



联合国国际贸易法委员会
第四十九届会议
2016年6月27日至7月15日，纽约

担保交易示范法草案的颁布指南草案

秘书处的说明

增编

目录

	页次
第六章 当事人和第三方承付人的权利和义务.....	4
第一节 担保协议当事人的相互权利和义务.....	4
A. 一般规则.....	4
第 50 条 当事人的相互权利和义务的来源.....	4
第 51 条 占有方行使合理谨慎的义务.....	4
第 52 条 有担保债权人返还设保资产的义务.....	5
第 53 条 有担保债权人利用和查验设保资产并就其费用得到补偿的权利.....	5
第 54 条 设保人获得信息的权利.....	6
B. 资产特定规则.....	6
第 55 条 设保人关于应收款担保权的说明.....	6
第 56 条 设保人或担保债权人通知应收款债务人的权利.....	6



第 57 条	有担保债权人支付应收款的权利	7
第 58 条	有担保债权人保全设保知识产权的权利	7
第二节	资产特定规则：第三方承付人的权利和义务	8
A.	应收款	8
第 59 条	保护应收款债务人	8
第 60 条	应收款担保权通知	8
第 61 条	通过付款解除应收款债务人的义务	8
第 62 条	应收款债务人的抗辩和抵消权	10
第 63 条	不提出抗辩或抵消权的协议	10
第 64 条	原始合同的修改	10
第 65 条	应收款债务人付款的追回	11
B.	可转让票据	11
第 66 条	可转让票据下对承付人的权利	11
C.	银行账户贷记款受付款	11
第 67 条	对开户机构的权利	11
D.	可转让单证和所涵盖的有形资产	12
第 68 条	对可转让单证签发人的权利	12
E.	非中介代管类证券	12
第 69 条	对非中介代管类证券发行人的权利	12
第七章	担保权的强制执行	12
A.	一般规则	12
第 70 条	违约后权利	12
第 71 条	行使违约后权利	13
第 72 条	对不履行情形的救济	14
第 73 条	受影响人终止强制执行的权力	14
第 74 条	排序较高的有担保债权人接管强制执行的权力	15
第 75 条	有担保债权人取得设保资产占有权的权利	16

第 76 条	有担保债权人处分设保资产的权利.....	17
第 77 条	有担保债权人对处分设保资产后所得收益的分配权利	17
第 78 条	有担保债权人和设保人有权提议由有担保债权人获取设保资产	18
第 79 条	获取的设保资产权利	18
B.	资产特定规则	19
第 80 条	收取应收款、可转让票据、银行账户贷记款受付权 或非中介证券项下付款.....	19
第 81 条	彻底受让人收取应收款项下付款	19

第六章

当事人和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 50 条

当事人的相互权利和义务的来源

1. 第 50 条基于《担保交易指南》建议 110(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 条中所载的当事人自主原则。第 2 款意在使一些贸易惯例和做法具有法律效力, 因为这些惯例和做法可能未获所有国家普遍承认。

2. 除了第六章所列某些强制性规则外, (见第 3 条第 1 款、第 51 条、第 52 条、第 70 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。因此, 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。出于此原因, 删除了对当事人相反协议的提及。这个概念在本章所依据的《担保交易指南》建议和《转让公约》规定中已有提及(例见第 55 条、《担保交易指南》建议 114、《转让公约》第 12 条)。

第 51 条

占有方行使合理谨慎的义务

3. 第 51 条基于《担保交易指南》建议 111(见第六章, 第 24-31 段)。它提出的规则是, 占有有形资产(根据第 2 条(jj)项中的定义包括了金钱、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在保全资产及其价值方面行使适当谨慎。如有其他人占有设保资产, 也可能按其他法律规定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。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, 但这条规则也承认, 保全资产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产生的某些权利, 以维护其权利。无论是何种情况, 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 51 条以及大致类似于《金融抵押安排指令》第 5(1)条的一条证券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。这两个条款之间的关系是按照相关法律规则作出解释的问题(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 52 条

有担保债权人返还设保资产的义务

6. 第 52 条基于《担保交易指南》建议 112 和 72(见第六章，第 35-39 段)。它规定，一旦设保资产上担保权消灭，占有资产的有担保债权人必须将其返还设保人(关于有担保债权人有义务就修订通知或取消通知办理登记的规定，见《登记处相关示范条文》第 20 条第 1(b)和第 3(c)项)。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 52 条并未明确述及有担保债权人撤回其向应收款债务人发出的任何通知的义务。第 57 条第 2 款和第 77 条第 2(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 52 条不适用于应收款或其他无形资产，因为此类资产不能成为实体转让的标的(见第 2 条(z)项)；(b) 有担保债权人是否应返还同等的非中介证券以取代因行使使用权而获取的最初设保非中介证券的问题，应由当事人和其他法律处理(例见《金融抵押安排指令》第 5(2)条)。

第 53 条

有担保债权人利用和查验设保资产并就其费用得到补偿的权利

8. 第 53 条基于《担保交易指南》建议 113(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 51 和 52 条中描述)，而且还享有某些权利。在第 1(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 51 条得到补偿的权利。在第 1(b)项下，享有占有权的有担保债权人可合理利用设保资产，只要将利用所得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诚意的一般标准，只能在商业上合理的时间、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 54 条

设保人获得信息的权利

10. 第 54 条是一项新规定,意在规定设保人(不包括彻底转让应收款时的转让人)有权从有担保债权人(不包括彻底转让应收款时的受让人)处获得信息,说明有担保债务或设保资产在某一时间点的数额。可能需要这一信息的理由包括设保人希望用已设保资产作为担保品去获得信贷,还包括可能的第三方债权人要求获得该信息(这并不适用于应收款的转让人,因为此类转让人不保留对应收款的权利,因此按第 6 条第 1 款不得设定担保权)。颁布国似宜将这一权利授予第三方债权人(例如胜诉债权人)。其他事项,例如有担保债权人未按要求提供信息或未提供准确信息的法律后果,应由其他法律处理。

B. 资产特定规则

第 55 条

设保人关于应收款担保权的说明

11. 第 55 条基于《担保交易指南》建议 114(见第六章,第 73 段),而该建议基于《转让公约》第 12 条。它规定,设保人设定应收款担保权的,设保人将被视为在担保协议订立之时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,并且应收款的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)。

12. 设保人有权创设担保权的提法并未从《担保交易指南》建议 114 搬用于第 55 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。但是应该指出,即使是在设保人和有担保债权人之间有反转让协议的情况下,设保人仍然对应收款拥有权力,并有权对其设保,因而可能对应收款造成担保权(见第 6 条第 1 款和 A/CN.9/885,第 77 段)。

第 56 条

设保人或担保债权人通知应收款债务人的权利

13. 第 56 条基于《担保交易指南》建议 115(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,在应收款上创设担保权的,设保人或担保债权人有权将担保权的存在通知应收款债务人并且发出付款指示,但一旦应收款债务人收到担保权通知,只有有担保债权人方可发出付款指示(第 60 条规定,通知或付款指示仅在应收款债务人收到时才有效)。

14. 应该指出，付款指示的概念有别于通知，因为：通知可能不包含付款指示(原因包括有担保债权人可能已控制设保人已指示应收款债务人向其中付款的设保人银行账户)；可能没有给予任何通知(原因包括交易涉及的是无通知型保理或隐名发票贴现等交易)；有担保债权人可能需要变更付款指示，因此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所发送的指示，仍然对第 62 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 57 条

有担保债权人支付应收款的权利

16. 第 57 条基于《担保交易指南》建议 116(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的应收款收益的权利。

17. 第 1 款规定，不论是否已经向应收款债务人发送了担保权通知，有担保债权人均有权保留：(a) 向有担保债权人所作的支付应收款的任何全额支付款或部分支付款的收益以及在应收款方面返还有担保债权人的任何有形资产(例如库存品)；(b) 向设保人所作的支付任何应收款的任何全额支付款或部分支付款的收益(以及返还设保人的任何有形资产)；以及(c) 向第三方所作的支付任何应收款的任何全额支付款或部分支付款的收益(以及返还设保人的任何有形资产)，先决条件是有担保债权人的权利享有对第三人权利的优先权。

18. 第 2 款反映了下述情况下与应收款相关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(另见第 77 条，第 2 款)。

第 58 条

有担保债权人保全设保知识产权的权利

19. 第 58 条基于《知识产权补编》建议 246(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 51 条(保全设保资产的义务)一般足以确保有担保债权人可采取这些步骤，但仍然将第 58 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 资产特定规则：第三方承付人的权利和义务

A. 应收款

第 59 条 保护应收款债务人

21. 第 59 条来自《担保交易指南》建议 117(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. 为了执行第 1 款的一般原则，第 2 款规定，为使有担保债权人能行使其担保权，付款指示(此概念有别于通知；见上文第 14 段)可变更应收款债务人必须向其付款的接收人、地址或账户，但不得变更：(a) 产生应收款的原始合同所规定的支付应收款所用货币；或(b) 产生应收款的原始合同所规定的接收支付款的国家，即并非应收款债务人所在国的另一国家。

第 60 条 应收款担保权通知

23. 第 60 条基于《担保交易指南》建议 118(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) 应收款担保权的通知；或(b) 付款指示(付款指示的概念有别于通知；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应收款债务人了解其内容。关于后一点，第 2 款明确指出凡是产生应收款的原始合同所用的文字，都已足够。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. 在第 4 款下，A 在其应收款上创设担保权，然后将以应收款担保的债务转让给 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 也在应收款上创设担保权，由 C 创设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 61 条 通过付款解除应收款债务人的义务

26. 第 61 条基于《担保交易指南》建议 119(见第七章，第 17-20 段)，而该建议基于《转让公约》第 17 条。它规定了何时及如何通过付款解除应收款义务。

27. 第 1 款所体现的基本原则是，应收款债务人收到应收款担保权通知前，均可根据产生应收款的合同(“原始合同”)付款解除义务。原始合同是销售合同的，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的指示，通过向有担保债权人或另一当事人付款解除义务。但第 2 款的规定不得违反第 3 款至第 8 款所述的若干限定条件。

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解除义务，因为最后一次付款指示是最新指示(付款指示的概念有别于通知，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不止一项担保权的通知的，应收款债务人根据所收到的第一次通知付款解除义务，理由是根据《示范法》的优先权规则，第一次通知涵盖的担保权可能享有对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，应收款债务人也可解除义务，因为不能要求债务人确定哪个担保权具有优先权。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 设定了有利于 B 的担保权，B 设定了有利于 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的事实持有人。

31. 第四，在第 6 款下，债务人收到一项或多项应收款的部分或未分割权益上的担保权通知的，则可视同债务人尚未收到通知而根据通知或根据第 1 款付款解除义务。然而，如果债务人选择这些选项中的第一项，则第 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设定担保权的充分证据(包括初始或后继有担保债权人设定的担保权)。如果有担保债权人不能提供这类证据，债务人则可付款，视同其未收到这类通知。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设定担保权的任何书面文字(例如担保协议)。

33. 第 10 款意在保全关于向其他法律下有权得到付款的人付款(例如向主管司法机关或其他机关或公共基金付款)解除义务的任何其他理由。

第 62 条

应收款债务人的抗辩和抵消权

34. 第 62 条基于《担保交易指南》建议 120(见第七章, 第 21 段), 而该建议基于《转让公约》第 18 条。

35. 第 1(a)项保全债务人根据产生应收款的合同(包括属于相同交易一部分的任何其他合同)而提出的所有抗辩和抵消权, 如同担保权没有设定并由设保人提出索付那样。第 1(b)项确保应收款债务人能够对有担保债权人提出债务人在收到担保权通知时可以利用的任何其他抵消权。但这意味着, 债务人可能无法主张在这类通知后产生的抵消权。根据第 63 条规定, 债务人可以放弃其抗辩和抵消权。

36. 第 2 款提出, 虽有第 1 款的规定, 应收款债务人无权以违反限定设保人设定担保权的权利的协议为由, 提出对设保人的抗辩或抵消权。否则, 虽有这类协议, 但第 13 条下的担保权确认将毫无意义。

第 63 条

不提出抗辩或抵消权的协议

37. 第 63 条基于《担保交易指南》建议 121(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 62 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 64 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 64 条

原始合同的修改

38. 第 64 条基于《担保交易指南》建议 122(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, 即使在通知后才订立且影响到有担保债权人权利的协议也有效力, 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, 而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将会同意此种修改。第 3 款规定, 第 64 条不影响设保人或有担保债权人因违反双方之间

的协议(例如设保人不同意对应收款条件所作任何修改的协议)而在其他法律下产生的任何权利。

第 65 条

应收款债务人付款的追回

40. 第 65 条基于《担保交易指南》建议 123(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, 应收款债务人承担合同另一方(例如设保人)破产的风险。

B. 可转让票据

第 66 条

可转让票据下对承付人的权利

41. 第 66 条基于《担保交易指南》建议 124(见第七章, 第 27-31 段)。它意在保护(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。例如, 根据该法律: (a) 在可转让票据上享有担保权的有担保债权人只可以根据票据的条件而在票据下向承付人收款; (b) 即便设保人违约, 有担保债权人只有在付款根据票据和票据相关法律到期时才能向承付人收款; (c) 在可转让票据上享有担保权的有担保债权人对票据签发人的权利可能大于收款人的权利, 因为签发人可能不能根据自己与票据收款人之间的合同对有担保债权人提出抗辩。

C. 银行账户贷记款受付款

第 67 条

对开户机构的权利

42. 第 67 条基于《担保交易指南》建议 125 和 126(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(a)项规定, 除非开户机构同意, 该机构的权利和义务不受担保权的影响。以此方式保护开户机构的理由是, 未经开户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理的风险, 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开户机构与其客户之间关系的保密性, 第 1(b)项还规定, 开户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，即使开户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权上创设担保权，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。该规定的理由是，鉴于交易及其客户业务的性质，需要避免对开户机构管控风险的方式作出任何干扰。

D. 可转让单证和所涵盖的有形资产

第 68 条

对可转让单证签发人的权利

46. 第 68 条基于《担保交易指南》建议 130(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(颁布国指明的)关于可转让单证的相关法律确定。这意味着，只有满足下列条件时，在单证上享有担保权的有担保债权人才能强制执行其对该单证所涵盖资产的权利：(a) 在强制执行时，该单证所涵盖的资产必须仍为签发人或单证其他承付人占有；(b) 除非已经根据关于可转让单证的法律将可转让单证转让给有担保债权人(例如通过必要的背书)，签发人或其他承付人将没有义务把该资产交给有担保债权人。

E. 非中介代管类证券

第 69 条

对非中介代管类证券发行人的权利

47. 如上文所述，《担保交易指南》未提及任何类型证券的担保权(见建议 4，第 (c)项)。因此，第 69 条是新规定。它规定，与第 66 至 68 条一样，拥有非中介代管类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对发行人有效，则可能需要公司账簿登记或特别强制程序。

第七章

担保权的强制执行

A. 一般规则

第 70 条

违约后权利

48. 第 70 条基于《担保交易指南》建议 133、139、141、143 和 144(见第八章，第 10-12、15-17 和 33-35 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条款下以及其他法律或担保协议下可能享有的任何权利(先决条件是,在后两种情况下,这种权利与《示范法》的条款没有矛盾)。

49. 在《示范法》中,“违约”既包括相关法律所述事件,也包括当事双方约定的事件(见第 2 条,第(j)项)。还应指出,该条下的某些权利可能在违约前就可以利用。例如,即使在违约前:(a) 设保人可根据合同法行使赎回权;(b) 有担保债权人可在设保人同意的情况下收取应收款(见第 80 条,第 2 款);(c) 任何当事人均可根据一般性程序法或其他法律请求法院或其他机关提供救济(另见第 72 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保留占有权,并出售设保资产,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(其定义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)[以及彻底转让应收款的转让人](见第 2 条,第(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让步(见《担保交易指南》,第八章,第 16 和 17 段)。

第 71 条 行使违约后权利

52. 第 71 条基于《担保交易指南》建议 142(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很可能缓慢而昂贵,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诚意和商业合理方式行事,第 75 条第 3 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通知,并且占有人在设保资产被收回时不表示反对。

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 72 条规定,[设保人、债务人或任何相竞求偿人][有担保债权人违反本章条款而影响到的任何人]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任何可能的争议。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条款,还应遵守将由颁布国指明的相关规定(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,只需遵守本章规定。

第 72 条 对不履行情形的救济

57. 第 72 条基于《担保交易指南》建议 137(见第七章,第 31 段)规定了他人不履行本章所规定义务的情况下,能否得到法院或其他主管机关的救济。提议包含两个备选案文。第一个备选案文仅针对有担保债权人不遵守规定的情况,规定设保人、债务人或受违约影响的相竞求偿人可以寻求救济。第二个备选案文涉及的范围较广,即任何人不遵守规定的情况,规定受违约影响的任何人都无权寻求救济。应当指出:(a) 违反有担保债权人义务的情况包括有担保债权人的代理人、雇员或服务提供商的违反行为;(b) 可能受影响的人包括: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、担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应向哪些法院或其他主管机关提出请求,并指明可利用的快速程序的类型。主管机关可包括仲裁庭、商会或公证机关。如果符合下列条件,就有可能通过仲裁来解决关于担保协议或强制执行担保权所产生的纠纷:(a) 根据颁布国法律,可将该事项提交仲裁;(b) 设保人和有担保债权人已经订立了按颁布国法律而可强制执行的仲裁协议。在这种情况下:(a) 仲裁协议(和仲裁裁决)将只对当事人有约束力;(b) 如果胜诉当事人试图扣押设保资产,颁布国法律必须为非仲裁协议当事人的设保资产权利提供充分保护。例如,在进行非司法出售之前,应通知第三方债权人(见第 76 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力(见第 74 条),或根据其优先权排序而得到出售收益的权利(见第 77 条,第 2 款)。

59. 由于就违规行为获得救济的耗时很长,可能导致不公或低效,本条规定了快速救济的可能性,其确切形式将需由颁布国指明(如临时保护措施程序和暂行令)。

第 73 条 受影响人终止强制执行的权力

60. 第 73 条基于《担保交易指南》建议 140(见第八章,第 22-24 段)。第 1 款让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担

保债务，从而终止强制执行程序。有时这也被称为“赎回”设保资产。当资产的剩余价值高于担保债务的未清偿部分时，受到强制执行担保权影响之人最有可能行使这种权利。应当指出，第 12 条规定了担保权的消灭，《担保交易指南》建议 140 也谈及此点。

61. 为第 1 款之目的，全额付款包括支付合理的执行费用。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合理的执行费用。在未向由法院或其他主管机关提出申请而进行强制执行的情况下，如果设保人或其他利益相关方对有担保债权人主张的强制执行费用的合理性提出质疑，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、购置或清收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，在租赁或许可使用设保资产的情况下，不适用第 2 款的规则。这意味着，如果设保资产还有足够的残值，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 74 条

排序较高的有担保债权人接管强制执行的权利

63. 第 74 条基于《担保交易指南》建议 145(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处置收益中获得清偿，这项规则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. 如同第 73 条第 3 款，本条第 2 款允许在设保资产已租赁或许可使用之后行使上述权利，但不得影响承租人或被许可人的权利。根据第 3 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 75 条

有担保债权人取得设保资产占有权的权利

65. 第 75 条基于《担保交易指南》建议 146 和 147(见第八章, 第 38-48 和 51-56 段)。总的来看, 这条规定为有担保债权人提供了强制执行其担保权的两个重要备选方式。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。对这两种备选方式须遵循的规则分别作出了规定, 第 1 款和第 2 款列出了通过向法院或其他主管机关提出请求而取得占有权的要素, 第 3 款列出了有担保债权人行使自助救济的要素。

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取得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使用人; 见第 32 条)。第 2 款为颁布国提供机会, 让其规定有担保债权人须满足哪些额外条件才有权通过司法或类似程序对设保资产取得占有权。

67. 第 3 款规定, 有担保债权人还有权不向法院或其他机关提出申请而取得对设保资产的占有权, 前提是该款规定的所有条件都得到满足。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取得占有权的情况下才能采用自助救济。典型情况是, 有担保债权人在担保协议中取得设保人的同意。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反对债权人不寻求法院或其他主管机关协助的意图, 从而要求有担保债权人利用司法程序或类似程序。

68. 第 4 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 3 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 4 款免除了在这些情况下的通知要求。此外, 鉴于通知的主要目的是让设保人有时间监测收回和处分设保资产的过程, 因此第 4 款还规定, 如果存在买卖设保资产这一类资产的公认市场, 为衡量有担保债权人的行动提供参照点, 则无须通知。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。

69. 根据第 5 款, 排序较低的有担保债权人可能无法从排序较高的有担保债权人处取得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对第三人失效, 从而失去其优先地位; (b) 设保资产的价值不因被排序较低的有担保债权人处置而贬值。不过应当指出, 排序较低的有担保债权人可以不获得占有权而强制执行其担保权, 这时设保资产的买受人可以对排序较高的有担保债权人拥有权利的资产取得权利(见第 79 条)。

第 76 条

有担保债权人处分设保资产的权利

70. 第 76 条基于《担保交易指南》建议 148 至 151(见第八章, 第 48 和 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(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、租赁或许可使用设保资产, 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, 颁布国可以具体规定各项规则, 用于确定变卖或以其他方式处分、租赁或许可使用的方法、方式、时间、地点和其他方面。

71. 第 3 至 8 款规定的是有担保债权人不向法院或其他主管机关提出申请而处分资产的情形。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、租赁或许可使用的各方面(包括是否单件、分批或整体变卖或以其他方式处分、租赁或许可使用设保资产)。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 款所规定全部内容的通知。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类别, 则无需发送通知。

72. 在不违背秉持诚意并以商业上合理方式行事的义务前提下(见第 4 条), 有担保债权人可以: (a) 通过公开或私下变卖方式处置设保资产, 如果公开变卖, 则采取拍卖或招标形式; (b) 决定是否单件、分批或整体处分设保资产(见第 76 条第 3 款, 以及《担保交易指南》, 第八章, 第 71 至 73 段)。

第 77 条

有担保债权人对处分设保资产后所得收益的分配权利

73. 第 77 条基于《担保交易指南》建议 152 至 155(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变卖或以其他方式处分、租赁或许可使用设保资产的情况下, 所得收益的分配由颁布国明确规定的规则来确定。然而, 分配应遵循《示范法》有关优先权的条文所规定的优先次序。

74. 根据第 2 款, 未向法院或其他主管机关申请而变卖或以其他方式处分、租赁或许可使用设保资产时, 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作出支付。其原因是, 根据第 79 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担保债务, 即存在短缺, 则债务人仍然有义务支付剩余债务。应当指出, 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规范。因此, 如果对设保资产的变卖不具有商业合理性且债务人反诉, 则债务人有责任支付的缺口部分可能会减少。还应指出, 这一条以及第 70 条(第 1 至 3 款)至第 79 条不适用于彻底转让应收款的情形(见第 1 条第 2 款)。

第 78 条

有担保债权人和设保人有权提议由有担保债权人获取设保资产

76. 第 78 条基于《担保交易指南》建议 156-159(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, 作为对担保债务的全部或部分清偿。第 2 款指明该提议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 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(a)项规定, 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(由颁布国具体规定)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 4 款(b)项规定, 如果一项提议以获取设保资产作为部分清偿担保债务的方式, 只要是所有发送对象均在收到提议后的很短时间(由颁布国具体规定)内表示同意, 则有担保债权人取得设保资产。这种办法的目的是保障所有通知对象的权利, 因为他们仍然要对部分担保债务负责, 或者在其他方面受到强制执行担保权的影响。

78. 第 5 款规定了一项机制, 让设保人而非有担保债权人能够启动这一进程, 具体方式是由设保人请求有担保债权人提出提议。如果有担保债权人应设保人的请求提出提议并且有担保债权人予以接受, 则有担保债权人必须按照第 2 至 4 款的规定着手实行。

第 79 条

获取的设保资产权利

79. 第 79 条基于《担保交易指南》建议 160-163(见第八章, 第 74-81 段)。其目的是规定通过强制执行担保权而获取的设保资产权利的最终状态(例如, 受让人获取的权利是否要受担保权制约)。第 1 款规定了在法院或其他主管机关监督下变卖或以其他方式处分设保资产的情形, 把权利的最终状态问题交给颁布国指明的法律来确定。第 2 款规定的是在法院或其他主管机关监督下租赁或许可使用设

保资产的情形，规定承租人或被许可人可以取得使用被租赁或许可使用的设保资产的权利，只是不能对抗权利优先于采取强制执行措施的有担保债权人的债权人。

80. 根据第 3 款和第 4 款，在不向法院或其他主管机关提出申请而变卖或以其他方式处分、租赁或许可使用设保资产的情况下，买受人或其他受让人获取权利仅受制于优先于有担保债权人担保权的权利，并且承租人或被许可人有权取得租赁或许可使用的利益，只是不能对抗权利优先于有担保债权人的债权人。

81. 根据第 5 款，如果在变卖或以其他方式处分、租赁或许可使用设保资产时违反第七章的规定，而买受人或其他受让人、承租人或被许可人[知情，并且这种违反对设保人或其他人的权利造成重大损害]，则该买受人或其他受让人、承租人或被许可人不得获取任何权利或利益。

B. 资产特定规则

第 80 条

收取应收款、可转让票据、银行账户贷记款受付款或非中介证券项下付款

82. 第 80 条基于《担保交易指南》建议 169 至 171、173 和 175(见第八章，第 93-98、102-108、111 和 112 段)。根据第 1 款，如果设保资产是一项金钱给付义务，则有担保债权人在发生违约之后有权收取债务人支付的款项。根据第 2 款，如经设保人同意，在违约发生之前有担保债权人也可以行使收款权利。根据第 3 款，按照第 1 款或第 2 款收款的有担保债权人还享有为设保资产提供担保或付款支持的任何对人权或物权的利益。

83. 根据第 4 款，尽管本条提供了一般性规则，但是如果法院或其他主管机关的裁定，对于在存款机构银行账户贷记款受付款上创设的担保权，开户机构如不同意，则不需要向持有该担保权的有担保债权人付款。但是，只有在以下情况下，有担保债权人才能不向法院或其他机关提出申请而收取银行账户贷记款余额：创设了有利于存款机构的担保权，订立了控制权协议或者有担保债权人成为账户持有人，从而使得在资金受付款上的担保权能有效对抗第三方(见第 24 条)。

第 81 条

彻底受让人收取应收款项下付款

84. 第 81 条基于《担保交易指南》建议 167-168(见第八章，第 99 至 101 段)。该条规定，在彻底转让应收款的情况下，受让人有权在违约之前或之后收取应收款。应当指出，诚意和商业合理性标准不适用于不得向转让人追索的彻底转让应收款情形，因为设保人(转让人)在应收款中没有保留任何权益，不能通过限制有担保债权人(受让人)收取应收款的方式来加以保护。