



联合国国际贸易法委员会
第六工作组（担保权益）
第四届会议
2003年9月8日至12日，维也纳

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	1-60	2
七. 违约前当事人的权利和义务	1-60	2
A. 总论	1-45	2
1. 导言	1-6	2
2. 当事人意思自治	7-10	3
a. 原则	7	3
b. 限制	8-10	3
3. 补充规则	11-45	4
a. 含义	11-12	4
b. 政策目标	13-14	4
c. 补充规则的类型	15-45	4
B. 小结和建议	46-60	9



七. 违约前当事人的权利和义务

A. 总论

1. 引言

1. 对于有效、可执行的担保协议的要求应尽可能少些，并易于满足（见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1，第…段）。然而，为了确保担保交易的效率和可预见性，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。鼓励当事人之间根据自己的特定需要和愿望订立担保协议的条款。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，现代担保交易制度应载有一套补充规则，详细规定违约前各方当事人的权利和义务。举例来说，此类规则可包括一条规则，规定设押资产产生的收入可以由有担保债权人留存，增加设押资产的价值，或者也可以在发生违约的情况时用于偿付附担保债务。

2. 担保交易制度全面涵盖违约前当事人的权利和义务，可以从若干方面提高效率和可预见性：通过填补担保协议中当事人未予涉及的问题而可能遗留的漏洞，有助于澄清各方当事人的立场；允许各方当事人借助于一套补充规则而界定彼此之间的关系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.6/Add.1，第 28 和 30 段）。在这方面，本指南所遵循的方针与各国现代法律制度（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 至 9-210 条）、一些区域示范法（例如欧洲复兴开发银行示范法第 15 条和美洲国家组织示范法第 33 条）以及涉及国际销售方面的国际公约（即《销售公约》第 6 条）或涉及动产担保交易某些方面问题的国际公约（例如《联合国转让公约》第 11 条第 1 款和《移动设备公约》第 16 条）所遵循的方针相同。

3. 此外，一套补充规则在有担保债权人和出押人之间以他们本人最有可能取得一致意见的方式划分权利和义务，有助于降低交易费用，使各方当事人不必商议和草拟在这些规则中已经充分述及的新条款。而且，明确的补充规则也给各方当事人和法院或仲裁庭提供了方向，减少了潜在的纠纷、相关费用和前后不一的裁决。最后，补充规则由于提出了各方当事人可选择不予适用的若干规则，列出了各方当事人在商议和缔结担保协议时似宜涉及的一系列问题的核对表，从而可用作协助草拟工作的一种工具。

4. 而且，由于有了补充规则，当事人意思自治的原则可以发挥作用，令各方当事人充分获益。在长期交易或当事人无法预见所有情况或甚至有兴趣采取灵活性做法的其他交易中，这一点尤为重要，因为要求各方当事人对其最初协议所作的任何事后修改和补充都必须采取正式形式，会造成最终将由出押人负担的大量履约费用。

5. 本章的范围有三个方面的限制。首先，它不涉及担保权的成立所需的条款（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（见 A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3，第 48-60 段）。其次，本章不涉及违约后产生的各方当事人的权利和义务，因为违约后将产生一些不同的政

策问题，这些在第八章中涉及（见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5）。第三，本章的目的不是详尽无遗地列举各方当事人在商议合同时可能想涉及的各种问题，而是根据必要性，仅作为示例或不完全地列出各方当事人在自由商议典型担保交易时最有可能取得一致意见的权利和义务。

6. 下文的初步讨论侧重于两个重要的政策问题。第一个问题涉及当事人意思自治原则以及当事人应当能够在多大程度上拟订其担保协议的条款（假定该协议在实质内容和形式上均满足了设立担保权的要求）。第二个问题涉及的是拟列入现代担保交易立法中的补充规则的类型和数目，以便包括新演变产生的担保交易形式。本章最后概述了所建议的补充规则。

2. 当事人意思自治

a. 原则

7. 如果不影响对消费者的保护或类似的公共政策方面的考虑，可将当事人意思自治确定为管辖违约前担保协议各方当事人之间关系的一项首要原则。尽管当事人意思自治赋予信贷提供者确定担保协议内容的重要权力，但结果也给出押人提供了以较低费用获得信贷的更大机会。

b. 限制

8. 有担保债权人和出押人在绝大多数情况下应该可以自由地处理彼此合同规定的权利和义务。然而，此类自由所适用的是担保协议的合同效力，而不是其专属效力，当事人意思自治适用于担保协议的各方当事人（即，有担保债权人和出押人），但不应影响非该协议当事人的他人权利和义务。

9. 由于不可能完全预计到在某些情形下可能要求担保权作为某项义务得到履行的担保，所以可取的做法是，减少对影响当事人能够按其本身需要和情形调整担保交易的能力的限制。然而，对当事人意思自治必须有某种限制，以防止越轨行为（例如，关于超额提供抵押，见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1，第...段）。对于这些限制必须给予明确的定义，并且以公共政策，尤其是以诚实信用和公平交易为基础。

10. 除了这种由每一法域根据各自的公共政策标准确定的合理限制外，当事人在下列方面应享有广泛的灵活性：

- (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；及
- (三) 确定出押人对设押资产能采取和不能采取什么行动。

3. 补充规则

a. 含义

11. 本章所列的规则仅意在为当事人未另行约定时予以适用。若无证据表明各方当事人意欲加以排除，这些规则将自动适用。各国为确定这种规则“受制于当事人之间相反约定”这一概念所使用的词语不尽相同（例如，*jus dispositivum*（酌定法）、*lois supplétives*（补充法）、*normas suppletorias*（补充规范）、*non-mandatory rules*（非强制性规则）、*default rules*（缺省规则））。无论制定这些规则时使用什么术语，它都应明确表明，只有在当事人无另外约定的条件下，这种规则才应当适用和可以执行。

12. 本章讨论的补充规则仅仅涵盖担保交易期间最常发生的情况，即根据立法者合理推断当事人最有可能商定但却在担保协议中未明确述及的权利和义务。

b. 政策目标

13. 所有补充规则都应当以合理分配看管设押资产的责任并维护违约前价值等政策目标为基础。最好让当事人决定是否在担保协议中增列条款，以增强对有担保放款人或出押人的保护。例如，当事人在其协议中可指明管辖其相互权利和义务的法律，或商定，出押人将把由于设押资产灭失而获得的任何保险收益存入某一存款帐户。这些只是各方订约当事人在其协议中通常应明确规定的许多事件的示例。

14. 补充规则应该反映各个法域的需要和惯例。然而，大多数法域可能会一致同意，采用有助于促进以较低价格获取信贷并鼓励控制和保管设押资产的当事人采取负责任行为的规则，有利无弊。例如，大多数法域都会同意一项补充规则，规定有担保债权人有权就为维持设押资产而负担的合理支出获得偿付。

c. 补充规则的类型

15. 可以区分下述三种权利和义务：属于占有设押资产的有担保债权人的权利和义务（占有式担保）；属于占有设押资产的出押人的权利和义务（非占有式担保）；以及占有式担保权和非占有式担保权所共有的权利和义务。

一. 占有性担保权

16. 就占有性担保权而言，补充规则应当至少鼓励有担保债权人维持设押资产的价值，当这些资产是创收财产时，尤其如此。以下所列为赋予占有设押资产的有担保债权人的一些最重要责任和权利。

(a) 看管责任

17. 可以通过规定占有式有担保债权人对设押资产的合理看管义务而鼓励其采取负责任的行为。尽管当事人不得排除看管责任，或免除有担保债权人因违反看管责任而应承担的责任，但行使看管责任的范围和方式可以有所不同。此类不同取决于资产的性质。在有形资产的情形下，看管责任即实际保存资产（关于无形资产，见第 19 和 34 段）。

18. 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，希望出押人监督设押资产是不合理的，由占有设押资产的有担保债权人行使看管责任可能更为合适。在其他情形下，有担保债权人通知出押人即可，有担保债权人可能更有条件采取保护资产的必要步骤（但资产不得在出押人的房地，因为设押资产的返还可能会导致担保权的消灭）。由于无法在一条补充规则中详细阐述看管责任在不同情形下可能具有的不同含义，所以在草拟该条规则时似宜使用广义的措词。

(b) 采取进一步步骤的责任，保护出押人对无形资产的权利

19. 如果设押资产是流通票据所体现的收款权，则看管责任并不局限于实际保存体现此类收款权的凭证。此类责任还延伸至包括有义务采取必要步骤，维持或维护出押人对流通票据所约束的前位当事人的各项权利。这些步骤可包括，例如，出示票据、必要的拒付证书和拒付通知。有担保债权人占有以流通票据为形式的设押资产的，还有义务对根据该票据负有从属责任者（例如，担保人）采取步骤，维护出押人的权利。

(c) 合理使用设押资产的权利

20. 应当允许有担保债权人出于维护和维持设押资产的目的而对设押资产加以使用或操作，但始终仅以这种使用的方式和程度合理为限。

(d) 使设押资产可以识别的责任

21. 如果设押资产不具有可替代性，有担保债权人必须使有形资产可以识别，并且不得将此类资产与其他资产混在一起。如果设押资产是可以替代的，并且与其他同类性质的资产混在一起，则有担保债权人使设押资产可以识别的责任即成为使同等数量、质量和价值的资产作为最初设押的资产对之加以保管的义务。

(e) 允许出押人检查的责任

22. 占有设押资产的有担保债权人的另一项义务是允许出押人在合理时间内检查设押资产。

(f) 将任何收益或法定孳息作为额外担保加以保留的权利

23. 有担保债权人应该可以保留设押资产产生的金钱或非金钱收益或“法定孳息”（见 A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, 第 36-37 段）。除非担保协议当事方另有约定，金钱收益或法定孳息可用于偿付附担保债务。

(g) 转让附担保债务和担保权的权利

24. 有担保债权人可以转让附担保债务和担保权（在某些法域中，即使合同中对转让有限制规定，也不影响此类转让；见《联合国转让公约》第 9(1)条）。在例外的情形中，担保权可同其所担保的债务分开加以转让（例如，为确保子公司获得新的贷款，设定在子公司资产上的母公司担保权转移给某金融机构）。

(h) “转押”设押资产的权利

25. 在某些法域中，只要出押人在偿付附担保债务后取回资产的权利不受损害，有担保债权人可以在设押资产上设定担保权以作为对债务的担保（“转押设押资产”）。在其他法域中，占有设押资产的有担保债权人没有权利转押设押资产，既使其转押的情况不损害出押人在履行附担保债务以后收回资产的权利。然而，在与投资财产有关的担保交易中，有担保债权人的转押权属于常见的做法（然而，投资财产上的担保权超出了本指南的范围）。

(i) 为设押资产保险以防止灭失或毁损的权利

26. 尽管设立了担保权，但是设押资产的灭失或损害风险仍然由出押人承担（在大多数法律制度中，出押人仍然保持对设押资产的财产权）。然而，有担保债权人为设押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出押人订立保险合同并由出押人偿还有关费用。

(j) 代表出押人纳税的权利

27. 对设押资产所征的税款也属于出押人的责任。然而，有担保债权人应当有权代表出押人缴纳这些税款以保护其在资产中的担保权。这种付款应当视作为维护设押资产而发生的合理开支，有担保债权人应当有权获得偿还。

(k) 合理的支出获得偿付的权利

28. 设押资产在由有担保债权人占有期间，必要的保管和维护支出由出押人负担。如果有担保债权人在占有设押资产并履行其照管责任时发生了这些支出，有担保债权人有权要求出押人偿付这些支出。这方面的实例包括保险费（见第 26 段）和税款（见第 27 段），属于应由出押人支付的合理支出，有担保债权人有权要求就此获得偿付。

29. 担保协议可以规定，以其他方式安排与维护 and 照管设押资产有关的支出。此外，担保协议还可就其他类型的支出作出规定，发生这些支出是为了保护有担保债权人本身在设押资产上的权益，而不是出押人的权益。即使此类支出是合理的，但就补充法律而言，也不应由出押人负担。然而，如果担保协议有约定的，可以规定安排由出押人支付此类支出。

(l) 返还设押资产的责任

30. 在附担保债务完全付清以后，占有设押资产的有担保债权人必须将设押资产返还出押人。由于有担保债权人不得通过订约免除这一义务，因此，这通常属于强制性规则，而不是补充规则。

二. 非占有式担保

31. 有效担保交易制度的一个重要政策目标是鼓励仍然占有设押资产的出押人采取负责的行为（见 A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1，第 33 段）。因此，非占有式担保补充规则的基本政策是尽最大可能发挥出押人资产的经济潜力（见 A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1，第 28 段）。鼓励从经济角度利用出押人的资产有助于为出押人创造收入。保持设押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) 允许有担保债权人检查的责任

32. 有担保债权人应当有权监督占有设押资产的出押人对设押资产的保存情况。为此，出押人应当有义务允许有担保债权人在一切合理时间检查设押资产。

(b) 为设押资产适当保险和纳税的责任

33. 占有设押资产的出押人承担的看管责任包括为设押资产适当保险和确保缴纳财产税。如果有担保债权人支付了这些费用，则其有权要求根据担保权负有偿付义务的出押人予以偿付（见第 26 和第 27 段）。

(c) 采取措施维护对设押资产的权利的责任

34. 关于出押人以应收款为形式的收款权（例如，存款账户或专利、版权和商标的使用费或产生的权利）等无形设押资产，出押人照管义务的主要部分是采取必要步骤以维护这些权利（关于以流通票据体现的权利，见第 19 段）。

(d) 获得收益或“法定孳息”的权利

35. 除非另有约定，由出押人占有的设押资产所发生的任何增值或来自此类资产的收益，将自动从属于有担保债权人持有的担保权（见第 23 段），而不论所

增加的此类资产是否被视为法定孳息或自然孳息，或视作收益（关于这一问题的讨论，见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1，第…段）。

(e) 记账和保存充分记录的责任

36. 如果设押资产为出押人占有的创收财产，则只要担保权适用于由该资产创造的收入或收益，出押人的责任即可包括对设押资产产生的收益所作的处分和处理进行适当的记录并合理地编写账目。

(f) 使用、处分、混和、处理与合并设押资产的权利

37. 占有设押资产的出押人有权使用、混合、处理设押资产以及将设押资产与其他资产合并。如果没有得到有担保债权人的授权，出押人原则上不应有权处分设押资产。然而，作为一种例外，只要处分设押资产属于出押人的正常经营业务，出押人即可处分此类资产（见 A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3，第…段）。

38. 如果处分设押资产造成对此类资产的担保权的消灭，则担保权可适用于收益（关于这一问题的讨论，见 A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3，第 41-47 段）。

(g) 就同一资产再次授予担保权的权利

39. 出押人应当有权随后再次授予对已设押资产的担保权。

(h) 有担保债权人撤销登记或采取其他步骤的责任

40. 在附担保债务得到充分履行以后，有担保债权人必须放弃设押资产上的担保权，并申请撤销担保权的登记，或采取有助于通知指出出押人的资产不再受制于担保权的任何其他步骤（由于有担保债权人不得通过订约解除这一义务，该规定通常属于强制性法律，而不是补充法律）。

三. 占有式担保和非占有式担保

(a) 看管责任

41. 如果设押资产是有形资产，则看管责任主要涉及对资产的维护（见第 17 段）。如果设押资产是无形资产，则有担保债权人的看管责任同时包括对任何票据实物加以维护，并采取必要步骤，捍卫和坚持主张该票据内含的收款权（另见第 17 和 34 段）。

(b) 出押人补偿无法预料的贬值的责任

42. 如果设押资产的价值因订立担保协议时无法预计的原因而大幅度贬值，则出押人可能必须追加担保，以补偿价值出现无法预计的大幅度下跌。

43. 对由于时间推移或市场条件的变化而预计发生的设押资产价值的贬值，担保协议各方当事人似宜规定，如果此类贬值达到具有重要意义的某一点，则出押人应当追加担保，否则，有担保债权人可视之为违约事件。

(c) 将附担保债务与担保权一并转让的权利

44. 有担保债权人可自由转让附担保债务，通常，担保权将由此一并转让（见例如，《联合国转让公约》第 10 条；在某些情形下，有担保债权人可在转让担保权的同时不转让附担保债务；见第 24 段）。在此类转让以后，受让人——被转让人继承原始有担保债权人的所有权利和义务。

(d) 有担保债权人返还设押资产或以其他方式放弃担保权的责任

45. 在附担保债务得到充分履行以后，占有设押资产的有担保债权人必须将设押资产返还出押人（见第 30 段）。关于在公共登记处登记的非占有式担保，有担保债权人必须请求撤销担保权或提出放弃设押资产的通知（见第 40 段）。

B. 小结和建议

46. 本章所列的补充规则力求阐明在违约之前担保协议各方当事人的权利和义务。这些规则仅涉及在违约前各方当事人按合同规定的权利和义务，而未考虑担保协议的专属效力以及各方当事人在违约后的关系。

47. 这些规则是非约束性的，而不是强制性的，因此在根据这些规则为各方当事人规定每项权利和责任时，都应当由“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对其规定的权利和义务，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。

48. 原则上说，担保交易各方当事人在不违反公共政策规定的限制和对第三方当事人加以保护的情况下可自由商定其关系的内容。例如，占有设押资产的有担保债权人不得通过订约而免除在附担保债务偿付以后将设押资产返还出押人的责任（见第 30、40 和 45 段）。

49. 占有设押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，以使设押资产处于这种状态。关于有形设押资产，有担保债权人应当使这些资产能够适当识别。如果这些资产属可替换的，则看管责任还包括维护同等数量、质量和价值的设押资产的义务。

50. 当设押资产为出押人享有的货币给付权时，无论该权利是否在票据中有所体现，有担保债权人的看管义务都应包括有责任维护出押人对第二赔偿责任人的权利。

51. 占有设押资产的有担保债权人应当允许出押人在一切合理时间检查设押资产。在附担保债务得到充分履行之后，有担保债权人应当将设押资产返还出押人。
52. 占有设押资产的有担保债权人应当有权留存设押资产的任何增值或由设押资产产生的任何收益以作为追加担保。关于现金收益，有担保债权人可将其用于偿付附担保债务或将其归还出押人。
53. 除了在为数有限的情形下，有担保债权人不得对其占有的设押资产设定担保权。
54. 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设押资产担保。
55. 关于非占有式担保，仍然占有设押资产的出押人也应当负有看管和维护的责任。出押人在履行这一责任时必须承担保险费、税款和其他收费等费用。
56. 占有设押资产的出押人应当有权与其他资产一起使用、混合、处理及合并设押资产以及在其正常商业活动中处分设押资产。设押资产产生的收益或“法定孳息”可继续带有担保权。
57. 占有设押资产的出押人可随后再次授予对设押资产的担保权。
58. 占有设押资产的出押人应当允许有担保债权人在合理时间监督设押资产。关于创收的设押资产，出押人有责任保持合理的簿记，详细列出处分设押资产和处理收益的种种方式。
59. 如果设押资产由无形资产构成，出押人的看管义务还包括坚持主张或捍卫出押人的受付款，或者采取必要的步骤收回对出押人的欠款。
60. 在附担保债务得到充分履行以后，有担保债权人有责任要求注销对担保权的登记，或采取目的在于通知第三方当事人设押资产已解除担保权的任何其他步骤。