



联合国国际贸易法委员会  
第六工作组（担保权益）  
第二届会议  
2002年12月17日至20日，维也纳

## 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 .....	1-75	1
四. 设定 .....	1-75	2
A. 总论 .....	1-70	2
1. 导言 .....	1-3	2
2. 担保权的基本要素 .....	4-47	2
a. 所担保的债务 .....	4-15	2
b. 拟设押的资产 .....	16-35	5
c. 收益 .....	36-47	8
3. 担保协议 .....	48-60	10
a. 定义和作用 .....	48-50	10
b. 当事方 .....	51	11
c. 最低限度内容 .....	52-53	11
d. 手续 .....	54-58	11
e. 效力 .....	59-60	12
4. 所有权要求 .....	61-70	12
a. 所有权或处分权 .....	61-65	12
b. 移交占有权、控制、通知、公示 .....	66-70	13
B. 小结和建议 .....	71-75	14

\* 由于需要完成协商和随后的修正案，本文件的提交因此比规定的会议开幕前十周提交晚了四周。



## 四. 设定

### A. 总论

#### 1. 导言

1. 本章论述与据以设定担保权的合同依据有关的问题（法定担保权或司法担保权仅在讨论优先权冲突时提及；见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7，第 33-39 段）。由于仅凭当事方协议往往不足以设定担保权，所以本章还讨论一些附加的所有权要求，如转移占有权、通知、公示或控制。在论述有关担保协议的问题（见 A.3 节）和设定有效担保权所需的附加要求（见 A.4 节）之前，本指南先概述这两者的两个基本要素，即所担保的债务（见 A.2.a 节）和所设押的资产（见 A.2.b 节）。

2. 签订担保协议的时间或完成附加行为的时间对于排列在同一资产上设置的担保权的顺序具有重要意义（关于排序的条件和效力，见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7）。所有权原则上不允许对若干所有者进行排序，而担保权则不同，在同一笔资产上，若干担保权可以依次排列，因此是可以并存的。同一笔资产上若干担保权并存有利于债务人或其他出押人充分利用资产的经济价值。

3. 即使担保权已有效设定，也有可能无法实现其最重要的功能，即确保在债务人破产时的优先权。例如，如果担保权的设定违反了破产法中关于禁止在破产程序启动前的嫌疑期内进行优惠转让的规定，或者违反了有关欺诈性转让的法律（详见 A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5），就可能出现这种情况。

#### 2. 担保权的基本要素

##### a. 所担保的债务

###### 一. 担保和被担保的债务之间的联系

4. 担保权从属于或依附于被担保的债务。这就是说，担保协议的有效性和条件取决于生成被担保债务的协议的有效性和条件。特别是，担保权的条件（如债权数额）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）。为了顾及现代融资做法（如循环贷款便利），被担保的债务不必具体说明，而是可以包括未来债务和浮动债务（见第 9-15 段）。在担保权不含保留所有权的国家，担保权的从属性原则不管辖以所有权为基础的担保权（见 A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2，第 29-42 段）。在这种情况下，债权人的地位比较牢靠，因为不必为了强制执行其债权而证明附担保债务的未偿还金额。然而，债务人可以要求债权人退还所取得的超出债务人负债的任何多余部分。

## 二. 限制

5. 在一些国家，非占有性担保可能仅涉及立法中所述的特定种类债务（如购车贷款或对农民的贷款）。在仅对占有性担保权或者也对非占有性担保权实行通用制度的其他国家，则不存在此种限制。这种综合性办法具有把担保融资的主要好处（即以较低的成本获得更多的信贷机会）扩大到广泛一系列交易当事人的潜在可能性。如果对担保债务不作出这种限制或区别，这一办法还可以加强确定性。

6. 为了确保确定性、一致性以及平等对待所有债务人和有担保债权人，应当尽可能避免那些分别适用于各类不同债务的特别制度。如果由于特别的社会经济原因必须采用这种特别制度，应当由本国的立法者对特别制度作出具体规定，而不是规定其适用于广泛的各类债务。例如，这种具体的制度可涉及以保留所有权为担保方式的购货款付款债务，这种债务一般由于供货商或其他购货款信贷对经济的重要性而享有优先权（见 A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2，第 36 段和 A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5，第 12 段）。

## 三. 债务的种类

### (a) 金钱债务和非金钱债务

7. 仿效大多数国内法的做法，本指南所设想的制度以实践中最重要的一类附担保债务是金钱债务这一假设为基础。与此同时，指南也考虑到得到广泛承认的允许为非金钱债务的履行（如交付货物）提供担保的必要性。然而，为了可以对设押资产进行强制执行，非金钱债务到执行时应当可以转化为金钱债务。

### (b) 金钱债务的种类

8. 在立法中列出可担保的金钱债务的潜在种类既无可能，也没有必要。存在着广泛的一系列潜在来源，但无论如何，法律来源无关紧要，除非对具体类型债务（如典当铺主放债）上的担保权规定了特别的制度。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（包括库存和设备）所产生的债务。

### (c) 未来债务

9. 关于“现有”债务和“未来”债务之间的区别，各法律制度的规定可能各不相同。在一些法律制度中，如果债务尚未到期，那就是未来债务。在另外一些法律制度中，如果引起债务的合同在资产被转让或被设押之时尚未签订，则该债务就是未来债务（见《联合国国际贸易应收款转让公约》（“联合国转让公约”第 5(b)条；）。前一种做法旨在加强确定性和对债务人的保护，而后一种做法从整个经济的角度出发，旨在确认有关未来债务的交易的法律效力。这种为未来债务提供担保的交易在经济上具有十分重要的意义（如循环贷款交易；见 A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1，第 21-23 段）。如果信贷每次延期或增加额

度都要求修改或甚至重新设定相应的担保权，则可能对信贷的供应和成本带来不利的影响。

10. 为此，现代法律制度都承认对未来债务的担保。至于与担保权从属性原则（见第 4 段）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，虽然可以事先设定担保权，但担保权只能在被担保债务实际出现时才能得到强制执行。在一些法域，为了保护债务人，防止其过度负债，规定了未来债务可以得到担保的最高限额。这种做法可能的不利之处在于，债务人可能无法受益于某些交易，如循环贷款便利（另见第 13 段）。

11. 附加条件在后的债务是现有债务，因此，不会引起什么特殊问题。附加条件在前的债务，通常作为未来债务处理（见第 9-10 段）。

#### 四. 说明

##### (a) 概述

12. 虽然通常没有必要对每一项附担保债务作出具体说明，但只要有必要对附担保债务加以确定，就必须或必须能够根据担保协议加以确定。例如，当有担保债权人强制执行时或债务人的另一债权人执行时，就必须进行这种确定。

##### (b) 最高限额

13. 在一些法律制度中，当事人必须具体说明其协议中附担保债务的情况或者为之确定一个最高限额。此种要求的假定是，这种说明或限额有利于债务人，因为将可保护债务人，防止其过度负债，而且债务人还可以选择从另一方当事人处获得额外的信贷。然而，这种要求可能在无意中造成限制可获得的信贷额，从而增加信贷的成本。这就是为什么许多法律制度都不要求作出具体说明而允许使用“全额度”条款或者起码不确定附担保债务最高限额的主要原因（另见第 10 和第 14 段）。这一做法所依据的假定是，有担保债权人要求的偿还额不能超出其所欠的债务额，而且如果债务是充分担保的，那么即有可能向债务人提供更优惠的贷款条件（另见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5，第 35-37 段和 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.6，第 11-12 段）。

##### (c) 浮动数额

14. 如上所述（见第 9 段和 A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1，第 21-23 段），现代融资交易往往不再涉及一次性付款，而通常是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，帐上的余额则每日浮动。如果（根据担保的从属性原则），附担保债务的数额随每笔还款减少，放款人将不乐于再预付款额，除非给予他们额外担保。因此，法律应当确认对未来预付款的担保权的效力。

## (f) 外币金额

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。这一问题不妨留给当事人协议解决。然而，从确定性的角度考虑，有关担保交易的法律应当规定，在没有协议的情况下，附担保债务额应当转换成本国货币。

## b. 拟设押的资产

### 一. 担保权的客体

16. 担保权的客体是由债务人或（在第三方提供担保情况下）出押人对设押资产（包括未来资产；见第 61 段）所持的所有权（权属）。在以应收款设立的担保权情况下，设押作保的是出押人对应收款的所有权。然而，也有可能以使用权或租赁权等有限的所有权设押作保。在这种情况下，有担保债权人的权利限度与设押作保的使用权或租赁权一样，并服从于所有权人的上位权利。

### 二. 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的专门法律对可以作为担保的资产种类作出了限制。例如，完全不可设押作保或者只有遵守限制条件（如不可设押作保的最低价值）才可设押作保的资产可以包括工资、养恤金和基本家用物品（但作为购买价付款义务担保的除外）。

18. 在此种特别制度不含公共政策理由的情况下，以所有种类的资产设定担保权都应当是可能的，并无有形资产或无形资产之分，如应收款和其他权利，其中包括债务人反向而对有担保债权人的债权。

### 三. 未来资产

19. 未来资产能否设押的问题具有极大的实际意义。“未来”一词包括订立担保协议时已经存在但不属于债务人（或债务人无法处分）的资产，也包括当时甚至还不存在的资产。在两种情况下，都假定该资产可以设押作保。

20. 在许多国家，当事人可以约定以债务人未来资产设置担保权。资产的处分是就现在而言的，但只有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。《联合国转让公约》就采取了这种办法（见第 8(2)条和第 2(a)条）。

21. 允许利用未来资产作为信贷的担保对于以循环的集合资产而为循环贷款交易（见第 9-10 段）产生的债权提供担保尤其重要。可适用此种办法的典型资产包括本质上即属于有待出售和补换的存货以及收帐后新帐代替旧帐的应收款。

此种办法的主要优点是，一项担保协议即可涵盖符合担保协议所述的非固定不变的集合资产。否则，必须不断地设定新的担保权，致使交易成本增加。

22. 在一些国家，未来资产不得作为担保。这一做法在某种程度上是以物权法的严谨概念为依据的（不存在的东西是不能用来转让或设押作保的）。另一理由是，担心如果允许对未来资产的广泛处分，可能会在无意之中导致过度负债以及使债务人过分依赖一个债权人，不利于债务人从其他来源获得额外担保信贷（见第 26 段）。不允许对未来资产设定担保权的另一个理由是，债务人的无担保债权人的债权获得清偿的可能性会大大减少。

23. 不应当援引物权法的严谨概念对满足利用未来资产作为获得信贷担保的实际需求设置障碍。此外，企业债务人可以保护他们自己的权益，并不需要对未来资产可否转让作出法定限制。而且，无担保债权人可以通过适当的优先权规则得到保护。例如，这种规则可以规定，如果拥有以债务人所有资产作保的担保权的有担保债权人与无担保债权人之间出现优先权冲突，可以从债务人的资产中拨出一定部分用于清偿无担保债权人的债权（见第 26 和第 32 段，以及 A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5，第 26-28 段）。

#### 四. 未具体指明的资产

24. 某些种类的资产，特别是设备，属于稳定资产，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。然而，对其他种类的资产，特别是存货，其次是应收款，则无法这样具体指明。为了解决这一问题，许多国家已经制定了规则，允许当事人对拟设押作保的资产只作笼统的描述。一般所要求的具体指明，则从单项转为总和，而总和接下来又需具体指明。例如，就应收款而言，是可以使用“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（如“无论我现在拥有还是以后取得的所有资产”）。在其中一些法律制度中，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超额担保问题，在担保物价值大大超过所担保的债务数额的情况下就会出现这一情况。虽然有担保债权人的索偿款不可能超过其附担保的债权额加上利息和各种费用（可能还需加上损害赔偿），但超额担保也会产生问题。债务人资产的设押程度可能使得债务人难以甚至无法从另一位债权人那里获得二级担保。此外，债务人的无担保债权人的执行可能受到妨碍或者甚至变得更加困难。以所有权为基础的担保权提出了同样的问题。一些国家的法院找到了一个解决办法是，宣布任何超额的担保无效，或者准予债务人关于解除这种超额担保的请求（见第 23 和第 32 段，以及 A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5，第 26-28 段）。这一解决办法在实践中是可行的，但条件是要向有担保债权人提供在商业上充分的保证金。

## 五. 企业抵押和浮动押记

27. 在一些国家，总资产担保采取企业抵押或浮动押记的形式。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. 相比之下，大企业抵押作为一种担保形式在一些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，但也可以限于企业各可分割部分。这种抵押通常不包括由另一套制度管辖的不动产（关于定着物，见第 34-35 段）。

29. 企业抵押最重要的方面是债务人企业在正常经营的过程中有权处分其设押资产，而所设定的担保则自动附设在资产经处分后取而代之的收益上。在大多数法律制度中，这种处分设押资产的权力在不影响担保权的情况下是允许的。然而，在一些法律制度中，债务人处分设押资产尽管得到债权人的授权，也被视为与担保权不合的概念。在其中一些法律制度中，法院发明了一种“浮动”押记的概念，这种押记只不过是一种准予债务人企业在正常经营过程中处分资产的潜在的财产权。自债务人不履行义务时起，则禁止处分，此时，浮动押记“固定化”而成为充分有效的“固定”押记。

30. 大企业抵押的一个引人注目的好处是，在有担保债权人强制执行债务时，以及在另一债权人执行债务时，都可以为企业指定一个管理人。这有助于避免清算，并促进企业重组，对债权人、员工和整个经济都有好处。然而，在实践中，有担保债权人指定的管理人可能会偏袒有担保债权人。如果由法院或其他当局指定管理人，可以在一定程度上减少这种问题的发生。

31. 然而，大企业抵押在实践中也有其他不利之处。一个不利之处是该有担保债权人通常即是或者成为该企业主要的甚至唯一的信贷提供者。虽然并不一定排除更优惠条件的另一信贷提供者的竞争，但这种情况从原则上讲是不可取的。另一个不利之处是，在实践中，担保权人常常不去充分监督该企业的经营活动，也不去积极参加重组程序，因为该抵押权人得到了充分的担保。

32. 为了平衡抵押权人过度强势的地位，可以准许债务人企业关于解除严重超额担保的请求（见第 26 段），也可以仿效一些国家的榜样，考虑在债务人企业破产时推后抵押权人的优先顺序（见第 23 和第 26 段，以及 A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5，第 26-28 段）。

33. 现代担保交易制度允许以商业负责人（无论法人还是自然人）的所有资产进行担保，因而不必保留“企业抵押”或“浮动押记”的特别设置或术语。重要的是保留这些手段的功能特征。这意味着可以用债务人的所有资产设定非占有性担保权，并可以赋予债务人在正常经营过程中处分设押资产的权利。

[工作组注意：工作组似宜考虑，在强制执行以债务人所有资产作保的担保权情况下，是否可以由法院或其他当局指定管理人。]

#### 四. 定着物

34. 定着物，是附着于不动产的动产，尤其是设备。这种附着引起的问题是，定着物是继续受关于动产的法律支配（并保留对定着物的权利），还是应当受有关不动产的法律支配（并消灭对定着物的权利）。在许多国家，不易分离的定着物或附着物受关于不动产的法律支配，而原先对这种定着物或附着物的任何权利都可能被消灭（这种权利人是否有权得到补偿是另一个问题）。判断定着物是否容易分离的标准是诸如技术难度或（相比定着物价值）的成本。

35. 在上述国家，如果定着物和不动产分别由不同的人所拥有，易于与所附着的不动产相分离的定着物不受不动产权利的支配。这一规则适用于保留定着物（比较典型的是设备）所有权的供货商，并且应当适用于就设押资产提供购货款的其他有担保债权人（“有担保的购货款债权人”）。否则，有担保的购货款债权人的权利就会被剥夺，而不动产的所有人或抵押权人则会不当得利。如果可以在地产登记簿中注明关于这种定着物的保留所有权安排——许多国家已经开始这样实行，上述做法就不会导致使第三方的合法期望权益落空。

[工作组注意：工作组似宜把在地产登记簿中定着物权利的登记权扩大到定着物购货款的担保权人。这一做法既可防止债权人在定着物上设定的担保权“被剥夺”，也可防止不动产抵押权人不当得利。]

#### c. 收益

##### 一. 导言

36. 在设押资产所担保的债务尚未清偿期间处分设押资产（或加以出租或为其发放许可证）时，债务人一般可为此而收到现金、有形资产（如货物或流通票据）或无形资产（如应收款或其他权利）。许多法律制度中将此种现金或其他有形或无形资产称为设押资产的“收益”。在有些情况下，当债务人出售、交换或以其他方式处分原始设押资产产生的收益以换取其他财产时，原始设押财产的收益即产生出其他收益。这种收益被称作“收益的孳息”。

37. 在另一些情况下，即使没有发生交易，设押资产也可以为债务人产生其他财产。设押资产以这种方式产生的财产在一些法律制度中被称作“法定孳息”或“天然孳息”。例如，这种财产可以包括金融资产的利息或红利、保险收益、新出生的动物和果实或作物。

38. 在一些法律制度中，对法定或天然孳息和收益作了明确的区分，实行不同的规则。收益难以查明和需要保护第三方对收益的权利常常被援引为证明这一做法正当的理由。其他法律制度并不区分法定或天然孳息和收益，而是对之适用同样的规则。难以对法定或天然孳息和收益作出区分，以及法定和天然孳息和收益均产生于或代替设押资产或可能影响设押资产的价值，都是所提到的证明这一做法合理的理由。



39. 关于担保权的法律制度都必须解决收益和法定或天然孳息（以下除非具体指明，均合称“收益”）方面两个不同的问题。第一个问题是，如果在产生收益的交易中设押资产从债务人转移给另一人，有担保债权人是否仍保留其担保权（关于这一问题的讨论，见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7，第 26-32 段）。

40. 第二个问题涉及债权人对收益的权利。关于担保权的法律制度应当对许多问题提供明确的答案（见第 41-47 段）。

## 二. 存在的对收益享有的权利

41. 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，那么其对设押资产的权利就有可能由于对这些资产的处分而落空或被削减。如果在设押资产被转让给另一人时担保权被消灭，就无法充分地保护有担保债权人不受违约的影响，因而担保权作为信贷来源的价值也会减少。这一结果会对获得信贷的机会和成本产生不利的影响，即使原始设押资产上的担保权在原始设押资产被处分后仍然存在，也会是同样的结果。产生这一结果的原因在于设押资产的转让可能增加查找和占有设押资产的难度，增加强制执行的成本和降低其价值。

## 三. 可能引起对收益享有权利的情形

42. 对收益的权利一般产生于设押资产被处分（或加以出租或为其发放许可证）的情况下。在把法定或天然孳息作为收益看待的法律制度中，即使设押资产没有经过任何交易，对这类收益的权利也可能产生（如由于股票而产生的股息）。

## 四. 对收益的权利所具有的属人性或所有权性质

43. 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人的效力。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作为原始设押资产而取得以这些收益设置的担保权的当事方合法期望权益落空。然而，在担保权必须登记备案的法律制度中，这一问题可以比较容易地得到处理。在这种法律体制度中，潜在的融资人事先得到关于其潜在的借款人资产上（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措施追查收益情况。

## 五. 收益的查明范围和时间

44. [工作组似宜讨论由设押资产所产生的收益必须明确查明的范围和时间]。

## 六. 追查与其他资产混合的收益

45. [工作组似宜讨论对已与其他资产混合的收益进行追查的问题]。

## 七. 对收益的权利的依据

46. 在有些法律制度中，法律通过无相反约定情况下所适用的缺省规则，把担保权扩大到设押资产的收益和收益的收益。在有些法律制度中，（由于第 43 段提到的原因，）则并不存在这种对收益的法定权利，但当事人可以用所有各类财产进行担保。例如，在这种法律制度中，当事人可以自由约定以库存、应收款、流通票据、有价证券和现金设置担保。这样，所有这些资产都成为原始设押资产而不是收益。在其中一些法律制度中，当事人可以通过约定把某些准担保权（例如保留所有权）扩大到收益（见 A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2，第 34-42 段，以及 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7，第 51-59 段）。

## 八. 收益的收益

47. 如果对设押资产的收益享有权利，该权利就应当及于收益的收益。如果在收益为另一种形式时有担保债权人失去对收益的权利，该有担保债权人将会遭受到与对收益没有任何权利的情形同样的信贷风险（见第 41 段）。

## 3. 担保协议

### a. 定义和作用

48. 债权人和债务人之间的担保协议，或者在第三方提供担保的情况下，和出押人之间的担保协议，是担保权的构成要素之一。大多数但并非所有国家都要求完成附加行为（见 A.4 节）。在一些国家，担保协议加上附加行为就可以产生出对所有当事人的所有权效力。在这些国家，诸如保留所有权安排这种准担保手段，在有关协议甚至是口头协议的订立之时，即对所有任何人产生所有权效力。在其他国家，担保协议只在当事方之间具有所有权效力，对第三方的效力需要完成附加行为。

49. 应当把担保协议与关于今后设定担保的协议（如在向债务人提供信贷的情况下）区分开来。这种协议创设了一种设定担保权的义务，但不产生所有权后果。

50. 担保协议有好几项作用。第一，在大陆法系国家，它是向债权人赋予担保权的法律依据。第二，担保协议确立了担保权与附担保债权之间的联系。第三，担保协议一般规范债务人（或第三方当事人）作为出押人赋予设押资产上设置的担保权而与有担保债权人之间的关系（关于违约前权利，见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8；关于违约后权利，见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9 和 A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5）。担保协议虽然可能是一项单独的协议，但常常包括在债务人与债权人之间主融资合同或其他类似的合同（如赊销货物合同）内。

## b. 当事方

51. 在大多数情况下，担保协议是在债务人作为出押人赋予担保权而与作为被担保方的债权人之间签订的。偶尔，如果第三方为债务人提供担保，该第三方而不是债务人则成为协议的当事方。在若干债权人提供巨额贷款的情况下（尤其是在银团贷款的情况下），可能是由第三方作为债权人的代理人或受托人持有担保权。这些可能的变化概不影响担保协议的实质内容。

## c. 最低限度内容

52. 担保协议应当指明当事人的身份并对设押资产所担保的债务作出合理的说明。无论立法是否把这些内容列为担保协议的最低限度内容，担保协议中若不涉及这些内容，都可能导致担保无效，除非缺少的要件可以通过其他手段加以确定。

53. 当事人可以在担保协议中阐明额外的事项，如占有设押资产一方的照管义务。在不存在具体协议的情况下，可适用缺省规则阐明当事人之间的关系（关于违约前问题，见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8；关于违约后问题，见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9 和 A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5）。

## d. 手续

### 一. 书面形式和相关要求

54. 各法律制度对形式要求及其作用规定各异。尤其是在书面形式方面，一些法律制度根本不要求采用书面形式，而另一些法律制度则要求有简单的书面材料、经签字的书面材料甚至经过公证的书面材料或等同的法院或其他文件（如同企业抵押的情况一样）。一般来说，书面形式所起的作用是警告当事人注意其协议的法律后果，作为协议的凭证和保护第三方当事人不受以欺诈手段将担保协议日期提前的影响。

55. 书面形式还可以是对当事人之间有效（或在产生所有权效力意义上的生效）的一个条件，或是作为可对第三方强制执行的一个条件，或作为竞合求偿人之间优先权的一个条件。书面形式还可以是在强制执行、执行或破产情况下作为占有设押资产或援引担保协议的一个条件。

56. 有些法律制度要求由政府机构认证占有性质押的日期，但小额贷款除外，甚至准许由证人来证明。虽然这种认证可以解决以欺诈手段将日期提前的问题，但也可能增加交易的时间和费用。

57. 在另外一些法律制度中，对各类非占有性担保都要求担保协议有经认证的日期或核证（例如，见非洲商法统一组织《统一法》第 65、70、94 和 101 条）。至少在一个国家要求进行这种认证，而不是以登记形式公示。然而，如果必须进行登记，可能就不要求对担保协议日期进行额外的认证。

58. 为了节省时间和费用，必须把强制的形式要求保持在最低限度。书面形式似乎没有必要作为担保协议在当事方之间有效（或在产生所有权效力意义上的生效）的一个条件。然而，关于第三方，至少就非占有性担保权而言，书面的担保协议可发挥用处作为凭证，并防止以欺诈手段将日期提前。（不需要双方当事人签字并包括现代通信手段的）简单书面材料应当足矣。就企业抵押或担保协议可以作为奉命执行的充分授权的情况而言（见第 55 段），可能需要有较正式的文件。或者，在这种情况下，可能不要求采取书面形式，但有担保债权人必须承担确定担保协议内容和日期的责任。

#### e. 效力

59. 在一些国家，只有产权是可以对所有当事人主张的权利。在这些国家，充分有效的担保只是在签订担保协议和完成一项额外的步骤（移交占有权、通知、登记或控制；见第 61-70 段）时才能成立。有两种例外情况。在一些国家，保留所有权条款在含有该条款的销售协议签订时对第三方有效。另一项例外涉及应收款通过担保方式转让，这种转让在一些国家即使没有债务人的应收款通知也充分有效。

60. 其他国家则区分在担保协议当事方之间的所有权效力和对第三方的所有权效力。在这些国家，担保在担保协议（书面）签订之时即已成立，但只在签约当事方之间成立。担保若对第三方产生效力，必须采取一项额外步骤（见第 61-70 段）。

### 4. 所有权要求

#### a. 所有权或处分权

61. 在大多数法律制度中，担保的出押人（通常是债务人，但也可能是第三方）必须是设押资产的所有权人（见第 16 段）。在另外一些法律制度中，只要出押人有权处分资产（但不是所有权）即可。关于未来资产，条件是出押人在未来某个时候将成为资产的所有权人或取得处分权（见第 19-23 段）。

62. 如果出押人不拥有所有权或处分资产的权力，就会出现有担保债权人是否仍能在诚信的基础上取得担保权的问题。在一些法律制度中，如果主观诚信有所有权客观标记佐证，债权人就可以取得担保权。这些要素包括的情形有：债权人已经或准备向债务人提供信贷，或出押人已经登记作为设押资产的所有权人，或持有这些资产并向债权人移交占有权。

63. 关于这个问题的法律经常涉及合同的限制对处分权是否有效和具有效力这一相关问题。一些国家为了保护限制处分权协议的一方或另一方的利益而赋予这种限制以效力。在其他国家，对处分权的合同限制则不赋予效力或只赋予有限的效力，以便保护出押人的处分自由，特别是在取得资产的人不知道合同限制的情况下。

64. 《联合国转让公约》为了支持应收款债权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。根据公约第 9 条，即使转让人和债务人之间关于转让商定了合同限制，转让也依然有效。仅仅受让人知悉限制的存在不足以取消产生所转让应收款的合同。这一规定的效力受两个方面的限制。第一，该规定的适用限于广义的贸易应收款；第二，合同限制在转让人和债务人之间有效，而且债务人可以不受限制地向转让人提出违约损害赔偿，如果这种债权根据公约以外的任何法律存在的话。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）。

65. 这种做法有利于应收款融资交易，因为它免除了受让人（即有担保债权人）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的的责任。否则，放款人将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，未来应收款即属于此种情形）。

## **b. 移交占有权、控制、通知、公示**

66. 如何对第三方产生所有权效力，以及在允许对同一资产上若干担保权按等级排序的法律制度中，如何确立对竞合求偿人的优先权，所采用的方法根据国家的不同而有所差异，即使在各国内部也有所差异，需视所涉及的担保权类型而定。设定对一切人有效（并且对竞合求偿人享有优先权）的担保权，有四种主要方法。

### **一. 移交占有权**

67. 占有性质押类型的担保权通过协议和向债权人或商定作为债权人代理人的第三方移交资产占有权而设定。在为了担保目的而转移所有权的情况下，可以通过另外签订一项保证金或担保协议向债权人象征性移交占有权。这种协议在债务人的直接占有权之上附加债权人的间接占有权。如果是流通票据，还可以根据有关流通票据的规则通过交付而转移占有权，在必要时加上背书。

### **二. 控制**

68. 在某些无形资产上（如银行帐户）设置担保权是通过协议和转移控制权而设定的。控制可以采取象征性占有的形式（如银行享有债务人以其在银行的帐户设置的担保权）。控制也可以反映在处分权上（如有担保债权人可以根据与债务人的协议无须债务人进一步同意而处分债务人的帐户）。

### **三. 通知**

69. 以应收款设置担保权可以通过协议和通知应收款债务人的方式设定。这种通知被视为公示行为。然而，通知可能并不是十分有效的公布转让的方式，因为通知可能无法进行（如在转让未来应收款的情况下）或者成本很高（如在涉

及若干债务人的批量转让情况下），或者债务人不能向有利害关系的第三方提供任何资料或准确的数据。

#### 四. 公示

70. 尤其是在有形资产和无形资产上设定非占有性担保权的情况下，可能需要某种形式的公示。这种公示可以采取担保协议登记的形式，并且具有创设效力。公示也可以采取登记一定数量数据的形式，所起的作用是警告第三方注意可能存在担保权，并且作为在竞合求偿人之间确立优先权的依据（关于公示的形式、作用和效力，详见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5 和 Add.6）。

#### B. 小结和建议

71. 在现代担保信贷法律中，各类债务都应当能够得到担保，其中包括未来债务和浮动数额的债务。各类资产也应当能够用来提供担保，其中包括债务人可能并不拥有或无权处分或者在担保权设定时并不存在的资产。

[工作组注意：工作组似宜考虑是否对这些规则作出任何例外规定。此外，工作组还似宜考虑允许用债务人全部资产设押的制度的相对利弊。]

72. 对于有担保债权人，还应当赋予其对易于认定的收益的权利。

[工作组注意：工作组似宜考虑对收益享有的权利的性质和范围（见第 36-47 段）。]

73. 从原则上讲，设定非占有性担保权的担保协议应当采用书面形式，而占有性担保权则不必采用书面形式。书面形式应当包括现代通信方式并且不必双方签字，但其中应当列明当事人的身份并且对设押资产和所担保的债务加以合理的说明。如果不需要任何手续，被担保的债权人应当负有对担保协议的条件和担保的设定日期进行举证义务。

[工作组注意：工作组还似宜考虑是否对书面形式规则作出进一步的例外规定。]

74. 设定占有性担保权必须要有被担保债权人和债务人（或其他出押人）之间的协议，并且向被担保债权人或商定的第三方移交设押资产的占有权。

75. 协议（书面形式；见第 72 段）和某种额外的步骤（控制、通知或公示）应当足以设定非占有性担保权。

[工作组注意：工作组似宜考虑是否对这项一般规则作出任何例外规定。工作组还似宜考虑是否区分在当事方之间有效的担保权和对所有第三方有效的担保权。]