



大会

Distr.: Limited
11 April 2002
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第六工作组（担保权益）
第一届会议
2002年5月20日至24日，纽约

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
担保交易立法指南草案	1-48		1	
九. 违约和强制执行	1-48		2	
A. 总论	1-40		2	
1. 导言	1-4		2	
2. 关键目标	5-11		3	
3. 违约	12-16		4	
a. “违约”的含义	12		4	
b. 对违约的补救	13		4	
c. 违约通知	14-15		4	
d. 司法或行政复查	16		5	

* 本增编按规定应于会议开始前十周提交，现晚了四周，因为委员会秘书处在全力以赴编写其他文件，包括 A/CN.9/WG.VI/WP.2 的另外十一份增编，其中十份已经提交。



	段	次	页	次
4. 违约之后的选择	17-40		5	
a. 强制执行担保权的司法程序	19-24		5	
b. 当事人约定执行程序的自由	25		6	
c. 接受以设押资产清偿附担保债务	26-27		6	
d. 赎回设押资产	28		7	
e. 授权出押人处分	29		7	
f. 解除出押人对设押资产的控制	30-31		7	
g. 设押资产的出售或其他处分	32-34		7	
h. 分配处分的收益	35-36		8	
i. 终结性	37		8	
j. 一般框架的若干变异	38-39		8	
5. 其他债权人提起的司法程序	40		8	
B. 小结和建议	41-48		9	

九. 违约和强制执行

A. 总论

1. 导言

1. 本章审查在未破产（第十章讨论破产）债务人没有履行其附担保债务（“违约”）的情况下有担保债权人强制执行其担保权利的情况。

2. 有担保债权人理所当然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。债务人如果通情达理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。

3. 债权人理所当然会对其债务人的经营情况或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。债务人如果通情达理将会与其债权人进行合作，共谋克服资金困难之道。通力合作的债权人和债务人可能订立“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商谈必须考虑到两个主要的法律因素：有担保债权人在债务人未履行其担保债务的情况下有权强制执行其担保权，以及有可能对债务人启动破产程序。

4. 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。信贷可获量及其费用将会受到处分设押资产估计收益额的影响。实现担保权价值的费用也属于债权人在计算其愿意向债务人提供之信贷的数额和费用时将予以列入的费用。

2. 关键目标

[工作组注意：工作组似宜考虑究竟是在本章内保留和充实本节的内容，还是将关于目标的任何实质性讨论列入第二章。如果采取后一种做法，下文(一)至(四)与第二章 A 至 G 的目标之间就可能会存在一些类似之处，当然第二章原本可能也需要作些修正，以纳入此处提出的要点]。

5. 根据第二章概述的高效制度的关键目标，担保交易制度在违约和强制执行程序上应确定下述具体目标：

(一) 就债务人违约后有关强制执行担保权以及违约后有关当事方权利、债务和优先权拟订简明和透明的法律规则

6. 担保交易制度应就债务人违约后有关强制执行担保权事宜而拟订程序规则和实体规则。这些规则应允许当事方决定如何处分设押资产和分配设押资产处分所得之收益。这些规则还应涉及债务人可能应补交的任何亏缺或应退还给债务人的任何盈余（即担保债务金额与处分设押资产所得之收益之间的差额）。为确保强制执行程序的可能结果具有确定性，这些法律规则应当明确、简单和具有透明度。否则，有担保债权人就会将任何不确定性造成的额外风险计入其所提供的信贷的费用中。

(二) 以符合保护有关当事方权利和公众的方式实现设押资产变现价值的最大化

7. 在债务人违约后对设押资产的处分而变现的数额达到最大化对所有有关当事方（即有担保债权人、债务人、出押人或其他债权人）都有好处。债务人所欠无担保债务的任何可能差额如果减少，对有担保债权人有利。与此同时，债务人或出押人和债务人的其他债权人均会因差额的减少或盈余的增加而获益。担保交易制度可通过降低处分上的交易费用，增加对设押资产的处分所得的收益额，从而达到变现价值的最大化。

8. 所实施的任何程序都应符合保护有关当事方权利和公众的需要。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。例如，有些制度就加快法院审理程序作了规定。有些制度则授权有担保债权人占有设押资产，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，加快审理程序及授权都应顾及当事人的申诉权，保护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。

(三) 规定一旦遵守强制执行程序后交易即告终结

9. 担保权价值的变现程序完成以后，交易应告终结。有担保债权人在设押资产上的担保权应予消灭。如果设押资产已作处分，出押人对资产的权利也应消灭。法律还应确定尽管在强制执行程序中资产已作处分但其他有担保债权人在设押资产上的担保权是否还继续存在。在这方面，法律可能需区分排顺在先的担保权与排序在后的担保权（即其他有担保债权人相对于启动执行程序的债权人的担保权是否享有优先权）。

(四) 明确界定有担保债权人和出押人关于设押资产价值的变现程序而可约定的范围

10. 合同自由原则所依据的推定是，注重自我利益的当事方最能够评判拟议的约定交换价值。这些约定交换的总和会促成经济体内部资源的有效分配。坚持这一原则的同时，还必须兼顾在滥用权利等事项上双边合同不应损害第三方权利或公共利益这另外一项原则。在担保权强制执行制度方面法律必须界定有担保债权人和债务人关于拟遵循的程序而可约定的范围。法律尤其应区分在原始担保协议中可予变更的那些法定权

利与只有在发生违约情况后方可变更的法定权利。

(五) 使担保权制度的强制执行权利和程序与破产程序中关于担保权的权利和程序协调一致

11. 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。受这类制度管辖的有担保债权人在提供贷款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。就破产程序中对担保权的承认和强制执行作出规定可提供确定性和便利信贷的提供（关于在破产程序中强制执行担保权，有关讨论，见第十章）。

3. 违约

a. “违约”的含义

12. 债务人如未履行有担保债务，即为“违约”。将根据当事方协议及关于债务的一般性法律确定是否发生了违约。贷款协议等可列举必须立即偿还贷款的各种违约情况。担保协议通常会对什么构成违约作出定义。如果出现当事方合同未对违约作出定义这种不太可能发生的情形，则由合同法一般性原则确定债务人是否违约。因此，管辖担保交易的法律不必对违约作出定义。如果列入定义，则规定债务人如果未履行有担保债务即为违约或是否违约由担保协议或其他法律界定即可。

b. 对违约的补救

13. 一方面需要在债务人虽违约但并非表明其长期无能力履行债务时对债务人进行保护，另一方面则是需要保护债权人免于负担因拖欠履行债务和违约补救循环往复一再发生而造成的费用。必须在二者之间权衡考虑来决定法律究竟是否应允许债务人对违约予以补救或纠正。尽管对违约补救或纠正的问题可留待关于债务的一般性法律或对债务人进行特别保护的法规处理，但关于在可能的情况下解除债务人对设押资产的控制权，这个问题可将注意力重点放在担保交易法规定的问题上。担保交易法如果涉及对违约予以补救的问题，应确保其与现行法律并行不悖，并提供明确的参照说明，列出所不替代的法规，以确保透明度。

c. 违约通知

14. 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。担保交易法应涉及是否应发出违约通知以及向谁发出违约通知的问题。通知的主要好处在于其使得债务人和其他有关当事人能够对其权益进行保护。例如，债务人可能会就是否发生违约提出质疑，而且如果法律订有规定，则债务人会设法对违约予以补救或赎回设押资产。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，还可使他们能够控制强制执行过程。通知的不利之处包括通知费用、通知给不予合作的出押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分割债务人企业的可能性等。尽管有些担保交易法不要求违约通知，但许多担保交易法订有这方面的规定。

15. 对于可能有必要发布通知的其他情形，担保交易法应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、出押人非债务人时发给出押人的通知、发给其他债权人的通知以及发给政府机构或公众的通知。例如，有担保债权人或许必须事先向债务人和出押人发出书面通知，然后将通知交存公共登记处备案。债权人可能还必须向曾发出其利益通知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。关于拟列入通知中的信息，法律可要求列入有担保债权人计算的违约后欠款额，并详细说明债务人或出押人对违约情况进行补救或赎回设押资产而可以采取的步骤。还可要求有担保债权人至少暂定其为强制执行担保权而计划采取的步骤。

d. 司法或行政复查

16. 为确保强制执行程序完妥无误，债务人或其他有关当事人应当有机会要求对有担保债权人的行为进行司法或行政复查。债务人应当有机会对有担保债权人所声称的发生违约情况或对违约后所计算的欠款额提出质疑。为了避免无故延误正当的强制执行，应加速进行复查。程序中应含有保障措施，以阻止债务人为拖延强制执行而提出无理要求。

4. 违约之后的选择

17. 大多数法律制度都承认，有担保的债权人可以依照执行任何债权的同样程序通过司法程序强制执行附担保的债务。如果对附担保债务作出判决，那就可以用同样的方式对债务人可用于清偿债权人的任何资产执行判决，包括设押资产在内。但是，以下各段侧重于论述通过司法程序或其他方式强制执行有担保债权人在设押资产上的担保权。

18. 当债务人违约时，设押资产可能处于有担保债权人的占有中，也可能不为其所占有。有担保的债权人占有设押资产可防范债务人或出押人的潜在滥用（例如，隐匿或滥用资产）。担保交易制度还应保护未占有设押资产的有担保债权人，以防发生此种滥用。但是，除了防范潜在滥用问题之外，没有理由把享有占有性担保权的债权人同其他类型的有担保债权人区分开来，对各种有担保的债权人可以适用同样程序来实现担保权的价值。

a. 强制执行担保权的司法程序

19. 担保交易制度的一个关键问题是，有担保的债权人必须在多大程度上诉诸于法院或其他当局（例如，法警、公证人或警察）以求强制执行其担保权。

20. 为了保护债务人以及其他对设押资产享有权利的当事人，许多法律制度都要求有担保的债权人求助于法院或其他当局来强制执行其担保权。但是，这种做法可能会意外地造成延误和费用，最终还是要由债务人来承担，因为这些都要计入融资交易的成本中，而且势必减少设押资产的变现价值。此外，这种做法涉及某些不利于设押资产获得合理的市场价格的正式程序。

21. 为了避免这些问题，有些法律制度限制法院或其他当局在执行过程中的作用。在这些法律制度中，有担保的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。¹采用此种做法的理由是，允许有担保的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。这种做法还能使设押资产的变现价值达到最大化。

22. 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对设押资产享有权利的出押人和其他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，有担保的债权人需向其发出违约和强制执行通知（见第 14-15 段）。此外，如果债务人不同意，有担保的债权人就不能在执行会扰乱公共秩序的情况下强制执行其权利（见第 30 段）。另外，在处分设押资产时，有担保的债权人还必须以“商业上合理的”方式行事（见第 33 段）。

23. 即使允许在没有官方干预的情况下行事，通常也不阻止有担保的债权人要求通过司法程序强制执行其担保权。例如，有担保的债权人可以选择提起司法程序，以避免事后对其私自行动提出质疑的风险，或者有担保的债权人也可能认为，反正迟早还是要提起司法程序才能追回预期的差额。

24. 无论是否要求有担保的债权人诉诸于法院，许多法律制度都对有担保的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权作出限制。如果法院认为确有违约发生，则任何判决都应以清偿债权人的附担保债权为目的。应当把命令债务人偿债、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。

b. 当事人约定执行程序的自由

25. 担保交易制度的另一个关键问题是，有担保的债权人和出押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。允许当事人就其相互交易的后果自由达成协议，有利于资源的有效分配。但是，特别是在允许强制执行而国家又不太干预的法律制度中，如果担保交易法律对有担保债权人规定了强制性义务，则法律也可能禁止或限制当事人通过订约免除这些义务的能力。另外，法律可以对订立担保协议时约定的条件和债务人违约之后约定的条件加以区分。

c. 接受以设押资产清偿附担保债务

26. 违约发生之后，有担保的债权人可以提出接受以设押资产来全部或部分清偿负担担保债务。如果担保协议中约定在出现违约时设押资产的所有权自动赋予有担保的债权人，大多数法律都不允许执行这样的约定，不过有些法律则允许执行事后的约定。允许事后约定的好处是，可以尽量减少执行费用和更为迅速地消灭担保权。不利之处是，当设押资产的价值超出担保债务额时，有担保的当事人会对债务人或出押人施加不当的压力。

¹ 例如，根据《美洲国家担保交易示范法》，有担保债权人必须向公共登记处办理违约和强制执行通知，并将副本抄送债务人和担保权已作公布的任何债权人（见第 54 条）。有担保债权人还必须请求法院下达收回令，法院可以不经审理下达此种命令（债务人不服这项命令的，必须另行提起一项程序表示反对；见第 57 条）。一旦占有资产，有担保债权人即可按某些规定的程序直接出售这些资产（见第 59 条）。

27. 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和出押人、第三方当事人或法院的同意来防范滥用行为。可要求必须公示，并规定在最后解决之前预留一定的延缓期，以便向法院提出上诉。法律还可以要求进行正式的评估。

d. 赎回设押资产

28. 大多数法律都允许违约债务人或出押人通过偿付尚未结清的附担保债务而赎回设押资产，其中包括清偿值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出押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。设押资产的赎回与附担保债务的恢复，二者有别。恢复附担保的债务（例如，补交分期付款），可补救违约行为，恢复后的债务继续用设押资产担保。赎回设押资产，则是解除附担保的债务。

e. 授权出押人处分

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

f. 解除出押人对设押资产的控制

30. 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、受托的第三方或有担保债权人本人的手中，可以减轻这种担心。允许有担保的债权人在毫不求助于或仅有限地求助于法院或其他当局的情况下占有设押资产，可以减少执行的费用（见第 21 段）。但是，即使是允许有担保的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（“破坏安宁秩序”）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。

31. 对于设押资产的价值有可能迅速减少的特殊情形，大多数法律都规定可由法院或其他有关当局下达临时救济令，以保全资产的价值。

g. 设押资产的出售或其他处分

32. 担保权使有担保的债权人有权出售或以其他方式处分设押资产。处分的目的应当是设押资产实现最大价值，同时不损害出押人或其他人的正当要求和抗辩权。

33. 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共程序处分设押资产。有些法律制度则允许有担保的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的债权人按进行处分的灵活规则控制设押资产的处分。这些法律制度都以在担保协议中或在违约之后取得出押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。

34. 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议处分的通知。鉴于任何处分的终局性，有必要制订具体的规则，提请具有利害关系的当事人保护自身的权益。关于通知何人、通知方式和通知时间的问题，与论及违约情况时所讨论的问题相近（见第 14-15 段）。关于将企业作为经营中企业出售，通常还规定了专门的程序。

h. 分配处分的收益

35. 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。关于有担保的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的问题，也应当制订法律规则。这些规则应当要求向有担保债权人通知所存在的这些其他权益。法律还应当规定任何剩余收益均返还出押人。

36. 收益分配给有担保的债权人是为了清偿附担保的债务。如果分配后仍有差额，债务的解除范围仅以所收到的收益为限。法律应当明文规定，有担保的债权人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，否则债权人对差额的债权是无担保的债权。

i. 终结性

37. 担保交易法律应当规定，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，出押人的权利也随之消灭。法律还应确定其他人（包括其他有担保的债权人）对设押资产的权利在通过执行程序对资产处分后是否继续存在。

j. 一般框架的若干变异

38. 担保交易法律如果在其范围内包括许多类型的设押资产，则可能需酌情就某些类型资产的处分制订具体规则。对于无形资产、证券和流通票据来说，尤其如此。例如，有担保的债权人享有以一笔应收款作保的担保权的，应有权在债务人违约后通知该笔应收款的义务人。

39. 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，可能也要制订专门的规则，以处理不动产的所有权人不是出押人时如何将定着物同不动产分开的问题。

5. 其他债权人提起的司法程序

40. 担保交易法律应当同一般民事诉讼法律协调，以便使有担保债权人有权介入法院程序，以保护担保权，并确保债权排序的一致性。债务人或出押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，而诉讼程序法可给予这些债权人强行处分设押资产的权利。有担保的债权人将从诉讼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。在有些情况下，诉讼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。如果这笔应收款上设置的担保权属于一位有担保债权人，则法院的命令可将优先权有效地赋予胜诉债权人。如果不打算扭转优先权的一般规则，就应当修改有关的法律。

B. 小结和建议

41. 担保交易制度中违约和强制执行规定的关键目的是：
 - (一) 对债务人违约后担保权的执行以及违约后有关当事人的权利、义务和优先权提供明确、简单和透明的规则；
 - (二) 以符合保护有关当事人权利和公众的方式实现设押资产变现价值的最大化；
 - (三) 规定一旦遵守强制执行程序后交易即告终结；
 - (四) 明确界定有担保债权人和债务人关于设押资产价值的变现程序而可约定的范围；
 - (五) 使担保权利制度的强制执行权利和程序与破产程序中关于担保权的权利和程序协调一致。
42. 不必在法律中界定“违约”一词。如果列入一则定义，只要作出如下说明即可：债务人未能履行附担保债务或按担保协议或其他法律的规定属于违约时即发生违约。法律应当阐明是否应当发出违约通知和向谁发出违约通知的问题。债务人应当可以诉诸于法院或其他有关当局，以求对债权人指称的违约或对违约后所计算的欠款额提出质疑。为了避免无故延误正当的强制执行，应加速进行复查。程序中应含有保障措施，以阻止债务人为拖延强制执行而提出无理要求。
43. [工作组注意：工作组似应考虑对执行过程的司法控制程度。工作组特别要审议以下问题（见第 19-25 段和第 30-34 段）：
 - (一) 就非占有性担保权益而言，有担保的债权人收回设押资产是否须在某种形式的正式干预下进行，或者是否应允许有担保的债权人在不违反有关公共秩序的规定情况下解除债务人对设押资产的控制；
 - (二) 在不违反合理的商业标准和关于防范滥用行为的规定的情况下，是允许有担保债权人直接处分资产，还是允许其通过法院监督下的程序处分资产。]
44. 违约发生后，应当允许债务人或出押人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。
45. 法律应当阐明分配处分收益的规则。收益应当按下述顺序分配：处分的合理费用；附担保的债务；其他附担保的债务；如有剩余额，返还出押人。如果用收益偿付附担保债务后仍有差额，有担保的债权人有权就差额向债务人提出无担保的债权。设押资产处分完毕，程序即告终结。
46. 应当考虑为无形资产、流通票据和定着物的处分制订专门规则。法律还应当就单项交易同时涉及动产和不动产上的担保权时适用何种程序提供指导。
47. 有必要与一般民事诉讼法律协调，以便就介入法院程序以保护担保权作出规定，并确保债权排序的一致性。