



联合国国际贸易法委员会  
第六工作组（担保权益）  
第十一届会议  
2006年12月4日至8日，维也纳

## 担保权益

### 担保交易立法指南草案：术语和建议

#### 秘书处的说明

#### 目录

	段次	页次
术语和解释规则 .....	1-3	3
建议 .....	1-227	10
一. 有效和高效担保交易法的关键目标 .....	1	10
二. 适用范围 .....	2-7	11
三. 担保的基本做法和其他一般规则 .....	8-11	14
四. 担保权的设定（在当事各方之间的效力） .....	12-29	15
A. 一般性建议 .....	12-21	15
B. 特定资产的建议 .....	22-29	17
五. 担保权对抗第三方的效力 .....	30-54	24
A. 一般性建议 .....	30-44	24
B. 特定资产的建议 .....	45-54	29



六. 登记制度 .....	55-71	32
七. 担保权相对于竞合求偿人权利的优先权 .....	72-105	38
A. 一般性建议 .....	72-88	38
B. 特定资产的建议 .....	89-105	45
八. 当事人的权利和义务 .....	106-111	51
A. 一般性建议 .....	106-107	52
B. 特定资产的建议 .....	108-111	52
九. 第三方债务人的权利和义务 .....	112-125	54
A. 应收款债务人的权利和义务 .....	112-118	54
B. 可转让票据债务人的权利和义务 .....	119	57
C. 开户银行的权利和义务 .....	120-121	57
D. 独立保证的担保人/签发人、保兑人或被指名人的权利和义务 .....	122-124	57
E. 可转让单证签发人的权利和义务 .....	125	58
十. 违约和强制执行 .....	126-170	58
A. 一般性建议 .....	126-159	59
B. 特定资产的建议 .....	160-170	66
十一. 破产 .....	171-181	69
A. 贸易法委员会破产法立法指南：定义和建议 .....		69
B. 担保交易指南的其他破产建议 .....	171-181	77
十二. 购置款融资办法 .....	182-194	80
A. 统一处理法的购置款融资办法 .....	182-194	80
B. 非统一处理法的购置款融资办法 .....	182-194	84
十三. 法律冲突 .....	195-217	89
A. 一般性建议 .....	195-206	89
B. 特定资产的建议 .....	207-213	94
C. 在准据法是一个多领土单位国家的法律情况下的特殊规则 .....	214-217	97
十四. 过渡 .....	218-227	99

## 术语和解释规则<sup>1</sup>

1. 本《指南》采用术语来表述有效的担保交易制度所依凭的各种概念。所使用的术语并非来自任何特定的法律体系。即使某一用语看似与某国法律中的用语相同，赋予该术语的含义也可能会有所区别。之所以采取这种做法是为了给读者提供一套共同的词汇和一个共同的概念框架，鼓励对规范担保权的法律进行协调统一。

2. “或”字并不是意在表示非此即彼；使用单数形式也表示包括复数含义，反之亦然；“包括”一词并不是意在表示详尽的列举；“可”字表示允许，“应”字表示指示；“诸如”和“例如”的释义与“包括”一词相同。[“债权人”应解释为既包括法院所在地国中的债权人，也包括外国债权人，但另有指明的除外。]所提及的“人”应解释为既包括自然人，也包括法人，但另有指明的除外。《指南》草案通篇使用的“法律”一词意在既包括成文法，也包括不成文法。“规范可转让票据的法律”或任何类似的措词包含了所有适用于可转让票据的法律，其中不仅包括可转让票据法，也包括可能适用的合同法和其他法律。这一规则同样适用于“规范可转让单证的法律”一语。

3. 以下各段列出了本《指南》所使用的主要术语以及所赋予这些术语的核心含义。其后各章在使用这些术语时进一步阐明了术语的含义，其中还界定和使用了其他一些术语（例如破产一章的情形）。有关定义应结合相关的建议一并阅读。

(a) “担保权”系指动产和附加物上的合意财产权，籍此担保一项或多项债务得以偿付或以其他方式得以履行，不论各当事人是否已将其定名为担保权。担保权包括购置款担保权和非购置款担保权。就应收款而言，担保权还意味着应收款的彻底转让，以及以担保方式的转让。本《指南》所指的“担保权”还系指“受让人的权利”；

(b) “购置款担保权”系指[就统一处理法而言]资产上的担保权，籍此担保资产购货款任何未支付部分的付款义务或为使设保人得以获取该资产而承担的债务。购置款担保权包括所称的担保权，以及在保留所有权销售、租购交易、融资租赁和购货款出贷交易下获得的权利。购置款担保权的“设保人”包括买受人、融资租赁承租人或购货款出贷交易中的设保人。“购置款融资人”系指享有购置款担保权的有担保债权人，并包括保留所有权的出卖人、融资租赁出租人或购货款出贷人；

[工作组注意：工作组似宜大致按如下措词界定“购置款融资办法”的含义：

“购置款融资办法[就统一处理法而言]系无论是否称作担保办法均使一人得以获取对资产的占有权或使用权而同时必须承担向价款支付前保留资产担保权者支付价款的义务的安排。”

<sup>1</sup> 定义和解释规则是评注中的部分，而不是《指南》建议中的部分。之所以列入本文件是为了方便工作组的参考。除非另有说明，皆以 A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1 号文件所载定义和解释规则为基础。

这一定义可放在紧贴“购置款担保权”的定义之前。

工作组还似宜考虑需要增加关于非统一处理法的大意如下的定义：

(a) “保留所有权办法”[就非统一处理法而言]系指使一人得以在承担向支付价款之前保留资产所有权者支付价款的义务的前提下获取资产占有权或使用权的安排。保留所有权办法[就非统一处理法而言]包括保留所有权的销售、租购协议、融资租赁和购货款出货交易。以及

(b) “保留所有权办法下的所有权”[就非统一处理法而言]系指资产上的所有权，籍此担保资产购货款任何未支付部分的付款义务或为使买受人、融资租赁承租人或设保人得以获取该资产而承担的其他债务。（关于本说明，见 A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5，定义的说明）。]

(c) “担保债务”系指以担保权作保的债务；

(d) “有担保债权人”系指享有担保权的债务人。本《指南》所指的“有担保债权人”还系指“受让人”；

(e) “债务人”系指必须履行担保债务的人[，包括次级义务人，例如担保债务的担保人]。债务人可以是也可以不是为有担保债权人设立担保权的人（见设保人）；

(f) “设保人”系指在本人一项或多项资产中为有担保债权人设立担保权的人，以作为其本人债务或另一人债务的担保（见应收款债务人）。本《指南》提及的“设保人”还系指“转让人”；

[工作组注意：工作组似宜注意到，“担保权”定义中的第三句和“有担保债权人”及“设保人”各自定义中的第二句都意在确保一般性建议适用于应收款上的担保权和应收款绝对转让，但另有规定的除外。]

(g) “担保协议”系指设保人与债权人之间设立担保权的协议，无论其形式或所使用的术语如何；

(h) “担保资产”系指已附设担保权的有形或无形动产；

(i) “有形财产”系指各种形式的有形动产。有形物分为库存品、设备、附加物、可转让票据和可转让单证等类；

(j) “库存品”系指正常经营过程中留待销售或租赁的有形物存货以及原材料和半成品材料（在产品）；

(k) “设备”系指某人在其企业经营中所使用的有形物；

(l) “不动产的附加物”系指与不动产有着实体连接，因而被当作不动产，但根据不动产所在国的法律并未丧失其作为动产的特性的有形物；

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将列出不动产附加物的示例（如空调设备或暖气炉，但墙砖或水泥不在其列）（关于本说明，见 A/CN.9/WG.VI/ WP.26/Add.4，定义）。]

(m) “动产的附加物”系指与其他动产有着实体连接[，因而被当作该不动产的一部分]，但根据本法以外的法律并未丧失其独特性的有形物。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将列出动产附加物的示例（如轮胎和航空器发动机等）（关于本说明，见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4，定义）。]

(n) “混集物或制成物”系指物理上集簇一体或相互结合以致丧失本法以外法律规定的其独特性的非金钱有形物；

(o) “无形财产”系指除有形物以外的所有形式的动产。无形物分为应收款和要求对方履行非金钱债务的其他权利等类。

(p) “应收款”系指要求对方偿付金钱债务的权利和要求对方履行非金钱债务的合同权利，但不包括以可转让票据为凭证的受偿权、独立担保下付款义务和银行支付银行账户贷记资金的义务；

[工作组注意：工作组似宜注意到，现对“应收款”的定义作了修订，以反映工作组的理解，即一般性建议及补充的应收款建议应当适用于：(a)合同规定的非金钱应收款（见 A/CN.9/603，第 35 段）；(b)非合同规定的应收款（见 A/CN.9/603，第 36 段）。另外，在定义(w)“原始合同”中增加了措词，以确保“原始合同”一词包括应收款的任何其他非合同来源。还在以下建议中增加了方括号内的措词：(a)建议 22（大批转让和未来应收款转让及应收款的组成部分和未分割权益转让的有效性），以确保非合同应收款可转让性的法定限制不受干扰；(b)建议 109（转让人的表示），以确保关于转让人的表示的建议不适用于非合同应收款的可转（见 A/CN.9/603，第 36 段；另见建议 2 的(a)项、建议 22 和建议 109）。]

(q) “转让”系指在应收款上设定担保权，包括应收款的绝对转让；

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，在应收款上设定担保权包括以担保方式的应收款绝对转让，这在《指南》中是作为一种担保权处理的。]

(r) “转让人”系指进行应收款转让的人；

(s) “受让人”系指所转让的应收款的接收人；

(t) “后继转让”系指初始受让人或任何其他受让人所作的转让。在后继转让的情况下，作出转让的人为转让人，接收所作转让的人为受让人；

(u) “应收款债务人”系指有义务支付应收款的人。“应收款债务人”包括担保人，因为附属担保是一种应收款；

[工作组注意：工作组似宜回顾，其第十届会议上曾商定应将“账户债务人”中的“账户”二字删除。“账户债务人”一词现已改为“应收款债务人”。因此，“债务人”一词继续指作保债务的债务人，从而避免了该词的混用。另外，这一做法也与《联合国转让公约》相一致，其中提及“债务人”用以表示“应收款债务人”。术语上的略微差别是因为公约使用“转让人”一词指称作保债务的债务人。]

(v) “通知”系指书面通信[，但《指南》中另有规定的除外]。“转让通知”系指合理指明所转让的应收款和受让人的书面通信。如果电子通信所含信

息可以调取以备日后查用，则电子通信即满足书面要求（见《贸易法委员会电子商务示范法》第6条和《电子订约公约》第9(2)条）；

[工作组注意：工作组似宜注意到，《指南》提及若干种通知（即在一般担保权登记处登记的通知、违约通知、意图实行非司法强制执行的通知、转让通知以及对记录在案的库存品融资提供人的通知）。工作组似宜考虑是否其他任何通知不必书面形式，以及对所有通知使用同一个用词还是对其中一些使用不同的用词（例如对在一般担保权登记处登记的通知使用“通知”或“登记的通知”（notice），而对其他所有通知则使用“通知”（notification））。

工作组似宜注意到，关于“书面”包括电子通信这一规则已反映在建议10中。根据“书面签名”一词是否保留在建议13（设定）和建议116(c)项（应收款债务人不提出抗辩的约定）而定，工作组似宜考虑建议11中所载的“签名”包括电子签名这一规则是否应在定义中和建议11中都得到反映。]

(w) “原始合同”在转让的情况下系指转让人与应收款债务人之间的产生所转让应收款的合同。就非合同应收款而言，“原始合同”还意味着应收款的非合同渊源；

(x) “可转让票据”系指体现受付款的一种票据，例如支票、汇票或本票，能满足规范可转让票据的法律对可转让性的要求；

(y) “可转让单证”系指体现有形物受付款的一种单证，例如仓单或提单，能满足规范可转让单证的法律对可转让性的要求；

(z) “独立保证”系指（商业或备用）信用证、信用证保兑、独立担保（即付、一索即付、银行担保或反担保）以及法律或惯例规则所承认其为独立的任何其他保证，这些规则包括《联合国独立担保和备用信用证公约》（“联合国担保和备用信用证公约”）、《跟单信用证统一惯例》、《国际备用信用证惯例》和《即付担保书统一规则》；

(aa) “独立保证下的收益”系指针对担保人/签发人为承付独立保证下的提款或被指名人作为给付该提款的对价这两者所拟交付的应付款项、承兑的汇票、延期的付款或其他有价物品而享有的收取权。本术语不包括：

- (一) 独立保证下的提款权（即请求付款权）；或
- (二) 从独立保证下或从处分独立保证下的收益中所获得的利益（即收益本身）；

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，该定义系指“独立保证下的收益”，以与独立保证法和惯例中一般使用的术语相符。本《指南》中使用的这一术语系指设保人作为一项独立保证的受益人有权视其遵守独立保证书的条款和条件的情况而定收到该独立保证下给予的任何付款或其他价值。该术语不包括收益本身，即从担保人/签发人、保兑人或被指名人对提款的承付中（不应把受益人从议付银行收到的价值定性为承付或处分）或从对独立保证下提取收益权的处分中而实际收到的利益。

“独立保证下的收益”这一术语系指收取权，即使独立保证法和惯例中使用的“收益”一词可能系指收取权或在独立保证下收到的任何利益，以及即使《指南》中其他地方使用的“收益”一词系指收到的任何利益。评注将重点说明独立保证下的收益（作为原始担保资产）上担保权和《指南》涵盖的资产的“收益”（《指南》的一个关键概念）之间的区别。]

(bb) “担保人/签发人”系指签发独立保证书的银行或其他人。

(cc) “保兑人”系指在担保人/签发人的独立保证上添加自己的独立保证的银行或其他人；

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，根据《联合国担保和备用信用证公约》第6条(e)款，保兑书为受益人提供了要求保兑人依照所保兑的独立保证书的条款和条件付款而不是要求担保人/签发人付款的选择。]

(dd) “被指名人”系指在独立保证书中以名称或类属（例如“X国的任何银行”）所标明从而被指定根据独立保证给付价值并以该名义行事的银行或其他人；

(ee) 有担保债权人在下列情况下[针对担保人/签发人、保兑人或被指名人而]对独立保证下的收益拥有“控制权”：

- (一) 担保人/签发人、保兑人或被指名人系有担保债权人的，在担保权设定时自动拥有；或
- (二) 担保人/签发人、保兑人或被指名人已经为有担保债权人作出确认的。

[工作组注意：关于方括号内的案文，工作组似宜参考建议96（独立保证下收益上的担保权的优先权）下的说明。]

(ff) “确认”在针对独立保证下的收益时系指将须对独立保证下的提款给予付款或以其他方式给付对价的担保人/签发人、保兑人或被指名人已经单方面或经约定：

- (一) 确认或同意（而无论确认或同意如何表示）在独立保证中的收益上为有担保债权人设定担保权（而不论是否以转让或其他名称命名）；或
- (二) 本人承担就独立保证下的提款向有担保债权人给予付款或给付对价的义务；

(gg) “银行账户”系指由银行管理的可存入或贷记资金的账户。这一术语包括支票账户或其他往来账户，以及储蓄账户或定期存款账户。这一术语不包括根据可转让票据的管辖法律而产生的对银行的索偿权；

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，银行账户贷记款受付款包括转入银行内部账户的资金的受付款，而不适用于欠银行的任何债务。评注还将说明，以对银行在其正常营业过程中已接受的未来支付义务进行预期补偿的方式转入该银行的资金也被包括在内，但条件是，如果该银行未作未来支付，向该银行发出指示的人享有对这些资金的索偿权。]

(hh) 有担保债权人在下列情况下对银行账户贷记款受付款拥有“控制权”：

- (一) 开户银行系有担保债权人的，在担保权设定时自动拥有；
- (二) 开户银行与设保人和有担保债权人订立了控制权协议，根据该协议，开户银行同意在银行账户贷记款受付款方面遵照有担保债权人的指示而无需设保人另行同意；或
- (三) 有担保债权人系账户开户人；

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释：(a)开户银行没有订立控制权协议的义务；(b)有担保债权人的权利将服从于开户银行根据银行账户的管辖法律和惯例而拥有的权利和负有的义务；(c)控制权协议需要得到设保人（以及开户银行）的同意，设保人保留对银行账户内资金的处理权，直到有担保债权人对开户银行另有指示为止（尽管在有些控制权协议中，从控制权协议订立之时起这种资金将被冻结）。评注还将解释，(c)项包括下列情形：(a)现有账户被转让给了有担保债权人；(b)有担保债权人与设保人商定，资金将存入日后开立的账户；(c)有担保债权人系账户的唯一开户人（即并非只是账户的一个共同开户人）。]

(ii) “知识产权”包括专利、商标、服务标志、商业秘密、版权和相关权利及设计。还包括这些权利许可证下的权利；

(jj) “收益”系指从担保资产中获得的一切所得。例如，收益包括通过对担保资产的变卖或以其他方式的处分、收取、租赁或发放许可而收到的所得、收益的收益、法定和天然孳息、股息、分配、保险收益和因瑕疵、损坏或灭失产生的债权；

(kk) “优先权”系指一人优先于竞合求偿人从担保资产上的担保权中获得经济利益的权利；

(ll) “竞合求偿人”系指：

- (一) 在同一担保资产（无论是原始担保资产还是收益）上享有担保权的另一有担保债权人；
- (二) 在非统一处理法的购置款担保权情况下保留对同一担保资产的所有权的出卖人、融资租赁出租人或购货款出贷人；
- (三) 设保人的另一个对同一担保资产主张权利的债权人（例如，通过法律的运作、查封或扣押或类似的程序）；
- (四) 设保人破产情况下的破产管理人；<sup>2</sup>或
- (五) 担保资产的任何买受人或其他受让人（包括承租人或许可证持有人）。

<sup>2</sup> 在破产一章中，为与《贸易法委员会破产法立法指南》所用的术语保持一致，使用了“债务人破产”这一提法（见脚注 55）。

(mm) “占有式担保权”系指由有担保债权人或为有担保债权人持有资产的另一人（债务人或其他设保人除外）所实际占有的有形物上的担保权；

(nn) “非占有式担保权”系指下列担保权：(一)有担保债权人或为有担保债权人持有有形物的另一人未实际占有的有形物上的担保权，或(二)无形物上的担保权；

[工作组注意：工作组似宜考虑，在决定不区分占有式和非占有式担保权之后，(mm)项和(nn)项是否还有必要。使用这两个词的只有建议 1(e)项（关键目标）和建议 2(d)项（资产、当事人、担保债务和担保权）。]

(oo) “占有”，除了如同建议 27 和 48-50 中就可转让单证签发人使用的该术语外，系指由一人或该人的代理人或雇员，或由代表该人持有的另一人，或承认是代表该人持有的独立人士，对有形物的实际占有。本术语不包括推定的、想象的或象征性的占有；

(pp) 可转让单证的“签发人”系指根据可转让单证的管辖法律有义务交付单证上所列有形物的人；

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，在所谓多式联运提单的情况下（如果该提单符合适用法所规定的一种可转让单证的条件），“签发人”可以是将货物运输的各个部分分包给其他人但仍对其运输及运输期间可能发生的任何损害承担责任的人。]

(qq) “破产法院”系指有权控制或监督破产程序的司法机构或其他权力机构；

(rr) “破产财产”系指受破产管理人控制或监督并需由破产程序处理的债务人资产和权利；

(ss) “破产程序”系指根据破产法进行的目的在于债务人企业重组或清算的集体司法程序或行政程序；

(tt) “破产管理人”系指负责管理破产财产的人或机构；

(uu) “在企业正常经营过程中的买受人”系指在正常经营过程中购买库存品的人，出卖人经营的业务是出售该种有形物，而买受人不知该项销售侵犯了根据担保协议有担保债权人享有的权利[或另一人在这些有形物上的其他权利]；

(vv) “在企业正常经营过程中的承租人”系指在正常经营过程中租用库存品的人，出租人经营的业务是出租该种有形物，而出租人不知该项租赁侵犯了根据担保协议有担保债权人享有的权利[或另一人在这些有形物上的其他权利]；

(ww) “在企业正常经营过程中的许可证持有人”系指在正常经营过程中获得无形财产许可使用权的人，许可证发放人经营的业务是给予该种财产的许可使用权，而许可证接受人不知该项许可证侵犯了根据担保协议有担保债权人享有的权利[或另一人在该财产上的其他权利]；

[工作组注意：工作组似宜注意到，“在企业正常经营过程中的买受人”、“在企业正常经营过程中的承租人”和“在企业正常经营过程中的许可证持有人”这三

个词在建议 83 (担保资产买受人、承租人和许可证持有人的权利) 中被提及。评注将澄清, 买受人、承租人或许许可证持有人有可能知道存在一项担保权, 但不知该项转让是否违背了担保协议的条款。评注还将解释, 在极少数情况下库存品买受人不仅知晓担保权, 也知晓该项销售违背了担保协议的条款, 在这种情况下, 买受人将不符合在企业正常经营过程中的买受人的资格, 因此, 根据建议 83(a)项, 不能免除附带的担保权。评注还将澄清, 建议 83 中的判别标准与建议 94 (银行账户贷记款受付款上担保权的优先权) 和建议 95 (资金上担保权的优先权) 的相同。]

(xx) “消费品”系指个人、家庭或居家用途的商品。

### 建议<sup>3</sup>

#### 一. 有效和高效担保交易法的关键目标<sup>4</sup>

##### 目的

关于关键目标的建议, 目的是为制订和发展有效和高效的担保交易法提供一个大的政策框架。这一建议可列入担保交易法的序言部分中, 作为在解释和适用担保交易法(以下称“法律”)时应考虑的基本立法政策《指南》。

##### 关键目标

1. 法律的设计应达到下列目标:

- (a) 促进担保信贷;
- (b) 允许利用广泛各类资产的本身全部价值在尽可能最广泛的信贷交易中对信贷给予支持;
- (c) 使当事人能够以简单、高效率的方式获得担保权;
- (d) 规定对不同信贷来源和不同形式的担保交易给予平等待遇;
- (e) 确认非占有式担保权的有效性;
- (f) 通过加强可预见性和透明度鼓励当事各方负责任的行为;
- (g) 确立明确和可预见的优先权规则;
- (h) 便利以可预见和高效率方式执行债权人的权利;
- (i) 平衡各方受影响人的利益;

<sup>3</sup> 本文件中的建议系以各章标题旁脚注编号所指文件中载列的建议为基础, 除非某一特定建议标题旁的脚注或说明中另有所指。

<sup>4</sup> 见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7。

- (j) 促进当事人意思自治；以及
- (k) 协调统一各种担保交易法，包括冲突法规则。

## 二. 适用范围<sup>5</sup>

### 目的

法律范围条文的目的是为担保交易制定一套单一综合制度。其中应当指明法律所适用的资产、当事人、担保债务和担保权。

### 资产、当事人、担保债务和担保权

#### 2. 法律应当适用于下列各项：

(a) 所有各类动产和附加物，无论其有形还是无形，是现有的还是有未来的，包括库存品、设备和其他货物、合同和非合同应收款、合同非金钱债务、可转让票据、可转让单证、银行账户贷记款受付款、独立保证下的收益和知识产权；

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，一般性建议由关于应收款的建议作为补充，适用于：(a)合同和非合同应收款（但建议 22 和 109 不适用于非合同应收款）；(b)合同非金钱债务。评注还将解释，非由《指南》所建议的法律适用于合同非金钱债务的债务人权利（另见定义(p)“应收款”和建议 22 和 109 下的说明）。]

(b) 所有法人和自然人，包括消费者，但不影响其根据保护消费者法规所享有的权利；

(c) 所有各类债务，无论是现有的还是有未来的，已确定的还是可确定的，包括浮动债务和统称的债务；

(d) 动产上的所有各类占有式和非占有式担保权；

(e) 为保证债务的偿付或以其他方式得以履行而以合同方式设定的所有各类财产权，而不论相关交易的形式，包括各种形式的保留所有权、融资租赁和租购协议，以及担保方式下的所有权转移。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将澄清，虽然《指南》适用于担保权（其定义是合意担保权），但优先权一章适用于合意担保权与非合意担保权之间的优先权竞争。]

<sup>5</sup> 见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7。

### 应收款的彻底转让<sup>6</sup>

3. 法律应当适用于应收款的彻底转让，但以服从建议 160 为前提（强制执行的一章对应收款彻底转让的适用）。

[工作组注意：工作组似宜注意到，由于定义(p)“应收款”不包括根据可转让票据获得付款的权利、根据独立保证进行付款的义务和银行支付银行账户贷记款的义务，所以建议 3 不适用于可转让票据的彻底转让、独立保证下的收益或银行账户贷记款的受付款。但是，《指南》的建议适用于这类资产为担保目的而作的转让，因为这些转让被视作担保交易。

评注将解释，可转让票据的彻底转让、独立保证下的收益和银行账户贷记款之所以被排除在外，是因为：(a)其引起不同的问题，需要特别的规则；(b)与应收款不同，应收款担保权方式的转让和彻底转让将根据登记的先后顺序争获优先权，而对于可转让票据而言，有担保债权人可以始终通过占有票据而获得超级权利。同样，就独立保证下的收益和银行账户贷记款的受付款而言，有担保债权人也可以始终通过控制而获得超级权利。评注还将讨论非支票形式的可转让票据彻底转让所引起的问题，以便利那些可能希望在法律中处理这些问题的国家（关于本说明，见 A/CN.9/611，建议 3(f)项下的说明）。

在这方面，工作组似宜注意到，评注将解释，虽然可以很容易地通过与本《指南》涵盖应收款的彻底转让相类似的方式，将担保交易法的各项原则适用于本票的彻底转让，并可能适用于除支票以外的汇票的彻底转让，但这些原则并不太适用于支票的彻底转让。后一议题已由可转让票据法和银行托收法充分涵盖。

评注还将解释，希望将其担保交易法的范围扩大到适用于作为本票或汇票的可转让票据的彻底转让（并将“担保权”的定义范围扩大到包括此类交易中的受让人的权利）的颁布国似宜考虑规定，作为此类可转让票据的彻底转让的担保权在转让时自动取得对抗第三方的效力。这种规则将避免扰乱现行财务做法。

另外，评注将解释，对于这种担保权的优先权，将适用优先权的一般原则。特别是，将由以建议 89 和 90 所限定的建议 76 中所载一般原则管辖。在应收款彻底转让的情况下，这种可转让票据彻底转让的受让人应当能够强制执行该票据而无需转让人的进一步同意，但以强制执行一章所述可转让票据上债务人的权利为限（关于上述三个段落，见 A/CN.9/611/Add.1，建议 3(f)项下的说明。]

### 航空器、铁路机车车辆、空间物体、船舶和知识财产

4. 尽管有建议 2(a)项，法律也不应当适用于下列各项：

(a) 本法的建议与本国关于航空器、铁路机车车辆、空间物体、船舶及其附加物的现有特别法或国际义务相冲突的，不适用于这类资产。存在直接冲突

<sup>6</sup> 见 A/CN.9/611，建议 3，(f)项。

的，法律应当明确确认，在发生冲突的范围内由特别法和国际义务规范这些资产；

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，所提到的“航空器、铁路机车车辆、空间物体和船舶”应该按关于其的国内法或国际公约中这些词语的含义理解。]

(b) 本法的建议与本国关于知识产权的现有法律或国际义务相冲突的，不适用于这些资产。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，根据本《指南》颁布担保交易立法的国家，应考虑在适用于知识财产上的担保权时是否应调整某些建议。在这方面，颁布国应审查其现行的知识产权法和本国根据知识产权条约、公约和其他国际协定而承担的义务，如果《指南》的建议与此类任何现行法律或义务直接不相符合，颁布国的担保交易法应当明确确认，在不一致的情况下由这些现行的知识产权法和义务管辖这类问题。

在考虑这些建议适用于知识产权方面的担保权是否应当加以调整时，一国应当针对具体情况逐一分析每种情形，并且应当妥善考虑建立一个有效的担保交易制度和确保根据国际公约和国内法保护和行使知识产权。

工作组似宜注意到，委员会第三十九届会议曾请秘书处编写一份关于知识产权融资问题的文件，供委员会第四十届会议审议，以便就知识产权融资问题向各国提供进一步的指导。]

## 证券和不动产

5. 法律应当规定，其不适用于[直接持有的]证券和不动产，尽管如建议 24 和 45 所规定，法律可能涉及这类资产。

[工作组注意：工作组似宜注意到，证券和不动产作为原始担保资产的，排除在《指南》的范围之外。但是，这些资产可能受《指南》建议的影响。

如果证券上的担保权或抵押权为应收款、可转让票据或其他债务担保，而该应收款、可转让票据或其他债务发生了转让，则证券上的担保权或抵押权附随转让。本规则不影响根据证券或不动产法原已存在的任何第三方权利、优先权和强制执行要求。例如，中介代持证券上的担保权根据证券法通过入账或控制而取得对抗第三方效力的，将具有优先权。

工作组似宜考虑，如果证券或不动产是《指南》所涵盖的一项资产的收益，那么担保权是否及于这些收益。如果是，将可能需要增加一些措词，确保收益形式的证券或不动产上的第三方权利、优先权和担保权的强制执行按适用的证券法或不动产法处理。

另外，工作组似宜注意到，建议 5 方括号中的案文是为了避免将不受任何特别法规管辖的直接持有的证券排除在《指南》范围之外（甚至统法学会的《关于中介代持证券的实体规则公约》草案也不适用于直接持有的证券）。从

而将不会留下任何空白，例如在完全由母公司持有的分公司股份上的担保权方面，因为这类担保权涉及大量的商业贷款交易。]

#### 就业薪给

6. 法律应当规定，对于以薪酬、退休金、就业福利和依随就业合同或就业关系累积的其他津贴以及其他类似的支付款项（例如家庭赡养费）为形式的应收款而作保的担保权，凡本法以外的法律限制其设置的，或限制这类应收款转让的，本法即对其不适用。

#### 其他例外

7. 法律应当限制对其适用范围的任何其他例外，如有任何其他例外的，应当在法律中明确具体阐明。

### 三. 担保的基本做法和其他一般规则<sup>7</sup>

#### 目的

有关担保的基本做法的建议，目的是确保法律以集成和前后一致的方式涵盖作担保用途的所有形式的动产权利。

#### 集成和功能处理方式

8. 法律应当制定一套关于有形物和无形物担保权的集成和一致的条文。其规则应当适用于为债务作保的一切以合同方式设定的动产权利（不论其形式），包括有形物所有权的转让安排所设置的权利，或为担保目的的应收款转让、保留所有权形式的销售、融资租赁或租购协议[，但建议 171（非统一处理法购置款融资办法，备选案文 B）和建议 193（保留所有权办法下对所有权的强制执行，非统一处理法，备选案文 B）另有规定的除外]。

#### 当事人意思自治

9. 法律应当规定，除另有规定[具体说明不得约定减损或更改的条文，如强制执行情况下的行为准则]外，有担保债权人和设保人或债务人可约定减损或更改其有关各自权利和义务的条文。此类约定不影响任何非约定当事人的权利。

---

<sup>7</sup> 见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7。

## 电子通信

10. 法律应当规定，如果其要求通信须采用书面形式，或规定了无书面形式的后果的，则若电子通信所含信息可以调取以备日后查用的，电子通信即满足该项要求。

[工作组注意：工作组似宜注意到，本建议沿用了《联合国电子订约公约》第 9(2)条的措词，与《贸易法委员会电子商务示范法》第 6 条相一致。]

11. [法律应当规定，如果其要求通信或合同须由一人签名的，或规定了无签名的后果的，则就电子通信而言，在下列条件下即满足该项要求：

(a) 使用了一种方法来鉴定该当事人的身份，并且表明该人对电子通信中所含信息的意图；以及

(b) 使用的该方法符合下列任何一项条件：

(一) 从所有各种情况看来，包括根据任何相关协议，所用方法是可靠的，对生成或传递电子通信的目的来说也是适当的；或

(二) 事实证明其本身已完成或连同进一步的证据而已完成以上(a)项所述的功能。]

[工作组注意：工作组似宜注意到，本建议沿用了《联合国电子订约公约》第 9(3)条的措词，与《贸易法委员会电子商务示范法》第 7 条相一致。工作组还似宜注意到，根据建议 116(c)项（不提出抗辩或抵消权的约定），应收款债务人放弃抗辩需要有书面签名。]

## 四. 担保权的设定（在当事各方之间的效力）<sup>8</sup>

### 目的

关于设定事宜的法律条文的目的，是规定以何种方式设定动产上的担保权（即在当事各方之间生效）。

### A. 一般性建议

#### 担保权的设定

12. 法律应当规定，设保人与担保债权人之间的协议指明担保债权人和设保人的身份并对担保债务和拟设保的资产作出合理说明的，担保权即由此设定。对担保资产作笼统描述即可（例如“全部资产”或“全部库存品”）。

<sup>8</sup> 见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7。

13. 法律应当规定，担保资产占有权附随协议转移的，协议可以是口头的。否则，协议必须是书面形式[，由设保人根据建议 11 签名，][证明设保人授予担保权的意图]。

#### 设定时间

14. 法律应当规定，当满足建议 12 和 13（担保权的设定）对担保协议的要求时，并且设保人拥有对资产的权利或资产设保权的，担保权即为设定，除非双方当事人约定一个较后的日期。

#### 可适用于担保协议的债务<sup>9</sup>

15. 法律应当规定，担保权可以担保任何种类的债务，无论是现有的还是有是未来的，已确定的还是可确定的，以及有条件债务和浮动债务。

#### 可适用于担保协议的资产

16. 法律应当规定，可以使用任何种类的资产设置担保权，包括使用资产组成部分和资产中未分割的权益。担保协议可涵盖担保协议订立时可能尚不存在或设保人可能尚未拥有或无权利设保的资产。这些规则的任何例外都应为数有限，并在法律中加以明确具体说明。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，在设保人获得对未来资产或对第三方资产的权利之前，这些资产上的担保权不能设定。其他法律（例如买卖法或财产法）可能允许在未拥有的资产上设置担保权或以其他方式处分该资产（例如，法规保护善意的受让人从设保人获得其所占有但并不拥有的资产上的权利）。]

17. 法律应当规定，设保人可授予其总资产上的担保权。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注所讨论的某些法律制度的做法是在总资产担保权的设保人发生破产的情况下（关于总资产担保的讨论，见 A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2，第 20-25 段），为无担保债权人保留一定比例的担保资产价值（见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6，第 33-35 段）。然而，由于评注中所述原因，《指南》并不建议采用这种做法（见建议 85（优先债权的优先权））。]

#### 收益上担保权的设定<sup>10</sup>

18. 法律应当规定，除非担保协议当事人另行约定，担保资产上的担保权及于其可识别的收益。

---

<sup>9</sup> 见 A/CN.9/611。

<sup>10</sup> 见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4，建议 29、29 之二和 30。

19. [法律应当规定，虽有建议 18，但惟有当事人在担保协议中作出规定，担保权才及于担保资产的法定孳息和天然孳息形式的收益。]

[工作组注意：工作组似应注意到，建议 19 对担保资产的法定孳息和天然孳息提出了一种与建议 18 中对其他类别收益的做法不同的做法。但是，术语一节所定义的“收益”概念包括法定孳息和天然孳息，所以，正常预期可能是，担保权将自动延及法定孳息和天然孳息。为此，工作组似宜考虑删除建议 19。

另外，工作组似宜合并审议关于收益上担保权的所有定义和建议（即定义 (j) 和建议 18-21、43-44、80、173-174、191-192 和 198）。工作组还似宜注意到，评注将指明，这些建议必须结合在一起阅读。]

### 混合收益

20. 法律应当规定，在金钱形式的收益已经与其他财产混合因而收益无法识别的情况下，只要混合之后任何时候财产总额都超过收益的数额，与其他财产混合前夕的收益数额应被当作可作识别的收益。如若在混合之后任何时候财产总额少于收益的数额，则财产总额处于最低时候的数额加随后与财产相混合的任何收益数额应被当作可作识别的收益。

21. 法律应当规定，在非金钱收益已经与同类其他财产混合因而收益无法识别的情况下，收益价值相对于财产总值在总财产中所占的比额应被当作可作识别的收益。

[工作组注意：工作组似宜注意到，建议 20 重点论述的是金钱，因为：(a) 非金钱形式的混合收益并非一种常见现象；(b) 关于这些情况的追踪规则也不常见。但是，在有些情况下，收益是与同类其他物品混合在一起的可替代物品（例如，当易货交易的收益是共同粮仓中储存的粮食时），建议 21 可以适用于这类情况。]

## B. 特定资产的建议

### 大批转让和未来应收款转让及应收款的组成部分和未分割权益转让的有效性<sup>11</sup>

22. 法律应当规定：

(a) 未特别指明的[合同]应收款、未来应收款和应收款的组成部分或未分割的权益，其转让在转让人和受让人之间以及对于应收款债务人有效，条件是在转让时，或对于未来应收款来说当其发生时，其对于所相关的转让来说可以识别；以及

(b) 除非另有约定，一项或多项未来应收款的转让具有效力，而无需要求每一项应收款的转让都有新的转让行为。

<sup>11</sup> 关于建议 22-24，见 A/CN.9/611，建议 14-16。

[工作组注意：工作组似宜注意到，本建议(a)项方括号内的案文是为了确保非合同应收款可转让性方面法定限制不受干扰（见 A/CN.9/603，第 36 段，以及定义(p)“应收款”下的说明和建议 2(a)项及建议 109）。工作组似宜合并审议关于应收款上担保权的所有定义和建议（即定义(a)、(p)-(w)和建议 18-20、22-24、45、108-118、160-162、172、192、197、207 和 213）。工作组似宜注意到，评注将指明，这些建议以及其他所有特定资产的建议必须结合在一起阅读。]

不顾禁止转让条款进行的转让的有效性

### 23. 法律应当规定：

(a) 即使初始或其后任何转让人与应收款债务人或任何后继受让人之间的协议以任何方式限制转让人对其应收款加以转让的权利，转让也应在转让人与受让人之间以及对于应收款债务人有效；

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，本建议(a)项仅使债务人与债权人之间订立的对债权人转让债务人所欠该债权人的应收款的权利加以限制的协议丧失效力。如果这种应收款被转让，则债务人即为“应收款债务人”，债权人即为“转让人”。

例如，如果一项租赁货物的协议限制出租人转让其在该租赁下应得的租金的权利，(a)项使转让上的限制丧失效力，因为该协议是应收款（租约产生的租金）的债务人（承租人）与债权人（出租人）之间订立的。作为对比，如果出租人与承租人之间的租约限制承租人的转让权利，规定其不得转让由承租人在一项转租租约下对新承租人应缴租金而拥有的债权所构成的应收款，则(a)项不适用，而且本《指南》中的任何内容概不使这种限制丧失效力。这是因为，限制承租人权利而规定其不得转让其在转租租约下对新承租人应缴租金拥有的债权的协议并不是承租人（转租中的新出租人和债权人）与转租下的新承租人（转租中的债务人）之间的协议。可否对承租人强制执行租赁上的限制，由本《指南》所建议的法律以外的法律确定。

知识产权许可证列有对转让的限制的，适用同样的分析。(a)项将使该许可证协议中一项限制许可证发放人转让许可证持有人应缴规费的条款丧失效力。但该建议不会使该许可证协议中一项限制许可证持有人转让分许可证费的条款丧失效力。后一条款是否具有效力将由本《指南》所建议的法律以外的法律确定。

评注还将解释，凡不能通过对转让的法定限制而加以自我保护的国家，似宜按照《联合国转让公约》第 40 条的思路考虑对本建议的例外情形。]

(b) 本建议概不影响转让人对违反这一协议而承担的任何义务或赔偿责任，但这一协议的对方当事人不得仅仅以该项违约为由而撤销原始合同或该转让合同。非协议当事人不因仅仅知悉该协议而承担赔偿责任；

(c) 本建议仅适用于下列应收款的转让：

- (一) 根据货物或金融服务以外其他服务的供应或租赁合同、工程建筑合同或不动产买卖或租赁合同等原始合同产生的应收款；
- (二) 根据工业产权或其他知识产权或专有资料的买卖、租赁或许可证原始合同产生的应收款；
- (三) 代表对信用卡交易的支付义务的应收款；
- (四) 依照涉及两个以上当事方的净额结算协议按净额结算应付款项后尚欠转让人的应收款。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将澄清，(b)项所述撤销合同系指一般意义上的合同终结。]

#### 在为应收款、可转让票据或任何其他债务作保的权利上设定担保权

#### 24. 法律应当规定：

(a) 在应收款、可转让票据或本法所涵盖作为担保资产的任何其他债务上享有担保权的有担保债权人，无需设保人或担保债权人采取进一步行动，即自动享有为应收款、可转让票据或其他债务的支付或以其他方式得以履行而作保的任何对人权或对物权；

(b) 如果该对人权或对物权是独立保证，则担保权自动及于独立保证下产生的收益，但不及于独立保证下的提取权；

(c) 如根据本法以外的其他法律，不动产上的权利可与其所可能作保的应收款、可转让票据或其他债务分别转让，则不适用本建议；

(d) 在应收款、可转让票据或任何其他债务上享有担保权的有担保债权人，享有为应收款、可转让票据或其他债务的支付或以其他方式得以履行而作保的任何对人权或对物权，无论设保人与应收款债务人或与可转让票据或其他债务的债务人之间达成任何协议，以任何方式限制设保人的权利，规定其不得在应收款、可转让票据或其他债务上，或在为应收款、可转让票据或其他债务的支付或以其他方式得以履行而作保的对人权或对物权上设定担保权；

(e) 本建议概不影响设保人对违反本建议(d)提及的协议而承担的任何义务或赔偿责任，但这一协议的对方当事人不得仅仅以该项违约为由而撤销产生应收款、可转让票据或其他债务的合同，或撤销设定对人或对物担保权的担保协议。非协议当事人不因仅仅知悉该协议而承担赔偿责任；

(f) 本建议(d)和(e)项仅适用于在下列应收款、可转让票据或其他债务上的担保权：

- (一) 根据货物或金融服务以外其他服务的供应或租赁合同、工程建筑合同或不动产买卖或租赁合同等原始合同产生的应收款、可转让票据或其他债务；

(c) 根据工业产权或其他知识产权或专有资料的买卖、租赁或许可证原始合同产生的应收款、可转让票据或其他债务；

(c) 代表对信用卡交易的支付义务的应收款、可转让票据或其他债务；

(d) 依照涉及两个以上当事方的净额结算协议按净额结算应付款项后尚欠转让人的应收款、可转让票据或其他债务。

(g) 本建议(a)项的规则不影响设保人对应收款债务人或对可转让票据或其他债务的债务人而承担的任何义务；

(h) 只要无损于为应收款、可转让票据或其他债务的支付或以其他方式得以履行而作保的任何对人或对物担保权上的担保权根据本建议(a)项自动具有的效力以及根据建议 45 自动具有的对抗第三方效力，本法以外若有其他法律涉及本法范围外任何资产上为应收款、可转让票据或其他债务的支付或以其他方式得以履行而作保的担保权的，其关于此类担保权设定的形式或登记的任何要求不受本建议影响。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，本建议的目的是便利融资交易，例如由动产和不动产上担保权担保的贷款组合的证券化。在这些情形下，贷款买受人希望能够依靠对这些贷款加以担保的担保权，但不希望在购买开始时为可能含有数百或数千笔贷款的贷款集合体中每一笔贷款实行单独转让行为（如果本《指南》所建议的法律以外的法律有此要求的话）而承担额外开支。单独转让行为（如果有的话，而且如果其他法律有此要求）对于仅仅强制执行那些后来拖欠的贷款是必要的，这些贷款一般在所实际购买的贷款集合体中占很小比例。买受人可在强制执行时决定是否接受单独转让行为的开支，是自愿从出卖人那里接受还是在法院的协助下接受。但买受人在决定是否购买以及以什么价格购买这些贷款时，将只为预计将拖欠的很小比例的贷款而不是为整个贷款集合体考虑单独转让行为的开支。作为节省开支的结果，出卖人应能够得到较高的购买价格，从而使出卖人获得更多的资金。

评注还将澄清，本建议适用于应收款的彻底转让（但不适用于可转让票据或其他债务的彻底转让），因为本《指南》一般仅适用于应收款的彻底转让。

评注还将澄清，(a)项至(c)项沿用了《联合国转让公约》第 10 条第(1)款的措词，并考虑到《指南》中所称法律属国内法的性质而作了适当的必要调整，(e)项和(f)项则沿用了建议 23(b)项和(c)项的措词，以及《联合国转让公约》第 10 条第(3)和第(4)款的措词。

此外，评注将澄清，(g)项沿用了《联合国转让公约》第 10 条第(5)款的措词，根据其中规定，如果担保权涉及交付一项资产的占有权，而这种交付给应收款债务人或可转让票据或其他债务的债务人造成损害的，本《指南》所建议的法律以外的适用法律下可能存在的任何赔偿责任不受影响。例如，在交付一件贵重有形财产的占有权情形下，有担保债权人或受让人造成该财产受损或灭失的，就可能出现这种赔偿责任的情况。

另外，评注将澄清，(h)项沿用了《联合国转让公约》第 10 条第(6)款的措词，明确规定，本法范围之外的资产（例如不动产）上担保权的转让形式，由

本法以外法律处理，但最低限度是不得损害担保权的自动设定和第三方效力。因此，抵押权受让人要想获得不动产法下的各种权利，例如强制执行该抵押权的权利，就可能有必要具备经公证的文件并进行登记。评注还将进一步解释，本法范围内的资产上担保权的转让形式受本法管辖。]

#### 可转让票据上担保权的设定<sup>12</sup>

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，根据建议 12 和 13，可转让票据上担保权的设定方式可以是设保人与有担保债权人之间的书面协议，并且可能还是经签署的书面协议，或是通过一项口头协议，并转移可转让票据的占有权。评注还将解释，根据这些建议设定担保权将不会影响根据管辖可转让票据的法律通过对可转让票据加以背书而获得的权利。]

另外，工作组似宜合并审议关于可转让票据上担保权的所有定义和建议（即定义(x)和建议 45、89-90、119、163-164、195、209 和 213）。工作组还似宜注意到，评注将指明，这些建议必须结合在一起阅读。]

#### 银行账户贷记款受付款上担保权的设定<sup>13</sup>

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，根据建议 12 和 13，银行账户贷记款受付款上的担保权可以通过设保人与有担保债权人之间的协议设定。评注还将解释，建议 25 的目的是，尽管开户银行与设保人（账户开户人）之间可能订有禁止转让协议，但仍确认在银行账户贷记款受付款上设定的担保权在设保人与有担保债权人之间有效（但对于开户银行无效）。]

25. 法律应当规定，即使设保人与开户银行之间可能订有协议，以任何方式限制设保人的权利，规定其不得在其银行账户贷记款受付款上设定担保权，但银行账户贷记款受付款上的担保权依然有效。但是，开户银行没有义务承认有担保债权人，并且未经开户银行同意，不得在其他方面就该担保权对开户银行强加任何义务。

[工作组注意：工作组似宜注意到，关于建议 2(b)项的评注将澄清，颁布国似宜考虑到《指南》各项建议可能对消费者保护法产生的任何影响。]

另外，工作组似宜合并审议关于银行账户贷记款受付款的所有定义和建议（即定义(gg)和(hh)，以及建议 25、46、92-94、120-121、165-167、208-209 和 213）。工作组还似宜注意到，评注将指明，这些建议必须结合在一起阅读。]

<sup>12</sup> 见 A/CN.9/611/Add.1。

<sup>13</sup> 见 A/CN.9/611/Add.1，建议 26。

### 独立保证下收益上担保权的设定<sup>14</sup>

26. 法律应当规定，即使根据独立保证的管辖法律和实践表明独立保证下提款权本身是不可转让的，受益人也可在独立保证下的收益上设置担保权。在独立保证下的收益上设置担保权并不是独立保证下提款权的转让。[独立保证下提款权能否转让是有关独立保证的法律与实践管辖的事项。]

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将明确指出，第一句第二部分明确说明的一个重要观点是，独立保证本身（即提取权）可否转让，与在独立保证下的收益上设定担保权的权利无关。评注还将解释，第二句对独立保证下付款请求权和独立保证下收益接收权作了区分。

工作组似宜考虑方括号内的第三句是否应作为建议或评注的一部分，因为其中所列的是其他法律的规定，而不是本法律应当载明的规定。另外，工作组似宜合并审议关于独立保证下收益上担保权的所有定义和建议（即定义(z)和(aa)-(ff)，以及建议 26、47、96、122-124、168 和 210-212）。工作组还似宜注意到，评注将指明，这些建议必须结合在一起阅读。]

### 可转让单证上担保权的设定<sup>15</sup>

27. 法律应当规定，以可转让单证设定担保权也就是在该单证所代表的货物上设定担保权，条件是该单证上的担保权在设定时签发人直接或间接占有该货物。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将澄清，可以根据建议 12 和 13（通过设保人与有担保债权人之间的书面协议，并且可能还是经签署的书面协议，或甚至通过口头协议，并转移可转让单证的占有权）而直接在可转让单证所涵盖的货物上设定担保权，或根据建议 27，通过在涵盖货物的可转让单证上设定担保权。另外，评注将澄清，建议 27 的用意是在可转让单证上存在担保权的情况下，可不必在该单证所涵盖的货物上另行设定担保权。此外，评注将解释，不论是建议 12 和 13，还是建议 27 或者其他任何建议，都不影响根据管辖可转让单证的法律而在可转让单证上获得的权利。

为便利那些可能希望考虑处理多式联运单证的颁布国，评注还将解释，由于《指南》中可转让单证的定义由管辖可转让单证的法律确定，所以多式联运单证的可转让性也由该法律决定。工作组似宜合并审议关于可转让单证上担保权的所有定义和建议（即定义(y)、(oo)和(pp)，以及建议 27、48-50、97-98、169、125、195 和 213）。工作组还似宜注意到，评注将指明，这些建议必须结合在一起阅读。]

<sup>14</sup> 见 A/CN.9/611/Add.1，建议 25。

<sup>15</sup> 见 A/CN.9/611/Add.1，建议 28。

### 附加物上担保权的设定<sup>16</sup>

28. 法律应当规定，设定担保权时有形物成为附加物的，有形物上可以设定担保权，有形物随后成为附加物的，其上附有的担保权继续留存。不动产的附加物上的担保权，可以根据本法或关于不动产的法律设定。

[工作组注意：工作组似宜注意，评注将解释，如果不动产附加物上的担保权是根据关于不动产的法律设定的，该担保权可以同时具有对抗第三方的效力。评注还将解释，如果此种担保权是根据担保交易法设定的，那么根据不动产法律享有权利的人，其权利可以不受影响。举例来说，如果一项担保权是根据担保交易法律设定的，那么只有不存在根据不动产法律设定的相竞权利时，才能执行该项担保权，或者说该项担保权对根据不动产法律取得的权利无优先权（见建议 99）。

另外，工作组似宜合并审议关于附加物上担保权的所有定义和建议（即定义(l)和(m)，以及建议 28、51-53、99-102、170、189、195 和 200-201）。工作组还似宜注意到，评注将指明，这些建议必须结合在一起阅读。]

### 混集物或制成物上担保权的设定<sup>17</sup>

29. 法律应当规定，有形物混合成混集物或制成物的，不可以在其上设定担保权。但是，有形物上设定担保权后有形物才混合成混集物或制成物的，担保权在混集物或制成物上继续留存。担保权的价值以有形物成为混集物或制成物组成部分前夕的价值为限。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将澄清，在已混合成混集物或制成物的有形物上不能设定担保权，因为在设定担保权时，这些有形物已不作为单独的有形物而存在（见定义(n)“混集物或制成物”）。评注还将解释，在货物混合成混集物或制成物之前货物上原有的担保权按本建议第三句所载的计算方法继续留存于混集物或制成物上。根据这一计算方法，如果面粉的价值为 5，糖的价值为 5，制成的蛋糕价值为 20，并且有两个有担保债权人，则每个有担保债权人将得到 5，剩余的价值 10 将留给设保人及其无担保债权人。如果蛋糕的价值低于其中配料的价值，则有担保债权人将按比例分摊损失（例如，如果蛋糕的价值为 8，每个有担保债权人将得到 4）。这意味着：(a)有担保债权人的所得不能超出欠其的限度；(b)如果混集物或制成物的价值减少，有担保债权人将按比例承受损失（这是一个优先权问题）。

另外，工作组似宜合并审议关于混集物或制成物上担保权的所有定义和建议（即定义(n)和建议 29、54、103-105 和 195）。工作组还似宜注意到，评注将指明，这些建议必须结合在一起阅读。]

<sup>16</sup> 见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4，建议 31。

<sup>17</sup> 见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4，建议 32。

## 五. 担保权对抗第三方的效力<sup>18</sup>

### 目的

关于担保权对抗第三方的效力的法律要求，目的是以下列方式，为可预见的、公平的和有效率的优先权排序奠定基础：

(a) 要求把登记作为担保权对抗第三方效力的一个先决条件，除非根据相反的商业政策考虑，登记方面的例外情形和替代做法是适当的；以及

(b) 制定一个法律框架，从而可建立和支持登记担保权通知的简便、有效和具有成本效益的公共登记制度。

### A. 一般性建议

#### 第三方效力的含义

30. 法律应当规定，担保权只有是根据本法设定的，并且遵循了建议 33、35 或 36 所述的其中一种方法的，才具有对抗第三方的效力。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，建议 30 的用意是为了澄清第三方效力的含义，因为该含义对第三方效力和优先权一章至关重要，而且第三方效力与当事方之间的效力相分开对许多法律制度还是一个新概念。建议 30 由建议 31 和 32 作为补充，后两项建议进一步澄清第三方效力的含义。]

#### 不具有对抗第三方效力的担保权的效力

31. 法律应当规定，根据关于设定担保权的法律规定而设定的担保权，即使不具有对抗第三方的效力，也具有对设保人的效力。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，担保权不具有对抗第三方效力的，对于一般债权人或所拥有的担保权不具有对抗第三方效力的有担保债权人，没有效力。这种方法符合本《指南》中采用的第三方效力的含义。该方法的实际结果是，在担保权不具有对抗第三方效力的情况下，不会产生优先权问题，因此，这类权利相互之间是平等的，并且与一般债权人的权利平等（除非他们成为判决胜诉债权人，见建议 86）。]

#### 担保资产转让后担保权继续具有的对抗第三方效力

32. 法律应当规定，除建议 82 至 84 规定的以外，担保资产上的权利转让之后，在转让时担保权具有对抗第三方效力的，继续随附该资产并保持其对抗第三方的效力。

---

<sup>18</sup> 见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，本建议反映的规则是担保资产的纯粹转让并不使担保权丧失对抗第三方的效力（追及权）。这一规则在建议 81 中作了重述，但略有不同。工作组似宜考虑这一规则是应当在本章中阐述，还是在优先权一章中阐述。]

#### 实现担保权第三方效力的一般方法

33. 法律应当规定，根据关于设定的法律规定而设定的担保权，凡在建议 55-71 所述的一般担保权登记处登记了担保权通知的，具有对抗第三方的效力。

34. [法律应当规定，这种通知的登记并不设定担保权，也不是设定担保权的必要条件。]

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，登记担保权通知是担保权取得对抗第三方效力的一个先决条件，但登记本身并不是设定担保权，也不是设定担保权的必要手续。设定担保权主要是要求有双方当事人按照设定一章中相关建议的规定订立的协议。]

#### 实现担保权第三方效力的替代方法

35. 法律应当规定，担保权也可按替代登记的下列任何一种方法取得对抗第三方的效力：

(a) 就有形物而言，如同建议 40 和 48-50 的规定，移交了担保资产的占有权；

(b) [就担保权设定时价值低于[指明价值]的消费品而言，如同建议 41 的规定，在设定非购置款担保权时自动取得（，关于消费品上的购置款担保权，见建议 185）]；

(c) 就须在专门登记处登记或在产权证上加注的动产而言，如同建议 42 的规定，进行了这种登记或加注；

(d) 就收益而言，如同建议 43 和 44 的规定，收益自动取得第三方效力；

(e) 就担保应收款、可转让票据或其他债务得以偿付或以其他方式得以履行的对人权或对物权而言，如同建议 45 的规定，应收款、可转让票据或其他债务取得了第三方效力；

(f) 就银行账户贷记款的受付款而言，如同建议 46 的规定，实现了控制权；

(g) 就附加物而言，如同建议 51-53 的规定，进行了登记；以及

(h) 就混集物或制成物而言，如同建议 54 的规定，[在有形物成为混集物或制成物组成部分前实现了有形物的][在有形物成为混集物或制成物组成部分后一定时间内实现了混集物或制成物的]第三方效力。

### 独立保证下收益上的担保权取得第三方效力的唯一方法

36. 法律应当规定，除建议 45 的规定外，独立保证下提取收益权上的担保权如同建议 47 的规定，只能通过控制权取得对抗第三方的效力。

### 不同类别资产的第三方效力的不同方法

37. 法律应当规定，对于不同的担保资产物品或种类可使用不同的方法来实现第三方效力，而不论其是否由同一项担保协议设保。

### 担保权第三方效力的持续性

38. 法律应当规定，即使担保权藉以取得对抗第三方效力的方法改变，只要该担保权无时不具有对抗第三方的效力，其对第三方的效力持续有效。

[工作组注意：工作组似宜注意到：本建议并未单独提到登记（即设定前的预先登记），因为如果取得第三方效力的方法在登记失效前改变，此时担保将已获设定并因而取得对抗第三方的效力。]

### 担保权的预先登记或第三方效力失效

39. 法律应当规定，如果已登记了担保权通知或取得了对抗第三方效力，但随后有一段时间没有登记担保权也没有对抗第三方的效力，可以重新建立登记或确立第三方效力。在这种情况下，登记或第三方效力自此后登记担保权或取得对抗第三方效力的最早时间起算。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，本建议分别提及登记和第三方效力，因为登记是在设定担保权之前办理的（见建议 64），而第三方效力则要求设定担保权和完成关于第三方效力的一种方法（见建议 31）。

工作组似宜注意到，本建议沿用了建议 77 和 78 的措词，根据其中的规定，优先权自重新确立第三方效力之时或登记担保权通知之时起算。工作组似宜考虑建议 39 的第一句是否应当保留在本章中，因为其处理的是登记或第三方效力失效的问题，而第二句则是否应当仅反映在优先权一章中，因为其处理的主要是优先权问题。

工作组还似宜注意到，评注将解释，第三方效力可能会在一些情况下失效，例如，有担保债权人在最初的登记有效期届满后不予展期；或第三方效力系通过向有担保债权人交付担保资产占有权而取得，但有担保债权人后来将占有权归还给了设保人。评注还将解释，担保权系在取得第三方效力的特定方法失效之前登记或取得对抗第三方效力的，第三方效力不失效。

评注将包括下列情况的示例，说明在取得第三方效力的特定方法失效后，第三方效力仍继续有效：

(a) 第 1 天，设保人为有担保债权人设定担保权，后者在同一天占有担保资产。第 2 天，有担保债权人登记其担保权通知，然后放弃占有权。第三方效力自第 1 天起持续有效；

(b) 第 1 天，设保人为有担保债权人设定担保权，后者在同一天登记其担保权通知。第 2 天，有担保债权人占有担保资产，而登记在第 3 天失效。第三方效力自第 1 天起持续有效。如果有担保债权人在第 4 天重新登记，并于第 5 天将担保资产的占有权交给设保人，则结果是一样的。]

#### 通过占有而取得的有形物上担保权的第三方效力

40. 法律应当规定，有形物上的担保权也可通过占有而取得对抗第三方的效力。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，由于“有形物”一词涵盖可转让票据和可转让单证（见定义(i)），所以本建议适用于可转让票据和可转让单证上担保权的第三方效力。因此，可转让票据或可转让单证上的担保权可以通过登记或占有方式而取得对抗第三方的效力。建议 48 至 50 增加了关于可转让单证上和可转让单证涵盖的货物上的担保权对抗第三方效力的规则。]

#### [低价值消费品上非购置款担保权的第三方效力

41. 设定担保权时价值低于[指明价值]的消费品上的非购置款担保权[关于消费品上的购置款担保权，见建议 185]，凡消费品无需进行专门登记或无需按产权证制度办理手续的，在担保权设定时自动取得对抗第三方的效力。]

[工作组注意：工作组似宜注意到，由于没有大量融资活动涉及消费品上的非购置款担保权，所以委员会第三十九届会议广泛支持删除建议 41（因而还有相关的建议 35(b)项；见 A/61/17，第 25 段）。如果保留本建议，则工作组似宜审议，由于一国的低价值在另一国可能是高价值，所以确定低价值应当以成本效益分析为基础，将资产的可能变现价值与登记成本作以比较。]

#### 需作专门登记或实行产权证制度的动产上的担保权的第三方效力

42. 法律应当规定，凡动产上的担保权按照本法以外其他法律需通过在专门登记处登记或在产权证上加注才取得对抗第三方的效力的，此种担保权在下列条件下具有对抗第三方的效力：

- (a) 在专门登记处进行登记；或
- (b) 在产权证上加注。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，在专门登记处登记可能具有根本效力，而不是第三方效力，并可能涉及文件的登记，而不仅仅是通知。评注还将解释，建议 42 在措词上是为了避免处理该问题，因为该问题是其他法律处理的事项。另外，评注将解释，如果相关的特别立法规定，则在一般担保

权登记处登记和在专门登记处登记就是本建议提及的这类动产上担保权取得第三方效力可采用的唯一方法（即第三方效力不能通过占有方式取得）（关于需办理特别登记的附加物，见建议 53）。

评注还将解释，建议 42 由建议 79 作为补充，根据该建议，在专门登记处登记的或在产权证上注明的担保权相对于在一般担保权登记处登记的担保权而言，具有优先权。因此，为保证对所有各类竞合债权人的绝对优先权，担保权应根据建议 42 而不是建议 33 加以登记而生效。这种做法的道理是需要为设保资产的买受人或有担保债权人而维护专门登记处或产权证制度的可靠性，因为他们依赖这些制度确保其权利得到保护。]

收益上担保权的第三方效力<sup>19</sup>

#### 备选案文 A

43. 法律应当规定，担保资产上的担保权凡具有对抗第三方的效力的，在下列条件下，该担保资产的任何收益上的担保权在该收益产生时即具有对抗第三方的效力：

(a) 通过在普通担保权登记处登记通知、在专门登记处登记或者在产权证上加注，担保资产上的担保权已取得对抗第三方的效力，并且在那时依然有效；或

[工作组注意：工作组似宜注意到，(a)项将不适用于例如通过占有方式取得对抗第三方效力的担保权。建议 44 中的余留规则将适用于这种权利。工作组还似宜注意到，委员会第三十九届会议曾将这些备选案文交给工作组处理，以便尽可能就其中一则备选案文达成一致（见 A/61/17，第 26 段）。]

(b) 收益是金钱、应收款、可转让票据或银行账户贷记款受付款。

44. 如果建议 43 不适用，收益上的担保权在收益产生后[···]天之内具有对抗第三方的效力，如若担保权在该时限届满之前通过建议 33 或 35 提到的方法之一取得对抗第三方的效力，其此后将继续具有对抗第三方的效力。

#### 备选案文 B

43. 法律应当规定，如果担保资产生成的收益是金钱、应收款、可转让票据或银行账户贷记款受付款，凡担保资产上的担保权具有对抗第三方效力的，担保资产任何收益上的担保权在收益产生时也具有对抗第三方的效力。

44. 如果建议 43 不适用，收益上的担保权在收益产生后[···]天之内具有对抗第三方的效力，如若担保权在该时限届满之前通过建议 33 或 35 提到的方法之一取得对抗第三方的效力，其此后将继续具有对抗第三方的效力。

<sup>19</sup> 关于建议 43 和 44，见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4，建议 41 和 41 之二。

[工作组注意：工作组似宜注意到，鉴于对收益上的担保权是应当自动取得对抗效力还是应当在收益产生时单独作出赋予第三方效力的行为，工作组中存在意见分歧（见 A/CN.9/593，第 26-32 段），因此，建议 43 包括了两个备选案文。

根据备选案文 A，如果原始担保资产上的担保权已通过登记取得对抗第三方的效力，或者担保权是设置在金钱及其同类物上的，则收益上的担保权自动取得对抗第三方的效力。如果担保权是根据建议 44 通过占有而取得对抗第三方效力的，则收益上的担保权将在短期内具有对抗效力，其此后只有在作出第三方效力的单独行为的情况下才继续具有对抗效力。

根据备选案文 B，自动对抗第三方的效力将局限于收益是金钱及其同类物的形式，而建议 44 则将适用于所有其他情形。由于采取这种做法，收益上的担保权在收益产生后的几天之内仍将具有对抗第三方的效力，此后，只有登记了收益上的担保权通知或者将其占有，才继续具有对抗效力。评注将说明，法定孳息和天然孳息自动涵盖在内，因其被界定为“收益”（见定义(jj)）。

工作组还应考虑到，为了兼顾保护有担保债权人和保护第三方这两方面的需要，建议 44 中所提到的时间期限应当与适用于购置款担保权的第三方效力建议中的宽限期一样短（即 20-30 天，见建议 184）。]

## B. 特定资产的建议

为应收款、可转让票据或任何其他债务作保的权利上的担保权的第三方效力<sup>20</sup>

45. 法律应当规定，应收款、可转让票据或本法所涵盖视作担保资产的其他任何债务上的担保权若具有对抗第三方的效力，则在为应收款、可转让票据或其他债务的支付或履行作保的任何对人权或对物权上的担保权自动具有对抗第三方的效力，无需设保人或担保债权人采取进一步行动。如果对人权或对物权是独立保证，则独立保证下收益上的担保权自动具有对抗第三方效力（但是，如建议 24(b)项所规定，担保权不及于独立保证下的提取权）。本建议不适用于根据本法以外其他法律而可以与所可能担保的应收款、可转让票据或其他债务作分别转让的不动产上的权利。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，关于第三方效力的一般性建议适用于应收款上的担保权，也适用于应收款的彻底转让。评注还将解释，第二句话括号内的文字解说担保权不及于独立保证下的提取权（即要求付款权）。由于没有设在提取权上的担保权，所以这方面不存在第三方效力的问题。]

<sup>20</sup> 见 A/CN.9/611，建议 37。

#### 银行账户贷记款受付款上的担保权的第三方效力<sup>21</sup>

46. 法律应当规定，有担保债权人通过取得对银行账户贷记款受付款的控制权，也可以实现银行账户贷记款受付款上的担保权对抗第三方的效力。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，根据建议 33，银行账户贷记款受付款上的担保权也可通过在一般担保权登记处登记通知而具有对抗第三方的效力。]

#### 独立保证下收益上的担保权的第三方效力<sup>22</sup>

47. 法律应当规定，除建议 45 的规定外，关于独立保证下收益上的担保权，有担保债权人只有通过取得对独立保证下收益的控制权，该担保权才能具有对抗第三方的效力。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，无论是占有独立保证还是登记通知均不应成为独立保证下收益权上的担保权取得对抗第三方效力的一种方法。占有独立保证（即使是有形的独立保证）在独立保证的现代使用中仅发挥有限的作用。此外，如果把占有列入本《指南》以作为实现对抗第三方效力的一种方法，就必须要有述及优先权和法律冲突的复杂规则。但应该指出的是，尽管占有并不构成实现对抗第三方效力的一种方法，但实际上如果根据独立保证的条款在独立保证下进行提取时须实际出示独立保证，则占有就会给予有担保债权人以保护。在此种情形下，没有有担保债权人的合作，受益人就无法进行有效提取，因此有担保债权人可采取步骤确保得到付款（例如，有担保债权人可以要求受益人首先获得确认，使有担保债权人得以享有控制权，然后才交出独立保证，允许向提供确认的担保人/签发人或指定的人出示该独立保证）。]

#### 可转让单证上担保权的第三方效力<sup>23</sup>

48. 法律应当规定，有担保债权人通过取得可转让单证的占有权，也可以实现可转让单证上担保权对抗第三方的效力。

49. 法律应当规定，可转让单证上的担保权具有对抗第三方效力的，该单证所涵盖的货物上的相应担保权也具有对抗第三方的效力。只要货物为可转让单证所涵盖，有担保债权人通过取得可转让单证的占有权，可以实现货物上担保权对抗第三方的效力。

50. 法律应当规定，可转让单证上的担保权通过有担保债权人取得单证占有权而实现对抗第三方效力的，在为了最终出售或交换、装载或卸载或以其他方式

---

<sup>21</sup> 见 A/CN.9/611/Add.1，建议 43。

<sup>22</sup> 见 A/CN.9/611/Add.1，建议 49。

<sup>23</sup> 见 A/CN.9/611/Add.1，建议 44-44 之三。

处理可转让单证所涵盖的货物而将该可转让单证让与设保人或其他人之后一段为期间[指明天数]天的短期内仍具有对抗第三方的效力。

#### 附加物上担保权的第三方效力<sup>24</sup>

51. 法律应当规定，有形物上的担保权在有形物成为附加物时已具有对抗第三方效力的，该担保权随后仍具有对抗第三方的效力。

52. 法律应当规定，不动产附加物上的担保权通过在不动产登记处办理登记也可以取得对抗第三方的效力。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，根据建议 33，在有形物上的担保权取得对抗第三方效力时有形物是附加物的或事后成为附加物的，可以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。评注还将解释，建议 51 的用意是为了澄清，附加物上的担保权在有形物成为附加物之前已取得对抗第三方效力的，不必为取得对抗第三方效力而再采取附加步骤。另外，评注将解释，建议 52 指明，不动产附加物上的担保权可以通过在一般担保权登记处登记或在不动产登记处登记而取得对抗第三方的效力。

本建议是为了保护不动产登记处的完整性和可靠性而设计的。由建议 99 作为其补充，根据该建议，不动产附加物上的担保权遵照不动产法取得对抗第三方效力的，优先于该附加物上遵照本法取得对抗第三方效力的担保权。建议 52 还由建议 100 作为其补充，根据该建议，不动产附加物上的担保权根据建议 52 通过在不动产登记处登记而取得对抗第三方效力的，优先于在相关不动产上后登记的担保权。评注还将解释，如果不动产附加物上的担保权根据本建议取得对抗第三方的效力，所登记的内容原则上属于不动产法处理的事项。但是，可能需要提请立法者注意，也许有必要修订不动产法以便允许登记担保权通知而不仅仅是公证的文件。第三方在查找通知时遇到的一个困难是不动产登记处中的登记是按资产而不是按设保人编目的。

评注还将解释，担保权是设定在整个不动产上的，但通知中应当对附加物作出说明，而且优先权应当限于附加物一旦分离后所具有的价值。作为执行问题，还有必要论及附加物是否可以分离的问题以及如何偿付有担保债权人的问题（见建议 170）。工作组还应考虑，一债权人根据不动产法律取得了权利，是否有权偿清对根据动产法律取得担保权的有担保债权人欠下的债务。这个问题可以留给债权人之间的协议解决。

评注还将讨论近年来立法上采取的做法，这就是，附加物上的担保权仅在一般担保权登记处登记，然后登记处将此项登记的通知转发给不动产登记处。]

<sup>24</sup> 见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4，建议 45 和 46。

受专门登记制度或产权证制度管辖的动产的附加物上担保权或其他权利对抗第三方的效力<sup>25</sup>

53. 法律应当规定，凡动产附加物上的担保权按照本法以外其他法律需通过在专门登记处登记或在产权证上加注才取得对抗第三方的效力的，此种担保权在下列条件下具有对抗第三方的效力：

- (a) 在专门登记处进行登记；或
- (b) 在产权证上加注。

[工作组注意：工作组似宜注意到，本建议沿用了建议 42 的措词。]

混集物或制成物上担保权的第三方效力<sup>26</sup>

#### 备选案文 A

54. 法律应当规定，有形物上的担保权在有形物成为混集物或制成物组成部分时已具有对抗第三方效力的，如同建议 29 所规定，根据本法在混集物或制成物上设定的担保权随后仍具有对抗第三方的效力，无需采取任何进一步的行动。

#### 备选案文 B

54. 法律应当规定，有形物上的担保权在有形物成为混集物或制成物组成部分时已具有对抗第三方效力的，如同建议 29 所规定，根据本法在混集物或制成物上设定的担保权随后在混集物或制成物生成后[···]天内仍具有对抗第三方的效力。如若担保权在该时限届满之前通过建议 33 或 35 提到的方法之一取得对抗第三方的效力，其此后将继续具有对抗第三方的效力。

## 六. 登记制度<sup>27</sup>

### 目的

关于登记制度的法律条文，目的是为了建立一般担保权登记处，并规范其运作。登记制度的目的是提供：

- (a) 关于设保人现有或未来资产上现有或未来担保权可藉以取得对抗第三方效力的一种方法；
- (b) 一个以担保权取得对抗第三方效力的时间为准的优先权规则依据；以及

---

<sup>25</sup> 见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4，建议 46 之二。

<sup>26</sup> 见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4，建议 47。

<sup>27</sup> 见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5。

(c) 一个客观的信息来源，使涉及设保人资产的第三方（例如，未来的有担保债权人和买受人、判决胜诉债权人和设保人的破产管理人）了解资产上是否可能已设置了担保权。

登记制度的设计应当确保登记和查询在操作上方便简单，省时省事，具有成本效益，而且向公众开放。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将把本章的目的一节与下述建议联系起来：建议 12 和 13（设定）、建议 30（区别设定与第三方效力）、建议 34（指明登记并不设定担保权）、建议 42（在专门登记处登记）和建议 64（指明登记可以发生在设定担保权之前）。

评注还将解释，迅速、有效、费用低廉和用户友好的登记处对于动产担保交易法促进增加低成本信贷的机会至关重要，而具有下列特征的登记制度则不适合：(a)要求对文件进行登记（而不是按建议 55(b)项和建议 58 的规定登记通知）；(b)要求审查或核实文件（而不是按建议 55(c)项的规定除登记员之外任何人不作审查或核实）；(c)产生根本效力（而不是建议 33 或 35 中所描述的效力）；(c)要求支付高昂的（例如从价）登记费（而不是按建议 55(h)项的规定以收回成本为基础收取象征性的费用。]

#### 登记和查询过程的操作框架

55. 法律应当提供一个行政框架，确保登记和查询过程的操作达到如下：

(a) 登记和查询程序的简明《指南》广泛公布，随时备取，有关登记处的设立及其作用的信息也已作广泛宣传；

(b) 进行登记的方式是登记通知，其中载列建议 58 所述的信息，而不是交存一份所依据的担保协议或其他文件；

(c) 除登记人以外，通知可不经其他任何人核查或审查而进行登记；

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，错误通知或误导性的通知可根据建议 68 加以取消，而是否应对有意登记错误通知或误导性通知的行为予以处罚的问题，则留待侵权法、刑法或其他法律处理。评注还将提供指导，指出可能实行的处罚类型。]

(d) 查询人员无需说明查询理由即可进行查询；

(e) 登记处的记录集中管理并包含根据本法登记的所有担保权通知；

(f) 按照设保人的名称或可以确定设保人身份的其他某种可靠标识，例如国家签发的身份号或商业登记号来编制通知索引和对通知进行检索；

(g) 登记处向公众开放；

(h) 登记费和查询费的定价不高于收回成本所必要的限度；

(i) 登记处有多种访问方式和地点供登记人选择；

(j) 登记处的办公时间固定统一，符合登记处潜在用户的需要；以及

(k) 在国家基础设施能力许可的情况下，登记制度使用计算机系统。尤其是：

- (一) 通知以电子形式储存在计算机数据库中；
- (二) 登记人和查询人可使用包括互联网和电子数据交换在内的电子或类似手段直接查取登记处的记录；
- (三) 系统的设计最大限度地减少输入不完整或无关信息的风险（如要求填写基本数据字段）；以及
- (四) 系统的设计便于进行迅捷完整的信息检索，最大限度地减轻人为错误造成的实际后果。

#### 登记处的安全性与完整性

56. 为了确保登记处记录的安全性及完整性，登记处的运作和法律框架应反映如下特征：

- (a) 输入登记信息后，登记人随即可获得一份登记记录；
- (b) 登记记录中要求输入登记人的身份；
- (c) [登记处][有担保债权人]有义务向通知中记名的设保人转交一份通知；
- (d) 登记处有义务向通知中记名的有担保债权人发送一份对通知作出的任何变更；
- (e) 尽管登记处的日常运作可委托由民营机构负责，但国家仍有责任确保登记处的运作符合管辖的法律框架。以及
- (f) 登记处的记录可以重建。

#### 对于损失或损害的责任

57. 法律应当规定对登记和查询制度在管理或运作上出现的错误而造成的损失或损害的责任划分。如果系统在设计上允许登记处用户在无登记处人员干预下直接进行登记和查询，则登记处的责任限于系统发生故障。

#### 通知的必需内容

58. 法律应当规定通知必须只包含下列内容：

- (a) 建议 59-61 规定的设保人的身份，以及有担保债权人或其代表的身份及其住址；
- (b) 建议 63 规定的对通知所涉资产的描述；
- (c) 建议 64 规定的登记期限；以及

[(d) 关于可强制执行的担保权最高金额的说明[，如果本国决定此种资料有助于便利补充的借款]。]

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，虽然“代表”一词的含义可能以本法以外的其他法律为准，但其包括代理人、受托人或为有担保债权人代履行职责的其他人。]

#### 设保人身份识别特征的充分性

59. 法律应当规定，只有在通知中列明了设保人正确的身份识别特征的情况下，或如果载列不正确，则在可以按照设正确的身份识别特征通过查询登记处记录而检索到通知的情况下，通知才具有效力。

60. 法律应当规定，在设保人是自然人的情况下，有效的登记所需的设保人身份识别特征是按出生证、身份证或护照等特定正式证件所记载的设保人姓名。如有必要，还应要求补充资料，如出生日期或身份证号码等，以排除类同者，百里挑一，准确识别设保人。

61. 法律应当规定，在设保人是法律实体的情况下，有效的登记所需的设保人识别特征是该实体组建文件中所记载的名称。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将说明，设保人名称列在国家保存的单独记录中的，例如在商业或公司注册中的，则国家似宜在这两种登记册之间建立链接，以便利准确的数据输入。评注还将解释，对于自然人，需要有姓名以外的身份识别特征（如出生日期），以区别同名同姓的自然人。公司则无需这种识别特征，因为其名称必须是独一无二的才能为公司登记册所接受。]

#### 设保人身份识别特征的变更

62. 法律应当规定，如果设保人的身份识别特征在登记了通知之后发生变更，则：

(a) 在变更时设保人对担保资产享有权利的，担保资产上的担保权仍具有对抗第三方的效力；

(b) 在变更之后[···]天内设保人新获资产上的担保权或设定的担保权具有对抗第三方的效力；以及

(c) 在变更[···]天后设保人新获资产上的担保权或设定的担保权不具有对抗第三方的效力，除非对通知加以修订，提供设保人新的身份识别特征。

[工作组注意：工作组似宜考虑建议 62 的下列备选案文：

#### “备选案文 A

法律应当规定，设保人的身份识别特征在登记通知之后发生变更的，在设保人向有担保债权人通知名称变更之前，担保权始终具有对抗第三方的效力。此后

有担保债权人有[...]天时间可以修正通知。不这样做即意味着在该段时间期满后担保权对所登记的有担保债权人和取得对担保资产权利的买受人无效，除非在竞合担保权登记之前或买受人取得对该资产的权利之前，有担保债权人对通知作出修正。

#### 备选案文 B

法律应当规定，设保人身份识别特征在通知登记后发生变更的，有担保债权人[...]天时间可以修正通知。不这样做意味着在发生变更[...]天期满后担保权对所登记的有担保债权人和取得对担保资产权利的买受人无效，除非在竞合担保权登记之前或买受人取得对该资产的权利之前，有担保债权人对通知作出修正。”

另外，工作组还似宜注意到，评注将就建议 62 中提到的时限提供指导（如 60 天、90 天或 120 天）。评注还将讨论实体可能变更名称的各种情况（如兼并或收购）。]

#### 对通知中涵盖的资产所作描述的充分性

63. 法律应当规定，如果所作描述对通知中涵盖的资产所作指认可将这些资产与设保人的其他资产区别开来，该项描述即具有充分性。对担保资产作笼统描述足矣。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，“所有库存”或“一切现有和未来资产”等描述具有充分性。]

#### 登记时间

64. 法律应当规定，担保权通知可在担保权设定之前或之后进行登记。

[工作组注意：工作组似宜注意到，本建议的目的是为了确认可以在担保权设定之前进行登记。评注将解释，允许预先登记的目的是使有担保债权人能够通过尽早登记而便利在缔结正式担保协议后提供贷款来确保其优先权地位，尤其是相对于潜在的竞合求偿人的优先地位（另见建议 76，根据该建议，优先权自登记之时（即在担保权设定之前，而假定是随后设定了担保权）或取得对抗第三方效力之时（即设定加登记或占有）起算）。评注还将解释，设保人不受不准确的通知或错误通知的影响，因为这些通知不产生任何法律后果，而且债务人反正也总是可以根据建议 68 而寻求取消通知，或根据侵权法、刑法或其他法律行使其他救济。]

## 相同当事人之间多项担保协议的一次性通知

65. 法律应当规定，为确保由相同当事人之间订立的所有担保协议所设定或拟设定的担保权具有对抗第三方的效力，只要协议中涵盖的动产物品或种类符合登记的通知中所作描述的范畴，则只登记一项通知即可。

### 通知的有效期限和延期

66. 法律应当指明通知的有效期限，或允许登记人在登记时选择通知的有效期限并在该期限届满之前随时加以延长。

### 通知或其修订生效的时间

67. 法律应当规定，通知或其修订中所载的信息输入登记处的记录可供登记处记录查询人调阅之时，通知或其修订生效。

[工作组注意：工作组似宜注意到，如果登记制度允许向登记处提交书面通知（相对于登记人的直接数据输入），则在登记官员收到通知后至登记处工作人员将该通知的信息输入记录可供查询人调阅之前，将存在着时间上的一些滞后。在此种情况下，会产生登记何时生效的问题，究竟是登记处收到通知之时，还是将通知输入记录可供查询人调阅之时。如果登记官员收到时登记即生效，则查询将不会披露所有具有法律效力的登记。因此，为保护第三方的信息需要，本建议规定登记时间为可供查询之时。尽管这将使有担保债权人承担任何滞后所带来的风险，但有担保债权人比第三方更有能力采取各种步骤进行自我保护。此外，前文就登记处的设计和运作而列述的建议应可确保登记程序迅捷高效。在无需登记处工作人员干预的完全电子化系统中，通知的输入及其可供查询人调阅几乎是同时发生的，因此这一问题将大大减少。]

工作组还似宜注意到，评注将解释，修订可涉及各种变更，例如：(a)增加或删除担保资产的物品或种类；(b)增加或删除设保人的身份识别特征；(c)记录设保人或有担保债权人身份识别特征的变更；(d)披露原始登记中记名的有担保债权人向新的有担保债权人转让担保权的情况；或(e)披露对登记的担保权造成影响的排序居次协议或保证。]

### 通知的取消或修订

68. 法律应当规定，未达成任何担保协议的，或[通过全额偿付或其他方式]终止担保权的，或通知中载有未经设保人授权的信息的：

- (a) 有担保债权人必须在设保人提出要求后[……]天内取消或修订通知；
- (b) 设保人有权通过简易程序强迫取消或修订通知；

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，设保人可能甚至在(a)项所述的期限届满之前，按(b)项寻求取消通知。不过，在这种情况下，设保人可能

必须承担所涉及的任何费用(见 A/CN.9/593, 第 54 段)。工作组还似宜注意到, 评注将为各国提供本建议所提及的时限方面的指导(如 20-30 天)。]

69. 法律应当规定, 有担保债权人有权随时取消或修订通知。

70. 法律应当规定, 登记官员应当在登记被取消后的一段短暂时期内将通知的记录从登记处可查询的记录中删除, 但仍应把已取消的通知中所载的信息和已被取消这一事实归档以便在必要时能够加以检索。

71. [法律应当规定, 担保债务发生转让的, [可以对通知加以修订, 以指明新的有担保债权人的名称, 但未加修订的通知继续有效][为使通知继续有效, 必须对其加以修订, 以指明新的有担保债权人的名称]。]

[工作组注意: 工作组似宜考虑, 本建议方括号中的哪一备选措辞更可取(见 A/CN.9/593, 第 56 段)。]

## 七. 担保权相对于竞合求偿人权利的优先权<sup>28</sup>

### 目的

关于优先权的法律条文, 目的是:

(a) 提供一套高效率和可预见的制度, 用以确定担保权相对于所有可能的竞合求偿人权利的优先权顺序; 以及

(b) 为设保人在同一资产上设定一个以上的担保权的交易提供便利, 从而设保人能够利用其资产的充分价值获取信贷。

### A. 一般性建议

#### 优先权的范围

72. 法律应当规定, 担保权的优先权及于担保协议下所担保的一切债务[最高金额以通知中所示的金额为准]。

#### 知悉存在担保权毫无关系

73. 法律应当规定, 竞合求偿人知悉存在担保权并不影响其根据优先权法律条文享有的权利。

#### 担保未来债务的担保权的优先权

74. [在服从建议 86 的前提下, ]担保权的优先权不取决于所担保的债务的发生日期。

---

<sup>28</sup> 见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将澄清，如果担保一项信用贷款的担保权在第一天取得对抗第三方的效力，信贷于第二天、第三天和第四天发放，则优先权的起算日为担保权取得对抗第三方效力的时间（即第一天）。评注还将解释，建议 86 列述了上述规则的例外，其中规定，如果担保下的债务是在判决胜诉债权人获得担保资产上的权利之后发生的，担保权的排序次于判决胜诉债权人的权利。工作组似宜审议是否添加更多例外情况的问题（如应将购置款担保权的超级优先权限于受让人购得相关资产的时间之前发生的担保债务）。]

### 排序居次协议

75. 法律应当规定，享有优先权的竞合求偿人可在任何时候单方面或通过协议将其优先权排序退居于其他任何现有或未来竞合求偿人之后。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将明确指出，根据本建议，不仅是优先权顺序不同的竞合求偿人之间可以签订排序居次协议，优先权顺序相同的竞合求偿人之间也可签订排序居次协议（见 A/CN.9/593，第 61 段）。工作组还似宜注意到，建议 179 处理了设保人破产情况下的排序居次协议问题。]

### 同一担保资产上各项担保权的优先顺序

76. 法律应当规定，除建议[...]的规定以外，动产上的担保权无论是先已完成登记还是先已取得对抗第三方的效力，优先于同一资产上后完成登记或后取得对抗第三方效力的担保权。登记日期决定所有担保资产上担保权的优先权，无论该资产是设保人在登记日期之前、当日还是之后获得的，也无论该资产是在该日期之前、当日还是之后才产生的。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将指明，所提及的登记系指在根据建议 64 设定担保权之前的登记，而所提及的第三方效力则系指设定另加采取一种步骤根据建议 33、35 或 36 取得第三方效力。评注还将解释，当同一资产上存在竞合权利时、债务人对其担保债务违约时和担保资产的价值不足以清偿所有担保债务时，将会出现优先权问题。评注还将指明：

- (a) 对于在一般担保权登记处登记的两项担保权，以早登记者为先；
- (b) 对于在专门登记处登记或在产权证上加注的两项担保权，以早登记者为先；
- (c) 对于在一般担保权登记处登记的担保权和在专门登记处登记或在产权证上加注的担保权，以后者为先（按建议 79 的结果）；以及
- (d) 对于（设立之前）在一般担保权登记处或专门登记处登记的或在产权证上加注的担保权和（已设立并）取得对抗第三方效力的担保权，以早登记或早取得对抗第三方效力者为先。

此外，工作组似宜注意到，评注还将澄清，如果一项担保权不具有对抗第三方的效力，则不存在优先权问题，因此，此类担保权的排序相同。评注还将

解释，建议 76 适用于同一担保资产上的两项担保权之间的冲突（至于其是否适用于同买受人和判决胜诉债权人的冲突，见建议 82 下的说明）。

另外，工作组似宜注意到，评注还将解释，对于在设立之前登记的担保权，按照登记时间排列优先顺序，其原因是为了鼓励提前登记（从而向第三方发出通知），并提供确定性，使有担保债权人能够在发放信贷之前确定其担保权的优先顺序。上述原因不适用于预先占有的情况。另外，此类规则对于可转让票据和可转让单证是没有必要的，因为通过持有票据和单证而取得的权利优先于通过登记而取得的权利（见建议 89、90、97 和 98）。至于其他有形物，据认为，没有预先占有的做法（占有权的移交一律依据担保权协议）。因此，对预先占有的情况不采用按照建议 76 的思路所定的一般规则。工作组似宜考虑是否存在有担保债权人可在签订上述协议之前占有担保资产这种实质性的融资惯例，如果存在，预先取得占有权的有担保债权人是否应按取得占有权的时间得到优先权（见 A/CN.9/593，第 68 段）。]

#### 优先权的连续性

77. 法律应当规定，担保权藉以取得对抗第三方效力的方法发生变更的，只要该担保权无时不具有对抗第三方的效力，担保权的优先权不受影响。

78. 法律应当规定，如果一项担保权已作登记或已取得对抗第三方的效力，之后有一段时期该担保权既无登记也无对抗第三方的效力，则该担保权的优先权自其再次登记或再次取得对抗第三方效力的最早时间起算。

[工作组似宜注意到，根据建议 39，对抗第三方的效力是连续的。如果其中断，则自其再次确立之时起算（另见建议 39 的说明中所列的示例）。]

#### 在专门登记处登记的或产权证上加注的担保权或其他权利的优先权

79. 法律应当规定，凡附加物以外的动产上的担保权或其他权利（如买受人或出租人的权利）根据建议 42 的规定取得对抗第三方效力的，相对于下列担保权具有优先权：

(a) 同一资产上通过在普通担保权登记处登记通知或以其他任何方法取得对抗第三方效力的担保权，无论先后顺序；以及

(b) 后在专门登记处登记或在产权证上加注的担保权。

#### 收益上担保权的优先权<sup>29</sup>

80. 除建议[……]中规定以外，法律应当规定，担保资产收益上具有对抗第三方效力的担保权，其优先权与担保资产上的担保权相同。

<sup>29</sup> 见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4，建议 67。

## 担保资产的买受人、承租人和许可证持有人的权利

81. 法律应当规定，担保权取得对抗第三方效力的，当担保资产在第三方手中时，担保权仍然延续，除非建议 82、83 和 84 另有规定。

[工作组注意：工作组似宜注意到，本建议的目的是阐明担保债权人可追随受让人手中的资产这一规则（追续权，建议 32 对该规则的阐述稍有不同）。]

82. 法律应当规定：

(a) 设保人出售或以其他方式处分担保资产的，在下列情况下，担保资产上的担保权不再继续：[

(一) 有担保债权人授权出售或以其他方式处分，不附带担保权[；或

(二) 在担保权在设定前即已登记的情况下，有担保债权人知悉资产的出售]；以及

(b) 在下列情况下，担保资产承租人或特许证持有人的权利不受担保权的影响：[

(一) 有担保债权人授权设保人对资产进行出租或发放许可证[，不受担保权的影响]；或

(二) 在担保权在设定前即已登记的情况下，有担保债权人知悉资产的出租或许可使用一事]；

[工作组注意：工作组似宜注意到，本建议(b)项的措词作了改动，以满足委员会第三十九届会议上所表示的一项关切（见 A/61/17，第 37 段；同样原因，对建议 83(b)项和(c)项以及建议 84 第二句的措词作了类似的改动），该事项在本说明下列各段中处理。

根据建议 76，担保权在设立之前登记通知的，优先于在其后（设立并）取得对抗第三方效力的担保权。工作组似宜审议，对于在登记通知之后但在资产上担保权实际设立之前担保资产买受人、承租人或许可证持有人已获得对该资产的权利的情况，本建议是否应适用于有担保债权人与此类买受人、承租人或许可证持有人之间的优先权冲突。可以考虑，买受人、承租人或许可证持有人在这些情况下应取得该资产而不附带担保权，因为担保权设立时，担保资产已不再为出卖人所拥有，或者已归从于承租人或许可证持有人的占有权或使用权。这种办法的缺点是，如此一来，有担保债权人依靠其预先登记的行为将只能保护自己相对于其他有担保债权人的优先权。为防备当中介入的受让人，有担保债权人须在担保权设立时作进一步调查，然后才能有把握地发放信贷。

在一项担保权登记了预先通知之后但实际设立之前，此时如若判决胜诉债权人取得对担保资产权利的，会产生类似的问题。在这种情况下的考虑稍有不同，因为按照本章的建议，有担保债权人在排序上不次于判决胜诉债权人的权利，只是其在实际获悉判决胜诉债权人的权利之后继而发放信贷时才排序居次。因此，如果判决胜诉债权人将其当中介入的权利告知有担保债权人时担保权尚未设立的，则有担保债权人可要求设保人免除履行裁决，或减少其计划发

放的信贷，以便自我保护。对于介入的买受人可采用类似的规则。按照这种办法，只要有担保债权人获悉发生的出售、出租或发放许可证之事，资产的买受人、许可证持有人或承租人即可取得资产而不附带已预先登记但尚不存在的担保权。这样，买受人、承租人和许可证持有人，只要就其交易发出通知即可保护自己，而无须取得有担保债权人明确放弃优先权的声明。同样，有担保债权人也会得到保护，因为它会在签订担保协议之前实际了解到当中介入的交易。方括号内列入的(a)项和(b)项就是为了处理这个问题。

工作组还似宜注意到，建议 82 中的规则在适用上要求对比担保权取得对抗第三方效力的日期和担保资产出售、出租或许可使用的日期（因为担保权无对抗第三方效力的，不产生对抗买受人、承租人或许可证持有人的效力）。担保权取得对抗第三方效力的日期通常是明显的（因为登记处的记录会显示通知备案的日期），而出售发生的日期则可能是模糊的。例如，设保人/出卖人和买受人可能在第一天签订合同出售作为担保资产的货物，第二天向买受人发货（因为合同规定该日发货，或有其他规定），买受人可能在第三天收到货物，第四天支付货款；根据适用的法律，设保人/出卖人对买受人的销售所发生的日期可以是上述任何一个日期或之外的其他日期。适用建议 82 中的规则时，要求了解上述日期中哪一个是销售日期，因为担保权取得对抗第三方效力的日期可能不在上述所有日期之前，而是在其中部分日期之前。因此，工作组似宜审议建议 82（或其随附的评注）是否应当对判断销售何时发生的问题提供补充指导，以便确定买受人对货物的权利相对于有担保债权人处于何种地位。评注还将澄清，资产设保人以保留所有权方式出售该资产的，买受人付清价款后即取得该资产而不附带保留的所有权。在此之前，保留所有权的出卖人享有所有权人的权利（或有担保债权人的权利，视采用统一处理法或非统一处理法而定）。]

83. 法律还应当规定：

- (a) 买受人在正常经营过程中[以及消费品买受人]买取商品而不附带担保权；
- (b) 承租人的权利在正常经营过程中不受担保权的影响；以及
- (c) 在非独家特许证下，特许证持有人的权利在正常经营过程中不受担保权的影响。

[工作组注意：工作组似宜注意到，根据定义(uu)，“在企业正常经营过程中的买受人”是在企业正常经营过程中的库存品买受人，其不知道该项销售侵犯了担保权或其他权利。工作组还似宜建议，[低价值的]消费品买受人不知道物品上存在有担保权的，取得该物品时物品上不随附担保权。在这方面，工作组似宜考虑到，这类买受人将无法发现物品上存在有担保权，因为根据建议 41 和 185，低价值消费品上的非购置款担保权和消费品上的购置款担保权免于登记（见 A/CN.9/593，第 77 段）。关于(b)项和(c)项，评注将解释，担保权并不停止存在，而是在租赁或许可证期间，有担保债权人的权利以出租人或许可证发放人的利益为限。

84. 法律应当规定，买受人或受让人取得担保资产不随附担保权的，此后任何人从买受人或受让人处取得对该资产权利的，也不随附担保权。承租人或许可

证持有人的权利不受担保权影响的，分租承租人或分让许可证持有人的权利也不受担保权的影响。

### 优先债权的优先权

85. 对于因法律操作而出现的优先于担保权的优先债权，法律应当在数量和金额上加以限制，如果存在此类优先债权，法律应当以明确具体的方式加以说明。

[工作组注意：工作组似宜审议买受人、承租人和许可证持有人是否应取得其权利而不附带任何优先债权。上述问题由于不涉及与担保权的优先权冲突，从而可在评注中解决。]

### 判决胜诉债权人权利的优先权

86. 法律应当规定，[除建议 188 的规定之外，]担保权优先于无担保债权人的权利，条件是，在无担保债权人[根据本法以外其他法律]获得针对设保人的一项判决或法庭临时命令并根据判决或法庭临时命令采取必要步骤在设保人的资产上取得权利之前，该担保权已取得对抗第三方的效力。该担保权的优先权及于该有担保债权人在知悉存在无担保债权人的权利之后某一指定期限内所发放的贷款额，但不及于该期限终结后所发放的贷款额。

[工作组注意：工作组似宜考虑：(a)一项特定资产上的担保权是否有可能在无担保债权人根据判决或法庭临时命令取得对该资产权利的同时而取得对抗第三方的效力；以及(b)如有可能，其中哪种权利享有优先权。

上述问题对于设保人未来资产上的担保权问题十分重要。工作组似宜考虑以下案例。某一有担保债权人取得设保人全部现有资产和未来资产上的担保权，并向设保人发放了信贷。该有担保债权人登记了一项通知，其中涵盖了现有资产和未来资产。随后，设保人一无担保债权人根据担保交易法以外的法律，取得了一项判决或法庭临时命令，其中规定，该无担保债权人对该设保人的现有资产和未来资产享有权利。之后，设保人购买并取得交付的新资产。此时，设保人取得了对新资产的权利，该资产上的担保权随之设立，而且，由于先前已经登记了通知，该担保权即刻取得对抗第三方的效力。与此同时，无担保债权人也获得了对上述货物的权利，因为此前作出的判决或法庭临时命令规定了该项权利。当前的建议 86 的草案规定，无担保债权人的权利优先于有担保债权人的担保权。

工作组似宜审议，在上述情况下，享有优先权的是否应是有担保债权人，而不是判决胜诉的债权人。这一结果似乎会将《指南》的目标推进一步，为有担保债权人增强确定性，从而市场上有更多的低成本信贷。只要在建议 86 的第一句中“在采取强制执行措施的设保人……之前”中添加“的同时或”字样，不必作很大修改，就可轻松达到上述结果。

工作组还似宜考虑，是否应当为相关宽限期内取得对抗第三方效力的购置款担保权制定对本建议的例外情形（见建议 184）。购置款担保权在相关宽限期内取得对抗第三方效力的，不应次于本建议中所述在担保权设定之后但在担保权取得对抗第三方效力之前而在担保资产上取得权利的判决胜诉债权人。如果不是这样，利用宽限期对于购置款融资提供者风险太大。

此外，工作组似宜注意到，评注将解释，建议 84 所规定的优先权不及于在判决胜诉债权人采取必要步骤取得对担保资产的权利之前所承诺但尚未发放的信贷。这种办法的根据是，认为判决会成为信贷便利中的一种违约事件，因而使有担保债权人停止发放任何信贷。

评注还将解释，对于未规定违约事件的某些信贷便利业务，本建议会有何种影响，例如由一项独立保证所构成的承诺约定，其条件是，资产是为设保人就签发人根据独立保证所支付的钱款加以偿还的义务而作保的，独立保证不允许因为这些资产的判决而撤销，则签发人不可撤销该独立保证。

此外，评注还将解释，假如优先权仅限于登记的通知中提及的数额，就可以解决这个问题，因为设保人的其余资产可用于偿付无担保债权人的债权（见 A/CN.9/593，第 80-82 段）。评注还将针对本建议提及的时限长度问题给予指导。]

#### 担保资产的增值人或保值人权利的优先权

87. 如果本法以外其他法律赋予为货物增值（例如通过对货物进行修缮）或为货物保值（例如通过储存或运输货物）的债权人与担保权等同的权利，则此类权利应限于得到升值或保值并且在该债权人占有下的货物，金额不超过升值或保值的数额，并且相对于货物上的原担保权具有优先权。

[工作组注意：工作组似宜注意到，对于因储存和修缮而提出的求偿权，将其优先权限于以储存和修缮使担保资产得以升值或保值的程度内，可能对修缮人、储存人或运输人造成困难而昂贵的证据负担。工作组似宜考虑改为以对担保资产所作修缮、运输或储存服务的价值（或合理价值）为准。另一个办法是，可以以修缮人、储存人或运输人的合理开支为准。这些表述仍将确保修缮人、储存人或运输人的优先权限于对担保资产所作的服务，同时避免了证明担保资产在上述服务前后的相对价值的难题。]

#### 供应商收回权的优先权

88. 如本法以外其他法律规定，货物的供应商有权收回货物，则法律应当规定，收回货物的权利在排序上次于这类货物上的担保权。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，本建议创立了一条旨在使有担保债权人相对于收回权而享有优先权的商业法律规则。收回权可能在违约或设保人财务破产的情况下因法律的操作而产生。如破产程序已经启动，则适用的破产法将确定有担保债权人和收回权求偿人权利受到中止的限度，或其权

利在其他方面受到影响的程度（见《贸易法委员会破产指南》建议 39-51）。不过，如同建议 179 所规定的，本建议确立的优先权规则将不受破产程序的影响。为了帮助采用非统一处理法的国家，评注还将解释，收回权不包括保留所有权。]

#### 破产程序中担保权的优先权

[工作组注意：见破产一章的建议 178。]

### B. 特定资产的建议

#### 应收款上担保权的优先权<sup>30</sup>

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，关于优先权的一般建议适用于应收款上的担保权，也适用于应收款的彻底转让。]

#### 可转让票据上担保权的优先权<sup>31</sup>

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，关于优先权的一般建议适用于可转让票据上担保权的优先权，而建议 89 和 90 则处理其他优先权冲突。]

89. 法律应当规定，可转让票据上的担保权通过持有人占有票据而取得对抗第三方效力的，相对于可转让票据上以其他任何方法取得对抗第三方效力的担保权而言，具有优先权。

90. 法律应当规定，可转让票据上的担保权非以占有票据而以其他方法取得对抗第三方效力的，在排序上次于符合下列条件之一的有担保债权人、买受人或（合意交易中）其他受让人的权利：

(a) 根据可转让票据的管辖法律，符合受保护持有人的资格；或

(b) 收占该可转让票据并善意地付出了对价，并不知悉该转让侵犯了根据担保协议有担保债权人享有的权利。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，为了维护票据不受拘束的可转让性，票据受让人知悉存在一项担保权这本身并不意味着受让人未善意地行事。]

91. [.....]

<sup>30</sup> 见 A/CN.9/611。

<sup>31</sup> 关于建议 90 和 91，见 A/CN.9/611/Add.1，建议 74 和 74 之二。

### 银行账户贷记款受付款上担保权的优先权<sup>32</sup>

92. 法律应当规定，银行账户贷记款受付款上的担保权通过控制权而取得对抗第三方效力的，相对于通过其他任何方法取得对抗第三方效力的，具有优先权。开户银行与一个以上有担保债权人缔结了控制权协议的，在这些有担保债权人中，优先权按缔结控制权协议的先后顺序决定。有担保债权人为开户银行的，则该开户银行的担保权相对于其他任何担保权（包括通过与开户银行订立控制权协议而取得对抗第三方效力的担保权，即使开户银行的担保权在时间上较后）而言，具有优先权，但通过成为账户开户人而取得控制权的有担保债权人的担保权除外。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，银行账户贷记款受付款上的担保权可以通过登记或控制方式取得对抗第三方的效力。如果担保权具有对抗第三方的效力，其相对于竞合求偿人（例如，破产管理人或后来出现的有担保债权人）而言，即具有对抗效力和优先权。评注还将解释，控制权在优先权方面的一个附加优点是，有担保债权人不仅取得对抗第三方的效力，而且还优先于担保权并非通过控制方法而取得对抗第三方效力的早先的有担保债权人。

另外，评注将解释，开户银行的担保权始终优先，甚至优先于该银行先前已就其订立了控制权协议的担保权，因为：(a) 开户银行的担保权应具有与其始终享有优先权的抵销权而相同的优先权；(b) 如果开户银行的担保权不享有优先权，则该银行将不会订立任何控制权协议；(c) 有担保债权人始终可以寻求从开户银行取得排序居次协议。评注还将解释，根据控制权协议的条款，开户银行可能对订立控制权协议的有担保债权人负有合同义务，即使该有担保债权人可能并不享有优先权。

工作组似宜回顾，工作组在其第十届会议上曾商定，银行账户贷记款的追查将与收益的追查问题一并讨论（见 A/CN.9/603，第 67 段）。工作组似宜将此问题作为一个优先问题处理。本建议的评注将明确指出，如果有担保债权人拥有对银行账户贷记款受付款的控制权，则其担保权相对于另一有担保债权人在贷记于同一银行账户的某项担保资产现金收益上所享有的担保权而言，具有优先权，即使该另一有担保债权人能够追查该银行账户内的收益。即使竞合担保权取得对抗第三方效力的日期先于拥有控制权的有担保债权人的担保权，情况也是如此。]

93. 法律应当规定，开户银行就设保人所欠开户银行的债务而可以对设保人的银行账户贷记款受付款行使的任何抵销权，相对于任何有担保债权人的担保权而言，具有优先权，但通过成为账户开户人而取得控制权的有担保债权人除外。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，建议 92 和 93 意味着，第三方被认为知悉其不可以依赖银行账户贷记款受付款作为提供信贷的主要担保来源，而只可以通过从开户银行获得排序居次协议或以其自己的名称设立账户

<sup>32</sup> 关于建议 93-95，见 A/CN.9/611/Add.1，建议 76-78。

来这样做。因此，担保权没有公示并不被视为是个问题。评注还将解释，建议 93 与建议 120(b)项不同，所处理的是开户银行的抵销权与其他人的担保权之间的优先权冲突。而且，评注将解释，建议 93 并不设定任何抵销权，因为这一事项仍受其他法律管辖。另外，评注将解释，建议 93 的除外规定是指通过成为账户的唯一持有人而取得控制权的有担保债权人。有担保债权人只是账户共同所有人的，设保人仍将能够处分账户贷记款，因此有担保债权人将不会拥有控制权（见定义（hh）“控制权”）。]

94. 对于设保人进行的银行账户款项的转让，法律应当规定，受让人取得该款项而不附带原已在银行账户贷记款受付款上所设置的担保权，除非受让人知悉该转让行为侵犯了根据担保协议有担保债权人享有的权利。本建议不减少银行账户款项受让人根据本法以外其他法律所拥有的权利。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，以服从建议 120 和 121 为前提，一般优先权建议适用于银行账户贷记款受付款上的担保权。评注还将解释，建议 83(a)项（见定义(uu)“在企业正常经营过程中的买受人”）和建议 93 和 94 中的检验标准基本相同（即买受人或受让人是否知道该项销售或转让侵犯了有担保债权人根据担保协议享有的权利）。评注还将解释，“款项的转让”一词意在涵盖各类转让，包括以支票和电子通信手段进行的转让（见 A/61/17，第 38 段）。]

#### 资金上担保权的优先权

95. 法律应当规定，资金上随附担保权的，取得对该资金占有权的人不连带该担保权，不论该资金是否为原始担保资产或收益，除非该人知道该项转让侵犯了有担保债权人根据担保协议享有的权利。本建议将不减轻资金持有人按本法以外其他法律规定的权利。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，本建议旨在促进一项关于资金可转让性最大化的重要政策，可转让性仅在保护资金担保权持有人不受资金受让人及其转让人合谋侵害的必要限度内受到限制。本建议意在关于银行账户转账资金上的担保权的建议 94 保持一致。

工作组还似宜注意到，评注将澄清，《指南》中“资金”这一术语意指法定货币，且仅指法定货币，即目前作为政府认可的交易媒介而流通使用的货币。其他形式的财产偶然会称为资金，但就《指南》而言不属于资金。例如，假如一人将货币存入自己的银行账户，往往会称其为银行里的资金（或银行里的现金），但存款人的资产已不再是资金，根据《指南》，它是“银行账户的贷记款”。存款人对银行的债权在《指南》中称为“银行账户贷记款的受付款”。同样，如果存入支票，则存款人的资产不再是可转让票据，而是银行账户的贷记款。此外，根据《指南》，钱币商收藏品中的金钱也不属于“资金”。

《指南》处理了两种资金上的担保权问题，一种资金是作为原始担保资产的，另一种是作为另一种形式担保资产的收益。后一种情况的例子是，已就收款设定担保权的出卖人收到以现钞（而非支票或电子资金划拨）对未偿付的

其账单支付的款项。根据《指南》，出卖人手中的资金即为出卖人应收款的收益，有担保债权人在这种作为收益的资金上享有担保权。同样，假如一人在一台设备上设立了担保权，而后将设备卖给另一人，另一人支付的是现金，则出卖人手中的资金即为设备的收益，其上附随担保权。

银行账户的贷记款与资金相类似，既可作为原始担保资产也可作为收益而附随着担保权。如果现钞和支票附随一项由存款人的债权人所享有的担保权，则在这两种情况下，银行账户的贷记款都属于原有担保资产（资金或可转让票据）的收益。如果存款人银行账户的贷记款来自第三方的电子资金划拨，是转账人支付给存款人的应收款，则银行账户的贷记款为原有担保资产（应收款）的收益。

《指南》的每项规定（如关于设立、对抗第三方的效力、优先权等规则），适用于所有担保资产，对某一特定类型的资产规定了特殊规则的情形除外。因此，始终有必要确定是否存在关于资金或银行账户贷记款受付款的特殊规则。

特殊规则的一个重要例子是管辖两类资金的受让人权利的规则：(a)资金在转让人手中时随附着担保权；(b)资金从银行账户转出，虽然是转让人所拥有并贷记于该银行账户上的，但随附着担保权。由于需要维护资金和银行账户转让款的可流通性，《指南》中规定了特殊规则用以保护这些资产的受让人。

关于资金和银行账户贷记款，应重点考虑所审议的问题是否涉及：(a)这两项资产属设保人的财产；或(b)设保人资金或设保人银行账户转账款第三方受让人的权利。上一段论及管辖受让人权利的规则（第二类），其中阐明了这一区别。该规则有别于（第一类）规则，即关于设保人仍然拥有（即尚未划拨）资金或银行账户贷记款时该项担保资产上的担保权相对于竞合求偿人之间的优先权竞争的管辖规则。]

#### 独立保证下收益上的担保权的优先权<sup>33</sup>

96. 法律应当规定，对根据独立保证给付对价的特定担保人/签发人、保兑人或被指名人而言，独立保证下的收益上的担保权通过控制权而取得对抗第三方效力的，相对于以控制权以外其他方法使自己的担保权取得对抗第三方效力的所有其他有担保债权人对其的权利而言，具有优先权。如果以确认方式取得了控制权，但一人向不止一个有担保债权人提供了前后不一的确认的，则在这些有担保债权人中，优先顺序按提供确认的先后顺序确定。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，由于取得控制权的典型方法是通过获得确认，所以在若干可能的付款人（例如担保人/签发人、保兑人和若干被指名人）的情况下，仅仅是相对于作出确认的特定担保人/签发人、保兑人或被指名人而言取得控制权。因此，优先权规则必须着重于特定的付款人。基本优先权规则明确指出，有担保债权人对独立保证下的受益权有控制权的，

<sup>33</sup> 见 A/CN.9/611/Add.1，建议 62。

优先于担保权自动取得对抗第三方效力的有担保债权人。评注还将解释，担保人/签发人、保兑人或被指名人可能拥有合同规定的权利或义务，须不顾优先权而向获得确认的有担保债权人付款。]

#### 可转让单证上担保权的优先权<sup>34</sup>

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将澄清，关于优先权的一般性建议适用于可转让单证上的担保权，建议 97 和 98 则处理其他优先权冲突。]

97. 法律应当规定，可转让单证所涵盖的货物上的担保权如取得对抗第三方效力的方法是通过可转让单证上的担保权取得对抗第三方效力而实现的，则相对于货物在单证涵盖期间以其他方式取得对抗第三方效力的货物担保权而言，具有优先权。

98. 法律应当规定，可转让单证上和可转让单证所涵盖的货物上的担保权须服从于可转让单证正当的受让人根据管辖可转让单证的法律拥有的权利。

#### 不动产附加物上担保权的优先权<sup>35</sup>

99. 法律应当规定，不动产附加物上的担保权或其他权利（如买受人或租赁人的权利），凡根据不动产法律而设定并取得对抗第三方效力的，相对于这些附加物上根据建议 33 或 35 中提到的其中一种方法而取得对抗第三方效力的担保权而言，具有优先权。

100. 法律应当规定，就有形物上的担保权而言，如果有形物在担保权取得对抗第三方效力之时已经是动产的附加物，或是在此之后成为动产的附加物，在该担保权是根据建议 52 通过在不动产登记处办理登记而取得对抗第三方的效力的情况下，该担保权相对于此后在相关不动产上登记的担保权或任何其他权利（如买受人或租赁人的权利）而言，具有优先权。

[工作组注意：工作组似宜结合关于购置款融资办法一章中的有关建议（见建议 189）来审议建议 99 和 100。评注将解释，“任何其他权利”这几个字是指可按不动产法律登记的任何权利。]

#### 须按专门登记制度或产权证制度处理的动产上的担保权的优先权<sup>36</sup>

101. 法律应当规定，动产附加物上的担保权或任何其他权利（如买受人或租赁人的权利），凡根据本法以外其他法律通过在专门登记处办理登记[或是通过在产权证上注明]而取得对抗第三方效力的，相对于这些附加物上根据建议 33 或 35 中提到的其中一种方法取得对抗第三方效力的担保权而言，具有优先权。

<sup>34</sup> 关于建议 97 和 98，见 A/CN.9/611/Add.1，建议 80 和 81。

<sup>35</sup> 关于建议 99 和 100，见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4，建议 82 和 83。

<sup>36</sup> 关于建议 101 和 102，见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4，建议 84 和 84 之二。

[工作组注意：工作组似宜注意到，本建议意在确定两项担保权之间的优先权，一项是在一般担保权登记的附加物上的担保权，另一项是在专门登记处登记的或在产权证上加注的同一附加物上的担保权或其他权利。由于建议 79 可能足以处理这一竞争问题，所以建议 101 也许不必要。]

102. 动产附加物上的担保权或任何其他权利（如买受人或租赁人的权利），凡根据建议 53 通过在专门登记处办理登记或是通过在产权证上注明而取得对抗第三方效力的，相对于有关动产上此后登记的担保权或其他权利而言，具有优先权。

[工作组注意：工作组似宜注意到，本建议意在确定两项权利之间的优先权，一项是在专门登记处登记的附加物上的担保权或其他权利，另一项是其后在专门登记处登记的相关动产上的担保权或其他权利。工作组似宜考虑，鉴于没有专门登记制度设想对附加物上的担保权作分别登记，所以本建议是否有任何实际必要性。虽然航空器登记处的确常常规定对发动机作分别登记，但发动机并不被认为自动构成机身的一部分，而是分别融资和登记的。]

#### 混集物或制成物上担保权的设定<sup>37</sup>

[工作组注意：工作组似宜注意到，在财产经混合后成为混集物或制成物的组成部分情况下，对于享有此类财产上担保权的债权人与无担保债权人之间的优先权无需给予特殊处理，因为一旦确定担保权继续延伸至该混集物或制成物，即适用例行的优先权规则。不过，在所产生的混集物或制成物上各自享有担保权的债权人之间，其潜在的优先权竞争有三类：(a)最终成为混集物或制成物一部分的同一有形物上取得的担保权之间的竞争（例如糖与糖之间）；(b)最终成为混集物或制成物一部分的不同有形物上担保权的竞争（例如糖与面粉）；以及(c)在分别的有形物上原已取得的担保权与混集物或制成物上的担保权的竞争（例如糖与蛋糕）。为了处理所有这些情况，相关的建议作了改写，一分为三。]

103. 法律应当规定，单独的有形物上所设置的担保权在混集物或制成物上继续留存并具有对抗第三方效力的，相对于该单独的有形物成为产品或混集物前夕各自原随附的其他担保权而言，优先权顺序保持不变。

[工作组注意：工作组似宜注意到，本建议第一句的效果是，对于混聚一体的有形物上的所有担保权而言，其彼此间的优先权顺序按原单独财产时的同样处理。所建议的这一规则的理由是，将物品合成为混集物或制成物后对原单独物品上享有竞合担保权的债权人的各自权利不应产生任何影响。工作组似宜注意到，制定这一规则是要尊重一般优先权规则，并涵盖向可能主张“购置款担保权”的债权人所提供的超级优先权。本建议以建议 29（设定）所述的假设为前提，其假定是有担保债权人获得的数额不得大于有形物成为混集物或制成物前夕的原有价值。]

<sup>37</sup> 关于建议 103-105，见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4，建议 85、85 之二和 85 之三。

104. 法律应当规定，如果在单独的有形物上设置的一个以上的担保权继续留存在同一混集物或制成物上，且每一担保权都具有对抗第三方的效力，则有担保债权人有权按单独的有形物在成为混集物或制成物组成部分前夕所具有的价值比例，分享其在这些混集物或制成物上的担保权总值。如果另外的担保权不止一项，这些另外担保权的持有人有权按其同样的比例分享混集物或制成物上其担保权总值的其余部分。如果另外的担保权只有一项，该另外担保权的持有人有权享有混集物或制成物上其担保权价值的其余部分。

[工作组注意：工作组似宜注意到，根据建议 104，如果糖的价值为 2，面粉的价值为 5，而蛋糕的价值为 6，担保债务额为 7，那么债权人将得到 6 中的  $\frac{2}{7}$  和  $\frac{5}{7}$ 。总之，如果混集物或制成物的价值低于担保债务额，那么将无价值余留给无担保债权人。有担保债权人的排序不变，本规则的目的是确定其权利的相对价值。]

105. 法律应当规定，单独的有形物上所设置的担保权在混集物或制成物上继续留存并具有对抗第三方效力的，相对于同一债务人以购置款担保权形式在混集物或制成物上设置的担保权而言，具有优先权。

[工作组注意：工作组似宜注意到，本建议第一句的效果是适用一般优先权规则。初始财产上的担保权相对于混集物或制成物上为涵盖未来财产而合计的所有担保权而言，具有优先权，但唯一条件是前者为购置款担保权。]

## 八. 当事人的权利和义务<sup>38</sup>

### 目的

关于当事人权利和义务的法律条文，目的是通过下列方式提高担保交易的效率，减少交易费用和潜在的纠纷：

- (a) 提供关于担保协议额外条款的规则；
- (b) 在有关规则为达成协议提供了可接受的基础的情况下，略去必须就拟列入担保协议的条款进行谈判和草拟的过程；
- (c) 提供草拟协议的辅助手段或当事人谈判和订立担保协议时可能要涉及的问题的一览表；以及
- (d) 鼓励当事人意思自治。

<sup>38</sup> 见 A/CN.9/611/Add.2，目的和建议 86-87。

## A. 一般性建议

### 关于有担保债权人权利的替补规则

106. 法律应当规定，除非另有约定：

(a) 有担保债权人为其所占有的担保资产进行保值的，有权获得对所承担的合理费用的偿还；

(b) 有担保债权人有权合理利用其占有的担保资产和检查设保人占有的担保资产。

### 关于担保资产占有方当事人义务的强制性规则

107. 法律应当规定：

(a) 有担保债权人或设保人占有担保资产的，必须采取为该资产的保值所需的任何步骤；

(b) 在担保的债务得到全额偿付和发放贷款的所有承诺终止时，有担保债权人必须返还所占有的担保资产或终止已登记的通知。

## B. 特定资产的建议

### 转让人和受让人的权利和义务<sup>39</sup>

[工作组注意：工作组似宜注意到，建议 108-111 以《联合国转让公约》第 11-14 条为基础。评注将解释，这些建议处理转让人与受让人之间的权利和义务。]

108. 法律应当规定：

(a) 转让人和受让人之间由其协议产生的相互权利和义务，依照该协议所载条款和条件，包括其中提到的任何规则或一般条件确定；

(b) 转让人和受让人受双方约定的任何惯例约束，并且除非另有约定，也受双方之间已确立的任何习惯做法约束。

### 转让人的表示

109. [关于合同应收款的转让，]法律应当规定：

(a) 除非转让人与受让人之间另有约定，在转让合同订立时，转让人即表示：

(一) 转让人有权转让该应收款；

---

<sup>39</sup> 关于建议 108-111，见 A/CN.9/611，建议 16 之二至 16 之五。

(二) 转让人此前未曾将该应收款转让给另一受让人；以及

(三) 应收款债务人现在和将来均无任何抗辩或抵销权；

(b) 除非转让人与受让人之间另有约定，转让人并不表示应收款债务人具备或将会具备付款的能力。

[工作组注意：工作组似宜注意到，本建议前导段方括号内的措词是为了反映工作组的理解，即本建议不应适用于非合同应收款的转让（见 A/CN.9/603，第 36 段；另见定义(p)“应收款”的附注和建议 2(a)项及建议 22）。]

#### 通知应收款债务人的权利

110. 法律应当规定：

(a) 除非转让人与受让人之间另有约定，转让人或受让人可以或两者同时可以向应收款债务人发出转让通知和付款指示，但在通知发出以后，只有受让人可以发出此种指示；以及

(b) 就建议 114 而言，违反本建议(a)项所述任何约定而发出的转让通知或付款指示并不因为此种违反而丧失效力。但本建议概不影响违反此种约定的当事人就此种违反所造成的损害而承担的任何义务或赔偿责任。

#### 获得付款的权利

111. 法律应当规定：

(a) 除非另有约定，在转让人与受让人之间，不论转让通知是否已发出：

(一) 对所转让应收款的付款支付给受让人的，受让人有权保留所转让应收款的收益和就该应收款而退还的货物；

(二) 对所转让应收款的付款支付给转让人的，受让人有权获得属于收益的付款以及就所转让应收款而退还给转让人的货物；以及

(三) 对所转让应收款的付款支付给另一人而受让人对该人拥有优先权的，受让人有权获得属于收益的付款，并有权获得就所转让应收款而退还给该人的货物；

(b) 受让人保留的部分不得超出其在应收款中所占权益的价值。

## 九. 第三方债务人的权利和义务

### A. 应收款债务人的权利和义务<sup>40</sup>

#### 保护应收款债务人

[工作组注意：工作组似宜注意到，建议 112-118 以《联合国转让公约》第 15-21 条为基础。评注将解释，这些建议处理应收款债务人的权利和义务。评注还将解释，如果应收款债务人根据本部分的建议作出付款，应收款债务人可获得对债务的有效解除，而不论该付款是否付给了享有优先权的竞合求偿人。在若干竞合求偿人之间，哪一个将最后获得应收款债务人付款的收益，这是《指南》优先权建议中处理的事项（见例如建议 152）。]

#### 112. 法律应当规定：

(a) 除本法另有规定外，未经应收款债务人同意，转让不影响应收款债务人的权利和义务，包括原始合同所载的付款条件；

(b) 付款指示可以改变要求应收款债务人作出付款的对方受益人、地址或账号，但不得改变：

(一) 原始合同中指定的付款币种；或

(二) 在付款拟付至应收款债务人所处国家以外的另一个国家的情况下，原始合同中指定的付款所在国家。

#### 通知应收款债务人

#### 113. 法律应当规定：

(a) 转让通知或付款指示所使用的语文按情理预计可使应收款债务人知道其内容的，该应收款债务人收到时即发生效力。转让通知或付款指示足可使用原始合同的语文写成；以及

(b) 转让通知或付款指示可以针对通知后产生的应收款；以及

(c) 后来的转让通知构成对前面所有转让的通知。

#### 应收款债务人通过付款解除义务

#### 114. 法律应当规定：

(a) 应收款债务人在收到转让通知前，有权根据原始合同付款而解除其义务；

---

<sup>40</sup> 关于建议 112-118，见 A/CN.9/611，建议 17-23。

(b) 应收款债务人收到转让通知后，除本建议(c)-(h)项的情况外，仅可通过向受让人付款而解除其义务；转让通知中另有指示的，或受让人此后在应收款债务人收到的书面通知中另有指示的，应收款债务人须按该付款指示付款而解除其义务；

(c) 应收款债务人收到关于同一转让人对相同应收款单独一次转让的不止一份付款指示的，应收款债务人根据付款前收到的受让人最后一份付款指示付款而解除其义务；

(d) 应收款债务人收到关于同一转让人对相同应收款不止一次转让的通知的，应收款债务人根据所收到的第一份通知付款而解除其义务；

(e) 应收款债务人收到一次或多次后继转让的通知的，应收款债务人根据最后一次这种后继转让的通知付款而解除其义务；

(f) 应收款债务人收到一项或多项应收款的一部分或其未分割权益的转让通知的，应收款债务人根据通知付款而解除其义务，或如同未曾收到通知一样，根据本建议付款而解除其义务。应收款债务人根据通知付款的，应收款债务人义务的解除范围仅限于其所付的部分或所付的未分割权益；

(g) 应收款债务人收到受让人发出转让通知的，应收款债务人有权要求受让人在一段合理时间内提供关于初始转让人向初始受让人的转让和任何中间转让确已作出的充分证据；除非受让人这样做，应收款债务人可如同未曾收到受让人的通知一样，根据本建议付款而解除其义务。转让的充分证据包括但不限于由转让人所发出并指明转让确已发生的任何书面文件；以及

(h) 本建议不影响应收款债务人得以通过向有权获得付款者、主管的司法当局或其他当局或向公共存款基金付款而解除其义务的任何其他理由。

#### 应收款债务人的抗辩和抵销权

##### 115. 法律应当规定：

(a) 受让人向应收款债务人提出关于所转让应收款的付款要求时，应收款债务人可向受让人提出由原始合同产生的或由构成相同交易一部分的任何其他合同产生的、在如同没有发生转让时转让人提出此种要求情况下应收款债务人可予利用的所有抗辩和抵销权；

(b) 应收款债务人可向受让人提出任何其他抵销权，但必须是在应收款债务人收到转让通知时应收款债务人可利用的抵销权；以及

(c) 虽有本建议(a)项和(b)项的规定，但由于转让人违反以任何方式限制转让人作出转让的权利的协议而使应收款债务人可依照建议 23 和 24 向转让人提出的抗辩和抵销权，应收款债务人不得向受让人提出。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，根据建议 2(b)项，《指南》尽管适用于消费者，但不影响消费者根据保护消费者法律而享有的权利。]

## 不提出抗辩和抵销权的约定

116. 法律应当规定：

(a) 应收款债务人可签署一份书面文件，与转让人约定，不向受让人提出依照建议 115 应收款债务人可提出的抗辩和抵销权。此种约定使应收款债务人不得向受让人提出这些抗辩和抵销权；

(b) 应收款债务人可以不放弃下列抗辩：

- (一) 由于受让人一方的欺诈行为所引起的抗辩；或
- (二) 因应收款债务人无行为能力而提出的抗辩；以及

(c) 此种约定只能通过经应收款债务人签署的书面协议而作出修改。这种修改对受让人具有的效力依建议 117(b)项确定。

[工作组注意：工作组似宜注意到，本建议系根据《联合国转让公约》第 19 条拟订，该条提及仅仅用于放弃抗辩或对其修改的经签署的书面协议。如工作组决定在建议 13 中不提及签名而是提及关于设保人设置担保权意图的证明，则工作组还似宜重新考虑建议 116 中提及签名的行文。如果建议 13 保留提及签名的行文，电子签名即应足以符合签名要求（见定义(v)“转让通知”的附注和建议 11）。]

## 原始合同的修改

117. 法律应当规定：

(a) 在发出转让通知前转让人与应收款债务人之间订立的协议影响到受让人权利的，对受让人具有效力，而受让人也取得相应的权利；

(b) 在发出转让通知后转让人与应收款债务人之间订立的协议影响到受让人权利的，对受让人不具效力，除非：

- (一) 受让人同意该协议；或
- (二) 履约中尚未挣得全部应收款，而原始合同中写明可作修改，或通情达理的受让人会在原始合同的范围内同意此种修改；以及

(c) 本建议(a)项和(b)项不影响转让人或受让人因对方违反双方之间的协议而产生的任何权利。

## 付款的收回

118. 法律应当规定，转让人未履行原始合同并不致使应收款债务人有权向受让人收回应收款债务人已付给转让人或受让人的款项。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，本建议不影响转让人因违约而对应收款债务人承担的赔偿责任。]

**B. 可转让票据债务人的权利和义务<sup>41</sup>**

119. 法律应当规定，可转让票据上所含的有担保债权人对可转让票据义务人的权利或对根据可转让票据管辖法主张权利的任何其他人的权利，按可转让票据管辖法处理。

**C. 开户银行的权利和义务<sup>42</sup>**

120. 法律应当规定：

(a) 未经开户银行同意，设定银行账户贷记款受付款上的担保权并不影响开户银行的权利和义务；以及

(b) 开户银行的抵销权不因开户银行可能在银行账户贷记款受付款上拥有的任何担保权而受到损害。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，建议 120 和 121 由建议 92 和 93 作为补充（在发生开户银行的担保权或抵销权与另一人的担保权之间的优先权冲突情况下），并由建议 165-167 作为补充（对银行账户贷记款受付款上的担保权的强制执行）。

评注还将解释，建议 120(b)项并不处理优先权冲突，而是处理开户银行本身既享有对银行账户贷记款受付款的抵销权也享有这种受付款上的担保权这一情形。在此情形下，根据建议 120(b)项，该银行的抵销权不受损害，也不归入（即这些权利仍有别于）该银行的担保权。]

121. 法律应当规定，这些建议概不造成开户银行负有下列义务：

(a) 向享有银行账户贷记款控制权者以外的任何人付款；或

(b) 对查询请求作出答复，指出是否存在控制权协议或本银行是否享有担保权及设保人是否保留处分该账户贷记款的权利。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，本建议并不影响银行与客户的关系及管辖银行账户（例如洗钱和银行保密等问题）的其他法律产生的权利和义务。]

**D. 独立保证的担保人/签发人、保兑人或被指名人的权利和义务<sup>43</sup>**

122. 法律应当规定：

<sup>41</sup> 见 A/CN.9/611/Add.1，建议 X。

<sup>42</sup> 关于建议 123-124，见 A/CN.9/611/Add.1，建议 V 和 W。

<sup>43</sup> 关于建议 120-122，见 A/CN.9/611/Add.1，建议 25 之二、之三和之四。

(a) 有担保债权人对独立保证下的收益所享有的权利须服从于有关独立保证的法律和惯例所规定的担保人/签发人、保兑人或被指名人以及保证中指定的任何其他受益人或提款权受让人所享有的权利；

(b) 独立保证的受让人/受益人所享有的权利[不受……的影响][优先于]从转让人[或任何先前转让人]获取的独立保证下收益权上的担保权；以及

(c) 担保人/签发人、保兑人、被指名人或受让人/受益人在独立保证下享有的独立权利，不因其可能在独立保证下收益权上享有的任何担保权而受到损害，包括提款权向受让人/受益人转让后所产生的对独立保证下收益的任何权利。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将明确指出，本建议意在确保独立受款权持有人的权利，特别是已给付对价的被指名人 and 接受转让的受让人/受益人所享有的权利，优先于原始受益人提取收益权的纯受让人。评注还将解释，其独立权利有别于其作为原始受益人的有担保债权人而享有的权利，并且不会因此种权利而受到损害（换言之，不应把其作为受到保护的独立权利持有人而享有的地位与其作为有担保债权人而附带享有的地位混为一谈）。被指名人给付对价并从签发人那里获得补偿，其所依据的是其独立的补偿权，而不是其作为受益人权利的获得者。]

123. 法律应当规定，担保人/签发人、保兑人或被指名人无义务支付除保兑人、被指名人、被指定受益人、已确认的独立保证受让人/受益人或已确认的独立保证下收益受让人以外的任何人。

124. 法律应当规定，有担保债权人通过成为独立保证下收益的确认受让人而获得控制权的，有权对作出确认的担保人/签发人、保兑人或被指名人强制执行该项确认。

#### E. 可转让单证签发人的权利和义务<sup>44</sup>

125. 法律应当规定，可转让票据上的有担保债权人对签发人或对可转让票据任何其他义务人的权利，按可转让票据管辖法处理。

### 十. 违约和强制执行<sup>45</sup>

#### 目的

关于违约和强制执行的法律条文，目的是：

(a) 为在债务人违约后以可预见和有效率的方式强制执行担保权提供简单明了的程序；

<sup>44</sup> 见 A/CN.9/611/Add.1, 建议 Z。

<sup>45</sup> 见 A/CN.9/611/Add.2, 建议 89-124。

(b) 为设保人、债务人或必须偿付担保债务的其他人、有担保债权人和对担保资产享有权利的其他债权人实现担保资产的变现价值最大化提供程序；

(c) 为有担保债权人变现担保资产的价值提供快捷的司法办法，并在有适当保障措施的情况下，提供非司法办法。

## A. 一般性建议

### 强制执行时的一般行为标准

126. 法律应当规定，当事人必须根据本法关于违约和强制执行的条文规定以诚信和商业上合理的方式行使其权利和履行其义务。

### 对当事人意思自治的限制

127. 法律应当规定，按照建议 126 所产生的权利和义务在任何时候都不能单方面放弃或以约定方式更改。

128. 法律应当规定，在服从于建议 127 的情况下，设保人和必须偿付担保债务或以其他方式履行担保债务的其他任何人可以单方面免除或以约定方式更改本法关于违约和强制执行的条文对其规定的任何权利和救济办法，但只能在发生违约之后。

129. 法律应当规定，在服从于建议 127 的情况下，有担保债权人可以在任何时候单方面免除或以约定方式更改本法关于违约和强制执行的条文对其规定的任何权利和救济办法。

130. 法律应当规定，以约定方式更改权利和救济办法并不影响任何非约定当事人的权利。任何人对此约定提出质疑的，有义务证明该约定是在违约之前达成的，或者证明该约定与建议 127 不一致。

### 赔偿责任

131. 法律应当规定，当事人未履行根据本法关于违约和强制执行的条文对其规定的义务的，负有对由此造成的损害实行赔偿的责任。

[工作组注意：工作组似宜考虑，对于按照建议 131 产生的赔偿责任的免除或变更，是应当在建议 131 中加以处理还是留待其他法律处理。]

### 发生违约之后的权利和救济办法

132. 法律应当规定，发生违约之后，设保人和有担保债权人享有本法关于违约和强制执行的条文中所规定的、担保协议中所规定的（与本法条文不一致的除外）以及任何其他法律中所规定的权利和补救办法。

### 有担保债权人的权利和救济办法

133. 法律应当规定，发生违约之后，有担保债权人有权对担保资产行使以下所列各种救济办法中的一种或数种：

- (a) 按照建议 141 和 142 的规定，取得对有形担保资产的占有权；
- (b) 按照建议 143 的规定，对担保资产进行变卖或以其他方式处分、租赁或发放许可证；
- (c) 按照建议 147-150 的规定，向设保人提议，有担保债权人将接受担保资产作为对担保债务的全额或部分清偿；
- (d) 担保资产是应收款、可转让票据、银行账户贷记款受付款或独立保证下的收益的，按照建议 160-168 的规定，收账或以其他方式强制执行担保资产上的担保权；
- (e) 按照建议 169 的规定，强制执行可转让单证下的权利；
- (f) 按照建议 170 的规定，强制执行不动产附加物上的担保权；以及
- (g) 行使担保协议中规定的（与本法条文不一致的除外）或任何其他法律中规定的任何其他权利或救济办法。

### 司法和非司法强制执行

134. 法律应当规定，发生违约之后，有担保债权人可通过向法院或其他主管机关提出申请，行使建议 133 为其规定的权利和救济办法。在服从于建议 126 规定的一般行为标准和建议 141-146 对非司法占有和处分规定的要求的情况下，有担保债权人可选择行使建议 133 为其规定的权利和救济办法，不必向法院或其他主管机关提出申请。

### 设保人的权利和救济办法

135. 法律应当规定，发生违约之后，设保人可以行使以下所列各种救济办法中的一种或数种：

- (a) 按照建议 139 的规定，全额偿付担保债务，获得所有担保资产上的担保权解除；
- (b) 如果在非司法强制执行方面有担保债权人不履行本法关于违约和强制执行的条文对其规定的义务，按照建议 140 的规定，向法院或其他主管机关申请救济；
- (c) 按照建议 147-150 的规定，向有担保债权人提议或否决有担保债权人提议有担保债权人将接受担保资产作为对担保债务的全额或部分清偿；以及
- (d) 行使担保协议中规定的（与本法关于违约和强制执行的条文不一致的除外）或任何其他法律中规定的任何其他权利或救济办法。

## 简易司法程序

136. 法律应当规定关于有担保债权人、设保人和必须履行担保债务或声称对担保资产享有权利的任何其他人行使权利和救济办法的简易司法程序。

## 累积权利和救济办法

137. 法律应当规定，行使一种权利或救济办法并不妨碍行使另一种权利或救济办法，除非行使一种权利或救济办法造成无法行使另一种权利或救济办法。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将澄清，行使一种救济办法（例如重新占有和处分担保资产）可能造成无法行使另一种救济办法（例如接受担保资产作为对担保债务的清偿）。]

## 涉及担保债务的权利和救济办法

138. 法律应当规定，就担保资产行使权利或救济办法并不妨碍就该资产所担保的债务行使权利或救济办法，反之亦然。

## 全额偿付之后担保资产解除担保权

139. 法律应当规定，在发生违约之后直至有担保债权人处分、接受或收取担保资产之前，债务人、设保人或任何其他利益相关人（例如，比采取强制执行措施的有担保债权人排序靠后的有担保债权人、担保人或担保资产的共同拥有人）有权全额偿付担保债务，包括截至全部清偿时的利息和执行费用。如果发放贷款的所有承诺已经终止，全额偿付即消灭所有担保资产上的担保权，并且以本法以外其他法律的规定为限，由偿付人代位取得有担保债权人的权利。

## 法院救济

140. 法律应当规定，在有担保债权人未履行本法关于违约和强制执行的条文对其规定的义务的情况下，债务人、设保人或任何其他利益相关人（例如，比采取强制执行措施的有担保债权人排序靠后的有担保债权人、担保人或担保资产的共同拥有人）有权随时向法院或其他主管机关申请救济。应当阻止和避免毫无根据的申请和对强制执行过程的不适当干预或不适当延误。

[工作组注意：工作组似宜考虑，关于债务人、设保人或其他利益相关人申请法院救济的权利的原则，是否通常应适用于行使本章建议下的所有各种权利和救济办法，而不只是对非司法强制执行适用。工作组似宜考虑规定必要的保障措施，以阻止毫无根据的申请和对强制执行过程的不适当干预。]

## 担保债权人占有担保资产的权利

141. 法律应当规定，发生违约之后，有担保债权人有权占有有形担保资产。

### 备选案文 A

142. 法律应当规定，有担保债权人仅可在下列情况下选择不通过向法院或其他主管机关提出申请而取得对担保资产的占有权：

(a) 设保人已在担保协议中同意有担保债权人 not 通过向法院或其他主管机关提出申请而取得占有权；

(b) 有担保债权人已向设保人和占有担保资产的任何人发出违约通知；以及

(c) 可以不使用或威胁使用武力而取得占有权。

### 备选案文 B

142. 法律应当规定，有担保债权人仅可在下列情况下选择不通过向法院或其他主管机关提出申请而取得对担保资产的占有权：

(a) 设保人已在担保协议中同意有担保债权人 not 通过向法院或其他主管机关提出申请而取得占有权；

(b) 有担保债权人已向设保人和占有担保资产的任何人发出违约通知及关于其打算实行非司法强制执行的意向通知，并指明强制执行的具体时间和方法；以及

(c) [可以不使用或威胁使用武力或通过其他任何非法行为而取得占有权。][在实行非司法强制执行时，设保人并不反对。]

[工作组注意：工作组似宜注意到，虽然在两项备选案文中的任何一项下都规定必须是设保人在担保协议中表示同意才行，但在对通知的要求和设保人的保障方面，两项备选案文有所区别。]

### 担保资产的处分

143. 法律应当规定，发生违约之后，有担保债权人有权对担保资产进行变卖或以其他方式处分、租赁或发放许可证。在服从于建议 126 的前提下，有担保债权人选择不通过向法院或其他主管机关提出申请而实行这种救济的，可选择进行处分、租赁或发放许可证的方法、方式、时间、地点以及其他方面。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，本建议的目的和效果是平衡兼顾设保人（及其其他债权人）和有担保债权人的利益，以便得以使用灵活的方法处分担保资产，从而实现经济上有效的强制执行，同时又对设保人加以保护，以免有担保债权人对其采取在商业上不合理的行动。评注还将解释，有担保债权人不必非得占有担保资产才能行使本章下对其规定的权利和救济办法。]

## 非司法处分的提前通知

144. 法律应当规定，发生违约之后，有担保债权人必须发出关于其打算对担保资产实行非司法处分、租赁或发放许可证的意向通知。

145. 法律应当：

(a) 规定必须向下列当事人发出通知：

(一) 设保人、债务人和必须偿付担保债务的其他任何人；

(二) 对担保资产享有权利的任何人，条件是其在有担保债权人向设保人发出通知前已将这些权利书面通知了有担保债权人；

(三) 在向设保人发出通知超过[...]天前已经在设保人名下登记了担保资产上担保权通知的其他任何有担保债权人，或在有担保债权人扣押担保资产时已经占有担保资产的其他任何有担保债权人；

(b) 指明发出通知的方式、时间和起码内容，包括[给设保人的]通知是否必须载明当时所欠债务的数额并说明债务人或设保人有权按照建议 139 的规定获得担保资产上的担保权解除；

(c) 规定通知使用的文字必须是可合理预期收件人了解其中内容的文字；

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，给设保人的通知使用担保协议的文字即可，以注册方式使担保权取得对抗第三方效力的，本建议规定的通知使用注册机关的文字即可。]

(d) 论及未履行关于通知的各项建议所产生的法律后果；以及

[工作组注意：工作组似宜审议(d)项是否有必要。建议 131 处理的是有担保债权人未履行本法对其规定的义务时所应承担的赔偿责任。另外，如果有担保债权人寻求非司法强制执行时违背了本法对其规定的义务的，建议准予设保人获得司法救济。此外，建议 158 下的说明提出列入一项新的建议，处理对于善意买受人、承租人或许许可证持有人所获得的权利而言有担保债权人未履行其义务的后果。]

(e) 列出无需发出通知的具体情形，其原因既可以是与需要提前通知相关联的延时可能会对担保资产变现价值造成不利影响（如易腐有形资产或价值会迅速下跌的其他资产），也可以是担保资产系属在公认市场上变卖因而其价值由该市场决定的那类资产。

146. 法律应当提供一些规则，确保建议 144 所述的通知以有效、及时和可靠的方式发出，以便既能保护设保人或其他利益相关方，同时又能避免对有担保债权人的救济办法以及担保资产的可能变现价值产生不利影响。

[工作组注意：工作组似宜考虑本建议 146 是否应当更具体些，或者是否应将其列入评注。工作组似宜注意到，评注将解释，这些规则应平衡兼顾有担保债权人的利益（该利益也有益于设保人和其他利益相关当事人）与设保人和其他当事人的利益，前者的利益在于能够灵活迅速处分担保资产以便利用有利

的市场条件，后者的利益则在于能够在非司法处分之前足够提前获得处分通知，以便采取可进一步保护其利益的行动（例如，物色担保资产的潜在买受人，或参与担保资产的公开处分以核实有担保债权人确已履行本法关于违约和强制执行的条文对其规定的义务）。评注还将解释，本建议不要求登记通知，因为通知符合实行登记所可能有助于达到的政策目标。]

#### 接受担保资产作为对担保债务的清偿

147. 法律应当规定，发生违约之后，有担保债权人可以书面形式提出其接受一笔或数笔担保资产作为对担保债务的全部或部分清偿。

148. 法律应当规定，有担保债权人提出其接受担保资产作为对担保债务全部或部分清偿的，必须向下列当事人发出该提议的通知，指明截至发出该提议之日的欠款数额和所提议以接受担保资产的方式加以清偿的债务数额：

(a) 设保人、债务人和必须偿付担保债务的其他任何人（如担保人）；

(b) 对担保资产享有权利的任何人，条件是其有担保债权人向设保人发出提议超过[...]天前已将这些权利书面通知了有担保债权人；以及

(c) 在向设保人发出提议超过[...]天前已经在设保人名下登记了担保资产上担保权通知的其他任何有担保债权人，或在有担保债权人扣押担保资产时已经占有担保资产的其他任何有担保债权人。

149. 法律应当规定，如根据建议 148 发出提议后，有任何收信人在很短时间[如二十天]内以书面形式提出反对的，有担保债权人即不得开始实施这项提议。

150. 法律应当规定，设保人提出如建议 147 所述提议而有担保债权人加以接受的，有担保债权人必须按照建议 148 和 149 的规定办理。

#### 强制执行下所得收益的分配

151. 法律应当规定，如非司法处分担保资产或收取应收款、可转让票据或其他债款的，采取强制执行措施的有担保债权人必须将其强制执行下所得的净收益（扣除强制执行费用后）折抵担保债务。除建议 152 的规定之外，采取强制执行措施的有担保债权人必须将任何余额付给在余额任何分配之前已向采取强制执行措施的有担保债权人发出债权通知的任何排序在后的竞合求偿人，所付额度以该债权为限。任何结余均须退还设保人。

152. 法律还应当规定，在非司法强制执行的情况下，对于任何竞合求偿人的权利或对于偿付顺序无论是否存在任何争议，采取强制执行措施的有担保债权人都可以按照一般适用的程序规则将余额付给具有管辖权的司法机关或其他机关，或付给一个公共存款基金，以便用于分配。余额的分配应按照本法的优先权规则办理。

153. 法律应当规定，以司法处分的方式或通过官方管理的其他强制执行程序变现的收益，应依照国家有关执行程序的一般规则加以分配，但分配时遵循本法的优先权规则。

154. 法律应当规定，除非另有约定，债务人和必须偿付担保债务的其他任何人应当对以强制执行下所得的净收益折抵担保债务后尚存的任何缺额负责。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，本建议规定的是，对于偿付担保债务后尚存的任何债权缺额，有担保债权人的债权无担保。评注还将解释，有担保债权人和设保人可在无追索权或有限追索权的交易中约定，有担保债权人对任何债权缺额无求偿权。]

#### 排序在先的有担保债权人接管强制执行过程的权利

155. 法律应当规定，在有担保债权人或判决胜诉的债权人启动强制执行程序的情况下，有担保债权人其担保权优先于采取强制执行措施的债权人或优先于采取强制执行措施的判决胜诉债权人的，在担保资产的最后处分、接受或收取之前任何时候，均有权掌控强制执行的过程。掌控权包括采用本法规定的任何办法的强制执行权。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，享有优先权的有担保债权人有权使用其根据本法实施的其自己的强制执行程序而替代排序靠后的判决胜诉债权人根据其他法律启动的判决胜诉后强制执行程序，但无权继续实施判决胜诉的债权人根据该其他法律启动的强制执行程序。]

#### 通过司法处分取得的权利

156. 法律应当规定，如果有担保债权人通过司法程序或官方管理的其他程序处分担保资产，受让人取得的权利由国家关于执行程序的一般规则确定。

#### 通过非司法处分取得的权利

157. 法律应当规定，如果有担保债权人不向法院或其他主管机关提出申请而处分担保资产，善意的买受人取得设保人对该资产的权利，但须服从比采取强制执行措施的有担保债权人的担保权更为优先的权利，然而不附带采取强制执行措施的有担保债权人的权利和排序低于采取强制执行措施的有担保债权人的任何相竞求偿人的权利。本规则同样适用于已接受担保资产作为担保债务的全额或部分清偿的有担保债权人在担保资产上所取得的权利。

158. 法律应当规定，如果有担保债权人不向法院或其他主管机关提出申请而对担保资产进行租赁或发放许可证，善意的承租人或许可证持有人有权在承租期或许可证有效期内通过承租或许可证从中获益，除非遇有优先于采取强制执行措施的有担保债权人的担保权的权利。

[工作组注意：工作组似宜考虑是否在本章中列入大意如下的一项新建议：“法律应当规定，有担保债权人未履行关于违约和强制执行的法律条文对其规定的任何义务并不影响担保资产的善意买受人、承租人或許许可证持有人的权利。”]

#### 动产和不动产强制执行制度的交叉部分

159. 法律应当规定：

(a) 有担保债权人可选择根据本法或关于强制执行不动产担保权的法律而强制执行不动产附加物上的担保权；以及

(b) 在债务同时以设保人的动产和不动产担保的情况下，有担保债权人可选择实行如下：

(一) 根据本法强制执行动产上的担保权，根据关于强制执行不动产担保权的法律强制执行不动产上的担保权；或

(二) 根据关于强制执行不动产担保权的法律强制执行两种担保权。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，本法应当与一般民事诉讼程序法相协调，为有担保债权人提供介入由设保人的其他债权人启动的法院程序的权利，以保护担保权和确保根据本法提出的担保权取得同样的优先地位。]

### B. 特定资产的建议

#### 关于强制执行的一章对应收款彻底转让的适用<sup>46</sup>

160. 法律应当规定，关于违约和强制执行的法律条文不适用于应收款的彻底转让，但下列建议除外：

(a) 对于带有追索权的彻底转让的情况，建议 126；以及

(b) 建议 161 和 162。

#### 应收款上担保权的强制执行<sup>47</sup>

161. 法律应当规定，对于应收款彻底转让的情况，受让人有权收取应收款或以其他方式强制执行应收款。对于通过担保方式转让应收款的情况，发生违约之后或经转让人同意而在发生违约之前，受让人有权根据建议 112 至 118 收取应收款或以其他方式强制执行应收款。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，作为替代收取的一种办法，有担保债权人可根据建议 133(a)项和建议 143 而选择出售应收款。评注还将解释，发出的通知和付款指示违背受让人与转让人之间约定的不通知应收款

<sup>46</sup> 见 A/CN.9/611，建议 88。

<sup>47</sup> 关于建议 161 和 162，见 A/CN.9/611，建议 102 和 103。

债务人的，应收款债务人有义务向受让人付款，但受让人因为违约而可能对受让人承担赔偿责任（见建议 110(b)项。）]

162. 法律应当规定，受让人收取应收款或以其他方式强制执行应收款的权利包括有权收取或以其他方式强制执行任何为应收款的偿付而作保的对人权或对物权（例如一项担保或担保权）。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将讨论关于强制执行一章中的其他建议可如何适用于对所转让应收款的担保偿付权的强制执行。]

#### 可转让票据上担保权的强制执行<sup>48</sup>

163. 法律应当规定，发生违约之后或经设保人同意而在发生违约之前，有担保债权人有权根据建议 119 向作为担保资产的可转让票据的承付人收款或以其他方式强制执行该可转让票据。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，在有担保债权人与可转让票据承付人或根据可转让票据法主张权利的其他人之间，有担保债权人的强制执行权利须服从可转让票据法的规定。评注还将包括列举此种人的下述情况：

(a) 可转让票据的承付人可能只对持单人或者根据可转让票据法有权强制执行该票据的其他人负有付款义务；以及

(b) 可转让票据的承付人对此承付义务提出抗辩的权利根据可转让票据法确定。]

164. 法律应当规定，有担保债权人收款或以其他方式强制执行可转让票据的权利包括有权收款或以其他方式强制执行任何为可转让票据的偿付而作保的对人权或对物权（例如一项担保或担保权）。

#### 银行账户贷记款受付款上担保权的强制执行<sup>49</sup>

165. 法律应当规定，发生违约之后或经设保人同意而在发生违约之前，享有银行账户贷记款受付款上担保权的有担保债权人有权根据建议 119 和 120 收款或以其他方式强制执行其对该资金的受付款。

166. 法律应当规定，发生违约之后或经设保人同意而在发生违约之前，拥有控制权的有担保债权人有权根据建议 120 和 121 强制执行其担保权，不必向法院或其他主管机关提出申请。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，与必须根据建议 151 收取该款项用于偿付担保债务的有担保债权人不同，开户银行作为有担保债权人可直接用该款项偿付担保债务。评注还将解释，银行抵销权的强制执行仍受其他法律管辖。]

<sup>48</sup> 关于建议 163 和 164，见 A/CN.9/611/Add.1，建议 104 和 105。

<sup>49</sup> 关于建议 165-167，见 A/CN.9/611/Add.1，建议 106 之二、107 和 108。

167. 法律应当规定，无控制权的有担保债权人只有权根据建议 120 和 121 按照法院令收款或以其他方式对开户银行强制执行担保权，开户银行另行同意的除外。

#### 独立保证下收益上的担保权的强制执行<sup>50</sup>

168. 法律应当规定，发生违约之后或经设保人同意而在发生违约之前，享有独立保证下收益上担保权的有担保债权人有权根据建议 122 至 124 收款或以其他方式强制执行其享有的独立保证下收益上的担保权。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将明确指出，在担保权根据建议 24 自动设定的情况下，有担保债权人强制执行独立保证下收益权上的担保权无需设保人另行一项转让行动。评注还将解释，担保人/签发人或被指名人对有担保债权人承担的任何义务均受建议 122 至 124 管辖。此外，评注还将解释，建议 168 无意扰乱设保人与有担保债权人之间约定的任何违约前安排，即根据此种安排，在设保人违约以前，有担保债权人可以接收独立保证下的收益。]

#### 可转让单证上担保权的强制执行<sup>51</sup>

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注还将解释，关于强制执行担保权的一般性建议在此处也适用，建议 169 处理的是一个特殊问题。]

169. 法律应当规定，发生违约之后或经设保人同意而在发生违约之前，有担保债权人有权根据建议 125 对可转让单证签发人或可转让单证其他任何承付人强制执行可转让单证上的担保权。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，根据管辖可转让单证的法律，签发人可能只对有关货物的可转让单证的持单人负有交货义务。]

#### 不动产附加物上担保权的强制执行<sup>52</sup>

[工作组注意：工作组似宜考虑到一般性建议适用于动产附加物上担保权的强制执行。至于不动产附加物上担保权的强制执行，工作组似应考虑按建议 170 的思路增加一项建议。]

170. 法律应当规定，享有不动产附加物上担保权的有担保债权人只有在其拥有对不动产上竞合权利的优先权情况下，才有权强制执行其担保权。在如此强制执行情况下，对不动产拥有排序较低的竞合权利的债权人有权清偿由附加物上担保权作保的债务。除纯粹因无附加物而致使不动产价值发生的任何缩减外，采取强制执行措施的有担保债权人须就拆除行为对不动产造成的任何损坏负赔偿责任。

<sup>50</sup> 见 A/CN.9/611/Add.1，建议 106。

<sup>51</sup> 见 A/CN.9/611/Add.1，建议 109。

<sup>52</sup> 见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4，关于附加物上担保权强制执行的说明。

## 十一. 破产<sup>53</sup>

### A. 贸易法委员会破产法立法指南：定义和建议

#### 定义<sup>54</sup>

12. (b) “债务人的资产”：<sup>55</sup>债务人的财产、权利和利益，包括财产上的权利和利益，而不论该财产是否在债务人占有下，是有形财产还是无形财产，是动产还是不动产，还包括债务人在担保资产上或第三方拥有的资产上享有的权益；

12. (dd) “利益关系方”：权利、义务或利益受到破产程序影响或受到破产程序中特定事项影响的任何当事方，包括债务人、破产管理人、债权人、股东、债权人委员会、政府主管机关或受到如此影响的其他任何人。本词用意中将不把利益受到破产程序依稀隐约影响的人视为利益关系方；

12. (pp) “担保权益”：对资产的权利，籍此保证一笔或多笔债务得以偿付或以其他方式得以履行。

[工作组注意：工作组似宜注意到，破产一章可能需要涉及《破产指南》和《担保交易指南》中使用的其他术语。]

#### 建议<sup>56</sup>

#### 有效和高效的破产法的关键目标

(1) 为了确立和制定一部有效的破产法，应考虑下列关键目标：

- (a) 为市场提供确定性以促进经济稳定和增长；
- (b) 实现资产价值最大化；

<sup>53</sup> 见 A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3。

<sup>54</sup> 这些定义取自《贸易法委员会破产法立法指南》（“《破产指南》”）术语表（导言，第 12 段）。

<sup>55</sup> 就本章而言，建议中使用的“债务人”一词取自《破产指南》，应理解为系指符合启动破产程序条件要求的人（见《破产指南》，第二部分，第一章，A 节，第 1-11 段和建议 8）。如果（为债务人债务作保的）所述担保权是由债务人设置的，则“债务人”一词也指设保人。但是，如果所述的担保权不是由债务人而是由一第三方（例如，根据与债务人达成的某种合同安排）设置的，则“债务人”一词指该第三方设保人，因为只有在该第三方设保人破产的情况下，有担保债权人是对担保资产享有所有权权利的有担保债权人。在非设保人的债务人破产情况下，债权人是无担保债权人，对非设保人的债务人拥有无担保的债权。

<sup>56</sup> 应当指出，本章仅包括《破产指南》中与担保权具体相关的建议或其中的一部分，文中保留了《破产指南》的原有编号（关于本章中未转载的建议，见 <http://www.uncitral.org> 下所列的《破产指南》）。还应当指出，建议的最后文本将包括《破产指南》中的必要脚注。

- (c) 在清算和重组之间求得平衡；
  - (d) 确保处境相近的债权人获得公平待遇；
  - (e) 规定破产事务得以及时、高效和公正解决；
  - (f) 保全破产财产以便公平分配给债权人；
  - (g) 确保有一部鼓励收集和提供资料的有透明度和可预测的破产法；以及
  - (h) 承认原已存在的债权人权利，确立优先债权排序的明确规则。
- (4) 破产法应规定，如果根据破产法以外的法律某项担保权益是有效的和可执行的，则该项担保权益将在破产程序中得到承认，被确认为有效的和可执行的。
- (7) 为了制定一部有效和高效率的破产法，应考虑下列共同特征：
- (a)-(d)……
  - (e) 防范债权人、债务人本人和破产管理人对破产财产采取行动，并在对有担保债权人适用保全措施的情况下，考虑以何种方式在破产程序期间保全担保权益的经济价值；
  - (f)-(r)……

#### 权利和债权有效性及效力问题的适用法律

(30) 破产程序启动时即已存在的权利和债权，其有效性和效力所适用的法律应当由启动破产程序的所在地国的国际私法规则确定。

#### 破产程序中的适用法律：法院地法

(31) 启动破产程序的所在地国的破产法（法院地法）应当适用于破产程序的启动、进行、管理和终结等所有方面及其后果。这些可包括如下，例如：

- (a)-(i)……
- (j) 对有担保债权人的处理；
- (k)-(n)……
- (o) 债权的排序；
- (p)-(s)……

### 构成破产财产的资产

(35) 破产法应规定，破产财产应当包括：

- (a) 债务人的资产，包括债务人在担保资产上和第三方拥有的资产上享有的权益；
- (b) 破产程序启动后获得的资产；以及
- (c) ……

### 临时措施

(39) 破产法应规定，法院可在需要给予救济以保护和保全债务人资产价值或债权人权益的情况下，应债务人、债权人或第三方的请求，在提出启动破产程序的申请后到启动该程序之前这段时间，给予临时性的救济，其中包括：

- (a) 中止针对债务人资产的执行，包括为使担保权益具有对抗第三方效力而采取的行动和对担保权益的强制执行；
- (b)-(d)……

### 程序启动时的适用措施

(46) 破产法应规定，破产程序一俟启动：

- (a) 涉及债务人资产及债务人权利、义务或责任的个别诉讼或程序的启动或继续即予中止；
- (b) 使担保权益具有对抗第三方效力的行动和强制执行担保权益的行动即予中止；
- (c) 针对破产财产中的资产的执行或其他强制执行即予中止；
- (d) 对方终止与债务人任何合同的权利即予中止；以及
- (e) 对破产财产中任何资产进行转让、设保或其他处分权利即予中止。

### 程序启动时自动适用的措施的期限

(49) 破产法应规定，破产程序启动时适用的措施在整个破产程序中始终有效，直至发生下列任何一种情形：

- (a) 法院准许救济而免于适用这些措施；
- (b) 在重组程序中，重组计划生效；或
- (c) 对于清算程序中的有担保债权人，法律规定的一段固定期限届满，除非表明下列情况后法院将这一期限再次延长：
  - (-) 为债权人利益实现资产价值的最大化而确有必要延长期限；以及

- (二) 有担保债权人将得到保护，以防其担保权益所在的担保资产价值缩减。

#### **防范担保资产的价值缩减**

(50) 破产法应规定，在向法院提出申请后，有担保债权人应有权享有对其担保权益所在资产给予的价值保全。法院可准予采取适当保全措施，其中可包括：

- (a) 由破产财产支付现金；
- (b) 提供附加担保权益；或
- (c) 法院认定的其他方法。

#### **给予救济免于程序启动时所适用的措施**

(51) 破产法应规定，有担保债权人可请求法院准许救济而免于破产程序启动时所适用的那些措施，其理由可包括：

- (a) 担保资产并不为将来可能进行的债务人企业的重组或变卖所需要；
- (b) 担保资产的价值因破产程序的启动而正在缩减，并且未对有担保债权人提供保护以防范该价值的缩减；以及
- (c) 在重组中，重组计划未在任何适用的时限内获得批准。

#### **对破产财产中的资产的动用权和处分权**

(52) 破产法应允许：

- (a) 在正常经营过程中动用和处分破产财产中的资产（包括担保资产），但现金收益除外；以及
- (b) 在符合建议 55 和 58 的要求的前提下，在正常经营过程外动用和处分破产财产中的资产（包括担保资产）。

#### **担保资产的进一步设保**

(53) 破产法应规定，在符合建议 65-67 的要求的前提下，担保资产可以进一步设保。

#### **使用第三方拥有的资产**

(54) 破产法应规定，破产管理人可以使用债务人占有下的由第三方拥有的资产，但需满足规定的条件，其中包括：

- (a) 将保护第三方的权益不受资产价值缩减的影响；以及

(b) 继续履行合同而发生的合同下费用和使用资产而发生的费用将作为破产管理费用偿付。

#### 以不连带抵押权和其他权益的方式出售破产财产中的资产的能力

(58) 破产法应允许破产管理人在正常经营过程外，以不连带原有抵押权和其他权益的方式出售担保资产或随附着其他权益的资产，条件是：

- (a) 破产管理人向抵押权或其他权益的持有人通知其拟议的出售；
- (b) 给予持有人在法院就拟议的出售提出异议的机会；
- (c) 尚未给予救济而免于中止措施；以及
- (d) 在变卖资产的所得收益上保持相关权益的优先权。

#### 现金收益的使用

(59) 破产法应允许破产管理人在下列情况下使用和处分现金收益：

- (a) 持有这些现金收益上留存的担保权的有担保债权人同意此种使用或处分；或
- (b) 已将拟议的使用或处分通知有担保债权人并给予其向法院提出申述的机会；以及
- (c) 有担保债权人的利益将受到保护而不受现金收益价值缩减的影响。

#### 累赘资产

(62) 破产法应允许破产管理人决定如何处理破产财产中的任何累赘资产。特别是，破产法可允许破产管理人放弃累赘资产，但首先须向债权人发出通知并给予其对所建议的行动表示异议的机会，除非有担保债权超出担保资产的价值，而且重组中或将企业作为经营中企业出售也不需要该资产，在这种情况下，破产法可允许破产管理人放弃该资产，将之交予有担保债权人，而无需通知其他债权人。

#### 对程序启动后融资的担保

(65) 破产法应规定可以为偿还程序启动后的融资设置担保权益，包括在未设担保的资产（含程序启动后获得的资产）上设定担保权益，或在已设担保的破产财产的资产上设定次级或排序靠后的担保权益。

(66) 法律应当规定，除非破产管理人征得原有有担保债权人的同意或者遵循建议 67 中所载程序，否则，为获得程序启动后的融资而以破产财产中资产提供的担保权益并不比任何原已以该资产提供的担保权益优先。

(67) 破产法应规定，如果原有有担保债权人不同意，法院仍可批准设定优先于原已存在的担保权的担保权益，但要满足特定条件，其中包括：

- (a) 给予原有有担保债权人向法院申述的机会；
- (b) 债务人可以证明其无法以任何其他方式获得融资；以及
- (c) 原有有担保债权人的利益将得到保护。

#### **转换程序对程序启动后融资的影响**

(68) 破产法应规定，在重组程序转换为清算的情况下，在重组中给予程序启动后融资的任何优先权均应在清算中继续得到承认。

#### **自动终止和提前到期条款**

(70) 破产法应规定，合同条款凡是规定在出现以下任何情形时合同自动终止或提前到期的，对破产管理人和债务人都不可执行：

- (a) 申请启动或实际启动破产程序；
- (b) 指定破产管理人。

(71) 破产法应指明可免于适用建议 70 的合同，例如金融合同，或者须遵守特殊规则的合同，例如劳工合同。

(72) 破产法应规定，破产管理人如认为其所知晓的一项合同继续履行将有利于破产财产的，可以决定继续执行。破产法应规定：

- (a) 继续执行权适用于整个合同；以及
- (b) 继续执行的效力是可以执行合同的所有条款。

#### **在继续执行或否决前的履约**

(80) 破产法应规定，破产管理人可以接受或者要求合同对应方在合同继续执行或否决前履约。在下列情况下，由破产管理人所接受或所要求的合同继续执行或否决前的对应方履约而产生的债权，应作为破产管理费用偿付：

- (a) 对应方已履行合同的，破产管理费用的数额应为履约的合同价格；或
- (b) 破产管理人使用的资产属于第三方所有但由债务人依据合同占有的，应当保护该第三方免受这些资产价值缩减的影响，并且该第三方应根据(a)项享有破产管理费债权。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将澄清，对信贷协议的否决并不终止担保协议，也不消灭担保权。]

### 担保权益的撤销

(88) 破产法应规定，虽然根据破产法以外其他法律某项担保权益是有效和可执行的，但仍可出于与其他交易相同的理由而按破产法的撤销规定处理。

### 金融合同

(103) 债务人的金融合同一旦被终止，破产法应允许对应方对金融合同产生的债务执行和适用其担保权益。

金融合同应排除在破产法针对执行担保权益所规定的任何中止的范围之外。

### 债权人的参与

(126) 破产法应规定，有担保债权人和无担保债权人均有权参与破产程序，并指明此种参与就可能履行的职能而言可能涉及哪些方面。

### 申述权和请求审查权

(137) 破产法应规定，利益方有权就破产程序中涉及其权利、义务或利益的任何问题申述己见。例如，利益方应有权：

- (a) 对须由法院批准的任何行为提出异议；
- (b) 请求法院审查任何无须法院批准或未请求法院批准的行为；以及
- (c) 请求提供破产程序为其设置的任何救济。

### 上诉权

(138) 破产法应规定，利益关系方可以就破产程序中涉及其权利、义务或利益的任何法院令提出上诉。

### 重组计划

#### 按类别批准

(150) 如果按类别就批准计划进行表决，破产法应规定如何计算批准计划所需的各类别表决中所获票数。可采取若干不同的做法，包括要求所有类别均批准，或须由规定的多数类别但至少必须有一个其权利被计划改变或受其影响的债权人类别批准计划。

(151) 如果破产法不要求由所有类别批准计划，破产法应论及未表决批准计划的那些类别在计划仍获得必要若干类别批准的情况下的待遇。该待遇应符合建议 152 所载的理由。

### 对已批准计划的确认

(152) 如果破产法要求已批准的计划须由法院确认，破产法应当要求法院在下列条件得到满足时确认计划：

- (a) 已获得必要的批准以及批准程序的进行得当；
- (b) 债权人按该计划的所得至少相当于其本可在清算中的所得，除非其已特别同意接受较低的待遇；
- (c) 计划中不含有违法的规定；
- (d) 程序管理费将获全额偿付，除非该债权持有人或费用支出人同意不同的待遇；以及
- (e) 除非受影响的债权人类别同意其他做法，如果某类债权人在表决中反对该计划，则该类债权人在该计划中应得到对其按破产法享有的排序的充分承认，而且按计划对该类别给予的分配应符合其排序。

### (在不要求确认的情况下)对批准提出质疑

(153) 如果计划经债权人批准后无须法院确认即具有约束力，破产法应允许利益方（包括债务人）对批准计划提出质疑。破产法应规定对质疑的可能评估标准，其中应包括：

- (a) 是否符合建议 152 中所载的理由；以及
- (b) 有无欺诈，在这种情况下应适用建议 154 中的要求。

### 有担保债权

(172) 破产法应规定是否要求有担保债权人申报债权。

### 有担保债权的估算

(179) 破产法应规定，破产管理人可通过对担保资产进行估值来确定有担保债权人的有担保债权部分和无担保债权部分。

### 债权的优先顺序

#### 有担保债权

(188) 破产法应规定，应以清算中的担保资产或根据重组计划清偿有担保的债权，但须随从可能存在的、优先权高于该有担保债权的债权。应尽量减少优先权高于有担保债权的债权并应在破产法中将其明确列出。担保资产的价值不足以清偿有担保债权人债权的，该有担保债权人可在所余限度内作为普通无担保债权人参与。

## B. 担保交易指南的其他破产建议

### 破产程序中的适用法律

171. 法律应规定，即使破产程序已启动，担保权的设定、对抗第三方效力、优先权和强制执行仍由在无破产程序情况下所适用的法律管辖。本建议不影响任何破产规则的适用，包括与担保权的撤销、优先权或强制执行有关的规则的适用。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将澄清本建议与《破产指南》建议 30 和 31 之间的关系。评注还将解释，本建议在提及破产规则时，并不论这些规则是否为任何目的而被归入程序方面、实体方面、管辖权方面或其他方面。]

### 连附购置款担保权的资产（统一处理法）

172. 破产法应规定，在设保人的破产程序中，连附购置款担保权的资产与连附一般担保权的资产同样处理。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，遵照建议 178，破产法将承认根据担保交易法对购置款担保权所给予的超越非购置款担保权的任何特别优先权（例如，建议 185 和 186 所述的优先权）。]

### 根据保留所有权办法连附所有权的资产（非统一处理法）

#### 备选案文 A

172. 破产法应规定，在买受人、融资租赁承租人或设保人的破产程序中，根据保留所有权办法连附相关权利的资产与连附担保权的资产同样处理。

#### 备选案文 B

172. 破产法应规定，在买受人、融资租赁承租人或设保人的破产程序中，根据保留所有权办法连附相关权利的资产按《贸易法委员会破产法立法指南》所述第三方拥有的资产处理。

### 在程序启动前被彻底转让的应收款

173. 破产法应规定，在债务人破产程序启动前债务人对应收款作彻底转让的，该应收款与破产法对程序启动前债务人所作彻底转让的资产同样处理。如同程序启动前债务人所作任何其他资产的转让一样，该应收款的彻底转让将须服从破产法任何相关的撤销规则。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，《指南》将应收款的彻底转让（即非为担保目的的应收款转让）纳入其范围内，并将“担保权”定义为包括

应收款的彻底转让。在提及彻底转让时，《指南》并不影响根据破产法以外其他法律而适用的任何规则，该规则有可能把甚至当事各方所称作彻底转让的交易改而定性为担保式转让。在发生这种改变定性的情况下，该项转让将不符合《指南》所称的彻底转让。

如果在债务人破产程序启动前债务人所设置的担保权根据破产法以外的法律构成应收款的彻底转让，则破产法对彻底转让应收款的处理应如同债务人符合破产法以外法律规定的彻底转让条件而在程序启动前对任何其他资产进行的转让一样。被彻底转让的应收款如同破产程序启动前债务人所彻底转让的任何其他资产一样，不当列入债务人的破产财产（总体见《破产指南》建议 35，(a)项）。

但是，如同债务人对任何其他资产所作的启动前彻底转让一样，事实上，如同其他任何启动前交易一样，该项应收款的彻底转让仍需服从破产法的撤消规则（见《破产指南》建议 88）。例如，在下列条件下，可以撤消转让而将应收款纳入破产财产：(a)在破产程序启动时该项转让无对抗第三方的效力；(b)根据破产法关于低价交易的撤消规则该项交易可能被撤消；或(c)根据破产法关于嫌疑转让的撤消规则，如果转让在某一天发生，但直至以后某一天在任何宽限期之后的嫌疑转让期内才取得对抗第三方的效力。

如果应收款不在破产财产中，而且根据破产法的撤消规则也未纳入破产财产中的，那么因为受让人是应收款的真正所有人，所以根据破产法产生的任何中止措施一般不适用于受让人收取应收款，破产法一般也不应适用于应收款或受让人收取应收款。然而，如果依照在破产程序启动时行之有效的合同，债务人被受让人委托替受让人收取应收款，则一般适用于债务人合同（因而也适用于该委托合同）的破产法所规定的任何中止措施，将由此而适用，尽管受让人对应收款享有所有权，中止措施将阻止受让人收取应收款或以其他方式干预委托合同，直至对委托合同的中止措施终结，或债务人放弃委托合同。]

#### 程序启动后获得的资产

174. 除建议 175 规定的以外，破产法应规定，破产财产中在破产程序启动后获得的资产不连附设保人在破产程序启动前设定的担保权。

175. 破产法应规定，破产财产中在债务人破产程序启动后获得的资产，凡为程序启动前原属债务人资产的担保资产所生成的收益的（无论是否为现金），均连附债务人在破产程序启动前设定的担保权。

#### 破产程序中的自动终止条款

176. 如一项合同条款规定，在破产程序启动或发生另一个与破产有关的事件时，合同项下的任何义务自动终止或合同项下任何义务的到期日提前，而破产法规定该条款对破产管理人或债务人不能强制执行的，则破产法还应规定，遇有合同条款解除债权人为债务人发放贷款或提供信贷或其他融资便利的义务的，破产法上述规定并不使此项合同条款不可强制执行或使之无效。

### 破产程序中担保权的效力

177. 破产法应规定，如担保权在破产程序启动时具有对抗第三方的效力，则可以在破产程序启动后采取行动，在担保交易法规定的范围内并按照其规定的方式，延续、保留或维持担保权对抗第三方的效力。<sup>57</sup>

### 破产程序中担保权的优先权

178. 破产法应规定，如果根据破产法以外的法律一项担保权有权享有优先权，则该优先权在破产程序中继续保留，不受影响，除非依照破产法，另一项债权被给予优先权。这种例外情形应当尽量减少，并在破产法中明确列出。本条建议须服从《贸易法委员会破产法立法指南》的建议 188。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将提供例外情形的示例，例如程序启动后的优先融资和特许债权等。]

### 排序居次协议在破产程序中的效力

179. 破产法应规定，如破产财产中某一资产上的担保权持有人单方面或通过协议将其优先权排序退居于现有或未来竞合债权人之后，则这类排序居次安排在债务人的破产程序中具有约束力。

[工作组注意：工作组似宜注意到，建议 75 规定了在无破产程序情况下适用的有关排序居次安排的一般规则。工作组似宜考虑：“破产中关于承认程序启动前的优先权的一般规则应被解释为包括建立在排序居次协议基础之上的优先权，条件是协议并未给予一个比根据适用法律某一特定债权人将可获得的更为优先的排序。”（见《破产指南》，五，B，1，第 59 段，英文本第 268 页）。]

### 破产程序中维持担保资产价值而支出的成本和费用

180. 破产法应规定，破产管理人有权从担保资产的价值中收回破产管理人为了有担保债权人的利益而在维持、保留或增加担保资产价值时所发生的合理成本或费用（包括适当的一般管理费用）。

<sup>57</sup> 见《破产指南》建议 46(b)项的脚注，其中规定：

“如果破产法以外其他法律允许这些担保权益在规定的某个时期内发生效力，则破产法似宜承认该时限并在破产程序于所规定的该时限截止前即开始启动的情况下，允许该项权益发生效力。如破产法以外其他法律未列入此类时限，则程序启动时应予适用的中止即产生阻止担保权益生效的作用。”

## 重组程序中对担保资产的估值

181. 破产法应规定，在重组程序中确定担保资产的清算价值时，应当考虑这些资产的用途和估值的目的。这些资产的清算价值可以根据其作为经营中企业的一部分加以计算。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将指出，《破产指南》评注为所有资产规定了相同规则，（见第 66 段，第二部分，第二章，B 节）。本章的评注将指明，根据《破产指南》的建议 152(b)，重组程序中债权人的所得至少相当于其本可在清算中的所得，除非其已特别同意接受较低的待遇。]

## 十二. 购置款融资办法<sup>58</sup>

### A. 统一处理法的购置款融资办法

#### 目的

关于购置款融资办法的法律条文，目的是：

(a) 承认购置款融资作为一种可负担的信贷来源的重要性，并促进其使用，尤其是对中小型企业而言；

(b) 规定对所有购置款融资提供人的平等待遇，对他们适用关于担保权的一般制度；以及

(c) 通过建立购置款融资办法的透明度，为一般担保交易提供便利。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，之所以把(c)项添入本章的目的小节，是因为在购置款融资办法无须遵照登记要求的法域内，购置款融资方面缺乏透明度经常是影响非购置款性质库存品融资和设备融资（以及在承认广义的保留所有权安排的法域内影响应收款融资）的一个严重障碍。建立透明度将大大有助于这些类型的融资。]

#### 购置款担保权等同于担保权

182. 法律应当规定，购置款担保权是一项担保权。因此，关于担保权的法律规定一般应同等适用于一切购置款担保权，但以购置款融资办法的具体法律规定作为其补充。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，购置款担保权定性为担保权意味着购货款的有担保债权人即为有担保债权人，而设保人即为担保资产的所有人，此种定性仅适用于交易的担保融资方面。虽然购置款担保权可保证设保人支付购货款余额的义务，但基本交易仍然是一种销售或一种融资租赁。因此，有关销售或租赁的法律继续适用于交易的其他方面（例如所有权保证和质

<sup>58</sup> 见 A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5。

量保证、转售权或转租权、征税、保险和会计)。评注还将解释,举例说,如果一有担保债权人以购置款融资办法向买受人出售瑕疵设备,该买受人可以依照合同条款,包括其他相关的法律在内,寻求该其他法律提供给买受人的救济办法,例如买受人拒不接受货物并宣布合同作废。]

#### 购置款担保权的设定

183. 法律应当规定,购置款担保权[以建议 13 所述担保权的同样方式]设定, [由设保人和有担保债权人约定,此种约定不必以书面形式订立或证明,在格式上也不必遵照任何其他要求。其设定可使用包括证人在内的任何手段加以证明]。

[工作组注意:工作组似宜注意到,为实行等同原则,建议 183 (统一处理法)所列的备选措词与建议 183 (非统一处理法)相同。但如果工作组决定保留一般性建议 13 所规定适用的设定要求,则建议 183 可能就没有必要,因为其将重复该一般规则。]

#### 购置款担保权对抗第三方的效力

184. 除建议 185 另有规定外,法律应当规定,购置款担保权通过在一般担保权登记处办理权利通知的登记而取得对抗第三方的效力,其方式与本法关于第三方效力的条文对同类担保资产上的担保权所规定的相同。如果通知的登记不晚于向设保人交付货物后[指明一段短时限,例如 20 天或 30 天]天,则该项权利具有效力,可以对抗在购置款担保权设定后至其登记前这段时间产生权利的第三方,以及在此之后登记权利的第三方。在该期限期满以后登记通知的,购置款担保权从这一通知登记之时起具有对抗第三方的效力。

#### 购置款担保权登记要求的除外情形

185. 法律应当规定,消费品购置款担保权一经设定即具有对抗第三方的效力。本规定不影响通过占有或通过专门登记处登记或在产权证上加注而具有对抗第三方效力的担保权。

#### 非库存品或非消费品货物的购置款担保权对于已先登记的该货物上非购置款担保权的优先权

186. 法律应当规定,非库存品或非消费品货物的购置款担保权符合下列任何一项条件的,对于同一货物上的非购置款担保权享有优先权(即使该非购置款担保权在一般担保权登记处登记通知的时间早于购置款担保权登记通知的时间):

(a) 购置款融资提供者保留货物占有权的;或

(b) 向设保人交付货物后[与建议 184 规定的天数相同]期限内购置款担保权登记了通知的。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，发生优先权冲突的情形通常是原有的有担保债权人已享有以设保人所有现有和未来货物作保的担保权而另一债权人则为特定货物的购置提供了融资。]

#### 库存品购置款担保权对于已先登记的同类库存品上非购置款担保权的优先权

187. 法律应当规定，设保人库存品购置款担保权符合下列任何一项条件的，对于设保人同类库存品上的非购置款担保权享有优先权（即使该非购置款担保权取得对抗第三方效力的时间早于购置款担保权取得对抗第三方效力的时间）：

- (a) 购置款融资提供者保留货物占有权的；或
- (b) 在向设保人交付库存品之前：
  - (一) 购置款担保权已在一般担保权登记处作了登记的；以及
  - (二) 购置款融资提供者以书面形式通知原先登记的担保权持有人，购置款融资提供者打算就通知中所描述的库存品订立一项或多项购置款融资交易。通知应当对库存品作充分描述，以将正在融资中的库存品告知原先登记的担保权持有人。

#### 购置款担保权对于判决胜诉的债权人权利的优先权

188. 法律应当规定，虽有建议 86，但购置款担保权在建议 184 规定的宽限期内取得对抗第三方效力的，优先于下述条件下的无担保债权人的权利：根据本法以外的法律，该无担保债权人：

- (a) 在购置款担保权设定之后取得针对设保人的判决或临时法院令；以及
- (b) 已根据该判决或临时法院令采取必要步骤对设保人的担保资产取得权利。

#### 不动产附加物购置款担保权对于已先登记的不动产担保权的优先权

189. 法律应当规定，对于将成为不动产附加物的有形物，该有形物购置款担保权在该有形物成为附加物后[指明一段短时限，例如 20-30 天]内在不动产登记处登记的，优先于在相关不动产上的现有抵押权（为建造该不动产供资的贷款提供担保的抵押权除外）。

#### 一项或数项购置款融资交易

190. 法律应当规定，只向早先登记的非购置款担保权的持有人发出一项通知，可以涵盖通过相同当事人之间一项或数项购置款融资交易购得的担保资产，而不必在通知中分别指明这些交易。但是，该通知只应对在发出通知后一段为期[指明时限，例如五年]年的时期内交付的担保资产的购置款担保权有效。

### 非库存品或非消费品货物的收益上购置款担保权的优先权

191. 法律应当规定，建议 186（统一处理法）规定的非库存品或非消费品货物购置款担保权对于该货物上已先登记的非购置款担保权而享有的优先权，延及于该货物的收益。

### 库存品收益上购置款担保权的优先权

192. 法律应当规定，建议 187（统一处理法）规定的库存品购置款担保权对于同类库存品上已先登记的担保权而享有的优先权，延及于该库存品的收益（应收款除外）。但是，在向设保人交付库存品之前，或至迟在收益产生时，购置款融资提供人必须通知已先作登记而在与收益同类的资产上享有担保权的融资提供人。

[工作组注意：工作组似宜重新考虑建议 192 的优先权是否应当及于由应收款构成的收益这一问题。优先权及于应收款将严重限制应收款融资。在大多数情况下，应收款融资提供人可能没有实际可行的方法来确定设保人的应收款中究竟哪些将随附购置款融资提供人的最高优先权。由此可能造成的结果是，应收款融资提供人在收到本建议所设想的通知时干脆停止供资。这种可能性会阻碍应收款融资，而如果应收款融资提供人只同意在无任何库存品购置款融资办法的情况下才继续供资，这又会阻碍购置款融资。无论出现哪种可能性都不符合《指南》的目标。一种更好的解决办法是，库存品融资提供人的优先权不延及于应收款构成的收益，以便鼓励应收款融资提供人凭应收款提供信贷，而设保人又可将该信贷的收益用于偿付库存品融资提供人。工作组似宜注意到，在承认保留所有权安排的大多数法域中，保留所有权的出卖人对所售库存品拥有的财产权并不延及于该库存品售后产生的应收款。]

### 购置款担保权的强制执行

193. 法律应当规定，关于违约和强制执行的法律条文适用于购置款担保权的强制执行。

[工作组注意：工作组还似宜考虑大意如下的补充案文：

“关于保留所有权办法下的所有权，如果权利通知按要求需在担保权登记处办理登记而未作登记，或者只在建议 184 规定的时限期满之后才办理登记，保留所有权的出卖人、融资租赁出租人或购货款出贷人有权重新占有货物，但只能是在买受人、融资租赁承租人或设保人仍然占有这些货物的情况下，而且收回货物时必须连带买受人、融资租赁承租人或设保人已设立的任何担保权。但是，对于延迟登记，如已在原始买受人、融资租赁承租人或设保人出售货物前登记通知的，出卖人、融资租赁出租人或购货款出贷人可重新占有后继买受人所占有的货物，但[在出卖人正常经营过程中的库存品买受人以及从该买受人那里产生对库存品权利的其他任何人（即使此种买受人或其他人知悉担保权的存在）][善意买受人]除外。”]

## 购置款担保权在破产程序中

[工作组注意：工作组似宜注意到，关于破产中的各种购置款融资办法的建议载于破产一章。]

### 购置款担保权的适用法律

194. 法律应当规定，本法关于法律冲突的规定适用于购置款担保权。

## B. 非统一处理法的购置款融资办法

[工作组注意：工作组似宜注意到，委员会第三十九届会议核准了统一处理法的实质内容并将非统一处理法问题交由工作组进一步讨论（见 A/61/17，第 69 段）。]

### 目的（非统一处理法）

关于保留所有权办法的法律条文，目的是：

(a) 承认保留所有权办法作为一种可负担的信贷来源的重要性，并促进其使用，尤其是对中小型企业而言；

(b) 规定对所有保留所有权的出卖人、融资租赁出租人和购货款出借人的平等待遇，并对保留所有权办法适用特别规则，以便产生在功能上与担保权制度等效的结果[但以符合关于强制执行所有权的制度为限]；以及

(c) 通过建立保留所有权办法的透明度，为运用担保权提供便利。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，对于可能希望就保留所有权办法采取非统一处理法的国家，已经为其单独编拟了一套建议。为使用相关术语并反映在这一问题上存在的细微差别，在必要之处对有关非统一处理法的建议添加了单独的标题。此外，非统一处理法的建议编列了单独（但相同的）序号，不仅是为查阅这些建议提供方便，而且也是为了在可能情况下今后将之作为一套单独的建议集中归列在统一处理法的建议之后。

工作组似宜注意到，评注将解释，句中增加了“但以符合关于强制执行所有权的制度为限”这些词语，以使目的一节与关于保留所有权安排在破产程序内外的强制执行的建议 172 备选案文 B（非统一处理法）和建议 193 备选案文 B（非统一处理法）一致起来。根据非统一处理法的这一备选案文，在破产程序内外对强制执行购置款担保权的处理方式将不完全等同于对担保权的处理方式，而是与关于强制执行所有权的处理方式保持一致（关于这些区别的讨论情况，见 A/CN.9/WG.VI/WP.17，第 39-42 段；另见非统一处理法的建议 193 备选案文 B 下的说明）。评注将讨论此种做法的后果（例如缺乏统一性、对提供信贷可能产生的影响），以协助各国作出选择。]

## 保留所有权办法下的所有权等同于担保权

182. 法律如若把保留所有权办法下的所有权排除在“担保权”定义以外，法律应当规定，购贷款出贷人享有与保留所有权交易中的出卖人相同的权利。本法关于担保权的适用条文以本章所述对保留所有权办法下的所有权适用的具体条文加以补充，适用于一切保留所有权办法，在操作方式上维护根据保留所有权办法生成的各项权利在功能上与担保权等同[但在强制执行情况下，以符合相关所有权制度为限]。

[工作组注意：工作组似宜注意到，为落实工作组对一切购置款融资提供者一视同仁的决定（见 A/CN.9/574，第 35 段），在非统一处理法下，对建议 182（非统一处理法）增加了措词，确保购贷款出贷人被视为所有权人。评注将解释“但在强制执行情况下，以符合相关所有权制度为限”一语及其对破产内外强制执行保留所有权办法下的所有权的后果（见建议 172，备选案文 B（非统一处理法），以及建议 193，备选案文 B（非统一处理法））。]

## 保留所有权办法下的所有权设定

183. 法律应当规定，保留所有权办法下的所有权[以建议 13 所述担保权的同样方式]设定，[由买受人、融资租赁承租人或设保人与出卖人、融资租赁出租人或购贷款出贷人约定，此种约定不必以书面形式订立或证明，在格式上也不必遵照任何其他要求。其设定可使用包括证人在内的任何手段加以证明]。

[工作组注意：工作组似宜注意到，为确保涵盖建议 13 所述的全部问题，建议 183（非统一处理法）提及设定问题，但在保留所有权办法下并未设定任何新的所有权。工作组似宜考虑备选措词或在评注中作出解释。

建议 183（非统一处理法）列出了两项备选案文，其中一项以《联合国销售公约》（“销售公约”）第 11 条为基础，另一项以《指南》建议 13 中设想的格式要求为基础。

关于建议 183（非统一处理法），工作组似宜考虑大意如下的补充措词：

“法律还应当规定，尽管出卖人、出租人或购贷款出贷人享有所有权，但买受人、融资租赁承租人或设保人有权在售出货物或租赁货物上设立担保权。”]

## 保留所有权办法下的所有权对抗第三方的效力

184. 除建议 185 另有规定外，法律应当规定，保留所有权办法下的所有权通过在一般担保权登记处办理权利通知的登记而取得对抗第三方的效力，其方式与本法关于第三方效力的条文对同类担保资产上的担保权所规定的相同。如果通知的登记不晚于向买受人、融资租赁承租人或设保人交付货物后[指明一段短时限，例如 20 天或 30 天]天，则该项权利具有效力，可以对抗在保留所有权办法订立后至其登记前这段时间产生权利的第三方，以及在此之后登记权利的第三

方。在该期限届满以后登记通知的，保留所有权办法下的所有权自登记通知之时起具有对抗第三方的效力。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，在保留所有权办法中，对抗第三方的效力和对竞合求偿人的优先权系指保留所有权办法下的出卖人、融资租赁出租人或购货款出贷人可以主张其货物所有权，对抗通过买受人、承租人或设保人提出求偿要求的第三方，包括竞合求偿人在内。]

#### 保留所有权办法下的所有权登记要求的除外情形

185. 法律应当规定，在保留所有权办法下，对消费品的所有权一经设定即具有对抗第三方的效力。本规定不影响通过占有或通过专门登记处登记或在产权证上加注而具有对抗第三方效力的权利。

[工作组注意：工作组似宜考虑，是否消费品上的所有担保权（也许成为不动产附加物的消费品上的担保权除外）都应豁免于登记要求（见建议 41）下的说明。]

#### 保留所有权办法下非库存品或非消费品货物所有权对于已先登记的该货物上非购置款担保权的优先权

186. 法律应当规定，保留所有权办法下非库存品或非消费品货物所有权符合下列任何一项条件的，对于同一货物上的担保权享有优先权（即使该担保权在一般担保权登记处登记通知的时间早于保留所有权办法下的所有权登记通知的时间）：

- (a) 出卖人、融资租赁出租人或购货款出贷人保留货物占有权的；或
- (b) 向买受人、融资租赁承租人或设保人交付货物后[与建议 184 规定的天数相同]期限内保留所有权办法下的所有权登记了通知的。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将按 A/CN.9/588 号文件第 60 段的大致措词解释建议 186 和 187 在非统一处理法中的影响。工作组还似宜考虑，(a) 项是否可适用于保留所有权办法，因为鉴于货物的占有权通常将交给买受人、融资租赁承租人或设保人。]

#### 保留所有权办法下库存品所有权对于已先登记的同类库存品上非购置款担保权的优先权

187. 法律应当规定，保留所有权办法下库存品所有权符合下列任何一项条件的，对于同类库存品上的担保权享有优先权（即使该担保权取得对抗第三方效力的时间早于保留所有权办法下的所有权取得对抗第三方效力的时间）：

- (a) 出卖人、融资租赁出租人或购货款出贷人保留货物占有权的；或
- (b) 在向买受人、融资租赁承租人或购货款出贷人交付库存品之前：

- (一) 保留所有权办法下的所有权已在一般担保权登记处作了登记的；以及
- (二) 已先登记的担保权持有人获得书面通知，被告知出卖人、融资租赁出租人或购货款出贷人意图就库存品达成一项或多项保留所有权交易。通知中对库存品的描述应足够详细，使已先登记的担保权持有人获知以融资方式购置的库存品。

[工作组注意：工作组似宜考虑，(a)项是否可适用于保留所有权交易或融资租赁，因为鉴于货物的占有权通常将交给买受人、融资租赁承租人或设保人。工作组还似宜考虑登记处是否应自动通知已记录在案的库存品融资提供者（见 A/61/17，第 67 段）。应当注意，这种方法将要求登记处对库存品融资提供者与其他融资提供者加以区分。另外，这种方法还将要求设保人确保登记处在设保人将库存品交给购置款融资提供者之前发出该通知。]

#### 保留所有权办法下的所有权对于判决胜诉债权人的权利的优先权

188. 法律应当规定，虽有建议 86，但保留所有权办法下的所有权在建议 184 规定的宽限期内取得对抗第三方效力的，优先于下述条件下的无担保债权人的权利：根据本法以外的法律，该无担保债权人：

- (a) 在保留所有权办法下的所有权设定之后取得针对买受人、融资租赁承租人或设保人的判决；以及
- (b) 已根据该判决采取必要步骤对买受人、融资租赁承租人或设保人的相关资产取得权利。

[工作组注意：工作组似宜考虑，购置款担保权在相关宽限期内取得对抗第三方效力的，不应次于本建议中所述在购置款担保权设定之后但在担保权取得对抗第三方效力之前而在担保资产上产生权益的判决胜诉债权人的权利。若非如此，购置款融资提供者利用该宽限期的风险就会太大。工作组似宜将本建议与建议 86 一并考虑。]

#### 保留所有权办法下不动产附加物所有权对于已先登记的不动产担保权的优先权

189. 法律应当规定，对于将成为不动产附加物的有形物，该有形物保留所有权办法下的所有权在该有形物成为附加物后[指明一段短时限，例如 20-30 天]内在不动产登记处登记的，优先于在相关不动产上的现有抵押权（为建造该不动产供资的贷款提供担保的抵押权除外）。]

[工作组注意：工作组似宜注意到，本建议提出的优先权不会损害相关不动产上现行抵押权持有人的权利，因为抵押权人通常将并不依赖于事后增添的附加物。但是，本规则设定的优先权不应产生赋予建筑款出贷人优先权的作用，因为假定条件是，后者将依赖建造过程中成为不动产附加物的所有物品。]

### 一种或数种保留所有权办法

190. 法律应当规定，只向早先登记的担保权持有人发出一项通知，可以涵盖通过相同当事人之间一项或数项保留所有权办法购得的资产，而不必在通知中分别指明这些交易办法。但是，该通知只应对在发出通知后一段为期[指明时限，例如五年]年的时期内交付的资产上的所有权有效。

### 保留所有权办法下非库存品或非消费品货物的收益所有权的优先权

191. 法律应当规定，建议 186（非统一处理法）规定的保留所有权办法下非库存品货物所有权的优先权，延及于该货物的收益。

### 保留所有权办法下库存品收益所有权的优先权

192. 法律应当规定，建议 186（非统一处理法）规定的保留所有权办法下库存品货物所有权的优先权，延及于该库存品的收益（应收款除外）。但是，在向买受人、融资租赁承租人或设保人实际交付库存品之前，或至迟在收益产生时，保留所有权的出卖人、融资租赁出租人或购货款出贷人必须通知已先作登记而在与收益同类的资产上享有担保权的融资提供者。

### 保留所有权办法下的所有权强制执行

#### 备选案文 A

193. 法律应当规定，在出现违约时，必须以下列方式强制执行保留所有权办法：

- (a) 遵守与关于强制执行担保权同样的一般原则和目标；以及
- (b) 取得同样的结果。

[工作组注意：工作组第八届会议建议按上文所述措词拟定非统一处理法。]

#### 备选案文 B

193. 法律应当规定，关于违约和强制执行的法律条文适用于保留所有权办法下的所有权的强制执行，但以符合关于强制执行所有权的制度为限。

[工作组注意：工作组似宜注意到，非统一处理法第二项备选案文的最后措词将使非统一处理法遵循各国有关所有权强制执行的现行法律，而不是遵循《指南》有关强制执行的建议。举例说，在某些法域，这意味着在发生违约时将允许保留资产所有权并获得其占有权的出卖人保留该资产，而不是允许其处分该资产，该出卖人不必向买受人报明这些资产中超过购置价款未偿付部分的任何剩余价值，但也不享有向买受人追讨购置价款未偿付部分的债权（关于这些区别的论述，见 A/CN.9/WG.VI/WP.17，第 39-42 段；另见下文关于破产程序

中保留所有权办法下的所有权强制执行的非统一处理法建议的第二项备选案文)。

破产程序中保留所有权办法下的所有权

[工作组注意：工作组似宜注意到，关于破产中的各种购置款融资办法的建议载于破产一章。]

保留所有权办法下的所有权所适用的法律

194. 法律应当规定，本法关于法律冲突的条文适用于保留所有权办法。

### 十三. 法律冲突<sup>59</sup>

目的

冲突法规则的目的是确定下列每一问题的准据法：担保权的设定；有担保债权人与设保人之间的违约前权利和义务；担保权对抗第三方的效力；担保权相对于竞合求偿人权利的优先权；以及担保权的强制执行。<sup>60</sup>

这些规则也适用于下列权利：

(a) 本法范围内的“担保权”，其中包括保留所有权销售和融资租赁下的权利，以及应收款的彻底转让；以及

(b) 在颁布购置款融资手段的非统一处理制度国家中，保留货物所有权的货物出卖人或货物融资租赁出租人的权利。

#### A. 一般性建议

有形财产上担保权的适用法律<sup>61</sup>

195. 法律应当规定，除建议 196 和 209 中另有规定外，有形财产上担保权的设定、其对抗第三方的效力及其相对于竞合求偿人权利的优先权，由担保资产所在国的法律管辖。但是，对于通常在不止一个国家使用的那类有形财产上的担保权，法律应当规定，这些问题由设保人所在国的法律管辖。[关于上一句所述那类有形财产上的担保权，凡该有形资产由产权登记制度管理的，法律应当规定，这类问题由所设登记处的管理国法律管辖。]

\* 关于法律冲突的建议是与海牙国际私法会议密切合作拟订的。

<sup>59</sup> 见 A/CN.9/WG.VI/WP.24。

<sup>60</sup> 第四、第五、第七、第八和第十章阐述了这些术语的含义。

<sup>61</sup> 见 A/CN.9/611/Add.1，建议 136。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，建议 195 在适用于可转让票据和银行账户贷记款受付权时，须遵守建议 209 规定的有限的除外情形，即在特定情况下，设保人所在地法律决定所作登记是否取得对抗第三方的效力。评注还将解释，建议 196 提供了关于在途货物和出口货物上担保权设定及其第三方效力的另一种选择。

工作组似宜注意到，评注将解释，“通常在不止一个国家使用的那类有形财产”系指移动物，如机动车辆等。建议 195 方括号句中使用的同样词语系指船舶和航空器等移动物。

此外，工作组似宜考虑，措词类似建议 209 的一项规则是否应当适用于建议 195 涵盖的有形资产上的担保权。假如采取这一做法，如设保人所在地规定了通过登记产生第三方效力，则除占有方式以外，有形资产上担保权的第三方效力唯一适用的法律将是设保人所在地的法律，而不是资产所在地的法律。

工作组似宜注意到，既可根据建议 12 在货物上设定担保权，也可根据建议 27 在代表该货物的可转让单证上设定担保权。无论在哪种情况下，建议 195 都规定，担保权的设定、其对抗第三方的效力及其优先权由货物或单证相应所在国的法律管辖。由于在途货物和出口货物从性质上来讲是从一国运往另一国，从而使得在任何特定时间货物的所在地都可能是偶然的和临时的，因此建议 196 规定了关于此类货物上担保权的设定和取得对抗第三方的效力的一种替代方法，即如货物在一段合理期限内抵达最终目的地，以货物该目的地国的法律为准。建议 196 因此涉及在货物所在地必然发生变化情况下由于融资交易性质而坚持遵守“有形资产所在地规则”所可能产生的问题。

工作组还似宜注意到，在涉及可转让单证的许多融资交易中，可转让单证的所在地可能发生改变，例如提单从发货人送至收货人或有担保债权人。在这类交易中，即使货物和可转让单证的所在地最终将归为同一个国家，但在任何特定的时刻，可转让单证的所在国都可能不同于其所代表的货物的所在国。为了处理关于可转让单证所涵盖的货物上的担保权所适用的法律问题，在工作组第十届会议上，有人指出建议 196 所处理的与货物有关的实际问题在涉及代表这些货物的可转让单证时也可能出现，因此，扩大建议 196 的规则使之涵盖可转让单证将可能具有某些优点（见 A/CN.9/603，第 60 段）。

因此，工作组似宜考虑将建议 196 的适用范围扩大到可转让单证。在这方面，工作组似宜考虑到，根据建议 97 和 98，关于可转让单证涵盖的货物上的担保权，其优先权始终由单证所在地的法律处理。如果适用的法律是已颁布了《指南》各项建议的国家的法律，则根据建议 195，因为可转让单证上的担保权具有对抗第三方的效力而造成货物上的担保权也具有对抗第三方效力的，将优先于以另一种方法取得对抗第三方效力的货物上的担保权。工作组还似宜注意到，根据建议 200，对于货物或单证上的担保权实施强制执行将始终由强制执行的发生地所在国的法律处理，或视所保留的备选案文而定，由管辖担保协议的法律处理（关于本说明，见 A/CN.9/611/Add.1，建议 136 下的说明）。]

## 在途货物和出口货物上担保权的适用法律

196. 法律应当规定，对于在途的有形财产或设定担保权时有形财产预定从其所在国出口的（可转让票据或可转让单证除外），如该财产在担保权设定后一段为期[指明天数]天的短期内运抵最终目的地国，也可以根据最终目的地国的法律设定担保权并取得对抗第三方的效力。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，按照建议 195 根据设定担保权时货物所在国法律，或者按照建议 196 根据货物最终目的地国法律，可以在途货物和出口货物设定担保权并取得对抗第三方的效力。评注还将解释，甚至与出口货物位于原产国时所设定并具有对抗第三方效力的竞合权利发生竞争的情况下，也将适用最终目的地国关于担保权设定和第三方效力的法律。

此外，评注将解释，本建议中的规则：(a)适用于运途中的担保资产，而不论与该货物有关的可转让单证是否与货物随行；(b)不适用于非运途中的担保货物，而不论与该货物有关的可转让单证是否在递送之中；以及(c)不适用于被抵押的可转让单证，而不论其是否在递送中（关于本说明，见 A/CN.9/611/Add.1，建议 142 下的说明）。]

## 无形财产上担保权的适用法律<sup>62</sup>

197. 法律应当规定，无形财产上担保权的设定、其对抗第三方的效力及其相对于竞合求偿人权利的优先权，由设保人所在国的法律管辖。[但是，对于无形财产上的担保权，凡该无形财产由产权登记制度管理的，法律应当规定，这类问题由[……]所在国的法律管辖。]

[工作组注意：评注将解释，本建议反映《联合国转让公约》第 22 和第 30 条所载的原则，适用于例如应收款。方括号中的第二句意在提请工作组注意，其他由产权登记制度管理的无形资产，譬如知识产权，可能适用不同的法律（例如专利和商标的保护国法以及版权的保护国法或原产国法）。]

## 收益上担保权的适用法律

198. 法律应当规定：

(a) 收益上设定担保权由[关于]收益来源物原始担保资产上设定担保权的[法律所属国的]法律管辖；以及

(b) 收益上担保权对抗第三方的效力和相对于竞合求偿人权利的优先权，由[关于]同类收益原始担保资产上担保权对抗第三方效力和相对于竞合求偿人权利的优先权的同样[法律所属国的]法律管辖。

<sup>62</sup> 见 A/CN.9/611/Add.1，建议 137。

### 设保人和有担保债权人权利和义务的适用法律

199. 法律应当规定，设保人和有担保债权人在担保权上的相互权利和义务，不论是根据担保协议产生的，还是根据法律产生的，由他们所选定的法律管辖，未选定法律的，由担保协议的管辖法律管辖。

### 强制执行担保权时的适用法律

200. 除本法关于破产程序启动后对设保人强制执行担保权时的适用法律的条文所规定的以外，法律应当规定，管辖担保权强制执行事项的法律为：

#### 备选案文 A

强制执行发生地国的法律。

#### 备选案文 B

担保协议的管辖法律。但是，有担保债权人只能根据其取得担保资产占有权时该资产所在国的法律而在未经担保资产占有人同意的情况下取得担保资产的占有权。

[工作组注意：工作组还似宜注意到，在第三十九届会议上，委员会促请工作组就建议 200 和 208 所载的其中一项备选案文达成可能的一致。]

201. 不动产附加物上担保权的强制执行，由不动产所在国的法律管辖。

[工作组注意：工作组似宜考虑，对于动产附加物上担保权设定、第三方效力和优先权的适用法律而言，建议 195 已经足够，而对于此种担保权的强制执行而言，建议 200 也已足够（关于本说明，见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4，关于附加物上担保权强制执行时的适用法律的说明。）]

### 破产对适用法律的影响

[工作组注意：工作组似宜注意到，关于破产程序中强制执行担保权时的适用法律的各项建议载于破产一章（见建议 171）。]

### 设保人“所在地”的含义

202. 法律应当规定，就本法关于法律冲突的规定而言，设保人的所在地是其设有营业地的国家。设保人在不止一个国家设有营业地的，设保人的营业地是其行使中央行政管理职能的所在地。设保人没有营业地的，以设保人的惯常住所地为准。

## 确定所在地的相关时间

### 203. 法律应当规定：

(a) 除本建议(b)项的规定以外，本法关于法律冲突的条文中提到的资产所在地或设保人所在地，就设定的问题，是指在设定担保权时的所在地；就第三方效力和优先权的问题，是指该问题产生时的所在地；

(b) 竞合求偿人在担保资产上的一切权利产生在该资产或设保人所在地发生变更之前的，本法关于法律冲突的条文中提到的(与本章各条建议有关的)资产所在地或设保人所在地，就第三方效力和优先权的问题，是指所在地变更之前的所在地。

### 所在地变更后担保权的持续第三方效力

204. 法律应当规定，如果担保资产上的担保权根据（与法律冲突的规定具有关系的）担保资产或设保人的所在国法律具有对抗第三方的效力，而该所在地随后改为本国（即颁布本法的国家）的，则在（与法律冲突的规定具有关系的）担保资产或设保人所在地改为本国之后一段为期[指明天数]天的期限内，该担保权根据本国法律继续具有对抗第三方的效力。如果在这一期限结束之前满足了本国法律关于担保权取得对抗第三方效力的要求，该担保权此后继续在本国具有对抗第三方的效力。对于本国规定的关于登记时间或其他取得第三方效力的方法关系到如何确定优先权顺序的任何规则而言，该时间即为担保资产或设保人所在地改为本国之前根据当时所在国的法律该事件发生的时间。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，本建议的适用并不建立在相互对等的基础上，即其适用与担保资产或设保人原所在国是否颁布了关于担保资产或设保人所在地改为该国的相反情形的相应规定无关。评注还将解释，如果资产或设保人从一个颁布国转移到另一个颁布国或从一个非颁布国转移到一个颁布国，本建议将予适用。如果资产或设保人从一个颁布国转移到一个非颁布国或从一个非颁布国转移到另一个颁布国，本建议（或《指南》）将不予适用。此外，评注还将解释，本建议最后一句的效用是，在接收国中优先权“回溯既往”，以在另一国中取得第三方效力的相关事件的发生时间为准。]

### 排除反致

205. 法律应当规定，法律冲突的规定中提及的另一国“法律”作为管辖某一问题的法律是指该国冲突法规则以外的现行法律。

### 公共政策和国际强制规则

### 206. 法律应当规定：

(a) 法院只有在根据本法关于法律冲突的条文所确定的法律如加以适用后果明显违背法院地公共政策的情况下，才能拒绝适用该法律；

(b) 法院可以适用法院地自己的法律规定，但是，不论冲突法规则如何，这些规定的适用必须连国际情形也包括在内；以及

(c) 本建议(a)项和(b)项的规则不允许将法院地法律的规定适用于第三方效力或竞合求偿人之间的优先权，除非法院地法律是根据本法关于法律冲突的条文所指向的适用法律。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释本建议中提及的公共政策和国际强制规则的含义。(a)项和(b)项是根据工作组第八届会议上提出的一项建议拟订的（见 A/CN.9/588，第 107 段），沿用了《海牙证券公约》第 11 条第 1 和第 2 款的措词。(c)项也与《联合国转让公约》第 30 至 32 条相一致，沿用了《海牙证券公约》第 11 条第 3 款的措词。其用意是确保按本章建议就担保权第三方效力和优先权所达成的准据法上的确定性将不会由于适用法院地法而受到损害。]

## B. 特定资产的建议

### 不动产出售、租赁或担保协议产生的应收款所适用的法律

207. 法律应当规定，转让人所在国的法律管辖通过不动产出售、租赁或担保协议产生的应收款上有关担保权的设定、第三方效力和相对于竞合求偿人权利的优先权。但是，发生优先权冲突涉及到不动产所在国不动产登记处登记的竞合第三方权利的，由该国的法律管辖。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，本建议旨在阐明根据不动产出售或租赁协议或根据不动产担保协议所欠设保人的应收款发生转让时的适用法律。在一些国家中，不可能独立于相关的不动产而单独设定对这些应收款的权利，因此，应收款上担保权的当事方之间效力、第三方效力和优先权由该不动产所适用的法律（特别是由登记制度）管辖。在另一些国家，可以独立于相关的不动产而单独设置这些应收款上的担保权，但有担保债权人排序次于在不动产登记处登记的相关不动产上的第三方权利。

本建议的第二句是为了维护相关不动产所在地国家的法律得以适用，以保护那些依赖该国不动产登记处登记资料的第三方。句中提及竞合第三方的权利，因为“竞合求偿人”一词是从动产担保权的角度来定义的。其中还提及这些当事方的“权利”，因为第三方权利可能不仅包括不动产或相关无形物的竞合抵押权人，也包括其受让人或买受人，事实上，可能包括不动产制度规定需办理登记手续的任何类别的第三方权利。另外，句中提及的是“在不动产登记处登记的”而不是“通过登记方式取得对抗第三方效力的”权利，因为：(a)有些不动产登记处不对当事方之间的效力和第三方效力加以区分；(b)不动产登记处对一般第三方效力不一定要求办理登记，而只要求对抗那些也在不动产登记处登记权利的第三方的效力办理登记（例如，对于对抗破产管理人或判决胜诉债权人的效力，可能不需要登记）。]

### 银行账户贷记款受付款上担保权的适用法律<sup>63</sup>

208. 除建议 209 中另有规定外，法律应当规定，关于银行账户上担保权的设定、其对抗第三方的效力、其相对于竞合求偿人权利的优先权、开户银行对该担保权的权利和义务以及银行账户贷记款受付款上担保权的强制执行，相应的管辖法律为：

#### 备选案文 A

账户协议中明确指定的管辖该账户协议的同一国家的法律，或者，账户协议明确规定对所有此类问题适用另一国法律的，该另一国法律。但是，依据上一句所确定的一国法律只有在开户银行在账户协议订立之时在该国设有一个办事处且该办事处从事银行账户日常管理活动的情况下才适用。如依据前两句无法确定准据法，则将根据《中间人代持证券所涉某些权利准据法海牙公约》第 5 条，依据兜底规则确定准据法。

[工作组注意：工作组似宜注意到，备选案文 A 是《中间人代持证券所涉某些权利准据法海牙公约》（《海牙证券公约》）第 4.1 和第 5 条中所采取的做法的缩略条文。评注中将列入《海牙证券公约》第 5 条的详细的兜底规则，并加以充分解释。]

#### 备选案文 B

该银行账户的开户银行营业地所在国的法律。在营业地不止一个的情况下，应以该账户的开户分行所在地为准。

[工作组注意：工作组似宜考虑以管辖控制权协议的法律作为一项备选或补充条文（见 A/CN.9/603，第 77 段）。工作组还似宜注意到，评注将解释，关于破产对准据法的影响的建议以及关于法律冲突的一章中的其他一般性建议，适用于银行账户贷记款受付款上的担保权。]

### 特定类别资产上担保权通过登记取得第三方效力的适用法律<sup>64</sup>

209. 法律应当规定，如设保人所在国承认登记是可转让票据上或银行账户贷记款受付款上的担保权取得对抗第三方效力的一种方法，则这类担保资产上的担保权是否已根据设保人所在国法律通过登记而取得对抗第三方的效力由该国的法律确定。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，本建议规定，关于特定类别资产上担保权通过登记取得第三方效力，其管辖法律为关于无形财产上担保权取得第三方效力的同一国家的管辖法律。因此，有担保债权人寻求特定类别

<sup>63</sup> 见 A/CN.9/611/Add.1，建议 139。

<sup>64</sup> 见 A/CN.9/611/Add.1，建议 140。

资产上和无形财产上的担保权通过登记取得第三方效力的，将仅需要遵守一个国家的登记制度即可。同样，第三方寻求确定特定类别资产上或无形财产上是否有任何有担保债权人主张担保权的，将仅需要查询一个国家的登记制度即可。评注还将解释，建议 209 将仅适用于通过登记（而不是控制或其他任何方法）取得的第三方效力，但是并不确定管辖优先权的法律。另外，评注将解释，根据建议 89，可转让票据上通过登记取得对抗第三方效力的担保权排序次于通过占有该票据而取得对抗第三方效力的担保权。同样，根据建议 92，银行账户贷记款受付款上通过登记取得效力的担保权排序次于通过控制取得效力的担保权。]

#### 独立保证下收益上担保权的适用法律<sup>65</sup>

210. 法律应当规定，下列事项由担保人/签发人、保兑人或被指名人的独立保证中所指明的同一国家的法律管辖：

(a) 担保人/签发人、保兑人或已收到确认请求的或根据独立保证已支付或可能支付或以其他方式给付对价的被指名人的权利和义务；

(b) 对担保人/签发人、保兑人或被指名人强制执行独立保证下收益上的担保权的权利；以及

(c) 除建议 212 另有规定外，独立保证下收益上担保权对抗第三方的效力及相对于竞合求偿人权利的优先权。

211. 担保人/签发人、保兑人或被指名人的独立保证书中未指明适用法律的，对建议 210 所述事项的管辖法律为独立保证书中标明的担保人/签发人、保兑人或被指名人的分支机构或办事处所在地国家的法律。但如被指名人未签发独立保证书，则适用法律为根据独立保证已支付或可能支付或以其他方式给付对价的被指名人的分支机构或办事处所在国的法律。

212. 法律应当规定，如果独立保证下收益上的担保权是因为应收款上、可转让票据上或独立保证所担保偿付或以其他方式履行的其他债务上的担保权取得对抗第三方效力而自动获得设定并具有对抗第三方效力的，该独立保证下收益上担保权的设定及其对抗第三方的效力由管辖所担保下的应收款上、可转让票据上或其他债务上担保权的设定及其对抗第三方效力的同一国家的法律管辖。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，建议 210 和 211 遵循的是关于担保人/签发人、承兑人或被指名人权利和义务的冲突法适用规则。建议 210 和 211 所载原则的唯一例外是建议 212 的规则，其中涉及的是自动产生担保权或自动取得对抗第三方效力的有关设定和第三方效力情形的有限问题。

另外，评注将解释，每一银行（或有时候非银行）履行这些职能中某一项职能的，都依照其所在地法律办理，也就是其相关分支机构或办事处的所在地法律（或其所选择的法律，通常是其相关分支机构或办事处所在国的法律），

<sup>65</sup> 关于建议 210-212，见 A/CN.9/611/Add.1，建议 138 和 138 之二。

因此，不同的法律管辖所涉及的不同银行，独立保证中的法律选择只管辖特定签发人的义务（见《见索即付担保统一规则》第 27 条、（美国）《统一商法》第 5-116(b)条，以及《联合国转让公约》第 29 条）。评注还将解释，建议 211 所争取达到的，是指明有担保债权人（或受益人代表其）提出的确认请求或（未获得事先确认情况下）的付款请求应由相关的银行分支机构根据其当地法律处理。

根据建议 210 和 211，所有优先权冲突都由担保人/签发人、保兑人或被指定人选定的法律处理，未选定法律的，由相关分支机构或办事处所在地法律处理。工作组似宜审议下述问题：(a)如果银行分支机构向有担保债权人付款（或给付对价），那么同一项法律是否应当适用于该有担保债权人与第三方之间的优先权竞争；以及(b)如果向受益人付款而第三方之间存在优先权竞争，那么是否不应适用建议 210 和 211 而适用存留的法律冲突规则（即建议 197）。

评注还将解释：(a)担保权的设定受建议 197 中有关无形物上担保权的一般法律冲突规则管辖（建议 212 有关自动设定的规定除外）；以及(b)担保权的强制执行受建议 200 中的一般法律冲突规则管辖，但建议 210 和 211 另有规定的除外。]

#### 第三方债务人和有担保债权人的权利和义务的适用法律<sup>66</sup>

213. 法律应当规定，下列事项由管辖应收款、可转让票据或可转让单证的同一国家的法律管辖：

(a) 应收款债务人与应收款受让人之间的关系、可转让票据的债务人与该票据担保权持有人之间的关系或可转让单证的签发人与该单证担保权持有人之间的关系；

(b) 根据应收款的转让、可转让票据担保权的转让或可转让单证担保权的转让向应收款债务人、可转让票据的债务人或可转让单证的签发人提示承兑的条件；以及

(c) 判定应收款债务人、可转让票据的债务人或可转让单证的签发人的债务是否已经清偿。

#### C. 在准据法是一个多领土单位国家的法律情况下的特殊规则

[工作组注意：工作组似宜注意到，建议 214-217 的用意是在准据法系一个多领土单位国家的法律的情况下，不仅为多领土单位的国家，而更重要的是为单一制国家适用这些建议提供事前确定性。如工作组认为，这些建议作为《指南》过于详细，则工作组似宜考虑是否应当以更一般性的建议并在评注中作出适当解释来处理这些问题。]

<sup>66</sup> 见 A/CN.9/611，建议 147。

214. 法律应当规定，在将本章各条建议适用于由一个多领土单位国家的法律管辖某个问题的情形时：

(a) 在服从本建议(b)项的前提下，所提及的一个多领土单位国家的法律是指（按照设保人所在地或担保资产所在地或根据本章各条建议确定的）有关领土单位的法律以及在该领土单位适用的该多个领土单位国家的法律；

(b) 如一个多领土单位国家的其中一个领土单位的现行法律指定该国另一个领土单位的法律管辖第三方效力或优先权问题，则由该领土单位的法律管辖该问题。

215. 法律应当规定，如果根据本章各条建议，准据法是一个多领土单位国家或其一个领土单位的法律，则应由该多领土单位国家的现行国内法律选择规则确定究竟应适用该多领土单位国家的实体法规则，还是应适用该多领土单位国家某一领土单位的实体法规则。

[工作组注意：工作组似宜注意到，建议 214 和 215 分别沿用了《海牙证券公约》第 12 条第 2 和第 3 款的措词。工作组似宜按照该公约第 1 条第(1)(m)款的思路考虑“多领土单位国家”的定义（“多领土单位国家”意指境内有两个或两个以上的领土单位或全境和其中一个或一个以上的领土单位在本《指南》各条建议所述任何问题上拥有各自法律规则的国家）。]

216. 法律应当规定，如账户开户人和开户银行约定适用一个多领土单位国家某一特定领土单位的法律，则：

(a) 建议 208（备选案文 A）第一句所提及的“国家”指该领土单位；

(b) 建议 208（备选案文 A）第二句所提及的“该国”指该多领土单位国家本身。

217. 法律应当规定，在下列情况下适用一个领土单位的法律：

(a) 在建议 208（备选案文 A）和建议 216 中，指定的法律是一个多领土单位国家中某一领土单位的法律；

(b) 根据该国法律，仅仅在满足建议 208（备选案文 A）第二句中规定的前提条件，即开户银行在一领土单位内拥有分支机构的情况下，方才适用该领土单位的法律；以及

(c) 在设定银行账户上的担保权时，本建议(b)项所述及的规则为现行有效的规则。

[工作组注意：建议 216 和 217 分别沿用了《海牙证券公约》第 12 条第 1 和第 4 款的措词，如工作组决定保留建议 208 中的备选案文 A，则这两条建议可能是必要的。]

## 十四. 过渡<sup>67</sup>

### 目的

法律关于过渡问题的条文，目的是为了从该法律颁布前的制度开始公平而有效率地过渡到该法律颁布后的制度创造条件。

### 生效日期

218. 法律应当指明该法律自其颁布后开始生效的日期（“生效日期”），或指明可具体确定生效日期的机制。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将澄清，在确定生效日期时，一国应考虑到下列方面：

- (a) 生效日期对信贷交易的影响，特别是可从该法律中获得的效益达到最大化；
- (b) 国家在必要的条例、机构、教育和其他方面的安排或基础结构的改进方面应有何作为；原已存在的法律和其他基础结构的现状；
- (c) 该法律与其他法规的协调统一；
- (d) 关于生效日期前交易的基本法律规则的内容；以及立法生效的标准或便利做法（例如，定在某个月的第一天）；以及
- (e) 需要给受影响的人充分时间就该法律预作准备。

### 法律对诉讼中的纠纷不适用

219. 法律应当规定：

- (a) 本法不适用于在其生效之日处于诉讼中（或类似的纠纷解决制度中）的担保协议当事人权利和义务；以及
- (b) 有担保债权人已采取步骤强制执行担保权的，本法不影响担保权的强制执行。

### 过渡期

220. 法律应当规定生效日期之后的一段时间（“过渡期”），在这段时间中：

- (a) 根据生效日期前夕行之有效的法律设定的担保权继续根据本法存在；
- (b) 根据生效日期前夕行之有效的法律取得对抗第三方效力的担保权依然根据本法具有对抗第三方的效力。

<sup>67</sup> 见 A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.8。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，“生效日期前夕行之有效的法律”是根据原制度中的冲突法规则对问题实施管辖的同一国家的法律。]

#### 担保权的设定和第三方效力

221. 法律应当规定，根据生效日期前夕行之有效的法律设定的担保权由该法律决定其是否存在。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，主要规则是，虽然在新法律生效日期之前设定的担保权由旧法律确定，但第三方效力和优先权则原则上由新法律确定。评注还将解释，建议 222-224 意在维护旧法律下的第三方效力，并给各方当事人一些时间根据新法律取得第三方效力。另外，评注将解释，关于由哪一法律决定优先权的规则，建议 226 旨在列出一项有关该规则的例外，规定如果所有竞合的权利都是根据旧法律设定和取得对抗第三方效力的，而且自新法律生效日期以来没有发生变化，则适用旧法律。]

222. 法律应当规定，根据生效日期前夕行之有效的法律取得对抗第三方效力的担保权在过渡期内依然具有对抗第三方的效力。如果在过渡期内或建议 223 所述的更长期限内担保债权人采取任何必要步骤确保担保权根据本法具有对抗第三方的效力，则担保权持续存在并具有对抗第三方的效力。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，如果根据原法律制度的规则所采取的步骤也满足新法律下对第三方效力的要求，则无需采取附加步骤。但是，评注还将解释，在非颁布国的登记处或在颁布国另一个与本法规定不同的登记处登记担保权的通知，不符合本法的要求；在这类情况下，建议 223 规定了适用的过渡规则。]

223. 法律应当规定，根据生效日期前夕行之有效的法律通过登记通知而设定和取得对抗第三方效力的担保权，其对抗第三方的效力保持到下列先发生的日期：

- (a) 根据该项其他法律登记失效之日；以及
- (b) 生效日期之后[……]年。

224. 法律应当规定，[关于根据生效日期前夕行之有效的法律取得对抗第三方效力和根据本法持续具有对抗第三方效力的担保权，为了对其适用法律的优先权规则，]按适用的具体情况而定，担保权取得对抗第三方效力或办理登记通知之日，为根据生效日期前夕行之有效的法律该担保权取得对抗第三方效力或办理登记通知之日。

#### 担保权的优先权

225. 在服从建议 227 的前提下，法律应当规定，相对于竞合求偿人的权利而言，担保权的优先权由本法管辖。

---

226. 法律应当规定，在下列条件下，相对于竞合求偿人的权利而言，担保权的优先权由新法律生效日期前夕行之有效的法律决定：

- (a) 担保权和竞合求偿人的权利都是在生效日期之前设定的；以及
- (b) 自生效日期以来两项权利都没有改变其状况。

227. 在下列情况下，担保权的状况发生改变：

- (a) 根据建议 222 曾经在生效日期之前具有对抗第三方的效力而后来对抗第三方的效力停止的；或
- (b) 曾经在生效日期之前无对抗第三方的效力而后来取得对抗第三方效力的。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，除登记担保权通知的象征性收费之外，法律应当确保过渡期间不带来任何其他费用。]