



联合国国际贸易法委员会  
第四十届会议，第二部分会议  
2007年12月10日至14日，维也纳

## 担保权益

### 担保交易立法指南草案

#### 秘书处的说明

#### 增编

## 目录

	段次	页次
八. 当事人的权利和义务 .....	1-80	3
A. 总论 .....	1-68	3
1. 导言 .....	1-7	3
2. 当事人意思自治 .....	8-15	4
(a) 总论 .....	8-13	4
(b) 当事人权利和义务的来源 .....	14-15	5
3. 有关违约前的强制性规则 .....	16-39	5
(a) 一般规则 .....	16-23	5
(b) 保全担保资产的义务 .....	24-31	7
(c) 保全担保资产价值的义务 .....	32-34	8
(d) 返还担保资产和撤销已登记的通知的义务 .....	35-39	9



---

4.	有关违约前的非强制性规则 .....	40-46	10
5.	关于违约前的典型非强制性规则 .....	47-68	12
	(a) 一般性规则.....	47-49	12
	(b) 由有担保债权人占有的非强制性规则 .....	50-58	12
	(c) 设保人占有担保物情况下的非强制性规则 .....	59-65	14
	(d) 无论是谁占有担保物情况下的非强制性规则 .....	66-68	15
B.	特定资产说明.....	69-80	16
C.	建议.....		18

## 八. 当事人的权利和义务

### A. 总论

#### 1. 导言

1. 如同其他任何协议，担保协议的订立、解释、效力、违反和撤销等问题均须遵守一般合同法。此外，作为对设保人和有担保债权人之间交易的载录，担保协议通常必须遵守规范担保协议的特殊规则。这通常意味着，担保协议尤其在当事人之间具有效力，即便不具有对抗第三人的效力。

2. 担保协议的实质内容随当事人的需要和意愿而变化。担保协议中的条款通常述及三个主题。首先，其中列入一些条文是因为这些条文是设定担保权的强制性要求的一部分。与确定担保资产和附担保债务有关的规则就属于这类条文（关于“担保资产”和“附担保债务”的定义，见导言，B 节，术语）。在第四章（担保权的设定（在当事人之间的效力））中，本指南建议，在当事人之间有效担保协议设定上的形式要求应当是最低限度的和容易满足的要求（见建议 12-14）。

3. 其次，典型的担保协议还将载列一些用语，对协议在当事人之间生效后当事人享有的权利和义务作出具体规定。其中许多用语述及设保人违约或有担保债权人违反义务所造成的后果。对构成设保人违约的事件和有担保债权人可以用来强制执行担保协议条款的救济手段，通常都会详加阐述。由于强制执行对第三人的权利可能产生重大影响，各国通常会比较详细地规定有关违约和强制执行的一系列强制性规则（见第十章，强制执行）。这些强制性规则通常意在保护设保人和第三人的权利。作为强制性规则，这些规则必然优先于担保协议中就形成冲突的债权人权利和救济办法规定的任何条款，除非设保人在违约后宣布放弃（见建议 129）或有担保债权人在任何时候宣布放弃（见建议 130）。在无冲突的情况下，当事人之间的违约后关系将受担保协议中所述条款管辖。

4. 第三，担保协议通常载有一系列条文，意在规范在设定以后但发生违约以前当事人之间各个方面的关系。担保交易的效率和可预见性通常要求有其他详细的条款来管辖交易进行中涉及的方方面面。许多国家积极鼓励当事人拟定担保协议条款满足自身的需要。然而，如同违约后的权利和义务，这些国家还拟定了有关违约前权利和义务的各种强制性规则（，尤其是在可能影响到第三人权利的情况下）。即便如此，为了使设保人和有担保债权人尽可能灵活地根据具体情况拟定其协议，各国通常将这些有关违约前的强制性规则限定在最低限度范围内。

5. 尽管各国普遍不愿意强行规定有关违约前权利和义务的一整套强制性规则，但各国通常有兴趣向设保人和有担保债权人提供指导。事实上，许多国家或多或少颁布了其他一些如果当事人未在其担保协议中另行规定的即可加以适用的非强制性（或补充性）规则。本章不涉及各国似宜拟订这类非强制性规则的所有情形，所列举的有关违约前权利和义务的非强制性规则只是初步的，并非穷尽，这些规则在各国目前的法律中通常都能找到。

6. 接下来将侧重讨论三个政策性问题。第一个问题在 A.2 节中已详加阐述，该问题涉及当事人意思自治原则和当事人自行拟订其担保协议条款的限度（假设该协议满足了设定担保权的实质性要求和形式要求）。第二个问题在 A.3 节中作了认真探讨，该问题涉及应当规范设保人和有担保债权人违约前权利和义务的强制性规则。第三个问题是 A.4 和 A.5 节讨论的主题，涉及究竟可以把哪类非强制性规则列入现代担保交易法。

7. 对于述及特定类型资产和交易违约前权利和义务的各种强制性规则和非强制性规则，本章 B 节作了认真研究。本章最后一节 C 节提出了一系列建议。

## 2. 当事人意思自治

### (a) 总论

8. 在第二章（适用范围和其他一般性规则）中，本指南申明，当事人意思自治原则是其基本做法的基石之一（见建议 8）。在多数国家，这一原则系一般合同法的一部分，由于担保协议即为合同因此也适用于担保交易法。核心设想是，除非一国另有规定，有担保债权人和设保人应当自行拟订其认为合适的担保协议。虽然当事人意思自治使得信贷供应商在确定担保协议内容上权力很大，但是允许有担保债权人和设保人按照最为符合其目的的方式作出交易安排并划分违约前的彼此权利和义务，预期通常能够使设保人有更多的机会获得担保信贷。

9. 具体到违约前权利和义务，当事人意思自治原则有两个明显不同的方面。第一个方面以国家为对象。虽然国家可以自行颁布强制性规则，规范当事人之间的现有关系，但其数目应当有所限制，范围也应明确指明。第二个方面所针对的是设保人和有担保债权人寻求通过其协议而达到的效果。任何条款，凡是偏离或修改了非强制性规则，或述及一国补充规则未予涉及的问题，便只对当事人本人具有约束力，并且除非合同法一般原则已有规定外，不会影响到第三人的权利。

10. 在担保交易法和其他法律中都能找到以强制性规则为形式对当事人意思自治所作的法定限制。例如，许多国家对消费者交易作了广泛的规定，经常严格限制了有担保债权人和设保人自行拟订违约前权利和义务制度的能力。禁止有担保债权人对作为消费者的设保人变价出售或处分担保资产的权利加以限定的规则即为其中一例。同样，许多国家在涉及“家庭财产”或“社区财产”时对当事人意思自治作了限制。不允许有担保债权人限制设保人使用这类“家庭财产”的规则即为一例（见建议 2, (b)项）。

11. 除了有关特定设保人和特定资产的这些强制性规则外，各国通常会拟订更为一般性的各种强制性规则。在设立担保交易制度的法律中通常都可以找到这些规则，正如已经指出的，这些规则最常涉及的是违约和强制执行。（例如，不得单方面放弃或约定放弃有关强制执行的行为守则）但有些还涉及违约前权利和义务。（例如，由其占有的当事人必须合理照管担保资产，在完全清偿附

担保债务后返还这些资产并撤销任何已登记的通知；见建议 107）后几类强制性规则在本章下一节讨论。

12. 由于当事人意思自治是一条基本的原则，有担保债权人和设保人通常会在担保协议中详细阐述其协议的结构要素。设保人和有担保债权人通常至少会指明协议的六个违约前方面：

- (a) 所将设保的资产和起初未设保的资产以后成为担保资产的条件；
- (b) 协议所规定的将获担保的债务（包括未来债务）；
- (c) 设保人在担保资产上的作为和不作为（包括利用、转用资产，收取资产孳息和收益及处分财产的权利）；
- (d) 在发生违约前债权人可占有担保资产的时间和方式，债权人对其占有的这些担保资产所享有的权利和承担的义务；
- (e) 设保人作出的一系列陈述、担保和承担的义务；以及
- (f) 协议所规定的引起违约的事件（主要是设保人违约，但也包括有担保债权人违约）。

13. 应当在当事人意思自治和担保协议所述其惯常范围的背景下来理解下文概述的各种强制性规则和非强制性规则。

#### **(b) 当事人权利和义务的来源**

14. 正如已经指出的，有关当事人违约前权利和义务的多数强制性规则和非强制性规则均涉及在设保人和有担保债权人之间如何分配所有权的特权和责任问题。按照当事人意思自治原则和在不违反任何适当限制的前提下（见上文第 9-11 段），多数国家采取的立场是，应当由当事人自行确定相互的违约前权利和义务。因此，确定这些权利和义务的来源十分重要。

15. 原则上应当按照当事人已列入其协议的具体条款和条件来确定这些权利和义务，其中还将包括当事人以参引方式纳入其协议的任何一般条件。此外，多数国家均在其国内法中规定，由于担保协议可能是指在特定行业或领域所普遍存在的当事人之间的经常性关系，因此当事人应当受其所约定的任何习惯做法的约束。最后，除非当事人另有约定，当事人在履行其协议时应当受相互之间所确定的任何惯例的约束。本指南所认可的观点是，当事人之间的约定连同其所约定的任何习惯做法均为其相互权利和义务的主要来源，若无相反约定的话，还可包括其自行确定的惯例（见建议 106）。

### **3. 有关违约前的强制性规则**

#### **(a) 一般规则**

16. 在担保交易法和其他法律中都可以找到有关当事人违约前权利和义务的强制性规则。这些规则通常分为三大类。其中一类规则通常是由国家在保护消费

者的法律或有关家庭财产的法律中颁布，这些规则都有着十分特定的范围和适用性。本指南承认，各国可能十分重视这些事项（见建议 2，(b)项）。但是，为了从担保交易制度中获取最大的经济惠益，对当事人享有的使违约前权利与义务配合其需要和期望的自由，各国应当明确规定限制范围。

17. 有关违约前的其他强制性规则侧重于当事人可列入其协议的实质内容。通常把这些规则理解为是对有担保债权人权利的一般性限制，不论设保人究竟是消费者还是企业都将予以适用，各国在这些规则上的差异很大。例如，有些国家对破产案件中的无担保债权人订有例外规定，但这些例外通常极为有限。设保人使用或转化担保资产只要是符合这些资产的性质和目的的，有些国家即不允许债权人限制设保人的这些权利。有些国家不允许有担保债权人使用由其占有的担保资产所产生的孳息和收入，也不允许将之用于折抵附担保债务。

18. 由于本指南重视当事人意思自治原则，因此其采取的立场是，各国通常不应颁布有关违约前的强制性规则，对有担保债权人和设保人可能互有需要的债务数目或性质作出限定。不过上文所持的关切通常的确存在。根据本国国民经济或设置担保权的商业企业的特殊性，各国或许认为有必要对有担保债权人和设保人之间违约前关系作出更为严格的规定。但如果这些国家作出此种规定的话，这些强制性规则就应当(a)采用措词明确的表述方法；(b)行文措词准确并具限定性，而不是开放式的；及(c)与违约后方面的类似规则相同，必须以诚信、公平交易和商业合理性等公共政策（公共秩序）方面的公认理由为依据（见建议 127 和 128）。

19. 第三类违约前强制性规则的目的是确保担保交易制度的基本目的不被歪曲。各国通常会利用这类强制性规则，对占有或控制担保资产的当事人规定最为基本的义务。因此，举例说，由于担保的目的是规定债权人享有在发生违约时以变价出售担保资产产生的金钱优先求偿的权利，因此根据这一目的，设保人有义务不挥霍或不以其他方式听任担保资产的耗损超出正常使用所能预期的损耗，从而为有担保债权人保全资产的经济价值。

20. 拟订一些规则，要求设保人，并且有担保债权人占有担保资产的话，也要求有担保债权人合理照管担保资产，并且还拟订一些意在保全担保资产的更为一般的规则，其目的都是为了鼓励当事人对担保协议采取负责任的行为。但这类类型的强制性规则所产生的影响，不同于保护消费者的规则或规定担保协议实质内容的强制性规则。后几类强制性规则本身就构成了担保权，在谈判协议时或在谈判以后，都不得加以放弃。

21. 同样，当事人不得协议减损规定其一般违约前权利和义务的强制性规则。例如，各国通常不允许当事人约定逃避其合理照管担保资产的义务。但这并不总能够阻止当事人在违反义务的事实发生后放弃承担责任。许多国家规定，有担保债权人后可以解除设保人所承担的违约前义务或者可以免除设保人对违反义务的任何情形（包括强制性规则规定的义务）所承担的责任。相形之下，考虑到有担保债权人和设保人通常有着密切的接触，同样在这些国家中，有许多国家还规定，不应允许设保人在违约以前免除强制性规则对有担保债权人规定的任何义务。

22. 本指南建议的有关违约前的强制性规则有着一些专门的政策性目标，这些目标符合被界定为有效和高效率担保交易制度关键原则的目标（见建议 1）。这些强制性规则载述的违约前权利和义务：**(a)**鼓励占有人保全担保资产；及**(b)**确保债务偿付之后，设保人重新获得对以前设保的资产的充分使用和享有。

23. 本指南第十一章（购货融资权）规定，有些国家可选择保全保留所有权做法和融资租赁交易，以此作为独立的购货融资手段。在这些情形下，出卖人或出租人的权利不属于担保权，而是在售货情况下直至购货款完全付清之前，出卖人有权对该资产主张其所有权；在融资租赁情况下，在整个交易存续期间，出租人有权对该资产主张其所有权（关于“担保权”、“购置担保权”、“保留所有权的权利”和“融资租赁权”等用语的定义，见导言，B 节，术语）。为此原因，即便交易的基本经济目标与普通购置担保权的目标相同，还仍然必须使用略有不同的措词来拟订各有关当事人（保留所有权的出卖人和享有占有权但是仅拥有预期所有权的买受人；身为所有权人的出租人和只享有占有权和使用权的承租人）违约前权利和义务的强制性规则。对这些必要修订的讨论见第十一章 A.8 节。

#### **(b) 保全担保资产的义务**

24. 担保资产是确保偿付担保债务而对债权人的主要保证之一，也是在偿付贷款或信贷之后设保人通常期望并意图继续自由使用的资产。出于这些原因，保全担保资产是有担保债权人和设保人的利益所在。

25. 担保资产占有人通常最能确保该资产得以保全。正是出于这个原因，各国通常规定，该当事人承担合理照管担保资产的义务。非名义占有人照管担保资产最为有利的情形纯属例外，而且所涉及的资产几乎总是为无形资产。考虑到目的是确保公平分配照管担保资产的责任，鼓励当事人保全这些资产，因此，资产的占有人究竟是设保人还是有担保债权人关系不大。无论由谁占有，都应给占有人规定相同的保全担保资产的强制性义务。

26. 该义务的具体内容视担保资产的性质而可能差别巨大。对于有形资产，该义务首先是指资产的实物保全（关于“有形资产”和“无形资产”的定义，见导言，B 节，术语）。凡涉及到无生命的有形资产，通常就应当规定，有义务保证资产处于良好养护状态，不得将其用于非正常用途。举例说，如果担保资产是一台机器，就不得任其遭到雨淋。此外，占有和使用该机器的当事人必须对机器进行定期维护。同样，将客车用作担保的，获得使用授权的占有人就不得出于商业目的而把客车用作轻型卡车。

27. 担保资产为库存品的，保全义务可能要求库存品占有人采取其他责任更多的行动。库存品不同于设备，经常处在陈列状态中，容易遭受盗窃。因此，设保人（即最有可能占有库存品的当事人）必须提供必要的保障以防“缩减”，并且必须适当陈列库存品以避免出现破损，或加以储存以防变质。举例说，库存品中有昂贵的电子设备或特别容易损坏的玻璃制品的，可能就必须将其保存在加锁的箱柜中；如果库存品中有易腐食品，占有人就必须将担保资产储存在冷藏设备中。

28. 对于动物等活体有形资产，应当设定类似的义务。只是保证动物的存活是不够的。占有人必须确保给该动物正常喂食并保证其处于良好的健康状态（例如，得到适当的兽医照料）。为了使该动物继续处于良好状况而必须向其提供特别服务的（例如，给参加比赛的马匹提供适当的运动，给奶牛定期挤奶），照管义务延及提供这些服务。最后，如同对待设备的做法，该义务还意味着，不得将动物用于非正常目的。因此，不得将价值在于配种的优质公牛用作负重的牲畜。

29. 担保资产包括体现为可转让票据的付款权的，所涉义务当然就包括实际保全该单证。但对于这种情形，照管义务将包括采取必要步骤，保持或保全设保人对受可转让票据约束的前手当事人的权利（例如，出示票据，按照法律规定提出抗议，发出拒绝承兑通知）。可转让票据占有人还有义务采取针对票据所规定的附属责任人（保证人等）的步骤以避免丧失票据本身对抗前手当事人的权利。有形资产为可转让单证的，占有人也必须按实物保全该单证。此外，单证有时限的，单证占有人必须在其失效以前出示，以便对单证所涉资产提出占有实物的主张。

30. 担保资产为无体物的，从占有人的角度确定合理照管义务的难度较大。无形资产经常只是合同约定的受付款。下文 B 节就这类情形下保全义务的性质展开讨论。担保资产是银行账户贷记款受付款、知识产权或独立保证下的收益权的，在有关这种特定形式资产的特别法规中，各国通常对交易当事人各自的权利和义务作出规定。

31. 在确定占有人究竟在多大程度上负有保全担保资产的义务上，各国根据利得对如何最能确保公平分配保全担保资产的责任作出判断。所涉主要政策问题是，避免给占有人施加不应有的负担，尤其是当占有人是有担保债权人而非设保人的情况时。根据上述考虑，本指南建议各国颁布违约前强制性一般规则，规定占有人有义务采取合理谨慎措施，保全担保资产（见建议 107）。

### (c) 保全担保资产价值的义务

32. 在许多情况下，保全担保资产实物还将要求保持其价值不变。但有时还必须采取其他步骤。下文 A.5 节讨论了无形资产的特例。关于有形资产，各国通常会对设保人的债务和有担保债权人的债务作出区分。由于担保资产是有担保债权人获得付款的一种保证，设保人通常必须采取积极行动，除了承担保全担保资产实物的义务外，还必须保证担保资产的价值不变。例如，设保人可能需要安装计算机升级软件，或按照召回令将设备返还经销商检修。同样，在确定设保人究竟在多大程度上承担该义务时，各国也必须比照所规定的责任权衡利得。

33. 各国就保全担保资产的价值对有担保债权人规定任何义务的情况极为少见。其所持的理由是，如果规定一项义务需要有担保债权人承担严密监管担保资产的繁重责任，该资产就不再具有任何担保价值，从而对设保人不利。例如，不应当要求有担保债权人采取任何步骤保持商标的市场价值或进行投资分析以便保持证券组合计划的价值。无论如何，担保资产保持其价值不变始终对

设保人有利，当事人通常规定，设保人不妨向占有担保资产的有担保债权人指明为在这类情形下保全价值而必须采取的步骤。为此而花费的任何金钱通常或是由设保人预先支付，或是添加到附担保债务中去。

34. 由于当事人通常会在其担保协议中就旨在保全担保资产价值的其他义务作出规定，各国通常不会颁布一条强制性规则，向设保人或向有担保债权人直接规定这类义务。按照这一普遍趋势，本指南并不建议各国颁布一条违约前强制性规则，要求占有担保资产的当事人保全违约前担保资产的价值。

**(d) 返还担保资产和撤销已登记的通知的义务**

35. 担保权的主要目的是提高清偿附担保债务的可能性，所采用的方式要么是促使设保人向有担保债权人偿还附担保债务，要么是将担保资产的价值用以折抵附担保债务。担保权既不是侵夺设保人剩余价值的一种手段，也不是将担保资产变相转移给有担保债权人的一种形式。大多数国家颁布了强制性规则，以规范在全额偿付担保债务和所有贷款承诺终止以后有担保债权人所负有的义务。这些义务分为两类。有些义务涉及的是，有担保债权人在附担保债务获得清偿时处于对资产占有中的，须将担保资产返还设保人；还有一些义务涉及采取步骤，确保设保人得以享有其对担保资产的权利，解除从前因存在所设担保权而不能加以动用的局限。

36. 本指南设想，有担保债权人在多数情况下可以采取占有担保资产的方式而使其权利有效对抗第三人（见建议 36）。此外，即便债权人采用登记通知方法而不是占有的方式来实现对第三人的效力，根据当事人意思自治的原则，设保人仍然可以允许有担保债权人占有担保资产。这种允许既可在设定担保权时也可在其后某一时间给予。若属于后一种情形，即使根据担保协议，设保人也不一定是违约。但不管是如何发生的，有担保债权人的占有均以当事人之间的约定为依据，并且与该约定的具体目的有关。

37. 由于担保权的目的是确保债务的履行，一旦履行了债务，设保人就能够要么重新占有担保资产，要么不受限制地动用这些资产，或者两者兼而有之。正是出于这个原因，许多国家规定，有担保债权人承担在附担保债务获得全额偿付（和所有信贷承诺终止）之后将担保资产返还设保人的正式义务。在这些国家，债权人有责任交付担保资产，而不是设保人有责任请求收回或取走这些资产。在另一些国家，有担保债权人没有交付的义务，而只需要允许设保人收回原来的担保资产。如果掌握有形资产的第三人最初为设保人占有该资产而在设定担保权之后又代表有担保债权人持有该资产，许多国家则要求有担保债权人向占有人表明附担保债务业已偿付，而占有人再次完全为设保人持有该资产。许多国家规定了类似的义务，这些国家要求有担保债权人和接受存款的机构订立控制权协议（关于“控制权”这一用语的定义见导言，B 节，术语），在这些国家，有担保债权人通常有义务明确通报存款机构，控制权协议已不再有效。这些不同的要求均意在落实一旦全额偿付担保债务和所有信贷承诺终止后设保人即享有自由使用担保资产的权利。

38. 有些国家认为，债权人还必须采取积极步骤，确保设保人与在设定担保权之前享有的地位相同。如果是无形资产的话，则要求向任何作为第三人的债务人（例如，应收款的债务人）发送一份通知，表明附担保债务已经全额偿付，设保人再度有权收取债务的偿付款）。更为广泛的做法是，有些国家规定有担保债权人有权停止将担保资产用作担保权，如果通过办理登记实现对第三人的效力，则应采取步骤在相关登记处的记录中取消有关该担保权的通知的效力。因此，举例说，如果不是在经过较短的一段时间后自动从登记处中删除登记的，许多国家即规定债权人有权要求取消该登记。同样，如果担保权成为所有权证书上通知的标的，有些国家规定有担保债权人有权采取步骤确保删除所有权证书上的通知。这些要求有一个统一的主题，这就是，有担保债权人应当采取步骤，删除其以前所享有的权利中可能导致第三人认为设保人的资产仍然有可能受限于其担保权的任何形式上的证据。

39. 本指南建议拟订强制性规则以规范偿付担保债务后当事人之间的关系，基本上就是出于上述考虑的。强制性规则的主要目的是，明确设保人恢复对原先设保的资产的完全使用和享有，在涉及第三人的交易中，能够有效地处置这些资产，解除因已不复存在的担保权而不能加以动用的局限（见建议 68 和 108）。

#### 4. 有关违约前的非强制性规则

40. 除了有关当事人违约前权利和义务的各种强制性规则外，大多数国家拟订了篇幅长短不一的清单，列举了处理其他违约前问题的各种非强制性规则。各国用于指出“在不违反当事人之间相反约定的情况下”的这些非强制性规则的措词（例如，*jus dispositivum*, *lois supplétives*, *normas supletorias*, 补充规则，缺省规则）各不相同。但这些规则有着共同的特征：这些规则均意在作为担保协议补充条款自动适用，除非有证据表明当事人意图排除或修改这些规则。

41. 各国为支持非强制性规则的想法提出了各种政策依据。有些国家使用非强制性规则来保护较弱的当事人，认为非强制性规则是较强的当事人据以力图谈判替代合同条文的底线。另有一些国家将其视为纯粹反映协议条款的规则，双方当事人若转而注意特定问题的话，就必然通过谈判而已达成这样的协议。本指南采取的立场是，非强制性规则的根本理由是，可以将这些规则用于促进与担保交易制度的逻辑相符的政策性目标。以这一根本理由为依据的非强制性规则很多，不难找到这方面的实例。许多国家的法律规定，除非当事人另有约定，设保人可以把因担保资产的灭失或损坏而获得的任何保险收益存放在受有担保债权人控制的存款账户；而且，许多国家的法律还规定，除非当事人另有约定，有担保债权人在担保协议有效期间可以保留从担保资产获取的收益，以此作为附加的担保资产。因此，在发生违约时，可以把这些收入用于支付担保债务。鉴于该一般性目标，至少有四个理由可以说明，各国或许会选择拟订一套非强制性规则。

42. 首先，通过拟订一套非强制性规则，有担保债权人和设保人可以按照其有可能约定的方式分配各自的权利和义务，根据担保交易制度的基本目的，这套制

度将有助于减少交易费用，使双方当事人不必通过谈判起草已经为这些规则适当涵盖的新条文。此处，非强制性规则成为默示或缺省条款（即在无相反约定的情况下可以适用的条款），担保协议没有相反意图表示的话，则可被视为该协议的一部分。以下规则即为默示条款的一个实例：允许占有担保资产的有担保债权人获取该资产产生的任何收益，并将其直接用于偿付担保债务。

43. 第二，即便见识超群、经验丰富的当事人也无法完全预见未来。不管协议订得如何仔细，都仍然会出现一些无法预料的情况。为避免在出现这些情况时必须通过司法裁决或仲裁裁定来填补协议中的这些空白，减少潜在的纠纷，各国通常规定了一些基本的特征定性规则。这些非强制性规则引导当事人注意其他一些更为一般的法律原则，可以利用这些原则指导解决无法预料的问题。这类规则的一个实例为，规定担保权的设保人仍然是被用作担保的实体权（不论是所有权、次级财产权还是对人权）持有人。因此，在处理任何无法预料的特定事件时，双方当事人可以首先依照以下原则行事：未明确分配给有担保债权人的任何权利都将仍然归设保人行使。

44. 第三，在违约发生以前就对双方当事人的权利和义务作出较为全面的法律阐述，将提高效率和可预见性，因为能够使双方当事人注意在谈判其协议时应当认真考虑的问题。拟订当事人可选择退出的一系列缺省规则，以此作为起草协议的辅助手段，可据此核对在最后商定担保协议时可能涉及的若干问题。即便双方当事人为更好地实现其目的而决定修改既有非强制性规则，通过认真注意也能确保这些问题得到考虑，而不至于在无意中被搁置一边。

45. 最后，通过非强制性规则可以最为有效地实施当事人意思自治原则。在当事人无法预见任何意外情况的长期交易中，这一优点尤其明显。这类规则为灵活应用提供了方便，减少了履约费用。举例说，将协议视作本身已然完备的协议，要求双方当事人把随后对该协议所作的一切修改和修订均以正式形式固定下来，只会增加设保人的交易费用。由于这些规则为非强制性的规则，当事人总是能够通过具体合同条文来排除适用这些规则，例如拟订一则条款，规定书面文件载列当事人的整个协议，不允许作任何口头修改。

46. 许多国家的法律制度（例如，加拿大《魁北克民法典》第 2736-2742 条，《美国统一商法典》第 9-207 条至第 9-210 条）、促进区域示范法的各组织（例如，欧洲复兴开发银行《担保交易示范法》第 15 条、美洲国家组织《美洲国家间担保交易示范法》第 33 条）和涉及国际销售的国际公约（例如，《联合国销售公约》第 6 条）<sup>1</sup>或移动财产担保交易的某些方面（例如，《联合国转让公约》第 11 条第 1 款和国际统一私法协会（统法协会）《国际移动设备利益公约》第 15 条）均广泛承认允许双方当事人在一套非强制性规则的帮助下界定其关系的优点。

<sup>1</sup> 联合国出版物，出售品编号：E.95.V.12。

## 5. 关于违约前的典型非强制性规则

### (a) 一般性规则

47. 本章不涉及各国似宜拟订非强制性规则的所有情形。举例说，本章不涉及针对实现担保权所需条款外的附加条款而可以拟订的任何非强制性规则（例如，担保协议中可能超出设定所必需的最为基本的内容）。这方面的非强制性规则起着不同的作用，因此，其可取性、范围和内容将受不同的政策性考虑支配。此外，出于同样的原因，本章对意在规范当事人违约后权利与义务的非强制性规则不作考虑。这些非强制性规则在第十章（强制执行）中论及。

48. 本节讨论的非强制性规则是针对当事人的违约前权利与义务的规则。由于非强制性规则通常反映了具体国家的需求、做法和政策，因此在其具体构成上区别很大。但是在各国当代法律中，通常仍然能够找到一些非强制性核心规则。这些规则通常分为两大类：关于占有担保资产的有担保债权人权利和义务强制性规则的补充规则，以及详述设保人所保有的权利而不论由谁占有的规则。

49. 如同强制性规则，这些非强制性规则的用意是，鼓励控制和保管担保资产的人采取负责任的行为。因此，各国通常按照担保资产的占有人究竟是有担保债权人还是设保人来安排担保资产。但是不论担保方究竟是有担保债权人还是设保人，某些违约前非强制性规则预计都将予以适用。对于这三种情形将逐一进行审议。

### (b) 由有担保债权人占有的非强制性规则

50. 正如已经指出的，大多数国家都订立了强制性规则，要求占有担保物的有担保债权人合理照管、保全和保存其所占有下的担保资产。在有担保债权人有权使用担保资产的情况下，通常其还有义务进行所有必要的维修，以使担保资产处于良好的工作状态。对这些强制性规则的基本内容已进行过讨论。此外，有些国家颁布了一系列非强制性规则，指明了债权人照管其所占有下的担保资产的进一步义务，尤其是如果担保资产产生了法定孳息和天然孳息，或者属于创收资产的话。以下各段述及这类更为普通的非强制性规则。

51. 关于照管和保全的基本义务，许多国家明确要求，有担保债权人必须保证有形担保资产可以明确辨认。担保资产为可替代资产并且混合于同一性质的其他资产的，该义务即转为有义务保证有足够数量的与原始担保资产质量相同的资产。此外，为维护资产而需要采取的行动超出债权人个人能力的，各国通常要求债权人通知设保人，在必要时允许设保人临时占有担保资产，以维修、照管或保全该资产或其价值。

52. 担保资产为体现设保人受付款的票据的，有担保债权人的照管义务并不限于按实物保全该票据。许多国家规定占有可转让票据的有担保债权人有义务采取必要步骤，对抗在可转让票据下承担附属责任者（例如担保人），以免丧

失票据本身对抗前手当事人的权利。这些国家通常还规定设保人或有担保债权人均可提出强制执行付款义务的诉讼。

53. 从有担保债权人义务照管担保资产推出的另一条非强制性规则是，有担保债权人对资产保值所必须承担的合理费用有权获得偿还，并将这些费用加在附担保债务中。此外，许多国家允许有担保债权人合理使用或经营担保资产（见建议 109(b)项）。作为该权利的一种附带结果，有担保债权人必须允许设保人在任何合理时间内检查担保资产，对资产超出正常使用范围造成的任何耗损承担损害赔偿责任（建议 109(c)项）。

54. 由于由有担保债权人占有担保物，因此其通常最有能力收取金钱收益（收入或法定孳息）或来自于担保资产的非金钱收益（天然孳息也列入收益这一术语的定义中，见导言，B 节，术语）。为此原因，各国一般会颁布一条非强制性规则，规定金钱收益和非金钱收益均由占有担保物的有担保债权人收取。对于担保财产产生的天然孳息（例如，一群奶牛产出的奶、鸡生出的蛋、羊长出的毛），设保人通常能够争取到最好的价格。因此，各国通常还规定，在有担保债权人占有牲畜这一十分罕见的情形下，有担保债权人应当将这些孳息转交设保人处分。对于孳息涉及动物自然增加等情况，也可拟订一条共同的非强制性规则，规定这类产物自动成为担保品，由债权人在与母体相同的条件下持有。

55. 收益为金钱收益的，规定债权人在收取后有义务将这些收益转交设保人则通常意义不大。非强制性规则通常规定，有担保债权人既可将现金收益用于偿还附担保债务，也可将其存入单独账户，作为附加的担保。不论收到的金钱究竟是利息、混合支付的利息和资本还是股息，该原则都将适用。有些国家甚至向债权人提供选择，其中或者出卖作为股息持有的追加股票（出卖的收益视同现金股息计算），或者作为追加担保资产持有该股票（如同动物出生的幼崽）。但有担保债权人和设保人通常还在担保协议中约定，只要设保人根据担保协议未违约的话，设保人即可保留股息（不论其形式是现金还是股票）。

56. 在关于有担保债权人有权处分由其占有的担保资产的非强制性规则上区别很大。有些国家规定，有担保债权人可以转让附担保债务和担保权。这就是说，债权人实际上可以将担保资产的占有权转给其接着进一步转让附担保债务的相对人。有些国家还规定，有担保债权人可以对担保资产设定担保权，以此作为对本人债务的担保（“担保资产的再抵押”），只要设保人在偿付担保债务后获取资产的权利不受损害。这些再抵押协议通常局限于股票、债券和证券账户中的其他票据，可是在有些国家，债权人可以把钻石、贵金属和工艺品作为有形资产转抵押。与此相反，许多国家禁止占有担保物的有担保债权人将担保资产再抵押，即便再抵押的条件并没有损害设保人在履行担保债务后追偿其资产的权利。

57. 通常是在对资产享有所有权而不是占有资产之后，才存在资产灭失或损耗的风险。不过许多国家仍然规定，有担保债权人占有的担保资产发生毁损或遭受非正常损耗的，可推定有担保债权人犯有过失，必须赔偿损失。可是同一条非强制性规则通常还规定，债权人能够证明其对灭失或损耗没有过失的，则不

承担赔偿责任。由于确保担保资产的价值得以保持始终符合有担保债权人的利益，许多国家规定，债权人享有可保权益。有担保债权人因而对灭失或损害投保的，无论灭失或损害由何种原因造成，有担保债权人均可把保险费加在担保债务中。

58. 最后这条规则，作为一则特例，体现了一条更广泛的原则，许多国家将这条原则作为非强制性规则颁布，本指南对这种做法表示赞许。对于有担保债权人在履行其合理照管担保资产的托管义务时承担的合理费用，应当由设保人支付，并自动加在附担保债务中（见建议 109，(a)项）。纳税款、维修费、储存费和保险费即为这类合理费用的几个实例，这些费用最终均由设保人承担。

**(c) 设保人占有担保物情况下的非强制性规则**

59. 高效和有效担保交易制度的一个关键政策目标是，鼓励仍然占有担保资产的设保人采取负责任的行为。避免采取使担保资产的价值低于正常使用所致损耗的价值符合这一目标。因此，对于占有担保物的设保人，多数国家规定与占有担保物的有担保债权人相同的照管和保全义务。设保人的照管义务包括对担保资产适当投保和及时缴纳税款。如果有担保债权人支出这些费用，则即使仍然由设保人占有，有担保债权人仍有权要求由设保人支付，并将这些费用加在附担保债务中。

60. 但是，除了这些强制性规则外，许多国家还颁布了设保人占有担保物的非强制性规则，其目标在于最大限度地发挥担保资产的经济潜力。尤其把鼓励设保人使用和利用担保资产视作为有利于创造收益和偿付担保债务的一种方式。出于这个原因，各国通常规定，除非另有约定，占有担保物的设保人并不仅仅因为设定了担保权而放弃所有权的一般特权（用益权、孳息占用权和处分权）。这就是说，在正常情况下，设保人有权以合理方式，按照担保资产的性质和用途以及担保协议所述当事人的目的，使用、租赁和处理担保资产并将其混合于其他资产。在这种情形下，有担保债权人应当有权监督占有担保物的设保人保存、使用和担保资产状况，在一切合理的时间内检查该资产（见建议 108，(c)项）。

61. 担保资产系设保人占有的创收财产的，在担保人的担保权及于资产创造的收入或收益限度内，设保人的义务可以包括保管担保资产收益处分和处理情况的适当记录，并将其合理入账。设保人对于无形资产（例如，银行账户贷记款受付款、专利、版权商标许可使用费）的具体义务，特别是设保人对于以应收款为形式的受付款，将在下一节讨论。

62. 许多国家目前均订有一条非强制性规则，防止孳息和收入（相对于严格意义上的处分后而得到的收益）根据担保协议自动成为再担保物。这样做的政策目标是，通过将这些新资产与现有担保隔离而向设保人提供获得追加融资的机会。另有一些国家拟订了缺省规则，目的是将孳息和收益自动用作担保而归于最初的担保权下。此处的政策目标是，当事人通常期望并打算将孳息和收益用作担保，非强制性规则应当反映这些正常的期望。无论如何，由于该规则始终

作为替补规则颁布，所以当事人在谈判担保之时或其后任何时候希望把孳息和收益排除在外的，尽可如此办理。

63. 本指南有关设定的第四章（见建议 18）规定，担保权及于担保资产产生的所有收益。也就是说，除非另有约定，担保资产系担保人占有的，由担保资产产生的任何资产都将自动归于担保权下，而不论这些增加的资产究竟被视为法定或天然孳息，还是收益（严格意义上的收益）。在孳息为实物孳息（例如，动物数目的增加、股息）的限度内，设保人可以按照最初设定为担保资产时的相同条款和条件，对其加以使用和利用。孳息为牛奶、鸡蛋和羊毛等农产品的，大多数国家均规定，设保人可以出售这些农产品，而有担保债权人的权利延及在处分后实收的收益。法定孳息为收入的（例如，租赁财产所得租金、资金出借所获利息），只要仍然可以识别，担保权就应当及于这些孳息。但作为一条通则，占有担保资产的设保人不仅可以收取孳息和收入，还可以在正常经营过程中处分孳息，而不附带担保权（据认为由此产生将可成为担保资产的收益）。

64. 保全担保资产的义务通常意味着占有担保物的设保人对资产的灭失或损耗负责，而不论究竟是因为其过失还是偶然事件造成。也就是说，相比之下，占有担保物的有担保债权人并不因为偶然事件造成的灭失或损耗而对设保人负责，而设保人则对各种原因造成的灭失负责，因而根据协议设保人属于违约。

65. 未经有担保债权人授权，设保人原则上无权处分担保资产。设保人对担保资产进行处分的，买受人取得该资产，但附带担保权（见建议 75）。但是作为例外，担保资产为库存品或消费品并且在出卖人正常经营过程中出卖的，设保人可以对其进行处分，而不附带担保权（见建议 77）。尽管有对处分的这一限制，由于设保人通常将保留对担保资产的充分使用，绝大多数国家均颁布了非强制性规则，授权设保人可将已经担保的资产、这些资产产生的孳息和收入及其处分的收益用作抵押而设定更多的担保权。本指南的建议与这种做法相一致。此外，设保人无权设置追加担保权并不影响有效设定这类权利，即使这样做根据担保协议构成违约。

#### (d) 无论是谁占有担保物情况下的非强制性规则

66. 鉴于有担保债权人和设保人占有担保资产，因此明确赋予了他们一些权利并给他们具体规定了一些义务，除了这些权利和义务外，许多国家还颁布了同时针对有担保债权人占有下的担保（占有式担保）和设保人占有下的担保（非占有式担保）情形的一些非强制性规则。所常见的这两类规则中，一类侧重于设保人的义务，另一类侧重于有担保债权人的权利。

67. 第一类规则来自于占有担保物的当事人应保证担保资产价值不变的想法。如果担保资产的价值大幅度减少，即使其原因与占有担保物的当事人失察无关，有些国家也规定设保人必须提供额外担保（或额外资产）以补偿无法预见的价值减少。此外，这一规则通常延及担保资产由于自然磨损或市场状况而发生的正常贬值，只要这类贬值达到担保资产初始价值的一定百分比。但当事人

在其协议中通常将订有附加条款，详细规定担保资产发生急剧跌价时设保人必须提供更多资产作保的条件。

68. 第二类共同的非强制性规则涉及有担保债权人转让担保债务及其相关担保权的权利。如果没有相反的约定，有担保债权人可以随意转让担保债务和附带的担保权（例如，见《联合国转让公约》第 10 条和建议 24）。有些国家甚至规定，即使合同对转让作了限制，有担保债权人仍可进行这类转让（见《联合国转让公约》第 9 条第 1 款和建议 23）。有担保债权人占有担保资产的，这种转让也就意味着，有担保债权人还可将占有权转让给新的有担保债权人。但如果设保人与许让这类安排的原始有担保债权人（转让人）没有相反的具体约定，则在这两种情形中，对于担保资产，附担保债务的受让人所获得的权利或所主张的特权均不得大于转让人主张的权利。

## B. 特定资产说明

69. 有关当事人违约前权利和义务的强制性规则和非强制性规则均涉及设保人和有担保债权人如何分配有关所有权的特权和责任，其中最为重要的是：(a) 义务（总是规定担保资产占有人必须负责照管、维护和保全担保资产）；(b) 使用、转化、混合和加工担保资产的权利；(c) 收取担保资产产生的孳息、收入和收益并将其归己使用的权利；及(d) 在某些国家抵押、再抵押或处分担保资产的权利，而不论是否附带担保权。

70. 这些规则通常所设想的是涉及有形资产的情形。但是在第三章（担保的基本做法）中，本指南注意到无形资产的重要性，特别是受付款作为设保人可以用作担保的资产的重要性。尽管把某些类型的无形资产（例如，证券和融资合同下的受付款，见建议 4，(c)和(d)项）排除在本指南的范围以外，但列入了其他许多类型的无形资产：特别是，合同约定或没有约定的应收款、银行账户贷记款受付款和收取独立保证下的收益的权利（见建议 2，(a)项）。

71. 对受付款设定担保权必然涉及设保人和有担保债权人以外的其他当事人，其中最为明显的是应收款债务人。由于担保资产属于第三人欠设保人的债务，各国必须订立详细规则，规范当事人之间以及当事人和第三人之间的三方关系。这些规则涉及当事人和第三人的权利与义务，而不论受付款究竟是有形资产（例如，可转让票据或可转让单证）下的权利还是无形资产（例如，应收款、银行账户贷记款受付款、独立保证下的收益）下的权利。涉及设保人和有担保债权人与债务人（本指南称之为第三方债务人）之间债务关系的绝大多数规则都是强制性规则，但也有一些是非强制性规则。有关第三方债务人的权利和义务将在第九章中详细讨论。

72. 本节侧重于转让人（设保人）和受让人（有担保债权人）（关于“转让人”和“受让人”这些术语的定义，见导言，B 节，术语）之间有关违约前的权利和义务。如同对待有形资产的做法，绝大多数国家采取的立场是，应当由当事人本人来决定彼此违约前的权利和义务（见建议 106）。因此，有关这些权利和义务的绝大多数规则都是非强制性规则。但是鉴于这些规则对第三人可能

产生的影响，各国通常采取强制性规则和非强制性规则并存的做法。《联合国转让公约》第 11-14 条即为对应收款的国际转让采取这种做法的一个良好范例。

73 在转让人和受让人之间协议最为重要的部分中，有些部分涉及转让人对受让人所代表的含义。通常情况下的推定是：(a)转让人有权转让应收款；(b)应收款以前没有被转让过；及(c)应收款债务人未提出任何抗辩，也不享有可以对抗转让人的抵销权。换言之，转让人对其中任何事项存有疑虑的，必须在协议中明确提及，或必须明确申明在这些事项方面，转让人对有担保债权人不代表任何含义。无论如何，如同设保人在有形资产方面的违约前义务，转让人必须采取一切必要的合理步骤，保全其收取应收款的法定权利。另一方面，除非转让人另有具体保证，否则即可推定转让人没有保证应收款的债务人具有付款的实际能力。绝大多数国家均在本国法律中使用非强制性规则的形式陈述了这些义务，本指南也提出了类似的建议（见建议 110）。

74. 由于被转让应收款的价值在于应收款债务人的付款，并且由于该债务人只有在实际知悉受让人权利的情况下才有义务向受让人付款（见建议 114 和 115），因此受让人必须最大限度地提高其设法使债务人了解转让的能力。为此原因，多数国家规定，转让人或受让人都可以通知债务人和发出如何付款的指示。尽管如此，为了避免发出相互抵触的指示，这些国家通常还规定，一旦发出了转让通知，只有受让人可以就付款的方式和地点向债务人发出指示。本指南也采取了将应收款通知债务人这一已成惯例的基本做法（见建议 111）。

75. 当然在有些情况下，转让人和受让人（或只是其中一方）并不愿意应收款债务人知悉转让。之所以不愿意，可能与设保人业务的具体特征或总体经济状况有关。出于这种原因，各国通常规定，转让人和受让人可以约定，将已经发生过转让的事实推迟一段时间以后再通知应收款债务人。在发出此种通知以前，应收款债务人将继续按照相互间的原始约定或其后的任何付款指示向转让人付款。一方当事人（通常是受让人）违反不予通知的义务的，应收款债务人不应由此受到损害。债务人此后可以按照收到的指示付款，然后有权就已支付的款额获得相应债务的解除（见建议 115）。即使如此，许多国家也仍然规定，除非转让人和受让人另有约定，此种违反不予通知的义务可能造成对由此产生的任何损害承担的赔偿责任。本指南建议，向应收款债务人发出转让通知事宜应当遵守这些一般性原则（见建议 111）。

76. 由于受付款是担保的实际标的，所以必须指明应收款债务人的任何付款（不论是向转让人还是向受让人付款）对转让人和受让人各自权利的影响。许多国家颁布了非强制性规则，对实际上可能没有按照转让人或受让人的意图进行善意付款作出规定。之所以有时出现这种情况是因为应收款债务人收到了相互抵触的付款指示，或虽然获悉转让但并未实际收到正式通知。

77. 这些规则通常处理两种情形。第一种情形是，即使没有向应收款债务人发出转让通知，受让人仍有可能实际获得支付或收到付款。考虑到以应收款作保的担保权的目的是，更为有效的做法是，受让人有权保留支付款并将其用于折抵转让人的债务。同样，如果是在发生转让以后向转让人付款的话，则不论应收款债务人是否收到了通知，都应当要求转让人将收到的支付款汇给受让人。同

样，一旦发出了通知，在将某些有形资产返还转让人属部分付款义务的情况下，各国通常规定，应当把这类资产交给受让人。举例说，如果应收款债务人的部分付款义务意味着将可转让票据转给转让人，则一旦收到通知即应将可转让票据转给受让人。本指南建议采用这套做法管辖方向错误的支付款（见建议 112, (a)项）。对所有这些情形，许多国家通过的规则当然都是非强制性的，因此，转让人和受让人可以在其协定中约定不同的结果。

78. 对于应收款多次转让的，应收款债务人可能会收到多次通知，对究竟哪一位受让人最有权利得到付款可能没有把握。有时会向优先顺序靠后的受让人善意付款。在这类情形下，各国通常规定，不应当剥夺顺序靠前的受让人获取付款的权利，在付款义务涉及将资产返还转让人的情况下，不应当剥夺该受让人接收这些资产的权利。顺序靠后的受让人必须把资产的支付款汇给顺序靠前的受让人。本指南按照其在分配转让人和受让人之间违约前权利和义务的一般性做法，建议已发生向实际无受款权的人善意付款的情形必须遵守这些一般性原则（见建议 112, (a)项）。

79. 不论受让人在何种条件下获得支付款，各国总是采用强制性规则的手段规定，受让人只能保留其应收款权利限度内的付款，换言之，与普通的违约后强制执行的情况不同（见第十章，强制执行），如果应收款债务人的付款额大于转让人未清偿的负债，受让人不得保留余额（见建议 151）。受让人必须将余额汇给对其享有权利的人（视情为下一个顺序靠后的受让人或转让人）。如得到完全清偿的有担保债权人必须要么把有形资产交还设保人，要么就确保从普通担保权登记册中删除有关其权利的通知，各国通常还要求已完全清偿的受让人将该事实通知应收款债务人，而且该受让人不应再接收支付款。这就是本指南所建议的立场（见建议 112, (b)项）。

80. 这些强制性规则和非强制性规则涉及转让人和受让人在无形资产方面的违约前权利与义务，有助于对转让人和受让人之间的关系作出安排。这些非强制性规则在许多方面恰恰反映了替补规则意在实现的目的，正是基于这个理由，许多国家在本国法律中对这些规则作了明确阐述。同样出于这个理由，本指南建议，应当把这些规则列入有关担保交易的任何法律，以便为有效转让和收取应收款提供方便，同时又允许转让人和受让人为满足自身的需求和愿望而对其交易作出不同的安排。

### C. 建议

[委员会注意：委员会似宜注意到，由于 A/CN.9/637 号文件列入了担保交易立法指南草案的一套合并建议，此处对这些建议将不予转载。这些建议一旦最后确定，即可在每一章的末尾处转载。]