



联合国国际贸易法委员会  
第四十三届会议  
2010年6月21日至7月9日，纽约

## 今后可能就担保权益开展的工作

### 秘书处的说明

### 目录

	段次	页次
一. 导言 .....	1-5	2
二. 今后可能开展工作的议题 .....	6-67	3
A. 非中间人代持证券担保权 .....	6-43	3
1. 导言 .....	6-13	3
2. 可取性 .....	14-21	4
3. 可行性 .....	22-38	6
4. 结论 .....	39-43	8
B. 动产担保权的登记 .....	44-67	9
1. 导言 .....	44-48	9
2. 可取性 .....	49-51	11
3. 可行性 .....	52-65	11
4. 结论 .....	66-67	14

\* 因为需要完成磋商，并最后确定据此作出的修订，本文件提交时间比规定的会前十周提交晚了两周。



## 一. 引言

1. 委员会 2007 年第四十届会议决定，在完成《贸易法委员会担保交易立法指南》（“《指南》”）之后，今后应为拟订《指南》关于某些类型证券担保权的补编开展工作，其中考虑到其他组织特别是国际统一私法协会（“统法协会”）的工作。<sup>1</sup>
2. 第六工作组（担保权益）第十四和十五届会议就今后工作方案进行了初步讨论。这些会议期间提出了几项建议，其中包括以下建议：(a)《指南》关于《统法协会中间人代持证券实体规则公约》（2009 年，日内瓦；“统法协会证券公约”）<sup>2</sup> 未涵盖的证券担保权的补编；(b)关于在普通担保权登记处登记担保权的立法指南；(c)以《指南》建议为基础的担保交易示范法；(d)担保交易合同指南；以及(e)发放知识产权许可合同指南（分别见 A/CN.9/667 号文件第 141 段和 A/CN.9/670 号文件第 123-126 段）。
3. 委员会 2009 年第四十二届会议感兴趣地注意到工作组讨论的今后工作议题。委员会该届会议一致认为，如有时间，可以在第六工作组第十六届会议上进行讨论以推动筹备工作。委员会还一致认为，秘书处可以在 2010 年初举行一次由来自各国政府、国际组织和私营部门的专家广泛参加的国际座谈会。会议普遍认为，以秘书处编写的说明为基础，委员会能够更好地在第四十三届会议上对该工作组今后工作方案进行审议并作出决定。<sup>3</sup>
4. 工作组第十六和十七届会议就今后工作方案进行了初步讨论（A/CN.9/685 号文件第 96 段和 A/CN.9/689 号文件第 59-61 段）。在工作组第十七届会议上，有些与会者支持就担保权登记条例和以《指南》建议为基础的担保交易示范法开展工作。至于《指南》关于某些类型证券担保权的补编，认为这项工作必须限于非中间人代持证券，因为统法协会和海牙会议已经就中间人代持证券开展工作（见《统法协会证券公约》和《中间人代持证券所涉某些权利准据法公约》；2006 年，海牙；“海牙证券公约”）。<sup>4</sup>关于发放知识产权许可或可能的知识产权担保权国际登记处，指出就这些议题开展任何工作都需要与世界知识产权组织（“知识产权组织”）密切协调（A/CN.9/689，第 61 段）。
5. 根据委员会第四十二届会议的决定，<sup>5</sup>2010 年 3 月 1 日至 3 日在维也纳举行了一次担保交易问题国际座谈会。座谈会的目的是就今后可能在担保权益领域开展的工作征求专家的看法和建议。约 100 名来自政府、国际组织和私营部门的专家参加了这次为期三天的活动，有关讨论构成秘书处本说明的基础。为这次国际座谈会提交的文件刊载于贸易法委员会网站，将与统法协会协调在《统一法评论》中发表部分文章。

<sup>1</sup> 《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 17 号》（A/62/17(Part I)），第 147 和 160 段。

<sup>2</sup> <http://www.unidroit.org/english/conventions/2009intermediatedsecurities/main.htm>.

<sup>3</sup> 同上，《第六十四届会议，补编第 17 号》（A/64/17），第 313-320 段。

<sup>4</sup> [http://hcch.e-vision.nl/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=72](http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=conventions.text&cid=72).

<sup>5</sup> 同上。

## 二. 今后可能开展工作的议题

### A. 非中间人代持证券担保权

#### 1. 导言

##### (a) 综述

6. 《指南》全面述及对现代商业融资交易重要的几乎所有类型动产：设备、库存品、应收款（《指南》采纳了《联合国应收款转让公约》的原则并补充了该公约；“应收款公约”）、<sup>6</sup>银行账户贷记款受付款、独立保证收益受付款、可转让票据、可转让单证和知识产权（见建议 2(a)项）。不过，由于所有证券均明文排除在《指南》范围之外（见建议 4(c)项），《指南》未能述及动产中一个极重要的类型。《统法协会证券公约》和《海牙证券公约》部分填补了这一空白。但是，由于这些公约仅涉及中间人代持证券，对于非中间人代持证券依然存在空白，因而未就非中间人代持证券担保权向各国提供指导。应当指出，《欧洲私法原则、定义和示范规则共同参照基准草案》第九册“动产的财产权益担保”处理所有类型的动产，其中包括证券，不论是否由中间人代持。

7. 金融市场交易一般涉及中间人代持证券，因此这一空白对于金融市场制度可能不严重。然而，对于商业融资制度而言，这一空白就严重了，因为非中间人代持证券在许多商业融资交易中非常重要。在商业融资交易中，很常见的做法是，出贷人除要求以借款人各种资产作保之外，还要求以借款人或其子公司的股份作保。这些证券往往为私人所持有，而非为中间人所持有，并且不在公认的市场上交易。根据组成特定公司所在国家的法律，这些股份可以是凭证式股份，也可以是非实物式股份。

##### (b) 《统法协会中间人代持证券实体规则公约》

8. 应当指出，《统法协会证券公约》的主要目的是为中间人代持证券的持有和处分建立一个共同的法律框架（见《公约》序言）。中间人代持证券是由中间人持有的证券；这类证券往往称作间接持有证券，尽管《公约》未使用该术语。中间人代持证券的一个简单例子如下：上市公司 ABC 发行了股份；ABC 名册上注册持股人是 CDS；证券经纪人 Y 在 CDS 处拥有存放 ABC 股份的账户。投资人 Z 在 X 处拥有存放 ABC 股份的证券账户。投资人相对于贷记其账户的 ABC 股份的权利称作“中间人代持证券”。

9. 《统法协会证券公约》目的是就取得和处分中间人代持证券提供基本的法律规则，包括取得中间人代持证券担保权。公约关于担保权的条款主要处理三个问题：(a)对抗第三方效力；(b)优先权；和(c)强制执行。关于对抗第三方效力，公约规定中间人代持证券担保权在下述情况下取得对抗第三方效力：(a)账户中证券持有人是有担保债权人（见第 9 和 11 条）；或(b)证券持有人将证券控

<sup>6</sup> [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/payments/2001Convention\\_receivables.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/2001Convention_receivables.html)。联合国出版物，出售品编号：E.04V.14。

制权给予有担保债权人（见第 12 条）。账户持有人、证券中间人和有担保债权人达成协议，规定后者有权阻碍账户持有人处分证券，或有权未经账户持有人进一步同意而处分证券，有担保债权人即取得控制权。在证券账户上进行以有担保债权人为受益人的登账也产生与控制权协议相同的效力。

10. 《统法协会证券公约》有关优先权的规则可摘要如下：(a)成为中间人代持证券的账户持有人的有担保债权人排序先于任何相竞求偿人（见第 11 条和第 19 条第 2 款）；(b)以控制权方式使担保权取得对抗第三方效力的有担保债权人优先于以公约以外的法律规定的任何其他办法取得对抗第三方效力的担保权（例如，以登记方式；见第 12 条和第 19 条第 2 款）；(c)如两人取得相同中间人代持证券的控制权，则取得控制权时间在先者优先（第 19 条第 3 款）；(d)如一证券中间人持有其所管理的证券账户的担保权，随后允许另一有担保债权人取得该账户的控制权，则该另一债权人排序在先（第 19 条第 4 款）。

11. 《统法协会证券公约》还规定，一中间人在另一中间人代持的证券上设定的担保权，优先于第一个中间人的账户持有人的权利，前提是已通过控制权方式使担保权生效（见第 20 条）。由于账户持有人的有担保债权人享有的权利不能大于前者的权利，该规则可能影响账户持有人的有担保债权人。不过，这并非严格意义上的优先权规则，因为在规则所设想的情形中，账户持有人的有担保债权人和中间人的有担保债权人不在相同的中间人代持证券上享有担保权。

12. 《统法协会证券公约》有关强制执行的条款是可选的，意在补充国内法律。还必须注意，公约将为担保目的而转移所有权的协议视为一种不同的法律制度。因此，这种转移将不受适用于担保权益的法律制度的制约。实质上，公约有关强制执行的条款允许有担保债权人在债务人违约时私自处理中间人代持证券，而无须事先通知，也没有法院监督的要求。此外，公约规定，对债务人启动破产程序不得暂停有担保债权人的强制执行权。

13. 《统法协会证券公约》将某些问题留给其他法律处理。这类问题的一个例子是中间人代持证券担保权的设定。另一个例子是这类担保权可否通过在普通担保权登记处登记通知而取得对抗第三方效力（这类担保权排序次于根据公约以登账方式或以控制权方式取得效力的担保权）。因此并考虑到《指南》并未处理证券担保权，没有就这些事项向各国提供指导。

## 2. 可取性

14. 为确定就非中间人代持证券担保权开展工作是否可取，委员会似宜审议：(a)一些经常遇到的非中间人代持证券用作中小企业信贷担保的交易；(b)各种法律制度对这些商业融资交易的处理方式存在较大差异所造成的问题。

### (a) 非中间人代持证券用作信贷担保的交易

15. 若借款人的资产包括一个或多个全资子公司的股份，或者借款人是一家控股公司，子公司的股份是其唯一资产，那么只有取得子公司股份的担保权，全

部或部分以子公司的价值作保，出贷人才愿向借款人发放信贷。借款人违约不偿还贷款时，出贷人的主要偿还来源将是寻求将子公司作为经营中企业出售。

16. 即使在出贷人还享有借款人应收款、库存品和其他动产的担保权的情况下，借款人股份的担保权也可能对出贷人极其重要。原因在于，视强制执行时的情况而定，出贷人可能得出结论认为，将企业作为经营中企业出售，收回款项可能多于出贷人通过收缴应收款并拍卖其他资产而强制执行在借款人资产上享有的担保权。潜在买受人往往因为企业还在运作或因为购买股份将保留与第三方的某些合同安排或保留税收优惠而愿意出更高价格。此外，将企业作为经营中企业出售可能比零星出售资产速度更快、费用更低。

17. 这一问题一个变异形式是，贷款对象是从事单一业务的公司集团，知识产权由集团一个成员所有，不动产由另一成员所有，而管理和支助服务属于集团第三个成员。在此情况下，整个公司集团可能作为一个单一企业运作，即使资产和雇员分散于构成集团的各独立法律实体。此情形下维护整个企业的经营中企业价值的前景可能对于考虑向该企业提供贷款的出贷人至关重要。在此情况下，出贷人完全可能要求以母公司或子公司的股份作保。

18. 此外，出贷人可能想取得借款人某些资产的直接担保权，但因为种种原因而无法实现，其中包括下列原因：(a)借款人的资产可能包括租约、许可证、销售合同或其他资产所产生的权利，借款人可能依合同不得在这些权利上设定担保权；(b)资产由借款人的子公司或附属公司所有，有关国家适用的公司管理法可能限制公司在其资产上设定担保权为其母公司或附属公司取得的贷款提供担保；(c)适用的担保交易法可能不承认借款人某些资产如各类知识产权的担保权；(d)若请求提供的贷款意在为购买借款人的股份融资，有关国家的“金融援助”法可能规定借款人在其资产上设定担保权为这类贷款担保系非法行为；(e)有关国家的税法可能规定，公司在其资产上设定担保权为非本国的母公司或附属公司提供的贷款作保，需要承担巨大的经济负担。

19. 在上述每一种情形中，即使出贷人不能取得一公司资产的担保权，也能够通过取得该公司股份的担保权而间接地以这类资产为贷款担保。尽管公司股份担保权排序将次于公司其他债权人的债权，但这种担保权对于出贷人来说仍有足够的价值，促使其发放信贷。出贷人发放信贷的决定一般全部或部分依赖于它能够取得直接持有证券上的担保权而保全借款人的经营中企业价值。保全这种经营中企业价值可能对于借款人和第三方也非常重要。对借款人的一个好处是，利用这种救济手段可促使出贷人向借款人发放其他情况下不愿发放的更多信贷，或以更优惠条件发放信贷。第二个好处是，出贷人通过强制执行担保权收回的贷款金额越高，出现缺额导致出贷人向担保人收款的可能性就越小，多收回款项用于向其他债权人或股本持有人付款的可能性也就越大。同时还有社会效益，因为如果企业作为经营中企业出售，保留工作岗位的可能性就越大。

**(b) 未来的《指南》补编要处理的问题**

20. 在许多国家，目前的法律提供了取得至少某些类型国内公司实体的股份上担保权的机制。在另一些国家，法律可能没有明文述及这一事项，法院就必须通过比照适用普通担保权法律来填补这一空白。同设备、库存品、应收款和其他类型动产的担保权当前的情况一样，这些法律在国与国之间存在很大差异。例如，一些国家的法律对非中间人代持证券担保权的设定规定了最低限手续要求，而另一些国家则规定了较详尽的手续要求，如公证文件。此外，在一些国家，非中间人代持证券担保权在设定之时自动取得对抗第三方效力，而在另一些国家，要求采取单独的行动，如对于凭证式证券须占有凭证，或者须登记担保协议或登记担保权通知。另外，许多国家的法律对于确定非中间人代持证券担保权相对于相竞求偿人的优先权有不同的规则，如相对于其他有担保债权人、买受人、判决胜诉债权人或破产管理人。而且，许多国家的法律对于可强制执行非中间人代持证券担保权的方式有不同规定，一些国家要求启动司法程序，另一些国家则允许以非司法方式强制执行。

21. 编拟一份《指南》补编，列出关于非中间人代持证券担保权高效和具有成本效益地设定、取得第三方效力、取得优先权和强制执行的简明评注和建议，将鼓励出贷人在某些情况下发放信贷，否则，他们在这样的情况下将不愿意发放信贷或不愿按较低成本提供更多信贷。如果这些法律遵循委员会编写的案文的原则，这些法律将得到统一，这一结果将促进跨国界提供信贷，从而促进国际贸易。由于资本市场一般涉及中间人代持证券，这样的补编将不会对资本市场和适用于资本市场的法律造成较大影响。

**3. 可行性**

22. 委员会似宜注意到，就非中间人代持证券即非公开发行证券担保权编拟《指南》的具体评注和建议并不困难。需要处理下列问题：

**(a) “证券”一词**

23. “证券”一词需要加以解释，并与（设有担保权的）可转让票据和应收款区别开来。在此情况下，需要处理的一个问题是，该词是否包括在某些国家不被视为传统的证券的企业权益（如合伙企业权益和合资企业权益）。

24. 或者，“证券”一词的含义可参照其他案文，例如，《统法协会证券公约》，其中规定“证券”系指能够贷记证券账户并能够依本公约条款取得和处分的任何股份、债券和其他金融手段或金融资产（非现金）（见第1条(a)项）。

25. 还需要区分：**(a)**凭证式或有形证券与非凭证式、无形或非实物证券；**(b)**中间人代持证券（即存放在证券账户的证券）和非中间人代持证券（即由所有者直接持有的证券）。这些区分非常重要，因为不同类型的证券适用不同的规则。

**(b) 范围**

26. 为避免与《统法协会证券公约》重叠，公约所涵盖的中间人代持证券需要排除在委员会今后就证券担保权开展的任何工作的范围之外。出于同样原因，公开交易证券也需要排除在外，即使是直接持有。

27. 排除可采取例如《指南》建议 4(a)项的形式，其中规定法律不应当适用于“航空器、铁路机车车辆、空间物体和船舶，以及其他类别的移动设备，前提是这类财产由国内法所涵盖或根据这些建议颁布立法的国家……参加的国际协议所涵盖，而本法涵盖的事项又由该国内法或国际协议处理”。

**(c) 设定（当事人之间生效）**

28. 《指南》所建议法律的一般规则可适用于非中间人代持证券担保权的设定，不论证券是凭证式还是非实物证券（见建议 13-22）。

**(d) 对抗第三方效力**

29. 关于凭证式非中间人代持证券，《指南》所建议的法律中类似适用于可转让票据担保权的规则的一般规则可能适用（见建议 32 和 37）。这样，凭证式非中间人代持证券的担保权可以登记或占有方式而取得对抗第三方效力。

30. 关于非实物证券，《指南》所建议的法律中类似适用于银行账户贷记款受付款担保权的规则的规则可能适用（见建议 49）。这样，非实物非中间人代持证券担保权可以登记或控制权方式（控制权协议必须是发行人、设保人和有担保债权人之间的协议）而取得对抗第三方效力。

**(e) 优先权**

31. 关于凭证式证券，因为其可与转让票据类似，占有式担保权可能优先于已登记的或其他担保权，或优先于证券买受人或其他受让人的权利（见建议 101 和 102）。

32. 关于非实物证券，因为其可与银行账户贷记款受付款类似，通过控制权取得对抗第三方效力的担保权可优先于已登记的或其他担保权，或优先于证券买受人或其他受让人的权利（见建议 103-105）。

**(f) 强制执行**

33. 《指南》所建议法律的一般规则可适用于非中间人代持证券担保权，不论证券是凭证式还是非实物证券。

**(g) 适用法律**

34. 关于凭证式证券，《指南》为有形资产所建议法律的法律冲突规则可能适用（凭证式证券所在国的法律将适用；见建议 203）。关于非实物证券，发行人所在国的法律可能适用。

**(h) 与其他法律的协调**

35. 关于非中间人代持证券担保权的补编可能需要与处理证券托管和转让以及处理证券担保权的其他法律相协调。如上所述，为避免与处理中间人代持证券担保权的法律如《统法协会证券公约》和《海牙证券公约》相重叠，中间人代持证券（也许还有公开交易证券）担保权需要排除在外。此外，统法协会今后可能就《统法协会证券公约》的评注和加入工具开展工作，并就资本市场开展工作，处理《统法协会证券公约》留给国内法处理的问题，为避免与这些工作相重叠，关于非中间人代持证券担保权的补编应避免涉及这些问题。

36. 不过，与此同时，统法协会拟编写的公约评注和加入工具应避免就该公约留给国内法处理的问题向各国提出与《指南》建议不一致的建议。例如，《指南》就动产担保权的设定所建议法律的一般规则没有理由不适用于中间人代持证券担保权的设定。此外，《指南》就动产担保权以在普通担保权登记处登记通知的方式取得第三方效力所建议法律的一般规则没有理由不适用于中间人代持证券担保权。

37. 此外，该补编还须处理以下相关问题：非中间人代持证券成为中间人代持证券时，证券担保权适用哪种法律。例如，需要处理的问题之一是这种变化对已通过登记取得对抗第三方效力的担保权的影响，尤其是该担保权的对抗第三方效力是否应在较短期限内继续有效。同样，补编需要处理以下问题：中间人代持证券成为非中间人代持证券时，证券担保权适用哪种法律。

**(i) 工作的形式和结构**

38. 虽然委员会似宜留待工作组决定今后就非中间人代持证券开展的任何工作应采取什么形式和结构，不过，委员会不妨注意到这项今后的工作可以采取《指南》补编的形式。同关于知识产权担保权的补编一样，该新补编可以列入与《指南》一般评注和建议不同的特定资产评注和建议。该新补编的结构可采取《指南》的结构，即述及关键目标、术语、设定、对抗第三方效力、登记制度、优先权、当事人的权利和义务、第三方承付人的权利和义务、强制执行、购置款融资、适用法律、过渡和破产。

**4. 结论**

39. 委员会似宜考虑，现时是否委托第六工作组负责编写关于非中间人代持证券担保权的案文（例如，《指南》补编）。该补编的主要目的是，通过填补《指南》的一项重要空白，述及对商业金融交易的重要性胜于对金融市场交易的重



要性的一类资产，完善委员会关于《指南》的工作。该补编将不影响《统法协会证券公约》，因为它处理公约范围之外或公约未处理的事项。

40. 相反，该补编通过向各国提供一套完整并协调的担保交易制度，可对《统法协会证券公约》起支持作用，如同《指南》已对《开普敦公约》及其议定书、《海牙证券公约》、各项知识产权公约和《应收款公约》发挥的作用一样（见《指南》建议4）。委员会似宜注意到，《指南》对例如《应收款公约》起到了支持作用，它采纳了《应收款公约》的原则，并通过处理《应收款公约》留给其他法律处理的问题而补充了《应收款公约》的制度。这样，各国就可以既在国内法中颁布《指南》的建议，又通过《应收款公约》，这对它们是有益的。

41. 此外，该补编将不影响统法协会就《统法协会证券公约》的评注和加入工具开展的工作，至少是如果补编根本不涉及与中间人代持证券有关的问题的话。如果补编要处理这些问题，委员会似宜指示工作组，处理方式应与《统法协会证券公约》和《指南》相一致。而且，该补编将不影响统法协会今后就资本市场开展的工作，因为资本市场交易中通常不将非中间人代持证券用作信贷担保。

42. 或者，委员会不妨考虑赋予本议题以较低优先度。这样做将使委员会能够完成就可能被视为具有较高优先度的其他议题之一开展的工作。还将留出时间，使统法协会能够完成关于《统法协会证券公约》的评注和加入工具的工作，并进一步制定今后就资本市场开展的工作。在这方面，委员会似宜考虑到，统法协会已经拟订了《证券公约》，在证券相关事项方面拥有丰富的专门知识。如果委员会决定赋予本专题以低于其他专题的优先度，委员会似宜请秘书处与统法协会协调，确保统法协会可能在这些今后文书（公约评注和加入工具，以及今后就资本市场编写的任何案文）中就证券担保权提出的任何建议尽可能与《指南》建议一致。

43. 例如，《指南》所建议法律中有关动产担保权的设定的一般规则没有理由不适用于中间人代持证券担保权的设定。此外，《指南》所建议法律中有关动产担保权以在普通担保权登记处登记通知的方式取得对抗第三方效力的一般规则没有理由不适用于中间人代持证券担保权。在此情况下，需要建议一项规则，处理根据《统法协会证券公约》以登账方式取得对抗第三方效力的中间人代持证券担保权，相对于按照公约以外的法律（如《指南》所建议法律）以在普通担保权登记处登记通知的方式取得对抗第三方效力的相同证券担保权的优先权。

## **B. 动产担保权的登记**

### **1. 导言**

44. 建立公众可访问的登记制度是《指南》所建议法律的一项重要特征（见第三章建议的序言）。登记为与某人占有或控制的资产打交道的人提供透明而客观的信息来源，使之了解这些资产是否设定了担保权。登记又为有担保债权人提供一种高效的机制，以确保其担保权具有对抗第三方效力，并确立其相对于某些相竞求偿人的优先权（见第四章建议的序言）。

45. 《指南》第四章载有普通担保权登记处的法律和运作方面的评注和建议。然而，与《指南》任何其他章节一样，第四章并非孤立存在，须结合《指南》其他章节来理解。这就是说，为了理解登记的要求和法律后果，读者须参阅关于担保权对抗第三方效力的第三章和关于担保权优先权的第五章。同样，为确定登记处所涉交易范围和地域范围，读者须参阅《指南》处理担保权概念的各个部分和关于法律冲突的第十章。

46. 此外，《指南》未涵盖依据《指南》建议颁布担保交易法的国家为实施高效和有成本效益的登记制度而需要考虑的多种行政、运作、技术和基础设施细节。经验表明，在缺乏这类指导的情况下，各国最后可能投入过多资金和时间，却建立一个功能紊乱、过于复杂和不透明并且不符合商业和法律客户利益的制度。鉴于登记处在整个担保交易法框架中发挥着核心作用，最终结果是损害一国为改革所作的努力。

47. 认识到制订具体的登记处准则对于整个担保交易法改革取得成功非常重要，编拟担保交易示范法的一些组织也编拟了关于担保权登记的原则、准则或条例。例如，欧洲复兴开发银行编拟了《欧洲复兴开发银行担保交易示范法》，<sup>7</sup>还编拟了《建立担保权登记处指导原则》。<sup>8</sup>同样，美洲国家组织（美洲组织）编拟了《美洲组织担保交易示范法》，<sup>9</sup>还编拟了《美洲担保交易示范法示范登记处条例》。<sup>10</sup>

48. 此外，参与担保交易法改革的其他组织也制订了关于担保权登记的详细规则。例如，亚洲开发银行编写了《动产登记处指南》。<sup>11</sup>而且，实行现代担保交易法的组织或国家将建立和发展普通担保权登记处作为法律改革工作的核心部分。例如，《移动设备国际利益公约》（2001年，开普敦）<sup>12</sup>和《移动设备国际利益公约关于航空器设备特定问题的议定书》（2001年，开普敦）<sup>13</sup>载有与《指南》所建议规则非常类似的特定资产国际登记制度详细规则。此外，《欧洲私法原则、定义和示范规则共同参照基准草案》<sup>14</sup>第九册也载有在很大程度上与《指南》所建议规则类似的担保权登记详细规则。

<sup>7</sup> <http://www.ebrd.com/pubs/legal/secured.pdf>.

<sup>8</sup> <http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/core/pledge/core.htm>.

<sup>9</sup> [http://www.oas.org/dil/cidip-vi-securedtransactions\\_eng.htm](http://www.oas.org/dil/cidip-vi-securedtransactions_eng.htm).

<sup>10</sup> [http://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/3rdSecTrans/John\\_Wilson\\_MR.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/3rdSecTrans/John_Wilson_MR.pdf).

<sup>11</sup> [http://www.adb.org/documents/reports/movables\\_registries/default.asp](http://www.adb.org/documents/reports/movables_registries/default.asp).

<sup>12</sup> <http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/main.htm>.

<sup>13</sup> <http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/main.htm#NR2>.

<sup>14</sup> C. v. Bar 和 E. Clive（编），《欧洲私法原则、定义和示范规则共同参照基准草案》，第6(2009)卷，第5389-5667页。

## 2. 可取性

49. 如上所述,《指南》第四章虽就《指南》所设想的登记制度提供了有意义的评注,但读者要想理解登记的法律意义,就有必要对整个《指南》有全面、详尽的认识。因此,编拟一份关于登记的案文,利用综合性摘要、以可以理解的简单明了的措辞介绍登记的法律方面,将为参与实施登记处的人提供很大帮助,这些人可能不是担保交易法专家,但需要对设计登记处为执行任务而运作的总体法律框架有基本了解。还如上所述,这样的案文还有利于就登记制度实施过程中需要处理、但第四章目前没有处理或没有足够详细地处理的所有法律、实践和运作问题提供详细指导。鉴于登记处对于整个担保交易法律改革取得成功具有核心重要性,编拟关于登记的案文,从实质内容上对《指南》第四章加以补充,将是可取的。

50. 在许多国家,最熟悉的财产权登记处模式是土地登记处,这种登记处在目的和结构方面与《指南》所建议的动产担保权通知备案登记处模式有很大不同。因此,如果不就登记处的功能和结构提出较具体的指导,就有可能不必要地将土地登记处模式的特征和程序照搬到担保权登记制度,从而给这种制度带来效率和效力方面的损失。例如,该制度涉及登记处人员作用方面的重大差异,这些人员不像在土地所有权制度中那样发挥看门人的作用,而主要是发挥背景管理人的作用,为在没有官方干预的情况下进行备案和查询提供便利。此外,通知备案登记处模式与多数土地登记处不同,容易最大限度地利用电子技术,而登记处指南将便利在这方面提供详细的指导。

51. 而且,即使一国根据《指南》建议实施担保交易法,该国仍需要处理一些业务和法律问题,这些问题通常不在担保交易法中处理,而在次要的登记条例或管理准则中处理。如果不在这一层面提供指导,担保交易法改革就不能有效和高效地实施。因此,关于登记的案文将有益地完善委员会有关担保交易的工作,该案文将包括例如关于登记和查询过程的原则、准则和条例等。可以合理地预期,有了完善的担保交易制度,各国将能够更便利地实施基于《指南》各项建议的法律,并协调一致地实施该法律,从而受益于该法律的有效实施。最后,关于登记的案文还将为针对登记处管理者和工作人员以及融资者、企业、律师和登记制度的其他使用者制定实用的教育方案和培训方案提供宝贵的资源。

## 3. 可行性

52. 委员会和上述其他组织迄今所完成的工作充分表明以下可能性,即委员会能够在合理时限内成功地编拟关于担保权登记的案文。在确定这一项目的可行性时,委员会还似宜考虑到该项目实施过程中需要处理的下列问题。

### (a) 登记的目的

53. 关于登记的案文可以借鉴《指南》各章的内容,讨论在普通担保权登记处登记担保权通知的目的。

**(b) 登记表格**

54. 关于登记的案文可以较详细地讨论必须登记的担保权通知的最低限强制性内容和任何其他可选内容。在这方面，该案文可以借鉴《指南》的评注，并且通过例如列入登记表格样本而进一步详细说明。

**(c) 登记和查询过程**

55. 关于登记的案文可以讨论与登记和查询过程有关的问题，其中包括：**(a)**通知是否必须以书面或电子形式提交，或者是否应当允许以两种形式提交；**(b)**查询人是否必须提交书面或电子形式的查询，或者是否应当提供两种形式的查询；**(c)**确定设保人的适当方式，因为设保人身份识别特征是主要登记和查询标准；**(d)**描述设保资产的适当方式，尤其是这种描述可作为某些类型交易的补充性登记和查询标准的情况下；**(e)**访问登记处进行登记和查询的方式。尽管《指南》已述及许多问题（如果不是所有问题的话），但关于登记的案文可以通过列举更加具体、详尽的例子并给出条例或行政准则样本而进一步详细说明。

**(d) 登记的效力**

56. 关于登记的案文可以讨论与登记的法律效力有关的问题以及这类问题与登记制度的技术设计有何关系，其中包括：**(a)**是否可以进行预登记以及预登记如何生效；**(b)**是否可以就后继担保协议作单一登记以及单一登记如何生效；**(c)**登记产生法律效力的时间，其中考虑到登记提交和被系统处理的方式；**(d)**未获授权修正的法律效力和免责及处理后果和恢复登记的行政和技术程序；**(e)**什么构成设保资产的适当描述，以及所登记细目存在差错或缺省的后果。再次，《指南》已述及其中许多问题（如果不是所有问题的话），但关于登记的案文可以作有意义的详细说明。

**(e) 登记处的管理**

57. 关于登记的案文可以讨论与登记处的管理和运作有关的问题，其中包括：**(a)**登记处启动和运作费用的资金筹措；**(b)**私人运营者在登记处管理和运作方面的潜在作用；**(c)**政府在登记处建立和监督方面的作用；**(d)**登记处的赔偿责任；**(e)**登记处记录的安全性（还述及对欺诈性或虚假登记的关切和免责以及登记处运作中发生腐败的风险）；**(f)**运作效率与登记处数据可靠性和安全性之间的适当平衡。再次，其中一些问题已在《指南》中述及，但关于登记的案文将提供更详细的指导并涵盖更多问题。

**(f) 登记处所涵盖交易的范围**

58. 关于登记处的案文可以讨论与登记处所涵盖交易的范围有关的问题，其中包括：**(a)**拟涵盖交易的范围；**(b)**占有式质押类担保手段的排除；**(c)**担保权定性时“实质重于形式”的原则；**(d)**购置款融资办法（例如，保留所有权销售、融资租赁及其等同形式）的处理；**(e)**真实长期租赁、应收款转让、商业寄售、判

决产生的留置权和依法设定的担保权的处理；(f)与专门登记处（例如，不动产、船舶、航空器和知识产权登记处）的协调。《指南》已述及其中许多问题（如果不是所有问题的话），但关于登记的案文可以作有益的详细说明。

#### (g) 登记处的地域范围

59. 关于登记的案文可以讨论与登记处的地域范围有关的问题，其中包括：(a)可能产生与登记有关的法律冲突问题的情形；(b)与有形设保资产担保权登记有关的法律冲突问题；(c)与无形设保资产担保权有关的法律冲突问题。虽然《指南》已在总体上处理法律冲突方面的其中多数问题（如果不是所有问题的话），但关于登记的案文将着重于这些规则如何适用于与登记有关的问题，特别是如何适用于登记处的设计。

#### (h) 其他问题

60. 关于登记的案文述及其他问题可能是有益的，其中包括与登记处的设计和运作有关的技术问题，特别是：(a)计算机结构；(b)人员培训；(c)针对登记处客户和一般公众的教育和宣传推广；(d)实施后的数据收集和传播；(e)建设能够响应新的发展情况的研究和开发能力的必要性。

#### (i) 工作的形式和结构

61. 虽然委员会似宜留待工作组决定今后就登记开展的任何工作应采取什么形式和结构，不过，委员会不妨考虑这项工作可采取担保权登记处实施指南的形式。该指南可以响应上述需要，增加《指南》的价值，同时，编写指南又比较可行。委员会还似宜注意到，该指南可以利用和综合其他国际组织和已大体按照《指南》所设想登记处的模式实施登记处的国家已经开展的工作，提出有关登记和查询程序及登记处设计、管理和运作的最低限国际标准，从而进一步为担保交易制度的国际统一作出贡献。

62. 至于该登记处指南的结构，指南可包括评注，随附一些建议或准则，述及上述各组问题。案文可随附一份术语表，界定与登记处有关的法律和技术术语；一份清单，列出登记处的实施所涉问题和所涉步骤的顺序；以及一份书目，列出进一步的资料。

63. 此外，该登记处指南可包括示范条例或管理规则，并随附评注，解释政策选择及后果。在这方面，委员会似宜注意到，一套规定的条例（“以不变应万变”）可能不够。可能需要提供备选条例，以适当反映登记处的不同实施模式和各国就上述问题作出的不同政策选择。例如，条例必须考虑到每个国家是否存在针对特定类型设保资产（例如专利）的其他登记处以及该登记处与这类其他登记处的关系。此外，虽然基于设保人身份识别特征进行登记这一基本要素对所有国家而言都是所设想的登记处的核心，但所使用的具体设保人身份识别特征（例如名称与国家指定的身份识别号码相比）和可能易采用补充性序列号登记的资产类型在国与国之间可能有很大差异。

64. 此外，与登记处有关的法律规则归属担保交易法，还是归属次要的条例或管理规则，在各国有很大差异。有些国家修正主要法律比较困难，因而可能将与登记处有关的多数（如果不是所有的话）法律问题放在更容易调整以响应变化的条例中。有些国家则担心拥有修正规则的自由裁量权的人可能过于频繁或不适当地修改，因而可能倾向至少是将最重要的规则放在主要法律中。因此，需要灵活地提供条例，使其能够或者作为主要法律的一部分或者作为管理准则得到采纳。提供方式还须考虑到如何顾及不同法律传统的不同法律风格。

65. 虽然登记指南和可能编拟的任何示范条例应当反映《指南》的建议，但不一定非作为《指南》的补编不可。有些国家有意改进及合并本国现有的动产担保权登记处，独立的登记指南可能对它们极为有用，即使其实体法与《指南》所建议的法律不同。

#### 4. 结论

66. 经验表明，不建立高效的公众可访问的担保权登记处，担保交易法改革就不能得到有效实施。经验还表明，由于缺乏关于登记处实施过程及法律和运作框架的明确指导，各国往往被迫投入超出建立和运作登记处所必需的资金。《指南》作为关于担保交易的总体案文，没有涵盖或没有足够详细地处理确保成功和高效地实施登记处所必须处理和解决的大量法律、管理、基础设施和运作问题。

67. 因此，委员会似宜考虑委托第六工作组负责优先编写一份关于登记的案文。这样的案文将对委员会有关担保交易的工作起到有益的补充作用，并就如何建立和运作普通担保权登记处向各国提供迫切需要的指导。虽然案文的具体形式和结构可留给工作组决定，但委员会似宜注意到：**(a)**这样的案文可包括原则、准则、评注、建议和示范条例；**(b)**借鉴委员会关于《指南》的工作，以及其他组织如欧洲复兴开发银行、美洲国家组织和亚洲开发银行的工作，以及已大体按照类似于《指南》所设想登记处的模式实施登记制度的国家法律制度。