，那么作为有担保债权人对原始设押资产的担保权的替代，有担保债权人对收益的权益通常将延及银行账户本身，但以这些收益可以记入银行账户的贷方余额为限。如果是在不承认担保权延及其他设押资产收益的概念的国家，那么有担保债权人希望取得对已经取代其原始设押资产的收益的担保权，通常就必须取得对存入这些收益的银行账户的单独担保权。

3. “银行账户”一词的含义

6. 本文件使用“银行账户”一词指客户在银行开立的可存入资金的账户。银行账户可以是支票账户、定期存款账户或储蓄账户。如果是储蓄账户，可以提供也可以不提供存折作为证据。

银行账户是一种对银行的债权

7. 银行账户其实是一种特殊类型的应收款，即客户以其存入银行的资金对存款银行享有的一种债权。从这个意义上说，客户是银行的债权人，银行是客户的债务人，贷方余额是债权数额。所谓银行账户只是客户对存款银行的一种债权的看法，可能与通俗的看法不一致，后者认为银行账户是银行为了客户的利益而用同样方式或其他方式留出的一笔具体数额的资金。但是，由于银行将其客户存入的资金汇聚在一起，利用这些资金发放贷款和进行其他投资，任何一位银行客户都不可能将其存入银行账户的资金视为构成在银行的任何特定现金，更不用说构成银行的任何特定贷款或投资。因此，将银行账户定性为只是一种债权，更为准确地说明了典型银行账户交易的性质。

这种债权的权属

8. 银行的客户通常是银行账户的法定所有人和受益所有人，即与银行账户有关的对于银行的金钱债权的法定持有人和受益持有人。但是，在有些情况下，银行账户的法定所有权可以由作为受托人、有条件转让契约代理人或其他财产受托人为一位或多位第三方受益人行事的银行客户持有。

何以构成“银行”

9. 关于哪一类法律实体构成“银行”，各国有不同的规定。此外，某些法律实体根据某个国家的一条具体法律或法律规则可以构成“银行”，而根据同一个国家的其他法律和其他法律规则可能又不构成“银行”，这取决于具体法律或法律规则的适用范围和目的。尽管如此，“银行”一词通常包括任何从其客户接受现金存款的贷款机构。

银行——客户关系

10. 就银行账户而言，银行客户与其银行之间的关系通常由一般法律管辖（但有些国家订有专门法规）。这些法律通常不是一国担保交易法律的组成部分。

银行账户不同于可转让票据

11. 银行账户应当同银行签发的表明银行对其客户的金钱债务的可转让票据区分开来。有些银行签发的票据或“存单”符合适用法律对可转让票据的要求。

12. 银行签发的此种票据和存单上的担保权，由担保交易法律中涉及可转让票据的法律而不是由涉及银行账户担保权的法律管辖。在担保交易法律中，没有必要区分银行签发的可转让票据和其他人签发的这种票据。另外，根据担保交易法律，将银行签发的可转让票据和可转让存单都视为可转让票据，将与商业上的预期是一致的。各方当事人进行可转让票据或可转让存单的交易时，通常都将其作为可转让票据，而不是作为银行账户。

银行账户不同于证券账户

13. 银行账户还应当同证券账户区分开来。银行账户是在资金存入银行账户并由银行将其贷记到客户账中的情况下客户对存款银行的债权，而证券账户是在中间人在其账户中持有记入客户账下的具体证券和其他金融资产的情况下银行、经纪人或其他中间人对客户的贷记。[工作组注意：工作组似应采用统法协会公约草案中的同样的功能做法。根据统法协会的这一公约草案，“‘证券账户’是指可在其名下贷记或借记证券的由中间人保持的账户”，而“‘证券’是指任何股票、债券或其他可转让的金融票据或金融资产（而不是现金）或其中的任何权益。”]证券账户的客户通常对中间人拥有债权，债权额相当于贷记到证券账户中的证券和其他金融资产的价值。根据有些国家的法律，客户还对中间人为其所有客户持有的具体证券和其他金融资产享有可按比例分配的所有权权益。

14. 一家银行在保持银行账户的同时如果还作为保持证券账户的中间人行事，通常都将银行账户与证券账户分开，并使用不同的号码或符号。但是，银行究竟是在作为保持银行账户的存款银行行事，还是在作为保持证券账户的中间人行事，有时可能并不清楚。如果银行将存入账户的现金投资到证券和其他金融资产上，并在其账簿上列明这些证券和其他金融资产贷记到该账户中，这种账户可能应算作证券账户，而不应算作银行账户。但是，即使是在这种情况下，这个账户在任何一个时间都可能只拥有现金余额，因此，可能有理由在此时将其实作为银行账户，而不是证券账户。

15. 鉴于在有些情况下难以确定银行的某一账户是银行账户还是证券账户，可能有必要在制定担保交易规则时对现金和证券作出明确区分，以便使市场各参与方能够预先确定一套为取得担保权而必须满足的条件。[还有一点也很重要，即有关银行账户和证券账户的规则可以是基本相同的，如果不能做到这一点，

至少应当是相互协调的，以便使有担保债权人可以共同遵守一套普遍的规则，确信其担保权已经设定，具有对抗第三方的效力，享有必要的优先权，而且能够强制执行，而不论有关的账户是被看作银行账户还是证券账户。]

16. 关于管辖证券账户上的担保权的实体法规则，应当提及国际统一私法协会（统法协会）《关于涉及跨国和关联资本市场的交易——中间人持有的证券的研究报告》（LXXVIII 号研究报告）中提出的规则。关于涉及证券担保权的法律冲突规则，应当提及海牙国际私法会议拟订的《中间人持有证券所涉某些权利的法律适用公约》。

4. 在各方当事人之间设定担保权

17. 管辖银行账户担保权的担保交易制度应当提供关于设定担保权的规则。这种制度通常就设定担保权所需满足的几项条件作出规定。

附担保债务

18. 同其他担保权一样，银行账户上的担保权必须是为一笔债务提供担保。举例来说，在银行账户担保权可保证设保人履行偿债义务的情况下，债权人可以向设保人放贷。

对银行账户的权利

19. 设保人必须对设押资产拥有一定的产权是一项一般原则，根据这一原则提出的另一项条件是，设保人必须是有关银行账户的银行客户，或者在其他方面对该银行账户拥有足够的权利，并可以通过担保权的方式转让这些权利。在有些情况下，即使设保人是银行的客户，设保人在银行账户上可能没有足够的权利，因此未经另一银行客户的同意不能在该银行账户上设立担保权。例如，如果两人或多人是银行的共同客户，那么根据适用的法律可能产生这样的情况：任何一个客户未得到其他共同客户的同意无权在银行账户上设立担保权。

禁止转让条款

20. 如果银行与开立银行账户的客户之间的协定载有一项条款，规定客户未经存款银行的同意不得在银行账户上设立担保权或以其他方式转让银行账户的权利，那么客户在为债权人设立银行账户上的担保权时可能需征得存款银行的同意。即使有些国家的法律否认与贸易应收款有关的禁止转让条款的效力，这种否认禁止转让条款效力的规定也不可能否认客户与存款银行之间订立的与银行账户有关的协定中的禁止转让条款的效力（见《联合国转让公约》第 4(f)和 9(3)条）。

21. 不过，可取的做法可能是不让禁止转让条款的效力超出其预定的目的，因为这种条款的本意通常是保护存款银行，使其不必将来历不明的受让人当作其客户来打交道。考虑到禁止转让条款的这一用意，似乎就没有什么必要适用禁

止转让条款来防止设立担保权，而只要在法律中作出下述规定就可以了：在未取得存款银行同意的情况下，给予这种担保权并不会产生一种要求存款银行承认有担保债权人的义务，也不会使存款银行对有担保债权人承担任何其他义务。

消费者银行账户

22. 如果银行账户中含有供设保人个人、家人或家庭使用的资金，或者银行账户是对设保人为此种目的获得的贷款的担保，在这种情况下，一国的法律还可以禁止或者采用专门规则限制个人设保人在此种银行账户上设立担保权。

23. 一国在颁布担保交易法律时应当考虑的是，如果银行账户中的资金或者所获得的贷款是供设保人个人、家人或家庭使用，那么个人设保人是否可以以及在多大程度上可以在此种银行账户上设立担保权。国家还应当考虑，主张以可承受的费率提供信贷的政策，是否比国家为防止个人过度借贷和可能丧失维持个人及其家人生计需要的资金而采取的任何政策更为重要，还是说前一种政策应当从属于后一种政策。一些可能的做法包括禁止设立此种担保权，限制进行某些种类交易的权利，或者要求在担保协议中对银行账户做出更具体的说明。如果要求在担保协议中对银行账户作出更具体的说明，那么在制订这样的政策时最好注意两点：让个人设保人认识到他正在给予一项担保权；说明有担保债权人现在将银行账户作为一种设押资产并以此作为依据作出向设保人提供贷款的决定。

必要手续

24. 根据某些国家的法律可能须履行某些手续来证明设保人打算在银行账户上设立担保权。在有些国家，设保人为了证明一项担保权的设定，只要在一份书面文件上签名并将其交给有担保债权人即可。作为进一步的规定或另一种规定，有些国家可能要求存款银行须收到设定担保权的通知或确认此种担保权，或者要求存款银行同意它将在未经设保人进一步同意的情况下接受有担保债权人就银行账户下达的指示。有担保债权人取代设保人成为原银行账户的银行客户，亦可满足手续要求。

25. 在有些国家，手续要求可以包括要求在设定担保权的书面文件中具体说明银行账户的情况。在另一些国家，只需比较一般地说明银行账户的情况。作为进一步的规定或另一种规定，这些国家要求存款银行收到设定担保权的通知或确认这种担保权，或者要求存款银行同意它将在未经设保人进一步同意的情况下接受有担保债权人就银行账户发出的指示，或者要求有担保债权人取代设保人成为该银行账户的银行客户，在这样一些国家中，不论是存款银行收到通知或给予确认或同意的要求，还是有担保债权人取代设保人成为有关银行账户的银行客户，其本身都已包含了对银行账户作出具体说明的要求。

26. 根据一国的法律可能出现的另一些情形是，有担保债权人（通过法律的运用或根据一般规定和条件）自动取得对银行账户的担保权。第一种情形是，在

有些国家，存款银行向其客户提供贷款，自动取得对该客户在该银行保持的银行账户的担保权。第二种情形是，在那些承认担保权延及其他设押资产收益的概念的国家，有担保债权人如果持有对一笔设押资产的担保权，在该设押资产被出售或以其他方式被处分或者从其中收取利益时，可以自动取得对存入该设押资产收益的银行账户的担保权。

27. 但是，存款银行取得对其所保持的银行账户的担保权，在有些国家看来不过是一种补偿权或抵消权，因此可能根本不将其看作是一种担保权。

28. 至少就手续而言，在对应收款或其他设押资产要求普遍实行一种手续的同时，国家似乎没有什么必要作为担保交易法律的一部分对银行账户规定一种不同的手续要求。

互动式银行账户

29. 上文所说明的各种例子并没有区分两种交易，一种是设保人保留从银行账户提款的权利的交易，设保人可以用开支票的方式或其他方式提款；另一种是提款权受到限制的交易。有些国家可能认为设保人能够从银行账户中提款，与本国的质押权传统概念不一致，因为有担保权人取得质权后对设押资产拥有同等的占有权。同样，设保人可以从银行账户提款，这种银行账户可能被认为不在有担保债权人的充分占有范围之内，因此无法在其上设立担保权。

30. 而在另一些国家，即使设保人有权从银行账户中提款，该设保人仍可设立担保权。在这些国家，有担保债权人阻止设保人从银行账户中提款的权利，可能是为有担保债权人提供的一种补救手段，使其能够在设保人不偿付或不履行附担保债务时对其行使担保权。但是，有担保债权人延迟行使此种补救权并不妨碍设立担保权。

5. 担保权对抗第三方的效力

31. 同其他类型财产上的担保权一样，设保人与有担保债权人之间在银行账户上设立担保权是一回事，而这种权利是否具有对抗第三方的效力则是另一回事。因此，担保交易法律在承认银行账户担保权的同时还应当阐明需采取哪些进一步的步骤才能使已经设立的担保权具有对抗第三方的效力。

32. 在有些国家，当有担保债权人在担保权登记处办理涉及银行账户的通知或其他备案手续时，该银行账户上的担保权就可以具有对抗第三方的效力。而根据其他一些国家的法律，为了使担保权具有对抗第三方的效力，可能要求将银行账户转让给有担保债权人，同时向银行通知转让事宜或由银行确认这一转让，或者银行须同意它将在无需取得设保人进一步同意的情况下接受有担保债权人就银行账户发出的指示。有担保债权人取代设保人成为有关银行账户的银行客户，该银行账户上的担保权亦可具有对抗第三方的效力。

33. 除此之外，根据有些国家的法律，如果有担保债权人本身就是存款银行，而且法律承认担保权不仅仅是存款银行的一种补偿权或抵消权，那么这种担保

权也可以自动取得对抗第三方的效力。即使是那些允许担保权在担保权登记处办理备案手续后即具有对抗第三方效力的国家，通常都允许存款银行对其所保持的银行账户的担保权无需办理此种备案手续即可自动取得对抗第三方的效力。其道理是，在任何情况下，大多数以银行账户作为设押资产的第三方债权人都会作出这样的假设：存款银行将拥有补偿权或抵销权，而这种权利基本上是担保权的等同物，而且这种权利有可能优先于相竞的担保权或判决产生的权利。另外，这种补偿权和抵销权当然无需办理公开备案手续。在这种情况下，要求存款银行为使其担保权具有对抗第三方的效力而办理备案手续，对于第三方便了解存款银行可能对银行账户具有优先权益，可能没有什么作用，即使有的话，也微不足道。然而，要求存款银行办理备案手续的费用可能相当大，取决于存款银行中有多少客户在其与存款银行开立的银行账户上设立担保权。

34. 如果有担保债权人拥有法定权利，可以作为有担保债权人在无需设保人进一步同意的情况下就如何处分银行账户中的资金向存款银行下达指示，那么可以认为有担保债权人取得了对银行账户的“控制权”（见 A/CN.9/WG.VI/ WP.11/Add.1 号文件，第 17(bb)段）。根据这一定义，有担保债权人在下述三种情况下取得“控制权”：(一)有担保债权人就是存款银行；(二)存款银行已同意在无须设保人进一步同意的情况下接受有担保债权人就银行账户发出的指示（存款银行同意在无须设保人进一步同意的情况下接受有担保债权人就银行账户发出的指示，这样的约定在本章中称为“控制权约定”）；或(三)有担保债权人是有关银行账户的银行客户。

35. 根据有些国家的法律，有担保债权人取得控制权，银行账户上的担保权即具有对抗第三方的效力。即使一国允许担保权在向担保权登记处办理备案手续之后具有对抗第三方的效力，这样的国家通常也允许担保权在有担保债权人未办理此种备案手续但取得对银行账户的控制权之后具有对抗第三方的效力。如果结合一个国家的优先权规则来考虑，就可以最充分地理解这样做的理由，根据优先权规则，因有担保债权人取得控制权而具有对抗第三方效力的担保权优先于其他担保权。下文讨论通过控制权取得的优先权。

6. 担保权对相竞求偿人权利的优先权

36. 除了关于设立银行账户担保权的规则和关于此种担保权对抗第三方效力的规则之外，法律还应当制订一些优先权规则，即关于有担保债权人和相竞求偿人之间对银行账户债权的排序规则。

根据时间先后的一般优先权规则

37. 如果是在银行账户担保权可以通过有担保债权人在担保权登记处办理涉及银行账户的备案手续具有对抗第三方效力的国家，那么一旦完成备案手续，这种担保权通常对以下三种人的权益享有优先权：相竞有担保债权人——后来通过办理涉及银行账户的备案手续提出优先权主张；设保人的债权人——后来通过判决取得对银行账户的权利；或设保人的破产管理人——设保人提起的破产程序或者对设保人提起的破产程序是在此之后。

38. 同样，如果一国对担保权具有对抗第三方效力提出的要求是：银行账户转让给有担保债权人，同时银行收到转让事宜通知或确认转让或者银行同意它将在无须得到设保人进一步同意的情况下接受有担保债权人就银行账户发出的指示，或者有担保债权人取代设保人成为有关银行账户的银行客户，那么，一旦已经发出通知或者已经取得银行的确认或同意，或者有担保债权人已经成为有关银行账户的银行客户，则该担保权通常对以下几种人的权益享有优先权：相竞有担保债权人——后来通过发出这种通知或者从银行取得这种确认或同意而提出优先权主张；设保人的债权人——后来通过判决取得对银行账户的权利；或设保人的破产管理人——设保人提起的破产程序或者对设保人提起的破产程序是在此之后（如果第一位有担保债权人通过成为有关银行账户的银行客户而取得了优先权，即应推定获取优先权的方法将不再适用于其后的有担保债权人）。

39. 根据许多国家的法律还可能出现这样的情形：有担保债权人对银行账户自动取得担保权，也同时自动取得优先权。如果存款银行自动取得对其所保持的银行账户的担保权，那么在这些国家，这种担保权可以对其他相竞权益自动取得优先权。如果是在承认担保权延及其他设押资产的收益的概念的国家，那么有担保债权人对银行账户中的收益的权利也可以对某些相竞权益自动取得优先权，这些相竞权益包括债权人通过判决获得的权利或债权人在原始设押资产上的次级优先担保权。

根据时间先后的一般优先权规则的例外情形

40. 虽然涉及担保权的优先权纠纷一般都根据“时间先后”规则来解决，但此种规则并非总是适合银行账户担保权。这种规则尤其不适合下述情形：银行账户上的担保权有可能在未经存款银行的同意或没有存款银行的其他参与的情况下通过某种方法就产生对抗第三方的效力，例如在担保权登记处办理通知备案手续。

41. 许多人都可能要用银行账户或其中的存款进行交易。在有些交易中，特别是那些涉及回购协议、证券借贷和衍生产品的交易，当事人动作迅速，在有些情况下甚至每日都需进行交易。因此，要求这些当事人在订立这些交易之前向担保权登记处办理通知或其他备案手续，既不合惯例，也没有效率可言。而且，也不应当给这些当事人造成负担，要求其在订立任何与银行账户有关的交易之前在担保权登记处进行查询或者对任何可能的有担保债权人进行其他调查。

42. 事实上，在有些国家，一项担保权如果是通过在担保权登记处办理通知或其他备案手续而取得对抗第三方效力，其优先权可能排在以下几种担保权之后：银行已接获通知的担保权、银行已表示同意的担保权、银行已同意在未经设保人进一步同意的情况下接受有担保债权人的指示的担保权、或有担保债权人已取代设保人成为有关银行账户的银行客户的担保权。依此类推，在那些承认对存入银行账户中的收益的担保权排位在先的国家，收益上的担保权的优先权可能排在以下几种担保权之后：银行已接获通知的担保权、银行已同意的担

保权、银行已同意在未经设保人进一步同意的情况下接受有担保债权人的指示的担保权、或有担保债权人已成为银行账户的银行客户的担保权。对于以上这几种情形，以“时间先后”为依据的优先权规则可能不适用。根据“时间在先”的规则取得对抗第三方效力的担保权，反而会在下述情况下从属于时间在后的担保权：在时间在先的担保权具有对抗第三方效力之后，银行接获了时间在后的担保权的通知或同意了这一担保权、银行同意了在未经设保人进一步同意的情况下接受有担保债权人就银行账户发出的指示、或有担保债权人变成了有关银行账户的银行客户。

43. 的确，在有些国家，如果存款银行自动取得对其所保持的银行账户的担保权，存款银行的担保权可以对其他所有担保权具有优先权，而不论其他担保权是否已根据“时间在先”的规则取得对抗第三方的效力，但如果存款银行另有约定，则不在此列。

44. 在这种情况下赋予存款银行优先权，从实际做法来看似乎是合情合理的。如果有担保债权人也是存款银行，赋予有担保债权人的优先权与存款银行通常享有的优先补偿权和抵销权是一致的。如果有担保债权人不是存款银行而且依赖其对银行账户的担保权，那么有担保债权人实际上会采取以下两种做法之一：要么成为有关银行账户的银行客户，要么与存款银行订立可强制执行其担保权的控制权协定或类似协定，这样在设保人违约之后存款银行就必须将银行账户中的存款交给有担保债权人。有担保债权人还会要求在这种协定中载列一个优先权退让条款，根据这种条款，如果存款银行对银行账户上的担保权提出主张或者存款银行享有补偿权或抵销权，存款银行的这种担保权或者补偿或抵销权在大多数方面将从属于第三方有担保债权人的担保权。如果有担保债权人已成为有关银行账户的银行客户，那么存款银行此后可能无权用银行账户中的存款来抵消设保人对存款银行的债务。这是因为，在双方（设保人和存款银行）相互欠款的情况下，适用法律一般要求将双方的债务相互抵消，但如今这种互欠债务的对等性已不复存在。

从银行账户中转出资金的受让人

45. 当然，对于从银行账户中转出资金的受让人来说，例如银行账户提款支票的收款人和资金转让的受让人，“时间在先”的优先权规则甚至更说不通。在那些设保人可以从有担保债权人已取得担保权的银行账户中提款的国家，这些资金的受让人通常可以在不受银行账户上的任何担保权的限制的情况下提款，而如果是在承认收益概念的国家，受让人在取得这些资金时还可以不受收益上担保权的限制。否则的话，国家的担保交易法将不适当地干涉流通票据法或者损害银行和其他人之间资金、支票和信贷转让的流通性。

7. 对设保人执行担保权

46. 一部承认银行账户担保权的担保交易法应当载列关于有效执行担保权的明确法律规则。

强制执行的一般概念

47. 当有担保债权人对银行账户享有担保权时，如果设保人不履行其债务，有担保债权人将有权强制执行担保权。在这种情况下发生的执行一般是指有担保债权人从存款银行提取存入银行账户中的资金，然后用这笔资金抵偿附担保债务。如果有担保债权人就是存款银行或者是有关银行账户的存款银行客户，有担保债权人可以直接用银行账户中的贷方余额来抵偿附担保债务。

借助司法程序或法院监督的必要性

48. 同其他可以设立担保权的各类财产一样，担保交易法律必须确定担保权的执行在多大程度上无须借助司法程序并无须在其他方面进行法院监督即可完成。要求有担保债权人使用司法程序或在法院的监督下执行其担保权，会增加执行的费用并造成执行的延迟，从而不仅给那些不履行还贷义务的债务人，而且也给那些没有违约的债务人造成信贷费用的增加。另一方面，要求有担保债权人使用司法程序或在法院的监督下执行其担保权，在下述几种情况下又可能是必要的：对有担保债权人执行其担保权的权利出现诚信方面的争议；存在着对公共秩序的危险；或者存在着有担保债权人滥用权利的极大可能性。

49. 一个国家要求有担保债权人使用司法程序或在法院的监督下执行其对银行账户的担保权，似乎是没有必要的，尤其是在下述三种情况下。第一种情况是，存款银行本身就是有担保债权人。在这种情况下，当有担保债权人用其对客户的债权来抵消客户对其的债权时，要求有担保债权人使用司法程序或在法院监督下进行这一工作，似乎没有什么价值。如果有担保债权人是存款银行，而且根据该国的法律享有补偿权或抵销权，这种权利可以由作为存款银行的有担保债权人在无须借助司法程序或无须法院监督的情况下加以行使，那么这种要求就更没有必要。从经济价值上来说，行使补偿权或抵销权的结果与行使担保权的结果基本上是一样的。因此，对前一种情形要求借助司法程序或司法监督，而对后一种情形则不作此种要求，似乎没有什么意义。

50. 第二种情形是，存款银行已经在与有担保债权人和设保人的合同中约定，存款银行无须征得设保人的进一步同意即可在有担保债权人发出指示时将银行账户中的资金转给有担保债权人。在这种情况下，由于合同是与设保人和存款银行具体商定的，那么只要设保人的约定是一种带有约束力的合同约定，那么使用司法程序或者法院监督似乎同样是多余的。

51. 第三种情形是，有担保债权人取代设保人成为有关银行账户的存款银行客户。在这种情况下似乎也没有必要使用司法程序或法院监督，因为有担保债权人已经取得了作为银行客户处理银行账户的权利。

52. 当发放的信贷或银行账户本身是供个人设保人个人、家人或家庭使用时，要求有担保债权人在某些情况下使用司法程序或在法院监督之下执行其对银行账户的担保权，其必要性可能似乎更大一些。即使是在这种情况下，如果存款银行本身就是有担保债权人而且无论如何都享有补偿权或抵销权，那么要求使用司法程序或在法院监督下执行其担保权，似乎也没有什么意义。

8. 存款银行的权利和义务

53. 当有担保债权人不是存款银行时，有担保债权人不论用什么方法执行对银行账户的担保权，都会涉及下述方面的问题：如果有担保债权人不借助司法程序或者不在法院监督下执行其担保权，存款银行的权利和义务问题；下达涉及这些权利和义务的法院令的问题。担保交易法律如果承认银行账户上的担保权，即应提出明确的法律规则，对存款银行有关担保权的权利和义务作出规定。

54. 虽然人们可以争辩说存款银行的权利和义务问题主要是优先权问题，但更为全面地论述这个问题，可能有助于表明处理这一问题对于担保权的设定、对抗第三方效力、优先权和执行的重要性，即使这几个方面已在上文论及也仍然有必要。这是因为，从银行客户在银行账户上对存款银行享有债权的角度来看，存款银行是一种债务人，因此存款银行以这种身份发挥着独特的作用。

对比债务人对贸易应收款的权利和义务

55. 的确，在论及存款银行的权利和义务时，如果没有涉及这些权利和义务的法院令，那就必须区分债务人对贸易应收款的权利和义务和存款银行对银行账户的权利和义务。就贸易应收款上的担保权而言，即使产生贸易应收款的原始合同中载有禁止转让条款（见《转让公约》第 9 条），这种担保权可能仍然具有对抗债务人在这笔应收款上的权利的效力。另外，还是就贸易应收款上的担保权而言，有担保债权人通常有权通知应收款的债务人向该有担保债权人付款（见《转让公约》第 13(1)条）。在债务人向有担保债权人付款之前，债务人此时无权解除其偿付应收款的义务（《转让公约》第 17 条）。

56. 但是，如果债务人是某一银行账户的存款银行，该存款银行可能没有必要根据某一国家的法律受同样规则的约束（《转让公约》第 4(f)条）。在某些情况下，对于接受还是拒绝银行账户上某一担保权的设定、优先权或执行，存款银行反而可能享有某些权利，而没有或几乎没有这方面的义务。

存款银行对在各方当事人之间设立担保权、对担保权对抗第三方的效力以及对担保权的优先权表示同意

57. 如上文所述，根据某些国家的法律，设保人为了在银行账户上设立一项担保权，为了使这项担保权具有对抗第三方的效力或者为了使这项担保权享有优先权，还须取得存款银行的同意或存款银行的其他参与。

(a) 设保人在银行账户上设立一项担保权，可能须取得存款银行的同意。设保人与保持银行账户的存款银行之间的约定中载有一项条款，限制设保人未经银行同意设立担保权的权利，就属于这种情况。根据某些国家的法律也可能出现这种情况，即：即使设保人与保持银行账户的存款银行之间的约定中未载有一项限制设保人设立担保权的条款，设保人设立担保权可能也须取得存款银

行的同意，包括由存款银行确认该项担保权或者存款银行与有担保债权人达成协议；

(b) 根据有些国家的法律，有担保债权人的担保权具有对抗第三方的效力，可能同样需要有存款银行的参与，包括存款银行确认担保权或者存款银行与有担保债权人达成协议；

(c) 有担保债权人对于存款银行本身在银行账户上的任何担保权享有优先权，可能需要有存款银行的参与，包括存款银行确认担保权或者存款银行与有担保债权人达成协议。

对存款银行执行担保权

58. 另外，在某些情况下，有担保债权人可能须取得存款银行的同意才能执行银行账户上的担保权。

59. 在有些国家，如果银行账户上的担保权具有对抗第三方效力的条件是在担保权登记处办理登记或其他备案手续，或者将转让事宜通知存款银行或者由存款银行确认转让，那么，这种备案、通知或确认可能给存款银行造成一种义务，使其必须在有担保债权人希望执行担保权时，接受有担保债权人就银行账户中的资金下达的指示，但这种备案、通知或确认也可能不给存款银行造成这种义务。如果根据某一国家的适用法律不给存款银行造成这种义务，则有担保债权人是否有权在执行担保权时取得银行账户中的资金，通常取决于有关客户是否指示存款银行接受有担保债权人关于这些资金的指示，或者存款银行是否曾与有担保债权人达成这方面的约定。

60. 在没有这种指示或约定的情况下，有担保债权人可能须借助司法程序执行银行账户上的担保权，即取得一项法院令，要求存款银行将银行账户中的资金交给有担保债权人。

[工作组注意：A 部分（总论）第 8 节的其余部分和第 9 至 11 节以及 B 部分（建议）载于 A/CN.9/WG.VI/WP.18/Add.1 号文件。]