



联合国国际贸易法委员会
第四十届会议
2007年6月25日至7月12日，维也纳

担保权益

担保交易立法指南草案

秘书处的说明*

增编

目录

	段次	页次
导言	1-19	5
A. 指南的目的	1-12	5
B. 术语表和解释规则	13-19	7
一. 有效和效率的担保交易制度的关键目标	20-31	14
A. 促进担保信贷	21	14
B. 允许利用广泛的各类资产本身的全部价值在尽可能广泛的信贷 交易中对信贷给予支持	22	14
C. 使当事人能够以简单、高效率的方式获得担保权	23	14
D. 规定对各种信贷来源和各种担保交易方式的平等待遇	24	14
E. 确认非占有式担保权的有效性	25	15

* 本文件比规定的会前十周晚了三周提交，因为需要完成磋商和最后审定相应的修订。



F.	通过规定必须在担保权总登记处办理通知的登记手续，加强用于担保目的的权利方面的可预见性和透明度	26	15
G.	确立明确和可预见的优先权规则	27	15
H.	便利以可预见和高效率的方式执行债权人的权利	28	15
I.	平衡各方受影响人的利益	29	15
J.	承认当事人意思自治	30	15
K.	协调统一各种担保交易法，包括国际私法规则	31	16
二.	适用范围和其他一般规则	32-77	16
A.	适用范围	32-54	16
1.	资产、当事人、债务、担保权和其他权利	33-40	16
2.	应收款的彻底转让	41-45	17
3.	航空器、铁路机车车辆、空间物体、船舶、证券和知识产权	46-50	18
4.	不动产	51-52	19
5.	除外类别资产的收益	53	19
6.	其他例外	54	20
B.	其他一般性规则	55-56	20
1.	当事人意思自治	55	20
2.	电子通信	56	20
C.	指南所涵盖的融资做法实例	57-77	20
1.	库存品和设备购置融资	58-63	20
2.	库存品和应收款循环贷款融资	64-66	21
3.	保理	67-69	22
4.	证券化	70-72	22
5.	定期贷款融资	73-75	23
6.	为担保目的的所有权转让	76	23
7.	售后回租交易	77	24
D.	建议		24
三.	担保的基本做法	78-141	24
A.	一般性意见	78-141	24
1.	导言	78-81	24
2.	传统上为担保而设计的手段	82-115	25

(a) 有形财产上的担保权.....	82-108	25
(b) 无形财产上的担保权.....	109-115	30
3. 所有权用于担保目的.....	116-130	31
(a) 所有权转让.....	117-121	32
(b) 保留所有权.....	122-130	33
4. 综合实用的担保办法.....	131-141	35
B. 建议.....		37
四. 担保权的设定（在当事人之间的效力）.....	142-247	37
A. 一般性意见.....	142-227	37
1. 导言.....	142-147	37
2. 担保权的设定.....	148-160	38
3. 担保协议的基本要素.....	161-165	41
4. 担保协议的形式.....	166-169	41
5. 可适用于担保协议的债务.....	170-179	42
6. 可适用于担保协议的资产.....	180-200	44
(a) 未来资产.....	181-185	44
(b) 排除在外的资产.....	186-187	45
(c) 指明资产.....	188-190	46
(d) 以设保人的总资产为抵押的担保.....	191-199	46
(e) 有担保债权人对担保资产所造成的灭失或损坏承担的 赔偿责任.....	200	49
7. 收益上担保权的设定.....	201-215	49
(a) 收益的概念.....	201-206	49
(b) 收益上担保权的范围.....	207-213	50
(c) 收益上担保权的设定.....	214-215	51
8. 混合收益.....	216-218	52
9. 混合有形财产.....	219-221	53
10. 混合在混集物或制成物中的有形财产.....	222	53
11. 附加物上担保权的设定.....	223-225	54
12. 混集物或制成物上担保权的设定.....	226-227	54
B. 特定资产的建议.....	228-247	55

1. 应收款大批转让和未来应收款转让及应收款的组成部分和未分割权益转让的有效性.....	228	55
2. 不顾禁止转让条款进行的应收款转让的有效性.....	229-232	55
3. 在为应收款、可转让票据或其他任何无形资产作保的对人权或对物权上设定担保权.....	233-244	56
4. 独立保证下收益上担保权的设定.....	245-246	57
5. 可转让单证上或可转让单证所涵盖的货物上担保权的设定 .	247	58
C. 建议		58

导言

A. 指南的目的

1. 贸易法委员会担保交易立法指南（以下称“指南”或“本指南”）的目的是协助各国制订现代担保交易法律，以促进提供低成本担保信贷。对于目前尚无行之有效的担保交易法律的国家来说，以及对于虽有可行的法律但仍希望审查这些法律、使之现代化、或希望本国的法律与其他国家的法律趋于一致或协调的国家来说，指南亦可起到有益的作用。
2. 指南所依据的设想是，健全的担保交易法律可给采用此种法律的国家带来重大的经济利益，包括吸引本国及外国出借人和其他信贷供应商的信贷，促进国内企业（特别是中小型企业）的发展和成长并进而全面扩大贸易。此种法律还能降低货物和服务的价格，使获得低费用消费信贷更加方便，从而给消费者带来惠益。为了行之有效，在此种法律之外还必须辅之以高效率 and 有效的司法系统和其他执法机制。此外，还必须有一套尊重担保交易法律所产生的权利的破产法加以辅助（见《贸易法委员会破产法立法指南》）¹。
3. 指南试图超越各种法律制度之间的分歧，提出可为法律传统各异的国家所接受和实施的实用并且经过验证的办法。指南的侧重点是拟订一些法律，使采用这些法律的国家获得实际经济利益。虽然各国拟订和执行这些法律要花费可预测的费用，但花费是有限的，而且大量的经验表明，给这些国家带来的短期和长期利益应会大大超过这些费用。
4. 任何企业，不论是制造商、分销商、服务提供商还是零售商，为了经营、增长并成功地进行市场竞争，都要有周转资金。国际复兴开发银行（世界银行）、国际货币基金组织、亚洲开发银行以及欧洲复兴开发银行等组织进行的研究充分证明，向商业企业提供周转资金的最有效手段之一就是提供担保信贷。
5. 担保信贷之所以行之有效，关键是允许企业以其资产本身的价值作为降低风险的手段。风险得以降低，是因为贷款如以资产为担保，债权人就可以在附担保债务得不到偿还时以获取该资产作为另一种偿付来源。随着不还款的风险降低，信贷提供量就会增加，信贷成本则会下降。
6. 为担保信贷交易提供支持的法律制度是降低信贷交易的此种预期风险和促进提供担保信贷的关键。有些国家制订了行之有效的法律，对债务人不履约时债权人可预见的始终一致的结果作了规定，因而企业在这种国家获得担保信贷就比较容易。另一方面，在不具备有效率和有效的法律的国家，如果债权人认为与信贷交易相关的法律上的风险很高，信贷成本就会增加，因为债权人要求为评价和承担所增加的风险而提高补偿。有些国家缺乏一种有效率和有效的担保交易制度或破产法制度来使担保权得到确认，其结果是对中小型工商企业以及对消费者的信贷几乎完全不存在。

¹ 联合国出版物，出售品编号：E.05.V.10。

7. 通过协助各个企业的培育和发展，建立起一个促进担保信贷的法律制度，可对国家的总体经济繁荣产生积极影响。因此，尚未建立起有效率和有效的担保交易制度的国家，可能会使自己丧失宝贵的经济利益。
8. 为了最有效地促进低成本担保信贷的提供，指南建议，担保交易法律的拟订应能使企业最大限度地利用其财产本身的价值来获得信贷。在这方面，指南采纳了成功的担保交易法律的两个最基本的概念，即，优先权和对抗第三方效力的概念。优先权的概念使得在相同资产上可同时存在具有不同优先顺位的多项担保权。因而企业能够最大限度地利用其资产的价值，用相同的资产作保，从不止一个债权人处获得担保信贷，同时也使每个债权人知晓其担保权的优先顺位。对抗第三方效力这一概念从形式上来说是一种允许除其他外通过迅捷低费登记简单的担保权通知而实现对抗第三方效力的制度，其目的是在债权人权利的相对优先地位上增进法律确定性，从而降低与担保交易有关的风险和费用。
9. 指南所设想的法律制度是纯粹的国内制度。指南中各项建议所针对的是考虑改革国内担保交易法的国家立法者。但是，由于担保交易往往涉及位于不同法域的当事人和资产，指南也力求解决在其他法域有效产生的担保权以及保留所有权和融资租赁等以所有权为基础的担保手段得到承认的问题。对于这些权利的持有人来说，这是对许多国家现行法律的显著改进，因为根据这些法律的规定，往往是担保资产一旦运出国境，这些权利就随之丧失。对于鼓励债权人为跨国境交易发放贷款，这也是一大进步。
10. 指南始终力求做到对债务人、债权人（无论是有担保债权人、优先债权人还是无担保债权人）以及买受人和其他受让人等受影响的第三人的利益以及国家利益平衡兼顾。在这一过程中，指南依据大量实证证据采用了一种假设，即只要法律（和提供支持的法律基础设施和政府基础设施）有效地使债权人能够对其风险进行可预测性强的评估，并有信心在债务人无力支付时能够最终实现担保资产的经济价值，所有债权人都会接受这种平衡的办法，因而会更积极地发放贷款。这一平衡的基本条件是担保交易和破产法制度之间的紧密协调，包括对企业重组或清算时如何处理担保权作出规定。此外，某些债务人，如消费者债务人，需要额外的保护措施。这样，尽管指南所设想的制度将适用于多种形式的消费者交易，但其用意不是要逾越消费者保护法，也不是要讨论消费者保护政策，因为这些事项不宜进行统一。
11. 本着这一精神，指南还讨论了针对担保信贷所表达的各种关切。一种关切是，如果使一债权人对一人的所有资产或几乎全部资产享有优先求偿权，这似乎会限制该人从其他来源获得贷款的能力。另一种关切是，如果有担保债权人在企业违约时可扣押或威胁扣押该企业的担保资产，该债权人即具有对企业施加影响的潜在能力。还有一种关切是，在某些情形下，有担保债权人可在某人破产时获得他的大部分资产或全部资产，而无担保债权人却所获无几，其中有些人没有能力争取对这些资产享有担保权。指南论及这些关切，并就那些似乎有根据的关切提出解决办法。
12. 指南借鉴了贸易法委员会和其他组织的工作。这方面的工作包括：1994 年

完成的《欧洲复兴开发银行担保交易示范法》；1997年完成的欧洲复兴开发银行“担保交易法核心原则”；1997年拟订的《非洲统一商法组织证券安排统一法》；亚洲开发银行2000年编写的亚洲担保交易法改革研究报告；²2001年通过的《联合国国际贸易应收款转让公约》（《联合国转让公约》）；³2001年通过的《移动设备国际利益公约》及其相关议定书；2001年海牙国际私法会议通过的《中间人代持证券所涉某些权利准据法公约》；2002年拟订的美洲国家组织（美洲组织）《美洲担保交易示范法》；2004年完成的贸易法委员会《破产指南》；以及统法协会《中间人代持证券统一实质性规则公约》初稿。

B. 术语表和解释规则

13. 指南采用术语表来表述有效的担保交易制度所依据的各种概念。所使用的术语并非来自任何特定的法律体系。即使某一用语看似与某国法律中的用语相同，指南也不打算采用该用语在该国法律中的意义。指南所提供的定义给出了每一个关键术语的具体含义。要指出一点，许多定义还起到了限定指南中使用这些术语的建议的范围的作用。有些建议使用的术语是在这些建议中加以界定的，有些术语的定义在使用这些术语的建议中得到了进一步阐述。因此，每项建议的范围和内容都取决于所使用的已作界定的术语的含义。

14. 指南之所以采取使用已作界定的术语的办法，是为了便于准确沟通，而不受任何特定的国家法律制度的制约，并使指南的读者对其中各项建议有一致的理解，使用共同的词语和概念框架。应当仔细阅读定义，每次遇到已作界定的术语时应参考其定义。

15. 虽然术语本身并不是指南中各项建议的必要成分，但以指南为基础的立法通常会包含所用术语的具体定义。即使在立法中使用的术语不同于指南中所用的术语，也可以使用术语表中提供的定义。这样就可避免无意间发生实质上的变动，并从一开始就尽可能对所用的术语有统一的理解，新法一生效就可取得最大限度的统一解释。术语的使用，更重要的还有指南所提供的定义，还将促进管辖担保权的法律的统一。

16. “或”字并不是要表示唯一；使用单数也表示包括复数，反之亦然；“包括”一词并不是要表示详尽的列举；“可”字表示准许而“应”字表示指示；“诸如”和“例如”应与“包括”一词作相同解释。“债权人”应解释为既包括颁布国中的债权人也包括外国债权人，但另有指明的除外。凡提及“人”均应解释为既包括自然人也包括法人，但另有指明的除外。

17. 一些国家可能选择通过颁布单一的综合性法规（这种办法较易于产生连贯性并避免疏漏错误或误解）来执行指南的各项建议，而另一些国家可能试图修改现行的法律文本，在文本各处添加具体的规则。指南将所建议的规则整体称

² 见《2000年亚洲开发银行的法律和政策改革》，第一卷（亚洲开发银行，2000年4月，马尼拉）。

³ 联合国出版物，出售品编号：E.04.V.14。

为“法律”或“本法”，而无论所选择的是哪一种执行方法。

18. 指南在另外一些不同的上下文中也使用了“法律”一词。除非另有明确规定，在指南全文中(a)所有提及法律之处既指成文法也指非成文法；(b)所有提及法律之处均指国内法，不包括国际私法规则（以避免出现反致）；(c)所有提及“非担保交易法的法律”之处均指一国除包含管辖担保交易的法律（无论是已有的、新颁布的还是根据指南的建议修改过的）的部分之外的法律整体（无论是实体法还是程序法）；(d)所有提及“管辖……（如可转让票据）的法律”之处不仅指被称作“可转让票据法”的特殊法规或法律文本，还包括所有可适用于涉及可转让票据的交易或情形的合同法及其他一般性法律；(e)所有提及“破产法”之处也同样包括所有相关法律，但仅指在破产程序启动之后可适用的法律。

19. 下列段落明确了指南中所使用的主要术语和赋予它们的核心含义。在后面的章节中使用这些术语时，对其含义作了进一步完善。这些章节还界定并使用了其他术语（例如在关于破产的第十一章中；见 A/CN.9/631/Add.8）。应当结合有关的建议来阅读这些定义。对主要术语的定义如下：

(a) “确认”在涉及独立保证下的收益时系指须就独立保证下的提款付款或以其他方式给付对价的担保人/签发人、保兑人或被指名人已经单方面或经约定：

(一) 确认或同意（无论确认或同意是如何加以证明的）在从独立保证中提取的收益上为有担保债权人设定担保权（而不论是否以转让或其他名称命名）；或

(二) 本人承担就独立保证下的提款向有担保债权人付款或给付对价的义务。

(b) “购置款融资提供者”，这一术语仅用于对购置款融资权的非统一处理法的情形，系指享有购置款融资权的人（因此包括保留所有权出卖人、融资租赁出租人，以及租购交易的受付人、或其他任何购置款融资交易和定义(c)(三)和(四)项所描述的其他任何交易中的债权人）；

(c) “购置款融资权”仅用于对购置款融资权的非统一处理法的情形下，系指下列任何一种权利：

(一) 保留所有权的权利；

(二) 融资租赁下出租人的权利；

(三) 根据使一人占有或使用有形财产而非可转让票据或可转让单证的安排而保留的所有权和产生的相关权利，由此按照这一安排，直至价款付清时，或在价款付清的条件下，对该财产的所有权方可不可撤销地归于占有或使用该财产的人；

(四) 下述任何安排下所产生的权利：债权人提供信贷使一人得以占有或使用有形财产而非可转让票据或可转让单证，从而保留在履行偿还义务的条件下成为该财产的不可撤销的所有人的权利；

(d) “购置款融资受让人”，这一术语仅用于对购置款融资权的非统一处理法的情形，系指对资产的权利受购置款融资权限制的人，因此包括保留所有权买受人、融资租赁承租人或其他任何购置款融资交易中的债权人；

(e) “购置款有担保债权人”，在对购置款融资权的统一处理法和非统一处理法的情形下，系指享有购置款担保权的担保债权人，而在统一处理法的情形下，包括保留所有权的出卖人、融资租赁出租人或购货款融资提供者；

(f) “购置款担保权”，在对购置款融资权的统一处理法和非统一处理法的情形下，系指有形财产而非可转让票据或可转让单证上的担保权，籍此担保该资产购置款任何未支付部分的付款义务或担保为使设保人获取该财产而产生的债务或提供的信贷。购置款担保权不一定称为购置款担保权。根据统一处理法，这一术语包括保留所有权出售、租购交易、融资租赁和购置款融资交易中的财产上的债权人权利；

(g) “受让人”系指所转让的应收款的接收人；

(h) “转让”系指在应收款上设定担保权，包括应收款的彻底转让。应收款上担保权的设定包括以担保方式进行的彻底转让；

(i) “转让人”系指进行应收款转让的人；

(j) “不动产附加物”系指与不动产有着实体连接，因而虽然未丧失其单独特性，但根据不动产所在国的法律被当作不动产处理的有形财产；

(k) “动产附加物”系指与其他有形财产有着实体连接，因而虽然未丧失其单独特性，但根据本法以外的法律被当作该动产的一部分处理的有形财产；

(l) “银行账户”系指可存入或贷记资金的由银行管理的账户。这一术语包括支票账户或其他往来账户、储蓄账户和定期存款账户。这一术语不包括以可转让票据为凭证对银行的求偿权；

银行账户贷记款受付款包括转入银行内部账户的资金的受付款，而不适用于欠银行的任何债务。以对银行在其正常营业过程中已接受的未来支付义务进行预期补偿的方式转入该银行的资金也被包括在内，但条件是，如果该银行未作未来支付，向该银行发出指示的人享有对这些资金的求偿权；

(m) “竞合求偿人”系指：

(一) 在同一担保资产（无论是原始担保资产还是收益）上享有担保权的另一有担保债权人；

(二) 在购置款融资权非统一处理法的情况下，保留对同一担保资产所有权的出卖人、融资租赁出租人或其他购置款融资提供者；

(三) 设保人的另一对同一担保资产持有权利的债权人（例如，通过法律的运作、查封或扣押或类似的程序）；

(四) 设保人破产情况下的破产管理人（在关于破产的一章中，为了与贸易法委员会《破产法立法指南》中所用的术语保持一致，提及了“债务人的破产”）；或

(m) 担保资产的任何买受人或其他受让人（包括承租人或許可证持有人）；

(n) “保兑人”系指在担保人/签发人的独立保证上添加自己的独立保证的银行或其他人；

根据《联合国独立担保和备用信用证公约》⁴（“《联合国担保和备用信用证公约》”）第 6 条(e)项，保兑书为受益人提供了要求保兑人依照所保兑的独立保证书的条款和条件付款而不是要求担保人/签发人付款的选择；

(o) “消费品”系指设保人用于或打算用于个人、家庭或家居用途的商品；

(p) 在下列情况下对独立保证下的收益拥有“控制权”：

(一) 担保人/签发人、保兑人或被指名人为有担保债权人的，在担保权设定时自动拥有；或

(二) 担保人/签发人、保兑人或被指名入已经为有担保债权人作出确认的；

(q) 在下列情况下对银行账户贷记款受付款拥有“控制权”：

(一) 开户银行系有担保债权人的，设定担保权时自动拥有；

(二) 开户银行与设保人和有担保债权人订立了控制权协议，并以经认证的记录为证，根据该协议，开户银行同意在银行账户贷记款的支付方面遵照有担保债权人的指示而无需设保人另行同意；或

(三) 有担保债权人为账户持有人。

开户银行没有订立控制权协议的义务。此外，有担保债权人的权利将服从于开户银行根据规范银行账户的法律和惯例享有的权利和负有的义务。而且，控制权协议需要得到设保人（以及开户银行）的同意，设保人保留处理银行账户内资金的权利，直到有担保债权人对开户银行另有指示（尽管在有些控制权协议中，从控制权协议订立之时起这种资金将被冻结）。其中包括下列情形：(a) 现有账户转给了有担保债权人，(b) 有担保债权人同意按设保人的意见把资金存入以后开立的账户，(c) 有担保债权人系唯一账户持有人（即并非只是共同账户持有人）；

(r) “债务人”系指必须履行附担保债务的人并包括次级承付人，例如附担保债务的担保人。债务人可以是也可以不是为有担保债权人设立担保权的人（见术语“设保人”的定义）；

(s) “应收款债务人”系指有义务支付应收款的人。“应收款债务人”包括担保人或对应收款负有次级义务的其他人；

附属保证的担保人不仅是已保证支付应收款的应收款债务人，还是保证所构成的应收款的债务人，因为保证本身就是一种应收款（即有两种应收款）；

⁴ 联合国出版物，出售品编号：E.97.V.12。

- (t) “担保资产”系指已附设担保权的有形财产或无形财产；
- (u) “设备”系指某人在其企业经营中所使用的有形财产；
- (v) “融资租赁”系指在法定租期期满时的以下租赁：
 - (一) 承租人自动成为所租赁的有形财产而非可转让票据或可转让单证的所有人；或
 - (二) 承租人在支付不超过名义价款的款项后即可获得所租赁的资产；或
 - (三) 所租赁的有形财产的价值不超出名义剩余价值。

该术语包括租购协议。

(w) “设保人”系指在本人一项或多项资产中为有担保债权人设立担保权的人，以作为其本人债务或另一人债务的担保（见术语“应收款债务人”的定义）。按照统一处理办法，购置款担保权的“设保人”包括保留所有权的买受人、租购协议买受人、融资租赁承租人或购货款出货交易的设保人。由于指南的一般性建议不仅适用于应收款上的担保权，而且也适用于担保式转让和应收款的彻底转让，除另有规定外，一般性建议所提及的“设保人”还系指“转让人”（见术语“债务人”的定义）；

(x) “担保人/签发人”系指签发独立保证书的银行或其他人；

(y) “独立保证”系指（商业或备用）信用证、信用证保兑、独立担保（包括即付、见索即付、银行担保或反担保）或法律或惯例规则承认其独立性的其他任何保证，这些规则包括《联合国担保和备用信用证公约》、《跟单信用证统一惯例》、《国际备用信用证惯例》和《即付担保书统一规则》；

(z) “破产法院”系指有权控制或监督破产程序的司法机构或其他权利机构；

(aa) “破产财产”系指受破产管理人控制或监督并需由破产程序处理的债务人资产和权利；

(bb) “破产程序”系指根据破产法进行的目的在于债务人企业重整或清算的集体司法程序或行政程序；

(cc) “破产管理人”系指负责管理破产财产的人或机构；

(dd) “无形财产”系指除有形财产之外的所有形式的动产，包括无体产权、应收款和履行非应收款债务的权利；

(ee) “知识产权”系指版权、商标、专利、服务标志、商业秘密和设计以及根据颁布国本国法律或颁布国加入的国际协议而被视为知识产权的其他任何资产；

(ff) “库存品”系指在设保人的正常经营过程中留待销售或租赁的有形财产以及原材料和半成品材料（在产品）；

(gg) 可转让单证的“签发人”系指根据规范可转让单证的法律有义务交付

单证所列的有形财产的人；

在所谓多式联运提单的情况下（如果该提单称得上是准据法所规定的一种可转让单证的话），“签发人”可以是将货物运输的各个部分分包给其他人但仍对其运输及运输期间可能发生的任何损害承担责任的人；

(hh) “知悉”系指实际知悉；

(ii) “混合物或制成品”系指在形体上与其他有形财产紧密连接或结合以致丧失其单独特性的非金钱有形财产；

(jj) “金钱”系指任何国家当前规定为法定货币的货币。不包括银行账户贷记款或支票等可转让票据；

(kk) “可转让单证”系指体现有形财产受付款的一种单证，例如仓单或提单，能满足规范可转让单证的法律对可转让性的要求；

(ll) “可转让票据”系指体现受付款的一种票据，例如支票、汇票或本票，能满足规范可转让票据的法律对可转让性的要求；

(mm) “被指名人”系指在独立保证书中以名称或类属（例如“X 国的任何银行”）所标明的被指名需按独立保证给付价值并以该名义行事的银行或其他人；

(nn) “非占有式担保权”系指(一)有担保债权人或为有担保债权人而持有有形财产的另一人未实际占有的有形财产上的担保权，或(二)无形资产上的担保权；

(oo) “通知”系指书面通信；

(pp) “转让通知”系指合理指明所转让的应收款和受让人的书面通信；

(qq) “原始合同”在转让的情况下系指转让人与应收款债务人之间的产生所转让应收款的合同。对于非合同规定的应收款，“原始合同”系指应收款的非合同来源；

(rr) “占有”，除了如同建议 29 和建议 52 至 54 中就可转让单证签发人使用的该术语外，系指由某人或该人的代理人或雇员，或承认是代表该人持有的独立人士对有形财产的实际占有。该术语不包括推定占用、虚拟占用、视为占有或象征占有；

(ss) “占有式担保权”系指由有担保债权人或为有担保债权人持有资产的另一人（债务人或其他设保人除外）所实际占有的有形财产上的担保权；

(tt) “优先权”系指一人优先于竞合求偿人从担保资产上的担保权中获取经济利益的权利；

(uu) “收益”系指与担保资产有关的一切所得，包括由于对担保资产的变卖、其他处分和收取、租赁或发放许可而收到的所得，还系指收益的收益、法定孳息和天然孳息、股息、分配、保险收益和因担保资产的瑕疵、损坏或灭失产生的债权；

(vv) “独立保证下的收益”系指对担保人/签发人、保兑人或被指名人为给付独立保证下的提款的对价而拟支付或交付的应付款项、承兑的汇票、延期的承付款或其他有价物品享有的收取权。本术语还包括请求议付银行根据相符提示购买可转让票据或单证的权利。本术语不包括：

- (一) 独立保证下的提款权（即要求付款的权利）；或
- (二) 从履行独立保证或从处分独立保证下的收益而获得的收益（即由收取或处分独立保证下的收益而产生的收益）。

本定义所指“独立保证下的收益”，当与独立保证法和惯例中一般使用的术语一致。指南中使用的这一术语，系指设保人作为一项独立保证的受益人有权视其是否作出符合独立保证书的条款和条件的提示而收到该独立保证下给予的任何付款或其他价值。该术语不包括收益本身，即从担保人/签发人、保兑人或被指名人履行提款（受益人从议付银行收到价值不应定性为提款或处分）或从处分独立保证下收益提取权而实际收到的收益。

即便独立保证法和惯例中使用的“收益”一词可指收取权或在独立保证下的一切所得，而且指南中其他地方使用的“收益”一词也是指一切所得，“独立保证下的收益”这一术语仍是指收取权。独立保证下的收益（作为原始担保资产）上担保权不同于指南所涵盖的各类资产的“收益”（指南的一个主要概念）上的担保权；

(ww) “应收款”系指获得对金钱债务的偿付的权利，但不包括以可转让票据为凭证的受付款、独立保证下的付款义务和银行支付银行账户贷记款的义务；

(xx) “保留所有权的权利”，这一术语仅用于非统一处理法的情形，系指出卖人根据与买受人的安排而对可转让票据或可转让单证以外的有形财产享有的权利，根据这种安排，在付清财产购货款任何未支付部分这一条件得到满足之前，对该有形财产的所有权不从出卖人转让给买受人；

(yy) “有担保债权人”系指享有担保权的债权人。就应收款而言，这一术语系指应收款的“受让人”（见术语“转让”的定义）；

(zz) “附担保债务”系指以担保权作保的债务；

(aaa) “担保交易”系指在动产（而非不动产）上设定对物型（而非对人型）担保权的交易；

(bbb) “担保协议”系指设保人与债权人之间设立担保权的协议，无论其形式或所使用的术语如何；

(ccc) “担保权”系指为保证一项或多项债务得以偿付或以其他方式得以履行而通过约定在动产和附加物上设定的财产权，而不论各方当事人是否已将其定名为担保权。在统一处理法情形下，本术语包括购置款担保权和非购置款担保权，但在非统一处理法情形下，不包括购置款融资权。就应收款而言，担保权还系指受让人的权利（见“转让”的定义和下文与应收款转让有关的其他定义）。

(ddd) “后继转让”系指初始受让人或其他任何受让人所作的转让。在后继转让的情况下，作出转让的人为转让人，接收所作转让的人为受让人；

(eee) “有形财产”系指各种形式的有体动产。有形财产分为库存品、设备、附加物、可转让票据、可转让单证和金钱等类别。

一. 有效和高效率的担保交易制度的关键目标

20. 指南本着提供实用、有效的解决办法的精神，研究并拟订了有效和高效率的担保交易制度的关键目标和主题。这些目标是为了建立和发展这种制度而提供一个大的政策框架，并可在各国颁布的法律序言中体现出来。在解释法律时应当将这些目标考虑在内（此类办法见《联合国转让公约》第7条第1款等）。

A. 促进担保信贷

21. 指南的最基本目标是在根据指南的建议通过立法的法域促进向人提供低成本担保信贷，从而使这些人和整个经济都能因得到这类信贷而获得经济利益（见上文第2段）。

B. 允许利用广泛的各类资产本身的全部价值在尽可能广泛的信贷交易中对信贷给予支持

22. 管辖担保交易的法律制度成功的一个关键是使各种各样的企业能够在广泛的信贷交易中为获得信贷而利用其资产本身的全部价值。为了实现这一目标，指南通过以下办法突出广泛性的重要性：(a)准许以各种各样的资产（包括现有的和未来的资产）作为担保资产；(b)准许使用担保资产上的担保权对尽可能多种多样的债务（包括未来的和有条件的债务、金钱债务和非金钱债务）作担保；(c)使此种制度的益处尽可能惠及多种多样的债务人、债权人和信贷交易。

C. 使当事人能够以简单、高效率的方式获得担保权

23. 如果能够以高效率的方式取得担保权，就会降低信贷的成本。为此，指南提出一些简化办理担保权手续和以其他方式降低交易成本的方法。这些方法包括：取消不必要的手续；规定设立担保权的单一方法，而不是针对不同种类的担保资产实行多种担保方法；允许各方当事人不必出示其他任何文件或采取进一步的行动即可对未来资产设立担保权和为将来预支贷款设立担保权。

D. 规定对各种信贷来源和各种担保交易方式的平等待遇

24. 由于所有潜在债权人之间的良性竞争是降低信贷成本的一个有效途径，指南建议对各种债权人，包括银行和其他金融机构以及本国债权人和非本国债权人一视同仁地适用担保交易制度。

E. 确认非占有式担保权的有效性

25. 由于设定担保权不应使债务人或其他设保人难以或无法继续经营其企业，指南建议在法律制度中规定，可以对广泛的多种资产设定非占有式担保权，同时建立一种采用公开登记形式的机制，为第三方提供有关此种担保权可能存在的通知。

F. 通过规定必须在担保权总登记处办理通知的登记手续，加强用于担保目的的权利方面的可预见性和透明度

26. 由于有效的担保交易制度还应鼓励信贷交易各方当事人的负责任的行为，指南力图增进可预见性和透明度，以使各方当事人能够评价所有相关的法律问题并确定不遵守所适用的规则的相应后果，同时尊重和处理好保密问题。达到这个目标的一个首要手段是建立可登记担保权通知的担保权总登记处。

G. 确立明确和可预见的优先权规则

27. 除非债权人能够在交易发生时确定其对此种资产的权利优先于其他债权人（包括破产管理人），否则资产上的担保权对债权人没有多少价值或毫无价值。为此，指南提议建立担保权总登记处，并在该登记处的基础上提出明确的规则，使债权人能够以可靠、及时和有成本效益的方式从交易之初即可判定其担保权的优先排序。

H. 便利以可预见和高效率的方式执行债权人的权利

28. 除非债权人能够以可预见的和既省时又有成本效益的方式执行其享有的担保权，否则担保权对有担保债权人也没有多少价值或毫无价值。有鉴于此，指南提出一些程序，使债权人可以在法院和适当时在其他官方机构的控制、监督或审查下执行其担保权。指南还建议，一国的担保交易法应与其破产法密切协调，以便在不违反破产法有关规则的情况下尊重破产之前担保权已具有的效力和优先权及其经济价值。

I. 平衡各方受影响人的利益

29. 由于担保交易涉及众多方面的利益，例如债务人、其他设保人、包括有担保债权人、优先债权人和无担保债权人在内的竞合债权人、购买人和其他受让人以及国家，因此指南提出的规则皆考虑到上述各方的正当利益并力求平衡兼顾地实现上述所有目标。

J. 承认当事人意思自治

30. 由于有效的担保交易制度应当以最大的灵活性和持久性来包容各种各样的信贷交易，同时考虑到新的和正在形成的信贷交易形式，指南强调有必要使强

制性规则保持在最低限度内，以便于各方当事人可以根据其具体需要进行信贷交易。与此同时，指南考虑到其他保护消费者或其他人合法权益的法规，规定担保交易制度不应逾越此类法规。

K. 协调统一各种担保交易法，包括国际私法规则

31. 以指南所载建议为基础颁布法规，有助于（通过采用便利跨国界承认担保权的类似实体法）协调统一各种担保交易法。这一结果本身会有助于国际贸易融资以及货物和服务的跨国界流动。此外，即使不可能实现各国担保交易法的完全协调统一，国际私法规则将特别有助于为跨国界交易提供便利。无论如何，国际私法规则将有利于例如帮助有担保债权人判定如何使其担保权具有对抗第三方的效力（即根据担保资产所在地的法律、设保人所在地的法律还是其他法律）。

二. 适用范围和其他一般规则

A. 适用范围

32. 指南所设想的制度是一种单一的综合性担保交易制度，尽可能影响到范围最广的资产、当事人、附担保债务、担保权和其他权利以及融资做法。

1. 资产、当事人、债务、担保权和其他权利

33. 指南主要侧重于核心商业资产，例如商业性货物（库存品和设备）和贸易应收款。然而，指南提出，所有类型的资产都能够成为担保权的标的，包括企业的所有现有资产和未来资产，除了明确排除在外的资产之外（见 A/CN.9/631，建议 4-6），指南涵盖所有资产，包括有形财产和无形资产（见 A/CN.9/631，建议 2(a)项）。

34. 指南涵盖所有类型的动产和附加物，无论是有形的还是无形的，现有的还是将来的，其中包括库存品、设备和其他货物、合同应收款和非合同应收款、合同规定的非金钱债务、可转让票据、可转让单证、银行账户贷记款受付款、独立保证下的收益，以及知识产权。在应收款方面（其中不包括可转让票据、可转让单证和银行账户；见上文第 19 段的“应收款”定义），以关于应收款的建议为补充的一般性建议适用于：(a)合同应收款和非合同应收款，只有建议 24（应收款大批转让和未来应收款转让及应收款的组成部分和未分割权益转让的有效性）和建议 111（转让人的表示）不适用于非合同应收款；(b)合同规定的非金钱债务。但是，指南所建议的法律之外的法律适用于合同规定的非金钱债务的承付人的权利。

35. 指南强调有必要使设保人不仅能够对其现有资产，而且还能够对其“未来资产”或“事后取得的资产”（即在担保协议订立之后设保人获得的资产或生成的）设定担保权，而同时不要求设保人或担保债权人在取得此类资产或其生成时签署任何补充文书或采取任何补充行动。这种方法与《联合国转让公

约》等相一致，该公约规定可对未来应收款设定担保权而无需采取任何补充步骤。此外，指南还建议通过单一担保协议，确认企业设保人以所有现有和未来资产设定的担保权。单一担保协议的概念已存在于某些法律制度中，即所谓的“企业抵押”、固定抵押与浮动抵押相结合，或“总资产担保权”。

36. 任何人，无论是自然人还是法人，都有可能是指南下的债务人、设保人或有担保债权人。除非另有具体说明，指南还可以适用于消费者，因为没有理由剥夺指南所设想的制度对消费者的益处。但是，假如指南所设想的制度中有哪条规则与消费者保护法相冲突，则以消费者保护法为准。没有消费者保护法的国家似宜考虑，根据指南各项建议颁布的法律是否会影响到消费者的权利，从而需要就消费者保护立法（见 A/CN.9/631，建议 2(b)项）。

37. 指南还建议可对广泛的多种金钱和非金钱债务进行担保。此外，指南的目的是涵盖多种具有担保功能的交易，包括那些同占有式担保权和非占有式担保权有关的交易（见 A/CN.9/631，建议 2(c)项和(d)项）。

38. 指南述及约定产生的担保权。然而，指南中也提及其他权利，例如，通过法规或司法程序提供的权利，在这种情况下，同一笔财产上既有合意担保权也有法定权利和其他权利，因此法律必须就这些权利的相对优先地位作出规定（见 A/CN.9/631，建议 89-92）。

39. 为了确保全面涵盖所有具备担保功能的手段，指南还述及虽无担保权之名但具有担保功能的权利（例如，为担保目的而转让有形资产的所有权、为担保目的而彻底转让应收款，以及各种形式的保留所有权（见 A/CN.9/631，建议 2(e)项）。

40. 指南述及的唯一一种不具备担保功能的做法涉及应收款的纯粹彻底转让。采取这种办法的理由是，有必要避免定性问题并确保登记制度和指南的优先权规则适用于所有的应收款转让（见下文第 41-45 段）。

2. 应收款的彻底转让

41. 指南不适用于不具备担保功能的做法。这一规则的唯一例外情况涉及应收款纯粹的彻底转让，指南适用于应收款的纯粹彻底转让是为了确保应收款的所有类别转让服从于相同的规则（见 A/CN.9/631，建议 3 和建议 162-164）。但是，由于“应收款”的定义（“应收款”的定义见上文第 19 段）不包括可转让票据下受付款、独立保证下付款义务和银行支付银行账户贷记款的义务，指南不适用于这类资产的纯粹彻底转让（但指南适用于为了担保目的而对此类资产进行的转让）。

42. 将可转让票据、独立保证下的受益和银行账户贷记款受付款的纯粹彻底转让排除在外，是因为这些转让会引起各种问题，而且需要特别的规则（如果指南要涵盖非中间人持有证券，也将对其作同样的考虑）。而且，就应收款而言，担保式转让和彻底转让将根据登记的先后顺序竞争优先权。但对于可转让票据、独立保证下的收益和银行账户贷记款的受付款，情况有所不同。就可转让票据而言，有担保债权人可以始终通过占有票据而获得优先权。同样，就独

立保证下的收益和银行账户贷记款的受付款而言，有担保债权人也可以始终通过控制而获得优先权利。

43. 虽然可以通过与指南涵盖应收款的彻底转让相类似的方式，很容易地将担保交易法的各项原则适用于本票的彻底转让，并可能适用于除支票以外的汇票的彻底转让，但这些原则并不太适用于支票的彻底转让。后一议题已由可转让票据法和银行托收法充分涵盖。

44. 颁布国若希望将其担保交易法的范围扩大到适用于作为本票或汇票的可转让票据的彻底转让（并将“担保权”的定义范围扩大到包括此类交易中的受让人的权利），似宜考虑规定，此类可转让票据彻底转让的，担保权在转让时自动取得对抗第三方的效力。这种规则将避免扰乱现行财务做法。

45. 对于这种担保权的优先权，将适用优先权的一般规则。特别是，将由建议 99 中的一般原则管辖。同应收款彻底转让相同的是，这类可转让票据彻底转让的受让人应当能够强制执行该票据而无需转让人的进一步同意，但应服从关于违约后权利的第十章所述的可转让票据承付人的权利（见 A/CN.9/631/Add.7）。

3. 航空器、铁路机车车辆、空间物体、船舶、证券和知识产权

46. 航空器、铁路机车车辆、空间物体和船舶等资产，以及其它类型的移动设备，如果涵盖于国内法律或根据指南颁布立法的国家所加入的国际协议，而本法所涵盖的事项已在上述国内法或国际协议中述及，则不适用本指南（见 A/CN.9/631，建议 4(a)项）。所提及的航空器、铁路机车车辆、空间物体和船舶应当根据述及这些资产的国内法或国际公约中这些术语的含义加以理解。

47. 鉴于知识产权对试图获得担保信贷的企业越来越重要，经济价值也日益升高，指南原则上适用于知识产权上的担保权。但是，由于编写建议时并未考虑到知识产权的问题，如有与国内法律或一国所加入的国际协议不一致之处，则指南不适用（见 A/CN.9/631，建议 4(b)项）。为了避免出现这类不符的情况，颁布国应当审查其现行的知识产权法和国内法或本国加入的国际协议，如果指南的建议与此类任何法律或公约不一致[而此类国内法和国际协议述及了指南建议所涵盖的具体事项]，该国的担保交易法应当确认，这类问题由这些现行的知识产权法和公约管辖。在考虑这些建议适用于知识产权上的担保权时是否应当加以调整时，一国应当针对具体情况逐一分析每种情形，并且应当妥善考虑建立一个有效的担保交易制度和确保根据国内法和国际协议保护和行使知识产权。

48. 建议 4(a)项和(b)项是根据下述背景编写的：是否存在有关的专门法律和国际协议，述及了本法所涵盖的特别事项。例如，大多数国家有建议 4(a)项所述的船舶、航空器和其它类型移动设备上的担保权和其他权利的登记册和详细规则。登记册有的是最近建立的，有的是由于这些类型的资产需要融资而加以更新的。关于移动货物的专门法律和国际公约都以不同的精确程度涵盖了担保权。相比之下，各种类型的知识产权往往没有登记，或者登记册只是证明了政府已经签发或承认了一项权利，而不是为了登记担保权。此外，某些类型的知

识产权传统上不作担保权的标的，而且知识产权法通常不述及本法所涵盖的特别事项。

49. 此外，指南没有涵盖证券上的担保权，因为证券的性质及其对金融市场运作的重要性引起诸多方面的问题，需要特别立法来处理。国际统一私法协会（统法协会）正在拟订的一项公约草案述及与担保和中间人代持证券上的担保权和其他权利相关的实体法问题。指南未述及[中介]证券上权利的准据法，因为这些权利由《中间人代持证券所涉某些权利准据法公约》处理。[不过，指南涵盖了非中介证券，因为这类证券对涉及中小企业的担保交易很重要（见 A/CN.9/631，建议 4(c)项）]。

[委员会注意：如果委员会决定，在就非中介证券做进一步工作之前，指南应当涵盖这类证券，则建议 4(c)项必须按照 (a)项和(b)项的写法添加措词，以保障适用证券法的某些条款，至少到必要的关于非中介证券的特定资产建议编写完成为止。此外，“应收款”的定义必须排除非中介证券，以确保关于应收款的规则不适用于此类证券。而且，还需要提及统法协会《中间人代持证券事宜统一实质性规则公约》初步草案中所载的“证券”和“中介证券”的定义（见统法协会文件研究 LXXVIII-Doc.57，2006 年 11 月，第 1 条(a)项和(b)项）]。

50. 指南在结构上便于根据指南所设想的制度颁布法规的国家同时执行统法协会和海牙会议拟订的这两个法规以及贸易法委员会编写的相关法规，例如《联合国转让公约》和《贸易法委员会破产指南》（见上文第 12 段）。

4. 不动产

51. 不动产（不动产的附加物除外，因其可能连附指南所涵盖的担保权）排除在外，因为其会引起各种问题，且由特别的所有权登记制度管理，登记册是按资产而不是按设保人编排索引的。

52. 不动产虽然作为原始担保资产而被排除在指南的范围之外，但也有可能受到指南各项建议的影响。例如，如果抵押物上的一项担保权为应收款、可转让票据或其他无形资产作保，在该应收款、可转让票据或其他无形资产发生转让时，抵押物上的担保权也随之发生转让。这项规则不影响不动产法下存在的任何第三方权利、优先权和强制执行要求（见 A/CN.9/631，建议 26）。

5. 除外类别资产的收益

53. 如果一种资产被排除在指南的范围之外，该资产上的担保权是否对确实适用担保交易法的收益类别（例如作为不动产收益的应收款）赋予一种担保权，应当由担保交易法以外的法律决定。根据指南，如果这类其他法律规定此类收益上的担保权确实存在，则担保交易法适用于该担保权，但该其他法律适用于[该担保权的第三方效力、优先权或强制执行][该担保权]的除外。

6. 其他例外

54. 由于指南的目标需借助一种综合的担保交易制度方能最有效地得以实现，指南建议，其适用范围的其他任何例外情形，凡是指南没有明确规定的均应加以限制，此类例外确实存在的，应当在法律中明确具体地阐明（见 A/CN.9/631，建议 7）。

B. 其他一般性规则

1. 当事人意思自治

55. 在现代担保交易制度中，十分重视当事人意思自治，即当事人能够背离或改变担保交易制度的某些特定规则，除非受到某些反映了硬性政策考虑因素的具体强制性规则的限制。但是，现代担保交易制度还明确规定，此类约定不影响非约定当事人的第三方的权利。为给予担保交易的当事人最大限度的灵活性，使其能够遵照颁布国的公共政策调整其交易以符合其具体需要，有必要采用这种办法。这是担保交易制度促进担保信贷的最重要的方式之一。指南采用了这种办法（见 A/CN.9/631，建议 8）。

2. 电子通信

56. 现代担保交易制度不仅反映现代的担保交易法概念，也通过便利电子通信而适应现代的商务做法。本着这一精神，并遵照《联合国国际合同使用电子通信公约》⁵第 9 条第 2 款和第 3 款，以及《贸易法委员会电子商务示范法》⁶第 6 和第 7 条，指南载有若干建议，承认当事人能够使用电子通信进行交易（见 A/CN.9/631，建议 9 和 10；另见关于《联合国电子通信公约》的逐条说明第 143-165 段⁵和 1996 年《贸易法委员会电子商务示范法及立法指南》及其所附 1998 年通过的附加第 5 条之二，第 47-61 段）⁶。

C. 指南所涵盖的融资做法实例

57. 下文以三个简短的例子来说明指南打算鼓励的担保信贷交易类型，指南通篇都将提到这些例子来说明具体的观点。这些例子只代表目前采用的众多形式的担保信贷交易中的几种，而担保交易制度要行之有效，就必须具有足够的灵活性，以兼顾多种现有的融资方式以及未来可能发展起来的融资方式。

1. 库存品和设备购置融资

58. 企业通常为具体采购库存品或设备而融资。在许多情况下，由所购有形物

⁵ 见联合国出版物，出售品编号：E.07.V.2。

⁶ 同上，出售品编号：E.99.V.4。

（库存品和设备）的卖方提供融资。在另一些情况下，则由放款人而不是由卖方提供融资。放款人有时是独立的第三方，有时则可能是卖方的附属公司。卖方保留所有权或放款人获得所购有形物上的担保权，以保证信贷或贷款得到偿付。

59. 以下是购置款融资的示例：ABC 制造公司（ABC）是一个傢具制造商，希望购置某些库存品和设备用于制造作业。ABC 打算向卖主 A 购买涂料（即原材料，也就是库存品）。ABC 还打算向卖主 B 购买一些钻床（即设备），并向卖主 C 购买一些传送设备。最后，ABC 希望从出租人 A 处租赁某些计算机设备。

60. 根据与卖主 A 的购货协议，ABC 必须在卖主 A 向其开出账单后 30 天内支付涂料的价款，ABC 允准卖主 A 享有为货价作保而就涂料设置的担保权。根据与卖主 B 的购货协议，ABC 需在钻床交付至 ABC 工厂后 10 天内支付购货价款。ABC 从放款人 A 处获得贷款以作为向卖主 B 购买钻床的资金，贷款以钻床上的担保权作为担保。ABC 还在放款人 A 处设有银行账户并允准放款人 A 享有以该银行账户作保的担保权，以此作为偿还贷款的附加担保。

61. 根据与卖主 C 的购货协议，当传送设备在 ABC 的工厂安装并投入运行后，ABC 需支付其价款。ABC 从放款人 B 处获得贷款以作为向卖主 C 购买传送设备和安装设备的资金，贷款以传送设备上的担保权作为担保。

62. 根据与出租人 A 的租赁协议，ABC 以两年为期限从出租人 A 处租得计算机设备。ABC 需在租期内付月租。租期结束时，ABC 有按名义价格买下该设备的选择权（但没有义务）。租期内，出租人 A 保留对设备的所有权，但如果 ABC 行使购买选择权，则所有权将在租期结束时转给 ABC。这种类型的租赁通常称为“融资租赁”。根据某些形式的融资租赁，在租期结束时，对租赁财产的所有权将自动转给承租人。融资租赁有别于通常所称的“经营租赁”。在经营租赁下，预期所租用的财产在租期结束时仍有剩余的使用寿命，承租人不具有在租期结束时按名义价格买下所租赁的财产的选择权，所租赁的财产的所有权在租期结束时也不会自动转给承租人。

63. 在上述四种情况的每种情况下，都是通过由另一人（卖方、放款人或融资租赁出租人）提供购置融资并持有对所购置财产的权利作为对所给予的购置融资的担保，才使购置得以实现的。正如这些示例所表明的，对库存品和设备都可提供购置融资。

2. 库存品和应收款循环贷款融资

64. 企业一般都得先花费资本，然后才能赚取收入。例如，一个典型的制造商产生一笔应收款并收取付款之前，必须首先投入资本购买原材料，把原材料转变为制成品后再销售。这一过程可以用几个月的时间，视企业类型而定。周转资金的获得是从现金支出阶段过渡到获取收入阶段的关键。

65. 循环贷款融资是提供此种周转资金的一个甚为有效的办法。按照这种信贷办法，可以不时地应借款人请求以借款人现有和未来库存品和应收款为担保提供贷款，以资助其周转资金需要。借款人一般是在需要购买材料制造库存品时

请求提供贷款，库存品售出，价款收讫，即偿还贷款。因此，又借又还，十分频繁（但不一定是定期借还），信贷额浮动不定。由于循环贷款结构使借款与借款人的变现周期（即购置库存品、处理库存品、售出库存品、创造应收款、收取付款以及购置更多库存重新开始这一周期）相吻合，从经济学的角度来看，这种结构极为有效，对借款人也有利，并有助于借款人的借款额避免超过其实际所需。

66. 以下是这种融资的一个示例：ABC 从产品制造、销售到收取价款，一般需要四个月的时间。放款人 B 同意向 ABC 提供循环贷款便利，用于这一过程的融资。根据贷款安排，ABC 可不时获得贷款，其总额不超过放款人 B 认为（根据库存品的种类和质量，以及其他标准）可允许借款的 ABC 库存品价值的 50%，也不超过放款人 B（根据账户债务人的信誉等标准）认为可允许借款的 ABC 应收款价值的 80%。ABC 应在收到客户的付款后随时不断偿还这些贷款。贷款安排用 ABC 现有和未来的全部库存品和应收款作为担保。在这类融资中，放款人通常还获得客户付款（即库存品和应收款的收益）所存入的银行账户上的担保权。

3. 保理

67. 保理是一种极为有效的应收款融资形式，其源头可追溯到几千年前。保理通常涉及买断设保人的应收款，即设保人作为出卖人（转让人）向保理商（受让人）出卖。应收款的这种彻底转让包含在指南中担保权的定义之内（见上文第 19 段“担保权”的定义）。

68. 保理安排有几种不同的类型。只有当应收款收回后（“追收保理”）或在保理的所有应收款的平均期满日（“到期保理”），保理商才可在购买时支付买价的一部分购得应收款（“折扣保理”）。对于应收款的债务人（即转让人的客户）不支付应收款的情况，应收款转让可能是对转让人有追索权的，也可能是无追索权的。最后一点，可以通知应收款债务人其应收款已经被保理（“通知型保理”），也可以不通知（“无通知型保理”）。向客户发送通知时，通常是要求转让人在发票上附上说明，并由转让人送交其客户。保理商还可为转让人提供应收款方面的各种服务，包括认可和评估应收款债务人的信用可靠程度、履行簿记义务、追收到期未付的应收款。这些服务可为本身没有信贷和追收部门的公司带来益处。

69. 以下是典型的保理安排的一个示例：ABC 与保理商订立了折扣保理安排，根据该安排，保理商同意购买其认为有信誉的应收款。保理商向 ABC 预付相当于该应收款面值 90% 的金额，将剩余的 10% 作为储备金，以支付客户可能的索赔和降低应收款价值的折让。该保理安排是通知 ABC 的客户的。

4. 证券化

70. 证券化是另一个涉及应收款使用的高度有效的融资方式。证券化是一种复杂的融资形式，企业藉此按其应收款的价值获得不太昂贵的融资，方法是将其

类应收款转让给独资的“专门媒介”，该机制将在由此类应收款产生的收入流量作保的资本市场上发行证券。例如，这一方法通常用于公司的应收款由信用卡应收款、租金或房屋抵押构成的情形，但许多其他种类的应收款的证券化也是可能的。证券化交易是复杂的融资交易，也取决于一个法域的证券法律和担保交易法律。

71. 证券化的目的是降低融资成本，因为专门媒介的结构安排是通过限制专门媒介可能造成的债务额，使其破产的风险变得“遥远”（例如，从理论上讲是不可能的）。这会显著降低放款人在决定对贷款收取的利率时必须考虑的一项风险。此外，由于贷款来源是资本市场，而不是金融系统，证券化可能产生更多的、成本低于一般银行贷款成本的信贷。

72. 证券化交易的示例如下：一汽车制造商子公司设立了一个专门媒介，以在某一特定地域的整个市场上从汽车交易商购买汽车租赁权。从交易商购买汽车租赁权的价格，是汽车租赁权预计可产生的支付流量的预测价值的折扣价。然后该专门媒介根据适用的证券法律在由这种收入流量担保的资本市场上向投资者发行了债务证券。随着不断在该租赁权下收到付款，专门媒介将用这种收益就债务证券付款。

5. 定期贷款融资

73. 企业通常需要为大型、非正常经营过程的支出筹集资金，例如购置重大设备或收购一家企业。在此类情形下，企业一般会寻求可在一段固定时期偿还的贷款（依照约定的时间表按月、季度或其他周期分期偿还本金，或在贷款期结束时一次性偿还）。

74. 如同许多其他种类融资的情形，尚未确立强有力资信等级的企业很难获得定期贷款融资，除非该企业能够用其资产上的担保权为这种融资作保。融资额将部分以债权人对用来设保的资产的估计变现净值为基础。在许多国家，不动产是放款人一般接受的用来担保定期融资的唯一一种资产，结果，在此类国家中，设备或整个企业的企业价值等其他重要资产类型往往得不到定期贷款融资。没有现代担保交易制度的国家中的情况可能基本如此。但是，许多企业，特别是新创办的企业，都不拥有任何不动产，因此可能无法利用定期贷款融资。用设备、知识产权以至于用企业的整体价值等动产来担保定期贷款，在另外一些国家是常见的。

75. 以下是此类融资的一个示例：ABC 打算扩大经营，收购一个企业。ABC 从放款人 C 处获得收购所需资金的贷款（基于所收购企业的基本上全部资产的价值预测并以这些资产作为担保）。贷款应在十年期内按月分期偿还，每期偿还额相同，贷款用 ABC 现有和未来的资产以及所收购的实体作担保。

6. 为担保目的的所有权转让

76. 一种所有权的转让是为融资目的，转让在形式上甚至无需占有权的移交，在承认这种所有权转让形式的国家中，也承认被称作以担保方式转让所有权

（有时称作所有权的“信托”转让）的交易。这些交易实质上是非占有式担保权，主要在担保交易法尚未普遍承认非占有式担保权的那些国家使用。

7. 售后回租交易

77. “售后回租交易”所提供的方法是，一家公司可以凭其现有的有形财产（通常是设备）获得信贷，而同时仍保留占有权和在其业务运作中对该有形财产的使用权。在售后回租交易中，公司的资产将出售给另一人，以换取一定的款额（公司可能随后将之作为流动资金，用于资本支出或为其他目的）。在出售的同时，公司将从该人处租回该设备，租期和租费按租赁协议的规定。通常情况下，这种租赁是“融资租赁”，而不是“经营租赁”。

D. 建议

[委员会注意：委员会似宜注意到，由于 A/CN.9/631 号文件列入了担保交易立法指南草案的一套合并建议，此处对这些建议将不予转载。这些建议一旦最后确定，即可在每一章的末尾处转载。]

三. 担保的基本做法

A. 一般性意见

1. 导言

78. 长期以来，各国已经制订了各式各样的法律制度，以鼓励出借人和出卖人向借贷人和买受人提供信贷。各国往往已经为出借人和出卖人规定了特别的法定权利，以鼓励他们提供信贷。各国通常还已经确立了制度，使债权人和债务人能够彼此订立合同，约定特别的权利。上述两种情形的目的是，若债务人不能履行所承诺的义务，在分配因扣押和出卖债务人财产而产生的收益时，给予该债权人相对于其他债权人的优先权。这些类型各异的权利可笼统地理解为担保权（“担保权”的定义见上文第 19 段）。

79. 本章的主要目的是概要介绍向债权人提供担保的主要办法。本章讨论了每种办法对于直接相关的当事人（即债权人和设保人）和第三方有何优劣之处，还为立法者在各种可能的办法中间进行挑选简要介绍了主要的政策选择。本章还强调了为促进担保信贷而有必要对这一领域的法律进行现代化的原因，以及最迫切需要进行现代化的各个方面。

80. 概括而言，目前担保所用的手段可分为三大类。第一类是为担保而设计并广为称作担保的特定手段（见下文 A.2 节）；第二类是与各类合同安排相结合的产权（所有权）手段（见下文 A.3 节）；第三类是综合全面担保手段，其中包含一种从功能上定义的担保权类别概念（见下文 A.4 节）。

81. 如前所述，目前在许多国家，贷款人、出卖人和其他当事人用以提供信贷的法律手段并非都以协议为基础。一些手段是通过法律的运作而出现的。下文每一节都将提到其中较为重要的手段，但由于大部分法定担保权都在本指南（除了关于优先权的第七章；见 A/CN.9/631/Add.4）的范围之外，以下的讨论将侧重于以协议为基础的担保手段。

2. 传统上为担保而设计的手段

(a) 有形财产上的担保权

82. 大多数国家都对有形财产上的担保权和无形财产上的担保权作出区分（“无形财产”和“有形财产”的定义见上文第 19 段）。因为有形财产可能是实际占有的物品，而且因为许多国家对有形财产的占有规定了重要的法律后果，所以各国通常允许在有形财产上设定各类不能在无形财产上设定的担保权。

83. 关于有形财产上的担保权，大多数国家又分出占有式担保权和非占有式担保权（“非占有式担保权”和“占有式担保权”的定义见上文第 19 段）。在占有式担保权的情形下，担保资产的占有权被转让给有担保债权人或第三人，或代表有担保债权人行事的人。在非占有式担保权的情形下，设保人——通常是债务人，但也可以是第三人——保留对担保资产的占有权（“债务人”、“担保资产”、“设保人”和“有担保债权人”的定义见上文第 19 段）。

(一) 质押

84. 质押显然是最常见类型的有形财产上担保权。传统上，质押发生效力的条件是，设保人放弃对担保资产的占有。今天，许多国家将“质押”这一术语的范围扩大到了设保人保留对担保资产的实际占有这一情形。在本指南中，将这些现代类型的质押视为非占有式担保权，而非质押。

85. 产生一般质押的情况是，设保人有效放弃对担保资产的占有，而将其移交给有担保债权人或双方当事人商定的第三方当事人（例如仓储公司）。实际持有人还可以是以债权人或债权人辛迪加的名义或至少作为其账户代理而持有担保的代理人或受托人。设保人不仅在设定担保权时，而且在整个质押期间都必须放弃占有；担保资产返还设保人，质押通常随之消灭。

86. 在许多国家中，放弃占有不一定总是要求将担保资产实际搬出设保人的房地，其他方式只要能排除设保人接近这些资产的可能性即可。例如，可采取将存放担保资产（商品或原材料）的仓库的钥匙交给有担保债权人的方式，但这种做法必须排除设保人擅自接近这些资产的任何机会。这一结果也可以通过将担保资产交给第三人的方式实现。例如，可请独立的“仓储”公司作为有担保债权人的代理人，在设保人的房地对担保资产实施控制。根据这种安排（有时称为“现场存货”），担保资产存放在设保人房地上一个划定的区域，或以某种方式处于仓储公司的单独控制之下。要使这些类型的安排具有效力，通常必

须满足若干条件。必须使第三方显然知道设保人不能自由接近担保资产。而且设保人不得有任何机会擅自进入存放质押资产的区域。此外，仓储公司的雇员不得为设保人工作。如果这些人因其专长或其他原因而从设保人的雇员中抽调出来，则必须调整其雇佣条件，使其不再为设保人工作。

87. 大多数质押以有形财产为抵押，而有形财产也包括较为广泛的财产。单证和票据（无论可否转让）等具有特殊性质的资产体现对有形财产的权利（例如提单或仓单）或无形的受付款（如可转让票据）。在这类情况下，设保人将单证或票据的实际占有权转让给有担保债权人，即为放弃占有。

88. 作为一种担保权，质押对有担保债权人来说有五大好处，因为设保人放弃了对担保资产的占有权，而有担保债权人则享有对担保资产的实际占有权。首先，设保人未经有担保债权人同意无法处分质押资产。第二，有担保债权人不会承受因设保人忽视必要的保养或维修而造成质押资产实际价值减少的风险。第三，如果债权人有可能使用质押资产，双方当事人通常会约定，债权人只要适当爱护该资产，便可使用。第四，如果质押资产为一种票据，并带有应对持有人支付的利息，那么在分期付款到期时，该质押有利于债权人收取偿付债务。第五，如有必要强制执行，则有担保债权人可省去要求设保人交付担保资产所引起的麻烦、时间、费用和风险。

89. 质押对第三方当事人（特别是在这些第三方当事人为设保人的其他债权人时）也有好处。要求设保人放弃占有，既避免了对设保人的财富产生虚假印象的任何风险（例如以为该设保人实际拥有质押资产或其拥有的这些资产不附带任何担保），也将欺诈风险减至最低程度。

90. 而另一方面，质押也有一些重大的不利之处。给设保人造成的最大不利之处在于必须放弃占有，这就使得设保人无法在营业中使用担保资产。在商业设保人必须占有担保资产才能创造收入偿还贷款的情况下，例如担保资产为原材料、半成品、设备和存货时，这种不利之处尤其明显。在许多商务情形中，仅这一不利因素便会使质押在经济上行不通。还有一个重要的不利之处是，在质押时不存在的或设保人对其不享有权利的资产不能质押。也就是说，不能适应一些做法，如以循环信贷基金为基础进行库存品融资。

91. 对有担保债权人来说，质押的不利之处是，有担保债权人必须储藏、保存和维护担保资产，除非有第三人承担这项工作。如果有担保债权人本身没有能力或不愿意承担这些工作，委托第三人来做将会增加费用，而增加的费用将直接或间接由设保人负担。另一个不利之处是，视所涉资产的类型而定，占有担保资产的有担保债权人（例如质权人、仓单或提单持有人）可能会因担保资产在各种环境下造成的灭失或损坏而负有赔偿责任，赔偿金额可能超过所发放的信贷，如担保资产造成环境污染的情况（见关于担保权设定的第四章；下文第200段）。

92. 然而，如果当事人能够避免上述不利之处，就能够成功有效地使用质押作为担保手段。质押主要适用于两种情形。第一种适用情形是担保资产已经由第三人占有或易于交由第三人占有，尤其是他人资产的商业保管人，如仓库。第二种适用情形是便于有担保债权人本人持有的可转让票据和可转让单证。

(二) 保留占有权的权利

93. 虽然法定的对资产的保留权基本上不属于本指南的范围（关于优先权的第七章除外；见 A/CN.9/631/Add.4），但在此稍作讨论，因为其为偿付债务作保。许多国家具有管辖法定留置权的详尽的制度。这些制度通常涵盖承运人、仓库、修理人和改良人。在一些国家，还规定律师、会计师、建筑师及其他专业人员有权留置属于其客户的文件。所有这些类型的留置权都源于合同法的一般法律原则，即不要求一方当事人履行其义务，直至另一方当事人已做好准备、愿意并能够履行相关义务为止。上述各类合法留置权大多没有给予留置人任何特别的强制执行权，有的甚至不允许在强制执行时扣押并出卖了留置财产的留置人在出卖所得的收益上主张优先权。

94. 除了这些有限制的法定留置权之外，许多国家允许合同当事人扩大一般法律原则的范围，约定一旦一方当事人违反合同义务，另一方可停止履行己方义务，即使该履行行为涉及双方当事人之间的另一个合同。特别是，这些国家允许一方当事人扣留资产，虽然根据另一合同的条件，扣留方有义务将该资产交付违约方。例如，如果客户违约不偿还贷款并曾约定给予银行以留置权，则银行不必将其为客户持有的可转让单证（如提单）或可转让票据（如汇票或本票）交还客户，也不必允许从该客户的银行账户中提款。如果这种留置权因有效的留置物出售权得到加强，有些法律制度将这种得到加强的留置权视作一种质押，尽管其形成的方法不同于质权本身形成的方法。另一种做法是可以将得到加强的留置权视为具有质押的某些效力。将其等同于质押而带来的最重要的后果是占有资产的债权人对留置资产享有优先权，除非这种资产服从于早先产生的有效的非占有式担保权。

(三) 非占有式担保权

95. 如上文所述（见第 90 段），用于生产或销售的有形财产（例如设备、原材料、半成品和存货）上的质押在经济上是不切实际的。对于商业设保人来说，设保人必须占有这些货物才能从事经营活动。设保人如果无法接触这些货物或对这些货物无处分权，就无法赚取偿还贷款所必需的收入。

96. 为解决这一问题，各国尤其在二十世纪下半期开始承认质押的狭义范围以外的动产上的担保权。在一些国家，这种承认反映在新颁布的法律中，但在许多情况下是惯例和法院判决的结果。虽然有些国家已提出新的担保权，其中包含供担保使用的种种安排，但是绝大多数国家沿袭十九世纪的传统（而无视更早期采取的比较自由的态度），坚持将占有式质押作为设定动产上的担保的唯一合法方式。二十世纪，其中许多国家的立法者和法院都逐步认识到在经济上迫切需要规定某种形式的非占有式担保权。

97. 各个国家都试图根据本国的具体需要，依照本国法律制度的总体框架，寻找适当的解决办法，结果造成解决办法繁多不一。现行解决办法多样化的一个外在标志是，相关手段有各种各样的名称，有时甚至一国内部的名称都不一样。较常见的名称和方法有：设保人虚拟放弃占有、非占有式质押、登记质

押、无形动产质押（nantissement）、保证、动产抵押（hypothèque mobilière）、合同特权、抵押证券、动产抵押（chattel mortgage）、浮动抵押、信托收据；等等。也就是说，有些国家试图制定一个明确的以动产作保的非占有式担保手段，而另有一些国家仅把管辖质押等现有手段的规则加以修改，以允许非占有式担保权。

98. 这些立法改革的一个更为重要的特点是，大多数改革据认为是对特定问题的有限回应，因而适用范围有限。例如，在一些国家，有一种非占有式担保手段适用于企业和商业设备，另有一种适用于原材料融资，还有一种仅适用于零售库存品。只有为数不多的几个国家颁布了一般性法规，规定了适用于所有类型动产的非占有式担保权。此外，有些国家对于非占有式担保权订立了几套法规，视所涉企业的类型而定：一套法规涉及对工业和手工业企业融资的担保，一套法规涉及农业、渔业和渔业企业的融资担保，一套法规涉及矿业和冶炼业的融资担保，一套法规涉及个人之间的交易。最后，在许多国家，关于非占有式担保权有许多法规，每种法规仅涵盖范围狭小的经济部门，例如，轿车或农业机械购置，或电影制作。

99. 一些国家通过一种称为“固定抵押”或“浮动抵押”的手段解决这一问题。根据这类手段，视有担保债权人对担保资产的控制程度而定，将担保权称为“固定抵押”或“浮动抵押”。一般来说，如果设保人未经债权人同意不得出卖或以其他方式处分担保资产（设保人在营业中使用的设备通常属于这种情况），则债权人对担保资产享有固定抵押权，而如果设保人无需经由担保债权人同意便可出卖或以其他方式处分担保资产（设保人在正常营业过程中可自由出售的库存品属于这种情况），则债权人对担保资产享有浮动抵押权。固定抵押和浮动抵押之间的区别对资产来说关系到抵押权的优先顺序：固定抵押一般为资产上的首要抵押，而浮动抵押可能次于某些对税务部门和其他第三方的优先索偿要求，或者须进行分拆以有利于无担保债权人（另见下文第 196 段）。

100. 有些国家不太愿意承认对库存品的非占有式担保权。这样做有时所依据的是据称债权人的担保权与设保人为将库存品转化为现金以偿还有担保贷款所必不可少的出售权利之间不一致。另一个原因是，处分库存品通常会在多位担保资产受让人之间或多位有担保债权人之间产生难以解决的冲突。再一个原因可能来自一个政策决定，即保留库存品以清偿设保人的无担保债权人的债权。

101. 尽管有关非占有式担保权的法规可能不尽相同，但它们都具有一个共同的特征，即通常规定需要有或可提供公示担保权的某种形式。通过占有质押资产等途径进行公示的目的是消除因第三方不能清楚了解设保人持有的资产上的担保权而可能产生的对财富的虚假印象。但是，往往有观点认为，在现代信用经济中，当事人可以假定资产是出贷人担保权的抵押资产或服从于出卖人的所有权保留。因此，该观点认为，没有必要普遍要求公示非占有式担保权以保护第三方。然而，这种一般假设势必增加信贷的成本。即使占有者是所有人，而且资产并未抵押，债权人也不会冒存在秘密抵押的风险并将相应调整信贷成本。除此之外，债权人会（仅仅部分地）通过广泛、耗时而花费很高的调查，尽量避免风险。而且，如果一种制度的一般假设是资产会被抵押，因而没有统一而完全透明的登记处，那么债权人就没有客观的依据了解资产被抵押的实际程度。

以及相竞担保权的相对优先权。结果设保人也许不能使用其资产的全部价值来获得信贷。

102. 在许多国家中，一方面，对于非占有式担保权存在着普遍经济需求，而另一方面，根据现行法律获得这类担保的机会通常又十分有限，因此，似有必要弥补两者之间的差距。担保交易领域法律改革的一个主要目的，是在非占有式担保权领域以及在无形财产担保的相关领域进行改进（见下文 A.2.b 节）。

103. 尽管现代制度表明这些困难是能够克服的，但经验表明，对非占有式担保权进行立法与单单将传统占有式质押“现代化”相比，需要做更多的工作。这主要是由于非占有式担保权具有下述四个关键特征。首先，由于设保人保留占有权，因此设保人能够甚至在违背有担保债权人意愿的情况下处分担保资产或在该资产上设置一种相竞权利。考虑到这种情况，有必要制定关于这类处分的效力和优先权的规则（见关于优先权的第七章；A/CN.9/631/Add.4）。第二，有担保债权人必须确保占有担保资产的设保人妥当照管和保护担保资产并加以应有的保险，以保存它们的商业价值，这些问题都必须在有担保债权人与设保人订立的担保协议中加以述及（见关于当事人的权利和义务的第八章；A/CN.9/631/Add.5）。第三，如果有必要强制执行担保权，则有担保债权人通常倾向于获得担保资产。但是，如果设保人不愿意放弃对这些资产的占有权，则可能必须提起诉讼或非诉讼程序。可能必须订立关于适当救济办法和快速执行程序的规定（见关于违约后权利的第十章；A/CN.9/631/Add.7）。第四，可能有必要通过各种公示方式消除因设保人持有资产上的第三人“秘密”担保权而造成的设保人的财富假象（见关于登记制度的第六章；A/CN.9/631/Add.3）。

104. 鉴于普遍承认的允许非占有式担保权的经济必要性以及上述存在于占有式担保权与非占有式担保权之间的基本差别，许多国家都有必要制定新的法规，同时考虑到有关的利弊。

105. 考虑到上述几种立法模式，立法者可能有三种选择。一种选择可以对占有式担保权和非占有式担保权采用综合立法（见下文 A.4 节）。这是例如 2002 年 2 月通过的美洲国家组织《美洲担保交易示范法》所采用的做法。第二种选择是，可对非占有式担保权进行综合立法，而将关于占有式担保权的制度留给其它国内法解决。第三种方法是，可对涉及不同类型的设保人、不同类型的资产和不同类型的担保（占有式和非占有式）的不同担保权维持分散的制度，但确保根据同一套规则处理与第三方效力、优先权和强制执行有关的所有问题。

106. 在国家和国际一级，现代立法的主导趋势是至少就非占有式担保权而言逐步采取综合办法。如果有选择地对某些特定类型非占有式担保权制订法规，可能会造成漏洞、重复、不一致、缺乏透明度，而且可能招致行业中可能被排除在外的部门的不满。此外，在选择为占有式担保权和非占有式担保权保留单独制度的国家中，这样的有选择性的法规，使得这两种担保权孰为优先的问题的处理更加困难。

(四) 非占有式法定权利

107. 许多国家没有管辖非占有式担保权的统一制度，甚至没有一系列关于非占有式担保权的专门制度。在这些国家中，法规给予某些类别的债权人特定的非合同权利，以鼓励信贷。这些法定权利较为常见的受益人是出卖人、材料供应商、工匠、商人和修理人。有关的制度通常不将行使特别强制执行救济办法的权利给予指定的债权人。这一权利的受益人必须取得法院判决，然后以通常的方式扣押债务人的财产。债权人得到的唯一一个益处是，可对在强制执行中的出售所得的收益主张优先受付款（或特权）。此外，由于这一权利的受益人通常不必公示其非占有式法定权利，所以很少对不再属于债务人的财产主张这一权利。

108. 这些类型的非占有式法定权利的存在确实在某些方面有效鼓励了指定受益人向其债务人发放信贷。但这些权利有若干不利之处。不是所有类型的信贷提供人都能享有这些权利。这些权利是隐秘的，因为其他第三方不容易知道它们的存在。债权人即使有这些权利也无法享受可能使资产以较高价格出售的快速强制执行救济。最后，这些权利仅为债权人提供了脆弱的保护，因为一旦财产不再为债务人所拥有，债权人便不能主张这些权利。由于所有这些原因，现代的趋势是，各国减少这些非占有式权利和特权的数目，而扩大可通过合同约定非占有式担保权的债权人的类别，并扩大可通过协议在其上设定非占有式担保权的资产的种类。

(b) 无形财产上的担保权

109. 无形财产包括各种各样的权利，如应收款和知识产权（“无形财产”、“知识产权”和“应收款”的定义见上文第 19 段）。由于近年来无形财产在经济上的重要性大大提高，将这些权利抵作担保资产的需要不断增加。无形财产（特别是知识产权这一形式）往往是其他资产的价值的一个重要组成部分，如库存品和设备的情形（例如带有贵重商标的货物和设备操作所不可缺少的软件）。此外，无形财产也可以是库存品或设备的收益。[除了某些类型的非中介证券之外，]指南不涉及证券，因为它们提出了一系列需要特别处理的问题，这些问题将在由统法协会正在拟订的案文和《中间人代持证券所涉某些权利准据法公约》处理。然而，指南确实论及应收款上的担保权问题，以及其他类型的无形财产上的担保权问题。

110. 顾名思义，无形财产是无法在物质上占有的。然而，许多国家（包括“大陆法系”国家）的法典都通过修改管辖占有式质押设定的制度，对无形财产上担保权的设定作了规定，至少是在应收款方面。有些法典要求设保人向债权人转让与质押的应收款有关的任何书面文字或单证（例如产生应收款的合同），试图借此产生类似于放弃占有权的结果。然而，这类转让本身不足以构成质押。事实上，许多国家是通过规定必须向应收款债务人发出质押通知，而象征性地使设保人“放弃占有权”。

111. 有些国家制订了一些方法，以达到占有有形财产所达到的效果相等同的效果。最为彻底的方法是将设押权利(或权利中的设押部分)完全转让给有担保债权人。然而，这种做法超出了设定担保权的范围，无异于所有权转让，无论是有条件的转让还是绝对转让（见下文 A.3 (a)节）。较为节制的做法是不影响对担保资产的所有权，但阻止设保人未经有担保债权人允准而进行处分。就银行账户而言，如果作为账户持有人的设保人（担保账户的债权人）同意可以为有担保债权人的利益而冻结其账户，有担保债权人就等于占有了有形财产。如果存款银行本身就是有担保债权人，则更是如此。

112. 在现代担保交易制度中，有时将“占有”无形财产的方法称作“控制”。通常，有担保债权人若根据合同有权对资产进行处分，即被视为对该资产有控制权。例如，在一些国家，如果存款银行根据合同（通常称为“控制权协议”的文件）有义务仅在在有担保债权人的指示下处分账户中的资金，有担保债权人即被视为对银行账户款额受付款具有控制权（对于银行账户贷记款受付款的“控制权”的定义见上文第 19 段）。控制权的程度可能大小不一。在某些情形下，控制权是绝对的，设保人不得有任何处分权。在另一些情形下，允准设保人享有某些处分权，或其处分权总额不超过规定的最高限额，或直至某一特定事件发生（有时称为“触发事件”）

113. 在为有形财产上非占有式担保权设立全面制度的努力中（见上文 A.2 (a)节），有一种常见的做法是，将一种最重要的无形财产即应收款上的担保权归入适用于有形财产上占有式担保权的法律制度。这种办法有助于相互一致，因为出售库存品一般会产生应收款，而将库存品上的担保延及由此产生的收益，通常是可取的。用于有形财产上担保的一般登记制度同样可以对应收款等无形财产上的担保发挥有益作用（关于登记制度，详见 A/CN.9/631/Add.3）。这种做法的另一个好处可能是不必向应收款债务人发出通知，因为当某些担保交易涉及一组未具体指明的现有资产和未来资产时，要发出这种通知可能是行不通的。即使这类通知是可行的，也可能由于保密原因而不可取。

114. 根据对管辖无形财产上担保权的不同模式的经验，许多国家将需要新的立法。考虑到这些办法的利弊，各国将面临一个基本的选择。要么可以尝试以与管辖有形财产上担保权的制度相分离的制度规范无形财产上的担保权（在这种情形下，产生担保的办法近似于所有权转让），要么可以尝试创立一种综合的制度，力求制定一套管辖有形财产和无形财产上担保权的设定、第三方效力、优先权和强制执行的原则。

115. 现代立法的主要趋势是制订有关制度，按照也管辖有形财产上担保权的综合制度处理无形财产上的担保权。这种办法允许设保人和债权人在交易之初便决定将要设保的资产，确立作为收益的应收款上的权利和该应收款为原始担保资产时产生的权利之间的关系，并避免不一致和缺乏透明度的问题。

3. 所有权用于担保目的

116. 在许多国家，除了起担保权作用的各种手段和办法外（见下文 A.2 节），还有各种其他法律文书可用来产生等同于担保权的权利。这些文书大多是通过

商业做法制订的，其有效性得到法院的确认，但有些文书是通过立法确立或修改的。就设定有形财产和无形财产上等同的非占有式担保权，其他最常见的文书和办法涉及使用对用于担保的资产的所有权。这样使用所有权，可以是涉保人将所有权转让给债权人（见下文 A.3(a)节），也可以是债权人（通常是出卖人或出租人）保留对已出卖或出租的财产的所有权（见下文 A.3(b)节）。无论是转让所有权还是保留所有权，都可使债权人享有等同于非占有式担保权的权利，如上所述，这些权利从经济的角度来说是不可或缺的。

(a) 所有权转让

117. 由于各种制度均未涉及非占有式担保权，债务人和债权人只得在其他法律中寻找原则以用来填补空白或解决对非占有式担保权的设定的障碍。向有担保债权人转让资产的所有权（无论是以偿还贷款为条件，还是须由债权人保留所有权直至贷款偿清，再经二次销售重新转让给借款人），是为此目的最常使用的办法。

118. 目前，担保式所有权转让对许多国家中的债权人仍有吸引力，是因为这种做法有两个特征。其一，对有形财产或无形财产上所有权转让给他人的形式要求和实质要求通常比设定担保权的要求宽松，因而费用较低。其二，在强制执行时和设保人破产时，债权人作为所有权人，其地位往往比作为担保权持有人更有利，与设保人的资产只是抵作债权人的担保权而且被视为属于破产财产这一情形相比，如果所有人的资产虽由设保人占有但经确定不属于破产财产，有利情形更为明显（见关于破产的第十一章；A/CN.9/631/Add.8）。不过，并非所有的国内法都具有这两个特征。例如，在许多国家，对于设定或强制执行的要求而言，用于担保目的的所有权与担保权之间存在的形式上的区别已经荡然无存，以至于所有权手段与担保权在设定上受到同样的对待。还有一些国家规定，担保式转让一般须遵照适用于所有权转让的规则，而在强制执行和破产的情形下，担保式转让被视为担保手段。

119. 有些国家由法律确立担保式所有权转让（通常在涉及带有回收或回购权的销售的制度下），有些国家则由惯例和法院确立这种所有权转让。目前各国对以担保为目的的所有权转让采取了各种办法。据指出，在有些国家，这种所有权转让的设定须遵守不太严格的管辖所有权转让的规则，并具有完全转让所有权的效力。在另一些国家，这种所有权转让的设定须遵守较为繁琐的管辖担保权的规则，并且只具有担保交易的效力。在其他一些国家，尤其是大陆法系国家，这类所有权转让即使并非所有都是也有很多是被认为绕过了担保手段的普通制度，因而被认定无效。在对非占有式担保权实行全面而统一的制度的国家，为担保目的的所有权转让是可以做到的，但作为担保手段处理。在这些国家，为担保目的进行的所有权转让的设定、第三方效力、优先权和强制执行须遵守适用于担保权的要求（见下文 4.A 节）。

120. 在处理为担保目的转让所有权方面，立法者面临着两种政策选择。一种选择是允准进行担保式所有权转让，这种所有权转让（通常）降低要求，但具有完全转让的更大效力，以此绕开一般担保权制度。这种选择的结果是，有担保

债权人的地位加强（但有加重债权人赔偿责任的风险；见关于担保权设立的第四章，下文第 200 段），而设保人和设保人的其他债权人的地位削弱。

121. 另一种选择是准许进行担保式所有权转让，但在要求或效力上或对这两者均予以限制，只将其看作纯粹的担保权。这样做有两种办法。一方面，各国可指明将允得到允许的所有权转让交易，禁止所有其他所有权转让交易，并规定这些得到允许的手段必须遵守适用于担保权的设定、第三方效力、优先权和强制执行制度。一些大陆法系国家已经采用了这种办法。另一方面，各国可仅规定这些担保式所有权转让交易的性质为担保权。许多英美法系国家采用了这种办法。按照上述两种办法，可以逐步削弱有担保债权人的优势并相应地减少其他当事人的劣势，尤其是如果对所有权转让或其效力的要求或对这两者的要求都限于对担保权的要求的话。第二种办法是实行综合、全面的担保交易制度的国家所采取的做法，也是本指南所建议的办法（见 A/CN.9/631，建议 11）。

(b) 保留所有权

122. 用所有权作保的第二种方法是通过允许出卖人用其对已卖给买受人的有形财产的所有权为支付购买价款作保的办法实现的。这样做最常见但不是唯一的办法是通过合同规定的保留所有权（保留权属）安排。但是，出卖人还可通过其他一些机制使用所有权，有的机制是法规规定的，有的机制是当事人的约定。

123. 在许多国家，如果买受人不支付价格，销售法允许实际已将所有权转让给买受人的债权人寻求撤销销售。撤销后，出卖人即可索回对该资产的所有权和占有权，而不受买受人可能已经在其上设定的任何担保的限制。这些索回权通常是通过法律运作产生的，但在许多国家出卖人可通过合同将索回权延伸到销售法的规定之外。由于本指南侧重于通过协议设定的担保权，在此将不进一步讨论出卖人的这些法定救济办法（较完整的讨论见关于购置款融资权的第十二章；A/CN.9/631/Add.9）。

124. 在简单所有权保留安排中，出卖人可保留对已售货物的所有权，直至这些货物的购买价款全部付清。出贷人也可接受出卖人所转让的附担保债务，从而参与这类融资。保留所有权交易有若干变通方式。有时，出卖人仅允诺将财产出售给买受人，只有在付清价款后才完成销售（和所有权转让）。有时是以买受人支付全部价款为条件出售。但最常见的是立即出售，只有所有权转让是有条件的，即以买受人支付价款为条件。这些变通方式的共同思路是，买受人即使可占有并使用财产（在某些情形下甚至有权处分该财产），但在支付全部购买价款之前实际上并没有取得对该财产的权利，所有权仍归出卖人。

125. 各国还允许在保留所有权协议范围内的各种变通方式。其中有时涉及附担保债务，有时涉及服从于保留所有权的财产。例如，在“所有金钱”或“往来账户”保留所有权安排中，出卖人保留对已售货物的所有权，直至买受人清偿所有欠债为止，无论这种债务涉及的是这些货物还是该买受人从出卖人处购买的其他货物。在“扩大的”保留所有权安排中，出卖人的权利也可延伸到该货物出卖时产生的应收款或其他收益。但是，仅有少数几个国家才有这类安排。

无论如何，即使在这些国家，如果收益与其他收益相混合，对收益的权利一般也随之丧失。在绝大多数国家，保留所有权不延及收益。另外，在几乎所有国家，只有在货物保持其特性的情况下，保留所有权才会延及货物，一旦货物在生产过程中与其他货物相混合，或以其他方式失去了原有的特性，权利也随之丧失。

126. 一种代替保留所有权安排但在经济上有同样结果的办法是，将租赁合同与承租人以名义价格购买租赁物的选择权相结合，只有在承租人已经通过分期支付的租金支付了大部分名义“购买价款”之后，才能这样做（见上文第二章 C.1 节第 62 段中的例子）。在某些情形下，如果租赁期包含了租赁设备的全部使用寿命，即使没有购买选择权，也等同于保留所有权安排。这些变通办法都是为了使借款人能够为“购置”设备或库存品融资（见关于购置款融资权的第十二章；A/CN.9/631/Add.9）。在以下段落中，至少就具有担保功能的租赁而言，“出卖人”这一术语包含“租赁人”这一术语，“买受人”这一术语包含“承租人”这一术语。

127. 从经济上讲，保留所有权安排所提供的担保权特别适合要在为货物购买价款发放的信贷上获得担保的出卖人的需要。在许多国家，此类通常由供应商提供的信贷被广泛用来取代一般的银行融资，并且因中小型货物供应商对经济的重要作用而获得优惠的地位。在另外一些国家，银行也更经常地提供购置款融资，并因此而形成了一些惯例，使其能够利用保留所有权机制。例如，出卖人可将货物卖给银行获取现金，银行可转而按保留所有权安排将货物转卖给买受人；或者买受人可用借贷的现金支付出卖人，而将所有权转让给银行作为贷款的担保。在这些国家，这种信贷来源及其所附的特定担保常常得到一种特别的特权，具体表现为优先权高于同一货物上与之相争的担保权，但条件是须符合某些形式要求。

128. 由于这种保留所有权安排最初是作为销售合同或租赁合同的一项条件而产生的，许多国家（包括一些将担保式所有权转让手段等同于担保手段处理的国家）仍然将之视为一种纯粹的准担保，因此不要求保留所有权手段受一般担保权规则的限制，尤其是对于设定的形式、第三方效力的办法、优先权和强制执行。其他好处有，可以使用具成本效益的方法设定保留所有权安排，因为在许多国家此类安排无须公示。保留所有权还十分适合短期融资，在有些国家，此类安排赋予买受人专属权。在只允许对某些类型的资产而不允许对库存品设定非占有式担保权的国家，保留所有权用于库存品融资。另一个好处是，保留所有权的出卖人在许多国家享有特权地位。之所以要有这种地位，是因为希望支持一般中小型供应商和促进由供应商提供的购置款融资，以此取代一般银行信贷。

129. 同时，保留所有权安排也有某些不利之处。买受人及其债权人的地位削弱，如果未经过公示，第三方必须依赖买受人的陈述或耗费时间和费用从其他来源收集信息。另一个不利之处是，此类安排可能妨碍或至少不利于买受人使用已购置的资产向另一债权人提供二级担保。还有一个不利之处是，未经出卖人同意，买受人的其他债权人无法或难以强制执行。出于这些原因，有些国家在所有各方面都将保留所有权安排与担保权同等对待，而有些国家在某些方

面、而非在所有方面将保留所有权安排视为担保权（例如，保留所有权安排必须经过公示，但享有特别优先地位）。在有些国家，保留所有权安排一般对第三方当事人不具效力或只在其涉及某些资产尤其是库存品时才对第三方当事人不具效力，其理论依据是，出卖人保留所有权和出卖人给予买受人库存品处分权这两者相矛盾。

130. 有若干政策选择可供各国考虑。一种选择是，维持保留所有权安排作为一种所有权手段的特殊性质。根据这种做法，保留所有权不必拘泥于任何形式要求或公示要求。另一种选择略有不同，既维持保留所有权安排的特殊性质，又对其效力作出限制：只能对有关资产的购买价款提供担保，而排除其他任何信贷；同时仅限于对已购置的资产适用此种安排，而排除收益或产品。第三种选择是，将保留所有权安排纳入普通担保权制度。在这类情形下，即使在买受人破产时，保留所有权安排的设定、第三方效力、优先权和强制执行都将遵守适用于担保权的规则。根据这种做法，出于上述政策原因，是可以赋予出卖人某些好处的（例如，自载有保留所有权安排的销售合同订立之时起或自货物交付之时起享有优先权）。第四种选择是，仍将保留所有权视为独立的交易，但将其与其他任何担保同等对待（即不赋予保留所有权的出卖人任何与设定、第三方效力、优先权和强制执行有关的特权）。关于购置款融资权的第十二章详细讨论了上述选择办法（见 A/CN.9/631/Add.9）。

4. 综合实用的担保办法

131. 在二十世纪，由于缺乏可使借款人据以给予出借人和其他信贷提供人担保权的适当法律框架，企业对信贷的需求常常得不到满足。有时法律明文禁止在某些类型的资产上设定担保。有时根本没有适当的法律手段。有时，当事人能够拼凑出一种法律办法来达到自己的目的，但效率低、费用高，而且操作复杂。这些问题是前面回顾的许多发展情况的源头。例如，由此产生了合同惯例和立法创新，允许进行虚构“质押”和创立专门的法律交易以解决在经济活动的特定部门出现的问题；这些问题还促成了各种所有权转让机制的制定；由于这些问题，保留所有权协议得到了广泛使用，保留所有权出现了各种变通办法，目的是提高其作为一种担保履行义务的法律手段的效率。

132. 这种调整法律制度以满足企业的信贷需要的权宜之计造成了复杂的情况、低下的效率和各种分歧，对此，到二十世纪中期，一些国家决定对动产上的担保权这一领域整体进行重新考虑。这一考虑的结果是，产生了所有类型动产上的单一、统一、综合、按功能界定的担保权。这种担保权处理办法的灵感来自这样一种观点：许多不同类型的非占有式担保权、传统的占有式质押以及转让所有权和保留所有权办法的若干变通方式都以少数完全相同的指导原则为依据，这些原则的目的都是达到同样的实用效果。

133. 这种新的担保权处理办法的主要特征是，内容必须重于形式。这一思想首先在美利坚合众国和加拿大等联邦制国家发展起来并非偶然。美国《统一商法典》目前是所有 50 个州（包括路易斯安那这个混合了英美法和大陆法的州）采用的示范法，它创立了动产上单一、综合的担保权，统一了各州法律和普通法

下存在的有形财产和无形财产上各种各样的占有式和非占有式权利，包括转让所有权安排和保留所有权安排。这一思想推广到加拿大（包括魁北克这个大陆法系法域）、新西兰、印度和其他各国（其中许多国家是中欧和东欧的大陆法系法域）。美洲国家组织《美洲担保交易示范法》在许多方面都遵循了类似的办法。欧洲复兴开发银行《担保交易示范法》创立了一种特定的“担保权益”，可与其他担保手段（例如租赁）一同起作用，还将保留所有权重新定性为担保权，在这个意义上，欧洲复兴开发银行遵循的也是类似的办法。

134. 作为制定有效制度改进向企业和消费者提供低成本信贷的一种办法，统一的综合性担保制度有某些重要的优点。

135. 首先，所有涉及非占有式担保权的相关法规（通常数量庞大）可以归入一个文书，从而确保各项规则的全面性、一致性和透明度。其次，占有式担保权规则，尤其是占有式质押规则亦可包括在内，同时还可加以调整，以适合当前的需要（例如，针对无形财产上的担保权提出管制概念）。第三，担保式所有权转让和保留所有权等所有权手段可并入这一制度，不仅向出卖人提供其所期望的保护，也使买受人能够利用他们在已购买的财产上获得的价值取得额外的信贷。第四，租赁合同、销售和转售等起着担保作用的合同安排亦可包括在内和予以论及，尽量减少在不同债权人权利的优先顺序上发生冲突和混淆。

136. 此外，如果采用这种做法，债权人打算给予附担保贷款时就不必调查种种其他担保手段和评价其各自的先决条件和限制以及利弊。如果只需审查一种以综合担保权为特点的制度，而不是审查若干种不同的制度，设保人的债权人或设保人的破产管理人由于必须考虑他们相对于有担保债权人的权利（和义务）而承受的负担就会相应地减轻。另外，这将减少设定担保权的费用，而附担保信贷的费用也会随之下降。

137. 在跨国界情形中，如果担保资产所移入的国家承认综合担保权，也将便利对该资产在转移之前所在国时在其上设定的担保权的承认。这样一种制度大大便于对各种外国担保权的承认，无论这种权利是范围狭窄的还是同样广泛的。

138. 不过，这种统一的综合办法也有若干不利之处。首先，这一办法可能要求对某些交易重新定性（例如为担保目的转让所有权以及保留所有权），至少是在担保交易法中。对于一些尚未接受对动产的“所有权相对性”的国家，有必要对律师和商务人员进行广泛的再教育，使他们了解这种重新定性在实践中如何起作用。此外，这种办法还要求调整迄今为止支撑许多国家与担保权有关的法律的基本法律逻辑。在这些国家，担保权被认为是债权人平等这一一般原则的特例，因而必须进行限制性的解释。此外，担保通常被认为是特定资产上的一种的特定权利，担保特定债务人欠特定债权人的特定债务。这种统一的综合性办法假定这些传统上的限制将被有利于推广担保信贷的一般原则所取代。最后，这种办法通常假定仅用一种立法便可使新制度生效。对一些国家来说，这将牵涉到对其民法、商法或其他法律的结构方式进行重大的调整。

139. 如果谨慎注意一国选择何种方式制定立法创立一种统一的综合性担保权，上述许多不利之处便可减轻或避免。例如，通过(a)对涉及担保权、起担保作用的所有权手段、应收款转让和融资租赁的现行法律进行综合改革；及(b)颁布具

体的法定规则以规范为弥补法律上的缺欠而发展起来的合同惯例，这样便有可能实现大部分有利之处并避免大部分不利之处。无论如何，要这样做以达到一致性、透明度、高效率并形成所有信贷提供人之间以价格为依据的真正的竞争，需要做出巨大的努力。

140. 如果一国要采用一种有利于颁布综合统一的制度的办法，在技术上说可使用两种办法。一种办法是，保留并延用旧的担保手段的名称，如质押、浮动抵押、为担保目的转让所有权、保留所有权。然而其作为担保权的设定和效力将遵守一整套规则，即使同时它们可以继续在其他方面（例如税务或会计）具有所有权的充分效力。另一种略有不同的办法是，所有类型的有担保功能的权利都归入一个统一的担保权概念，而且适用于销售、租赁或转让等某些可用作担保的基本合同类型的规则将有特定的额外规则（例如关于第三方效力、优先权和强制执行的规则）作为补充。

141. 指南建议设立一种统一、综合的担保交易制度，作为最有效促进担保信贷的办法。原则上，指南还建议各国在这一过程中采用前面介绍的第二种办法（这种办法可称为一种实用的统一处理法）。但指南也承认，一些国家可能无法对购置款融资权采用这种实用而统一的办法，因而考虑，在这种特定情况下，各国可选择采用第一种办法来实现一种综合而统一的制度，这种办法可称为实用的非统一处理法（更为详细的讨论见关于购置款融资权的第十二章；A/CN.9/631）。

B. 建议

[委员会注意：委员会似宜注意到，由于 A/CN.9/631 号文件列入了担保交易立法指南草案的一套合并建议，此处对这些建议将不予转载。这些建议一旦最后确定，即可在每一章的末尾处转载。]

四. 担保权的设定（在当事人之间的效力）

A. 一般性意见

1. 导言

142. 指南中的担保权是通过设保人和有担保债权人之间的约定（而非法定权利或判决权利）在动产（而非不动产）上设定的一种财产权（而非对人权），其目的是担保设保人或另一人所欠该债权人的债务得到偿付（“担保权”的定义见上文第 19 段）。因此，一个关键的问题是确定必要的步骤以使担保权在当事人之间以及针对第三方具有充分的效力。

143. 在一些国家，在一资产上具有充分效力的担保权只有在订立担保协议并完成交付对担保资产的占有权等补充行动后，才告产生。视资产的性质而定，可能要求通知第三方（如对应收款而言）或登记（如对船舶或航空器而言）。在这些行动发生之前，担保权被视为尚未设定，因而即使在当事人之间也没有效

力。但是，一旦上述行为已经发生，担保权便不仅在当事人之间具有效力，而且对任何人均有效力，无论该人是否为担保协议的当事人（这通常称为财产权的普遍适用效力）。

144. 在另一些国家，对担保权在当事人之间的效力和担保权对抗第三方的效力有所区分。担保权在订立担保协议时即告产生，但仅在当事人之间具有效力。为使担保权具有对抗第三方的效力，须有补充行动。这一补充行动也是判定担保权相对于竞合求偿人的优先权的依据（“竞合求偿人”和“优先权”的定义见上文第 19 段）。这种办法的主要优点是实用，使得设保人有可能向一个以上债权人提供同一资产作担保（从而使设保人能够按资产的价值取得更高的信贷额），同时为判定各个债权人的优先顺序提供了依据。

145. 这种办法所依据的概念是，担保权有两个截然不同的要素。首先，当事人之间存在着关系；其次，担保有一种财产要素，将对第三方的权利产生直接的影响。也就是说，担保协议足以使担保权在当事人之间具有效力，但不足以使其具有对抗其他有担保债权人、判决胜诉债权人或设保人破产中的破产管理人等第三方的效力。此外，这种办法所依据的假定是，无需进行通知或登记便可取得在当事人之间的效力，而这种办法反而可能阻碍以担保为目的但使用非正式销售或租赁办法的交易（例如保留所有权交易、融资租赁或租购协议）。

146. 一些国家采用了另一种办法，即上述第一种办法和第二种办法的混合体。其中在担保权设定之时即视其为对所有各方均有效力（包括设保人的无担保债权人、判决胜诉债权人、设保人的破产管理人、在设保人的正常经营过程之外的担保资产受赠人和受让人），但规定，若有竞合求偿人对担保资产提出特定的权利（例如竞合有担保债权人或正常经营过程中的担保资产受让人），则适用特别的第三方效力和优先权规则。这种办法所产生的结果一般与第二种办法相同，仅在无担保债权人、判决胜诉债权人和破产管理人等某些债权人的权利方面稍有不同（见 A/CN.9/631/Add.2，第[...]段）。

147. 本指南对上述担保权的设定和效力采用的是这三种一般办法中的第二种。也就是说，指南建议的办法是，区分使担保权在当事人之间具有效力的必要条件和使担保权具有第三方效力的必要条件（见上文第 144 和 145 段）。本章讨论的问题涉及的是通过协议在某一资产上设定担保权以及该担保权在担保协议的当事人之间的效力。在关于对抗第三方的效力的第五章中讨论担保权对抗第三方效力的问题（见 A/CN.9/631/Add.2）。关于优先权的第七章讨论对同一资产提出索偿的多个债权人之间的优先顺序规则（见 A/CN.9/631/Add.4）。关于破产的第十一章讨论破产情形下的担保权效力的有关事项（见 A/CN.9/631/Add.8）。

2. 担保权的设定

148. 在审议担保权的设定及其在设保人和有担保债权人之间的效力时，必须分别讨论两个问题。最重要的是设定的问题，即担保权在何时和何种条件下设定。还有一个问题是通常在当事人之间具有的效力，即担保权在何时和何种条件下在当事人之间具有效力。这两个问题的答案通常是相同的。在担保权的设定步骤完成后，担保权即在当事人之间产生效力。但是，已经设定的担保权后

来可能失去在当事人之间的效力。在这种情况下，必须确定该权利甚至在当事人之间失去效力的确切时间。现依次对问题的这两个方面进行审议。

149. 在大多数国家，动产上担保权的设定要求设保人和有担保债权人订立协议（“担保协议”的定义见上文第 19 段），在协议中对这一设定作出规定（见 A/CN.9/631，建议 12）。

150. 担保协议可以履行若干功能，包括(a)为设定担保权提供法律依据；(b)确立担保权及其担保的债务之间的关系；(c)对设保人和有担保债权人之间的关系作一般性的规范（违约前权利见第八章；A/CN.9/631/Add.5）；(d)最大程度地降低对担保协议内容发生纠纷的风险和在违约后发生篡改的风险（违约后权利见第十章，A/CN.9/631/Add.7）。

151. 担保协议有时可能是当事人之间一个单独的协议，但通常载于设保人和有担保债权人基本的融资合同或其他类似的合同中，如货物赊购合同。

152. 如前所述，在许多国家，担保协议本身足以在设保人和有担保债权人之间设定担保权。但在另一些国家，除担保协议外，还要求有其他行动（即占有权转让、通知或登记），否则即使在当事人之间也无法设定担保权。具体是什么行动，每个国家的规定各不相同，即便是在一个国家里，也因担保权类型或所涉资产而异。

153. 某些与动产所有权有关的协议可作担保之用。其中包括出卖人保留所有权、为担保目的转让所有权、为担保目的转让应收款，以及出售和转售、出售和回租、租购和融资租赁等（“转让”、“融资租赁”和“保留所有权的权利”的定义见上文第 19 段）。

154. 在具备综合而统一的担保交易制度的法律制度中，对以所有权作担保的手段，对其设定方式的要求通常与其他担保权相同。这些手段或以统一的担保权概念代替，或者保留其各自的名称，但其在当事人之间的设定须遵守的具体要求与适用于担保权的要求相同。

155. 在另一些法律制度中，以所有权为基础的手段是设定非占有式担保权的主要机制。在这类国家，所有权手段通常是根据对所有权意图在当事人之间转移的具体交易（例如销售、交换、带有购买权的租赁等）所适用的规则进行规范的。有时，由于其担保功能，这些交易规则也与各种法定规则和法院制订的规则相重合。各个国家法律制度中那些保留了各种所有权手段特性的制度在细节上可能大不相同。在一些法律制度中，只有保留所有权的销售服从于某一特定制度，而贷款人为担保目的将所有权转让给贷出人和为担保目的转让应收款的行为服从于管辖担保权设定的规则。在另一些法律制度中，一些所有权转让手段，如带有赎回权的出售，也像保留所有权手段一样，服从于某一特定制度。

156. 一种法律制度通常如何理解以所有权为基础的担保，其对保留所有权手段的处理方式是一项关键指标。将以所有权为基础的手段作为非担保权对待的法律制度，虽然可能对保留所有权手段的设定有另外的要求，但通常特别重视保留所有权。也就是说，在这些制度中，保留所有权得到广泛使用，而且对所有

当事人具有效力。而在另一些法律制度中，保留所有权的作用并不重要，而且通常没有效力，或至少在买受人的破产中不具有对抗破产管理人的效力。许多法律制度的一个共同点是，只将单纯的保留所有权协议作为真正的所有权手段对待，而载有全额条款或收益和产品条款的协议则被视为真正的担保手段。许多法律制度的另一个共同点是，只有出卖人可以保留所有权。其他信贷提供人只有从出卖人处获得购货款未结清余额转让后，才能享受保留所有权（见关于购置款融资权的第十二章；A/CN.9/631/Add.9）。

157. 在承认保留所有权的大多数法律制度中，出卖人的权利来自销售协议中的一项条款。在一些国家，所有赊销均认定保留所有权，甚至无需在销售协议中明确规定出卖人的保留权。在另一些国家，可由当事人甚至在口头上确立或通过援引印在供货单或发票上的一般条款而确立合约性质的保留权。还有一些法律制度可能要求有某种类型的书面材料、协议的某一日期，甚至还要求进行登记。

158. 对于以担保为目的的所有权转让，各法律制度使用的术语和要求也迥然不同。例如，这种行为可称为以担保为目的的所有权信托转让、带有收回权的销售、双重销售和带有购买权的售后回租。要注意的第一点是，在某些法律制度中，担保式转让所有权对第三方没有效力，有时甚至在转让人和受让人之间也没有效力。在另一些法律制度中，担保式转让所有权虽然是有效的，但由于存在其他非占有式担保权，所以并非广泛应用。在承认担保式转让所有权的大多数法律制度中，关于其设定的规则与一般担保交易适用的规则相同，或至少在转让人破产的情形下如此。因此，例如，带有收回权的销售或双重销售在协议的形式和内容上通常服从于担保交易适用的规则。

159. 许多法律制度还承认，以租赁概念为核心的各类交易（在购置款融资中为租购和融资租赁，在出货交易中为售后回租）通常具有担保功能。一些法律制度将其作为担保手段处理，其设定和在当事人之间的效力须遵守其他所有担保手段所适用的要求。另一些法律制度不将其当作担保手段，而是当作产生对人权的合同安排来处理。这些法律制度对其设定的要求通常是当事人之间这类合同权利的设定所适用的要求。

160. 各国在决定担保权设定的基本条件时面临的第二个问题是，确定担保权何时真正在当事人之间发生效力。在大多数国家，由于担保权是由当事人的协议产生的，因而在订立协议时立即在当事人之间生效。当然，当事人可能商定延迟担保权的生效时间，但通常不会这样做（无论如何，他们不能约定比订立协议更早的时间）。另外还有必要确定担保权何时开始作用于担保资产。在此必须区分设保人的现有资产和未来资产。如果担保协议规定在设保人享有权利或有权抵押的资产上设定担保权，则在担保协议订立时，这些资产上的担保权立即在当事人之间生效，但若当事人约定推迟对全部或部分这些资产生效，则须遵守该约定。但是，如果担保协议规定在设保人预期未来将取得权利或有权抵押的资产上设定担保权，则只有在设保人取得该权利或有权抵押之时，该资产上的担保权才能在当事人之间生效，当然，除非当事人约定推迟生效日期（见 A/CN.9/631，建议 12；另见下文第 185 段）。

3. 担保协议的基本要素

161. 对于担保协议必须包含何种要素才能在当事人之间具有效力，各法律制度有不同的规定。但是，大多数法律制度规定了某些共同的要素。通常，各国要求担保协议必须(a)指明当事人；(b)说明所担保的债务；(c)描述所作抵押的资产。一些国家还要求担保协议列明在担保资产上主张担保权而可求偿的最高金额。

162. 对于指明附担保债务和设保资产的确切程度，各国有不同的要求。进行具体描述的优点是确定性，但缺点是不够灵活，无法处理附担保债务数额不断变化以及包括事后所得资产（例如与库存品或应收款有关的循环信贷基金）在内的担保资产集合不断变化的重要融资交易。在任何情况下，无论立法是否规定担保协议的内容至少应指明当事人、说明所担保的债务和所作抵押的资产，如果不在担保协议中述及这些内容，便可能会在担保资产的范围和附担保债务方面发生纠纷，除非这些缺失的要素已经通过其他手段得到确定。

163. 担保协议的当事人还可用协议澄清其他事项，如占有担保资产的当事人的照管义务和关于担保资产的说明。如果没有协议，可适用违约规则澄清当事人之间的关系（违约前的问题见第八章，A/CN.9/631/Add.5；违约后的问题见第十章，A/CN.9/631/Add.7）。

164. 许多现代担保交易制度对担保协议的效力不作复杂的要求，而是反映了一种观点，认为通过规定凡协议满足某些最低要求的即为有效，这样有助于促进担保信贷，这些要求例如：(a)反映当事人设定担保权的意图；(b)指明当事人（如担保人和有担保债权人）的身份；(c)描述担保权所担保的债务；(d)描述担保资产（见 A/CN.9/631，建议 13）。

165. 指南的立场是，对担保资产作笼统的描述即可，如“全部现有和未来资产”或“全部现有和未来库存品”。下文对此作了更为充分的讨论（见第 188-190 段）。

4. 担保协议的形式

166. 对于担保协议的形式要求和这些要求的功能，各法律制度也有不同的立场。特别是，一些法律制度不要求有书面担保协议，而另一些法律制度要求有某种书面形式。在一些国家，未经签名的简单书面材料即可，有些国家要求有签名的书面材料。还有些国家规定担保协议必须是经过公证的书面材料或同等的文件。通常，书面形式的功能是提醒当事人其协议的法律后果，作为该协议的凭证，若为加押文件，其功能是保护第三方不因担保协议的倒签而受到欺骗。书面形式除作为在当事人之间具有效力的一個条件之外，还可用于其他目的。例如，在许多国家中，它是对抗第三方效力或竞合求偿人优先顺序的一个条件。在其中的许多国家，书面形式还可作为取得对担保资产的占有权的条件，或是在破产内外强制执行时援引担保协议的一个条件。

167. 在一些法律制度中，对占有式担保权要求由公共当局进行认证，但小额贷款除外，因其允许证人作证。这类认证可能会解决欺诈性倒签的问题，但可能

会在交易所需的时间和费用方面造成问题。在另一些法律制度中，对于各种类型的非占有式担保，要求担保协议有经核证的日期，或经过认证（例如，见非洲商法统一组织的《统一证券组织法》第 65、70、94 和 101 条）。在上述某些制度中，要求有这种认证，而不要求登记。但是，如果有必要进行登记，便不要求额外对担保协议的日期进行认证。

168. 在许多法律制度中，为了节省时间和费用，将强制性的形式要求保持在最低限度。简单的书面材料（例如，包括发票上的一般条款）如可单独或结合当事人的行为过程而表明设保人有意设定担保权的，即已足够。按照尽可能简化担保权设定程序的设想，也就是指南的主要目标之一（见上文第 23 段），指南采取了这一立场（见 A/CN.9/631，建议 1(c)项和建议 14）。书面形式包括电子通信（见 A/CN.9/631，建议 9）。上述规则的唯一一种例外情况是，担保资产占有权附随协议转移的，担保协议可以是口头协议（见 A/CN.9/631，建议 14）。但是，如果担保权是通过口头协议和占有权转移而设定的，但其后有担保债权人放弃了占有权，则必须有书面协议担保权才能继续存在。

[委员会注意：委员会似宜考虑修改建议 14，以澄清如果通过口头协议或占有权转移而在担保资产上设定了担保权，但有担保债权人放弃占有该资产的，则必须有书面协议担保权才能继续存在。]

169. 担保协议通常是债务人作为担保权设保人与有担保债权人订立的。有时，如果有第三人为债务人作保，该人便代替债务人或与债务人共同为协议的当事人。如果是由若干出贷人集体发放的大额贷款（特别是辛迪加贷款），作为出贷人的代理人或受托人行事的第三方可代表所有出贷人持有担保权。可专门制订担保协议以涵盖上述各种情况。一些制度规定了限制条件（如只有企业才可提供企业抵押），但在另一些制度中，自然人和法人均可作担保协议的当事人。

5. 可适用于担保协议的债务

170. 担保权从属和依附于其担保的债务。也就是说，担保协议的有效性和条款取决于订立担保债务的协议的有效性和条款。特别是，对于循环贷款交易，担保权之所以是从属性的，原因在于尽管担保权可以担保未来放款和浮动债务，但如果贷款并未放出，则不能强制执行担保权，而且担保权不能超出强制执行时所欠债务的数额。

171. 在一些国家，非占有式担保权仅可涉及法律中所述的特定种类债务（如购车贷款或农业贷款）。在仅对占有式担保权实行通用制度或者对占有式担保权和非占有式担保权均实行通用制度的其他国家，则不存在此种限制。这种综合性办法（见 A/CN.9/631，建议 15）有可能把担保融资的主要优点（即以较低的成本获得更多的信贷机会）扩大到广泛的各类交易。此外，这一办法还可以加强一致性并促进平等对待所有债务人和有担保债权人。如果出于特定的社会经济原因必须采用这种特别制度，那么只要能够以明确和透明的方式建立这种制度，只要这种制度局限于小范围的交易，就可以尽量缩小负面影响。

172. 一些国家没有将某些担保形式同某些类型的债务联系起来。这些国家通常不限制可设定担保权的债务类型。而且，除非对于特定类型的债务（例如典当商的贷款）的担保权设有特别制度，否则各国通常不在法律中列举所有可以担保的债务类型。由于新的信贷债务类型不断出现，穷尽式清单颁布后很快就会过时。但各国通常会提供示例性清单。这类清单通常包括因贷款和赊购库存品和设备等货物而产生的债务。

173. 对于可否以及可以在何种程度上为担保未来债务订立担保协议，各法律制度采取了不同的立场，其对未来债务的确切定义也各不相同。在一些制度中，未来债务是尚未签订合同的债务（这是《联合国转让公约》采用的办法，见第5条(b)项）。在另一些制度中，即使债务已经签订合同，但在签订担保协议之时尚未到期（由于贷款尚未放出，或贷款涉及循环贷款基金），也作为未来债务处理。此外，受后加条件约束的债务毫无例外当作现有债务处理，而受先加条件约束的债务通常当作未来债务处理。

174. 在一些法律制度中，为明确起见和为了保护债务人，未来债务可能不得担保或仅可担保至一个最高限额，如果未来债务未定，可能无法担保（例如在担保协议声称涵盖“当事人之间可能产生的任何类型的所有现有债务和未来债务”时）。在这些法律制度中，现有债务和未来债务的区别十分重要。一些国家对设定担保权担保未来债务有所限制，因而债务人可能无法利用某些交易，如循环贷款便利或可转换式定期贷款。在另一些法律制度中，可以自由担保未来债务。因此，信贷的每一次发放或增加不需要修改或甚至重新设定相应的担保权，这对信贷的供应和成本都有积极的影响。虽然可以在未来债务上设定担保权，但是直到债务产生并到期时才能强制执行。一些国家对说明附担保债务的类型和数额的方式规定了各种要求。

175. 在一些法律制度中，当事人必须在协议中具体说明担保债务的情况，以确定抵押资产可为担保债务作保的最高限额，或者甚至降低所担保的额度以反映目前所欠的债务余额。此种要求的假定是，这种说明或限制有利于债务人，因为这将保护债务人，避免其过度负债，而且债务人还可选择从另一方当事人处获得额外的信贷。然而，这种要求可能会限制可从最先债权人获得的信贷额，或者可能使债权人指定一个担保权数额，远远超出所同意向设保人发放的实际贷款数额。所以通常的结果是，设保人无法利用其资产的充分价值来担保向其目前债权人增借的债务，或担保与其他债权人签订的新债务。

176. 现代融资交易往往不再采用一次性付款，而通常是根据设保人的需要预先安排不同时间的放款（例如，为设保人购买库存品而提供的循环信贷便利）。这类融资可以通过往来账户进行，账上的余额每日浮动。如果担保债务额随每笔还款而减少，则除非获得额外担保，放款人将不乐于再给予另外的放款。这样做效率极低，因为设保人购买经营其业务所需的新货物的成本和时间会随之增加。最后，一些国家试图限制抵押资产可担保的数额，按向设保人发放信贷的一个百分比计算（例如所欠债务的125%），以此来控制信贷。对担保数额的这类法律限制不可避免地具有任意性，通常无法进行微调以适应个别设保人的信贷需要，而且通常需要不断调整以反映设保人和有担保债权人之间信贷关系的变化。

177. 出于上述所有原因，许多法律制度不要求具体说明附担保债务，而允许当事人自由谈判担保数额，包括债务人尚欠有担保债权人的所有款项。在这些法律制度中，附担保债务一旦需要确定，则必须或必须能够在担保协议的基础上确定（例如在有担保债权人强制执行其担保权的情况下）。此外，设保人也得到了保护，因为有担保债权人对担保资产的索偿不能超出债务人对其所欠数额，而且如该债务获充分担保，那么有担保债权人就可能向设保人提供更好的信贷条件。

178. 是否必须在担保协议中说明附担保债务的实际数额（包括任何可能的利率），以及该数额是否应按一种货币计算，如果是，必须以何种货币计算，各国对这些问题的立场也各不相同。例如，一些国家要求担保协议不仅指出所担保的债务类型，还要说明其数额（如所提供信贷的实际数额）。另一些国家仅要求说明债务类型，而将细节留给贷款或信贷协议。此外，有些国家要求债务必须按货币计算，而另一些国家允许随当事人的意愿以任何方式计算偿付债务。目前，许多国家除了适用于债务的一般规定外，对于按何种货币计算附担保债务的数额没有任何限制。

179. 如果发生债务人违约（或破产），需要处分担保资产，则用于支付收益的货币（如美元）可以不同于用以计算担保资产数额的货币（如欧元）。在这种情况下，就有必要兑换担保资产处分后的收益，以便附担保债务和担保资产按同一种货币表示。不过，这个问题通常由生成附担保债务的合同和适用的法律来解决（例如在没有协议的情况下，将以强制执行地或破产程序所在地的通行汇率为准）。

6. 可适用于担保协议的资产

180. 担保协议的一个主要方面是指明将服从于担保权的资产。各国在决定应当如何指明可能服从于担保权的资产时，通常需要分别解决四个问题。首先是能否在设保人不拥有或尚未拥有的财产上设定担保权的问题。其次是某些类型的资产是否不能为担保权所押账的问题。第三是可如何对资产进行描述的问题（即必须逐一描述还是可以笼统地描述）。最后，各国必须决定，是否应当允许设保人设定一项全面涵盖其所有资产的担保权（即许多国家将之称作“企业抵押”的协议形式）。

(a) 未来资产

181. 在大多数法律制度中，担保的设保人必须是担保资产的所有权人或在资产中享有有限所有权（如使用权）。也就是说，设保人只有在担保协议意图涵盖的资产中实际享有权利，才能订立担保协议。由此立即产生了一个问题，即是否可以订立担保协议，以涵盖(a)设保人仅享有契约权的资产（例如，在许多法律制度中，承租人对租赁财产不享有财产权利）；(b)未来资产（例如，设保人正在购置或打算购置的但仍属于出卖人的资产，或将来制造而成的资产，而所用原材料可能是设保人已经拥有的，也可能尚不拥有的——即甚至还不存在的）。

182. 在解决这些问题时，大多数国家从设保人给予有担保债权人的权利不能超过设保人拥有或将来可能取得的权利（不能以己所无予人）这一原则着手。这意味着，例如，如果设保人仅有使用一资产的契约权，则其设定的担保权只能作用于其契约权。承租人仅可在租赁协议上设定担保，而不能直接在租赁物上设定担保。根据各国对于担保资产说明中必须包含的细节所采用的规则，这意味着协议必须指明该资产为租赁合约，而不是租赁物本身。同样，这意味着，如果设保人在财产中仅享有有限的权利（如用益权），则担保权只能以用益权作保。然而，目前各国遇到的越来越多的问题是，担保协议是否可以涵盖“未来”资产。

183. 在一些国家，无论何种类型的未来资产都不可用作担保。这种办法部分基于财产法的技术概念（例如不存在的东西不能够转让或抵押）。该办法还基于一种担忧，即如果允许广泛处分未来资产，则可能无意中造成过度负债，并使设保人过度依赖于一个债权人，从而妨碍设保人从其他来源获得其他担保贷款。另一个不允许在未来资产上设定担保权的理由是，有可能大大降低债务人的无担保债权人所提出的索偿要求获得满足的可能性。然而，不应援用财产法的技术概念来设置障碍，使未来资产作保获得贷款的实际需求不得满足。此外，商业设保人可以保护自身的利益，而不需要法律限制未来资产的可转让性。而且，允许以未来资产作保使得现有资产不足的设保人有可能获得贷款，这很有可能促进它们经营的业务，从而使包括无担保债权人在内的所有债权人受益。

184. 在另一些国家，当事人可能同意在未来资产上设定担保权。处分是当前行为，但是只有在设保人成为资产所有人或资产产生以后，这种处分才能生效。《联合国转让公约》采取了这种办法（见第 8 条第 2 款和第 2 条(a)项）。允许使用未来资产作为信贷担保，特别是对于以循环资产集合担保循环贷款交易下产生的索偿。这种技术通常适用的资产包括库存品，因其在本质上就是要出售和替换的，还包括应收款，因其在收账后便由新的应收款代替。这一办法的主要优点是，仅一项担保协议即可涵盖与担保协议的描述相符合的不断变化的资产集合。否则，将有必要不断修正担保协议或签订新的担保协议，这将增加交易费用并减少可提供的信贷额度，特别是循环贷款便利下的信贷额度。

185. 指南采取的立场是，担保协议可涵盖未来资产。如果担保协议规定在设保人享有权利或有权抵押的资产上设定担保权，则在订立担保协议时，即设定了这些资产上的担保权。但是，如果担保协议规定在设保人未来将获得权利或有权抵押的资产上设定担保权，则只有在设保人获得此种权利或有权抵押时，担保权才能设定（见 A/CN.9/631，建议 12 和 16）。

(b) 排除在外的资产

186. 在一些法律制度中，关于某些类型非占有式担保权的专门法律对可以作为担保的资产种类或资产可以抵押的价值部分作出了限制。这类出于公共政策原因的合理限制的实例可包括给雇员福利（如工资和养老金）规定某个最低限额。在另外一些法律制度中，对某些类型的设保人设定担保的目的作了限制。

例如，一些国家不允许设保人以家用物品为担保而设定担保权，除非担保权是为担保偿付这些资产的购买价格而设定的。还有一些国家限制某些设保人设定某些类型担保权的能力。例如，在一些法律制度中，不允许不经营企业的人设定非占有式担保权，只能以其资产作质押。在另一些法律制度中，不允许这类人在未来资产上设定担保权，或在某类资产上设定担保权。只能在现有资产上设定担保权，而且必须对这些资产作逐一说明。

187. 所有这些限制通常是为了保护设保人，但也妨碍了设保人利用其资产的全部价值取得信贷。因此，必须仔细权衡这类限制的利弊。一些国家作了这种必要的权衡，办法不是将这类限制规定列入确立担保权制度的一般法律，而是制订具体规则，在消费者保护法等专门法律中规定对担保权设定的适当限制。这种办法的优点是，使各国能够有针对性地作出限制规定，有助于推动与保护所认为需要保护的设保人直接有关的政策目标。

(c) 指明资产

188. 在一些法律制度中，必须具体指明担保资产。尽管这种要求的目的是保护设保人避免设定过大的担保权，但在许多情况下也限制了获得信贷的机会。例如，对于库存品等类的资产来说，以及在一定程度上对应收款来说，具体指明每一项资产可能并不实际，有时甚至是不可能的。为解决这一问题，许多国家制定了一些规则，允许当事人仅对拟抵押的资产作笼统描述。一般所要求的具体说明不再针对单项资产，转而针对资产总和，而对资产总和应作大体说明。

189. 这些笼统描述的形式可以是多种多样的。例如，当事人可规定担保权押账“所有库存品”或“ABC 仓库中的所有库存品”，或“所有帆船和独木舟”，或“所有牛”，或“所有印刷机”，或“所有应收款”。关键不是资产类型（设备、库存品、应收款），也不是种类的范围（“X 地的所有资产”或“所有帆船和独木舟”而非“所有船只”）。关键是允许作笼统描述的国家仅要求所作描述足以使第三方在任何特定时间都知道担保协议所押账的是何种资产。

190. 在一些法律制度中，可以对担保资产作十分笼统的说明。在这些国家，甚至描述中提及“所有资产”或“现有和未来的所有库存品”即可。目标是允许当事人尽量以最简单的语言描述担保资产，从而降低设定担保权的复杂程度和成本。然而，据指出，在许多允许指明资产类型的法律制度中，不允许对消费者或者甚至个体小商贩的资产使用对担保资产的类属说明方法。除须确保足够清楚地指明担保资产并遵守各国可能为保护消费者而打算规定的公共政策限制外，本指南建议允许对现有和未来的库存品作笼统的描述（见 A/CN.9/631，建议 13 和 16）。

(d) 以设保人的总资产为抵押的担保

191. 如上所述，一些国家不允许设保人在笼统描述的资产上设定担保权。而另有许多国家允许这样做。尽管如此，即使在允许笼统指明担保资产类型，甚至允许笼统指明现有和未来资产的法律制度中，通常也不允许设保人在其总资产

（即甚至是“现有和未来的所有资产”）上设定担保权。在另一些法律制度中，允许设保人在其总资产上设定担保权，但不能超过其总价值的一定比例。这种限制的目的是为设保人和无担保债权人提供一些保护，但必然会限制可获得的信贷，并增加信贷成本。

192. 为了增加获得担保信贷的机会，一些法律制度没有规定此类限制。允许设保人在其总资产上设定非占有式担保权，包括有形资产和无形资产、动产和不动产（不过对不动产上的担保可能适用不同的规则）、现有资产和未来资产。这种总资产担保权最重要的方面有：首先，它在一份担保协议中涵盖了设保人的所有资产；其次，设保人有权在其正常经营过程中处分其担保资产（如库存品）的某一部分（而担保自动延及被处分资产的收益）。各国对总资产担保权的这两个方面采取了不同的办法。

193. 在许多法律制度中，涵盖总资产的担保权设定在内容和形式上的基本要素比适用于一般担保权的要素更为苛刻。在另一些法律制度中，只要担保协议未抵押不动产，担保权设定的必要条件便与普通担保权设定的必要条件相同。如果也抵押了不动产，协议便须遵守对于在不动产上设定担保的实质要求和形式要求。至于设保人在不影响担保权的条件下处分担保资产的权利，大多数法律制度规定，设保人可以在有担保债权人允许的情况下这样做。一些法律制度规定，在这种情况下，担保权不再押账该资产，而另一些法律制度规定，担保权仍作用于该资产。然而，在一些法律制度中，设保人对担保资产的处分，即使经过债权人的认可，也被认为是与担保权的概念相矛盾的。为了简化在企业的总资产上设定担保权的过程，本指南建议允许单独一份文件的总资产担保协议（见 A/CN.9/631，建议 16）。

（一） 企业抵押

194. “总资产担保权”的概念并非新颖。在一些国家，总资产担保权的观念存在已久，只是通常被称为“企业抵押”。同总资产担保权一样，企业抵押可包含一个企业的所有资产（在一些国家甚至包括不动产）。例如，其中可涵盖企业的现金收入、新库存品和设备以及未来资产，而在正常经营过程中处分的现有资产则解除抵押权。企业抵押的主要优点是，允许一家拥有较多总体价值的企业以较低的成本获得较多的信贷。一些企业抵押形式的一个有趣特征是，在有担保债权人采取强制执行而另一债权人也在执行时，可以为企业指定管理人。这有助于避免清算，并有助于促进能够为债权人、员工和总体经济带来有利结果的企业重整。然而在实践中，有担保债权人指定的管理人可能偏向于有担保债权人。如果管理人由法院或其他机关指定并监督，则这一问题可以在某种程度上减轻。企业抵押的这一特点可以不无益处地推广到总资产担保，可以由债务人和债权人通过协议指定管理人，或由法院指定管理人，负责破产程序内外的强制执行。

195. 企业抵押在实践中可能有某些缺点。一个缺点是有担保债权人常常就是或者成为该企业的主要或甚至唯一信贷提供者，这可能影响到信贷提供者之间的竞争，从而给信贷的获取机会和成本带来负面影响，因为其他债权人得不到保

护（但并不一定会排除竞争，因为单一的主要信贷提供者可能会提供特别具有竞争力的信贷条件）。为解决这一问题，有些国家对企业抵押的范围进行了限制，在发生破产的情况下为无担保债权人保留了企业一定比例的价值。然而，这种限制可能由于有效减少了可以用作担保的资产数额而对信贷的获得带来不利影响。企业抵押可能具有的另一个缺点是，在实践中，抵押权人可能不会充分监督企业的商业活动并积极参与重整过程，因为抵押权人已经得到充分担保。为了平衡抵押权人过强的地位，可以准予债务人企业解除多余的担保。

(二) 浮动抵押

196. 在另一些国家，总资产担保权的形式是所谓的“浮动抵押”，浮动抵押只是一种潜在担保权，设保人有权在正常经营过程中处分担保资产（如库存品）的某一部分。一旦债务人违约，则处分被禁止，而浮动抵押则“定形”为完全有效的“固定”抵押。一种法律制度如果一旦允许在设保人总资产上设定非占有式担保权，而又允许设保人在其正常经营过程中处分该资产的某一部分，则没有必要保留企业抵押或浮动抵押的结构或名称（另见下文第 199 段）。

(三) 超额担保

197. 与总资产担保相关但并不相同的问题是超额担保。出现超额担保问题的情况是担保资产的价值大大超过担保债务的数额。尽管有担保债权人的索偿额不能超过附担保债务加利息及费用（可能再加上损害赔偿金），但超额抵押仍然可能造成问题。设保人的资产抵押程度（至少在债权人之间无排序居次协议的情况下）可能已使其很难或甚至不可能从其他债权人处获取二级担保。此外，设保人的无担保债权人的强制执行可能被排除在外，或至少变得更为困难（除非尚有剩余价值）。

198. 一些国家的法院制定的解决办法是宣布大大超出附担保债务加利息、费用和损害赔偿的担保权无效，或批准债务人提出解除这种多余担保。如果能够确定并给予有担保债权人商业上充分的余量，则这一解决办法在实践中是可行的，但这不一定在所有情况下都容易做到。在许多情况下超额担保的问题确实值得担忧，各国对这一问题的适当回应往往各有不同，有时可能在于其他法律对这些做法的规范。因此，指南没有建议采用法庭宣布超额担保的概念（担保资产的范围随之缩小）为解决办法。

(四) 结论

199. 一旦一种法律制度允许在设保人现有和未来的所有资产上设定非占有式担保权，而设定该担保权所依据的制度又允许设保人在正常经营过程中处分该资产的某一部分，则各国为允许企业通过抵押整个企业来设定担保权而制定的特别办法便不需要了。也就是说，像“企业抵押”和“浮动抵押”这样的概念和术语以前之所以重要，是因为它们在企业融资中发挥的作用是一般担保权无法做到的。但是，如果各国选择为设定担保而制订统一而功能协调的制度，并使设保人能够在同一协议中抵押其现有和未来所有资产，那么这些现行办法的必

要性即使没有完全丧失，也大大降低了。指南虽然没有建议各国取消“企业抵押”和“浮动抵押”，但如其所述，建议各国采用总资产担保权的概念，这一概念可履行那些其他概念所履行的功能（见 A/CN.9/631，建议 16）。

(e) 有担保债权人对担保资产所造成的灭失或损坏承担的赔偿责任

200. 尽管（由于违约或侵权）担保资产所造成的损害赔偿不是担保交易问题，但由于可能对信贷的获取机会和成本造成影响，因此解决这一问题十分重要。一个尤其重要的问题是设有占有式担保权或非占有式担保权的资产所造成的环境损害赔偿问题，因为其金钱后果和对出借人声誉所造成的损害可能大大超出了担保资产的价值。有些法律明确免除有担保债权人的赔偿责任，而有些法律则在特定条件下（例如有担保债权人不占有或不控制担保资产）限制这类赔偿责任。如果对这类赔偿责任不加免除或限制，则出借人发放贷款的风险就会过高。如果可购置保险，那么必定又会大大增加信贷成本。

7. 收益上担保权的设定

(a) 收益的概念

201. 动产的一个特点是，事实上其之所以被制造，目的通常就是为了销售、租赁或特许使用。如果担保资产在其所担保的债务尚未清偿期间被出售、交换或以其他方式处分、租赁或特许使用，设保人通常会收到这些资产换来的现金、有形财产（例如货物或可转让票据）或无形财产（例如应收款）。在这种情况下，各国必须确定在原始财产上取得的担保权是否应当延及因出售或处分该财产换来的新财产。因此，例如，各国需要决定，像印刷机这样的一台设备上的担保权是否延及设保人出售印刷机所得的钱款，或延及该印刷机出售后换来的另一台印刷机。在财产法的术语中，出售或其他转让所换来的这类现金或其他有形财产或无形财产被视为“处分收益”。而在担保交易法中，处分所得的财产究竟是另一物品、现金、应收款，还是可转让票据，这通常并不重要。重要的是，担保权是否可延及这些新财产。

202. 在一些情况下，当设保人处分原始收益以换取其他财产时，原始担保资产的收益可能产生出其他收益。这种收益有时称为“收益的收益”。如果在担保资产的收益上存在一项权利，则该权利延及收益的收益。如果有担保债权人在收益的形式发生改变时便失去在该收益上的权利，有担保债权人所承担的信贷风险就相当于在对收益没有权利的情况下所承担的风险。

203. 动产的另一个特点是，随着时间的流逝，容易发生法律上和物理上的变化。例如，如果有形动产是一个动物，就有可能发生各种改变。母动物会繁殖后代并产奶。有的动物会剪出毛。还有些珍贵动物可能会产出可出售的产品。蜜蜂会产蜜，蚕会产丝。在上述所有情形中，即使设保人并未处分担保资产，该资产也可能产生其他财产。在许多法律制度中，这类财产称为“天然孳息”。

204. 无形财产也会发生改变。例如，受付款可能带有利息；有形财产的租赁会产生租金。这些通常称为“法定孳息”或“收入”。此外，如果有形财产为一个物品，该物品可能会用于生产或被改变。木头可能变成椅子。钢材可能变成一辆汽车的一部分。在此，原始担保资产没有被处分，但生产过程将它变成了价值更高的另一物品。由这种改变产生的财产通常称为“产品”。

205. 也就是说，在财产法的术语中，上述种种新的动产类型在特征上是“孳息、收入、动物自然增多，或产品”。但在担保交易法中，具体的名称通常并不重要。重要的是各国对孳息、收入和产品上担保权的效力所采取的政策决定。也就是说，在上述每种情况下，各国必须决定，在动物、钢材、受付款或租赁物上取得的担保权是否可延及该原始财产所“产出”的财产。

206. 在一些法律制度中，对法定孳息或天然孳息和担保资产经处分后产生的收益作了明确区分，并适用不同的规则。这一做法的理由常常是难以查明处分收益和需要保护第三方对收益的权利。另一些法律制度对法定孳息或天然孳息和处分收益不作区分，并对其适用同样的规则。这一做法的理由包括，难以对法定孳息或天然孳息和收益作出区分，以及法定孳息或天然孳息和收益均产生于或代替担保资产或可能影响担保资产的价值。而且，当事人通常在其担保协议中规定，在原始财产上取得的担保延及上述所有形式的财产。因此，一些国家将所有这些变化看作原始担保资产的“收益”。这是目前担保交易制度中典型的合同惯例，所以在本指南中，将上述所有变化均视为源自原始担保资产的“收益”（“收益”的定义见上文第 19 段）。

(b) 收益上担保权的范围

207. 管辖担保权的法律制度必须处理关于收益的两个截然不同的问题。第一个问题是，如果设保人在产生收益的交易中将担保资产转让给另一人，有担保债权人是否保留担保权。严格地说，这不是一个收益问题，而是关涉到担保权是否包含所谓“追续权”的问题（对该问题的讨论见 A/CN.9/631，建议 85；以及关于担保权相对于竞合求偿人权利的优先权的第七章；A/CN.9/631/Add.4，第 57 段）。

208. 第二个问题涉及有担保债权人对收益的权利。对收益享有权利的根据是，如果有担保债权人不取得这种权利，那么其对担保资产的权利就有可能由于这些资产的处分而作废或被削减，其获取资产产生的一切收入的期望就会落空。如果法律制度不允许在担保资产的处分收益上设定担保权，就无法充分地保护有担保债权人不受违约的影响，作为信贷来源的担保资产的价值也会减少。这一结果会对信贷的获取机会和成本产生不利的影响，即使原始担保资产上的担保权在原始担保资产被处分给第三方后仍然存在，结果也同样如此。产生这一结果的原因在于担保资产的转让可能增加查找和占有担保资产的难度，增加强制执行的成本和降低资产价值。

209. 对收益的权利一般产生于担保资产被处分的情况下，因为收益代替了原担保资产成为设保人的资产。在把法定孳息或天然孳息作为收益看待的法律制度

中，即使担保资产没有经过任何交易，对这类收益的权利也可能产生（如股票产生的股息），因为这与各方当事人的期望是一致的。

210. 如果有担保债权人对收益的权利是一种所有权权利，有担保债权人将不会由于交易或其他事件而遭受损失，因为所有权权利产生对抗第三方的效力。而另一方面，赋予有担保债权人对收益的所有权权利可能导致以这些收益作为原始担保资产而获取担保权的当事人的合法期望落空。然而，在将担保的设定与对抗第三方效力和优先权加以区分的法律制度中，这种结果只有在以下情况才会发生：在收益中享有所有权权利的债权人对于在作为原始担保资产的收益中享有权利的债权人具有优先权，而这种优先权是根据在公共登记部门登记有关交易的通知的时间先后来确定的。因此，在这些制度中，潜在的融资提供人事先得到关于其潜在借款人资产上（包括这种资产的收益上）可能存在担保权的警告，从而可以采取必要的步骤识别和追查收益情况，并酌情达成债权人之间的排序居次协议。

211. 如果所涉收益不是处分收益，而是孳息、收入、动物增多或生产出来的产品，所作的考虑便稍有不同。如果是生产出来的产品，原材料投入生产是当事人的正常期望。因此，政策上的问题是，一国是否应当采用一种规则，要求担保协议明确规定担保不仅以原材料为抵押，而且以用该原材料制成的任何产品为抵押，或者是否应当假定担保权自动涵盖制成的产品，如果当事人不希望如此，便应在担保协议中作出说明。只要能够明确指明产品是用附担保原材料制成的，大多数国家则不要求当事人具体说明担保权随之转入以该原材料制成的财产。

212. 对于当事人是否应当指明担保权延及动物的后代，或是否自动涵盖动物的后代，所作的决定也有类似的考虑因素。由于当事人的正常期望是涵盖新生动物，大多数国家规定，在母动物上的担保权自动涵盖其后代。至于天然孳息（例如毛、奶、未孵出的蛋和蜂蜜），各国采取的立场各不相同。许多国家要求当事人在担保协议中具体说明协议将涵盖这些天然孳息。另一些国家规定，除非当事人另有规定，否则自动涵盖天然孳息。本指南的大方向是提供与担保协议当事人的通常做法相符合的建议，因此所采用的办法是，在产出天然孳息的动物上的担保协议自动涵盖这些天然孳息。

213. 最后，关于法定孳息或收入，经济效率的理由通常表明，资本付款（如可转让票据或应收款）上的担保权也应当包含对应付利息的权利。这是因为，凭这类票据或应收款支付的款项通常混合了本金和利息。只有在易于区分所偿付的本金和利息的情况下，如果当事人商定本金总额上的担保权不延及所生成的利息，法律才应允许将利息与原始债务分开。

(c) 收益上担保权的设定

214. 上述讨论表明，许多法律制度通过无相反约定情况下适用的缺省规则而将担保资产上的担保权延及各种形式的收益（包括收益的收益），是有其实际原因的。在另一些法律制度中，不存在对收益的自动权利，无论是处分所得的收益，还是孳息、动物增多、收入或产品中的一类或多类，通常允许当事人表

明其将以所有类型的资产为原始担保资产设定担保权。在这种制度中，当事人可自由规定，例如，在设保人基本上所有资产（现金、库存品、应收款、可转让票据、证券和知识产权）上设定担保权。这样，即使并无法律规则自动规定对收益所享有的权利，收益本身也都成为原始担保资产，包含在债权人的担保权中。在其中一些法律制度中，当事人还可通过约定将某些以所有权为基础的担保权（如保留所有权）延及收益。

215. 无论收益上的权利是否自动来自原始担保资产上的权利，或者是否必须在担保协议中明确提及，对于寻求在上述任何形式的收益上主张权利的当事人，都不要办理任何额外的手续。对于前一种情况，唯一的要求是，担保协议应当指明在收益上的权利并指出意图包含在同一担保权中的收益类型，而对后一种情况，只要明确指明服从于原始担保权的资产便可。按照其便利担保信贷的总目标，本指南建议采用的办法所反映的是设保人和有担保债权人的正常期望，即担保资产上的担保权自动延及其可识别的收益，而无需当事人在担保协议上作此规定（A/CN.9/631，建议 18）。

8. 混合收益

216. 当构成担保资产收益的财产没有与设保人其他资产分开存放时，就产生了收益中的担保权是否得到保留的问题。对这一问题的答案通常取决于构成收益的财产是否可以识别。若收益的形式为与设保人其他资产一同保存的有形财产，则以任何方式指明其为收益便足以证明各项有形财产为收益。在这方面，许多国家规定，管辖有担保债权人在混合原始担保资产上担保权保全的原则应当也适用于构成混合收益的有形财产。因此，例如，如果设保人卖出原油换来一定量的汽油，而汽油是混在油箱中的，则只要有担保债权人能够证明油箱中的一部分汽油为收益，便应当继续享有这部分汽油上的担保权，而无需采取额外的步骤以设定（或保全）这些混合有形收益上的担保权。

217. 相比之下，如果构成收益的财产是无形财产，例如应收款或银行账户贷记款受付款，且没有与债务人的其他同类资产分开存放，那么这种无形财产如果可以追踪到原始担保资产，就可以被确认为收益。例如，只要有担保债权人能够证明一定数额的现金已经作为处分担保资产所得的收益存入账户，便可请求对收益享有权利。造成困难的问题是，银行账户上的金钱总是有出有进，而且很难弄清金钱到底有多少部分原本为收益。

218. 许多国家在银行惯例中已经制订了相当复杂的规则，以确定何时可以追踪存入银行账户的资金。各种追踪规则的例子包括：(a) “先进先出”（“FIFO”），该规则假定，首先成为混集物一部分的财产也是首先从混集物中抽出的财产；(b) “后进先出”（“LIFO”），该规则假定，最后成为混集物的财产是最先从混集物中抽出的财产；(c) “最低中间余额规则”（“LIBR”），该规则尽可能假定从混集物中抽出的财产不是担保资产的收益。许多国家为保护担保权而规定，只要账户余额大于所存入的收益额，可确认的收益即包括所有作为收益存入账户的资金。如果总额少于存入账户的收益总额，则确定可指明的收益的办法是，取最低的中间余额，加上在该最低余额

记录后以收益的形式存入该资金内的任何金额。对于混合的无形收益的情况，只要可追踪无形收益的来源，当事人便无需采取进一步的步骤以设定（或保全）在这些混合的无形收益上的担保权（见 A/CN.9/631，建议 19 和 20；关于对收益的优先权，见第七章，A/CN.9/631/Add.4，第 48-51 段）。

9. 混合有形财产

219. 担保交易制度以往并没有碰到保持识别担保资产的问题。由于只能在独个指明的资产上设定担保权，很少会出现与可作替代的财产相混合的问题。而今天，许多国家允许当事人在一个笼统的财产类别（通常是可替换的）上设定担保权。例如，可用“我目前所有的个人计算机库存品”作担保；或者，出卖人也可在其出售给买受人的所有个人电脑上取得担保。在上述两种情形中，服从于担保权的资产可能会与不服从担保权的其他同类资产相混合，无法区分。

220. 可以采用两种办法。一些国家规定，资产一旦被混合，便无法再进行确认，债权人的担保权也随之丧失。这种办法规定有担保债权人有责任确保设保人将担保资产与性质相近的其他资产分开，以避免混合。另有一些国家规定，担保权仍旧存在，可按混合资产总量中担保资产所占比例，对混合资产的一部分主张担保权。根据这种办法，如果油箱中价值 100,000 美元的油与价值 50,000 美元的油相混合，便认为在有必要强制执行担保权时，无论油箱中剩余多少油，有担保债权人都对其中的三分之二享有担保权。

221. 本指南所采用的一般原则是应当尽可能保护担保权，因此建议采用第二种办法（即按担保资产和非担保资产在混合资产总量中所占的比例，保留在混合资产的一部分上的担保权）。也就是说，一旦在担保资产上设定担保权，便无需采取进一步的步骤以便在担保资产最终与不服从担保权的同类资产相混合时保留该担保权（见 A/CN.9/631，建议 21）。

10. 混合在混集物或制成物中的有形财产

222. 当有形财产在制成物或混集物中与其他有形财产相混合，失去其独立特性时，便有必要确定可在已经制成的制成物上主张原始资产上担保权的各项条件。例如，有可能在面粉上设定了担保权，而这些面粉必然将通过生产或制造过程而变成面包。各类法律制度所采用的基本办法有两种。在一些国家，一旦面粉失去了面粉的性质，担保权也随之丧失。如果当事人希望将担保权转到面包上，就必须规定原始担保所押账的不仅是面粉，还有面粉可能会经过改变或制造而变成的制成物。另一些国家采取的立场是，担保权自动转到生产出来的制成物上，只要能够确认该制成物是用服从于担保权的原材料制成的。当事人的正常期望是原材料将用于生产，因此本指南采取的立场是，无需在担保协议中规定担保权转到制成物上。对于已不复存在的原材料上担保权，制成物在某种意义上说是替代品（见 A/CN.9/631，建议 21）。

11. 附加物上担保权的设定

223. 动产可以附着于动产或不动产成为附加物但不失去其个体特征（“动产附加物”和“不动产附加物”的定义见上文第 19 段）。在上述情况下，即产生原有动产在附着之前所服从的担保权是否仍得到保留的问题。

224. 在一些国家，不可能在已经附着于其他财产（无论是动产还是不动产）的附加物上设定担保权。担保权必许是在附着之前设定的，才能对附加物具有效力。不过，在这些国家，如果动产成为不动产或动产的附加物，则其上的担保权可继续留存，无论将该附加物从其所附着的财产上分离出来的费用或困难程度有多大，也无论该附加物是否已成为该财产不可分割的一部分（见 A/CN.9/631，建议 22）。在另一些国家，也可以在已成为附加物的动产上设定担保权，无论该附加物所附着的是不动产还是其他动产。对于这些国家，分离的费用或困难程度对于判定是否可以设定担保权是无关紧要的。在一些国家，可以在作为不动产附加物的动产上设定担保权。在上述两种情况下，附加物是否可以随时从其所附着的财产中分离出来而不造成损害，关系到竞合求偿人之间优先权的确定（见 A/CN.9/631，建议 93-95），但与是否可以设定担保权的问题无关。

225. 关键的问题是决定是否必须在设定一般担保权所必需的步骤之外，采取额外的步骤来设定作为附加物的财产上的担保权。除了对设定、第三方效力和优先权不作区分的国家之外，不要求采取额外的步骤，因为这是关于设定的问题，而不是优先权问题。

12. 混集物或制成物上担保权的设定

226. 如上所述，有形财产可能与另外一件或多件有形财产相混合，无法分辨。在这种情况下，便会产生原始有形财产在混合前所服从的担保权是否留存的问题。大多数国家的一般立场是，担保权在混合之后继续留存，其假定是，至少有一部分混合财产的来源可被确认为原始设保财产（见 A/CN.9/631，建议 23）。原有的独立财产上的担保权转为制成物或混集物上的担保权（关于混合货物上竞合债权的优先顺序，见 A/CN.9/631，建议 96-98）。

227. 但是，与针对设定附加物上的担保权采用的一般办法相对照的是，在大多数国家，不允许在已经混合的有形财产上设定担保权。也就是说，附加物始终至少可以在概念上被视为具有独立的特征，而如果油混在油箱中，或者面粉制成面包，原始担保资产的独立特征便消失了。因此，通常不可能单独在已经被混合的财产上设定担保权。这便是本指南所采取的办法（见 A/CN.9/631，建议 23）。

B. 特定资产的建议

1. 应收款大批转让和未来应收款转让及应收款的组成部分和未分割权益转让的有效性

228. 关于重要的融资交易中广泛使用的应收款转让，正在形成一种趋势，即无论这种转让是彻底转让、为担保目的进行的彻底转让还是担保式转让，均遵守相同的规定。这种趋势的主要理由是，实际上第三方很难确定转让的性质，而且需要用同样的优先权规则管辖所有类型的转让。这一趋势在《联合国转让公约》（见第 2 条）中有所体现。然而，不同的法律制度对有效转让有不同的要求。有些法律制度要求有一份书面材料或通知应收款债务人。还有的法律制度要求有一份书面材料，转让才能在转让人与受让人之间生效，并要求有登记才能对第三方当事人生效。关于未来应收款和没有具体指明的应收款，其转让是否有效，以及在产生应收款转让的合同订有禁止转让条款的情况下，转让是否有效，不同的法律制度有不同的规定。《联合国转让公约》承认所有这些转让的效力（见公约第 8 条，体现于 A/CN.9/631，建议 24）。

2. 不顾禁止转让条款进行的应收款转让的有效性

229. 一些国家规定，对处分的合同限制有效，以保护这种限制的受益方的利益（即应收款转让人或债务人）。在另一些国家，对处分的合同限制则没有效力或只有有限的效力，以便保护设保人的处分自由，特别是在取得对资产的权利的人不知道有合同限制的情况下。

230. 《联合国转让公约》为了支持应收款的可转让性采取了类似的做法，这一做法符合整体经济的利益。转让人若能够用自己的应收款获得贷款，向应收款债务人发放贷款便很有可能性；转让的有效性还有利于向转让人提供信贷的受让人。需要保护的债务人，如消费者或国家，可利用法定禁止令进行自我保护。

231. 《联合国转让公约》第 9 条第 1 款规定，即使转让人（指南术语中称为“设保人”）和债务人（指南术语中称为“应收款债务人”）之间约定了对转让的合同限制，转让仍然有效。不过，这一规定的效力受到了两方面的限制。首先，其适用限于广义的贸易应收款（见公约第 9 条第 3 款）；其次，如果这种合同限制根据公约以外的适用法律是有效的，那么第 9 条不否认其在应收款转让人与债务人之间的有效性（见第 9 条第 2 款）。设保人有权以违约为由向转让人索取损害赔偿，条件是这种索赔要求存在于公约以外的适用法律中，但债务人不得以抵销的方式向受让人提出索赔（见第 18 条第 3 款）。此外，仅仅知悉存在对受让人（在指南术语中称为“有担保债权人”）的限制不足以取消生成所转让应收款的合同（见第 9 条第 2 款）。

232. 这种做法有利于应收款融资交易，因为它使受让人（即有担保债权人）无需审查生成所转让应收款的合同以查明应收款的转让是否被禁止或是否有附加

条件。否则，出贷人可能不得不审查大量的合同，这可能花费巨大，或者甚至是不可能的（例如，未来应收款即属于此种情形，见 A/CN.9/631，建议 25）。

3. 在为应收款、可转让票据或其他任何无形资产作保的对人权或对物权上设定担保权

233. 如果设保人为有担保债权人的利益在应收款、可转让票据或其他任何无形资产上设定了担保权，便产生了一个问题，即该有担保债权人是否也自动享受为该应收款、可转让票据或其他债务的支付作保的任何对人权（如担保）或对物权（如在其他动产上的担保权或不动产抵押），而无需设保人或有担保债权人采取进一步的行动。

234. 可以用有说服力的理由证明，应收款、可转让票据或其他无形资产上担保权的设定也应当自动使有担保债权人充分享受设保人对该应收款、可转让票据或无形资产所享有的一整套权利。因此，如果支付应收款、可转让票据或其他无形资产的义务本身是由承付人一资产上的担保权担保的，则有担保债权人也应当享受设保人对承付人资产上的担保权所享有的权利（见 A/CN.9/631，建议 26，(a)项）。

235. 无论设保人与应收款债务人或可转让票据或其他无形资产的承付人之间的任何约定是否规定设保人不得在(a)应收款、可转让票据或其他无形资产上设定担保权；或在(b)为应收款、可转让票据或其他无形资产的支付或得以履行而作保的任何对人权或对物权上设定担保权，均应当适用上一段所述的建议（见 A/CN.9/631，建议 26，(d)项）。不过，这种建议概不应影响到设保人对违反该协议而承担的赔偿责任，但这一协议的对方当事人不得仅仅以违约为由而撤销产生应收款、可转让票据或其他无形资产的合同，或撤销为该应收款、可转让票据或其他无形资产作保的对物权（见 A/CN.9/631，建议 26，(e)项）。

236. 然而，由于有担保债权人在对人权或对物权上享有的权利源自设保人的权利，所以有担保债权人在该对人权或对物权上享有的权利不能大于设保人在该对人权或对物权上享有的权利。

237. 如果应收款、可转让票据或其他无形资产是由独立保证作保的，则有担保债权人的担保权不及于独立保证下的提取权，而仅及于独立保证下产生的收益（见 A/CN.9/631，建议 26，(b)项）。独立保证的受益人未经担保人/签发人/保兑人或其他被指名人允许，不得转让提取权，这与指南的主题相符。

238. 有担保债权人应当享有独立保证下收益上的担保权这一建议有若干实际理由。首先，这一结果仅使有担保债权人无需在其与设保人的贷款文件中采取某些额外步骤。这是因为，即使指南对从属权利和独立权利作了区分，由于该区分所依据的是若干国家的法律，因而无法阻止有担保债权人获得独立保证下收益上的担保权。有担保债权人仅需采取形式上的步骤，即在其与设保人的担保协议中明确设定独立保证下收益上的担保权。略去这些形式上的要求有助于实现指南的目标，即通过降低交易成本而降低信贷成本和增加信贷提供量。

239. 第二，自动设定独立保证下收益上的担保权的规则在实际中也是合理且符合各方当事人的正常期望的。有担保债权人将设保人的应收款视为担保资产，因而通常期望，无论所欠的应收款如何支付（例如无论是应收款债务人直接支付，还是在为一项或多项应收款作保的独立保证下提款），有担保债权人都将享有作为应收款收益的付款上的担保权。事实上，在一些情况下，只要有担保债权人知道自己享有的以其借款人被欠的应收款作保的担保权包括为这些应收款作保的独立保证下的收益权上的担保权，便可能愿意以较低的费率向该借款人提供信贷。一项符合各方当事人正常期望的规则将可避免不公正的意外，并在颁布指南建议的国家中建立更强的确定性。若确定性增强，信贷提供者便会发放信贷更有信心，因而有助于实现指南的目标，即鼓励提供更多的担保信贷。

240. 第三，该建议丝毫不影响独立保证下的担保人/签发人、保兑人或任何被指名人的权利。担保人/签发人、任何保兑人或任何被指名人若自己不同意，便绝无任何义务承兑受益人以外任何人的提款，也无任何义务向受益人以外的任何人付款。

241. 指南在若干重要的方面对上述建议作了限定。首先，若不动产根据担保交易法以外的法律可脱离其所担保的应收款、可转让单据或其他无形资产而单独转让，则该建议不影响该不动产上的权利。该建议涉及到在一些国家可能存在的办法，该办法允许不动产所有人在不动产上设定权利（抵押），即使该权利在设定时并不担保任何债务。然后该所有人可将该权利转让给一债权人，该债权人再将该权利转让给另一债权人。与独立保证相同的是，该不动产上的权利表面上是一项本身独立于任何债务的权利。

242. 第二种限定是，按照《联合国转让公约》，该建议仅适用于某些类型的应收款、可转让单据或其他无形资产（见 A/CN.9/631，建议 26，(f)项，如“贸易应收款”（例如，证明已售出货物和服务的应收款））。

243. 第三种限定是，该建议不影响设保人对应收款债务人或对可转让票据或其他无形资产的承付人而承担的任何义务（见 A/CN.9/631，建议 26，(g)项）。

244. 最后，担保交易法以外若有其他法律涉及任何资产上为应收款、可转让票据或其他债务的支付或以其他方式得以履行而作保的担保权的，只要无损于这类担保权自动产生利益，其关于此类担保权设定的形式或登记的任何要求不受该建议影响（见 A/CN.9/631，建议 26，(h)项）。

4. 独立保证下收益上担保权的设定

245. 许多国家管辖独立保证的法律和惯例已明确规定，未经独立保证下的担保人/签发人、保兑人或被指名人同意，不得转让独立保证下的提取权。指南承认并遵守这一原则。

246. 但是，指南也对独立保证下的提取权和独立保证下所提收益的受付款做了区分。另外，指南采取的立场是，管辖独立保证的法律或惯例概不妨碍独立保证的受益人在保证的收益上设定担保权（即一旦付款后的收益受付款），即使

根据适用法律和惯例该项保证下的提取权本身不可转让（见 A/CN.9/631，建议 28）。

5. 可转让单证上或可转让单证所涵盖的货物上担保权的设定

247. 若已对货物签发了可转让单证，而该单证尚未兑现，则该单证代表着对货物的所有权。因此，在可转让单证上设定担保权的作用也相当于在货物本身上设定担保权，条件是在该单证上设定担保权时，签发人占有该货物（见 A/CN.9/631，建议 29）。在此，占有可以是直接的（即由单证签发人占有），也可以是间接的（由代理人代表单证签发人占有；“占有”的定义见上文第 19 段）。

C. 建议

[委员会注意：委员会似宜注意到，由于 A/CN.9/631 号文件列入了担保交易立法指南草案的一套合并建议，此处不再转载这些建议。这些建议一旦最后确定，将转载于每一章的末尾。]
