



Distr.: Limited
20 June 2005
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第六工作组（担保权益）
第八届会议
2005 年 9 月 5 日至 9 日，维也纳

担保权益
担保交易立法指南草案的建议
秘书长的报告
增编

目录

	建议	页次
七. 违约前当事人的权利和义务	86-87	2
八. 违约和强制执行	88-124	3

七. 违约前当事人的权利和义务

目的

法律关于违约前当事人的权利和义务的条文的目的是：

- (a) 提供关于担保协议额外条款的规则，以及提高担保交易的效率和可预见性；
- (b) 减少交易费用，为此可在有关规则提供了达成协议的可接受的基础的情况下略去必须就拟列入担保协议的条款进行谈判和草拟的过程；
- (c) 减少潜在纠纷；
- (d) 提供草拟方面的辅助手段或当事人谈判和订立担保协议时可能要涉及的问题的一览表；
- (e) 鼓励当事人意思自治。

当事人意思自治

86.

备选案文 A

法律应允许当事人放弃或改变其权利和义务，但此种放弃或改变违反公共政策或不能充分保护第三方的除外。

备选案文 B

法律应当规定，除另有规定[具体说明不得约定减损或更改的条文]之外，有担保债权人和设保人可约定减损或更改其有关各自权利和义务的条文。此类约定不应影响非约定当事人的任何人的权利。

[工作组注意：工作组似宜审议有关当事人意思自治的建议的措词，并考虑应将该建议置于关于范围的章节中还是置于关于一般规定的章节中。工作组还似宜结合本建议审议第八章中关于当事人意思自治的各条建议。]

替补规则

87. 法律应包括在没有当事人相反约定的情况下适用的非强制性替补规则。此类规则特别应：

- (a) 规定由设保人或占有设押资产的有担保债权人看管设押资产；
- (b) 维护对设押资产的担保权，包括对设押资产派生的收益或法定孳息的权利；

- (c) 规定设保人有权继续经营其企业，包括在正常经营过程中有权使用、混合或处分设押资产；
- (d) 保证附担保债务一旦偿付或以其他方式得到履行即可解除担保权。

八. 违约和强制执行

目的

法律关于违约和强制执行的条文的目的是：

- (a) 为在债务人违约后以可预见和有效率的方式强制执行担保权提供简单明了的程序；
- (b) 为设保人、有担保债权人和设保人的其他债权人实现设押资产潜在变现价值最大化提供程序；
- (c) 为有担保债权人变现设押资产的价值提供快捷的司法办法并在有适当保障的情况下提供非司法办法；
- (d) 协调担保交易强制执行制度与其他规范设押资产债权强制执行办法的法律，包括破产法的关系。

范围

88. 法律应当规定，本章不适用于应收款的绝对转让，但如果转让人可以对账户债务人违反付款义务行使追索权则除外。

[工作组注意：建议 88 旨在说明本章只适用于用于担保目的的转让。]

一般行为准则

89. 法律应当规定，当事各方都必须根据本章中所建议的规则以诚信和商业上合理的方式执行其权利并履行其义务。凡是不遵守本章规则的当事人均应对由此造成的一切损失承担赔偿责任。

[工作组注意：工作组似应考虑，建议 89 中的这条原则是否应当在行使和履行指南各章中规定的权利和义务时酌情加以适用。]

当事人意思自治

90. 法律应当规定，建议 89 中阐明的一般行为准则不能免除或更改。本章中所建议的其他规则，凡是赋予设保人或任何其他人权利的或者规定对有担保债权人的义务的，均可以在债务人违约之前以约定方式免除或更改。

91. 在与建议 89 和 90 相一致的情况下，法律应当允许担保协议的当事人或任何其他人在债务人违约之后以约定方式免除或更改本章所建议的规则。这

种约定不得影响非担保协议当事方的人的权利。任何人对此约定提出质疑，均有义务证明该约定是在违约之前达成的，或者证明该约定与建议 89 或 90 不一致。

[工作组注意：“在与...相一致的情况下”一语旨在说明建议 89 中所规定的一般行为准则是适用的，不能加以免除或更改。这一段中未提到公共政策，是因为建议 89 中提出的这些准则将反映颁布这些建议的国家的公共政策。工作组还似应考虑在建议 91 中加入以下案文：“法律应当规定，根据担保协议中规定的方法对设押资产的处分，除非被提出异议的当事人证明显然是不合理的，否则在商业上就是合理的。”此种约定可以在违约之前或违约之后达成，其目的是说明有担保债权人应如何满足以商业上合理的方式处分设押资产的义务。]

违约之后的权利和补救办法

92. 法律应当规定，违约发生之后，设保人和有担保债权人应当享有本章所建议的规则中、担保协议中（如果与本章所建议的规则不一致则除外）以及任何其他法律中所规定的权利和补救办法。

有担保债权人的补救办法

93. 法律应当规定，违约发生之后，有担保债权人可以行使以下所列各种补救办法中的一种或数种：

- (a) 取得对有形设押资产的占有权；
- (b) 设押资产是应收款、可转让票据、银行账户或独立保证下提款权收益的，收缴设押资产；
- (c) 强制执行可转让单证所规定的权利；
- (d) 对设押资产的出售、租赁、许可证发放或其他方式的处分；
- (e) 向设保人提议，有担保债权人将接受以设押资产全部或部分清偿附担保债务；
- (f) 担保协议（如果与本章所建议的规则不一致则除外）或任何其他法律中规定的任何其他补救办法。

设保人的补救办法

94. 法律应当规定，违约发生之后，设保人可以行使以下所列各种补救办法中的一种或数种：

- (a) 在违约发生之后直到有担保债权人处分、接受或收缴设押资产之前的任何时候全部偿付附担保债务，包括直到全部偿付时的利息和执行费用，并取得对设押资产上的担保权的解除；

(b) 如果有担保债权人还没有根据本章就非司法强制执行措施提出的规则履行其义务，可以向法院或其他救济机构提出申请；

(c) 拒绝有担保债权人提出的在本章提出的规则所规定的期限内取得设押资产以全部或部分清偿附担保债务的建议；

(d) 担保协议（如果本章所提出的规则予以禁止则除外）或任何其他法律中规定的任何其他补救办法。

补救办法的选择

95. 法律应当规定，行使一种补救办法并不妨碍行使另一种补救办法。

[工作组注意：这条建议与以下两种情形有关：一种情形是，行使一种或数种补救办法并未导致全部清偿附担保债务，另一种情形是，债权人或设保人已经开始行使一种补救办法，而后来又开始行使另一种补救办法。例如，债权人本已通知进行拍卖，而后来又选择采用司法补救办法。]

其他补救办法

96. 法律应当规定，根据本法对设押资产行使补救办法，并不妨碍其他当事人对附担保债务行使其补救办法。

全部偿债之后解除对设押资产的担保权

97. 法律应当规定，在违约之后直到有担保债权人处分、接受或收缴设押资产之前，债务人、设保人或任何相关当事人（例如，比采取强制执行措施的有担保债权人排序靠后的有担保债权人、设保人或设押资产的共同拥有人）有权全部偿付附担保债务，包括全部清偿之前的利息和执行费用。法律应当具体规定，此种偿付的效果是解除对设押资产的担保权，或者在其他法律规定的限度内由任何偿付债务的其他有关当事人代位取得有担保债权人的权利。

司法和非司法强制执行

98. 法律应当规定，法律应当允许有担保债权人在违约发生之后：

- (a) 诉诸法院或其他当局强制执行其担保权；或
- (b) 在不诉诸法院或其他当局的情况下强制执行其担保权。

[关于打算采取非司法强制执行措施的通知]

99. 法律应当：

(a) 涉及是否要求有担保债权人就其在违约发生之后以非司法手段强制执行担保权的意图发出通知以及何时和对何人发出此种通知；

(b) 指明发出此种通知的方式、时间和起码内容，包括[对设保人的]通知是否应当载明当时所欠债务的数额并说明债务人或设保人必须采取哪些步骤才能根据建议 97 取得对设押资产上的担保权的解除令；

(c) 规定为使收到该通知的人了解通知内容应当在通知中使用按常理预期会使用的语文，例如担保协议所使用的语文；

(d) 涉及该通知是否必须在担保权登记处登记；

(e) 涉及关于非司法强制执行措施的意图通知不充分或出错所造成的法律后果；

(f) 列出在哪些情形下为避免对变现设押资产（如易腐有形资产）造成不利影响而无须发出通知。]

[工作组注意：工作组似宜结合建议 111 和 112 审议建议 99。工作组还似宜考虑，虽然建议 99 可能适合消费型设保人或不动产上的担保权，但可能无意中给商业型设保人提供了将设押动产转移到有担保债权人控制范围之外，从而无助于实现担保权目的的机会。如果工作组认为这一假设是正确的，那就应当考虑用一段论及对消费型设保人的通知的案文来取代建议 99，或者将此事留给消费者保护法律来处理。]

对非司法强制执行措施提出异议

100. 法律应当规定，法律中的任何规定概不影响债务人、设保人或其他相关当事人（例如，比采取强制执行措施的有担保债权人排序靠后的有担保债权人、保证人或设押资产的共同所有人）在有担保债权人尚未履行或当时未履行本章提出的规则所规定的义务的情况下要求法院或其他机构给予救济。法律应当在这一过程中建立保障措施，以阻止在没有根据的情况下提出申请，并防止对有担保债权人变现设押资产的能力进行任何不适当的干预或不适当的延误。

剥夺债务人的占有权

101. 法律应当规定，有担保债权人有权在违约发生之后在不诉诸法院或其他当局的情况下，或者在诉诸法院或其他当局的情况下取得对设押资产的占有权。无论系哪种情况，法律均应规定一种快捷的程序，使有担保债权人能够在提出单方面申请时获得一项法院令，要求设保人要么允许有担保方取得对设押资产的占有权，要么在取得进一步的法院令之前将设押资产保持在原位置和原来的状态下，并且允许在发出关于申请的通知和本章提出的规则所要求的任何其他通知的同时或之前将法院令送达设保人。

[工作组注意：任何有权要求获得建议 100 下的救济的人都可以这样做。]

应收款的收取

102. 法律应当规定，有担保债权人可以在违约发生之后指示作为设押资产的一笔应收款的账户债务人直接向有担保债权人支付应收款，或者，如果在账户债务人收到的有担保债权人的书面转让通知中另有指示，则应按照此种付款指示支付应收款（关于账户债务人的权利，见 A/CN.9/WG.VI/WP.21 中的建议 17-23。）

[工作组注意：建议 102 采用的是《联合国转让公约》第 17(2)条的措词。]

103. 法律应当规定，有担保债权人收取应收款的权利，包括有权强制执行任何可保证偿付或履行应收款的权利，例如一项保证或担保权。

可转让票据

104. 法律应当规定，有担保债权人有权在违约发生之后对一可转让票据上指明的承付人强制执行该可转让票据。但是，在有担保债权人与可转让票据上指明的承付人或根据可转让票据法主张权利的其他人之间，他们的义务和权利根据可转让票据法确定。

[工作组注意：评注将包括对此种人的下述示例：

(a) 可转让票据上的承付人只对持单人或者根据可转让票据法有权强制执行可转让票据的其他人负有付款义务；

(b) 可转让票据上的承付人对此承付义务提出抗辩的权利根据可转让票据法确定。]

105. 法律应当规定，有担保债权人强制执行一项可转让票据的权利，包括有权强制执行任何可保证偿付或履行可转让票据的权利，如一项保证或担保权。

独立保证下提款权的收益

106. 法律应当规定，有担保债权人对独立保证下提款权收益的违约后强制执行权，根据有关独立保证的法律和惯例，应当受以下几种人的权利的限制：签证人/保证人或指定的人，以及独立保证书上指定的任何其他受益人或者已被转让提款权的任何其他受益人。无论是签证人/保证人还是指定银行都没有义务对指定的受益人、被承认的受让受益人、指定银行或者被承认的收益受让人以外的任何人付款。法律应当规定，作为独立保证下一项提款权收益的被承认的受让人，有担保债权人有权对违反其承认书扣留所转让收益的签证人/保证人或指定的人强制执行该承认书。

[工作组注意：为了强调这是一类原始设押资产，而不是来自一种不同类型的设押资产的收益，工作组似应考虑将“独立保证下提款权的收益”改为以下“受益人对独立保证下一项提款权所产生的付款的权利”。]

银行账户

107. 法律应当规定，取得对银行账户（见 A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1 中的建议 50）控制权的有担保债权人有权在违约发生之后根据与确立控制权的银行达成的协定的规定强制执行其担保权，而无须求助于法院或其他当局。但是，对于设保人是个人的银行账户和用该银行账户的担保权作保的债务，如果这笔债务是为设保人的个人、家人或家庭目的而产生，则有担保债权人只能在通过法院或其他当局的情况下强制执行其担保权，而不论其是否拥有对该银行账户的控制权。

108. 法律应规定，对银行账户没有控制权的有担保债权人，有权只根据法院令强制执行担保权。

可转让单证

109. 法律应当规定，有担保债权人有权在违约发生之后对签证人强制执行可转让单证。但是，在有担保债权人与签证人之间，签证人的义务应根据关于可转让单证的相关法律确定。

[工作组注意：评注将列入一些示例，说明签证人只对有关货物的可转让单证的持单人负有交货义务。]

设押资产的处分

110. 法律应当规定，有担保债权人有权在违约发生之后以下述方式对设押资产进行出售、租赁、发放许可证或其他处分：

- (a) 诉诸法院或其他当局；或
- (b) 不诉诸法院或其他当局。

关于设押资产非司法处分的提前通知

111. 法律应当：

(a) 涉及是否要求有担保债权人就违约发生之后设押资产的非司法处分发出通知以及何时和对何人发出此种通知；

(b) 指明发出此种通知的方式、时间和起码内容，包括[对设保人的]通知是否应当载明当时所欠债务的数额并说明债务人或设保人必须采取哪些步骤才能根据建议 97 取得对设押资产上的担保权的解除令；

(c) 规定为使收到该通知的人了解通知内容应当在通知书中使用按常理预期会使用的语文，例如担保协定所使用的语文（通知书使用担保协议的语文即可）；

(d) 涉及关于非司法处分的通知不充分或出错所造成的法律后果；

(e) 列出在哪些情形下为避免对变现设押资产（如易腐有形资产）造成不利影响而无须发出通知。

112. 法律应当提供一些规则，确保以有效、及时和可靠的方式发出通知，以便既能保护债务人、设保人或其他相关方，同时又能避免对有担保债权人利用补救办法以及设押资产的可能变现价值产生不利影响。

[工作组注意：由于建议 111 与建议 99（该条可能只适用于消费型设保人）之间存在许多重叠之处，工作组似宜考虑是否保留建议 99。如果保留建议 99，工作组都应考虑使该条建议与建议 111 和 112 保持一致。]

接受以设押资产清偿附担保债务

113. 法律应当规定，有担保债权人可以在违约发生之后提出在不诉诸法院或其他机构的情况下接受以一笔或数笔设押资产全部或部分清偿附担保债务。

114. 法律应当规定，有担保债权人提议接受以设押资产全部或部分清偿附担保债务，必须将该建议提前通知给：

(a) 设保人、债务人和任何应偿付附担保债务的其他人（如保证人）；

(b) 对设押资产享有权利并且已在有担保债权人发出通知之前以书面方式将这些权利通知有担保债权人的任何人；

(c) 已经以设保人名义登记对设押资产的担保权通知的任何其他有担保债权人，或在有担保债权人扣押设押资产之时占有设押资产的任何其他有担保债权人。

115. 法律应当规定，如果一位根据建议 114 有权收到通知的人[在通知发出日之后的很短时间内，如二十天]以书面方式反对一项关于接受以设押资产全部或部分清偿附担保债务的建议，则有担保债权人不得实施这项建议，而必须根据关于财产处分的规则处分设押资产。但是，有担保债权人应当有权请求法院或其他机构裁定该反对意见的合理性。

余额和缺额

116. 法律应当规定，采取强制执行措施的有担保债权人必须将其强制执行措施的收益（包括强制执行措施的费用）用于清偿附担保债务。除建议 117 中的规定之外，采取强制执行措施的有担保债权人必须将此清偿之后的任何余额付给从属相竞求偿人，后者需已在余额的任何分配之前以书面方式将其对任何余额的求偿要求通知给采取强制执行措施的有担保债权人。如果还有余额则必须交给设保人。

117. 法律还应当规定，对于任何求偿人的权利或对于偿付顺序无论是否存在任何争议，采取强制执行措施的有担保债权人都可以将余额付给主管的司法当局或其他当局，或者付给一个公共存款基金，以便按照普遍适用的程序规则加以分配。

[工作组注意：最后一句中“主管的司法当局或其他当局或一个公共存款基金”的写法采用了《联合国转让公约》第 17(8)条中的措词。]

118. 法律应当规定，以司法处分的方式或通过其他官方管理的程序变现的收益，应按照国家有关执行程序的一般规则加以分配。

119. 法律应当规定，设保人和应偿付附担保债务的任何其他人应当对使用强制执行措施的收益偿付附担保债务之后仍然存在的任何缺额负责。

排位在先的有担保债权人接管强制执行措施的权利

120. 法律应当规定，排位在先的有担保债权人有权在处分、接受或收缴设押资产之前的任何时候接管由从属相竞求偿人启动的强制执行措施。这种接管权包括有权决定是否由法院或其他当局监管任何处分事宜。

通过非司法处分取得的所有权或其他权利

121. 法律应当规定，如果有担保债权人决定在不诉诸法院或其他当局的情况下处分设押资产，那么以诚信方式取得对该资产的所有权或其他权利的人，在取得其对该资产的权利时不得违反排序在先的权利，但可以不附带设保人、采取强制执行措施的有担保债权人以及任何从属相竞求偿人的权利。该规则同样适用于接受以设押资产全部或部分清偿附担保债务的有担保债权人所取得的所有权或其他权利。

[工作组注意：此处提到“所有权或其他权利”，是因为根据建议 110 有担保债权人可以“对设押资产进行出售、租赁、发放许可证或其他方式的处分。”]

通过司法处分取得的所有权或其他权利

122. 法律应当规定，如果有担保债权人通过司法程序或其他由官方管理的程序处分设押资产，则应根据国家有关执行程序的一般规则确定受让人所取得的所有权或其他权利（关于通过处分变现的资金分配，见建议 118）。

动产和不动产担保交易法的交叉部分

123. 法律应当作出如下规定：

(a) 可以根据本法或者根据关于强制执行不动产抵押权的法律强制执行对不动产中定着物的担保权；

(b) 如果一笔附担保债务以动产上的担保权和不动产上的抵押权作保，则可以根据本法或者根据关于强制执行不动产抵押权的法律强制执行动产上的担保权。

与其他法律的协调

124. 法律应当与一般民事诉讼程序法协调，为有担保债权人提供介入由设保人的其他债权人启动的法院程序的权利，以保护担保权并确保根据本法提出的担保权取得同样的优先地位。
