



联合国国际贸易法委员会
第六工作组（担保权益）
第一届会议
2002年5月20日至24日，纽约

担保权益

担保交易立法指南草案

秘书长的报告

增编

目录

	段 次	页 次
担保交易立法指南草案	1-57	2
四. 设定	1-57	2
A. 总论	1-57	2
1. 导言	1-3	2
2. 担保权利的基本要素	4-34	2
a. 所担保的债务	5-16	2
b. 作保资产	17-29	4
c. 收益	30-34	6
3. 担保协议	35-46	7
a. 定义	35	7
b. 最低限度内容	36-38	7
c. 手续	39-43	7
d. 效力	44-46	8
4. 附加要求	47-54	8
a. 引言	47	8
b. 出押人的处分权	48-51	8
c. 移交占有权、发布公告和置于控制之下	52-54	9
B. 小结和建议	55-57	9



四. 设定

A. 总论

1. 引言

1. 由于本指南几乎完全讨论合同约定的担保权利（法定担保权利或司法担保权利只略微提及，例如在讨论优先权冲突时；见第十一章），本章概述设定担保权利的合同根据。由于单靠合同一般不足以设定有效的担保权利，本章还讨论一些附加要求（即占有权的转移、发布公告或控制）。在讨论担保协议（见 A.3 节）和设定有效担保权利的附加要求（见 A.4 节）之前，本指南概述这两者的两个基本要素，即所担保的债务（见 A.2.a 节）和作保资产（见 A.2.b 节）。

2. 从原则上说，所有权不允许若干所有人有等级之分，但与所有权不同的是，担保权利不存在这种独占性。对于同一笔资产，若干担保权利可以依次排列，因此是可以并存的。准许同一笔资产中若干担保权利并存，有利于出押人充分利用资产的经济价值。这种并存的条件是根据某种行为（例如，设定、发布公告或控制；关于排序的条件和效力，参见第七章）完成的时间排列各项担保权利的顺序。

3. 即使担保权利已有效地设定，其最重要的功能仍有可能无法履行，即确保在债务人破产时对有担保债权人的优先待遇。例如，如果担保权利的设定违反了破产法中关于破产程序启动前的嫌疑期内债务人处分财产无效的规定（详见第十章），就可以有出现此种情况。

2. 担保权利的基本要素

4. 担保通常附属于被担保的债务。这就是说，担保的有效性和条件取决于被担保债务的有效性和条件。特别是，担保的条件不能超过被担保债务的条件（但经当事人同意后可减少这些条件）。为了顾及要求担保相对于被担保的债务有些独立性的现代融资做法，对这一原则已略加限制（例如，周转信贷交易）。但是，这一原则仍然是担保信贷法的主要原则之一。

a. 所担保的债务

一. 限制

5. 在只对非占有性担保的具体种类作出法律规定的国家，附担保债务限于此种法规中列明的债务（例如，购车贷款或对农民的贷款）。

6. 在只对占有性担保权利或者也对非占有性担保权利实行通用制度的国家，不存在此种限制。但是，即使是在统一规则制度中，出于实际考虑可能也需要有一些功能上的区别（例如，对购贷款给予优先）。

7. 为了保证一致性和平等对待所有债务人和有担保的债权人，应当避免附担保债务出现功能上的区别。只有在出于特殊原因（特别是社会保护或经济严重失衡）认为有必要实行保护性制度时，才能实行或保持此种特别制度。必要时，无论如何都要由本国的立法者对特别制度作出具体规定，而不应对各种各样的债务都规定特别制度。

二. 债务的种类

(a) 金钱债务和非金钱债务

8. 同大多数国内法一样，本指南是以下述假设为依据的：在实践中，最重要的一类附担保债务是金钱债务。不过，也有要求为履行非金钱债务（如交付货物等）提供担保的情形。这一点为许多法域所接受，条件是到执行时附担保的非金钱债务可以转换为金钱债务。

(b) 金钱债务的种类

9. 从立法角度看，详尽无遗地列出可担保的金钱债务的潜在来源是不可能的。另外，这样做也不必要，因为就担保而言，法律来源无关紧要，除非存在着某种特别制度（例如，典当铺主放债）。作为示例列出的此种金钱债务一般都包括贷款和赊购货物所产生的债务。

(c) 未来债务

10. 现有债务是设定担保权利之前或设定担保权利的同时已产生的债务，为这种债务提供担保不会造成什么特殊问题。未来债务是担保权利设定后产生的债务，为这种债务提供担保有可能引起某些问题，但在经济上极为重要（例如，为循环贷款交易担保；见 A/CN.9/WP.2/Add.2，第 8-10 段）。如果信贷每次延期或增加额度都要求修改甚至重新设定相应的担保，那将给商务操作带来沉重的负担。

11. 为此，许多法域都承认对未来债务的担保。至于同担保权利附属特性原则（根据这一原则，担保权利的有效性和条件取决于被担保债务的有效性和条件）可能出现的不一致，不过是表面现象而非实质问题，这是因为，如果担保权的设定在先，那么它在被担保的债务实际出现之前没有任何效力。有些法域为了保护债务人而对未来债务实行限制。这样一来，债务人可能无法受助于某些交易，例如，那些与循环贷款融资有关的交易。

12. 后附加条件的债务是现有债务，因此，不会产生什么特殊问题。先附加条件的债务，通常作为未来债务处理（见第 10-11 段）。

(d) 一项债务、数项债务或总债务/最高限额

13. 在有些法系中，需对附担保债务的最高限额作出说明或规定。此种要求的假定是，这种说明或限额有利于债务人。但是，此种要求可能在无意中造成对信贷可获量的限制或信贷成本的增加。这就是为什么现代法律制度不要求作出具体说明而允许使用“总款额”条款或者起码不要确定附担保债务的最高限额的主要原因（见第 14 和 16 段）。有担保债权人要求的偿还额不能超出对其所欠的债务额，如果债务是完全担保的，还有可能向债务人提供更优惠的贷款条件。

(e) 债务的浮动额

14. 如上所述（见第 10 段），现代融资交易不再涉及一次性付款，而往往根据债务人的需要预先规定不同时间应付的预付款。这种融资可以通过经常帐户进行，帐上的余

额每日浮动。（根据担保附属性的原则），如果附担保债务的数额随每笔付出款减少，放款人将不乐于再预付款额，除非给予他们额外担保。对当事人的意图做出合理的解释，即可避免此种结果，这就要求按经常帐户余额的（浮动）数额确定附担保债务的数额，而不考虑中间出现的任何较低的最高限额。

(f) 外币

15. 附担保债务的数额可以用任何货币表示。偶尔也会发生难以转换成付款地、执行地或破产地货币的问题。这个问题不妨留给当事人协议解决，但需符合相关的法律。

三. 说明

16. 通常没有必要对每一项附担保债务作出具体说明（见第 13 段）。但是，只要有必要加以确定（例如，当有担保债权人执行时或债务人的另一债权人执行时），就必须根据或能够根据担保协议而确定附担保的债务及其数额。

b. 作保资产

一. 限制

17. 同某些种类附担保债务的特别制度一样（见第 5 段），关于某些种类非占有性担保权利的专门法律也可对可作保的资产种类作出限制。例如，不可作保的资产包括工资、养恤金和基本家用物品（当作其购买价款还款义务担保的情况除外）。

18. 在对此种制度无公共政策理由的情况下，以所有种类的资产设置担保权利都应当是可能的，并无有形资产或无形资产之分，其中包括获得付款的权利或要求其他方式履约的权利。即使是债务人对有担保债权人的金钱债权，也应能够当作担保。

二. 未来资产（包括事后取得的资产）

19. 未来资产能否作保的问题具有极大的实际意义。对“未来”一词，赋予了广泛的含义，包括订立担保协议时业已存在但并不属于债务人（或债务人无法处分）的资产，也包括截至该时甚至还不存在的资产。

20. 在有些国家，当事人可以协商以债务人未来资产设置担保权利。资产的处分是就现在而言的，只有当债务人成为资产的所有人或以其他方式获得资产的处分权时，资产的处分才发生效力。大会 2001 年 12 月 12 日通过的《联合国国际贸易应收款转让公约》（“转让公约”）采取的就是这种办法（见第 8(2) 和第 2(a) 条）。

21. 对于循环贷款交易，这一点特别重要（见第 10 段）。可适用此种办法的典型资产是依其本质而言有待出售和更换的存货以及可以以新换旧的应收款。此种办法的主要优点是，一项担保协议足以可以一系列与担保协议描述相符的资产设置担保。否则，就必须不断地设定新的担保权利，致使交易成本增加。如果是以债务人将来生产的或债务人将从另一人获得的单项资产设置担保，也可适用同样的办法。

22. 对比之下，其他许多法域不允许以未来资产设置担保。这是以财产法的技术概念为部分依据的。另一理由是，担心如果允许对未来资产的广泛处分，将会过分加重债务人财产的负担，不利于债务人从其他来源获得额外担保信贷（见第 26 段）。另外，

债务人的无担保债权人债权获得清偿的可能性会大大减少。

23. 各方的不同利益是难以适当平衡的，如果法律制度还包括非商业交易，就更加困难。就商业交易而言，如果因为今后有可能产生难以确定的不良后果而完全禁用债务人的未来资产作抵押，可能有些过分。可取的做法或许是只在有可能产生严重后果时才作出限制（例如，与无担保债权人发生冲突）。这种困境一旦真的出现，最好的解决办法莫过于将之作为优先权问题处理（见第七章）。

三. 未具体指明的资产

24. 某些种类的资产，特别是设备，是稳定资产，不能经常处分和更换。因此，对这些资产可以单独指明和列明。对其他种类的资产则无法这样做，特别是存货，其次是应收款。许多国家对这些情形（以及其他相当的情形）制定了规则，使当事人能够在合同中指明用这种资产作抵押，以构成有效处分的先决条件，即使其中的具体实物改换（资产被处分或经常更换）亦如此。具体指明是一般要求，可以从单项转为总和，而总和接下来又必须具体指明。例如，就应收款而言，是可使用“首字母 A 到 G 的所有债务人”的提法加以指明。就存货而言，充分的指明方法可以是“存放在债务人营业所 A 室的所有资产”。

25. 在有些法律制度中，甚至采用提及一切现有和未来资产的说明方法即足矣。而在有些法律制度中，则不允许消费者，甚至也不允许个体小商贩使用总资产担保。

26. 与总资产担保有关但又有所区别的是过量担保问题，即担保的价值大大超过所担保的债务数额。根据担保权利附属性原则，债务人不会受损，因为有担保债权人实际获得或索偿的债权额不可能超过其附担保的债权额加上利息和各种费用（可能还需加上损失赔偿费）。但问题是，过量的担保是否会套牢债务人的资产。在允许用同一笔资产向等级不同的数位债权人出具担保的法律制度中，可能不会出现这个问题。在情况可能并非如此的法律制度中，处理过量担保问题的办法是，由当事人根据附担保债务的数额确定最高限额，必要时还可减少担保数额，使之与附担保债权的数额相当。

27. 有些国家对“企业抵押”形式的总资产担保制度作了规定。其中一类抵押是小企业抵押，基本上限于商标、客户关系或知识产权之类的无形资产（见非洲商法统一组织《统一法》第 69 条）。鉴于其范围有限，此种抵押的意义有限。

28. 对比之下，大企业抵押作为一种担保形式在采用这种抵押的国家起着重要的作用。大企业抵押可以包括企业的所有动产，不分有形或无形资产，但也可以限于企业的可分割部分。这种抵押不包括受另一套制度管辖的不动产。由于企业抵押不同于不动产抵押，务必对如何处理可能用作此种抵押的定着物作出说明。

29. 大型企业抵押相当于可对债务人的全部资产设定担保的制度。此种担保的一个有趣的方面是，不仅在债务人破产时，而且在有些国家，甚至在有担保债权人执行债务时和另一债权人执行债务时都可为企业指定管理人。指定管理人有助于避免清算，并促进企业重组，对债权人、员工和整个经济都有好处。这种特点并非企业抵押特有，担保权利和债务的执行一般来说也可考虑。不过，迄今为止，企业抵押制度化或许是实现这一想法的最佳途径。

c. 收益

一. 定义

30. 在抵押资产所担保的债务尚未清偿期间处分这些资产（出租或为其发放许可证），债务人可为此而收到现金或其他有形或无形财产。许多法律制度中将此种受付称为担保物的“收益”。在有些情况下，原始抵押资产可产生收益，债务人可由此出售、交换或以其他方式处分这些收益而换回其他财产。这样的收益叫作“收益的孳息”。

31. 在另一些情况下，即使没有发生交易，抵押资产也可产生其他财产。这种在某些法律制度中叫作“民事收益”或“天然孳息”的资产包括当作担保的金融资产的利息或股息、保险收益、新生的动物和作物的果实，等等。有些法律制度则不区分由债务人的交易产生的收益孳息的这些种类。

二. 债权人权利的性质和范围

32. 只要是债务人通过交易或其他方式取得对原始抵押资产之收益的权利，就会产生两个问题，而任何管辖担保权利的法律制度都必须处理这两个问题。第一个问题是，对于在产生收益的交易中由债务人转移的抵押资产债权人是否保留其中设置的任何担保权利（关于这个问题的讨论，见第…段）。

33. 第二个问题涉及债权人对收益的权利。管辖担保权利的法律制度应当对下述问题提供明确的答案：

- (一) 债权人是否对收益享有求偿权；
- (二) 此种求偿权产生的情形；
- (三) 此种求偿权的（专属或对人）性质和范围；
- (四) 财产必须在何种程度上“可被认定”为收益才能产生对收益的权利；
- (五) 如何处理原始抵押资产与其他财产混合或被纳入其中的情形，特别是有担保债权人的权利相对于其他可能对此财产也有权益的当事人的相对优先性；
- (六) 即使未在当事人之间的协议中作出规定，此种求偿权是否产生；
- (七) 是否应当按处理抵押资产的初始收益的方式处理“收益的孳息”。

34. 对收益享有权利的根据是，如果债权人不能取得对原始抵押资产的收益的权利，担保权利作为信贷来源的价值就会减少。另一方面，准许有担保债权人对抵押资产的收益享有所有权，可能造成那些对原始抵押资产的收益拥有担保权利的当事人的合法预期落空，起码是在没有为此种权利规定公布制度的法律制度中是如此。在此种公布制度已预先规定而且为解决所有优先权冲突的全面办法提供了依据的法律制度中，这个问题不会产生严重的困难，至少是在已经制定了追查收益的明确规则时不会产生严重问题。

3. 担保协议

a. 定义

35. 担保协议是债权人与债务人或构成担保权利的（或其中构成因素之一的）第三方担保提供人之间的协议。担保协议有别于对未来资产设定担保的协议（例如，向债务人提供信贷）。只有担保协议才会产生所有权后果（关于所有权的其他要求，见 A.4 节）。

b. 最低限度内容

36. 法规中经常为保护当事人而提出担保协议的最低限度内容，不提供规定的最低限度内容，通常会导致担保归于无效。最低限度内容可包括：

- (一) 当事人身份的认定；
- (二) 说明所担保的债务；
- (三) 说明作保资产；
- (四) 出押人的手写或电子签名；
- (五) 协议日期，除非已通过登记确定了日期。

37. 即使是在法律未具体规定此种最低限度内容的法域，一项担保协议也会因其中缺少上文提到的要件之一而归于无效。

38. 当事人通常为澄清其关系而谈判订立额外条款。从立法观点来看，最好是制订缺省规则，以备当事人之间未有具体协议（关于事前缺省规则的效力，见第八章；关于事后缺省规则的效力，见第九和十章）。

c. 手续

一. 书面

39. 为了增强担保协议当事人权利及第三方当事人权利的确定性，许多法律制度规定担保协议须用书面文件作成才属有效。特别是如果允许使用现代通信手段，书面形式要求不一定会产生时间和费用问题。对于某些交易，特别是占有性质押，这种要求可能是不必要的，因为第三方已经因债务人不再占有而得到某种程度的保护。

二. 附加手段

40. 有些法律制度要求由公共当局认证占有性质押的日期，但小额贷款除外，因为对小额贷款甚至准许由证人来证明。此种认证的好处是，它有助于避免虚构日期，不过这是一种既费钱又费时的过程。

41. 有些法律制度则对各类非占有性担保要求有认证日期或经核证的担保协议（例如，见非洲商法统一组织《统一法》第 65、70、94 和 101 条）。虽然就避免日期作弊而言认证对非占有性担保更重要，但是，如果发布公告是对第三人生效（或享有优先权）的一个条件，则不必认证（见第五和六章）。

42. 在允许企业抵押的法律制度中（见第 27-29 段），可能要求提供书面文件，甚至是公证书或等价的法院证明或其他文件。显然此种要求似乎过于苛刻，但为了便于执行也不无道理。

43. 本着节省时间和费用的原则，手续应当尽量从简。对于非占有性担保权利来说，简单的书面通信（包括现代通信手段）足矣。对于企业抵押或担保协议构成充分执行权的情形，可能应考虑使用更加正式的文件。

d. 效力

44. 除非另有协议，担保协议一俟订立即在当事人之间生效。是否需要额外步骤，因国而异。即使是在同一个法域，答案也会因担保权利的种类不同而相异。另外，对于由此产生何种所有权效力的问题，并无统一的解决办法。

45. 在许多法律制度中，财产权只是那些能够向一切人提出的权利，在这些法律制度中，单凭担保协议不足以设定担保权利。在其他一些区分当事人之间的所有权和对于第三人的所有权的法律制度中，担保协议是设定担保权利的充分条件，但是，如果出现竞合索偿要求，首先满足附加要求的索偿人有优先权。在这两类法律制度中，除了担保协议外还要有移交占有权、发布公告或置于控制之下等行为。在有些国家，对于保留和移交所有权的安排，此条规则有一些例外情形。

46. 对于要求移交占有权的情形，通过附加协议象征性地移交（定金或保金）即为满足要求，这种协议是把债权人的间接占有附加在债务人的直接占有之上（无要式契约占有）。这种做法适用于这样一些情形，拿赊帐销售或出租来说，在偿清价款或租金之前，卖主或出租人保留所有权。卖主或出租人保留所有权，通常是指当付清购货款并偿清任何附加担保债务时，所有权转归买主。在把所有权的保留纳入统一的综合担保权利的国家，则采用另一种做法。所有权按普通规则移交给买主，但卖主仍保留担保权利，以保证购货款得到偿付（或附加债务得到清偿）。

4. 附加要求

a. 引言

47. 如上文所述（见第 45 段），在许多法律制度中，单凭订立有效的担保协议尚不足以设定有效和有作用力的担保权利。通常必须满足附加要求后，担保权利才能对第三人具有效力（或对竞合索偿人拥有优先权）。在不承认所有权效力只限于担保协议当事人的国家，不先满足附加要求，不存在任何所有权效力。

b. 出押人的处分权

48. 出押人（通常是债务人，某些特殊情况下是第三人）必须有设定担保的权利。在有些法律制度中，出押人必须是所抵押资产的所有权人。在有些法律制度中，出押人即使不是所有权人，但只要有权处分资产，也就足矣。至于未来资产，条件是出押人将成为资产的所有权人或在将来某个时间取得处分权。

49. 出押人如果无权处分资产，就会出现受保债权人是否仍能在诚信的基础上取得担保的问题。在有些法律制度中，如果主观诚信附有客观要素作为支持，债权人可以取得担保权利。这些要素包括：债权人必须或即将向债务人提供信贷；出押人已登记作

为所有权人，或持有并向债权人移交占有权。

50. 关于这个问题的法律经常涉及合同限制对处分权的有效性和效力这一相关问题。有些国家首先考虑保护债务人处分资产的自由，特别是在受保债权人不了解限制条款的情况下。转让公约采取了类似的做法，支持为商业之便转让债权。根据该公约第 9 条，即使存在合同上对转让的限制，转让依然有效，仅仅知悉限制的存在，不足以取消产生所转让债权的合同。当事人可在已达成对其有利的禁止质押或禁止转让条款的情况下，不受限制地要求订约对方赔偿违反限制性合同条款的损失，但此种债权须在公约以外的法律范围内。不过，不得以抵消方式对受让人提出这种债权（见第 18 条第 3 款）。

51. 这种做法有利于提供附担保信贷，因为它免除了债权人为查明债权的转让是否被禁止或是否有附加条件而必须审查产生所转让债权的合同。否则，放款人不得不审查可能是非常大量的合同，不但耗费钱财，甚至还可能做不到（例如，未来债权即属于此种情形）。

c. 移交占有权、发布公告和置于控制之下

52. 产生所有权效力（或确立对竞合索偿人的优先权）的方法因国而异，即使是在本国范围内也会有差异，需视所涉及的担保种类而定。设定对一切人都有效力的担保权利，有三种主要方法（不过，如上文所述，有些国家区分对当事人之间具有所有权效力和对第三人具有所有权效力的情形）。

一. 移交占有权

53. 占有性质押可经由协议和向债权人移交资产占有权而设定。占有权必须移交给受保债权人或通常担任债权人代理人的经商定的第三人并始终由其保留该占有权。另一种则是象征性移交占有权（见第 46 段），但在承认非占有性质押的法系中无此必要。占有权还可以通过移交流通票据或单据的方式移交，必要时可根据有关流通票据的规则加上背书。

二. 发布公告或置于控制之下

54. 除了担保协议足以设定担保权利的情形之外，凡设定非占有性担保权利以及担保权利对第三方有效（或对竞合索偿人有优先权），均要求采用某种公布或控制形式。发布公告或置于控制之下，可能还是对第三方具有效力或取得优先权的一项条件（关于发布公告的形式、功能和效力、详见第五和六章）。

B. 小结和建议

55. 在现代担保信贷法律中，各类债务都应能够担保，包括未来债务，各类资产也都应能作保，包括债务人无法处分的资产或设定担保权时尚不存在的资产。

[工作组注意：工作组应考虑是否应对这条规则提出任何例外情形。另外，工作组还应考虑允许用任何债务人——不论是商业债务人还是整个企业——的全部资产作保的制度的相对利弊。]

56. 对于有担保的债权人，还应当赋予易于认定的收益的权利。

[工作组注意：工作组应考虑用益权的性质和范围。以下是要特别处理的问题：用益权是一种对人权还是一种财产权；相对于竞合索偿人的权利来说，用益权是否具有同抵押资产的担保权一样的优先权；用益权是否包括收益的孳息。]

57. 担保协议应以书面形式作成，其中包括现代通信手段。担保协议应指明各方当事人并合理地说明用作抵押的资产和所担保的债务。

[工作组注意：工作组还应考虑是否对书面形式规定提出任何例外情形。工作组还应考虑担保协议最低限度内容的附加要素，以及担保协议的效力和构成担保权利的任何附加要求。]