



大会

Distr.: Limited
11 February 2004*
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第六工作组（担保权益）
第五届会议
2004年3月22日至26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
四. 设定	1-69		3
A. 总论	1-65		3
1. 导言	1-2		3
2. 担保权的基本要素	3-41		3
(a) 所担保的债务	3-13		3
(b) 拟设押的资产	14-29		5
(c) 收益	30-41		9
3. 担保协议	42-51		11
(a) 作用	42		11



* 本文件比规定的会前 10 周提交晚了 4 周，因为需要完成磋商和最后审定随后的修正。

	段	次	页次
(b) 当事方	43	11	
(c) 最低限度内容	44-45	12	
(d) 手续	46-49	12	
(e) 效力	50-51	13	
4. 所有权要求	52-57	13	
(a) 所有权、有限财产权、处分权	52-53	13	
(b) 对处分权的合同限制	54-56	13	
(c) 移交占有权、控制、通知、登记	57	14	
5. 所有权基础上的担保手段	58-65	14	
(a) 所有权保留	61-62	14	
(b) 为担保目的的所有权转移和应收款转让	63-64	15	
(c) 具有担保作用的合同安排	65	16	
B. 小结和建议	66-69	16	

四. 设定

A. 总论

1. 导言

1. 本章论述与合意担保权有关的问题（本指南仅在讨论优先权冲突时提及法定担保权或司法担保权；见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3，第 44-53 段）。在论述有关担保协议的问题（见 A.3 节）和其他设定有效担保权所需的所有权要求（见 A.4 节）之前，本章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. 关于担保权相对于第三方当事人的有效性的其他要求在关于优先权的第六章中讨论，因为这些要求与在同一资产上拥有担保权的债权人的排序有关。在发生破产情况下与担保权有效性有关的事项在关于破产的第九章中讨论。

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

3. 担保权从属于和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。特别是对于循环贷款交易，担保权之所以是从属性的，原因就在于尽管担保权可以担保未来放款和浮动债务（见第 12 段），但是如果贷款并未放出，则不能强制执行担保权，而且担保权不能超出强制执行时所欠债务数额。

二. 限制

4. 在一些国家，非占有式担保权可能仅涉及法律中所述的特定种类债务（如购车贷款或农业贷款）。在仅对占有式担保权实行通用制度，或者对占有式担保权和非占有式担保权均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）扩大到广泛的交易当事人的潜在可能性。此外，这一办法还可以加强确定性、一致性以及平等对待所有债务人和有担保债权人。如果由于特定社会经济原因必须采用这种特别制度，那么只要能够以明确和透明的方式建立这种制度，只要这种制度局限于小范围的交易，就可以尽量缩小负面影响。

三. 债务的种类

a. 金钱债务和非金钱债务

5. 金钱债务和可以转化为金钱债务的非金钱债务都可以担保。

b. 债务的种类

6. 除非对于特定类型的债务的担保权（例如典当商的贷款）设有特别制度，否则没有必要在法律中列举所有可以担保的债务类型。一份穷尽的清单是不可能的。然而，一份典型的示意性清单将包括由贷款和包括存货和设备在内的货物赊购而产生的债务。

c. 未来债务和有条件债务

7. 不同的法律制度对于未来债务的定义也不同。在有些法律制度中，未来债务是尚未签订合同的债务（这是《联合国转让公约》所采用的办法；见第 5(b) 条）。在另一些制度中，即使已经签订合同，但是在签订担保协议时尚未到期的债务（由于贷款尚未放出，或贷款涉及循环贷款便利；见 A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1，第 24 段），也作为未来债务处理。

8. 在有些法律制度中，为明确起见和为了保护债权人，未来债务可能不可以担保或仅仅可以担保至一个最高限额。在这些法律制度中，现有债务和未来债务的区别十分重要。因此，在这些法域中，债权人无法从某些交易中获益，如循环贷款便利。在另一些法律制度中，未来债务可以自由担保。在这些制度中，担保协议就足以涵盖现有债务和未来债务。因此，信贷的每一次展期或增加不需要修改或甚至重新设定相应担保权，这对于信贷的获取机会和成本具有正面影响。尽管就未来债务可以设定担保权，但是直到债务产生并到期时才能强制执行。

9. 附加条件在后的债务作为现有债务处理，而附加条件在前的债务，通常作为未来债务处理。

四. 说明**a. 特定描述和最高限额**

10. 在一些法律制度中，当事人必须具体说明其协议中有担保债务的情况或者为有担保债务的数额确定一个最高限额。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，避免其过度负债，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，这种要求可能造成限制可获得的信贷额，从而增加信贷的成本。特别是，由法律规定的担保限额不可避免地具有主观性，不能够解决每一个个别债务人的需要，必须定期作出调整，因为它们必然会过时。

11. 由于所有这些原因，许多法律制度不要求具体说明担保债务，而允许当事方自由谈判担保数额，包括债务人欠有担保债权人的所有款项（“全部款项条款”）。在这些法律制度中，有担保债务一旦需要确定，必须在担保协议的基础上确定或能够加以确定（例如在有担保债权人强制执行其担保权的情况下）。全部款项条款就是基于一个假设，即有担保债权人对设押资产的索偿要求不能

超出债务人对其所欠数额，而且如该债务有全额担保，那么有担保债权人就可能给债务人提供更好的信贷条件(另见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2，第 53 段)。

b. 浮动数额

12. 现代融资交易往往不再采用一次性付款，而通常是根据债务人的需要预先安排不同时间的放款（例如为债务人购买存货而提供的循环贷款便利；见 A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1，第 24 段）。这种融资可以通过往来账户进行，账上的余额则每日浮动。如果有担保债务的数额随每笔还款而减少，则放款人将不乐于再给予另外的放款，除非为他们提供额外担保。这样做效率极低，因为这增加了债务人业务所需新货物的购买成本和时间。

c. 外币数额

13. 有担保债务的数额可以用任何货币表示。如果发生债务人违约（或破产），需要处理设押资产，则有可能需要兑换设押资产处分后的收益，以便有担保债务和设押资产可以按同一种货币计算。不过，这个问题通常由生成有担保债务的合同和适用法律来解决（例如在没有协议的情况下，将使用强制执行地或破产程序所在地的市场汇率）。

(b) 拟设押的资产

一. 担保权的客体

14. 担保权的客体可能是由债务人或其他设保人对设押资产（包括未来资产；见第 16-18 段）所持的所有权或其他有限权利（例如使用权或租赁权）。大多数法律制度所承认的一项原则是，债务人不能向有担保债权人提供比债务人现有或可能在未来获得的权利更多的担保权。除有形资产（例如货物）以外，无形资产（例如应收款和其他权利）作为担保权的客体正变得越来越重要。

二. 限制

15. 在有些法律制度中，关于某些种类非占有式担保权的专门法律对可以作为担保的资产种类或可以设押的资产的价值部分作出了限制。这类限制通常意在保护债务人，防止债务人利用其资产的全部价值获取信贷。因此，需要仔细权衡这类限制的益处和负面影响。对于公共政策来说，合理限制的例子可以包括给工资和养老金规定某个最低限额以及对家用物品的限制（除非它们是作为偿付其购买价款的担保）。

三. 未来资产

16. “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其他设保人（或债务人或其他设保人无法处分）的资产，也包括当时甚至还不存在的资产。

17. 在有些国家，未来资产不能用作担保。这一方法部分基于财产法的技术概念（即不存在的资产不能够转让或设押）。该办法还基于一种担忧，即如果允许大范围的处分未来资产，则可能无意中导致过度负债，并使债务人过度依赖于一个债权人，从而妨碍债务人从其他来源获得其他担保贷款（见第 24 段）。然而，另一个不允许在未来资产上设定担保权的理由是，有可能大大降低债务人的无担保债权人所提出的索偿要求获得满足的可能性。然而，不应援用财产法的技术概念来为满足使用未来资产作为获得贷款的担保的实际需求设置障碍。此外，商业债务人可以保护它们自身的利益，而不需要关于未来资产可转让性的法律限制。而且，允许在未来资产上设押使得现有资产不足的债务人有可能获得贷款，这有可能促进它们的业务，从而使所有债权人受益，包括无担保债权人。

18. 在其他国家，有关当事方可能同意在未来资产上设定担保权。其处分是当前行为，但是只有在债务人或其他设保人成为资产所有者或资产产生以后，这种处分才能生效。《联合国转让公约》采取了这种办法（见第 8(2)和第 2(a)条）。允许使用未来资产作为信用担保，特别允许以循环集合资产作为循环贷款交易的索偿保证（见第 12 段）十分重要。这种技术通常适用的资产包括根据其性质可以出售和替换的存货和收账后由新的应收款替代的应收款。这一办法的主要好处是，只要一项担保协议就可以涵盖符合担保协议的描述的变化中集合资产。否则，将有必要不断修正担保协议或签订新的担保协议，这将增加交易费用并减少可提供的信用额度，特别是对于循环贷款便利的信用额度。

四. 未具体指明的资产

19. 在一些法律制度中，必须具体指明设押资产。尽管这种要求意在保护债务人避免受到过度的限制，但是它也限制了信贷的获取机会，因为对于存货和在某种程度上应收款一类的资产来说不大可能具体指明。为解决这一问题，许多国家制定了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，而对总和需大体指明。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可（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，不允许对消费者或者甚至个体小商贩的资产使用对设押资产的笼统指明方法。

五. 总资产担保

20. 在有些法律制度中，未来资产或不能明确指明的资产不能设押，由于同样原因，不允许债务人以其所有资产提供担保。在另一些法律制度中，允许债务

人以不超过其资产总值的一定比例提供担保权。这种旨在为无担保债权人提供某种保护的限定必定限制信贷的获取机会并增加信贷的成本。

21. 为促进担保贷款的获得，一些法律制度允许在债务人的所有资产上设定非占有担保权，包括有形资产和无形资产、动产和不动产（尽管以不动产担保可能适用不同规则）以及现有和未来资产。这种总资产担保的最基本特征是，它涵盖债务人的所有资产，且债务人有权在正常业务运行过程中处分某些设押资产（如存货，而担保自动延伸到所处分的资产的收益上）。在大多数法律制度中，这种在不影响担保权的情况下处分设押资产的权利得到承认。然而在有些法律制度中，债务人处分设押资产时尽管得到债权人的授权，也被视作与担保权的观念不可调和。

22. 与总资产担保相关但并不相同的问题是超额抵押，这是由于设押资产的价值大大超过有担保债务的数额。尽管有担保债权人不能索取超过有担保债务加利息及费用（以及可能再加上损害赔偿金），但超额抵押仍然可能造成问题。债务人的资产设押程度（至少在债权人之间无从属协议的情况下）可能已使其很难或甚至不可能从其他债权人处获取第二顺序的担保。此外，债务人的无担保债权人的执行可能被排除在外，或至少变得更为困难（除非尚有剩余价值）。一些国家的法院制定的解决办法是宣布大大超出有担保债务加利息、费用和损害赔偿的担保权无效，或批准债务人提出解除多余担保。如果能够确定并给予有担保债权人商业意义上的足够富余，则这一解决办法在实践中是可行的，但这不一定在所有情况下都容易做到。

23. 在有些国家，总资产担保采取所谓的“企业抵押”的形式。企业抵押可能由企业的所有资产（在有些国家甚至包括不动产）组成。例如，它可能包括企业的现金收入、新的存货和设备以及未来资产，同时在日常业务过程中处分的现有资产被解除担保。企业抵押的主要好处是，它允许一家拥有更多总体价值的企业能够以较低的成本获得更多的信贷。一些企业抵押形式的有趣特征是，在有担保债权人采取强制执行而另一债权人也在执行时，可以为企业指定管理人。这可以协助避免清算，并协助促进能够为债权人、员工和总体经济带来有利结果的企业重组。然而在实践中，有担保债权人指定的管理人可能偏向于有担保债权人。如果管理人是由法院或其他机关指定并监督，则这一问题可以在某种程度上得到缓解。企业抵押的这一特点可以不无益处地推广到所有总资产担保，因为管理人可以由债务人和债权人通过协议指定，或由法院指定，该管理人负责破产程序内外的强制执行。[工作组注意：工作组似宜考虑该管理人应当代表有担保债权人的利益，还是应当代表所有债权人的利益(见 A/CN.9/543，第 19 段)。]

24. 企业抵押在实践中可能有某些不利之处。一个不利之处是，有担保债权人常常就是或者成为该企业的主要或甚至唯一信贷提供者，这可能影响到信贷提供者之间的竞争，从而给信贷的获取机会和成本带来负面影响，因为其他债权人得不到保护（尽管并不一定会排除竞争，因为单一的主要信贷提供者可能会提供特别具有竞争力的信贷条件）。为解决这一问题，有些国家对企业抵押的范围采取了限制，在发生破产的情况下为无担保债权人保留了一定比例的企业价值。然而，这种限制可能由于有效减少了可以用作担保的资产数额而对信贷

的获得带来不利影响（见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6，第 34 段）。企业抵押的另一个可能的不利之处是，在实践中，抵押权人可能不会充分监督企业的商业活动并积极参与重组过程，因为抵押权人已经得到充分担保。为了平衡抵押权人过强的地位，可以准予债务人企业解除多余的担保（见第 22 段）。

25. 在其他国家，总资产担保采取所谓的“浮动抵押”的形式，这仅仅是一种潜在担保权，债务人有权在正常业务过程中处置某些设押资产（如存货）。一旦债务人违约，则处分被禁止，从而浮动抵押“结晶”成为完全有效的“固定”抵押。一旦一个法律制度允许在债务人所有资产上设定非占有式担保权，则没有必要保留企业抵押或浮动抵押的结构或术语。

六. 定着物、附着物和混合物

26. 动产可以附着于不动产（成为定着物），或以不失去其个体特征的方式附着于另一个动产（成为附着物），或以失去其个体特征的方式附着于另一个动产（成为混合物）。在所有这些情况下，即产生原有动产在附着或混合之前其上设定的担保权是否仍得到保留的问题。

27. 在一些国家，可以在作为定着物或附着物的动产上设定担保权（就定着物而言，并不妨碍根据房地产法设定担保权），担保权也可以在成为定着物或附着物的动产上继续存在，而不论将定着物或附着物从其所附着的财产上分离出来的成本或困难有多大，也不论该定着物或附着物是否已成为该财产的一个有机组成部分。在这些国家，定着物或附着物是否可以确认并随时从其所附着的财产中分离出来而不造成损害，关系到竞合求偿人之间优先权的确定（见第六章优先权）。在其他对担保的设定和优先权不作区分的国家，这是一个设定担保的问题。

28. 关于混合物，在一些国家，如果设押资产与其他资产混合以致无法区分，则担保权可以转化为在该产品或聚合物上的担保权（关于对于混合物的竞合索偿的优先权，见第六章优先权）。

七. 设押资产造成的损害赔偿責任

29. 尽管（由于违约或侵权）设押资产所造成的损害赔偿責任不是一个担保交易的问题，但是由于它可能对信贷的获取机会和成本造成影响，因此考虑这一问题十分重要。一个尤其重要的问题是设有占有式担保权或非占有式担保权的资产所造成的环境损害赔偿責任问题，因为其金钱后果和对贷款人声誉所造成的偏见可能大大超出了设押资产的价值。有些法律明确免除有担保债权人的赔偿责任，而有些法律则在特定条件下（例如有担保债权人不占有或不控制设押资产）限制这类赔偿责任。如果没有这类赔偿责任的免除或限制，则贷款人发放贷款的风险就会太高。如果可购置保险，那么必定又会大大增加债务人的贷款成本。

(c) 收益

一. 导言

30. 在设押资产所担保的债务尚未清偿期间设押资产即已出售、租赁、转让特许权、置换或处分时，债务人一般可为此而收到现金、有形财产（如货物或流通票据）或无形财产（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财产称为设押资产的“收益”。在有些情况下，当债务人处分原始设押资产产生的收益以换取其他财产时，原始设押资产的收益即可能产生出其他收益。这种收益有时被称作“收益的收益”。

31. 在另一些情况下，即使没有处分这些资产，设押资产也可以为债务人产生其他财产。例如，这种财产可以包括金融资产的利息或股息、新出生的动物和果实或作物。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”。

32. 在一些法律制度中，法定或天然孳息与设押资产经处分后产生的收益被明确区分开来，并适用不同的规则。处分收益难以查明和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。另一些法律制度并不区分法定或天然孳息和处分收益，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，以及法定或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。

33. 关于担保权的法律制度都必须解决处分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.9/Add.3，第 67 段）。

34. 第二个问题涉及有担保债权人对收益的权利。关于担保权的法律制度应当对某些与有担保债权人对收益享有的权利有关的关键问题提供明确的答案（见第 35-41 段）。

二. 收益上存在的担保权

35. 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这些资产的处分而作废或被削减，其获取资产产生的一切收入的期望就会落空。如果法律制度不允许在设押资产的处分收益上设定担保权，就无法充分地保护有担保债权人不受违约的影响，作为信用来源的设押资产的价值也会减少。这一结果会对信贷的获取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给第三方后仍然存在，结果也是一样的。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资产价值。

三. 可能引起对收益享有权利的情形

36. 对收益的权利一般产生于设押资产被处分的情况下，因为收益代替了原设押资产成为债务人的资产。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（如股票产生的股息），因为这与各方当事人的期望是一致的。

四. 对收益的权利所具有的属人性或所有权性质

37. 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以这些收益作为原始设押资产而获取担保权的当事方合法期望权益落空。然而，在将担保的设定与优先权加以区分的法律制度中，这种结果只有在以下情况才会发生，即在收益中享有所有权权利的债权人对于在作为原始设押资产的收益中享有权利的债权人具有优先权，而这种优先权是根据申报公共登记部门备案有关交易的时间先后确定的。因此，在这些法律制度中，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，并酌情达成债权人之间的从属协议。

五. 收益的确认

38. 当构成设押资产收益的财产没有与债务人其他资产分开存放时，就产生了收益中的担保权是否得到保留的问题。对这一问题的答案通常取决于构成收益的财产是否可以确认。以与债务人其他资产一同保存的形式存在的收益可以以足以证明货物为收益的任何方式确认为收益。当作为收益的货物与其他货物混合，以致其独立个体特征已经融入一个产品或聚合物物质（例如通过制造或生产，如面粉成为烤制品的一部分）时，法律制度可以规定对该产品或聚合物物质享有的担保权，作为对收益享有的担保权的替代。

39. 如果构成收益的财产是无形财产（而不是货物），例如应收款或储蓄账户余额，且没有与债务人的其他同类资产分开存放，那么这种无形财产如果可以根据追踪规则追踪到原始设押资产，就可以被确认为收益。追踪规则的例子包括：(一)“先进先出”（“FIFO”），该规则假设，首先成为混合物的一部分的财产也是首先从聚合物物质中抽出的财产；(二)“后进先出”（“LIFO”），该规则假设，最后成为混合物的财产是最先从聚合物物质中抽出的财产；(三)“最低中间余额规则”（“LIBR”），该规则假设，从混合物中抽出的财产尽可能不是设押资产的收益（关于对收益的优先权，见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3，第 65-73 段）。

六. 对收益的权利的依据

40. 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，把对设押资产的担保权扩大到收益和收益的收益。而在有些法律制度中，则并不存在这种对收益的法定权利，但当事人可以在所有各类资产上享有担保权。例如，在这种法律制度中，当事人可以自由约定在债务人基本上所有资产（现金、存货、应收款、流通票据、证券和知识产权）上设定担保。这样，即使没有法律规则自动规定对于收益所享有的权利，收益本身也都成为原始设押资产，并受制于债权人的担保权。在其中一些法律制度中，当事人可以通过约定把某些以所有权为基础的担保权（如保留所有权安排）扩大到收益（见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1，第 36 段；另见下文第 61 段）。

七. 收益的收益

41. 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。如果在收益成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 35 段）。

3. 担保协议

(a) 作用

42. 担保协议可能有好几项作用，包括可以：(一)为赋予担保权提供法律依据；(二)在担保权与被担保债务之间确立联系；(三)一般规范债务人或其他设保人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.9/Add.4；关于违约后权利，见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5 和 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6）；(四)违约后尽量减小对内容争议的风险和篡改的风险。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（如货物赊销合同）内。

(b) 当事方

43. 在大多数情况下，担保协议是在作为担保权设保人的债务人和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，则该第三方代替债务人或在债务人之外成为协议的当事方。在若干贷款人集体提供大额贷款的情况下（尤其是在银团贷款的情况下），可能是由第三方作为贷款人的代理人或受托人代表所有贷款人持有担保权。担保协议可以按具体情况拟定，涵盖其中每一种情形。尽管一些制度采取限制规定（例如只有企业可以布设企业抵押），在另一些制度中，自然人和法人均可以成为担保协议的当事方。

(c) 最低限度内容

44. 不同的法律制度对有效担保协议的要求不同。然而，担保协议通常应当指明当事人的身份并对所担保的债务和拟设押的资产作出合理的说明。无论法律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，就可能导致有关设押资产和所担保债务的范围的争议，除非缺少的要件可以通过其他手段加以确定。

45. 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和对设押资产的代理。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.9/Add.4；关于违约后问题，见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9 和 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6）。

(d) 手续

46. 各法律制度对担保协议形式要求及其作用规定各异。尤其是，一些法律制度不要求采用书面形式，而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、经过公证的书面材料或等价的法院文件或其他文件（如在企业抵押中）。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，作为协议的凭证和在文件经加押确认的情况下保护第三方当事人防止作弊倒填担保协议的日期。书面形式还可以是当事人之间或是相对第三方当事人或竞合求偿人之间优先权有效性的一个条件。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。

47. 有些法律制度要求由政府机构对占有式担保权的日期进行认证，但小额贷款除外，后者甚至准许由证人来证明。虽然这种认证可以解决欺诈性倒签的问题，但也可能产生交易的时间和费用问题。在另一些法律制度中，对各类非占有性担保都要求担保协议有经认证的日期或加押确认（例如，见非洲商法统一组织《统一法》第 65、70、94 和 101 条）。其中一些国家的法律制度要求进行这种认证，而不是以登记形式公示。然而，如果必须进行登记，就不要求对担保协议日期进行额外的认证。

48. 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。简单的书面材料（包括例如一般性条款和条件或票据）即可，只要明确表明了设保人赋予担保权的意思。它可以是电子数据电文的形式（即“通过电子、光纤或类似手段生成、发出、收到或储存的信息，包括但不限于电子数据交换（EDI）、电子邮件、电报、电传或传真”，见《贸易法委员会电子商务示范法》第 2(a) 条），这包括生成和储存但没有发出的记录（见《示范法颁布指南》第 30 段）。另一种做法是，这个问题可以交给一般债务法和担保协议当事方处理。

49. 对于在债务人所有资产上设立的担保或担保协议可以作为执行的充分所有权依据的情况下（见第 46 段），则可能需要更为正式的文件。在这种情况下，作为替代，可以不需要任何书面材料，但是有担保债权人须承担证明担保协议的内容和日期的责任。

(e) 效力

50. 在一些国家，只有产权这种权利才是可以对任何人主张的权利。在这些国家，充分有效的担保权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 57 段）时才能成立。

51. 其他国家则区分在担保协议当事方之间的效力和对第三方的效力。在这些国家，担保在担保协议签订之时成立，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，以作为确定优先权的依据。这一方法的主要好处是，通过采用优先权概念，债务人有可能向一个以上的债权人提供同样的资产作为担保（不超过该资产总值），并有可能将若干债权人排序（见 A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1 第 8 段和 A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2 第 7-14 段）。

4. 所有权要求**(a) 所有权、有限财产权、处分权**

52. 在大多数法律制度中，担保的设保人（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或在资产中享有有限所有权（见第 14 段）。在另一些法律制度中，只要设保人有权处分资产（但不是所有权）即可。对于未来资产，只要设保人在未来某个时候将成为资产的所有权人或取得处分权即可（见第 16-18 段）。

53. 如果设保人不拥有所有权或资产处分权，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，债权人如果相信设保人拥有资产所有权、有限财产权或处分权，且有客观标准佐证，就可以取得担保权（例如设保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）。在另一些国家，另外一个要件是债权人已经或准备向债务人提供信贷。

(b) 对处分权的合同限制

54. 一些国家为了保护处分权合同限制的受益方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，以便保护设保人的处分自由，特别是在取得对资产的权利的人不知道合同限制的情况下。

55. 《联合国转让公约》为了支持应收款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 条第 1 款，即使转让人（在指南术语中称为“债务人”）和债务人（在指南术语中称为“账款债务人”）之间商定了关于转让的合同限制，转让也依然有效。不过，该条的效力受到两个方面的限制。首先，其适用于广义的贸易项下应收款（见第 9 条第 3 款）；其次，如果这种合同限制根据公约以外的适用法律是有效的，那么第 9 条不否认其在

转让人与债务人之间的有效性（见第 9 条第 2 款）。债务人有权以违约为由向转让人索取损害赔偿，条件是这种索赔要求存在于公约以外的适用法律中，但债务人不得以抵消的方式向受让人提出索赔要求（见第 18 条第 3 款）。此外，仅仅知悉对于受让人（在指南术语中称为“有担保债权人”）的限制的存在不足以取消生成所转让应收款的合同（见第 9 条第 2 款）。

56. 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）为查明应收款的转让是否被禁止或是否有附加条件而必须审查生成所转让应收款的合同的责任。否则，放款人将不得不审查可能是非常大量的合同，这可能成本高昂甚至是不可能的（例如，未来应收款即属于此种情形）。

(c) 移交占有权、控制、通知、登记

57. 在有些国家，除担保协议以外，设定担保权还要求采取其他步骤（移交占有权、控制、通知和登记）。而在有些国家，担保协议就足以在设保人和有担保债权人之间设定担保权，尽管需要采取其他步骤以使担保权相对第三方当事人生效。对于这一步骤各国规定不同，即使在各国国内，也根据所涉担保权类型的不同而不同（见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2 和 3）。

5. 所有权基础上的担保手段

58. 某些与所有权有关的协议可以用作担保。这类担保手段包括所有权保留、为担保目的移交所有权、为担保目的转让，以及销售与再销售、出售与租回、分期付款租购及金融租赁交易。

59. 在采取综合担保交易法的法律制度中，用作担保的所有权基础上的手段总体上与其他担保权的设定方式一样（要么它们由统一的担保权概念代替，要么在保留不同术语的同时其设定和效力服从适用于担保权的规则）。在其中一些法律制度中，鉴于货物和材料供应商对经济的重要性，制定了赋予它们特别优先地位的政策决定（见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2 第 22 段）。任何为购买货物提供融资的人都可以被赋予这种权利，而不论其为供应商还是融资机构。这种办法是基于在赊销货物供应商和融资机构之间促进竞争的需要，因为这种竞争可以对信贷的获取机会和成本带来有利的影响（见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3 第 29 段）。

60. 在另一些法律制度中，所有权基础上的手段实质上是唯一的或主要的非占有式担保权，由若干成文法或案例法规则调整。这些法律制度在若干方面差异很大。在一些制度中，只有所有权的保留由具体制度规范，而为担保目的移交货物所有权和转让应收款则由有关设定担保权的规则调整。

(a) 所有权保留

61. 将所有权基础上的手段作为非担保手段对待的法律制度在设定的要求和对所有权的保留所赋予的经济意义方面差异很大。在一些制度中，所有权的保留

被广泛使用，并对所有当事人生效，而在另一些制度中，所有权的保留不重要，一般来说是无效的，或至少对于买方破产管理人来说是无效的。许多法律制度共同认可的一点是，主要将单纯的所有权保留当作真实的所有权手段，而全部款项条款、收益和产品的所有权保留条款则被视作真正的担保手段（关于所有权保留制度条款的各种类型，见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1 第 36 和 37 段）。关于将保留所有权视为真实所有权手段的法律制度，其另一个共同点是，只有卖方可以保留所有权，而另一个贷款人仅仅在收到购货款未结清余额转让的情况下才获得所有权的保留。鉴于供货商（制造商和分销商）对于经济的重要性和融资机构在信贷市场的优势地位，采取这一办法的国家希望保护赊销货物的供应商免受为购买货物提供融资的机构的损害。

62. 在一些法律制度中，所有权的保留源自销售协议中的一项条款，而该协议甚至可以口头签订或仅仅援引印制的一般条款。在其他一些制度中，可能需要一份书面材料、某一日期或甚至登记。在一些制度中，如果受制于保留所有权的货物与其他货物相混合，则保留所有权消灭，而在一些其他制度中，只要买方手中有相同或等价的货物，所有权保留就能得以维护。在一些制度中，甚至在货物经过加工成为一个新产品或收益已经与其他资产相混合的情况下，所有权的保留仍然得到维护，而在另一些制度中，所有权的保留不能延及新的产品或混合收益。在一些制度中，如果最初的买方有权转售货物，则新的买方可以获得货物所有权，而在另一些制度中，即使最初的买方无权转售货物，新的买方也可以获得所有权，但是条件是新的买方不实际知悉最初卖方保留所有权。在一些制度中，法院承认买方获得对所有权的预期，而这种预期被视为等同于所有权。因此，买方有权转售货物或以该货物设置担保权（在破产中买方的所有权预期也是买方财产的一部分）。

(b) 为担保目的的所有权转移和应收款转让

63. 对于为担保目的的信托式所有权转移的设立和效力所使用的术语和有关要求，不同的法律制度有所不同。在一些法律制度中，担保式所有权转移对于第三方当事人是无效的，或者甚至在让与人和受让人之间也是无效的。在另一些法律制度中，尽管担保式所有权转移是有效的，但由于存在其他非占有式担保权，这种方式没有得到广泛使用。在大多数承认担保式所有权转移的法律制度中，一般来说或至少在让与人破产的情况下，其设立和效力或至少其主要效力都由适用于担保交易的规则调整。在其中一些法律制度中，一般来说或至少在相对于第三方当事人的情况下，登记对于担保式所有权转移的生效是必要的。

64. 关于广泛使用的应收款转让，正在形成一种将这种转让以相同的规定加以规范的趋势，而不论这种转让是无保留的转让、为担保目的的无保留转让或担保式转让。这种趋势在《联合国转让公约》（见第 2 条）中有所体现。然而，对于有效转让的要求，不同的法律制度有不同的规定。有些法律制度要求一份书面材料或账款债务人的通知。有些法律制度要求一份书面材料以便在转让人与受让人之间生效，并要求有登记以便对第三方当事人生效。关于未来应收款和没有具体指明的应收款的转让的有效性以及在生成转让应收款的合同订有禁

止转让条款的情况下转让的有效性，不同的法律制度有不同的规定。《联合国转让公约》承认所有这些转让的效力（见第 8-10 条）。

(c) 具有担保作用的合同安排

65. 销售与再销售、出售与租回、分期付款租购及金融租赁交易通常都具有担保功能。在有些法律制度中，它们被作为担保手段对待，而在有些法律制度中，它们被作为设定属人权利的合同安排。在将它们作为非担保手段对待的法律制度中，对它们的设定和效力的要求大不相同。

B. 小结和建议

66. 各类债务都应当能够得到担保，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，其中包括定着物、附着物以及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以及设押资产的收益。对这些规则的例外情况应当加以限制，并在担保交易法律中明确说明。

67. 设定非占有式担保权的担保协议应当采用书面形式，书面形式应当包括一份数据电文，并明确说明设保人设置担保权的意思。其中应当列明当事人的身份并且对所担保的债务和设押资产加以合理的说明（但不应当要求具体说明每一项设押资产）。对于占有式担保权则不需要任何书面材料。如果不需要任何手续，则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的义务。

68. 设定占有式担保权必须要有被担保债权人和设保人之间的协议，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。

69. 在设保人和被担保债权人之间设定非占有式担保权只要有一份协议即可。但是要使担保权协议相对于第三方生效则需采取额外步骤。

[工作组注意：工作组似宜考虑有关以所有权为基础的担保的建议。]