



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

## 担保权益

### 《贸易法委员会担保交易立法指南草案》的术语和建议

#### 秘书处的说明

#### 目录

	建议	页次
术语 .....		3
一. 有效和高效率担保交易法的关键目标 .....	1	11
二. 适用范围和其他一般规则 .....	2-10	11
三. 担保的基本做法 .....	11-12	14
四. 担保权的设定（在当事各方之间的效力） .....	13-28	15
A. 一般性建议 .....	13-22	15
B. 特定资产的建议 .....	23-28	17
五. 担保权对抗第三人的效力 .....	29-53	19
A. 一般性建议 .....	29-47	20
B. 特定资产的建议 .....	48-53	23
六. 登记制度 .....	54-72	24



七. 担保权的优先权 .....	73-106	28
A. 一般性建议 .....	73-97	29
B. 特定资产的建议 .....	98-106	33
八. 担保协议当事人的权利和义务 .....	107-113	34
A. 一般性建议 .....	107-110	35
B. 特定资产的建议 .....	111-113	35
九. 第三方债务人的权利和义务 .....	114-127	36
A. 应收款债务人的权利和义务 .....	114-120	37
B. 可转让票据债务人的权利和义务 .....	121	39
C. 开户银行的权利和义务 .....	122-123	39
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 .....	124-126	40
E. 可转让单证签发人的权利和义务 .....	127	40
十. 担保权的强制执行 .....	128-173	40
A. 一般性建议 .....	128-163	41
B. 特定资产的建议 .....	164-173	48
十一. 购置款融资 .....	174-199	50
选项 A: 购置款融资的统一处理法 .....	174-183	50
选项 B: 购置款融资的非统一处理法 .....	184-199	53
十二. 法律冲突 .....	200-224	58
A. 一般性建议 .....	200-220	58
B. 多领土单位国家的法律为适用法律时的特别建议 .....	221-224	63
十三. 过渡 .....	225-231	64
十四. 破产对担保权的影响 .....	232-239	65
A. 《贸易法委员会破产法立法指南》: 定义和建议 .....		65
B. 处理破产的更多建议 .....	232-239	78

## 术语

[委员会注意：委员会似宜注意，术语将放在本指南最后文本“导言”的 B 节中，而建议则放在每一章评注之后。连同建议一起，本文还转载了术语，以便于参考。委员会似宜考虑是否还应在本指南的最后文本中作为单独的附录转载术语和建议。]

1. 本指南采用术语来表示有效的担保交易制度的基本概念。所使用的术语并非取自任何特定的法律体系。即使某个词看上去与某一特定的国内法（不论是担保交易法还是其他任何法律）中所用的词相同，本指南也无意采用该国内法中该词的含义。确切地说，本指南提供定义，给出每个关键词的特定含义，以方便准确交流，不依赖任何特定的国家法律制度，并使本指南的读者能够以统一的方式理解其中的建议，为读者提供共同的词汇和概念框架。
2. 一些建议中使用的术语在建议正文内定义，而以下定义的一些术语的含义则在使用这些术语的建议中或指南的具体章节中作进一步阐述。每项建议的范围和内容取决于其中定义的术语的含义。因此，立法人员可以考虑使用定义，以避免出乎意外的实质性变化，实现新立法最大限度的统一解释，并促进担保交易法的协调一致。
3. “或”字并不是要表示唯一；使用单数也表示包括复数，反之亦然；“包括”一词并不是要表示详尽的列举；“可”字表示准许而“应”字表示指示；“诸如”和“例如”应与“包括”一词作相同解释。“债权人”应解释为既包括颁布国中的债权人也包括外国债权人，但另有指明的除外。凡提及“人”均应解释为既包括自然人也包括法人，但另有指明的除外。
4. 一些国家可能选择通过颁布一部综合性法规（这种办法较易于产生连贯性并避免疏漏错误或误解）来执行指南的各项建议，而另一些国家可能试图修改现行的成套法律，在各项法规中添加具体的规则。指南将所建议的规则整体称为“法律”或“本法”，而无论所选择的是哪一种执行方法。
5. 指南在另外一些不同的上下文中也使用了“法律”一词。除非另有明确规定，在指南全文中(a)所有提及法律之处既指成文法也指非成文法；(b)所有提及法律之处均指国内法，不包括法律冲突规则（以避免出现反致）；(c)所有提及“其他法律”之处均指一国含有管辖担保交易法律的全套法律（无论是已有的，还是根据指南的建议新颁布的或修改的）以外的法律整体（无论是实体法还是程序法）；(d)所有提及“管辖可转让票据的法律”之处不仅指被称作“可转让票据法”的特殊法规或成套法律，还包括可能适用于涉及可转让票据的交易或情形的所有合同法及其他一般性法律（本规则同样适用于类似的表述方式）；(e)所有提及“破产法”之处也同样包括所有相关法律，但仅指在破产程序启动之后可适用的法律。
6. 下列段落列出了指南中所使用的主要术语和赋予这些术语的核心含义。在后面的章节使用这些术语时，对其含义作了进一步完善。这些章节还界定并使用了其他术语（例如，第十章，关于破产对担保权的影响）。应当结合有关的建议来阅读这些定义。对主要术语的定义如下：

(a) “确认”在涉及独立保证下的收益受付款时系指须就独立保证下的索偿（“提取”）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（无论确认或同意的凭证为何种方式）在独立保证下的收益受付款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) 本人承担义务，就独立保证下的提取而向有担保债权人给予付款或给付对价；

(b) “购置款有担保债权人”（这一术语用于对购置款融资的统一处理法和非统一处理法情形下）系指享有购置款担保权的担保债权人，在统一处理法的情形下，包括保留所有权的出卖人，在非统一处理法的情形下，包括融资租赁出租人；

(c) “购置款担保权”（这一术语用于对购置款融资的统一处理法和非统一处理法情形下）系指有形资产上而非可转让票据或可转让单证上的担保权，籍此担保该资产购置款任何未支付部分的付款义务或担保为使设保人获取该资产而产生的债务或提供的信贷。购置款担保权不一定称为购置款担保权。在统一处理法下，这一术语包括保留所有权权利，在非统一处理法下，则包括融资租赁权；

(d) “受让人”系指所转让的应收款的受款人；<sup>1</sup>

(e) “转让”系指在应收款上设定担保权，担保债务的偿付或以其他方式履行。虽然彻底转让方式的转让并不是对债务偿付的或以其他方式履行的担保，但为便于参照，这一术语也包括应收款的彻底转让；<sup>2</sup>

(f) “转让人”系指进行应收款转让的人；

(g) “不动产附加物”系指与不动产有着实体连接，因而虽然未丧失其单独特性，但根据不动产所在国的法律被当作不动产处理的有形资产；

(h) “动产附加物”系指与其他有形资产有着实体连接但未丧失其单独特性的有形资产；

(i) “银行账户”系指由银行管理下的可以在其中贷记资金的账户。这一术语包括支票账户或其他往来账户、储蓄账户和定期存款账户。这一术语不包括以可转让票据为凭证对银行的求偿权；

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。以对银行在其正常营业过程中已接受的未来支付义务进

<sup>1</sup> 关于“受让人”、“转让人”和“转让”这些术语的定义，见《联合国国际贸易应收款转让公约》，第2条，(a)项（联合国出版物，出售品编号：E.04.V.14；以下称作“联合国转让公约”）。

<sup>2</sup> 见“担保权”的定义以及建议3和相关的评注。

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求偿权。

(j) “竞合求偿人”<sup>3</sup>系指与另一在设保人担保资产上享有担保权的债权人相竞合的同一设保人的债权人，包括：

- (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) 在购置款融资非统一处理法的情形下，对同一担保资产保留所有权的出卖人、融资租赁出租人或其他购置款融资提供者；
- (三) 设保人的另一在同一担保资产上持有权利的债权人；
- (四) 设保人破产情况下的破产管理人；<sup>4</sup>
- (五) 担保资产的任何买受人或其他受让人（包括承租人或許许可证持有人）；

(k) “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；

根据《联合国独立担保和备用信用证公约》<sup>5</sup>（以下称作“联合国担保和备用信用证公约”）第6条(e)项，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；

(l) “消费品”系指设保人用于或打算用于个人、家庭或家居用途的商品；

(m) 在下列情况下对独立保证下的收益受付款拥有“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；

(n) 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，设定担保权时自动拥有；
- (二) 开户银行与设保人和有担保债权人订立了控制权协议，并以书面签署<sup>6</sup>为凭证，根据该协议，开户银行同意在银行账户贷记款的支付方面遵循有担保债权人的指示而无需设保人另行同意；或

<sup>3</sup> 关于“竞合求偿人”的定义，见《联合国转让公约》第5条(m)项。

<sup>4</sup> 在关于破产的一章中，为了与《贸易法委员会破产法立法指南》（联合国出版物，出售品编号：E.05.V.10，以下称作“贸易法委员会破产指南”）中所用的术语保持一致，提及了“债务人的破产”。

<sup>5</sup> 联合国出版物，出售品编号：E.97.V.12。

<sup>6</sup> 关于“书面签署”一词在电子通信情形下的含义，见建议9和10。

(三) 有担保债权人账户持有人；

(o) “债务人”系指必须履行附担保债务的人并包括次级承付人，例如附担保债务的担保人。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（见术语“设保人”的定义）；

(p) “应收款债务人”系指有义务支付应收款的人。“应收款债务人”包括担保人或对支付应收款负有次级义务的其他人；<sup>7</sup>

附属担保的担保人不仅是担保应收款得以支付的债务人，也是其所作担保而构成的应收款的债务人，因为附属担保本身就是一项应收款（即有两项应收款）；

(q) “担保资产”系指已附设担保权的有形或无形资产。这一术语还包括被彻底转让的应收款；<sup>8</sup>

(r) “设备”系指某人在其企业经营中所使用的有形资产；

(s) “金融合同”系指涉及利率、商品、货币、股票、债券、指数或其他任何金融工具的任何现货交易、远期交易、期货交易、期权交易或掉期交易、任何回购或证券借贷交易和在金融市场订立的与上述任何交易相类似的其他任何交易和上述交易的任何组合；<sup>9</sup>

本定义中所称的“在金融市场订立的与上述任何交易相类似的其他任何交易”，意在囊括在金融市场订立的所有各类交易。这一术语的含义范围灵活，包括金融市场中订立的按下列某种因素决定受付款的任何交易：(a)交易下涉及的资产类别；或(b)经济或金融风险的定量衡量指标或某一事变或偶发事件的关联数值。例如，交易的进行按气象统计、货运费、排放量允许值或经济统计来确定受付款。

(t) “融资租赁权”（这一术语仅用于对购置款融资的非统一处理法情形下）系指出租人对租赁协议标的物有形资产（非可转让票据或可转让单证）享有的权利，根据租赁协议，在租赁期结束时：

(一) 承租人自动成为租赁标的物资产的所有人；

(二) 承租人最多只需支付象征性价款即可取得该资产的所有权；或

(三) 该资产值最多不超过象征性的残余价值；

只要符合第(一)、第(二)或第(三)项的要求，即使名义上不称作租赁，本术语也包括租购协议；

<sup>7</sup> 见《联合国转让公约》第2条(a)项。

<sup>8</sup> 见“担保权”的定义，以及建议3和相关的评注。

<sup>9</sup> 见《联合国转让公约》，第5条(k)项；另见《贸易法委员会破产指南》中的相关定义。

(u) “设保人”系指设立担保权担保本人债务或另一人债务的人<sup>10</sup>（见术语“债务人”的定义）。按照对购置款融资的统一处理法，购置款担保权的“设保人”一词包括保留所有权交易中的买受人或融资租赁承租人。虽然进行应收款彻底转让的转让人并不是为了担保债务的履行而进行应收款转让的，但为便于参照，“设保人”一词也包括彻底转让应收款的转让人；<sup>11</sup>

(v) “担保人/签发人”系指签发独立保证书的银行或其他人；

(w) “独立保证”系指（商业或备用）信用证、信用证保兑、独立担保（包括即付、见索即付、银行担保或反担保）或法律或惯例规则承认其独立性的其他任何保证，这些规则包括《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》；

(x) “破产法院”系指有权控制或监督破产程序的司法机关或其他权力机关；

[委员会注意：由于“破产法院”一词仅用于“破产程序”的定义和破产一章中，因此委员会似宜考虑删去“破产法院”的定义，并在第十四章关于破产对担保权的影响中列入对破产法院一词含义的解释。]

(y) “破产财产”系指需由破产程序处理的债务人资产；

(z) “破产程序”系指在破产法院监督下为实现重整或清算而进行的集体程序；

(aa) “破产管理人”系指在破产程序中被授权管理破产财产的重整或清算的人，包括临时任命的；

(bb) “无形资产”系指除有形资产之外的所有形式的动产，包括无体产权、应收款和接受非应收款债务履行的受益权；

(cc) “知识产权”系指版权、商标、专利、服务标志、商业秘密和设计以及根据颁布国本国法律或颁布国加入的国际协定而被视为知识产权的其他任何资产；

“知识产权”的定义是为了确保本指南与知识产权法律和条约一致，而同时又尊重本指南建议颁布国的立法人员将定义按本国法律和国际义务加以协调的权利。

颁布国可增减所列知识产权的种类，以使之与国内法相一致。所提及的国际协议是指《建立世界知识产权组织公约》和《关于知识产权所涉贸易问题的协定》等协议。

为了表明这些定义和文中提及定义的各项建议仅适用于有形资产（而不适用于知识产权等无形资产），“购置款担保权”、“购置款融资担保权”、“保留所有权权利”和“融资租赁”等术语的定义中指称“有形资产”。

<sup>10</sup> 见“债务人”一词的定义。

<sup>11</sup> 见“担保权”的定义，以及建议 3 和相关的评注。

在“应收款”术语的定义中，删去了曾提及的“履行非金钱债务”，以澄清对此的理解是，应收款的定义及相关建议仅适用于应收款，而不适用于例如知识产权合同使用许可下规定的被许可使用人的权利或许可使用人的义务。

(dd) “库存品”系指在设保人的正常经营过程中留待销售或租赁的有形资产以及原材料和半成品材料（在产品）；

(ee) 可转让单证的“签发人”系指根据规范可转让单证的法律有义务交付单证中所列有形资产的人，而不论其是否履行所有义务；

(ff) “知悉”系指实际知悉而非推定知悉；

(gg) “混集物或制成品”系指在形体上与其他有形资产紧密连接或结合以致丧失其单独特性的非金钱有形资产；

(hh) “金钱”系指任何国家当前规定为法定货币的货币。不包括银行账户贷记款或支票等可转让票据；

(ii) “可转让单证”系指体现有形资产受付款的一种单证，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；

(jj) “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；

[委员会注意：委员会似宜考虑，应在“可转让票据”和“可转让单证”的定义后插入一段说明，大意如下：

“考虑到创建纸质单据可转让性电子等同形式的特别困难，指南在编写时以纸质形式的可转让票据和可转让单证为参考背景。但不应当将指南解释为不鼓励使用纸质可转让票据或可转让单证的电子等同形式。因此，颁布国希望处理这一事项的，将需要制定特别规则（出于同样原因，《联合国国际合同使用电子通信公约》没有处理纸质单据可转让性的电子等同形式）。”<sup>12]</sup>

(kk) “净额结算协议”是指双方或多方规定下述一种或多种操作的协议：

- (一) 以债权更新或其他方式对同一天到期的同一种货币付款进行的净结算；
- (二) 一方当事人发生破产或其他违约情况时，按重置或公平市场价值终结所有未了结的交易，将金额按一种货币折算，相互抵减后算出一方当事人应向另一方当事人支付的单独一笔付款净额；
- (三) 根据两项或多项净额结算协议，按本定义(二)款规定的方式计算，各款额相互抵销；<sup>13</sup>

<sup>12</sup> 见联合国出版物，出售品编号：E.07.V.2，解释说明，第7段。

<sup>13</sup> 见《联合国转让公约》第5条，(l)项。



(ll) “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”）所标明的被指名需按独立保证给付价值并以该名义行事的银行或其他人，在可不受限制得到的独立保证情形中，系指任何银行或其他人；

(mm) “通知”系指书面通信；<sup>14</sup>

[委员会注意：委员会似宜考虑在本定义之后增加一些措词，行文大致如下：

“一人采取合理步骤告知另一人即为“通知”另一人、向另一人“发送通知”或向另一人“发出通知”，而不论另一人是否实际获悉。”所建议的案文将解释指南中提及的“通知”、“发送”或“发出”等术语的含义。]

(nn) “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；<sup>15</sup>

(oo) “原始合同”在合同设定的应收款情形下系指应收款转让人与应收款债务人之间的从中产生该笔应收款的合同；

(pp) “占有”（除建议 27 和建议 50-52 就可转让单证签发人使用的该术语情形外）系指由某人或该人的代理人或受雇人，或本人承认是代表该人持有的独立人对有形资产的实际占有。该术语不包括推定占用、虚拟占用、视为占有或象征占有等术语所描述的非实际占有；

(qq) “优先权”系指一人优先于竞合求偿人从本人享有的担保权中获取经济利益的权利；

(rr) “收益”系指与担保资产有关的一切所得，包括通过对担保资产的变卖、其他处分或收取、租赁或发放使用许可而收到的所得，包括收益的收益、法定孳息和天然孳息、股息、分配、保险收益和因担保资产的瑕疵、损坏或灭失产生的债权；<sup>16</sup>

(ss) “应收款”系指对金钱债务的受付款，但不包括以可转让票据为凭证的受付款、独立保证下的收益和银行账户贷记款的受付款；<sup>17</sup>

(tt) “保留所有权的权利”（这一术语仅用于对购置款融资的非统一处理法情形）系指出卖人根据与买受人的安排而对（可转让票据或可转让单证以外的）有形资产享有的权利，根据这种安排，在付清购货价款任何未支付部分之前，该资产的所有权不从出卖人转让给买受人（或并非不可撤销地转让给买受人）；

<sup>14</sup> 关于“书面”和“书面签署”二词的电子等同形式，见建议 9 和 10。

<sup>15</sup> 关于转让通知何时生效，见建议 115。

<sup>16</sup> 见《联合国转让公约》第 5 条(j)项。

<sup>17</sup> 关于“应收款”一词的定义，见《联合国转让公约》，第 2 条，(a)项；关于对银行存款、信用证和可转让单据的除外情形，分别见《联合国转让公约》第 4 条第 2(f)和 2(g)项以及第 3 款。

(uu) “独立保证下收益的受付款”系指接受担保人/签发人、保兑人或被指名人在独立保证下为按提款给付对价而拟支付或交付的应付款项、承兑的汇票、延期的承付款或其他有价物品的权利。本术语还包括涉及议付银行根据相符提示购买可转让票据或单证情况下的付款受付款。本术语不包括：

- (一) 独立保证下的提款权；
- (二) 独立保证获承付时的一切所得；

独立保证下的收益（作为原始担保资产）的受付款与指南所涵盖的资产生成的“收益”上的担保权（指南中的一个重要概念）含义不同（见“收益”一词的定义和建议 19）。因此，通过独立保证下相符提示而收到的一切所得构成独立保证下收益受付款的“所得收益”。

(vv) “有担保债权人”系指享有担保权的债权人。虽然应收款彻底转让并不是对履行债务的担保，但为便于参照，这一术语也包括应收款彻底转让情况下的“受让人”；<sup>18</sup>

(ww) “附担保债务”系指以担保权作保的债务；

(xx) “担保交易”系指设定担保权的交易。虽然应收款彻底转让并不是对履行债务的担保，但为便于参考，这一术语也包括应收款彻底转让；<sup>19</sup>

(yy) “担保协议”系指设保人与债权人之间设立担保权的协议，不论其形式或所使用的术语。虽然应收款彻底转让并不是对履行债务的担保，但为便于参照，这一术语也包括应收款彻底转让的协议；<sup>20</sup>

(zz) “担保权”系指为保证债务得以偿付或以其他方式得以履行而通过约定在动产上设定的财产权，而不论各方当事人是否将其定名为担保权。在对购置款融资的统一处理法情形下，本术语包括购置款担保权和非购置款担保权。但在对购置款融资的非统一处理法情形下，则不包括保留所有权权利或融资租赁权利。虽然应收款彻底转让并不是对偿付债务或以其他方式履行债务的担保，但为便于参照，“担保权”一词也包括应收款彻底转让情况下的受让人权利。<sup>21</sup>本术语不包括对担保人的或对负责偿付担保债务的其他人的对人权；

(aaa) “后继转让”系指初始受让人或其他任何受让人所作的转让。<sup>22</sup>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；

(bbb) “有形资产”系指各种形式的有体动产。有形资产分为库存品、设备、消费品、附加物、可转让票据、可转让单证和金钱等类别。

<sup>18</sup> 见“担保权”的定义，以及建议 3 和相关的评注。

<sup>19</sup> 同上。

<sup>20</sup> 同上。

<sup>21</sup> 同上。

<sup>22</sup> 见《联合国转让公约》第 2 条(b)项。

## 一. 有效和高效担保交易法的关键目标\*

1. 为了提供有效和高效担保交易法（“担保交易法”以下称作“法律”或“本法”）的总体政策框架，法律的设计应当达到下列目标：
  - (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担保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) 确认设保人仍在占有中的资产上所设定的担保权的效力；
  - (f) 通过规定必须在担保权总登记处办理通知的登记手续，加强用于担保目的的权利方面的可预见性和透明度；
  - (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；
  - (j) 促进当事人意思自治；及
  - (k) 协调统一各种担保交易法，包括冲突法规则。

## 二. 适用范围和其他一般规则

### 目的

关于法律适用范围的条文，目的是为担保交易制定一套单一综合制度。条文中指明法律所适用的担保权和其他权利。

### 适用范围

2. 在不违反建议 3-7 的情况下，<sup>23</sup>法律应当适用于通过约定而在动产上设定的为偿付或以其他方式履行债务作保的一切权利，而不论交易的形式、动产的种类、设保人或有担保债权人的地位，或所担保债务的性质。因此，法律应当适用于下列各项：

\* 这些关键目标可列入担保交易法的序言部分或其他随附的声明中，作为在解释和适用担保交易法时应予考虑的基本立法政策指南。作为在解释和适用担保交易法时应予考虑的基本立法政策指南。

<sup>23</sup> 当一项建议提及另一章中的建议 10，该建议所在章节的编号和标题也一并提及。不作此提及，所指的建议为同一章内所载的建议。

(a) 所有各类动产上的担保权，无论是有形动产还是无形动产，现有动产还是未来动产，包括库存品、设备和其他货物、合同和非合同应收款、合同非金钱债权、可转让票据、可转让单证、银行账户贷记款受付款、独立保证下的收益的受付款，以及知识产权；

(b) 所有法人和自然人设定或取得的担保权，包括消费者在内，但不影响其根据保护消费者法规所享有的权利；

(c) 为所有各类债务作保的担保权，无论是现有债务还是未来债务，已确定的债务还是可确定的债务，包括浮动债务和统称的债务；

(d) 以合同方式设定的为偿付或以其他方式履行债务作保的所有财产权，包括为担保目的的有形资产产权转移或为担保目的的应收款转让、各种形式的保留所有权销售和融资租赁。

法律还应当适用于担保资产收益上设置的担保权。

### 应收款的彻底转让

3. 虽然应收款的彻底转让并非为偿付或以其他方式履行债务作保，法律仍应当适用于这类转让。本建议须服从建议 164（第十章，担保权的执行）规定的例外情形。

[委员会注意：委员会似宜注意，根据《联合国转让公约》所采取的做法，本指南建议，（除关于强制执行的某些建议之外）指南中的建议适用于所有应收款转让（包括应收款的彻底转让）。评注中将解释这种做法的原因，并将特别讨论关于设定、对抗第三人效力和优先权的建议为什么实际需要适用于所有应收款转让。

评注中还将解释，虽然本指南适用于应收款担保权和应收款彻底转让，如同本指南适用于担保权一样，作同样处理，并采用共同的术语描述这两类权利，但本指南并不把彻底转让转化为担保权。这种结果（有时称作“重新定性”）对于应收款证券化等重要做法不利，甚至是有害的（即使其中涉及真正的出售，也一般须服从担保交易适用的制度）。

如同定义中所规定的，仅就应收款而言，并作为一种表述方式和仅仅为了措词上的方便，本法中凡提及担保权时也指彻底转让下的应收款受让人的权利，提及有担保债权人时也指彻底转让下的受让人，提及设保人时也指彻底转让下的转让人，提及担保资产时也指被彻底转让的应收款。

评注中还将解释，除担保交易外，本指南还涵盖应收款彻底转让，但这绝非抹除应收款彻底转让与作为债务担保的应收款的权利的转让这两者之间的区别。对比之下，本指南的确使得为偿付或以其他方式履行债务作保的各类交易在形式或术语上的任何区别无关紧要。因此，例如，在动产上设定为偿付或履行债务作保的权利属本指南的范围之列，而不论通过一项交易设定该项权利时，该项交易是称作为担保目的的资产转让（有时也称作信托式转让），还是称作质押。]

## 范围限制

4. 尽管有建议 2，法律不应当适用于下列各项：

(a) 航空器、铁路车辆、空间物体和船舶以及其他类型的移动设备，前提条件是这类资产由国内法所涵盖或以本建议为基础颁布立法的国家（以下称作“国家”或“本国”）参加的国际协议所涵盖，而本法涵盖的事项又在该国内法或国际协议中处理；

(b) 知识产权，前提条件是本法的条文与有关知识产权的国内法或国家所参加的国际协议不一致；

(c) 证券；

(d) 根据净额结算协议下的金融合同而产生的或出自此类合同的受付款，但终结所有未清偿交易时余欠的应收款除外；及

(e) 根据外汇交易而产生的或出自此类交易的受付款。

5. 除建议 25 和 48（第四章，担保权的设定）规定的以外，本法不适用于不动产。

6. 法律应当规定，凡根据其他法律一种排除在外的资产（例如不动产）上的担保权及于本法所适用的一类收益（例如应收款）的，本法适用于收益上的担保权，但该其他法律适用于该担保权的除外。

7. 法律不应当包括对其适用范围的其他任何限制。凡提出其他任何限制的，应当在法律中加以明确具体阐明。

[委员会注意：委员会似宜注意，本建议的上一稿提到就业福利（见 A/CN.9/WG.VI/WP.29）。现作改拟，以避免鼓励一国进一步限制本法的适用范围，并确保任何进一步的限制均在本法中以透明的方式加以明确阐明。委员会似宜考虑本建议中的政策在评注中加以反映是否更适当些。]

## 当事人意思自治

8. 法律应当规定，除建议 15（第九章，担保权的设定）、建议 108-109（第八章，当事人的权利和义务）、建议 129-133（第十章，担保权的强制执行）、建议 174-183（第十一章，购置款融资的非统一处理法）、建议 184-199（第十一章，购置款融资的非统一处理法）、建议 200-212 和建议 214-224（第十二章，法律冲突）另有规定外，有担保债权人和设保人或债务人可以约定删减或变更本法有关其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>24</sup>

<sup>24</sup> 见《联合国转让公约》第 6 条。

## 电子通信

9. 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。

10. 法律应当规定，法律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，就电子通信而言，在下列条件下即为满足该项要求：

(a) 使用了一种方法表明该当事人的身份，并且表明该人对电子通信中所含信息的意图；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而言也是适当的；

(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。<sup>25</sup>

## 三. 担保的基本做法

### 目的

关于担保的基本做法的条文，目的是确保法律达到下列目标：

(a) 适用于通过合同在动产上设定的为偿付或以其他方式履行债务作保的一切权利（“功能法”）；

(b) 为适当实行功能法作出安排，以便确保按照可产生等同功能结果的规则对待所有的融资提供者。

### 功能处理法

11. 法律应当采取功能处理法，涵盖通过约定在动产上设定的为偿付或以其他方式履行债务作保的一切权利，而不论交易的形式或当事人使用的术语（分别包括担保目的的有形资产所有权转让下的受让人权利、担保目的的应收款转让下的受让人权利，以及各种形式的保留所有权和融资租赁下的出卖人或融资出资人权利。除购置款融资以外，功能处理法在实行上应当将为履行债务作保的一切权利分类划定为担保权，并对之实行一套共同的规则。

12. 关于购置款融资，功能处理法在实行上可以做到下列之一：

<sup>25</sup> 关于建议 9 和 10，见《联合国国际合同使用电子通信公约》第 9 条第 2 和第 3 款。

(a) 将动产上设定的为偿付或以其他方式履行债务作保的一切权利统一划分为购置款担保权，并对之实行一套共同的规则（“购置款融资的统一处理法”或“统一处理法”）；

(b) 分类划分：

(一) 动产上设定的为偿付或以其他方式履行债务作保的一切权利划分为购置款担保权，但保留所有权协议下出卖人的权利和融资租赁下出租人的权利除外；

(二) 将保留所有权协议下出卖人的权利和融资租赁下出租人的权利划分为所有权权利，但对这些所有权权利实行可产生与购置款担保权等同功能结果的规则（本建议(b)项的处理法称作“购置款融资的非统一处理法”或“非统一处理法”）。

[委员会注意：委员会似宜注意，本建议作了改拟，以反映委员会对功能处理法的理解，以及对于购置款担保权功能处理的执行方式（统一方式还是非统一方式；见第十一章，购置款融资）。]

#### 四. 担保权的设定（在各方当事人之间的效力）

##### 目的

关于设定担保权的条文，目的是规定担保权在当事人之间发生效力而必须满足的要求。

#### A. 一般性建议\*

##### 担保权的设定

13. 法律应当规定，资产上的担保权以设保人与有担保债权人之间订立的协议设定。在缔结协议时设保人对某一资产享有权利或有权设保的，该资产上的担保权在该时刻设定。设保人此后才获得对某一资产的权利或有权设保的，该资产上的担保权在设保人获得对该资产的权利或有权在该资产上设保时设定。

##### 担保协议最低限度的内容

14. 法律应当规定，担保协议必须符合下列要求：

- (a) 反映当事人设定担保权的意图；
- (b) 列明有担保债权人和设保人的身份；
- (c) 描述所担保的债务；

\* 一般性建议适用于本指南涵盖的各类资产上的担保权，改动之处限于特定资产的建议。

(d) 以可合理辨认担保资产的方式描述担保资产。

[委员会注意：委员会似宜注意，评注将解释，所作描述不必具体。按资产类别、种类或分类作笼统描述即可（例如“写字台”、“家具”、“办公室家具”或“设备”、“全部现有和未来资产”或“全部现有和未来库存品”）。

委员会似宜注意到，出于保密原因，建议 57(a)项允许有担保债权人不在所登记的通知中披露其姓名。委员会似宜考虑，出于同样或其他原因，担保协议中列明有担保债权人的代表而不是有担保债权人本身是否足矣。]

### 担保协议的形式

15. 法律应当规定，如有担保债权人随之占有担保资产，担保协议可以是口头的。否则，协议必须是以书面形式订立或作证，结合当事人之间的系列行为，表明设保人设置担保权的意图。

### 担保权担保的债务

16. 法律应当规定，担保权可以担保任何种类的债务，无论是现有债务还是未来债务，已确定的债务还是可确定的债务，有条件的债务还是无条件的债务，固定债务还是浮动债务。

### 担保权涵盖的设保资产

17. 法律应当规定，可以在任何种类的资产上，包括在资产的组成部分和资产中未分割的权益上设置担保权。担保权可以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尚无权设保的资产。还可以涵盖设保人的所有资产。这些规则的任何例外都应当为数有限，并在法律中加以明确具体说明。

18. 法律应当规定，除建议 23-25 规定的以外，本法不优先于对特定类别资产上担保权的设定或强制执行加以限制或对其可转让性加以限制的其他任何法律的规定。

### 收益上担保权的延续

19. 法律应当规定，除非担保协议的当事人另有约定，担保资产上的担保权及于该资产生成的可识别的收益（包括收益的收益）。

### 混合收益

20. 法律应当规定，在金钱形式或银行账户贷记款形式的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，混合前夕的收益数额将被视作混合后可作识别的收益。但在混合之后任何时候资产总额少于收益的数额的，资产总额



处于最低时候的数额加随后与资产相混合的任何收益数额将被视作可作识别的收益。

#### 附加物上担保权的设定和延续

21. 法律应当规定，有形资产在担保权设定时已成为附加物的，可以在其上设定担保权，有形资产随后成为附加物的，其上原有的担保权继续留存。不动产的附加物上的担保权，可以根据本法或根据管辖不动产的法律设定。

#### 担保权延入混集物或制成物

22. 法律应当规定，有形资产混合成混集物或制成物之前即以设定有担保权的，担保权在混集物或制成物上继续留存。延入混集物或制成物的担保权，价值计算以相关资产成为混集物或制成物组成部分前夕的价值为限。

### B. 特定资产的建议

#### 应收款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

23. 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，或对未来应收款而言当其发生时，可以识别其归属于所相关的转让；

(b) 除非另有约定，一项或数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>26</sup>

#### 不顾禁止转让条款所作应收款转让的有效性

24. 法律应当规定：

(a) 即使初始及其后任何转让人与应收款债务人或任何后继受让人之间订有协议，以任何方式限制转让人对其应收款加以转让的权利，应收款的转让也在转让人与受让人之间有效，以及对于应收款债务人有效；

(b) 本建议概不影响转让人对违反本建议(a)项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原始合同或转让合同。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任何应收款的转让：

<sup>26</sup> 关于建议 23-25，见《联合国转让公约》第 8-10 条。

- (一) 根据货物或除金融服务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、租赁或许可使用的原始合同产生的应收款；
- (三) 代表信用卡交易支付义务的应收款；
- (四) 依照涉及两方以上当事人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。

#### 为应收款、可转让票据或其他任何无形资产作保的对人权或对物权上担保权的设定

##### 25. 法律应当规定：

(a) 有担保债权人在应收款、可转让票据或本法涵盖的其他任何无形资产上享有担保权的，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、可转让票据或无形资产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) 如该项对人权或对物权是独立保证，担保权自动及于对独立保证下产生的收益的受付权，但不及于独立保证下的提取权；

(c) 根据其他法律不动产上的权利可以与其所可能作保的应收款、可转让票据或其他无形资产分别转让的，本建议对该权利概无影响；

(d) 有担保债权人在应收款、可转让票据或本法涵盖的其他任何无形资产上享有担保权的，享有为应收款、可转让票据或其他无形资产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、可转让票据或其他无形资产上，或在为应收款、可转让票据或其他无形资产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)项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以该项违约为由而撤销产生应收款、可转让票据或其他无形资产的合同，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知悉该协议而承担赔偿责任；

(f) 本建议(d)项和(e)项仅适用于下列任何来源的应收款、可转让票据或其他无形资产上的担保权：

- (一) 货物或除金融服务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；
- (二) 工业产权或其他知识产权或专有资料的买卖、租赁或许可使用的原始合同；

(三) 代表信用卡交易的支付义务的；

(四) 依照涉及两方以上当事人的净额结算协议按净额结算应付款项后尚欠转让人的；

(g) 本建议(a)项不影响设保人对应收款债务人或者对可转让票据或其他无形资产的债务人而承担的任何义务；

(h) 只要无损于根据本建议(a)项和建议 50 而自动具有的效力，若有其他法律涉及本法范围外任何资产上为应收款、可转让票据或其他无形资产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。

#### 银行账户贷记款受付款上担保权的设定

26. 法律应当规定，即使设保人与开户银行之间订有协议，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，银行账户贷记款受付款上的担保权也依然有效。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，也不得在其他方面就该担保权对开户银行强加任何义务（关于开户银行的权利和义务，见建议 122 和 123；第九章，第三方债务人的权利和义务）。

#### 独立保证下收益受付款上担保权的设定

27. 法律应当规定，即使根据独立保证的管辖法律和实践，独立保证下提取权本身不可转让，独立保证受益人也可在独立保证下的收益受付款上设定担保权。独立保证下的收益受付款上设定担保权并非独立保证下提取权的转让。

#### 可转让单证上的担保权及于可转让单证涵盖的有形资产

28. 法律应当规定，可转让单证上的担保权及于该单证涵盖的有形资产，条件是在设定该单证上的担保权时签发人直接或间接占有该资产。

## 五. 担保权对抗第三人的效力

### 目的

关于担保权对抗第三人的效力的条文，目的是通过下列方式，为可预见的、公平和有效率的优先权排序奠定基础：

(a) 要求将登记作为担保权对抗第三人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；

(b) 制定一个法律框架，从而可建立和支持关于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

### 实现对抗第三人的效力

29. 法律应当规定，担保权只有在设定时遵循了建议 32、34 或 35 所述的其中一种关于实现对抗第三人效力的方法的，才具有对抗第三人的效力。

### 担保权不具有对抗第三人效力也对设保人有效

30. 法律应当规定，设定的担保权即使不具有对抗第三人的效力，也在设保人与有担保债权人之间有效。

### 担保资产转让后继续保持对抗第三人的效力

31. 法律应当规定，担保资产上非担保权的一项权利转让之后，担保资产上的担保权在转让时已具有对抗第三方效力的，除建议 76-78 规定的以外，继续随附该资产，并且除建议 62 规定的以外，保持其对抗第三人的效力。

[委员会注意：委员会似宜注意到，建议 32-36 并不是为了阐明相关规则，而是为了方便读者，列出取得对抗第三人效力的各种方法并提及随后阐明相关规则的有关建议。]

### 实现担保权对抗第三人效力的一般方法：登记

32. 法律应当规定，在建议 54-72（第六章，登记制度）所述的一般担保权登记处登记了担保权通知的，担保权具有对抗第三人的效力。

33. 法律应当规定，登记通知并不是设定担保权，也不是设定担保权的必要条件。

### 除进行登记实现担保权对抗第三人效力以外的其他替代方法和例外情形

34. 法律应当规定：

(a) 担保权也可按下列任何一种替代方法取得对抗第三人的效力：

(一) 对有形资产而言，如同建议 37 的规定，通过有担保债权人占有该资产；

(二) 对可转让单证涵盖的有形资产而言，如同建议 51-53 的规定，通过有担保债权人占有单证；

(三) 对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 38 的规定，通过进行这种登记或加注；

(四) 对银行账户贷记款受付款而言，如同建议 49 的规定，通过实现控制权；

(五) 对不动产附加物而言，如同建议 43 的规定，通过在不动产登记处办理登记；

(b) 在下列条件下，担保权自动取得对抗第三人的效力：

(一) 就收益上的担保权而言，如同建议 39 和 40 的规定，如果原始担保资产上的担保权已具有对抗第三人的效力；

(二) 就动产附加物上的担保权而言，如同建议 42 的规定，如果在成为附加物之前，成为附加物的资产上的担保权已具有对抗第三人的效力；

(三) 就混集物或制成物而言，如同建议 44 的规定，如果所加工的或所混合的资产在成为混集物或制成物组成部分之前，资产上的担保权已具有对抗第三人的效力；

(四) 就动产上的担保权而言，如同建议 45 的规定，在动产或设保人所在地改换为本国之时；

(c) 对于为应收款、可转让票据或其他债务得以偿付或以其他方式得以履行而作保的对人权或对物权，如同建议 48 的规定，其上的担保权具有对抗第三人的效力。

#### **独立保证下收益受付款上担保权实现对抗第三人效力的方法**

35. 法律应当规定，除建议 48 规定的以外，独立保证下收益受付款上的担保权，如同建议 50 的规定，只能通过控制权而取得对抗第三人的效力。

#### **不同类别资产的对抗第三人效力的不同方法**

36. 法律应当规定，对于不同类别的担保资产可以使用不同的方法来实现对抗第三人的效力，而不论其是否由同一项担保协议设保。

#### **通过占有而取得的有形资产上担保权的对抗第三人效力**

37. 法律应当规定，有形财产上的担保权可以如同建议 32 的规定，通过登记或有担保债权人的占有而取得对抗第三人的效力。

#### **需作专门登记或按产权证制度办理的动产上的担保权的对抗第三人效力**

38. 法律应当规定，凡动产上的担保权依照其他法律须在专门登记处登记或在产权证上加注的，可如同建议 32 的规定通过办理登记或者采用下列办法之一取得对抗第三人的效力：

(a) 在专门登记处办理登记；

(b) 在产权证上加注。

### 收益上担保权自动取得对抗第三人的效力

39. 法律应当规定，如果在登记的通知中以统称对收益作了描述，或者担保资产产生的收益为金钱、应收款、可转让票据或银行账户贷记款受付款的，担保资产的任何收益（包括收益产生的任何收益）上的担保权，在收益产生时，也具有对抗第三人的效力。

40. 收益未在所登记的通知中加以描述的，或并非由建议 39 所述资产类别构成的，收益上的担保权在收益产生后[指明一段短暂期限]天内具有对抗第三人效力；在该时期届满前采用了建议 32 或 34 所述方法之一取得对抗第三人效力的，此后继续有效。

### 附加物上的担保权自动取得对抗第三人的效力

41. 法律应当规定，有形资产上的担保权在有形资产成为附加物时已具有对抗第三人效力的，该担保权随后仍具有对抗第三人的效力。

### 需作专门登记或按产权证制度办理的附加物上的担保权的对抗第三人效力

42. 法律应当规定，凡动产附加物上的担保权依照其他法律须在专门登记处登记或在产权证上加注的，可如同建议 41 的规定自动取得或者采用下列办法之一取得对抗第三人的效力：

- (a) 在专门登记处办理登记；
- (b) 在产权证上加注。

43. 法律应当规定，不动产附加物上的担保权可以如同建议 41 的规定自动取得对抗第三人的效力，或者通过在不动产登记处办理登记取得对抗第三人的效力。

### 混集物或制成物上担保权自动取得对抗第三人的效力

44. 法律应当规定，有形资产上的担保权在有形资产成为混集物或制成物组成部分时已具有对抗第三人效力的，如同建议 22（第四章，担保权的设定）的规定，在混集物或制成物上继续存在的担保权也具有对抗第三人的效力。

### 所在地更改为本国时继续具有对抗第三人的效力

45. 法律应当规定，根据担保资产所在地或设保人所在地国家的法律（按法律冲突规定不论由其中哪个国家的法律决定适用的法律）担保资产上的担保权具有对抗第三人效力的，该所在地更改为本国时，根据本国法律在更改后[指明一段短暂期限]天内担保权继续具有对抗第三人效力。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人效力的要求的，该担保权此后继续在本国具有对抗第三人的效力。对于本国规定的关于登记时间或其他取得对抗第三人

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更改为本国之前根据当时所在国的法律办理登记或取得对抗第三人效力的时间。

#### **对抗第三人效力的方法改变时继续具有对抗第三人的效力**

46. 法律应当规定，即使担保权取得对抗第三人效力的方法改变，只要该担保权无时不具有对抗第三人的效力，其对抗第三人的效力持续有效。

#### **对抗第三人效力的断失或预先登记失效**

47. 法律应当规定，担保权已取得对抗第三人的效力，但随后有一段时间担保权没有对抗第三人效力的，可以重新确立对抗第三人的效力。在此种情况下，对抗第三人的效力自其重新确立时起生效。同样，如同建议 64 的规定在设定担保权之前作出登记，如果该项登记如同建议 66（第六章，登记制度）的规定届满，可以重新确立。在此种情况下，登记的生效时间自登记担保权新通知之时起开始。

### **B. 特定资产的建议**

#### **为应收款、可转让票据或其他任何无形资产作保的对人权或对物权上担保权的对抗第三人效力**

48. 法律应当规定，应收款、可转让票据或本法所涵盖的其他任何无形资产上的担保权具有对抗第三人效力的，该项对抗第三人效力及于为应收款、可转让票据或其他无形资产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，而无需设保人或担保债权人采取进一步行动。如该项对人权或对物权是独立保证，对抗第三人的效力自动及于对独立保证下产生的收益的受付款（，但如同第四章，担保权的设定，建议 25(b)项的规定，担保权不及于独立保证下的提取权）。根据其他法律不动产上的权利可以与其所可能担保的应收款、可转让票据或其他无形资产分别转让的，本建议对该权利无影响。

#### **银行账户贷记款受付款上担保权的对抗第三人效力**

49. 法律应当规定，银行账户贷记款受付款上的担保权可以如同建议 3 2 的规定通过办理登记，或者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，实现对抗第三人的效力。

#### **独立保证下收益受付款上担保权的对抗第三人效力**

50. 法律应当规定，除建议 48 的规定外，关于独立保证下收益受付款上的担保权，有担保债权人只有通过取得对独立保证下收益受付款的控制，该担保权才能具有对抗第三人的效力。

## 可转让单证上或可转让单证所涵盖的资产上担保权的对抗第三人效力

51. 法律应当规定，可转让单证上的担保权可以通过如同建议 32 的规定办理登记，或者通过有担保债权人占有单证，而取得对抗第三人的效力。
52. 法律应当规定，可转让单证上的担保权具有对抗第三人效力的，该单证所涵盖的资产上的相应担保权也具有对抗第三人的效力。在资产为可转让单证所涵盖期间，资产上的担保权可以通过有担保债权人占有单证而取得对抗第三人的效力。
53. 法律应当规定，可转让单证上的担保权通过有担保债权人占有单证而取得对抗第三人效力的，在为了最终出售或交换、装载或卸载或以其他方式处理可转让单证所涵盖的资产而放弃占有该可转让单证将之交付设保人或其他人之后[指明一段短暂期限]天内仍具有对抗第三人的效力。

## 六. 登记制度

### 目的

关于登记制度的条文，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以取得对抗第三人效力的一种方法；
- (b) 以担保权通知的登记时间为准的优先权规则的一个有效参照点；
- (c) 一个客观的信息来源，使涉及设保人资产的第三人（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。

为达到这一目的，登记制度的设计应当确保登记和查询程序在操作上方便简单，省时省事，具有成本效益，而且向公众开放。

### 登记和查询程序的操作框架

54. 法律应当确保：

- (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一项通知，其中载列建议 57 规定的信息，而不是要求提交担保协议的原件或副本或其他文件；
- (c) 登记处接受通过所允许的通信载体（例如纸张、电子）提交的通知，但下列情形除外：
  - (一) 未随附所要求的手续费的；



- (c) 未提供编列索引所需的设保人身份识别特征的充分资料的；
- (c) 未提供关于建议 57 所要求的其他任何项目的一些信息的；
- (d) 登记官员不要求核查登记人的身份或其是否拥有登记通知的授权，也不对通知的内容进行进一步的审查；
- (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) 登记处记录上提供的信息向公众开放；
- (g) 查询人无需说明查询理由即可进行查询；
- (h) 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编制通知索引和对通知进行检索；
- (i) 如果收费，登记费和查询费的定价不高于收回成本所必要的限度；
- (j) 在可能的情况下，登记系统为电子系统。尤其是：
  - (-) 通知以电子形式储存在计算机数据库中；
  - (-) 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手段或类似手段直接查取登记处的记录；
  - (-) 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；
  - (-) 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；
- (k) 登记处有多种访问方式和地点供登记人选择；
- (l) 登记处采用电子操作方式的，除定期维护外不间断运作；非电子操作方式的，按登记处潜在使用者的需要，营业时间固定统一。

#### 登记处的安全性与完整性

55. 为了确保登记处的安全性与完整性，法律应当规定，登记处的运作和法律框架应反映如下特征：

- (a) 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；
- (b) 登记处要求提供并保存登记人的身份；<sup>27</sup>
- (c) 登记人有义务向通知中所记名的设保人转发一份通知。有担保债权人不履行这一义务的，可能仅受到名义上的处罚和因可加以证明的不履行义务而造成的任何损害赔偿；
- (d) 登记处有义务迅速向通知中记名作为有担保债权人的人发送一份对登记的通知作出的任何变更；

<sup>27</sup> 关于核实登记人的身份，见建议 54，(d)项

(e) 输入登记信息后，登记人随即可获得一份登记记录；

(f) 登记处记录的所有信息留存多份，万一发生丢失或损坏，可完整地重建登记处记录。

### 对于损失或损害的责任

56. 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。系统在设计上允许登记处用户在没有登记处人员干预下直接进行登记和查询的，登记处对造成损失或损害的责任限于系统发生故障。

### 通知的必需内容

57. 法律应当规定，通知中只须包含下列内容：

(a) 符合建议 58-60 规定标准的设保人身份识别特征，以及有担保债权人或其代表的身份识别特征及其住址；

(b) 符合建议 63 规定标准的对通知中涵盖的资产描述；

(c) 建议 66 规定的登记期限；

(d) 如果国家认定担保权可予强制执行的最高金额有助于便利补充出贷，则包括关于该最高金额的说明。

[委员会注意：委员会似宜考虑三项附加建议（例如标题为错误通知），行文措词大致如下：

“X. 法律应当规定，有担保债权人的或其代表的身份识别标志或住址有误的，只要不严重误导合理的查询人，所登记的通知并不因此无效。

“Y. 法律应当规定，某些担保资产描述有误的，就其他充分描述的资产所登记的通知并不因此无效。

“Z. 法律应当规定，通知中就登记的期限和可能适用的最高担保金额所提供的信息有误的，登记的通知并不因此无效。”]

### 设保人身份识别特征的充分性

58. 法律应当规定，只有在通知中提供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，登记通知才具有效力。

59. 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特定正式证件中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，准确识别设保人。

60. 法律应当规定，在设保人是法人的情况下，有效的登记所需的设保人识别特征是该法人组建文件中所记载的名称。

### 设保人身份识别特征的变更对登记的有效性的影响

61. 法律应当规定，通知中使用的设保人身份识别特征在登记通知之后发生变更从而设保人身份识别特征不符合建议 58-60 规定的标准的，有担保债权人可以修订已登记的通知，按照该标准提供新的身份识别特征。在发生变更后有担保债权人未在[指明一段短暂期限]天内登记所作修订的，担保权对下列权利和当事人无效：

(a) 登记了通知的竞合担保权，或在此种修订的登记前原已具有对抗第三人效力的竞合担保权；

(b) 此种修订登记前的担保资产买受人、承租人或被许可使用人。

### 担保资产的转让对登记的有效性的影响

62. 法律应当规定，在登记了通知之后设保人才转让担保资产的，有担保债权人可修订所登记的通知，以提供受让人的身份识别特征。在发生转让后有担保债权人未在[指明一段短暂期限]天内登记所作修订的，担保权对下列权利和当事人无效：

(a) 登记了通知的竞合担保权，或在此种修订的登记前原已具有对抗第三人效力的竞合担保权；

(b) 此种修订登记前的担保资产买受人、承租人或被许可使用人。

### 对通知中涵盖的资产所作描述的充分性

63. 法律应当规定，通知中对担保资产的描述符合建议 14(d)项（第四章，担保权的设定）的要求既可。

### 可以登记通知的时间

64. 法律应当规定，担保权通知可以在担保权设定之前或之后或者担保协议订立之前或之后进行登记。

### 相同当事人之间多项担保协议产生的多项担保权足可一次性通知

65. 法律应当规定，一项或一项以上的担保权只要登记一项通知即可取得对抗第三人的效力，不论担保权在登记时即已存在还是此后设定的，也不论担保权产生于相同当事人之间的一项还是一项以上的担保协议。

### 登记通知的有效期限和延期

66. 法律应当指明登记通知的有效期限，或者允许登记人在登记时在通知中指明有效期限并允许在该期限届满之前随时加以延长。在两种情况的任何一种情

况下，有担保债权人都应有权在通知的有效期限届满之前通过随时向登记处提交修订通知而延长有效期。法律指明所作登记的有效期的，登记修订通知后取得的延长期应为等同于初始期的一段增延期。法律允许登记人指明所作登记的有效期的，延长期应为修订通知内指明的期限。

#### 登记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查阅之时，登记通知或其修订开始生效。

#### 登记授权

68. 法律应当规定，未经设保人书面授权，登记通知无效。给予授权的时间可以在登记之前，也可以在登记之后。书面担保协议足可构成授权登记。登记的生效不取决于登记人的身份。

#### 通知的取消或修订

69. 法律应当规定，未订立担保协议的，或通过全额偿付或其他方式消灭担保权的，或登记的通知未经设保人授权的：

(a) 有担保债权人义务在收到设保人书面请求后不迟于[指明一段短暂期限]天内就所相关的登记通知向登记处提交一项取消或适当限度的修订通知；

(b) 设保人有权通过简易司法或行政程序寻求取消或适当修订通知；

(c) 只要有适当的机制保护有担保债权人，甚至在(a)项规定的期限届满之前，设保人也有权如同(b)项的规定，寻求取消或适当修订通知。

70. 法律应当规定，有担保债权人有权随时就所相关的登记通知向登记处提交一项取消或适当限度的修订通知。

71. 法律应当规定，在所登记的通知如同建议 66 的规定有效期届满，或如同建议 69 或 70 的规定被取消之后，通知中的信息内容应当迅速从向公众开放的登记处记录中删除。但仍应把已届满、已取消或已作修订的通知中所载的信息和已届满、已取消或已作修订这一事实归档，以便在必要时能够加以检索。

72. 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。

## 七. 担保权的优先权

### 目的

关于担保权优先权的条文，目的是：

(a) 提供规则，便于以有效和可预见的方式确定担保权的优先权；

(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

### 同一担保资产上各项担保权的优先顺序

73. 法律应当规定，同一担保资产上竞合担保权之间的优先权按如下确定：

(a) 在以登记通知方式取得对抗第三方效力的担保权之间，优先权顺序按登记的顺序决定，无论担保权设定时的先后顺序；

(b) 在以非登记方式取得对抗第三方效力的担保权之间，优先权顺序按第三方效力的先后顺序决定；

(c) 在以登记方式取得对抗第三人效力的担保权和以非登记方式取得对抗第三人效力的担保权之间，优先权顺序按登记（不论设定时间）或对抗第三人效力的先后顺序决定，时间在前的优先；

本建议须服从建议 74、75 和 84-106 以及建议 174-182（第十一章，购置款融资的统一处理法）规定的例外情形。

### 在专门登记处登记的或在产权证上加注的担保权或其他权利的优先权

74. 法律应当规定，资产担保权如同建议 38（第五章，担保权的对抗第三人效力）的规定通过在专门登记处登记或在产权证上加注而取得对抗第三人效力的，对下列担保权享有优先权：

(a) 同一资产上通过在普通担保权登记处登记通知或以非登记方法取得对抗第三人效力的担保权，无论先后顺序；

(b) 后在专门登记处登记或在产权证上加注的担保权。

75. 法律应当规定，担保资产加以转让、租赁或许可使用，在转让、租赁或许可使用时该资产上的担保权如同建议 38（第五章，担保权的对抗第三人效力）的规定已通过在专门登记处登记或在产权证上加注而取得对抗第三人效力的，受让人、承租人或被许可使用人取得的权利从属于担保权，但建议 76-78 规定的除外。但是，担保权不是通过在专门登记处登记或在产权证上加注而取得对抗第三人效力的，买受人、承租人或被许可使用人取得其权利而不附带该担保权。

### 担保资产的受让人、承租人和被许可使用人权利的优先权

76. 法律应当规定，担保资产加以转让、租赁或许可使用，在转让、租赁或许可使用时该资产上的担保权已具有对抗第三人效力的，受让人、承租人或被许可使用人取得的权利从属于该担保权，但建议 75 和 77-79 规定的除外。

77. 法律应当规定：

(a) 有担保债权人授权设保人出售或以其他方式处分担保资产但不附随担保权的，担保资产上的担保权不再继续；

(b) 有担保债权人授权设保人对资产进行出租或给予使用许可而不受担保权影响的，担保资产承租人或被许可使用人的权利不受担保权影响。

78. 法律应当规定：

(a) 出卖人正常经营过程中出售的有形资产（除可转让票据和可转让单证外）的买受人，取得该资产而不附随资产上的担保权，但条件是在出售时，买受人并不知悉该项出售侵犯了有担保债权人根据担保协议享有的权利；

(b) 出租人正常经营过程中租赁的有形资产（除可转让票据和可转让单证外）的承租人，其权利不受资产上担保权的影响，但条件是在订立租约时，承租人不知悉该项租约侵犯了有担保债权人根据担保协议享有的权利；

(c) 许可使用人正常经营过程中许可使用的无形资产的非唯一被许可使用人，其权利不受资产上担保权的影响，但条件是在订立许可使用协议时，被许可使用人不知悉该项许可使用侵犯了有担保债权人根据担保协议享有的权利。

79. 法律应当规定，买受人取得作保资产权利不附随担保权的，此后任何人从买受人处取得该对资产权利的，也不附随担保权。承租人或被许可使用人的权利不受担保权影响的，后手承租人或后手被许可使用人的权利也不受担保权的影响。

#### 优先债权的优先权

80. 对于因法律操作而出现的优先于担保权的优先债权，法律应当在类别和金额上加以限制，如果存在此类优先债权，法律应当以明确具体的方式加以描述。

#### 判决胜诉债权人权利的优先权

81. 法律应当规定，担保权优先于无担保债权人的权利，除非在担保权取得对抗第三人的效力之前，根据其他法律，无担保债权人获得针对设保人的一项判决或法院临时命令，并根据该项判决或法院临时命令为取得对设保人资产的权利而采取必要步骤。担保权的优先权及于有担保债权人在下列任何条件下发放的信贷：

(a) 发放的信贷是在无担保债权人通知有担保债权人其已为取得设保资产上的权利采取必要步骤后[指明一段短暂期限]天期限届满之前；

(b) 在无担保债权人通知有担保债权人其已为取得设保资产上的权利采取必要步骤之前，有担保债权人已对发放（一定金额或拟按所定公式确定的金额）信贷作出不可撤销的承诺的，发放的信贷是依照该项承诺而为之。

本建议须服从建议 179（第十一章，购置款融资的统一处理法）规定的例外情形。

#### **担保资产的服务提供者权利的优先权**

82. 法律应当规定，如果其他法律给予已对担保资产提供服务（例如修理、储存或运输）的债权人与担保权等同的权利，此种权利局限于该债权人所占有的该资产，最高不超过所提供的服务的合理价值，并且相对于该资产上以建议 32 或 34（第五章，担保权的对抗第三人效力）所述办法之一取得对抗第三人效力的担保权而言，享有优先权。

#### **供应商收回权的优先权**

83. 法律应当规定，如果其他法律规定有形资产的供应商享有收回权，该收回权的排序次于在供应商行使其权利之前原已取得对抗第三人效力的担保权。

#### **不动产附加物上担保权的优先权**

84. 法律应当规定，不动产附加物上的担保权或其他任何权利（如买受人或承租人的权利），凡如同建议 21 和 43（第四章，担保权的设定）的规定，根据不动产法律而设定并取得对抗第三人效力的，相对于该附加物上根据建议 32 或 34（第五章，担保权的对抗第三人效力）中提到的其中一种方法而取得对抗第三人效力的担保权而言，具有优先权。

85. 法律应当规定，就有形资产上的担保权而言，如果有形资产在担保权取得对抗第三人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，而该担保权是如同建议 44（第五章，担保权的对抗第三人效力）的规定通过在不动产登记处办理登记而取得对抗第三人效力的，该担保权相对于此后在不动产登记处登记的该不动产上的担保权或其他任何权利（如买受人或承租人的权利）而言，具有优先权。

#### **动产附加物上担保权的优先权**

86. 动产附加物上的担保权或其他任何权利（例如买受人或承租人的权利）如同建议 42（第五章，担保权的对抗第三人效力）的规定通过在专门登记处登记或产权证上加注而取得对抗第三人效力的，相对于此后在专门登记处登记或在产权证上加注的相关动产上的担保权或其他权利而言，具有优先权。

#### **混集物或制成物上担保权的优先权**

87. 法律应当规定，同一有形资产上两项或多项担保权如同建议 22（第九章，担保权的设定）的规定继续留存在混集物或制成物上的，其优先权顺序按成为混集物或制成物前夕该资产上担保权彼此同样的顺序继续保留。

88. 法律应当规定，单独有形资产上的担保权共同继续留存在同一混集物或制物上而每一担保权都具有对抗第三人效力的，有担保债权人有权按担保权分别价值所占比例，分享其在混集物或制成物上担保权的最大总值。对此计算方式而言，担保权的最大值为依据建议 22（第四章，担保权的设定）确定的价值与担保债务额二者之间数额较小者。

89. 法律应当规定，单独有形资产上的购置款担保权继续留存在混集物或制成物上并具有对抗第三人效力的，相对于同一设保人在该混集物或制成物上设置的担保权而言，具有优先权。

#### **知悉存在担保权毫无关系**

90. 法律应当规定，竞合求偿人知悉存在担保权并不影响优先权顺序。<sup>28</sup>

#### **排序层次**

91. 法律应当规定，享有优先权的竞合求偿人可以在任何时候单方面或者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。

#### **对抗第三人效力的持续性对优先权的影响**

92. 法律应当规定，担保权取得对抗第三人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人的效力，担保权的优先权不受影响。

93. 法律应当规定，担保权由登记的通知所涵盖或已取得对抗第三人效力，而此后有一段时期担保权既无登记的通知所涵盖也无对抗第三人效力的，该担保权的优先权自该担保权此后由登记的通知所涵盖或取得对抗第三人效力之时二者中最早的日期开始。

#### **为现有和未来债务作保的担保权的优先权**

94. 法律应当规定，以建议 81 为限，担保权的优先权及于所有担保债务，不论债务发生的时间。

#### **优先权的范围**

95. 法律应当规定，如果一国执行建议 57(d)项（第六章，登记制度），担保权的优先权以所登记的通知中载明的最高额为限。

---

<sup>28</sup> 关于知悉一项交易侵犯有担保债权人权利的影响，见建议 78、99(b)、102 和 103。



### 优先权规则对事后取得的资产的适用

96. 法律应当规定，就建议 73 的(a)项和(c)项而言，担保权的优先权及于登记的通知所涵盖的所有担保资产，而不论这些资产是在登记之前、之时还是之后由设保人所取得或出现的。

### 优先权规则对收益上担保权的适用

97. 法律应当规定，就建议 73 而言，担保资产上担保权取得对抗第三人效力的时间或登记通知的时间，也是其收益上担保权取得对抗第三人效力或登记通知的时间。

## B. 特定资产的建议

### 可转让票据上担保权的优先权

98. 法律应当规定，可转让票据上的担保权如同建议 33（第五章，担保权的对抗第三人效力）的规定通过持有人占有票据而取得对抗第三人效力的，相对于可转让票据上以其他任何方法取得对抗第三人效力的担保权而言，具有优先权。

99. 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人效力的，在排序上次于符合下列任何条件的有担保债权人、买受人或（根据约定的）其他受让人的权利：

(a) 其根据可转让票据的管辖法律，符合受保护持有人的资格的；

(b) 其收占该可转让票据并善意地付出了对价，并不知悉该项转让行为侵犯了有担保债权人根据担保协议享有的权利的。

### 银行账户贷记款受付款上担保权的优先权

100. 法律应当规定，银行账户贷记款受付款上的担保权如同建议 49（第五章，担保权的对抗第三人效力）的规定通过控制权而取得对抗第三人效力的，相对于通过其他任何方法取得对抗第三方效力的竞合担保权而言，具有优先权。开户银行与一个以上有担保债权人订立控制权协议的，这些有担保债权人之间的优先顺序按订立控制权协议的先后顺序确定。开户银行本身是有担保权债权人的，其担保权相对其他任何担保权而言具有优先权（包括通过与开户银行订立控制权协议取得对抗第三人效力的担保权，即使开户银行的担保权在时间上靠后），但通过成为账户持有人而获得控制权的有担保债权人的担保权除外。

101. 法律应当规定，开户银行根据其他法律享有的将设保人所欠开户银行的债务与设保人的银行账户贷记款受付款相抵销的权利，相对于担保权而言具有优先权，但通过成为账户持有人而获得控制权的有担保债权人的担保权除外。

102. 法律应当规定，对于设保人进行的银行账户款项的转让，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有担保债权人根据担保协议享有的权利。本建议不对银行账户款项受让人根据其他法律享有的权利产生不利影响。

#### 资金上担保权的优先权

103. 法律应当规定，资金上随附担保权的，取得对该资金占有的人不连带该担保权，除非该人知悉该项转让行为侵犯了有担保债权人根据担保协议享有的权利。本建议不对资金持有人根据其他法律享有的权利产生不利影响。

#### 独立保证下收益受付款上担保权的优先权

104. 法律应当规定，独立保证下收益受付款上的担保权以控制方式取得对抗第三人效力的，相对于依据建议 48（第五章，担保权的对抗第三人效力）的规定取得对抗第三人效力的担保权而言，具有优先权。以确认方式取得了控制权，但向不止一个有担保债权人提供了前后不一的确认的，在这些有担保权中，优先顺序按提供确认的先后顺序确定。

#### 可转让单证上或可转让单证所涵盖的有形资产上担保权的优先权

105. 法律应当规定，可转让单证上及其所涵盖的有形资产上的担保权在排序上次于该单证的受让人根据管辖可转让单证的法律而取得的任何高级的权利。

106. 法规应当规定，有形资产上的担保权，通过占有可转让单证而取得对抗第三人效力的，对通过另一种方法取得对抗第三人效力的竞合担保权而言，具有优先权。未占有可转让单证的有担保债权人，如果其在非库存品资产上享有的担保权是在下列较早的一个时间之前取得对抗第三人效力的，本规则不适用于该项担保权：

(a) 资产为可转让单证所涵盖之时；

(b) 设保人与占有可转让单证的有担保债权人订立协议之时，协议中规定自协议之日[指明一段短暂的期限]天内，只要该资产为可转让单证所涵盖，该资产即为可转让单证所涵盖。

## 八. 担保协议当事人的权利和义务

### 目的

关于当事人权利和义务的条文，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) 规定关于占有担保资产的当事人权利和义务的强制性规则；

(b) 规定关于当事人权利和义务的非强制性规则，在当事人协议中未处理这些事项的情况下适用；

(c) 规定一些非强制性规则，作为起草文件的辅助工具，或当事人似宜在其协议中处理的有关问题核对清单。

## A. 一般性建议

### 担保协议当事人的权利和义务<sup>29</sup>

107. 法律应当规定，当事人的相互权利和义务由下列各项决定：

- (a) 该协议中所载的条款和条件，包括其中所提及的任何规则或一般条件；
- (b) 当事人所同意的任何惯例；
- (c) 除另有约定的外，当事人之间确立的任何习惯做法。

### 强制性规则

108. 法律应当规定，占有担保资产的当事人必须采取合理步骤保全该资产及其价值。

109. 在担保权通过全额偿付或其他方式被消灭的情况下，有担保债权人必须返还其所占有担保资产。<sup>30</sup>

### 非强制性规则

110. 法律应当规定，除另有约定的外，有担保债权人享有下列方面的权利：

- (a) 为保全其占有的担保资产而承担的合理费用获得补偿；
- (b) 对其占有的担保资产加以合理利用，并将该资产产生的收入抵作对担保债务的偿付；
- (c) 检查设保人占有下的担保资产。

## B. 特定资产的建议

### 转让人的表示<sup>31</sup>

111. 关于合同应收款的转让，法律应当规定：

<sup>29</sup> 关于建议 107，见《联合国转让公约》第 11 条。

<sup>30</sup> 关于有担保债权人有义务必须取消所登记的通知，见建议 69，第六章，登记制度。

<sup>31</sup> 关于建议 111-113，见《联合国转让公约》第 12-14 条。

(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；
- (二) 转让人此前未曾将该应收款转让给另一受让人；
- (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。

#### 通知应收款债务人的权利

112. 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；

(b) 就建议 117（第九章，第三方债务人的权利和义务）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。

#### 受付款

113. 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产生的收益和就该应收款而退还的有形资产；
  - (二) 对所转让应收款的付款支付给转让人的，受让人有权获得所转让应收款产生的收益的付款和就该应收款而退还的有形资产；
  - (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，受让人有权获得所转让应收款产生的收益的付款和就该应收款而退还该人的有形资产；
- (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

#### 目的

关于第三方债务人权利和义务的条文，目的是在担保资产属第三人对设保人所欠的偿付义务或以其他方式履约的情况下，以下列方式提高担保交易的效

率：

(a) 规定关于应收款转让交易当事人权利和义务及有关保护应收款债务人的规则；

(b) 规定相关规则，确保担保交易法与有关在可转让票据和可转让单证下产生的权利和义务的其他法律协调一致；

(c) 规定相关规则，确保担保交易制度与管辖开户银行权利和义务及独立保证下担保人/签发人、保兑人或被指名人的权利和义务的其他法律协调一致。

#### A. 应收款债务人的权利和义务<sup>32</sup>

##### 保护应收款债务人

114. 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，包括原始合同中所载的付款条件；

(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；

(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。

##### 转让通知

115. 法律应当规定：

(a) 转让通知或付款指示所使用的文字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文字写成；

(b) 转让通知或付款指示可以针对通知后产生的应收款；

(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

116. 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>32</sup> 关于建议 115-120，见《联合国转让公约》第 16-21 条。

(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；

(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**

117. 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；

(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 24(b)项或建议 25(e)项（第四章，担保权的设定）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。

### 不提出抗辩和抵销权的协议

118. 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 117 应收款债务人可以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任何抗辩：

(一) 由于受让人一方的欺诈行为所引起的抗辩；

(二) 因应收款债务人无行为能力而提出的抗辩；

(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 119(b)项确定。

### 原始合同的修改

119. 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，除非有下列任何情形：

(一) 受让人同意该协议；

(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；

(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

120. 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。

## B. 可转让票据债务人的权利和义务

121. 法律应当规定，有担保债权人在可转让票据上享有的针对可转让票据债务人的权利，以可转让票据的管辖法律为准。

## C. 开户银行的权利和义务

122. 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；

(b) 开户银行根据其他法律而可能享有的任何抵销权不因开户银行在银行账户贷记款受付款上可能拥有的任何担保权而受到损害。

123. 法律应当规定，法律并不要求开户银行负有下列任何义务：

(a) 向享有银行账户贷记款控制权者以外的任何人付款；

(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担保人是否保留处分该账户贷记款的权利；

(c) 订立控制权协议。

#### **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**

124. 法律应当规定：

(a) 在独立保证下收益受付款上有担保债权人享有的权利，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列明的其他任何受益人或提取权受让人所享有的权利；

(b) 独立保证的受让人所享有的权利不受从转让人或任何前手转让人获取的独立保证下收益受付款上的担保权的影响；

(c) 担保人/签发人、保兑人、被指名人或独立保证的受让人，其独立的权利不因其可能在独立保证下收益受付款上享有的任何担保权而受到不利影响。

125. 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、已获确认的独立保证受让人或已获确认的独立保证下收益受付款受让人以外的任何人。

126. 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**

127. 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其他任何义务人的权利，按可转让票据管辖法处理。

### **十. 担保权的强制执行**

#### **目的**

关于强制执行担保权的条文，目的是：

(a) 为在债务人违约后强制执行担保权提供简单明了和高效的方法；



(b) 提供旨在为设保人、债务人或必须偿付附担保债务的其他任何人、有担保债权人和对设保资产享有权利的其他债权人实现设保资产变现净额最大化的方法；

(c) 提供有担保债权人行使其权利的司法方法和在适当保障措施范围内的非司法方法。

## A. 一般性建议

### 强制执行时的一般行为标准

128. 法律应当规定，当事人必须根据关于强制执行的条文规定，以诚信和商业上合理的方式执行其权利和履行其义务。

### 对当事人意思自治的限制

129. 法律应当规定，建议 128 中规定的一般行为准则不能单方面免除或在任何时候以约定方式变更。

130. 法律应当规定，在不违反建议 129 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变更关于强制执行的条文对其规定的任何权利，但只能在发生违约之后。

131. 法律应当规定，在不违反建议 129 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变更关于强制执行的条文对其规定的任何权利。

132. 法律应当规定，以约定方式变更权利不得对任何非约定的当事人的权利造成不利影响。对约定的有效性提出质疑的人，所援引的理由与建议 129、130 或 131 不符的，承担举证责任。

### 赔偿责任

133. 法律应当规定，当事人未遵守关于强制执行的条文对其规定的义务的，由有此造成的损害承担赔偿责任。

### 对未遵守义务的司法或其他救济

134. 法律应当规定，有担保债权人未遵守关于强制执行担保权的条文对其规定义务的，债务人、设保人或其他任何利益相关人（例如，有担保债权人其优先权顺序低于采取强制执行措施的有担保债权人的，或担保资产的担保人或共同所有人）有权随时向法院或其他主管机关申请救济。

### 快捷司法程序

135. 法律应当规定，快捷的程序，处理有担保债权人、设保人或有义务履行担

保债务或对担保资产主张权利的其他任何人就行使违约后的权利而向法院或其他主管机关提出申请的情形。

#### 违约后的设保人权利

136. 法律应当规定，发生违约之后，设保人有权行使下列一项或数项权利：

(a) 按照建议 137 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) 对于有担保债权人未履行本法对其规定的义务的，按照建议 134 的规定，向法院或其他主管机关申请救济；

(c) 按照建议 156 的规定，[向有担保债权人提议或]否决有担保债权人提议由有担保债权人获取担保资产作为对担保债务的全额或部分清偿；

(d) 行使担保协议或任何法律中规定的其他任何权利。

#### 担保债务全额清偿后担保权消灭

137. 法律应当规定，债务人、设保人或其他任何利益相关人[有担保债权人其担保权优先顺序低于采取强制执行措施的有担保债权人的，或担保资产的设保人或共同所有人]有权全额清偿担保债务，包括偿付截至全额清偿之时止的强制执行费用。在有担保债权人处分、接受或收取担保资产[或有担保债权人订立担保资产处分协议]之前，可以行使上述权利。如果发放信贷的所有承诺已经终止，全额清偿担保债务即消灭所有担保资产上的担保权，但须服从担保债务代为清偿人代位后的任何权利。

[委员会注意：委员会似宜注意，本建议方括号内的案文意在反映一种常见的惯例，这就是有担保债权人在实际处分担保资产之前通常订立一项处分担保资产的合同。]

#### 违约后的有担保债权人权利

138. 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下列一项或数项权利：

(a) 按照建议 143 和 144 的规定，取得对有形担保资产的占有权；

(b) 按照建议 145-146 的规定，对担保资产进行变卖或以其他方式处分、实行租赁或发放使用许可；

(c) 按照建议 153-155 的规定，提议由有担保债权人获取担保资产作为对担保债务的全额或部分清偿；

(d) 按照建议 162 和 163 的规定，强制执行附加物上其享有的担保权；

(e) 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受付款的，按照建议 164-172 的规定，收账或以其他方式强制执行担保资产上的担保权；

(f) 按照建议 173 的规定，强制执行可转让单证下的权利；

(g) 行使担保协议中规定的（与本法条文不一致的除外）或任何法律中规定的其他任何权利。

#### 行使违约后权利的司法和非司法办法

139. 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，也可不通过向法院或其他主管机关提出申请而行使建议 138 为其规定的权利。非司法方式行使有担保债权人权利的，以建议 128 规定的一般行为标准和关于非司法方式取得担保资产占有权和处分担保资产的建议 144-148 所规定的要求为准。

#### 累积违约后权利

140. 法律应当规定，行使违约后权利并不妨碍行使另一项权利，除非行使一项权利造成无法行使另一项权利。

#### 违约后对担保债务的权利

141. 法律应当规定，发生违约后对担保资产行使权利并不妨碍发生违约后对该资产所担保的债务行使权利，反之亦然。

#### 排序在前的有担保债权人接管强制执行过程的权利

142. 法律应当规定，有担保债权人已通过采取关于强制执行的建议所规定的任何行动而启动强制执行的，或判决胜诉的债权人已采取建议 81（第七章，担保权的优先权）所述的步骤的，有担保债权人凡其担保权相对于采取强制执行措施的有担保债权人或采取强制执行措施的判决胜诉债权人的担保权而言享有优先权的，在担保资产最后处分或取得[或收取][或有担保债权人订立担保资产处分协议]之前，有权随时掌控强制执行的过程。掌控权包括以本章的建议所规定的任何办法实行的强制执行权。

[委员会注意：委员会如果决定采纳建议 164 之后说明内提出新建议，则似宜删除以上第一组方括号内的案文。第二组方括号内的案文意在使本建议与建议 137 方括号内的案文保持一致。]

#### 有担保债权人对担保资产的占有权

143. 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。

## 非司法方式取得对担保资产的占有权

144. 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有形担保资产的占有权：

(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不通过向法院或其他主管机关提出申请而取得占有权的意向通知；

(c) 有担保债权人寻求取得担保资产的占有权时，设保人并不反对。

[委员会注意：委员会似宜考虑是否(c)项还应提及担保资产的占有人，而不是仅仅提及设保人。

委员会还似宜考虑，如果在有担保债权人寻求取得担保资产的占有权时设保人和其他任何占有人确认同意，则是否可不必满足(a)、(b)和(c)项的要求。可通过单另增加一句案文达到这一结果，其行文措词大致如下：

“在有担保债权人寻求获得担保资产占有权时设保人和担保资产的其他任何占有人表示确认同意的，建议(a)、(b)和(c)项的要求可不必满足。”]

## 担保资产的非司法处分

145. 法律应当规定，发生违约之后，在设保人对担保资产的权利限度内，有担保债权人有权不通过向法院或其他主管机关提出申请而对担保资产进行变卖或以其他方式处分、租赁或发放使用许可。在不违反建议 128 规定的行为标准的情况下，有担保债权人选择行行使这一权利的，可选择进行处分、租赁或发放使用许可的方法、方式、时间、地点及其他方面。

## 担保资产非司法处分的提前通知

146. 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不通过向法院或其他主管机关提出申请而对担保资产实行变卖或以其他方式处分、租赁或发放使用许可的意向通知。担保资产属容易腐坏变质、可能迅速贬值或系属在公认的市场上变卖的那类交易物的，无需发出通知。

147. 法律应当提供一些规则，确保建议 146 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人，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潜在变现净值产生不利影响。

148. 关于建议 146 所述的通知，法律应当：

(a) 规定必须向下列当事人发出通知：

(i) 设保人、债务人和必须履行担保债务的其他任何人；

(二) 对担保资产享有权利的任何入，条件是其有担保债权人向设保人发出通知至少[指明天数]天前已将这些权利书面通知了有担保债权人；

(三) 其他任何有担保债权人，条件是在向设保人发出通知至少[指明天数]天前其已登记了根据设保人身份识别特征编制索引的担保资产的担保权通知；

(四) 在采取强制执行措施的有担保债权人取得担保资产占有权之时正在占有该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 137 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。

[委员会注意：委员会似宜考虑是否(c)项中应包括大致如下的文字：

“通知完全可以使用正在强制执行的担保协议所使用的文字”。

增加这句案文将使(c)项与作为其基础的《联合国转让公约》第 16 条第 1 款相一致。其结果将是，如果通知的收件人所在地位于若干国家，通知完全可以使用相关担保协议所使用的文字。]

#### 担保资产处分后所得收益的分配

149. 法律应当规定，以非司法方式处分担保资产[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 150 规定的以外，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。如有任何结余，须汇还设保人。

[委员会注意：委员会似宜以建议 164 之后说明中所载的一项新建议取代本建议方括号内的案文。]

150. 法律还应当规定，在以非司法方式处分担保资产的情况下，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主管机关，或付给一个公共存款基金，以便用于分配。余额的分配应当依照本法关于优先权的规则办理。

151. 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，应当依照国家有关执行程序的一般规则加以分配，但分配时遵循本法关于优先权的规则。

152. 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欠的任何缺额负责。

[委员会注意：委员会似宜删除方括号内的案文，因为建议 8 和 130 规定了当事人意思自治。如果保留方括号内的案文，即可能需要在所有受限于当事人意思自治的建议中也都加上这句话，以避免对当事人意思自治原则的适用造成负面的影响。]

#### 取得担保资产作为对担保债务的清偿

153. 法律应当规定，发生违约之后，有担保债权人可以书面提议获取一项或数项担保资产，作为担保债务的全部或部分清偿。

154. 关于建议 153 所述的提议，法律应当：

(a) 规定必须向下列当事人发出提议：

- (一) 设保人、债务人和必须偿付或以其他方式履行担保债务的其他任何人（例如，担保人）；
- (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至少[指明天数]天前已将这些权利书面通知了有担保债权人；
- (三) 其他任何有担保债权人，条件是该有担保债权人在向设保人发出提议至少[指明天数]天前，其已登记了根据设保人身份识别特征编制索引的担保资产的担保权通知；
- (四) 在有担保债权人取得担保资产占有权之时正在占有该资产的其他任何有担保债权人；

(b) 规定提议必须指明截至发出该提议之日的欠款数额和拟通过取得担保资产而得以清偿的债务数额。

155. 法律应当规定，有担保债权人可以如同建议 153 的规定获取担保资产，除非在发出提议后[指明一段短暂期限]天内，有担保债权人收到根据建议 154 有权收到提议的任何人以书面形式提出的反对。对于取得担保资产作为部分清偿的提议，需要有该提议的每个收件人的确认同意。

[委员会注意：委员会似宜注意，本建议与其前面的建议相一致，指出有担保债权人“收到”书面形式的反对。]

156. 法律应当规定，设保人可以提出如建议 153 所述的提议，对该提议有担保债权人加以接受的，有担保债权人必须如同建议 154 和 155 的规定办理。

#### 通过司法处分取得的权利

157. 法律应当规定，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的，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

158. 法律应当规定，有担保债权人依照法律规定不向法院或其他主管机关提出申请而对担保资产进行变卖或以其他方式处分的，取得设保人对该资产权利的人，所取得的资产需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，但不随附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竞合求偿人的权利。本规则同样适用于已获取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。

159. 法律应当规定，有担保债权人不依法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使用许可的，承租人或被许可使用人有权在其承租期或许可使用期内从此项承租或许可使用中获益，除非遇有相对于采取强制执行措施的有担保债权人的权利而言更为优先的权利。

160. 法律应当规定，有担保债权人不依照本章建议对担保资产进行变卖或以其他方式处分、租赁或发放使用许可的，担保资产的善意买受人、承租人或被许可使用人取得建议 158 和 159 所述的权利或便利。

## 动产和不动产强制执行制度的交叉部分

161. 法律应当规定：

(a) 有担保债权人可以选择根据本章建议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；

(b) 在债务同时以设保人的动产和不动产担保的情况下，有担保债权人可以选择实施下列任何行为：

(一) 根据关于强制执行动产担保权的条文规定，强制执行动产上的担保权，并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；

(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。

## 附加物上担保权的强制执行

162. 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。对不动产拥有排序靠后的竞合权利的债权人有权清偿由采取强制执行措施的有担保债权人享有的附加物上的担保权加以担保的债务。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。

163. [法律应当规定，有担保债权人在动产附加物上拥有担保权的，有权强制执行其在附加物上的担保权。债权人优先顺序靠前的，如同建议 142 的规定，有权掌控强制执行过程。债权人优先顺序靠后的，可参与清算由采取强制执行措

施的有担保债权人在附加物上的担保权作保的债务。除纯粹因无附加物而致使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动产造成的任何损坏负赔偿责任。]

[委员会注意：委员会似宜审议并核准本建议，增加本建议是为了处理强制执行动产附加物上担保权的问题。]

## 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

164. 法律应当规定，除以下列建议外，本章建议不适用于对采用彻底转让方式转让的应收款实行收账或其他方式的强制执行：

- (a) 对于附带追索权的彻底转让的情况，建议 128；
- (b) 建议 165 和 166。

[委员会注意：委员会似宜以行文大致如下的案文取代建议 142 方括号中的案文：

“法律应当规定，在收取或以其他方式强制执行应收款、可转让票据或强制执行债权的情况下，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。如有竞合求偿人在任何剩余款分配之前将其债权通知采取强制执行措施的有担保债权人，采取强制执行措施的有担保债权人必须将任何剩余款交付给该竞合求偿人，但以其债权为限。如尚有余额，必须退还设保人。”

本案文的第二句意在对有担保债权人优先权地位高于采取强制执行措施的有担保债权人的情况（“高级有担保债权人”）给予一些保护，低级有担保债权人收取应收款的情况应当与低级有担保债权人处分担保资产的情况加以区别。高级有担保债权人享有保护，因为其担保权继续存在于被处分的资产上（见建议 158）。]

### 应收款上担保权的强制执行

165. 法律应当规定，对于以彻底转让方式转让的应收款，在不违反建议 114-120（第九章，第三方债务人的权利和义务）的情况下，受让人有权收取或以其他方式强制执行应收款。对于以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 114-120 收取应收款或以其他方式强制执行应收款。

166. 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）。



### 可转让票据上担保权的强制执行

167. 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 121（第九章，第三方债务人的权利和义务）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。

168. 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。

### 银行账户贷记款受付款上担保权的强制执行

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，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 122 和 123（第九章，第三方债务人的权利和义务）收款或以其他方式强制执行其对该资金的受付款。

170. 法律应当规定，拥有控制权的有担保债权人有权根据建议 122 和 123（第九章，第三方债务人的权利和义务）强制执行其担保权，而不必向法院或其他主管机关提出申请。

171. 法律应当规定，不拥有控制权的有担保债权人仅有权依据法院命令而根据建议 122 和 123（第九章，第三方债务人的权利和义务）向开户银行收款或以其他方式强制执行银行账户贷记款受付款，但开户银行另有约定的除外。

### 独立保证下收益受付款上担保权的强制执行

172. 法律应当规定，发生违约后或经设保人同意而在发生违约之前，有担保债权人享有独立保证下收益受付款上的担保权的，有权根据建议 124-126（第九章，第三方债务人的权利和义务）收取或以其他方式强制执行其在独立保证下收益受付款上的担保权。

### 可转让单证上或可转让单证所涵盖的有形资产上担保权的强制执行

173. 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 127（第九章，第三方债务人的权利和义务）强制执行可转让单证上或该单证所涵盖的有形资产上的担保权。

## 十一. 购置款融资

### 选项 A：购置款融资的统一处理法\*

#### 目的

关于购置款担保权的条文，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；
- (c) 通过建立购置款融资的透明度，从总体上为担保交易提供便利。

#### 购置款担保权作为一种担保权

174. 法律应当规定，购置款担保权是一项担保权。因此，所有关于担保权的建议，包括关于担保权设定、对抗第三人效力（但建议 175 规定的除外）、登记、强制执行和担保权适用法律的建议，也适用于购置款担保权。关于优先权的建议同样适用（但建议 176-182 规定的除外）。

#### 消费品上购置款担保权的对抗第三人效力和优先权

175. 法律应当规定，消费品上的购置款担保权在其设定之时取得对抗第三人的效力，并且除建议 177 规定的外，相对于设保人设定的非购置款竞合担保权而言，具有优先权。

#### 有形资产上购置款担保权的优先权

176. 法律应当规定，除建议 177 规定的外：

#### 备选案文 A\*\*

(a) 法律应当规定，非库存品或非消费品有形资产的购置款担保权符合下列任何一项条件的，对于设保人设定的竞合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）：

- (一) 购置款有担保债权人保留该资产的占有权；

\* 一国可采纳选项 A（购置款融资的统一处理法），即建议 174-183，或采纳选项 B（购置款融资的非统一处理法），即建议 184-199。本章以外的建议一般均适用，但经本章建议改动的部分除外。

\*\* 一国可采纳建议 176 的备选案文 A 或备选案文 B。

(c) 设保人获得该资产占有权后不迟于[指明一段短暂期限，如 20 天或 30 天]内在一般担保权登记处登记通知登记了该购置款担保权的通知；

(b) 库存品购置款担保权符合下列任何一项条件的，对于设保人设定的竞合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人效力的时间早于购置款担保权取得对抗第三人效力的时间）：

(i) 购置款有担保债权人保留该库存品的占有权；

(ii) 在向设保人交付库存品之前：

a. 购置款担保权的通知已在一般担保权登记处作了登记；

b. 已先登记了由设保人在同类库存品上设定的非购置款担保权的有担保债权人，接获购置款有担保债权人的通知，被告知后者已经或意图获取购置款担保权。该通知必须对库存品作充分描述，以使非购置款有担保债权人可以识别购置款担保权的标的库存品；

(c) 依据本建议(b)(ii)项发出的通知，可涵盖相同当事人之间多项交易下的购置款担保权，不必具体指明每一项交易。在发出通知之后[指明时间，例如五年]期限内设保人获得有形资产占有权的，仅对于这些资产上的担保权而言，该项通知完全足够。

#### 备选案文 B

非消费品有形资产的购置款担保权符合下列任何一项条件的，对于设保人设定的竞合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) 购置款有担保债权人保留该资产的占有权；

(b) 设保人获得该资产占有权后不迟于[指明一段短暂期限，如 20 天或 30 天]内在一般担保权登记处登记通知登记了该购置款担保权的通知。

[委员会注意：委员会似宜注意，备选案文 A 对非库存品和库存品有形资产作了区分，而备选案文 B 则不作此种区分。提供这些备选案文是为了执行委员会关于与建议 189 的词语保持同步的决定，以便确保统一处理法和非统一处理法在功能上的等同一致（见 A/62/17(Part I)，第 63 段）。鉴于事实上保留所有权和融资租赁担保权是典型的非占有式权利，而且在任何情况下关于以占有方式取得对抗第三人效力的一般性建议始终适用，因此委员会似宜考虑是否需要备选案文 A(a)(i)项和(b)(i)以及备选案文 B(a)项。下文的建议 189 也有同样的问题。]

#### 在专门登记处登记或在产权证上加注的担保权的优先权

177. 法律应当规定，建议 176 下的购置款担保权的优先权并不超越根据建议 74（第七章，担保权的优先权）在专门登记处登记或在产权证上加注的担保权或

其他权利的优先顺序。

#### 购置款竞合担保权之间的优先权

178. 法律应当规定，购置款竞合担保权之间的优先权按适用于非购置款担保权的一般优先权规则确定，除非其中一项购置款担保权是供货商在建议 176 规定的期限内取得对抗第三人效力的购置款担保权，在此情况下，供货商的购置款担保权相对于购置款所有竞合担保权而言，具有优先权。

#### 购置款担保权对于判决胜诉的债权人权利的优先权

179. 法律应当规定，购置款担保权在建议 176 规定的期限内取得对抗第三人效力的，相对于无担保债权人根据建议 81（第七章，担保权的优先权）本应具有优先权的权利而言，具有优先权。

#### 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

180. 法律应当规定，有形资产成为不动产附加物的，该资产上的购置款担保权相对于在不动产上已持有权利（为不动产建造工程融资贷款作保的担保权除外）的第三人而言，具有优先权，但条件是在该资产成为附加物后不迟于[指明一段短暂期限，例如 20-30 天]在不动产登记处登记了该项购置款担保权通知。

#### 非库存品或非消费品有形资产的收益上购置款担保权的优先权

181. 法律应当规定，非库存品或非消费品有形资产的收益上的购置款担保权，享有与这些资产上的购置款担保权同样的优先权。

#### 库存品收益上担保权的优先权

182. 法律应当规定，库存品收益上的担保权享有与该库存品上的购置款担保权同样的优先权，但收益的形式是应收款、可转让票据、银行账户贷记款受付款或独立保证下收益受付款的除外。然而，购置款有担保债权人必须通知在收益产生前即已登记了同类收益资产上担保权通知的有担保债权人，库存品收益上担保权的优先权以此为条件。

[委员会注意：委员会似宜注意，建议 196 不对库存品和非库存品有形资产加以区分，因此为了与该项建议的说明中所提出的建议相对应，可在此处为本建议增加一则备选案文（题为“有形资产收益上购置款担保权的优先权”），行文措词大致如下：

“法律应当规定，有形资产上的购置款担保权具有对抗第三人效力的，其收益上的担保权具有非购置款担保权的优先权。”]

## 破产程序中购置款担保权作为一种担保权

183. 法律应当规定，在对债务人进行破产程序的情况下，关于担保权的适用条文也适用于购置款担保权。

[委员会注意：委员会似宜注意，本建议是从关于破产对担保权的影响的第十四章移至此处的，以避免暗指将购置款担保权定性为担保权属破产法事项（暗含这种意思将不符合《贸易委员会法破产指南》；例如，见《贸易法委员会破产指南》建议 35 脚注 6）。委员会似宜考虑删除本建议，并在关于购置款担保权与担保权等同的建议 174 中增加“破产”一词。从而关于担保权的建议在破产程序内外都将可适用于购置款担保权（对于购置款担保权，只有优先权的建议将作改动）。]

### 选项 B：购置款融资的非统一处理法\*

#### 目的（非统一处理法）

关于购置款融资的条文，包括购置款担保权、保留所有权权利和融资租赁担保权在内，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；
- (c) 通过建立购置款融资的透明度，从总体上为担保交易提供便利。

#### 购置款融资方法

184. 法律应当规定：

- (a) 非统一处理法中的购置款担保权制度与统一处理法中采用的相同；
- (b) 所有债权人，供货商和出贷人都包括在内，可以根据管辖购置款担保权的制度取得购置款担保权；
- (c) 可以依据建议 185 提供建立在保留所有权权利和融资租赁担保权基础上的购置款融资；
- (d) 出贷人可以通过转让或代位而取得保留所有权权利和融资租赁担保权的利益。

#### 保留所有权权利和融资租赁担保权等同于购置款担保权

185. 法律应当规定，不论债权人的权利是保留所有权权利、融资租赁担保权还

\* 一国可采纳选项 A（购置款融资的统一处理法），即建议 174-183，也可采纳选项 B（购置款融资的非统一处理法），即建议 184-199。

是购置款担保权，购置款融资的管辖规则产生功能等同的经济效果。

#### 保留所有权权利和融资租赁担保权的效力

186. 法律应当规定，有形资产上的保留所有权权利或融资租赁担保权不具有效力，除非售货协议或租赁协议以书面形式订立或具有书面凭证，结合当事人之间的行为过程可以表明出卖人或出租人保留所有权的意图。书面形式最迟必须在买受人或承租人取得该资产占有权时即已存在。

#### 买受人或承租人设定担保权的权利

187. 法律应当规定，买受人或承租人可以在已成为保留所有权权利或融资租赁担保权标的的有形资产上设定担保权。该资产上设置担保权仅以超出所欠出卖人或融资租赁出租人的债务以外的资产剩余价值为限。

#### 消费品上保留所有权权利或融资租赁担保权的对抗第三人效力

188. 法律应当规定，消费品上的保留所有权权利或融资租赁担保权，有建议 186 规定的凭证的，在完成出售或达成租赁时取得对抗第三人的效力。

#### 有形资产上的保留所有权权利的对抗第三人效力

189. 法律应当规定：

##### 备选案文 A\*

(a) 非库存品或非消费品有形资产上的保留所有权权利或融资租赁担保权，只有在下列任何情况下，才具有对抗第三人的效力：

- (一) 出卖人或出租人保留对该资产的占有；
- (二) 买受人或承租人获得该资产占有权后不迟于[指明一段短暂期限，如 20 或 30 天]内在一般担保权登记处登记通知登记了该项权利的通知；

(b) 库存品上的保留所有权权利或融资租赁担保权，只有在下列任何情况下，才具有对抗第三人的效力：

- (一) 出卖人或出租人保留对该库存品的占有；
- (二) 在向买受人或承租人交付该库存品之前：
  - a. 在一般担保权登记处登记了该项权利的通知；

\* 一国可以采纳建议 189 的备选案文 A 或备选案文 B。

b. 出卖人或出租人通知了早先已登记了由买受人或承租人在同类库存品上设定的非购置款担保权的有担保债权人，指明出卖人或承租人主张保留所有权权利或融资租赁担保权的意图。通知应当对库存品作出充分的描述，以使有担保债权人能够辨别保留所有权权利或融资租赁担保权的标的库存品；

(c) 依据本建议(b)项发出的通知，可涵盖相同当事人之间多项交易下的保留所有权权利和融资租赁担保权，不必具体指明每一项交易。通知的有效性仅限于发出通知后[指明一段期限，例如五年]年期间内买受人或承租人取得占有权的有形资产上的权利。

### 备选案文 B

非消费品有形资产上的保留所有权权利或融资租赁担保权，只有在下列任何情况下，才具有对抗第三人的效力：

(a) 出卖人或出租人保留对该资产的占有；

(b) 买受人或承租人获得该资产占有权后不迟于[指明一段短暂期限，如 20 或 30 天]内在一般担保权登记处登记通知登记了该项权利的通知。

本建议中的规则也适用于非消费品有形资产上的购置款担保权。

[委员会注意：委员会似宜注意，本建议备选案文 A 对库存品和非库存品有形资产作出区分，而备选案文 B 则不作此区分。]

### 一次登记即可

190. 法律应当规定，相同当事人之间多项交易下的保留所有权权利或融资租赁担保权，不论交易是在登记前还是登记后订立的，凡涉及属通知中描述范围内的有形资产的，在一般担保权登记处登记一项通知即足以取得对抗第三人效力。关于登记制度的条文在术语上作适当改动后，适用于保留所有权权利和融资租赁担保权的登记。

### 保留所有权权利或融资租赁担保权未获对抗第三人效力而产生的影响

191. 法律应当规定，保留所有权权利或融资租赁担保权不具有对抗第三人效力的，该资产对抗第三人的所有权即转移至买受人或承租人，出卖人或出租人则拥有该资产上的担保权，按适用于担保权的建议办理。

### 不动产附加物上保留所有权或融资租赁担保权的对抗第三人效力

192. 法律应当规定，有形资产成为不动产附加物的，资产上的保留所有权权利或融资租赁担保权只有在该资产成为附加物之后不迟于[指明一段短暂期限，例

如 20-30 天]天在不动产登记处登记的，才对享有在不动产登记处登记的不动产上权利的第三人具有对抗效力。

#### 附随保留所有权权利或融资租赁担保权的有形资产的收益上存在担保权

193. 法律应当规定，出卖人或出租人在有形资产上享有保留所有权权利或融资租赁担保权的，也享有该资产收益上的担保权。

#### 附随保留所有权权利或融资租赁担保权的有形资产的收益上担保权的对抗第三人效力

194. 法律应当规定：

(a) 只有收益在登记的通知中以统称方式作了描述，从而保留所有权权利或融资担保租赁权取得对抗第三人效力的，或收益为金钱、应收款、可转让票据或银行账户贷记款受付款的，建议 193 所述的收益上的担保权才具有对抗第三人效力；

(b) 收益未在登记的通知中以统称方式作出描述或不属于本建议(a)项所述资产种类的，收益上的担保权在收益产生后[指明一段短暂期限]天内具有对抗第三人效力，如果在该时限届满前以建议 32 或 34（第五章，担保权的对抗第三人效力）所述方法之一取得对抗第三人的效力，则此后继续具有对抗第三人效力。

#### 非库存品或非消费品有形资产的收益上担保权的优先权

195. 法律应当规定，保留所有权权利或融资租赁担保权具有对抗第三人效力的，建议 193 所述的收益上担保权相对于同一资产上的另一项担保权而言，具有优先权。

#### 库存品收益上担保权的优先权

196. 法律应当规定，保留所有权权利或融资租赁担保权具有对第三人效力的，建议 193 所述的库存品收益上的担保权具有与该库存品上保留所有权或融资租赁担保权同样的优先权，但收益的形式为应收款、可转让票据、银行账户贷记款受付款和独立保证下收益受付款的除外。然而，出卖人或出租人必须通知在收益产生前已登记了同类收益资产上担保权通知的有担保债权人，库存品收益上担保权的优先权以此为其条件。

[委员会注意：委员会似宜回顾，委员会在其第四十届会议（第一部分）上曾决定，应当就保留所有权权利和融资租赁担保权的对抗第三人效力拟定另一则备选案文，就原始担保资产而言，不对库存品和非库存品资产加以区分（见 A/62/17（Part I），第 63 和 89-90 段）。这些备选案文现载于建议 189。



委员会似宜考虑是否应当与建议 189 的备选案文相对应，提供建议 195 和 196 的备选案文（题为“有形资产收益上担保权的优先权”），行文措词大致如下：

“法律应当规定，有形资产上的保留所有权权利或融资租赁担保权具有对抗第三人效力的，建议 193 所述收益上的担保权如果根据 194 具有对抗第三人的效力，则其享有非购置款担保权的优先权。

“法律应当规定，以上建议中的规则也适用于附随购置款担保权的有形资产所产生的收益。”

委员会似宜注意，这些建议规定，资产上附随保留所有权或融资租赁担保权的，资产收益上的担保权即具有非购置款担保权的优先权（即不是超级优先权）这种做法与建议 196 相一致，意在避免对应收款融资和库存品融资产生不利影响，而且也是与采用保留所有权做法的大多数法域的做法相一致。]

#### 保留所有权权利或融资租赁担保权的强制执行

197. 法律应当规定：

(a) 关于违约后强制执行有形资产上保留所有权权利或融资租赁担保权的规则，应当处理下列问题：

- (一) 出卖人或出租人如何可以取得该资产的占有权；
- (二) 出卖人或出租人是否必须处分资产，如果是的话，如何处分；
- (三) 出卖人或出租人是否可以保留任何余额；
- (四) 出卖人或出租人是否可就任何差额对买受人或承租人提出主张；

(b) 凡是适用于违约后担保权强制执行的制度，也适用于违约后保留所有权权利和融资租赁担保权的强制执行，但以必须维护适用于出售和租赁的制度的一致性为限。

#### 破产程序中的保留所有权权利和融资租赁担保权

198. 法律应当规定，在对债务人的破产程序中，

##### 备选案文 A\*

适用于担保权的规定也适用于保留所有权权利和融资租赁担保权。

---

\* 一国可采纳建议 198 的备选案文 A 或备选案文 B。

## 备选案文 B

颁布国适用于第三人所有权权利的法律规定，也适用于保留所有权权利和融资租赁担保权。

[委员会注意：委员会似宜注意，本建议是从关于破产对担保权的影响的第十四章移至此处的，以避免暗指将购置款担保权定性为担保权或所有权权利是破产法事项（暗含这种意思将与《贸易法委员会破产指南》不符；例如，见《贸易法委员会破产指南》建议 35 脚注 6）。

委员会还似宜注意，评注中将解释这种定性属担保交易法或一般财产法的事项。评注将还将解释，关于这些事项，破产法服从担保交易法。评注将还解释，在统一处理法和非统一处理法中购置款担保权都将被作为担保权处理。

第十四章关于破产对担保权的影响，该章的评注中将解释，根据《贸易法委员会破产指南》，如果保留所有权权利或融资租赁担保权根据破产法以外的法律是一项担保权的，即适用《贸易法委员会破产指南》关于担保权的建议。如果保留所有权权利或融资租赁担保权根据破产法以外的法律是一项所有权权利的，即适用《贸易法委员会破产指南》关于第三人拥有的资产的建议。]

### 保留所有权权利或融资租赁担保权适用的法律

199. 法律应当规定，适用于担保权的法律冲突规定也适用于保留所有权权利和融资租赁担保权。

## 十二. 法律冲突\*

### 目的

法律冲突条文的目的是确定下列问题的准据法：担保权的设定、第三人效力及其优先权；以及发生违约之前和之后设保人、有担保债权人和第三人的权利。<sup>33</sup>

### A. 一般性建议

#### 有形资产上担保权的适用法律

200. 法律<sup>34</sup>应当规定，除建议 201-204 和 208 规定的外，关于有形资产上担保权设定、对抗第三人效力和优先权的适用法律是该资产所在地国家的法律。

\* 关于法律冲突的建议是与海牙国际私法会议常设局密切合作拟订的。

<sup>33</sup> 关于购置款融资和破产方面的法律冲突问题，分别在第十一章和第十四章中处理。

<sup>34</sup> 本章中的“法律”系指担保交易法或一国可能在其中列入法律冲突规则的其他法律。

201. 法律应当规定，关于一般在一个以上国家使用的某类有形资产上的担保权，对建议 198 提及的问题的适用法律是设保人所在地国家的法律。

202. 法律应当规定，有形资产需在提供担保权的登记的专门登记处登记或在提供担保权加注的产权证上加注的。对建议 200 所提及的问题的适用法律是登记管理国或产权证签发国的法律。

203. 法律应当规定，关于有形资产上以占有可转让单据方式取得对抗第三人效力的担保权，其相对于以另一种方法取得对抗第三人效力的竞合担保权而言，有优先地位的适用法律是该单证所在地国家的法律。

#### **在途或拟出口的有形资产上担保权的适用法律**

204. 法律应当规定，对于在途的有形资产或设定担保权时有形资产拟从其所在国出口的（可转让票据或可转让单证除外），可以如同建议 200 的规定，根据资产最初所在国的法律设定担保权并使之取得对抗第三人的效力，或者该资产在担保权设定后[指明一段短暂的期限]天内运抵最终目的地的，可根据最终目的地的法律设定担保权并使之取得对抗第三人的效力。

#### **无形资产上担保权的适用法律**

205. 法律应当规定，对于无形资产上担保权的设定、对抗第三人效力及其优先权，所适用的法律是设保人所在国的法律。

#### **不动产出售、租赁或担保协议产生的应收款所适用的法律**

206. 法律应当规定，不动产出售、租赁或担保协议而产生的应收款，其上担保权的设定、对抗第三人效力和优先权适用的法律是转让人所在国的法律。但是，对于优先权冲突涉及在不动产登记处登记的竞合求偿人权利的，所适用的法律是该登记处管理国的法律。只有在根据该法律登记行为关系到应收款上担保权优先权的情况下，前面一句中的规则才予适用。

#### **银行账户贷记款受付款上担保权的适用法律**

207. 法律应当规定，对于银行账户贷记款受付款上担保权的设定、第三人效力、优先权及其强制执行，以及开户银行对此种担保权的权利和义务，所适用的法律是：

##### **备选案文 A\***

该银行账户所在银行的营业地所在国法律。银行在一个以上国家设有营业

\* 一国可采纳建议 207 的备选案文 A 或备选案文 B。

地的，以账户所在分行的所在地为准。

### 备选案文 B

账户协议中明确指定的账户协议管辖国法律；账户协议中明确规定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国家法律只有在账户协议订立之时开户银行在该国设有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予适用。依据前两句无法确定准据法的，依据以《中间人代持证券所涉某些权利准据法海牙公约》第 5 条为基准的缺省规则确定准据法。<sup>35</sup>

本建议须服从建议 208 规定的例外情形。

### 特定类别资产上担保权通过登记取得第三人效力的适用法律

208. 法律应当规定，凡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人效力的一种方法的，对于是否已根据该国法律通过登记而取得对抗第三人效力的问题，设保人所在国法律是适用的法律。

### 独立保证下收益受付款上担保权的适用法律

209. 法律应当规定，对于下列问题，担保人/签发人、保兑人或被指名人的独立保证中所指明的国家法律是适用法律：

(a) 担保人/签发人、保兑人或者收到确认请求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受付款上的担保权的权利；

(c) 除建议 209 规定的外，独立担保下收益受付款上的担保权的对抗第三人效力和优先权。

210. 担保人/签发人或保兑人的独立保证中未指明适用法律的，对建议 209 所述问题的适用法律为独立保证书中标明的担保人/签发人或保兑人的分支机构或办事处所在地国的法律。但在被指名人的情况下，适用法律是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。

211. 法律应当规定，凡应收款、可转让票据或其他债权的偿付或以其他方式履行是由独立保证作保的，关于该应收款、可转让票据或其他债权上担保权的设定和对抗第三人效力，所适用的法律也是如同建议 25 和 48（第四章，担保权的

<sup>35</sup> 一国采纳备选案文 B 的，还必须采纳建议 223 和 224。

设定)所设想的关于独立保证下收益受付款上担保权是否设定和自动取得对抗第三人效力这一问题所适用的法律。

### 收益上担保权的适用法律

212. 法律应当规定:

(a) 对于收益上担保权的设定,适用的法律是在产生收益的原始担保资产上设定担保权时所适用的法律;

(b) 对于收益上担保权的第三人效力及其优先权,适用的法律是同类收益资产上担保权的第三人效力及其优先权所适用的法律。

### 设保人和有担保债权人权利和义务的适用法律

213. 法律应当规定,对于设保人和有担保债权人自其担保协议产生的相互权利和义务,适用的法律是他们所选定的法律,在没有选定法律的情况下,是该担保协议的管辖法律。

### 第三方债务人和有担保债权人权利和义务的适用法律

214. 法律应当规定,应收款、可转让票据或可转让单证的的适用法律也是下列方面的适用法律:

(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;

[委员会注意:委员会似宜删除文中所提及的可转让单证的签发人与该单证担保权持有人之间的关系所适用的法律。如果担保交易法规定这种关系服从可转让单证管辖国的法律,则有可能造成与目前不同国家运输法所采取的做法不一致的情形。这一事项可能由其他法律处理更好些。]

(b) 根据应收款的转让、可转让票据上的担保权或可转让单证上的担保权而向应收款债务人、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(包括这些债务人或签发人是否可以坚持一项禁止转让协议);

(c) 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。

### 关于强制执行担保权的准据法

215. 法律应当规定,在服从于建议 220 的情况下:

(a) 关于强制执行有形资产上担保权问题的适用法律是强制执行的发生地国家的法律;

(b) 关于强制执行无形资产上担保权问题的适用法律是担保权的优先权所适用的法律。

### 担保人“所在地”的含义

216. 法律应当规定，就法律冲突的条文而言，担保人的所在地是其设有营业地的国家。担保人在不止一个国家设有营业地的，担保人的营业地是其行使中央行政管理职能的所在地。

### 所在地的相关确定时间

217. 法律应当规定：

(a) 除本建议(b)项规定的外，所提及的资产所在地或担保人所在地在法律冲突条文中就担保权设定问题而言是指推定的担保权设定之时的所在地，就对抗第三人效力和优先权问题而言，是指发生这一问题时的所在地；

(b) 担保资产上所有竞合求偿人的权利是在资产或担保人所在地发生改变之前即以设定和取得对抗第三人效力的，法律冲突条文中提及的资产或担保人所在地就对抗第三人效力和优先问题而言是指所在地发生改变之前的所在地。

### 排除反致

218. 法律应当规定，法律冲突条文中提及的另一国“法律”作为某一问题的适用法律，是指该国法律冲突条文以外的现行有效法律。

### 公共政策和国际强制性规则

219. 法律应当规定：

(a) 只有在根据法律冲突条文而确定的法律加以适用后效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) 不论法律冲突的条文如何规定，凡法院地的法律条文必须甚至适用于国家情形的，法律冲突的条文并不阻碍这些规定的适用；

(c) 本建议(a)和(b)项不允许将法院地的法律规定适用于担保权的对抗第三人效力和优先权。

### 破产程序的启动对适用于担保权的法律的影响

220. 法律应当规定，在由法律冲突的条文决定某一担保权（在非统一处理法中还包括保留所有权权利和融资租赁担保权）的设定、对抗第三人效力、优先权和强制执行问题所适用的法律情况下，破产程序的启动并不排斥法律冲突条文。但本规定应当服从于破产程序启动国破产法（破产诉讼地法）适用于撤

销、有担保债权人待遇、债权排序或收益分配等问题之后而对以上问题产生的影响。<sup>36</sup>

[委员会注意：委员会似宜注意，本建议从关于破产对担保权的影响的第十四章移至之处并作了修订，以避免与《贸易法委员会破产指南》发生不一致，该指南涉及权利和债权的有效性和效力问题的适用法律，而不涉及关于担保权一般优先权或强制执行的适用法律。评注将解释，本建议第一句提出了一项一般认可的法律冲突规则，这与《贸易法委员会破产指南》相一致，因为第二句保留了破产诉讼地法的适用。<sup>37</sup>在这方面，评注中将提及关于破产对担保权的影响的第十四章的评注，对《贸易法委员会破产指南》的法律冲突建议加以解释。]

## B. 多领土单位国家的法律为适用法律时的特别建议

221. 法律应当规定，在某一问题的适用法律是建议 222 规定的某个多领土单位国家的法律的情况下，所提及的多领土单位国家的法律是指（根据设保人所在地或担保资产所在地所确定的或者法律冲突条文指向的）有关领土单位的法律，以及该多领土单位国家本身对该领土单位所适用的法律。

222. 法律应当规定，根据法律冲突条文所适用的法律是某一多领土单位国家或其中某个领土单位的法律的，该多领土单位国家国内或其中该领土单位内部的现行有效法律冲突规则决定究竟是适用该多领土单位国家的实体法规定，还是该多领土单位国家某一特定领土单位的实体法规定。

223. 法律应当规定，在账户开户人和开户银行选定一个多领土单位国家某一特定领土单位的法律为账户协议的适用法律的情况下：

(a) 建议 207（备选案文 B）第一句所提及的“国家”指该领土单位；

(b) 建议 207（备选案文 B）第二句所提及的“该国”指该多领土单位国家本身。

224. 法律应当规定，在下列情况下，领土单位的法律是适用法律：

(a) 在建议 207（备选案文 B）和建议 223 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，只有在满足建议 207（备选案文 B）第二句规定的前提条件，即开户银行在一领土单位内拥有分支机构的情况下，该领土单位的法律才是适用的法律；

<sup>36</sup> 见《贸易法委员会破产指南》建议 31。

<sup>37</sup> 见《贸易法委员会破产指南》，第二部分，第 88 段和建议 34，其中规定可以对本原则提出更多的例外，但这些例外情形必须在破产法中明确载列或加以注明。

(c) 在设定银行账户上的担保权时，本建议(b)项所述及的规定为现行有效的规定。<sup>38</sup>

### 十三. 过渡

#### 目的

关于过渡的条文，目的是为了便于从本法生效日之前实行的制度公平而有效率地过渡到本法。

#### 生效日期

225. 法律应当指明自其颁布后开始生效的日期（“生效日期”），或指明生效日期的确定机制。本法自其生效之日起，适用于其范围内的一切交易，不论是该日之前还是之后达成的交易，只有下列规定的情形除外。

#### 本法不适用于生效日期之前启动的诉讼

226. 法律应当规定，本法不适用于在生效日期之前启动的诉讼程序或解决纠纷的其他约束性程序所处理的争议事项。在本法生效日期之前已开始强制执行担保权的，可以根据生效日期之前当时的有效法律（“先前法律”）继续强制执行。

[委员会注意：委员会似宜考虑在新法律生效日期之前启动违约后救济是否应当导致整部先前的法律适用于强制执行。如果是，那么使用“必须”一词比“可以”二字更合适些。]

#### 担保权的设定

227. 法律应当规定，由先前的法律决定担保权是否在本法生效日期之前即已设定。

#### 担保权的对抗第三人效力

228. 法律应当规定，担保权根据先前法律具有对抗第三人效力的，其对抗第三人的效力保持到下列先发生的时间：

- (a) 根据先前法律该项担保权对抗第三人的效力终止时；
- (b) 生效日期之后一段为期[指明期限]月的时期（“过渡期”）届满时。

在根据前一句对抗第三人效力终止前满足本法关于对抗第三人效力的要求的，对抗第三人效力继续有效。

<sup>38</sup> 一国只有在采纳建议 207（备选案文 B）的情况下，才需要采纳建议 223 和 224。



## 担保权的优先权

229. 法律应当规定，本法管辖担保权的优先权，但以建议 230 和 231 为准。建议 228 提及的担保权根据先前的法律取得对抗第三人效力的时间或登记担保权通知的时间是用于确定该项权利优先顺序的时间。

230. 法律应当规定，在下列情况下，担保权的优先权由先前的法律确定：

- (a) 担保权和所有竞合求偿人的权利是在生效日期之前生成的；
- (b) 自生效日期以来这些权利的优先权状况一概没有改变。

231. 法律应当规定，在下列任何情况下，担保权的状况发生改变：

- (a) 根据建议 228 曾经在生效日期之前具有对抗第三人的效力而后来对抗第三人的效力停止的；
- (b) 曾经在生效日期之前无对抗第三人的效力而后来取得对抗第三人效力的。

[委员会注意：委员会似宜考虑是否应当删除本建议，因为其可能不足以说明“状况”一词的含义，而且可能甚至误导。在本建议中“状况”一词之前加上“优先权”三个字可能足以解决这一问题，评注中可以对此加以进一步阐述。]

## 十四. 破产对担保权的影响

### A. 《贸易法委员会破产法立法指南》：<sup>39</sup>定义和建议

#### 定义

12. (b) “债务人的资产”：债务人的财产、权利和利益，包括财产中的权利和利益，而不论是否由债务人占用，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或在第三人拥有的资产中的权益；

12. (r) “金融合同”：涉及利率、商品、货币、股票、债券、指数或其他任何金融工具的任何现货交易、远期交易、期货交易、期权交易或掉期交易、任何回购或证券借贷交易和在金融市场订立的与上述任何交易相类似的其他任何交易和上述交易的任何组合；

[委员会注意：委员会似宜考虑“金融合同”和“净额结算协议”这两个词的定义（取自《联合国转让公约》第 5 条(k)项和(l)项），并转载于《担保交易指南》）是否也应当在此处转载。]

12. (x) “破产诉讼地法”：启动破产程序的所在地国家的法律；

12. (y) “物之所在地法”：资产所在地国家的法律；

<sup>39</sup> 联合国出版物，出售品编号：E.05.V.10。

12. (z) “净额结算”：金融合同下金钱债务或非金钱债务的抵销；
12. (aa) “净额结算协议”：双方或多方当事人之间的一种金融合同形式，其中就下列一项或数项作出规定：
- (一) 以债权更新或其他方式对同一日到期的同一币种付款进行净额交割；
  - (二) 一方发生破产或其他违约情况时，按重置价值或公平市值终止所有未结交易，将这些金额按同一种货币折算，经相互对销算出一方应付给另一方的单独一笔款额；
  - (三) 根据两项或多项净额结算协议，按本定义第(二)项列明的方式算出的各笔款额相互抵销。<sup>40</sup>
12. (dd) “利益相关人”：权利、义务或利益受破产程序或破产程序中特定事项影响的任何当事人，包括债务人、破产管理人、债权人、股权持有人、债权人委员会、政府主管机关或受此影响的其他任何人。本词的含义并非指破产程序对其利益影响渺茫或不明确的人将被视为利益相关人；
12. (ff) “优惠性清偿”：导致债权人得到好处或不正常付款的交易；
12. (gg) “优先权”：某一债权因法律操作产生的排序优先于另一债权的权利；
12. (hh) “优先债权”：在偿付普通无担保债权人之前偿付的债权；
12. (ii) “保全价值”：在破产程序中为维护设保资产和第三方所拥有的资产的经济价值而采取的措施（在有些法域称为“充分保全”）。可以用支付现金、以替代资产或额外资产提供担保权益或者以法院确定的其他必要保全手段来提供保护；
12. (pp) “担保权益”：对资产的权利，用以担保一项或数项债务得以偿付或以其他方式得以履行。

### 建议

[委员会注意：委员会似宜注意，为了确保《贸易法委员会破产指南》所有相关的建议都在本章内转载，下文列入《贸易法委员会破产指南》建议(34)、(40-45)、(63)、(73)、(79)、(81)-(82)、(87)、(92)、(146)-(149)和(178)。]

### 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，应当考虑下列关键目标：
- (a) 为市场提供确定性以促进经济稳定和增长；

<sup>40</sup> 《联合国国际贸易应收款转让公约》（联合国出版物，出售品编号：E.04.V.14），第5条，(1)项。

- (b) 实现资产价值最大化;
  - (c) 在清算和重整之间求得平衡;
  - (d) 确保状况相近的债权人获得平等待遇;
  - (e) 规定破产案件的及时、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) 确保有一部内含激励措施鼓励收集和传播资料的具有透明度和可预见的破产法;
  - (h) 承认原已存在的债权人权利, 确立明确的优先债权排序规则。
- (4) 破产法应当规定, 凡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, 该项担保权益在破产程序中将得到承认, 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, 应当考虑下列共同特征:
- (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司法规则确定。

#### 破产程序中的适用法律: 破产诉讼地法

(31) 启动破产程序的所在地国的破产法(破产诉讼地法)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) .....

#### 破产程序法律适用的例外

.....

(34) 建议 32 和 33 以外的其他任何例外情形应当为数有限，并在破产法中明确列出。

#### 构成破产财产的资产

(35) 破产法应当规定，破产财产应当包括：

- (a) 债务人的资产，<sup>41</sup>包括债务人在担保资产上和第三人拥有的资产上享有的权益；
- (b) 破产程序启动后获得的资产；
- (c) ……

#### 临时措施<sup>42</sup>

(39) 破产法应当规定，法院可在需要给予救济以保护和保全债务人资产价值<sup>43</sup>或债权人权益的情况下，应债务人、债权人或第三人的请求，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，<sup>44</sup>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人效力而采取的行动和对担保权益的强制执行；
- (b)-(d) ……

#### 与临时措施有关的赔偿

(40) 破产法可以规定，法院有权：

- (a) 要求临时措施申请人提供赔偿，并且酌情支付费用或服务费；或
- (b) 就临时措施的申请规定处罚办法。

#### 债务人和破产管理人之间权利的平衡

(41) 破产法应当明确规定债务人和作为临时措施而获得任命的任何破产管理人之间权力和义务的平衡。在提出启动破产程序的申请后到启动这些程序之前这

<sup>41</sup> 资产的所有权按相关的适用法律确定，“资产”一词作广义定义，包括债务人的财产、权利和利益，还包括债务人在第三人拥有的资产上所持有的权益。

<sup>42</sup> 这些条款沿用《贸易法委员会跨国界破产示范法》中的相应条款，见第 19 条（见《贸易法委员会破产指南》附件三）。

<sup>43</sup> (a)-(c)款使用的资产一词的含义限于破产程序启动后属于破产财产的资产。

<sup>44</sup> 破产法应指明临时措施令的生效时间，例如在下达命令时，追溯至下达命令的当天开始，或规定的其他某一时间（见《贸易法委员会破产指南》第 44 段）。

段时间，债务人有权继续经营其企业，在企业正常经营过程中动用和处分资产，但法院作了限制的除外。

### 通知

(42) 破产法应当规定，除非法院对发出通知的必要性作了限制，或规定无此必要，应当向受下列各项影响的那些利益相关人发出适当的通知：

(a) 临时措施申请或临时措施法院令（包括对审查和修改或终止的申请）；

(b) 在启动时适用的补充措施法院令，除非法院对发出通知的必要性作了限制或规定无此必要。

### 单方面临时措施

(43) 破产法应当规定，如果未将临时措施的申请通知债务人或受临时措施影响的其他利益相关人，债务人或受临时措施影响的其他利益相关人有权经紧急申请后要求迅速<sup>45</sup>就是否继续实行该救济提出申述。

### 修改或终止临时措施

(44) 破产法应当规定，法院可根据自己的动议或应破产管理人、债务人、债权人或受临时措施影响的其他任何人的请求，审查和修改或终止这些措施。

### 临时措施的终止

(45) 破产法应当规定，临时措施在下列条件下终止：

(a) 启动申请被驳回；

(b) 根据建议 43，临时措施令经质疑后被确认不当；

(c) 启动时应予适用的措施开始生效，除非法院认定临时措施继续有效。

### 程序启动时的适用措施

(46) 破产法应当规定，破产程序一俟启动：<sup>46</sup>

(a) 涉及债务人资产及债务人权利、义务或负债的个别诉讼或程序<sup>47</sup>的启动或继续即予中止；

<sup>45</sup> 为防止债务人企业的价值损失，列入破产法的任何时限都应该短暂。

<sup>46</sup> 这些措施通常自下达启动令之时起生效。

- (b) 使担保权益具有对抗第三人效力的行动和强制执行担保权益的行动即予中止；<sup>48</sup>
- (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) 对方当事人终结与债务人任何合同的权利即予中止；<sup>49</sup>
- (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。<sup>50</sup>

#### 程序启动时自动适用的措施的期限

(49) 破产法应当规定，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) 法院给予救济，准予免于适用这些措施；<sup>51</sup>
- (b) 在重整程序中，重整计划开始生效；<sup>52</sup>
- (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，<sup>53</sup>除非表明下列情况后法院将这一期限延长一段时间：
  - (一) 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；
  - (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。

<sup>47</sup> 见《贸易法委员会跨国破产示范法》第 20 条（见《贸易法委员会破产指南》附件三）。建议 46 中(a)项所提及的个别诉讼，还意在包括向仲裁庭提起的诉讼。然而，例如在本国以外的所在地进行仲裁的情形下，并不总是有可能自动终止仲裁程序。

<sup>48</sup> 破产法以外的法律允许这些担保权益在规定的某个时期内发生效力的，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。破产法以外的法律未列入此类时限的，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。（关于进一步的讨论，见《贸易法委员会破产指南》第 32 段和《贸易法委员会担保交易破产指南》。）

<sup>49</sup> 见《贸易法委员会破产指南》，第 114-119 段。如果合同规定的终结日期恰巧在破产程序启动以后，本建议无意排除此种合同的终结。

<sup>50</sup> 对转让、设保或以其他方式处分破产财产中资产的权利作出的限制，在下述情况下可有例外：债务人企业获准继续经营，而且债务人可在正常营业过程中转让、设保或以其他方式处分资产。

<sup>51</sup> 应当以《贸易法委员会破产指南》建议 51 所列的理由为根据准许给予救济。

<sup>52</sup> 视破产法的要求而定，重整计划可能在债权人批准时或自法院确认后开始生效（见《贸易法委员会破产指南》，第四章，第 54 段及其后各段）。

<sup>53</sup> 用意是中止措施仅对有担保债权人适用一段短暂时间，如 30-60 天，破产法应明确规定适用期限。

### 防范担保资产的价值缩减

(50) 破产法应当规定，在向法院提出申请后，有担保债权人应当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，其中可包括下列任何方法：

- (a) 由破产财产支付现金；
- (b) 提供附加担保权益；
- (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) 破产法应当规定，有担保债权人可以请求法院给予救济，准予免于破产程序启动时所适用的那些措施，其理由可包括下列方面：

- (a) 担保资产不为预期进行的债务人企业重整或企业变卖所需要；
- (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；
- (c) 在重整中，重整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) 破产法应当允许：

- (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；
- (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) 破产法应当规定，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。

### 使用第三人拥有的资产

(54) 破产法应当规定，破产管理人可以使用债务人占有下的由第三人拥有的资产，但需满足规定的条件，其中包括下列方面：

- (a) 第三人的权益将受到保护，不受资产价值缩减的影响；
- (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。

### 以不连带担保权和其他权益的方式出售破产财产中的资产的能力

(58) 破产法应当在下列条件下，允许破产管理人在正常经营过程外，以不连带原有担保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：

- (a) 破产管理人向担保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；
- (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) 破产法应当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；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) 破产法应当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，破产法可以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，而且重整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，破产法可以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。

### 吸引和授权启动后融资

(63) 破产法应当在破产管理人认为获得启动后融资对于债务人企业的继续经营或生存或对于保全或增加破产财产价值是必要的情况下，为破产管理人获得启动后融资提供便利或激励。破产法可以要求由法院授权或由债权人同意是否提供启动后融资。

### 对程序启动后融资的担保

(65) 破产法应当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<sup>54</sup>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，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不比任何原已以该资产提供的担保权益优先。

(67) 破产法应当规定，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，其中包括下列方面：

- (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；
- (c) 原有有担保债权人的利益将得到保护。<sup>55</sup>

#### 程序转换对程序启动后融资的影响

(68) 破产法应当规定，在重整程序转换为清算的情况下，在重整中给予程序启动后融资的任何优先权应当在清算中继续得到承认。<sup>56</sup>

#### 自动终止和提前到期条款

(70) 破产法应当规定，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。<sup>57</sup>

(71) 破产法应当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。

#### 继续执行或否决

(72) 破产法应当规定，破产管理人如认为其所知悉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。<sup>58</sup>破产法应当规定：

<sup>54</sup> 本规则可列在破产法以外的法律中，在此情况下，破产法应指明存在这一规定。

<sup>55</sup> 见《贸易法委员会破产指南》，第 63-69 段。

<sup>56</sup> 可能不一定对同样的优先顺序给予确认。例如，启动后融资的优先顺序可能排在与清算费用有关的破产管理费债权之后。

<sup>57</sup> 在此类条款可被推翻的合同情形下，本建议才予适用（见《贸易法委员会破产指南》的评注，关于例外情形，第 143-145 段），但无意作为排他性条款，只是确定最低限度要求：法院应能够审查在发生类似事件时具有终止合同效力的合同其他条款。

<sup>58</sup> 如果程序启动时自动中止即开始生效，防止（根据自动终止条款）终止与债务人的合同，则所有合同均应保持原状，以使破产管理人能够考虑继续执行合同的可能性，除非该合同的终止日期恰好在破产程序启动之后。

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

(73) 破产法可以允许破产管理人作出否决合同的决定。<sup>59</sup>破产法应当规定，否决权适用于整个合同。

#### 债务人违约情况下继续执行合同

(79) 破产法应当规定，在债务人违背合同的情况下，破产管理人仍可继续执行该合同，但条件是违约行为得到补救，未违约的合同相对人基本上恢复到违约前的经济状况，而且破产财产能够根据继续执行的合同运作。

#### 在继续执行或否决前的履约

(80) 破产法应当规定，破产管理人可以接受或者要求合同相对人在合同继续执行或否决前履约。在下列任何情况下，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相对人履约而产生的债权，应作为破产管理费用偿付：

- (a) 相对人已履行合同的，破产管理费用的数额应为履约的合同价格；
- (b) 破产管理人使用的资产属于第三人所有但由债务人依据合同占有的，应当保护该第三人免受这些资产价值缩减的影响，并且该第三人应当根据(a)项享有破产管理费债权。

#### 合同继续执行后违约所产生的损害赔偿

(81) 破产法应当规定，如作出决定继续履行合同，则随后发生的对该合同违约所造成的损害应当作为管理费用支付。

#### 合同被否决而产生的损害赔偿

(82) 破产法应当规定，对于因否决一项启动前合同而引起的任何损失均应当根据适用的法律加以确定并应当作为一项普通无担保债权处理。对于与否决一项长期合同有关的债权可以由法律作出限制。

#### 合同的转让

(83) 破产法可以规定，即使合同中有限制，只要转让合同对破产财产是有利的，破产管理人仍可以决定转让合同。

<sup>59</sup> 如不授权否决合同，一种替代办法可以是如同有些法域的做法，规定对合同的履行一律终止，除非破产管理人决定继续履行合同。

(84) 相对人反对转让某一合同的，破产法仍可以允许由法院批准该项转让，条件是：

- (a) 破产管理人继续执行该项合同；
- (b) 受让人能够履行所转让的合同义务；
- (c) 相对人不会因该项转让而变得处境严重不利；
- (d) 债务人的违约在转让前得到补救。

(85) 破产法可以规定，合同被转让的，受让人自转让之日起取代债务人成为订约方，破产财产也不再承担合同规定的其他任何责任。

#### 可撤销的交易<sup>60</sup>

(87) 破产法应当载列可回溯适用的有关条文，这些条文的目的是推翻涉及债务人资产或破产财产并具有减少破产财产价值或违反债权人公正待遇原则作用的交易。破产法应当规定下列类型的交易可予撤销：

(a) 交易的意图在于挫败、拖延或阻碍债权人收回债权的能力，交易的效果是使债权人或潜在债权人得不到资产，或损害债权人的利益；

(b) 在债务人破产时发生的交易或债务人因此而发生破产，在该交易中，债务人转让财产权益或承担义务作为礼品馈赠或只换取名义价值，或所换价值在等值以下或缺欠不足（压价贱卖的交易）；

(c) 在债务人破产时发生的交易，交易涉及债权人，其中一个债权人的所获或获益超出其在债务人资产中的相应比例（特惠交易）。

#### 担保权益的撤销

(88) 破产法应当规定，虽然根据破产法以外的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。

#### 免于撤销诉讼的交易

(92) 破产法应当规定可免于撤销的交易，其中包括金融合同。

#### 金融合同

(103) 债务人的金融合同一旦被终止，破产法应当允许合同相对人对金融合同产生的债务执行和适用其担保权益。金融合同应当排除在破产法针对执行担保权

<sup>60</sup> 本节使用“交易”一词是为了统称处分资产时或发生义务时可能实施的一系列法律行为，其中包括转让、给付、设置担保权益、保证、贷款或解除或使担保权益取得对抗第三人效力的行为，并可包括综合系列交易。

益所规定的任何中止的范围之外。

### 债权人的参与

(126) 破产法应当规定，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) 破产法应当规定，利益相关人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，利益相关人应当有权：

- (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；
- (c) 请求提供破产程序为其设置的任何救济。

### 上诉权<sup>61</sup>

(138) 破产法应当规定，利益相关人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。

### 表决机制

(145) 破产法应当确定对批准计划进行表决的机制。这种机制应当涉及有权就计划进行表决的债权人和股东；进行表决的方式，可以在为此目的召开的会议上进行表决，也可以是以邮件或以包括电子手段及使用代理人在内的其他手段进行表决；以及债权人和股东是否应根据各自的权利按所属类别进行表决。

(146) 破产法应当规定，权利被计划改变或受其影响的债权人或股东不受计划条款的约束，除非该债权人或股东被给予是否批准计划的表决机会。

(147) 破产法应当规定，如计划规定一个债权人或股东或一类债权人或股东的权利没有被改变或受到其影响，则该债权人或股东或该类别的债权人或股东无权就批准计划参加表决。

(148) 破产法应当规定，有权就批准计划进行表决的债权人应当按其各自的权利分别归类，各类别应当分别进行表决。

(149) 破产法应当规定，一个类别的所有债权人和股东应当得到相同的待遇。

---

<sup>61</sup> 破产法应当根据关键目标作出规定，要求除非法院另行判定，在破产程序中提出上诉不得产生中止效力，以此确保在没有不适当干扰的情况下以有序、迅速和高效的方式处理和解决破产事务。上诉的时间期限应当遵守一般适用法的规定，但在破产程序中应当更短些，以免中断破产程序。

## 重整计划

### 按类别批准

(150) 如果按类别就批准计划进行表决，破产法应当规定如何计算批准计划所需的各类别表决中所获票数。可以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，破产法应当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；
- (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当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当符合其排序。

### (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，破产法应当允许利益相关人（包括债务人）对批准计划提出质疑。破产法应当规定对质疑的可能评估标准，其中应包括下列方面：

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

### 有担保债权

(172) 破产法应当规定是否要求有担保债权人申报债权。

### 未清算的债权

(178) 破产法应当允许在破产管理人确定债权数额之前临时确认未清偿的债权。

### 有担保债权的估算

(180) 破产法应当规定，破产管理人可以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。

### 有担保债权

(188) 破产法应当规定，应以清算中的担保资产清偿有担保的债权，或根据重整计划加以清偿，但排序须在优先权高于该有担保债权的任何可能存在的债权之后。应当尽量减少优先权高于有担保债权的债权并应当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. 处理破产的更多建议

### 破产程序启动后获得的资产

232. 除建议 233 规定的以外，破产法应当规定，破产财产中在破产程序启动后获得的资产不随附担保人在破产程序启动前设定的担保权。

233. 破产法应当规定，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），均附随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

234. 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，则破产法还应当规定，遇有合同条款解除债权人作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造成此项合同条款不可强制执行或丧失效力。

### 破产程序中担保权的第三人效力

235. 破产法应当规定，担保权在破产程序启动时具有对抗第三人效力的，在破产程序启动后可以采取行动，在担保交易法允许的范围内并以其允许的方式，持续、保留或维持担保权对抗第三人的效力。

### 破产程序中担保权的优先权

236. 破产法应当规定，凡一项担保权根据破产法以外的法律享有优先权的，该优先权在破产程序中继续有效，不受损害，除非依据破产法，另一项债权被授予优先权。这种例外情形应当尽量减少，并在破产法中明确列出。本建议须服从《贸易法委员会破产指南》的建议 188。

### 排序层次协议在破产程序中的效力

237. 破产法应当规定，凡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的，这类排序居次安排在债务人的破产程序中具有约束力，其限度与依据非破产法这类排序居次安排的效力同等。

### 破产程序中维持担保资产价值而支出的成本和费用

238. 破产法应当规定，破产管理人有权在第一优先的基础上从担保资产的价值中收回破产管理人为了有担保债权人利益而在维持、保全或增加担保资产价值时所发生的合理成本和费用。

### 重整程序中对担保资产的估值

239. 破产法应当规定，在重整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。