



大会

Distr.: Limited
12 March 2002
Chinese
Original: English

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	1-72	2
五. 公布	1-72	2
A. 总论	1-72	2
1. 导言	1-68	2
2. 动产非占有性担保的公共登记	1-8	3
a. 所有权交易与担保交易	9-46	3
b. 合意担保权利与非合意担保权利	9-14	4
c. 单独一种抵押登记相对于多重抵押登记	15-17	5
d. 通知备案相对于文件备案	18-21	5
e. 登记的时间	22-23	5
f. 登记通知的必要内容	24-28	6
g. 必须保护作保资产的间接受让人	29-37	7
h. 与不动产登记处的链接	41-42	8
i. 一般抵押登记与特定资产所有权登记的链接	43	8
j. 私人登记或公布	44	9
k. 登记和要求执行	45-46	9
3. 解除债务人占有权和同等的控制机制	47-58	9



	段 次	页 次
a. 解除债务人占有权能否替代登记?	47-50	9
b. 占有权的性质.....	51-52	10
c. 象征性占有.....	53	10
d. 第三方当事人通知或控制.....	54-58	10
4. 未作公布的担保权利对第三方当事人的效力	59-64	11
5. 已作公布的担保权利对第三方当事人的效力	65-68	12
B. 小结和建议.....	69-72	13

五. 公布

A. 总论

1. 导言

1. 如前所述（见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.3，第 10 和 15-20 段），有必要促进授予非占有性担保权利。非占有性担保虽然历史上曾经有过，但只是在十九世纪才开始重新出现，现在在某些国家还受到限制甚至视为不合法。之所以如此，历来的解释是人们认为需要保护其他债权人不受债务人仍然占有资产所造成的虚假财富的蒙蔽。然而，对虚假财富的担忧，单独地看，是一个有些过时和并不充分的理由。在信贷占主导地位的商业性世界中，当第三人发现债务人的资产要用来支付担保的费用或者受制于供应商或出租人的优先所有权时，他不应当感到惊讶。然而，这不等于说担保交易制度可以即使对非占有性担保不要任何公布要求也万无一失。可靠、有效的公布制度具有很高的效力和避免纠纷的好处。

2. 首先，公布可使潜在的有担保债权人能够确定有关资产是否已经用来向前一位债权人支付担保费用，从而能够评估自己相对于竞合担保权利的优先次序。没有公布，有担保债权人将必须依赖债务人的保证或者进行广泛的实情调查。这往往会影响缺乏可靠信用记录的债务人获得信贷，并通过将债务人与他们已建立起可靠金融关系的债权人捆绑在一起而限制金融市场的竞争。

3. 其次，还需要用公布来适当处理债务人擅自处分作保资产的后果。如无公布，法律制度将不得不选择或是保护有担保债权人不遭受债务人不正当行为的后果，或是保护正当受让人免受他们不知悉或无法知悉的秘密留置的风险。公布消除了在这两个极端之间折中取舍的必要性，使法律制度得以维护所有合意动产交易的安全性。

4. 第三，公布能为证明担保的有效日期提供客观的机制，从而将诉讼变为解决将担保文书日期提前的作弊嫌疑。当然，提前日期这种欺诈风险在以专业化和重声誉的金融机构为主导的信贷市场中并不多见。再则，这个问题可以通过要求担保协议符合某些形式而又不要同时公布关于担保权利的通知来解决。然而，增加公布这个要素使无担保债权人能够更加有效地评估债务人的资产中是否还有任何未作保的价值来偿还他们自己的债权。如无公布，唯一的信息来源将是债务人，而债务人可能并不是给予合作或可靠的来源，从而迫使债权人发起一个最终可能是徒劳无益的要求执行的程序。

5. 当资产为不动产时，设立一个可供公众查询的登记处即可大体上满足对公布的要求。

求。设立土地登记处是为了向第三方当事人全面公布某些不动产所有权的现状，包括已作注册的所有人所授予的任何所有权抵押。许多国家已经为数目有限的一些高价值动产（例如船舶、飞机、露营房车和有时候还包括其他公路车辆）设立了类似的登记处。但是，大多数形式的动产无法加以充分详细的描述，或者动态性太强或并非长期固定，因而不能采用土地所有权登记的模式。这对于无形权利以及对于基金或者库存品和债权等各种流动资产来说尤其如此。

6. 为了解决这些实际困难，出现了纯抵押权登记这个概念。这种登记不是按对作保资产的所有权来编制的，而是按出押人的姓名进行登记和查找登记的。出押人的所有权问题以及作保资产是否实际存在则依照没有记录在案的事件和事实确定。

7. 关于动产担保抵押权登记的想法可以追溯到十九世纪初期，历史上它是与具有普通法传统的国家相关联的。然而，这个概念已不再被视为是普通法的一个特殊现象。这种登记处日益获得认可，以用作世界各地现代和全面的非占有性担保制度的必要基础设施。这一动向反映在欧洲复兴开发银行和美洲国家组织的担保交易示范法中，也反映在最近的《移动设备国际权益公约》中。

8. 本章首先审查有效、高效率抵押权登记的必要前提，然后讨论对占有性担保权利是否也需要公共登记和是否应当允许有替代的公布方式等问题。本章最后审查公布的作用应当是用作使当事人之间的担保生效的前提还是仅用作使担保对第三方当事人生效的前提这个问题。虽然这必然会要求就担保对第三方当事人的效力作比较一般的分析，但对公布与优先权之间关系的全面讨论将在关于优先权的另外一章（第七章）中进行。

2. 动产非占有性担保的公共登记

a. 所有权交易与担保交易

9. 虽然设立纯抵押权登记并非为了为出押人对作保资产的所有权提供证据，但这并不意味着一切所有权交易都应当排除。早先设立的抵押权登记主要是为了使有担保债权人获得一个公开证明担保权的手段，以便保护自己不受其他债权人提出的关于将日期提前进行作弊的指控。这仍然是某些制度中的重点，结果，只有到担保权利涉及到债务人已经拥有的资产（例如公司收费）时才要求公共登记。由于在出售或者出租情况下保留所有权因而产生的担保，按定义并不涉及从出押人现有继承财产中提取价值的企图，因此不需要登记。

10. 然而，在较新的登记制度中，防止提前日期作弊仅仅是登记处职能的一个附带方面。主要的重点是在于真正的公布。其目的是尽可能提高外人的分辨能力，判定由债务人占有和控制的资产是属于债务人还是受限于第三人的财产权。为了确保做到尽可能众所周知，所有担保安排，无论是按严格意义上的担保构成的，还是通过移交或保留所有权构成的，都必须加以登记，以便维护其对第三方当事人的有效性。

11. 的确，只要允许一人占有和控制为他人所有的资产，即使为了担保债务没有动用所有权，也会出现类似的公布问题。这就需要将登记的范围扩大到所有非占有性交易，即使其功能并非是为债务担保，因为这种交易在商业管理中相当普遍，足有可能损害第三方当事人利益。反映这一趋势的是将《移动设备国际权益公约》的范围扩大超出卖方收费和对其有利的保留所有权安排之外，使之还包括飞机租赁安排，不管这种租赁是用作担保还是代表了真正意义上的租赁（即租费精确地反映了有关期限内飞机的使用价值）。这种做法还用来减少对介于担保与所有权之间经济划分线上交易的适当

定性而发生的诉讼，而保留所有权的出售协议和租赁交易则是困难的主要来源。不可能完全消除这个问题，因为它在要求执行时也需加以考虑。但是，规定一个共同的公布要求会减少纠纷的可能性。

12. 为了避免管制过度，需要有某种手段来确定需作登记的交易的范围。如果进行所有权交易的目的是为了给债务提供担保，那么便可以使用担保的功能性定义，使之包括能用来为履行某项义务提供担保的任何交易，而不管对债权人和债务人来说所有权位于何方。

13. 如果交易从本质上说没有得到担保，甚至从功能角度来看，也没有得到担保，在这种情况下，总的立法趋势是重新采用较重视形式的做法。在某一国家视为最有可能造成潜在困难的那些交易是按其形式结构确定的。在采用这种做法的制度中，出现了下列说明性的清单（虽然并非所有制度都将所有四种交易类型包括在其范围内）：

- (一) 长期（例如超过一年的）租赁，即使这种租赁的功能并不是作为被租赁货物的购买等值担保；
- (二) 商业寄售，在这种寄售安排中，库存品交付给代理商以便向公众转售，除非债权人完全知道该代理商专门从事寄售库存品，例如拍卖行和艺术经纪人；
- (三) 帐户应收款或债权的单纯转让（即出售）；
- (四) 货物的单纯出售，如果在一段合理的时间后让卖方占有该货物。

14. 这种做法的困难在于它以历史定向。历来在公布上造成困难的交易类型是按其名义结构确定的。今后可能会有新的交易结构出现，这种交易会在公布问题上令人们同样关注。因此，较可取的做法也许是转而采用一种以问题定向的概念，以便要求凡某人占有或控制属于他人的动产且时间超过公认法定的合理时间的情况，必须进行登记。

b. 合意担保权利与非合意担保权利

15. 原则上，真正的动产担保公布登记范围应当包括所有担保权利，既包括依法产生的权利，又包括协议产生的权利。虽然它们的构成方法不同，但都有着相同的令人关切的公布问题。

16. 然而，许多问题取决于特定的非合意担保权利对第三方当事人的效力。如果非合意担保权利所依据的是非常强有力的公共政策，从而要求赋予债权人相对于所有其他债权人，无论是有担保债权人还是无担保债权人，也无论是前面的债权人还是后面的债权人，都享有超级优先权，那么，公布不会产生多少实际好处。但是，如果排序所依据的是时间在先规则，或者如果非合意担保权利的持有人享有一项一般权利，能追讨甚至由善意买方占有的作保资产（追讨权），则使非合意有担保债权人与合意有担保债权人一样受制于相同的全面公布和优先权框架就十分必要。

17. 有越来越多的登记制度允许凡认可判决的债权人（即债权已经法院判决认可的债权人）在动产担保登记处登记判决通知，这种登记等于设立了针对所判债务人财产的一般担保权利。这种做法间接地促进了迅速偿还判决确定的债务，省掉了不得不采取积极的措施执行判决的费用和负担。判决一经公布，判决确定的债务人实际上不得不先偿还债务和终止登记后才能够出售其资产或者将资产用作对未来债务的担保。

c. 单独一种抵押登记相对于多重抵押登记

18. 未经改革的登记制度通常视资产的性质（例如欠款帐册）、出押人的地位（例如公司）、担保方法的正式性（例如抵押、负担、转让）或甚至有担保债权人的地位（例如银行）而设立不同的登记，这反映了非占有性担保逐项而定的演变过程。

19. 只要登记的重点是防范将所填日期提前而进行作弊，抵押登记分别进行而又经常重叠无碍大事。但随着重点现在正向尽可能扩大公布转移，存在多重相互重叠的登记有损于公布的职能，不能明确地确定同一债务人以同一资产作保授予的但在不同登记处登记竞合担保权利之间的优先权或者对第三方当事人的效力。

20. 因此，较新的制度为各种担保权利和类似的交易设立一个统一的登记处。这继而使登记能够根据简单的登记在先规则为排序提供一种共同的推定公式（虽然保留所有权的协议和具有类似功能的安排通常受到特殊的保护，不受这条规则的影响）。

21. 计算机技术的发展为统一集中提供了很大的方便。计算机化能够使所有登记，无论资产性质或当事人的地位，都能输入到同一个数据库，同时允许登记人和查询人有多个查询点。

d. 通知备案相对于文件备案

22. 早先的制度由于其主要目的是为提供客观证据防范将所填日期提前而作弊，因而往往规定相当繁琐的登记要求。必须交存担保协议的实际副本备案，有时候还须附有（相对于其他债权人权利的）诚实信用宣誓声明和执行证明书。这种做法适得其反，增加了交易费用和有担保债权人的风险，并给登记所形成的公布是在备案文件的所有内容还是仅在某些主要条款方面对第三方当事人有效这一问题上造成不确定性。

23. 现代的登记制度大大简化了登记过程，不必交存实际担保文件，所需要的仅仅是简单的通知，列出提请第三方当事人注意担保的性质和范围所必须的基本信息。与交存文件备案相比，交存通知备案具有下列好处：

- (一) 减少登记处的管理和存档负担；
- (二) 减少有担保债权人的交易费用，并相应减少出错的风险；
- (三) 提高债务人事务的保密性；
- (四) 提高谈判和商定担保协议条款的灵活性；
- (五) 对查询登记的第三方提高确定性和增加公开性。

e. 登记的时间

24. 在交存通知备案制度中，实际上并不需要在登记之前先订立担保协议。是否应当作为一个政策事项允许事先登记，还较有争议。一些制度允许这样做。在另一些制度中，则必须首先存在形式上的担保协议，虽然并不需要预付资金。两种做法各有利弊。

25. 如果假设按照登记的时间来确定有担保债权人之间的优先权顺序，事先登记则使有担保债权人能够在实际预支资金前不必核查其他登记的情况下确定其优先权的排序。还能在发生基本担保协议登记时有技术上缺陷但随后在不对第三人造成中间任何损害而加以纠正的情况下避免担保无效或者优先权丧失的风险。

26. 另一方面，对于在交存备案后但在实际执行担保协议从而构成担保之前这段期间所赋予的某些类型的第三方权利来说，事先登记使登记的优先权排序功能复杂化。对于其他可登记的权利来说，没有困难，因为优先权可以按照登记的次序确定，为此每一项担保权利可以追溯到登记那一刻。但当将资产卖给一个买方或者当指定某一破产管理人时，将需要有没有记录在案的事实证据来确定这些权利是在担保实际上已经构成之前还是之后赋予的。然而，即使在不允许事先登记的制度中也会产生相同的举证责任。由于担保的来源是协议而不是登记本身，所以仍然需要有独立的担保协议证明。虽然这削弱了登记作为避免将所填日期提前进行作弊的机制的价值，但它是交存通知备案这一概念的必然附带结果。

27. 事先登记还增加了在谈判流产和根本未授予任何担保情况下出现虚假登记的风险。可以通过规定一种强制性解除义务的简易程序来减少这种风险，反正当担保债务得到履行时也总是需要这种程序的。某些制度试图采用一种折衷的解决办法。可以进行事先登记，但条件是应当在协议执行前的某一确定时间（例如 30 天）内进行。这种性质的宽容期加重了未记录在案的证据调查工作，不过对于消费者交易来说还是可以加以考虑的，因为在消费者交易中，出押人可能没有足够的知识或者机敏来利用法定的解除义务程序。

28. 事先登记问题在一定程度上与所登记的担保通知必须载列什么资料这个问题有关。所需资料越详细，就越需要先有担保协议，而事先登记的实用价值也将越小。

f. 登记通知的必要内容

29. 为了具有最起码的公布价值，担保通知应当指明出押人和有担保债权人，并描述作保资产。由于出押人的名称是主要查询标准，所以通常都制定规则用以为登记和查询确定正确的法定名称。当出押人为个人时，有时还规定需要提供额外资料，例如出生日期，以便使查询结果易于管理。当出押人为企业时，登记处的数据库有时与某一国家掌管的企业名称登记处相链接，以便提高输入的精确度。

30. 所有权登记一般要求具体指明作保资产，担保是按照具体的资产进行归档和查询的。在抵押登记中，出押人名称登记消除了独一无二的逐项说明的必要性，从而放宽了能够作有效公布的担保的范围。登记一次就能够公布用现有资产和日后所得资产所作的担保，以及用流动资金或者资产总体（例如，“所有债权”或者“所有库存品”）所作的担保。在这种情形下，对第三方的效力追溯到登记这一刻，而不是债务人实际获得对特定资产的权利这一刻。这种制度允许对债务人的全部资产（例如“所有现有和日后所获动产”）进行公布。

31. 人们对这种范围很广的担保权利颇有争议，其部分原因是担心第一登记债权人对于债务人获得担保融资的机会具有地位上的垄断。另一部分原因是用所有资产担保有可能减少或者甚至消除可用于分给执行债权人和破产债权人的未作保资产总值。担保交易制度应当兼顾这些政策上的考虑，但不应当以这些政策考虑为由武断地限制通过在登记的担保通知中的概括性或者超概括性描述而可得以有效公布的资产的范围。解决这些关切考虑较好办法可以是阐述实质性的超优先权规则，这些规则的目的是维护债务人获得更加特殊的未来融资来源的机会或者保护特别脆弱类别的无担保债权人。制定这种超优先权规则的必要性在第七章中讨论（见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7，第 33-37 段）。在消费者融资中，除了这些解决办法外，可能还需要直截了当地禁止以日后获得的消费者资产作保，这一点已经在第四章中作了讨论（见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4，第 22-23 和 55 段）。

32. 即使在允许概括性和超概括性描述的法律制度中，也对什么构成充分的描述采取了不同的做法。在某些制度中，仅要求登记当事方指明作保资产的一般性质（例如物），即使担保权利实际上限于某一特定物（例如一辆汽车）。而在有些法律制度中，则要求这种描述符合备案中所述的资产的实际范围。

33. 两种做法各有利弊。不要求太确切的描述减轻了债权人发出通知进行备案的负担，也减少了描述中出错的风险，还使有担保债权人和债务人能够修改他们的担保协议，在同一个概括类别中增加新的资产而不必重新登记一次。

34. 另一方面，这种制度对第三方当事人来说其公布价值有限。为了确定担保的确切范围，他们必须直接从有担保债权人那里或者通过债务人获得保证。此外，即使现有担保协议涵盖的资产范围较小，但接受登记描述范围内任一资产作保的竞合有担保债权人将需要获得第一登记债权人对优先权的放弃。由于有担保债权人之间的优先权顺序与当初的登记有关，所以需要有明示的放弃才能保护有担保债权人防范出押人可能在日后根据某一未来的协议扩大作保资产范围的风险。

35. 对通知中是否必须具体指明所出押作保的价值这一问题也有不同的做法。为了兼顾债务额不定的融资做法（例如自动展期的循环贷款），没有一个现代制度要求在登记通知中具体指明所担保债务的实际价值。然而，某些制度要求列入最高限额价值（关于担保协议中最高额条款的讨论情况，见 A/CN.9/WG.VI/WP.2，第 13 和 16 段）。这项要求的主要目的是方便出押人能够使用在第一次登记的担保所抵押的资产中留下的剩余价值而从其他有担保债权人那里获得排序“第二的融资”。如果没有这种要求，后续的有担保债权人必须要求第一登记债权人明确放弃优先权。否则，由于优先权从登记时间起算，第二登记债权人将排列在第一登记债权人随后所作的任何预付款之后。实际上，如果制度允许只登记一次即可公布相同各方当事人之间随后协议内的担保，那么即使现有担保协议眼下没有考虑到任何新的未来预付款，也会出现这种风险。

36. 各种做法互有利弊。如果通知不指明任何最高限额价值，第一登记有担保债权人和出押人将能够完全自行增加信贷额，或者甚至订立全新的信贷安排，而不必担心丧失优先权，也不承担登记手续上所造成的额外交易费用。另一方面，除非第一登记债权人愿意放弃优先权，否则出押人利用作保资产的剩余价值授予担保的能力将受到限制。在相互竞争的信贷市场，债务人通常有充分的影响力很容易获得对优先权的放弃。然而，如果担保协议含有针对权益丧失的惩罚条款，也许就不能按合理的条件获得这种弃权。与此同时，如果总是登记极其夸大的估计数，最高额要求所提供的保护就形同虚设。当债务人具有充分强大的谈判实力时，这可能不是问题，但是，在这种情形下，可能原本就不需要保护。在另一些情形下，如果登记的数额并不反映出押人与有担保债权人之间任何现有协议中有担保债权人的实际放款义务，那么即可能必须采用一种程序，让出押人至少在消费者交易中可要求减少登记的数额。

37. 两种做法都对查询人造成新的查询负担。必须直接与当事人接触才能确定帐户的实际现状。即使在必须公布最高价值时也是这样，因为这个数额并不反映任何某一时刻尚未清偿的实际所担保的债务，而仅仅是有担保债权人因其所受担保而有权从作保资产中抽取的最高价值。

g. 必须保护作保资产的间接受让人

38. 真正的担保一般使有担保债权人有权追踪作保资产，而不管这种资产可能落到谁的手中。否则出押人将有权单方面终止担保。然而，对于有担保债权人通常的追讨权，可能有必要在以出押人为索引的抵押登记中加以限制。当作保资产成为擅自连续转让

的标的时，潜在的购买人或有担保债权人就不能够通过按当前持有人的名称进行查询而保护自己。这种查询将不披露前任所有权人所授予的担保权益。

39. 视法律制度将如何希望在维护担保和维护登记的可靠性之间达到平衡而定，解决这个问题可以采取不同的形式。至少应当要求有担保债权人在发现有转让后修订其登记内容，痛苦地排列在受让人在有关资产中所获的权益之后，指明作保资产的受让人为新增加的出押人。某些法律制度可能希望更进一步，从而保护所有第三方当事人或者至少是特别脆弱类别的第三方当事人，哪怕有担保债权人并不知悉债务人擅自处分的情况。

40. 为了大大减轻间接第三方当事人问题，可以在资产价值特别大且具有可靠识别号码的情况下，例如公路车辆、船舶、露营房车、拖车、飞机等等，要求具体指明该资产，以便有效地向购买人和竞合的有担保债权人进行公布。虽然这限制了有担保债权人公布在日后所得资产上设立的担保的能力，但是指明具体资产实际上只有对出押人商务中使用的资本资产和为个人目的使用的消费者资产才有必要。对库存品来说，这个问题仅在旧货经纪人获得了含有卖方授予的担保权的资产然后将资产转售给公众的情况下才出现。应当考虑扩大对日常商务过程中所转让资产的购买人而给予的保护范围，以便保护这种资产的受让人。这些事项在第七章中作进一步讨论(见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7，第 30 段)。

h. 与不动产登记处的链接

41. 现代担保交易法通常允许以不动的动产和可移动的不动产作保授予动产担保权利，不动的动产包括按预定附属于土地但毫不丧失单独个性的动产（例如炉窑），而可移动的不动产则包括按预定将成为动产的不动产（例如种植作物）。这种担保权利与其他动产类别一样须服从相同的公布要求，但有一项限制。有些土地上附着或安设了动产，为了对这类土地的权利主张人发生效力，担保通知通常还必须交存土地登记处备案，以便维护不动产登记处的全面公布功能。

42. 设立一个全面的动产抵押登记引起一个问题，即当担保协议既涉及不动产又涉及动产时，协调公布事宜是否可行。似乎尚无任何法律制度已经做到了这一点。土地登记基本上是按照特定的资产编制的，既用作所有权的记录，也用作关于抵押的记录。只要另外还有一套所有权人名称索引存在，即可设立共同的备案系统。但这将要求这两套系统中使用的名称惯例紧密协调。另外，由于必须保持土地登记的完整性，因此通常将要求不仅仅按出押人的名称，而且还按特定不动产来登记担保。这之所以必要，是因为在所有权登记中，通常在公布方面没有必要担心纯担保与通过有担保债权人受让或保留所有权所产生的担保之间的区分。无论记录中将债权人确定为财产的所有人还是确定为所登记的所有人所有权的抵押权，公布总是充分的。区分所有权和担保权只有对要求执行来说才是重要的。

i. 一般抵押登记与特定资产所有权登记的链接

43. 类似的考虑可能在动产抵押登记与船舶、飞机、公路车辆和知识产权等动产的特定资产所有权登记的登记资料协调或融合中造成困难。对有形物来说，只要抵押登记处增设按资产识别号码来进行查询的能力，就可能减轻这些困难。对于知识产权来说，困难比较难以克服，这是因为不可能有同样的资产识别系统，也因为设立知识产权登记的主要目的不是为了便利商务交易。无论采取什么做法，一般有担保交易法必须确

定在特定资产登记中的备案能在多大程度上优先于在一般动产登记中的备案，并且必须协调不同制度间的优先权。鉴于知识产权的经济重要性日益增加，对知识产权以及与知识产权相关联的许可证和特许权使用费付款的担保来说，这就特别重要。

j. 私人登记或公布

44. 有些制度回避所谓的公共抵押登记，而是倾向于范围比较有限的通知手段：例如在债务人自己的簿册或者公证人或法官的簿册中登记通知或者口头声明或登报通知。虽然其中一些通知手段充分解决了对于将所填日期提前而进行作弊的担忧，但这些手段缺乏永久性和公共查阅简便性，而这些却是为确保真正的公布和确立对第三方当事人的优先权所必需的。如果设立一个全面的抵押登记处，就可以放心地取消这些通知途径。

k. 登记和要求执行

45. 在某些法律制度中，有担保债权人应当先登记其担保权利，然后才有权针对作保资产要求执行补救措施。而在有些法律制度中，登记并不作为要求执行的先决条件。究竟采取哪一种做法，在一定程度上取决于谁承担责任把启动执行行动一事通知已在作保资产上登记了权利的第三方当事人。如果这项责任直接由有担保债权人自己承担，则可能没有必要登记属于要求执行的债权人自己的权利。相反，如果由登记员或某个其他公职人员承担这项责任，那就需要登记，以便通知有关工作人员有必要向其他已作登记的求偿人发出通知。实际上，在采用后一种做法的法律制度中，即使对于最初通过解除债务人占有权而作公布的担保权利来说，也将需要先以登记方式公布，然后才能要求执行。

46. 预先登记拟要求采取的执行行动也可以使正在考虑启动执行行动的有担保和无担保竞合债权人减少查询负担。否则，他们将必须进一步查询所有已作登记的有担保债权人，以便确定是否已经启动了要求执行的行动。虽然为了确保充分的协调，实际上必然需要债权人之间的某种联系，但登记将至少能够使其他债权人有重点地进行其查询。

3. 解除债务人占有权和同等的控制机制

a. 解除债务人占有权能否替代登记？

47. 占有性担保权利通常免除登记，但在要求执行时可能例外。据认为，解除占有权能充分解决第三方当事人利益可能受损的主要原因。虚假财富的出现被消除，债务人对第三方当事人的擅自处分变得不可能实行。

48. 然而，如果开始占有的历史日期具有重大意义，例如交易是在出押人破产前的一段嫌疑期内发生的，或者如果占有性质押与非占有性担保权利产生了冲突，那么在这种情形下，与公共登记相比，解除占有权并不能令人十分满意地解决将所填日期提前而进行作弊的问题。鉴于这一原因，某些法律制度规定了额外的形式要求，用以为占有性质押确立一个确定的日期。登记将能够更有效地解决所关切的这个问题。虽然通知交存登记处备案没有完全解决破产情形中对于将所填日期提前而进行作弊的关切，但它至少提供了确凿的证据推定。

49. 对占有性担保权利免除登记还会减少通过登记进行公布的价值，并使优先权的排序复杂化。第三方当事人，包括潜在的有担保债权人，不能完全依赖登记处查询。他们还必须作进一步调查，以便肯定作保资产仍然由债务人占有和控制。这是风险评估过程中的常规部分，因为抵押登记从其固有特点来看，可靠程度要低于专门用以记录所有权和所有权抵押的登记。即使要求公布占有性担保权利，有担保债权人仍然将面临作保资产已完全被债务人卖掉或者被执行债权人扣押的风险。然而，后面一种风险在要求通过登记方式公布判决的制度中大幅度减少。随着制度变得更加全面，甚至对占有性担保权利也要求进行登记的理由变得更加充分。

50. 如果允许债务人占有作保资产可以取代登记，就会产生一个问题，即有担保债权人是否能够通过登记担保通知而放弃占有，同时仍然允许担保的有效日期从最初占有的日期开始算起。原则上对此没有什么可反对的，只要连续的公布中没有中断。但是，结果将造成登记处的权威性进一步削弱。

b. 占有权的性质

51. 假设以保留占有取代登记，则应当以一种能防止损害第三方当事人的方式来界定这个概念。应当取消纯粹虚构的推定占有做法，例如由债务人根据由其本人作为其受托人或代理人持有实物的协议而保留占有。

52. 然而，不应当仅仅因为资产仍然留在债务人的房地上就取消占有性担保权利，例如当资产存放在某间屋子里，而这间屋子只有有担保债权人能够进入，或者存在着本指南先前所述的那种仓储安排（见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.3，第 6-7 段）。只要有担保债权人有连续和唯一的控制，保护第三方当事人的基本政策就得到了满足。这些做法许多是针对有担保债权人历来不能获得有效的非占有性担保权利而出现的。如果公共登记这种替代办法可普遍采用，这种安排自然将会不那么流行。

c. 象征性占有

53. 如果一般商业惯例能够普遍接受有关的象征或单据作为转让或质押资产或其所代表的价值的唯一或者最可靠的手段，则象征性占有也应当继续可以采用。举例说明，采用的方法包括交付已作任何必要背书的股票证券、流通票据和提单或仓单等所有权文据。有些法律制度为公路车辆确立了所有权证书制度，使有担保债权人能够通过占有所有权证书而对担保权利加以充分公布。如果这种做法已妥善确立并运作良好，这些占有形式也应当维护。另一方面，一般不应包括交付普通贸易应收款清单。这种清单在商务实践中不能充分转让，因而不能充分保护第三人防范债务人竞合的处分风险（虽然可能有有限的例外）。在作保资产上挂一块牌子或者贴上其他形式的有形通知则更成问题，因为有可能被滥用。另一方面，还非常取决于当地的商业惯例：资产的性质和所需的通知可能足以使这种形式的象征性占有充分有效。

d. 第三方当事人通知或控制

54. 普遍承认能够通过交付提单或仓单等所有权文据来质押货物，这是因为控制货物的是第三方当事人。承运人或者保管人（视情况而定）依照法律有义务将该资产交付持单人占有。这说明了一个较为普遍的观点，即可以通过第三人实现占有权的有效解除。另外，这种做法并不仅限于对有形物的持有。例如，可以通过在担保签发人的簿册上登记有担保债权人的名称或者通过在贸易票据交换所的簿册上加注说明而有效地

解除对已注册的投资证券的控制权。

55. 类似的观点也是某些制度中一种规则的基础，这种规则规定，可以通过向债务人发出关于应收款的通知来质押应收款。由于通知使帐户债务人有义务向发出通知者支付所转让的应收款，因此它有效地把获取应收款货币价值的权利从出押人转移到了发出通知的有担保债权人。

56. 在贸易应收款融资中，债务人通知构成了约束帐户债务人的机制。然而，就动产的担保采取公共登记制的法律制度，通常不承认通知是一种对于其他第三方当事人的公布模式或是一种确立优先权的手段。相反，竞合的有担保债权人与受让人之间给付权的优先权由登记的先后确定。这条规则使有担保债权人和受让人能够更加精确地评估和依赖所转让的应收款价值，并为利用出押人现有和未来的成批债权进行非通知式帐户应收款融资提供了方便。

57. 然而，对某些高额给付款无形资产来说，例如保险单下或信用证到期后的给付款，或者甚至当涉及用银行存款帐户或者投资帐户或者由中间人持有的证券作保时，采用由第三方当事人通知或控制的做法作为一种公布方法发挥一定的作用也许是可行的，甚至是可取的。另一方面，对如何解决下列问题尚无明确的一致意见：如果排除登记，控制应当在多大程度上成为唯一的公布机制；第三方当事人的同意是否应当是有效公布的前提；特别是在以存放在中间人那里保管的投资财产授予担保的情况下，如果行使控制的第三方当事人还接受了以同一资产提供的担保或者又将该资产再次抵押作为自己债务的担保，这种情况下的相对优先权问题。

58. 解除债务人占有权是否应当取代登记是一个还可以讨论的问题。如果不要求以登记的方式来公布占有性担保权利，则在界定解除债务人占有权的概念时，应当尽量使出押人不能在已作保资产上为第三人设立竞合债权。虽然这项功能标准将消除纯粹虚设的占有形式，但还将扩大关于解除占有权的概念，使之超出实际交付作保资产的范围，从而包括凭借文据无形资产和有形资产的推定占有，以及由第三方当事人替有担保债权人代为持有有形资产和无形资产。

4. 未作公布的担保权利对第三方当事人的效力

59. 在公布是即使在直接当事人之间也构成担保的必要条件，还是仅仅为了使担保对第三方当事人有效这个问题上，各种制度有不同的做法。虽然公布所涉及的主要是第三方当事人通知的概念，但后一种做法也许更有吸引力，虽然也有一些值得考虑的地方。

60. 首先，解除占有权对传统的占有性质押的有效构成来说是必不可少的。对质押是动产担保典型形式的法律制度来说，非占有性担保的公共登记被视为取代实物交付的一种方法，在逻辑上是构成担保的一个步骤。

61. 其次，许多法律制度并不熟悉所有权相对性的概念，即产权可以对某个人（此处为出押人）成立，但对其他人（此处为竞合的第三方求偿人）不成立。完整无缺的产权或是存在，或是不存在。

62. 在为适合各种法律文化而拟订的担保交易立法指南中不能忽略这些概念上的关切。然而，只要两种做法（即究竟是作为一条构成规则还是作为一条第三方当事人可反对的规则）的结果相同，那么对如何拟订公布要求的关切毫无实际意义。只有当希望未作公布的担保权利对第三方当事人有一定的效力时，这种差别才有意义。在这一点上不同的制度采取了不同的方针。

63. 在一些制度中，公布或者解除债务人占有权以替代公布，是对第三方当事人发生效力的绝对前提。只有进行登记或解除债务人占有权，担保才能够对第三人成立。另一些制度是从反向推定开始。协议一经构成，即推定担保生效，但也许还须符合某些起码的书面要求。这样一来，第三方当事人只有在能够援引某些司法或法定明文保护依据时才能不受未作公布的担保的影响。

64. 在实行真正全面的抵押登记制的国家里，现代立法趋势倾向于否定或者限制未作公布的担保对多数重要类别的第三方权益具有第三方当事人效力。例外情况仅限于没有提供价值的资产受让人，可能还包括在日常商务交易中实际知道存在着未作公布的担保权利而仍然购买的买方，虽然这后一类例外可能更有争议（见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7，第 32 段）。以实际知悉为基础的限定，要求进行具体事实调查，由于会助长诉讼而降低了法规的效率。当然，在有担保债权人的竞合中，不应当让实际知悉推翻根据登记的顺序或者解除债务人占有权而获得的优先权，否则将影响优先权规则的确定性和可预见性。这种做法对未作公布的权利的持有人来说无不公之处。竞合债权人总是可以通过占有或者及时登记来保护自己。为此，有担保债权人即使实际知悉仍坚持其优先权这本身并非恶意行事。如果制度要求为了确定优先权需及时登记或占有，那么有担保债权人在评估自己的优先权地位时，应当有权自信地指望其他债权人没有遵守这一要求。

5. 已作公布的担保权利对第三方当事人的效力

65. 如果将登记或者解除债务人占有权规定为所有担保权利产生效力的前提，那么不但为如何确定担保权利自何时起对介入作保资产获得其中权益的第三方当事人有效，而且还为如何确定竞合担保权利之间的优先权纠纷提供了一个共同的解决办法。

66. 然而，担保交易制度还应当确保正常的动产市场交易担保免受不应有的干预。这可能要求阐述对于公布产生的优先权效力的一些例外情况，以便保护在出押人正常商务活动过程中获得权益的作保资产受让人以及含有已作登记的担保权利的货币和流通资产的持有人和占有性受让人（包括竞合的担保求偿人）。

67. 此外，法律制度可能并不准备要求由比较单纯的受让人承担查询的负担和不查询的风险，即使这些受让人是在非正常商务交易活动过程中的获得其权益的。对于为非商务目的获得作保资产的受让人，或对于所涉资产价值较低或交易数额较小的交易，这可能需要有进一步的例外。另一方面，获准接受无登记担保权利的资产的受让人类别越广，就越没有理由在一开始就规定有担保债权人的登记责任。为此，如果有担保债权人无权追踪已由正当受让人掌握的资产，那么也许还需要考虑免除对有担保债权人的任何公布要求。在考虑这样做时，必须权衡仍然实行公布要求对破产和执行债权人的价值。

68. 最后，为了顾及到某些市场现实，可能需要暂时为有担保债权人减除实施公布或维护公布的负担。例如，为了便利销售和租赁领域的现场融资，给保留所有权的有担保债权人一段“宽限期”用以实施公布将是可取的。同样，虽然以收益作保的担保权利应当在原则上与所获的同类资产作保的担保权利一样遵守相同的公布要求，但可能需要规定一个宽限期用以实施公布，以便允许有担保债权人有充分的机会确定收益是否存在和收益的性质。此外，还应当允许以解除债务人占有权的方式进行公布的有担保债权人根据商业需求情况，将作保资产暂时交给押人一段有限的时间，但不丧失其优先权排序（例如，使债务人能够为了出售或转运目的提取所交付的由所有权文据代表的作保资产）。

B. 小结和建议

69. 原则上，无论是借助占有或控制还是借助登记，担保权利应当公布于众。也许可以找到一种折衷解决办法，规定作为一项一般规则必须公布，只有非常有限的情况属于例外。

70. 公布可以是有效担保权利的一个构成要求，也可以仅仅是使该项权利对特定类别第三人发生效力的前提。公布是否应当是对作保资产行使执行追溯权的一个前提，这一有关问题在第九章中讨论。

71. 解除债务人占有权是否应当能够取代登记是一个仍可讨论的问题。如果不要求通过登记来公布占有性担保权利，则在界定解除债务人占有权这一概念时可以尽量使出押人不能在作保资产上为第三人设立竞合债权。

72. 一般来说，只要担保权利没有未作公布的一段中间期，担保权利对竞合求偿人的优先权效力即应当根据有担保债权人最初进行登记或者解除债务人占有权的日期确定，而不管是否实际知悉任何竞合债权。出于公正和商业惯例的考虑，对本条规则可能需要有一些例外和限定（见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7，第 19-32 段）。

[工作组注意：工作组似宜审议关于全面的抵押登记制用以公布动产担保权利和其他非占有性权利通知和为这些权利确定对第三人优先权及有效性的概念。为了使公布达到最大价值，登记在设计上应当集中，在范围上应当全面，涵盖所有重大的动产非占有性交易，无论这种交易是合意还是非合意的，是以所有权还是以担保方式进行的。

此外，工作组似宜考虑通知内容中应当指明出押人和有担保债权人并含有对作保资产的合理描述。

另外，工作组还似宜审议通知是否应当具体列明其所适用的担保信贷最高数额，备案制度是否应当允许在担保协议订立之前交存通知备案，以及是否应当涉及所有各类出押人。]