



联合国国际贸易法委员会
第四十届会议
2007年6月25日至7月12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		3
A. 总论	1-58	3
1. 导言	1-6	3
2. 当事人意思自治	7-12	4
3. 有关违约前的强制性规则	13-32	5
(a) 一般规则	13-20	5
(b) 保全担保资产的义务	21-27	6
(c) 返还担保资产并终止通知的义务	28-32	7

* 由于需要完成磋商，最后审定其后的修订，本说明未能按照要求在会议开始前提前十周提交，而是推迟了3周提交。



4.	有关违约前的非强制性规则	33-39	8
5.	关于违约前的典型非强制性规则	40-58	10
	(a) 一般性规则.....	40-42	10
	(b) 债权人占有担保物的担保权	43-51	10
	(c) 设保人占有担保物的担保权	52-56	12
	(d) 占有式担保权和非占有式担保权	57-58	13
B.	特定资产说明.....	59-69	13
C.	建议.....		16

八. 当事人的权利和义务

A. 总论

1. 导言

1. 担保协议是设保人和有担保债权人之间的一种交易安排。其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，之所以列入某些条文，是因为这些条文是设定担保权强制性要求的一部分。与确定担保资产和担保债务有关的规则就属于这类条文（关于“担保资产”和“担保债务”的定义，见 A/CN.9/631/Add.1，导言，B 节，术语和解释规则）。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，当事人之间有效担保协议的设定上的正式要求应当是最为基本的并且容易满足的要求（见 A/CN.9/631，建议 12-14）。

2. 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，违约后权利）。然而，除非担保协议中有关债权人合同约定的权利和救济的条款与强制性规则发生抵触，或设保人在违约后宣布放弃（见 A/CN.9/631，建议 130）或由有担保债权人随时宣布放弃（见 A/CN.9/631，建议 131），这些条款将规范一旦发生违约后当事人之间的关系。

3. 此外，担保协议通常载有一系列其他条文，意在规范当事人在设定以后而又违约以前存在的关系。也就是说，担保交易的效率和可预见性通常要求有其他详细的条款，目的是涵盖进行中交易的特定方面。许多国家积极鼓励当事人本人拟定担保协议条款，以满足自身的需要。然而，这些国家同样还急于拟定某些强制性规则，以便规范违约前的权利和义务（尤其是可能涉及第三人权利的话）。但是为了使设保人和有担保债权人能够更加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的范围内。

4. 尽管各国普遍不愿意悉数列出有关当事人之间违约前关系的强制性规则，但这并不意味着，这些国家对于向设保人和有担保债权人提供指导毫无兴趣。事实上，许多国家即便没有在担保协议中明确列出这些条款，也仍然或多或少颁布了其他一些非强制性（或补充性）规则，详细规定当事人违约前的权利和义务。本章不涉及各国似宜拟订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，并不全面，在各国目前的法律中通常都能找到这些规则。

5. 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，这个问题涉及为了涵盖新的和正在演变中的各种担保交易，究竟可以把哪几类和哪一些非强制性规则列入现代担保交易法。

6. 对于为述及特定类型资产和交易违约前权利和义务而可以想到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 C 节最后提出了一系列建议。

2. 当事人意思自治

7. 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 A/CN.9/631，建议 8）。主要想法是，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分配违约前权利和义务，预期通常能够使设保人有更多的机会获得担保信贷。

8. 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。任何协议，凡是偏离或修改了非强制性规则，就只能对该协议的当事人具有约束力，而不会影响到第三人的权利。

9. 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律限制。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卖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，许多国家对涉及称作“家庭财产”或“社区财产”的财产作出了限制。

10. 除了有关特定设保人和特定财产的这些强制性规则外，各国通常会实行性质更为笼统的各种强制性规则。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，与这些规则关系最多的是违约和强制执行。但有些还涉及违约前权利和义务。后几类强制性规则在本章下一节讨论。

11. 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详细阐述其协议的一些结构性要件。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) 他们将约定必须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) 他们将界定必须担保的债务并就根据约定而可以担保的任何未来债务作出规定；

(c) 他们将力图对设保人在担保资产上的作为和不作为作出规定（包括利用、转用财产，收取财产孳息和处分财产的权利）；

(d) 他们将指明债权人在发生违约前争取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；

(e) 他们将指明设保人作出的一系列陈述、担保和承担的义务；以及

(f) 他们将界定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）。

12. 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各种强制性规则和非强制性规则。

3. 有关违约前的强制性规则

(a) 一般规则

13. 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。有些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（见第二章，适用范围和其他一般规则）。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。

14. 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。各国在这些规则上的差异很大。例如，为防止债权人行为逾规和过分担保，有些国家颁布了一些规则，对不必再用于担保到期债务未偿余额的财产，要求债权人同意允许使用。同样，有些国家不允许债权人对设保人使用或转用担保资产的权利加以限制，只要这种使用或转用符合这些资产的性质和目的。

15. 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。根据本国国民经济的特殊性，各国或许认为有必要对担保权人和设保人之间违约前关系的某些方面作出更为严格的规定。但如果这些国家作出此种规定的话，根据当事人意思自治原则，这些强制性规则就应当(a)采用措词明确限定的表述方法；及(b)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（*ordre public*）方面的公认理由为依据（见 A/CN.9/631，建议 128 和 129）。

16. 第三类强制性规则的目的是确保担保交易制度的基本目的不致遭到歪曲。各国通常会利用这类规则，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，担保的要义在于规定债权人享有在发生违约时以担保资产的价值优先求偿的权利，因此按照担保交易制度的逻辑，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其正常的使用。

17. 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价值的

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。但这些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。

18. 担保协议不得减损规定违约前权利和义务的强制性规则（或任何强制性规则）。例如，当事人不得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，有担保债权人事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（甚至包括违反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，设保人不得免除强制性规则给有担保债权人规定的任何义务。

19. 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担保交易制度关键原则的目标。这些强制性规则载述的违约前权利和义务能：**(a)**鼓励占有人保全担保资产违约前的价值；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。

20. 本指南第十二章（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，以此作为独立形式的购货融资权。在这些情形下，出卖人的权利不属于担保权，而是构成了在全额支付购置款之前对已变卖财产的所有权（关于“担保权”、“购货融资权”、“保留所有权”和“融资租赁”等用语的定义，见 A/CN.9/631/Add.1，导言，B 节，术语和解释规则）。为此原因，即便交易的基本经济目标与普通担保权的目标相同，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对所有权的期望权的买受人）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十二章 A.8 节。

(b) 保全担保资产的义务

21. 担保资产是债权人确保偿付担保债务的主要保证之一，也是设保人在偿付贷款或信贷之后通常期望并意图继续自由使用的资产。出于这些原因，有担保债权人和设保人都有兴趣保持担保资产的价值。

22. 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财产。考虑到目的是确保公平分配照管担保资产的责任，鼓励当事人保全资产的价值，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强制性义务。

23. 该义务的具体内容视担保资产的性质而可能有很大的变化。对于有形财产，该义务首先是指资产的实际保全（关于“有形财产”和“无形财产”的定义，见 A/CN.9/631/Add.1，导言，B 节，术语和解释规则）。凡涉及到无生命

的有形财产，通常就应当规定，有义务保证财产处于良好修复状态，不得将其用于非正常用途。举例说，如果涉及的是一台机器，就不得任其遭到雨淋，占有和使用该机器的当事人必须对机器进行定期维护。将客车用作担保的，占有人就不得出于商业目的而把客车用作轻型卡车。

24. 对于动物等活体有形财产，应当设定类似的义务。光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）。为维持该动物的价值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动物。

25. 担保资产为有形财产的，例如体现为流通票据的付款权，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流通票据约束的先前当事人的权利（例如，出示票据，按照法律规定提出抗议，发出拒绝承兑通知）。流通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）的步骤以便保全票据的价值。有形财产为流通单证的，占有人也还必须实际保全该单证。此外，单证有时限的，单证占有人必须在其失效以前出示，以便对单证所涉财产提出实际占有的主张。

26. 担保资产为无形财产的，参照占有人确定合理照管义务的难度较大。无形财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了讨论。担保资产系银行账户贷记款受付款、知识产权或独立保证下的收益的，在有关这种特定形式财产的特别法规中，各国通常对交易当事人各自的权利和义务作出规定。

27. 根据上述考虑，本指南建议各国颁布有关违约前的一般强制性规则，目的是确保公平分配照管担保资产的责任，鼓励占有当事人保全担保资产违约前的价值（见 A/CN.9/631，建议 109，(a)项）。

(c) 返还担保资产并终止通知的义务

28. 担保权的主要目的是，提高设保人向有担保债权人偿还任何所欠负债的可能性。担保权既不是侵夺设保人剩余价值的一种手段，也不是将该财产变相转移给有担保债权人的一种形式。出于这个原因，大多数国家颁布了强制性规则，以规范全额偿付担保债务并终止所有贷款义务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，有担保债权人在协议实施期间占有资产的，将担保资产返还设保人；还有一些义务涉及确保设保人对担保资产的权利免受任何剩余抵押的拖累。

29. 本指南规定，有担保债权人可以采取占有担保财产的方式，以其权利有效对抗第三人（见 A/CN.9/631，建议 35）。此外，即便无法将债权人的占有用于实现第三人的有效性，根据当事人意思自治的原则，设保人仍然可以约定，在设定担保权时或在其后某一时间内，允许有担保债权人占有其资产，即便设保人并没有违约。但不管属于以上哪一种情形，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。为此原因，对于在偿付担保债务后占有或控制担保资产的或提供进一步信贷的任何承诺已告终止的有担保债权人，大多数国家均颁布了有关其义务的强制性规则。

30. 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，要么排除障碍顺利接触这些资产，或者两者同时做到。正是出于这个原因，许多国家规定，有担保债权人承担在全额偿付担保债务（及终止所有信贷承诺）之后将担保资产返还设保人的形式上的义务。债权人有责任交付担保资产，而设保人却没有责任要求收回或拿走这些资产。同样，有担保债权人和存款吸纳机构订立控制协议的，许多国家要求，有担保债权人明确通报存款机构，控制协议已不再有效。这些要求均意在确保，一旦全额偿付担保债务，终止所有信贷承诺，设保人即自动获得对担保资产的自由使用。

31. 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。如果是无形财产的话，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，表明担保债务已经全额偿付，设保人再度有权收取应收款的付款（关于“应收款”和“应收款的债务人”的定义，见 A/CN.9/631/Add.1，导言，B 节，术语和解释规则）。有些国家的做法更为笼统，规定有担保债权人有义务停止将担保资产用作担保权，确保从相关登记处的记录中删除有关该担保权的证据。因此，举例说，不是自动从登记处中删除登记的，在经过较短的一段时期后，债权人常常必须请登记处删除该登记。同样，担保权成为所有权证书上通知标的的，有些国家要求有担保债权人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任何必要的步骤，确保没有任何第三人竟然会认为设保人的资产仍然有可能受制于其担保权。

32. 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，基本上就是出于这些考虑。该强制性规则的主要目的是，明确设保人恢复对以前设保的财产的完全使用和享有，在涉及第三人的交易中，能够有效地处理这个问题（见 A/CN.9/631，建议 109，(b)项）。

4. 有关违约前的非强制性规则

33. 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，列举了述及相同问题的各种非强制性规则。各国用于确定“在不违反当事人之间相反约定的情况下”的规则措词（例如，*jus dispositivum*, *lois supplétives*, *normas supletorias*, 非强制性规则，缺省规则）各不相同。但这些规则有着共同的特征：这些规则均意在自动适用，除非有证据表明当事人意图排除或修订这些规则。

34. 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。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，就必须通过谈判达成这样的协议。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；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。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。

35. 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最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的条文。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保留该资产产生的任何收益，并将其直接用于偿付担保债务。

36. 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这些空白，减少潜在纠纷的数目，各国通常规定了一些基本的定性规则。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用作担保的实质性权利（不论是所有权、出租人的财产权还是对人权）的持有人。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。

37. 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，由于能够使双方当事人注意在商谈其协议时应当认真考虑的问题，因此将提高效率和可预见性。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论及的若干问题。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。

38. 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。在长期交易或当事人无法预见任何意外情况的其他投机性交易中，这一好处尤其明显。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。

39. 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（即《联合国国际货物销售合同公约》第 6 条）¹或移动资产担保交易的某些方面（例如，《联合国

¹ 联合国出版物，出售品编号：E.95.V.12。

国际贸易应收款转让公约》²第 11 条第 1 款）（以下简称“联合国转让公约”）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）均广泛认识到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具有各种好处。

5. 关于违约前的典型非强制性规则

(a) 一般性规则

40. 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，本章不涉及针对担保权所需基本条款而可以拟订的非强制性规则（例如，担保协议最为基本的内容）。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（违约后权利）中论及。

41. 本节讨论的非强制性规则针对当事人的违约前权利与义务。但是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。这些规则是对强制性规则的一种补充，后者述及担保资产占有人的权利与义务。

42. 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。但是不论担保为占有式担保还是非占有式担保，某些非强制性规则预计都将予以适用。将依次考虑这三种情形。

(b) 债权人占有担保物的担保权

43. 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、保全和保存为其占有的担保资产。有担保债权人通常还有义务采取所有必要的修复措施，使担保资产处于良好的状态。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，指明了债权人在照管为其占有的担保资产上的进一步义务，尤其是如果担保资产产生了法定孳息和天然孳息或者是创收资产的话。以下各段述及这类更为普通的非强制性规则。

44. 关于照看和保全的基本义务，对于有形财产，许多国家明确要求，有担保债权人必须保证担保资产可以明确辨认。担保资产为可替代资产，并且混同于同一性质的其他资产的，该义务即转为有义务保证资产的数量、质量和价值与最初担保时的原样相同。此外，为维持资产而需要采取的行动超出债权人能力的，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，以修复、照看或保全该资产或其价值。

² 同上，出售品编号：E.04.V.14。

45. 担保资产为体现设保人受付款的票据的，有担保债权人的照看义务并不限于实际保全该票据。许多国家要求，有担保债权人采取必要步骤，维持或保全设保人对抗受流通票据约束或承担附属责任的先前当事人的权利，并且还允许设保人或担保债权人提出强制执行付款义务的诉讼。

46. 另一条非强制性规则（从占有担保物的有担保债权人照看担保资产的义务中作出的推论）是，有担保债权人有权获得对资产保值所必须承担的合理费用的偿还，并将这些费用列入附担保债务。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 A/CN.9/631，建议 108）。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。

47. 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（关于列入收益定义中的天然孳息，见 A/CN.9/631/Add.1，导言，B 节，术语和解释规则）。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，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，由债权人根据相同条款持有。

48. 收益为金钱收益的，如规定债权人在收取后有义务将这些收益转交设保人则意义不大。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。有些国家甚至允许债权人卖出作为股息持有的追加股票，或作为追加担保资产持有（以动物产物的方式）。

49. 关于处分权，各国在如何颁布非强制性规则上区别很大。无论如何，债权人都不得挥霍担保资产。但是有些国家规定，有担保债权人可以转让附担保债务和担保权。这就是说，债权人可以将担保资产的占有权转给已向其转让附担保债务的人。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（“担保财产的再抵押”），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财产重新抵押。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财产的权利。

50. 通常是在对财产享有所有权，而不是占有财产之后，才存在财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毁损或遭受非正常损耗的，就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，对损失也就不承担赔偿责任。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。

51. 最后这条规则，作为一则特例，体现了一条更大的原则，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财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 A/CN.9/631，建议 108，(a)项）。纳税款、修理费和储存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) 设保人占有担保物的担保权

52. 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。保持担保资产违约前的价值符合这一目标。但是设保人占有担保物的非强制性规则的政策依据还有一个目标，那就是，最大限度地发挥担保资产的经济潜力。鼓励使用和利用担保资产是特别有助于设保人创造收益并偿付担保债务的一种方式。

53. 出于这个原因，大多数国家均规定，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。除非当事人另有约定，设保人有权使用合理方式，按照担保资产的性质和目的以及担保协议的目的，使用、混合、处理担保资产并将其混同于其他财产。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、使用和处理担保资产的条件，在所有合理的时间内检查该资产（见 A/CN.9/631，建议 108，(b)项）。占有担保物的设保人所应承担的照管义务包括，使得担保资产有适当的保险，确保迅速交纳税款。有担保债权人承担这些费用的，即便设保人仍然占有担保物，有担保债权人还是有权要求设保人偿还这些费用，并且可以把这些费用加在附担保债务中。

54. 担保资产为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。设保人对于无形财产（例如，银行账户、专利权、版权和商标使用费）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。

55. 许多国家目前均订有一条规则，防止孳息和收入（相对于严格意义上的处分收益）根据担保协议自动成为再担保物。本指南的做法不同，它规定，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，担保资产为设保人占有的，由担保资产产生的价值或收益的任何增加，都将自动受制于担保权，而不论这些增加的资产究竟是被视为法定或天然孳息还是收益。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，而有担保债权人可以对获得的收益主张权利。法定孳息为收入的，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，设保人不仅可以收取孳息和收入，并且可以在正常经营过程中对其进行处分，而不附带担保权。

56. 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。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，买受人取得该财产，但附带担保权。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（见 A/CN.9/631，建议 87）。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，授权设保人设定更多的担保权，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。

(d) 占有式担保权和非占有式担保权

57. 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，还有两条共同的非强制性规则，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）。第一种担保来自于占有担保物的当事人应保持担保资产价值的想法。如果由于在订立担保协议时无法预见的原因而造成担保资产的价值大幅度减少，并且这种原因与占有担保物的当事人失察无关，有些国家则规定，设保人必须提供额外担保，以补偿价值的意外减少。这些国家通常还订立了其他规则，对有担保债权人的过度担保（即对其价值远远大于担保债务的资产设定担保权）能力加以限制。这些规则的假设是，为换取取消这一限制，有担保债权人应该可以要求设保人在担保资产基值急剧下跌时提供更多的财产用作担保。此外，这一规则通常延及担保资产的价值由于自然磨损或市场状况而发生的正常损耗，只要这类损耗达到担保资产初始价值的一定的百分比。

58. 第二条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附带担保权的权利。如果没有相反约定的话，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 A/CN.9/631，建议 26）。有些国家甚至规定，即便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 A/CN.9/631，建议 25）。有担保债权人占有担保物的，这种转让也就意味着，有担保债权人还可将占有物转让给新的有担保债权人。在这两种情形中，担保债务的受让人所获得的对抗设保人或对抗担保资产的权利都不得大于转让人主张的权利。

B. 特定资产说明

59. 有关当事人违约前权利和义务的绝大多数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（总是规定担保财产占有人负责照看、维持担保财产并采取必要步骤保全其价值）；(b) 使用、转用、混合和制造担保财产的权利；(c) 收取担保财

产产生的孳息、收入和收益并将其归己使用的权利；及(d)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。

60. 这些规则所设想的情形是，担保资产为有形财产。但是在第三章（担保的基本做法）中，本指南注意到无形财产的重要性，特别是受付款作为设保人可以用作担保的财产的重要性。尽管把某些类型的无形财产（即担保，见 A/CN.9/631，建议 4）排除在本指南的范围以外，但列入了其他许多类型的无形财产：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独立保证下的收益（见 A/CN.9/631，建议 2，(a)项）。

61. 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。出于这个原因，各国订立了详细的规则，以规范当事人和第三人的权利与义务，而不论这些权利究竟是有体物（例如，流通票据或流通单证）下的权利还是无体物（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（本指南称之为第三人债务人）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。有关第三人债务人的权利和义务将在第九章中详细讨论。

62. 本章侧重于转让人和受让人之间有关违约前的权利和义务。按照当事人意思自治的原则，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。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《联合国转让公约》第 11-14 条的确针对国际转让规定了一些强制性规则。

63. 可以用简洁的语言来说明本领域的基本原则，在多数国家的法律中通常也能找到这一基本原则。该基本原则规定，由于担保协议可能提及当事人之间进行中的关系，除非另有决定，当事人应当受本人的习惯做法和惯例的约束。本指南所采纳的想法认为，当事人之间的约定为其相互权利和义务的主要来源，如果没有相反约定的话，本人已经确立的习惯做法和惯例也将对其具有约束力（见 A/CN.9/631，建议 110）。

64. 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向受让人所作的陈述。在通常情况下，可以推定：(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，就必须在协议中明确提及，或必须明确申明未作过类似的陈述。无论如何，如同设保人在有形财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，保全应收款的价值。这就意味着，转让人必须继续确保其保留收取应收款的法定权利。另一方面，除非转让人另作具体保证，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 A/CN.9/631，建议 111）。

65. 由于被转让应收款的价值包括了债务人对债务的付款，并且由于应收款的债务人只有在实际知悉受让人权利的情况下方有义务向受让人付款（见

A/CN.9/631, 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, 许多国家规定, 转让人或受让人都可以通知债务人, 提供如何付款的指示。尽管如此, 为了避免提供相互抵触的指示, 通常的情况是, 在此之后, 只有受让人可以就付款的方式和地点向债务人提供指示。

66. 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, 可能与有关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。债务人可以按照收到的指示付款, 然后收到已付款的退款(见 A/CN.9/631, 建议 116)。即便如此, 许多国家仍然还规定, 除非转让人和受让人另有约定, 此种违反可能会造成对由此产生的任何损害承担赔偿责任。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 A/CN.9/631, 建议 112)。

67. 由于受付款是担保的实际标的, 必须指明应收款债务人的任何付款(不论究竟是向转让人还是向受让人付款)对各自权利的影响。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所产生的结果作出规定。举例说, 即便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。考虑到对应收款的担保权的目的, 更为有效的做法是, 受让人有权保留支付款并将其用于减少转让人的债务。同样, 如果是在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, 将财产返还转让人为部分付款义务的, 各国通常规定, 应当把该财产交给受让人。但在所有这些情形中, 许多国家通过的规则都是非强制性的, 因此, 转让人和受让人可以在其协定中约定不同的结果。

68. 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。有时会向优先排位较低的受让人善意付款。在这类情形下, 各国通常规定, 不应当剥夺优先排位的受让人获取付款的权利, 付款义务涉及将财产返还转让人的, 受让人还应当有权接收这一财产。但是在所有这些情形下, 受让人或许只能保留以其对应收款的权利为限的付款, 因此, 如果应收款债务人的付款额大于转让人未偿还的负债, 受让人必须将余额汇给对其享有权利的人(视情为下一个排位较低的受让人或转让人)。按照其在分配转让人和受让人之间违约前权利与义务上的一般性做法, 本指南建议, 已经向实际上没有权利接收付款的人善意付款的情形必须遵守这些一般性原则(见 A/CN.9/631, 建议 113)。

69. 这些非强制性规则涉及转让人和受让人在无形财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。这些规则在许多方面恰恰反映了非强制性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

[委员会请注意：委员会似宜注意到，由于 A/CN.9/631 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。]
