



联合国国际贸易法委员会
第三十四届会议
2001 年 6 月 25 日至 7 月 13 日，维也纳
临时议程*项目 11
今后可能的工作——担保权益

担保权益

秘书处的说明

目录

	段 次	页次
一. 导言	1—10	3
二. 担保放款的经济意义	11—21	4
三. 破产法和担保权利法	22—28	5
四. 关于一般担保权利的立法指南	29—61	6
A. 有关设定担保权利的问题	32—50	6
1. 对可作为担保品的财产的限制	33—37	6
2. 担保品的说明	38—40	7
3. 非占有性担保权利	41—44	7
4. 担保品的收益	45—47	8
5. 所有权保留安排	48—49	8
6. 不歧视非国内债权人	50	9
B. 有关担保权利优先权的问题	51—59	9
1. 担保权利的优先权；建立通知发布制度	51—54	9
2. 购货款担保权利	55—56	9
3. 其他优先索偿权	57—59	10

* A/CN.9/482。

	段 次	页次
C. 有关强制行使担保权利的问题.....	60—61	10
五. 特定资产的担保：投资证券.....	62—122	10
A. 近来的经济和技术发展	65—69	11
B. 近期发展的法律影响.....	70—91	11
1. 证书作为证据或所有权的单据	71—74	11
2. 限制证书的作用	75—83	12
3. 限制证书作用的法律后果	84—91	13
C. 证书的废除.....	92—109	13
D. 正在就证券担保权利问题进行的工作	111—122	15
六. 特定资产的担保：知识产权.....	123—134	16
七. 国际私法问题.....	137—164	17
A. 统一实体法背景下法律冲突法规则的范围	137	17
B. 有形资产.....	139—153	17
1. 资产可能的迁移造成的法律选择问题	143—145	18
2. 担保权利的转换：问题和可能的解决方案.....	146—149	18
3. 过境货物和预定出口的货物	150—151	19
4. 流动货物情况下物所在地法的适用	152—153	19
C. 适用于无形资产担保权利的法律.....	154—163	20
1. 一般评论	154—157	20
2. 知识产权.....	158—161	20
3. 投资证券.....	162	20
4. 适用于金融机构现金存款帐户财产权的法律	163	21
D. 可能需要特殊国际私法规则的补充类别	164	21
八. 结论.....	165—166	21

一. 导言

1. 担保交易长期以来一直是联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会）关心的问题。¹1970年代晚期，委员会曾审议了这一法律领域的首批研究报告。²那些研究导致秘书处提议说，编制一部示范法将既是可取的也是可行的（见A/CN.9/165，第61段）。委员会1980年第十三届会议审议了秘书处的一份说明，该说明讨论了有待解决的问题并就可能的解决办法提出了建议。³

2. 不过，委员会在该届会议上认为，“全球范围统一货物担保权益法（……）完全是不可能的”。委员会当时感到，这个问题非常复杂，而且不同法律体制之间的差异也太多，以及还需要在诸如破产法等其他法律领域取得统一或一致，而这在当时看来是做不到的，因此促使委员会得出了上述结论。该届会议在讨论期间指出，委员会可取的做法将是等候其他组织的工作结果，例如国际统一私法学社（统法社），它正在拟订一项国际保理业务公约（公约于1988年最后定稿，并于1995年生效）。

3. 贸易法委员会“二十一世纪统一商法”大会于1992年与委员会第二十五届会议合在一起在纽约举行，⁴正是在这次会议上再次提到了贸易法委员会恢复其担保交易问题工作的必要性。⁵

4. 最近几年世界各地举行的会议重申了这种必要性，而且它已引起国际、区域和国家三级立法者以及国际和区域金融机构的注意，例如欧洲复兴开发银行、国际复兴开发银行（世界银行）和亚洲开发银行（亚银）等。为了使委员会了解当前担保权益领域的活动，促进各种努力的协调和帮助委员会审议这个问题，向委员会2000年第三十三届会议提交了一份当前活动报告（A/CN.9/475），该报告不仅审议了委员会早就担保权益问题所做的工作和最近25年在担保权益法领域的情况发展，而且认定了问题并就未来可能开展工作的领域提出了建议。

5. 委员会2000年第三十三届会议讨论该报告时强调，特别是鉴于担保权益与委员会就破产法正在进行的工作之间有着密切联系，现在是就担保交易开始工作的恰当时候了。人们普遍认为，现代担保信贷法对于能否获得信贷和信贷成本并因而对于国际贸易可能具有重大的作用。会议

还指出，现代担保信贷法能够减轻发达国家当事方与发展中国家当事方之间获得较低成本信贷机会的不平等和此类当事方在国际贸易利益方面份额的不平等。会议提醒说，此种法律必须适当兼顾特权债权人、担保债权人和无担保债权人的待遇，以便可为所有国家接受。会议还指出，鉴于各国政策不一致，采取灵活的方针编制一套附有指导意见的原则而不是一部示范法，可能是一种可行的备选方法。⁶

6. 会议对于有待进行的工作的重点提出了若干建议。一种提议是有关证券（例如，股票、债券、互换交易和衍生工具）的担保权益。此种证券作为登记簿上的登录项由中间人持有，实际上由保管机构持有，它们是重要的票据，凭借这些票据，不仅商业银行向客户提供巨额信贷，而且也由中央银行向商业银行提供。会议还指出，鉴于金融市场全球化，通常牵涉若干管辖区，它们的法律往往互不相通，或甚至不适于处理有关的问题。因此，拥有证券的投资者和提供信贷并获得担保权益的金融业者是否对财产拥有权利并受到保护，存在着很大程度的不确定性，特别是在中间人无偿付能力的情况下。会议还指出，甚至对于适用于中间人持有的证券的担保权益的法律，也存在着巨大的不确定性，而且海牙国际私法会议打算讨论这个问题即表明此事的重要性和紧迫性。在这方面必须指出，委员会的工作将与海牙会议所做的任何工作相一致，并能成为有益的补充，因为委员会的工作主要将专注于实体法方面，而海牙会议的努力涉及国际私法。⁷

7. 提出的另一项建议涉及库存品的担保权益（即变化中的有形动产总量）。会议指出，利用变化着的资产——不论为有形还是无形资产——总量是现代担保融资法的一个重要特色。会议还指出，关于库存品的任何工作都能有益地利用委员会关于应收款的工作和关于将可能得到国际金融市场积极响应的做法的工作。提到下列问题将需要在此种统一法中解决：担保权益的设定和范围（它应包括甚至在权益设定后获得的财产和担保在这以后产生的债务）；债务人违约情况下的补救措施；明确的优先权规则；以及确保任何权益透明的机制。⁸

8. 还有一项建议是统一法应当考虑建立担保权利国际登记簿。此种登记簿将提高确定性和透明度，因此对能否获得信贷和信贷成本具有积极的

作用。会议感到，如果登记簿能够涵盖所有类型资产的所有类型担保权益，这种结果能够极易实现。⁹

9. 讨论之后，委员会要求秘书处准备一份研究报告，详细讨论担保信贷法领域有关的问题和可能的解决办法，以便提交委员会 2001 年第三十四届会议审议。会议一致同意，在审议研究报告后，委员会可在该届会议上决定是否能够继续努力，讨论哪个专题，以及在什么背景下处理。会议进而一致同意，研究报告可以讨论各种解决方案的利与弊（即是采用关于所有类型资产的统一法，还是采用一套附有指导意见的原则或关于具体类型资产的统一法）。而且，会议还一致认为研究报告应利用和依靠其他组织开展的工作，而且任何建议都应虑及避免重复努力的必要性。

10. 本研究报告是依照委员会的这一要求编写的，它的目的是便利委员会审议担保交易法领域今后的工作和作出相关决定。先对利用担保放款的原因略作一些介绍，接着本报告简要探讨破产法与担保权利法之间的关系。然后再讨论有关拟订一般担保权利示范立法解决方案的问题及有关拟订特定资产示范立法的问题，特别是关于证券和知识产权的示范立法。最后一章专门讨论国际私法的问题。

二. 担保放款的经济意义

11. 最近几年中，许多决策者一直谋求使有关将担保权益给予债权人的规则适合现代需要以促进商业发展。在这方面，提及下述情况就足够了：1999 年，美利坚合众国彻底修订了《统一商法典》第 9 条（关于担保权益问题），而且新西兰和罗马尼亚两国都颁布了关于个人财产担保权益的广泛的法规，引进了有关担保交易的现代规则。其他国家如保加利亚（1996 年）、智利（1982 年）、希腊（2000 年）、印度尼西亚（1999 年）、拉脱维亚（1998 年）、立陶宛（1997 年）、黑山（1996 年）和波兰（1996 年）等也颁布了有关担保权益问题的立法（尽管与上述法规有所不同）。

12. 提及的上述情况表明，有关担保权益的法律制度出现了明显的现代化趋势。在拟订此类现代制度时，需要考虑到当事方给予担保权益的原因。仅仅指出给予担保权益降低放款机构成本总

量，似乎并不能够充分解释这种现象，因为正如其他评论家所指出，担保放款不是普遍做法，即许多放款人/债权人并不使他们的所有信贷获得担保，或根本不使他们的信贷款获得担保。解释担保放款是或不是是一种有效做法的原因可能有助于委员会在这一法律领域的努力。实际上，铭记推动利用担保权益法的原因可能对未来法律文书的起草人员有所帮助。

13. 要理解这些动力，就需要审议导致信贷市场参与方利用（或不利用）担保放款的想法。

14. 债权人因给予担保权益得到的有利条件可以降低它预计的总体成本，从而也降低债务人为使债权人发放信贷必须支付的成本。可以区分两类不同的有利条件：直接的和间接的有利条件。担保放款人最明显的直接有利条件是，获得担保增加违约情况下付款的可能性。评论家们认定三种不同的方法可以增强担保放款人强制获得付款的能力：通过获得担保品；通过给予优先权（以便放款人将先于其他债权人获得付款）；以及通过增加放款人得到补救的可能性（以便放款人能够比债务未得到担保情况下更快地强制获得付款）。如果放款人在放款时相信这些有利条件增加还贷的可能性，它就能少收信贷款费用，从而降低交易的成本总额。

15. 担保放款人还获得其他较为间接的有利条件。例如，据说将担保权益给予债权人将增强其限制后继借款的能力，增强债务人设法自愿还贷的动机，并便利限制债务人的冒险行为。

16. 就债权人限制后继借款的能力而言，它基于这样一种假设，即如果经营的实业同债务人有着更大的利害关系，他就会更加经心地经营他的实业。通过限制债务人今后获得大额贷款的能力，债权人就限制了债务人减少其对实业关心的能力，只要债权人还能限制债务人出售其实业的所有者权益的能力。当然，构成担保品让与的法定权利并不直接禁止后继借款，但担保品的让与通过降低债务人将有价值的担保权益让与后继放款人的能力而能限制债务人今后获得贷款的能力。正是这种限制可以使债务人今后借债代价较高（并从而减少吸引力）。

17. 另一个有利条件是由于担保品的让与使债权人获得的杠杆作用，它增强借款人还债的动机。担保债权人的杠杆作用取决于债权人是否更能有效地强制行使索偿权。

18. 还有一个有利条件是提高债权人防止债务人从事在债权人看来可能导致削弱债务人还债能力的风险行为的能力。如属无担保的放款交易，一旦债务人经营失败，很大部分的损失风险一般将分配给债权人，因此与失败的风险全部由债务人承担相比，他确实会更倾向于冒险。一方面，这可能会减少债务人还债的可能性，另一方面，这还可能提高交易的成本。因此，缩小这种差距的担保放款机制能够通过降低发放信贷前债权人评估的不还款风险而能够降低交易成本。

19. 借款人的主要有利条件在于商业企业越有能力将其资产固有的价值用作借贷的担保，它就越能够降低获得信贷的成本。

20. 不过，担保放款也引起无担保放款情况下不存在的成本。这些主要同达成担保交易的成本和管理信贷的成本有关。可以认定三类前一种成本：信息成本（例如获取关于担保品价值和关于债务人所有权的信息的成本），文件成本（虽然让与担保品一般对文件成本不会有大的影响，因为所有交易都涉及某种文件成本；但在交易牵涉异常、多种或广泛分布的担保品的情况下，情况就可能不是这样了，不过也可以设想无担保交易的文件成本也可能特别高），以及某些情况下的申请税费（即仅仅由于决定使交易获得担保而承担的性質不同的支出；应当指出，在有些情况下，遵守申请要求不仅包括实际申请费，还包括同确切断定申请内容和申请地点相关的所有费用）。

21. 就管理信贷的成本而言，债权人和债务人管理担保交易所花的大量时间和金钱似乎构成担保信贷的一大成本。交易成本和管理成本二者很大程度上都取决于有关交易的法律制度；如果尝试建立旨在促进以较低成本提供信贷的法律制度，就应考虑到这一点。

三. 破产法和担保权利法

22. 有关担保权利的法律和有关无偿付能力的法律各有不同的目标。担保权利法旨在保护向债务人提供担保信贷的债权人，而破产法的目的是就有条不紊地清理债务人或其整顿作出规定，其方式应不仅对担保债权人公正，而且也对所有债权人公正。这样，这两个问题一般根据不同的法律制度处理也就不足为奇了。

23. 然而两种制度之间也存在着重要的相互关

系，它产生于这样一个事实：如果担保权利对于包括债务人的破产管理人在内的第三方最终不能强制行使，这种权利对于担保债权人就没有任何价值或价值很小。这并不是说特定管辖区的破产制度必须承认担保债权人拥有无条件立即行使这种权利的权利，以便诱使他们在该管辖区提供融资。相反，已经指出过，担保债权人一般只要求破产制度有充分的公正性和可预测性，以使他们相信，如果恰当设定担保权利，最终将可在合理的时限内对担保品强制行使这种权利，不产生过高的成本，而且不会受制于预料之外的相竞索偿要求。

24. 制定适当的破产制度要求建立各种机制以求实现某种平衡，既照顾到破产管理人的利益，又保护担保债权人的权利。协助债务人清理或整顿的一种机制是延迟债权人对债务人及其财产的强制行动。在有些管辖区，破产诉讼程序开始后延迟规定自动生效，而在另一些管辖区，只有经破产法庭酌定才能启动。在某种程度上，针对债务人的行动的延迟规定也可有利于债务人的担保债权人的利益，有些债权人可能想使债务人的业务免被肢解。

25. 旨在实现这种平衡的另一种机制是破产管理人能对某些担保权利和其他交易提出质疑，以及最终搁置它们或使之处于从属地位，其理由是它们导致某些债权人得到没有正当理由的优惠待遇，它们实际上或根据推定具有欺诈性，或不能强制执行或不公平。第三种机制将是向担保债权人提供补偿，以避免担保品价值的缩减；不论这产生于延迟规定的实施还是债务人对担保品的使用。可能的做法包括保护担保品的价值或保护担保债权人破产索偿权的担保部分。担保品价值的保护可能牵涉若干步骤：为折旧提供补偿；支付利息；使用的保护和补偿；以及撤销延迟行动规定。另一个办法将是保护索偿权担保部分的价值。在破产程序开始后，立即对设定债权的资产进行估价，而且根据这种估价确定债权人索偿权的担保部分的价值。在整个破产程序中，这一价值固定不变，而且在清理后进行分配时，担保债权人获得第一优先索偿权，但以该价值为限。在破产程序期间，担保债权人还能获得索偿权担保部分的合同利率，以补偿破产程序造成的延误。

26. 然而已经指出过，可能影响债权人处理担保

品能力的机制的存在一般将不会阻止放款人提供信贷，只要放款人能足够放心，即将以可预测和透明的方式执行破产法，对于其担保品价值的缩减，放款人将得到公正的补偿，而且放款人最终将能在合理的时期内将它的担保品变现。

27. 应当指出，担保权利法与破产法之间存在着另一种潜在的相互关系。根据有些管辖区的破产法，债权人有机会在破产程序期间通过向债务人融资而便利债务人整顿企业（从而有可能增加所有债权人的回收机会），并因此种破产后的融资而获得特殊的担保权利或优先权。经常的情况是，此种融资由在破产程序开始前向债务人提供融资的债权人提供。在这种情况下，担保权利法和破产法可以协力实现共同的目标。

28. 由于担保放款法与破产法之间存在着牢固的相互关系，因此应当密切协调关于这些法律的一切努力，特别是就行动的延迟和价值缩减的保护而言。此外，由于一项关键的要求即正当设定的担保权利能优先于债务人的其他债权人强制执行而且在破产程序期间仍然有效，建议任何立法指南处理合同担保权益与法定特权如征税特权之间的关系问题。

四. 关于一般担保权利的立法指南

29. 获得流动资金最有效的方法之一是追求担保贷款。一家商业企业越能将其资产固有的价值作为贷款的担保品，就越有可能降低获取信贷的成本。

30. 不管某项特定财产对一家商业企业的价值有多大，如果债权人不能从该项财产获得这样一种担保权利，这种权利优先于其他债权人并在破产程序期间依然有效，而且债权人能以可预测的方式及时强制执行，那么这种财产作为贷款的担保品对于债权人将无任何价值或价值很小。确立和行使此种担保权利所用的时间和费用越少并使债权人对其担保品的权利越明确，商业企业就将越能获得更经济的担保信贷。因此，建议关于担保权利的立法指南应旨在尽量提供统一的规则，使商业企业能够让与广泛种类资产的担保权利，使债权人能确有把握获得其担保权利相对于其他债权人的优先权（包括其担保权利在破产程序过程中的优先权），并使债权人能以及及时、可预见和高效益的方式强制执行其担保权利。

31. 本节概述在制定一般担保融资立法指南时应加考虑的问题。将这些问题归纳为三大类：(a) 有关设定担保权利的问题；(b) 有关担保权利优先权的问题；和(c) 有关强制执行担保权利的问题。

A. 有关设定担保权利的问题

32. 担保融资的基石是债权人获得债务人所拥有的各类财产的担保权利的能力。¹⁰ 从债权人的观点看，此种权利应能作为合同事项对债务人强制执行，并对债务人的其他债权人拥有必要的优先权，以及在破产程序期间保持有效。这一概念实际上指对担保债权人具有重要意义的一系列权利，根据许多国家现行的法律，其中许多受到严重限制或很不确定，因此此种情况不利于促进这些国家的担保融资。

1. 对可作为担保品的财产的限制

33. 需加审议的一个重要问题是担保交易的立法指南是否应当对可作为贷款担保的财产施加任何限制。由于将特定财产类型排除在用作贷款担保的范围之外会使债务人不能依靠此种财产的价值取得担保融资，在规定任何此种除外条款前应审慎斟酌。

34. 在许多国家，固定资产如不动产和设备等历来作为担保融资的主要担保形式。附属于不动产的重型设备等固定装置具有不动产和设备二者的特征，也历来作为一种重要的担保形式。近一些时候，在许多国家，应收款、¹¹ 预定用于进一步生产或销售的存货和投资证券，¹² 也已成为担保贷款日益重要的担保形式。在过去的十年中，有些国家出现了以专利、商标、版权和其他知识产权形式担保贷款的趋势，这反映出知识产权作为商业企业价值组成部分的重要性日益提高（这是担保放款的一个趋势，预计会继续下去）。¹³ 已有人提议，如果担保融资的立法指南的目标是促进担保融资，指南应通融商业企业几乎所有财产的担保权利。¹⁴

35. 一个相关的问题是，立法指南是否应允许担保权利的范围扩大到目前不为债务人所有的财产。在许多国家，债权人只能获得在设定担保权利时为债务人所有的资产的担保权利。对于由不动产或设备担保的贷款而言，这种限制十分可

行，但它普遍不适用于由连续不断周转的资产担保的贷款，例如应收款和原材料、半成品或成品的库存。人们普遍认为，如债务人以足够的频率修正它的担保文件以反映应收款的产生和收取及存货在债务人正常经营过程中的获得和销售，这种做法成本高昂，而且在行政管理上也行不通。在这方面应当指出，贸易法委员会《应收款转让公约》草案规定，除另有商定外，应收款的担保权利应延伸到未来应收款，不要求债权人或债务人制作任何进一步的文件或采取任何进一步的行动。¹⁵ 一个有关的问题是已经设定的担保权利能否除了已经发放的贷款外还担保未来的贷款预付款。¹⁶

36. 对于存货融资，已经指出过，自动延伸到担保权益设定后获得的货物（后获得存货）并担保未来预付款的存货担保权利是循环存货贷款概念所不可或缺的，这是有些国家利用的一种高度有效的担保融资形式。债务人普遍利用这种贷款来融资以满足不间断的流动资金需要。根据这种贷款安排，依据债务人存货价值的订定百分比，随时应债务人的要求发放预付款。这一百分比（一般称为“预付率”）由债权人确定，依据的是债权人对指望存货作为还贷来源时它能变现的金额的估计。典型的情况是，预付率在 40% 至 60% 之间。如果存货位于具有不利担保融资法的国家，很可能将存货视为不能用于借款目的。通过使借款与债务人的现金转换周期相配合（即获得存货、出售存货、建立应收款、收取应收款的付款和获得更多的存货以重新开始一个周期），从经济观点看，循环存货贷款结构具有高效率，而且人们普遍认为对债务人有利。

37. 于是产生这样一个问题，即自动扩展到后获得财产和自动担保现有和未来应收款二者的担保权利是否应限于应收款和存货，或其他类型担保品如设备或知识产权是否也应允许。评论家们提议说，不存在反对这种扩展的明显的政策原因，而且实际上这样做将促进担保融资。可以考虑担保权利能够担保的未来预付款的最大金额是否必须在设定此种担保权利时订定。如果其他债权人相信此种资产的价值超过此种未来预付款的最大金额，就将允许其他债权人依据同种资产的价值向债务人提供追加融资。

2. 担保品的说明

38. 另一个重要的方面涉及给予各当事方具体说明作为担保给予的资产的灵活性。在有些法律制度中，在说明可作为担保给予的资产方面，当事方拥有广泛的自由。例如，能够设定覆盖产品总量不断变化的存货的担保。此外，在有些法律制度中，可以将一家企业的全部或部分资产作为担保，而无需具体列出资产的各个组成部分，从而有可能出售作为正常经营企业的企业。这使得遇到财政困难的企业能够获得救助而又增加担保债权人收回贷款的机会。不过，其他的法律制度只允许设定有关具体资产的担保，而且如果不逐项列明存货的组成部分就不承认货物库存的担保。如果属于存货、应收款或知识产权的担保权利，这项要求尤其成问题，因为具体列明的要求会使得无法取得不断变化的应收款总量、频繁周转或由多种不同产品组成的存货存量或不断完善和更新的知识产权的担保权利。已经指出，十分具体地说明担保品的要求已导致完全无法获得存货融资。¹⁷

39. 为了应对这个问题，许多管辖区的法律只要求担保品说明的详细度应足以合理认定担保权利所涉财产。例如，在有些管辖区，诸如“债务人所有现有和后获得的存货”等担保品说明就足够了。这些管辖区给予当事方的自由使得债权人不必编制长长的清单逐项列明担保品。

40. 鉴于资产说明在融资做法中的重要影响，容许当事方在这方面拥有适当灵活性的规定将是制定普遍适用的统一文本的一个合适的解决方案。

3. 非占有性担保权利

41. 担保债权人普遍为经营中的企业融资，而且典型情况下将这些企业使用的资产作为担保品。至关重要的是债务人应能保留用于它们企业的财产的占有权。不过，在有形动产担保权利的情况下，许多国家的法律规定，如果要使此种财产作为担保品，债务人必须“放弃”此种财产的“占有权”——这就是说，债权人必须自己或通过代理人实际占有财产，以便债权人获得相对于债务

人的其他债权人拥有优先权并在破产程序中保持有效的担保权利。在债务人占有财产作为企业经营的必要条件的情况下，这些法律经常使此类财产失去作为担保品的使用价值，并从而抑制此类情况下的担保融资或使之无法进行。

42. 在某些情况下，此种占有权的放弃与债务人的业务相矛盾。例如，货物的部分经销商可能例行地将货物存放在公共仓库以待运给客户。在这种情况下，有些国家的仓库经营者可以同意充当债权人的代理人，造成的结果是代理人的占有构成债权人的占有，以便实现货物的担保权利。有可能失去占有权的情况的另一个例子是一种叫做“就地仓储”的安排，债权人的代理人驻在债务人的房院内以监测担保品。不过，在这两种情况下，债权人为被视为拥有适用法律规定的占有权，必须对担保品的外流实施很大程度的控制。这种控制可能或者不切实际，或者给融资安排增加一块巨大的成本，从而提高债务人的融资成本或阻碍这种融资。

43. 有些管辖区内需要债务人放弃占有权的要求适用于债务人的所有财产，有形财产和无形财产都包括在内。因此，这些管辖区的债务人不能让与诸如知识产权等无形动产的担保权利，因为转让无形动产的占有权是不可能的。

44. 人们普遍认为可以获得非占有性担保权利对于跨国担保融资的增长具有特别关键的作用。¹⁸ 建立适当的公告发布制度可能起到公开担保权利存在的作用。采用这种方法，依赖于债务人对财产的占有表明财产不存在任何担保权利的第三方不被误导。

4. 担保品的收益

45. 有关债务人出售或以其他方式处置担保品，产生有待审议的若干重要问题。第一个问题是担保品的担保权利应在何种程度上自动扩展到此种担保品的销售或其他处置产生的收益。例如，人们必须想知道，存货的担保权利是否应当自动扩展到债务人正常业务过程销售存货产生的应收款或现金收益。已经指出过，在普遍实行存货担保融资的管辖区，这个问题极端重要。由于存货在债务人的正常业务过程中连续不断地出售给购买者且后者取得不附任何担保权利的存货的所有权，因此债务人每次出售存货，存货债权

人的担保品的价值就将减少。由于这个原因，在有些法律制度中，存货债权人的担保权利扩展到债务人向客户收取出售存货所得付款的权利。不过，在其他法律制度中，存货的担保权利并不自动扩展到存货的收益。

46. 各种法律制度采用多种方法处理这个问题。一种做法是允许债权人获得收益的担保权利，不仅可对债务人而且可对债务人的其他债权人强制行使这种权利，并且这种权利在破产程序中仍然有效。采取这种做法的管辖区专注于能否将收益回查到原始担保品。

47. 第二个问题是担保品的销售或其他处置在多大程度上消除债权人在此种担保品中的担保权利。很可能适当的做法是，在正常业务过程中或经债权人同意，担保品的销售或其他处置（例如存货的销售）应当消除债权人在担保品中的担保权利。为使规定统一，除经债权人同意销售外，这种解决方案在多大程度不适用于正常业务过程外的销售，是一个应加审议的问题。

5. 所有权保留安排

48. 在许多国家，按照惯例，货物卖方将货物所有权保留至购货款全部付清为止。这一般通过售货合同中的一项规定来实现。在这些情况下，由于债务人不能让与它并不拥有的财产的担保权利，债权人受制于此种所有权保留规定的财产担保权利可能无效。在这些国家愿意根据债务人的存货或设备提供贷款的债权人必须花费高代价收集信息，以便断定此种资产是否受制于所有权保留协定，而且如果属于此种情况，债权人必须征得卖方解除所有权以便取得这些资产的担保权利。

49. 有些国家颁布法律，将所有权保留安排重新定为担保权利的特点，并要求此种权利的持有人遵守有关担保权利的公开要求。已经说过，这种做法具有有利条件。由于要求发布公告说明所有权保留安排，¹⁹ 就将不需要后继债权人进行上述信息收集工作。其次，如果所有权保留安排需遵守的规则与其他形式的担保融资相同，建立所有权保留安排的成本将更贴近建立此类其他形式担保融资的成本，从而促进担保债权人仅以信贷成本为基本的竞争。因此提议未来可能的担保权益制度采取有关保留所有权的立场。

6. 不歧视非国内债权人

50. 有待审议的另一个问题是国内和非国内债权人的待遇。已经指出过，有些管辖区已有促进担保融资的法律，但不将这些法律的好处扩展到非国内债权人。因此，许多潜在的债权人无法享受此种法律的好处，此种情况使位于这些管辖区的商业企业没有机会接触广泛的潜在债权人。在不加歧视的基础之上，将某个特定管辖区的融资法律的好处一视同仁地扩展到国内和非国内的债权人，将有助于该管辖区内有更多的机会获得担保融资。通过不仅鼓励位于特定管辖区内的债权人展开竞争，而且鼓励位于特定管辖区外的债权人也展开竞争，此类规定可以进一步降低管辖区内的融资成本。不过应当指出，许多管辖区银行活动的管理制度要求金融机构接受具体的管理监督，而且可能包括各种要求，如预先向主管当局申领许可证以便外国融资机构在该管辖区经营业务。上述这类非歧视规定并非意在干预执行这些规定的管辖区内有关银行活动的国内管理制度。

B. 有关担保权利优先权的问题

1. 担保权利的优先权；建立通知发布制度

51. 为使债权人获得所需的把握程度以促使它提供担保融资，仅使债权人能够获得作为合同事项可对债务人强制行使的担保品担保权利是不够的。债权人还需要能够有高度把握地评估它的担保权利在多大程度上相对于其他债权人拥有优先权，而且在破产程序中仍然有效。

52. 为了便利债权人进行这种评估，有些国家实行了通知发布制度，根据此种制度，必须发出各种形式担保品的担保权利的公告，而且除了部分例外情况，优先权以最早的发布为准。²⁰ 已经提示过，无论对于检索相竞担保权利的系统还是对于登记担保权利，可加查询、可靠和有效的发布制度可能是一种有效的手段，它确定优先权，并使债权人了解相冲突担保权利的存在。此种制度也可能有利于促进获得低成本担保融资。从债权人的观点看，发布或登记制度避免依赖于债务人关于没有相冲突担保权利的陈述的风险，并可减少从第三方获得担保的必要性。不过，在其他法律制度中，没有任何此种通知发布制度。在此类

法律制度中，融资人依赖于借款人的陈述和金融机构可以获得的信息。

53. 鉴于上述情况，在审查担保融资立法指南中可加处理的问题时，委员会不妨考虑对于非占有性担保权利建立公告发布制度的利弊。过去，建立通知发布制度存在着后勤障碍，但最近的技术进步大大便利此种制度的建立。

54. 委员会不妨还考虑同建立公告担保权利存在权利的存在有关的若干特定影响，例如隐私问题和确定相冲突担保权利优先权的规则。优先权可基于设定担保权利的时间，如在有些管辖区内所做的那样，或者基于公告担保权利的时间。

2. 购货款担保权利

55. 有些管辖区颁布法律，鼓励各种形式的“购货款融资”。这一用语系指这样一种融资安排：货物或其他财产的卖方向买方提供信贷以使买方能够获得财产，或者债权人放款给买方以使买方能够获得财产。在这两种情况下，卖方或债权人将得到财产的担保权利以便为提供信贷担保。这些法律一般规定，在某些情况下，财产的购货款担保权利可对同笔财产其他担保权利拥有优先权，从而使债权人能够提供购货款贷款，而不必在购货款债权人每提供一笔贷款时都得与债务人的其他担保债权人谈判达成承认居次位的协议，否则其他债权人可能会对同笔财产拥有优先担保权利。为使购货款债权人获得此种担保权利，经常要求此种债权人通知债务人的其他担保债权人，以便这些其他担保债权人依据受制于购货款担保权利的财产提供贷款。

56. 已经提示过，购货款融资为债务人提供一种有效和有用的融资手段，而且它也鼓励债权人之间的竞争。购货款融资的一种常见类型叫做“底限规划”。根据这种底限规划安排，债权人提供贷款为债务人获得存货存量融资。此类贷款经常提供给从事诸如汽车、卡车或其他车辆、计算机和大型消费器件等交易业务的债务人。这些安排的债权人经常向与制造厂商联营的实体供资。购货款融资的另一种常见类型叫做“定购单融资”。根据此类安排，典型的情况是债权人提供资金，使债务人有钱履行具体的定购单，这经常包括债务人购买完成定单所需的存货。贷款将由定购单、购进的存货和产生的应收款担保。购货款融

资给债务人带来的好处之一是有助于促进竞争，因为它使债务人能够选择不同的债权人以最有效率和效益的方式为债务人业务的不同组成部分供资。

3. 其他优先索偿权

57. 关于制定担保融资立法指南需加考虑的另一组问题涉及优先索偿权的处理。在许多国家，存在各种类别的优先债权人，他们的担保权利可能排在某个担保债权人的担保权利之前。这些优先索偿权经常涉及未缴付税款和同工资有关的索偿权，并可能给担保债权人带来他们无法预测的不确定性，而且可能排在某个债权人的担保权利之前，即使这些索偿权在债权人获得并公告担保权利之后产生。

58. 为了避免抑制担保融资的获得，可以考虑这样做，即只有在没有其他有效手段实现优先索偿权的基本目标时，才应提供此种权利。如果设定优先索偿权，确立此种权利的法律应当非常明晰，以使债权人能够计算优先索偿权的潜在金额并留出这部分金额。

59. 担保融资立法指南可以多种不同的方法处理优先索偿权问题。一种方法将是采用贸易法委员会《应收款融资公约》草案采取的方法，该公约草案指望特定管辖区的法律确定优先索偿权的性质和程度。另一种方法将是建立一种确保优先索偿权公开的制度。

C. 有关强制行使担保权利的问题

60. 如果债权人不能及时以可以预测的方式和在不承担过高成本的情况下行使担保权利，此种权利的价值就大打折扣。在评估向特定国家的债务人提供担保贷款的风险时，典型情况下债权人仔细审查强制行使其担保权利的现行程序的可靠性和效率。某些国家的法律规定以非司法程序强制行使某些种类担保品的担保权利，而许多国家则要求诉诸司法程序。在后一种情况下，在任何特定国家提供信贷的预知风险将取决于该国司法制度的效率和是否能获得通过司法程序强制行使担保权利的有效方式。

61. 在制定担保融资立法指南有待考虑的某些问题涉及债权人能否在债务人违约时占有其担

保品。例如，在这方面人们必须弄清，如果可以的话，在什么情况下可允许债权人占有其担保品而无需诉诸司法程序（这是一个有时称为“自助”的问题）。人们还需知道：是否应允许债权人在不破坏治安的情况下这样做；是否应允许债权人在适当的保障下利用担保品，或在某些情况下（例如将在制品库存加工为成品）利用债务人的厂房；应允许采取什么类型的处置程序；是否应允许公开出售；或是否应允许债权人对担保品进行非经司法程序私下变卖或其他方式的处置。必须兼顾既需要让债权人在担保品市场价值耗竭或丧失前快速控制担保品又需要作出保障规定以保证债务人和债务人的其他债权人的权利得到充分保护。²¹

五. 特定资产的担保：投资证券

62. 拟订关于一般担保交易的立法指南，并不一定使起草其他更加针对特定资产的统一规则成为多余之事，因为一般性担保交易的解决方案可能不适合于解决同取得特定资产担保权益有关的所有具体问题。因此，可以认为，应将一般规则视为缺省规则，在特定资产规则不提供任何解决方案时适用。委员会第三十届会议将证券认定为可能需要特定资产解决方案的资产之一。²²

63. “证券”或“投资证券”是一种经济类别而不是法律类别，各国的理解有所不同。为了本文的目的，表明某些主要类别的证券就将足够了，例如：债券（一种体现或证明发行人货币债务的流通单据）；股票（一种体现或证明公司成员权利的流通票据）；存托凭证（一种表示或证明在另一国发行的股票或债券的流通票据）；参与证书（一种体现或证明分享公司利润和公司清理收益的权利的流通票据）；认购证书（一种体现或证明认购债券、股票或取得货币金额的选择权的流通票据）；投资证书（一种体现或证明参加投资基金的流通票据）；类似于前述各类证券的所有其他流通票据；私有公司中的股东权益；以及贷款参与。

64. 上述各类的共同特点是适销性。不过，由于下述最新发展，上述各类证券的单据性消弱了，如果说在某些情况下并未完全消失的话。在出现这种情况的场合，由于体现或证明权利的单据已经消失，“无证据的”权利本身成为证券的标的。因此，强调重点已从流通单据转移到权利的适销

性。

A. 近来的经济和技术发展

65. 现在困扰证券法律制度以及也困扰证券担保权利的设定的困难主要由近期出现的经济和技术发展所引起。

66. 可将原因区分为主要原因和次要原因。最重要的主要原因有：通过发行投资证券在市场上筹集的资本数额巨增；由于财富普遍扩张、奉行“全民资本主义”的政策和市场准入方便等，市场直接和间接参与者数目大幅度增加；证券市场普遍国际化和全球化，原因是希望寻求最有利可图的国家市场和分散风险，这使得市场参与者能够持有、交易和质押不同国家发行的证券，以及将投资从一国转到另一国。

67. 在有关的次要原因中，第一个原因是交易的投资证券证书数量增加和存储、保护、核算和移动证书并为之投保的成本增加。曾作出努力解决这种“文书工作危机”，以便通过加快证券交易所交易结算的速度而节约成本和提高适销性。最初的举措可以追溯到 1920 年代，包括发展间接持有系统，其中投资证券的证书由投资者的银行持有。

68. 另一个次要原因是证券市场普遍国际化和全球化造成的，由于这个原因，当发行人居住在投资者所在国以外国家时，就更加需要间接持有的系统，因为向投资者本国实际转移此种证书将具有风险且代价高昂。此外，如果只有发行人本国存在着强大的市场，此种转移将特别不切实际——例外的情况（较少见）是外国证券为投资者国家正式承认并在该国交易所也挂牌上市。特别在美国形成的一个备选方法是在该国发行国内存托凭证作为美国存托凭证。它们体现或证明发行人交割为其发行存托凭证的外国公司股票的义务；这使得所代表的股份能够进行间接的国内交易。

69. 任何此类间接持有证券凭证的系统只能有助于解决“文书工作危机”一个——但是重要的——部分即流动凭证的负担。真正的解决办法只能靠旨在决定性减少证券凭证的措施，这必须在法律层面上完成，而且此事已经完成（见第 70-74 段）。最近的技术发展有助于并将继续大大有助于这方面彻底的改革。特别是证券持有和转让的

计算机化能够便利或甚至取代证券凭证的发行和流动。

B. 近期发展的法律影响

70. 为了理解近期经济和技术发展对投资证券担保权利和其他所有人权利的法律制度的反响，首先必须简要阐明证书的法律作用（见第 71-74 段）。之后将说明对证书作用的限制的后果（见第 75-91 段），最后说明彻底废除证书的影响（第 92-110 段）。

1. 证书作为证据或所有权的单据

71. 由于证券需要具有适销性的具体特点，国内法以及任何国际规章必须特别注意促进它们的适销性。直至大约 40 年前，通过发行体现或至少证明同证券挂钩的所有人权利的证书广泛实现证券的适销性。一般说，这些传统的规则区分无记名证券与记名证券。

72. 大多数国家将最高度的流通性归于无记名证券证书如无记名债券或无记名股票以及归于空白背书的记名证券。票据中体现的权利通过发行设定；将证书移交给受让人而使转让成立；权利的存在取决于证书的存在。依照各国不同的规章，无记名证书可获得像现金一样的待遇。由于证书作为所有权单据是唯一和专有的证据，如果持有人打算行使票据中体现的任何权利，例如收取股息或利息，或作为股东投票，都必须出示证书。

73. 相形之一，仅仅充当应享权利证明的投资证券的证书就没有流通性。在这种情况下，权利不以证书的发行设定，而是通过单据以外发生的行为设定，例如股东在公司登记簿上登记或债券所有人在发行人帐簿上登记。转让需要撤销前所有人的登记和新所有人登记，而且进行这些登录一般只通过展示证书和修正证书或发行新证书的方式进行。记名证券的证书的证据价值是可驳回的，因为原则上登记簿优先于证书。

74. 无记名和记名的投资证券证书的相对重要性因国家不同而相异。投资者经常更倾向于将无记名证书视为其投资资产的有形表示；在有些国家，税务当局坚持采用记名证券以便打击逃税；而且不同的传统也使它们的影响体现出来。

2. 限制证书的作用

75. 为了消除“文书工作危机”（见上文第 67 段），证书的原始作用日益受到限制。实现的第一步是发展证券交存和转让的新技术，它们实际上限制证书的相关性而不废除它们。许多国家开发两种最重要的技术方法，一是证券证书停止流通，二是发行（永久的）总括证书（它们的法律效应在下文第 84-91 段中归纳）。经常采取的第一步不足以减少发行的证书数量，但取得了实际结果，即使现有的大批证书停止流通并以另一种媒体取代它们。实现的方式要么是自愿性的即说服投资者（通过提供优惠利率），要么是强制性的即规定投资者有义务将其证书托付给银行或经纪人以便交入专门充当集中保管机构的专门机构持有的集体保存簿存托。例如阿根廷、巴西、加拿大、法国、德国、意大利、日本、墨西哥、荷兰、新加坡和美国等国家建立了此种集中（或分散）的集体保管机构。意大利（1986 年）、日本（1984 年）和荷兰（1977 年）等国颁布了综合的特别立法。

76. 这种基本为双层的系统——下层为银行或经纪人，上层为集中保管机构——经常增设一层或多层。例如，集中保管机构实际上不一定保管所有的证书，而是可将这项任务委托给专门的代理人。在实践中，通常在牵涉外国发行人的证券时出现这种情况（如前所述；见第 68 段）。这些证券的证书通常保存在发行国，依据的是投资者所在国的集中保管机构与各发行国的（集中或其他）保管机构之间的不同安排。或者，可将外国证券存托给专门的国际保管机构。

77. 不管所涉层次有多少，所有集体存托的基本法律效应实质上相同。可将它们归纳如下：由投资者存托并纳入集体保存簿内的具体证书不再分配给存托人。如果允许具体证书的重新交割，每个存托人仅仅有权要求重新交割与原始交存数量相同（在股票情况下）或数额相同（在债券情况下）的同类证券证书。与此相同，如属任何其他处置例如销售或质押，则处置相同数量或相同数额的交存证券。

78. 包括必要的簿记在内的行政管理至少分两层进行。各别投资人交存的证券的类别和数额登录在投资者为其客户的银行、经纪人或其他代理人的帐簿上。而这些中间人又是集中保管机构的

成员，并把从其客户收到的所有证券证书交给它。由其中每个中间人集体交割的证书的类别和数额以该中间人的名义登录在集体保管机构的帐簿上。因此，唯有中间人可以根据客户的指示处置以中间人名义登录在集中保管机构帐簿上的证券。例如，这适用于客户命令的销售或质押。

79. 就行使证券证书所体现的货币权利而言，例如收取股息或利息，须区分所涉的是无记名证书还是记名证书。如属前种情况，中间人将其所有客户存托人的集体应享权利通报发行人，收取总括付款并按各别客户投资者各自的应享权利将付款分配给他们。如属记名证书，可将每个投资者的这些证书各别地向发行人登记；或者，可能已经同意每个中间人或某个中立的第三机构的集体登记。

80. 投票权的行使更为个人化，因为选择不出席会议的各个股东将被各别要求以书面方式记录其投票情况。

81. 本文背景下相关的是，在行使证券固有的权利或处置它们的任何情况下，均无需移动或出示证书。证券所体现权利的行使依据保管帐簿的两个或多个层次的帐面记录进行。证券的处置也一样。因此，证书的停止流通意味着证书的出示及其转让由对应的帐面记录取代。然而，归根结底，这些帐面记录得到相应证书数量的支持。

82. 从技术上讲，通过省略发行证券的任何各别证书，能够向前跨出一大步。通过发行一份永久的总括证书来取代它们，这种总括证书体现或证明整批发行，即“发行的”股票总数或债券发行的总额。如果采取这一步（它可能要求某种法律依据，例如公司不发行各别股票证书的权利），就会节省印制、存储、保护、移动各别证书并给它们投险所需的极其巨大的费用。

83. 基于总括证书的证券系统的影响与停止流通证书系统的影响没有本质的不同。这也说明为什么这两个系统经常同时并存着。可以略作简化地说，总括证书的发行触发的后果与各别证书停止流通的后果是一样的，只是这些后果从一开始就产生，即在总括证书发行时即产生，而不是仅仅在各别证书交存后发生。这样，在基本的双层等级体系内，银行家或经纪人直接按比例分享以总括份额体现或证明的权利；而客户通过其中间人间接分享这些权利。

3. 限制证书作用的法律后果

84. 注意到的主要发展是投资者失去了与证券发行人的直接联系。投资者不再直接占有将使它们能够向发行人要求无记名证书体现的权利的无记名证券。经常的情况是，对于记名证券来说也是这种情况，条件是如经常发生的那样，各别股东或债券持有人不再由发行人登记，而是由其银行家或经纪人登记。

85. 这些和其他中间人的干预产生新的风险，尤其是在一连串中间人中任何成员破产的情况下。多数国家对于这种风险似乎有对付的办法，主张改变以前核证证券的独家所有，投资者对交存集中保管机构的证书或总括证书的集体基金获得了共同所有权。这样，不流通的证券证书或总括证书仍然构成派生通过所有层次一直到客户投资者的所有人应享权利的基础。不过，有些大陆法系国家的所有权转让也要求转让占有权，在这些国家，通过中间人链实现这些转让是有困难的。

86. 而且，对于为转让有形动产制定的所有权转让规则实际上究竟是否适用，有人也正在表示怀疑，因为现在投资者拥有无形权利；而无形资产的占有难以显现。因此越来越多地要求作出立法澄清，以便消除对于持有证券的现代分层系统所有参加者的法律地位和保护存有的任何怀疑。

87. 与前述保护作为证券持有人的投资者问题密切相关的是对它作为买方或卖方的保护。它在证券转让中的地位如何得到依法保证？特别是，在转让无法占有的无形权利的系统，如何能够确实保护基于占有权转让的权利？

88. 第三个方面关系到投资者的担保债权人的保护。必须强调，在实践中，取得投资证券的担保起着重要的作用，因为证券是一种理想类型的担保品：它们易于提供，容易生成，而且能够易于销售和强制执行。

89. 产生三个问题：第一，能够快速取得债务人证券可靠的担保吗？第二，针对第三方的相竞权利，担保债权人得到充分保护吗？以及最后，担保权盖强制行使的规则符合高度适销担保品的特殊性吗？

90. 鉴于证券市场的全球化，也鉴于各别投资者的证券持有财产的全球化，贬低证书的重要性给

适用的法律提出了一个重要的问题。必须将体现投资者权利的证券的各别证书如无记名证书视为有形资产，因此它们受所在国法律（物所在地法）管辖。就记名证券尤其是记名股票而言，它取决于这种限定条件是否适用和在多大程度上适用的发行人所在地法律。

91. 鉴于现代限制证书作用的做法，对于历来公认的物所在地法规则是否适当提出了严重怀疑。

C. 证书的废除

92. 在仅仅限制证券证书的作用的法律制度中，或者保存证书并使之停止流通，或者仅发行一份永久性的总括证书。从技术上说，这只是从一份总括证书向不再发行任何证书迈出的小一步。但是从法律上讲这一小步具有深远的影响。

93. 省去发行任何证书步骤的决定可由各别发行人自愿作出，假如他们获准作此决定。或者可由立法对所有投资证券强制规定废除证书。第一种备选方案尤其已由下列国家选择：比利时（1995年）、印度（1996年）、西班牙（1988/1992年）和美国（1977年）。对于政府债务，更早就采用了非物质化系统，集中登记簿通常由接受财政部监管的一个机构保管。非物质化尤其已由下列国家下令实施：丹麦（1980/1982年）、法国（1982/1983年）、意大利（1998年）、挪威（1985年）、新加坡（1993年）和瑞典（1989年）。

94. 不论选择自愿方法还是强制方法，对于非物质化的投资证券的法律制度必须进行管理，上述国家均已这样做了。在本报告的背景下，不需要对此立法进行比较性概述。提及各种法律和法令处理的最重要的问题就够了。

95. 在机构体制上，已采用了双层系统，上文关于限制证书作用的系统的第75和76段已作了概述。当然，在本文背景下，下层中间人即银行家和经纪人不再充当集体保管人，而且上层的中央机构也不充当集中保管机构。相反，所有这些机构的作用限于簿记职能——银行家/经纪人对于其客户投资者的职能；以及中央机构对于作为其成员的银行/经纪人的职能。

96. 帐面记录的职能与限制证书作用的系统中的职能相同。证券的持有、转让及其质押取决于该系统所有层面但主要是下层的对应记录。

97. 随着任何证券证书的全部废除，限定中间人和投资者共同拥有集体保存簿中的替代证书或交存的永久总括证书的应享权利的基础消失了。对于将所有权限于能够占有的有形资产的法律制度来说，情况尤其如此。许多情况证明这样一种假定：由帐面记录证明或构成的权利是无形资产并因而无法占有。

98. 按照实质上似乎各地都遵循的一般规则，所有人对无形资产的处置，即特别是所有权的转移和担保权利的设定，需要服从特殊的转让规则，这些规则背离所有人处置有形动产的对应规则。差异影响转移的方式，因为实际交割显然是不可能的。而且一般说此种规则并不明确保护诚信的受让人防止影响转让人对无形资产应享权利或处置权的缺陷。

99. 甚至更为重要的是无形资产在权利的中间持有人破产情况下享有不同的保护程度。这个问题即是“新的”中间持有人即中间和中央集体保管机构的两层（或多层）系统不同成员破产情况下投资者的保护问题。从经济角度看，此种风险对于各种国家中央保管机构来说是很小的，因为它们的职能通常严格限于保管中央记录，而且在“限制证书系统”下（见上文第 75-77 段），严格限于停止流通或总括证书的交存。因此几乎不存在信用风险。这种情况也许同样适用于专门的保管公司。对于下层的成员即银行、经纪人和开展广泛业务的类似机构，问题就大不一样了；对客户在集体保存簿中应享权利进行记帐的中间职能只是许多职能中的一项（而且可能是很不重要的项目）。历来通常将无形资产的应享权利只视为一种个人权利，因此此种权利不使持有人在任何中间人破产情况下有权享受所有人享受的保护。根据有关基于停止流通证书或永久性总括证书的集体保管的规则，投资者作为共有人享受充分的保护，与此相比，上述结果无疑是一种倒退。为了避免对投资者的保护受到此种削弱，管理全面非物化投资证券的特殊法规通常规定投资者的地位是以其名义记帐的证券的共有人的地位。这种所有人地位的保障是关于无证书证券持有、转移和质押的任何现代国内及国际规章的必要元素。

100. 投资者对投资证券应享权利的“具体化”也是管理这些证券担保权利的设定、地位、保护和强制行使的一个要素。在这方面，英美法系与

大陆法系之间存在着重大差异：后者允许无形资产质押，而英美法系却不允许，理由是就无形资产而言，质押动产向接受质押人交割的必要先决条件不能实现。大陆法系国家用向债务人发出的通知取代交割。作为不可质押的替代办法，英美法系允许无形资产的（担保）转让。某些大陆法系国家也允许这种强有力担保的形式；其他国家将此视为法定质押规则的规避手段，因此不允许为了担保的转让。

101. 证券投资者无形应享权利的“具体化”能够补救产生于这些基本（和其他小）差异的两难局面。然后，有形动产质押的普通规则就变得可以适用了。

102. 仍然需要加以调整以适应一般的投资证券簿记系统。不过，实现的办法可以是规定建立特别质押帐户或在质押人现有帐户上作出质押记录。

103. 虽然所有国家的质押制度相对统一，但仍存在某些差异，应当对其加以调整以适应证券有效担保权利的特殊要求。一个（也许存有争议的）观点是依凭证券的放款人希望有权二次质押已质押的证券。其他的观点涉及放松有效设定质押权的某些繁琐和费钱的手续；而且特别是涉及接受质押人强制行使权利的便捷制度，鉴于现有证券交易所职能健全，此种制度显然应比其他资产质押的制度宽松。

104. 在这种背景下，还产生两个问题。第一，人们必须知道是否能将现代化质押的任何规章与备选的法律办法或功能办法合并在一起。法律备选办法指所有权的担保转移；功能备选办法包括出售后附有购回条件的协议（“repos”），这种协议用得非常经常——也许因为缺乏适当的现代质押方式。不过，这似乎是一个现阶段不能也不需要解决但可留待日后审议的问题。

105. 另一个问题是有关担保权益某种具体适用的任何规章是否不损害为涉及所有类型资产的现代担保权益制定统一的一般规则的可能范围更大的计划。不过，设定、保护和强制行使投资证券担保权益有很强的独特性，以致所涉担保品的特殊性能证明需有背离一般制度的规定。

106. 鉴于证券市场普遍全球化，以及因而大的专业投资者和小的私人投资者所持有财产也出现全球化，最后但困难的问题是哪项法律适用于

持有、转移和质押证券的所有人权利方面。

107. 根据有证书而且个人持有的证券的传统系统，一般的规则是证券的财产方面受发行人的法律管理，除非如通常管理无记名证券和同等证券的法律那样，这项法律指证书的所在地法。不过，上文简要说明（第 65—69 段和 71—74 段）的新的经济和法律发展对这两项基本冲突规则是否仍然适合当前情况提出了疑问。

108. 鉴于证书的作用普遍受到限制（见第 75—83 段）及某些国家最终废除了证书，人们对附属冲突规则即证书所在地法非常怀疑。如果一项发行中绝大部分或所有证书停止流通并交存在一个地点；或只恰好知道有总括证书所在地：这个地方的法律——作为所在地法——确实应当管理可能居住在世界各地的全体所有人的所有人权利吗？设想某个日本居民购买一家德国公司集中存放在德国的股票：即使转移所有权的步骤在日本进行，即由买卖双方在日本的银行实现相应帐面记录，买方是否和何时获得所有权的问题应受德国法律管理吗？卖方是在日本的一家日本银行或在德国的一家德国银行有什么区别吗？在交易所的交易中，买方通常并不知道其卖方的身分或住址。如果打算设定担保权益，也出现同样的问题，除非当事方当时知道它们的身分。

109. 当然，在证书完全废除的情况下，有关证券所在地的问题就无实际意义。

110. 有些作者提议用管理帐面记录的法律替代所在地法一些立法者已采纳这种办法。在双方居住在同一国家而且了解彼此身分的许多情况下，这似乎是有意义的。不过，在两国都必须进行帐面记录的跨国界处置的情况下，这项规则似就行不通，因为将难以确定两项帐面记录中一项是否应优先于另一项，以及如属此种情况，哪一项应优先。

D. 正在就证券担保权利问题进行的工作

111. 已经说过，“有关担保品的法律和规章缺乏统一妨碍许多地区特别是欧洲的担保业务的增长，法律的不确定性仍是全球从事为交易进行担保的机构关注的主要问题。”²³ 正因为这样人们正在开展各种有关证券法律制度立法改进的行动就不使人感到意外了。这些努力分为两类：

旨在统一实体法的努力和有关统一冲突法规则的努力。

112. 欧洲共同体委员会于 2000 年公布了《担保品跨国界利用指示初稿》。然而第 1 条明确指出，将只覆盖“金融担保品”。草案覆盖“担保”和“所有权转移”二者。关于实质内容，草案简要论述了担保权益的设定；它允许利用担保品，并覆盖债权人的强制行使。如果担保品提供方接受破产程序，将不禁止强制行使；某些安排也将不受影响存疑期内所达成交易有效性的破产规则约束。最后，提出了关于帐面记录证券的冲突法规则；参照的法律不论是否为成员国的法律，它都将适用。

113. 海牙国际私法会议的部分成员国于 2000 年 5 月初要求，海牙会议应在议程上列入议题“有关通过中间人持有的证券的法律冲突”。原始提案权限于在将证券作为担保品背景下产生的法律冲突问题。不过，后来指出，只澄清有关一种处置的冲突法原则似乎是不可取的；而且建议的公约不处理通过中间人持有的证券的所有处置方法是没有道理的。

114. 经过讨论后，海牙会议决定建议的新专题应作为拟于 2001 年 6 月举行的下次外交会议议程的组成部分。设立了一个工作组。会议提出，草拟的冲突规则应规定“有关中间人地点”法的标准。

115. 应当提及，上述欧盟《担保品跨国界利用指示草案》也包括有关帐面记录证券的冲突法规则。建议的第 11 条规定，记帐式证券的任何所有权或权益的优先权或强制行使受保持有关帐户所在国的法律管理。

116. 如上文（第 65—69 段）所述，在过去的 30 年中，许多国家证券的持有、转移和质押发生了变化。不同国家的法律只在很小程度上并且以非常不同的方式顾及了这些发展情况。一般说，对于满足证券业的现代需求，多数普通私法都颇不完备。适当的本国规则和有关跨界交易的规则的缺乏增加所有此类交易的成本并妨碍经济发展。数据清楚表明所涉金融价值巨大。最后，证券业近来的倡议支持上述调查结论，并强调在国家和国际两级都需要更现代的法律。

117. 在决定是否继续抓有关担保权益的工作时，要考虑的第一个问题是，是否只应考虑有关

证券担保权益的设定和强制行使的新规则。不过，上文（第 65—69 段和第 70—74 段）提出的意见表明，法律制度的不完备不限于担保权利的设定和强制执行。相反，同一些因素也影响证券持有和转移的相关法律规则。

118. 这些问题形成一个综合性和相互依存的整体。每个问题都取决于为基本制度采取的解决方案，即投资者及其中间人持有证券的法律形式。而且由于所有这些问题的法律制度部分具有不确定性和部分令人不满意，只处理其中一个问题将不是明智之举。

119. 尽管如此，将专题限于证券的担保权利将是可能的。例如，欧洲共同体跨界担保品指示草案的存在就证明这样做是可行的，但需要作更深入的详尽分析。

120. 有关限定工作范围的另一个问题是，任何新提案是否应限于已全部废除所有证书的“纯粹的”记帐式系统；或是否也应包括有关不流通证券或基于总括证书的证券的制度。可能倾向于更广泛的观点。如已证明的那样，一俟证书停止使用并搁置起来，就断然发生法律“断层”现象，所以帐面记录和基于帐面记录的替代办法必须取而代之。

121. 限定范围的一个不同的问题是，一项文书是否应处理国内和国际两种情况，或是否仅仅应处理国际情况。

122. 拟订一组覆盖国内和跨界持有和处置的规则并不消除处理可能的法律冲突问题的必要性。如果影响到可能未采纳将要拟订的规则的国家，就可能产生这些冲突。

六. 特定资产的担保：知识产权

123. 委员会第三十三届会议将知识产权认定为担保权益领域今后可能就特定资产开展工作的又一个专题。²⁴

124. 为了本次讨论的目的，将用语“知识产权”理解为包括版权和有关权利；商标、商品名称和其他区分性商业符号；地理表示；工业设计；专利；集成电路图设计（局部解剖图）；行业秘密及更一般的未披露的信息。

125. 此类权利的价值日益提高，而且它们构成公司价值的必不可少的组成部分，因此人们将它

们视为适于用作担保品的资产。

126. 从法律角度看，由于知识产权法通常专注于这些权利的所有权的转移，并不载有关于这些权利的担保权益设定的具体规则，因此产生相关的困难。因而使有关担保权益的一般规则适应知识产权的任务通常留给判例法。其结果是，有关管理整个担保期内知识产权行使的实体规则存在许多不确定性。例如，有关下述方面的不确定性：缔结许可证协议；处理侵权行为；将担保范围扩展到权利产生的福利和收益（如特许使用费）；宣布权利无效或对拥有知识产权的债务人开始破产程序的后果；当事方自主权的范围；以及实现担保权益所需的手续等。

127. 就商标而言还存在着另一种不确定性。有些法律规定，商标不能与企业的商誉或商标代表的产品分开转移，否则转让就无效。由于商标担保的实现将要求转让商标和企业二者，商标担保权益的生效要求同时设定整个企业的担保。²⁵

128. 知识产权的认定和评价方面似乎也产生障碍。一方面，如果不规定为特定类型的知识产权设置登记簿，就可能产生此类障碍。另一方面，即使设置登记簿，如果有的项目不断订正并为更新更复杂的版本取代，登记可能不切实际和代价高昂。

129. 依靠知识产权获得融资而又避免同与其担保权益相关的不确定性的一个办法是将该项权利的所有权转移给债权人。作为权利所有权的持有人，债权人有权日后许可将该权利还给债务人，后者可以继续行使和利用它。这种做法的一个缺陷是，债权人作为所有权的持有人必须办理各种所需的文件档案和采取各种所需的行动以确保维持权利，而不管此种债权人在多大程度上介入债务人的业务。此外，债权人还需要对知识产权所受的侵犯采取行动。由于需要许可证规定各种手段确保债务人利用知识产权的方法不缩减担保权益的价值从而对债权人的地位产生不利影响，还可能产生进一步的困难。这些困难和风险可能降低这种办法对于债权人的吸引力，在他们不愿介入债务人的业务时情况尤其如此。

130. 有些大陆法系国家允许根据权利质押机制设定知识产权的担保权益。根据权利质押规定，债权人在债务人违约时有权获得出售此种权利的收益。

131. 另有些国家允许根据不同的法律机制将知识产权用作担保品，通常称为“固定”抵押品或“流动”抵押品。区分流动抵押品与固定抵押品的主要特征在于不以一笔特定资产作担保，而是以债务人在业务过程中有权利用的一组流动的资产作担保。这些资产可能包括一项或多项知识产权，在整个担保期内仍由债务人完全控制，其中尤其可能包括专用于生产某种以债务人商标中一个或多个标记的专利产品或存货的设备。由于利用对于知识产权作为有价值的经济资产至关重要，因此尽管存在着担保权益，这种机制允许此种价值得以维持。在实施担保的情况下，根据流动抵押规定，债权人仅有权从出售债务人资产的收益中获得被担保的数额，并与其他债权人——不论是担保债权人还是未担保债权人——一起参与收益的分配。

132. 在以“固定抵押品”形式给予知识产权担保权益时，此种权利只担保特定债权人独家受益。因此，此种债权人对于抵押品出售所得的收益，有权获得相对于任何其他债权人的优先权。不过，根据固定抵押的规定，担保资产的所有权转移给债权人，他被赋予法定所有权的所有附带权利。这种特点造成的不便可能类似于因直接转让与许可还给债务人相结合的解决方案所产生的不便，如果债权人不愿意监督知识产权的使用和开发利用的话。

133. 有关知识产权的所谓“属地规则”还产生另一个困难，即注册商标和专利。这种表述界定一项一般和普遍的规则，根据该规则，产生于注册的专属权利在地理上限于准予商标或专利注册的国家的领土，而且受该国法律管辖。²⁶

134. 属地规则还意味着知识产权需向谋求保护和强制行使的管辖区内建立的行政当局申报和注册。这类注册的法律效应各不相同。在有些制度中，登记簿只是一种信息而已；在另一些制度中，知识产权（或其中所含的任何种类的权利如担保权益）的存在以注册为条件。这种待遇差异不可避免地导致进一步增加不确定性，并使得更难以依赖知识产权作为一种获得融资的手段。

135. 随着电子商务使用范围的扩大，可能形成知识产权的新形式，因此预计这类困难还将增加。迄今为止，最重要的例子是域名地址，它与传统商标的关系仍不清楚。

136. 适用于知识产权担保权益的制度所存在的

实质性和程序性不确定因素影响获得同这些权利挂钩的信贷。为了便利知识产权用作担保品，知识产权的所有人和债权人双方都将需要更多的可预测性和法律确定性。

七. 国际私法问题

A. 统一实体法背景下法律冲突法规则的范围

137. 人们通常理解，实体规则的统一应优先于法律冲突法规则的统一。²⁷ 这并不意味着在统一实体法背景下法律冲突问题无关紧要。存在着这样的情况：即使实体法取得广泛的统一，由于各种原因，仍将需要有法律冲突法的指导。首先，如果根据国内法，担保权利的有效性，不论在当事方之间还是针对第三方，都取决于权利通知的公开登记或相当的公开行为，担保债权人需要就相关地点获得法律选择指导（建立国际登记簿除外）。其次，担保交易法不是一种自成一体的法体。它与其他各种领域主要是合同、债务人/债权人和判决执行法律、消费者保护法和公司法及破产法等交织在一起。有关担保权利的国际统一的实体制度不可能实现所有这些相邻领域的统一。对于在担保交易与这些相邻领域交点产生的问题，究竟哪种法律适用，仍将程度不等地需要获得法律选择方面的指导。第三，如果一项国际公约规定统一的实质性担保交易，文本中仍将不可避免地出现缺口。

B. 有形资产

138. 与本文其他各部分一样，本部分也使用通称“担保权利”指用一种在形式和功能两方面担保的手段（例如质押、抵押或担保）设定的财产权，以及通过使用为销售信用或贷款信用担保的其他安排（例如所有权的销售、租赁、转移或保留，信托等）设定的担保权利。本节区分产生于设定或证明财产权的交易的直接当事方之间的纯粹合同问题与财产方面的问题，前者一般需遵循当事方自主权原则。²⁸

139. 人们普遍同意，转移或设定有形动产财产权——包括担保权利——的合同的所有人权利方面受资产所在地的法律管辖。这包括有关有效担保权利的手续、权利的必不可少的有效性、权

利设定的时间、权利对第三方的效力及其优先权排序等。

140. 一种备选方法基于涉及交易直接当事方的争端与涉及第三方的争端之间的区分，而不是基于交易的合同效应和财产效应之间的区分。依据这种观点，当争端只牵涉直接当事方时，交易的合同效应和财产效应将能由一项自由选定的法律管理。²⁹ 这一方法具有增强当事方自主权的优点。不过，如果当事方一开始就设想，如果债务人违约，可能需要将担保资产最终处置和出售给第三方，财产争端仅限于直接缔约方就有些困难。

141. 就动产而言，手续似乎会造成特殊的问题，因为在典型情况下，合同也是据以投定担保权利的手段，然而根据资产所在地法的规定遵守某些合同手续（例如，书面、经公证的“确定日期”、合同文件的登记）又可能是担保权利作为财产权有效的先决条件。在理论上，合同效应与财产效应之间的区分意味着，如果依照适用于纯合同手续的法律有效，合同仍可作为合同存续（其结果是，债务人仍负有个人义务实施该项合同设想的财产权的转移或设定）。另一方面，如果不遵守资产所在地法律规定的担保协议的合同手续阻止有效的财产权成立，就未授予债权人担保权利。

142. 然而，设定或证明担保权利的合同的有效性与担保权利作为财产权的有效性之间的区分并不是普遍的做法，有些法律制度将适用于合同正式生效的国际私法宽大的生效规则扩大到担保权利作为财产权的正式生效。对于降低交易成本和对于确定性的关切将表明，应由资产所在地的法律单独管理担保权利作为财产权的有效性。这种解决方案可使有关第三方不必调查所有密切相关法律的正式要求以便确定由于不遵守资产所在地法律规定的手续而明显无效的担保权利根据其他某种法律是否生效。

1. 资产可能的迁移造成的法律选择问题

143. 与不动产相比，有动产的法律冲突问题更为尖锐，因为在设定担保权利后，动产可将其地点变至新的国家。只要法律制度将有形资产的担保权利限为占有性质押（即债权人占有担保品），流动性并不造成尖锐的问题。占有性质押

规定要求交割实际占有意味着最相关的关连因素定位在资产所在的地点。即使质押的资产转移至另一国家，国与国之间基本的实体法框架明显一致，所以实际冲突并不多见。只要债权人将在新地点保留实际占有权，担保权利将会普遍得到承认。

144. 如果不将资产移至另一地点，资产所在地法通常将与诉讼地法吻合。最突出的例外是在对债务人全球资产行使管辖权的国家对债务人执行破产程序，而相关的资产位于破产诉讼地以外的地方。这里就需要调节资产所在地法和管理破产程序法律的应用。今天人们广泛认为，担保权利的有效性及其优先地位应由根据国家或国际法律选择规则所适用的法律管辖。然后由破产诉讼法院在根据适用的外国法律裁定担保权利的设定有效的前提下裁决，是否根据管理破产程序的实体法作为有害于债权人的交易而拒绝承认担保权利。

145. 作为担保给予的资产在迁移情况下产生的典型问题在下述情况下产生：债务人未经担保债权人的同意将资产移至另一国，然后打算出售或凭它借钱，或在该国为债务人的债权人之一扣押。哪项法律管理担保债权人与后继购买人或债权人之间的争端？尽管表述方式有所差异，但英美法系和大陆法系国家的一般原则都是资产的两个所在地的法律相继管理。担保权利的初始有效性受资产原始所在地的法律管理，而迁移后发生的事件的法律后果由资产的后继所在地的法律决定。

2. 担保权利的转换：问题和可能的解决方案

146. 如果资产新所在地的法律管理担保权利的命运，重要的是应知道该项法律在国内给从外国移入的担保权利带来什么效应。一般来说，只有能使外国担保权利近似于国内担保权利，才将承认外国担保权利有效。由于不同法律制度采用十分不同的担保概念，近似问题会成为尖锐的问题。例如，所有权保留安排为许多法律制度所承认，所以承认此种协议设定的外国担保权利通常将不会有什么困难。但是其他的非占有性担保权利，例如动产抵押，只有能够类推为等同的国内担保权利时，才将获得承认。这样，如果国内法不承认允许债务人继续占有担保品的担保权利，

只要货物仍受新的资产所在地法律管辖，担保权利可能被拒绝承认。

147. 即使根据国内法能为外国担保权利找到类似的担保权利，也将只给予外国担保权利以对应的国内权利产生的法律效力。非占有性担保权利在不同国家产生大不相同的法律效力。尽管所有权保留协议广泛采用，得到的待遇也不一致。在有些国家，它们对第三方无效。在另一些国家，只在登记之后或只有当事方能够出示某些文件或遵守某些手续，它们才能生效。在还有一些国家，它们只对债权人和破产管理人有效，但在未经通知情况下对善意买方的价值无效。在涉及其他类型非占有性担保手段时，不同法律制度这间的差异甚至更大，其中有些国家继续不承认此种权利。

148. 解决转换问题的一个办法可能是缔结一项多边公约，要求缔约国相互承认根据原始资产所在地法律有效设定的担保权利，并以统一方式管理此类条款对在承认管辖区的第三方的实质效力。不过，实践证明难以实施此种解决方案。国内法排除或限制非占有性权利效力的国家，不可能更重视外国权利对第三方的效力而给当地买方和债权人可能造成损害，如果国内担保权利不享受此种保护的话。因此，只有对于担保权利的有效性和效力至少奉行大致类似政策的国家，此种公约才有可行的可能。换言之，在实践中，国内实体法的统一似乎是在冲突法一级实现统一的先决条件。³⁰

149. 一种可能更有效的解决方案将是制定供国内采用的示范规则，它们将外国担保权利转换为国内担保权利，并保证转移至新的资产所在地法律后使该权利针对第三方有一个最低限度的保护期。³¹ 仍完全反对不剥夺债务人占有权的担保的国家将不会愿意采纳这样一种规则，但今天多数国家允许某种形式的担保或准担保权利在不剥夺债务人占有权的情况下存在，因此这不会成为一个严重问题。

3. 过境货物和预定出口的货物

150. 就过境货物而言，资产所在地法律规则原则上要求债权人遵守交易时资产实际所在地法律和目的地法律两种法律。然而，所在地可能或者不为人所知或者显然极具短暂性，因而在实践

中或经济上无法遵循。有时候解决后一个问题的办法可以通过货物所有权的流通票据来处理货物，因为当时适用的法律是附有任何必要背书的交付时票据所在地的法律。人们需要弄清，如果货物在过境过程中停留时成为债权人独立销售或扣押的对象，会发生什么情况。此外，人们还需要弄清，当时适用哪种法律，是货物资产实际所在地的法律还是所有权单据交付地的法律。

151. 为了解决这些难题，1958年适用于动产国际销售中所有权转移法律问题海牙会议规定，适用货物交付地或票据交付地的法律，而不是货物实际所在地的法律。若干国家法律制度也通过了适用目的地法律的规定。

4. 流动货物情况下物所在地法的适用

152. 就流动货物即由于其作为运输或载运工具的正常功能而用于一个以上国家的货物的担保权利而言，资产所在地法律的适用是成问题的。为了避免适用法律不断变化固有的风险，需要一个更加稳定的连结因素。各国法律依据的流动货物的法律选择理论各不相同。有些法律制度适用担保债务人所在地法律，依据的理论是这是债务人主要管理同担保品有关的业务的地点，而且鉴于担保品的流动性，第三方合理预期关于债务人的信用信息集中的地方。其他的法律制度试图通过建立公共登记簿记录车辆、运输工具和类似流动货物以及某些情况下用于业务的某些机械的所有权和担保权利来解决这个问题。

153. 对于例行和广泛地用于国际运输的高价值资产（船舶和飞机），多数国家建立了国家登记簿，规定在所有人为该国国民时公开登记所有权和担保权利，优先权一般根据登记簿确定。这里，登记地法律显然是资产所在地法律的备选方案。国内登记制度得到国际文书支持，例如 1948 年《关于国际承认对航空器的权利的日内瓦公约》或 1926 年《统一有关海事留置权和抵押权若干规则的国际公约》（又见国际海事组织 1967 年在布鲁塞尔通过的《关于优先权和船舶抵押权的国际公约》及 1993 年 5 月通过的《关于船舶抵押权的国际公约》）和统法社《移动设备公约》草案的航空器议定书草案。

C. 适用于无形资产担保权利的法律

1. 一般评论

154. 由于各国法律制度有关确定适用法律的适当连结因素的规定差异巨大，因此包括担保权利在内的无形资产的财产权是法律选择最难处理的领域之一。法律选择一级的多样性部分反映实体法一级在无资产基本待遇方面的差异。在有些法律制度中，一俟合同价值转让，就将合同规定的获得付款或其他好处的权利视为一种财产权。在其他的制度中，甚至在转让后，权利仍保持合同特性，所依据的理论是受让人实际上仅仅根据合同规定接替转让人的地位。

155. 采纳财产观点的法律制度经常规定适用“帐户债务人”（转让债务名下的债务人）所在国的法律。这种解决方案符合实际控制的思想，这种思想部分构成适用无形资产所在地法律的基础（但下述情况除外，即不是控制财产，而是该地点控制对转让的无形资产的付款或履约负有责任的人）。抵制财产方法的法律制度则相反，它倾向于选定管理担保债务人与帐户债务人之间合同的法律，依据的理论是转让的效力仅仅是取代被欠债务的合同订立方。

156. 不过，在应收款融资背景下，适用管理担保债务人与帐户债务人之间原始合同的法律可能会有困难。例如，在位于若干国家的债务人所欠应收款整批转让时，受让人将不得不首先审查原始合同以确定适用的法律，然后将被迫遵守所有相关国家的优先权规则。对于不同的合同应收款，适用于优先权的法律将有所不同，从而提高争端解决和破产管理的成本。如果转让包括未认定债务人所欠的未来应收款，受让人甚至将无法预测可能适用哪种法律。

157. 相形之下，债务人/转让人所在地导致使用单一的可预测法律来管理不同国家债务人所欠多笔应收款的整批转让和管理本来应收款的转让。这项规则已纳入贸易法委员会《国际贸易应收款转让公约》草案，以管理担保债权人/受让人对合同应收款的权利相对于第三方的优先权。

2. 知识产权

158. 管理知识产权的国际私法规则仍然发展得颇不完备。尽管如此，多数分析家似乎都同意，

同知识产权的有效、性质和转移及对第三方效力有关的问题受被要求在其领土内保护该权利的每个国家的法律管理。据认为这项法律选择规则从逻辑上看源自这样一个事实：知识产权的实质是所有人防止他人从事某些种类活动的权利。属地原则渗透到知识产权的整个领域，根据此项原则，按照各国知识产权法逐个国家地对在该国境内的活动给予保护。知识产权实质与管理保护和强制行使的法律选择的属地原则之间的联系，导致人们得出结论认为，管理知识产权所有权和转移的法律是谋求保护所在地的国家的法律。

159. 对于同一法律选择原则是否适用于知识产权的担保权益只作了很少的分析。合乎逻辑的做法似乎是，每个保护国的法律也确定该国领土内知识产权的担保权利的有效性和优先权。

160. 不过，从商业融资角度看，以领土划分的法律选择办法不利于将知识产权作为国际融资的担保品。首先，虽然多边公约统一知识产权法的许多方面的工作已获得成功，但分析家们认为在最近的将来，所有权和财产权问题不可能统一或协调解决。其次，各国知识产权法的结构经常并不包含担保融资。虽然有许多国内记录制度适用于专利和某些其他权利，而且在有些国家也适用于版权，记录制度也许并不明确覆盖借助于担保方式的权利转让，使人不清楚担保权利将如何对后继受让人和相竞债权人生效。第三，即使使各国法律与现代商业融资考虑取得一致，但满足在谋求保护的每个国家取得有效担保权利的要求的责任和费用仍须由担保债权人承担。

161. 人们需要弄清楚，关于知识产权担保融资的国际公约在多大程度上能够解决其中一些关切问题。一种可能性可以是建立国际登记制度用于发布在全球具有优先权效力的债务人知识产权担保权利的通知。替代国际登记制度的不那么费劲的方法可以是制定一项规则，将知识财产担保权利在全球的优先权提交单一法律解决，例如转让人所在地的法律。

3. 投资证券

162. 多年来，持有、转移或质押公司股票的方式是交割体现权利的股票证书或在投资股票发行人保持的记录簿上进行登记。只要公司权利的发行人和持有人具有这种直接关系，以及只要权

利具有某种实际或客观的记录，国际私法的规则就相对简单可行。不过，目前的证券更经常地通过层层中间人持有并跨国界交易，转移并不体现在证书上或发行人一级的登记簿上。做法的这种变化造成了相应的压力，要求作出反应更灵敏的统一法律选择分析。海牙国际私法会议最近着手草拟一项“快轨”公约以使有关的冲突规则取得统一，而且《欧洲联盟担保品问题指示》也对实体规则与国际私法规则相结合予以认可。各国的法律制度也进行了改革，美国《统一商法典》第8条（投资证券）和第9条（担保交易）最近的订正即是突出的例子。

4. 适用于金融机构现金存款帐户财产权的法律

163. 在国家法律一级就管理金融机构现金存款帐户财产权的适用法律没有取得多少共识。这种共识实质上是银行欠存款人的债务的转让。有些法律制度处理现金存款帐户与处理其他类别支付应收款没有什么不同，始终按照贸易法委员会《国际贸易应收款转让公约》草案中的一般规则采用转让人所在地的法律。其他的法律制度适用资产所在地法律分析，将债务视为位于帐户债务人（即再融资机构）所在的国家。如果银行在一个以上国家设有分行，就指保持帐户或应付款的特定分行。有些国家使用这种方法，以便确保适用银行存款帐户的特殊优先权规则，这类规则给予银行以压倒任何相竞担保权益的第一优先权，而且实质上要求银行主动同意帐户的有效权利向第三方作任何转让或转移，并将银行的抵消权列在首位。相形之下，有些国家的实体法将存款帐户与其他类别支付应收款不加区别对待并且仅仅因为银行也恰好是帐户债务人而不给予它们特别优先权，这些国家满足于利用银行帐户其他应收款的一般连结因素，依赖于保护帐户债务人对受让人的抵消权的一般规则来维护银行对受让帐户的抵消权。

D. 可能需要特殊国际私法规则的补充类别

164. 特殊的国际私法规则对于确定适用于若干其他类别资产的适当法律可能是可取的。正如上文分析所证明的那样，这些国际私法特殊规则的拟订不仅要求分析现有的国内法解决方案，而且

要求研究现行的融资做法。例如，可为下述方面制定特殊的规则：保险单下到期应付的款项、信用证的收益、流通票据、担保债务的转让和与土地相关的权利（例如，包括固定装置、作物、木材和待开采的矿物）。

八. 结论

165. 委员会不妨注意本报告，并考虑是否应就所讨论的各个专题开展工作。至于以何种方式开展工作，，虽然从完整性和统一性的观点看制定一项示范法也许更为可取，但由于它需要反映某些并不是所有法律制度共同基础的基本指导原则，它将明显不同于许多国家现行的法律，并因此将不会为足够数量的国家接受。委员会第三十三届会议认为，采取较为灵活的做法是可取的，可以为管理担保信贷的有效法律制度制定一组关键目标和核心原则，并附有一项立法指南（载列实现此类目标和原则的灵活的方法，并讨论可能的备选方法和所认识到的此类方法的利弊）。³² 如果拟开展的工作旨在制定附有立法指南的关于担保权益的一组原则，在可行的情况下也可包括示范立法规定。此类指南中拟讨论的专题可包括：能充当担保品的资产的范围、担保的实现、需遵守的手续程度、可予担保的债务的范围、对有权获得担保权利的债权人的限制（如有的话）、破产对行使担保权利的影响、债权人对相竞权益的优先权的确定性和可预测性。

166. 虽然拟订一般担保交易的示范立法解决方案可能适于处理特定类型资产（如本文讨论的证券和知识产权）担保权益的某些一般方面，但仍将需要特殊规定解决特定的问题。因此委员会不妨要求秘书处与专门从事相关法律领域工作的国际组织如统法社、海牙国际私法会议和世界知识产权组织等密切合作，开展进一步的研究，以期弄清制定处理这些更特定类型资产的统一制度是否可取和可行以及具有多大的可取性和可行性，以及哪些组织应参与此项工作。要求进一步研究这两种特定类型资产未必阻止开始为更为一般的担保权益制度制定附有立法指南的一组原则的工作。

注

¹ 见《大会正式记录，第二十三届会议，补编第

- 16 号》(A/7216)，第 40—48 段，同上，《第二十四届会议，补编第 18 号》(A/7618)，第 139-145 段。
- ² 在贸易法委员会担保权益工作范围内起草的文件有：A/CN.9/102，“货物的担保权益”，《大会正式记录，第三十届会议，补编第 17 号》(A/30/17)，第 47—63 段讨论；A/CN.9/130、A/CN.9/131 及附件，担保权益和管理担保权益法律原则问题的研究（（德国）Uerich Drubnig 编写）和 A/CN.9/132，《美利坚合众国统一商法典》第 9 条，《大会正式记录，第三十二届会议，补编第 17 号》(A/32/17) 第 37 段和第二全体委员会报告第 9—16 段中讨论；A/CN.9/165，“担保权益：拟用于贸易融资的统一规则的可行性”，《大会正式记录，第三十四届会议，补编第 17 号》(A/34/17)，第 49—54 段讨论；以及 A/CN.9/186，“担保权益—编制统一规则时有待审议的问题”，《大会正式记录，第三十五届会议，补编第 17 号》(A/35/17)，第 23—28 段讨论。
- ³ 建立担保权益的正规要求、促使担保权益对第三方生效所需的行动、优先权问题、收益问题和违约情况下的补救问题（见 A/CN.9/186）。
- ⁴ 《二十一世纪统一商法，联合国国际贸易法委员会大会议事录，1992 年 5 月 18 日至 22 日，纽约》（联合国出版物，出售品编号：E.94.V.14），第 268—274 段。
- ⁵ 同上，第 159 和 271 段。
- ⁶ 《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 17 号》(A/55/17)，第 459 段。
- ⁷ 同上，第 460 段。
- ⁸ 同上，第 461 段。
- ⁹ 同上，第 462 段。
- ¹⁰ 本节中“债务人”一词用来指让与担保权利的当事方，而不管此种当事方是融资安排中的实际借款人还是担保人或让与担保权利以使实际借款人获得贷款或信贷的其他当事方。为了能够最大限度地利用资产作为担保品以求促进担保融资；重要的是不仅借款人能够让与其资产的担保权利，而且第三方也能让与其资产的担保权利以支持向他人提供的贷款。
- ¹¹ 本节不详尽讨论取得应收款的担保权利，因为它已是贸易委员会《应收款转让公约》草案的主题；要了解该草案最新版本，见《国际合同惯例工作组第三十三届会议工作报告》(A/CN.9/486 号，附件)。
- ¹² 见下文题为“特定资产的担保：投资证券”的一节（第 62-122 段），以了解关于投资证券担保权利的补充讨论。
- ¹³ 见下文题为“特定资产的担保：知识产权”的一节（第 123-136 段），以了解关于知识产权担保权利的补充讨论。
- ¹⁴ 这个观点已为《欧洲复兴开发银行示范法》第 5 条第 2 款采纳，该款规定广泛种类的潜在担保品。第 5 条第 2 款具体规定，“作担保的财产可包括公营部门或私营部门能够所有的任何东西，而不管是权利还是动产或不动产”。
- ¹⁵ 见贸易法委员会应收款转让公约草案第 9 条。
- ¹⁶ 见《欧洲复兴开发银行示范法》第 4 条第 3 款，它规定担保未来预付款，只要担保债务的最大金额列示在登记表上。第 5 条还规定担保后获得财产。
- ¹⁷ 见“亚洲开发银行的法律与政策改革”，第二卷，2000 年 12 月 20 日，第 10 页。
- ¹⁸ 《欧洲复兴开发银行示范法》承认非占有性担保权利对于促进商业融资的必要性，该法第 6 条确定动产的登记担保作为其三种主要担保之一而无需占有。
- ¹⁹ 这种做法类似于《欧洲复兴开发银行示范法》第 9 条采取的做法。不过，根据此项示范法，未得到付款的卖主不必登记其担保权利，除非卖主希望在这种权利设定后使它对第三方继续有效的期限超过 6 个月。也见下文第 50 和 56 段关于购货款担保权利的讨论。
- ²⁰ 登记制度是统法社《移动设备中的国际权益公约》草案的基石。此外，《欧洲复兴开发银行示范公约》也承认担保权利的公开登记。
- ²¹ 通过非司法程序有效行使某人担保品担保权利的能力是当前和建议的多数多边担保权利项目的基本条件。例如，见统法社《移动设备中的国际权益公约》草案第 8 条和《欧洲复兴开发银行示范法》第 22-24 条。根据后者，用

来保护担保权利持有人财产或规定其处置的措施，一旦担保权利持有人依照第 22 条第 2 款规定发出强制行使通知就可利用。这包括有权占有（第 23 条第 1 款）和经过 60 天以后取得所有权和出售财产（第 24 条）。

²² 见《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 17 号》（A/55/17），第 460 段。

²³ 国际掉期交易和衍生手段协会，《2000 年担保品概览》，第 11 和 61 页。

²⁴ 《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 17 号》（A/55/17），第 155 段。

²⁵ 这在多数欧洲国家曾是个重大障碍。在执行欧洲统一商标法指示以及颁布共同体商标后，属于欧洲联盟的各国不再要求将商誉与商标合在一起转移。

²⁶ 迄今为止，这种限制的最明显的例外是共同体商标的确立，它赋予所有人以扩展至欧洲共同体全部领土的专属权利。共同体专利权方面的类似解决方案不久可望确立。

²⁷ 见 Trib. Vigevano 著作，2000 年，贸易法委员会法规的判例法第 378 号判例。

²⁸ 例如，见统法社《移动设备权益公约/航空器议定书》草案中关于法律选择的合同规定。根据贸易法委员会《国际贸易应收款转让公约》的规定，转让人（担保债务人）和受让人（担保债权人）可自由选择实体法以管理它们相互权利和义务的合同方面。

²⁹ 例如《美国统一商法典》第 9 条将“扣押（即担保债权人与债务人之间财产权益的正式生效和转移）、有效性、定性（例如正式租约或担保权益）和强制行使”问题留由该法国际私法一般规则处理，如果选择的管辖区和担保交易存在合理的关系，这些一般规则规定由当事方选择适用于这些问题的法律。

³⁰ 例如，见 1973 年未获通过的欧洲共同体编写的《关于承认不剥夺占有权的动产的担保和规定动产出售后保留所有权的条款的指示草案》。

³¹ 例如，在加拿大的担保交易立法中存在一种中间解决方案，它规定在货物迁移进入加拿大（或从加拿大国内一个省转至另一个省）后外

国担保权利有一个有限的“宽限期”。在此宽限期内将外国担保权利视为对第三方有效（某些善意买方除外）而无需遵守当地的要求，典型的要求有在公共登记簿上发布通知，要使国内担保权利对第三方生效必须这样做。当保持其“被视为完备的”地位，外国债权人必须最终遵守适用于国内同类担保权利的要求（宽限期一般为 60 天）。不过，宽限期至少使担保方有时间发现资产已经转移并采取步骤根据新的适用法律保护它的权利。（直至最近一项订正用债务人所在地法取代担保品所在地法确定适用于实现担保权益的法律以前，美国也采用类似的方法。根据订正的法律，“宽限期”将适用于债务人所在地的变化而不是有形财产所在地的变化。）

³² 《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 17 号》（A/55/17），第 459 段。