



联合国国际贸易法委员会
第六工作组（担保权益）
第一届会议
2002年5月20日至24日，纽约

担保权益

关于有担保交易的立法指南草案

秘书长的报告

增编

目录

	段 次	页次
关于有担保交易的立法指南草案	1-45	2
三. 对待担保的基本做法	1-45	2
A. 一般性意见	1-41	2
1. 导言	1-2	2
2. 传统上为担保而设的手段	3-26	2
a. 有形动产上的担保权利	3-22	2
b. 无形动产上的担保权利	23-26	5
3. 将所有权用于担保目的	27-39	5
a. 所有权移交给债权人	28-30	6
b. 债权人保留所有权	31-39	6
4. 统一综合担保	40-41	7
B. 小结和建议	42-45	8



三. 对待担保的基本做法

A. 一般性意见

1. 引言

1. 长期以来，关于如何保障债权人对债务人的债权（通常是金钱偿付债权），各国形成了多种做法。本指南着重讨论经事实证明在许多国家成效尤为显著的核心做法（即通过订约设定财产权）。

2. 概括而言，所用的担保手段可分为三大类。第一类是为担保而设并广为称作担保的手段（见 A.2 节）；第二类是为提供担保而诉诸产权（所有权），并结合作出各种合约安排（见 A.3 节）；第三类是统一综合担保（见 A.4 节）。

2. 传统上为担保而设的手段

a. 有形动产上的担保权利

3. 大多数国家历来都对有形动产上的专属担保权利（关于“有形财产”，见 A.2.a 节）和无形动产上的专属担保权利（关于“无形财产”，见 A.2.b 节）作出区分。事实上，资产的有形性质产生了无形财产所不具备的担保形式。

4. 在有形财产担保权利这一类中，大多数国家又根据出保的债务人（或第三人）可否保持占有担保物而作出区分。前者历来被称作占有式担保，而后者则被称作非占有式担保。

一. 占有式担保

(a) 质押

5. 质押是远远超出其他而最常见（也是最古老）的有形财产占有式担保形式。质押发生效力的条件是债务人（或第三方出质人）实际放弃对作保的有形财产的占有而将其移交给有担保债权人或当事方议定的第三方当事人（例如，仓储公司）。债务人（或其他出质人）不仅在设定担保物权时，而且在整个质押期间都必须放弃占有；作保资产返还债务人通常使质押消灭。

6. 放弃占有并不总是要求将作保资产实际搬出债务人的房地，但先决条件是以其他方式排除债务人接近这些资产的可能性。为此，可采取将作保资产储藏室的钥匙交给有担保债权人等方式，但先决条件是已排除债务人擅自接近这些资产的任何机会。

7. 债务人放弃占有也可以是通过将作保资产交给第三人或使用已由第三人保管的资产而实现。这方面的例子有储存在第三人的仓库或容器中的商品或原材料。机构安排（也是更昂贵的安排）可能会涉及到独立的“仓储”公司，该公司作为有担保债务人的代理人对质押资产实施控制。这种安排发生效力的前提是债务人不得有任何机会擅自进入质押资产的储藏室。此外，仓储公司的雇员不得为债务人工作（如果这些人由于其专长而从债务人劳动力中抽调出来，他们不得再为债务人工作）。

8. 关于体现有形资产权利（如，提单或仓单）或无形权利（如，流通票据、债券或股票证券）的单据和票据（无论可否流通）等具有特殊性质的资产，放弃占有通过将

单据或票据移交给有担保债权人而实现。然而，在这种情形下，可能并不总是容易区分占有性担保与非占有性担保。

9. 鉴于债务人放弃占有，占有性质押给有担保债权人提供了三个重要好处。首先，债务人未经有担保债权人同意无法处分质押资产。其次，债权人不会承受因债务人忽视保养和维修而使作保资产实际价值减少的风险。第三，如果有必要强制执行，则有担保债权人就省去了与要求债务人交付作保资产有关的麻烦、时间、支出和风险。

10. 另一方面，占有性质押也有一些不利之处。给债务人造成的最大不利之处在于必须放弃占有，这就使得债务人无法使用作保资产。在债务人需要占有作保资产以此创造收入用以偿还贷款的情形下（例如，原料、半成品、设备和库存品），放弃占有尤其有很多弊端。

11. 对有担保债权人来说，占有性质押的弊端是，有担保债权人必须储藏、保存和维护作保资产，除非有第三人承担这项工作。如果有担保债权人本人没有能力或不愿意负担这些费用，委托第三人将会增加费用，而增加的费用将由债务人直接或间接负担。另一个不利之处是有担保债权人（例如，质权人、仓单或提单持有人）因其占有的作保资产可能造成损坏而可能负有赔偿责任。如果是对环境污染负有赔偿责任，则问题就会尤为严重，因为所造成的赔偿金额（清理费、损害赔偿费）常常远远超过作保资产的价值，更不必说贷款人的声誉和形象所受到的影响了。关于占有质物的有担保债权人对环境所负的赔偿责任，有关的法律为数很少。其中有些法律规定赔偿责任无效（例如，见 1998 年 6 月 11 日《瑞典环境法》，其基本免责原则后来为欧盟委员会 2000 年 2 月 9 日环境赔偿责任《白皮书》所采用）。其他法律（例如，美利坚合众国《综合环境对策、赔偿和责任法》及其修订本）将赔偿责任限制在符合某些条件的范围内。

12. 然而，如果当事方能够避免上述不利之处，就能够成功地使用占有性质押。占有性质押主要有两大用途。第一类是作保资产已经为或很容易交由第三人占有，尤其是他人资产商业保管人占有的情形。第二类用途是有担保债权人本人很容易保管代表有形资产或无形权利的单据或票据的情形（这类情形由特别法律管辖）。

(b) 留置权

13. 留置权是合同约定权（而不是财产权），它便于当事人在合同对方违约时中止己方履约，并尤其是中止交付根据合同规定有义务向违约方交付的资产。例如，如果顾客违反约定未支付议定的价款，修理店可不必将修好的物品返还顾客。

14. 然而，如果合同规定的留置权以留置物的出售权得到加强，则有留置权的当事人对所留置的资产享有财产权。在某些法律制度中，该财产权被视为质权，然而设置该质权的方法不同于质押本身所使用的方法（见第 5-8 款）。另一种情况则是得到加强的留置权可视为具有质押的某些效果。

二. 非占有性担保

15. 如上文所述（见第 10 段），用于生产或销售的有形财产（例如设备、原材料、半成品或库存品），其占有性质押在经济上是不切实际的。这些货物是商业债务人企业经营所必需。债务人如果无法使用这些资产或对这些资产无处分权，就无法挣得偿还贷款所必需的收入。越来越多的商业债务人并不拥有可用作担保的不动产，对这些债务人来说，这一问题尤其尖锐。

16. 为解决这一问题，尤其是最近五十年以来的法律已着手对占有性质押这一狭义范围外的动产担保作出规定。尽管有些国家已提出新的具有实用功能的担保权，但绝大多数国家历来都坚持将“质押原则”作为设置动产担保的唯一合理方法。在英国普通法中，一段时期以来“抵押”一直是唯一真正的非占有性担保。在 20 世纪，立法者和法院都逐步认识到提供担保但不实行占有性质押这样做的经济必要性。

17. 各个国家都试图根据本国的具体需要和偏好寻找适当的解决办法，结果造成解决办法繁多不一。现行各种解决办法的外在标志是相关制度有各种各样的名称，有时，甚至一国内部的名称都不一样，例如：债务人“虚拟”放弃占有；非占有性质押；登记质押；担保；保证；抵押权；抵押证券；动产抵押；信托；等等。较为相关的是所采取的做法适用范围有限。只有为数不多的几个国家颁布了关于非占有性担保的一般性法规（关于更全面做法，见 A.4 节）。有些国家订立了两套法规，一套法规是关于工业和工艺企业融资担保，另一套法规涉及农业和渔业企业的融资担保。然而，在大多数国家，许多法规所涉范围仅包括小型经济部门，例如，购置车辆或机械，或制作影片。

18. 有些国家甚至不很愿意承认库存品的担保权利。这样做有时所依据的是据称债权人担保权利与债务人的出售权利和权限之间并不一致。另一种反对意见是，处分库存品通常会引起许多受让人之间或许多有担保债权人之间产生难以解决的纠纷。然而，可能持有的另一种反对意见可能来自政策选择，这种政策选择是可以使用库存品满足债务人的无担保债权人的债权。

19. 尽管就非占有性担保作出规定的法规可能各不相同，但都具有一个共同的特征，即通常规定必须以某种形式公布担保权利。公告的目的是消除因债务人资产上的担保权利不明显（“秘密”；关于详细情况，见第五章，公告）而可能对资产形成的错误印象。

20. 一方面，对于以债务人持有而且必须由债务人持有的商业资产作为担保，存在着一般经济需求，而另一方面，获得这类担保的机会通常十分有限，因此，似有必要缩小两者之间的差距。就一般的非占有性担保进行司法改革，尤其是就本指南而言，一个主要目的是在这一特殊领域以及在无形财产担保的相关领域提出改进建议（见 A.2.b 节）。

21. 尽管现代制度表明这些困难是能够克服的，但关于非占有性担保的法规比传统占有性质押的条例更为复杂。这主要是由于非占有性担保权利具有下述四个主要特征。首先，由于债务人保持对作保资产的占有，因此债务人能够甚至在违背有担保债权人意愿的情况下处分作保资产或在该资产上设置另一竞合权利。考虑到这种情况，有必要制定关于这类处分的效力和优先顺序的规则（见第七章，优先权）。其次，有担保债权人必须确保债务人如占有作保资产应适当照管、加以应有的保险并保护作保资产，以便使这些资产的商业价值不受影响。为此，有担保债权人必须在与债务人订立的担保协议中处理这些问题（见第八章，违约前当事方的权利和义务）。第三，如果对担保物有必要采取执行措施，则有担保债权人通常倾向于获得作保资产。然而，如果债务人不愿意放弃这些资产，则可能必须提起法院诉讼程序。可能必须订立关于适当补救办法和视可能加快诉讼程序的规定（见第九章，违约和执行，第十章，破产）。第四，如果认为有必要，可以通过各种形式的公告（见第五章，公告；第六章，发布公告）消除由债务人资产上秘密担保权利造成的债务人表面很富而实际不然的假象。

22. 考虑到前几种立法模式（见第 16-19 段），立法者可能有三种选择。第一种选择是，对占有性担保权利和非占有性担保采用统一的法规（见 A.4 节）。另一种选择是，

对非占有性担保权利采用统一的法规，将关于占有性权利的制度留待其他国内法解决（见《美洲国家组织示范法》；另见第 40 段）。然而，另一种备选方法是颁布特别法规，允许具体企业部门的债务人以非占有性担保方式获得信贷。国家和国际各级现代法规的主导趋势是至少就非占有性担保而言逐步采取一种统一的做法。采取有选择性的做法有可能会产生漏洞和不一致的情形，并引起行业中被排除在外的那些部门的不满。

b. 无形动产上的担保权利

23. 无形财产涉及各种各样的权利（例如，收款权或接受所履行的其他合同义务的权利，例如根据生产合同接受交付的石油）。这些无形财产包括相对较新的若干类资产（例如，由所有人直接持有或通过中间人持有的有单据或无单据证券）。知识产权（例如专利、商标和版权）是另一类无形财产。鉴于近年来无形财产在经济上的重要性大幅度提高，将这些权利用作担保资产的需要不断增加。即使在库存品或设备融资交易中，仍存在着将与库存品或设备有关的知识产权用作担保的情况，而且该担保的主要价值通常就在于这些权利。

24. 顾名思义，无形财产是无法（在物质上）占有的。然而，所谓“民法”国家的绝大多数法典都至少在设置金钱债权的占有性质押问题上作出了规定（见第 5-12 段）。有些法典试图通过规定债务人必须向债权人移交涉及以质押作保的债权的任何有关书面文字或文件（例如债权所依据的合同），从而造成一种放弃占有的表象。然而，这类移交不足以构成质押。事实上通常（完全是人为地）规定必须向以质押作保的债权的债务人发出质押通知，从而取代债务人的“放弃占有”。

25. 有些国家采取了各种方法以实现如同占有有形财产所要达到的同样目的。最为彻底的方法是将作保权利(或权利中作保部分)完全移交给有担保债权人。然而，这种做法超出了设置担保权利的范围，无异于所有权转让（见 A.3.a 节）。较为节制的做法是不影响作保权利的所有权，但阻止债务人未经有担保债权人允准而处分作保权利。如果并非以本人履约而为有担保债权人所设置的权利作保的人（第三方债务人）有权处分作保权利，在这种情况下，即可使用这种方法。就银行帐户而言，如果作为帐户持有人的债务人同意可以为有担保债权人的利益而冻结本人帐户，有担保债权人就等于占有了有形的动产。如果银行本身就是有担保债权人，则情况就更是如此。

26. 现代术语将无形财产的“占有”这类方法恰当地称作“管制”。不过管制的程度可能会有所不同。在某些情形下，管制是绝对的，债务人不得有任何处分权。在其他情形下，则在帐户对有担保债权人开放的情况下允准债务人享有某些处分权，或其处分权不超过规定的最高限额。管制可能是担保权利有效性（见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4，第……段）或优先权（见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7，第……段）有效性的一个先决条件。

3. 将所有权用于担保目的

27. 除用于担保本身的手段外（见 A.2 节），许多国家的实际做法及有些立法还形成了关于有形和无形资产上的非占有性担保权利的另一做法，即以所有权作为担保（*propriété sûreté*）。设置以所有权作为担保的方法可以是将所有权移交给债权人（见 A.3.a 节）或由债权人保留所有权（见 A.3.b 节）。移交或保留所有权都可使债权人获得非占有性担保（关于非占有性担保的经济需要和理由，见第 15 段）。

a. 所有权移交给债权人

28. 以所有权移交方式提供担保具有两个特征，因此，在某些法域，债权人乐于采取这种方法。第一个特征是，对所有权移交他人的要求通常比设置担保权宽松。第二个特征是，在强制执行时和债务人破产时，债权人如果是所有权人，其地位往往比仅仅是担保权利持有人更为有利。其他法域在对设置或强制执行的要求方面则不对用于担保的所有权和担保权利作任何区分。

29. 有些国家的法律允许通过移交所有权提供担保，而有些国家的法院实际上也是这么做的。在其他许多国家，尤其是民法法系世界，这类所有权移交被视为绕过了本国普通担保工具制度，因而被视为无效。有些法域则作了妥协，尤其在以移交所有权方式提供的担保与债务人的其他债权人发生冲突时，移交所有权方式的担保在效力上降为与普通有担保债权人相同。

30. 立法者在政策上有两个选择。一种选择是允准以移交所有权方式提供担保，（通常）降低要求，但具有绝对移交的更大效力，从而绕开关于担保权利的一般制度。另一种选择是允准以移交所有权方式提供担保，但对其的要求或效力或对这两者均予以限制，使之仅限于如同单纯的担保权利一样。第一种选择的结果可提高有担保债权人的地位，而削弱债务人和债务人的其他债权人的地位。如果非占有性担保的普通担保制度不够完善，则这种解决办法是有其意义的。根据第二种选择，尤其是如果对移交或其效力的要求或对这两者的要求都限制于如同担保权利一样，则可以逐步削弱有担保债权人的优势并相应地减少其他当事人的劣势。为抵消普通非占有性担保制度的具体缺陷，这种解决办法的任何变通形式也有其实际意义。

b. 债权人保留所有权

31. 将所有权用作担保的第二种方式是由合同规定保留所有权。在缴清购置价款以前，卖方或购置有形资产或甚至无形资产所必需之资金的其他贷款人可保留所有权。这类交易通常称作“置产融资”，（关于说明和示例，见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2，第 3-5 段）。

32. 将租赁合同与承租人（按名义价值）的购买选择权相结合便成为保留所有权安排（或置产融资）的一种变通方式，承租人只有在通过分期支付租金而支付了绝大部分“价款”以后才可行使该选择权（见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2 第 7 段中所载示例）。在租约期跨度为例如设备的使用期限的某些情形下，这甚至是一种不附带购置选择权的保留所有权安排。

33. 从经济上讲，保留所有权安排提供了一种担保权利，尤其适用于希望所提供的置产信贷有所保障的卖方的需要，因此卖方广泛使用这项权利。在许多国家，这种信贷被广泛用作取代非置产融资的银行融资的一种替代办法。例如，如果卖方卖给银行，银行再转卖给买方，但保留所有权，或买方使用贷款所得现金支付卖方，并作为贷款的担保将所有权让与银行，在这些情形下，银行可提供置产融资。为促进竞争，应尤其重视这种来源的信贷及由此而产生的特定担保。

34. 由于这样保留所有权安排最初是作为销售合同或租赁合同的一项条件而产生的，所以许多国家仅将之视为一种准担保，因此，不受一般担保规则的约束，例如对形式、公告或效力的要求（主要是优先顺序）。债权人保留所有权不同于所有权的移交，其区别在于其在许多国家享有特殊地位。之所以这样是因为希望促进由供应商提供的置产融资，作为取代非置产融资的银行信贷的一种替代办法。经常使用的但说服力较小

的另一个理由是，卖方需要得到保护才可以在未收到付款的情况下脱离所售出的货物。

35. 与此相反，有些法域不承认或甚至禁止关于保留所有权的条款。有些国家则限制这些条款的适用范围，不承认这些条款对某些资产尤其是对库存品具有效力，其理论依据是，卖方保留所有权与卖方向买方让与处分库存品的权利和权限不符。

36. 在政策上有几种备选办法可以考虑。一种备选办法是维持这种保留所有权安排的特殊性，将之作为所有权方式。另一种备选办法可以是将这种保留所有权安排的效力局限于：仅对相关资产的购置价款适用，而不适用于其他任何信贷；以及（或）限于已购置的资产，而不适用于其收益或产品。还有另一种备选办法是不妨将这种保留所有权安排纳入普通担保权利制度。为此应让与作为卖方的债权人以某些好处。另外还有一种备选办法是将这种保留所有权与其他任何非占有性担保置于完全同等的地位。

37. 前两种备选办法将在非占有性担保权利综合制度以外保持或甚至创建一种特殊的制度。特别是，第一种备选办法向作为卖方的债权人提供了广泛的特权，这种结果尤其在强制执行和发生破产时后果不利于买方的竞合债权人。所有权办法本身存在的一个弊病是，它使得买方无法使用所购置的资产作保给与另一个债权人第二位的担保。所有权办法的另一个弊病是，未经卖方同意，买方的其他债权人无法或很难付诸执行。

38. 上文（见第 36 段）提及的最后两种备选办法与担保权利综合制度是比较一致的。这些备选办法承认，提供信贷的卖方由于脱离了赊销的货物从而应该享有某种特权地位，而且出于经济原因，应当提倡置产信贷。另一方面，为了竞合债权人的利益，这种特权仅局限于特定资产的购置价款和以此种方式出售的货物，而设置在已购货物产生的收益或产品上的权利则不享有这种特权，必须受普通担保权利的适用规则管辖。

39. 将这种保留所有权改为担保权利可提高作为买方的债务人的地位，因为由此可设置第二位的（非占有性）担保权利，从另一债权人那里获得贷款。这样做还有助于加强买方债务人的其他债权人在对作保资产强制执行时在债务人发生破产时所处的地位。

4. 统一综合担保

40. 一种单独的统一综合担保权利设想是美利坚合众国于二十世纪中叶在《统一商业法》中首先提出的。《统一商业法》是所有五十个州均予以采用的一项示范法，其中设立了一种单独的统一综合担保权利。《统一商业法》第 9 条将各州法规和普通法规定下包括移交和保留所有权安排在内的关于有形财产和无形财产的各种各样占有性权利和非占有性权利统一在一起。这一设想传到了加拿大和新西兰，并获得欧洲一些国家的接受。欧洲复兴开发银行示范法建议采纳这一设想。在许多方面做法类似的美洲国家组织示范法将统一综合担保权利局限于非占有性担保，而鉴于联邦制国家立法权分立的情形将占有性担保保留待各州法律处理。¹

41. 涵盖一切的全面做法其主要特征是将关于传统占有性质押规则与关于非占有性质押和为担保目的移交或保留所有权的规则合为一体。这种做法的结果是设立了一种单独的、全面而且连贯一致的担保权利制度，避免了缺漏和不一致情况。这种基本做法所依据的政策及其具体的实施条款内容可由各立法机构自行决定。例如，在这种统一制度内，可通过设立（例如购置款担保的）优先权规则而解决特殊利益问题。

¹ 在阿根廷、巴西和墨西哥等国家，只有省一级享有颁布占有性质押法的立法权。

B. 小结和建议

42. 在某些尽管并不常见但却实际存在的情形中，占有性质押作为一种强力的担保权利可发挥有益的作用。

43. 在合同规定留置权的同时如果附有债权人的出售权，则留置权可发挥占有性质押的作用（见第 14 段）。

[工作组注意：工作组似宜考虑规定这类合同约定的留置权必须遵循与占有性质押相同的管辖规则，但或许至少在某些情形下关于设立这类留置权的管辖规则除外。]

44. 非占有性担保权利对现代高效率的担保交易制度具有极其重要的意义。债务人必须能够占有作保资产，而有担保债权人则在债务人违约时，尤其是在债务人发生破产时，必须受到保护，以免受竞合债权的影响（见第 15 段）。

[工作组注意：工作组似宜考虑这种制度究竟应是同时管辖占有性担保权利和非占有性担保权利，还是仅管辖非占有性担保权利（见第 22 段）。]

45. 鉴于无形财产作为信贷担保的重要性不断增加，而适用于这类担保的规则常常欠缺，所以似宜制定关于无形财产的现代法律制度（见第 23 段）。

[工作组注意：为确保前后一致，工作组似宜考虑关于无形财产担保权利的制度应尽可能接近关于有形财产非占有性担保的制度。

工作组还似宜讨论指南中关于无形财产以及证券和知识产权及由此产生的应收款等特殊类型的无形财产而拟提出的建议。工作组在讨论这一事项时还似宜考虑到下述各个方面：其他组织的工作；在有形财产担保交易（例如，库存品或设备融资）中，无形财产可用作担保的事实；以及无形财产担保权益制度的复杂性和可行性。

此外，工作组还似宜考虑为提供担保而移交所有权究竟是否具有实用价值，是否应保留在关于有形资产和无形资产非占有性担保的高效和有效的制度中（见第 30 段）。工作组还似宜考虑是否应将所有权的保留视为所有权办法或担保办法（见第 36-37 段）。

如果工作组决定将所有权的保留视为担保办法，则工作组似宜赋予作为卖方的债权人或其他购置款信贷供应商与所有权持有人等同的特别优先权。这类特别优先权可局限于已售出的资产及其未偿付的购置价款（但收益和其他信贷除外（见第 38 段）。工作组还似宜考虑将所有权的保留视为等同于“普通”担保权利后不应影响其还适合为其他目的所用（例如，征税、会计核算等）。

而且，工作组还似宜考虑统一的综合担保权利的若干现代担保法中所采取的做法的利弊（见第 40-41 段）。]