



联合国国际贸易法委员会

第五十届会议

2017年7月3日至21日，维也纳

关于担保交易今后可能开展的工作：关于《贸易法委员会担保交易示范法》实务指南的建议

澳大利亚、加拿大、日本和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府的建议

秘书处说明

本说明附件载明澳大利亚、加拿大、日本和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府就委员会拟订一部《贸易法委员会担保交易示范法》实务指南提出的建议，所收到的建议为英文、法文和西班牙文。



附件

1. 引言

在第四次贸易法委员会担保交易国际专题讨论会（2017年3月15日至17日）上，三个小组会议讨论了一旦颁布《贸易法委员会担保交易示范法》可以为那些在一国实际使用《示范法》的参与者提供更多指导和建议的各个领域。各类潜在使用者包括有担保债权人和设保人（包括微型企业）及其律师和顾问、设保人的其他债权人和破产管理人、设保人设押资产的受让人、监管机构、法官、仲裁员以及参与新制度教育的人。

拟订一部实务指南，纳入并完善这三次小组会议所讨论的想法，这一构想吸引了专题讨论会与会者的广泛支持。人们担心，没有这样一部指南，即使《示范法》按建议在一国颁布，也不会产生《示范法》旨在实现的经济效益（通过使用动产作为债务担保，以更低成本增加信贷供应量）。与会者注意到，《贸易法委员会担保交易示范法颁布指南》为在一国颁布《示范法》的立法者提供了基本援助。但是，他们认为，对于那些根据《示范法》实际参与信贷提供或接收或受其影响的人来说，《颁布指南》提供的指导不够具体、实用。《颁布指南》也没有就新的担保交易制度被纳入颁布国更广泛的经济和政策目标所必需的监管和交易环境提供任何建议。

因此建议，第六工作组按专题讨论会与会者提出的思路拟订一部实务指南。为此，实务指南将涵盖专题讨论会前三次小组会议所涉及并在 [A/CN.9/913](#) 号文件第 8-44 段中作为今后可能开展工作的三个单独主题提出的所有事项或大多数事项。如下文所具体解释的，拟议指南为此将包括就拟订合同、通知、清单以及为根据《示范法》订立并执行担保交易而需要的其他文件提供指导。拟议指南还将解释，使用者需要获取为成功进行交易所必需的实用工具，如风险评估、抵押品估值以及非司法执行。此外，拟议指南还将述及如何成功地将新的担保交易制度纳入颁布国更广泛的法律和金融监管制度和目标。而且，虽然拟议指南将涉及各种规模企业的融资，但将特别注意 [A/CN.9/913](#) 号文件第 31-44 段中指出的微型企业融资面临的问题。

2. 可取性

专题讨论会与会者普遍认为，在一国担保交易法律的正式改革和现代化之外，还有一些事项也对确定一国担保信贷市场是否充满活力并运作良好从而促进整体目标——即以更低成本增加信贷供应量——起着重要作用。这些事项包括特别要在放贷人及其顾问当中，同时也要在借款人、其他债权人、法官、仲裁员和学术机构当中开展“能力建设”活动，还包括制订适当的相关监管标准。

能力建设是指在使用《示范法》提供的工具有效、有益地参与信贷交易并同时降低违约损失风险方面发展实际能力。普遍认识到，为一个国家提供现代担保交易法，如《示范法》，并不能自动地使放贷人以切实有效的方式获得实用工具进行放贷。相反，在债权人拥有有效使用新法律规则的实际能力之前，债权人通常不乐于接受新近由于担保交易法改革而得以在获利基础上实现的交易。此外，除非其他参与执行新制度的人——如行政管理人员、律师和法官——能够有效执行并掌握相关知

识，否则这一制度将无法正常运行，债权人也仍将不愿意依赖新制度。因此，没有并行的能力建设，法律改革可能无法有效实现其目标。

例如，实际经验证据表明，即使是在已经通过现代担保交易法的国家，放贷人不熟悉由于新法律而得以采用的与动产有关的融资做法，如库存融资和应收款融资，仍会要求主要以不动产作为信贷担保。由于绝大多数不动产通常为一国占很小比例的人口所拥有，这意味着，尽管通过了担保交易法，可能仍然无法向最需要信贷的经济部门也就是中小微型企业（中小微企业）提供信贷。

微型企业的融资尤其令人关注，因为微型企业是全世界经济的关键部分（即占所有企业 90% 以上），而且在发展中国家中至关重要。由于可用抵押品金额一般非常有限，其类型也不同于较大型企业通常提供的抵押品，所以对个人担保的依赖度极高。企业及其个人担保人可能是个人。借贷数额通常极少，而这又会影响到交易成本和放贷人的行为，无论是在起始阶段还是在交易生周期内都如此。因此，有必要考虑并解释（《示范法》下的）担保交易一般如何为微型企业所用，更一般而言，如何与个人担保配置在一起。在对金融机构的谈判中，微型企业的规模小还将置交易人于弱势地位。这通常造成过度担保问题，还可能导致借贷利率过高，尤其是违约利率。

还有必要确保以动产担保放贷与国家监管环境之间的协调，后者主要指颁布国的资本要求。不加协调，会诱使受监管的金融机构以同样的风险权重作为无担保信贷对待以动产作保的交易和以应收款作保的交易，从而导致《示范法》增加信贷机会的目标落空。

《示范法》实务指南将是朝着改善所有这些关切问题的方向迈出的重要一步。实务指南可以解释可使用《示范法》订立的交易类型和融资做法。实务指南可以就实现这些交易的经济效益所需要的合同及其他文据的形式和结构为用户提供指导。实务指南还可就推行此种融资方式所需要的相关法律 and 实用基础设施（如风险评估，包括抵押品估值）以及如何实施非司法执行提供指导。这将使使用者获得上文提到的技能和实用工具。它还将为颁布《示范法》的国家中参与能力建设的人（无论是外部机构或顾问还是内部教员或协助人）提供协助。实务指南还可指导法官和监管人建立必要的法律和监管环境以使现代担保交易制度蓬勃发展，特别是处理微型企业融资以及协调受监管放贷人所适用的资本要求等关键领域中出现的具体问题。

3. 可行性

为了表明拟议实务指南的可行性，本节载明所建议的内容。《颁布指南》是以关于《示范法》的逐条评述为结构，拟议实务指南与《颁布指南》不同，采取更侧重主题的办法，因为这样更适合在现代担保交易法方面未曾有过或者只有很少经验的使用者。所建议的内容大量汲取 [A/CN.9/913](#) 号文件中专题讨论会三次小组会议讨论概要，详细讨论情况可查阅该文件。

(a) 合同及其他文据的最佳做法

(一) 《示范法》所支持的担保融资类型

指南可以解释《示范法》所实现各类担保融资（如库存和设备购置融资、循环贷款融资、保理和福费廷、证券化、定期贷款融资）的特点和优势，同时比照提及《示范法》的相关条款。指南还可以解释《示范法》为何不仅考虑到放贷人放贷也考虑到出卖人和融资租赁人放贷，同时也比照提及《示范法》中涉及并考虑到这些融资类型的条款。

(二) 当事各方必须在担保交易整个生命周期处理的重大问题

指南可以讨论担保交易生命周期每个节点出现的问题（例如，有担保债权人和设保人的初始目标、必要的订约前文件、与达成交易有关的问题，以及交易达成后对设保人和抵押品的监测）。

(三) 尽职调查

指南可以讨论潜在有担保债权人必须处理的尽职调查问题（例如，需要获取关于设保人和所提议担保的基本信息以及清单样本；需要在担保交易和其他专门登记处进行查询，如知识产权登记处；需要获取关于判决和税产留置或类似法定留置的信息）。

(四) 清晰、简单的起草方式

指南可以解释以清晰、简单方式起草担保协定、通知以及其他与担保交易有关的文件的益处（例如，避免争议，确保当事各方或接收方理解内容，并考虑到各方的经验和老练程度）。指南可以强调使用清楚明了语言的起草方法的重要性，并提供不佳起草方法的例子（例如，避免使用法律行话，同时仍可确保所用术语与《示范法》兼容，避免长句长段，避免难读字体）。

(五) 当事人意思自治和强制性条款

指南可以说明《示范法》第3条第1款中的当事人意思自治原则如何使订约各方能够调整其协定使之适合自己需要，给出当事人可以协议减损或变更的具体条款例子，并解释当事人如何并且为什么利用这一灵活性。

(六) 文据样本

指南可以根据广泛接受的最佳国际做法，列入不同类型担保融资交易的担保协定范本。指南可以解释范本的关键条款以及它们与《示范法》条款的相互关系。指南可以提供以非登记方法使担保权可针对第三方执行的协定范本（如“控制协定”）。指南可以就拟制提交登记处的适当通知范本（如担保说明样本）以及在涉及非司法执

行担保权时发给设保人和第三方的通知提供指导。通知难以送达个人，是微型企业融资可能出现的一个特殊问题，指南可以针对这一问题提出解决办法。

(b) 风险评估、抵押品估值以及有效的执行能力

(一) 抵押品估值

担保交易所提供的损失保护的价值最终取决于抵押资产在可能被处分时的价值。因此，指南可以解释，关键是使用者在评估可从处分设保资产收到的金额时取得或者获取（例如，通过聘用专业估值师）专门知识。

(二) 担保贷款的管理

有担保债权人需要与债务人建立信任关系，但是，尽职调查要求有担保债权人还能够持续不断地核实放贷决定所依据的事实。因此，他们需要发展在簿记和监测债务人风险情况以及抵押品持续存在和价值方面的专门知识。指南可以解释这些事项并提供建立这种能力的援助。

(三) 对抵押品的非司法扣押、处分以及收益分配

颁布《示范法》的国家可能并不了解违约时对抵押品的非司法扣押和处分。因此，指南可以解释以非司法方式行使违约后执行权，特别是保护设保人和第三方权利以及使用非诉讼争议解决方法的情形。此处也可述及与微型企业有关的特别关切。指南还可以讨论出售抵押品的二级市场，包括电子平台及其优缺点。

(四) 应收款的收回

在一国颁布《示范法》之前的法律中，以应收款或者其他金钱支付权（如债券）形式的抵押品作为担保进行融资的做法并不多见，或者说的确是不可能的。从债务人或其他承付人收回金钱债权要求采用不同技能，所适用的法律规则也不同于有形资产的重新占有和处分，因此指南可以就建立这种能力提供指导。

(五) 着力于提高法律能力

现代担保交易法律是复杂的，行使权利受到复杂规则的制约。《示范法》在一国颁布后并不是脱离颁布国的其他法律孤立运作。因此，要求使用者具备相关法律领域（如破产法）以及与个人担保有关的法律及其与《示范法》相互关系的专门知识，因为除提供担保外通常还为支持一笔贷款而提供保证（这种做法在微型企业融资中尤其普遍）。

(c) 监管能力

(一) 担保交易和资本要求

指南可以说明如何确保国家监管环境与《示范法》之间的协调。一般而言，巴塞尔银行监督委员会签发的《巴塞尔协议》对有担保信贷给予优待，提供担保可减少（经风险权重的）资本要求。不过普遍承认，对于将动产和应收款当作抵押品，监管要求即使不是持怀疑态度，也过于谨慎。事实上存在着这样的假定：动产无法迅速清算——因为认为二级市场有限，而应收款可能贬值。只有满足某些条件（例如，抵押品价值可通过可靠数据加以确定，担保具有确定且迅即的可执行性，存在着有足够流动性的二级市场），资本要求才会允许考虑将动产和应收款当作有效的信贷保护。如果不在国家层面认识并处理这些相关问题，放贷人可能不准备放贷，或者只会以更高成本向借贷人放贷。

指南可以向国家监管人说明如何满足这些条件。将特别注意合格抵押品和过期贷款的标准。这样一来，既可推动采用健全的风险管理办法，又可促进以较低成本获得有担保信贷。

(二) 微型企业融资

在现代担保交易制度下，微型企业融资的某些具体特点可能要求采用特殊的监管对策。谈判地位不平等，往往导致不公平的贷款和担保协定条款（如高违约利率、不公平的终止条款以及对违约事件的定义）。指南可以讨论以何种方式处理不公平做法的这些潜在来源。

还需要讨论的是有担保债权人向微型企业放贷行为的监管问题。这方面的问题包括，贷款规模太小降低了放贷人作出适当风险评估并进行监测的动力，从而为谈判地位极不平等导致过度担保贷款铺平了道路。监测不力以及财务困境应对无措，不仅给借款人也给放贷人造成困难。指南可以讨论这些问题的解决办法，其中包括利用更可靠的资信评级信息（借助高效信贷报告系统）、更高效的监测办法、金融机构内更高效的任务分配、充分实施针对不良贷款的监管框架，甚至可以重新设计执行机制，使之成本更低、速度更快、操作更简便。

4. 结论

以上所述表明，如果要通过颁布《示范法》在颁布国实现企业信贷供应量的可观增长（以及或者信贷成本的减少），《示范法》的实务指南是至关重要。在拟订《转让公约》、《担保交易立法指南》、《登记处指南》以及《示范法》的经验的基础上，第六工作组拥有拟订这样一部指南的专门知识。假如一个国家打算按照《示范法》改革国内法，但却发现本国放贷人、企业和法院因为缺乏关于成文法律应如何实际操作的实务知识而无法有效运用《示范法》，那将令人遗憾。贸易法委员会以及其他国际机构的技术援助举措有其自身局限性。一部实务指南将使这些机构能够以较低成本展开工作，效率也会高得多。

前面所述还已表明，专题讨论会筹备过程中所作的工作以及由此产生的载于 [A/CN.9/913](#) 号文件第 8-44 段的概要，经过调整可以作为拟议实务指南内容纲要的基础。第六工作组可在其首届会议上辩论和完善主题和结构，以便能够着手进行具体起草工作。如果有各位代表的承诺以及闭会期间的积极参与，估计三次届会即可产生实务指南草案。
