



大会

Distr.: Limited
13 March 2002
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第六工作组（担保权益）
第一届会议
2002年5月20日至24日，纽约

担保权益
担保交易立法指南草案
秘书长的报告
增编

目录

	段	次	页	次
担保交易立法指南草案	1-43		2	
八. 当事人违约前的权利和义务	1-43		2	
A. 总论	1-35		2	
1. 导言	1-4		2	
2. 当事人意思自治	5-9		2	
a. 原则	5-6		2	
b. 限制	7-9		3	
3. 缺省规则	10-35		3	
a. 含义	10-11		3	
b. 政策目标	12-13		3	
c. 缺省规则的类型	14-35		4	
B. 小结和建议	36-43		6	



八. 当事人违约前的权利和义务

A. 总论

1. 导言

1. 对于有效、可执行的担保协议的法律要求应当尽可能少些，并应当易于满足（见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4，第 36-46 段）。然而，为了确保效率和可预见性，需要在担保协议中列入其他一些条款，用以涵盖交易的其他方面。例如，作保资产产生的收入可以由有担保债权人留存未增加作保资产的价值，也可以用于支付附担保债务。当事人本身最能够使担保协议的条款符合他们自己的需要和愿望。然而，为了填补当事人没有列入补充条款时可能产生的漏洞，担保交易制度通常载有一套缺省规则，详细规定各方当事人违约前的权利和义务。

2. 规范动产担保权利的法律框架，如要有效、具有效率和具有针对性，在法律上规定一些缺省规则是必要的。全面的涵盖，通过填补担保协议中可能的漏洞来清楚说明各方当事人的立场，这是有效的个人财产担保交易制度的一项核心原则，或者至少是其最重要的必然结果之一（见 A/ CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1，第 11 和 17 段）。在这方面，本指南所遵循的方针与最近的许多立法改革（例如魁北克民法典和魁北克民法典第 9 条）、一些区域示范法（欧洲复兴开发银行和美洲国家组织的示范法）以及涉及动产担保交易某些方面问题的国际公约（例如转让公约和移动设备公约）所遵循的方针相同。

3. 本章的范围有两个方面的限制。首先，它不涉及形成担保协议所需的条款（例如担保协议最起码的内容），因为这些条款履行的是另一种职能，因而在第四章中处理。其次，它不涉及担保协议当事人违约后的权利和义务，因为违约后将产生一些不同的政策问题，这在第九章中讨论。

4. 下文的初步讨论着重于两个重要政策问题。第一个问题涉及当事人意思自治原则以及当事人应当能在多大程度上自行拟订他们自己的担保协议（假定该协议无论是在实质内容还是在形式上均满足了设立担保权利的要求）。第二个问题涉及的是拟列入的缺省规则的类型和数目，以便包含新的和演变中的担保交易形式。本章最后概述关于有担保债权人和债务人违约前的权利和义务的建议。

2. 当事人意思自治

a. 原则

5. 只要保护消费者的立法不受干扰，可以把当事人意思自治确立为规范违约前担保协议各方当事人之间关系的一项主要原则。采用当事人意思自治这项原则来管辖担保交易的非产权方面的问题有助于合同的灵活性。虽然这使信贷提供者能够明显地选择如何拟订担保协议，但归根结蒂其目标是使债务人有更广的途径以更低的费用获得信贷。

6. 允许订约有充分的灵活余地也有助于通过填补担保协议中的潜在漏洞对当事人之间的交易进行管理。在许多情形下，人们并不把担保协议视作为一成不变、一锤子的交易。各方当事人会希望有一个活跃、持续进行的融资关系，在这种关系中有担保债权人将提供更多的资金作为贷款，而债务人则将提出用日后将获得的财产作为担保。要求当事人在其最初协议中就最后确定所有日后的修改和增补将会在履约方面造成高

昂的费用，这种费用最终将由债务人承担。当事人意思自治将使各方当事人能够保护他们在担保交易中的合法权益，而这种担保交易是他们长期关系的一部分。

b. 限制

7. 由于不可能完全预计到在哪些情形下可以获得担保权利来确保某项义务得到履行，可取的做法是避免一些不必要的限制，这些限制会影响当事人使担保交易适应他们自己的需要和情形的能力。然而，对当事人意思自治必须有某种限制，以防止有担保债权人越轨。应当以公共政策和诚实信用与公平交易这一首要原则为基础，严格制定这些限制，以便防止以当事人意思自治的名义对责任作任何不合人意、有违常规的分配。

8. 虽然有担保债权人和债务人应当能尽量自行处理他们相互的合同权利和义务，但这种自由不得延伸到担保协议的专属性效力，后者可能影响到第三方当事人的权利和义务。这种情形下的当事人意思自治概念应当放在范围更广的财产法所施加的限制范围内去理解。

9. 除了这种由每一法域根据各自的标准确定的合理限制外，当事人在下列方面应当享有广泛的灵活性：

- (一) 商定担保协议的条款；
- (二) 界定所担保的义务和违约触发事件；
- (三) 确定债务人对作保资产能采取什么行动和不能采取什么行动。

3. 缺省规则

a. 含义

10. 本章所列的规则意在若无证据表明各方当事人意欲加以排除时将自动适用。用以确定这种规则“受制于另外的协议”的概念词语各国互不相同（例如 *jus dispositivum*（酌定法）、*lois supplétive*（补充法）、*non-mandatory rules*（非强制性规则））。然而，这些用语具有一个共同的目的，就是用作填补漏洞的法律，也就是说，只有在当事人没有在其协议中涉及有关问题时，规则才予适用。无论制定这些规则时选用什么词语，它都应当清楚表明如果当事人没有另外约定，这种规则应当适用并能够执行。

11. 至于拟列入多少缺省规则，本指南不开列一份关于整个担保交易有效期内当事人各项权利和义务的详尽无遗的清单。虽然法律可以规定当事人自己最有可能商定的一些规则，但缺省规则清单的作用并非意在取代标准形式。缺省规则应当仅仅涵盖担保交易期间出现的最普通或最经常的事件，即立法者合理推断即使在担保协议无明示条款时当事人也已享有的权利和承担的义务。

b. 政策目标

12. 所有缺省规则都应当力求实现合理的政策目标，例如合理分配看管作保资产的责任，维护这种资产在违约前的价值，并尽可能增加其在违约后的价值。最好让当事人主动提出在担保协议中增列条款以增强对有担保放款人或者债务人的保护，而没有必要将这些条款作为缺省规则列入本指南所设想的法律中。例如，如果当事人想列入一

项法律选择条款，或者如果有担保债权人想要债务人在某一指定存款帐户上存入任何保险收益，或者如果仍然占有作保资产的债务人想在有担保债权人行使其检查作保资产的权利前获得某种事先通知，各方订约当事人必须在合同中明文订立这些附加条款。

13. 缺省规则可以遵循一整套政策，以符合各个法域的需要和惯例。然而，大多数法域可能会一致同意，采用关于个人财产担保的缺省规则有利而无弊，因为这种规则有助于扩大以较低价格获得信贷的可能性。例如，占有作保资产的当事人应当承担维护、看管的责任。这类规则意在鼓励控制和保管作保资产的当事人采取负责的行为，同时尽最大可能在发生违约时实现作保资产的价值。

c. 缺省规则的类型

14. 可以区分这样两种权利和义务：一种是占有作保资产的有担保债权人所共有的，另一种则属于在非占有性担保中占有作保资产的债务人。

一. 占有性担保

15. 就占有性担保权利而言，当事人的违约前权利和义务应当至少鼓励有担保债权人维持作保资产的价值，当这些资产是创收财产时尤其如此。以下所列为占有作保资产的有担保债权人享有的最重要的一些责任和权利。

(a) 看管责任

16. 鼓励占有作保资产的有担保债权人采取负责任行动的最好方法是规定该债权人有义务对作保资产加以合理的看管。应当明确、详细地陈述行使这种看管责任的范围和方式。这应当包括维护作保资产始终处于良好状态的责任以及进行所有必要的维修使这种资产处于良好状态的责任。

17. 解除看管责任的方式可以视情况而各有不同。在某些情形下，有担保债权人仅需通知债务人，将作保资产交还债务人，以便使债务人能够采取维护行动。在另一些情形下，可能没有理由期望债务人会采取这种行动，因而必须由占有作保资产的有担保债权人来履行这种看管责任。

(b) 要求偿还合理费用的权利

18. 有担保债权人履行看管责任时发生的合理费用应当由债务人承担，有担保债权人应当有权利要债务人偿还这些费用。有担保债权人故意发生的其他类型费用不应当由债务人支付。

(c) 合理使用作保资产的权利

19. 为了鼓励使用作保资产赢利，应当允许有担保债权人出于维护和维持作保资产的目的加以使用或操作，但仅以这种使用的方式和程度合理为限。

(d) 使作保资产可以识别的责任

20. 除非作保资产具有可替代性，有担保债权人必须使有形资产可以识别。

(e) 采取措施维护债务人权利的责任

21. 有担保债权人看管资产（例如货币权、知识产权和其他无形动产）的责任并不仅仅是维护体现这种给付权或知识产权的文件或文书。这些情形下的看管责任还包括有义务采取积极措施维持或维护债务人对第二赔偿责任人（例如担保人）的权利。

(f) 允许债务人检查的责任

22. 占有作保资产的有担保债权人的另一项义务是应当允许债务人在合理时间检查作保资产。

(g) 将收入算作支付附担保债务的权利

23. 有担保债权人获得的从作保资产中产生的收益（包括资金利润、动物产仔和其他“合法财产”或“天生”孳息），除非汇给债务人，否则可以由有担保债权人留存，算作对附担保债务的付款。

(h) 转让附担保债务和担保权利的权利

24. 有担保债权人应当有权转让其对债务人的索款权（附担保债务）和该附担保债务所附带的担保权利。如可能，受让人继承原始有担保债权人所享有的一切权利。

(i) “转押”作保资产的权利

25. 有担保债权人还可以有权以作保资产作为对债务的担保来设立担保权利。也就是说，只要债务人履行债务后收回资产的权利不受损害，有担保债权人可以“转押”作保资产。

(j) 为作保资产保险防止损失或损害的权利

26. 尽管设立了担保权利，但是作保资产的损失或损害风险仍然由债务人承担（在大多数法律制度中，债务人仍然保持对作保资产的财产权）。然而，有担保债权人为作保资产充分保险是符合其利益的。因此，有担保债权人应当有权代表债务人订立保险合同并由债务人偿还有关费用。

(k) 代表债务人纳税的权利

27. 对作保资产所征的税也属于债务人的责任。然而有担保债权人应当有权代表债务人缴纳这些税款以保护其在资产中的担保权利。这种付款应当视作为维护作保资产而发生的合理开支，有担保债权人应当有权获得偿还。

二. 非占有性担保

28. 作为有效担保交易制度的一个重要政策目标，担保交易制度应当鼓励继续占有作保资产的债务人在已经授予这些资产上的担保权利情形下仍然采取负责的行为（见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, 第 18 段）。因此，非占有性担保缺省规则的基本政策目

的是尽最大可能发挥债务人资产的经济潜力(见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1, 第 11 段)。鼓励从经济角度利用债务人的资产有助于为债务人创造收入。保持属于债务人的作保资产的违约前价值符合为有担保债权人利益尽可能实现这些资产最大价值的目标。

(a) 给作保资产适当保险和纳税的责任

29. 占有作保资产的债务人承担的看管责任包括为作保资产适当保险和确保按时缴纳财产税。如果有担保债权人支付了这些违约前费用,担保权利确保其有权从债务人处获得偿还。

(b) 允许有担保债权人检查的责任

30. 有担保债权人应当有权检查占有作保资产的债务人对作保资产的保存情况。为此,债务人应当允许有担保债权人在所有合理时间检查作保资产。

(c) 记帐和保存充分记录的责任

31. 当作保资产是由债务人占有的创收财产时,债务人的责任包括对作保资产产生的收益所作的处分和处理进行合理的记帐。这项责任应当包括保管关于作保资产状况的充分簿记记录。

(d) 采取措施维护对作保资产的权利的责任

32. 当作保资产为无形资产时,例如债务人的应收款形式的给付款、存款帐户、使用费或者专利、版权和商标权,债务人的看管义务的主要方面是采取必要措施维护这些权利。

(e) 获得收入的权利

33. 正如债务人要对违约前费用和收费负责,债务人同样也从由其占有的作保资产产生的收入和收益中获利。这些收益通常需受制于有担保债权人在作保资产上的担保权利。

(f) 使用、混合、合并和处理作保资产的权利

34. 占有作保资产的债务人通常有权与其他资产一起使用、混合或合并和处理作保资产以及在其正常的商业活动中处分作保资产。

(g) 就同一资产二次授予担保权利的权利

35. 债务人就已作保资产二次授予担保权利的权力也应当列作缺省权利。

B. 小结和建议

36. 本章所列的缺省规则力求阐明担保协议各方当事人在违约前的权利和义务。这些规则是非约束性的,而不是强制性的,因此在为各方当事人规定每项权利和责任时,

都应当有“除非另有商定”字样作为前缀条件。这些规则非约束性的一个必然结果是当事人可以放弃或者变更本章中为他们规定的权利和义务，但这种放弃违背公共政策或者与诚实信用和公平交易的首要原则相冲突的除外。

37. 占有作保资产的有担保债权人应当看管、维护和维持资产，使之处于良好状态。有担保债权人还必须进行所有必要的维修，以使作保资产处于这种状态。当作保资产为有形资产时，有担保债权人应当使这些资产能够适当识别，但可替换的动产除外。

38. 当作保资产是债务人享有的货币给付权或者其他无形资产（例如可转让票据或应收款）时，有担保债权人的看管义务应当包括有责任维护债务人对第二赔偿责任人的权利。有担保债权人应当允许债务人在所有合理时间检查作保资产。在充分履行了附担保债务后，有担保债权人应当将作保资产归还债务人。

39. 占有作保资产的有担保债权人应当有权留存由作保资产产生的任何收益作为追加担保，并将它算作对附担保债务的付款，但汇给债务人的除外。有担保债权人还可以通过转押方式在作保资产上设立担保权利。

40. 对有担保债权人在履行保管和看管义务时发生的合理费用（包括保险费用和纳税），必须偿还给有担保债权人。有担保债权人获得这些费用偿还的权利也应当由作保资产担保。

41. 在非占有性担保情况下，继续占有作保资产的债务人也应当承担保管和维护的责任。债务人在履行这一责任时必然会发生保险费、纳税和其他收费等费用。

42. 占有作保资产的债务人应当有权与其他资产一起使用、混合或合并和处理作保资产以及在其正常商业活动中处分作保资产。债务人还可以授予对作保资产的事后担保权利。

43. 占有作保资产的债务人还应当允许有担保债务人在合理时间检查作保资产的状况以及保持合理的簿记，详细列出作保资产的处分或处理情况。如果作保资产是无形动产，债务人的看管义务还包括坚持或护卫债务人的给付权或者采取必要的措施收取对债务人的欠款。