



Distr.: Limited
24 April 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

秘书处的说明*

1. 委员会第三十四届会议决定委托一工作组负责拟订一项“商业活动中设押货物（包括库存设押）担保权的有效法律制度，并确定有待解决的问题，如：文书的形式、可作为担保品的资产的确切范围……”¹。委员会强调了这一事项的重要性以及与有关行业和实务的代表进行磋商的必要性，建议举行两至三天的座谈会。²
2. 为了给工作组的工作提供便利，秘书处编写了担保交易立法指南草案初稿第一稿（A/CN.9/WG.VI/WP.2 和增编 1-12）。还于 2002 年 3 月 20 日至 22 日在维也纳举行了担保交易国际座谈会（座谈会的报告载于 A/CN.9/WG.VI/WP.3 号文件）。秘书处在座谈会后收到了欧洲复兴开发银行关于立法指南草案初稿第一稿的意见。本说明附件转载了这些意见。

* 本说明按规定应于会议开始前十周印发，现印发时间晚于规定的时间是因为其中载有在印发前几天提交给委员会秘书处的意见。

¹ 大会正式记录，第五十六届会议，补编第 17 号（A/56/17），第 358 段。

² 同上，第 359 段。



附件

欧洲复兴开发银行的意见

1. 担保交易是欧洲复兴开发银行最近十年开展的法律改革工作的一部分，其对欧洲复兴开发银行意义尤为重大。为参与中欧和东欧前共产主义国家的重建工作而于1991年成立了欧洲复兴开发银行后即清楚看到，如果为这些投资提供担保所必需的法律框架尚未就绪，将会严重影响该银行及其他机构在该区域的投资。而建立这一框架，不只是一要颁布新法律，而是必须完全重新思考财产担保权所适用的法律条款，卓有成效地贯彻这类政策上的改革。这一进程起步缓慢，但若干年来步调有所加快。该区域各国均以某种方式就这一问题进行了改革。

2. 欧洲复兴开发银行以许多方式对这一进程作出了贡献，例如，拟订了改革模式，1994年公布了《欧洲复兴开发银行担保交易示范法》，1998年公布了《欧洲复兴开发银行担保交易法十项核心原则》。此外，欧洲复兴开发银行还对该区域的进展情况作了评估。1999年首次公布了欧洲复兴开发银行担保交易法区域调查报告，此后定期作了增补。而且，欧洲复兴开发银行还通过就担保交易法改革及其执行工作向若干国家提供技术援助而直接推动了在这方面取得进一步的进展。因此，关注并参与贸易法委员会在这一领域的新举措对欧洲复兴开发银行有着十分重要的意义。该举措为扩大并充实欧洲复兴开发银行、亚洲开发银行、国际复兴开发银行（世界银行）及从事国际法律改革的其他机构在这一领域所进行的工作提供了机会。贸易法委员会的工作对世界各国都会有很大的影响。而且，尽管立法指南不同于公约，无约束力，但我们相信，该立法指南对世界各地的法律改革者影响更大，因为其显然是迄今为止在担保交易法律制度上最为完善和全面的文书。

3. 欧洲复兴开发银行认为其能发挥积极的观察者作用，举例介绍法律改革进程中遇到的问题以及中东欧各法域是如何加以解决的。欧洲复兴开发银行还将强调有效的担保信贷市场可能产生的经济惠益，不能因偏执于陈规旧习和理论上的教条而牺牲这些惠益。担保交易领域的实际问题和根据现行法规解决这些问题（如果确有可能解决这些问题）时所遇到的困难以及低下的经济效率应该是一个触发因素，促使各立法机构在这一领域进行改革，并从而必须参考贸易法委员会今后的立法指南。从业人员常常最能够提出令人信服的论点，从而能够使立法者确信必须对传统的规则和做法进行变革才能适应现代的经济需要。

4. 经阅读现已提交工作组的立法指南草案初稿第一稿并参加座谈会之后，我们谨强调指出我们在转型期国家的工作中努力解决的某些问题。

a. 本指南应激发变革

5. 拟订立法指南的目的是保证由此拟订的指南能激发变革。如果在担保交易方面已经存在有效法律制度的国家阅读了这份指南并表示赞同，但亟需进行变革的国家却故意置之不理则不免令人失望。很有意思的是，本指南对发展中国家和经济转型期国家以及许多发达国家可能具有同样的意义和用处。如果因必须在工作组内进行妥协而造成改革政策被削弱，以至于本指南的主旨不再清晰可辨或令人信服，则同样令人失望。

6. 本指南篇幅较长，面面俱到虽是难以避免的，但至为关键的是，本指南应着重介绍以必须实现的基本结果为重点的一系列建议，（酌情）说明可实现这些结果的替代（但却有效的）方法。例如，我们认为，必须十分明确地列出对设置担保权益以及对

任何特定制度应含要素的基本要求。本指南不能局限于作为“挑选和选定”工作的一部分而介绍现行制度中存在的各种备选方法。有必要区分制度中对整个改革进程至关重要的概念或特点（例如，在不补加手续的情况下对笼统所指的资产或今后获得的资产设置抵押的能力）与不很重要的以及可以根据有关国家内部的需要和意向而在今后提出或完善的概念与特征。反之，如果可以采用其他办法（例如，担保权效力及于设押资产的出售所得；购货款担保；赋予担保协议确定日期的方法；备案展期），则本指南即使对具体细节问题也不应设法强行规定解决办法。

b. 指南不应将英美法系和大陆法系截然对立

7. 本指南在承认大陆法系法律传统与英美法系法律传统之间所存分歧的同时，不宜在实际上对某些国家实行“排斥”，使其感到因为其法律传统似“有所不同”而被拒斥于改革努力和需要之外。欧洲复兴开发银行在这一领域的工作所遵循的一项原则是，借鉴英美法系逐步积累起来的许多有益的解决办法，以符合中东欧许多国家法律制度所依据的大陆法传统的方式纳入现代融资手段。我们在这方面的经验使我们确信，只要有决心进行改革，法律传统并不会阻碍在担保交易方面为建立一个具有经济效率的制度而进行的改革，而且还可以作出各种变通和平衡兼顾，以承认在体制、方法和公认的做法上存在的差别。

8. 指南的主旨必须简明扼要（但不可过于简单化），这样，计划进行改革者才易于理解其实质内容。如果指南过于复杂，或在行文方式上缺乏透明度，或受并非所有国家都愿意引作楷模的现行制度影响过重，则指南将被弃而不用。还必须记住的是，指南有可能被译成多种文字，在不同的法律改革背景下予以使用，因此所用语言必须简单明了，不带任何倾向性。

c. 指南应强调注重形式与注重功能的做法之间存在的区别

9. 可以发现，从功能的角度对担保交易进行分析的必要性出于各种原因而贯穿于整个指南中，但指南中未对这种必要性作出任何明确的解释。我们认为，这是最为棘手而且也是最具争议性的问题之一，必须公开明确解决。关于对担保权益是否采取注重功能的做法（其范围涵盖凡在功能上是向一方当事人提供偿债担保的任何交易，而不论当事人采用的形式或法律方法如何），赞成者和反对者各执一词。需要采取注重功能做法的改革还意味着必须对关于债务和财产的法律进行全面审查，在关于法律和实际问题的做法上进行某些根本性的改动。这类改革不可能是自成一体而较为单纯地引入非占有性担保权益的问题，给市场提供一种适合其需要的新担保种类。改革目标所涉范围更为全面，而且改革及改革的落实所需准备工作和资源都必须更为充分。改革者必须对此有十分清醒的认识，对于采用完全注重功能的做法，必须认真权衡其利弊。根据我们的经验，我们建议，注重形式的做法（其范围仅涵盖形式上符合设定担保权所要求的那些交易）可有助于实现对担保交易进行改革的经济目标，同时又留有很大的余地，例如在公示、优先权和强制执行等问题上对近似的担保交易采用类似的规则，从而推动协同一致。

10. 指南中的术语，对关键目标的定义以及关于担保权益的基本做法都必须在这一点上十分明确，而不得在未作适当解释的情况下隐含推定应采用注重功能的做法。

d. 指南对涵盖动产和不动产的担保交易制度概念应持开放态度

11. 指南所作的另一个隐含推定是动产与不动产是严格分开的。然而，这种区分尽管在某些法系中可能完全成立，但并不一定总是适宜的。相反，在某些情形下，一国可能完全有理由设法同时在这两方面进行改革，对动产和不动产的担保拟订类似的规则。指南应保留这一选择，为如何顺利地进行涵盖动产和不动产的改革提供总体指导。

e. 必须完全明确担保权益公示的必要性

12. 指南应明确无疑地指出，现代担保交易制度必须有一个公示制度，使第三方当事人可注意到债务人为债权人在特定资产上设定了担保权益。这种制度还可以解决优先权问题。这尤其应体现在指南的关键性原则上。尽管没有公示制度并未妨碍某些经济体建立担保信贷市场，但对于开放市场的经济体来说，在鼓励进一步将资产用作担保的同时还又允许对市场上其他人隐瞒这一担保的存在，这是自相矛盾的。欧洲复兴开发银行活动所在的这一区域均在缓慢但又稳步地采用公示原则。关于落实公示原则，必须作出棘手的政策选择，例如，登记的法律效力及已登记的信息不具权威性等。必须根据现行草案的认可在指南中明确载明这些政策选择。

f. 指南必须就强制执行采取明确的立场

13. 担保权益的强制执行关系到担保可否存在的根本依据。如果通过强制执行无法做到迅捷有效地变现设押资产和偿付有担保债权人，则将严重影响将担保作为减少信贷风险的一种手段。然而，这可能是改革最为困难的部分，因为强制执行制度与一些事项的民事程序现行规则必然有着密切的联系，例如关于通过司法程序收取债款（合同的强制执行）、占有性行动、对资产的临时措施以及对动产和不动产的强制执行。而且，制度的存在及其运作（与否）比其他任何方面都更加关系到改革的成功与否。例如，法院制度、法院能力、运作方式及腐败的可能性，是否存在可在强制执行程序中发挥关键作用的其他行业及其有效性（尤其是通过司法强制执行人员、公证人员、其他律师、拍卖商和其他专家等私下执行的强制执行程序）都属于改革成败与否的关键所在。

14. 鉴于强制执行的重要性，以及因必须考虑到许多外在因素而在采取一般规则性做法上受到的限制，所以指明该制度在时机选择和效率方面的目标至关重要。为此必须顾及对一国能力所及的实际期望，而不是强行规定解决办法，因为这些解决办法在某些法域可能行得通，但由于在程序法和体制上的差异而在其他法域则可能难以奏效。

15. 在关于强制执行的讨论侧重于法院的参与时，经常出现截然对立的意见。允许当事人享有自行解决问题的广泛权利，而保留法院作为后备方所起的作用这种做法不乏值得赞许之处，但经常直接有悖于关于法院作用的根深蒂固的传统做法和观念。许多国家对法院参与期望甚高。尽管法院系统运作方式存在着其不足之处，但如果法院没有能力确保提供充分保护，以防范债权人滥用权力的行为或不当行为，那么相对于在这种情形下的债权人自助式制度，法院主持的变现程序虽然效率低下，两相比较后仍可被视为弊端略少些。谋求可行的解决办法的最佳途径是认真研究能够进行强制执行的各种方法、其中每种方法在经济上的可能影响（以及由此而在对担保的看法上产生的影响）和可确保平衡兼顾债务人和债权人合理权益的现有各种手段。