



Distr.: Limited
15 June 2005
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第六工作组（担保权益）
第八届会议
2005 年 9 月 5 日至 9 日，维也纳

担保权益
担保交易立法指南草案的建议
秘书处的说明
增编

目录

	建议	页次
十一. 法律冲突	136-149	2
十二. 过渡问题	150-158	8

十一. 法律冲突*

目的

冲突法规则的目的是确定适用于下述每个问题的法律：担保权的设定；有担保债权人与设保人之间的违约前权利和义务；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。

这些规则还应酌情适用于某些虽然未归类为“担保权”但具有类似经济功能并有可能与担保权相竞的权利，例如应收款受让人、在保留所有权安排中对货物保留所有权的货物供应商或融资租赁出租人的权利等。

[工作组注意：工作组似应注意，“酌情”一词的用意是使采用非单一作法的国家能够比较灵活地决定它们如何将购货融资做法纳入担保做法（见 A/CN.9/574，第 34 段）。工作组可能还记得，在“设定”之前加上“当事人之间的”，是为了表明指南中对“当事人之间的效力”与“对抗第三方的效力”这两者加以区分。然而，并不存在两类设定或两种设定时间，而只有两种效力。因此，这几条建议不再提到“当事人之间的”设定。工作组似应在目的一节的第 1 段中加上一个脚注，其内容是：“这些用词的含义分别在第四、第五、第六、第七和第八章中具体阐明”。]

有形财产上的担保权

136. 法律应当规定，有形财产上的担保权的设定、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（关于过境货物和出口货物，还可参见建议 142）。对于某种通常在不止一个国家中使用的有形财产上的担保权，法律应当规定，这些问题由设保人所在国的法律管辖。

[工作组注意：工作组还应考虑到，建议 136 应当适用于可转让单证。关于可转让票据，工作组似应考虑建议 136 是否适用，除非这些票据上设有非占有式担保权，在此种情况下应当适用建议 137。]

无形财产上的担保权

137. 法律应当规定，无形财产上的担保权的设定、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保人所在国的法律管辖。

独立保证下提款权收益的担保权

138. [法律应当规定：

* 与海牙国际私法会议密切合作拟订的建议。

(a) 在与(b)和(c)项一致的情况下，独立保证下提款权收益的担保权的设定、对抗第三方的效力、相对于相竞求偿人权利的优先权和强制执行均应由设保人所在国的法律管辖；

(b) 如果付款是由签证人/保证人或指定的人要求的，或者是在签证人/保证人或指定的人认可的情况下作出的，则一项独立保证提款权收益的担保权所具有的对抗第三方的效力、相对于相竞求偿人权利的优先权以及强制执行，均由该收益偿付人[的相关分支机构]所在国的法律管辖；

(c) 签证人/保证人或指定的人根据出具收益转让确认书的请求或者根据由其出具的确认书而行事或不行事的权利和义务，由该人的确认书中所选定的法律管辖，或者在没有任何一项确认书或者其中未选定管辖法律的情况下，由该人所在国的法律管辖，而不考虑管辖独立保证本身的法律。]

[工作组注意：工作组似应考虑以下几点：(一)(a)款是否有必要，因为它重复了建议 137 中的规则；(二)(b)款是否有必要，因为它涉及建议 147 中所涉及的账户债务人保护问题；(三)(c)款是否有必要，因为它涉及合同事项。工作组还应为本条建议之目的而具体指明某人所在地的含义。]

银行账户上的担保权

139. [除非建议 140 中另有规定，]法律应当规定，银行账户担保权的设定、对抗第三方的效力、相对于相竞求偿人权利的优先权、存款银行对该担保权的权利和义务以及该担保权的强制执行，由以下法律管辖：

备选案文 A

账户协定中明确指定的，其法律管辖该账户协定的国家的法律，或者，如果账户协定明确规定对所有此类问题适用另一种法律，该另一种法律。但是，本建议中所指定的法律只有在存款银行在账户协定订立之时在该国设有一个分支机构且该机构进行保持银行账户的例行活动的情况下才适用。

[工作组注意：备选案文 A 的依据是《海牙中间人代持证券所涉某些权利的法律适用公约》(海牙公约)第 4.1 条。]

139 之二. 如果未根据建议 139 确定适用的法律，但在书面账户协定中明确无误地规定该银行通过某一分支机构订立了该账户协定，则法律应当规定，对建议 139 中列出的所有问题所适用的法律是当时设有该分支机构的国家已生效的法律，条件是该分支机构当时已满足建议 139 第二句中列明的条件。

[工作组注意：这条建议依据的是《海牙公约》第 5.1 条。]

139 之三. 如果未根据建议 139 或建议 139 之二确定适用的法律，则适用的法律是在订立账户协定之时，或者在没有订立此种协定的情况下是在开立银行账户之时存款银行根据其法律注册或以其他方式组建的国家已生效的法律。

[工作组注意：这条建议依据的是《海牙公约》第 5.2 条。]

139 之四。如果没有根据建议 139、建议 139 之二或建议 139 之三中的任何一条确定适用的法律，则适用的法律是在订立书面账户协定之时，或者在没有订立此种协定的情况下是在开立银行账户之时存款银行设有营业地、或者在存款银行有不止一个营业地的情况下是设有其主要营业地的国家已生效的法律。

[工作组注意：这条建议依据的是《海牙公约》第 5.3 条。]

备选案文 B

与备选案文 A 基本相同，但不包括建议 139 之二、139 之三和 139 之四，后者可以用以下文字取代：“如果没有根据建议 139 确定适用的法律，法律应当具体指明依据《海牙公约》第 5 条的后备规则。”

[工作组注意：备选案文 B 是备选案文 A 的简化本。评注可以列入《海牙公约》的具体后备规则并加上充分的解释。备选案文 B 的另一种写法是不在建议中提及任何后备规则，而在评注中列入并详尽解释这些后备规则。]

备选案文 C

[与持有银行账户的存款银行关系最密切的][银行账户持有地]国家的法律。

[工作组注意：备选案文 C 是根据工作组的请求添加的（见 A/CN.9/574，第 80 段）。该备选案文基于这样的假设：银行账户的所在地不难确定（例如，可以通过国际银行账户号码加以确定，它既包括账号，也包括持有该账户的银行的代码。）]

140. [如果设保人所在的国家承认登记是银行账户担保权取得对抗第三方效力的一种方法，则该国的法律可以确定银行账户担保权通过登记方式取得对抗第三方的效力。]

[工作组注意：建议 140 是根据工作组的请求（见 A/CN.9/574,第 80 段）添加的，放在方括号内。这条建议将补充建议 139（不论采用其中哪个备选案文），其中所作的规定是，如果设保人所在的国家承认登记是一种取得对抗第三方效力的方法，则银行账户担保权通过登记方式取得对抗第三方效力的问题将由设保人所在国的法律来管辖。如果这条建议得以通过，这条建议将在这些情况下使得有担保债权人能够在其登记其他无形财产担保权的同一个国家登记银行账户担保权。建议 140 只适用于通过登记取得的对抗第三方效力。通过控制或任何其他方式取得的第三方效力将由建议 139 中指定的法律管辖（根据 A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1 中的建议 63，通过控制而取得对抗第三方效力的银行账户的担保权，优先于通过登记而取得对抗第三方效力的银行账户担保权。）]

收益

141. 法律应当规定：

(a) 收益上担保权的设定应由关于产生收益的原始设押资产上担保权设定的法律管辖；

(b) 收益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管辖法律，与和收益同类的原始设押资产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管辖法律相同。

过境货物和出口货物

142. 法律应当规定，过境的或准备从设定担保权时所在的国家出口的有形财产（可转让票据或可转让单证除外）上的担保权，也可以根据最终目的地国的法律设定并取得对抗第三方的效力，条件是该财产在担保权设定后的规定的短时期之内进入该国。

[工作组注意：由于关于过境货物和出口货物的几条建议规定适用同样的法律，已经将这几条建议合并在一起。工作组似应考虑建议 142 是否适用于所有类型的“有形财产”，根据指南中的定义，该词包括可转让票据和可转让单证。]

设保人“所在地”的含义

143. 法律应当规定，就本章中各条建议而言，设保人的所在地是其设有营业地的国家。如果设保人在不止一个国家设有营业地，设保人的营业地是其行使中央行政管理职能的所在地。如果设保人没有营业地，则以设保人的惯常居所为准。

确定所在地的相关时间

144. 法律应当规定，本章各条建议中提到的设保人的资产所在地，就某些问题而言，是指在设定担保权时的所在地，就对抗第三方效力和优先权问题而言，是指有关问题产生时的所在地。

[工作组注意：根据建议 144，如果资产或设保人（视情况而定）的所在地在担保权设定之后发生变化，该担保权对抗第三方的效力和优先权由该资产或该设保人当时所在的国家法律管辖，即使所有相竞债权是在地点改变之前设定的，仍然如此。工作组似应考虑是否列入除外情形，以便继续根据原所在地法律管辖这种优先权问题，条件是有担保债权人已根据该法采取一切必要的步骤使其担保权具有对抗第三方的效力。]

所在地改变后继续具有对抗第三方的效力

145. 法律应当规定，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（根据本章中的建议而定）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（根据本章中的建议而定）所在地改在颁布国后的[指明天数]期限内，该担保权继续具有对抗

第三方的效力。如果在这一期限结束之前满足了颁布国使担保权具有对抗第三方效力的要求，该担保权此后继续在颁布国具有对抗第三方的效力。

[工作组注意：为了说明建议 145 在出现优先权争议时也适用，工作组似应考虑在建议 145 结尾处添加以下案文：“，而且，在根据颁布国的法律确定优先权时，就任何考虑登记时间或其他取得第三方效力的方法的规则而言，这一时间是指根据该另一国的法律发生了该事件的时间。”]

反致

146. 法律应当规定，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。

管辖设保人和有担保债权人的权利和义务的法律

147. 法律应当规定，设保人和有担保债权人[对担保权的]的相互权利和义务，如果是根据担保协议[或根据法律]产生的，[不论是哪一种，]均应由他们所选定的法律管辖，[而且，在没有选定法律的情况下，由[设定担保权时设保人所在的国家]管辖该担保协定的法律管辖]。

[工作组注意：工作组似应注意根据《联合国转让公约》第 28 条对建议 147 提出了三项改动。使用“对担保权的”这一词语，使这一条文的范围与指南的主题事项保持一致，使这一规则适用于当事各方与担保权有关的权利和义务。添加“根据法律”一词，使这一规则适用于与担保权有关的权利和义务，它们虽然因担保权的设定而产生（而且就这个意义而言源自担保协定），但也是根据法律产生的，因为这些权利和义务虽然未在担保协定中以明示或暗示方式涉及，但却作为法律事项成为担保权的一部分。如果不添加这一词语，那么对于如何确定哪个国家的法律应管辖此类权利和义务，指南就没有提供任何可以依据的冲突法规则。举例来说，从性质和范围来看，有担保方有义务照管其所占有的担保物，这种义务严格来说虽然并非产生于担保协定，但作为法律事项则是担保权的一部分。关于在当事各方没有选定法律的情况下适用后备规则的问题，建议 147 提出了三种解决办法。第一个办法是不提供任何后备规则，所依据的假设是，这样的后备规则是不必要的，因为在大多数情况下担保交易的各方当事人都会在其协定中列入法律选择条款。第二个办法是使适用于各方当事人权利和义务的法律与适用于纯粹的合同权利和义务的法律相一致，这样的做法最有可能符合各方当事人的预期。第三种办法是提及设保人的所在地（，根据第二种办法，这可能是也可能不是相关因素）。这第三种办法或许能够提供更多的确定性，或许导致对建议 147 中提到的当事人的权利和义务和对当事人的纯粹的合同权利和义务适用不同的法律。]

管辖账户债务人和受让人的权利和义务的法律

148. 法律应当规定，账户债务人与所转让的应收款的受让人之间的关系，以及受让人与可转让票据上的承付人之间的关系，针对账户债务人或可转让票据上的承付人转让一笔应收款所应满足的条件，以及对账户债务人或承付人的债务是否已经解除的确定，所有这些问题均由关于应收款或可转让票据的法律管辖。

[工作组注意：本条建议的目的是避免造成任何这样的暗示：建议 149 涉及关于对设保人强制执行担保权的法律，因此确定了关于有担保债权人对所转让应收款的账户债务人（或可转让票据上的承付人）采取强制执行措施的法律。不过，建议 148 是依据《联合国转让公约》第 29 条，因此适用于所转让应收款的账户债务人或可转让票据上的承付人与有担保债权人之间的全部关系，所涉事项包括但不限于强制执行。]

强制执行事项

149. 法律应当规定：

备选案文 A

对在破产程序之外强制执行担保权有影响的事项，由强制执行发生地国的法律管辖。

备选案文 B

涉及破产程序以外担保权强制执行的事项，由关于[根据建议 147 确定的]担保协定的法律管辖。但是：

(a) 有担保债权人可以在未得到占有有形设押资产的人的同意的情况下取得对这些资产的占有权，但只能根据在有担保债权人取得这些资产的占有权之时这些资产所在地国家的法律取得此种占有权；

(b) 法院可以适用自己的法律规定，但是，不论冲突法规则如何，这些规定的适用必须连国际情形也包括在内；

(c) 对于根据本建议第一句确定的法律的适用，法院只有在该法律的适用后果显然违反诉讼地的公共政策时方可加以拒绝。

[工作组注意：(b)和(c)项取自《海牙公约》第 11 条。(c)项只提及本条建议中的第一句话，而未提及(a)项，因为担保协定的各方当事人和设押资产所在地国家的第三方应当始终能够依赖于有形设押资产重新占有发生地的法律并在其保护下规范此种行为，因此诉讼地法不应优先于所在地法。]

破产对冲突法规则的影响

[工作组注意：见建议 K 和本指南中关于破产的各条建议的说明 A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3，其内容如下：“法律应当规定，虽有破产程序的启动，但担保权的设定、对抗第三方的效力、优先权和强制执行由在无破产程序的情况下适用的法律管辖。本建议不影响包括与担保权的撤销、优先权或强制执行有关的规则在内的任何破产规则的适用。

[工作组注意：另见《破产指南》建议 30 和 31。评注将说明本建议与破产指南的建议 30 和 31 之间的关系。评注还将说明，本建议将涉及程序方面、实体方面、管辖权等方面的规则。]]

多个领土单位国家

[工作组注意：工作组似应考虑是否有必要就本章各条建议在多个领土单位国家中的适用加入一条额外建议。]

十二. 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

150. 法律应当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

151. 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

152. 法律应当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。

153. 法律应当规定生效日期之后的担保权之间的排序由该法管辖。

154. 法律一般应当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，法律还应当规定，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。

155. 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，法律应当规定，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。

156. 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，法律应当规定该法不适用于各方当事人的权利和义务。

157. 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。

158. 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。