



联合国国际贸易法委员会  
第六工作组（担保权益）  
第七届会议  
2005年1月24日至28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

	段次	页次
七. 违约前当事人的权利和义务 .....	58-59	2
八. 违约和强制执行 .....	60-77	3
九. 破产 .....	78-99	6
十. 法律冲突 .....	100-116	6
十一. 过渡问题 .....	117-125	11

\* 本文件比规定的会前十周提交晚了三周，因为需要完成磋商和最后审定随后的修正。



## 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，以期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；以及

(e) 鼓励当事人意思自治。

### 当事人意思自治

58.

#### 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当事人的除外。

#### 备选案文 B

法律应规定，除另有规定[具体说明不得约定删减或更改的条文]外，有担保债权人和设保人可约定删减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行文措词，并考虑究竟应将该建议置于本章中还是置于关于范围和一般规定的一章中。]

### 替补规则

59. 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；以及

(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) 实现设押资产变现价值的最大化；

(c) 规定一旦遵守强制执行程序后交易即告终结；

(d) 明确界定有担保债权人和设保人可就强制执行程序达成协议的范围；

(e) 规定各方当事人在担保交易制度下强制执行其权利并履行其义务时必须以诚信行事、遵守商业上合理的标准并尊重公共政策；以及

(f) 使担保交易制度的强制执行权和程序与包括破产法在内的其他法律规定的其他当事人的权利和程序协调一致。

### 司法及非司法强制执行

60. 法律应规定在违约之后有担保债权人有以下选择：

(a) 诉诸于法院或其他当局以求强制执行其担保权；或

(b) 在不诉诸于法院或其他当局的情况下强制执行其担保权。

### 在全额偿付后解除设押资产上的担保权

61. 在发生违约后和有担保债权人处分设押资产前，债务人、设保人或其他有关当事人应有权全额偿付附担保债务，包括在全额偿付前的利息和强制执行费用。法律应规定，此类偿付的效力是终止强制执行程序并解除设押资产上的担保权。

### 设押资产处分通知

62. 法律应制定明确规则，确保以简单、高效、快捷、低廉费用和可靠的方式发出设押资产处分通知，以便在保护债务人、设保人或其他利益方的同时避免对设押资产的变现价值造成负面影响。

### 设押资产的处分

63. 法律应就处分设押资产规定灵活程序，这些程序应符合独立的标准，例如有义务以诚信行事并遵守商业合理性标准。

### 应收款的收取

64. 法律应就应收款的收取规定灵活的程序，包括要求任何债务人将所欠款项直接付给有担保债权人的权利。这些程序应符合独立的标准，例如有义务以诚信行事并遵守商业合理性标准。

### [打算争取非司法强制执行的通知]

65. 法律应：

(a) 论及在发生违约后是否应要求有担保债权人发出其打算争取非司法强制执行担保权的通知；

(b) 指明通知的最低限度内容、通知的发出方式及其发出时间；

(c) 指明[给设保人]的通知还应载有有担保债权人对违约造成的欠款的计算；

(d) 详尽载列债务人或设保人为争取解除设押资产上的担保权而可能采取的步骤；

(e) 论及打算争取非司法强制执行的通知不当或有误的法律后果；

(f) 列举不必为避免对设押资产变现价值产生负面影响而发出打算争取非司法强制执行通知的情形；

(g) 规定是否应在担保交易登记处登记打算争取非司法强制执行的通知；  
及

(h) 规定打算争取非司法强制执行的通知应使用有理由期望使收件人了解通知内容的语言，例如担保协议的语言。]

### 对非司法强制执行提出异议

66. 如果债务人、设保人或其他利益方（例如，优先等级低于采取强制执行措施的有担保债权人的有担保债权人、担保人、设押资产共同拥有人）对有担保债权人强制执行其权利的行动提出异议，法律应为其提供对有担保债权人的行为进行司法或行政复审的机会。应将保障措施纳入程序，以阻止债务人、设保人或其他有关第三方提出毫无根据的要求来拖延强制执行。

### 非司法程序中的当事人意思自治

67. 法律应允许担保协议当事人商定在当事人之间强制执行担保权的程序，条件是该协议必须符合合同法一般规则、当事人有义务以诚信行事、遵循具有商业合理性的标准并且不违反公共政策。对关于强制执行程序的协议提出质疑者负有证明该协议不符合前述要求的义务。

### 接受以设押资产清偿附担保债务并以非司法手段处分设押资产

68. 法律应规定，有担保债权人提议以设押资产完全或部分清偿附担保债务或提议处分设押资产而不诉诸法院或其他当局，必须将该提议事先通知：

(a) 设保人和应偿付附担保债务的任何人（例如担保人）；

(b) 对设押资产享有权利并已经将这些权利通知该有担保债权人的任何人；及

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

69. 法律应规定，如果排序在后的有担保债权人或对设押资产享有排序在后的权利的任何人以书面形式对以设押资产清偿附担保债务的提议提出异议，有担保债权人必须根据有关处分的规则处分设押资产（见建议 63 和 64）。然而，有担保债权人有权请求法院或其他当局裁定该异议的合理性。

### 通过非司法处分取得的所有权

70. 如果有担保债权人决定处分设押资产而不诉诸法院或其他当局，受让人在不违反优先排序权的情况下获取设押资产，而不附带设保人、采取强制执行措施的有担保债权人、任何排序在后的有担保债权人及任何其他从属求偿人的权利。该规定同样适用于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。

### 通过司法处分取得的所有权

71. 如果有担保债权人决定通过司法程序或其他由官方管理的国家程序处分设押资产，则应依照国家有关执行程序的一般规则确定买方取得的所有权和通过处分而变现的资金的分配。

### 排序第一的有担保债权人接管强制执行权

72. 排序第一的有担保债权人有权在将设押资产最后处分给受让人之前随时接管由排序在后的有担保债权人启动的强制执行。接管权包括有权选择是由法院还是其他当局负责管理处分程序。

### 余额和缺额

73. 采取强制执行措施的有担保债权人必须将强制执行后剩下的任何余额付给从属有担保债权人和任何其他已将其对任何余额的求偿要求事先通知有担保债权人的从属求偿人。如果还有余额则必须交给设保人。如果对偿付的优先顺序存在任何争执，有担保债权人必须将余额存入一单独存款帐户，由法院或其他指定当局根据从属有担保债权人或其他从属求偿人的请求加以分配。

74. 设保人和应偿付附担保债务的任何其他人对强制执行后仍然存在的任何不足额负责。

### 其他救济办法

75. 根据法律采取救济办法不应影响任何当事人根据合同法采取救济办法。

### 动产和不动产担保交易法的交叉部分

76. 法律应就下述方面制定专门规则：

(a) 对于定着物上的担保权，究竟是根据动产还是不动产担保交易法强制执行；

(b) 对于包括动产和不动产在内的设保人所有资产上的担保权，究竟是根据动产还是不动产担保交易法强制执行动产上的担保权。

### 与其他法律的协调

77. 法律应与一般民事诉讼法协调，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。

## 九. 破产

78-99. [工作组注意：在完成磋商以后将列入有关破产的建议。]

## 十. 法律冲突\*

### 目的

冲突法规则的目的是确定下述各问题的适用法律：当事人之间担保权的设定；担保权对抗第三方的效力；担保权相对于相竞债权人权利的优先权；担保权的强制执行。

---

\* 与海牙国际私法会议密切合作拟定的建议。

这些规则还应在适当情况下适用于某些虽然未分类为“担保权”但具有类似经济职能并有可能与担保权相竞的权利，例如应收款买受人在保留所有权安排中对货物保留所有权的出卖人的权利。

[工作组注意：如果工作组决定以对待担保权的同样方式对待保留所有权，则可能必要提及保留所有权的做法（见 A/CN.9/WG.VI/WP.17 和 Add.1）。]

#### 有形财产上的占有式担保权

100. 法律应规定，有形财产上的占有式担保权在当事人之间的设定、对抗第三方的效力和相对于相竞求偿人权利的优先权都应由设押资产所在国的法律管辖。

[工作组注意：如果工作组采纳建议 103 备选案文 B，则似宜考虑建议 100 和 101 是否应列入内容大致如下的措词：“但需遵守建议 103 下适用于收益的规则。”]

#### 有形财产上的非占有式担保权

101. 法律应规定，有形财产（流通票据和可转让凭证除外）上的非占有式担保权在当事人之间的设定、对抗第三方的效力和相对于相竞求偿人权利的优先权，均应由设押资产所在国的法律管辖，但需遵守分别载于建议 104 和 105 的过境货物和出口货物的附加规则。然而，对于通常在不止一国使用的有形财产上的担保权，此类问题由设保人所在国的法律管辖。

[工作组注意：工作组可能记得建议 100 和 101 的结构与行文是工作组对这些建议的前几稿讨论后确定的（见 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11、A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7 和 A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1）。然而，鉴于根据建议 100 和 101 适用同样的法律（即物所在地法），工作组似宜考虑合并建议 100 和 101。此外，工作组似宜注意到，根据建议 100 和 101 的现行措词，只有建议 101 需遵守有关移动货物（建议 101 第二句）、过境货物（建议 104）和出口货物（建议 105）的专门规则，因为这些建议均涉及非占有式担保权（占有被理解为实际占有，而不是虚拟占有）。工作组似宜考虑建议 100 和 101 是否应遵守这些专门规则的问题，如果必须遵守，则为取得这一结果，在行文措词上是否最好合并 100 和 101。]

#### 无形财产上的担保权

102. 法律应规定，无形财产上的担保权在当事人之间的设定、对抗第三方的效力和相对于相竞求偿人权利的优先权均应由设押人所在国的法律管辖。

[工作组注意：工作组似宜考虑是否将本建议中的这条规则也适用于在流通票据和可转让凭证上的非占有式担保权。]

## 收益

103.

### 备选案文 A

法律应规定，适用于设押资产收益上担保权在当事人之间的设定、对抗第三方的效力和相对于相竞求偿人权利的优先权的冲突法规则，与适用于和收益同类的原始设押资产上的担保权的规则相同。

### 备选案文 B

法律应规定：

(a) 收益上担保权的设定应由适用于产生收益的原始设押资产上权利的设定的法律管辖；及

(b) 适用于设押资产收益上担保权对抗第三方的效力和相对于相竞求偿人权利的优先权的冲突法规则，与适用于和收益同类的原始设押资产上的担保权的规则相同。

## 过境货物

104. 法律应规定，过境有形财产（流通票据或可转让凭证除外）上的担保权，也可以根据最终目的地国的法律在当事人之间设定并使其具有对抗第三方的效力，条件是该财产在担保权设定后的规定时期内进入该国。

## 出口货物

105. 法律应规定，也可以根据目的地国的法律设定在拟出口的有形财产（流通票据或可转让凭证除外）上的担保权并使其对第三方有效，条件是在担保权设定后的规定时期内该财产为[进入最后目的地国][离开颁布国]。

[工作组注意：之所以（根据《联合国国际贸易应收款转让公约》第 5 条所列的定义）将“所在地”、“法律”和“相竞求偿人”等用语的定义列入这些建议，是因为它们对本章中的建议很重要。按照迄今采取的做法，工作组似宜将这些定义列入评注部分，而不是建议部分。工作组似宜考虑把不只同指南某一章有关的定义连同其他定义一并列入第一章的评注部分。只同本章有关的定义可列入本章的评注部分。]

### “所在地”的含义

106. 法律应规定，建议 101 和 102 中设保人的所在地是指设保人的营业地。如果设保人在不止一个国家设有营业地，则设保人的营业地为设保人中央管理机

构的所在地。如果设保人不拥有营业地，设保人的所在地系指设保人的惯常居住地。

#### 确定所在地的相关时间

107. 法律应规定，就设定问题而言，建议 100 至 102 中资产所在地或设保人所在地是指设定担保权时的所在地，就对抗第三方的效力和优先权问题而言，是指该问题产生时的所在地。

[工作组注意：鉴于建议 104、105 和 108 自有其确定时间的规则，此处未提及这些建议。]

#### 所在地改变后继续具有对抗第三方的效力

108. 法律应规定，如果设押资产上的担保权根据颁布国以外的一国的法律具有对抗第三方的效力，并且设押资产或设保人（酌情而定）的所在地改在颁布国，则根据该颁布国的法律，在设押资产或设保人（酌情而定）所在地改在颁布国后的[指明天数]天内，担保权继续具有对抗第三方的效力。如果在这一期限结束前满足颁布国使担保权具有对抗第三方效力的要求，则担保权此后继续在颁布国具有对抗第三方的效力。

#### 反致

109. 法律应规定，另一国管辖某一问题的“法律”是指该国冲突法规则以外的现行法律。

#### 相竞求偿人

110. 法律应规定，建议 100 至 103 和 113 至 115 中“相竞求偿人”的提法是指：

(a) 在相同设押资产（不论是原始设押资产还是收益）上享有担保权的另一有担保债权人；

[(a 之二) 根据[购货款][购置款]担保权保留对相同设押资产的所有权的该设押资产出卖人或融资租赁出租人；]

(b) （通过适用法律、查封或扣押等类似程序）对相同设押资产主张权利的设保人的另一债权人；

(c) 设保人破产时的管理人[；或

(d) 设押资产的买受人]。

### 在所适用的法律上当事人意思自治的范围

111. 法律应规定，设保人和有担保债权人的相互权利和义务由其通过约定选择的法律管辖，但不得背离建议 100 至 110 和 113 至 116 中所述的规则。

### 在当事人无约定的情况下管辖当事人相互权利和义务的法律

112. 法律应规定，在不违反建议 100 至 110 和 113 至 116 中所述规则的情况下，如设保人和有担保债权人未选择所适用的法律，则其由担保协议产生的相互权利和义务由[与担保协议关系最为密切的国家的法律][有关担保协议的法律]管辖。

### 强制执行事项

113. 法律应规定：

#### 备选案文 A

对强制执行担保权有影响的实质事项由强制执行发生地国的法律管辖。

#### 备选案文 B

对强制执行担保权有影响的实质事项由有关这种权利优先于相竞求偿人权利的法律管辖，但如果强制执行发生地国订有强制性规则，而不论另外适用何种法律，则须服从此种规则。

#### 备选案文 C

对强制执行担保权有影响的实质事项由有关有担保债权人和设保人之间合同关系的法律管辖，但如果强制执行发生地国订有强制性规则，而不论另外适用何种法律，则须服从此种规则。

[工作组注意：备选案文 A、B 和 C 指的都是实质事项（程序事项由强制执行发生地国的法律管辖；见建议 114）。虽然法院可利用本国法律来确定什么是实质事项，什么是程序事项，普遍视为实质问题的例子如下：债权人变现设押资产可使用的补救办法的性质和规模，能否不经司法程序实施此类补救办法（或其中某些办法）、有担保债权人为了有权占有和处分资产（或得以使用司法手段变现资产）而必须满足的条件、有担保债权人收取变成设押资产的应收款的权力以及有担保债权人对设保人的其他债权人所承担的义务。]

## 备选案文 D

与强制执行担保权有关的事项由有关设保人和有担保债权人相互权利和义务的法律管辖，但是，[除非依照] [如果违反]该财产当时所在地国的法律，有担保债权人不可未经设保人同意占有设保人的有形设押财产。[有关强制执行担保权的司法程序过程中的程序事项由法院所在地国的法律管辖。]

[工作组注意：备选案文 D 删除了“实质事项”的提法，使用了与建议 111 相同的行文措词（“相互权利和义务”），更直接地侧重于对非司法收回的控制权。最后一句将“程序事项”局限于在司法程序过程中出现的事项，如获采纳即可使建议 114 无存在的必要。]

114. 法律应规定，与强制执行担保权有关的程序事项由强制执行发生地国的法律管辖。

[工作组注意：工作组似宜考虑将该建议归入建议 113。]

## 破产对冲突法规则的影响

115. [担保交易]法律应规定，不会因启动与设保人有关的破产程序而替换适用于担保权的设定和第三方对抗效力的冲突法规则。至于担保权相对于相竞求偿人权利的优先权，应当继续由根据适用的冲突法规则确定的法律来管辖，除非破产法另有规定。

[工作组注意：工作组似宜考虑评注部分是否应澄清建议 115 和《贸易法委员会破产指南》建议 30 之间的关系，后者阐明了一条公认的规则，即破产诉讼地的冲突法规则适用于对权利和债权效力和有效性的认定。建议 115 第一句反映了该原则。该建议第二句又进了一步，澄清根据诉讼地冲突法规则，破产的启动可以改变确定担保权对相竞求偿人权利的优先权所适用的法律，前提是破产法已作此规定（例如针对优先债权作此规定）。]

## 破产程序中的强制执行

116. [担保交易]法律应规定，破产程序启动地国的破产法（冲突时法院地法）普遍适用于破产程序中强制执行担保权的所有方面（见《贸易法委员会破产指南》建议 31，有关该原则的除外规定，见《贸易法委员会破产指南》建议 32 至 34）。

## 十一. 过渡问题

### 目的

法律关于过渡问题的条文的目的，是为了从该法颁布前的制度公平而有效率地过渡到该法颁布后的制度创造条件。

## 生效日期

117. 法律应指明该法自其颁布后何日起开始生效（“生效日期”）或指明可具体确定该日期的机制，其中应考虑到：

(a) 生效日期对信贷决定的影响，特别是最大限度地实现可从该法中得到的好处；

(b) 国家在必要的条例、机构、教育和其他方面的安排或基础设施的改进方面应有何作为；原已存在的法律和其他基础设施的现状；

(c) 该法与其他法规的协调统一；以及

(d) 关于生效日期前交易的基本法律规则的内容；以及有关法规生效的标准做法或方便做法（例如，定在某个月的第一天）；

(e) 需要给受影响的人充分时间为该法作好准备。

## 过渡期

118. 法律应规定，在生效日期之后的一段时间（“过渡期”）内，在原制度下拥有对设保人和第三方有效的担保权的债权人可以采取步骤，确保这些权利根据该法对设保人和第三方有效。如果在过渡期间采取了这些步骤，法律应规定债权人对这些当事人的权利具有连续效力。

## 优先权

119. 法律应为解决下述问题提供明确规则：

(a) 哪项法律适用于生效日期之后的担保权之间的排序；

(b) 哪项法律适用于生效日期之前的担保权之间的排序；

(c) 哪项法律适用于生效日期之前的担保权和生效日期之后的担保权之间的排序。

120. 法律应规定生效日期之后的担保权之间的排序由该法管辖。

121. 法律一般应规定生效日期之前的担保权之间的排序由原法律制度管辖。然而，法律还应规定，只有在生效日期之后没有发生任何事情改变原法律制度下的优先顺序时，才适用原有的规则。如果发生了这样的事情，法律应确定优先顺序。

122. 关于生效日期之前的担保权和生效日期之后的担保权之间的排序，法律应规定，只要生效日期前的权利的持有人在过渡期内采取了法律所要求的必要步骤确保在该法下的优先权，就应适用该法。在过渡期内，生效日期之前的权利的优先权应继续有效，如同该法尚未生效。如果在过渡期内采取了适当的步骤，生效日期之前的权利的持有人应当拥有的优先权的程度，等同于该法若在原交易发生时即已生效并在那时即已采取这些步骤所应达到的优先程度。

123. 如果在该法生效日期某一纠纷已处于诉讼阶段（或交由任何类似的纠纷解决体制处理）或有担保债权人已采取步骤强制执行其权利，法律应规定该法不适用于各方当事人的权利和义务。

124. 法律应论及从无须任何备案的制度向备案系确保担保权具有对抗第三方效力之先决条件的制度过渡的问题。

125. 法律应确保此种过渡除名义登记费用外不会带来其他任何费用。

---