



联合国国际贸易法委员会  
第四十届会议续会  
2007年12月10日至14日，维也纳

## 担保权益

## 担保交易立法指南草案

## 秘书处的说明\*

## 增编

## 目录

|                          | 段次    | 页次 |
|--------------------------|-------|----|
| 十. 强制执行担保权 .....         | 1-102 | 3  |
| A. 总论 .....              | 1-82  | 3  |
| 1. 导言 .....              | 1-9   | 3  |
| 2. 强制执行的一般原则 .....       | 10-35 | 4  |
| (a) 综述 .....             | 10    | 4  |
| (b) 强制执行前的违约要求 .....     | 11-14 | 5  |
| (c) 诚信和商业合理性 .....       | 15    | 6  |
| (d) 当事人约定强制执行程序的自由 ..... | 16-17 | 6  |
| (e) 对强制执行的司法监督 .....     | 18-20 | 7  |
| (f) 设保人违约后权利的范围 .....    | 21-26 | 7  |

\* 由于需要完成磋商和最后审定相应的修改，本说明比规定的会前10周晚了4周提交。



|                                 |         |    |
|---------------------------------|---------|----|
| (g) 有担保债权人违约后权利的范围 .....        | 27-28   | 9  |
| (h) 司法和非司法强制执行 .....            | 29-32   | 9  |
| (i) 违约后权利的联合使用 .....            | 33-34   | 10 |
| (j) 享有优先权的有担保债权人接替强制执行的权力 ..... | 35      | 11 |
| 3. 强制执行前的程序性步骤和设保人的权利 .....     | 36-45   | 12 |
| (a) 综述 .....                    | 36      | 12 |
| (b) 关于打算实施非司法强制执行的通知 .....      | 37-41   | 12 |
| (c) 通知的形式和内容 .....              | 42-44   | 13 |
| (d) 由设保人进行的经授权的处分 .....         | 45      | 14 |
| 4. 有担保债权人权利的非司法强制执行 .....       | 46-67   | 15 |
| (a) 综述 .....                    | 46-47   | 15 |
| (b) 使担保资产不再由设保人占有 .....         | 48-53   | 15 |
| (c) 担保资产的变价出售或其他处分 .....        | 54-56   | 17 |
| (d) 处分所得的分配 .....               | 57-59   | 18 |
| (e) 获取担保资产以作为对附担保债务的清偿 .....    | 60-64   | 18 |
| (f) 企业的管理和变价出售 .....            | 65-67   | 20 |
| 5. 强制执行的效力 .....                | 68-72   | 20 |
| (a) 设保人、有担保债权人和第三人 .....        | 68-69   | 20 |
| (b) 其他当事人 .....                 | 70-71   | 21 |
| (c) 终结性 .....                   | 72      | 22 |
| 6. 收益上担保权的强制执行 .....            | 73-74   | 22 |
| 7. 动产与不动产强制执行制度的交叉 .....        | 75-79   | 23 |
| 8. 动产附加物、混集物或制成物上担保权的强制执行 ..... | 80-82   | 24 |
| B. 特定资产评述 .....                 | 83-102  | 25 |
| 1. 综述 .....                     | 83      | 25 |
| 2. 应收款上担保权的强制执行 .....           | 84-88   | 25 |
| 3. 应收款彻底转让情况下的强制执行 .....        | 89-91   | 26 |
| 4. 可转让票据上担保权的强制执行 .....         | 92-94   | 26 |
| 5. 银行账户贷记款受付款上担保权的强制执行 .....    | 95-98   | 27 |
| 6. 独立保证下收益受付款上担保权的强制执行 .....    | 99-100  | 28 |
| 7. 可转让单证上担保权的强制执行 .....         | 101-102 | 28 |
| C. 建议 .....                     |         | 29 |

## 十. 强制执行担保权

### A. 总论

#### 1. 导言

1. 任何协议的当事人通常都期望对方能够自愿履行其所有义务，无论是相互之间的义务，还是对第三人的义务，也无论这些义务是因合同而起的，还是因适用法律而起的。只有在没有履行这些义务时，当事人才会考虑通过司法程序强制执行。各国一般都会慎重建立对债务人、债权人和第三人的权利加以平衡的普通民事诉讼执行制度。在大多数国家中，这类制度要求寻求强制履行义务的债权人提起法院诉讼，以便使债权得到承认并随后在公职人员监督下扣押和出售债务人的资产。判决胜诉债权人将从出售产生的金额中获得其对判决败诉债务人享有的未清债权的偿付。

2. 担保协议当事人也彼此抱有同样的期望。有担保债权人通常认为设保人将自愿履行其义务。同样，设保人一般也会期望有担保债权人履行其所承诺的义务。二者在达成交易时完全期望并打算履行彼此承担的义务。但双方也承认他们有的时候可能无力履行义务。有担保债权人有时无法提供承付款，或者无法在出现约定条件时将资产返还设保人。在这种情况下，根据双方之间协议的性质，设保人一般会向法院申请救济。但大多数情况下，无力履行承诺义务（即无法根据协议条款偿还信贷）的往往是设保人。未能履行义务有时是出于设保人无法控制的原因，例如行业经济衰退或者整体经济状况使然。有时则可能是由于设保人自己的债务人违约所致。还有有的时候，设保人由于在经营上判断失误或者管理不善而无法履行义务。

3. 无论出于何种原因，即便是有一笔或一笔以上款项没有偿还，设保人努力对这些款项予以补足并继续自愿履行承诺义务，是符合担保协议双方利益的，并符合所有第三人的利益。强制执行程序的效率总是低于自愿履行，因为：(a) 强制执行费用高昂；(b) 强制执行耗费时间；(c) 结果并非总能确定；(d) 通常导致当事人关系完全破裂；(e) 长期后果对于设保人和第三人来说往往是毁灭性的。因此许多国家积极鼓励担保协议当事人采取步骤，以免出现将会导致强制执行的违约行为。此外，这也是有担保债权人为何经常密切监测其设保人经营活动的原因。例如，有担保债权人会定期审查会计账簿、检查担保资产并与出现财务困难迹象的设保人进行联系。在履行义务方面有困难的设保人一般会与其有担保债权人合作，以找到预先防止或克服困难的办法。在有些情况下，设保人可能要求有担保债权人协助制定新的经营计划。在另一些情况下，设保人和单个债权人，或者设保人和全体债权人会通力合作，尝试以非正式的方式重新调整其协议的某些方面。

4. 债务重整协议有很多种。有时各方当事人会达成“和解”或“排解”安排，延长还款时间，以其他方式修改设保人的义务，或者增减为这些义务作保的担保资产。为达成和解协议而进行的谈判受到两个主要因素的影响：(a) 有担

保债权人在设保人未履行附担保债务的情况下强制执行其在担保资产上的担保权的权利；(b)设保人启动或针对设保人启动破产程序的可能性。

5. 但是，即使设保人和有担保债权人为了避免启动强制执行程序而作出了最大努力，这些程序有时仍不可避免。因此，对设立担保交易制度的国家来说，一个关键问题是确定违约后债权人权利的范围。具体来说，问题是各国在制订关于设保人未履行附担保债务情况下如何强制执行担保权的规则时，如需对适用于债权强制执行的通常规则作任何修改，则应作出什么样的修改。

6. 担保交易制度的核心，是有担保债权人有权期望用出售担保资产可变现的金额来清偿担保债务。如果强制执行机制能够使债权人能够准确预见处分担保资产所需的时间和费用以及可从执行过程获得的收益，将对信贷的提供和成本产生重大影响。因此，担保交易制度应当为设保人违约后担保权的强制执行提供高效、经济和可预见的程序性规则和实体规则。同时，由于强制执行将会直接影响到设保人、对担保资产享有权利的其他人以及设保人其他债权人的权利，担保交易制度应当提供合理的保障措施，以保护其权利。

7. 实现出售担保资产所得金额的最大化对所有利益相关人都有好处。利用强制执行所得的收益偿还未清附担保债务后，可能会减少设保人所欠的无担保债务数额（“差额”），这对有担保债权人有利。与此同时，设保人和设保人的其他债权人均会因差额减少或偿付附担保债务后的余额增加（“盈余”）而获益。

8. 本章审查在设保人未能履行（“违背”）其附担保债务的情况下，有担保债权人强制执行其担保权的权利问题。设保人破产的，破产法可限制行使这些权利（见第十四章，破产对担保权的影响）。本章 A.2 节讨论关于违约和强制执行的一般指导原则，A.3 节审查有担保债权人在行使其救济办法之前可能需要遵循的程序性步骤，并阐明违约后设保人的权利。A.4 节审查有担保债权人通常可用的不同救济办法，A.5 节讨论强制执行对设保人、有担保债权人和第三人的效力。A.6 节讨论收益上担保权的强制执行。A.7 节讨论动产和不动产相关强制执行制度交叉部分。最后，A.8 节讨论为了有效地强制执行动产附加物、混集物或制成物而可能需要作出的各类调整。

9. 在应收款、可转让票据、银行账户贷记款受付款、独立保证下收益受付款和可转让单证上的担保权，对其强制执行不便适用关于强制执行有形资产的一般规则（关于这些术语的定义，见导言，B 节，术语）。因此，许多国家制订了关于强制执行无形资产、应收款和其他各种受付款的特殊规则。本章 B.1-B.7 节将讨论这些特殊情况。本章最后在 C 节提出了一系列的建议。

## 2. 强制执行的一般原则

### (a) 综述

10. 如上一节所述，设保人自愿履行其承诺义务符合所有人的利益。因此，在设保人不能及时履行义务时，有担保债权人和设保人通常会试图达成一项避免

启动强制执行程序的协议。设保人意识不到自己不在履行义务的情况很少，而设保人在有担保债权人正式指出其违约时才首次发现自己的违约行为，这种情况更少，甚至没有。实际上，在后一种情况下，通常不会启动强制执行程序，因为没有履行义务大多是由于疏忽而不是无力或不愿还款。但强制执行有时还是必要的。在有必要强制执行时，一些基本原则可为各国详细规定有担保债权人和设保人的违约后权利和义务提供指导。

## **(b) 强制执行前的违约要求**

11. 担保权为设保人（或者在第三方设保人情况下，为债务人）履行对有担保债权人的义务作保。因此，在通常情况下，一旦设保人没有偿还附担保债务，即可强制执行担保权。但担保协议一般会规定一些其他的“违约事项”。除非有担保债权人弃权，否则其中任何一种违约事项均足以构成违约，从而造成可以强制执行担保权。换言之，设保人是否违约以及何时可以启动强制执行程序，由当事人之间的协议和一般债法确定。这种一般债法通常还确定是否必须向债务人发出正式违约通知，如果必须的话，通知的内容是什么。

12. 偶然情况下，发生违约并非由于没有还款，而是由于另一债权人根据判决扣押了担保资产或者试图强制执行其担保权。有些国家规定，除担保协议中另有规定外，任何其他债权人扣押担保资产，按照对被扣押资产设保的所有担保协议，均属于违约行为。采取这种做法是为了实现效率。由于担保资产是债权人获得偿付的保证，因此只要该资产进入司法程序，有担保债权人就应有权为保护其权利而进行干预。在这些情况下，程序法通常赋予这些其他债权人强行处分担保资产的权利。有担保债权人将依赖该同一程序法中关于介入这些司法审判和强制执行程序的规则来保护其权利及其优先权。

13. 各国一般规定，享有优先权的有担保债权人可自行选择以其强制执行程序代替另一排序居次的有担保债权人的强制执行程序。之所以采取这项规则，是因为这两个有担保债权人将按照同一担保制度强制执行类似的权利，因此这些债权人的强制执行权利将由其各自的优先顺序决定。其他一些国家为了保护优先权排序较高的债权人（“优位债权人”）的权利，规定优先权排序较低的债权人（“次位债权人”）的任何变价出售均不得影响优位债权人的权利。

14. 在有些国家，一旦开始强制执行一项判决胜诉债权，有担保债权人不得为执行其根据担保协议享有的权利而进行干预。在司法变价出售将会消灭被变价出售资产上包括担保权在内的所有权利的国家，通常实行这种办法。其假设是，由于司法变价出售使买受人能够取得干净的所有权，因此将会产生最大的强制执行价值。但在另一些国家，如果有担保债权人在判决胜诉债权人扣押的某些或全部资产上享有权利，则允许有担保债权人利用一切可以利用的手段撤销扣押而执行其担保权。在执行中的常规司法变价出售并不能消灭担保权的国家，通常实行这一办法。其假设是，由于不能消灭担保权，因此当强制执行过程能够使买受人取得最干净的所有权时，才更有可能实现较高处分售价（见下文第 70 和 72 段）。

**(c) 诚信和商业合理性**

15. 担保权的强制执行对设保人、债务人和第三方利益相关人（例如，次位有担保债权人、担保人或担保资产共同所有人）都会产生重大影响。为此，许多国家对有担保债权人规定了一项基本的首要义务，即有担保债权人在强制执行其权利时，负有诚信行事并遵循商业上合理标准的具体职责。由于这一义务的重要性，这些国家还规定，有担保债权人和设保人在任何时候都不得放弃或更改这一义务（见建议 128 和 129）。另外，正如所述，有担保债权人未遵守对其规定的强制执行义务，应就由于未遵守该义务而对受到影响的人造成的任何损害负有赔偿责任（见建议 133）。例如，如果有担保债权人未以商业上合理的方式处分担保资产，造成有担保债权人所获得的数额低于其以商业上合理的方式行事本可变现的数额，则有担保债权人应当对因为该差额而遭受损害的任何人进行赔偿。

**(d) 当事人约定强制执行程序的自由**

16. 各国一般只对担保协议当事人规定很少的违约后义务（见第八章，担保协议当事人的权利和义务）。因此，违约后强制执行情况下的一个关键问题是，是否应实行一种类似的政策。换言之，该问题是，应当在多大程度上允许有担保债权人和设保人更改关于强制执行担保权的法定框架或担保协议中规定的其各自的合同权利。有些国家将强制执行程序视为强制性法律的一部分，当事人不得以约定方式加以更改。另一些国家允许当事人更改强制执行的法定框架，只要不影响公共政策、优先权和第三方权利（尤其是在破产情况下）。还有一些国家强调高效的执行机制，在这些机制中，司法执行并不是唯一或主要的程序。因此，即使这些国家对有担保债权人和设保人可以在其担保协议中通过约定方式更改法定框架的范围加以限制（因为这种变更强制执行义务的自由在订立担保协议时可能被滥用），也允许他们在发生违约后放弃或更改其根据担保协议享有的权利。

17. 但允许当事人以约定方式放弃其法定的或合同规定的违约后权利的国家对当事人这样做的能力规定了一些限制。例如，这些国家一概不允许债权人放弃以商业上合理的方式诚信行事的义务（见建议 129）。关于其他义务，许多国家对设保人的权利和有担保债权人的权利加以区分。在有些国家，设保人仅在发生违约后才可免除或同意更改有担保债权人的违约后义务。允许违约后放弃义务，通常会使设保人和有担保债权人能够以非敌对方式“制定”对担保资产的处分办法，在符合有担保债权人、设保人和设保人的其他债权人利益的情况下实现可变现数额的最大化（见建议 130）。同样是这些国家通常还允许有担保债权人在任何时候（无论是在发生违约之前还是之后）放弃其对设保人的权利，但所持的假设是，基本上不存在发放信贷时设保人提出滥用权利的条款的风险（见建议 131）。无论如何，担保协议当事人变更权利并不影响第三人和对协议提出质疑的任何人享有举证责任的权利（见建议 132）。

**(e) 对强制执行的司法监督**

18. 一般而言，当设保人违约而偿还债务的庭外和解尝试归于失败时，可能会接着对担保资产实施强制执行。但在有些情况下，设保人会对有担保债权人就其违约所涉求偿权或者对有担保债权人计算的违约所造成的欠付额提出异议。作为一项公共政策，各国通常规定，设保人始终有权请求法院确认、驳回、更改或以其他方式控制债权人对强制执行权利的行使。

19. 关键不在于给有担保债权人增加不必要的司法程序负担，而是使设保人和其他利益相关人能够确保尊重强制性的违约后程序（见建议 134）。因此，为确保以节省时间和费用的方式处理设保人对强制执行提出的质疑，许多国家在这些情况下不适用通常的民事诉讼规则，而是代之以快捷司法程序（见建议 135）。例如，设保人和其他利益相关人可能仅被赋予有限的时间来提出主张或进行抗辩。其他国家允许设保人即使在强制执行开始之后，或者在分配强制执行所得收益或有担保债权人寻求收取任何差额时，也可就这些问题向有担保债权人提出质疑。还有一些国家在有证据表明有担保债权人无权强制执行或强制执行额超过实际欠付额的情况下，不仅允许设保人获得补偿性赔偿金，还允许其获得惩罚性赔偿金。

20. 此外，由于所有此类质疑都会延误强制执行，并会增加执行费用，因此许多国家还在这一过程中设立了保障措施，以防止设保人提出毫无根据的主张。其中包括一些程序性机制，例如增加对附担保债务诉讼一旦败诉所收取的费用，或者要求设保人及其律师提供宣誓证明作为启动此种程序的先决条件。有些国家还允许有担保债权人在设保人提起毫无意义的诉讼或者未履行其义务的情况下，要求设保人予以赔偿，并将这些赔偿金计入附担保债务。本指南建议，设保人未履行其任何违约后义务的，应当缴付补偿性赔偿金（见建议 133；同一条规则也适用于有担保债权人）。

**(f) 设保人违约后权利的范围****(一) 综述**

21. 如上所述，如果有担保债权人未根据担保协议和法律行使其违约后权利，设保人可寻求法院提供救济（见第 18-20 段）。设保人还可全额偿付附担保债务从而获得担保资产上担保权的解除（见下文建议 22-26）。此外，设保人可以建议有担保债权人接收担保资产作为对附担保债务的全部或部分清偿（或对有担保债权人的这类建议提出异议；见建议 60-64）及行使担保协议或法律中规定的其他任何救济办法（见建议 136）。设保人还可对有担保债权人非司法途径占有担保物或非司法途径处分担保资产表示异议（见建议 139、144 和 145；另见下文第 29-32 段和第 48-56 段）。

## (二) 在全额偿付附担保债务后担保权的消灭

22. 一旦有迹象表明存在违约行为，债务人、第三方设保人和第三方利益相关人通常会尝试为附担保债务重新融资，或以其他方式对所称的违约行为进行补救。在这些情况下，各国必须确定这些不同的当事人可以行使何种权利，并可在什么样的时限内行使这些权利。设保人和第三人一般被赋予在完全偿付附担保债务后解除担保资产上担保权的权利。

23. 完全偿付附担保债务（和终止任何出借承诺）即消灭担保权，致使担保交易结束。因为强制执行程序的目的是使债权人能够收取债务，因此各国对究竟哪一方有权偿付附担保债务的规定通常十分灵活。例如，大多数国家都允许违约设保人在有担保债权人最终处分担保资产之前，经偿还未清的附担保债务，包括截至偿还时的利息和执行费用，从而获得该资产上担保权的解除。各国通常还允许任何相关第三人（例如在优先权排序上比采取强制执行措施的债权人靠后的债权人或者取得附带担保权的资产的买受人）在设保人不偿还债务的情况下行使偿付权。

24. 此外，各国通常在偿债时限方面采取灵活做法。有担保债权人的利益在于得到偿付。只要是在任何第三人的权利受到影响之前偿还本金、利息和强制执行费用，就没有理由坚持处分担保资产。也就是说，无论是谁行使权利，均可在以下最先发生的时间之前行使：(a)处分担保资产或有担保债权人在处分担保资产之后完成收款；(b)有担保债权人对处分担保资产作出承诺；或(c)有担保债权人获取担保资产，以此作为对附担保债务的全部或部分清偿。在发生上述情况之前，可以全额偿付附担保债务，并解除担保资产上的担保权。出于同样的原因（并认识到债权人的主要利益在于获得偿付，而设保人的主要利益在于不丧失其资产），本指南建议，应允许在取得第三人权利、达成资产处分协议或有担保债权人获取担保资产作为对附担保债务的清偿之前偿还债务从而解除担保资产上的担保权（见建议 137）。

25. 有些国家赋予设保人的另一项违约后权利，是在付齐任何拖欠款后复原附担保债务。附担保债务的复原与担保资产上担保权的解除有着很大的不同，所受到的限制通常也更加严格。复原附担保债务意味着对特定违约行为进行补救（例如补交任何未付分期贷款、应计利息和已经发生的执行费用），不过除此之外，无论是对设保人继续履约的义务还是对担保权都不会产生影响。复原后的债务仍可根据当事人约定的条款强制执行，并仍以担保资产作为担保。

26. 各国对复原债务的权利采取了非常不同的做法。有些国家并未在立法上规定复原的权利，但允许当事人在担保协议中约定这一权利。相比之下，有些国家规定，复原债务是一项不可放弃并且只可以由设保人行使的权利。最后，有些国家允许任何利益相关人对违约进行补救并复原附担保债务。只要允许复原，则经授权复原附担保债务的当事人行使这一权利的时限与经授权解除担保资产上担保权的当事人行使其解除权的时限相同。由于复原是维持而不是消灭附担保债务，因此设保人可能会在以后再次违约。为了防止一系列策略性的违约和复原，允许复原债务的国家通常会限制违约后复原附担保债务的次数。本指南未载有关于复原债务的具体建议。采取这种做法的主要原因是认为决定究

竟是否允许在担保协议中载列加速到期条款（该条款将造成复原债务的权利丧失意义）属于由各国一般债务法处理更为适当的事项。

**(g) 有担保债权人违约后权利的范围**

27. 获得判决的普通债权人可对程序法允许扣押的债务人的全部资产强制执行该判决。这通常包括债务人各种形式的一切资产。如果债务人只对资产享有有限的权利，则只可对该有限的权利（如用益权）实行扣押和出售。同样，如果债权人对资产享有的权利受某一条款或条件的限制，则对该资产的强制执行也将受到同样的限制。买受人在司法出售时只能购得受同样条款或条件约束的资产。

28. 与判决的普通执行情况不同，担保权的强制执行还受到另一种重要的附加限制。有担保债权人只能执行实际设有其担保权的资产，而不是设保人的全部财产（有担保债权人对设保人主张补齐缺额的，可行使无担保债权人所拥有的任何救济办法）。在这一附加限制范围内，对担保权的强制执行适用的原则类似于管辖一般意义上的强制执行的原则。有担保债权人只能对设保人在担保资产上实际享有的特定专属权利强制执行担保权。因此，举例来说，如果设保人变价出售或以其他方式处分、租赁或许可使用担保资产的能力受到限制，则有担保债权人的强制执行不能超出这些限制。这意味着，如果设保人作为商标被许可使用人持有资产，担保权便只包含设保人作为被许可使用人而享有的受商标使用许可中可执行条款约束的权利，而不赋予有担保债权人使用或处分该商标的任何一般权利。

**(h) 司法和非司法强制执行**

29. 作为债务人——债权人法的一项基本原则，大多数国家都要求通过司法程序强制执行债权。债权人必须起诉其债务人，获得判决，然后求助其他公职人员或公共机关（例如法庭执达官、公证人或警察）强制执行判决。为了保护设保人和对担保资产享有权利的其他当事人，有些国家对有担保债权人规定了类似的义务，要求他们只能求助法院或其他政府机关来强制执行其担保权。但由于法庭诉讼可能缓慢而昂贵，因此在处分被变价出售资产时往往不能实现最高数额。此外，由于强制执行所涉费用将被计入融资交易成本，因此效率低下的程序会对信贷的提供和成本产生不良影响。

30. 为了促进担保交易的进行，有些国家要求，公职人员或公共机关应当把对强制执行过程的事先干预减到最低限度。例如，有担保债权人可能需要向法院申请收占令，法院可不经审理而下达此种命令。在另一些情况下，有担保债权人一旦占有资产，即可不经法庭干预直接出售这些资产，只要其按规定程序雇用一名经认证的执达官来管理这一过程。采取不太正式的做法的理由是让有担保债权人或受托第三人控制和处分资产，通常比国家控制下的程序更灵活、更快捷，也更省钱。设计合理的制度可对能够从出售担保资产所实现的最大金额中受益的设保人和其他人予以保护，同时为变现担保资产提供一个有效的制度。此外，知悉可随时利用司法干预，通常足以提供合作并理性行事的动力，

从而可避免实际诉诸法院。最后，同典型的胜诉债权人不同，绝大多数有担保债权人均以提供信贷为业。因此，对信誉的关注通常会对其执行行为构成约束。

31. 在有些国家，有担保债权人不必通过法院或其他政府机关来实现任何执行目的，而可以仅仅利用非司法程序。在这些情况下，这些国家通常规定一些强制性的规则，例如与发送违约通知或预期处分通知的义务、以商业上合理的方式诚信行事的义务和向设保人说明处分收益的义务等有关的规则。此外，这些国家不允许有担保债权人在强制执行会扰乱公共秩序的情况下不经司法程序而收占担保资产。这些要求的目的是作用是在处分担保资产的方法上提供灵活性，从而使执行过程具有经济效益，同时对设保人和其他利益相关人加以保护，以免有担保债权人采取商业上不合理的行动。本指南建议，为了使强制执行具有最大的灵活性，从而在处分时获得尽可能高的价格，债权人应当有权在执行其担保权时选择是采用司法或非司法程序（见建议 139）。无论如何，在允许非司法强制执行的国家，可随时诉诸法院以确保设保人和对担保资产享有权利的其他当事人提出的正当要求和抗辩能够得到承认和保护（见建议 134）。

32. 有些国家允许有担保债权人在没有官方干预的情况下行事，即使在这些国家，有担保债权人通常还有权通过法院强制执行其担保权。另外，由于设定担保权是为了增加债权人附担保债务得到偿付的可能性，因此担保权的违约后强制执行不应妨碍有担保债权人通过普通司法程序强制执行附担保债务（见建议 141）。有担保债权人之所以可能选择这两种方法中的任何一种方法，而不是非司法强制执行，有着若干原因。有担保债权人可能希望避免事后对其行动提出质疑的风险，或者也可能认为，为了追回预期差额，迟早需要申请司法程序，或者担心在强制执行时违反公共秩序。许多国家实际上通过规定费用更低而且更加快捷的强制执行程序来鼓励有担保债权人诉诸法院。例如，这些国家可能允许通过只需要宣誓证明的程序来实施强制执行。另外还可能拟订一些规则，确保必须在很短的时限内（例如 72 小时）进行审理，消除质疑，并尽快作出判决。有些国家甚至更进一步，允许以普通方式获得胜诉的有担保债权人不经官方扣押和变价出售程序而处分担保资产。最后，大多数国家规定，这些追索手段可以联合使用。选择寻求某种非司法救济办法的有担保债权人可能会改变主意，随后寻求通过另一种非司法救济办法强制执行其担保权，但以一项权利的行使不能造成另一项权利无法行使为限（见建议 140 和下文第 33 及 34 段）。

#### (i) 违约后权利的联合使用

33. 为了完全处分全部担保资产，债权人必须采取以上一种救济办法，这种情况时有发生。如前所述，在有担保债权人对某个企业进行清算时，通常会发生这种情况。但是，举例来说，如果执行库存品上担保权的最有效方式是变价出售，或者执行设备上担保权的最有效方式是有担保债权人获取资产以作为对附担保债务的清偿，则也可能发生这种情况。另外，偶尔会存在有担保债权人以为一种救济办法是最佳办法，结果却发现另一种救济办法会在处分时产生更高价值的情况。因此大多数国家规定债权人的救济办法可联合使用。也就是说，采取强制执行措施的有担保债权人不仅可以选择采用哪种追索方法，而且可以

同时或相继采用不同的救济办法。有担保债权人甚至可以同时采用司法救济办法和非司法救济办法。只有当采用一种救济办法（例如收占和处分一笔担保资产）造成另一种救济办法（例如获取担保资产以作为对所担保债务的一种清偿）无法使用时，债权人才不能数种救济办法联合使用。在这里，本指南也采取了尽量扩大强制执行的灵活性有可能确保担保资产实现最高价值的政策，并建议允许有担保债权人司法救济办法和非司法救济办法联合使用（见建议 140）。

34. 设定担保权是为了增加债权人附担保债务获得偿付的可能性。发生违约后有担保债权人享有的各种强制执行救济办法，特别是非司法救济办法，就是为了实现这一目的。有些国家不允许有担保债权人联合使用其有关担保资产的（司法或非司法）救济办法和有关附担保债务的救济办法。其所持的假设是，这些非司法救济办法是对有担保债权人的一种特殊照顾，因此应规定债权人要么以非司法方式强制执行担保权，要么提起法院诉讼以强制执行附担保债务。另一些国家允许有担保债权人联合行使其非司法救济办法和作为合同法事项而强制执行其债务的权利。此外，这些国家还允许同时或相继采用这两种程序（无论哪种程序在前）。要求有担保债权人在强制执行之初即对采用哪种程序作出选择，会使强制执行更加复杂，并增加执行费用，因为有担保债权人必须确定是否会产生差欠数额。如果有担保债权人认为将会产生差欠数额，则其将不得不提起诉讼以强制执行其债务，并且只有在通过司法程序强制执行变价出售时才能主张其优先权。这种过程速度较慢，费用较高，并且变价出售时获得的价格通常较低。为了在强制执行时能够实现最高价额，本指南建议允许有担保债权人联合使用不经司法程序强制执行担保权的程序和通过司法程序强制执行附担保债务的程序，但必须始终遵守有担保债权人的求偿额不能超过对其的欠额的限制（见建议 141）。

#### **(j) 享有优先权的有担保债权人接替强制执行的权力**

35. 优先权排序较高的有担保债权人通常希望接管另一债权人启动的强制执行过程（无论这一过程是按照判决执行程序进行的，还是由行使担保权的另一债权人实施的）。各国通常规定从按照担保交易法实施强制执行的有担保债权人手中接管强制执行过程的权利，但有些国家不允许有担保债权人在判决胜诉债权人（无论是无担保判决胜诉债权人，还是可能也已启动司法执行程序的有担保债权人）已经扣押担保资产的情况下采取非司法强制执行措施。若有担保债权人被赋予接管判决胜诉债权人所实施的强制执行的权利，各国通常要求该有担保债权人及时（即在拍卖开始之前）行使这一权利，并偿还判决胜诉债权人截至接管时已经发生的执行费用。为了最大限度地提高担保权的执行效率，本指南建议，某一有担保债权人的优先权排序高于采取强制执行措施的有担保债权人的，有权优先于寻求非司法强制执行的其他有担保债权人和判决胜诉债权人而管控强制执行过程（见建议 142）。

### 3. 强制执行前的程序性步骤和设保人的权利

#### (a) 综述

36. 各国逐步建立了促进有担保债权人实施有效和高效率的强制执行并对设保人和在担保资产上享有权利的第三人的权利加以保护的程序性机制。有担保债权人通常可以(a)以常规方式获得判决，并请求公职人员扣押担保资产和在公开拍卖会上变价出售该资产；还是(b)使用快捷司法救济办法，使债务人的违约行为得到承认，并随后能够立即采取步骤请公职人员扣押和变价出售担保资产；或(c)不经司法程序而强制执行其权利。这些程序性机制是为了在违约之后但在有效行使有担保债权人的救济之前确保竞合权利之间的平衡。因此，各国通常规定，无论有担保债权人选择何种救济，这些程序性机制均将适用。这意味着无论有担保债权人是否(a)私下扣押和变价出售担保资产并利用变价出售所得收益偿还未清债务；(b)获取担保资产以作为对附担保债务的偿付；或(c)接管债务人的企业并对其进行经营以便偿付附担保债务，这些程序都将适用。

#### (b) 关于打算实施非司法强制执行的通知

37. 有担保债权人选择通过就附担保债务向法院提起针对设保人的普通诉讼而强制执行担保协议的，通常的民事诉讼规则（包括与违约通知和是否开庭审理案情有关的规则）既适用于司法审判本身，也适用于判决后的强制执行程序。但是，这些规则通常只直接适用于正式司法程序。因此允许非司法强制执行的国家一般会制订关于非司法强制执行的单独规则。这些规则旨在确保受影响当事人的权利得到充分保护，同时为强制执行过程提供最大的灵活性。

38. 普遍认为有必要发出非司法强制执行通知，这使各国面临着基本的政策选择问题。在有些国家，有担保债权人甚至必须在寻求取得对担保资产的占有权之前，发出关于其打算实施非司法强制执行的预先通知。这就是说，债权人必须向设保人（通常还需向对担保资产享有权利的第三人）发出书面通知，指出违约行为、担保资产、债权人要求占有资产的打算、设保人必须就违约采取补救措施或放弃资产的时限（一般为 15-20 天），并且经常需要指出债权人在处分资产时打算采取的特别救济办法。在另一些国家，发出通知的时间有所推迟，其实质内容通常也不太详细。例如，在这些国家，有担保债权人不必发出关于其打算占有资产的事先通知，而是有权在向设保人发出正式违约通知的同时立即占有担保资产。但有担保债权人一旦占有资产，通常不得在未向设保人和第三方利益相关人发出预先通知（一般为 15-20 天）的情况下处分资产，该通知将说明若设保人不在这段时间内就违约采取补救措施则有担保债权人拟采取的处分方式和方法。

39. 这两种办法都各有利弊。要求有担保债权人发出事先通知、说明其打算强制执行和收占担保资产的制度，其主要优点在于它能提醒设保人和债务人注意到需要保护其对担保资产享有的权利（债务人总会意识到自己的违约行为，第三方设保人却未必意识到）。举例来说，这可能会涉及对强制执行提出质疑，纠正债务人的违约行为或寻找担保资产的潜在买受人。向其他利益相关人发出

的通知使得他们可以监测有担保债权人随后实施的强制执行，就强制执行提出异议，或者如果符合其利益的话，纠正违约行为；再有一点是，如果他们是权利享有优先的有担保债权人（并且设保人也对他们存在违约行为），则参与或控制强制执行过程。这种通知的缺点在于其成本较高，有担保债权人可能必须在密切检查担保资产之前选择一种救济办法，为不合作的设保人提供了将担保资产排除在债权人接触范围之外的机会，并且其他债权人可能会竞相主张对设保人企业的债权并干预处分过程。此外，关于通知的正式和实质性的要求必须简洁明确，否则将会存在“技术上”违约的风险，从而产生诉讼和诉讼费，并导致延误。

40. 只要求发出担保资产非司法处分通知的制度，其优点在于它确保有担保债权人有权收占担保资产而不会遭到不应有的延迟，同时在处分之前对设保人和对担保资产享有权利的第三人的利益加以保护。缺点是在有担保债权人收占担保资产之后才向设保人发出非司法强制执行通知（这种办法会产生上段提到的问题）。

41. 无论采取哪种办法，各国还必须决定在设保人寻求非司法强制执行其担保权的情况下还需发出哪些通知。许多国家虽要求发出关于打算处分担保资产的事先通知，但并不另外要求发出单独的违约通知或者随后发出非司法强制执行通知。这些国家认为一项通知即足以实现所有目的。另一些国家允许在有担保债权人取得担保资产占有权之后发出关于所采取的非司法强制执行方法的通知，但这些国家要求在占有前发出正式违约通知。由于占有前强制执行意向通知和占有后非司法强制执行通知的目的和内容有很大的重叠，因此要求发出前一种通知的国家不会也要求发出后一种通知。为了平衡各方当事人的利益，本指南建议，有担保债权人可以不经向法院申请而取得对担保资产的占有权，但条件是：设保人已在担保协议中同意非司法强制执行；有担保债权人寻求取得占有权时，设保人并不反对；并且有担保债权人已向设保人发出违约通知及其打算不经法院而取得占有权的意向通知（见建议 144）。

### **(c) 通知的形式和内容**

42. 对于可能需要发出通知的其他情形，各国通常极其慎重地规定通知发送方式、通知收件人、通知发送时间及通知最低限度的内容。许多国家对通知作了区分：发给债务人的通知、设保人非债务人时发给设保人的通知、发给其他债权人的通知以及发给政府机关或一般公众的通知。除了向债务人和设保人以及其他已知的有担保债权人发出书面通知之外，是否还应要求有担保债权人向其他人（即已登记其权利通知或以其他方式通知了提议处分担保资产的有担保债权人的其他有担保债权人）事先发出书面通知的问题，是一个成本收益分析问题。有些国家规定只需向设保人和已登记其权利的其他有担保债权人发出通知，但要求随后对该通知进行登记，并要求登记员向已对担保资产登记权利的有担保债权人以外的所有第三人转发该通知。其他国家只要求有担保债权人向设保人发出通知并对该通知进行登记。这些国家规定登记员有义务向其他当事人发送通知。

43. 各国在通知的最低限度内容方面也采取了不同的办法。同关于通知时间和通知接收人的决定一样，要作出关于拟列入内容的决定，各国也需进行成本效益分析。例如，各国通常要求列入有担保债权人计算的违约造成的欠付额，此外还可能进一步要求就全额偿付附担保债务或者对违约进行补救（如果享有这一权利的话）而应采取的步骤向债务人或设保人提供咨询意见。此外，有些国家还规定，向其他利益相关人发出的通知，可能无须如发给债务人或设保人的通知那样广泛或具体。然而，要求在占有之前发出通知的国家有时给有担保债权人造成更为沉重的提供信息的负担。相比之下，要求在占有之后发出通知的，有担保债权人通常只需提供关于所提议处分的日期、时间、地点和类型，以及关于设保人或其他利益相关人可就该提议提出异议或者对违约进行补救的时限的基本信息。

44. 一方面需要确保通知向利益相关人传达足够的信息，使他们能够就如何最大限度地保护其权利作出知情判断，另一方面又需要实现快捷而低成本的强制执行，这两者之间如何恰当平衡，存在不同的做法。有些国家在通知时间和内容上给有担保债权人造成了沉重的负担，另一些国家则仅仅规定了最低要求。本指南建议，必须在获取占有物之前发出通知（见建议 144）。如果已经由有担保债权人占有，就不必发出这一通知。但在这两种情况下，债权人都必须向设保人介绍变现担保资产的预期方式。如果拟议的救济办法为非司法变价出售，就必须发送通知，除非在处分担保资产以前出现紧急情况（见建议 146）。虽然担保交易法应当规定以及时、有效和可靠的方式发出通知（见建议 147），本指南建议，各国可以灵活决定发送通知的具体方式和通知的具体内容（见建议 147）。同样，本指南建议，如果有担保债权人使用救济办法，获取担保资产作为对债务的全部或部分清偿（见建议 153），通知就必须允许设保人有足够的时间对该建议提出异议（见建议 154）

#### **(d) 由设保人进行的经授权的处分**

45. 发生违约后，有担保债权人将希望担保资产能够卖出最高价格。设保人通常比有担保债权人更了解这些资产的市场行情。因此，有担保债权人甚至在强制执行开始以后也通常允许设保人处分担保资产。在大多数此种情况下，当事人会商定将处分所得的任何数额用来偿还有担保债权人，如同偿还是强制执行程序的结果。这种安排影响到可能也对担保资产享有权利或者对处分资产所得收益享有权利的第三人。为此，有些国家明确规定，已经开始强制执行的有担保债权人在违约发生后给予设保人一段有限的时间处分担保资产的，变卖所得收益无论用于何种目的，均视为如同是强制处分的结果。有些国家更进一步，甚至禁止有担保债权人在违约发生后的一段较短时间内安排处分担保资产。另一些国家试图以激励设保人提请有担保债权人注意潜在买受人的方式来实现现在处分时获得最高价额的目标。无论如何，关键是：**(a)**对强制执行制度作出适当的安排，以便使设保人具有与有担保债权人合作的动力，从而在处分资产时获得尽可能高的价格；**(b)**使有担保债权人有动力寻求尽可能高的价格，即使该价格超出由担保资产作保的债务尚欠金额。

#### 4. 有担保债权人权利的非司法强制执行

##### (a) 综述

46. 有担保债权人选择通过司法程序强制执行担保协议的，在获得判决后，有担保债权人必须扣押并变价出售担保资产。在有些国家，将适用关于判决后强制执行程序的正常民事诉讼程序规则。一般来讲，这意味着公职人员或公共机关（如执达官、行政司法官、公证人或警察）将收占担保资产并在公开拍卖中对其进行变价出售。在其他一些国家，有担保债权人即使已经获得判决，仍然还可以行使通过非司法程序占有担保资产的权利，并进而通过非司法程序处分这些资产。在另外一些国家，一旦获得判决，有担保债权人就必须遵照司法程序行事，但司法机关提供精简化的判决强制执行程序。

47. 有担保债权人已经采取启动强制执行程序必要步骤并选择不经司法程序而强制执行的，所需程序便略有不同。由于没有公职人员参与，有担保债权人通常希望并且一般情况下必须取得对担保资产的占有权或控制权，以便实施强制执行。对于有担保债权人占有和控制资产（而不是将担保资产委托给执达官）的权利，以及对于允许债权人直接占有情况下在占有时必须遵守的程序性机制，各国采取了不同的政策做法。

##### (b) 使担保资产不再由设保人占有

48. 在违约发生之前，设保人通常占有担保资产。但有些情况下，设保人在实现担保权对于双方的效力（见建议 15），或者此后作为实现对抗第三人效力的一种方法（见建议 37）或对债权人后来提出的关于占有资产的违约前请求作出答复时，已将担保资产置于有担保债权人的占有之下。在另一些情况下，担保资产可能处于为有担保债权人行事或者在有担保债权人指导下行事的第三人的占有之下。无论是哪种情况，许多国家都不要求有担保债权人为启动强制执行程序而采取任何进一步的步骤。也就是说，有担保债权人无需向设保人发出正式违约通知，而只需在其确定打算采取的追索方法之后发出处分意向通知。相比之下，有些国家要求占有担保资产的债权人将违约行为及其目前持有担保资产以准备强制执行的情况告知设保人。这些国家通常还认为，一旦发生违约，根据任何协议占有担保资产的债权人可使用担保资产的，该协议即告终止。

49. 债权人不占有担保资产的，必须采取积极步骤使担保资产脱离设保人的控制，或者通知代表设保人持有担保资产的第三人担保权已可执行。允许非司法强制执行的国家通常会规定，一旦设保人违约，有担保债权人将自动获得占有担保资产的权利。这意味着，这些国家并不要求在实施非司法强制执行以前由公职人员控制资产。所持的假设是，若有担保债权人可以作出关于违约后担保资产应当由谁占有的决定，即可在强制执行上具有灵活性，并以较低费用保全资产。这也是本指南建议有担保债权人在发生违约情况下应自动取得占有权的原因（见建议 143）。

50. 有担保债权人在取得占有权的同时，还取得确切决定如何行使该占有权所产生的权利。在有些情况下，有担保债权人本人将直接占有其正在执行的担保资产。但在许多情况下，他们将不占有这些资产。例如，有担保债权人可能将资产交于法院或者国家或法院指定的官员手中。更常见的情况是，他们将要求把资产委托给其所指定的保管人或者（特别是在涉及生产制造活动的情况下）将指定一名管理人员进入设保人的场地，以占有担保资产。资产已在并不代表有担保债权人行事但以前知悉担保协议存在的第三人手中的，有担保债权人只需发出关于该协议已可强制执行并且设保人不再有权继续占有、控制或处分担保资产的通知。

51. 各国通常认为有担保债权人取得担保资产的占有权是强制执行过程的一个重要步骤，并对主张占有的债权人提出了具体的程序要求。这意味着，即使有担保债权人可能拥有自动占有权，但占有的方式是受到管制的。总的来说，各国在逐步建立不占有担保资产的有担保债权人据以取得担保资产占有权的程序性机制方面，会采取以下三种办法中的一种。在有些国家，有担保债权人只可通过法院令取得占有权，无论是按照单方参与的程序，还是在审理之后（这种情况居多）。另一些国家不要求获得司法令，但设保人必须已在担保协议中授权债权人可以不经司法程序而取得占有权，债权人必须向设保人发出关于其打算要求占有和强制执行的事先通知（一般为 10 或 20 天）。最后，在有些国家，债权人有权不诉诸法院而要求并实际占有担保资产，也不需要向设保人发出关于其打算这样做的通知，条件是设保人已在担保协议中作此授权（见上文第 38 段）。但是，即使在这些国家，债权人也没有不经司法程序而取得占有权的绝对权利。债权人通过威胁设保人、恐吓、扰乱治安或凭借虚假理由对担保资产提出要求等方法滥用其权利的可能性始终存在。因此，这些国家大多规定债权人为取得占有权而实施的任何行为不得扰乱公共秩序。设保人予以抗拒的，债权人需要取得关于占有的司法令。允许债权人在提前 10 或 20 天发出通知的情况下不经司法程序而占有担保资产的国家通常也会采取这种办法，并且要求，如果债权人在延迟期届满后寻求占有资产时可能会扰乱治安，必须获得司法令。

52. 如上所述（见第 39-41 段），有些国家要求以有担保债权人发出通知作为取得占有权的前提条件，在这些国家，始终存在违约设保人随之可能在有担保债权人控制担保资产以前试图藏匿或转让担保资产的风险。另外还存在资产使用不当、由于无人照管而散失，或者由于市场行情而迅速贬值的可能性。为了防止发生这些情况，大多数国家都规定，有担保债权人可从法院或其他相关机构获得快捷救济。此外，在担保资产可能迅速贬值的特殊情况下，无论有担保债权人是否必须就其强制执行打算发出事先通知，许多国家都允许法院下令立即变卖这些易腐坏资产。

53. 关于有担保债权人应采取何种手续取得占有权的决定，取决于各国对保护设保人权利和高效强制执行以减少费用的平衡情况。此外还取决于对有担保债权人实际滥用权利或占有担保资产的设保人采取不当行为的可能性所作的判断。为了降低执行费用并尽量减少资产被不当使用或者贬值的可能性，本指南建议授权有担保债权人不经司法程序而取得占有权，但仅限于下列情况：设保

人已在担保协议中对此表示同意；已向设保人发出关于打算取得占有权的通知；在寻求取得占有权时，设保人并不反对（见建议 144）。此外，本指南建议，资产易腐坏或者在从发出通知到债权人实际取得资产占有权的期间可能迅速贬值的，则无需发出关于债权人打算收占和处分担保资产的通知（见建议 146）。但为了使有担保债权人享有这种救济办法，设保人必须已经在担保协议中授权不经司法程序而占有担保资产，并且在实际寻求取得占有权时没有提出反对（见建议 144）。

### (c) 担保资产的变价出售或其他处分

54. 由于担保权赋予有担保债权人从出售担保资产中获得价值并将其用于偿还附担保债务的权利，因此各国通常会较为详细地规定有担保债权人扣押和处分这些资产的程序。各种要求中有的不太正式，有的则比较正式。例如，即使在允许非司法强制执行的情况下，有些国家也要求按执行法院判决所依照的同样公开程序来处分担保资产。另一些国家要求有担保债权人在开始执行之前获得对拟处分方式的司法批准。还有一些国家允许有担保债权人控制担保资产的处分，但规定了这样做的统一程序（例如关于公开拍卖或招标的规则）。偶尔有些国家会实际要求有担保债权人就处分方式征得设保人的同意。最后，有些国家在处分方式方面赋予有担保债权人以广泛的单方面酌处权，但这一行为必须符合一般行为标准（例如诚信和商业合理性），违背这些标准，设保人必须承担补偿性赔偿责任。

55. 最常见的情况是，各国借以控制有担保债权人行为的程序性保障措施与必须向设保人和对担保资产享有权利的第三人发出的通知细节有关。原则上讲，无论采用占有前通知办法还是占有后通知办法，各国所要求的细节类型应当相同。因此，比如说，各国通常要求债权人指明就拟进行的处分发布广告的方法，出售日期、时间和地点，是进行公开拍卖还是招标出售，资产是单个、分批还是整个变价出售，以及处分是否包括租赁、使用许可和必要的相关许可。处分的目的应当是实现担保资产变现值的最大化，同时不损害设保人和其他人的正当要求和抗辩。这就是为什么甚至连通常要求详细通知的国家在担保资产拟在公认的公开市场上变价出售时也不再作此要求的原因。在此种情况下，资产的价值由市场决定，即使采用其他变价出售方式并发出通知，也不会得到更高的价格（见建议 146）。

56. 由于担保资产的非司法处分拥有同法院监督下的变价出售一样的终结性，因此大多数国家不仅规定了关于通知内容和必须在多长时间后才能变价出售的比较详细的规则，而且允许利益相关人对拟议处分的时间和方式提出异议。一般会规定关于迅速听取和处理异议的特殊快捷程序（见建议 134 和 135）。一般情况下，若采取强制执行措施的债权人在处分时间和方式方面具有最大的灵活性，则执行费用将会最低，执行速度最快，所得收益也最大。鉴于这些原因，本指南建议赋予有担保债权人以灵活性，并只在通知中给出提醒利益相关人注意强制执行和保护其权益（如果其愿意的话）的必要性所需的最基本内容（见建议 147 和 148）。

**(d) 处分所得的分配**

57. 担保交易法的一个重要特征是它扰乱了适用于判决胜诉的无担保债权人之间处分所得收益分配的通常规则。担保的目的终究是为了取得分配这些收益的优先权。通过司法程序而强制执行担保权或者有担保债权人没有接管判决胜诉债权人启动的强制执行过程的，收益在被分配给有权获得收益的当事人之前，由公共机关掌管。如果制度规定了权利的解除，则最常见的分配方法是首先支付合理的执行费用，然后按照附担保债务的优先顺序依次偿还。许多国家还规定在支付执行费用后偿还某些法定债权，但其优先顺序高于有担保债权人。如果普通强制执行程序没有规定权利的解除，则有担保债权人将不会得到付款，但可以对买受人主张其担保权。

58. 有担保债权人通过非司法程序下的出售方式强制执行担保权的，各国通常在其担保交易法中规定与变价出售所得收益有关的一系列规则。一般会有一些关于分配之前有担保债权人以何种方式持有收益的特殊规则。这些规则通常还规定有担保债权人是否负责以及在何种情况下负责向某些或所有其他债权人（例如担保资产上享有担保权的优先顺序低于采取强制执行措施的有担保债权人的那些有担保债权人，或者，如果强制执行制度规定了权利的解除，向优先顺序较高的有担保债权人和法定优先求偿人）分配收益。有担保债权人通常只需在这些其他权利已经登记或已经取得对抗第三人的效力，或者明确知悉这些权利（例如无需登记的法定优先债权）的情况下对其加以考虑。各国往往还规定，对有权获得偿付的所有债权人进行清偿之后剩下的任何收益余额，应当退还设保人（见建议 149）。

59. 只能在变价出售担保资产所得的收益范围内清偿附担保债务。一般情况下，有担保债权人有权随后向设保人追偿差额。除非设保人在其他资产上为该债权人设定了担保权，否则该债权人对于该差额的债权属于无担保债权。有些国家规定，无论是存在差额还是余额，有担保债权人在强制性变价出售过程中购买担保资产并随后变价出售该资产而获利的，如果变价出售所得数额超出该债权人支付的数额和再行变价出售的费用，则该数额被视为对附担保债务的清偿额。但通常情况下，除非第一次变价出售可被证明具有商业上的合理性，否则各国认为所产生的数额是处分担保资产所得的最终价值。

**(e) 获取担保资产以作为对附担保债务的清偿**

60. 设定担保权的根本原因是为了使有担保债权人能够变现担保资产的价值并利用所得资金作为设保人债务的偿还。因此，在许多国家，债权人在违约后能够采取的唯一追索办法是扣押担保资产并进行出售。在以此限制有担保债权人非司法救济办法的大多数国家，这种限制甚至在债权人按照担保协议已经占有担保资产的情况下也依然适用。也就是说，在这些国家，各方当事人不可能事先约定一旦设保人违约有担保债权人即可持有担保资产作为对附担保债务的清偿。同样，在许多这样的国家中，有担保债权人不能在发生违约后以取得担保资产作为一种救济办法。另外，即使设保人和有担保债权人在发生违约后约定

有担保债权人可以扣留担保资产，在这些国家，这些安排也被视为一种合同约定的付款，对在担保资产上享有权利的任何其他当事人没有效力。

61. 相比之下，在许多国家中，有担保债权人有权向设保人提出其获取担保资产以作为对附担保债务的全部或部分清偿。有担保债权人可以采取这种强制执行救济办法的，各国通常规定，关于在发生违约时将担保资产的所有权自动赋予有担保债权人的任何协议，若是在违约之前订立的，则不具有可执行性。但该协议若是在违约之后按照特定的强制执行程序订立的，以防止被债权人滥用，则可以执行。这些国家通常还规定，设保人和有担保债权人在违约后订立的任何非正式私人协议只有在其属于合同付款救济办法并且对在担保资产上享有权利的第三人没有效力的情况下才可执行。

62. 各国明确允许在发生违约后债权人按照所要求的程序性步骤取得担保资产作为对附担保债务的清偿，但这并不意味着设保人必须接受有担保债权人的提议。设保人仍然可以拒绝这样做，如果拒绝的话，有担保债权人将不得不采用其他救济办法。允许订立上述违约后协议的好处是这些协议通常会降低执行费用并使执行过程更加快捷。其缺点是可能会产生有担保债权人在下述情形下滥用这些协议的风险：(a)担保资产的价值超出附担保债务额；(b)即使是在违约后情况下有担保债权人也对设保人拥有非同一般的权力；或(c)有担保债权人和设保人达成了一项安排，不合理地损害在担保资产上享有权利的第三人的权利。

63. 为了防范有担保债权人和设保人的滥用或串通行为，有些国家不仅要求需要征得设保人对有担保债权人获取担保资产的同意，而且要求向在担保资产上享有权利的第三人发出通知。这些第三人有权反对拟达成的协议，并要求有担保债权人以出售方式强制执行担保权。此外，有些国家规定在某些情形下须征得法院同意，例如设保人已经偿还了附担保债务中的很大一部分，因而担保资产的价值大大超出未清债务的情形。最后，有些国家要求有担保债权人在提出获取担保资产以作为对附担保债务的清偿时，必须在采取行动前提供关于担保资产价值的正式和独立的评估。

64. 各国是否应规定上述一项或全部要求，特别是关于事先司法介入的要求，将取决于其对每项要求的成本效益评估。结合提供最大的灵活性以便在强制执行时获得担保资产的最高价值这一整体目标，本指南建议，有担保债权人或设保人都可以向其他人提议以担保资产清偿附担保债务（见建议 153 和 156）。同样，为确保所有当事人了解该提议的全面影响，本指南建议，应向设保人和第三人发出关于有担保债权人打算获取资产以作为对债务的清偿的适当通知；该通知不仅应指明拟通过获取而清偿的债务数额，还应指明截至通知发出之日的欠款数额、拟通过接受该资产加以清偿的债务数额和一段一旦届满将视为提议已经为设保人和第三人所接受的相对较短的期限（见建议 154）。所持的假设是，同规定独立的评估相比，要求有担保债权人指明其对担保资产的估价是一种向利益相关人提供有关信息的效率更高而成本更低的机制。另一个假设是，设保人或第三人一旦获悉有担保债权人的提议，将会对其合理性进行评估。因此本指南进一步建议，应规定设保人或第三人有权对有担保债权人获取担保资产提出异议。及时提出异议的后果是有担保债权人必须放弃这种救济办法，转

而使用另一种救济办法，通常是采用非司法程序下的变价出售或其他处分方式（见建议 155）。

#### **(f) 企业的管理和变价出售**

65. 在许多情形下，有担保债权人不仅在设保人的特定资产上拥有担保权，而且在某一企业的大部分或全部资产上拥有担保权。在这些情形下，如果将该企业作为经营中的企业出售，则往往可以获得最高的执行价值。为了能够有效做到这一点，有担保债权人通常必须具备处分所有这些资产，包括不动产的能力。此外，在此种情形下，各国通常对出售规定特殊的通知程序，并对将企业作为经营中企业出售的条件作出更加严格的规定。

66. 另外，在有必要实施强制执行的许多情况下，立即处分一个企业的所有资产，无论是按类别出售（例如库存品、设备和使用许可），还是出售整个企业，并不符合设保人和有担保债权人的利益。因此，许多国家允许在发生违约后有担保债权人占有企业并对其进行一段时间的管理。这些国家通常要求在强制执行通知中具体指明，债权人在收占担保资产时打算逐步缩小企业规模。这一点对于其他债权人来说尤其重要，否则他们可能不会知晓清算正在进行当中。有些国家还为指定一名管理人员、如何经营企业、提醒供应商注意有担保债权人的权利以及让客户了解看似企业正常经营过程中的出售实际上是强制执行过程的一部分等事项规定了特殊的程序。

67. 已经对库存品进行有效清算的，有担保债权人一般会采取另一种救济办法。在此种情况下，大多数国家要求有担保债权人向设保人和在其余资产（大多是设备、租约、使用许可和剩余库存品）上享有权利的其他当事人发出关于其拟采取另一种救济办法（例如获取资产以作为对债务的清偿，或者采取更常见的办法，变价出售这些资产）的进一步通知。一旦发出这种通知，将适用关于这种追索办法的常规执行程序。尽管许多国家现在都允许债权人为逐步清算企业的库存品和设备而接管企业的管理，但本指南并未就此提出正式建议。对此种救济办法有兴趣的国家必须在有担保债权人管理企业的好处与相关的责任以及这种救济对其他有担保债权人权利的影响之间进行权衡，而不论所称其他债权人究竟是有担保还是无担保债权人。

### **5. 强制执行的效力**

#### **(a) 设保人、有担保债权人和第三人**

68. 为了使强制执行制度尽量快捷，各国通常会制订详细的规则，确定强制执行对设保人和有担保债权人之间关系的效力、可能在强制性变价出售时购买担保资产的当事人的权利，以及其他有担保债权人获得变价出售担保资产所产生收益的权利。当然，强制执行程序的首要目的是为有担保债权人产生可用于偿还未清附担保债务的价值。最常见的情况是，有担保债权人将通过变价出售担保资产和分配收益来获得这一价值。如有余额，有担保债权人必须将其归还设保人或对此享有权利的其他任何人。此外，如刚刚所指出的，对于存在差额的

情况，大多数国家规定有担保债权人保留以无担保债权人身份追索差额而起诉设保人的普通合同权利。对于这些情形下通常如何分配处分收益的细节已经进行过讨论（见上文第 57-59 段）。

69. 但是，如前所述，有时有担保债权人将获取担保资产以作为对附担保债务的清偿。并非所有国家都对这一特定救济的效力规定了相同的规则。通常情况下，各国规定，获取资产以作为对债务的清偿的债权人即使在该资产的价值超出尚欠的附担保债务额的情况下仍可保留该资产。这就意味着，与变价出售做法不同的是，有担保债权人可以保留余额。同时，这些国家中有许多国家规定，获取担保资产以作为对债务的清偿的有担保债权人无法向设保人追索差额。获取资产即被视为全部偿付，从而消灭了附担保债务。但相比之下，有些国家允许已经接受担保资产作为对附担保债务清偿的债权人要求其设保人补足差额。在这些情况下，有必要确定用作清偿的资产的价值，从而可以计算差额的数额。有些国家要求有担保债权人提供关于所接受的这些资产价值的独立核算，另一些国家则仅仅要求有担保债权人指明其对这些资产的估值。如前所述，无论是在哪种情况下，设保人或其他债权人均可要求有担保债权人变价出售资产。由于前面提到的原因（见上文第 64 段），本指南建议，有担保债权人可以占取资产以作为对附担保债务的全部或部分清偿，条件是其必须在向设保人和第三人发出的通知中指明其对该资产的估值（见建议 154）。

#### **(b) 其他当事人**

70. 有担保债权人以变价出售担保资产的方式强制执行其担保权的，在确定该变价出售对于其他当事人的效力方面，有着不同的做法。在有些国家，变价出售（即使是非司法程序下的变价出售）将会消灭担保资产上的所有担保权。在此种情况下，即使有些有担保债权人的优先权排序高于采取强制执行措施的有担保债权人，也将失去其担保权，而只是对收益享有同等优先权排序的债权。购买该资产的当事人将获得干净的所有权，并且可以推定他们将愿意为此而支付溢价。在另一些国家，债权人进行的变价出售（无论是司法人员管理下的变价出售还是债权人进行的私下变价出售）只能消灭优先权排序低于采取强制执行措施的有担保债权人所享有的权利的那些权利，而优先权排序较高的有担保债权人将继续保留其在担保资产上享有的担保权。买受人在变价出售时将不会获得干净的所有权，因此将会降低其对待售资产的出价。此处的假设是，要么排序最高的有担保债权人通常会接管强制执行过程（从而消灭所有担保权），要么排序较低的有担保债权人会安排对排序较高的有担保债权人进行全额偿付，以便产生干净的所有权。虽然以上两种方法通常都能产生干净的所有权，但如果买受人无法筹齐购买担保资产的全部费用并愿意按贴现价格购买附带排序较高的担保权的该资产，则第二种方法能够在有担保债权人和买受人达成其他安排方面提供最大的灵活性。为了实现强制执行的最高灵活性和最高效率，本指南建议采取有关非司法处分的第二种方法（见建议 158-160）。关于司法处分，为避免与有关司法处分的民事诉讼程序一般规则发生抵触，本指南将这些事项交由其他法律处理（见建议 157）。

71. 有担保债权人获取担保资产以作为对附担保债务的清偿的，各国通常规定有担保债权人如同通过强制变价出售转让一样获取该资产。虽然各国可规定获取担保资产以作为对附担保债务的清偿将会解除所有权利，但这必然会导致优先权排序高于采取强制执行措施的有担保债权人的那些有担保债权人接管强制执行过程。因此，大多数国家规定，其他有担保债权人的权利由其相对于采取强制执行措施的债权人的优先权排序而定。因此，举例来说，若一国允许有担保债权人取得担保资产作为对附担保债务的清偿，则该债权人获得的资产将附带优先权排序较之更高的有担保债权人的权利。相反，如果存在优先权排序较低的有担保债权人，则这些有担保债权人的权利通常会在优先权排序较高的有担保债权人获取担保资产时消灭。出于同采取非司法程序下变价出售救济办法一样的原因，本指南建议，获取担保资产以作为对债务的清偿的有担保债权人获取该资产时不附带优先权排序较低的担保权，但附带优先权排序较高的有担保债权人的权利（见建议 158）。

### (c) 终结性

72. 担保交易法律通常规定，在强制执行后即告终结。这意味着，一旦根据规定的强制执行程序进行了出售或者接受以担保资产作为对附担保债务的清偿，通常不能再次启动这一过程。除非能够证明存在欺诈、恶意或者买卖双方之间的串通行为，否则出售将具有终结性。有担保债权人接受以担保资产作为对附担保债务的清偿，或者资产变价出售给在强制出售过程中获得该资产的第三人的，强制执行通常对其他当事人具有同样的效力。采取强制执行措施的有担保债权人的担保权将随之消灭，设保人的权利以及在该资产上的优先权排序较低的任何有担保债权人或其他人的权利也随之消灭。在出售导致担保资产上的权利全部解除的国家，买受人或取得担保资产作为对附担保债务的清偿的债权人将获得干净的所有权。但法律通常规定某些其他人（主要是优先权排序高于采取强制执行措施的有担保债权人的那些有担保债权人）在担保资产上享有的权利在通过强制执行程序处分资产后将继续留存。

## 6. 收益上担保权的强制执行

73. 如果设保人变价出售担保资产（特别是经有担保债权人授权而变价出售——在这种情况下，担保资产上的担保权不复存在；见建议 77(a)项），出售所得收益将取代担保资产（关于“收益”的定义，见导言，B 节，术语）。因此，许多国家规定，有形资产上的担保权将自动转移到处分后所得的收益上。另一些国家或者不作此规定，或者要求担保协议明确说明担保权所涵盖的收益。本指南建议，有担保债权人有权对担保资产收益和收益所产生的收益主张担保权（见建议 39 和 40）。此外，与许多国家将收益概念限于重置财产的做法不同，本指南认为收益包括因担保资产而获得的任何物品、其所产生的任何孳息和收入以及动植物的自然繁殖。

74. 一般情况下，各国不会制订关于收益上担保权强制执行的单独规则。这就意味着，对收益的强制执行将遵循为强制执行这类资产（例如有形资产、应收

款、可转让票据、银行账户贷记款受付款，等等）上的担保权而必需遵循的任何程序。如果有担保债权人可根据关于强制执行原始担保资产的规则来强制执行收益上的担保权，但寻求对这些收益作为原始担保资产而强制执行担保权的其他债权人却不得不遵循专门适用于这类资产的规则，则会造成很大的混乱。本指南不建议对收益适用特殊的强制执行规则，其实暗含的意思也就是建议一般强制执行规则也适用于收益上担保权的强制执行，除非收益是应收款或类似于本章 B 节所述的其他特定资产。在此种情况下，将适用此处所述的关于特定资产的强制执行建议。

## 7. 动产与不动产强制执行制度的交叉

75. 对于有形资产是动产还是不动产的定性通常会随着时间的推移，在动产成为不动产时而有所变化。例如，建筑材料可能被完全用于建筑物，树木、肥料和种子可能被植入或者撒入土壤，从而变成不动产。有时，动产可能是一项附加物而未完全成为不动产（例如电梯、炉具、固定柜台或陈列橱）。在所有这些情况下，动产上的担保权可能在成为不动产附加物或者不动产一部分之前取得对抗第三人的效力。还可能出现相反的情形。债权人可能会寻求取得目前是不动产但终将成为动产的某一资产（例如作物、煤矿和石矿产品和以及碳氢化合物）上的担保权。

76. 各国制订了许多对这些所设想的各种情形加以管辖的不同规则。一个主要问题是在不动产和动产强制执行制度可能相互交叉的情况下，如何确定寻求执行动产上担保权的债权人的权利。通常情况下，这些强制执行制度视资产如何定性而定。因此，举例来说，许多国家允许按照（适用于动产的）担保交易法在虽是不动产的一部分但终将成为动产的那类动产上设定担保权，但该担保权直到财产分离后才会取得效力。只有在资产成为动产后才能强制执行担保权，但不能对已成为动产的资产执行不动产上的担保权。虽然本指南未就这一问题提出具体建议，但由于强制执行制度的前提是作为动产的有形资产单独存在，因此实际上暗含着这种结果。

77. 在有形资产附属于不动产或者成为不动产一部分的情况下，会出现更难解决的强制执行问题。许多国家对建筑材料、成为不动产一部分时将丧失其单独性的其他动产（例如化肥）、种子和将保持其动产特性的附加物作了区分。有些国家规定，丧失单独性的动产上的担保权只有通过在动产登记处登记而取得对抗第三人效力的情况下才会得到保全；但附加物上的担保权在成为附加物之前取得对抗第三人效力的，无需进一步登记即可保全其效力。在这些国家，对前一种财产的强制执行将始终受与不动产的强制执行有关的规则管辖。对于动产成为附加物的情况，这些国家通常会制订特殊规则，不仅管辖有担保债权人权利的保全，还管辖对不动产享有权利的债权人的权利保全。

78. 本指南采用了许多国家为解决对附加物享有竞合权利的债权人之间的冲突而采取的一般做法。有形资产成为不动产一部分后将会丧失其单独性的，动产上的任何担保权也随之消灭。但动产成为附加物的，担保权将继续存在，并将自动保持其对抗第三人的效力。有担保债权人还可通过在不动产登记处登记担

保权而确保其对抗第三人效力（见建议 38 和 42）。相对于可能享有不动产上担保权的有担保债权人，有担保债权人对附加物享有的强制执行权利将取决于竞合权利的相对优先顺序（见建议 84 和 85）。如果对附加物享有权利的有担保债权人拥有优先权，则其可将该资产分离出来并将其担保权作为动产上的担保权加以执行，但需服从于支付附加物价款的有担保债权人或其他利益相关人的权利。但是，如果分离不动产上的附加物（例如建筑物的电梯）将会损坏建筑物（而并非以降低其价值的方式），则采取强制执行措施的有担保债权人必须对在不动产上享有权利的人进行赔偿。如果在不动产上享有担保权的另一债权人的排序在先，则有担保债权人只能根据管辖不动产上担保权的制度强制执行其权利，条件是其通过在不动产登记处登记而保持了对抗第三人的效力（见建议 161(a)项和 162）。

79. 如果有担保债权人取得了不动产上的担保权和已成为该不动产附加物的动产上的担保权，则不动产附加物上担保权的强制执行会更加复杂。大多数国家允许债权人此种情形下可以通过不同方式强制执行其担保权。债权人可以强制执行附加物上的担保权和其余不动产上的担保权。或者，有担保债权人可对包括附加物在内的整个不动产强制执行担保权。在前一种情况下，有担保债权人必须拥有相对于不动产上各项权利的优先权（见建议 162）。在后一种情况下，债权人的权利将按管辖不动产的优先权制度确定（见建议 161(b)项）。

## 8. 动产附加物、混集物或制成物上担保权的强制执行

80. 设定担保权后的许多类型的有形资产终会附属于其他有形资产，或者被制作成制成品或与其他有形资产相混合。许多国家依据确定附加物、制成品或混集物的所有权是否已被转移给第三人的规则来处理此种情形下的担保权。本指南建议，取得对抗第三人效力的担保权一般应继续留存在已成为其他财产附加物、被制造成或加工成制成物或者与其他资产混合成为混集物的资产之上（见建议 41-44）。允许成为附加物、制成品或混合资产的有形资产上的担保权继续具有对抗第三人效力的国家，通常也会对这类资产（例如汽车发动机、玻璃纤维制成品、混合的库存服装、粮仓中的谷物或油箱中的油）的强制执行适用一般规则。所持的假设是，如果建立一般适用制度以外的其他强制执行制度，将会造成不必要的混乱。

81. 对于强制执行动产附加物上的担保权，应当适用与不动产附加物上担保权类似的规则。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可以支付前者的债权；排序靠前的有担保债权人可接管强制执行程序；采取强制执行措施的有担保债权人有义务对拆除附加物所造成的任何损害承担赔偿责任。但是与不动产附加物上担保权对待办法的不同之处，在于有担保债权人不必有对动产相竞权的优先权即可强制执行其在附加物上的担保权（见建议 162 和 163）。

82. 关于制成物或混集物，对最终制成品和资产组成部分享有权利的通常不止一个有担保债权人。如果担保资产能够分离（如同混集物），只对该资产的一部分享有可执行担保权的有担保债权人可将其享有担保权的那部分财产分离出

来，依照一般规则对其加以处分。如果担保资产无法分离（如同制成品），可能就必须变价出售整个资产，对混合资产其他部分享有权利的竞合有担保债权人的权利将按照与优先权有关的建议确定（见建议 87-89）。

## **B. 特定资产评述**

### **1. 综述**

83. 刚刚审查的关于担保权强制执行的基本原则应当具有普遍适用性，而无论担保资产属于哪种类型。但这些原则主要考虑了某些类型的有形资产，例如库存品、设备和消费品。因此，这些规则并不能轻易地适用于诸如应收款和各种受付款（例如银行账户贷记款受付款）以及独立保证下的收益等无形资产上的担保权，以及可转让票据产生的受付款和可转让单证产生的占有权（关于这些术语的定义，见导言，B 节，术语）。因此，许多国家都制订了关于强制执行这些类型的担保资产特别是受付款的特殊规则。这些规则除其他外包括赋予有担保债权人向应收款或可转让票据承付人收款的权利并要求该承付人直接向有担保债权人付款的规定。此外，在许多此种情况下，担保交易法必须考虑到并在一定程度上服从关于银行账户、可转让票据、可转让单证和独立保证的专门法和商业惯例。

### **2. 应收款上担保权的强制执行**

84. 在应收款上取得担保权时，担保资产是设保人从应收款债务人处获得偿付的权利（关于“应收款”、“转让”、“转让人”、“受让人”和“应收款债务人”的定义，见导言，B 节，术语）。虽然理论上可以要求受让人通过扣押应收款并将其出售或者用其清偿附担保债务来强制执行转让，但就变现该资产的经济价值而言，这是一种比较麻烦而且效率低下的方法。因此，允许债权人取得应收款上担保权和其他债权的大多数国家规定，一旦转让人违约，受让人可直接向应收款债务人收取款项。这里有两个主要因素：首先，转让人知悉受让人正在强制执行担保权（无论是发生违约后，还是经与设保人约定而在发生违约之前）；其次，应收款债务人知悉其随后必须向受让人付款。

85. 本指南在第八章“担保协议当事人的权利和义务”中讨论了转让人、受让人和应收款债务人之间的关系。例如，所讨论的问题包括受让人在转让人违约后有权通知应收款债务人直接向受让人付款（见建议 111-113）。本指南还在第九章“第三方承付人的权利和义务”中除其他外而规定，应向应收款承付人提供保护，以免根据受让人或转让人的通知和付款指示两次付款（见建议 114-120）。

86. 许多国家采取的立场是，受让人的主要执行权利只是收取应付款。假如受让人采取了为实现其权利对抗应收款债务人的效力所需采取的步骤，受让人即可收取款项，并将所得收益用于扣减转让人的债务。其根据在于，通过将所得资金用于扣减附担保债务这一通常做法，转让人和第三人的权利即可得到保

护。为了与这些国家采取的做法相一致，本指南建议，在实现强制执行方面，无需采取进一步的步骤（见建议 165）。

87. 但有些情形下，受让人可能希望得到按几个月分期偿付的应收款的全部现值。因此，受让人在向应收款债务人发出其将收账的通知后可能会将该应收款出售或转让给第三人。在这些情形下，为了保护转让人的权利，许多国家规定，受让人不得保留任何溢额。本指南在应收款的此种处分及其普通收账方面都采纳了这一立场（见建议 113(b)项）。此外，受让人在处分应收款时必须以商业上合理的方式行事（见建议 128）。

88. 在有些情况下，应收款本身以其他某种对人权或对物权（例如第三人的个人担保或应收款债务人动产上的担保权）作为担保。许多国家规定，如果应收款债务人在应收款到期后没有付款，则受让人将自动有权强制执行这些其他权利。这是担保权的一个通常结果（从随主），本指南采取了一项关于第三方承付人付款义务担保的类似建议（见建议 166）。这项规则也适用于独立保证下收益的受付权（见建议 25 (b)项、建议 48、104、124 和 166）。

### 3. 应收款彻底转让情况下的强制执行

89. 本指南不仅适用于应收款上的担保权，还适用于应收款的彻底转让（见建议 3）。但在彻底转让中，转让人通常会转让其在应收款上的全部权利。因此，转让人对应收款并不享有继续留存的权利，对应收款的兑现（通常为收取应收款）也毫无兴趣。所以，关于强制执行的本章只有在受让人因未收取应收款而对转让人享有某种追索权的情况下才适用于应收款的彻底转让。也就是说，只有在转让人可能最终须对受让人承担赔偿责任的情况下，转让人才会关心收取或以其他方式处分应收款的方法（见建议 164）。

90. 如果转让人已就应收款债务人支付部分或全部应收款提供了担保，往往会产生因收取不到已彻底转让的应收款而对转让人享有的追索权。在其他功能等同的安排下，也可能产生追索权，例如：(a)转让人同意在应收款债务人不付款的情况下回购已出售给受让人的应收款，例如：或(b)转让人仅同意支付批量出售应收款的收购价与应收款实际收取款之间的任何差额。

91. 此处提到因收取不到应收款而对转让人享有追索权，所谓收取不到仅指应收款承付人由于信贷方面的原因（如无偿付能力）没有付款所造成的收取不到。因此，因有形资产或服务的质量不佳或转让人未遵守对该资产或服务的具体要求从而应收款债务人没有支付有形资产或服务的款项，不应被视为“收取不到”。但由于信贷方面的原因而未付款的，将适用关于收取应收款和强制执行担保权的通常规则（见建议 165 和 166）。

### 4. 可转让票据上担保权的强制执行

92. 在许多国家，无论是通过占有方式，还是通过实现对抗第三人效力的其他步骤，都有可能取得可转让票据（关于“可转让票据”的定义，见导言，B 节，术语）上的担保权（见 A/CN.9/631，建议 32 和 37）。通常情况下，即使

票据上设定了担保权，各国在确定可转让票据承付人和对可转让票据主张权利的其他人的权利时，也会以管辖可转让票据的法律为准（见建议 121）。例如，这些权利可能包括：(a)可转让票据承付人拒绝向除票据持有人或按照可转让票据管辖法有权执行该票据的其他人以外的任何人付款的权利；(b)票据承付人就这一债务提出某些抗辩的权利。

93. 在可转让票据上取得担保权的，有担保债权人通常对该票据拥有占有权。在设保人违约情况下，许多国家允许有担保债权人收款或以其他方式执行其在该票据上的担保权。例如，这将包括提示该票据以要求付款，或者，如果违约发生在票据到期之前，甚至将其出售给第三人并利用所得收益偿还设保人的债务。这样做的根据是，如果有担保债权人必须按照规定手续行使其出售形式的追索权，或者取得该票据以其作为对附担保债务的清偿，则会削弱该票据的可转让性。为了与此种做法相一致，本指南并不建议对采取强制执行措施的有担保债权人规定任何进一步的违约后手续（见建议 167）。

94. 同应收款一样，可转让票据本身可能以其他对人权或对物权（例如第三人的个人担保或应收款债务人动产上的担保权）作为担保。许多国家规定，在提示该票据时，可转让票据承付人没有付款的，有担保债权人将自动取得强制执行这些其他权利的权利。本指南建议采取这种办法强制执行与可转让票据付款有关的担保（见建议 168）。

## 5. 银行账户贷记款受付款上担保权的强制执行

95. 许多国家都设想有可能在银行账户贷记款受付款（关于这一术语和其他相关术语的定义，见导言，B 节，术语）上设定担保权。在银行账户协议中，银行通常被认为是存款人的债务人，必须应要求向存款人支付部分或全部存款。由于银行法与重要商业惯例密切相关，本指南建议以银行法为准，并为存款人可能在银行账户贷记款受付款上设定了担保权的那些银行提供附加保障（见建议 32、49、100、101、122 和 123）。例如，即使存款人与债权人订立了担保协议，开户银行也(a)对其存款人拥有相同的权利并承担相同的义务；(b)拥有相同的抵销权；(c)没有义务对享有银行账户贷记款控制权的人以外的任何人付款；(d)没有义务对任何查询请求作出答复（见建议 122 和 123）。

96. 许多国家规定，担保资产是银行账户贷记款受付款的，发生违约之后或经与设保人约定而在发生违约之前，有担保债权人可以收款或以其他方式强制执行其对该资金的受付款。强制执行发生时通常是有担保债权人要求银行将资金转至其自己的账户或者以其他方式收取该账户贷记款。这项规则的根据是，担保资产是收取银行账户贷记款的权利，如果有担保债权人需要通过占有并采取出售担保资产的相关步骤或者通过取得担保资产作为对附担保债务的清偿来强制执行担保权，则执行效率会很差。本着提高强制执行的灵活性和效率的目的，本指南建议强制执行银行账户贷记款受付款上担保权的债权人可以通过收取该账户中的资金来执行这一权利（见建议 169）。

97. 有时，有些国家要求有担保债权人在强制执行银行账户贷记款受付款上的担保权之前先获得法院令。在有担保债权人可能已通过在一担保权登记处登

记而取得对抗第三人效力的情况下，这种要求可以理解。但是，银行由于与有担保债权人订立了控制权协议而意识到担保权的，要求获得法院令将是一种不必要的手续。为此，本指南建议，如果已经订立了控制权协议，则有担保债权人在实施强制执行时不必获得法院令（见建议 170）。相反，如果没有订立此种协议，则本指南建议应获得法院令，除非银行特别同意有担保债权人收款（见建议 171）。

98. 在许多情况下，有担保债权人实际上就是开户银行本身。正式强制执行程序涉及具体行为收取资金并用以偿还附担保债务的，在此种情况下将是多余的。在发生违约时，以有担保债权人身份行事的开户银行通常会行使其抵销权，利用账户中的资金来直接偿还违约附担保债务。为了同这一做法保持一致，本指南建议，开户银行抵销权的强制执行不应受到该银行可能在该账户资金受付款上拥有的任何担保权的影响（见建议 26 和 122(b)项）。

## 6. 独立保证下收益受付款上担保权的强制执行

99. 有些国家允许享有独立保证下索付（“提款”）权的人在该项权利所得收益的受付款（关于这一术语和其他相关术语的定义，见导言，B 节，术语）上设定担保权。本指南建议，在服从于有关担保人/签发人、保兑人或被指名人和有担保债权人之间义务的一系列规则的前提下，可以在此种收益受付款上设定担保权（见建议 27、48 和 50）。由于管辖独立保证的法律和商业惯例的专门化程度很高，本指南建议采用反映现有法律和惯例的若干规则（见建议 124-126）。因此，举例来说，担保权如果是自动设立的，则有担保债权人强制执行独立保证下收益受付款上的担保权并不需要设保人另行作出转让行为。

100. 各国的通常做法是在发生违约之后或经与设保人约定而在发生违约之前允许在独立保证下收益受付款上享有担保权的有担保债权人收款或以其他方式强制执行其收益受付款。但有担保债权人在强制执行时并不能要求担保人/签发人、保兑人或被指名人付款（见建议 27）。相反，强制执行发生时通常是有担保债权人向担保人/签发人、保兑人或其他被指名人指出有权获得本应归于设保人的任何收益。采取这种做法的根据是，担保人/签发人、保兑人或被指名人无义务支付除受益人以外的任何人，只有受益人才能要求支付独立保证。本指南采用了独立保证方面的惯例，建议将担保权的强制执行限于收取已经支付的收益（见建议 172）。

## 7. 可转让单证上担保权的强制执行

101. 许多国家允许设保人在可转让单证（关于这一术语和其他相关术语的定义，见导言，B 节，术语）上设定担保权。本指南建议采取类似的做法（见建议 2(a)项和建议 28）。可转让单证本身代表其所描述的有形资产，并使得单证持有人可向单证签发人索取该资产。通常情况下，有担保债权人通过向签发人提示单证和索取资产而强制执行其担保权。但为了维护某些人根据管辖可转让单证的法律所享有的权利，可能会适用一些特别规则，本指南遵从其他法律（见建议 127）。

102. 但是，同设保人和有担保债权人之间的情形一样，将在有担保债权人向签发人提示单证时开始强制执行。此时，有担保债权人将占有有形资产，随后担保权的强制执行将受为强制执行可转让单证或可转让单证所涵盖的有形资产上的担保权而建议采取的通常规则管辖（见建议 173）。根据当事人之间的协议，在发生违约之后或经设保人同意而在发生违约之前，有担保债权人可以处分该单证。对该单证的处分必须以商业上合理的方式进行，出售单证所得的价款将用于清偿附担保债务。

### C. 建议

[委员会注意：委员会似宜注意到，由于 A/CN.9/637 号文件集中列出了担保交易立法指南草案的整套建议，因而此处不予转载。这些建议一经最后审定，将转载于每一章的结尾处。]

---