



大会

Distr.: Limited  
25 September 2012  
Chinese  
Original: English

联合国国际贸易法委员会  
第六工作组（担保权益）  
第二十二届会议  
2012年12月10日至14日，维也纳

## 实施担保权登记处技术立法指南草案

秘书处的说明

### 目录

	段次	页次
前言 .....		2
导言 .....	1-47	4
A. 登记处指南草案的目的及其与《担保交易指南》的关系 .....	1-8	4
B. 术语和解释 .....	9-16	6
C. 高效登记处的关键目标和基本政策 .....	17-18	8
D. 过渡问题 .....	19-25	9
E. 担保交易法概述和登记的作用 .....	26-47	10
1. 综述 .....	26	10
2. 担保权的概念和功能 .....	27-29	10
3. 担保权的设定 .....	30-34	11
4. 担保权的第三方效力 .....	35-40	12
5. 担保权的优先权 .....	41-47	13



## 前言

委员会第四十二届会议（2009年6月29日至7月17日，维也纳）感兴趣地注意到第六工作组第十四届会议和第十五届会议讨论的今后工作议题（A/CN.9/667，第141段，以及A/CN.9/670，第123-126段）。委员会在该届会议上一致认为，秘书处可以在2010年初举行一次国际座谈会，征求专家对于今后可能在担保权益领域开展工作的看法和建议。<sup>1</sup> 根据该决定，<sup>2</sup> 秘书处举办了一次担保交易国际座谈会（2010年3月1日至3日，维也纳）。此次座谈会对于若干议题展开了讨论，其中包括：动产担保权的登记、非中介证券担保权、担保交易示范法、担保交易合同指南、发放知识产权许可及执行贸易法委员会担保交易文本。来自各国政府、国际组织和私营部门的专家出席了座谈会。<sup>3</sup>

委员会第四十三届会议（2010年6月21日至7月9日，纽约）审议了秘书处关于今后可能在担保权益领域开展工作的说明（A/CN.9/702和Add.1）。该说明对座谈会所讨论的全部项目进行了讨论。委员会一致认为，所有问题都令人感兴趣，应当留在今后的工作议程中，以便在今后届会上以秘书处在现有资源限度内编写的说明为基础进行审议。但鉴于委员会可用资源有限，委员会一致认为应当优先考虑动产担保权的登记问题。<sup>4</sup>

在这方面，与会者普遍认为，关于动产担保权登记的案文将有益地补充委员会就担保交易开展的工作，并就担保权登记处的建立和运作向各国提供迫切需要的指导。与会者指出，不建立一个高效的可供公众查询的担保权登记处，担保交易法改革就无法有效实施。与会者还强调，《贸易法委员会担保交易立法指南》（《担保交易指南》）未足够详细地讨论为确保顺利实施登记处而需要解决的各种法律、行政、基础设施和运作问题。<sup>5</sup>

委员会还商定，虽然案文的具体形式和结构可留给工作组决定，但案文可以：(a)包括原则、准则、评注、建议和示范条例；(b)借鉴《担保交易指南》、其他组织编写的案文和已采用与《担保交易指南》所建议登记处类似的担保权登记处的国家法律制度。经过讨论，委员会决定委托工作组编拟关于动产担保权登记的案文。<sup>6</sup>

工作组第十八届会议（2010年11月5日至10日，维也纳）审议了秘书处题为“动产担保权的登记”的说明（A/CN.9/WG.VI/WP.44及Add.1和2）。工作组从一开始就表示广泛支持关于动产担保权登记的案文，指出经验证据清楚地表明，担保交易法的效力取决于有效的登记制度（A/CN.9/714，第12段）。关于拟编拟案文的具体形式和结构，工作组采纳这样的工作设想，即该案文将成为有关动产担保权登记处实施和运作的指南，其中可列入原则、准则、评注并

<sup>1</sup> 《大会正式记录，第六十四届会议，补编第17号》（A/64/17），第313-320段。

<sup>2</sup> 同上。

<sup>3</sup> 关于座谈会的论文，见 [www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/3rdint.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/3rdint.html)。

<sup>4</sup> 同上，《第六十五届会议，补编第17号》（A/65/17），第264和273段。

<sup>5</sup> 同上，第265段。

<sup>6</sup> 同上，第266-267段。

视可能列入示范条例。工作组还一致认为，拟议登记处指南的案文应当与《担保交易指南》所设想的担保交易法律制度的类型保持一致，同时又要顾及各国与国际现代登记制度所采取的多种做法。还有与会者注意到，按照《担保交易指南》（见建议 54(j)项），拟议登记处指南应当考虑到需要顾及一种电子/纸质混合系统，即当事各方可以选择以电子或纸质形式提交登记和查询疑问的系统（A/CN.9/714，第 13 段）。会议请秘书处在工作组讨论和所得结论的基础上编拟拟议登记处指南草案（A/CN.9/714，第 11 段）。

工作组第十九届会议（2011 年 4 月 11 日至 15 日，纽约）审议了秘书处题为“担保权登记处指南草案”（A/CN.9/WG.VI/WP.46 及 Add.1 和 2）和“示范条例草案”（A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.3）的说明。工作组首先审议了拟编拟案文的形式和内容。一种观点认为，应当编写一份独立的指南，该指南由教育部分和实务部分组成，前者介绍《担保交易指南》所建议的担保交易法，后者包括登记示范条例及其评注（见 A/CN.9/719，第 13 段）。另一种观点认为，重点应放在登记示范条例及其评注上，从而就建立和运营普通担保权登记处方面需要处理的问题，给已经颁布《担保交易指南》所建议担保交易法的国家提供切实可行的建议（见 A/CN.9/719，第 14 段）。会上还就条例应当以示范条例的形式还是以建议的形式拟订发表了不同看法（A/CN.9/719，第 46 段）。工作组请秘书处编写修订本，以反映工作组的审议情况和决定（A/CN.9/714，第 12 段）。

委员会第四十四届会议（2011 年 6 月 27 日至 7 月 8 日，维也纳）审议了工作组第十八届会议和第十九届会议的报告（分别为 A/CN.9/714 和 A/CN.9/719）。在该届会议上，特别是从一些国家目前为建立普通担保权登记处所做努力以及这类登记处的运作对信贷供应和费用产生巨大的有益影响的角度，强调第六工作组的工作具有重要意义。关于拟编拟案文的形式和内容，指出按照《担保交易指南》所采取的做法，编拟的案文应当采取附有评注和建议的指南的形式，而非附有示范条例及其评注的案文的形式。在这方面，指出提交工作组的下一版案文在编拟时将暂不解决该问题，直到工作组作出决定。经过讨论，委员会商定，对工作组的任务授权无须作出修改，拟编拟案文的形式和内容将留待工作组决定，无论如何，一旦工作组完成工作并将案文提交委员会，委员会将作出最终决定。<sup>7</sup>

工作组第二十届会议（2011 年 12 月 12 日至 16 日，维也纳）以秘书处题为“担保权登记处指南草案”的说明（A/CN.9/WG.VI/WP.48 及 Add.1-3）为基础继续开展工作。在该届会议上，工作组商定，案文应采用附有评注和建议的指南形式（“登记处指南草案”），与《担保交易指南》大体一致。此外，工作组商定在登记处指南草案提供备选办法的地方，可在登记处指南草案的附件中列入示范条例举例（A/CN.9/740，第 18 段）。关于案文的编排，工作组商定登记处指南草案应采用单独、独立、全面的案文形式来编排，它将与《担保交易指南》相一致，暂订标题为“实施担保权登记处技术立法指南”（A/CN.9/740，第 30 段）。

<sup>7</sup> 同上，《第六十六届会议，补编第 17 号》（A/66/17），第 233 段。

工作组第二十一届会议（2012 年 5 月 14 日至 18 日，纽约）审议了秘书处题为“实施担保权登记处技术立法指南草案：附件一. 术语和建议”的说明（A/CN.9/WG.VI/WP.50 和 Add.1-2）。在该届会议上，工作组核准了登记处指南草案的术语和各项建议（A/CN.9/743，第 21 段）。此外，工作组商定应当最后完成登记处指南草案并提交委员会 2013 年第四十六届会议通过（A/CN.9/ 743，第 73 段）。

委员会第四十五届会议（2012 年 6 月 25 日至 7 月 6 日，纽约）审议了工作组第二十届会议和第二十一届会议的报告（分别为 A/CN.9/740 和 A/CN.9/743）。在该届会议上，委员会对工作组表示赞赏，并请工作组迅速推进工作，并努力完成工作，争取将登记处指南草案提交委员会 2013 年第四十六届会议最后核准和通过。<sup>8</sup>

[工作组注意：工作组似宜注意，将在工作组每次会议之后对前言加以更新，并在委员会 2013 年第四十六届会议通过登记处指南之后完成前言。]

## 导言

### A. 登记处指南草案的目的及其与《担保交易指南》的关系

1. 《贸易法委员会担保交易立法指南》（“《担保交易指南》”）处理应在现代担保交易法中处理的各类问题（《知识产权担保权补编》（“《补编》”）就知识产权担保权作了补充）。建立一个可供公众查询的登记处，登记可能存在动产担保权的相关信息，是《担保交易指南》以及该领域一般现代法律改革举措的一项基本特征。《担保交易指南》第四章载有关于担保权登记处所涉多方面问题的评注和建议。此外，《担保交易指南》第三章和第五章处理担保权的第三方效力和优先权相关问题。

2. 不过，《担保交易指南》第四章并未面面俱到地述及建立并运作一个有效和高效的担保权登记处所涉及的多种法律、技术、行政和运营问题。这与典型的立法起草做法相一致，这种做法是，适用于建立和运作登记处以及登记和查询程序的详细规则留待附属条例、部委准则等处理。因此，实施担保权登记处技术立法指南草案（“登记处指南草案”）试图通过较详细地处理这些问题而实施《担保交易指南》。

3. 首先应当强调，登记处指南草案的建议意在由已颁布大体上与《担保交易指南》各项建议相符的担保交易法的各国实施。因此，为理解登记处运作打算适用的法律框架，登记处指南草案的使用者应对《担保交易指南》所设想的担保交易法有基本了解。因此，登记处指南草案导言 E 节对《担保交易指南》所建议的担保交易制度作简要概述。登记处指南草案其他各章包括就《担保交易指南》所建议担保交易法中处理的事项提供的额外指导。不过，为了全面了解，应将登记处指南草案与《担保交易指南》结合起来阅读。

<sup>8</sup> 同上，《第六十七届会议，补编第 17 号》（A/67/17），第 99 段。

4. 已经建立《担保交易指南》所设想的那类普通担保权登记处的国家的经验表明，信息技术的进步能够大大提高这类登记处的运作效率。尤其在登记处设计和运作所涉技术方面，登记处指南草案借鉴了这些国家的先例。此外，登记处指南草案还获益于其他国际参考资料，包括下列参考资料：

- (a) 《亚洲开发银行的法律和政策改革——动产登记处指南》（2002 年）；
- (b) 《担保权公示：建立抵押权登记处的指导原则》，欧洲复兴开发银行（2004 年）；
- (c) 《担保权公示：制定抵押权登记处标准》，欧洲复兴开发银行（2005 年）；
- (d) 《欧洲私法的原则、定义和示范规则，共同参照基准草案》：第 6 卷，第九编（动产所有权担保），第 3 章（对抗第三方的效力），第 3 节（登记）（2010 年），由欧洲民法典研究小组和欧洲共同体私法研究小组（Acquis 小组）编拟；
- (e) 《美洲担保交易示范法》下的《登记处示范条例》，美洲国家组织（美洲组织）（2009 年）；
- (f) 《担保交易系统和抵押品登记处》，国际金融公司（世界银行集团）（2010 年）；
- (g) 《移动设备国际利益公约》（2001 年，开普敦）及其各项议定书，其中就建立国际登记处作出规定（这些登记处尽管以资产为基础，并且还涵盖担保交易以外的其他交易，但仍以通知为基础，经登记而确立第三方效力和优先权）。

5. 上文提及的国家、区域和国际参考资料在很大程度上与《担保交易指南》的建议相一致，但并不总是完全一致。登记处指南草案在适当时解释了采取《担保交易指南》所建议的做法相对于采取其他可能的做法的政策依据。

6. 登记处指南草案面向对设计和实施担保权登记处感兴趣或积极参与这些工作的所有各方，以及可能因登记处的建立和运作而受到影响或对其建立和运作感兴趣的各方，其中包括：

- (a) 实施《担保交易指南》各项建议特别是与建立担保权登记处相关建议的决策者；
- (b) 登记制度的设计人员，包括负责编拟详细设计计划和落实登记处硬件与软件要求的技术工作人员；
- (c) 登记处的管理人员和工作人员；
- (d) 登记处的客户，包括潜在的有担保债权人、信用报告机构、担保权设保人的其他债权人和设保人的破产管理人，以及权利可能受到担保权影响的所有其他人，如设保资产的潜在买受人；
- (e) 一般法律界（包括法官、仲裁员和执业律师）；

(f) 参与担保交易法改革和提供技术援助的所有各方，例如世界银行集团、欧洲复兴开发银行、亚行和美洲开发银行。

7. 这些潜在的读者并非都精通担保交易法的微妙之处，或者并非都接受过法律培训。因此，登记处指南草案使用“方便读者”的辅助工具以“平实的语言”拟订。

8. 登记处指南草案使用与《担保交易指南》所用术语保持一致的中性通用法律术语。因此，可以不费力地对其加以调整，以适应各国不同的法律传统和起草风格。登记处指南草案还以灵活的方式拟订，以便实施时在哪儿类规则必须纳入主要法律、哪儿类规则可以留待附属条例或者部委或其他行政准则处理方面适当地立法习惯。

## B. 术语和解释

9. 《担保交易指南》的术语和解释一节（见导言，B 节，第 20 段）也适用于登记处指南草案。登记处指南草案的术语也与《担保交易指南》各章对这些术语的详细阐释和对额外术语的解释相一致。

10. 例如，登记处指南草案使用“未来资产”一语时，如同《担保交易指南》所解释，指的是在达成担保权协议后产生的或设保人获得的资产（见《担保交易指南》，第一章，第 8 段；第二章，第 51 段；以及第五章，第 151 段）。

11. 不过，登记处指南草案对《担保交易指南》中某些术语和解释条文作了详细阐释，并引入下列额外术语：

### (a) 地址

“地址”系指：(一)包括街道地址和号码、城市、邮政编码和国家在内的有形地址；(二)邮政信箱号码、城市、邮政编码和国家；(三)电子地址；或(四)等同于(一)、(二)或(三)的别的地址。

### (b) 修订

“修订”系指对已登记通知中所载信息[由一个及唯一一个登记人或如果一个以上登记人的话由其中一些登记人]予以补充、删除或修改的行动及其结果。

[工作组注意：工作组似宜审议“修订”和“取消”两个术语中方括号内的案文，如下文第 12 段所解释，该案文意在有一个以上登记人情况下的修订和取消加以区分。]

12. 修订的实例包括：(a)延长或缩短通知的有效期（如果适用）；(b)添加或删除或修改有担保债权人或设保人的身份识别特征或地址；(c)添加或删除设保资产；(d)修改担保权可予强制执行的最高金额（如果适用）（关于修订的讨论，见 A/CN.9/WG.VI/WP.52/Add.2，第 47-50 段，以及 A/CN.9/WG.VI/WP.52/Add.4，第 1-22 段）。若干登记人之一删除信息的为修订。只有所有登记人删除所有信息才相当于取消（见下文“取消”一语）。

(c) “取消”系指对已登记通知中所载信息[由一个及唯一一个登记人或如果有一个以上登记人的话由所有登记人]删除已登记通知中所载所有信息的行动。

(d) 设保人

“设保人”系指通知中确定为设保人的人。

(e) 法律

“法律”系指管辖动产担保权的法律。

13. “管辖动产担保权的法律”系指以《担保交易指南》的建议为基础的法律。这是因为，登记处指南草案的建议只能由已颁布或准备颁布大体上与《担保交易指南》各项建议相符的担保交易法的各国实施。举例说，为了实施登记处指南草案的建议，国家可能需要具备或准备颁布一部担保交易法，就办理通知（而非文件）的登记作出规定，并将登记视作使担保权取得对抗第三方效力（而不包括设定担保权）的办法。

(f) 通知

“通知”系指书面（纸质或电子）通信，其中包括初始通知、修订通知或取消通知。

14. 《担保交易指南》使用“通知”一语意指广义的通信（即，其含义比在登记处指南草案中要宽泛）。因此，在《担保交易指南》中，该术语不仅涵盖向登记处传递信息所用的表格（或屏幕）（见《担保交易指南》，导言，B 节，“通知”，以及建议 54(b)项和 57），而且涵盖其他通信，如要求有担保债权人在强制执行其担保权背景下发送的与登记处无关的通知（见《担保交易指南》，建议 149-151）。《担保交易指南》第四章对登记背景下“通知”一语的含义作了补充，提及：(a) “通知中所载信息”或“通知的内容”（见《担保交易指南》，建议 54(d)项和 57）；(b) “登记处记录”，意指为登记处接受并且输入向公众公开的登记处数据库的所有通知中的信息（见《担保交易指南》，建议 70）。登记处指南草案使用“通知”一语仅取其狭义，更多地强调给登记处的纸质通信或电子通信所载的信息，而非通信媒介。因此，登记处指南草案中“通知”一词应从这个意义上理解。

(g) 登记人

“登记人”系指通知中确定为有担保债权人的人。

15. 登记人可以有担保债权人或其代表（见建议 57(a)项）。

(h) 登记官

“登记官”系指依照法律和条例而指定的负责监督和管理登记处运营的人。

(i) 登记

“登记”系指把通知中所载信息输入登记处数据库。

## (j) 登记号

“登记号”系指登记处分配给初始已登记通知并与该通知以及其后任何相关的修订通知或取消通知永久关联的独一无二的由字母和数字组成的身份识别特征。

## (k) 登记处记录

“登记处记录”系指储存在登记处数据库的所有已登记通知中的信息，既包括公开提供给查询人的信息，也包括档案中已取消通知中的信息。

16. “登记处记录”一语包括所有已登记通知，并非仅仅包括与指定设保人有关的通知。因此，提及登记处记录中一则通知时，提及“已登记通知”。

## (l) 条例

“条例”系指实施与登记处有关的法律条文的全部规则。

[工作组注意：工作组似宜审议，如果担保交易法在两部或多部法规中颁布（例如，一部处理所有实质性规则，另一部处理法律冲突规则，还有一部设立登记处），是否可以针对所有这些法规制定与登记有关的规则，作为附属立法颁布（例如，单独颁布的一个条例）。这样的话，“条例”一语的范围可能略微扩大，超出评注中所解释的建立登记处的案文。工作组还似宜审议，是否应当因“指定栏”一语的重要性而对其加以解释，例如，用大致如下措辞：“‘指定栏’系指登记处指定用来输入特定信息的通知中的具体位置。”]

## C. 高效登记处的关键目标和基本政策

17. 《担保交易指南》所讨论的有效和高效率的担保交易制度的关键目标和基本政策（见导言，D 节）也适用于高效担保权登记处的建立和运作。在这方面，尤其适用的包括：(a)通过规定在普通担保权登记处办理通知登记增强确定性和透明度的关键目标（见《担保交易指南》，导言，第 54 段，以及建议 1(f) 项）；以及(b)对担保交易和建立普通担保权登记处采取功能性的综合全面办法的基本政策（见《担保交易指南》，导言，第 62 和 66 段）。

18. 与《担保交易指南》的关键目标和基本政策相一致，登记处指南草案遵循下列总体原则：

(a) 法律效率：关于登记处服务包括登记和查询的法律和运作准则应当简单、明了和确定；

(b) 运作效率：登记处服务包括登记和查询，应当力求尽可能快捷、经济，同时确保输入登记处记录的信息具有安全性和可查询性；以及

(c) 平衡兼顾登记处所有用户的利益：登记处的法律和运作框架应当力求公平兼顾输入担保权登记处的信息的范围和规模以及能否提供该信息可能涉及其利益的所有人的利益，其中包括潜在设保人和有担保债权人、设保人的其他债权人和破产管理人以及其他潜在相竞求偿人，如设有担保权的资产的潜在买受人。



## D. 过渡问题

19. 《担保交易指南》详细讨论了实施其建议的国家似宜考虑的各种问题（见《担保交易指南》，导言，E 节）。这些建议包括与先前法律、立法办法和起草技术的统一，以及与颁布后的同化过程有关的问题。

20. 与先前法律的统一非常重要，因为基于《担保交易指南》各项建议的法律可能与先前的法律有很大差异。《担保交易指南》载有一套公平而高效的由先前法律向新法律过渡的建议（见《担保交易指南》，建议 228-234）。尤其是，这些建议述及两个重要的过渡问题，即新法律生效的日期（“生效日期”）和新法律在多大程度上适用于生效日期之前已经存在的交易或担保权。

21. 一般来说，《担保交易指南》建议，其中所设想的担保交易法适用于所有担保权，包括生效日期已经存在的担保权。不过，认识到有四种重要的例外情形。首先，先前法律适用于在生效日期之前启动的诉讼程序或解决争议的其他约束性程序所处理的事项（不过，在生效日期之前启动的庭外强制执行可以根据新法律继续进行，见《担保交易指南》，建议 229）。其次，由先前的法律确定是否已在生效日期之前设定了担保权（见《担保交易指南》，建议 230）。其三，担保权根据先前法律具有对抗第三方效力的，其对抗第三方效力保持到下列时间（以先发生者为准）：(a)根据先前法律该项担保权对抗第三方的效力终止时；(b)生效日期之后一段的法律规定期限届满时（“过渡期”）（见《担保交易指南》，建议 231）。根据这种办法，给予根据先前法律设定的担保权的持有人一段过渡期，以便遵守新的担保交易法的第三方效力要求。其四，下列情况下，担保权的优先权由先前的法律确定：(a)担保权和所有相竞求偿权均在生效日期之前产生；以及(b)自生效日期以来这些权利的优先权状况一概没有改变（见《担保交易指南》，建议 233）。

22. 《担保交易指南》所设想的新的普通担保权登记处将使所有现有有担保债权人能够迅速、简便和经济地保持其担保权的第三方效力和优先权地位。与先前法律相比，新的登记处也将使设保人能够更容易利用其资产的全部价值为信贷作保，因为只要每个有担保债权人的优先权地位都明确，设保人就能够相同资产上为不止一个有担保债权人设定担保权。

23. 如果颁布国已经建立了动产担保权登记处，则需要考虑额外的过渡问题。举例说，如果新的登记处意在涵盖以前属于现有登记处范围内的担保权，则颁布国或负责实施登记处的私营实体可以负责将现有记录中的信息移至新的登记处记录。不过，如上所述，《担保交易指南》建议，可以让有担保债权人承担转移的责任，给他们一个过渡期（例如一年），以便办理登记或以其他方式使担保权具备对抗第三方效力。后一种做法的使用在一些国家十分成功（特别是在此种“重新登记”免费的话）。如果选择这种做法，就应当在登记表格上留下空间或一栏，以便输入一则说明，即该登记是新登记处投入运营之前所作登记的延续（或转移）（关于此类过渡问题的更详细讨论，见《担保交易指南》第十一章）。

24. 考虑依据登记处指南草案实施登记处的各国也需要考虑立法办法和起草技术问题。登记处指南的某些建议重申或落实《担保交易指南》的建议，因为这些建议非常重要，或者因为这些建议与登记处的管理或技术设计有关。此类建议包括如下：8（见建议 55(b)项，和 54(d)项）；10(a)项（见建议 70）；11（见建议 69）；12（见建议 67）；13（见建议 68）；16（见建议 55(c)和(d)项）；21（见建议 57）；26(a)项（见建议 63）；27(a)项（见建议 58）；27(b)项（见建议 64）；27(c)项（见建议 65）；31（见建议 72）。其余建议纯粹述及登记的技术性事项。颁布国需要考虑，在担保交易法中、登记处条例中、从登记处使用的角度还是在所有这些案文或其中不止一个案文中处理所有这些问题。

25. 颁布国还需要考虑颁布后同化过程的问题，尤其需要设计旨在使潜在登记处用户熟悉登记处运作的方案。更具体而言，为确保登记处的顺利实施及潜在用户的积极使用，颁布国需要考虑委托实施小组制定教育与提高认识方案、分发宣传与解释材料并举办培训班。实施小组还应当编制在纸质登记表格和电子屏幕上填写信息的操作说明。

## **E. 担保交易法概述和登记的作用**

### **1. 综述**

26. 如已所述，普通担保权登记处并非存在于真空之中。它是《担保交易指南》所建议的担保交易制度不可分割的组成部分。因此，本章概要介绍该制度，尤其重点介绍登记的法律作用和后果。欲了解更详细信息，鼓励读者参阅《担保交易指南》。

### **2. 担保权的概念和功能**

27. 根据《担保交易指南》，担保权是通过协议创设、为还款或其他履约义务作保的对动产的财产权（对物权，不同于所有权和对人权）（见《担保交易指南》导言 B 节中“担保权”和“设保人”两个用语）。担保权的功能是使有担保债权人有权优先于设保人其他债权人的债权，对作为一种辅助还款来源而设有担保权的资产的价值提出主张，从而降低了不还款带来损失的风险。举例说，如果以设备作保而借款的企业未偿还贷款，对该设备享有担保权的有担保债权人便有权占有并处分该设备，用所得收益支付未偿余额。由于违约所致损失的风险有所降低，设保人获得信贷的机会就增加了，并且往往能够以更加优惠的条件获得信贷。

28. 《担保交易指南》对担保交易采取功能性的综合全面办法，以涵盖任何类别实质上起保证债务得以履行作用的动产财产权，而不论交易形式、设保资产类别、附担保债务的性质或当事各方的地位如何（见《担保交易指南》，第一章，第 101-102 段，以及建议 2 和 10 段）。因此，“担保权”概念并不限于各种法律制度传统上认可的各类指定担保手段，如质押、抵押或不转移占有的抵押。该概念还涵盖起担保作用的任何类别的财产权，包括所有权，例如为支付资产购置款作保的保留所有权权利、融资租赁权、为担保目的转移资产时受让

人的权利以及为担保目的转让应收款时受让人的权利（见《担保交易指南》，第一章，第 101-102 段，以及建议 2、8 和 9）。

29. 《担保交易指南》对担保权概念采取这种实质重于形式的做法，以确保直接当事方和受担保协议影响的任何第三方的合法权利服从同一套法律规则。《担保交易指南》建议，如果出于一般政策理由而认可例外情形（例如保护价值相对较低的消费资产的买受人），这些例外情形应当范围较窄，并在法律中明确规定（见《担保交易指南》，建议 4 和 7）。

### 3. 担保权的设定

30. 《担保交易指南》建议，应对担保权的设定（在设保人和有担保债权人之间生效）与其对抗第三方效力作出区分（见《担保交易指南》，第一章，第 1-7 段，第三章，第 6-8 段，以及建议 1(c)项、13 和 30）。这样做的主要理由是落实有效和高效担保交易法的关键目标之一，即通过将设定有关的手续保持在最低限度，使当事各方能够简单而高效地在其资产上设定担保权（见《担保交易指南》，建议 1(c)项和 13）。

31. 因此，《担保交易指南》载有意在实现这项目标的一些要素。其中建议：(a) 设保人和有担保债权人之间订立协议即可设定担保权；(b) 如果不同时将设保资产的实际占有转移给有担保债权人，协议应采取书面形式；(c) 要求的书面形式应当灵活，包括电子通信手段，只要求设保人签字；(d) 协议应反映当事各方设定担保权的意图、确定当事各方身份并对附担保债务和设保资产作出描述（见《担保交易指南》，建议 14 和 15）。

32. 由于无需转移设保资产的占有即可设定担保权，《担保交易指南》所设想的担保交易法使企业不仅可以以现有有形资产，而且可以无形和未来资产以及不断周转的资产作保，最有意义的包括应收款和库存品（见《担保交易指南》，第二章，第 49-70 段，以及建立 2 和 17）。根据《担保交易指南》的建议，未来资产上的担保权一旦设保人获取该资产上的权利即可设定（见《担保交易指南》，建议 13）。这种做法由于扩大了设保人能够用作担保的资产的范围而可能增加获取信贷的机会。《担保交易指南》的建议还确认，担保权可以担保任何种类的债务，包括未来债务和不确定债务（见《担保交易指南》，建议 16）。

33. 《担保交易指南》承认非占有式担保权还增加消费者获取信贷的机会，因为这样消费者设保人能够立即占有以担保信贷条件购置的资产。不过，《担保交易指南》注意到保护消费者和可能需要特殊保护的其他人的权利。因此，建议担保交易法不应影响消费者在消费者保护法下的权利，或者超越关于特定类别资产可否转移或设保的法定限制（见《担保交易指南》，第一章，第 10 和 11 段；第二章，第 56、57 和 107 段；建议 2(b)项和 18）。

34. 《担保交易指南》还确认，担保权自动延续至设保资产的任何收益（以及收益的收益），而无需具体的协议（见《担保交易指南》，建议 19）。这种做法是与当事各方的预期相一致的。如果担保权并不延及收益，则经授权的设保资产转让可能使担保权不能依赖这些资产为债务作保，或者大大降低此种能力。即

使担保权随附设保资产转入受让人手中，担保权延及收益也是有意义的，因为可以提供更多担保，尤其是在收益碰巧比设保资产更有价值的话（见《担保交易指南》，第二章，第 72-81 段。）

#### 4. 担保权的第三方效力

35. 根据《担保交易指南》的建议，一旦上述要求得到满足，担保权在当事各方之间即告生效。但是，除非担保权取得第三方效力的要求得到满足，并在得到满足之前，不得使用担保权对抗第三方在设保资产上取得的权利。作此区分的理由是确保由当事各方私下协议设定的担保权适当向可能因担保权的存在而受到不利影响的第三方公开。

36. 在普通担保权登记处办理通知登记是《担保交易指南》认可的实现担保权第三方效力的主要方法（见《担保交易指南》，建议 32）。虽然这是唯一可供所有类别设保资产采用的方法，但《担保交易指南》根据设保资产的类别也承认其他方法。

37. 首先，设保资产的占有权转移给有担保债权人或其代表视为对第三方的充分的实际通知，表明设保人在资产上的权利可能已被设保。因此，取消设保人的占有权可作为实现第三方效力的替代办法，前提是取消占有是实有其事（而非推定、虚假、视为或象征性取消占有；见《担保交易指南》，导言，B 节，“占有”，以及建议 37）。显然，这种实现第三方效力的方法仅可用于设保人目前拥有、并实际准备放弃占有的有形资产。

38. 其次，《担保交易指南》建议，设保资产是银行账户贷记款受付款或信用证收益收取权的，有担保债权人可选择通过取得设保资产的“控制权”实现第三方效力，取代在普通担保权登记处办理登记（见《担保交易指南》，导言，B 节，“控制权”，以及建议 103）。应当注意，在根据净额结算协议订立的金融合同以及外汇合同下或因这些合同产生的证券和受付款被排除在《担保交易指南》的范围之外（见《担保交易指南》，第一章，第 37-39 段，以及建议 4(c)至(e)项）。就这些资产而言，颁布国往往希望还规定实现第三方效力的替代办法。

39. 其三，《担保交易指南》可以适用于应当服从专门登记制度的各类财产上的担保权，如机动车辆、船舶、航空器和知识产权（见《担保交易指南》，第一章，第 32-36 段，以及建议 4(a)和(b)项）。《担保交易指南》适用于这些类别资产上的担保权时，建议在专门登记处办理登记视作实现对抗第三方效力的替代办法（见《担保交易指南》，建议 38）。

40. 其四，设保资产附加于或可能附加于不动产以致构成不动产组成部分的，《担保交易指南》建议设保资产担保权可通过在普通担保权登记处或在不动产登记处办理通知登记取得对抗第三方效力（见《担保交易指南》，建议 43）。应当指出，有效登记的资产描述要求可能视在何处办理通知登记而有所不同，因为两类登记处的登记编排方式有所不同。《担保交易指南》建议，在普通担保权登记处办理登记的通知中的设保资产描述允许合理识别该设保资产即已足够，因为该登记处中的通知并非按资产描述而是按设保人身份识别特征编排的（见

《担保交易指南》，建议 57(b)项)。相比之下，不动产登记处的登记一般是参照相关地块的具体身份识别特征来编排的。因此，用来识别被附加或将被附加担保资产的不动产的身份识别特征也需要纳入在不动产登记处办理登记的通知。

## 5. 担保权的优先权

### (a) 相竞担保权

41. 如果相同设保人在相同设保资产上设定的不止一项担保权均取得对抗第三方效力，就必须有一个优先权规则对相竞担保权进行排序（见《担保交易指南》，第三章，第 12-14 段）。相竞担保权均系通过登记取得对抗第三方效力的，优先权一般按照登记的顺序确定（见《担保交易指南》，建议 76(a)项）。相竞担保权均系通过登记以外的方式取得对抗第三方效力的，优先权一般按照取得第三方效力的顺序确定（见《担保交易指南》，建议 76(b)项）。如果通过登记以外的方式（例如通过交付占有权）取得对抗第三方效力的担保权与通过登记取得对抗第三方效力的担保权相竞争，优先权一般按照办理登记或取得对抗第三方效力（例如交付占有权）的相应顺序确定，以先发生者为准（见《担保交易指南》，建议 76(c)项）。

42. 虽然这些建议提供了基准规则，但是与《担保交易指南》所建议的内容大致类似的现代担保交易法总是承认一些例外情况，以促进其他商业做法和政策目标。下列各段摘要介绍《担保交易指南》所认可的主要例外情形。

43. 首先，《担保交易指南》承认给设保人购置有形资产（例如消费品、设备或库存品）或知识产权提供融资的有担保债权人享有特殊优先权（见《担保交易指南》，第十章，第 125-139 段，以及《补编》，第 181-183 段）。在《担保交易指南》所建议的取得这种特殊优先权的要求得到满足的前提下，“购置款担保权”就这些资产的价值而言优先于事先获取并办理登记或以其他方式取得对抗第三方效力的设保人在未来同类资产上的担保权。这种做法并不损害以前的有担保债权人，因为若没有新的融资，设保人将不能购置这些新资产（有担保债权人可以先订立担保协议、在登记处查询、等待较短时间然后再支付任何资金）。赋予购置款担保权以优先权也对设保人有利，这样就能让其利用多个来源的附担保信贷给新的购置融资。

44. 其次，通过占有权转移给有担保债权人而取得对抗第三方效力的资金和可转让票据或可转让单证上的担保权，优先于此此前通过登记取得对抗第三方效力的担保权（见《担保交易指南》，建议 101、102、108 和 109）。该例外情形基于维护这些类别资产在市场上的可自由转让性的政策。

45. 其三，设保资产是银行账户贷记款受付款或信用证收益收取权的，通过取得对设保资产的“控制权”而取得优先权的有担保债权人优先于此此前或此后通过办理登记取得第三方效力的担保权（见《担保交易指南》，导言，B 节，“控制权”，以及建议 103 和 107）。如上所述（见上文第 38 段），在根据净额结算协议订立的金融合同以及外汇合同下或因这些合同产生的证券和受付款被排除在

《担保交易指南》的范围之外（见《担保交易指南》，第一章，第 37-39 段，以及建议 4(c)至(e)项）。颁布国需要针对这些类别的资产颁布特殊的优先权规则。

46. 其四，在担保交易法适用于应当服从专门登记制度的各类动产上的担保权的情况下，如机动车辆、船舶、航空器和知识产权（见《担保交易指南》，第一章，第 32-36 段，以及建议 4(a)和(b)项），《担保交易指南》建议，通过在专门登记处办理登记取得对抗第三方效力的担保权优先于在普通登记处办理登记的担保权；两项担保权均在不动产登记处办理登记的，优先权按照登记顺序确定（见《担保交易指南》，建议 77 和 78）。这些规则意在维护专门登记处记录的准确性和完整性。

47. 其五，《担保交易指南》对涉及不动产附加物上相竞担保权之间的优先权竞争采取类似做法。具体而言，《担保交易指南》建议，在不动产登记处办理通知登记的担保权，优先于仅在普通担保权登记处办理通知登记的附加物担保权；附加物上或不动产上相竞担保权均在不动产登记处办理登记的，应按登记顺序确定优先权（见《担保交易指南》，建议 87 和 88）。这些规则意在维护不动产登记处记录的准确性和完整性。

---