



联合国国际贸易法委员会
第六工作组（担保权益）
第九届会议
2006年1月30日至2月3日，纽约

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，为此可在有关规则为达成协议提供了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. [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，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：将把建议 86 移至指南草案中的总则，见 A/CN.9/588，第 47 段。]

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担保资产的担保债权人看管担保资产；
- (b) 维护对担保资产的担保权，包括对担保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、混合或处分担保资产；
- (d) 保证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、担保债权人和设保人的其他债权人实现担保资产潜在变现价值最大化提供程序；

(c) 为担保债权人变现担保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包括破产法在内的其他规范担保资产债权强制执行办法的法律的关系。

本章对应收款绝对转让的适用

88. 法律应当规定，本章适用于强制执行受让人对使用绝对转让手段而获取的应收款所享有的权利，但仅以依照转让条款转让人可以对账户债务人违反付款义务行使追索权为限。

[工作组注意：工作组似宜注意到建议 88 旨在说明，虽然本指南通常适用于应收款的绝对转让，但本章只适用于为担保目的进行的应收款绝对转让。]

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的建议以诚信和商业上合理的方式执行其权利并履行其义务。

因未履行本章中的建议而负有的赔偿责任

第 89 条之二. 法律应当规定，任何当事方凡未履行本章中的建议的，均应对由此造成的任何损失承担赔偿责任。

[工作组注意：工作组似宜考虑在根据本指南所有章节的规定行使权利和履行义务时是否应酌情适用建议 89 和建议 89 之二中所载的原则。]

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单方面免除或在任何时候以约定方式更改。

[91.] 在服从于建议 90 的情况下，法律应当规定：(→)设保人和必须偿付担保债务或以其他方式履行担保债务的其他任何人只可在违约之后单方面免除或以约

定方式更改本章建议对其规定的任何权利和救济办法，及(二)担保债权人可随时单方面免除或以约定方式免除本章建议对其规定的任何权利和救济办法。以约定方式更改不得影响任何非约定当事方的人的权利。任何人如对此约定提出质疑，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 90 不一致。

违约之后的权利和救济办法

92. 按照本章其他建议中的更为具体的规定，法律应当规定，违约发生之后，设保人和担保债权人应当享有本章的建议中、担保协议中（如果与本章的强制性建议不一致则除外）以及任何其他法律中所规定的权利和救济办法。

担保债权人的救济办法

93. 按照本章其他建议中的更为具体的规定，法律应当规定，违约发生之后，担保债权人可以对担保资产行使以下所列各种救济办法中的一种或数种：

- (a) 取得对有形担保资产的占有权；
- (b) 担保资产是应收款、可转让票据、银行账户或独立承保下提取收益权的，收取该担保资产；
- (c) 强制执行可转让单证所规定的权利；
- (d) 处分担保资产；
- (e) 向设保人提议，担保债权人将接受以担保资产全额或部分清偿担保债务；
- (f) 担保协议中（如果与本章中的强制性建议不一致则除外）或任何其他法律中规定的任何其他救济办法。

[工作组注意：工作组似宜注意到，将把“单数的使用也包括复数，反之亦然”的解释性规则增列至本指南的总则中。]

司法和非司法强制执行

94. 按照本章其他建议中的更为具体的规定，法律应当允许担保债权人在违约发生之后通过下述手段行使建议 93 所述救济办法：

- (a) 诉诸法院或其他机关；或
- (b) 不诉诸法院或其他机关。

设保人的救济办法

95. 按照本章其他建议中的更为具体的规定，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救济办法中的一种或数种：

(a) 在担保债权人处分、接受或收取担保资产之前的任何时候全额偿付担保债务，包括直到全额偿付时的利息和执行费用，从而使担保债务的所有担保资产得以解除担保权；

(b) 如果担保债权人尚未或不在履行其根据本章有关非司法强制执行措施的建议负有的义务，可以向法院或其他救济机构提出申请；

(c) 拒绝担保债权人提出的在本章建议所规定的期限内接受以担保资产全额或部分清偿担保债务的建议；

(d) 担保协议中（如果与本章中的强制性建议不一致则除外）或任何其他法律中规定的任何其他救济办法。

累积救济办法

96. 法律应当规定，行使一种救济办法并不妨碍行使另一种救济办法。

其他救济办法

97. 法律应当规定，根据本法对担保资产行使救济办法，并不妨碍担保债权人对由担保资产作保的债务行使其救济办法。法律还应当规定，对担保债务行使救济办法并不妨碍担保债权人对为债务作保的担保资产行使其救济办法。

全额偿付之后担保资产解除担保权

98. 法律应当规定，在违约之后直到担保债权人处分、接受或收缴担保资产之前，债务人、设保人或其他任何相关当事人（例如，比采取强制执行措施的担保债权人排序靠后的担保债权人、设保人或担保资产的共同拥有人）有权全额偿付担保债务，包括全额清偿之前的利息和执行费用。法律应当具体规定，此种偿付的效果是使担保债务的所有担保资产解除担保权，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担保债权人的权利。

[关于打算采取非司法强制执行措施的通知

99. 法律应当：

(a) 涉及是否要求担保债权人就违约发生之后其打算以非司法手段强制执行担保权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 98 使担保资产得以解除担保权；

(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一般担保权登记处登记；

(e) 涉及未履行有关非司法强制执行措施通知的建议所造成的法律后果；
及

(f) 列出在哪些情形下为避免对变现担保资产（如易腐有形资产或其价值可能会迅速下跌的其他资产）的价值造成不利影响而无须发出通知。]

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担保债权人排序靠后的担保债权人、保证人或担保资产的共同所有人）在担保债权人尚未履行或不在履行其根据本章的建设负有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，并防止担保债权人变现担保资产的能力遭受任何不适当的干预或不适当的延误。

[工作组注意：工作组似宜考虑有关债务人、设保人或其他相关当事人申请法院救济的权利的原则是否通常应适用于行使本章建议所规定的所有各种权利和救济办法，而不只是对非司法强制执行适用。]

担保债权人占有担保资产的权利

101. 法律应当规定，担保债权人有权在违约发生之后占有有形担保资产。担保债权人可以在不诉诸法院或其他机关的情况下取得对此种资产的占有权，但只能在不使用武力或威胁使用武力的情况下实现此种占有权。[法律应当对担保债权人在诉诸法院或其他机关的情况下取得对担保资产占有权的情况规定加快程序。]

[工作组注意：工作组似宜考虑是否应改拟简易司法程序原则，以此作为将适用于行使本章建议所规定的所有权利和救济办法的一条一般性原则。如果可以的话，可考虑内容如下的措辞：“法律应规定下述人士行使权利和救济办法的简易司法程序，即担保债权人、设保人、必须履行担保债务或声称对担保资产享有权利的任何其他人”。评注须解释有权寻求建议 100 规定的救济的任何人均可就违反本建议而寻求此种救济。指南术语部分将列入“占有”的一则定义，将该术语定义为系指实际占有，而不是虚拟占有或推定占有。]

应收款的收取

102. 关于作为担保资产的一笔应收款，法律应当规定，担保债权人可以在违约发生之后收取应收款或以其他方式强制执行应收款。

[工作组注意：工作组似宜注意到，评注将解释，担保债权人可作为一种备选办法选择依照建议 93(d)和 110 处分应收款。]

103. 法律应当规定，担保债权人收取应收款或以其他方式强制执行应收款的权利包括有权收取或强制执行任何可保证偿付或履行应收款的人身权或财产权（例如一项保证或担保权）。

可转让票据

104. 法律应当规定，担保债权人有权在违约发生之后对系担保资产的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，在担保债权人与(一)可转让票据上指明的承付人或(二)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，担保债权人收取或强制执行一项可转让票据的权利包括有权收取或强制执行任何可保证偿付或履行可转让票据的人身权或财产权（例如一项保证或担保权）。

独立担保下提取收益权

106. [见 A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2]

银行账户

106 之二. 法律应当规定，在发生违约后，对银行账户享有担保权的担保债权人可行使本章规定的担保债权人的任何救济办法。但对开户银行中的存款账户的收取权须服从于建议[...]

[工作组注意：工作组似宜注意到可以把建议 106 之二提及的建议放在指南中涉及第三方权利和义务的新一节中，其内容可大致如下：“法律应当规定，根据本指南，开户银行没有义务向下述人士以外的任何人付款：(一)在银行账户方面系开户银行客户的人，及(二)依照与开户银行的协议对银行账户拥有控制权的担保债权人。”]

107. 法律应当规定，担保债权人系开户银行的，或开户银行系非担保债权人的，取得对银行账户控制权的担保债权人有权作为开户银行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机关。

108. 法律应当规定，对银行账户没有控制权的担保债权人只可以根据法院令对开户银行强制执行担保权，开户银行另行同意的则除外。

[工作组注意：工作组似宜注意到将把下述定义增列至指南的术语部分：“担保债权人在下述情况下对银行账户拥有控制权：(一)担保债权人系开户银行；(二)开户银行同意在银行账户方面遵照担保债权人的指示，而无需设保人的同意（开户银行据以同意在银行账户方面遵照担保债权人的指示而无需设保人同意的约定称作“控制权约定”）；或(三)担保债权人在银行账户方面系银行的客户”。]

可转让单证

109. 法律应当规定，担保债权人有权在违约发生之后对签发人或可转让单证上的任何其他承付人强制执行可转让单证。但是，在担保债权人与签发人或可转让单证上的任何其他承付人之间，这些人的权利和义务应根据关于可转让单证的相关法律确定。

[工作组注意：工作组似宜注意到评注将列入以下示例，即签发人可只对有关货物的可转让单证的持单人负有交货义务。]

对担保资产的处分

110. 按照本章其他建议中的更为具体的规定，法律应当规定，担保债权人有权在违约发生之后根据建议 93(d)对担保资产进行变卖、租赁、发放许可证或其他处分。

110 之二. 法律应当规定，在未求助法院或其他机关的情况下处分担保资产的担保债权人可选择处分的方法、方式、时间、地点以及处分的其他方面。

[工作组注意：工作组似宜注意到评注将解释本建议须服从于建议 89 所述诚信和商业上的合理性的标准。评注部分还应解释本建议的目的和效果是平衡兼顾设保人（及其其他债权人）和担保债权人的利益，以便得以使用灵活的方法处分担保资产来实现经济上有效的变现的目的，同时对设保人加以保护，以免担保债权人对其采取在商业上不合理的行动。]

关于担保资产非司法处分的提前通知

111. 法律应当论及是否要求担保债权人就违约发生之后担保资产的非司法处分发出通知。法律要求发出此种通知的，则法律应当：

(a) 指明通知应发给：(一)设保人、债务人和必须偿付担保债务的任何其他人，(二)对担保资产拥有权利的任何人，此种人在担保债权人向设保人发出通知

以前已将这些权利书面通知担保债权人，及(三)任何其他担保债权人，其在通知发给设保人之前超过[···]天内以设保人的名义或以在担保债权人扣押担保资产时的担保资产占有人的名义已将有关担保资产的担保权通知登记注册。

(b) 指明发出此种通知的方式、时间和起码内容，包括[给设保人的]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根据建议 98 使担保资产解除担保权的权利；

(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（给设保人的通知使用担保协议的语文即可，以注册方式使担保权具有对抗第三方效力的，给所有其他人的通知使用注册机关的语文即可）；

(d) 论及未履行关于非司法处分通知的建议所造成的法律后果；

(e) 列出无需发出通知的具体情形，其原因既可以是与需要提前通知有关的延时可能会对担保资产（如易腐有形资产或其价值会迅速下跌的其他资产）变现价值造成不利影响也可以是担保资产系在得到承认的市场上变卖的一类资产（从而没有必要提前通知）。

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，以便既能保护设保人或其他相关方，同时又能避免对担保债权人的救济办法以及担保资产的可能变现价值产生不利影响。

[工作组注意：工作组似宜注意到评注须解释这些规则应平衡兼顾担保债权人的利益（该利益也有益于设保人和其他有关当事人）与设保人和其他当事人的利益，前者须能够灵活地迅速处分担保资产以便利用有利的市场条件，后者在处分以前即能获得处分通知以便采取对其利益可加以进一步保护的行动（例如确定担保资产的潜在买方或参与对担保资产的公开处分以核实担保债权人履行了本章对其规定的义务。）]

接受以担保资产清偿担保债务

113. 法律应当规定，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关的情况下接受以一笔或数笔担保资产全额或部分清偿担保债务。

114. 法律应当规定，担保债权人凡提议接受以担保资产全额或部分清偿担保债务的，必须将该提议发给下述人士，指明截至发出该提议之日的欠款数额和提议由接受担保资产来加以清偿的债务数额：

(a) 设保人、债务人和任何应偿付担保债务的其他人（如保证人）；

(b) 对担保资产享有权利并且已在担保债权人向设保人发出该提议之前超过[···]天以书面方式将这些权利通知了担保债权人的任何人；

(c) [在向设保人发出该提议之前超过[···]天]已经以设保人名义登记了担保资产上的担保权通知的任何其他担保债权人，或在担保债权人扣押担保资产之时占有担保资产的任何其他担保债权人。

115. 法律应当规定，如果一位根据建议 114 有权收到关于接受以担保资产全额或部分清偿担保债务的提议的人在提议发出后的[很短时间，如二十天]内以书面方式反对这一提议，则担保债权人可对这项提议不予实施。

余额和缺额

116. 法律应当规定，采取强制执行措施的担保债权人必须将其强制执行措施的净收益（扣除强制执行措施的费用以后）用于清偿担保债务。除建议 117 中的规定之外，采取强制执行措施的担保债权人必须将此种清偿之后的任何余额付给排位居次的相竞求偿人，后者需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，对于任何相竞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担保债权人都可以按照普遍适用的程序规则将余额付给具有管辖权的司法机关或其他机关，或者付给一个公共存款基金，以便用于分配。有此种偿付的，应按照本法的优先权规则安排余额。

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强制执行程序变现的收益，应按照一国有关执行程序的一般规则加以分配，但必须服从本法的优先权规则。

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

排在先的担保债权人接管强制执行措施的权利

120. 法律应当规定，其担保权比采取强制行动的[担保债权人][相竞债权人]优先的担保债权人有权在最后处分、接受或收取担保资产之前的任何时候接管由[担保债权人][相竞求偿人]启动的强制执行程序。这种接管权包括有权继续由采取强制执行行动的[担保债权人][相竞求偿人]启动的强制执行，适用本章中规定的另一种方法强制执行及选择是否由法院或其他机关监管本章建议中规定的任何救济事宜。

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，如果担保债权人选择在不诉诸法院或其他机关的情况下处分担保资产，那么根据处分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优先于采取强制行动的[担保债权人][相竞求偿人]的担保权的权利，但可以不附带设保人、采取强制措施的担保债权人以及任何其权利的优先排位低于采取强制行动的担保债权人的相竞求偿人的权利。该规则同样适用于接受以担保资产全额或部分清偿担保债务的担保债权人所取得的所有权或其他权利。

通过司法处分取得的所有权或其他权利

122. 法律应当规定，如果担保债权人通过司法程序或其他由官方管理的程序处分担保资产，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收益的分配，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) 可以根据担保交易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) 如果欠担保债权人的债务以设保人担保资产上的担保权和设押人不动产上的抵押权作保，则担保债权人可以根据关于强制执行不动产抵押权的法律强制执行担保权和抵押权，或者可以根据担保交易法强制执行担保权以及根据关于强制执行不动产抵押权的法律强制执行抵押权。

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担保权取得如本法规定的同样优先地位。