



联合国国际贸易法委员会  
第四十届会议续会  
2007 年 12 月 10 日至 14 日，维也纳

## 担保权益

## 担保交易立法指南草案

## 秘书处的说明\*

## 增编

## 目录

|                             | 段次    | 页次 |
|-----------------------------|-------|----|
| 七. 担保权的优先权 .....            | 1-170 | 3  |
| A. 一般性评述 .....              | 1-151 | 3  |
| 1. 导言 .....                 | 1-17  | 3  |
| (a) 优先权概念 .....             | 1-7   | 3  |
| (b) 优先权的范围：优先权竞争的类型 .....   | 8-11  | 4  |
| (c) 优先权规则的重要性 .....         | 12-16 | 5  |
| (d) 本章概述 .....              | 17    | 6  |
| 2. 拟定优先权规则的办法 .....         | 18-24 | 6  |
| 3. 确定优先权的各种依据 .....         | 25-50 | 8  |
| (a) 第三方效力以登记为依据时的优先顺序 ..... | 27-34 | 8  |

\* 本说明比要求的会议开始之前 10 周晚 5 周提交，因为需要完成协商并最后确定随后所进行的修订。



|     |                                            |         |    |
|-----|--------------------------------------------|---------|----|
| (b) | 第三方效力以占有为依据时的优先顺序 .....                    | 35-38   | 10 |
| (c) | 第三方效力以控制权为依据时的优先顺序 .....                   | 39-40   | 10 |
| (d) | 第三方效力以在专门登记处的登记或产权证上的加注为依据时的<br>优先顺序 ..... | 41-44   | 11 |
| (e) | 第三方效力以担保权的设定为依据时的优先顺序 .....                | 45-46   | 11 |
| (f) | 第三方效力以对第三方承付人的通知为依据时的优先顺序 .....            | 47-48   | 12 |
| (g) | 按照债权人债权的性质依法确定的优先顺序 .....                  | 49-50   | 12 |
| 4.  | 确定竞合求偿人之间优先顺序的规则 .....                     | 51-126  | 13 |
| (a) | 有担保债权人和无担保债权人之间的优先顺序 .....                 | 52-53   | 13 |
| (b) | 同一担保资产上竞合担保权之间的优先顺序 .....                  | 54-67   | 13 |
| (c) | 担保资产受让人、承租人和被许可人的权利的优先顺序 .....             | 68-94   | 16 |
| (d) | 优先债权的优先权 .....                             | 95-98   | 22 |
| (e) | 胜诉债权人权利的优先权 .....                          | 99-107  | 23 |
| (f) | 担保资产相关服务提供人的权利的优先权 .....                   | 108-111 | 25 |
| (g) | 供应商收回权的优先权 .....                           | 112-114 | 25 |
| (h) | 附加物上担保权的优先权 .....                          | 115-120 | 26 |
| (i) | 源自被加工或混合的资产上担保权的混集物或制成物上担保权的<br>优先权 .....  | 121-126 | 27 |
| 5.  | 优先权规则的范围和解释 .....                          | 127-151 | 29 |
| (a) | 对存在担保权的知道无关紧要 .....                        | 127-129 | 29 |
| (b) | 在优先权问题上的合同自由：排序居次 .....                    | 130-133 | 29 |
| (c) | 第三方效力的连续性对优先顺序的影响 .....                    | 134-136 | 30 |
| (d) | 优先权的范围：未来放款、未来债务和或有债务 .....                | 137-142 | 31 |
| (e) | 优先权规则对后得资产上担保权的适用 .....                    | 143-145 | 32 |
| (f) | 优先权规则对收益上担保权的适用 .....                      | 146-151 | 33 |
| B.  | 特定资产评述 .....                               | 152-170 | 34 |
| 1.  | 可转让票据上担保权的优先权 .....                        | 155-157 | 34 |
| 2.  | 银行账户贷记款受付权上担保权的优先权 .....                   | 158-164 | 34 |
| 3.  | 金钱上担保权的优先权 .....                           | 165     | 36 |
| 4.  | 独立保证下收益收取权上担保权的优先权 .....                   | 166-167 | 36 |
| 5.  | 可转让单证上或可转让单证所涵盖的货物上担保权的优先权 .....           | 168-170 | 36 |
| C.  | 建议 .....                                   |         | 37 |

## 七. 担保权的优先权

### A. 一般性评述

#### 1. 导言

##### (a) 优先权概念

1. 优先权概念是每一个成功的担保交易制度的核心。它是各国用来解决债务人财产的竞合求偿人之间冲突的首要手段（“优先权”和“竞合求偿人”的定义见导言，B 节，术语表）。在涉及动产的担保交易制度中，这一概念体现在管辖有担保债权人可在多大程度上先于其他任何竞合求偿人从其在担保资产上的权利中取得经济利益的一整套原则和规则中。

2. 要理解优先权概念的逻辑和限度，最好以一国关于债务人和债权人之间关系的一般法律为背景。在一些国家，关于债务人和债权人的法律并不直接涉及一债务人的各个债权人之间的关系；而仅涉及债权人与其债务人之间的关系。在发生违约时，债权人可得到针对其债务人的判决，然后只要根据判决占有并出售其债务人的资产，偿付所欠金额即可。在这些国家，只有在竞合求偿人对债权人变现其债务人的一笔或数笔资产的权利提出异议时，才会产生优先权概念（即有必要在两个以上求偿人当中确定哪一个对资产享有最大权利）。例如，债权人占有了其债务人房地上的财产，而该财产可能实际上属于第三方，这时便可能产生竞争问题。

3. 但是，大多数国家关于债务人和债权人的法律作了更为广泛的规定。其中对如何规范债务人的所有债权人之间的关系也有较为明确的规定。通常有两条一般原则管辖这些关系。首先，法律通常规定，债务人的资产为其债权人的共同抵押品（有时称为“可占有财产”）：债务人的全部资产均可占有和出售，用以清偿任一债权人的胜诉判决所确认的债务；但是，如果其他债权人 also 获得了胜诉判决并参加占有，那么出售资产所得收益便用于偿付所有债权人的债权。其次，如果出售资产所得的金钱不足以清偿所有债权人，就要将其债权相应缩减，按比例向其付款（即债权人按照各自债权所占的比例均分出售所得）。

4. 虽然上一段提及的两条原则是大多数国家法律的一部分，但这些国家关于债务人和债权人的法律经过发展已经大大超出了这些原则的范围，而允许某些债权人优先于其他债权人。换言之，在大多数国家，只有在债务人未同一个或多个债权人约定优先地位的情况下，这两条原则才能管辖所有的债务人—债权人关系。例如，在许多国家，债务人利用保留所有权或附带赎回权的销售等办法，防止某些资产成为所有债权人都可获得的共同抵押品的一部分，或将债务人的某些资产从所有债权人都可获得的共同抵押品中撤回。这样一来，这些债权人更有可能全额收回任何所欠债务，因为他们再也不必同竞合求偿人分享这些资产的经济价值。此外，在大多数国家，某些债权人有权在实现其债权的出售所得收益的分配中取得优先权。之所以产生这一优先权，可能是因为法律所确定的优先地位（如通常给予资产的修缮人、未获付款的资产卖方和税务当

局），也可能是为取得债务人特定资产上的担保权订立了合同。在上述情形下，某些债权人有权先于其他债权人获得付款，这一权利使得前一种债权人更有可能获得其债权的全额偿付，因为竞合求偿人只有在优先债权人的债权获得全额偿付后才能得到付款。管辖优先权的规则的主要目的之一是研究这些取得相对于竞合求偿人的优先权的办法所产生的各种后果。

5. 各国采用不同的综合办法来制定一整套优先权规则。在一些国家，这一概念的定义十分狭窄，仅指通过打破债权人平等的原则取得优先权的求偿人之间的竞争。在这些国家，仅对债务人的一项或多项资产享有债权的求偿人（特别是保留所有权的卖方和随后收购债务人资产的人）之间的竞争，通常不会定性为优先权冲突。其解决办法首先是确定求偿人或债务人对有关资产是否具有所有权。而且，在这些国家，通常只有在债权人寻求通过变现其债务人的资产而强制执行其债权的情况下，才会出现优先权问题；在此之前，优先权的概念没有实际意义。

6. 在另一些国家，优先权这一术语的范围较为宽泛。它指对债务人的资产（或表面资产）（甚至是债务人实际上可能并不拥有的资产）享有所有权的求偿人之间的任何竞争。例如，保留资产所有权的卖方、债务人声称已向其出卖资产的第三方和对资产享有权利的买方的胜诉债权人之间的冲突被定性为优先权冲突。此外，在这些国家，优先权的概念甚至还管辖着债务人违约之前竞合求偿人之间的关系。债权受让人和正在行使该债权的债权人之间的竞争被视为优先权竞争，即使债务人可能尚未对行使债权的债权人违约。

7. 《指南》建议各国采取一种完全一体化（或统一）的办法处理担保权问题，以此作为一种基本的组织框架。除了购置款融资非统一处理法的情况（见关于购置款融资的第十一章）之外，无论债权人试图通过共同抵押品原则还是债权人平等原则取得优先权，其这样做的特定手段都将是担保交易法处理的事项（见第三章，“担保的基本做法”，建议 11）。因此，本章中优先权这一术语表达的是上文概述的较为宽泛的意义。有担保债权人和寻求强制执行担保资产上权利的其他任何求偿人之间的所有竞争都作为优先权冲突处理。

#### **(b) 优先权的范围：优先权竞争的类型**

8. 在研究优先权概念如此重要的原因（见下文第 12-16 段）之前，首先讨论一下发生优先权问题的各种情形，以便对有关的背景加以解释。发生优先权问题的通常有两种主要情形，这两种情形均假定竞合求偿人中至少有一个是有担保债权人。

9. 通常，在强制执行担保权时，如担保资产上的担保权设定人在其附担保债务上违约时，以及担保资产的价值不足以清偿对强制执行的债权人和其他所有对资产主张权利的竞合求偿人所欠债务时，优先权问题就变得重要起来。在这种情形下，担保交易法必须确定如何为其分配资产的经济价值。竞合求偿人往往是设保人的另一个有担保债权人。一个典型的例子是，设保人将同一资产上的担保权分别给了两个不同的贷出人。但在许多情形下，竞合求偿人是另一种所有权的持有人，如法定权利的持有人（例如优先债权人）。还有一个例子

是，设保人对有担保债权人违约，而设保人的一个无担保债权人已取得了针对该设保人的判决，并且已经采取步骤对担保权所担保的资产强制执行该判决。

10. 产生优先权问题的另一情况是，第三方成功地对一担保资产主张权利，从而能够取得对该资产的完全所有权（即不连带该资产上的任何担保权和其他竞合债权）。一个典型的例子是，设保人为保留资产占有权的出借人设定了担保权，然后将该担保资产卖给了第三方。在这种情形下，担保交易法必须确定资产买受人是否取得了该资产的所有权而不连带出借人的担保权。另一个例子是，设保人在一资产上为出借人设定了担保权，然后将该资产租赁给第三方或许可第三方使用。在此，担保交易法必须确定承租人或被许可人是否分别按照租约或许可证享有财产权而不受出借人担保权的影响。还有一个例子是，设保人破产程序中的破产管理人为破产资产的利益而声称在该资产上为一债权人设定了担保权。

11. 在上文提及的所有情形中，只有在担保权具有对抗第三方的效力时，才会发生优先权问题（关于当事人之间的效力和对抗第三方效力之间的区别，见关于担保权设定的第四章）。一些国家认定某些可能不“完全”具有对抗第三方效力的权利享有优先权，还有一些国家明确区分了具有对抗第三方效力的权利和不具有对抗第三方效力的权利。在这些国家，不具有对抗第三方效力的担保权不仅彼此之间排序相同，和普通无担保求偿人的权利排序也相同。此外，按照其他法律享有优先地位的竞合求偿人（例如修缮人等服务提供人和具有法定优先地位的人）或从设保人处购得资产的竞合求偿人，总是优先于未取得对抗第三方效力的担保权。但应当指出，即使担保权不具有对抗第三方的效力，而且也不会产生任何优先权，它们仍然是有效的，可以对设保人强制执行（见建议 30 和第八章，“担保协议当事人的权利和义务”）。

### (c) 优先权规则的重要性

12. 由于种种原因，人们普遍承认，有效的优先权规则对促进担保信贷的发放至关重要。

13. 首先，对有担保债权人来说最关键的问题是，若其寻求在设保人的破产程序以内或以外强制执行担保权，其担保权享有何种优先权。更具体地说，问题是，有担保债权人可合理期望从担保资产的出售中分得多少。如果预计担保资产将是债权人得到偿付的主要或唯一来源，这个问题就尤为重要。债权人在评估是否提供信贷时若不确定其未来担保权的优先权，便会减少对担保资产作为偿付保证的依赖。由于不确定在资产出售时可变现多少数额，债权人可能会提高信贷成本（如提高利率）或减少信贷额（压低担保资产价值的百分比）。在一些情况下，债权人甚至可能因此而完全拒绝提供信贷。

14. 为了将这种不确定性降至最低程度（从而促进担保信贷），担保交易法必须规定明确的优先权规则，使担保资产求偿人之间的任何竞争都有可预测的结果。此外，担保权若无法在设保人的破产程序中强制执行，便对有担保债权人毫无价值，因此一国的破产法应当尽可能在最大程度上尊重这些结果（见关于破产对担保权的影响的第十四章，第 13 段和第 59-63 段）。这一点尤为重要，

因为在许多情形下，对有担保债权人的违约可能同对其他债权人的违约同时发生，从而引发破产。明确的优先权规则不仅可解决纠纷，还可使竞合求偿人能够预测潜在的优先权纠纷将如何得到解决，从而避免发生争议。这样，如果存在有效的优先权规则，便可使未来的债权人对于能够在设保人违约时依赖担保资产更有信心（即使设保人必须进入破产程序），并能够精确计算向特定借款人发放信贷所涉及的风险，这将对担保信贷的发放和成本产生积极的影响。

15. 经过精心构思的优先权规则对担保信贷的整体发放情况还有另一个积极影响。有的担保权排序虽然不及其他有担保债权人持有的一种或多种排序较高的担保权，但许多银行和其他金融机构愿意以这种担保权为基础发放信贷，只要他们看出设保人的资产具有（高出其他附担保债务的）残值来支持其担保权，并能清楚确定其担保权准确的优先顺序。其先决条件是，未来的债权人能够确定排序较高的担保权所担保的最高数额，办法是同这些担保权的持有人通信，或者，在要求说明担保权以资产作抵押所担保的最高数额的国家，查阅在一般担保权登记处登记的通知（见下文第 141 段和建议 57(d)项）。另一种办法是，如果未来的有担保债权人认为存在的残值可能不足以支持发放新贷款，该有担保债权人或许可用下述办法产生足够的价值：与一个或多个排序较高的有担保债权人进行谈判，达成排序居次协议，按照该协议，排序较高的债权人将其在特定资产上的担保权排在打算设定的新担保权之后（见下文第 130-133 段和建议 75）。排序较高的有担保债权人之所以有可能愿意使其担保权排序居次，是因为他们认为计划发放的新贷款将有助于设保人的业务，从而使他们这些排序较高的债权更有可能得到偿付。

16. 在上述这两种情形下，如果一个国家有明确的优先权规则，使各债权人能够较有把握地评估自己的优先顺序，那么另一债权人向设保人发放信贷的可能性就会大大提高。此外，明确而经过精心构思的优先权规则还能便利在同一资产上设定多个担保权。这样一来，设保人便能够最大限度地提高其资产可用于获得信贷的价值。

#### **(d) 本章概述**

17. 本章 A.2 节讨论了拟定优先权规则的一般方法，A.3 节讨论了可用于确定优先顺序的各种手段。然后本章转而回顾了应当纳入现代担保交易制度的主要优先权规则。A.4 节讨论了各种竞合求偿人之间的关系。A.5 节论及了优先权制度的范围和解释问题。B 节回顾了仅适用于某些特定种类资产的特别优先权规则。本章结尾的 C 节是一系列建议。

#### **2. 拟定优先权规则的办法**

18. 各国在拟定优先权规则时都面临着若干重要的政策选择。首先，各国必须确定优先权制度的范围。第一个问题是，该制度应当仅涵盖个人债务的各个债权人之间的竞争，还是应当包含对债务人的资产或表面资产主张权利或与之相关的权利的所有人之间的竞争。鉴于上文所述的种种原因（见第 1-7 段），

《指南》采取的立场是，优先权制度应当包含所有潜在的竞合求偿人之间的优先权竞争。

19. 然后各国必须决定应当如何对这些优先权规则进行组织和措词。有一些办法虽然广泛反映了立法措词的非主流倾向，但却是可行的。

20. 一种办法是将优先权规则制定为一整套一般原则，由法院在解决特定的冲突时进行解释和适用。如果各国采取这种办法，特别是同时颁布《指南》所建议的完全统一的新担保交易制度，法院便要充实这些一般原则的详细适用办法，这对法院是一个沉重的负担。法官不仅必须迅速掌握新制度的基本原理，还必须确定并吸收市场惯例以制定可预测而有效的具体规则。此外，可能需要很长一段时间才能积累足够数量、所涉问题范围足够广泛的司法裁决，使优先权原则的实际操作具有真正的确定性。

21. 另一种办法是制定许多详细的优先权规则，用以管辖可想象得到的涉及竞合求偿人的所有可能发生的情形。一些国家先前已经通过从首先确定竞合债权所针对的资产的所有权发展而来的广泛原则制定了优先权制度，特别是在这些国家，如果采用这种办法，由具体规则组成的综合制度可能会显得极为复杂，使律师和法官难以运用。

22. 还有一种办法是制定优先权规则并将其组织成为连贯的整体，其中有一系列较为普遍的原则，附以这些原则对常见情形的具体适用办法。这种办法对任何特定的优先权冲突都有明确而十分确定的规定。《指南》建议采用这种办法。

23. 在选择办法时，国家必须考虑到自己力求实现的总目标。《指南》的宗旨原是介绍一种担保交易制度，其中设想了一系列有形资产和无形资产上的非占有式担保权，这些资产以往在许多国家无法进行抵押或无法同时有一种以上的担保权（见建议 2(a)）。此外，《指南》对各种交易采取了一种完全统一的办法，无论交易名称如何，这种办法的用意都是使债务得到履行（见建议 11）。最后，《指南》承认使担保权具有对抗第三方效力的各种办法（见建议 32 和 34-36）。鉴于上述所有原因，《指南》建议各国采用第三种办法拟定其优先权规则。

24. 按照这一逻辑，现代担保交易制度应当包含一整套详细而精确的优先权规则，这些规则要(a)范围广泛；(b)涵盖现有的和未来的范围广泛的有担保债务；(c)适用于所有类型的担保资产，包括后得资产和收益；(d)为各种各样的竞合求偿人（如有担保债权人、受让人、服务提供人和胜诉债权人）之间的优先权冲突提供解决办法。对优先权规则采用的这种办法可为未来债权人提供高度的保证，使其能够预测可能发生的优先权纠纷将如何得到解决，从而鼓励未来债权人发放信贷。本章其余部分具体说明这些详细规则应当涉及哪些问题，以及应当如何阐述。

### 3. 确定优先权的各种依据

25. 在现代担保交易制度中，因为优先权规则的目的是管辖担保权持有人对抗一个或多个第三方权利的权利，因此优先权规则同实现担保权第三方效力的方法有密切的关系。鉴于《指南》对实现第三方效力十分重视，其中采用了一个基本办法，即任何有担保债权人都不得主张相对于竞合求偿人的优先权，除非其担保权已经取得了对抗第三方的效力。只有在此类情形下才能产生优先权问题。

26. 本节简要复述了各国已经采用的实现第三方效力的各种办法，并指出使用每种办法实现第三方效力时适用的基本优先权原则。其中依次讨论了通过下列方法产生的第三方效力：(a)在一般担保权登记处登记通知；(b)有担保债权人占有担保资产；(c)控制权协议；(d)在专门登记处登记或在产权证上加注；(e)设定担保权；(f)通知第三方承付人。

#### (a) 第三方效力以登记为依据时的优先顺序

27. 如上文所述（见关于担保权对抗第三方效力的第五章，第[...]段，关于登记制度的第六章，第[...]段），要使债权人在发放信贷时有办法较有把握地确定其优先权地位，最有效的途径之一便是以使用公共登记处作为确定优先权的依据。

28. 一些国家具有可靠的担保权通知登记制度，其中大多数国家的一般原则是，对最早登记的通知所提及的权利给予优先权（通常称为“先登记者优先规则”）。

#### (一) 在担保权设定之前登记通知

29. 在许多国家，传统上将登记视为担保权在当事人之间生效后实现第三方效力的一个步骤。这意味着，通过登记公布并确认在登记时已经存在或即时产生的一项权利（见关于担保权对抗第三方效力的第五章中的讨论，第[...]段）。一个实例时，在一个法律制度中，担保权在整个担保协议登记后便具有对抗第三方的效力。但一些国家采用的办法不是登记已经存在的权利，而是登记一项可能存在也可能不存在的权利的有关通知。登记所确认的不是该权利实际已经设定，而是该权利或者已经设定或者可能设定。因此，在这些国家，即使在登记时或许尚未满足对担保权设定的一项或多项要求，但仍可适用先登记者优先规则。

30. 如果采用这种办法，已经登记通知的债权人便无须在满足其担保权设定的所有其他要求后再次查询登记系统。这使得债权人确信，其担保权的通知一旦登记，后登记通知的其他权利便不会优先于其担保权。例如，债权人 A 可登记其通知，在登记处查询以确定之前没有登记担保权通知，然后发放贷款，并确信其担保权将享有第一优先权，即使债权人 B 在债权人 A 登记后和发放信贷前的这段时期登记了一项竞合担保权的通知。而且，其他现有或潜在的债权人在

这一规则下也得到了保护，因为已登记的通知会提醒他们注意潜在的担保权，这样他们便可采取步骤进行自我保护（如要求提供个人保证，或者要求在同一资产上取得优先权排序较低的担保权而在其他资产上取得优先权排序较高的担保权）。《指南》采用了这一办法（见建议 73(a)）。

## (二) 先登记者优先规则放宽的情形

31. 在规定优先权以最早登记规则为准的许多国家，如果登记有所谓的“宽限期”，这一规则便可放宽。如果是在担保权设定后短时间内登记通知的，宽限期允许担保权的第三方效力具有追溯力。在这些情况下，将根据设定日期而非通知的登记日期确定优先权。因此，设定在先，登记在后的担保权仍然优先于设定在后，登记在先的担保权，只要设定在后的担保权的有关通知是在适用的宽限期内登记即可。在这类情形下，只要宽限期未滿，登记日期就不是确定债权人优先权顺序的可靠标准（主要见关于购置款融资的第十二章，第[...]段）。

32. 债权人使用各种办法进行自我保护躲避风险。他们可能会等到适用的宽限期期满后才对设保人发放信贷。但这种办法的缺点是，这也拖延了对设保人发放信贷的时间。债权人还可能依赖设保人的声明，即其未在同一担保资产上设定任何竞争担保权。这种办法也不理想，因为如果这一声明不实，债权人只能要求损害赔偿。为了避免破坏先登记者优先规则所具有的确定性，各国一般规定宽限期的适用仅限于极少数情形，如：(a)购置款融资；或(b)按道理不可能在设定之前或同时进行登记的情形。

## (三) 先登记者优先规则的例外情况

33. 先登记者优先规则不可能是绝对的。在现代担保交易制度中，主要有两种例外情况。有时国家规定担保权一经设定自动具有对抗第三方的效力，而无需登记通知。消费品货物上的担保权通常属于这种例外情况（“消费品货物”这一术语的定义见导言，B 节，术语表）。在这些情形下，担保权的优先权是根据其设定的时间确定的（见下文第 45 和 46 段）。

34. 此外，对于未在一般担保权登记处登记通知，而是以其他方式取得对抗第三方效力的担保权，许多国家也将其作为先登记者优先规则的例外情况处理。因此，例如，如果一担保权通知是后在一般登记处登记，但先在专门所有权登记处登记或在产权证上加注，各国通常以在专门登记处的登记顺序或产权证上的加注为准（见下文第 41-44 段）。同样，如果一担保权后在一般登记处登记，但担保资产是债权人占有的可转让票据（见下文第 35-38 段和第 155-157 段）、债权人占有的可转让单证（见下文第 168-170 段），或已经受控制权协议约束的银行账户贷记款受付款（见下文第 158-164 段），通常将优先权给予该可转让票据或可转让单证的占有人，或控制权协议的受益人。

**(b) 第三方效力以占有为依据时的优先顺序**

35. 如前所述（见关于担保权设定的第四章，第[...]段，和关于担保权对抗第三方效力的第五章，第[...]段），占有式担保权传统上一直是大多数国家担保交易法的一个重要组成部分。鉴于这一事实，即使在已经设立了一般担保权登记处的国家，有形资产上的担保权也可能通过债权人的占有而取得对抗第三方的权利。

36. 在这些国家，虽然一般原则是首先在一般担保权登记处登记的债权人享有优先权，但也可根据债权人占有担保资产的日期来确定优先顺序，而不要求登记通知。此外，在上述许多国家，第三方可能实际占有资产，而多个有担保债权人可能彼此商定让第三方代其持有，以代表每个债权人进行占有的日期为准确定优先顺序。在这种情形下，开始代表每个债权人取得占有的日期可能有所不同，因此将根据开始代表各债权人取得占有的日期确定其优先顺序。但是，只要发生优先权纠纷的担保权均已通过占有取得了第三方效力（无论是担保债权人直接占有还是由一个代理人代表一个或多个有担保债权人占有），通常根据实现第三方效力的顺序确定优先顺序（见建议 73，(b)项）。

37. 由于按照占有日期确定优先顺序，各国有必要规定一项规则，对已经在一般担保权登记处登记通知的债权人和已经取得占有权的债权人之间的优先顺序加以规范。通常的规则是，优先顺序以下列行为的顺序为准：(a)已经在一般担保权登记处登记通知；(b)取得了担保资产的占有权（见建议 73，(c)项）。例如，如果债权人 A 在第 1 天登记了通知，债权人 B 在第 2 天取得了占有权，债权人 C 在第 3 天安排债权人 B 代表其持有，债权人 D 在第 4 天登记了通知，那么债权人的优先顺序是：A、B、C、D。

38. 以占有为依据的优先权虽然重要，但有一个缺点，即占有往往不是一个公开行为，因此依赖占有确立优先权的担保权持有人将负责证明其获得占有的确切时间。不过，虽然有这一缺点，对于某些资产，如可转让票据（例如支票、汇票或本票）或可转让所有权凭证（如提单或仓单），以占有为依据的优先权在商业上仍然是有益的。在这些情形下，有担保债权人的占有可防止设保人对担保资产作不当处分。此外，如前所述，许多国家还规定，这些类型资产上的担保权若通过占有取得对抗第三方的效力，通常优先于通过登记通知取得对抗第三方效力的担保权，即使登记时间在先（见建议 98、105 和 106；另见下文第 155-157 段和第 168-170 段）。

**(c) 第三方效力以控制权为依据时的优先顺序**

39. 在一些国家，某些类型的无形资产上担保权的第三方效力可通过“控制权”（见导言，B 节，术语表）来实现。如果国家允许通过控制权来确立第三方效力，在多数情况下，通常对取得担保资产控制权的有担保债权人给予优先权，无论其取得控制权的时间是在竞合求偿人对该资产的权利产生之前还是之后。例如，如果资产是银行账户贷记款受付款，优先权制度通常规定通过控制

取得对抗第三方效力的担保权优先于通过另一种办法取得第三方效力的担保权（见建议 100；另见下文第 158-164 段）。

40. 对于某些类型的无形资产，如收取独立保证下收益的权利，一些国家规定，控制权可以是实现第三方效力的唯一办法。在这种情形下，无须规定优先权规则来管辖基于控制权的第三方效力和以任何其他方式取得的第三方效力之间的冲突（见建议 104；另见下文第 166 和 167 段）。

**(d) 第三方效力以在专门登记处的登记或产权证上的加注为依据时的优先顺序**

41. 在许多国家，担保权或其他权利（如担保资产的买受人或承租人的权利）可在专门登记处进行登记，或可在产权证上加注。最初，一些专门登记处或产权加注系统的职能只是为了确认出卖人确实对所出卖的资产享有所有权，从而保护须作登记或加注的资产买受人。但是，一些专门登记处，如船舶登记处和飞行器登记处，传统上还更广泛地用于保护指定资产上所有类型的权利受让人，包括担保权持有人。近来，专门登记处和产权证加注系统趋于涵盖上述较为广泛的用途（见建议 38）。

42. 如果一资产须在专门登记处登记或在加注系统进行加注，便会出现一个问题，即在登记处或加注系统中提及的若干权利中哪一种权利享有优先权。在多数情况下，采用此类登记处或系统的国家规定，权利排序以其登记顺序为准。这样的担保权优先于其后在专门登记处登记或在产权证上加注的担保权。

43. 如果存在专门登记处，还必须确定在专门登记处登记或在产权证上加注的权利同在一般担保权登记处登记的权利或已经通过占有或其他手段取得对抗第三方效力的权利之间的优先顺序。这类国家大多数规定，在专门登记处登记或在产权证上加注的权利优先于未如此登记或未在产权证上加注的任何担保权。对于须在专门登记处登记或在产权加注系统进行加注的资产上权利的受让人、承租人和被许可人，这些国家通常也采用类似的规则。除极少数例外情况以外，受让人、承租人或被许可人在这类资产上的权利都次于在专门登记处登记或在产权证上加注的任何权利（见下文第 70-94 段和建议 75）。

44. 采用上文所述的办法是为了允许一人只在一处进行查询（即专门登记处或产权证），从而使此类资产的受让人得以提高效率。但必须指出，上文讨论的优先权规则仅适用于专门登记或加注制度本身未规定其他优先权规则的情况。

**(e) 第三方效力以担保权的设定为依据时的优先顺序**

45. 一些国家没有担保权登记制度，在这些国家，第三方效力通常是在担保权设定时自动产生的。即使在采用了登记制度的国家，消费品货物等某些类型资产上权利的第三方效力有时也是自动产生的。在这些国家，确定担保权优先顺序的办法通常是比较该担保权设定的时间和竞合担保权在一般担保权登记处登记通知的时间或竞合担保权以其他办法取得对抗第三方效力的时间（见下文第 59-61 段）。

46. 自动取得第三方效力的优点和理由是，某些求偿人无须采取进一步的步骤以确保其权利的优先权。对于消费品货物和价值不高的资产，将优先权同设定相联系会产生高效率的结果。但有些情形是，自动取得第三方效力可能给优先权制度带来效率低下的问题。例如，如果国家允许保留所有权销售和为担保目的的应收款转让等一般交易自动产生第三方效力，其他求偿人便须花费很高的费用和很多时间进行查询（通常依赖的是客观性较差的证据，如设保人的声明或一般可在市场上获得的信息）以确定非占有式担保权是否存在及其优先顺序。

**(f) 第三方效力以对第三方承付人的通知为依据时的优先顺序**

47. 上文所述的确定优先顺序的依据大都考虑到了涉及设备和库存品等有形资产的情形。如果是在应收款或其他受付款上设定了担保权，各国通常规定，按照在一般担保权登记处登记通知的日期确定优先顺序，或者，如果涉及到实现第三方效力的另一种办法，则根据实现第三方效力的日期确定优先顺序。但在另一些国家，应收款上担保权的第三方效力和竞合求偿人的优先顺序是依据应收款债务人被通知存在担保权的时间确定的（“应收款债务人”的定义见导言，B 节，术语表）。

48. 以此为依据确定优先顺序的优点是，简化了应收款债务人为确定应向谁付款而做的工作。一个缺点是，这对未来有担保债权人来说可能会加大不确定性，因为他们无法知道竞合有担保债权人是否以及何时将其担保权通知了应收款债务人。另一个缺点是，由于在这方面缺乏确定性，各求偿人可能会立即强制执行自己的权利。这种结果会使设保人失去收入来源，无法开展业务。

**(g) 按照债权人债权的性质依法确定的优先顺序**

49. 在许多国家，对某些债权完全依据其性质赋予优先权，而不考虑该债权产生或取得对抗第三方效力的日期。在这些情况下，各国实行适用于求偿人之间所有竞争的优先权排序办法。例如，未缴税款、社会福利方案未缴款和雇员未付工资有时具有第一优先权，甚至优先于先前已经具有对抗第三方效力的担保权。此外，这些国家通常有次级排序规定，例如法律费用可能优先于税款，税款可能优先于社会福利方案未缴款，社会福利方案未缴款可能优先于雇员工资。有时这些权利需要登记，有时无需登记。但无论是否需要登记，优先顺序都是按照法律规定的顺序确定的，而不是按照以担保权设定或具有对抗第三方效力的时间为依据的任何办法确定的（见下文第 95-98 段）。

50. 这些法定优先权有一个优点，即为可能没有能力进行谈判，通过协议取得担保权的求偿人提供某种程度的保护。缺点是，这些权利即使必须登记才能具有对抗第三方的效力，但通常仍优先于先前存在的担保权。因此，有担保债权人在取得担保权时，无法准确地确定法定优先权的排序或数额。由于这一不确定性，不可避免会使成本提高，担保信贷减少。鉴于这一事实，各国通常对这类债权的性质和数额加以限制（例如“工资不超过平均每个员工某一特定数额”或“最高为若干月的未付工资”）。

#### 4. 确定竞合求偿人之间优先顺序的规则

51. 到目前为止回顾的一般原则构成了以下两方面的优先权制度的基本结构：(a) 用以组织优先权制度的各种手段；(b) 担保权优先权的范围，特别是在涉及未来债务、后得资产和收益时。以下的讨论侧重于管辖竞合求偿人权利的特别优先权规则。

##### (a) 有担保债权人和无担保债权人之间的优先顺序

52. 各国通常规定，一切已取得对抗第三方效力的担保权均优先于无担保债权人的权利。人们通常承认，将这一优先权给予有担保债权人对于促进担保信贷发放是必不可少的。无担保债权人可采取其他步骤保护自己的权利，如因其风险提高而收取额外费用、监督信贷的状况，或要求债务人为逾期未付的金额支付利息。此外，担保信贷还可增加设保人的周转资本。通常，按照有担保循环周转资本贷款办法发放的贷款是公司在正常经营过程中偿付其无担保债权人资金的主要来源（见关于适用范围和其他一般规则的第二章，F 节，所涵盖的融资做法实例）。有担保债权人优先于无担保债权人这一原则是《指南》所采取的办法的关键，也是其中许多建议的基础（例如，见建议 81）。

53. 在许多国家，有担保债权人优先于无担保债权人是绝对的。但在一些国家，对胜诉债权人例外。无担保债权的持有人可通过取得针对债务人的判决或法院临时指令而获得债务人资产上的权利。胜诉债权人只要在一般担保权登记处登记判决，便可将无担保债权转为有担保债权，按照一般优先权规则排序。还有一些国家更进了一步，规定如果无担保债权人已经依据适用法律采取了必要的步骤以获得判决或法院临时指令，其主张的所有权实际上便可优先于先前存在的有担保债权人的某些债权（见建议 81 和下文第 99-107 段）。

##### (b) 同一担保资产上竞合担保权之间的优先顺序

54. 现代担保交易制度的一个主要特点是其解决同一担保资产上的竞合担保权之间优先权纠纷的效率。这类优先权纠纷涉及的担保权可能全部已经通过在一般担保权登记处登记通知而取得了对抗第三方效力，全部已经以其他办法取得了对抗第三方效力，或者有的通过登记取得了对抗第三方效力，有的通过其他办法取得了对抗第三方效力。除极少数的例外情况以外，对于本文即将讨论的种种情形，各国规定以时间为依据确定优先顺序：时间早的权利优先。以下段落详细讨论了这一中心原则通常是如何适用于具体情况的。

##### (一) 通过在一般担保权登记处登记通知而取得效力的担保权之间的优先顺序

55. 在有一般担保权登记处的大多数国家，全部是通过登记通知取得对抗第三方效力的担保权之间的优先顺序是按照登记的顺序确定的，而不考虑第三方效力的顺序，即使当时尚有一项或多项要求未得到满足而无法取得第三方效力。这一原则的例外情况极为有限（见下文第 63-67 段）。

56. 以下实例可对这一办法作了形象的说明。设保人向银行 A 申请贷款，以设保人现有和将来的全部设备上的担保权进行担保（该担保权可通过在一般担保权登记处登记通知而取得对抗第三方的效力）。第一天，银行 A 在登记处作了查询，登记处确认没有登记其他债权人在该设保人的设备上的担保权的通知。第二天，银行 A 同设保人签订了担保协议，其中银行 A 承诺提供所申请的有担保贷款。银行 A 于同一天在一般担保权登记处登记了该担保权的通知，但直到第五天才向设保人提供贷款。这样，银行 A 的担保权是在第五天设定并取得对抗第三方效力的（即对设定和第三方效力的所有要求首次得到满足时）。但是，在第三天，设保人同银行 B 签订了担保协议，其中规定银行 B 向设保人提供一笔贷款，以设保人现有和未来的设备上的担保权担保。银行 B 同一天（第三天）在一般担保权登记处登记了该担保权的通知，并向设保人发放贷款。这样，银行 B 的担保权是在第三天设定并取得对抗第三方效力的。按照上文所述的最早登记的办法，银行 A 的担保权优先于银行 B 的担保权，尽管事实上银行 B 的担保权先于银行 A 的担保权设定并取得对抗第三方的效力。

57. 这一办法的主要理由是：(a)为了鼓励尽早登记通知（使其他潜在债权人知悉该担保权）；(b)使有担保债权人能够在发放信贷前确定其担保权相对于其他有担保债权人权利的优先权，从而为其提供确定性。在上述实例中，如果银行 A 在登记通知后第二天查询登记处并确定登记处没有其他通知涵盖有关的担保资产，那么银行 A 在第五天发放贷款时便有把握地知道其担保权将优先于该担保资产上将来可能取得对抗第三方效力的其他担保权，因为银行 A 的担保权的优先权追溯到其登记的时间。首先登记的办法使银行 A 能够有很大的把握，因此可以作为促进担保信贷的一个重要因素。同样，银行 B 在登记处查询时会立即了解，如果银行 A 发放信贷，自己将处于次级地位，这样便能够对其发放信贷的条件进行相应的调整。

58. 按照一些国家采用的另一种办法无法实现这一确定性。这种办法规定，首先取得对抗第三方效力的担保权优先（要求设定并登记或采用另一种方法才能取得第三方效力）。总是可能有另一项担保权在银行 A 或 B 查询档案之后和发放贷款之前这段时间取得第三方效力，从而获得优先权。因此，《指南》采取的立场是，在这类情形下，竞合求偿人的优先顺序应当以登记通知的日期为准，而不以担保权设定或实际取得对抗第三方效力的日期为准（见建议 73，(a)项）。

## (二) 未在一般担保权登记处登记通知而是以其他手段取得对抗第三方效力的担保权之间的优先顺序

59. 对于未在一般担保权登记处登记通知而是以其他手段取得对抗第三方效力的担保权之间的优先权纠纷，各国通常规定首先取得对抗第三方效力的担保权优先。例如，这一规则适用于下述情形：一特定担保资产上的担保权通过占有取得了对抗第三方效力，而同一资产上的另一担保权在设定时自动取得效力。

60. 对于通过占有取得第三方效力的担保权，通常无需适用类似于上文所述的“先登记者优先”规则的“最先取得占有”规则，因为通常有担保债权人占有

担保资产是在发放信贷时而非发放信贷之前。但在一些国家中，债权人有可能通过第三方取得占有。如果是这种情况，可能会有一个以上有担保债权人以这种方式取得占有，其相对优先顺序取决于其通过该第三方确立占有的时间顺序。如果一银行或其他金融机构订立不止一份控制权协议，也会产生类似的结果，不过这种情况不太可能发生。优先顺序取决于协议日期的先后。

61. 在上述每一个实例中，按照通过在一般担保权登记处登记通知取得对抗第三方效力的担保权所适用的原则，《指南》采取的立场是，在这类情形下，竞合求偿人的优先顺序应当取决于担保权取得对抗第三方效力的日期（见建议 73，(b)项）。

### **(三) 通过在一般担保权登记处登记通知取得对抗第三方效力的担保权和以其他方式取得效力的担保权之间的优先顺序**

62. 对于通过在一般担保权登记处登记通知取得对抗第三方效力的担保权和以其他方式取得效力的担保权之间的优先权冲突，各国通常规定首先登记或取得对抗第三方效力的担保权优先。这一规则是先登记者优先规则的合乎逻辑的延伸，以登记处为基础，使有担保债权人能够对其担保权的优先权情况有相当程度的把握。由于可能在担保权设定之前登记通知（通过占有取得对抗第三方效力或在设定时自动取得第三方效力的情形不可能出现这种结果），这一规则还鼓励利用登记处为担保权取得对抗第三方的效力。《指南》采用了这一原则，因为在以不同方式取得第三方效力的情形下，这一原则会产生效率最高的结果（见建议 73，(c)项）。

### **(四) 用以确定竞合有担保债权人之间优先顺序的按时间顺位原则的例外情形**

63. 上述实例说明了按时间顺位原则如何适用于担保权通过不同方式取得对抗第三方效力的各种情形，但有少数例外。这些例外情形反映了与某些实现第三方效力的手段或某些类型的交易或担保资产有关的特别优先权规则，其依据是与这类交易或资产有关的政策或实际考虑因素。在已经提及的各种实现第三方效力的手段中，尤其有两种（即在专门登记处登记和控制权）往往会造成适用特别优先权规则。

#### **a. 在专门登记处登记或在产权证上加注**

64. 在许多国家，担保权或其他权利（如担保资产的买受人或承租人的权利）可能会在专门登记处登记，或在产权证上加注。其中大多数国家规定排序以登记或加注顺序为准（例如，担保权优先于其后在专门登记处登记或在产权证上加注的担保权）。为了保护这类登记或加注系统的信誉，《指南》采取了类似的立场（见建议 74，(b)项）。

65. 如果有专门登记处，还有必要确定在专门登记处登记或在产权证上加注的权利同在一般担保权登记处登记的权利或通过占有或以其他方式取得对抗第三方效力的权利之间的优先顺序。大多数此类国家规定，在专门登记处登记或在产

权证上加注的担保权或其他权利优先于在一般登记处登记的担保权或以除在专门登记处登记或在产权证上加注之外的其他办法取得第三方效力的担保权，无论孰先孰后。同样，为了保护这类登记处和加注系统的信誉，《指南》采取了类似的立场（见建议 74，(a)项）。

#### **b. 控制权协议**

66. 另一种例外情况通常发生在允许某些类型无形资产上的担保权通过控制权实现第三方效力的国家。这些国家规定，如果债权人通过控制权取得了担保权的第三方效力，该担保权便享有优先权，无论其他债权人是否已经以其他任何方式实现了其担保权的对抗第三方效力（见下文第 158-164 段和第 166-167 段）。鉴于受付款上担保权的特殊性质，《指南》采取了类似的立场（见建议 100 和 104）。

#### **c. 按时间顺位规则的其他例外情形**

67. 除上述情形外，如果是通过特别手段取得第三方效力的，对于某些类型的交易或某些类型的担保资产，按时间顺位规则也会有例外。这些类型的交易或资产有：(a)统一和非统一处理法下的购置款担保权，以及非统一处理法下的保留所有权的权利或融资租赁权（见关于购置款融资的第十一章及建议 173-182 和 188-196）；(b)可转让票据、可转让单证或金钱上的担保权可通过占有实现第三方效力的情形（见下文第 155-157、165 和 168-170 段及建议 98、99、103、105 和 106）；(c)涉及附加物上的担保权的情形（见下文第 115-120 段和建议 84-86）；(d)涉及混集物或制成物上担保权的情形（见下文第 121-126 段和建议 87-89）。

### **(c) 担保资产受让人、承租人和被许可人的权利的优先顺序**

#### **(一) 综述**

68. 当设保人转让、出租或许可使用受现有担保权约束的有形资产（而非可转让票据或可转让单证）时，买受人、承租人和被许可人希望得到的是不连带任何担保权的资产，而现有有担保债权人则希望保持其在所出售的资产上享有的担保权（但有一些例外情形，见下文第 73-84 段）。优先权规则应当同时考虑到这两种利益，并保持适当的平衡。如果有担保债权人对特定资产享有的权利在其设保人每次转让、出租或许可使用此种资产时都会面临风险，则此种资产作为担保的价值将会大大降低，并将影响以其价值为基础提供的有担保信贷。

69. 在大多数国家，以下述一般原则为出发点：担保资产的受让人（包括买受人、交易人、受赠人、受遗赠人和其他类似的受让人）、承租人或被许可人取得对资产的权利并受现有担保权的约束（该担保权据称包括一种“追偿权”；见关于担保权对抗第三方效力的第五章；另见建议 31 和 76）。换言之，有担保

债权人可以追讨买受人或其他受让人、承租人或许可受让人手中的资产。下文论述这项一般原则在上述每种类型的交易中的例外情形。

## (二) 买受人的权利

70. 如前文所述（见关于担保权对抗第三方的效力的第五章和关于担保权的设定的第四章），当担保资产出售时，有担保债权人保留其在原担保资产上的担保权，并取得出售后所得收益（其中可包括现金、应收款，在易货贸易人和兑换商的交易中甚至还包括其他资产）上的担保权（“收益”的定义见导言，B节，术语表）。在这种情况下产生的问题是，收益上的担保权是否应当取代担保资产上的担保权，以便买受人取得权利时不连带担保权。

71. 有些人主张，担保权应当在出售时消灭，其假设是，只要有担保债权人在售后所得收益上仍然持有担保权，就不会因不连带担保权出售资产而受到损害。但是，这一结果未必能够保护有担保债权人，因为对于债权人来说，收益的价值往往不及原始担保资产。在许多情况下，收益对债权人来说只有很少甚至没有担保价值（例如，由于应收款债务人发生财务困难而无法收回的应收款）。在另一些情况下，债权人可能难以确定这种收益，因此其对这种收益享有的债权可能徒有虚名。还有一种风险是，即使收益对有担保债权人来说是有价值的，但出卖人获得这些收益后可能将其分散，而给债权人一无所留。最后，还可能有另一债权人已经在作为原始担保资产的收益上取得了担保权，并可能享有优先权。这尤其可能发生在应收款的情形下。

72. 虽然各国采取不同办法，力求在有担保债权人的权益和设保人占有的担保资产买受人的权益之间达成平衡，但大多数国家都规定，担保权应当在转让后继续存在，即使有担保债权人也能够主张对收益的权利。这不是说有担保债权人会得到两次偿付。由于担保权担保的是债务，所以对资产和收益主张权利的有担保债权人所要求偿付的和收到的数额不能超过所欠债务。《指南》采取的立场是，作为一般原则，有担保债权人应当保留在原始担保资产上的担保权，并保留其出售或以其他形式转让所得的收益上的担保权（见建议 19、31、39、40 和 76）。

73. 不过，大多数国家承认，关于一项资产上的担保权在该资产转让后继续为其提供担保的一般原则有两种例外情形，《指南》也承认这两种例外情形。第一种例外情形涉及有担保债权人明确授权不连带担保权进行出售的情况（见建议 77，(a)项）。例如，有担保债权人可能授权进行此种出售，因其会认为收益足以为支付担保债务作保，或者设保人向有担保债权人提供了其他资产作为担保以补偿已出售的资产。但应当指出，这一例外不适用于有担保债权人授权出售，但未授权设保人不连带担保权出售的情形。在这些情形下，买受人通常取得资产的所有权，但受担保权的限制。

74. 第二种例外情形涉及推定有担保债权人将会授权不连带担保权出售资产的情况，因为担保资产的性质使得有担保当事人预计这些资产将不连带担保权进行出售，或者涉及不连带担保权的出售符合有关各方最佳利益的情况。如以下各段所述，各国以不同方式阐述了第二种例外情形。

### a. 正常经营过程办法

75. 许多国家常用的一种办法是，规定设保人在其正常经营过程中出售由库存品构成的担保资产后，有担保债权人在该资产上享有的任何担保权自动消灭，而无需买受人、出卖人或有担保债权人采取任何进一步行动。根据这一规则可以推断，在设保人正常经营过程以外出售库存品或者出售不属于库存品的资产，这不属于例外情形；此种出售不会导致担保权的消灭。当设保人违约时，有担保债权人可以对买受人手中的担保资产强制执行其担保权（有担保债权人授权不连带担保权出售的情形除外）。在担保协议有规定的情况下，出售本身可以构成一种使有担保债权人有权强制执行其担保权的违约行为；否则，有担保债权人在发生违约之前不能强制执行其担保权。

76. 按照这种办法，要出售担保资产而不连带担保权，必须符合两个要求。第一个要求是资产出卖人必须是经营该类资产销售的人；担保资产不能是出卖人通常不出售的物品。此外，出售的方式也不可不同于出卖人通常进行的出售，如出卖人在其通常的销售渠道以外进行的出售（例如，若出卖人通常只卖给零售商，而该出售是卖给批发商，即属于此种情形）。第二个要求是买受人必须不知道该出售侵犯了有担保债权人按照担保协议享有的权利（关于“知道”一词的解释规则，见导言，B 节，术语表）。例如，如果买受人知道担保协议的条款禁止该出售，即属于此种情形。另一方面，买受人仅仅知道资产上设有担保权是不够的。

77. 这种“正常经营过程”办法的优点在于它同设保人将出售其库存有形资产（而且确实必须这样做才能生存下去）这种商业预期是一致的，而且该有形资产的买受人得到这些资产时将不连带现有的担保权。资产上的担保权在买受人手中继续存在的规则如果没有这种除外情形，则设保人在其正常经营过程中出售有形资产的能力将大大受到限制，因为买受人不得不在购买这些有形资产之前调查其上的债权。这一情形将会造成相当可观的交易成本，而且会极大地妨碍正常过程的交易。

78. 这种“正常经营过程”办法还为确定有形资产的出售是否不连带担保权提供了一种简单而透明的依据。例如，如果设备经销商向制造商出售某一设备以供在其工厂中使用，则这种出售显然是在该经销商的正常经营过程中出售库存品，买受人应可自动获取该设备，而不连带该经销商的债权人享有的任何担保权。这种结果符合所有当事人的预期，而且买受人显然有理由认为出卖人和出卖人的任何有担保债权人期望进行这种出售，以便为出卖人带来销售收入。相反，经销商向另一经销商整批出售多台机器，这可能不属于该经销商正常经营过程中的出售。同样，印刷商出售旧印刷机也不在印刷商的正常经营过程内。在多数情形下，出售是否在出卖人的正常经营过程中对买受人是显而易见的，或者是买受人很容易断定的。出于上述原因，《指南》采用了正常经营过程办法（见建议 78，(a)项）。

79. 关于明显在设保人正常经营过程之外的出售，或者至少买受人心中存有疑问的情形，只要债权人的担保权必须在一般担保权登记处进行登记，买受人就

可以进行自我保护，办法是对该登记处进行检索以确定其购买的资产上是否设有担保权，如果情况如此，则应争取有担保债权人解除这种担保权。

80. 在有些法域中，如果资产是低成本物品，则允许担保资产买受人取得这些资产而不连带担保权，即便该项交易超出了出卖人的正常经营范围。采取这种办法的原因是，在这些法域中，担保交易法不允许对低成本物品上的担保权进行登记，或者相对于该资产的成本来说登记费太高，让该物品的买受人承担这一费用有欠公平。不过，也有理由认为，如果一个物品确实成本很低，则有担保债权人不大可能对买受人手中的资产强制执行其担保权。此外，确定哪些物品的成本低到足以享受这种豁免的程度，会导致设定武断的界限，而且必须根据因通货膨胀和其他因素造成的成本波动而不断对这些界限加以修改。由于上述原因，《指南》没有对低成本物品另作例外规定。

81. 有一种相对少见的情形是，资产多次出售，没有一次是在出卖人的正常经营过程中。在一些国家，如果出卖人先从设保人手中购得资产，那么从出卖人手中购得该资产的买受人（“间接买受人”）可以不连带担保权而取得该资产。采取这种办法的原因是，间接买受人很难查出担保资产原所有人是否设定了担保权。在许多情况下，间接买受人并不知道资产曾为该原所有人所拥有，因此没有理由对原所有人进行检索。这种办法存在的一个问题是，它削弱了出卖人设定的担保权的可靠性，因为该资产有可能在有担保债权人并不知情的情況下被出售给间接买受人，无论是无意的，还是有意要解除该担保权。因此，另有一些国家规定，如果有形资产的买受人取得资产不连带其出卖人设定的担保权，则间接买受人也不连带担保权。在这些国家，如果间接买受人向出卖人购买的是设有担保权的资产，则间接买受人取得资产也连带担保权，除非间接出售本身是在出卖人的正常经营过程中。为了使正常经营过程中出售办法保持一致，《指南》建议，有形资产的买受人取得资产而不连带其出卖人所设定的担保权的，间接买受人也不连带该担保权（见建议 79）。如果出卖人取得资产时连带担保权，则间接买受人取得资产时通常也连带担保权。

82. 正常经营过程办法可能有一个缺点，特别是在国际贸易中，在少数情形下，买受人不清楚什么活动是在出卖人的正常经营过程中进行的。不过，在正常的买卖关系中，买受人极有可能知道出卖人经营何种生意，在这种情况下，正常经营过程办法与各方当事人的期望是一致的。因此，实际上买受人感到困惑的情况很有限。总的来说，正常经营过程办法利大于弊。这种办法有利于商业，使得有担保债权人和买受人都能够在不妨碍促进担保信贷的情况下以有效并具成本效益的方式保护各自的利益。

## **b. 善意办法**

83. 对于如何确定担保资产买受人在取得资产所有权时是否连带出卖人设定的担保权，许多国家采取了另一种办法。在这些国家，如果买受人属善意购买有形资产（无论该项出售是否在出卖人的正常经营范围之内），则该货物的买受人将取得该货物而不连带任何担保权。针对这一标准，各国以不同方式阐述了

“善意”的定义。例如，在一些国家，买受人有责任调查资产是否设有担保权，而在另一些国家，买受人没有这种义务。

84. 赞成这种办法的一种观点认为，善意是所有法律制度都通晓的一种概念，无论是在国家还是国际一级都在适用这一概念方面积累了大量的经验。还有一种观点认为，除非有相反的证据，否则应推定买受人是在善意行事。另外还有一种观点赞成这种办法，认为这省却了买受人查询登记处所花费的费用和时间。但这种办法存在的一个问题是，它对买受人的知道和意图侧重于主观标准（这还可引起棘手的证据问题），而不是侧重于交易各方当事人的商业期望。

### （三）承租人的权利

85. 有形资产的所有人或出租人在该资产上设定的担保权的持有人与该资产的承租人之间有时会产生优先权纠纷。在这种情况下，问题不在于承租人是否不连带担保权而实际取得该资产，即解除了担保权，而在于承租人按照租赁协议的条款使用该租赁资产的权利是否不受担保权的影响。主要的问题是，一旦一项担保权的持有人开始强制执行，那么承租人是否只要继续支付租金并在其他方面遵守租约的规定，就可继续使用这一资产。针对买受人的情形所讨论的一般原则在这里也同样适用（见上文第 70-72 段）。原则上讲，该资产设有担保权，因此有担保债权人可以在设保人违约时强制执行该担保权，即便这意味着必须中断承租人按租约对该资产的使用。

86. 同原先设有担保权的有形资产买受人的情况一样，许多国家承认这项一般原则也有两种例外情形。在每一种例外情形下，担保权都不会终止。但在租约存续期间，有担保债权人的权利以出租人-设定人自身对资产享有的权利为限，承租人可继续根据租约的规定使用这一资产。

87. 第一种例外情形是，有担保债权人已授权设保人订立不受担保权影响的租约。与有形资产出售的情形相同的是，如果有担保债权人已经授权出租，承租人对担保权是否知道便无关紧要了。《指南》作了这一例外规定（见建议 77，(b)项）。第二种例外情形涉及下述情况：有形资产出租人从事此类有形资产租赁业务，租约是在出租人正常经营过程中订立的，承租人实际并不知道该租约侵犯了有担保债权人按照担保协议享有的权利。例如，如果承租人知道设定此种担保权的担保协议明文禁止设保人将有关资产租赁出去，即属于知道租约侵犯了有担保债权人的权利。但是，仅仅知道担保权的存在，无论是因为承租人见到了担保登记系统内登记的通知，还是从另一种途径知道的，并不足以否定承租人的权利。这种例外情形与出卖人正常经营过程中出售有形资产这种类似的例外情形出于同样的政策考虑，因而《指南》采用了这一办法（见建议 78，(b)项，和上文第 73 段）。

88. 有效的担保交易制度还必须处理转租问题。有形资产承租人的权利被认为不受出租人在该资产上设定的担保权影响的，一般认为转租承租人的权利也应不受影响。为了使有关正常经营过程中交易的办法保持一致，《指南》建议对分租也适用这类规则（见建议 79）。

#### (四) 许可使用人的权利

89. 在无形资产的使用许可受许可权人设定的担保权约束的情况下，也会出现上文所讨论的问题，适用于有形资产的出售和租赁的一般原则也适用于无形资产的使用许可（见建议 76）。因此，如果无形资产上的一项担保权具有对抗第三方的效力，则在许可使用人手中，这一担保权仍继续存在，除非出现下文所述的例外情形（见建议 77 和 78）。

90. 多数国家承认的第一种例外情形分为两部分，分别遵循与有形资产的出售和租赁有关的规则。同租赁一样，如果有担保债权人已许可使用，则许可使用人取得资产而不连带担保权，无论其对担保权的存在是否知道（见建议 77, (b) 项）。

91. 第二种例外情形（也类似于有形资产出售和租赁中的相似例外情形）涉及无形资产非专属许可的情况，在这种情况下，许可权人从事此类资产的非专属使用许可发放，许可合同是在许可权发放人的正常经营过程中订立的，许可使用人并不知道该项许可侵犯了有担保债权人按担保协议享有的权利（见建议 78, (c) 项）。同有形资产的出售和租赁一样，通常认为，例如，如果许可使用人知道设定此种担保权的担保协议明文禁止设保人对有关资产发放使用许可，即属于知道该许可侵犯了有担保债权人的权利。但仅凭知道担保权的存在（如担保登记系统中登记的通知所示）这一点，尚不足以否定许可使用人的权利。

92. 应当指出的是，第二种例外情形仅与无形资产的非专属许可有关（例如，按照许可证，许可使用人不是许可证所涵盖的知识产权的唯一独家许可使用人，如批量发行的软件程序的情形），而不适用于专属许可。设保人从事无形资产使用许可发放业务的，持有该资产上担保权的有担保债权人通常可以预计到该资产设保人会发放非专属许可证以创造收入。此外，期望非专属许可下的许可使用人在一般担保权登记处进行检索以确定被许可使用的资产上是否存在担保权，这是不合理的。另一方面，无形资产的专属许可赋予许可使用人以在全世界甚至是在某一特定地区使用该资产的专属权，这种许可往往是通过谈判达成的交易。这种交易通常在许可权发放人的正常经营范围之外（但也可能是在许可权发放人的正常经营范围之内，如果许可权发放人从事的是谈判专属许可权的业务，例如在电影业经常会有这种情形）。就专属许可而言，期望许可使用人在一般担保权登记处进行检索，以确定许可权发放人是否在被许可使用的资产上设定了担保权，并使该担保权适当放弃优先权或排序居次，这都是合理的。

93. 最后，同有形资产的出售和租赁一样，担保交易制度必须处理分许可使用人的问题。在这方面，同出售和租赁的情况一样，有一种强有力的观点认为，在法律认为许可本身不受担保权影响的情况下，应确保分许可使用人不受原许可权发放人设定的担保权的影响（见建议 79）。

## (五) 受赠人和其他无偿受让人的权利

94. 作为礼物接受担保资产（即无偿接受；通常为“受赠人”，也是“受遗赠人”）的人，其地位与买受人或其他对价受让人略有不同。由于无偿受让人未付出价值，也就没有客观证据证明对设保人表面看来未设保的所有权的依赖会造成损害。因此，当一笔资产的受赠人与转让人在该资产上设定的担保权的持有人之间发生优先权纠纷时，有一种强有力的观点认为，应将优先权赋予有担保债权人，即使该担保权本来不具有对抗第三方的效力，亦应如此。赞成这一办法的另一种意见认为，如果担保资产是赠与物，就不存在可能被有担保债权人视为替代担保资产的“收益”。虽然有一些国家采取了这种做法，但大多数国家遵循的是一般规则，即只有已经具有对抗第三方效力的担保权才优先于其他求偿人。也就是说，具有对抗第三方效力的担保权可以延及受让人手中的资产（见建议 76），并且只对买受人、承租人或被许可人等对价受让人实行例外（见建议 77-79）。如果适用这一规则，受赠人永远不会成为正常经营过程中的受让人，而且只有在担保权不具有对抗第三方效力时才能取得权利而不连带该担保权。

### (d) 优先债权的优先权

95. 在许多国家，作为实现一般社会目标的一种手段，某些无担保债权被重新定性为优先债权，并在破产程序中或者甚至在破产程序以外被赋予相对于其他无担保债权的优先权。在有些情况下，这一优先权还延及有担保债权，包括先前登记的有担保债权。例如，在一些国家，员工对未支付工资的债权和国家对未缴税款的债权优先于原已存在的担保权。由于不同法域的社会目标不同，这些债权的确切性质和取得的优先程度也有差别。此外，在许多国家，这些债权至少有几种必须进行登记以取得对抗第三方的效力，但还有一些国家不要求登记取得第三方效力。

96. 确立这种优先债权的好处是有助于实现社会目标。可能存在的缺点在很大程度上取决于是否要求债权进行登记。不登记的优先债权的缺点是，未来的债权人通常很难或不可能知道存在这类债权是否存在，这种情形增加了不确定性，因而会阻碍担保信贷的发放。必须登记的债权不受这一缺点的影响。不过，即使是登记的优先债权也可能会对担保信贷的提供和成本产生不利影响。其原因在于，这种债权会减少资产对于有担保债权人的经济价值，债权人往往会通过提高利率或者从提供的信贷中扣留此种债权估计金额的办法，将此种债权的经济负担转嫁给设保人。

97. 为了避免打击提供担保信贷的积极性，许多国家近来减少了优先于既有担保权的优先债权的数量。现代立法的趋势是，只有在无法用其他有效手段实现基本社会目标时，才能确立这类优先债权。例如，有些法域一方面通过鼓励公司负责人迅速处理财务问题或者面对个人赔偿责任来保护税收，另一方面则通过设立公共基金来保护工资债权。此外，许多国家还试图限制优先债权对担保信贷发放的影响，办法是限制对优先求偿人支付的最高数额，或限制由强制执行变现的数额中用于偿付优先求偿人的百分比。

98. 如果允许优先债权存在，则确立这种债权的法律应当足够明确和透明，以便债权人能够提前计算优先债权的可能数额并作自我保护。有些国家在一项法律或法律附则中列出所有优先债权，以实现这种明确性和透明度。有些国家为达到这一结果采取的办法是，要求在公共登记处登记优先债权，并规定此种债权只优先于在其后登记的担保权。但是，如果国家采取第二种办法，支持优先债权的很大一部分理由便消失了。这是因为，这些债权很多都是在破产程序开始之前刚刚产生的，因此在其登记后不可能产生任何担保信贷。《指南》力求在优先债权方面实现均衡的办法不是建议对其进行登记，而是建议法律应在类型和金额上对此类债权加以限制，并且建议，如果存在此类优先债权，法律应以足够明确具体的方式加以说明，使未来的有担保债权人能够评估是否向设保人发放信贷（见建议 80）。

#### (e) 胜诉债权人权利的优先权

99. 在当代担保交易制度中，一般规则是，具有对抗第三方效力的担保权优先于无担保债权人的权利。但是，如上文第[...]段所述，在一些国家，无担保债权的持有人可通过取得针对债务人的判决或法院临时令并在一般担保权登记处登记该判决或法院临时令而取得债权人资产上的权利，从而将无担保债权转化为有担保债权，并按照一般优先权规则排序。这些国家中有的更进了一步，规定如果无担保债权人已经按照适用法的规定采取必要步骤以取得判决或法院临时令，其主张的所有权实际上可能优先于早已存在的有担保债权人的某些债权。法律将这些债权人同其他无担保债权人区别开来，因为他们积极地尽一切努力执行对债务人的债权，而且往往花费巨大。为便于参考，下文用“判决”这一术语指代判决和法院临时令，使用“胜诉债权人”一词指代已经取得针对债务人的判决或法院临时令的债权人。

100. 这种结果对于其他普通无担保债权人来说并无不公，因为这些无担保债权人同样有权将其债权减少到判赔额，却没有投入时间或金钱来这样做。但是，在甚至可由单个债权人提起破产程序的法律制度中，为避免赋予胜诉债权人以过多的权利，破产法经常规定，破产管理人可撤销在破产程序开始之前一段特定期限内获得的判决所产生的担保权。在不同法域中，胜诉债权人的产权在债务人的破产程序中将会消灭或不被承认。

101. 现代担保交易制度一般会通过平衡胜诉债权人和有担保债权人的权益来解决这种优先权纠纷。一方面，胜诉债权人希望在某一特定时间了解设保人资产上是否有足够的未设保价值以供强制执行判决。另一方面，有一种强有力的政策观点倾向于保护有担保债权人的权利，理由是有担保债权人明确依赖其担保权作为提供信贷的基础。

102. 许多国家力求通过普遍使担保权优先于胜诉债权人对担保资产的产权来实现这种均衡，条件是该担保权在胜诉债权人的产权产生之前已经取得对抗第三方的效力。《指南》采用了这项一般原则（见建议 81）。

103. 一些国家力求保护胜诉债权人的权利。在这些国家，通常对这项一般规则规定了一种例外情形和两种限制。通常，胜诉债权人权利的例外情形的产生与

不属于库存品或消费品货物的担保资产上的购置款担保权有关。即使购置款担保权在胜诉债权人取得对担保资产的权利时尚未生效，只要该担保权是在为此类担保权规定的适用宽限期内取得对抗第三方效力的，就可以赋予其以优先权。相反的规则会给在胜诉债权人取得其财产权之前已经发放信贷的购置款融资提供人带来无法接受的风险，从而不利于购置款融资（见建议 179）。

104. 上述规则的限制与被赋予优先权的信贷数额方面的限制有关。第一种限制是由于需要保护现有的有担保债权人避免根据判决产生的权利所附随的资产价值来提供额外贷款。应建立一种机制，将判决产生的权利通知债权人。在许多实行登记制度的法域内，这种通知是通过将判决产生的权利纳入登记制度而发出的。如果不实行登记制度，或者判决产生的权利没有被纳入登记制度，那么可要求胜诉债权人将该判决通知现有的有担保债权人。此外，法律还可以规定，现有的有担保债权人的优先权在判决产生的权利登记以后（或在债权人收到关于胜诉债权人对担保资产的权利的通知以后）的一段期限内（可能为 45-60 天）继续有效，以便该债权人能够采取相应步骤保护自己的权利。留给现有有担保债权人对判决产生的权利作出反应的时间越少，以及这些权利公开的程度越小，在规定信贷协议订立后分批发放信贷（“未来放款”）的信贷交易中，可能存在的判决产生的权利就越有可能对信贷的提供和成本产生不利影响。

105. 《指南》建议，应对记录在案的有担保债权人发出通知，而且任何担保权的优先权应当限于有担保债权人在收到关于存在判决胜诉人权利的通知后一定天数（如 30-60 天）内所提供的信贷（见建议 81，(a)项）。尽管这种限制强加给胜诉债权人一项通知有担保债权人的义务，但该义务通常不会给胜诉债权人造成过多负担，并使有担保债权人无须承担经常检索以确定是否存在针对设保人的判决这一义务（这项义务繁琐得多，费用也大得多，其费用常常转由设保人负担）。之所以规定宽限期，是因为该期限能够防止有担保债权人在规定对未来信贷发放使用循环贷款安排或其他信贷安排的情况下立即停止发放贷款或其他信贷，这种情况会给设保人带来困难甚至将其逼入破产境地。

106. 第二种限制与未来分批贷款有关。担保权的优先权可以延及甚至是在有担保债权人收到关于胜诉债权人权利的通知后提供的分批贷款，条件是在收到该通知以前对该笔放款作出了不可撤销的承诺，数额固定或者可按某一特定方法确定。

107. 这项规则的根据是，若有担保债权人已经作出提供信贷的不可撤销的承诺，则剥夺其在作出承诺时所依赖的优先权是不公平的。相反的论点认为，按照许多信贷安排，判决的存在将会构成一个违约事项，从而使有担保债权人有权停止发放更多的信贷。但是，停止发放信贷可能无法充分保护有担保债权人，还有可能损害其他当事人。例如，由于判决而突然失去信贷可能会迫使设保人进入破产程序，这不仅会给有担保债权人和其他债权人带来损失，还有可能毁掉设保人的企业。《指南》解决这种优先权纠纷的方式有利于继续按照不可撤销的信贷安排发放信贷，从而使得设保人可以继续经营（这可能会为设保人提供偿还所有债务的最大机会）（见建议 81，(b)项）。

**(f) 担保资产相关服务提供人的权利的优先权**

108. 在许多国家，债权人对有形担保资产提供服务或以某种方式使其增值（例如通过存储、修缮或运输）的，对该资产享有一种财产权。在一些国家，这种权利可发展成为形式完备的担保权，使服务提供人可像强制执行担保权一样执行其债权。在另一些国家，这种权利仅限于拒绝向任何要求交付的人转交资产的权利。在这些国家，服务提供人的权利无论性质如何，都只能在资产仍为服务提供人占有时才能主张。

109. 对服务提供人给予这种待遇，优点在于能使其继续提供服务，而且有利于对担保资产的维护和保管。在大多数国家，赋予服务提供人的权利，优先于对其占有的资产可能主张的任何其他权利。特别是，该权利排在资产上其他任何担保权之前，无论这两种权利在取得对抗第三方效力的时间上孰先孰后。这种优先权规则的根据是，服务提供人并不是专业的融资提供人，应当免除其在提供服务前对登记处进行检索以确定是否存在竞合担保权这一义务。此外，这一规则能够促进通常有利于有担保债权人 and 设保人的修缮、储藏和其他改善服务。

110. 所产生的一个问题是，赋予服务提供人的优先权应当限定数额，还是应当只在某些情形下予以承认。有一种办法是将优先权限于某一数额（例如就房东而言限于一个月的房租），并只在增值直接对原已存在的担保权的持有人有利的情况下才承认服务提供人相对于原已存在的担保权的优先权。这种办法的优点在于，有担保债权人的权利不会受到不合理的限制。但其缺点在于，服务提供人没有使资产增值，将不会受到保护。此外还需要确定服务提供人使之增值的数额，而这一要求可能会增加费用并产生诉讼。

111. 另一种办法是将服务提供人的优先权限于所提供服务的合理价值。这种办法能够在相互冲突的利益中实现公平有效的平衡。它既能确保对服务提供人予以合理保护，同时又避免了证明担保资产在提供服务之前和之后的相对价值这一难题。由于服务的合理价值所依据的计算办法可以通过比较进行公开核实，这种办法还在最大程度上降低了主张权利所需的费用。因此，《指南》建议采用这种办法（见建议 82）。

**(g) 供应商收回权的优先权**

112. 在许多国家，当买受人违约或无力偿债时（可能有也可能没有设保人的破产程序），法律可能规定无担保赊销有形资产的供应商有权在一定期限内（称之为“收回期”）向买受人收回有形资产。如果买受人的破产程序已经启动，则适用的破产法将确定收回权求偿人的权利受到延缓，或者在其他方面受影响的程度（见《贸易法委员会破产指南》建议 39-51）。

113. 一个重要的问题是，与特定有形资产有关的收回权是否应当优先于同一资产上原已存在的担保权，无论是在破产情形之内还是之外。换言之，问题是，如果买受人的资产（包括被要求收回的资产）上存在一项担保权，则被要求收回的资产是否应当返还出卖人而不连带该担保权。在有些国家，收回具有追溯

效力，从而赋予出卖人与售前相同的地位（即持有该财产，资产上不连带为买受人的债权人设定的任何担保权）。但在另一些国家，资产仍然受原已存在的担保权的限制，条件是担保权在供应商行使其收回权之前已经取得对抗第三方的效力。这一办法的依据是，此类担保权的持有人依赖的很可能是发放信贷时正在被回收的资产。此外，在这种情形下，如果回收权享有优先权，那么库存品购置款融资提供人的反应往往是通过潜在的收回权作出“保留”的办法，减少向设保人发放的信贷额度。

114. 如果国家已经颁布了《指南》所设想的这种类型的现代担保交易制度，出卖人便可通过取得资产上的购置款担保权来进行自我保护，因此，试图通过规定收回权的办法来推动的政策，通常可用其他办法来实现。所以《指南》建议收回权不享有优先权，除非该收回权行使的时间早于一竞合担保权取得对抗第三方效力的时间（见建议 83）。

#### (h) 附加物上担保权的优先权

115. 有形资产往往可能成为另一些有形资产的附加物（无论是动产，如陆路车辆所附的轮胎，还是不动产，如建筑物所附的装饰性壁炉或吊灯、炉具）。在这种情形下，在附加物上设定的担保权同其所附着物品上设定的担保权之间通常可能会存在冲突。在就如何确定不动产附加物上的权利和动产附加物上的权利之间的相对优先权作出决定时，有各种政策考虑因素在起作用。

#### (一) 不动产附加物上担保权的优先权

116. 如果担保交易制度允许在不动产附加物上设定担保权（此种做法为《指南》所建议；见建议 21），则还必须确立一些规则，管辖不动产附加物上担保权的持有人相对于该不动产上各项权利的持有人的优先权。此种优先权规则的一个最重要的考虑因素是要避免不必要地扰乱既定的不动产法原则。

117. 此种优先权规则必须处理若干不同的优先权冲突。首先是某一附加物上按照不动产法设定并取得对抗第三方效力的担保权（或该附加物上的其他任何权利，如买受人或承租人的权利）与该附加物上按照管辖动产担保交易的制度取得第三方效力的担保权之间的优先权冲突。在这种情况下，大多数国家遵从不动产法，规定按不动产法设定并取得对抗第三方效力的权利优先。为了保持不动产登记处的可靠性，《指南》也采取了这一立场（见建议 84）。

118. 第二种类型的优先权冲突可能发生在以下两种担保权之间：一种是在担保权取得对抗第三方效力之时已经是动产的附加物或者是在此之后成为不动产附加物的担保资产上的担保权，该担保权已经通过在不动产登记处登记取得了对抗第三方的效力；另一种是相关不动产上的担保权（或其他权利，如买受人或出租人的权利）。在这种情况下，将根据在不动产登记处进行登记的顺序确定优先权，其依据也是保持不动产登记处的可靠性，这也是《指南》所采取的立场的依据（见建议 85）。

119. 第三种类型的优先权冲突可能发生在已经成为不动产附加物的担保资产上的购置款担保权和不动产上的抵押权之间。为了促进附加物购置款融资,《指南》建议将优先权给予已经成为附加物的担保资产上的购置款担保权(见建议 180; 根据建议 192, 对于非统一处理法制度中的购置款融资提供者享有保留所有权的权利或融资租赁权的情形,这一原则同样适用)。

## (二) 动产附加物上担保权的优先权

120. 后来成为动产附加物的资产上的各种担保权可能发生几种类型的优先权冲突。一种类型的冲突可能发生在后来成为一项或多项动产的附加物的资产上的两种担保权之间。另一种优先权冲突可能发生在两种均已在一项担保权登记处登记的担保权之间,其中一种是后来成为动产附加物的资产上的担保权,另一种是附加物所附着相关动产上的担保权。在上述情形下,可根据登记顺序或第三方效力顺序来确定优先顺序(见建议 173)。第三种优先权冲突可能发生在后来成为附加物的资产上的担保权和有关动产上的担保权之间,其中前者通过在专门登记处登记或在产权证上加注而取得了对抗第三方效力的优先权,后者是在一般担保权登记处登记的。在这种情形下,按照支持维护专门登记处和产权证加注系统的信誉的政策,前一种权利优先(见建议 74, (a)项)。第四种优先权冲突可能发生在后来成为一项或多项动产附加物上的、均通过在专门登记处登记或在产权证上加注而取得对抗第三方效力的两种担保权之间。第五种优先权冲突可能发生在后来成为附加物的资产上的担保权和附加物所附着动产上的担保权之间,而且这两种担保权均已通过在专门登记处登记或在产权证上加注而取得了对抗第三方的效力。在上述情形下,根据这类登记或加注的时间确定优先顺序(见建议 74, (b)项, 和建议 86)。

### (i) 源自被加工或混合的资产上担保权的混集物或制成物上担保权的优先权

121. 许多类型的有形资产注定会被制造、改变性质或与其他同类有形资产相混合。这种情形可能产生三种类型的优先权竞争,需要有特别的规则。这三种类型有:(a)最终混合在混集物或制成物中的同样有形资产上的担保权之间的竞争(如糖与糖、油与油、谷物与谷物);(b)最终成为混集物或制成物一部分的不同有形资产上担保权之间的竞争(例如糖与面粉、玻璃纤维与聚酯树脂、布与纤维中的染料);以及(c)原已在单独有形资产上取得的担保权与混集物或制成物上的担保权之间的竞争(例如糖与蛋糕、玻璃纤维与家具、布与裤子)。下文逐一讨论了这些可能发生的竞争。

### (一) 混合于混集物或制成物中的相同有形资产上担保权的优先权

122. 各国通常规定,被混合的相同有形资产上的非占有式担保权在混集物或制成物上继续留存,其彼此之间的优先顺序同混合之前相同。这一规则的依据是,各份有形资产若混入混集物或制成物,在每一有形资产上享有竞合担保权的债权人各自的权利不应受到影响。它们彼此之间的地位应当相同。当然,在上述情形下,为偿付这些有担保债权人的债权而提供的总数额不能超过设有这

些竞合担保权的有形资产在即将混入混集物或制成物之前的价值（见建议 22）。《指南》也建议采用这一原则（见建议 87）。

## (二) 成为混集物或制成物一部分的有形资产上担保权的优先权

123. 如果各种有形资产最终成为混集物或制成物的一部分，而其上设置的担保权在这一混集物或制成物上继续留存，则问题在于如何确定各债权人可能主张的各项权利的相对价值。各国采用了许多办法来决定这一问题，这取决于各国如何决定有担保债权人在混集物或制成物上权利的范围。《指南》建议，有担保债权人应当有权按设有各自担保权的资产在即将制造或混合之前的价值相对于当时所有组成部分的价值的比例，分享其在混集物或制成物上担保权的最大总值（见建议 22）。以蛋糕为例，如果糖的价值为 2，面粉的价值为 5，而烤制完成的蛋糕的价值为 8，则债权人将分别得到 2 和 5，但这两个有担保债权人所得的数额都不会高于其担保债务额。反之，如果糖的价值为 2，面粉的价值为 5，而烤制完成的蛋糕的价值为 6，则债权人将分别得到 6 的七分之二和七分之五。在这种情形下，每个债权人的所得都将按比例缩减。

124. 因此，在上述各类情形中，最后的产品可分为几部分，每一部分代表每个债权人享有担保权的各组成部分的价值，各债权人有权对相应的部分主张制造前优先权。也就是说，如果一有担保债权人的担保债权低于其组成部分的价值，而另一有担保债权人的担保债权高于其组成部分的价值，则第二个有担保债权人不能对属于第一个有担保债权人的份额的超额价值主张优先权。为了避免上述限制，许多有担保债权人拟定的担保协议说明，担保资产不仅包括组成部分，还包括从这些组成部分生产出来的混集物或制成物。但是，各国通常遵循上述相对估价的办法来确定在一混集物或制成物的不同组成部分上享有担保权的有担保债权人的权利，这也是《指南》所建议的办法（见建议 88）。

## (三) 最初在有形资产上取得的担保权相对于混集物或制成物上的担保权的优先权

125. 各国必须解决的第三类竞争是成为混集物或制成物的一部分的有形资产上的担保权和在混集物或制成物本身上取得的担保权之间的竞争。各国一般采取的立场是，对这些冲突适用一般优先权规则。例如，如果有担保债权人 A 在糖上享有的担保权是在 1 月 1 日登记通知的，而有担保债权人 B 在目前和将来的蛋糕上享有的担保权是在 2 月 1 日登记通知的，则有担保债权人 A 享有优先权，但建议 22 规定了一项限制，即其担保权限于资产即将成为混集物或制成物的一部分之前的价值。反之，如果有担保债权人 A 在糖上的担保权是在 2 月 1 日登记通知的，而有担保债权人 B 在目前和将来的蛋糕上的担保权是在 1 月 1 日登记通知的，则有担保债权人 B 享有优先权。

126. 但上述原则有一个例外，这一例外情形是，取得某一组成部分上担保权的有担保债权人是购置款融资提供人（见关于购置款融资的第十一章）。在这种情形下，各国通常按照对购置款融资提供人的一般处理办法，规定购置款担保权优先于混集物或制成物上延及未来资产的所有担保权。为了使促进有形资产

购置款信贷发放的制度保持统一，《指南》也建议采用这一原则（见建议 89）。

## 5. 优先权规则的范围和解释

### (a) 对存在担保权的知道无关紧要

127. 现代担保交易制度的主要特点之一是，无论采用何种依据确定优先顺序，都会按照客观事实（如通知登记、占有、控制权协议，或产权证加注）加以确定。要使这类优先权制度提供确定性，这些客观事实必须是确定优先顺序的唯一手段。因此在已经将其担保权制度现代化的大多数国家，即便在后的债权人或其他竞合求偿人取得权利时知道一项既有担保权当时尚未登记或未以其他方式取得对抗第三方效力，仍然适用按照通知登记日期或债权人占有日期等确定优先权顺序的办法。

128. 这一规则的依据是下述假设，即通常很难证明一人在某一特定时间已经知道某一特定事实。员工众多的公司或其他法律实体的情形尤其如此。优先权规则如果取决于主观上是否知道，会使纠纷解决办法复杂化，因而使人无法确定有担保债权人的优先权地位，整个制度的效率和效力也会因此而降低。若一债权人知道设保人已经设定的担保权，给予该债权人优先权看似很奇怪，但若以债权人对其权利取得对抗第三方效力所采取的可公开核实的行动的时间顺序为基础确定优先顺序，便可确保潜在竞合求偿人之间关系的确定性。这一考虑因素支持《指南》中的建议，即仅仅知道担保权的存在对于确定优先顺序是无关紧要的（见建议 90）。

129. 不过，必须区分仅知道存在担保权和知道某一特定交易侵犯了有担保债权人的权利这两种情形。例如，如果买受人知道一担保权未经登记的，这不会破坏为已登记的权利设立的优先权制度。但是，如果买受人还知道所购资产的出售违反了一担保协议的某些条款（例如其中规定设保人无权出售担保资产），便可能产生严重的法律后果（例如取得资产所有权时须附带担保权；另见上文第 70-72 段；另见建议 78、98(b)项、102 和 103）。

### (b) 在优先权问题上的合同自由：排序居次

130. 大多数国家适用其优先权制度所确立的规则，除非有关当事人对该规则作了特别改动。换言之，大多数国家规定，有担保债权人无论是单方面还是通过协议，随时可将其担保权排序居于已有的或将来的竞合求偿人的权利之后。例如，在设保人的所有现有和后得资产上持有第一优先担保权的出贷人 A 可同意设保人将某一特定资产（例如一台设备）上的第一优先担保权给予出贷人 B，使设保人能够按照该资产的价值另外取得出贷人 B 提供的附加融资。是否承认担保权排序居次做法的有效性，是一种完备政策的体现（例如，见《联合国转让公约》第 25 条）。由于排序居次协议的效力已得到了广泛的承认，《指南》与此保持一致，建议允许订立排序居次协议（见建议 91）。

131. 但是，排序居次未经竞合求偿人同意不能影响其权利。因此，排序居次协议不能对不属于协议当事人的有担保债权人的优先权产生不利影响。也就是说，若国家要求债权人在登记的通知中指明所设定的担保权的最高数额（见建议 57，(d)项），则排序居次将限于排序较高的权利的指定价值。这样，例如，如果出贷人 A 将其担保权限于 100,000，而出贷人 B 有数额为 5,000 的担保权，则出贷人 A 和担保数额为 200,000 的出贷人 C 之间的排序居次协议允许出贷人 C 优先于出贷人 B 求偿的数额不能超过 100,000。

132. 排序居次协议的目的是允许有担保债权人就其在担保资产上的权利彼此商定最有效的优先权分配办法。为了从这些取得一致同意的优先权分配中获得充分益处，排序居次协议所规定的优先顺序必须在设保人的破产程序中继续适用。一些法域的破产制度已经有了这类规定。在另外一些法域中，可能有必要修订破产法，使法院有权强制执行排序居次协议，并使破产管理人能够处理排序居次协议当事人之间的优先权纠纷，而无承担赔偿责任之忧（见关于破产对担保权的影响的第十六章，第 63 段，和建议 237）。

133. 担保资产上的担保权和其他所有权的排序居次不是指违约前偿付的排序居次。后者是一般债法的问题。通常，在违约前，只要设保人继续偿还贷款或已收到的其他信贷，有担保债权人便无权强制执行其担保权，优先权也无从说起。也就是说，只要没有发生欺诈，设保人和有担保债权人之间也没有相反的约定，便不能阻止设保人偿付排序居次的担保权所担保的债务。

### (c) 第三方效力的连续性对优先顺序的影响

134. 如果可通过不止一种办法实现担保权的第三方效力（如自动、通过登记、通过占有、通过控制或通过产权证上加注），便会出现一个问题，即是否应当允许起初用其中一种办法确立其担保权优先权的债权人改用另一种办法而不失去起初的优先权。一些国家不允许债权人改变其实现第三方效力所用的办法。因此，在这些国家，设保人改用另一种办法后不可能保有其优先权。例如，如果一债权人第 1 天在一般担保权登记处登记了通知，第 10 天取得了担保资产的占有权，并在第 20 天撤销了登记，在此日期之后，这类国家确立优先权的相关参照时间是第 10 天而非第 1 天。如果最初确立优先权的办法不复存在，则优先权只能从仍然存在的优先权确立办法的日期起算。

135. 在另一些国家，即使改变实现第三方效力的办法也可以保留优先权。优先权是否保留取决于实现第三方效力的不同办法的衔接方式。在这些国家，原则是，只要担保权没有一段失去对抗第三方效力的时间，该担保权就不会失去优先权。例如，如果一资产上的担保权首先通过占有取得效力，设保人随后在一般担保权登记处登记了担保权通知，然后将占有权归还设保人，只要登记时间在债权人交出占有权之前，该担保权仍然具有对抗第三方的效力，并保留自最初取得占有权的时间起算的优先权。但是，如果有担保债权人在交出资产占有权之后才登记通知，则担保权的优先权只能从该有担保债权人登记通知的时间起算。如果对抗第三方的效力最初是通过占有确立的，而信贷的期限在设保人需要使用担保资产时仍未期满，则规定优先权的连续性的规则尤为重要。按照

其与第三方效力连续性有关的建议（见建议 46 和 47），《指南》采取的立场是，为了适用《指南》所建议的以时间顺序为准的优先权规则，虽然确定优先权的办法发生变更，仍然应当保留优先权（见建议 92 和 93）。

136. 应当指出，上述规则仅适用于按照以时间顺序为准的优先权规则确定优先权的情形，而不适用于以非时间顺序规则为准的情形。在后一种情形下，即使第三方效力持续有效，其形式的变更也会影响到担保权的优先权。例如，如果一可转让单据的持有人在交出占有权之前登记了该单据上担保权的通知，那么该单据的占有权所附的特别优先权不会仅通过登记得到保留。如果第二个有担保债权人在该交出所有权的有担保债权人登记通知之前便已登记了通知，则第二个有担保债权人凭自己在先的登记便可取得优先权（见下文第 155-157 段；另见建议 98）。同样，一个对银行账户贷记款受付款具有控制权的有担保债权人若在登记了其担保权的通知后交出了控制权，便失去了控制权所附的特别优先权。如果另一有担保债权人在最初取得控制权之前便在一般担保权登记处登记了通知，控制权交出后，该有担保债权人便凭自己在先的登记享有优先权（见下文第 158-164 段；另见建议 100）。

#### **(d) 优先权的范围：未来放款、未来债务和或有债务**

137. 前几章论及了一个事实，即在现代担保交易制度中，担保权不仅可担保该担保权设定时存在的债务，还可担保未来债务和或有债务（见关于担保权的设定的第四章，第[...]段；另见建议 16）。大多数国家规定，最初的担保权涵盖协议中规定的本金和利息，以及与收回付款有关的任何费用和成本。

138. 对于现有信贷安排下的未来放款以及或有债务的问题，各国采取的立场各不相同。一些国家规定未来放款和最初发放的信贷享有同样的优先权，但为了使初始优先权延及未来债务和或有债务，这些国家要求这类债务在类型和数额上必须是可以确定的（例如协议详细规定，仅担保最大风险额为 100,000 的信贷额度下的未来放款）。在另一些国家，担保权可延及对任何类型的有担保债权人所欠的任何数额的金钱债务和非金钱债务，只要协议是如此规定的。在这些国家，担保协议下的未来债务和或有债务享有的优先权与最初发放的信贷相同。

139. 实际的后果是，有担保债权人在承诺发放信贷时确信，其担保权的优先权不仅延及其在订立担保协议时发放的信贷，还将延及：**(a)**此后根据该担保协议的条款产生的债务（如循环信贷协议下的未来放款）；和**(b)**在发生意外时成为实际债务的或有债务（如根据一项保证应向有担保的当事人偿付的债务）。例如，如果根据一种循环信贷办法，设保人资产上的担保权所担保的信贷为期一年，出贷人在第 1 天同意在这一期限内向设保人分批放款，则每批放款无论是在第 1 天、第 35 天还是第 265 天，其担保权均享有相同的优先权。

140. 如果是为了使设保人能够在一段时期内分批购买有形资产或服务而发放的信贷，上述办法的结果是，对全部债权的处理均当作其在订立购买该有形资产或服务的合同时产生，而不是在每次交付有形资产或提供服务时才产生的。这一办法的一个理由是，这是效费比最高的办法，因为有担保债权人无须在每次

发放信贷时确定优先权，而确定优先权的工作通常包括再次查询其他债权人新近登记的情况、执行新协议和再次为该担保权设定后发放的信贷进行登记。由于这些额外步骤的相关费用无一例外直接由设保人承担或通过利率的提高表现出来，取消这些步骤可降低设保人的借贷成本。这一办法的另一个理由是，这尽可能降低了设保人的风险，即如果有担保债权人确定未来放款不会享有与最初放款相同的优先权，担保协议所规定的随后发放的信贷便会中断。由于上述原因，《指南》建议采用将优先权延及未来债务的优先权规则（见建议 94）。

141. 不过，上述优先权规则可能受到两种限制。第一，如前所述，在一些国家，担保权的优先权延及未来发放的信贷，优先权限于在公共登记处为担保权登记的通知所指明的最高数额。这一办法的依据是，这样可促进排序居次的融资，因为这可鼓励未来的排序居后债权人按照担保资产的残值发放信贷（例如，担保资产价值中超出登记的通知提及的排序靠前的优先权所担保的最高数额的部分），只要未来债权人能够确信存在足够残值的话（见建议 95）。还有一些国家不采取这一办法，因为这可能促使有担保债权人抬高登记的通知所提及的数额，使其超出订立担保协议时所预期的数额，以便包含可能在意料之外的未来放款（见关于登记制度的第六章，第[...]段；另见建议 57，(d)项）。

142. 第二，《指南》承认，在某些情形下，在未来放款上，有担保债权人不当优先于取得针对设保人的判决或法院临时令并采取步骤针对担保资产强制执行判决的债权人（见上文第 99-107 段；另见建议 81 和 94）。

#### (e) 优先权规则对后得资产上担保权的适用

143. 如关于担保权设定的第四章所详细讨论的，在一些国家，担保权可能是在设保人未来可能购置的资产（“后得资产”）上设定的。在这些国家，假设对后得资产的描述足以指明这类资产，则设保人购得这些资产时，便自动取得其上的担保权，而无需在购置是采取任何其他步骤。这样，因担保权设定而产生的费用降至最低，并且符合当事各方的期望。这对于下述资产尤为重要：在设保人的正常业务经营中，库存品不断购入和转卖、应收款不断收取和重新产生（见关于适用范围和其他一般规则的第二章，F 节，所涵盖的融资做法实例，第[...]段），设备定期更换。

144. 如果承认后得资产上的担保权自动设定，便产生了一个问题，即优先权应当从该担保权初次登记或取得对抗第三方效力的日期起算，还是从设保人购得资产的时间起算。不同国家对这一问题有不同的解决方式。一些国家采取的办法是根据竞争优先权的债权人的性质进行区分。在这些国家，相对于其他合意有担保债权人的优先权，自登记或第三方效力的日期起算，相对于所有其他竞争求偿人的优先权，从设保人购得资产的日期起算。在另一些国家，所有后得资产相对于所有竞争求偿人的优先权均按照最初确立优先权的日期确定。

145. 人们通常承认，上述第二种办法促进担保信贷发放的效率较高，效力也较大。因此，现代担保交易制度通常规定，在这类情形下，担保权的优先权延及登记的通知所涵盖的所有担保资产，无论其在登记之前、之时或之后是否存在。《指南》也采用了这种办法（见建议 96）。

(f) 优先权规则对收益上担保权的适用

146. 如果一债权人在收益上享有担保权（“收益”的定义见导言，B 节，术语表），便会产生这样的问题：该担保权相对于竞合求偿人权利的优先权如何。对收益的竞合求偿人除其他外可包括设保人的另一个享有收益上担保权的债权人，也可包括设保人的一个已经凭判决取得对收益的权利的债权人。

147. 对一有担保债权人来说构成收益的资产，可能是另一有担保债权人的原始担保资产。例如，债权人 A 可能凭借其在设保人所有现有的和未来的库存品以及这些库存品出售或以其他方式处分所得的收益上享有的担保权，而在设保人的所有应收款上享有担保权；债权人 B 可能以设保人的所有现有和未来应收款为原始担保资产而享有其上的担保权。如果设保人后来赊销了债权人 A 享有担保权的库存品，则这两个债权人都在出售所得的应收款上享有担保权：债权人 A 享有作为设押库存品收益的应收款上的担保权，债权人 B 享有作为原始担保资产的应收款上的担保权。

148. 承认收益上的担保权的国家，往往根据竞合求偿人的性质和产生收益的资产类型，对优先权采取不同的办法。在竞合担保权持有人之间的优先权纠纷中，关于原始担保资产收益上的权利的优先权规则可能源自适用于原始担保资产上权利的优先权规则。这样，担保资产上担保权取得第三方效力的时间或在一般担保权登记处登记通知的时间，分别就是该担保资产收益上的担保权取得第三方效力或登记的时间。

149. 对于在作为收益的资产上享有担保权的有担保债权人和在作为原始担保资产的同一资产上享有担保权的有担保债权人之间的竞争，一些国家区分形式为应收款的收益和形式为有形资产的收益（例如在交易中取得的有形资产）。这些国家通常还区分库存品销售所得的收益和设备销售所得的收益。一般规则是，以库存品销售所得应收款为原始担保资产而在其上取得担保的有担保债权人，优先于以该应收款为收益对其主张权利的债权人，而不考虑这两者的权利分别取得对抗第三方效力的日期。

150. 在另一些国家，对收益的形式或资产的性质不做区分。规则是，某一特定资产上的权利在登记中排在前面，应当优先于竞合求偿人的权利。例如，如果一资产经出售产生了收益，而该资产上担保权的登记时间早于作为原始担保资产的收益上的担保权的登记时间，则产生收益的资产上的担保权享有优先权。反之，如果作为原始担保资产的收益上的权利登记通知的时间早于竞合求偿人针对产生收益的资产进行登记的时间，则债权人在作为原始担保资产的收益上享有的担保权享有优先权。这也是《指南》所建议的办法（见建议 97）。

151. 如果原始担保资产上的竞合权利之间的优先顺序并非按照在一般担保权登记处登记的顺序确定（例如，享有特别优先地位的购置款融资权的情形），则有必要另行确定适用于收益的优先权规则（见关于购置款融资的第十一章，第[...]段；另见建议 181 和 182（统一处理法）及建议 194-196（非统一处理法））。

## B. 特定资产评述

152. 上文回顾了通常重复发生的与有形资产有关的具体的优先权冲突。“按时间顺位”原则是确定优先顺序的有效出发点。

153. 但是，如前所述，这一原则在某些情形下须进行调整。一些调整涉及到其他有担保债权人（例如附加物上的担保权或混集物或制成物上的担保权）。还有一些调整涉及不属于有担保债权人的竞合求偿人（如受让人、承租人和许可使用人，或破产管理人）。

154. 除了上述因所担保的债务的多样性和竞合求偿人的多样性而作的调整，现代担保交易制度还包含了若干特别优先权规则，它们适用于特定类型的资产，也是因这些资产类型所适用的实现第三方效力的特定手段而产生的。本节讨论与这些类型的资产有关的优先权问题。

### 1. 可转让票据上担保权的优先权

155. 许多国家都对支票、汇票和本票等可转让票据上的担保权实行了特别优先权规则。这些规则反映了可转让性概念在这些国家中的重要性。

156. 如前文所述（见关于担保权对抗第三方的效力的第五章），在许多国家，可转让票据上的担保权可通过在一般担保权登记处登记或者转移票据的占有而取得对抗第三方的效力（见建议 37）。在这些国家，通过转移票据的占有取得对抗第三方效力的担保权通常优先于通过登记（无论何时登记）取得对抗第三方效力的担保权。这一优先权规则的根据是，其对优先权冲突的解决有利于维护可转让票据的自由流通。为了维护规范可转让票据的现行法律的一致性（关于对“规范可转让票据的法律”的解释规则，见导言，B 节，术语表），《指南》建议采用这一优先权原则（见建议 98）。

157. 出于同样的原因，在这些国家，买受人或（合意交易中的）其他受让人通常享有优先权，条件是某人根据可转让票据的管辖法律，符合受保护票据持有人的资格。买受人或其他受让人如果收占该票据并善意地付出了对价，且并不知道该项转让侵犯了有担保债权人的权利，也享有类似的优先权。在这方面应当指出的是，票据或单证的受让人知道存在一项担保权，这本身并不意味着受让人没有善意行事。买受人必须知道担保协议禁止不连带担保权的转让。对此，《指南》也采用遵循可转让票据法上述原则的优先权规则（见建议 99）。

### 2. 银行账户贷记款受付款上担保权的优先权

158. 全面的优先权制度一般会处理与银行账户贷记款受付款上的担保权有关的各种不同优先权的冲突（关于“银行账户”的定义，见导言，B 节，术语表）。一些国家仅将银行账户贷记款受付款视为一种应收款。在这些国家，没有特别的规则管辖受付款上担保权的设定或第三方效力。在另一些国家，第三方效力还可通过控制来实现。在这些情况下，各国还必须确定通过这种办法实

现第三方效力在优先权方面产生的结果（见上文第 39-40 段）。有可能发生若干不同类型的优先权冲突。

159. 有一种优先权冲突是通过控制取得对抗第三方效力的担保权和通过控制以外的其他方式取得对抗第三方效力的担保权之间的冲突。在这种情况下，已经采用了控制权概念的国家规定通过控制取得对抗第三方效力的担保权优先。原因是，这种做法能够促进依赖于银行账户贷记款受付款的金融交易，并使有担保债权人免于检索一般担保权登记处。《指南》也采取了这一立场（见建议 100，第一句）。

160. 第二种优先权冲突是分别通过控制取得效力的两种担保权之间的冲突。在这种情况下，承认控制权协议的国家通常采用的合理做法是，规定先通过控制取得效力的担保权优先（即以各控制权协议订立的顺序为准）。这种冲突在实践中并不常见，因为开户银行不太可能在两个有担保债权人尚未订立如何确定优先权的协议时，故意就同一银行账户订立不止一项控制权协议。但是，这一冲突在理论上是可能发生的，因此《指南》采取的立场是，在这些情况下应当适用通常的“按时间排序的”优先权原则（见建议 100，第二句）。

161. 还有一种优先权冲突发生在有担保债权人是开户银行本身的情况下。对于这种情况，有一种强有力的观点认为应赋予开户银行以优先权。由于开户银行一般会凭其通常在非担保交易法下享有的抵销权而在这种情况下稳操胜券（除非其已明确表示放弃该权利），在这种情形下保护银行利益的优先权规则允许在优先权制度范围内解决冲突，而不是借助于其他法律。《指南》建议采用这种原则（见建议 100，第三句）。

162. 实行上述特别优先权规则的国家经常为开户银行和以成为开户银行客户的方式取得对银行账户控制权的有担保债权人之间的优先权冲突作例外规定。在这种情形下，各国通常采取的立场是，应当赋予客户优先权。这种办法的依据是，通过接受竞合有担保债权人作为其客户，开户银行一般会在同客户订立的开户协议中放弃自己的债权。另外，开户银行在这种情况下通常会丧失其抵销权；由于银行账户不是以设保人的名字开立的，开户银行和设保人之间没有相互关系，因此也不存在抵销权（见建议 100，第三句）。

163. 第四种冲突是银行账户贷记款受付款上的担保权和开户银行对设保人客户可能享有的任何抵销权之间的冲突。为了避免影响银行和客户之间的关系，关于抵销的法律通常赋予开户银行的抵销权以优先权。在一些国家，这一优先权概念已经明确纳入了担保交易法。《指南》也建议采取这一立场（见建议 101）。

164. 第五种优先权冲突可能发生在银行账户贷记款受付款上的担保权和设保人从该银行账户划拨的资金的受让人的权利之间。“资金受让人”这一术语意在涵盖多种转让，包括通过支票和电子手段进行的转让。在这种情况下，有一种赞成资金自由转让的强有力的政策观点支持赋予受让人以优先权的规则，条件是受让人不知道向其转让资金侵犯了担保协议下有担保债权人的权利。另一方面，如果受让人知道该项转让违反了担保协议，则其取得的资金将附带担保

权。这便是《指南》采用的建议，但须说明的是，该建议无意对银行账户资金受让人在担保交易法以外的法律下的权利产生负面影响（见建议 102）。

### 3. 金钱上担保权的优先权

165. 为了实现金钱最大限度的可转让性，许多国家允许金钱受让人取得资金而不连带其他人的债权，包括资金上担保权持有人的债权（关于“金钱”的定义，见导言，B 节，术语表）。同银行账户资金受让人的情况一样，这项优先权规则的唯一例外情形是受让人知道金钱的转让违背了账户持有人和有担保当事人之间的担保协议（例如，受让人与银行账户持有人共谋剥夺有担保债权人的权利）。同涉及银行账户资金转让的类似情形一样，仅仅知道存在担保权并不能削弱受让人享有的权利。对此，《指南》同一般公认的管辖金钱的惯例保持一致，也建议采用上述优先权原则（见建议 103）。

### 4. 独立保证下收益收取权上担保权的优先权

166. 管辖独立保证的法律基本上是通过信用证和银行保证业的惯例发展而来的。如前文所述（见关于担保权对抗第三方的效力的第五章），收取独立保证下收益的权利上的担保权只能通过控制取得对抗第三方的效力。由于在这种情况下取得控制权的典型方法是通过获得确认，因此如果有几个潜在的付款人（例如担保人/签发人、保兑人和若干被指名人），则仅仅可能相对于每个作出确认的特定担保人/签发人、保兑人或被指名人而言实现控制权。因此，优先权规则通常侧重于特定的付款人。

167. 如果一方是收取独立保证下收益的权利上一项通过控制而取得效力的担保权的持有人，另一方是因其为应收款、可转让票据或其他无形资产的支付提供担保而具有对抗第三方效力的担保权，这两者之间发生优先权冲突，在这种罕见的情形下，一般前者优先（见建议 48 和 104）。同银行账户的情况一样，这一规则的依据是，需要使当事人免于为确定独立保证所支持的应收款是否也设有担保权而检索一般担保权登记处，这样可以促进涉及独立保证的交易，从而鼓励对独立保证的依赖。在实际情况中，这一特定类型的优先权冲突十分罕见，因为在多数情形下，应收款的受益人也是独立保证的受益人。无论如何，按照一般的“时间在先”原则，在经过确认获得控制权从而取得对抗第三方效力的两项担保权之间，先获付款人确认的担保权具有优先权。这一结果基本上是以实务为依据的，因为要保持独立保证业务的低成本，就必须采用这一特别规则。独立保证业务基本上从惯例发展而来，构成了商法中一个专业性很强的分支，因此《指南》建议有关的优先权规则遵循这些原则（见建议 104）。

### 5. 可转让单证上或可转让单证所涵盖的货物上担保权的优先权

168. 现代担保交易制度制定的规则一般至少处理两种涉及可转让仓单和提单等可转让单证的优先权冲突。第一种冲突是可转让单证上或可转让单证所涵盖的有形资产上担保权的持有人和该单证的正当受让人之间的冲突。为了维护非担

保交易法所规定的可转让性，大多数国家规定，可转让单证及其涵盖的有形资产上的担保权排序次于单证受让人依据规范可转让单证的法律取得的任何较高一级的权利。出于同样的原因，《指南》建议采用这一立场（见建议 105）。

169. 第二种类型的冲突是从可转让单证上的一项担保权衍生的可转让单证所涵盖的有形资产上的担保权持有人和因另一交易（例如在该有形资产上设定直接担保权）而产生的有形资产上的担保权持有人之间的冲突。这种冲突可在下述两种情况下产生：一种情况是有形资产上的直接担保权在该资产受可转让单证约束的情况下取得了对抗第三方的效力；另一种情况是有形资产上的直接担保权在该有形资产受可转让单证约束之前便取得了对抗第三方的效力。在上述任何一种情况下，通常以可转让单证上的担保权优先。这种优先权规则鼓励依赖作为商业媒介的可转让单证，特别是涉及到国际销售中签发的提单时。因此《指南》采取了这一立场（见建议 106）。

170. 但是，在一种特定情形下，即受可转让单证约束的有形资产不属于库存品时，上述规则可以例外。债权人通常期望库存品得到运送并有提单或仓单签发出来，因此会预期直接设有其担保权的资产会在一段不长的时期内为提单或仓单所涵盖。但诸如设备等的情形并非始终如此。这样一来，规定可转让单证上的担保权绝对优先的规则便不那么重要了，也有理由出现例外情形。这样，不适用这一规则的情形是，有形资产不属于库存品，而且直接担保权（即不占有可转让单证的有担保债权人的担保权）在下述时间中较早的时间之前便取得了对抗第三方的效力：(a) 资产为可转让单证所涵盖的时间；(b) 担保权的设保人和占有可转让单证的有担保债权人之间订立协议，规定该可转让单证涵盖该资产的时间，只要是自协议日期起算在某一不长的时期内（如三十天）涵盖该资产。在这一特定情形下，适用一般的“按时间排序”优先权规则，首先为其在有形资产上的担保取得对抗第三方效力的债权人（无论是直接取得还是通过取得代表该资产的可转让单证上的担保而取得的）享有优先权。这一例外情况为不属于库存品的有形资产上担保权的持有人提供了一定程度的保护，以防出现设保人未通知该持有人或未经该持有人同意而擅自将资产涵盖于可转让单证的情形。出于上述原因，《指南》也建议作出这一例外规定（见建议 106，第二句）。

## C. 建议

[委员会注意：委员会似宜注意到，由于 A/CN.9/637 号文件集中列出了关于担保交易立法指南草案的整套建议，因而在此处不予转载。这些建议一经最后审定，将转载于每一章的结尾处。]