



大会

Distr.: Limited
22 July 2003

Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第六工作组（担保权益）
第四届会议
2003年9月8日至12日，维也纳

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
担保交易立法指南草案.....	1-103	1
五. 公示.....	1-103	3
A. 总论.....	1-96	3
1. 导言.....	1-6	3
2. 放弃占有权.....	7-16	4
a. 一般考虑.....	7	4
b. 第三方占有设押资产.....	8-10	4
c. 虚拟移转占有权.....	11	4
d. 优先权效力.....	12-16	5

目 录 (续)

	段次	页次
3. 取得对无形债务的控制权.....	17-23	5
a. 贸易应收款.....	17-19	5
b. 存款账户.....	20-23	6
4. 以所有权为基础的公示方式.....	24-31	7
a. 所有权登记制度.....	24-27	7
b. 所有权证明制度.....	28-29	7
c. 与土地有关的动产的担保权.....	30-31	8
5. 担保协议在担保交易登记处的登记.....	32	8
6. 担保通知在担保交易登记处的登记.....	33-83	8
a. 一般考虑.....	33-37	8
b. 资产与让与人索引编制.....	38-42	9
c. 已登记通知的内容.....	43-53	10
d. 了解更多详情.....	54-55	13
e. 登记期间.....	56-58	13
f. 行政问题.....	59-67	13
g. 优先权效力.....	68-73	15
h. 登记和执行.....	74-75	16
i. 登记范围扩大到非担保交易.....	76-83	17
7. 其它公示方式.....	84-85	18
8. 未公示担保权的效力.....	86-96	19
a. 对抗让与人的效力.....	86-87	19
b. 对抗第三方的效力.....	88-96	19
B. 总结和建议.....	97-103	21

五. 公示

A. 总论

1. 引言

1. 有担保债权人需要确信它对设押资产的权利优先于第三方的权利。然而第三方也需要得到抵御其权利从属于“秘密”担保权利（意即这些权利的存在或可能存在无法通过客观的方式很容易地加以判断）的风险的保护。要求在担保权利对第三方生效之前对其加以公示，提供了一种调和这些目的的方法。

2. 本章重点阐述四种得到最广泛接受的公示方式。第一种公示方式是取消让与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，并且涉及到给予有担保债权人对第三方欠让与人的无形债务价值的控制。第三种只对国家制定了专门的所有权登记或所有权证明制度的高值动产采用。

3. 第四种也是最全面的一种公示方式涉及到把只有有限数量的担保权利数据的、内容简单的通知在担保交易登记处备案。与所有权登记处不同的是，担保交易登记处不涉及到公开具体资产所有权目前的状况。让与人所有权的性质由未登记的事件和交易决定。登记则是担保权对第三方生效的一个先决条件。因此，第三方在确定其是否可能受优先担保权的约束时所相信的正是缺乏公示。

4. 虽然会对消极公示论产生影响，但担保交易登记处也会促进积极的优先权安排。很显然，登记为安排有担保债权人之间和有担保债权人与其它第三方之间的优先顺序确定了一个有客观证据并且易于核查的日期。

5. 整个公示专题是与优先权专题交织在一起的。虽然优先权作为主题事项在本指南中单列一章加以论述（见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3），但公示与优先权之间的联系则是本章的一个连续的主题，应当把两章的内容结合起来加以理解。

6. 与所有权登记或所有权证明制度一样，要设立担保交易登记处，政府必须要么直接地要么与私营部门的伙伴签约对必要的基础设施进行投资。在缺乏这样的制度的情况下，非占有式担保权的第三方效力通常受法定或法官制订的规则支配，这些规则的目的旨在保护在不知道存在优先权的情况下取得对设押资产权利的无过错第三方。本章最后对以登记为基础的全面的公示制度与这一备选方案进行了比较，并且提出了立法建议。

2. 放弃占有权

a. 一般考虑

7. 撤销让与人对设押资产的占有，并非肯定地公开担保权的存在。然而，这样做却排除了让与人表面的所有权，从而也减少了未经授权的处置给不令人怀疑的第三方带来的风险。因为放弃占有权标志着让与人不再拥有未设押资产的所有权，所以在传统上人们一般认为它足以构成一项担保权，并使其具有对抗第三方的效力（见 A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3，第 67 段）。

b. 第三方占有设押资产

8. 放弃占有权不一定让有担保债权人直接占有。第三方代表有担保债权人占有就足够了。

9. 如果所有权凭证（例如提单或栈单）包括了设押资产，以有担保债权人的名义签发这种凭证就会确保第三方（例如承运人或仓库保管人）是在代表有担保债权人而不是代表让与人持有。如果这种所有权凭证可以转让，承运人或仓库保管人通常有义务向当前持有凭证的人交付所属的资产。因此，交付经过适当背书的、可转让的所有权凭证，提供了一种取消让与人对所属资产的占有权的选择办法。

10. 第三方占有并不总是要求从让与人的所在地实际挪走设押资产。在实际的仓储安排中，代表有担保债权人行事的仓储公司通过与让与人有密切关系的代理人对让与人的库存品和其他设押资产进行控制。鉴于让与人处理设押资产的能力需要经过代理人同意和合作，第三方的利益由此而得到保护（见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1，第 7 段）。

c. 虚拟移转占有权

11. 让与人作为有担保债权人的代理人持有设押资产的书面保证对于保护第三方不受让与人表面未设押所有权的误导毫无用处。要求让与人定期向有担保债权人提交设押贸易应收款清单也是如此。对于质押是唯一正式可利用的担保手段的制度中要求非占有式担保的需求来说，这种虚拟移转占有权方法是切合实际的反应。按照本指南所设想的方式承认非占有式担保权利的一般有效性（见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1，第 15-23 段），会消除赞成虚拟质押的任何压力。

d. 优先权效力

12. 即使在设立担保交易登记处的法律制度中，让与人放弃占有权有时也可能是一种较好的公示方式。例如，在大多数法域中，如果一份可转让所有权凭证包括了设押资产，那么，持有该凭证的有担保债权人（或卖方）一般会取得比通过登记其担保权通知的方式进行公示的有担保债权人优先的地位（见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3，第 13 段）。这一规则避免了干扰对于把可转让所有权凭证作为在该凭证包括的期间转移所属资产财产权利的主要方法的广泛承认。

13. 在其他情况下，放弃占有权可能并不是最有利的公示方式。如果设押资产是在专门的所有权登记处进行登记（见 A.4 部分），出于维护公共记录的完整性和可靠性的考虑，可能要求给予通过登记公示权利的有担保债权人（和卖方）优先考虑。

14. 如果通过在一般担保交易登记处登记的方式公示相竞的担保权利（见 A.5 部分），则可能出现两种反应方式。可以按照放弃占有权和登记发生的顺序安排优先权的时间。或者，可以给予已登记的担保权优先，而不论放弃占有权是发生在登记之前还是之后。

15. 第一种办法为通常依赖占有式担保的典当业者和其他债权人减少了费用和 risk。另一方面，第二种办法则避免了欺诈性地把放弃占有权发生的时间提前对占有式担保债权人的诱惑。它还通过消除放弃占有权准确时间未登记证据的 risk 充分利用了担保交易登记处优先权排序的价值。

16. 如果采用第一种办法，进一步的问题是，优先权是否追溯到放弃占有权之时，即使有担保债权人最初通过放弃占有权方式进行了公示，随后又进行了登记并把资产发还给了让与人。如果情况如此，第二登记的有担保债权人将不再拥有第一优先权。另一方面，第一登记的有担保债权人本可以通过核实让与人在有担保债权人取得其担保权时是否占有设押资产来保护自己。

3. 取得对无形债务的控制权

a. 贸易应收款

17. 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。就其本身而言，这在功能上等同于通过第三方的代理机构放弃占有权。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。

18. 本指南不涉及有关投资资产担保权的问题。不过，控制权作为一种相当于放弃占有权的公示方式的概念可以适用于第三方对让与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货币债权提供担保的情况下，如果债务人违约，有担保债权人有权要求欠有债务的人按照担保协议条款规定付款。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。由于这一原因，付款要求可以被视为与转移对投资资产控制权相当的充分的公示方式。

19. 然而，有担保债权人一般只在让与人违约的情况下才会要求直接付款。即使立即出售货币债权，受让人也常常希望把收款的事交给转让人。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，而不是当作一种首次公示方式来对待。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交易登记处提交通知备案这一选择方式的情况。登记公示方式提供了一种更有效的方法，它可以在交易开始时评价优先权风险，在担保品包括让与人目前和今后取得的应收款的情况下尤其如此。

b. 存款账户

20. 类比用于间接持有的投资资产的公示方式，对让与人在金融机构或保险公司开设的存款账户的控制可以通过在账户上登记有担保债权人姓名的办法或取得存款机构同意接受有担保债权人指示的办法来实现。

21. 存款机构本身可能也有让与人所欠的款项。与其通过人为的方式明确要求转移控制权，还不如采取更为简单的办法，即把接受客户存款账户担保的存款机构看作是由于其所处的地位而自动拥有控制权。

22. 通过控制方式公示以存款账户提供担保的有担保债权人是否应当比通过登记进行公示的有担保债权人享有优先权，这是一个悬而未决的问题。与投资资产所做的类比表明，答案是肯定的。与货币债权的转让所做的类比则表明答案

是相反的。

23. 如果采取第一种办法，进一步的问题是，接受客户账户担保的存款机构是否应当比通过控制权来公示的其他担保权利享有优先权。这种机构的抵消权通常足以在相竞的有担保债权人启动执行程序之前保护其反诉，而不论该机构作为有担保债权人所拥有的是何种优先权地位。

4. 以所有权为基础的公示方式

a. 所有权登记制度

24. 只有在让与人准备放弃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。这种方法不适合于公示让与人需要保留控制权以便提供其服务和产品或以其它方式产生利润的资产的担保权。

25. 对于种类有限的高值动产来说，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，这一方法就为这种高值资产的非占有式担保权的公示提供了一个方便的场所。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。

26. 通过所有权登记处登记的方式公示的担保权（或出售）一般优先于通过放弃占有权方式或通过一般在一般担保交易登记处登记担保通知的方式公示的担保权。这一规则确保设押资产的买方在评估它们所取得的所有权的性质时可以充分信赖所有权登记处的记录。

27. 为查阅所有权登记处和担保交易登记处档案提供共同入口，以便两个系统的登记和搜索工作可以同时进行，也可以解决上述所关心的问题。计算机技术的进步使这一做法在技术上变得可行。然而，在设计和实施方面还存在着挑战。所有权登记系统一般以资产索引为基础，而担保交易一般参照让与人的身份加以编排。因此，要想做到能够同时搜索，就必须要求两个系统实施同样的让与人标识符规则，并对所有权登记进行编程，使其允许以让与人作为基础进行搜索。

b. 所有权证明制度

28. 所有权证明制度是一些国家采用来公示动产（例如，汽车）所有权的取得和转移的一种替代方式。担保权通过在证书上加批注的方式进行公示。

29. 通过在所有权证书上加批注的方法公示的担保权优先于任何其他方式公示的担保权。如果买方在评估卖方所有权的性质时能够依赖所有权证明，就有必要采用这一规则。

c. 与土地有关的动产的担保权

30. 如果接受固定的动产（如预定附着在土地上的暖气炉）或移动的不动产（如预定要与土地分离的农作物）担保的有担保债权人可以利用动产担保制度，将增加融资的灵活性。这样做将使得让与人可以在不用办理正式的并因而费用更高的不动产抵押的情况下取得融资。

31. 根据这一做法，适用动产的一般公示规则只有一个限制条件。可取的做法将是要求同时在不动产所有权登记处登记担保通知，以便约束后来取得对动产所附着或固定的土地的登记权利的第三方，并对这种关系适用有关不动产的优先权规则。这种规则将维护土地所有权记录的完整性和可靠性。

5. 担保协议在担保交易登记处的登记

32. 另一种公示方式涉及到担保协议在担保交易登记处的登记。和到所有权登记处登记一样，文件应提交登记官员并由其进行核对，然后登记官员签发登记证明，该登记证明将构成登记的权利存在的决定性证据。这种决定性证据证明常常被认为是文件登记的主要好处。然而，在确定登记人的优先权的同时也要保护第三方的利益，这一目的可以以更加经济和省时的方法来实现，从而更好地满足现代交易的需要，而且不会导致泄漏与交易有关的敏感资料（见 A.5）。

6. 担保通知在担保交易登记处的登记

a. 一般考虑

33. 第五种公示方式涉及把担保权通知在为此目的设立的一个公共登记处备案。与已经考虑过的三种公示方式不同的是，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进行公示的方法。就其本身而论，通知备案有助于进行有效的优先权安排，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竞争，可参照登记时间予以解决。

34. 以通知为基础的担保交易登记与以文件备案为基础的所有权登记或担保交易登记有很大的不同。所有权登记或文件备案登记是关于具体资产目前所有权

状态的实际资料的确切来源。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。

35. 相比之下，担保交易通知备案登记对消极公示论产生影响。登记并不提供担保权存在的直接证据，而是给第三方一个警告，警告其可能存在担保权利，从而使其可以采取进一步的步骤来保护自身的权利（见第 54 段），并构成担保权对第三方生效的一个先决条件。实际上，正是由于没有登记才使第三方判定它们不必担心与它们打交道的人授予的任何先前的担保权。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。通过登记一个简单的通知，确定当事方的身份，并对设押资产进行描述，第三方的权利就可得到充分的保护。从让与人的角度来看，通过要求让列明的让与人随时了解任何登记情况的登记规则，以及通过制定简易的行政程序便利取消未经授权的登记的办法，可以起到不因未经授权登记而受到损害的保护作用。

36. 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事实情况不受影响，则没有理由不承认单一的通知即足以公示当事方之间连续的担保协议。

37. 以通知为基础的担保交易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（《法律和亚洲开发银行的政策改革：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由担保协议、租约和保留所有权销售协议所引起的航空器权益的备案制度。《联合国转让公约》也将通知备案作为其附件中规定的选择性优先权制度之一。

b. 资产与让与人索引编制

38. 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。担保交易登记处的通知一般参照让与人的身份编制索引。以资产为基础编制索引的办法只适用于有序号或有其他客观确定的惟一标识的这一类资产。即使在这种情况下，一般类别（如所有有形动产）范围内的个别项目的值可能太小，以致于无法证明逐项追踪登记所付出的代价是否值当。此外，以资产为基础编制索引的

方法并不适用于登记包括后取得资产或流动资产如库存品和应收款的担保的通知。

39. 以让与人作为基础编制索引的方法极大地放宽了登记过程的限制。有担保债权人通过一次登记就可以公示让与人目前和后来取得的所有动产或一般类别的担保权。它们不必操心在让与人每次取得通知中所列一般类别中的新项目时更新记录。

40. 以让与人作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目标，预期的有担保债权人和买方就不能通过按直接的表面所有人姓名搜索的方式保护自己。由于系统是按让与人编制索引的，搜索就不会泄露原始财产所有权人提供担保权的情况。

41. 使这一问题得到部分解决的一个方法要求以资产为基础编制索引，尤其是对那些有可靠的数字标识符的高值资产而言，例如，道路车辆、船只、旅行房车、拖车、航空器等等。虽然具体的资产识别限制了使用单一的通知公示后取得资产的担保的能力，但实际上这种识别只对让与人业务中使用的资本资产（以及登记簿中所包括的、用于个人目的的消费资产）有必要。在资产被让与人作为库存品持有的情况下，一般经营过程中的买方将无论如何只会接受无担保权的资产。

42. 一种替代或补充的办法是要求查明让与人有转让行为的有担保债权人在已登记的通知上将受让人列入让与人名单，以避免从属于介入的第三方债权人的局面。或者，可以把保护扩大到所有介入的买方，甚至所有介入的第三方，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.9/Add.3,第40段）。

c. 已登记通知的内容

i. 让与人的识别

43. 由于让与人身份是通常用来检索担保通知的手段，登记者和搜索者都需要有正确的识别方式的指导。让与人的姓名和地址是最常见的标准。

44. 对于法人让与人和其他法人来说，通常可以通过查阅大多数国家对法人和商业实体所做的公共档案核实其正确的名称。如果这种档案和担保交易登记处

的资料以电子方式储存，就有可能为这两种档案提供一个公共通道，从而简化核实过程。

45. 对于个人让与人来说，核实正确的姓名更多了一点挑战性。让与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，条例或行政规定可以具体列明官方原始资料的等级体系，从让与人出生证上的姓名开始，然后在没有任何正式的出生记录或无法查到的情况下，提供其他资料来源（如护照或驾照）作为参照。

46. 如果几个让与人的名字相同，提供让与人的地址常常可以为搜索人解决身份问题。在许多人同名同姓的国家，要求提供补充资料如让与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让与人指定一个替代标识符。

47. 让与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组织逻辑。比如说，一些电子记录的程序在编制上只显示搜索者所输入的名字与数据库中出现的名字之间的完全匹配者。在这样的系统中，任何错误都会使登记无效，因为它会使通知无法被使用让与人正确姓名的搜索者检索到。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，登记的数据可能显现出来。错误是否使登记无效取决于具体情况。一个有用而且灵活的检验标准是，只有在通知所公开的资料会误导理智的搜索者的情况下，才把这种错误看作是决定性的。

ii. 有担保债权人的识别

48. 在登记的通知上写上有担保债权人或有担保债权人的代理人的姓名和地址，可以让第三方在必要时与有担保债权人取得联系，并确保后来根据通知声称享有优先权利的人是有人这样做的人。用于确定让与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，登记错误不会造成误导第三方搜索者从而使通知无效的三种危险。

iii. 对设押资产的描述

49. 不存在要求担保权通知包括对设押资产的描述的绝对必要性。然而，不存在描述将会限制让与人出售仍然未设押的资产或提供这种资产的担保的能力。预期的买方和有担保债权人在达成涉及到让与人的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执行债权人的价值。

50. 由于上述原因，一般需要对设押资产进行描述。在以让与人编制索引的制度中，不必要求进行具体的逐项描述。一般描述（如所有有形资产，所有应收款）甚至超一般描述（如所有目前和今后取得的动产）都将足以满足搜索者的资料需求。实际上，一般描述是必需的，它能确保有效地公示以后取得的资产和以流通资金或广泛的资产（如“所有债权”或“所有库存品”）提供的担保权。

51. 一个较为棘手的问题是，通知是只需要指明设押资产的类属性（如有形动产），即使担保权实际上限于特定物品（如单独一辆汽车）；还是描述必须符合背景担保文件所包括的实际资产范围。

52. 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他们的担保协议进行修改，在同一类别中增加新的资产，而不必再进行登记。另一方面，这一做法可能使让与人获得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免除义务书，才能保护自己免于遭受让与人以后将最初的担保协议包括的资产的实际范围加以扩大的风险。

iv. 附担保债务的最大价值

53. 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，因为这样做会干扰信贷额度和分期融资的灵活性。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。这一做法将促进让与人提高利用受广泛担保权支配的资产的剩余价值从其他有担保债权人处获得进一步的融资的能力。另一方面，第一个有担保债权人接受对让与人资产的一般担保权，通常是最廉价和最好利用的信贷来源。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

54. 预期的买方和有担保债权人一般可以处理由于已登记的通知带来的优先权风险，而不必做进一步的调查。他们可以拒绝与让与人进一步打交道，或者取得已登记的有担保债权人的免除义务或退让协议，或者要求让与人解除登记（在登记不代表债务负担或在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）。

55. 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所处地位多少有些不同。他们已经拥有对设押资产的现有或潜在债权。然而，该债权的价值只能通过取得担保协议和当前未清偿债务额未登记的证据加以确定。由于担保权让与人不一定是这种资料可靠或乐于合作的来源，可取的做法是对有担保债权人规定一项法律义务，要求其在合理期间内对享有合法权益的第三方获得进一步细节的要求直接做出反应。

e. 登记期间

56. 附担保融资关系期间可能有很大的不同。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自我选择所需的登记期间，并有权提出展期。第二种方式是设定一个统一的固定期间（如5年），也有权提出展期。

57. 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给让与人带来的、有担保债权人出于过度谨慎无限延长登记期间的风险。

58. 不管采取何种方式，从让与人的角度讲，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让与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

i. 技术上的考虑

59. 如果登记处档案是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，并处理资产或让与人位置变换带来的问题。另一方面，

统一的全国登记处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一问题，它使所有登记可以输入进一个单一的中央记录处，同时还可进行远程登记和查询。

60. 一个电子数据库可以支持一个全电子登记系统，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，并消除提交通知与向数据库实际输入通知中所载的信息之间的时间间歇，提高了登记过程的效率。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者和查询者，从而最大限度地降低了人工和业务成本。

61. 最后，最佳的计算机化程度取决于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。

ii. 对系统错误的责任

62. 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者和搜索者。至于系统出现故障的危险，通过立即通知用户和延长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，尽管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的方式也可以减少出现错误的可能性。

63. 无论系统的设计如何，都需要提供有关登记处工作人员的责任和责任限制或登记处系统错误的指导。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。

64. 假定可以提出赔偿要求，也需要对登记者与第三方搜索者之间谁承担错误的风险提供进一步的指导。在解决这一问题的过程中，譬如说，规则可以规定，登记处工作人员编制索引的错误，除对可以有把握地确定他们进行了搜索并由于遵照记录中所载的令人误解的资料行事遭受了实际损害的有担保债权人或买方外，不影响担保权的公示地位。

iii. 登记费

65. 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让与人承担的税收。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比较低廉的水平，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业务费用。

iv. 隐私和保密问题

66. 通过限制公共记录上有关当事方之间关系的信息的详细程度，以通知为基础的登记制度加强了让与人与有担保债权人之间关系的保密程度。

67. 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按有担保债权人以及让与人的名字进行搜索。虽然特定金融机构或其他债权人实体备案的通知的数量和内容与登记处的法定职责没有什么关联，但这种资料作为竞争者客户名单的一个来源或者对于寻求销售其相关金融或其他产品的公司来说却可能拥有市场价值。尽管额外的收入具有吸引力，但这种大宗信息的检索和出售可能损害人们对系统的信心，并且很可能违犯保护隐私的法律。

g. 优先权效力

i. 预先登记

68. 设立担保交易登记处可以让同一设押资产已登记担保权的竞争问题根据一般的先登记者优先原则得到解决。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.9/Add.3，第 12-17 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把担保通知备案（类似于在土地登记处提前批注抵押权的概念）。

69. 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。提前备案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无效的风险。

70. 从让与人的角度来看，可以通过采取在未经授权登记的情况下所采用的同样措施（即通过要求把任何登记情况告知列明的让与人，并制定简易程序，使让与人能够在确定的有担保债权人未在合理时间内采取行动的情况下迫使解

除登记) 确保得到充分的保护, 以避免最终没有任何担保协议的风险。

ii. 对优先权的限制

71. 本章前面的部分曾经指出, 从优先权的角度看, 登记可能并不总是最佳的公示方式, 例如, 设押资产由通过控制方式公示的投资资产组成的情况或设押资产受所有权登记或所有权证明制度支配的情况就是如此(见第 17-19 段和第 26-33 段)。

72. 此外, 虽然登记可能是担保权生效的一个先决条件, 但已登记的担保权并不一定对所有类别的第三方生效。譬如说, 在卖方正常经营过程中出售的库存品的买方通常不受卖方提供的任何担保权的约束。同样, 存在担保权一般也不损害受已登记担保权支配的设押资产的承租人或被许可方所取得的权利。最后, 在正常经营过程中取得对现金或等值可转让资产的占有权的第三方通常得到不受先登记担保权影响的保护。

73. 关于优先权的一章对这些规则做了详细说明(见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, 第 34-43 段)。该章所阐明的一个重要观点是, 担保通知的登记不影响第三方与让与人进行正常经营过程中涉及设押资产的商业交易的自由, 第三方不用担心还要搜索担保交易登记, 或者实际上受他们碰巧知悉的已登记担保权的约束。

h. 登记和执行

74. 在一些法律制度中, 有担保债权人必须登记违约和强制执行通知, 才有权对设押资产行使其强制执行的补救方法。在另外的法律制度中, 登记并不是强制执行的一个先决条件。究竟应该采取哪种方式, 在某种程度上还在于谁来负责把启动强制执行行动的情况通知对设押资产享有登记权益的第三方。如果把这一责任直接交给有担保债权人, 可能就不需要进行登记了。而如果把这一责任交给登记官员或某个其他的政府官员, 则需要进行登记, 以便促使有关官员履行通知其他经过登记的债权人的义务。

75. 预先登记打算进行的强制执行行动, 可以有助于减少正设想启动强制执行行动的无论有担保还是无担保的相竞债权人的查询负担。否则, 他们将不得不对所有已登记的有担保债权人做进一步的查询, 以便确定是否他们其中一人已经启动执行行动。虽然实际上债权人之间始终需要某种程度的沟通, 以确保充分协调, 但登记至少可以让债权人集中他们的查询努力(见

A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5, 第……段)。

i. 登记范围扩大到非担保交易

i. 所有权和类似手段

76. 担保权的授予有时通过“销售契约”或“信托契据”向有担保债权人转移所有权的手段进行,但在清偿买方或受益人所欠的信贷债务后该所有权应当予以归还(A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1,第29-45段)。由于无论采取何种交易形式要求进行公示的基本原理都是适用的,因此,具有现代综合担保交易法律的法律制度采取了一种宽容的做法,使得在所有交易中广泛采用这一功能为欠债权人的债务进行担保。

77. 然而,担保交易并不是惟一产生公示问题的交易。任何财产权的存在都对与表面所有人打交道的第三方构成风险。而且,这些其他权利只要不进行公示都可能降低担保权的优先权地位。

78. 缓解这些问题的一个办法是把适用于担保权的同样的公示要求扩大到可能产生重大公示问题的所有动产商业交易。实际上,这会涉及到使在担保交易登记处登记通知成为交易对第三方有效的一个先决条件。

79. 有资格列入的最明显的普通交易类别有:

- 在保留所有权作为买价担保的条件下出售有形资产;
- 长期(如一年)租赁有形资产;
- 彻底转让货币债权;
- 寄售有形资产;
- 由于法律的实施而产生的非合意动产担保权。

80. 适用于已登记担保权的优先权规则是否也适用于这些交易,这个问题更为复杂。先登记者优先规则在债权的转让与以同样的债权授予的担保权形成竞争的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,时间上的优先权安排必须加以限制,以便保护出租人、卖方或寄售人对抗预先登记的担保权的所有权,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.9/Add.3,第 21-33 段）。

81. 适用于担保交易的公示和优先权规则扩大到其他商业交易的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》，该公约将所设想的国际登记免费扩大到也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，所选择的有关公示和优先权问题的法律规则既适用于直接转让，也适用于授予应收款担保。

ii. 判决胜诉债权人

82. 可以授权判决胜诉债权人在担保交易登记处登记判决通知，登记将对判决败诉债权人的动产自动产生与一般担保权等效的优先权。这一做法可以间接促使迅速自动清偿判决债务，其作用就是阻止判决败诉债务人在不首先支付判决债务和解除登记的情况下向第三方出售或授予担保。

83. 如果采用这一办法，就必须确保判决胜诉债权人的权利不与要求在让与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，即破产代表为所有债权人的利益自动取得对预先存在的判决权利的权利（或许须尊重已登记判决胜诉债权人补偿登记费用和所做努力的特权；另见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3,第 44-49 段）。

7. 其他公示方式

84. 一些法律制度以数量较为有限的通知地点取代了公共登记处（例如，在让与人自己的记录中或公证人或法院官员的记录中或让与人当地的报纸上或某种政府杂志上登录通知）。尽管这其中的某些通知地点已充分地解决了人们对把日期提前的欺诈性行为的担心，但与全面的担保交易登记处相比，它们还缺乏充分保护第三方所需要的固定性和公众查询的便利性。

85. 一些法律制度要求以加盖徽章的形式或其他实际通知的形式对设押资产进行公示。鉴于有可能被让与人滥用，这种公示方式的可靠性是有限的。然而，在一些市场中，资产的专门性质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）。

8. 未公示担保权的效力

a. 对抗让与人的效力

86. 公示所涉及的是担保权的第三方效力。因此似乎可以说，公示对于有担保债权人和让与人之间形成有效的担保权是没有必要的。

87. 不管怎样，就涉及到直接当事方的大多数问题而言，公示与设立担保权之间实际上并无多大关联。毕竟有担保债权人从担保协议订立之时起便对相关资产享有合同权利。只要让与人是所涉及的惟一的另一方，有担保债权人的权利所具有的特征是所有权性质还是个人性质，都无关紧要。

b. 对抗第三方的效力

i. 一般考虑

88. 有三种可能的办法确定未公示担保权对抗第三方的法律效力。第一种办法是视担保权在设立之时开始生效，但须对特定类别的第三方如依赖让与人表面所有权而出现不利的第三方进行特别保护。第二种办法是使公示成为担保权对第三方生效的一个绝对先决条件。第三种办法是规定公示只能对抗特定类别的第三方权利。

89. 鉴于可采取的办法多种多样，更为有益的做法可以是审查未公示的担保权对各大类相竞债权人的效力问题。

ii. 相竞有担保债权人

90. 如果允许非占有式担保权不经过公示对相竞有担保债权人生效，担保交易的直接成本就可以降到最低，而且也没有必要投资设立一般担保交易登记处。另一方面，公示可以使所有预期的有担保债权人更准确地评估其优先权风险。在不公示的情况下，他们必须依赖让与人的保证和他们自己的调查和感觉。这种额外的调查负担可能妨碍没有确定的信贷记录的预期借款人获得信贷，并限制信贷市场开展竞争。

91. 如果必须进行公示，进一步的问题是，实际知道能否弥补缺乏公示。如果答案是肯定的，未经公示的担保权将优先于在知道先前有未经公示的担保权的情况下取得的经过公示的担保权。这样可能会损害一般公示规则所带来的确定

性和可预测性，并在通过在担保交易登记处登记通知的方式公示的担保权利相竞的情况下损害先登记者优先规则的价值。而且，要求时间顺位在先的债权人承担不及时公示的后果，其本身也不存在任何不公平或恶意。

iii. 设押资产的受让人

92. 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一直到根据让与人未经授权的销售取得所有权的第三方买主那里（“追索权”）。如果没有公示的要求，必须把保护有担保债权人的追索权与保护动产销售的确定性的需要加以权衡。这可能要求有一项规则，以保护买方在实际不知道也不能假定知道有未经公示的担保权的情况下所取得的所有权。公示的要求使得没有必要在这两种价值之间做出选择。买方可以在购买之前核实让与人对设押资产的占有或控制情况，以及酌情查询担保交易登记或所有权登记，以保护自己的权利（正常经营过程中的买方或善意的买方以及可能的其他不复杂的买方可以免于登记或查询义务；见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3,第 34-43 段）。

93. 另外一个问题是，未经公示的担保权是否应当对在实际知道的情况下取得设押资产的买方有效。取决于是否实际知道的优先权规则要求对主观心理状态进行特定事实调查，这在公司和其他法人的情况下尤其困难。就此而论，这种规则使得争端的解决变得复杂化。一种折衷的解决办法可能是，把未经公示的担保权看作是只对取得对设押资产的所有权和占有权的买方无效。这就相当于把买方的占有权看作是有优先购买权的公示行为。

iv. 受赠人

94. 设押资产受赠人的地位有点不同于买方或其他等价受让人。由于受赠人尚未放弃价值，因此，没有客观的证据表明存在对让与人表面未设押的所有权的有害依赖。由于这一原因，要求受赠人不管公示与否均尊重先前提提供的担保，可能并无任何害处。人们必须把这一点与在确定受让人的地位和处理受赠人在获赠后地位改变可能引起的问题方面所涉及的解决争端的其他资源加以权衡。

v. 破产代表

95. 如果没有公示要求，担保权通常对让与人的破产代表或判决胜诉债权人有效，条件是担保的授予必须发生在启动破产程序之前（或任何破产前的嫌疑期开始之前）。如果无担保债权人在提供信贷时并未依赖让与人未设押的所有权，

这一点有时经证明是有正当理由的。即使依赖了这种所有权，在不取得担保的情况下放贷的行为就意味着接受了从属于后来的有担保债权人的债权的风险。

96. 另一方面，要求在破产程序之前公示的规定提供了免于遭受把担保文书日期提前的欺诈性行为这种风险的保护。更为重要的是，通过向破产代表提供一种查明哪些担保权据推定有效的高效的方法，它还减少了破产费用（见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6,第 2 段）。除了正式破产之外，公示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是否已经通过担保设押（见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6,第 49 段）。

B. 总结和建议

97. 撤销让与人对设押资产的占有，是一种传统的公示动产担保权授予情况的方式。虽然放弃占有权并不能肯定地表示这种不在的资产受担保权的支配，但它却提醒第三方存在着让与人不再拥有未设押的所有权这一风险。然而，为了达到这一结果，放弃占有权就必须是真实的，而不是虚拟的。如果让与人保留表面所有权，第三方就得不到保护。

98. 如果设押资产由第三方欠让与人的无形债务组成，实际放弃占有权就是不可行的。不过，通过转移对第三方欠有担保债权人的履约债务的合法控制的方式，也可以做到在功能上相当于放弃占有权。例如，对在金融机构或保险公司开立的存款账户的控制可以通过以下方式转移，即把账户置于有担保债权人名下或取得存款机构同意响应有担保债权人的指令。

99. 对于货币债权，有担保债权人一般可以通过对债权负有义务的第三方直接向有担保债权人付款的方式取得合法控制。不过，认为这就是一种充分的公示方式可能不太可取。这样的规则将要求预期的有担保债权人、预期的受让人和其他第三方查明顺位在先的有担保债权人是否已经发出通知，以便评估他们的优先权风险。这种查询负担将妨碍以让与人目前和今后取得的贸易应收款的普通基金为基础的担保融资。

100. 如果让与人需要在经营过程中继续使用设押资产，实际放弃占有权或转移控制就无法操作。许多国家都为有限类别的高值资产如公路车辆、船舶、航空器和专利制订了专门的所有权证明或所有权登记制度。设立了这些制度的国家，一般都提供了可以令人接受的替代公示方式，因为与让与人打交道的第三方可以通过查询所有权登记或查验所有权证书上的批注来保护自己的权利。

101. 对于目前和今后取得的库存品等资产的普通基金的担保权，或所有权追踪在经济上不值当的具体资产的权利来说，采用以所有权或资产为基础的公示方式并不切合实际。在这种情况下惟一可行的公示办法是成立担保交易登记处，担保权通知可以在这里按担保权让与人的姓氏编制进行备案。

102. 如果没有综合性的担保交易登记处，要求公示作为担保权对第三方有效的一个先决条件就毫无意义。假定关于构成有效担保权的财产权规则的要求得到满足，那么就要参照以哪些类别的第三方债权人应该不受他们不知道或没有办法知道的担保权的约束这一政策问题为基础的优先权规则，对有担保债权人对抗第三方的权利进行评估。

103. 因此，有意引进综合性担保交易登记制度以期发展竞争性的金融市场的国家，应该成立一个综合性的担保交易登记处，用于公示担保权通知，使潜在的有担保债权人和第三方能够以更大的确定性和可预测性评估他们的优先权风险。如果情况如此，优先权规则应当解决一系列的问题，其中包括：

- (a) 在与通过放弃占有权或控制方式公示的相竞担保权的竞争中，登记是否赋予优先权；
- (b) 对于某些类别的设押资产，例如，符合保持流通性要求的流通票据，通过放弃占有权或控制方式进行公示是否赋予对抗相竞买方和有担保债权人的优先权；
- (c) 如果专门的所有权登记或所有权证书上的批注包含了设押资产，通过这些管理制度公示的相竞担保权和第三方权利是否优先于通过放弃占有权或通过在一一般担保交易登记处登记方式公示的担保权；
- (d) 就按让与人编制索引的登记而言，解决成为登记通知对象的资产的远程受让人（即从让与人权利继承人那里取得设押资产的人）所面临的特定公示问题的最适当的方法是什么。如果有担保债权人尚未修改通知以便增加转让人的名字，所产生的问题是，担保权是否应当对实际不知情的受让人有效。换句话说，所产生的问题是，以资产为基础的具体的登记是否应当成为相对价值较高并且存在活跃的转售市场的设押资产（如汽车、汽艇、旅行房车）担保权的第三方效力的一个先决条件；

- (e) 合法有效的登记通知的要求是什么。尤其是：怎样才构成对让与人身份的充分证明以及对设押资产的充分描述；是否应当在登记通知中具体说明能够通过设押资产担保的债务的最大值；可以按时展期的登记的有效期间是参照登记通知中选定的条件还是参照法律规定的标准条件加以确定；是否允许在实际达成担保协议之前登记；是否仅采用登记就可以公示根据同一当事方之间的、包括同一资产的连续的担保协议提供的担保；
- (f) 可以利用哪些手段保护让与人不受未经授权的或错误的登记的影响；
- (g) 某些类型的第三方是否有权直接要求有担保债权人，尤其是共同所有人、无担保判决胜诉债权人和让与人的破产代表提供有关融资安排的当前状况和细节的进一步资料；
- (h) 有关设计和操作问题尤其是确定登记和查询费以及系统计算化程度的最佳政策是什么；
- (i) 登记是否是动产的其他非占有式交易（如长期租赁有形动产、在付清价款之前保留所有权的销售、无保留地转让无形债权）的第三方效力的一个先决条件，即使它们并不担保债务的履行。