



联合国国际贸易法委员会
第六工作组（担保权益）
第六届会议
2004年9月27日至10月1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 |
|-------------------------|-------|----|
| 九. 违约和强制执行..... | 1-34 | 3 |
| A. 总论..... | 1-33 | 3 |
| 1. 导言..... | 1-4 | 3 |
| 2. 违约..... | 5 | 3 |
| 3. 强制执行..... | 6-33 | 4 |
| (a) 一般考虑..... | 6-9 | 4 |
| (b) 强制执行通知..... | 10-11 | 4 |
| (c) 法庭对强制执行的监督范围..... | 12-16 | 5 |
| (d) 当事人约定执行程序的自由..... | 17 | 6 |
| (e) 接受以设押资产清偿附担保债务..... | 18-19 | 6 |
| (f) 赎回设押资产..... | 20 | 7 |



| | | |
|-------------------------|-------|---|
| (g) 授权设保人处分 | 21 | 7 |
| (h) 解除设保人对设押资产的控制 | 22-23 | 7 |
| (i) 设押资产的出售或其他处分 | 24-27 | 7 |
| (j) 处分收益的分配 | 28-29 | 8 |
| (k) 终结性 | 30 | 8 |
| (l) 一般框架下的特殊规则 | 31-32 | 8 |
| (m) 其他债权人提起的司法程序 | 33 | 9 |
| B. 建议 | | 9 |

九. 违约和强制执行

A. 总论

1. 导言

1. 一个有理性的有担保债权人会期望债务人履行其债务而债权人不必对设押资产行使追索权。一个有理性的债务人也会期望履行其债务。然而，双方都会承认，有时会发生债务人无力履行其债务的情况。发生这种情况可能是由于管理不善或在经营上判断失误，但也可能是由于债务人无法控制的原因所致，例如行业经济衰退或经济整体状况恶化。

2. 债权人通常会对其债务人的经营情况和设押资产定期进行审查，并与在资金上开始出现困难的债务人进行联系。债务人通常会与其债权人进行合作，共谋克服资金困难之道。通力合作的债务人及其债权人可能订立“和解”协议或“解决办法”协议，从而延长还款时间，减轻债务人的债务或修改担保协议。为达成和解协议而进行的谈判受到两个主要的法律因素的影响：有担保债权人在债务人未履行其附担保债务的情况下有权强制执行其担保权，以及有可能由债务人启动破产程序或针对债务人启动破产程序。

3. 担保交易制度的核心是，如果债务人违约，有担保债权人有权使用设押资产的价值来清偿附担保债务。建立高效率的强制执行和经济合算的机制，使债权人能够准确地预见附担保债务强制执行所需的时间和费用以及债权人可以从处分设押资产中收回的金额，将影响到信贷的供应量和成本。因此，担保交易制度应当为债务人违约后担保权利的强制执行提供高效的、可预见的而且经济合算的程序规则和实体法规则。这些规则应当简明和透明，以确保执行程序可能的结果具有确定性。同时，这些规则应当为债务人、设保人和在设押资产中享有权益的其他人提供合理的保护。

4. 本章审查在启动破产程序之前或在破产程序中经有关部门允许（破产在第九章讨论），在债务人没有履行其附担保债务（“违约”；见第 5 段）的情况下有担保债权人强制执行其担保权的问题。

2. 违约

5. 债务人未履行附担保债务，即为“违约”。债务人违约是有担保债权人有权对设押资产执行其担保权的先决条件。当事人协议和关于债务的一般性法律将确定哪些因素构成违约情形，是否有违约情形，是否应当发出违约通知以及债务人是否有权对违约予以补救。通常，债务人必须主动寻求向法庭质疑有担保债权人关于已发生违约情形的立场，或质疑违约造成的欠款的计算。为避免不当延误合法的强制执行，审查应当从速进行。必须在这一程序中设立保护措施，以阻止债务人提出毫无根据的要求延误强制执行。

3. 强制执行

(a) 一般考虑

6. 担保交易制度的关键问题是应当对收债的通常规则作什么样的可能修改，以方便担保权的强制执行。例如，有些制度规定了简易法庭程序。有些制度则授权有担保债权人决定是否发生违约，占有设押资产，并在没有政府直接干预或独立行政干预的情况下处分这些资产。然而，简易程序及授权都应顾及其他人的申诉权，以保护其对设押资产的合法债权。而且，在司法制度的范围内分配资源以及对个人的任何授权都必然会引起公共利益的问题。在确定司法部门或其他行政部门对强制执行担保权的作用时，以明确和直接的方式进行是至关重要的。

7. 在债务人违约后使设押资产的处分实现最大额对所有有关当事方（即有担保债权人、债务人、设保人或其他债权人）都有好处。使用设押资产收益后可能使债务人的无担保债务中的所欠亏额减少，这对有担保债权人有利。与此同时，债务人或出保人和债务人的其他债权人均会因亏额的减少或盈余的增加而获益。通过减少处分上的障碍和交易成本，同时确保有担保债权人作出商业上合理的努力以处分设押资产，担保交易制度可以增加设押资产的处分所得的收益。

8. 如果债务人在资金上遇到困难，则担保权对有担保债权人的利益就尤为重要。资金遇到困难的债务人更有可能不履行其债务，最终可能自愿或非自愿地进入破产程序。如果破产程序对有担保债权人寻求执行其担保权的方式设置不当障碍，造成担保权在破产程序中的价值低于其在这类程序以外的价值，债务人和其他债权人就会有动力加快破产程序的进行。在这种制度下的有担保债权人在最初决定是否提供信贷时会考虑到担保权在破产程序中价值降低的情况，从而将会减少提供给债务人的信贷或增加其信贷费用，以补偿其担保权的额外风险。因此，就破产程序中担保权的承认和强制执行规定可提供确定性并便利信贷的提供（有关在破产程序中强制执行担保权的讨论见第九章）。

9. 这一制度应考虑到债务人、设保人和在设押资产中享有权益的其他人的权利。许多制度规定了一项一般性和根本性要求，即有担保债权人在执行其权利时，必须诚信行事，依循商业上合理的标准并遵守公共政策。

(b) 强制执行通知

10. 担保交易法通常涉及是否应发出强制执行意向通知以及向谁发出通知的问题。具体通知债务人或设保人的主要好处在于其提醒他们有必要在允许的情况下通过诸如对债务人的违约予以补救等措施，对其在设押资产中享有的权益进行保护（债务人不会不知道其违约，但是第三方设保人可能不知道）。向其他有关当事人发出通知可使得这些当事人能够对有担保债权人以后强制执行的情况进行监督，而且如果这些当事人是拥有优先权的有担保债权人（且债务人亦

对其违约)的话,还可使他们能够参与或控制强制执行过程。通知的不利之处包括通知费用、通知给不予合作的债务人或设保人提供的转移设押资产使之摆脱债权人控制的机会以及其他债权人争相对债务人企业提出索偿要求的可能性等。由于已经规定了对设押资产处分的通知的要求,许多制度不另外要求违约通知(见第5段)。

11. 在要求发布违约通知的法律制度中,对于可能要求发布通知的其他情形,担保交易法通常载明通知的最低限度内容、发布通知的方式和时间。法律为此可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构或一般公众的通知。例如,有担保债权人或许必须事先向债务人和设保人发出书面通知,然后将通知交存公共登记处备案(见美洲国家示范法第54条)。债权人可能还必须向曾将其权益通知备案或曾以其他方式通知债权人的其他有担保债权人发出书面通知。不然可要求登记员发出这类通知。关于拟列入向债务人和设保人发出的通知中的信息,法律可要求列入有担保债权人计算的违约所欠款额,并详细说明债务人或设保人为偿付附担保债务或对违约进行补救而可以采取的步骤。还可要求有担保债权人至少暂时表明其为强制执行担保权而计划采取的步骤。向其他当事方发出的通知可能无须如此具体。

(c) 法庭对强制执行的监督范围

12. 担保交易制度的一个关键问题是,有担保债权人必须在多大程度上诉诸于法院或其他机关(例如,法警、公证人或警察)以求强制执行其担保权,而不是利用庭外程序。为了保护债务人以及其他对设押资产享有权利的当事人,一些法律制度要求有担保债权人必须求助于法院或其他政府机关来强制执行其担保权。但是,由于法庭程序通常不能及时以节省费用的方式提供结果或者实现设押资产价值的最大化,采用法庭程序的要求将对信贷的获取和成本带来负面影响。所需的时间和费用降低了设押资产的变现价值,并将被计入融资交易的成本。

13. 为了避免这些问题,有些法律制度不要求有担保债权人在执行过程中依靠法院或其他政府机关。在这些法律制度中,有担保债权人通常有权在无法院、法警或警察等国家官方机构作出任何事先干预的情况下强制执行其担保权。在另一些法律制度中,国家官方机构只对执行过程进行有限的事先干预。例如,有担保债权人可以向法院申请收回令,法院可以不经审理下达此种命令(但债务人可以另行提起一项独立程序以质疑这项命令;见美洲国家示范法第57条)。在这种情况下,一旦占有资产,有担保债权人即可按某些规定的程序不经法庭干预直接出售这些资产(见美洲国家示范法第59条)。采用此种做法的理由是,让有担保债权人或受托的第三方控制和处分资产,通常比国家控制下的程序更灵活、更快捷,也更省钱。这种做法还可以使设押资产的变现价值最大化。

14. 但是,即使是在这些法律制度中,也还是可以利用法院来确保承认债务人和其他对设押资产享有权利的当事人的合法要求和抗辩权。为了使这些当事人

知情并有机会作出反应，可以要求有担保债权人向其发出违约和强制执行通知（见第 5 和第 10 段）。此外，有担保债权人不能在强制执行会扰乱公共秩序的情况下强制执行其占有设押资产的权利。另外，在处分设押资产时，有担保债权人还必须以“商业上合理的”方式行事（见第 9 段）。

15. 即使允许在没有官方干预的情况下行事，有担保债权人通常还有权要求通过司法程序强制执行其担保权。由于一些原因，有担保债权人可以选择提起司法程序，而不是自己采取行动。例如，有担保债权人可能希望避免事后对其私自行动提出质疑的风险，或者也可能认为，反正迟早还是要提起司法程序才能追回预期的亏缺额。

16. 无论是否要求有担保债权人诉诸法院，许多法律制度都对有担保债权人要求强制执行担保权时所采用的一般民事诉讼程序规则作了修改。这些修改或是对法院必须作出反应的时间加以限制，或是对各方当事人可以提出的要求或抗辩作出限制。如果法院认为确有违约发生，则任何判决都是以清偿债权人的附担保债权为目的。通常把命令债务人偿债、处分设押资产本身或把资产交给有担保债权人或交由法院处分的权力交给法院。

(d) 当事人约定执行程序的自由

17. 另一个关键问题是，有担保债权人和债务人或其他设保人能够在多大程度上通过约定方式修改执行担保权的法定框架。在一些法律制度中，执行程序是强制性法律的一部分，当事人不得通过约定加以修改。另一些法律制度允许当事人修改强制执行的法定框架，只要（尤其是在破产的情况下）不影响公共政策、优先权和第三方权利。还有一些法律制度强调高效的执行机制，而司法强制执行并不是唯一的或主要的程序。即使一个法律制度对有担保债权人和债务人或其他设保人可以通过约定方式修改法定框架的范围加以限制，允许当事人在违约后就其相互交易的后果自由达成协议，也有利于资源的有效分配。但是，这种自由在订立担保协议时可能被滥用。因此，法律可以仅仅承认债务人违约后达成的修改法定框架的协议。

(e) 接受以设押资产清偿附担保债务

18. 违约发生之后，有担保债权人可以向设保人提出由有担保债权人接受以设押资产来全部或部分清偿附担保债务。对于在违约前订立的在出现违约时将设押资产的所有权自动赋予有担保债权人的协议，大多数法域都不允许执行，不过有些法律则允许执行违约后签订的协议。允许违约后签订的协议的好处是，由于有这样一项协议，可以尽量减少执行费用和更快地执行担保权。不利之处是，当设押资产的价值超出担保债务额时，有担保债权人会对债务人或设保人施加不当的压力。

19. 在有些情况下，例如当债务人已为附担保债务支付了大笔款额时，法律可以通过要求取得债务人或其他设保人、第三方当事人或法院的同意来防范与这类协议有关的滥用行为。可要求通知其他当事人，并规定在最后解决之前预留

一定的延缓期，以便于（不同意的相关人）向法院提出上诉。法律还可以要求对设押资产的价值进行正式的评估。

(f) 赎回设押资产

20. 大多数法律都允许违约债务人或设保人在有担保债权人处分之前通过偿付尚未结清的附担保债务而赎回设押资产，其中包括偿清直至赎回时的利息和执行费用。赎回使交易归于终结。对赎回设押资产的希望可促使债务人或其他设保人寻找设押资产的潜在买主并密切注视有担保债权人的行为。设押资产的赎回应当与附担保债务的恢复区分开来。如果一般债法允许，恢复附担保的债务（例如通过在处分前补交分期付款），可补救违约行为，恢复后的债务继续由设押资产担保。赎回设押资产，则是解除附担保的债务。

(g) 授权设保人处分

21. 违约发生后，有担保的债权人会担心如何实现设押资产的最大价值。设保人通常比有担保债权人更了解资产的市场。为此，通常在违约发生后给予设保人一定的期限，设保人有权在这一期限内处分设押资产。

(h) 解除设保人对设押资产的控制

22. 债务人违约时，尚未占有设押资产的有担保债权人会担心资产的可能散失或滥用。把资产放在法院、国家官员、受托第三方或有担保债权人本人的手中，可以减轻这种担心。允许有担保债权人在毫不求助于或仅有限地求助于法院或其他机关的情况下占有设押资产，可以减少执行的费用（见第 13-14 段）。但是，即使是允许有担保债权人用此种方式占有设押资产的法律也承认有滥用的可能性，特别是有出现社会混乱或恐吓的可能性。因此，其中大多数法律都以避免扰乱公共秩序（“破坏治安”）作为收回设押资产的条件。有些法律还要求把事先通知违约作为占有的先决条件。

23. 对于设押资产面临迅速贬值危险的特殊情形，大多数法律都规定可由法院或其他有关部门下达临时救济令，以保全资产的价值。

(i) 设押资产的出售或其他处分

24. 担保权使有担保债权人有权出售或以其他方式处分设押资产。法律应当规定处分设押资产的其他一般程序。这些程序应当包括就拟进行的处分发布广告的办法，不论是进行公开拍卖和允许出售、租赁、出让许可权，还是收回设押资产。处分的目的应当是使设押资产价值最大化，同时不损害债务人或设保人和其他人的正当要求和抗辩权。

25. 现有法律制度的要求不尽相同，或偏重于不大正式的要求，或偏重于比较正式的要求。有些法律制度要求按执行法院判决所使用的同样公开程序处分设押资产。有些法律制度则允许有担保债权人控制设押资产的处分，但规定了公

开拍卖设押资产的统一处分程序，并就时间、公示和最低价格这类事项规定了细则。还有一些法律制度则允许有担保债权人按如何进行处分的灵活规则控制设押资产的处分（均须符合一项单独标准，如商业上的合理性）。这些法律制度可能都以在担保协议中或在违约之后取得债务人或其他设保人的同意作为债权人行使权利的条件。通常还规定了有担保债权人必须遵守的一般标准（例如，“商业上合理的”或“以谨慎商业人士的小心慎重”）。关于处分的收益如何在分配之前收取和保管，也可能有一些特殊的规则。

26. 大多数担保交易法律都要求必须向某些当事人发出有关拟进行的处分的通知，而且出售必须要发布广告或者征询有关当事人的报价。鉴于任何处分的终局性，有必要制订具体的规则，提醒有利害关系的当事人保护自身的权益。关于将企业作为持续经营企业出售，还可以规定专门的程序。

27. 无形资产和流通票据的变现可能不易纳入设押资产的处分程序。因此许多制度对这类设押资产规定了特殊规则，包括要求负人将所欠款项直接付给有担保债权人的权利。

(j) 处分收益的分配

28. 为了尽量减少纠纷，担保交易法律应当阐明关于分配处分收益的规则。最常见的分配方式是首先偿付合理的执行费用，然后再偿付附担保的债务。法律通常订有规定了有担保债权人是否负责以及何时负责把收益分配给在同一设押资产上享有担保权的某些或所有其他有担保债权人（如在设押资产中享有次级担保权的有担保债权人）的规则。这些规则通常要求向有担保债权人通知所存在的这些其他权益且任何盈余收益均应返还债务人或其他设保人。

29. 分配给有担保债权人的收益，算作支付分配的费用和清偿附担保债务。如果分配后仍有未清偿的差额，债务的解除范围仅以所收到的收益额为限。有担保债权人通常有权向债务人追讨未清偿的差额。除非债务人还以其他资产为债权人设立了担保权，否则债权人对此差额的债权是对债务人的无担保的债权（不过有担保债权人可能已从第三方获得了担保权）。

(k) 终结性

30. 担保交易法律通常规定，设押资产处分后程序即告终结。有担保债权人在设押资产上的担保权随之消灭，债务人或其他设保人的权利以及任何次级有担保债权人或在设押资产中享有排序较低的权利的其他人的权利也随之消灭。法律通常规定其他当事人（包括其他有担保债权人）在设押资产上的权利在通过执行程序对资产处分后继续存在。

(l) 一般框架下的特殊规则

31. 担保交易法律如果在其范围内包括许多类型的设押资产，应酌情就某些类型资产的处分制订具体规则。对于应收款和流通票据来说，尤其如此。例如，

享有以一笔应收款作保的担保权的有担保债权人，应有权在债务人违约后通知该笔应收款的帐户债务人直接向有担保债权人付款。

32. 担保交易法律还应当处理当单项交易同时涉及动产和不动产上的担保权时有担保债权人如何行事的问题。关于定着物担保权的执行，也要制订专门的规则，以处理不动产的所有权人不是债务人或其他设保人时如何将定着物同不动产分开的问题。

(m) 其他债权人提起的司法程序

33. 债务人或设保人的其他债权人可求助于法院强制执行其对债务人的债权，而程序法可给予这些债权人强行处分设押资产的权利，前提是符合有担保债权人的利益。有担保债权人将从程序法中寻找关于介入这些司法程序以保护其优先权的规则。在极少情况下，程序法可以对优先权的一般规则规定例外情形。例如，在有些法律制度中，如果某人对败诉债务人欠款，法院可以命令其把欠款付给胜诉债权人。如果法院的命令可将优先权有效地赋予胜诉债权人，并且如果一位有担保债权人在这笔应收款上享有担保权，则结果必定会影响到在应收款基础上发放的信贷的获取机会和成本。

B. 建议

[工作组注意：由于 A/CN.9/WG.VI/WP.13 和 Add.1 号文件载有担保交易立法指南草案的合并建议，此处不再转载关于违约和强制执行的建议。一旦这些建议最终定稿，工作组似宜考虑是否应当在每章结尾处或在指南结尾的附录中或在两处都转载这些建议。]