



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
十三. 过渡问题 .....	1-30	2
A. 一般说明 .....	1-30	2
1. 过渡条款的必要性 .....	1-3	2
2. 新立法的生效日期 .....	4-10	2
3. 有待过渡条款处理的问题 .....	11-30	4
(a) 概述 .....	11-12	4
(b) 交由法院或仲裁庭处理的纠纷 .....	13	4
(c) 生效日之前的权利在各方当事人之间的效力 .....	14-16	4
(d) 生效日以前的权利对于第三方的效力 .....	17-19	5
(e) 优先权纠纷 .....	20-23	6
(f) 强制执行 .....	24-30	6
B. 建议 .....		8



## 十三. 过渡问题

### A. 一般说明

#### 1. 过渡条款的必要性

1. 前一章述及“法律冲突”，即在两个或两个以上法律体系中的实质性规则均可适用于某一交易的情况下，据以确定事实上将适用哪些实质性规则的一套规则。这些法律冲突规则通常被称之为“在空间上”管辖法律冲突的规则，以区别于另一类法律冲突规则（即，“在时间上”管辖法律冲突的规则）。所有立法行动都会在时间上造成与法律冲突有关的问题。因此，多数国家都有一些完善的原则，用于确定新的法律生效后对原先不一致的法律的影响及其对既有法律关系的适用范围。但如果考虑对既有法律作重大改革的，各国通常会在改革规约中纳入一些专门规则，在时间上管辖新的法律生效后所产生的相关法律冲突。这些规则通常称之为“过渡性条文”。鉴于前几章的范围，指南建议各国专门针对本国可能颁布的新的法律颁布一系列过渡性条文。

2. 参照指南的建议制订新的担保交易立法，其中所体现的规则将与此前的担保交易法的规则大相径庭。这些差别将对新立法颁布后设保人和有担保债权人订立的任何协议产生明显影响。但是，新的法律生效时根据原先的法律而订立的许多交易将继续进行。考虑到新旧法律制度的差别以及根据旧制度设立的交易和担保权利继续存在，新立法要想取得成功，必须包含关于从旧规则向新规则过渡的公平而高效的规则。如果根据旧制度的法律冲突规则应由一国的法律管辖担保权的设定、对抗第三方的效力或优先权时（，而根据新制度的法律冲突规则应由另一国的法律管辖这一问题），同样也需要有过渡规则。

3. 在从旧制度向新规则过渡方面必须解决两个问题。首先，如 A.2 节所述，新立法应规定其生效的日期（或者其各个部分生效的日期（“生效日期”，见建议 223）。其次，如 A.3 节所述，新立法还应规定，在生效日期之后，新立法适用于生效日期之前存在的交易或担保权利的程度。

#### 2. 新立法的生效日期

4. 在确定立法的生效日期时，需要考虑几个因素。迅速实现新立法的经济利益，是各国在其颁布之后设法尽快使其生效的一个原因。在考虑这些利益的同时又必须兼顾避免给将受新立法管辖的市场带来不稳定或破坏的需要，并给市场参与者留出足够时间为根据新立法进行交易作准备，因为新立法可能与以前的法律有很大不同。因此，根据公众在多大程度上对新立法展开了讨论（包括为法官、律师和市场参与者开设的大量教育方案），一国可以最后确定新立法的生效日期应是新立法颁布后的一段时间，以便市场和参与者调整其行为以适应新的规则。

5. 在确定生效日期时，各国不妨考虑各种因素，其中包括：生效日期对信贷决定的影响；最大限度地实现可从新立法中得到的好处；国家应在条例、制

度、教育和其他方面作出的必要安排或对基础设施进行的改进；原已存在的法律和其他基础设施的现状；新的担保交易立法与其他立法的协调统一；宪法对于新立法的追溯效力的限制；以及立法生效的标准或便利做法（例如，定在某月第一天）。

6. 各国在法律颁布后某日设法使法律生效上使用的方法通常有以下三种。第一种方法是，规定法律在“法令”或“公告”确定的未来的某一天生效。在其他情况下，该法律还可自行规定未来生效日期。举例说，某年1月17日颁布的法律可明确规定在同年9月1日生效。在另外一些情况下，法律可载列确定生效日期的具体方式。例如，法律可规定，生效日期为从颁布之日起满6个月后的日历月的第一天。第二种方式是，从颁布之日起满6个月后的1月或7月的第一天，以较早发出者为准。根据第三种方式，为了有时间建立技术基础设施（例如依赖于计算机的登记处），必须将有效日期延长。在这些情形下，各国经常通过“法令”规定，登记处启用之日即为上述6个月或更长延长期的起算之日。指南建议各国要么具体规定生效日期，要么在法律中提出确定生效日期的方式（建议223）。

7. 由于以设保人资产上的权利作保的债务常常在一段时间内偿还，因此在生效日期之前设定的许多权利在生效之日和之后将继续存在，为尚未偿还的债务提供担保。因此，各国还必须考虑新立法是否应适用于在生效日以后产生的与在生效日以前订立的交易有关的问题。

8. 一种做法是新立法只对将来的交易适用，因此不能管辖在生效日以前订立的任何交易。这种办法也许有一定的吸引力，特别是在解决设保人和有担保债权人之间产生的问题方面，但是这种做法也会造成很大问题，特别是对于优先权来说。最突出的问题是，必须解决在生效日以前获得担保权的有担保债权人和在生效日以后获得相同担保资产上担保权的竞合有担保债权人之间的优先权纠纷。由于优先权是一个相对概念，而且必须用同样的优先权规则管辖这两项互相比较的担保权利，因此，用旧规则管辖生效日以前债权人担保权的优先权，而用新规则管辖生效日以后债权人的权益的优先权不切实际。当然，确定哪项优先权规则适用于这类优先权纠纷并非没有困难。对这类优先权纠纷适用旧规则，实质上将延误新立法中一些最重要的内容产生效用，其结果是新立法的重大经济效益可能被延误很长一段时间。即便仅为某些旧交易而必需延误，但所有新交易都将因此而受到影响。此外，延误使得涉及未来资产的担保协议当事人无法为新法生效之后获取的资产而利用新法的好处。另一方面，如果对这类优先权纠纷适用新规则，又可能不公平地损害依赖旧法的当事人（特别是当事人依赖旧法而又不告诉其该法可能会作修改），并可能促使这些当事人反对新立法或主张采用一种拖延过久的生效日期。

9. 另一种做法是自生效之日起对所有交易适用新立法，但采用一些必要的“过渡条款”，以便确保在生效日前的不丧失优先权地位的情况下向新制度有效过渡，这种做法可能会促进更大的确定性和更早地实现新立法的经济效益。这种做法将避免上述问题，并将公平而高效地兼顾遵守旧法的当事人的利益和遵守新法的当事人的利益。

10. 出于这些考虑，指南建议在这两种基本做法中采用第二种做法：(a)对生效日以后出现的所有交易立即适用新的法律；(b)对生效日以前订立的交易一般不得追溯适用新法；(c)对新法生效日之后产生的问题和程序（例如，优先权问题和执行机制）适用新法；(d)通过过渡性条文，保护当事人在生效日以前订立的交易下获取的权利（建议 223，第二句）。

### 3. 有待过渡条款处理的问题

#### (a) 概述

11. 由于生效日以前设定的许多担保权将在生效日以后继续存在，并可能与生效日以后设定的担保权产生冲突，因此新立法必须提供明确的过渡条款，以确定新立法中的规则在多大程度上适用于原已存在的担保权。这些过渡条款应适当论及当事人的确定预期和未来交易对确定性及可预测性的需要。过渡条款必须论及，在生效之日以后，新规则在多大程度上适用于在生效日以前设定担保权的交易的当事人。这些条款还必须论及，如果担保权和竞合求偿人的权利中有一个是生效日以前确立的，在生效日以后，新规则在多大程度上适用于解决担保权持有人与竞合求偿人之间的优先权纠纷。

12. 没有任何一条规则或方式能够对一切情况皆为适用，其原因是，即便各国以相同的方式执行指南，每个国家过渡以前所存在的制度都各不相同。此外，先前制度的特点也会影响到有关过渡的决定，例如，在确定资产上有无根据旧制度设定的担保权方面有多难，或交易还能在多长时间继续“不被触动”（例如，在旧制度下，保持第三方效力是否需要办理展期手续或采取其他行动）。下文的讨论将研究各国在拟订一系列过渡条文时必须处理的主要问题。

#### (b) 交由法院或仲裁庭处理的纠纷

13. 如果纠纷在生效日处于诉讼阶段，则各方当事人的权利已经充分确定，新的法律制度生效不应改变纠纷的结果。同一条原则应当适用于将纠纷提交仲裁等类似纠纷解决机制处理的情况，但是该原则不应适用于各方当事人正在利用调解之类机制的情况（因为此种程序的结果不具约束力表明各方当事人的权利尚不十分确定）。因此，不应适用新的法律制度来解决这类纠纷（见建议 224）。此外，如果已进入强制执行程序，纠纷各方当事人通常不应利用新的法律所规定的机制或权利。诉讼可能涉及不属于强制执行范围的事项。在这些情况下，有关担保交易某一方面的未决诉讼不应影响对诉讼未涉及的其他交易方面适用新法律，也不应影响当事人根据新的法律对任何这类事项提起诉讼。

#### (c) 生效日之前的权利在各方当事人之间的效力

14. 如果一项担保权是在新的法律生效之日以前设定的，那么关于这种权利对于设保人和债权人的效力会产生两个问题。第一个问题是，一项担保权根据旧法律有效设定，但不符合新法律关于设定担保权的要求，那么这项权利是否应

在新法律生效之日失效。第二个问题是，一项权利未根据旧法律有效设定，但符合新法律关于设定担保权的要求，那么这项权利是否应在新法律生效之日生效。

15. 关于第一个问题，也可以采取不同的做法。举例说，可以确立担保权在当事人之间仍然有效的过渡期，以确保债权人在过渡期间能够根据新法律在设定方面采取必要的步骤。过渡期期满时尚未采取这类步骤的，根据新法律这项权利不再有效。另一方面，更为简单的一种做法（也是指南采用的做法）是，规定新法生效日以前设定的担保权（即在当事人之间具有效力的担保权）在新法生效以后仍然在当事人之间有效（见建议 225）。

16. 关于第二个问题，应当考虑使担保权自新法生效之日起具有效力，因为各方当事人理应希望此项权利自其订立协议时即在他们之间具有效力。尽管如此，有些国家对这个问题的办法是要求设保人确认其打算让原先不具有效力的权利在新法之下产生效力。不过，这种要求难以付诸实施，其原因是，它做出了一种不合情理的推定，即至少有一方当事人知道存在缺陷，未根据旧法做任何事情纠正缺陷，而现在又希望使此项担保权产生效力。更有可能发生的情况是，新法生效后发现缺陷，对此种情形适用的规则自然是规定新法生效后自动生效。这是指南中未明确提出的立场（建议 223，第二句）。

#### **(d) 生效日以前的权利对于第三方的效力**

17. 关于新法生效日以前设定的权利对抗第三方的效力存在种种问题。由于新立法将体现采取必要的适当步骤以使某项权利具有对抗第三方的效力的公共政策，可取的做法是，允许新规则的适用范围尽量大一些。但是，如果债权人的权利根据颁布国原来的法律制度（或者在旧制度的法律冲突规则规定对第三方效力适用该国的法律的情况下根据该国的法律）具有对抗第三方的效力，那么要求这种债权人立即遵守新的法律，可能不近情理。这种要求将给机构债权人造成特别沉重的负担，因为机构债权人必须同时遵守新法律中对于生效日以前的大量交易的附加要求。

18. 可取的做法是，一项担保权根据原来的法律制度具有对抗对第三方的效力，但根据新的规则将失去此种效力，那么仍应（按照新的法律中过渡条文的规定）在一段合理的时期内保持有效，以便使债权人有时间满足新法律的要求。过渡期届满，这项权利即失去对抗第三方的效力，除非这项权利已根据新的法律对第三方发生对抗效力（见建议 226）。在确定允许债权人使其既有权利具有对抗第三方效力的时间长短时，各国应考虑到一些实际问题。例如，已经有担保权登记制度的，可以考虑延长期限，这样第三方就仍有余地确定某项资产上是否仍有担保权。相反没有担保权登记制度的，可以考虑缩短时限（至少根据旧法不需要办理通知手续的权利是如此），因为第三方没有便于查明潜在设保人的资产上是否有担保权的办法。

19. 一项权利根据原来的法律制度不具有对抗第三方的效力，但根据新的规则却具有此种效力，此种权利应当在新规则生效之日立即对第三方产生对抗效

力。这里再次假设当事人希望这些权利在其之间有效，同时第三方根据新规则也受到充分保护。这是指南未明确提出的立场（建议 223，第二句）。

**(e) 优先权纠纷**

20. 优先权纠纷产生的问题完全不同，因为这类纠纷必然涉及对不同时间设定的两项（或多项）不同权利适用一套规则。一项法律制度不能简单地规定，在—项担保权设定时所实行的优先权规则应管辖与这项权利有关的优先权，因为在互相比—较的两项权利中，若—项权利是按照以前的制度设定的，而另—项权利是按照新的制度设定的，则此类规则无法提供—致的答案。因此，必须有处理下述各种情况的规则：(一)两项权利都是在新法生效之日以后设定的，(二)两项权利都是在生效日以前设定的，(三)—项权利在生效日以前设定，而另—项权利在生效日以后设定。

21. 当然，最容易处理的情况是，竞合求偿人的权利都在新法律生效日以后设定，双方发生优先权纠纷。在这种情况下，显然应适用新法律中的优先权规则解决这种纠纷。

22. 相反，如果竞合权利都在新法律生效日以前设定，而且在新规则生效日以前设保资产上存在的两项竞合权利的相对优先顺序已确立，另外，（除生效日已到之外）没有发生别的事情改变这种相对优先顺序，则为使关系保持稳定，不得仅仅因为新法律生效而改变生效日以前确立的优先顺序。然而，如果在生效日后发生了即使根据原有法律制度也会对优先顺序有影响的某件事（如—项担保权取得或丧失对抗第三方的效力），那么，继续用以前的法律管辖已被生效日以后所发生的行动改变的纠纷，理由就没有那么充分了。因此，对这种情况适用新法律的理由要充分得多。换言之，新法生效时当事人的既有权利得到保护，但不应免除当事人确保其避免因作为（或不作为）而令其原有权利根据新法无法保全的义务。（见建议 227-229）。

23. 最难处理的过渡情况涉及生效日以前设定的权利与在生效日以后设定的权利之间的优先权纠纷。在这种情况下，可取的做法固然是最终（实际上，早做比晚做好）由新规则管辖，但还是应当规定—项过渡规则，保护根据旧制度获得权利的债权人的地位，但债权人必须采取任何必要步骤以便在新制度下保持这种保护。若在过渡规划规定的时间内采取这些步骤，新法律向该债权人提供的优先权，应等同于新规则若已在原交易之时生效并且当时若已根据旧法及时采取这些步骤则该债权人本应享有的优先权（见建议 227）。

**(f) 强制执行**

24. 在新法律生效日纠纷可能处于诉讼阶段（或由仲裁等替代纠纷解决制度处理）。有人指出，在这些情况下，各方当事人的权利十分确定，以致新的法律制度的效力不应影响该纠纷的结果（见建议 224）。纠纷各方当事人通常无法利用新法律所规定的机制或权利。举例说，如果以往法律禁止非司法强制执行，但新法律允许这种做法，强制执行方不应把司法强制执行程序转为非司法强制

执行程序。同样，如果已经进入强制执行程序，通常不允许各方当事人援用仅仅载述于新法律中的抗辩或其他权利。但是对这项原则的范围可以作出解释。一种观点认为，一旦债权人根据以往法律启动强制执行，根据该法律，就应将其视为作出了强制执行的选择，随后不应再试图利用新法律所提供的救济。另一种观点认为，该原则只是指不能强迫债权人把在以往法律下启动的程序转为新法律下的程序。债权人仍可继续强制执行，如同新法律尚未生效。但如果强制执行方债权人放弃正在进行的司法或仲裁强制执行程序，根据这种观点，新法律概不影响债权人启动另一个强制执行程序（包括非司法强制执行程序）。关于已经进入强制执行程序时的两种做法，指南未就采取哪一种做法提出建议。

25. 尽管如此，凡涉及新法律生效前订立的交易的纠纷，绝大多数都是在新法律生效后产生的。这方面可能会有两种不同的情况。一方面，有担保债权人有权行使某些救济，并允许设保人提出新法律所不再允许的某些抗辩。另一方面，新的法律允许债权人利用新的救济办法，并允许债务人提出以往所不允许的新的抗辩。

26. 新法律废除某些救济，或规定这些救济必须遵守一种新的和更为繁琐的程序的，存在一种所谓新法律不应损害债权人的观点。例如，在有些国家，占有型债权人可在违约时占有用作抵押的资产，而不必通知设保人或第三方。但指南的做法与此不同，指南规定，债权人必须将其同意以资产清偿附担保债务的意图通知各方（见建议 141-145）。

27. 类似的理由适用于剥夺设保人根据以往法律而可以行使的抗辩权或程序性权利的情况。例如，在某些国家，违约设保人对造成违约的具体不作为进行纠正，可以暂停强制执行程序，从而恢复附担保债务，停止强制执行。而指南的做法不同，指南规定，设保人有权通过偿清未偿债务赎回担保物，但无权对违约进行纠正并恢复债务（见建议 139）。

28. 对这两种情形都能提出这样的论点，即新法律生效给有担保债权人或设保人造成的潜在损害足以证明不应废除以往法律下产生的任何权利，即便是在新法律生效后启动强制执行的情况下。双方都应当能够根据订立最初协议之时即已存在的法律执行协议。相形之下，一种同样强有力的观点认为，由于新的强制执行机制是在一国认真考虑如何最好地兼顾各方权利之后产生的，这种机制理应适用于生效日之后的所有强制执行救济办法。强制执行如果影响到新制度生效后已获得资产上担保权的第三方的权利，这一论点尤其具有说服力。此外，由于达成相对平衡取决于各个国家有担保债权人的强制执行权和设保人的权利在以往法律下的具体构成，指南采用了立即适用的一般原则（见建议 223）。

29. 即便如此，一国其他方面的法律（例如，有关追溯力干扰财产权方面的一般债法和宪政原则）可能会影响新法生效后启动的强制执行程序受立即适用原则影响的确切程度。

30. 新法律如果向债权人提供新的救济办法，而向设保人提供新的程序性权利，那么对新法生效前既有交易适用新法的说法是相当有说服力的。根据旧法

取得担保的债权人如果已根据新法采取必要步骤确保第三方效力，其地位与根据新法初次取得担保的债权人应当无不同之处。同样，在涉及由所有有担保债权人（包括那些强制执行新法生效前既有交易下产生的权利的债权人）提起的强制执行程序时，应当向设保人和第三方提供新法赋予他们的任何新的抗辩或程序性权利。也就是说，新的强制执行制度最能反映出一国在对强制执行担保权实行公平有效制度方面所作的判断。如果这种强制执行制度对新法生效后设定的担保权适用，也就应适用于在生效日之后对新法生效前设定的担保权的强制执行。

## **B. 建议**

[委员会注意：委员会似宜注意到，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，因而在此不再转载。建议一经定稿后，将转载于每一章的结尾处。]