



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
五、担保权对抗第三方的效力	1-130	3
A. 一般性意见	1-105	3
1. 导言	1-24	3
(a) 第三方效力要求的目的	1-2	3
(b) 设定与第三方效力之间的区别	3-5	3
(c) “第三方”的含义	6-11	4
(d) 第三方效力与优先权之间的关系	12-14	6
(e) 取得第三方效力的方法概览	15-21	6
(f) 本章摘要	22-24	8
2. 在一般担保权登记处登记	25-42	8
(a) 概述	25-29	8

* 本说明未按规定在会前十周提交，而是在会前九周提交，因为需要完成磋商和最后审定相应的修订。



(b) 登记与担保权设定互不相干.....	30-32	9
(c) 登记不足以产生第三方效力.....	33-36	10
(d) 登记系统扩展至其他交易	37-42	11
3. 占有	43-61	12
(a) 概述.....	43-48	12
(b) 法律确认的占有并不够	49-50	14
(c) 第三方占有	51-57	14
(d) 占有权不适用于无形资产	58	16
(e) 占有足以达到强制执行目的.....	59-61	16
4. 在专门登记处登记或在产权证上加注.....	62-71	17
(a) 概述.....	62-63	17
(b) 在专门动产登记处登记	64-68	17
(c) 在产权证上加注.....	69-71	19
5. 收益上担保权自动具有第三方效力.....	72-78	19
6. 附加物上担保权的第三方效力	79-86	22
(a) 概述.....	79-80	22
(b) 动产附加物	81-82	22
(c) 不动产附加物.....	83-84	23
(d) 必须在专门登记处登记的动产附加物	85	23
(e) 登记处的协调.....	86	24
7. 混集物或制成物的担保权自动取得第三方效力.....	87-94	24
8. 在资产或设保人的所在地变更之后担保权继续具有第三方效力.....	95-98	26
9. 第三方效力继续留存和断失.....	99-105	27
B. 特定资产的建议.....	106-130	28
1. 在为应收款、可转让票据或其他任何无形资产付款作保的对人权或对物 权上担保权的第三方效力.....	106-113	28
2. 银行账户贷记款受付款上担保权的第三方效力.....	114-120	30
3. 独立保证下收益上担保权的第三方效力	121-125	32
4. 可转让单证上或可转让单证所涵盖货物上担保权的第三方效力.....	126-130	33
C. 建议.....		34

五、担保权对抗第三方的效力

A. 一般性意见

1. 导言

(a) 第三方效力要求的目的

1. 在一些国家，动产的担保权在担保协议缔结之后马上在各当事人之间生效并具有对抗第三方的效力，不需要采取任何进一步行动。这种办法的好处就是简单。但是，这并没有给潜在的有担保债权人提供一种可靠手段，以核查设保人占有的资产是否已经设保。此外，如果设保人未经有担保债权人的授权，将担保资产出卖给或将该资产的占有权转让给不知悉该资产受到担保权约束而购买该资产（或对该资产取得占有权）的买受人（有时是质押人），有担保债权人会发现其担保权失效。这种结果可能对信贷的获得和成本产生不利影响。

2. 因此，要使担保权充分有效，许多国家要求采取一个补充步骤。这个补充步骤旨在提供某种公告形式，让人知悉设保人的资产中实际存在着担保权（在某些情况下仅仅是可能存在）。这种行为的实例包括将担保资产的占有权转让给有担保债权人和在公共登记处登记一则通知。这类行动在几个方面有助于提高担保借贷制度的效率和效力。首先，这类行动使得有担保债权人能够在取得担保权之前确定设保人的资产是否已经设保。其次，因为它们告诫设保人的债权人和其他第三方担保权的存在，因此没有必要制订特别规则来保护第三方免受“秘密”担保权的影响。再次，这类行动为有担保债权人与竞合求偿人之间的优先次序提供了一种界定的动态时序（欲知“竞合求偿人”和“有担保债权人”的定义，见A/CN.9/631/Add.1，第19段）。

(b) 设定与第三方效力之间的区别

3. 在要求采取此类补充行动的国家中，某些国家将其视为担保权具有效力的前提条件，即使在当事双方之间也是如此。本文的观点是，鉴于取得担保的核心目的是获得对设保人和第三方可以强制执行的权利，所以在各当事方之间的效力与第三方效力之间做出区别没有什么用处。在其他国家，要求采取补充步骤，只是为了使担保权具有对抗第三方的效力。这种办法基于以下观点：鉴于要求采取补充步骤主要是为了排定有担保债权人与竞合求偿人之间的权利的优先次序，所以，这种行动成为有担保债权人有权执行其根据担保协议和担保交易法律对抗设保人的权利的前提条件，是没有任何理由的（欲知“担保协议”的定义，见A/CN.9/631/Add.1，第19段）。

4. 许多担保交易法律在近期实现了现代化的国家采用了第二种办法。在基本上不承认财产权“在当事人之间”的效力与“普遍适用”效力之间的区别的国家，采用这种办法可能会产生某些概念问题。例如，大多数国家不承认只能在各当事方之间设定质押。尽管如此，本指南中的办法即使在那些国家也不完全是新的。它只是包含合意主义的含义，现在大多数国家将其作为销售法律的一部分，已经进入了担保权领域。此外，如果补充步骤只是登记，则有关重订“财产”协议如抵押品的担忧并不适用，因为在这种情况下，设保人始终在占有担保资产。最后，没有在“在当事人之间”的效力与“普遍适用”效力之间做出区别，为设定担保权增添了一道额外手续，而没有对设保人或担保债权人产生任何补偿和好处（见 A/CN.9/631/Add.1，第 143 至第 147 段）。

5. 为了促进高效率的担保信贷，本指南建议采取以下办法：在设定担保权（在当事各方之间的效力）所需的步骤与取得第三方效力所必需的步骤之间做出区别。一旦第四章（见 A/CN.9/631/Add.1）所涉及的担保权的设定条件得到满足，担保权在设保人和有担保债权人之间便具有效力（见 A/CN.9/631，建议 31）。但是，为了使担保权对第三方产生影响，本章所涉及的第三方效力要求也必须得到满足（见 A/CN.9/631，建议 30）。

(c) “第三方”的含义

6. 尽管确定谁是担保协议的当事人（即设保人和有担保债权人）一般并不困难，但是，界定谁将被视为“第三方”却比较复杂。实际上，各国在对待第三方类别时采用了截然不同的办法，即除非采取了要求采取的补充步骤，否则，担保权对第三方不具有效力。在某些国家，在采取补充步骤之前，担保权不具有对抗第三方的效力，无论它们具有什么身份。其他国家采取了第二种限制性更强的办法。推定担保权在设定时就具有对抗第三方的效力，但是，如果在其权利产生之前没有采取完全生效所需的补充步骤，具体规定的那类竞合求偿人可以使该效力失效（见 A/CN.9/631/Add.1，第 143 至第 147 段）。

7. 在采用限制性更强的办法的国家，要求采取补充步骤只是为了产生对抗有担保债权人和担保资产受让人的效力。对于设保人的无担保债权人和破产管理人，担保权在设定时便充分有效。在这类“第三方”之间做出区别所基于的观点是，担保权通知应该仅与以下这种债权人有关：假设他们根据设保人的未设保所有权获得了担保权或者购买或者以其他方式赋予价值。例如，无担保债权人假设并没有依靠设保人的资产是否有担保权，因为在无担保基础上提供信贷这种行为本身，就意味着随后可能获取设保人资产上的担保权的有担保债权人知情接受了从属风险。

8. 尽管如此，有几种理由可以解释为什么在高效率的担保交易制度中，对无担保债权人、判决胜诉债权人和破产管理人的权利采用这种办法并不完全合适。首先，尽管无担保债权人做决定的基础是设保人的总体财务状况，但是否有担保权也可能成为评估所依据的因素之一，也可能被无担保债权人依靠其服务的信贷报告机构所依赖。其次，要求及时公开登记或者采取某些同样的补充步骤，减轻了以下这种风险：据称的担保权是破产设保人与优先债权人为了使其他无担保债权人的求偿权失效所做的共谋安排。第三，这使得判决胜诉债权人能够在进行昂贵的强制性行动之前确定设保人的资产是否已经设保。它还降低了破产程序的成本，为破产管理人提供了高效率手段以弄清破产设保人的哪些资产已经设保。最后，发现其担保权因干预判决执行或破产程序而失效这一风险，为有担保债权人提供了一种具有重要意义的激励办法，使其担保权能够及时地充分生效。

9. 某些国家一般保护后继的有担保债权人或受让人的权利，通过采取规定的补充步骤，担保权并不具有对抗它们的效力，但这些国家规定了一种例外情况，这些后继的有担保债权人或买受人取得这些权利，实际上知悉先前担保权的存在。同样，也有几种理由解释为什么这种限制并不完全适合高效率的担保交易制度。首先，高效率制度的一个重要目标是在排定担保资产的竞合权利顺序时提供一种优先的（即先于缔结担保协议和提供信贷）确定性。取决于针对具体情况的事后诉讼的优先规则不利于这一目标。其次，仅仅知悉先前担保协议的存在并不暗示后继的有担保债权人有恶意。如果先前有担保债权人没有采取必要步骤使其担保权具有充分的对抗第三方效力，则后继债权人完全有理由假定它默认了从属风险。第三，要想确定另一方当事人是否知悉以及知悉的精确程度，便提出了难以解决的证明问题。

10. 某些国家也拒绝保护担保资产的后继受赠人，其理论根据是，在根据定义为其担保权提供了价值的有担保债权人与没有为其提供这种价值的受赠人之间，有担保债权人应该得到保护。由于与上段刚刚讨论的那些理由相似的理由，这种限制也不完全适合担保借贷制度的效率。在确定担保资产的受让人的地位时，进行事后诉讼则有悖于实现优先确定性和可预见性的目标。此外，即使受赠人的地位没有争议，受赠人也完全可以依据资产未设保状况而改变其立场（例如，通过为另一个债权人设定担保权）。

11. 上文讨论了采取不同办法，以确定某些类别的竞合求偿人是否应该：（一）从属于甚至未取得对抗第三方效力的担保权，或（二）甚至比后来取得了对抗第三方效力的担保权还拥有优先权，有关的讨论表明，这种区别基本上不利于担保交易制度的高效率、透明度和可预见性。由于这一原因，本指南建议采用上文提出的第一种办法（见 A/CN.9/631，建议 30）。在满足第三方效力的条件之前，担

保权对于第三方取得的担保资产的干预权利是无效的，无论竞合求偿人属于哪种类型。

(d) 第三方效力与优先权之间的关系

12. 取得第三方效力本身并没有解决优先权问题，尽管它的确产生了某些优先权结果，因为还没有取得对抗第三方效力的担保权虽已设定也不能对抗同一担保资产的竞合求偿人的权利。但是，在其权利都取得了第三方效力的竞合求偿人之间，要求遵守补充规则。正如第七章所详细说明的（见 A/CN.9/631/Add.4，第[...]段），优先权取决于担保权与其竞争的权利的性质和状况。例如，如果数种担保权都取得了对抗第三方的效力，则有必要在竞合担保权本身之间排定顺序。

13. 此外，每个国家的优先权概念都不一样。某些国家采取的立场是，优先权仅针对设保人资产的竞合有担保和无担保债权人的权利。其他竞合求偿人，如受让人和承租人的权利，则通过援用管制转让人的所有权性质的规则来确定。其他国家的优先权概念更加宽泛、更加实用。竞合求偿人之间的每次冲突都属于优先权纠纷。每当担保交易制度认为，就第三方效力而言，在不同类型的求偿人之间不应该做出任何区别时，这种处理优先权的办法就比较常见。

14. 本指南采用了后一种第三方效力概念，它还采用了更为宽泛的优先权概念。换言之，即使第三方效力和优先权属于截然不同的概念，但由于第七章阐述的各种优先权规则以相关术语来表述优先权，所以在评估第三方效力提供的保护程度和取得第三方效力的具体方法时，将这些优先权规则考虑在内至关重要。例如，本章认识到，一旦第三方效力要求得到了满足，担保权甚至在后继受让人掌握的资产中也会继续留存（见 A/CN.9/631，建议 32）。但是，有担保债权人追续该资产的权利（*droit de suite*）并不是绝对的。依据第七章所涉及的优先权规则，一项设保的有形资产的买受人在设保人正常营业过程中转让的可转让单证及票据的持有人一般都没有担保权，即使其具有对抗第三方的效力（见 A/CN.9/631，建议 85 至 87）。

(e) 取得第三方效力的方法概览

15. 在历史上，各国对于制订和协调取得第三方效力的不同方法很少给予关注。缺乏关注可以追溯到普遍禁止动产上的非占有式担保权（动产不宜接受抵押），或者追溯到动产上的非占有式担保权在对抗第三方时普遍不可强制执行。在这些国家，质押是唯一可以利用的担保工具，设保人放弃占有所起的作用既构成质押，又起到第三方效力所必需的公示功能。但是，随着经济的发展，质押的局限性越来越明显。商业设保人通常希望继续占有其商业资产，所以必须制订某些替代的

占有办法。因此，各国终于制订了权利登记概念，作为取得第三方效力的补充手段。

16. 在许多国家，登记是取得第三方效力的主要办法。尽管不同的国家有不同类型的登记制度，但常见的办法是设立一般担保权登记处（见 A/CN.9/631，建议 33）。除登记之外，也还有替代办法可以使用，这取决于担保资产的性质（见 A/CN.9/631，建议 35）。例如，几乎所有国家都规定继续推行“质押”主张，认为通过向有担保债权人转让质押资产的占有权，有形财产上的担保权可以取得对抗第三方的效力。

17. 尽管在一般担保权登记处登记和向有担保债权人转让占有权是取得第三方效力的最常用办法，但这些办法一般都不是专用的。各国通常都制订专用的“控制权”规则，以适用于银行账户贷记款受付款和独立保证下收益权上的担保权（欲知这些术语的定义，见 A/CN.9/631/Add.1，第 19 段）。此外，在大多数国家，不动产附加物上的担保权通过在不动产登记处登记可以取得对抗第三方的效力。最后，根据许多国家的其他法律，特定类别动产上的担保权可以在所有权登记处登记（例如，船舶登记处）或在产权证上加注。

18. 在有些国家，还可以通过通知债务人应收款取得应收款上担保权的第三方效力。实际上，在设保人不履约之前，有担保债权人一般不会要求直接支付应收款。事实上，即使在应收款彻底转让的情况下，受让人通常也希望将收款工作留给转让人处理。根据这些实际情况，本指南将付款要求仅视为一种收款或执行技巧，而不是取得第三方效力的办法。此外，登记为有担保债权人和受让人在交易一开始评估优先权风险提供了一种更加高效的手段，在担保权或转让涉及设保人的所有当前和事后取得的应收款时尤其如此。否则，它们将因为任意确定竞合的有担保债权人或受让人向应收款的债务人发出通知的时间，而面临丧失优先权的风险。

19. 尽管有些国家制订了为使担保权具有第三方效力必须采取补充步骤这一原则，但它们又规定了一些例外情形，担保权自动产生对抗第三方的效力，而不需要有担保债权人登记或取得占有权或采取任何其他积极步骤。不过，大多数国家的一项通则是，担保权只有在通过上文概述的一种或另一种替代办法具有对抗第三方的效力时，才具有对抗第三方的效力。

20. 在大多数国家，这些替代办法并不是专用的。例如，大多数国家规定，如果通过向有担保债权人转让占有权，担保权可以具有对抗第三方的效力，则通过登记，担保权也可以取得这种效力。此外，即使资产由同一担保协议设保，大多数国家也规定可以对不同资产使用不同的办法（见 A/CN.9/631，建议 37）。非排

他性原则的一种例外源于信用证交易的具体特点（本指南使用了“独立保证”一词；欲知定义，见 A/CN.9/631/Add.1，第 19 段）。各国毫无例外地规定，对独立保证下收益设定担保权，只有通过有担保债权人获得该收益的控制权，才能具有对抗第三方的效力（见 A/CN.9/631，建议 36）。

21. 这就是说，在许多国家，登记实际上可能是专用的办法，因为要使有关的特定类型担保资产取得第三方效力，没有其他办法可用。例如，对于应收款和库存品的担保权来说，这基本上属实。

(f) 本章摘要

22. 本章 A.2 至 A.4 节详细讨论了取得第三方效力的三种最常见办法（即在一般担保权登记处登记、占有和在专门登记处登记）。A.5 至 A.7 节审议了取得对抗第三方效力的担保权对于最初不受该担保权约束的资产继续有效的案例。A.8 至 A.9 节涉及其他的继续留存问题，例如，资产或设保人变更所在地，或者第三方效力可能失效等问题。

23. B 部分专门讨论取得适用于特定类别资产的第三方效力的具体办法。B.1 节审议在为应收款、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的重要案例。B.2 节审查了在银行账户贷记款受付款上的担保的第三方效力。B.3 节评估了在担保对独立保证下的收益权设保的情况下如何才能取得第三方效力。最后，B.4 节涉及在可转让单证或可转让单证所涵盖的财产上担保权的第三方效力。

24. C 部分阐述了一系列关于取得第三方效力的办法建议以及这样做产生的后果。

2. 在一般担保权登记处登记

(a) 概述

25. 尽管公开登记是一种被广泛接受的取得第三方效力的办法，但各种登记制度相差甚远。在许多国家，登记要求在较长时间内会逐渐发生变化，导致同一个国家内各种各样未经协调的制度按照不同标准来组织登记工作。例如，其中的某些系统可能参照交易类型来组织（例如，保留所有权和租购登记处）。其他系统可能参照设保人的地位来组织（例如，公司或商业企业），或者参照有担保债权人的特征来组织（例如，银行）。还有其他制度可能参照担保资产的类型来组织（例如，设备或机器或应收款登记处）。

26. 各国还采用各种不同办法办理登记时必须遵循的手续。某些国家只要求登记一则通知。另一些国家则要求登记担保协议中阐述的各项权利的完整摘要。还有其他国家要求，除了登记证明参与者身份及其签字的真实性和法律行为能力的正规证明或书面证词之外，还登记全部的担保文件。

27. 在二十世纪后半叶初期，越来越多的国家终于设立了新的登记处或者基本上重新组织或修改了其现有的动产担保权登记制度。这些改革涉及两种截然不同的事态发展。首先，如果现行制度是一盘散沙和支离破碎的，国家则用一个中央总登记处来取而代之，后者涵盖了所有的动产担保权，而不管当事人的身份、担保资产的性质或产生担保权的交易形式。同样，第一次设立动产担保权登记处的国家毫无例外地选择建立中央总登记处。其次，在其中的大多数系统中，国家还对登记手续进行了实质性改动，其目的是登记一份仅载有登记所涉担保权的最低限度细节的简单通知，来代替登记担保文件或者登记经证明的担保文件摘要这种比较繁琐的制度。也就是说，在这些制度中，设定担保权的担保协议并不登记，其存在与否或内容如何也不由该系统来核查。

28. 对于许多国家来说，现代登记制度的第二个特色严重背离了普遍接受的担保权登记概念。甚至在不登记全部文件的国家，其主张也是，登记处所起的作用是告知查询人现有的某项担保权情况。登记证明了此项权利，因此只能在此项权利存在的情况下才能登记。这就是人们认为对涉及登记的现代登记制度的描述，如果不是不连贯的也是令人混淆的原因所在。鉴于有担保债权人通常只会登记一份关于它打算取得一项担保权的通知（无论它是否已经按照这种意图行事），许多国家宁可将这些登记处描述为“通知备案”系统，而不是登记系统。

29. 无论各国在描述取得第三方效力的这些新系统时使用何种术语，显然，它们都在尽量简化提供有关潜在担保权的可靠信息来源的过程。当与计算机技术方面的进展结合起来时，“通知备案”系统便成为一种高效率且符合成本效益的登记和查询程序。鉴于这些原因，本指南建议各国设立具有以下特点的公开登记系统：（一）集中、普遍且全面涵盖所有担保权，和（二）只要求登记阐述登记涉及或可能涉及的担保权的基本细节的通知。本指南还赞同这一主张：在这种登记处登记担保权通知应该被规定为取得第三方效力的一种普遍办法（见 A/CN.9/631，建议 33）。本指南第六章讨论了设立这种登记处的不同制度的制订和运作细节（见 A/CN.9/631/Add.3）。

(b) 登记与担保权设定互不相干

30. 正如上文讨论所指出的，各国传统上都采用两种不同办法来处理登记与担保权设定之间的关系。在某些国家，一旦进行登记，担保权就自动设定。在另一

些国家，要求登记只作为取得第三方效力所必需的补充步骤。本指南建议采用第二种办法（见 A/CN.9/631，建议 30）。

31. 以下主张产生了若干重要的后果：登记仅包含担保权基本细节的简单通知只是涉及第三方效力。通知所涉及的担保协议并未登记，其存在与否或内容如何也不必向登记系统展示或由登记系统核查。设定担保权（在当事各方之间的效力）和登记属于完全独立的行为。登记没有设定或证明设定了担保权，设定担保权也不必进行登记（见 A/CN.9/631，建议 34）。

32. 担保权实际上是否已经存在，不能通过查询登记处来确定。其存在取决于（通过审查非公开证据和文件）确定当事人已经缔结了一项符合某些正规的基本要求担保协议，而且设保人对于担保协议中所述的资产拥有权利（或者拥有担保权力）（见 A/CN.9/631，建议 12 至 14）。同样，担保资产的范围主要取决于担保协议而不是登记通知中的描述（如果担保协议中的描述所涉资产范围小于登记通知中的描述，则以担保协议中的描述为准）。只有登记通知中的担保资产描述范围小于担保协议中的描述，第三方效力的范围才由登记通知中的描述来控制。

(c) 登记不足以产生第三方效力

33. 本指南中建议的那类“通知备案”系统的一个重要后果是，登记并不保证担保权的实际存在。换言之，与许多国家传统的登记办法不同，“通知”登记没有证明担保权的存在。这也意味着登记本身没有导致通知所述的权利产生第三方效力。如果且仅当担保权设定的要求得到满足之时，才能取得这种效力（见 A/CN.9/631，建议 33）。

34. 这种登记办法具有两种含义，它提高了担保交易系统的灵活性和效率。首先，尽管设定是产生第三方效力的前提条件，但不需要在登记之前设定。正如第六章所解释的（见 A/CN.9/631/Add.3，第 73 至第 75 段），担保权通知可以在缔结担保协议之前也可以在缔结担保协议之后登记。其次，尽管涉及事后取得的（即在担保权设定之后获得的）资产的担保权，只有在获得这些资产之后对它们来说才是存在的，但登记一则通知将其描述为潜在担保资产还是可能的。

35. 尽管经常出现的情况是，取得第三方效力的这两个步骤（即担保权设定和登记）的顺序不同没有带来重大的后果，但情况并非总是如此。如果第三方在登记之后取得了登记通知中所述的资产的权利（例如，通过馈赠或销售或由于破产或执行判决程序），则设定时间很重要。如果设定要求在第三方取得担保资产上权利时也得到了满足，则担保权具有对抗第三方的效力，而且优先权将按照第七章阐述的规则来确定（见 A/CN.9/631/Add.4）。但是，如果设定条件尚未得到满

足，则第三方获得的资产便没有取得随后设定的担保权，尽管它在登记处查询过并且知悉有担保债权人的通知已经备案。只有在担保权设定和登记之后，才有可能取得第三方效力。

36. 第三方效力追溯到这两项要求都得到满足之时，而不一定是登记时间，此项原则有一种重要的例外情况。作为一项通则，为了促进有担保债权人之间的确定性和透明度，通过登记取得对抗第三方效力的竞合担保权之间哪个具有优先权，取决于登记顺序，而不是设定时间（见 A/CN.9/631，建议 78），也就是说，在两个有担保债权人中，有一个先登记，但在另一个有担保债权人既设定担保权又登记通知之后才设定其担保权，则先登记者具有优先权。

(d) 登记系统扩展至其他交易

37. 建立本指南中设想的那种综合全面的担保权登记系统，能够帮助查询人发现设保人的资产可能被设保并采取步骤来保护其权利。推行这类登记制度的国家也往往会扩大登记范围，即，这些国家得出以下结论：尽管登记处的主要目的是起到潜在的担保权信息存放处的作用，但它也能帮助记录关于动产的其他各类非占有式权利的信息。这些登记处已经扩大到包括登记各种各样的通知，表明非占有式权利的存在，或者有利于第三方的某些其他有形权利的存在。

38. 将担保权登记处用于其他目的的主张并不新奇。许多设立了专门登记处以记录质押、抵押或通过担保债务支付（例如，保险付款权或商业应收款）转让的国家也规定，彻底转让个别债务支付权或整套债务支付权可以（而且在某些情况下必须）在专门登记处登记，方式如同担保权的登记。典型情况是，在设立综合担保权登记处的国家，如果不登记或没有完成产生第三方效力所需的另一个步骤，担保权不具有对抗第三方的效力，在这个意义上讲，登记是强制性的（换言之，不登记并不会影响担保权在各当事方之间的效力，在这个意义上讲，登记是非强制性的）。应收款的彻底受让人必须满足产生第三方效力的相同登记要求，且遵守适用于应收款担保权持有人的相同优先权规则。其基本原理是，从第三方权利角度来看，彻底转让与担保转让实际上没有多大区别，因此，这两种交易的对抗第三方效力规则也应该相同。这就是本指南建议的办法（见 A/CN.9/631，建议 33）。

39. 总之，各国还没有要求动产所有人登记其所有权。这样，例如，尽管许多国家要求或者便利不动产的租赁登记，但只有少数国家将这一主张扩展至动产。尽管如此，已经设立了一般担保权登记处的国家在以下情况下也往往将在登记处登记作为交易取得第三方效力的一项条件：所有人与在一段时间里占有该动产并且看起来作为所有人使用的人是明显不同的。这两种最常见的情形涉及在相当

长的时期（例如，一年或一年以上）的真正租赁和承销人作为所有人的销售代理占有库存品的商业寄售。在采用这种办法的国家，出租人和寄售人对抗第三方的权利必须遵守适用于购置款担保权持有人的相同的第三方效力和优先权规则。这种办法的基本原理是，如果不登记，处理承租人或承销人商业资产的第三方就没有任何客观手段来确定这些资产是属于承租人或承销人，还是属于出租人或寄售人。

40. 将担保权登记要求扩展至真正的租赁，在国际一级在《移动设备国际利益公约》中得到体现，该公约将公约设想的国际登记制度的范围扩展到担保权和融资租赁之外，包括租赁安排。

41. 许多国家早就知悉司法抵押概念，其中判决胜诉债权人可以在缴纳一笔现金之后登记关于判决胜诉债务人的不动产的判决，因此取得了该不动产上的担保权。随着动产的可登记非占有式担保权概念的演变，某些国家开始允许登记关于动产的判决。已经设立了一般担保权登记处的国家往往规定按照判决胜诉债务人的身份编排登记判决通知的索引。在采用这种办法的国家，登记为判决胜诉债权人设定了相当于判决胜诉债务人动产上担保权的权利。这种办法能够间接促进立即自愿偿付判决有效的债务，因为在判决胜诉债务人偿还判决有效的债务并使登记工作结束之前，第三方不愿意购买担保资产或取得该资产上的担保权。

42. 在采用这种办法的国家，判决胜诉债务人的破产管理人为了所有无担保债权人的利益，一般有权要求得到登记的判决胜诉债权人的优先权的金融收益（有时必须遵守有利于登记的判决胜诉债权人的特权要求以补偿耗费的支出和精力）。此项规则的目的在于，确保登记的判决胜诉债权人的权利与要求平等对待债务人的无担保债权人的破产政策没有冲突。本指南没有就此问题提出建议，因为这属于担保交易法之外的法律问题（至于有担保债权人与判决债权人之间的优先权问题，见 A/CN.9/631，建议 90）。

3. 占有

(a) 概述

43. 几乎所有国家都认为，向有担保债权人转让有形资产的占有权（传统的占有式质押）足以证明担保权的设定，并产生对抗第三方的效力。在设定方面，其理论基础是，转让占有权证明设保人默示同意该担保权和担保权设保的资产范围。在第三方效力方面，尽管转让占有权没有积极公示担保权的存在（例如，它不一定意味着占有者是质权人而不是承租人、贷款人或只是存放处），它没有消除这种风险，即第三方因设保人占有而误认为设保人持有该财产未设保所有权。

44. 尽管在历史上占有常常成为让第三方注意担保权存在的专用办法，但在二十世纪，许多国家也为某些类别的动产专门设立了专门登记处。例如，某些国家设立了商业或工业设备的非占有式质押登记册。但是，在非占有式商业质押登记册存在的同时，并没有普遍禁止这类资产的“真正”质押。结果，常常还可能出现以下情况：竞合占有式和登记的担保权可能设保同一资产。在设立了一般担保权登记处的国家也可能出现类似结果。在担保权登记系统登记通知，被视为取得第三方效力的一种替代办法，与专门登记制度或设保人放弃占有同时存在。

45. 继续维持设想这些取得第三方效力的办法并存的主张并非没有受到争议。为在存在担保权登记处的地方废除占有作为取得第三方效力的办法，提出了两种相互交织的基本原理。第一种基本原理是，占有损害了登记处记录作为设保人资产担保权可能存在的综合信息来源的可靠性。潜在的有担保债权人或买受人不能依赖登记处的反面查询得出相关资产未被设保的结论。它们还必须核查资产是否被设保人所占有。第二个基本原理涉及证明方面的困难。只要登记处提供了确定担保权与竞合求偿人权利之间优先权的相关时间的可靠公开记录，占有权就会要求证明占有权的实际转让是在何时真正发生的，而这种证明可能存有争议。

46. 尽管有这些问题，但设立了一般担保权登记处的国家毫无例外地保留转让占有权做法，作为对有形财产的担保权取得第三方效力的同等有效的替代办法。这样做有好几种理由。商业实践完全确定了占有对于取得第三方效力的充分性。此外，转让占有权作为取得第三方效力的一种办法，无论如何都必须仍然适用于可转让单证和可转让票据，以便维护其可转让性和相关的优先权。至于干扰登记处记录的综合性，潜在的有担保债权人或买受人一般需要核查相关的资产实际上是否存在，为此目的，一般还要求核查设保人是否继续占有。同样，与转让时间有关的证据问题不可能在实践中带来任何困难。为了个人的私利，一个谨慎的有担保债权人希望确保其获得占有权的时间得到充足的文件证明。

47. 继续采用登记和债权人占有作为取得第三方效力办法的国家也奉行以下原则：除非在极为有限的情形下，这两种方法产生了完全相同的后果（在担保权实际上取得对抗第三方效力的时间方面，以及在这些补充步骤所附属的优先权后果方面都是如此）。这也就是说，作为一个实际问题，取得第三方效力的这些办法并不平等。首先，转让占有权是只有有关资产实际上可能被占有（即是一种物质的、有形的资产）才能使用的取得第三方效力的办法。第二，只有设保人准备好放弃对担保资产现在的使用和享有，转让占有权才是可行的。如果设保人需要保留担保资产以便提供其服务或生产其产品或以其他方式赚取收入，则转让占有权就是不可行的。

48. 由于这两个原因，一旦综合而高效的通知登记系统可以使用，则绝大多数有担保债权人往往青睐登记而不是占有，作为取得第三方效力的一种办法。两种主要的例外情况，一是针对交易，二是一般涉及短期融资。所以，例如，在可转让票据和可转让单证情况下，如果占有权赋予了一种优先权好处，有担保债权人将取得占有权，即使它们或任何其他当事人可能已经登记了担保权（见 A/CN.9/631，建议 99 和 107）。此外，如果有担保债权人经营的是取得占有担保权的业务（正如在典当业情况下），很少会出现同时登记其担保权的情况。鉴于在大多数国家占有式质押广为人知且为人理解，允许占有成为取得第三方效力的一种办法可能产生效率，对登记处的完整性的干扰也不太大，本指南采取的立场与已经设立了一般担保权登记处的国家相同，赞同将登记通知和向有担保债权人转让占有权作为取得第三方效力的一种办法（见 A/CN.9/631，建议 38）。

(b) 法律确认的占有并不够

49. 尽管质押源于具体一件有形财产从设保人（出质人）向有担保债权人（质押人）实际转让，但在一段时间里，各国有时放宽了有关哪些内容可以构成债权人占有的管理规则。某些国家认为，法律确认的占有（例如，通过一项协议任命设保人为有担保债权人的代理）现在足以构成有形财产担保权的第三方效力且为有形财产上担保权赋予了第三方效力。在其他国家，占有可能是象征性的，当设保人在一个物品上或者在公司大门上贴一份通知，声明该物品或公司内部的物品已经质押给有担保债权人。这些事态一般都是因为设定动产上的非占有式质押（或担保权）缺乏一种更普遍机制。这就是说，现在并没有允许使用非占有式担保权的某些国家遵守一项严格的要求，即债权人的占有权必须是真实的：是公开的、持续的、和平的和不容置疑的（有关占有作为设定占有式担保权的条件的讨论，见 A/CN.9/631/Add.1 第[...]段）。

50. 设立了一般担保权登记处和继续允许债权人占有作为取得第三方效力的办法的国家毫无例外地采用严格的占有方式。债权人占有要求设保人真正放弃对担保资产的实际控制。设保人或同设保人密切相关的任何人继续占有，不会向第三方发出充足的信号：设保人的产权可能被设保。这就是说，由于担保权登记处的存在为占有债务人担保提供了便利条件，所以没有必要为了便利担保权的设定而放宽占有概念。这也是本指南建议的办法及其基本原理（欲知“占有权”的定义，见 A/CN.9/631/Add.1，第 9 段）。

(c) 第三方占有

51. 人们普遍认为，无论一个国家是否已经设立了一般担保权登记处，占有不需要让有担保债权人直接保管。通过有担保债权人的代理或代表占有，足以构成

有担保债权人的占有，只要一个客观的旁观者不会得出担保资产仍然被设保人占有的结论即可。有各种不同的手段可以使第三方占有得以实现。

52. 在某些情况下，有担保债权人既没有能力也没有专业知识来适当维护担保资产。在这里，为有担保债权人行事的存放处一般将以有担保债权人的名义取得或得到占有权。在其他情况下，在设定担保权之时，担保资产可能已经由第三方保管。例如，这些资产可能是钻石、黄金、珠宝或其他贵金属，由一家安全公司在安全保管。在这些情况下，持有人必须知悉，设保人已经质押了该财产，在收到有担保债权人的通知之前，不可能将该财产让与设保人。

53. 更常见的情况是，由于第三方承运人或仓库保管员持有担保资产，出现第三方保管的情况。在这里，当第三方以有担保债权人的名义出具收据，或者同意代表有担保债权人持有该担保资产时，通过占有可以产生某种形式的第三方效力。在这种情况下，第三方的行动确认了它代表有担保债权人占有。

54. 或者，如果所有权文件以可转让形式出具，则意味着承运人或仓库保管员必须将该文件所代表的资产交付给目前占有该文件的人。交付这份带有有担保债权人必要背书的文件，为该文件所代表的资产上担保权取得第三方效力提供了一种替代手段。

55. 在某些国家，存放处或仓库保管员的第三方占有已经扩展至各当事方之间的临时安排。这就是说，在这些国家，向有担保债权人的代理转让占有权，甚至不需要将担保资产实际搬出设保人的房地。例如，在“现场存货”安排中，有担保债权人的代表（一般是设保人的雇员）对设保人房地中的担保资产进行实际保管（例如，将这些资产放在上锁仓库，而只有代表保管钥匙）。凡是向设保人让与“现场仓库”中的资产，都要求得到有担保债权人的同意。

56. 现场存货安排在占有式质押是动产担保的唯一可用形式的国家最为常见。尽管如此，即使在提供公开登记的替代办法的国家，有担保债权人仍然可望参与现场存货，作为一种实际监测技术。但是，它一般也会登记一则担保权通知，以确保对于第三方效力的确定性，并避免由于涉及推定占有而不是真正占有这种安排而可能遭受质疑的风险。

57. 在继续将债权人占有作为取得第三方效力的办法的国家，债权人占有有可能通过代理或代表的保管来实施，这种可能性是现代担保权制度的一个重要特征。它提高了占有式担保权的效率和效力，同时降低了成本，允许债权人将保管责任移交给专家。由于这些原因，本指南预见债权人占有有可能通过第三方保管来实现（欲知“占有权”定义，见 A/CN.9/631/Add.1，第 19 段）。

(d) 占有权不适用于无形资产

58. 占有作为取得第三方效力的一种可行办法这一主张的基础是，对某项资产的实际保管是透明的。这就是从古到今授权通过质押协议进行担保的国家要求担保资产为有形财产的原因。排除无形资产，是因为取得无形资产的占有权实际上是不可能的。经常出现的情况是，某个债权人试图取得设保人应收款上的担保权，但不能通过占有取得其担保权上的第三方效力。只有可转让票据上的应收款成为物质的，债权人占有才能成为取得第三方效力的一种办法。一份存放证书或者仅仅证明一项债务但不能转让的其他文书也不能成为“占有”的主体。同样，如果设保人试图对一件设备的租赁设定担保权，通过向有担保债权人移交该设备（它没有所有权）或者租赁合同，它也不能取得第三方效力。

(e) 占有足以达到强制执行目的

59. 并非所有的有担保债权人都试图立即取得担保权的第三方效力。无论出于什么原因，它们都可能既不在一般担保权登记处登记通知，也不占有担保资产。在认为质押就是财产合同的国家，债权人没有占有意味着即使在各当事方之间也从未构成质押。在另一些国家，通常是那些设立了一般担保权登记处但还规定债权人占有为取得第三方效力的办法的国家，即使没有债权人占有，在各当事方之间也可能构成质押。在这些情况下，有必要确定在何种条件下债权人后来实际占有将成为取得第三方效力的一种办法。

60. 在某些国家，当占有源于设保人违约而有担保债权人没收该担保资产时，通过占有取得担保权不具有对抗第三方的效力。这种办法既具有概念理由又具有政策理由。从概念上讲，在担保交易一开始设保人就自愿向有担保债权人交出占有权，这涉及当事人双方承认有担保债权人的权利将以此方式来保护。为了强制执行目的而没收，一般涉及由于设保人违约非自愿地从设保人那里取得担保资产。此外，即使设保人交出资产是自愿的，它这样做也是因为受到了强制执行程序的胁迫威胁。政策理由依赖于以下事实：为了强制执行目的而没收，一般是未能登记其担保权通知或者未能适当登记该通知的有担保债权人所依赖的办法。特别是在同设保人的破产管理人竞争的情况下，人们会担心承认没收作为取得第三方效力的充分行为，将助长草率行事，鼓励贸然采取强制执行行动，并且涉及难以解决的证明问题，无法证明没收是在破产程序开始之前还是之后发生的。

61. 在其他国家，与此形成鲜明对照的是，人们认为债权人占有的动机和背景与确定其后果毫无关系。即使有担保债权人的占有权是通过为了强制执行目的没收担保资产获得的，债权人占有也会导致第三方效力。这种做法的理论是，占有的作用是确保第三方没有因设保人仍然占有它没有持有未担保所有权的资产而

受到损害。无论取得占有权的动机如何，有担保债权人占有起到了这个目的。因为产生这个政策问题的主要背景涉及有担保债权人与设保人的破产管理人之间的竞争，所以本指南没有对这一问题提出建议，但尊重国家破产制度的处理。

4. 在专门登记处登记或在产权证上加注

(a) 概述

62. 刚刚讨论的取得第三方效力的两种主要办法（在一般担保权登记处登记和债权人占有）预示，其核心目的是告诫第三方可能存在着担保权。即使在迄今已经建立了分散登记处的国家，即登记处的组织结构侧重于交易类型（例如，保留所有权或商业质押登记处）、或设保人地位（例如，公司登记处）、或有担保债权人的身份（例如，银行）、或担保资产类型（例如，设备或应收款登记处），登记处的焦点都是在担保权上。只有在例外情况下，这些登记处开放登记的才不是担保权，或者没有面向担保权（例如，彻底转让应收款、长期租赁、商业寄售）。

63. 但是，在许多国家，传统上就存在着其他形式的权利公告。有时，可能建立一个专门针对具体资产的登记处，以记录与该类资产相关的所有交易。这些类别的登记处模式就有标准的不动产权利登记册，在此通常可以登记所有权、押账情况、公众负担、甚至有关即将进行的诉讼的中止诉讼手续的申请。各国也建立了这种制度：某些种类的动产由产权证来认定，与这种财产（包括担保权）有关的各种交易可能在这种产权证上直接标注。这两种权利公告办法的共同特征是：

（一）只就某种认定的资产设立有关机制，以及（二）所有各种权利（而不仅仅是担保权）都可能记录和公告。这些机制业已证明在一段时间里是有用的，所以即使在设立了一般担保权登记处的国家，它们通常也被保留作为除登记和债权人占有外取得第三方效力的替代办法。

(b) 在专门动产登记处登记

64. 如上所述，当事人可以在一般担保权登记处登记有关潜在的或现有的担保权通知，这是告诫第三方需要认真核查它建议涉及的动产上设保人权利状况的有效方式。但是，有时具体资产的专门登记处既可以提高业务效率，也可以发挥一般担保权登记处不能代替的更广泛的重要功能。例如，船舶和飞机登记处是两种被广泛承认的事例，专门登记处所起的作用就是，除了便利商业交易，还可以解决有关安全方面的国际管理问题及缔约国本国的安全问题。

65. 由于这些原因，许多国家认识到，在根据其他法律已经存在的专门登记处登记，可以成为该制度所涵盖资产上的担保权取得第三方效力的替代办法（见 A/CN.9/631，建议 39）。一般说来，担保交易法律不涉及在专门产权登记处登记

的后勤问题，因为这属于管制该制度的专门法律处理的问题。经常出现的情况是，现行制度要求采用许多在十九和二十世纪形成的担保权登记册的办法，登记担保文件、或登记经登记员证明的文件摘要。在一般担保权登记处情况下采用“通知备案”办法的基本理由，同样适用于这些专门资产登记处。因此，保留这种登记处的国家可能考虑它们是否应该采用一种通知制度，作为旨在提高登记处效率的补充改革措施。

66. 即使在首先作为产权登记处行使职能的登记系统中，原则上也可以登记关于担保权的通知。在转让所有权的情况下，这些登记处一般都要求证明基本的转让文件，因为登记未经授权的转让可能损害依赖所有权登记记录的有担保债权人或买受人的利益。但是，担保权并不需要同等水平的证明，因为在登记处查询查到了某一担保权而该担保权根本不存在，则其本身并没有产生任何损害影响。潜在的买受人和有担保债权人能够保护他们自己，即按照考虑到登记的担保权的条款拒绝购买或借用，其结果是设保人将采取行动以取得以下结果：（一）未经授权登记，（二）在付清了担保债务之后登记继续留存，或者（三）对于从未签署过担保协议或者担保协议未从登录中删除的行动进行登记。

67. 设立了专门登记处的国家必须确定，在专门登记处登记是否成为登记所涵盖资产上的担保权取得第三方效力的专用办法。某些国家采取这种立场。如果专门登记处没有发布关于这些权利的通知，第三方不得要求获得该资产上的权利。其他国家采取不太绝对的立场，允许专门登记处所涵盖资产上的担保权采用替代办法取得第三方效力。在这些国家，其基本理由是，除其权利试图由专门的所有权制度保护且由于偏见依赖该登记册的竞合求偿人之外，对于所有其他求偿人的第三方效力不能通过其他普遍使用的办法来获得是毫无道理的。其结果就是，也应该允许有担保债权人通过在一般担保权登记处登记或者转让担保资产的占有权，使其担保权具有对抗第三方的效力。

68. 重要的是，要弄清实际信赖损害的例外规定的范围。这方面的主张是，即使担保权具有对抗第三方的效力，通过一种其他办法使其具有这种效力的优先权，也从属于在专门登记处登记其权利的竞合有担保债权人和买受人。无论在两种登记处登记的各自时间为何时，这种从属关系都存在。这种办法使得对设保人的所有流动资产或者其中的普通类别资产取得了担保权的有担保债权人，能够通过仅仅在一般担保权登记处进行登记，便保护自己免受设保人的破产管理人或判决胜诉债权人受害。只有有担保债权人得出以下结论才有必要在专门登记处登记：未经授权将担保赠予竞合有担保债权人或将其销售给在专门登记处登记的买受人的风险太大，使得有必要承受在专门登记处补充登记这一负担。鉴于这种专门登记处数量有限且它们设想的资产类型也有限，设定优先于专门登记处所使用

的优先权，并没有严重影响一般担保权登记处的效率和完整性。由于这些原因，本指南建议，虽然设立了专门登记处，但取得第三方效力还得通过在一般登记处登记或债权人占有这些替代办法，只要保护了专门登记处的登记人拥有更优先的优先地位即可（见 A/CN.9/631，建议 39、83 至 84）。

(c) 在产权证上加注

69. 尽管大多数国家拥有机动车和类似资产的所有权和所有权转让的登记系统，但人们一般认为这种登记系统确定所有权不是为了商业交易目的，由于这个原因，公众也无法在这些登记系统上查询。其目的实际上主要是进行管理，也就是使主管当局能够在发生事故、或有人违犯刑事或安全标准时追查所有权，并且分配强制性保险赔偿责任和义务。

70. 这些制度一般都为所有人颁发登记证书，销售车辆无不要求同时将旧证书交回适当的管理当局销毁并颁发新所有人名下的新证书。在某些国家，特别是那些没有设立一般担保权登记处的国家，所有权登记证书被视为公告登记证书所代表的资产上担保权的基础。这些国家认为，在证书表面上加注担保权，足以使所示的担保权产生第三方效力。

71. 在此类证书的加注制度已经到位且在实际中似乎运转良好的国家，如果现代化的担保权制度投入使用后便废除这种制度，似乎没有什么道理。但是，有必要研究现行制度与新制度下所允许的取得第三方效力的其他办法之间的内在联系。一般说来，在产权证上加注是根据这种制度有形资产上的担保权取得第三方效力的一种充分手段。在一般担保权登记处登记和债权人取得占有权是另外两种办法。但是，如果使用这两种办法中的任意一种，它们所涉及的担保权的优先权将从属于依赖证书加注系统的竞合买受人或者有担保债权人的权利。至于为了在专门的所有权登记处登记采取的办法，这种办法旨在保护产权证制度的可靠性和完整性，同时提高一般担保交易系统的灵活性和效率。本指南建议采用这种办法（见 A/CN.9/631，建议 39、83 和 84）。

5. 收益上担保权自动具有第三方效力

72. 动产的一个固有性质就是在担保信贷仍然未清偿但尚未违约之时可以出售和再出售。出售或以其他方式处置担保资产一般会产生收益（欲知“收益”定义，见 A/CN.9/631/Add.1，第 19 段），无论是现金、可转让票据、应收款、通过兑换得到的其他财产、还是上述所有收益形式的某种组合。在许多国家，任何收益（包括收益的收益）上的担保权都衍生于原始的担保资产，一旦这些收益产生，这种担保权便自动设定，只要这些收益仍然可以认定。这是本指南中建议采用的办法

（见 A/CN.9/631，建议 18）。但是，这不是唯一需要应对的问题，还有必要确定有担保债权人是否必须登记或采取某种其他步骤，以使收益上的担保权具有对抗第三方的效力。

73. 尽管在一般担保权登记处登记的通知通过援用设保人的身份来组织和编排索引，但登记通知必须对担保资产进行描述（见 A/CN.9/631，建议 58 和 64）。因此，有必要先区分通过登记原始的担保资产上担保权取得对抗第三方效力的情形与符合登记通知中描述的那类收益的情形。例如，如果登记通知将担保资产描述为“所有现在和事后取得的有形财产”，且设保人出售了一台农用拖拉机并将收益用于购买游艇，则登记通知中的描述将该收益记为以事后取得的有形财产为表现形式的原始担保资产。鉴于在设定担保权之前就可能办理了登记，原来的登记原则上足以使收益产生之后在该收益上设定的担保权取得第三方效力。规定收益自动取得权利的大多数国家也规定在这些情况下自动取得第三方效力，而且这就是本指南建议的结果（见 A/CN.9/631，建议 40）。

74. 在以下情况下出现更难解决的问题：原始担保资产上的担保权通过一项其描述并未针对作为收益而获得的资产的通知，或者通过一种如果收益就是原始担保资产则不充分的办法，取得了对抗第三方的效力。在上述实例中，有关第一种情况，如果登记通知将原始担保资产描述为“所有现有的和事后取得的农用设备”，这种描述没有涵盖游艇。至于第二种情况，如果原始担保资产是一种通过控制权才具有对抗第三方效力的银行账户贷记款受付款，设保人未经授权提取资金购买游艇，则用于原始担保资产的第三方效力方法对该收益来说并不充分。

75. 这些实例提出了竞合政策问题。使收益上的担保权自动具有第三方效力，损害了构成第三方效力要求基础的政策，因为第三方对于收益上担保权的可能存在不会保持警觉。毕竟，将来向设保人购买游艇的买受人不一定会意识到，提及农用设备的担保权的登记通知也将游艇作为收益。另一方面，要求有担保债权人采取紧急步骤以使收益上担保权具有对抗第三方的效力，可能产生了过重的监测负担和优先权风险。该收益通常是由于设保人未经授权处理原始担保资产产生的。在这种情况下，有担保债权人一般在事情发生之后才会知悉这种未经授权的处置行为。如果处置行为事实上就是未经授权的，有担保债权人一般有权密切关注进入受让人手中的原始担保资产，因此不会受到任何损害。但是，在事情发生之后再查找该资产或受让人并非总是可行的，在有些情况下，收到的收益金额实际上可能高于在必须强制执行担保权时该资产的价值。

76. 在试图使这些竞合政策达成适当平衡时，大多数规定可认定的收益自动取得债权人权利的国家，一般将最初的担保资产描述没有涵盖的收益上担保权视为

自动具有对抗第三方的效力，或者是永久的或者只是临时的。在这些国家，第三方效力的范围和延续期限取决于最初担保资产的性质和收益性质。

77. 采用现金、应收款、可转让票据和银行账户贷记款受付款形式的收益上担保权可取得永久的第三方效力（欲知这些术语的定义，见 A/CN.9/631/Add.1，第 19 段）。这种办法基于的主张是，这几类收益缺乏取得第三方效力的独立行动，没有对第三方构成任何重大的信赖损害风险。在现金和可转让票据情况下，这是因为后继受让人或取得占有权的有担保债权人在任何情况下一般都没有担保权（见 A/CN.9/631，建议 99 和 104）。鉴于现金和可转让票据一般由设保人收取应收款（收益的收益）产生，不为原始收益、应收款提供自动的第三方效力是不合乎逻辑的，也是起反作用的。从应收款中收取的现金和可转让票据一般随后都贷记入设保人的银行账户（收益的收益的收益）。该账户资金的受让人一般没有担保权，这样，没有公告也不会损害其权利（见 A/CN.9/631，建议 103）。至于取得了该账户资金受付款上担保的有担保债权人和受让人，本指南建议为通过控制取得第三方效力的有担保债权人提供优先权，并为开户银行的抵消权提供优先权（见 A/CN.9/631，建议 101 至 102）。最后，有关这几类资产，必须让竞合求偿人知悉，如果他们不通过获得对账户的控制权而保护自己，在任何情况下，他们都有从属风险。鉴于这些考虑，为了确保管制现金、应收款、可转让票据和银行账户贷记款受付款形式的收益的制度保持连贯，大多数国家规定，这些资产的永久性第三方效力是自动的。这也是本指南中建议的结果（见 A/CN.9/631，建议 40）。

78. 对于其他各类收益，一套截然不同的政策也在发挥作用。情况也可能是，产生收益的处置行为未得到授权，债权人没有很快知悉该处置行为。因此，规定担保权自动取得对抗第三方的效力是合理的。但是，与现金和现金类收益形成鲜明对照的是，体现形式为有形资产的收益在第三方看来像是设保人的财产。如果它们不合乎有关的最初描述，第三方容易被误导。由于这个原因，且为了避免过度损害第三方的权利，大多数国家规定，自动产生的第三方效力只会在收益产生之后短期内有效。为了取得永久的第三方效力，有担保债权人必须登记一则通知或另行采取积极步骤，以在该时间到期之前使担保权取得对抗第三方的效力。显然，临时期限必须较短，但是还不至于短到使一个相当谨慎的有担保债权人没有机会采取步骤来保护其担保权的第三方效力的地步。二三十天的时间似乎成为大多数国家认为可以接受的折衷意见。本指南遵循的逻辑是自动取得的第三方效力的期限是短暂的、临时的，在这个时期内，有担保债权人必须修正担保资产描述，以便涵盖与最初的担保资产不同的那类收益（见 A/CN.9/631，建议 41）。

6. 附加物上担保权的第三方效力

(a) 概述

79. 已经取得了对抗第三方效力的担保权所设保的资产可能附加于其他财产或者可能后来附加于其他财产（无论是动产还是不动产）。例如，受担保权约束的轮胎后来可能附加于一辆卡车，或者受担保权约束的采暖锅炉后来可能附加于一幢建筑物。在一些国家，附加终止了担保权。这种办法根据的是这样一种政策，如何保护事后取得担保资产所附加的财产上权利的买受人和其他第三方的地位。在另一些国家，只有附加于不动产，才会终止成为附加物的动产上现有的担保权。这些国家的政策就是要防止以后的分离，以及防止不动产因此价值下降，同时也保护在附加之前对该不动产取得了担保的任何债权人权利的优先权。

80. 推行了动产综合登记制度的国家以更直接的方式解决这些政策问题，力求使竞合权利之间达成平衡。大多数制度都是有组织的，允许担保权在附加之后至少在各当事方之间继续存在。但是，为了应对有担保债权人和第三方各自的权利，这些制度还提供了一整套第三方效力和优先权规则。这就是本指南采取的一般做法。因此，第四章（见 A/CN.9/631/Add.1）重申，在其现在就是附加物或者后来成为附加物的有形财产上可以设定担保权，这要根据在其附加时的有形资产价值来决定（A/CN.9/631，建议 22）。本章涉及了第三方效力问题，而第七章（见 A/CN.9/631/Add.4）涉及了优先权问题。

(b) 动产附加物

81. 如果受担保权约束的有形财产附加于其他有形财产（即另一个动产物品），则第三方效力的一般要求也适用。附加物没有挑选出来接受特殊待遇。因此，如果在附加之前通过登记使该担保权取得对抗第三方的效力，这种效力在附加之后仍然有效，而不需要采取任何其他步骤（见 A/CN.9/631，建议 42）。这是因为同原始担保资产为收益所代替的情形不同，附加物在附加于其他财产之后仍然保留着其离散特性。因此，假定在登记处查询附加物所附加的财产（例如，汽车）担保权的第三方认为，描述附加物（例如，汽车轮胎）的登记通知可能是提及安装在第三方感兴趣的汽车上的轮胎，是有道理的。

82. 从理论上讲，如果担保权是在附加之前通过向有担保债权人或者债权人的第三方代理转让占有取得效力的，而不是通过在一般担保权登记处登记取得效力的，则附加物上的担保权也仍然具有对抗第三方的效力。但是，作为一个实际问题，第三方效力一般在附加时停止，因为有担保债权人一般必须放弃占有权，以使附加关系发生。因此，在附加之后处理该资产的第三方将没有担保权，除非

有担保债权人在放弃占有权之前或在其权利产生之前，通过在一般担保权登记处登记保留了其身份。与此形成鲜明对照的是，如果有担保债权人也在占有建立了附加关系的动产，或者如果债权人的代理或者代表占有该财产，则第三方效力得以保留（但是，情况一般并非如此）。

(c) 不动产附加物

83. 如果担保资产附加于不动产，则政策问题更加复杂，这是因为赋予不动产的任何权利一般在不动产登记处登记。至于在各当事方之间，本指南建议不动产附加物的担保权可按照本指南阐述的原则设定，或按照管制不动产上的权利的制度设定。基于这一主张，如此设定的担保权可以通过在一般担保权登记处登记或者在不动产登记处登记，取得对抗第三方的效力（见 A/CN.9/631，建议 43）。但是，如果担保权是在管理动产的制度下设定的，设定要求对于在管制不动产的制度下设定是不充分的，则管制不动产登记处的规则必须修订，无论如何都要允许登记附加物上的担保权。此外，选择方法会产生优先权后果。在不动产登记处登记对于第三方得到最大限度的保护是必要的。在不动产登记处登记的有担保债权人或买受人比依赖于在一般担保权登记处登记的有担保债权人具有优先权（见 A/CN.9/631，建议 93）。

84. 此项特别优先权规则对于维护不动产登记处的可靠性和完整性是必要的。只有在不动产登记处登记附加物上的担保权既容易又有效，此项规则才能发挥作用。现有的不动产登记系统可能要求提交充分的担保文件或要求办理登记担保权的其他手续。如果情况属实，土地登记法律可能需要修订，以授权登记担保权通知。否则，通过在不动产登记处登记来充分保护其优先地位所涉及的费用和支出，可能阻止有担保债权人参与涉及不动产附加物的担保融资。

(d) 必须在专门登记处登记的动产附加物

85. 非常常见的情况是，在设立了专门的所有权登记处的国家，必须在这些登记处登记的各类财产涉及其他有形财产通常所附加的财产（例如，船舶、飞机、公路车辆）。由于期望保护特别登记处的完整性，各国一般都根据在专门的所有权登记处登记或者在产权证系统登记的有形财产附加物的具体情况，修改对附加于不动产的有形财产的担保权采用的办法。通过在一般担保权登记处登记或通过债权人取得占有权（尽管如上文所述这种情况少见），或者通过在专门登记处登记或在产权证上加注，担保权都可以取得对抗第三方的效力（见 A/CN.9/631，建议 43）。至于不动产附加物，在专门登记处登记或者在产权证上加注对于取得最大限度的第三方保护是必要的。依赖专门登记制度的有担保债权人或买受人比通过某种其他办法取得第三方效力的有担保债权人具有优先权（见 A/CN.9/631，建

议 93)。为了便利使用这一制度，可能有必要修正管制该制度的法律，以确保有担保债权人能够登记有关附加物上的担保权的简单通知，或者酌情在产权证上单独加注。

(e) 登记处的协调

86. 当国家采取的立场是担保权可以不止一种办法取得第三方效力时，这些国家必须决定所有这些办法是否产生相同的结果，或者这种或那种办法是否可能产生更好的结果。如上所述，为了保护除一般担保权登记处（不动产登记处或专门的所有权登记处）之外各登记处的完整性，在这些登记处登记使得有担保债权人得到了最大限度的优先保护。有鉴于此，为了在一般担保权登记处登记的债权人的利益，各国毫无例外地也规定在专门登记处登记通知。某些国家没有要求有担保债权人本身在不动产登记处或专门的动产登记处办理单独登记，而是出台了这样一种登记制度：在一般担保权登记处登记的附加物上的担保权自动转到其他登记处登记。但是，由于在不动产登记系统中登记和在专门的动产登记处登记是按照资产而不是设保人编排索引的，所以，一般担保权登记处的登记人必须向登记处提供可适用的资产描述，并明确规定涵盖“所有有形财产”的通知必须包括具体描述的附加物。

7. 混集物或制成物的担保权自动取得第三方效力

87. 由于第四章所述的原因（见 A/CN.9/631/Add.1，第[...]段），本指南建议，后来加工或混合的有形资产上担保权在制成物或混集物中自动继续留存（见 A/CN.9/631，建议 23）。但是，此项建议没有证明制成物或混集物的担保权是否具有对抗第三方的效力。假设在加工或混合之前组合资产上的担保权具有对抗第三方的效力，则面临的政策问题就是，在制成物或混集物中继续留存的担保权是否应被视为自动取得对抗第三方的效力。

88. 在最常见的情况下，通过在一般担保权登记处登记，原始担保资产上的担保权也将取得对抗第三方的效力（因为这是原材料库存品唯一实际有效的办法）。其结果就是，各国必须决定这种最初登记是否足以使原始担保资产经过加工或混合产生的制成物或混集物上的担保权取得第三方效力。

89. 如上所述，尽管一般担保权登记处的通知是通过参照设保人的身份组织安排的，但登记通知必须包含有关担保资产的描述（见 A/CN.9/631，建议 58 和 64）。正如在处置担保资产收益上担保权的第三方效力的情况那样，必须以描述最初的担保资产的方式做出区别。首先要考虑登记通知以描述原始的担保资产和制成物或混集物的方式描述担保资产。例如，登记通知可能将担保资产描述为“xyz 类

或 xyz 级小麦”，设保人的小麦后来同这一类或这一级的其他小麦混合。同样，后来制成硬纸板的树脂也可以取得担保权，而有担保债权人登记了将担保资产描述为“原材料和制成物库存品”的通知。在这两种情况下，第三方查询人必须密切关注混集物或制成物上可能存在着担保权，以便原始登记足以使在制成品或混集物中继续留存的担保权取得第三方效力的做法不会在政策方面遇到反对。在这种情况下，出台了一般担保权制度的大多数国家都采取这种自动取得第三方效力的办法。

90. 如果登记通知以只包括该成分但不包括混集物或制成物的术语来描述担保资产，则产生了更难解决的政策问题。例如，有担保债权人可以登记一项将担保资产描述为“xyz 类或 xyz 级小麦”的通知，但该小麦随后又不可追回地与大量“abc 类或 abc 级小麦”混合在一起。在登记处查询的第三方辨别不出在混集物中债权人权利达到何种程度。如果有担保债权人登记了一项将担保资产描述为“树脂”的通知，但该树脂后来又加工成硬纸板，则就会出现一种甚至更加复杂的情形。在这里，一个在登记处查询以确定设保人的硬纸板是否有担保权的明智的第三方，不可能理解提到树脂的担保权的通知也扩展至用树脂制造的硬纸板。

91. 第二种情形特别提出了竞合政策问题。要使硬纸板的担保权自动取得第三方效力，可能就会损害构成第三方效力要求基础的政策。因为登记通知不一定告诫第三方查询人担保权的存在。另一方面，要求有担保债权人也将制成物或混集物纳入其登记通知，可能会阻止为设保人的原材料作保的融资，或者导致登记载有过于宽泛的描述的通知（正如在上文所述的实例中，尽管担保权限制为树脂，但通知指的是“库存品”），从而影响设保人从其他渠道获得担保信贷。

92. 在解决这些竞合政策问题时，各国采取了不同的办法。在某些国家，担保权被视为自动具有对抗第三方的效力，不需要采取任何进一步行动。这种办法的理论基础是，第三方的信赖损害风险实际上是最小限度的。后继的有担保债权人对设保人的制造作业非常了解，足以理解提及只描述组合资产的担保权的登记通知，也涉及用这些资产加工的任何制成物；后继买受人一般将得到保护，因为制成物或混集物一般将构成设保人正常营业过程中出卖的库存品，买受人在正常营业过程中无论如何都没有担保权。

93. 在其他国家，担保权被视为仅对其他有担保债权人自动具有效力。如果与另一个有担保债权人之外的人（例如，正常营业过程之外的买受人或判决胜诉债权人或破产管理人）竞争，如果在其他这些权利产生之前没有登记一则用包括制成物或混集物的术语描述担保资产的通知，则该担保权无效。这种办法的理论基

础是，与设保人的有担保债权人不同，其他这几类第三方求偿人更可能被仅包括原材料而没有包括将原材料纳入其中的制成物登记通知中的描述所误导。

94. 本指南建议采用刚才概述的两种办法中的第一种，即建议各国采取一种大意如下的规则，如果组合资产上的担保权具有对抗第三方的效力，则制成物上的担保权自动取得对抗第三方的效力，不需要有担保债权人采取任何进一步步骤（见 A/CN.9/631，建议 45）。这种选择基于两个考虑。首先，实际上，极不可能的情况是，制成物或混集物将出卖给正常营业过程之外的买受人，因为这些资产几乎毫无例外地构成设保人库存品的组成部分。第二，无担保债权人一般不会为了履行判决，而注意设保人的库存品，因为如果设保人能够在正常营业过程中继续出卖其库存品，则更有可能具备支付债务的能力。

8. 在资产或设保人的所在地变更之后担保权继续具有第三方效力

95. 所在地变更对于动产和人员来说是固有的特征。有时财产或人员迁移到国内的另一个地方，有时则迁移到另一个国家的某个地方。如果第三方效力是通过在一般担保权登记处登记取得的，则在登记处查询的准则是提及设保人的姓名。因此，在同一个国家改变实体位置，不会损害查询人确定是否设定了担保权的能力，因此，应该不会对担保权继续具有第三方效力产生任何影响。但是，如果资产或设保人从一国迁到另一国，则情况并非如此。

96. 如同第十三章所述（见 A/CN.9/631/Add.10，第 26-27 段和第 35-40 段），适用于担保权的第三方效力的法律通过参照担保资产或设保人现在的所在地来确定，这取决于担保资产的性质（见 A/CN.9/631，建议 202 和 204）。这种办法的理论基础是，预期在所在地变更之后处理担保资产的第三方不会对担保资产以前是否受不同的法律约束进行广泛的历史调查。但是，这种办法为有担保债权人带来了巨大风险。一旦资产所在地变更，第三方效力不再有效，除非根据新地方的法律，担保权取得了对抗第三方的效力。尽管如果有担保债权人事先知悉所在地变更能够保护自己，但在一般情形下情况并非如此。

97. 某些国家努力平衡有担保债权人与第三方在这种情形下的竞合权利，它们规定了在资产迁移到其本国界内另一个地方或设保人的所在地改到这个国家之后自动产生第三方效力的临时期限。按照这种办法，对于根据以前所在地的法律取得了对抗第三方效力的担保权，设保人或资产目前所在地的国家的法律也视其在所在地变更之后在短期内自动取得对抗第三方的效力。如果在该期限到期之前按照设保人或资产的新的所在地法律担保权取得了对抗第三方的效力，则对于在所在地变更之后取得了担保资产上的权利的第三方来说，对抗第三方的效力继续留存，即使这些权利是在以前存在的担保权根据新的所在地法律取得对抗第三方

的效力之前取得的。如果在该期限到期之前根据设保人或资产的新的所在地法律没有取得第三方效力，则担保权对于在短期内取得权利的第三方不具有对抗第三方的效力。

98. 本指南采用这种办法（见 A/CN.9/631，建议 46），在所在地变更之后在包容有担保债权人与处理设保人或资产的第三方的权利之间找到适当的平衡点。一方面，有担保债权人得到了适当的时间以采取行动保护其权利。另一方面，界定的固定期限使得所在地变更之后取得了担保资产上权利的第三方能够采取有效的保护措施，如在自动产生第三方效力的短暂时间到期之前扣留一项贷款或信贷延期或者拒绝购买价格，因为第三方可以依赖以下办法：放弃在该期限到期之前以其他方式没有取得对抗第三方的效力的任何外国担保权。

9. 第三方效力继续留存和断失

99. 如上所述，大多数采用一般担保权登记处系统作为取得第三方效力的办法的国家，也允许采取替代办法来取得第三方效力（例如，债权人占有、签署关于银行账户上的资金的控制权协定、在专门登记处登记、在产权证上加注）。通常，一个有担保债权人可以同时使用不只一种办法取得第三方效力。此外，一个债权人有时可以改变其取得第三方效力的办法（例如，取得占有权的有担保债权人后来可以向一般担保权登记处提交一则担保通知）。其中的大多数国家规定保证第三方效力继续留存，尽管取得第三方效力的方法有所变化，但只要担保权在一种或另一种办法下具有对抗第三方效力的时候即可。这就是本指南中建议的办法（见 A/CN.9/631，建议 47）。

100. 与此相反，也可能有第三方效力断失的情形。考虑一下在一种办法下第三方效力要求不再适用而且有担保债权人在断失时间之前没有通过另一种允许的办法取得第三方效力的情形（例如，登记可能到期或被取消或者有担保债权人可能放弃对担保资产的占有或者导致自动取得第三方效力的情形不复存在，而有担保债权人没有采取步骤通过另一种办法取得第三方效力）。在这种情形下，第三方效力便断失，并且必须在断失之后再重新设定。各国针对断失和重新设定采取了不同办法。

101. 某些国家认为，断失对于第三方效力的延续是致命的，重新设定只能自重新设定时刻起产生效果。本文中的政策没有要求竞合求偿人必须查询登记处的记录以便确定担保权是否已经存在。另一些国家规定了一个宽限期，在此期间可以重新设定断失的登记。在这些国家，如果第三方效力在稍微推迟后便重新设定，则该效力将被视为继续留存，有担保债权人的最初优先权将得以保留，但在断失期内取得了担保资产上权利的竞合求偿人除外。本文中的政策旨在允许第三方效

力可能意外断失的有担保债权人改正错误，只要任何第三方都没有因此遭受损害。

102. 在决定采用其中哪种办法时，最好是分析一下未能保证第三方效力继续留存可能产生的一般后果。两种情况特别有启发。第一种是第三方（如买受人或破产管理人或判决胜诉债权人）在断失之后且在重新设定第三方效力之前取得了该担保资产上的权利。由于在相关时刻担保权并不具有对抗第三方的效力，则这些采取干预措施的第三方将在无担保权的情况下取得担保资产。这两种办法中的任意一种都将产生这种结果。

103. 如果在断失之前有担保债权人的权利比竞合的有担保债权人的权利具有优先权，则会产生第二种令人关切的情形。作为一项总则，竞合的有担保债权人的优先权基于登记顺序或者第三方效力（见 A/CN.9/631，建议 78）。一种办法是，如果第三方效力断失，优先权只能从其重新设定的时间开始有效。断失的担保权将从属于在断失之前或断失期间登记或取得对抗第三方效力的竞合担保权。另一种办法是，对于在断失期限之前登记的或者取得对抗第三方效力的有担保债权人在起始时间重新设定优先权，但对于在断失时期登记的或其担保权取得了对抗第三方效力的有担保债权人没有重新设定优先权。

104. 上段的讨论涉及与第三方效力截然不同的登记，其理由是，与其他的第三方效力形式不同，登记可能先于担保权的设定。尽管登记的担保权只有在设定要求也得到满足之后才能具有对抗第三方的效力，自登记时间而不是后继设定时间起其级别高于竞合担保权。其结果就是，所涉及的政策考虑同样适用于在设定担保权之前登记通知、在设定担保权之前断失、第三方效力可以重新设定等情形。

105. 如上所述，采用这两种办法具有可靠的政策理由。尽管如此，由于一般担保权登记处是否有效且高效率地行使职能，取决于登记人和查询人是否对其完整性充满信心，本指南建议采用替代办法中的第一种。如果登记断失，或者如果由于取得第三方效力的一种办法在替代另一种办法之前不再有效而第三方效力断失，则可以重新设定第三方效力，但该效力只有自该时刻起开始生效（见 A/CN.9/631，建议 48）。

B. 特定资产的建议

1. 在为应收款、可转让票据或其他任何无形资产付款作保的对人权或对物权上担保权的第三方效力

106. 经常出现的情况是，应收款、可转让票据和其他无形资产由对人权或对物权（例如个人担保或担保权）来作保。例如，经营货物赊购的设保人可能拥有货

物上的担保权以便为买受人的支付义务作保。如果设保人本身就是放款人，其客户的支付义务可以由第三方的个人担保作为后盾。

107. 在大多数国家，从属的对人权或对物权担保权自动追续它们所作保的义务付款，即如果一项或多项担保权所支持的应收款的债权人或者可转让票据持有人将应收款或者可转让票据转让给第三方，则第三方受让人也将受益于这些担保权。

108. 从属担保权追续主债（应收款、可转让票据）的主张一般也适用于在应收款或可转让票据中可能取得的担保权。所以，例如，由于从属权利自动追续主债，如果应收款或可转让票据上的担保权已经取得了对抗第三方的效力，则该担保权应自动扩展至任何从属权利，而不必要求设保人或有担保债权人采取任何进一步行动。这种结果源于大多数国家的债权法律总则，而且这是本指南建议的办法（见 A/CN.9/631，建议 49）。

109. 但是，如果为主债作保的对人权或对物权属于独立保证，且在这种情况下法律制度采取不同的办法，也会出现另外的政策问题。

110. 在某些制度下，只要这些权利是可转让的且通过一项单独的法律行为完成转让，它们才追续它们作保的支付义务。这种办法基于以下设想：当事人期望的从属权利同它们作保的义务一起自动转让，但是，独立保证的独立性这一事实意味着当事人的期待通常会截然不同。在另一些国家，即使独立担保和其他权利也追续它们自动作保的义务支付，而无需采取新行动。这种办法基于以下设想：有担保债权人一般要求设保人转让为设保人的应收款作保的所有权利，简化取得这一结果的过程将节省时间和费用，并因此对信贷的获得和费用产生有利的影响。

111. 第二种办法也基于以下设想：独立权利（如独立保证）的第三方债务人的权利可以通过单独的规则来保护。例如，在独立保证下的支付权收益上的担保权情况下，第三方效力自动扩展到独立保证下的收益（即受付款；见 A/CN.9/631/Add.1，第 19 段），但是不会扩展至提取权，后者是一项独立权利（建议 26（b）项）。由于独立保证下的债务人得到这种保护，有担保债权人的权利的第三方效力不自动扩展至它可能对独立保证要求的任何权利，是没有道理的。第二种办法就是本指南中采用的办法（见 A/CN.9/631，建议 49）。

112. 不动产独立抵押情况提出了其他政策问题。在许多国家，在具有对抗第三方效力的应收款上取得了担保权的有担保债权人，能够自动地从为应收款支付作保的不动产的任何一般抵押中受益。在某些国家，不动产法律要求向土地抵押的

设保人发出担保权通知。本指南建议自动扩展第三方效力（见 A/CN.9/631，建议 49），尽管它确认土地法方面的压倒性政策可能使得各国采用第二种办法。

113. 某些国家有可能转让与这些权利所担保的主债毫不相干的不动产上的担保权。允许设定这几类独立抵押的国家这样做，主要是为了便利抵押品的证券化和转让。由于与独立抵押相关的专门的融资做法一般都是由国家土地法精心规定的，本指南建议，自动将为应收款或可转让票据支付作保的权利扩展第三方效力，不适用有关权利为独立抵押这种情况（见 A/CN.9/631，建议 49）。

2. 银行账户贷记款受付款上担保权的第三方效力

114. 银行账户贷记款是设保人可以提供的、作为贷款或信贷担保的一项越来越重要的资产。事实上，取得其担保权的资产并不是银行账户本身，而是设保人对银行账户贷记款的受付款（欲知本术语的定义，见 A/CN.9/631/Add.1，第 19 段）。各国对这类资产上担保权的第三方效力要求采取不同的办法。在尚未设立综合担保权登记处的国家，最简单的办法是适用应收款上担保权取得第三方效力的通则。这通常意味着要在专门转让或设定应收款担保权的特别登记处登记一则通知，尽管这有时也可能要求有担保债权人向账户持有人发出担保权的书面通知。许多设立了综合担保权登记处的国家也采取类似办法，即将银行视为应收款的债务人。由于银行账户上的资金不属于可以认定的资金，所以，有担保债权人既不能取得占有权本身，也不能将银行作为其代理。因此，在一般担保权登记处登记，是取得第三方效力的专用办法。

115. 其他设立了一般担保权登记处的国家最近根据有关账户“控制权”的设想，制订了一套专门的第三方效力规则（欲知“控制权”定义，见 A/CN.9/631/Add.1，第 19 段）。如果有担保债权人是开户银行，控制权（和第三方效力）是自动的。其他有担保债权人能够通过两种方法中的任意一种取得控制权。一种是由有担保债权人将设保人替换为银行账户上的客户。尽管这设定了相当于占有性质押的实用权利，但是，设保人核定其他在正常营业过程中需要自由进出的经常账户却是不可行的。因此，另一种变体，“控制权协议”就成为实践中使用最多的办法。控制权是通过设保人、有担保债权人和银行之间的协议取得的。有关开户银行的自动控制权，控制权协议并不一定会导致资金冻结。即使在以其他方式发出通知之前设保人仍然能够随意从账户上提款时，也还是取得了控制权（并因此取得了第三方效力）。

116. 根据这两种一般做法（即将账户的受付款视为只能通过在一一般担保权登记处登记担保权才能取得第三方效力的应收款，或者允许通过控制权协议取得第三方效力而不需要登记），设保人在正常营业过程中进行转让的银行账户资金的受

让人没有得到担保权（见 A/CN.9/631，建议 103）。否则，这两种办法会产生截然不同的优先权后果。根据第一种办法，作为一项通则，优先权是按登记担保权的顺序开始的。开户银行以其有担保债权人的身份不能享有任何特殊的优先地位（尽管根据其他法律这种银行一般都有权就排序优先的有担保债权人提出的付款要求，抵销它对设保人提出的任何债务，而且这通常意味着它拥有事实上的优先权）。根据第二种办法，拥有自动控制权的开户银行比其他有担保债权人拥有优先权，但通过将设保人替换为银行账户上的客户而取得控制权的有担保债权人除外（见 A/CN.9/631，建议 101）。

117. 第一种办法通过公开登记确保透明，并允许设保人不经开户银行同意便设定担保权。第二种办法更加符合银行惯例。开户银行的自动控制权与抵销法律相类似，它允许开户银行使用客户账户贷记款，因此欠设保人的款项相当于由于向该客户提供信贷该客户欠银行的款项。但是，一旦银行收到为第三方设定担保权（或转让）的通知，其抵销将来贷款的权利一般便失效。这可能给开户银行及其商业客户造成了困难，它们通常肯定能够在与银行账户有关的融资交易中非常迅速地采取行动。确保在按照客户指示采取行动之前没有收到第三方转让或担保权通知，这种要求可能影响了这些交易的效率。有关收到通知和银行发放信贷的具体时间不确定，也可能引起第三方有担保债权人或受让人与银行之间的诉讼。自动控制权概念加上赋予开户银行的优先权消除了这一风险和不确定性根源。

118. 这种办法允许通过“控制”账户取得第三方效力，不会对设保人产生任何不利的影响。首先，设保人必须同意为开户银行设定担保权。如果银行不属于一种融资渠道，设保人大概不会同意。此外，在确保第一优先权给予另一个有担保债权人更稳妥的情形下，与控制权有关的优先权规则也可能被从属协议所改变。在竞争激烈的银行环境中，银行不会毫无根据地不同意从属关系（或者不同意缔结控制权协议），因为设保人总是随意地将其账户换到另一家机构。

119. 至于控制权概念中固有的不透明现象，它不会使第三方的处境比其已有处境更加不利。如上所述，开户银行根据其他法律一般有权抵销设保人欠它的任何债务，并且优先于有担保和无担保设保人的债权人的权利。由于抵销不是一项担保权，不必遵守公开登记要求，银行也不必向第三方披露其抵销权。因此，采用第一种办法的国家的债权人不能依赖在登记处公正查询，因为银行总会在其私人抵销权利中有一种偏爱。根据设保人的指示从这种账户支付资金的受让人也会受到损害，因为如上所述，它们一般都没有得到这两种办法下的担保。

120. 采用“控制权”概念作为取得第三方效力的办法的国家将其作为一种专用办法。换言之，在这些国家，第三方效力可能通过登记或通过控制权来取得。但是，如上所述，有担保债权人通过控制权取得第三方效力受到了积极鼓励。拥有

控制权的有担保债权人比任何仅仅登记的有担保债权人拥有优先权，无论控制权和登记各自出现的顺序如何（见 A/CN.9/631，建议 101）。但是，登记的确保证了担保权将取得对抗设保人的判决胜诉债权人和破产管理人的效力，因为只可以对其他有担保债权人而不可以对所有竞合求偿人要求给予拥有控制权的有担保债权人以优先权（见 A/CN.9/631，建议 101）。因为第二种办法更符合银行惯例和银行及其商业客户的普遍期待，本指南建议除了在一般担保权登记册上登记之外，“控制权”可被视为一种优于银行账户贷记款受付款的、取得第三方效力更受青睐的办法（见 A/CN.9/631，建议 50）。

3. 独立保证下收益上担保权的第三方效力

121. 正如第四章所述（见 A/CN.9/631/Add.1 第[...]段），在许多国家，必须设定独立保证下收益上的担保权（欲知该术语的定义，见 A/CN.9/631/Add.1，第 19 段），但是不设定独立保证下提取权上的担保权（见 A/CN.9/631，建议 28）。另一方面，某些国家甚至不允许取得独立保证收益上的担保权。但是，即使在采取了本指南建议的立场的国家，具体资产的特定性质也使这些国家对取得第三方效力的方法采取不同政策。

122. 在某些国家，这种担保权取得对抗第三方的效力的办法可能不只一种。例如，尽管有担保债权人不可能取得占有权，因为该资产（独立保证下收益）除非且直到支付后才能以物质形式存在，有担保债权人可以在一般担保权登记处登记一则通知。替代办法是，在承认“控制权”主张的国家（欲知独立保证下的收益上担保权方面的“控制权”定义，见 A/CN.9/631/Add.1，第 19 段），有担保债权人可以自动取得控制权或者签订控制权协议，这取决于当时的情形。

123. 在其他国家，“控制权”是独立保证下的收益权上担保权取得第三方效力的公认的专用办法。如果有担保债权人是签发人或其他被指名人，控制权和因此产生的第三方效力自动存在（欲知这些术语的定义，见 A/CN.9/631/Add.1，第 19 段）。如果有担保债权人是第三方，控制权则要求签发人或其他被指名人确认有担保债权人凭受益人的适当提取权收受该收益的应享权利。根据这种办法，只要签发人同意向有担保债权人支付适当提取的收益，有担保债权人便能够取得控制权及因此产生的第三方效力。签发人同意是必不可少的，因为签发人需要得到以下保证：已经适当做出说明且受益人已经同意有担保债权人收受该收益的权利。否则，它会发现自己可能要对受益人违反该保证书的条款和条件负赔偿责任，向没有收受该付款的权利的有担保债权人支付该收益。

124. 如上所述，独立保证下收益权的性质使其难以通过占有收益取得第三方效力。但是，有担保债权人可能占有该文书本身。尽管占有独立保证书并不能取得

第三方效力，但是，当独立保证书的条款要求将独立保证书的实物呈现给签发人以便于提款时，占有权将为有担保债权人提供实际保护。如果有担保债权人不合作，则受益人便不能有效提款，所以，取得占有权的有担保债权人可能通过以下方式保护自己：要求受益人在交出该文书的占有权之前得到一份将取得控制权的确认书。

125. 信用证和独立担保业的特定做法，对于在独立保证产生的权利上设定担保权的方式，以及可能取得担保的这项权利产生了重要影响（见 A/CN.9/631，建议 28）。同样的特定做法要求人们特定关注可能取得第三方效力，特别是对抗签发人和被指名人的效力的方式。为了在没有适当提示，或者在一旦适当提款之后担保协议中的条件便可能剥夺有担保债权人要求付款的权利时，保护签发人免于承担向有担保债权人付款的潜在赔偿责任，本指南建议控制权是有担保债权人可能取得第三方效力的专用办法（见 A/CN.9/631，建议 51）。

4. 可转让单证上或可转让单证所涵盖货物上担保权的第三方效力

126. 可转让单证（例如，提单）的核心特征是它代表了它所涵盖的货物（欲知“可转让单证”的定义，见 A/CN.9/631/Add.1，第 19 段）。由于单证是可转让的，所以它具有有形特点，允许其持有人要求占有它所代表的权利。交付适当背书的可转让单证一般也被视为对于转让该单证所代表的货物的权利有效。由于这一原因，在大多数国家，可转让单证中的担保权一般也扩展至可转让单证所涵盖的货物。如果可转让单证中的担保权是有效的，则该单证所涵盖的货物的担保权也是有效的（见 A/CN.9/631，建议 53）。

127. 可转让单证的有形特点意味着，如果国家设立了一般担保权登记处，单证中的担保权可以通过以下两种方式中的任意一种取得对抗第三方的效力：（一）在一般担保权登记处登记，或者（二）将单证的占有权转让给有担保债权人，只要货物由该单证所涵盖（见 A/CN.9/631，建议 52）。

128. 尽管登记和占有是取得第三方效力的替代手段，但它们没有产生相同的后果。在大多数国家，在货物由单证涵盖期间取得该单证占有权的有担保债权人，比下列竞合求偿人都拥有优先权，如买受人或其他受让人以及有担保债权人，包括通过早些时候在一般担保权登记处登记取得第三方效力的有担保债权人。这种办法反映并且赞同了维护单证在商业做法中的可转让特点这一需要，而且由于这个原因，这成为本指南建议的办法（见 A/CN.9/631，建议 107）。

129. 实际上，有担保债权人可能必须放弃对单证的占有，以使设保人能够在其营业过程中处理货物。一般说来，这将导致第三方效力的断失，除非有担保债权

人也通过登记取得第三方效力。但是，在许多国家，还没有登记其担保权通知的债权人，在放弃了对单证的占有以使设保人能够出卖、交换、装卸或以其他方式处理可转让单证所涵盖的货物之后，无论如何都能从自动取得第三方效力的临时时期（例如，15 天或 20 天）受益。这种自动产生的第三方效力并不取决于在该期限到期之前有担保债权人再次取得第三方效力。这意味着担保权对于在临时期限产生的第三方权利具有效力，即使在该短暂时期到期之前担保权没有通过其他方式取得对抗第三方的效力。这种办法反映了基于可转让单证所代表的货物的融资交易时期一般较为短暂这一特性，这种单证一般涉及一国制造商或主要生产商与另一国批发商买受人之间的国际货物销售下的融资。在正常的活动过程中，这类交易中的有担保债权人将在该期限到期之前得到付款，绝不会收回可转让单证的占有权（见 A/CN.9/631，建议 54）。

130. 但是，重要的是要注意，为了使这种自动取得的第三方效力存在，必须缔结担保协议（即，担保权必须在各当事方之间有效）。可考虑一下担保权通过口头协议或者向有担保债权人转让占有权设定这种情形。转让占有权不仅是取得第三方效力的一种办法，而且是通过口头协议设定担保权的重要因素。但是，如果担保权没有通过转让占有权而设定，书面协议则是必须的。因此，如果有担保债权人后来临时放弃了占有权，自动取得的第三方效力不会产生，除非有一项书面协议足以确保担保权在各当事方之间继续存在。

[委员会说明：委员会似宜考虑订正建议 14，以期阐明如果有担保债权人放弃了通过口头协议和转让占有权设定担保权的担保资产的占有权，则担保权要想继续存在就必须签订一份书面协议。]

C. 建议

[委员会说明：委员会似宜注意到，鉴于 A/CN.9/631 号文件包括担保交易立法指南的一套合并建议，本文不再引述这些建议。一旦这些建议最后定稿，将在各章的末尾引述建议。]