



联合国国际贸易法委员会
第六工作组（担保权益）
第六届会议
2004年9月27日至10月1日，维也纳

担保权益

担保交易立法指南草案

秘书长的报告

目录

	段次	页次
五. 对抗第三方的效力	1-75	3
A. 总论	1-75	3
1. 导言	1-5	3
2. 放弃占有权	6-9	3
(a) 一般考虑	6	3
(b) 第三方占有设押资产	7-9	4
3. 向有担保债权人转让对无形债务的控制权	10-14	4
(a) 贸易项下应收款和其他金钱债权	10-12	4
(b) 存款账户	13-14	5



4.	以所有权为基础的公示方式	15-17	5
	(a) 所有权登记制度	15-16	5
	(b) 所有权证明制度	17	5
5.	担保通知在一般担保权登记处的登记	18-64	5
	(a) 一般考虑	18-22	5
	(b) 资产或设保人索引编制	23-27	6
	(c) 已登记通知的内容	28-38	7
	(d) 了解更多详情	39-40	9
	(e) 登记的有效期	41-43	9
	(f) 行政问题	44-52	10
	(g) 预先登记	53-55	11
	(h) 须经登记的其他权利	56-62	11
	(i) 其他通知渠道	63-64	12
6.	非占有式担保权除一般担保权登记以外的其他方式	65-70	13
	(a) 一般考虑	65-66	13
	(b) 相竞有担保债权人	67	13
	(c) 设押资产的买方	68	13
	(d) 设保人的破产代表和判决债权人	69-70	14
7.	以收益作保的担保权的第三方效力	71-75	14
B.	建议		15

* 因为需要配合完成磋商，本文件比要求的会议开始之前十周晚两周提交。

五. 对抗第三方的效力

A. 总论

1. 导言

1. 担保交易制度通常要求有担保债权人在以设押资产作保的其担保权发生对抗第三方效力之前采取一些额外步骤。这一额外要求具有两方面的目的。第一，它保护涉及设保人动产的第三方避免这些资产上可能已设有担保权的风险。第二，它提供了确定有担保债权人之间以及有担保债权人與其他竞合债权人之间优先权顺序的时间依据。

2. 本章重点阐述得到最广泛接受的五种方式，这五种方式确保担保权获得所有权效力对抗第三方。第一种方式仅仅针对特定的有形资产，涉及取消设保人对设押资产的占有权。第二种方式是扩大放弃占有权的概念，给予有担保债权人控制权，使之可控制第三方所欠设保人的无形债务的价值。第三种方式仅适用于设押资产是特定动产物件而颁布国已经为其建立了所有权登记以便记录所有权及以所有权设押的情况。第四种方式要求在所有权证书上注明担保权。同样，这一方法仅仅在设押资产是特定有形动产物件且根据颁布国法律该动产所有权由所有权证书证实时才适用。

3. 第五种也是最全面的方式，是发出一个简单的担保权通知并将之在一个一般担保权登记处加以备案。通知按照设保人的身份而不是具体的资产编制索引。这意味着一个简单的通知即可用以赋予不论是当前拥有的还是以后获得的任何种类有形动产物件或无形动产上所设立的担保权以第三方效力。通知的备案不构成设保人是否拥有对设押资产的所有权或甚至担保权是否存在的肯定证据。然而，登记是可能所设置的任何担保权对抗第三方效力的一个先决条件。在无登记通知时，第三方不受约束。

4. 通知备案不仅仅是非占有式担保权的第三方效力的一个先决条件。备案还促进优先权确实排序。很显然，登记为安排有担保债权人之间和有担保债权人與其他竞合债权人之间的优先次序确定了一个可以核实的时间依据。

5. 优先权是本指南另一章的主题（见 A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1）。但是登记与优先权之间的联系则是贯穿本章的一个主题，应当把两章的内容结合起来加以理解。

2. 放弃占有权

(a) 一般考虑

6. 尽管将设押资产从设保人的占有下转移并不能作为担保权存在的肯定证据，但是这却可将债权人和其他当事人被设保人表面所有权误导的风险降到最低。因此，这在传统上被认为不仅仅足以构成一项担保权，而且还使担保权能够有效对抗第三方（见 A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2，第 57 段）。

(b) 第三方占有设押资产

7. 设保人放弃占有后不一定由有担保债权人直接占有。只要一个客观的旁观者可以合理地认定设押资产不在设保人占有或控制中，也可以由有担保债权人的代理或代表之类的第三方占有。

8. 通过第三方实现的放弃占有并不总是要求从设保人的房地实际转移设押资产。在实际的仓储安排中，第三方通过位于设保人房地的代表对设保人的库存品和其他设押资产取得控制。由于设保人处理设押资产的能力需要经过由第三方代理的有担保债权人的同意及合作，第三方因此而得到保护（见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1，第7段）。

9. 对于由例如提单或仓单等可流通的所有权单据而代表的设押资产，承运人或仓库管理人有义务将该单据所代表的资产交付给该单据的现行持有人。因此，交付经妥当背书的可流通所有权单据提供了转移设保人对该单据所代表的资产的占有权的一种替代方法。

3. 向有担保债权人转让对无形债务的控制权**(a) 贸易项下应收款和其他金钱债权**

10. 在承认担保证书（股票或债券）可以转让的法律制度中，交付经过必要背书的证书亦即转移了发行人对有担保债权人所欠债务的利益。因此，交付单证在功能上等同于通过有担保债权人的代理放弃占有权。交存清算机构的有证明文件的担保品可以把有担保债权人的姓名记入该清算机构的账簿，无证明文件的担保品则可在发行人账簿中登记有担保债权人的姓名，这两种办法都可以得到同样的结果。在间接持有投资资产的情况下，可以通过把投资账户写上有担保债权人姓名的办法或取得中间人同意接受有担保债权人的指示的办法来转移对经纪人或其他中间人所欠债务的控制。

11. 本指南不涉及有关投资资产上的担保权问题。不过，控制权作为一种实现担保权的第三方效力的方法的概念，可以适用于第三方当事人对设保人所欠的其他类型的无形债务。例如，在以普通贸易应收款或其他金钱债权提供担保的情况下，如果设保人违约，通常有担保债权人有权要求欠有债务的人付款。付款要求将因此把对货币债权的实际控制权转移给有担保债权人。

12. 另一方面，有担保债权人一般只在设保人违约的情况下才会要求直接偿付所欠设保人的金钱债务。即使立即出售这些金钱债权，受让人也常常希望把收款的事交给转让人办理。考虑到这些实际情况，可取的做法可能是把付款要求仅仅当作一种收款或执行手段，而不是当作一种实现担保权的第三方效力的方法来对待。这样做尤其适合于有担保债权人和受让人都可以利用向担保权登记处提交通知备案这一选择方式的情况。登记方式提供了一种在交易开始时评价优先权风险的更有效方法，在担保权涵盖设保人目前和今后取得的所有无形金钱资产的情况下尤其如此。

(b) 存款账户

13. 如果设押资产的形式为设保人在一金融机构或其他接受存款机构所持有的存款账户，向有担保当事人转移控制权可以通过将有担保债权人的名字列于账户上来实现。或者，当事人可以订立控制权协议，根据协议，有关机构承诺在处理该账户时只听从有担保债权人的指令。为保护设保人的债权人和其他有关第三方的知情需要，可能有必要要求该接受存款机构答复有关确认是否已订立这一控制权协议的要求。

14. 接受存款机构本身可能也有设保人欠款的情况。与其采取订立控制权协议的做法，还不如采取更为简单的办法，即把以客户存款账户作担保的接受存款机构看作是根据适用的法律而自动拥有控制权。不过同样，为了满足第三方的知情需要，可能有必要要求该机构向合法的有关第三方当事人证实其是否已经订立了关于该存款账户的控制权协议。

4. 以所有权为基础的公示方式**(a) 所有权登记制度**

15. 只有在设保人准备放弃持续地使用和享有设押资产的情况下，才能利用放弃占有权和等同的控制手段。在设保人需要保留对设押资产的控制权以便提供服务或产品或产生利润的情况下，这种方法不可行。

16. 对于种类有限的高价值资产来说，国家可能已经采用了类似于土地所有权登记处的、专门的所有权登记处制度。在存在所有权登记处的情况下，这一方法为这种高价值资产的非占有式担保权的登记提供了一个方便的场所，以便使它们具有对抗第三方的效力。船舶、航空器、旅行房车和知识产权（主要是专利和商标）是最常遇见的存在所有权登记处的资产例子。

(b) 所有权证明制度

17. 一些法域建立了所有权证明制度，以证实特定动产物品（例如机动车辆）所有权的取得和转移。在证明上注明其中所示的物主所提供的担保权通常足以使其具有对抗第三方的效力。

5. 担保通知在一般担保权登记处的登记**(a) 一般考虑**

18. 第五种公示方式是将担保权通知在为此目的设立的一个公共登记处备案。与已经讨论过的公示方式不同的是，通知备案提供了一种普遍的、不论设押资产的性质如何都可实现对第三方的效力的方法。就其本身而论，通知备案有助于进行有效的优先权排序，有担保债权人之间以及有担保债权人和其他第三方之间若有优先权竞争，可参照登记时间予以解决。

19. 以通知为基础的担保权登记与所有权登记和以文件备案为基础的担保交易登记有很大的不同。所有权登记是关于具体资产目前所有权状态的确切信息的来源。为了保护这种所有权资料的完整性，登记人一般都必须将实际的所有权转移文件进行备案，或将它们提交登记官员详细审查。与此类似，在文件备案担保交易登记中，实际的担保文件要提交登记官员，登记官员经审查后将出具至少构成担保权存在的推定证据的登记证明。

20. 另一方面，通知备案登记是根据消极公示论运作的。通知登记并不提供担保权存在的确切证据，而是给第三方一个警告，提醒其可能存在担保权，从而使其可以采取进一步的步骤来保护自身利益（见第 39 段）。由于备案构成担保权对抗第三方效力的一个先决条件，所以如果没有登记，则第三方即可判定其将接受的设押资产上不存在任何先前的担保权，因此也没有必要要求有担保债权人登记担保协议或以其它方式证明它的存在。从设保人的角度来看，通过要求通报所列明的设保人使之随时了解任何登记情况，以及通过制定简易的行政程序便利取消未经授权的登记，这样做可以起到保护作用，防止未经授权的登记造成损害。

21. 通知备案方式极大地简化了登记过程，而且最大限度地减少了登记系统的行政和存档负担。它还增加了融资期间的灵活性。只要登记通知中所列的设押资产描述不变，单一的通知即足以给予相同当事方之间订立的所有担保协议以第三方效力（见 A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1，第 19-22 段）。

22. 以通知为基础的登记概念在国际上获得极大支持。制定示范制度的有：欧洲复兴开发银行（1997 年《现代担保交易法的一般原则》；1994 年《担保交易示范法》）；美洲国家组织（2002 年《美洲担保交易示范法》）；以及亚洲开发银行（《亚洲开发银行的法律和政策改革：动产登记指南》，2002 年 12 月）。2001 年《移动设备国际权益公约》及其相关的《航空器议定书》规定，国际优先权制度的基础是对担保协议、租约和保留所有权的销售安排协议下而产生的航空器权益进行备案的制度。《联合国转让公约》也将通知备案作为其附件中规定的一项选择性优先权制度的基础。

(b) 资产或设保人索引编制

23. 必须根据既定的标准为担保通知编制索引，以方便其有效检索。担保权登记处的通知一般参照设保人的身份编制索引。以资产为基础编制索引的办法只适用于有序号或有其他唯一标识的这一类资产。即使在这种情况下，通类（如所有有形动产）范围内个别物件的价值可能太小，不值得逐件进行追踪登记。此外，以资产为基础编制索引的方法并不适用于登记以事后所获资产或循环资产如库存品和应收款设保的通知。

24. 以设保人为基础编制索引的方法极大地简化了登记过程。有担保债权人通过一次登记即可使其目前和事后所获一切动产或以其资产通类设保的担保权获得第三方效力。他们不必操心在每次取得属于登记通知中所列通类内的新入项时必须更新记录。

25. 以设保人为基础编制索引的方法有一个缺点。如果设押资产成为未经授权的连续转让的标的，则未来的有担保债权人和买方就不能通过按直接表面上的所有人姓名加以搜索的方式保护自己。由于系统是按设保人编制索引的，搜索将不会披露前任所有权人所设的担保权情况。

26. 对于这个问题，一个部分解决的方法是，对那些有可靠数额标价的特别高价值的资产而言，例如，机动车辆、船只、旅行房车、拖车、航空器等等，要求以资产为基础编制索引。虽然注明具体资产限制了使用单一通知对以事后所获资产设置的担保给予其第三方效力的能力，但这样做通常只对设保人业务中使用的资本资产（以及颁布国的担保交易法所规范的、用于个人目的的消费资产）有必要。在资产由设保人作为库存品持有的情况下，由于正常经营过程中买方购买的资产将无论如何不连带担保权，所以这一问题得到解决（见 A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1）。

27. 一种替代或补充的办法是，要求有担保债权人如果发现设保人有转让或销售行为的，应在已登记的通知中补充列入受让人或买方作为附加设保人，以便保持对以后的竞合债权人的优先权。或者，可以把保护扩大到所有后来的买方，甚至所有后来的第三方，即使有担保债权人不知道债务人有未经授权的处置行为（另见 A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1，第 64-72 段）。

(c) 已登记通知的内容

一. 设保人的识别

28. 由于设保人身份是通常用来检索担保通知的手段，所以登记人和搜索人都需要有在登记通知中关于设保人身份正确输入方式的指导。设保人的姓名和地址是最常见的标准。

29. 对于法人设保人和其他法人来说，通常可以通过查阅大多数国家对法人和商业实体而留存的公共档案来核实其正确的名称。如果这种档案和担保权登记处的资料以电子方式储存，将有可能为这两种数据库设置一个公共通道，从而简化核实过程。

30. 对于个人设保人来说，核实正确的姓名更多了一点挑战性。设保人的常用名与正式的出生名之间，或者在不同身份证件上登记的姓名之间，可能存在不一致的情况。改名的事可能自出生开始就会发生，要么是特意改名，要么由于婚姻状况的改变。为处理上述各种意外情况而提供明确的立法指导，可以确保登记人和搜索人按同样的标准进行操作。例如，关于登记的运作的条例或行政规定可以具体列明官方资料来源的分类等级，从设保人出生证上的姓名开始，然后在无法获得或无法查到的情况下，以其他资料来源（如护照或驾照）作为参照。

31. 如果几个设保人的名字相同，提供设保人的地址常常可以为搜索人解决识别问题。在许多人同名同姓的国家，要求提供补充资料如设保人的出生日期可

能是有益的。如果一国为其公民采用数字标识符，也可以采用这一办法，但需注意保护隐私，并且需要为作为非国民的设保人指定一个替代标识符。

32. 设保人名字的错误对通知的合法有效性的影响，取决于特定登记系统的编排逻辑。比如，一些电子记录的程序在编制上只显示搜索人所输入的名字与数据库中的名字完全匹配的条目。在这样的系统中，任何输入错误都会使登记丧失其效用，因为它会使通知无法被使用设保人正确姓名的搜索人检索到。在其它系统中，则还可能检索到接近的匹配项，在这种情况下，尽管输入出现错误，但使用正确的标识符进行搜索后，登记的名字很可能显现出来。错误是否使登记失效取决于具体情况。一个实用而又灵活的检验标准是，只有在通知上所公开的资料会误导理智的搜索人的情况下，才把这种错误看作是决定性的。

二. 有担保债权人的识别

33. 在登记的通知上关于有担保债权人或有担保债权人的代理人的姓名和地址的条目，可以让第三方在必要时与有担保债权人取得联系。该条目还提供了一种推定证据，证明后来根据通知声称享有优先权的有担保债权人确实是有权这样做的人。用于确定设保人正确姓名的规则也可以适用于有担保债权人。然而，有担保债权人的姓名并不是编制索引的标准。因此，与有担保债权人有关的登记错误不会同样造成误导第三方搜索人的危险，因而不会导致通知丧失效用。

三. 对设押资产的描述

34. 通知中还必须列入对设押资产的描述。缺少描述将会限制设保人出售仍未设押的资产或以这种资产设置担保的能力，因为未来的买方和有担保债权人在达成涉及到设保人任何资产的交易之前，将会要求得到某种形式的保护（例如，有担保债权人弃权）。缺乏描述还将削弱通知对破产管理人和判决债权人的价值。

35. 尽管一般要求对设押资产进行描述，但是不必要进行具体的逐项描述。通类描述（如所有的有形资产、所有应收款）甚至超越通类描述（如所有目前和今后所获的动产）都将足以满足搜索人的资料需求。实际上，通类描述是确保以今后所获资产以及以库存品或金钱债权等循环类资产提供的担保权得到有效登记所必需的。

36. 一个更为棘手的问题是，即使担保权实际上限于特定物品（如单独一辆汽车），但通知中是否只需要指明设押资产的类属性（如有形动产），或描述是否必须符合背景担保文件所包括的实际资产范围。

37. 第一种做法简化了登记过程，并且减少了描述错误的风险。它还可以让当事方对其担保协议进行修改，在同一通类中增加新的资产而不必再进行登记。但另一方面，这一做法可能使设保人以所述资产未设押部分进行融资的机会变得复杂化。由于优先权追溯自登记之时开始，后来的买方和有担保债权人需要

有明示的弃权书或撤销书才能保护自己免于遭受设保人以后将最初的担保协议所包括的资产实际范围加以扩大的风险。

四. 附担保债务的最大价值

38. 进一步的问题是，通知是否必须披露附担保债务的货币价值。要求列出实际或预计价值的做法并不可取，因为这样做会干扰诸如循环信贷交易等信贷交易的灵活性。然而，可以要求有担保债权人具体说明担保权所担保的最大额度。这一做法将方便设保人，使之能够对已设置广泛担保权的资产利用其剩余价值，从其他有担保债权人处获得进一步的融资。另一方面，第一个有担保债权人接受设保人资产上的一般担保权，通常是最廉价和最易利用的信贷来源。此外，如果提交的一般是虚夸的估计数，就会丧失规定这一要求的价值。

(d) 了解更多详情

39. 未来的买方和有担保债权人一般不必做进一步的调查即可处理由于已登记的通知带来的优先权风险。他们可以拒绝与设保人进一步交易，或取得已登记的有担保债权人弃权或退让协议，或者要求设保人解除登记（在登记不代表现有担保权或新的有担保债权人准备预付足够的资金支付先前已登记的有担保债权人的情况下）。

40. 处在无担保债权人和破产代表地位的第三方以及设押资产的所有人，其所处的地位多少有些不同。他们已经拥有对设押资产的现有或潜在债权。然而，他们的债权价值只能在他们了解所欠有担保债权人的未清偿债务的价值之后才能确定，因为该项债务的偿付具有优先权。由于担保权设保人不一定是这种资料的可靠来源或乐于合作的来源，所以可取的做法是对有担保债权人规定一项法律义务，要求其在合理期限内对有关第三方获得关于融资关系现状的进一步信息的要求直接做出反应。

(e) 登记的有效期

41. 附担保融资关系的有效期可能有很大的不同。可以通过两种方式之一取得必要的灵活性。第一种方式是让登记人选择所需的登记期限，并有权提出展期。第二种方式是设定一个统一的固定期限（如五年），也有权提出展期。

42. 在中长期融资中，采用第一种方式可以减轻给有担保债权人带来的由于未及时展期而丧失优先权的风险。在短期安排中，采用第二种方式可以减轻因有担保债权人出于过度谨慎无限延长登记期限而给设保人带来的风险。

43. 不管采取何种方式，从设保人的角度来看，都必须确保在附担保债务得到清偿后的一段合理期间内从档案中撤销通知。可能的解决办法包括对未及时作撤销登记的有担保债权人实行处罚，并制定简易的行政程序，以便在有担保债权人未对设保人所提的正当要求做出反应的情况下强制撤销。作为对及时采取行动的额外奖励，可取的做法可以是让有担保债权人有权免费进行撤销登记。

(f) 行政问题

一. 技术上的考虑

44. 如果登记处档案以区域或地区为基础进行编排，则需要有复杂的规则来确定适当的登记地点，并处理因资产或设保人所在地变更而带来的问题。另一方面，统一的全国登记处可能会产生查询机会不平等的问题。登记处数据库的计算机化解决了这两个问题，它使所有登记可以输入进一个统一的中央记录处，同时还可进行远程登记和查询。

45. 一个电子数据库可以支持一个完全电子登记系统，在这一系统中，用户可以通过计算机直接进入电子数据库进行登记和查询。这极大地降低了系统的操作和维护费用。它还通过把对输入时机的直接控制交由登记方掌握，从而消除提交通知后直至向数据库实际输入通知中所载信息这段时间差，提高登记过程的效率。或许十分重要的是，全电子系统把对数据准确录入的所有责任都交给了登记人和查询人，从而最大限度地降低了人工和业务成本。

46. 最佳的计算机化程度取决于登记处的启动费、登记处用户群体中的计算机文化水平、现有通信基础设施的可靠性，以及对预期收入是否足以在合理期间内收回最初的基本建设费用所作的评估。总体目标是使登记和搜索过程在具体国家中尽可能变得简单、透明和容易利用。

二. 对系统错误的责任

47. 如果系统是完全电子化的，则无论在登记阶段还是搜索阶段，登记处都不会出现人为错误的危险。责任已经归属于登记人和搜索人。至于系统出现故障的危险，通过立即通知用户和相应延长因故障期间可能耗去的时间，通常能够减轻所产生的后果。如果数据的输入和搜索项的输入由登记处工作人员进行，在转换和检索数据方面出现人为错误的危险是随时会发生的。不过，通过电子编辑校对和确保向用户及时返还登记数据或搜索结果，可以减少出现错误的可能性。

48. 无论系统的设计如何，都需要制订关于登记处对于工作人员和系统错误的任何可能的法律责任范围的具体规则。一种折中的解决办法是拨出一部分登记收入给法定赔偿基金，并对任何单独一次的事故规定赔偿额的上限。

49. 假定可以提出赔偿要求，也需要对登记人与第三方搜索人之间谁承担错误的风险制订进一步规则。在解决这一问题的过程中，譬如，规则可以规定，登记处工作人员编制索引的错误，除对可以确定证实已进行搜索并由于遵照记录中所载令人误解的资料行事而遭受实际损害的有担保债权人或买方外，不影响担保权的第三方效力。

三. 登记费

50. 旨在提高收入而不是维持系统成本的、高昂的登记和搜索费，相当于对担保交易征收的并最终由设保人承担的税收。为了鼓励以合理的费用利用担保信贷，系统要取得成功的关键是把费用确定在一个低微的水平，既鼓励使用系统，又使系统能够在合理的期间内收回资本费用和运行费用。

四. 保密问题

51. 以通知为基础的登记制度通过限制公共记录上有关设保人与有担保债权人之间交易的信息详细程度，加强了其二者之间关系的保密性。

52. 保密这一话题所引出的问题是，对系统的编排是否应当便利公众按有担保债权人以及设保人的名字进行搜索。特定金融机构或其他债权人的通知备案数量和内容，作为竞争者客户名单的一个来源或对于寻求销售相关金融产品或其他产品的公司来说，可能具有市场价值。尽管额外的收入具有吸引力，但这类信息的检索和出售与登记处的法定职责无关，并且可能妨碍有担保债权人对系统的使用。

(g) 预先登记

53. 设立担保权登记处可以在同一设押资产上登记的若干担保权发生竞争问题时根据一般的先备案者优先原则加以解决。这项一般原则的例外在关于优先权的一章中做了详细论述（见 A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1，第 13-17 段）。然而，在这一阶段有重要意义的一个问题是，是否应当允许有担保债权人在实际达成担保协议之前提前发出担保通知加以备案（类似于在土地登记处提前备注抵押权的概念）。

54. 提前备案可以让有担保债权人确定其对于其他有担保债权人的地位，而不用在放款之前核实其他的备案。预先登记还可以避免在基础担保协议碰巧在登记之时存在技术上的缺陷但后来得到纠正的情况或在达成担保协议的准确时间方面存在事实上的不确定因素的情况下登记失效的风险。

55. 从设保人的角度来看，可以通过采取对未经授权登记的情况所采用的同样措施确保得到充分的保护（即通过要求把任何登记情况告知列明的设保人，并制定简易行政程序，使设保人能够在列明的有担保债权人未在合理时间内采取行动的情况下迫使撤销登记），以避免并未订立任何担保协议的风险。

(h) 须经登记的其他权利

56. 第三方当事人涉及货物销售中买方占有有形动产而卖方保留所有权作为价款支付的担保的，其所面临的风险如同与占有设押货物的设保人打交道的当事人一样。在没有公共的通知备案制度情况下，包括未来的有担保债权人在内的第三方当事人，没有客观手段来证实货物是否仍受到卖方保留所有权的制约。

57. 降低这种风险的一种方式是要求卖方发出关于保留所有权协议的通知在担保权登记处进行备案，作为卖方对以后获得买方手中货物权益的第三方而确立其所有权的权利的先决条件。

58. 可能将进行通知登记做法规定为第三方效力条件的其他非占有式交易类别有：

- 长期（例如一年）租赁有形资产；
- 无保留转让金钱债权；
- 寄售有形资产。

59. 适用于已作登记的担保权的优先权规则是否也适用于上述这些交易，这个问题更为复杂。先备案者优先规则在债权的转让与相同债权设置的担保权形成竞争情况下有着明显的效用。然而，就租赁、寄售或保留所有权销售而言，时间上的优先权排序安排必须加以限制，以便保护出租人、卖方或寄售人的所有权具有对抗预先登记的担保权的效力，也许还须遵守一项要求，即登记应当在交易后的一段规定的期间内进行。关于优先权的一章对此作了详细说明（见 A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1，第 47-55 和 77-79 段）。

60. 将担保权登记要求扩大到虽不称作担保交易但却具有担保功能的商业交易这种做法，在国际一级的两个公约中得到了反映。第一个公约是《移动设备国际权益公约》，该公约将所设想的债权担保的国际登记扩大到包括有利于卖方的保留所有权协议和航空器租赁安排。第二个公约是《联合国转让公约》，根据该公约的规定，所选择的关于第三方效力和优先权问题的法律规则既适用于无保留转让，也适用于以应收款设置的担保。

61. 一些法律制度将担保权登记的范围加以扩大，允许对金钱判决通知进行登记，按判决债务人的身份编制索引，这种登记等同于在判决债务人的动产上为判决债权人设立担保权。这一做法可以间接促使迅速自动和迅速地清偿判决债务，因为在判决债务人偿付判决债务并解除登记之前，第三方将不愿意购买该设押资产或接受以其作保的担保权。

62. 如果采用这一办法，就必须确保已作登记的判决债权人权利不与要求在债务人的无担保债权人之间实行平等待遇的破产政策发生抵触。要解决这一问题可以制定一项规则，授权破产管理人为所有无担保债权人的利益，索取已作登记的判决债权人优先权所产生的金钱利益（或许须首先满足已作登记的判决债权人对补偿其登记费和辛劳所持的特权；另见 A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1，第 56-61 段）。

(i) 其他通知渠道

63. 就公共登记处而言，一些法律制度批准采用较为有限的通知渠道以取代公共登记处（例如，在设保人自己的记录中或公证人或法院官员的记录中或设保人当地的报纸上或一份政府期刊上登录通知）。尽管这些通知渠道中的一些已充分解决了对欺诈性提前日期的担心，但与全面的公共担保权登记处相比，这

些渠道还缺乏为充分保护第三方所需的长久性和公众查询的便利性。而且，还无法提供先备案者优先规则所带来的优先权排序的好处。

64. 一些法律制度允许在设押资产上加挂牌牌或其他形式的实物通知作为登记的替代方式。鉴于有可能被设保人滥用，这种机制的可靠性较为有限。然而，在一些市场中，资产的特性和行业做法可以使这种象征性占有方式为人所接受（如在牛身上打烙印）。

6. 非占有式担保权除一般担保权登记以外的其他方式

(a) 一般考虑

65. 在选择不建立一个一般担保权登记处的法域，有三种可能的办法来确定非占有式担保权对抗第三方的法律效力。第一种办法是将所有非占有式担保权视为无效，非占有式担保权当中只有国家已经为其建立了所有权登记处或所有权证书制度并可由此提供担保权公共通知的除外。考虑到以企业的库存品、应收款和其他商业资产为担保条件的融资需求，这不是一个可行的替代办法。第二种办法是非占有式担保权视作在设立之时起即在当事人之间生效和对竞合求偿人生效。第三种办法实际上是第二种办法的一个变体，即对特定类别的第三方，例如对依赖设保人表面所有权因而处于不利地位的第三方，提供特别保护。

66. 为了将后两种替代办法与担保权登记制度进行适当比较，有必要从竞合求偿人的各主要类别来查看这一问题。

(b) 相竞有担保债权人

67. 在非占有式担保权根据其设定时的顺序而不是登记时的顺序相应生效的制度中，登记的费用和风险被免除，而且也没有必要投资设立一个一般担保权登记处。另一方面，公共登记制度可以使未来的有担保债权人能够更准确地评估相互间的优先权风险。在无公共登记制度的情况下，他们必须依赖设保人关于该资产尚未设押的保证和他们自己的调查和感觉。这种对有担保债权人的额外调查负担可能妨碍尚未建立信贷记录的预期借款人获得信贷的机会，并且由于排斥了无法进入信贷信息网络的较小的信贷供应商而限制了信贷市场的竞争。

(c) 设押资产的买方

68. 凭借担保权的所有权性质，有担保债权人被推定有权追索资产，直至追查到底从设保人未经授权的销售中取得所有权的第三方买主（“追索权”）。如果没有登记制度，必须把保护有担保债权人的追索权与需要保护动产销售的确定性加以权衡。这可能要求有一项规则，以保护买方在实际不知道也不能推定知道有未经公示的非占有式担保权的情况下所取得的所有权。登记制度使得没有必要在这两种考量值——一方面是对追索权的尊重，另一方面是动产销售的确定性——之间做出选择。担保权可以在登记后公平地对第三方生效，因为买方

可以在购买之前通过查询登记而保护自己的利益（但要说明的前提条件是，正常经营过程中的买方以及可能的情况下善意的买方或者缺乏经验的买方为商业上方便起见，接受的资产不连带甚至是已作登记的担保权；见 A/CN.9/WG.VI/ WP.14/Add.1，第 64-72 段）。

(d) 设保人的破产代表和判决债权人

69. 在没有建立一般登记制度的法律制度中，非占有式担保权通常被视为具有对抗设保人的破产代表和判决债权人的效力，但条件是担保的设置必须发生在启动破产程序或启动执行程序之前（或任何破产前的嫌疑期开始计算之前）。由于无担保债权人并不依赖设保人未设押的所有权，所以有时这样处理是合理的，因为在不取得担保的情况下的放贷行为意味着接受排序退居于随后有担保债权人的所有权之后的风险。

70. 然而，非占有式担保权是否具有对抗破产代表和无担保债权人的效力以是否已作登记为其前提条件，这种做法提供了一系列好处。第一，它提供了可供优先权排序的某个日期，从而减少了倒签担保文书日期的欺诈风险。第二，通过向破产代表提供一种有效方法查明哪些担保权根据推定具有效力，它还减少了破产程序费用（见 A/CN.9/WG.VI/ WP.9/Add.6，第 2 段）。除了正式破产之外，登记同样也能使判决胜诉债权人在启动代价高昂的执行行动之前确定债务人的资产上是否已经设押。

7. 以收益作保的担保权的第三方效力

71. 在担保交易法给予有担保当事人在原设押资产的可识别收益上生成的自动法定担保权的情况下，一些制度规定，收益一经产生，担保权即自动具有对抗第三方的效力。一些制度要求有担保债权人采取独立行动，以使在收益上生成的担保权具有对抗第三方的效力。要求采取独立行动可能有违给予有担保债权人自动收益担保权的理念，因为收益的产生通常是设保人未经授权处分原设押资产的结果（而有担保债权人通常直到事发后一段时间才能知道）。另一方面，给予收益作保的担保权以自动效力与要求与原设押资产有关的有担保债权人酌情占有或登记以使其担保权具有对抗第三方的效力的宗旨相抵触（另见 A/CN.9/WG.VI/ WP.14/Add.1，第 26-35 段）。

72. 为解决这些政策冲突问题，有必要在不同类别的收益之间作出区分。首先，假定有关原设押资产作保的担保权的通知已经在一般担保权登记处作了登记，且收益的类别符合登记通知中所作的描述。例如，登记了的通知涵盖设保人所有现有和以后取得的有形资产，而原设押资产——一台设备，已经被置换为另一台同类设备。在这个例子中，担保权应当自动生效，因为第三方已经由现有登记通知给予了充分保护，该通知实际上以以后取得的设备的形式涵盖了作为原设押资产的收益。

73. 另一方面，如果收益的形式是金钱、可流通票据或可流通所有权单据，则允许收益上的担保权自动具有对抗第三方的效力是相对比较安全的，因为无论

如何，由于这种收益的可流通性质，受让人通常接受的资产不连带任何担保权。

74. 一个更为棘手的情况是收益的形式是处分原设押资产如库存品所产生的应收款。为了便利库存品融资，给予收益作保的担保权以自动第三方效力可能是可取的，其根据是关于应收款意味着属原设押资产一部分的理论，或者实际代位理论，即应收款仅仅是取代了原设押资产，因而允许有担保债权人将其债权转向应收款对于其他债权人并无不公平之处。

75. 除了这三种例外情况，第三方效力规则所依据的基本政策在原则上适用于以收益作保的担保权（即有担保债权人必须另行登记其在收益上享有的权利）。不过，给予有担保债权人在收益产生后一段有限的期限用以采取必要的步骤可能是公平的。例如，法律可以规定，一俟收益产生，以收益作保的担保权即具有对抗第三方的效力，但条件是有担保债权人须在例如十五天之内占有收益或发出通知加以登记，或采取其他某种足以给予与该收益同类型的设押资产作保的担保权以第三方效力的行动。

B. 建议

[工作组注意：由于 A/CN.9/WG.VI/WP.13 和 Add.1 号文件载有担保交易立法指南草案的合并建议，此处不再转载关于对第三方效力的建议。一俟这些建议最终确定，工作组似宜考虑是否应当在各章结尾或在指南结尾的附录中或在两处同时予以转载。]