



大会

Distr.: Limited
19 September 2016
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第六工作组（担保权益）
第三十届会议
2016年12月5日至9日，维也纳

贸易法委员会担保交易示范法颁布指南草案

秘书处的说明

增编

目录

	页次
第六章. 当事人及第三方承付人的权利和义务	3
第一节. 担保协议当事人的相互权利和义务	3
A. 一般规则	3
第 52 条. 当事人相互权利和义务的来源	3
第 53 条. 占有人行使合理谨慎的义务	3
第 54 条. 有担保债权人返还设保资产的义务	4
第 55 条. 有担保债权人使用和检查设保资产及获得费用补偿的权利	4
第 56 条. 设保人获得信息的权利	4
B. 资产特定规则	5
第 57 条. 设保人关于应收款担保权的说明	5
第 58 条. 设保人或有担保债权人通知应收款债务人的权利	5
第 59 条. 有担保债权人支付应收款的权利	6
第 60 条. 有担保债权人保全所设保的知识产权的权利	6



第二节. 第三方承付人的权利和义务	6
A. 应收款	6
第 61 条. 保护应收款债务人	6
第 62 条. 应收款担保权通知	7
第 63 条. 通过付款解除应收款债务人的义务	7
第 64 条. 应收款债务人的抗辩和抵销权	8
第 65 条. 不提出抗辩或抵销权的协议	9
第 66 条. 对产生应收款的合同的修改	9
第 67 条. 付款的追回	9
B. 可转让票据	9
第 68 条. 在可转让票据下对抗承付人的权利	9
C. 银行账户贷记款受付权	10
第 69 条. 对抗接收存款机构的权利	10
D. 可转让单证和由可转让单证涵盖的有形资产	10
第 70 条. 对抗可转让单证签发人的权利	10
E. 非中介证券	11
第 71 条. 对抗非中介证券发行人的权利	11
第七章. 担保权的强制执行	11
A. 一般规则	11
第 72 条. 违约后权利	11
第 73 条. 行使违约后权利的方法	12
第 74 条. 有关不履约的救济	12
第 75 条. 受影响的人终止强制执行的权力	13
第 76 条. 排序较高的有担保债权人接管强制执行过程的权利	14
第 77 条. 有担保债权人取得设保资产占有权的权利	14
第 78 条. 有担保债权人处分设保资产的权利	15
第 79 条. 设保资产处分收益的分配以及债务人对任何缺额的偿付责任	16
第 80 条. 有担保债权人提议获取设保资产的权利	16
第 81 条. 在设保资产上获取的权利	17
B. 资产特定规则	17
第 82 条. 收取付款	17
第 83 条. 应收款彻底受让人收取付款	18

第六章. 当事人及第三方承付人的权利和义务

第一节. 担保协议当事人的相互权利和义务

A. 一般规则

第 52 条. 当事人相互权利和义务的来源

1. 第 52 条基于《担保交易指南》第 110 项建议（见第六章，第 14 和 15 段），而该建议基于《转让公约》第 11 条。第 1 款的目的是重申第 3 条中所载当事人意思自治原则。第 2 款意在使可能未获所有国家普遍承认的一些贸易惯例和做法具有法律效力。
2. 除了第六章所列某些强制性规则外，（见第 3 条第 1 款、第 53 条、第 54 条和第 72 条第 3 款），当事人得到调整其担保协议及其用法和做法以适应手头交易的很大的自由度，目的是最为高效和有效地推进各自的商业目标。第六章的其他条款是非强制性规则，仅适用于当事人在担保协议中未另有规定的情况。出于这个原因，删除了对当事人相反协议的提及。这个概念在本章规定所依据的《担保交易指南》的建议和《转让公约》的规定中均有提及（例如见第 57 条、《担保交易指南》第 114 项建议和《转让公约》第 12 条）。

第 53 条. 占有人行使合理谨慎的义务

3. 第 53 条基于《担保交易指南》第 111 项建议（见第六章，第 24-31 段）。它所提出的规则是，占有有形资产（根据第 2 条(II)项中的定义，包括金钱、可转让票据、可转让单证和有凭证非中介证券）的设保人或有担保债权人必须行使合理谨慎以保全该资产。如有其他人占有设保资产，也可能按其他法律的规定而有义务在保全设保资产上行使适当谨慎。
4. 在某一具体情况下，“合理谨慎”的具体内容取决于设保资产的性质。因此，适当谨慎的含义在设备、库存品、作物或牲畜方面可能并不相同。保全资产通常包括维护它的价值。保全资产价值的义务也可能产生于第 4 条下，该条规定缔约方应秉持善意并以商业合理方式行事。虽然对有形资产的实体占有在多数情况下可能具有保全资产价值的效果，但保全资产的价值可能不止是对资产的实体保全。举例说，如果有担保债权人占有某公司的有凭证非中介股份，则可能要求有担保债权人在特定情况下行使这些股份所附带的某些权利，以维护其价值。然而，保全设保资产价值的范围可能仅限于采取占有人可控制范围内的措施。
5. 应当把第 53 条与大致类似于《金融抵押安排指令》第 5(1)条的一条有关证券的法律规则放在一起共同解读。该第 5(1)条赋予有担保债权人利用其所占有的证券的权利。对于这两个条款之间的关系，应当按照适用法律的规则作出解释（按照《金融抵押安排指令》，金融抵押品可以包括“现金”、“信贷索赔”和

“金融工具”，而“金融工具”则可以是中介证券或非中介证券，条件是这类证券“可在资本市场上流通”或“通常用于交易”）。

第 54 条. 有担保债权人返还设保资产的义务

6. 第 54 条基于《担保交易指南》第 112 项和第 72 项建议（见第六章，第 35-39 段）。它规定，一旦设保资产上的担保权消灭，占有该资产的有担保债权人必须将其返还设保人，或如果有担保债权人同意，则将其交付给由设保人指定的某人。在有些国家，交付给由设保人指定的一人可被视为将资产返还设保人的一种手段。无论如何，由此增加的费用应当由设保人承担，一如通常应当由设保人支付履约费用。（关于有担保债权人对修订通知或取消通知办理登记的义务，见《登记处示范条文》第 20 条第 1、2 和 3 款）。一旦全额支付或以其他方式全额清偿有担保债务，则担保权通常即被视为消灭，向债务人提供信贷的所有进一步承诺即告终止。

7. 第 54 条处理的情况是，有担保债权人占有资产并因而不涉及有担保债权人撤回它向应收款债务人所发出的任何通知的义务。然而，第 59 条第 2 款和第 79 条第 2 款(b)项就此向设保人提供保护，要求有担保债权人将其收到的任何剩余收益返还设保人。还应指出的是：(a)第 54 条不适用于无法实体占有的应收款或其他无形资产（见第 2 条(z)项）；及(b)有担保债权人是否应当返还类似于实收物的证券问题是由当事人和其他法律处理的事项（例如见《金融抵押安排指令》第 5(2)条）。

第 55 条. 有担保债权人使用和检查设保资产及 获得费用补偿的权利

8. 第 55 条基于《担保交易指南》第 113 项建议（见第六章，第 50-65 段）。它规定，有担保债权人不仅负有某些义务（在第 53 和 54 条中描述），而且还享有某些权利（除了其强制执行权以外）。在第 1 款(a)项下，享有占有权的有担保债权人享有其为保全设保资产而承担的合理费用将根据第 53 条得到补偿的权利。在第 1 款(b)项下，享有占有权的有担保债权人可合理利用设保资产，只要将其利用所得到的任何收入用于偿付由资产作保的债务。

9. 最后，在第 2 款下，设保资产由设保人占有的，有担保债权人有权查验该资产。由于本条不得违反第 4 条所述关于商业合理性和善意的一般标准，只能在合理时间内以商业上合理的方式行使查验权。该标准的适用取决于具体情况。举例说，在极端情况下，例如在债务人违约或有担保债权人理由相信抵押品实际状况处于危险之中或已经或将要移往所在国境外时，有担保债权人则可能有理由要求立即进行查验。

第 56 条. 设保人获得信息的权利

10. 第 56 条是一项新的规定，意在规定设保人（而并非应收款彻底转让中的转让人）有权向有担保债权人（而并非应收款彻底转让下的受让人）了解在某一

时间节点上有担保债务或设保资产的数额的情况。如果设保人希望用已设保资产作保获取信贷，并且潜在第三方债权人要求了解此情况则有必要加以提供（这并不适用于应收款转让人，因为此类转让人对应收款并不享有任何权利，因而无法按第 6 条第 1 款对其创设担保权）。颁布国不妨也将该项权利赋予第三方债权人（例如胜诉债权人）。例如有担保债权人未按要求提供信息或未提供准确信息所产生的法律后果等其他事项应留待其他法律处理。

B. 资产特定规则

第 57 条. 设保人关于应收款担保权的说明

11. 第 57 条基于《担保交易指南》第 114 项建议（见第六章，第 73 段），该建议基于《转让公约》第 12 条。它规定，设保人设定应收款担保权的，设保人则被视为在担保协议订立之时将会向有担保债权人作出各种说明。尤其在第 1 款下，设保人说明其以前未曾在应收款上创设有利于另一个有担保债权人的担保权，并且应收款债务人将不会对应收款享有任何抗辩或抵销权（例如，设保人将充分履行产生应收款的合同和其与应收款债务人签订的任何其他合同）。在第 2 款下，设保人并未表示应收款债务人具有或将具有支付应收款的能力（因为这超出了设保人的控制能力）。正如已经指出的（见上文第 2 段），第 57 条不是一条强制性法律规则，并且由于它往往发生于保理交易中，在把应收款出售给保理之日，设保人可能要求应收款债务人需要有偿付能力。

12. 设保人有权创设担保权的提法并未从《担保交易指南》第 114 项建议搬用于第 57 条，目的是避免造成该条适用于只是在应收款上创设的担保权的印象。因而，该事项将留待一般合同法处理。但应该指出的是，即使设保人和有担保债权人之间订有禁止转让协议，设保人仍然对应收款享有权利，并有权对其设保，因而可以创设应收款担保权（见第 6 条第 1 款和 A/CN.9/WG.VI/WP.71/Add.1，第 52 段）。

第 58 条. 设保人或有担保债权人通知 应收款债务人的权利

13. 第 58 条基于《担保交易指南》第 115 项建议（见第六章，第 74 和 75 段），该建议基于《转让公约》第 13 条。第 1 款规定，在创设应收款担保权之时，设保人或有担保债权人有权将担保权的有无通知应收款债务人并向其发送付款指示；然而，一旦应收款债务人收到担保权通知，唯有有担保债权人方可发送付款指示（根据第 62 条，只有在应收款债务人收到通知或付款指示之时该通知或付款指示方才有效）。

14. 应当指出的是，付款指示被作为有别于通知的一个概念对待，其原因是：(a) 通知可能不包含付款指示（例如，因为有担保债权人可能已经获得对设保人指示应收款债务人付款的设保人银行账户的控制权）；(b) 可能不会发出任何通知（例如，因为所涉交易是无通知型保理交易或隐名发票贴现交易）；及(c) 有担保债权人可能需要变更其付款指示，并从而可能有不止一份付款指示。

15. 第 2 款规定，违反担保权设保人和有担保债权人之间的约定而发送的指示，仍然对第 64 条有效，该条排除设保人在收到担保权通知后享有关于应收款的某些抵销权，这些权利在设保人收到担保权通知后可以提供给设保人（见下文第 35 段）。

第 59 条. 有担保债权人支付应收款的权利

16. 第 59 条基于《担保交易指南》第 116 项建议（见第六章，第 76-80 段），而该建议基于《转让公约》第 14 条。所作的任何修改都意在澄清该案文，而并非修改其政策。该条确立了有担保债权人接收其持有对抗担保权设保人的担保权上应收款收益的权利。

17. 第 1 款规定，不论担保权通知是否已向应收款债务人发送，有担保债权人均有权保留：(a)就应收款给有担保债权人的任何全部或部分付款的收益以及就应收款而返还给有担保债权人的任何有形资产（如库存品）；(b)就任何应收款向设保人所作的任何全部或部分付款的收益（及返还给设保人的任何有形资产）；及(c)在有担保债权人权利优先于该人权利前提下就任何应收款向另一人所作的任何全部或部分付款的收益（及返还给该人的任何有形资产）。

18. 第 2 款反映了下述情况下有关应收款担保交易的通常做法，即：有担保债权人可能有权全额收取应收款，外加收取按合同或法律应收的任何利息，但须核算偿付有担保债务之后的任何结余，并将其退还设保人（还见第 79 条，第 2 款）。当然，对于经约定的应收款彻底转让，受让人可保留其成为应收款所有人后收取的款项。

第 60 条. 有担保债权人保全所设保的知识产权的权利

19. 第 60 条基于《知识产权补编》第 246 项建议（第 223-226 段）。它承认知识产权担保权设保人与有担保债权人之间的以下约定的有效性，即有担保债权人可采取保全知识产权价值的必要步骤，例如进行任何必要的登记（例如专利登记）并启动防止第三方侵权的行动。

20. 虽然第 3 条（当事人意思自治）和第 53 条（保全设保资产的义务）一般可足以确保有担保债权人采取这些步骤，但仍然将第 60 条列入了《示范法》，其原因是，在知识产权方面，这些权利通常属于知识产权所有人的权利。

第二节. 第三方承付人的权利和义务

A. 应收款

第 61 条. 保护应收款债务人

21. 第 61 条来自于《担保交易指南》第 117 项建议（见第七章，第 12 段），而该建议基于《转让公约》第 15 条。第 1 款提出了除非应收款债务人同意否则应

收款担保权的创设不影响应收款债务人的权利或义务的一般原则。例如，担保权的创设不能改变产生应收款的合同的付款条件（例如付款金额或时间）。

22. 为了实施第 1 款的一般原则，第 2 款规定，为了让有担保债权人能够行使其担保权，付款指示（其被作为一个有别于通知的概念对待；见上文第 14 段）可变更应收款债务人需要向其付款的人、地址或账户，但不得变更：(a) 产生应收款的合同所示的支付应收款的币种；或(b)产生应收款的合同所示向并非应收款债务人所在国的另外一个国家付款的国家。

第 62 条. 应收款担保权通知

23. 第 62 条基于《担保交易指南》第 118 项建议（见第七章，第 13-16 段），而该建议基于《转让公约》第 16 条。它描述了有关以下方面产生效力的要求：(a) 应收款担保权通知；或(b)付款指示（付款指示被作为有别于通知的概念对待，见上文第 14 段）。

24. 在第 1 款下，通知或付款指示产生效力的必要条件是必须由应收款债务人“接收”。此外，通知或付款指示都必须合理确定应收款和有担保债权人，并且有理由预期所用文字能够让债务人了解其内容。关于后一点，第 2 款明确指出，使用产生应收款的合同所用文字总是便已足够。在第 3 款下，通知或付款指示可能不仅关系到发出通知或付款指示之时所存在的应收款，而且还可能关系到其后产生的应收款。

25. 第 4 款述及应收款是后继担保权标的（例如后继担保转让或彻底转让）的情况。举例说，A 在其应收款上创设担保权，然后将以应收款作保的债务转让给 B，B 也在应收款上创设担保权并随之将有担保债务转让给 C，C 也在应收款上创设有利于 D 的担保权，由 C 创设的有利于 D 的担保权相关应收款债务人的通知即构成由 A 和 B 创设的所有先前担保权的通知。

第 63 条. 通过付款解除应收款债务人的义务

26. 第 63 条基于《担保交易指南》第 119 项建议（见第七章，第 17-20 段），而该建议基于《转让公约》第 17 条。它陈述了影响通过付款解除应收款义务的时间和方式的规则。

27. 第 1 款所体现的基本原则是，直到应收款债务人收到应收款担保权通知之前，均可根据产生应收款的合同付款而解除义务。合同是销售合同的，则意味着向卖方付款。但在第 2 款下，一旦债务人收到担保权通知，则只能按照有担保债权人在通知中所作指示或有担保债权人随后在债务人收到的书面付款指示中所作指示，通过向有担保债权人或另一当事人付款而解除义务。但第 2 款的规则不得违反第 3-8 款所述若干限定条件。

28. 首先，在第 3 款下，应收款债务人就同一设保人在应收款上设定的单独一项担保权收到不止一次付款指示的，应收款债务人可根据付款前收到的有担保

债权人最后一次付款指示付款而解除义务，因为最后一次付款指示将是最新指示（付款指示被作为有别于通知的一个概念对待，见上文第 14 段）。

29. 其次，在第 4 款下，债务人收到同一设保人在同一笔应收款上设定的不止一项担保权通知的，应收款债务人根据所收到的第一次通知付款而解除义务，其理由是，根据《示范法》的优先权规则，第一次通知所涵盖的担保权可能享有相对于后继担保权的优先权。应当指出的是，即使第一次通知与优先担保权无关，也可解除应收款债务人的义务，因为不能要求由债务人来确定究竟哪一个担保权享有优先权。在这种情况下，拥有优先担保权的有担保债权人需向收到债务人付款的债权人索取所得付款。

30. 第三，在第 5 款下，债务人收到就同一笔应收款上设定的一项或多项后继担保权通知的，可根据这些后继担保权通知中的最后一次通知付款解除义务（即当 A 创设了有利于 B 的担保权，B 创设了有利于 C 的担保权）。原因是一系列连续的有担保债权人中的最后一人将是担保权事实上的持有人。

31. 第四，在第 6 款下，债务人收到关于一项或多项应收款上一部分或未分割权益担保权通知的，债务人享有选择权。可以根据通知或根据第 1 款付款而解除义务，一如债务人未曾收到通知。然而，如果债务人选择这些选项中的第一项，则在第 7 款下，只能在所支付的部分或未分割权益的限度内解除义务。

32. 最后，在第 8 款下，如果债务人收到应收款初始债权人以外的人的通知，并想要确保这个人是有权得到付款的有担保债权人，那么债务人可以请求通知者在合理时间内提供创设担保权的充分证据（包括由初始或后继有担保债权人创设的担保权）。如果有担保债权人不能提供这类证据，债务人则可付款，一如其未曾收到这类通知。为此目的，在第 9 款下，充分证据包括由设保人提供的表明已经创设担保权的任何书面文字（例如担保协议）。

33. 第 10 款意在保全根据对有权在其他法律下得到支付的人所作的支付（例如向主管司法机关或其他机关或向公共基金支付）而解除义务的任何其他理由。

第 64 条. 应收款债务人的抗辩和抵销权

34. 第 64 条基于《担保交易指南》第 120 项建议（见第七章，第 21 段），而该建议基于《转让公约》第 18 条。

35. 第 1 款(a)项保全债务人因产生应收款的合同而产生的所有抗辩和抵销权，包括属于相同交易一部分的任何其他合同，一如担保权从来未曾创设并且求偿由设保人提出。第 1 款(b)项确保应收款债务人能够对有担保债权人主张在收到担保权通知之时债务人所可利用的任何其他抵销权。但这意味着，债务人可能无法主张在这类通知后产生的抵销权。根据第 65 条的规定，债务人可以放弃其抗辩和抵销权。

36. 第 2 款规定，第 1 款并未让应收款债务人有权以设保人违反约定为由而提出对设保人的抗辩或抵销权并从而限定设保人创设担保权的权利。否则，虽有这类协议，但根据第 13 条确认担保权也就毫无意义。

第 65 条. 不提出抗辩或抵销权的协议

37. 第 65 条基于《担保交易指南》第 121 项建议（见第七章，第 22 段），而该建议基于《转让公约》第 19 条。第 1 款规定，应收款债务人可签署一份书面文件，约定不提出第 64 条允许的抗辩和抵消权。有担保债权人即便不是这类协议的当事人，仍有权援引这类协议的益处。在第 2 款下，对这类协议只可经由应收款债务人签署的书面协议作出修改，并且只有在下列两种情况下具有对抗有担保债权人的效力：有担保债权人对此表示同意；或履约后未能得到全部应收款，合理行事的有担保债权人将会表示同意（见第 66 条第 2 款）。为避免滥权，第 3 款规定，债务人可以不放弃因有担保债权人一方的欺诈行为或债务人无行为能力而提出的抗辩。

第 66 条. 对产生应收款的合同的修改

38. 第 66 条基于《担保交易指南》第 122 项建议（见第七章，第 23 和 24 段），而该建议基于《转让公约》第 20 条。它述及应收款担保权设保人和应收款债务人之间关于修改应收款条件的协议所产生的影响。结果将取决于订立协议的时间。在第 1 款下，如果协议在债务人收到应收款担保权通知前订立，则具有对抗有担保债权人的效力，但是有担保债权人也享有该协议规定的任何益处。

39. 在第 2 款下，协议即使在通知后订立还将有效，即使它影响到有担保债权人的权利，但前提是：(a)有担保债权人对此表示同意；或(b)履约后未能得到全部应收款，在产生应收款的合同中规定可作修改，或合理行事的有担保债权人同意作此修改。第 3 款规定，第 1 款和第 2 款不影响由于违反彼此之间的约定（例如设保人不同意对应收款条件所作任何修改的约定）而在其他法律下引起的设保人或有担保债权人的任何权利。

第 67 条. 付款的追回

40. 第 67 条基于《担保交易指南》第 123 项建议（见第七章，第 25 和 26 段），而该建议基于《转让公约》第 21 条。它述及应收款担保权设保人（或经约定应收款彻底转让的转让人）未履行产生应收款的合同所规定的义务的情况。该条规定，应收款债务人不得向担保债权人追回应收款债务人已付给设保人或有担保债权人的任何款项，因而有担保债权人在这种情况下不承担责任。因此，应收款债务人承担产生应收款的合同另一方（例如设保人）破产的风险。

B. 可转让票据

第 68 条. 在可转让票据下对抗承付人的权利

41. 第 68 条基于《担保交易指南》第 124 项建议（见第七章，第 27-31 段）。它意在保护（拟由颁布国指明的）关于可转让票据的相关法律所规定的当事人权利。举例说，根据该法律：(a)对可转让票据享有担保权的有担保债权人，只能

根据票据所述条件向票据下的承付人收取款项；(b)即使设保人违约，有担保债权人仍然只有在根据该票据和这类票据相关法律付款到期之时向承付人收取款项；(c)享有可转让票据上担保权的有担保债权人可能享有比对抗受款人更大的对抗票据签发人的权利，因为签发人可能无法基于票据签发人和受款人之间的合同而对有担保债权人提出抗辩。应当指出的是，第 68 条（及第 70 条和第 71 条）提及颁布国的另一项法律唯有在颁布国法律根据第八章法律冲突规则而是适用法律的前提下方可予以适用。

C. 银行账户贷记款受付款

第 69 条. 对抗接收存款机构的权利

42. 第 69 条基于《担保交易指南》第 125 和 126 项建议（见第七章，第 32-37 段）。它述及在银行账户贷记款受付款上创设担保权的情形。

43. 第 1 款(a)项规定，除非接收存款机构同意，该机构的权利和义务不受担保权的影响。以此方式保护接收存款机构的理由是，未经接收存款机构同意而规定其义务，或变更其权利和义务，可能使该机构面临其无法适当管控的风险，除非它预先知道可能存在的是何种风险。这么做还可能使该机构面临不得不违反监管法规或其他法律所规定义务的风险（见《担保交易指南》第七章，第 33 段）。

44. 为保障监管法规或其他法律所规定的接收存款机构与其客户之间关系的保密性，第 1 款(b)项还规定，接收存款机构没有义务对提供信息的请求（例如关于账户余额的信息，不论是否存在控制权协议，也不论账户持有人是否保留对其银行账户贷记款进行处分的权利）作出回应。

45. 最后，第 2 款规定，即使接收存款机构同意对设保人在该机构所持有的银行账户贷记款受付款上创设担保权，该机构在监管法规或其他法律下可能享有的任何抵消权仍然不受影响。作出该规定的理由是，鉴于交易及其客户业务的性质，需要避免对接收存款机构管控风险的方式予以任何干扰。

D. 可转让单证和由可转让单证涵盖的有形资产

第 70 条. 对抗可转让单证签发人的权利

46. 第 70 条基于《担保交易指南》第 130 项建议（见第七章，第 43-45 段）。它规定，如果有担保债权人在可转让单证上享有担保权，有担保债权人对单证签发人或单证任何其他承付人的权利将根据（拟由颁布国指明的）关于可转让单证的相关法律确定。这意味着，享有单证上担保权的有担保债权人针对单证所涵盖的资产强制执行其权利的条件是：(a)在强制执行之时，该单证所涵盖的资产仍然必须为签发人或单证下其他承付人所占有；及(b)签发人或其他承付人将没有义务把资产交付给有担保债权人，除非根据管辖可转让单证的法律（如在任何必要的背书下）把可转让单证转让给有担保债权人。

E. 非中介证券

第 71 条. 对抗非中介证券发行人的权利

47. 如同已经提到的,《担保交易指南》未述及任何类型的证券上的担保权(见第 4(c)项建议)。因此,第 71 条是一项新的规则。按照第 68-70 条,它规定,拥有非中介证券担保权的有担保债权人对证券发行人的权利将由颁布国的其他法律确定。例如,公司股票上的担保权若要具有对抗发行人的效力,则可能需要在公司账簿上办理登记或需要有特别的强制执行程序。

第七章. 担保权的强制执行

A. 一般规则

第 72 条. 违约后权利

48. 第 72 条基于《担保交易指南》第 133、139、141、143 和 144 项建议(见第八章,第 10-12、15-17 及 34 和 35 段)。第 1 款澄清,在设保人违约后,设保人和有担保债权人可行使其在第七章规定下以及在其他法律或担保协议下所可能享有的任何权利(前提是,在后两种情况下,这种权利与《示范法》的条款不相矛盾)。

49. 在《示范法》中,“违约”既包括在相关法律中被称作“违约”的事件,也包括当事人约定为“违约”的事件(见第 2 条(j)项)。还应指出的是,该条下的某些权利甚至在违约前就可加以利用。因此,举例说,甚至在出现违约之前:(a)设保人在合同法允许的情况下就可行使其赎回权;(b)如果设保人同意,有担保债权人可收取应收款(见第 82 条第 2 款);及(c)任何一方都可申请法院或其他主管机关根据一般程序或其他法律予以救济(还见第 74 条)。

50. 第 2 款指出,行使一项权利通常并不妨碍行使另一项权利,但行使一项权利后造成无法行使另一项权利的除外(例如,如果有担保债权人决定争取设保资产占有权并出售设保资产,及出售资产或订立出售资产的协议,则将无法提议获取该资产以清偿有担保债务)。

51. 第 3 款规定,债务人(通常被界定为包括设保人和应当偿付或以其他方式履行有担保债务的其他任何人,但不包括应收款彻底转让的转让人)(见第 1 条第 2 款和第 2 款(h)项)在违约前不得单方面放弃或经由协议更改其在本章规定下享有的权利。否则,有担保债权人可能在发生违约前对债务人施压,使其放弃或更改其权利,以换取在担保协议中作出让步(见《担保交易指南》,第八章,第 16 和 17 段)。

第 73 条. 行使违约后权利的方法

52. 第 73 条基于《担保交易指南》第 142 项建议（见第八章，第 18-20 段和第 29-33 段）。第 1 款澄清，有担保债权人可通过向法院或颁布国指明的其他主管机关（例如商会、仲裁庭或公证机关）提出申请而行使发生违约后其享有的权利。有担保债权人之所以可能采取这一办法有很多原因。例如，司法或类似程序可能充分有效，有担保债权人可能希望避免其自助行动事后受到质疑，有担保债权人预计为了追回预期差额迟早需要向法院或其他主管机关提出申请，或可能担心并希望避免违反公共秩序（见《担保交易指南》，第八章，第 32 和 33 段）。

53. 如果司法或其他类似程序可能缓慢而昂贵而且处分设保资产时不太可能获得尽可能高的数额，则有担保债权人可能决定在法院或其他主管机关监督很少或没有监督的情况下强制执行其担保权（见《担保交易指南》，第八章，第 29 和 31 段）。在这种情况下，《示范法》规定了针对设保人、债务人和其他权利可能受影响者的多项保障措施。例如，第 4 条规定，有担保债权人必须以善意和商业合理方式行事，第 77 条第 2 款则确保设保人已经予以书面同意，设保人和任何占有人已得到有关有担保债权人意图的通知，并且占有人在设保资产被收回时不表示反对（见下文第 67 段）。

54. 无论如何，《示范法》未对当事人在解决关于担保协议或行使违约后权利的争议期间随时利用法院或其他主管机关援助的能力作出任何限制。恰恰相反，第 74 条规定，设保人、对设保资产享有权利的任何人或债务人（备选案文 A）或受到有担保债权人未遵守本章规定影响的任何人（备选案文 B）都有权从法院或其他主管机关获得救济。

55. 还应指出的是，《示范法》中没有任何条款规定设保人和有担保债权人不得通过仲裁、调解或谈判的途径商定解决双方之间有可能发生的任何争议。根据特定国家的法院诉讼效率，这些非诉讼纠纷解决机制可为法院诉讼提供可行的替代办法，前提是有关法律对特定问题作出了规定，特别是在仲裁方面，例如担保协议所引起纠纷或与担保权相关纠纷的可仲裁性、对第三方权利的保护、仲裁程序的保密性（另见下文第 58 段）。

56. 在第 2 款下，向法院或其他主管机关提出申请以行使违约后权利不仅应遵守本章的规定，还应遵守拟由颁布国指明的相关规定包括有关快速审理程序的规定（通常是程序性的）。第 3 款规定，不向法院或其他主管机关提出申请而行使这些权利时，只需遵守本章的规定。

第 74 条. 有关不履约的救济

57. 第 74 条基于《担保交易指南》第 137 项建议（见第七章，第 31 段），述及一人不履行本章规定之义务情况下，能否得到法院或其他主管机关的救济的问题。给颁布国提供了两个选项，颁布国不妨从中选择最适合其法律制度的选项。第一个选项述及只有有担保债权人不履约的情况，并且规定，设保人、对设保资产享有权利的任何人或受该不履约影响的债务人（例如设保资产的

共同所有人)都可寻求救济。第二个选项涉及的范围较广,述及任何人不履约的情况,并规定受该不履约影响的任何人都有权寻求救济。应当指出的是:(a)违反有担保债权人的义务包括了有担保债权人的代理人、受雇人或服务供应商违反此类义务;及(b)可能受到影响的人包括优先权排序低于采取强制执行措施的有担保债权人的有担保债权人、设保人或设保资产的所有人。

58. 颁布国不妨指明寻求救济的当事人向其提出请求的法院或其他主管机关以及所可利用的快速审理程序的类型。主管机关可包括仲裁庭、商会或公证机关。通常由担保协议产生的或在经仲裁强制执行担保权的具体背景下产生的争议有可能得到解决,前提是:(a)可根据颁布国法律将该事项提交仲裁;及(b)设保人和有担保债权人之间订有可根据颁布国法律加以强制执行的仲裁协议。在这类情况下:(a)仲裁协议(和仲裁裁决)将只对其当事人有约束力;及(b)如果胜诉当事人试图扣押设保资产,颁布国法律必须充分保护非仲裁协议当事人的人在设保资产上享有的权利。例如,在进行非司法出售之前,应通知非仲裁协议当事人并对仲裁协议享有权利或可能受到制裁裁决强制执行影响的人(见第 78 条第 4 款)并且让其有机会主张其权利,例如接管强制执行的权利(见第 76 条),或根据其优先权排序而得到出售收益的权利(见第 79 条第 2 款)。

59. 就不履约情况争取救济耗时很长,可能会导致不公或低效,本条为此规定可提供快速救济,其确切形式拟由颁布国指明(如临时保护措施程序和暂行令)。[解释“影响”一词。见委员会的报告,第 72 段。]

第 75 条. 受影响的人终止强制执行的权利

60. 第 75 条基于《担保交易指南》第 140 项建议(见第八章,第 22-24 段)。第 1 款让其在设保资产上的权利受到强制执行程序影响的任何人都能够通过付款或以其他方式全额清偿有担保债务而终止强制执行程序。这有时也被称作“赎回”设保资产。当资产的价值高于有担保债务未清偿部分从而产生剩余价值时,受到强制执行担保权影响的人最有可能行使这项权利。应当指出的是,第 12 条述及在《担保交易指南》第 140 项建议中也予述及的担保权的消灭。

61. 就第 1 款而言,全额付款包括了支付强制执行的合理费用。因此,在由法院或其他主管机关强制执行的情况下,法院或其他主管机关将确定强制执行的合理费用。在未向法院或其他主管机关提出申请而进行强制执行的情况下,设保人或其他利益相关方如果对有担保债权人主张的强制执行合理费用提出质疑,则可寻求法院或其他主管机关帮助解决争端。

62. 根据第 2 款,在有担保债权人处分、购置或收取担保资产或为此目的而订立协议之前,可以行使终止强制执行程序的权利。否则,所取得权利的最终状态将受到损害(见第 79-81 段)。根据第 3 款,在租赁或许可设保资产的情况下,不适用第 2 款的规则。这意味着,如果设保资产还留有足够的残余价值,则受到强制执行程序影响的人仍可终止强制执行程序。但有一个限制,即必须尊重承租人或被许可人的权利。

第 76 条. 排序较高的有担保债权人 接管强制执行过程的权利

63. 第 76 条基于《担保交易指南》第 145 项建议（见第八章，第 36 段）。第 1 款规定，其担保权优先于采取强制执行措施的有担保债权人或法院判定的债权人的有担保债权人（“排序较高的有担保债权人”）有权接管强制执行程序。鉴于排序较高的有担保债权人有权在其他有担保债权人或法院判定的债权人之前从任何处分的收益中获得清偿，第 1 款确认排序较高的有担保债权人在强制执行结果中拥有更大权利，因而根据其意愿给予其控制强制执行程序的权利是合理的。排序较高的有担保债权人可以在资产被变卖、以其他方式被处分或者被有担保债权人购置之前，或者在有担保债权人以此目的而签订协议之前的任何时间，接管强制执行程序。

64. 根据第 2 款，排序较高的有担保债权人接管强制执行程序的权利包括有权采取本章规定的任何方法加以强制执行。这意味着，排序较高的有担保债权人可以变更强制执行方式，例如采取与初始强制执行债权人不同的策略（或者，如果排序较高的有担保债权人是彻底转让交易的受让人，则可终止强制执行程序）。不过应当指出，该权利的行使必须符合第 4 条的标准，即有担保债权人义务秉持诚意并以商业上合理的方式行事，例如，避免不合理的执行费用。

第 77 条. 有担保债权人取得设保资产占有权的权利

65. 第 77 条基于《担保交易指南》第 146 和 147 项建议（见第八章，第 37-48 段和第 51-56 段）。总的来看，这一条向有担保债权人提供了强制执行其担保权的两个重要选项。有担保债权人可以通过司法程序或另一主管机关的类似程序取得对有形设保资产的占有权，或者，在某些情况下，有担保债权人可以利用“自助救济”，在不诉诸法院或其他主管机关的情况下取得设保资产占有权。对这两种选项所必须遵循的规则分别作出规定，第 1 款和第 2 款列出了通过向法院或其他主管机关提出申请而争取占有权的诸项要素，第 3 款列出了有担保债权人行使自助救济的诸项要素。

66. 第 1 款规定，在违约发生之后，有担保债权人有权通过向法院或其他机关提出申请而争取对设保资产的占有权。但是，根据第 1 款的开头语，这种权利受制于对该资产享有优先占有权的另一人的权利（例如承租人或被许可人；见第 34 条）。

67. 在第 2 款下，如果该款所述所有条件均已满足，有担保债权人也有权在不向法院或其他主管机关提出申请的情况下争取对设保资产的占有权。设置这些条件是为了确保只有在适当情况下才能采用这种自助救济。首先，只有在设保人以书面形式同意有担保债权人不诉诸法院或其他主管机关即争取占有权的情况下才能采用自助救济。通常的情况是，有担保债权人将在担保协议中争取设保人的同意。第二，除非有担保债权人已向设保人和占有设保资产之人发出了违约通知并向其告知有担保债权人意图不诉诸法院或其他主管机关而取得占有权，否则不能利用这种自助救济（颁布国不妨明确规定有担保债权人必须在寻

求占有权之前提前多长时间发出通知才符合第 4 条规定的诚意和商业合理性标准)。第三,也许最重要的是,如果占有设保资产之人反对有担保债权人试图利用该自助救济,则有担保债权人就不可能不诉诸法院或其他主管机关而取得占有权。因此,即使设保人已在担保协议中同意有担保债权人利用自助救济,设保人或占有设保资产的其他人仍然始终能够要求有担保债权人利用司法程序或类似程序,对债权人不寻求法院或其他主管机关的协助而行使的意图表示反对。

68. 第 3 款承认,如果设保资产不易保存或者可能因其他原因迅速贬值,则在第 2 款所要求的发送通知方面即使有相对较短的延迟,也可能造成经济上的浪费。因此,第 3 款免除了在这些情况下的通知要求。

69. 根据第 4 款,排序较低的有担保债权人可能无法向排序较高的有担保债权人争取对设保资产的占有权。这项规定的目的是确保:(a)排序较高的有担保债权人的担保权不因占有权让渡给排序较低的有担保债权人而不再具有对抗第三方的效力,并从而失去其优先地位;(b)设保资产并没有因为由排序较低的有担保债权人予以处分而贬值。不过应当指出的是,排序较低的有担保债权人不争取占有权即能强制执行其担保权,并且设保资产的买受人可以在不影响排序较高的有担保债权人权利的前提下取得其在资产上的权利(见第 81 条)。

第 78 条. 有担保债权人处分设保资产的权利

70. 第 78 条基于《担保交易指南》第 148-151 项建议(见第八章,第 48 段和第 57-60 段)。第 1 款规定,有担保债权人可以通过向法院或其他主管机关(拟由颁布国指明)提出申请而变卖设保资产或以其他方式处分、租赁或许可设保资产,或者不经申请而采取此类行动。第 2 款规定,如果有担保债权人决定通过向法院或其他机关提出申请而行使其权利,颁布国可指明据以确定变卖或以其他方式处分、租赁或许可设保资产的方法、方式、时间、地点和其他方面的相关规则。

71. 第 3-8 款述及有担保债权人在不向法院或其他主管机关提出申请的情况下进行的处分。第 3 款规定,有担保债权人可以确定变卖或以其他方式处分、租赁或许可的各方面(包括是否单件、分批或整体变卖或以其他方式处分、租赁或许可设保资产)。第 4 款规定,有担保债权人必须向设保人、债务人、以书面方式通知有担保债权人其对设保资产享有权利的任何人以及已在登记处办理通知登记或占有设保资产的任何其他有担保债权人发送载有第 5 至 7 款所述所有内容的通知。颁布国应当指明一个很短的期限,有担保债权人必须在此期限内发送通知。第 8 款规定,如果设保资产不易保存、可能迅速贬值或属于可在公认市场上加以变卖的一类资产,则无需发送通知。此处的“公认市场”是指价格由市场确定而非由个别卖方决定的市场。应当指出的是,这一规则并不意味着,庭外出售公司控股权不需要发送通知。

72. 在不违反其秉持善意和商业合理方式行使的义务的前提下(见第 4 条),有担保债权人可以:(a)以公开或私下出售的方式处分设保资产,并且如果公开出

售则可采取拍卖或招标的方法；及(b)决定是否逐一、分批或整体处分设保资产（见第 78 条第 3 款和担保交易指南第八章第 71-73 段）。

第 79 条. 设保资产处分收益的分配以及 债务人对任何缺额的偿付责任

73. 第 79 条基于《担保交易指南》第 152 至 155 项建议（见第八章，第 60-64 段）。第 1 款规定，在由法院或其他主管机关监督出售或以其他方式处分、租赁或许可设保资产的情况下，收益的分配按拟由颁布国指明的规则确定。然而，这类分配应遵循《示范法》优先权规则所规定的优先次序。

74. 根据第 2 款，未向法院或其他主管机关申请而出售或以其他方式处分、租赁或许可设保资产时，收益的分配必须遵守第 2 款载列的确定收益分配顺序的规则。第 2 款(b)项要求对排序在后的相竞求偿人予以支付。其原因是，根据第 81 条第 3 款和第 4 款，即使是在排序较低的有担保债权人进行强制执行之后，排序较高的有担保债权人仍然保有担保权。

75. 根据第 3 款，如果处分的收益净额不足以清偿有担保债务，从而存在短缺，则债务人仍然有义务支付剩余的债务。应当指出的是，不遵守强制执行义务的损害赔偿问题由其他法律、特别是有关消费者交易的法律来处理。因此，如果出售设保资产不具商业合理性且债务人提出反诉，则债务人有责任支付的缺额可能就会减少。还应指出的是，这一条及第 72 条第 1-3 款至第 81 条不适用于应收款的彻底转让（见第 1 条第 2 款）。应当指出的是：(a)收益的分配要求有担保债权人向设保人、债务人和任何排序在后的相竞求偿人报告并说明分配情况；及(b)有担保债务扣除净收益后对有担保债权人的任何余下欠款均是在扣除有担保债权人对设保人的任何欠款后的欠款。

第 80 条. 有担保债权人提议获取设保资产的权利

76. 第 78 条基于《担保交易指南》第 156-159 项建议（见第八章，第 65-70 段）。第 1 款规定有担保债权人有权书面提议获取一项或多项设保资产，以作为对有担保债务的全部或部分清偿。第 2 款指明该提议所应发送的对象除设保人外还有哪些其他人。第 3 款规定了提议的内容。

77. 第 4 和 5 款规定了确定有担保债权人的提议所获结果的规则。第 4 款规定，如果一项提议以获取设保资产作为全额清偿担保债务的方式，只要是必须收到提议的各人在收到提议后的很短时间（拟由颁布国指明）内均未提出反对意见，则有担保债权人依照提议取得设保资产；但是如果其中任何一人反对，则有担保债权人不得采取该行动。第 5 款规定，如提议获取设保资产以部分清偿有担保债务，则唯有所有收件人在收到提议后的短时间（拟由颁布国指明）内表示同意，有担保债权人方可获取设保资产。该做法意在保障通知所有收件人的权利，因为他们仍然要对部分有担保债务负责，或者可能在其他方面受到强制执行担保权的影响。

