



联合国国际贸易法委员会
第四十九届会议
2016年6月27日至7月15日，纽约

贸易法委员会担保交易示范法颁布指南草案

秘书处的说明

增编

目录

	页次
第八章. 法律冲突.....	3
导言.....	3
A. 一般规则.....	3
第 84 条. 设保人和有担保债权人的相互权利和义务.....	3
第 85 条. 有形资产担保权.....	4
第 86 条. 无形资产担保权.....	5
第 87 条. 不动产相关应收款担保权.....	5
第 88 条. 对担保权的强制执行.....	5
第 89 条. 收益担保权.....	6
第 90 条. 设保人“所在地”的含义.....	6
第 91 条. 确定所在地的相关时间.....	6
第 92 条. 排除反致.....	7



第 93 条. 压倒一切的强制性规则和公共政策（公共秩序）.....	7
第 94 条. 启动破产程序对担保权适用法律的影响.....	8
第 95 条. 多领土单位国家.....	8
B. 特定资产规则.....	9
第 96 条. 第三方承付人与有担保债权人之间的权利和义务.....	9
第 97 条. 银行账户贷记款受付款担保权.....	9
第 98 条. 以登记方式实现某些类别资产担保权的第三方效力.....	10
第 99 条. 知识产权担保权.....	10
第 100 条. 非中介证券担保权.....	11
第九章. 过渡.....	13
导言.....	13
第 101 条. 修正和撤销其他法律.....	13
第 102 条. 本法的普遍可适用性.....	13
第 103 条. 先前法律对在本法律生效之前启动的诉讼事由的可适用性.....	14
第 104 条. 先前法律对先前担保权创设的可适用性.....	15
第 105 条. 确定先前担保权第三方效力的过渡规则.....	15
第 106 条. 先前法律对先前担保权所享有的相对于在先前法律下产生的相竞求偿人 权利优先权的适用.....	16
第 107 条. 本法生效.....	17

第八章 法律冲突

导言

1. 《示范法》第八章阐述用于确定对其他章节所述问题适用的实体法规则。这些规则通常称作法律冲突规则。在颁布《示范法》的国家，法院或其他主管机关使用第八章法律冲突规则来确定管辖担保权创设、第三方效力、优先权和强制执行等问题以及设保人与有担保债权人之间相互权利和义务、第三方承付人与有担保债权人之间权利和义务之类问题的实体法。法律冲突规则所指的实体法可以是颁布国的法律，也可以是另一国的法律。必须指出的是，在一国发生争讼时，法院或其他主管机关将：**(a)**采用本国法律体系中的实体法来定性一个问题，以选择适当的法律冲突规则；及**(b)**采用本国法律体系中的法律冲突规则来确定适用于争议实质内容的法律（关于法律冲突规则的更为详细的讨论，见《担保交易指南》第十章，第 1-13 段）。

2. 适用与担保权有关的法律冲突规则，不应以事先确定相关案件具有国际要素为条件。凡法律冲突规则引述一国法律时，不应以相关情形缺乏真正“国际性”为由拒绝该引述。否则，法院就可能会无视一国颁布的法律冲突原则，根据不属于该国法律冲突规则的自由裁量标准裁定相关案件国际性不足。换言之，如果在某一特定情形下，A 国的规则指向 B 国的法律，就必须假定 A 国立法者已认为该情形本身即具有国际要素。在附加标准是适用一国法律冲突规则前提的具体情形下，应在该国法律冲突规则中详细阐明这些标准。

3. 处理当事人相互权利和义务适用法律的法律冲突规则是指担保协议管辖法律（见第 84 条）。然而，这不是一条强制性法律规则（因为它没有在第 3 条第 1 款中列作一条强制性法律规则）。当事人可选择其合同约定的权利和义务的适用法律，这是为第 84 条所承认的。不过，涉及担保权创设、第三方效力、优先权和强制执行适用法律及担保权对第三方承付人的影响的法律冲突规则都是有强制性的（见第 3 条，第 1 款）。因此，对于这些事项，当事人不得通过法律选择条款逃避适用法律冲突规则所指法律体系中的实体法规定。这是因为，担保权属于财产权（对物权），因而影响到第三方。允许担保协议当事人选择影响到第三方的可适用法律冲突规则，还有悖于法律冲突规则的一个主要目的，即确定在相竞求偿人之间出现优先权争议时适用哪国的实体法。例如，如果允许有担保债权人 X 和有担保债权人 Y 在其担保协议中各自选择不同的管辖法律，对各自担保权进行排名，那么，在 X 与 Y 之间出现优先权争议时，就无法让第三方确定适用于解决争议的法律。

A. 一般规则

第 84 条. 设保人和有担保债权人的相互权利和义务

4. 第 84 条基于《担保交易指南》第 216 项建议（见第十章，第 61 段），它称担保协议当事人可自由选择其合同关系的适用法律。第 84 条沿用了有关该事项的国际文书包括《海牙国际合同法律选择原则》（“海牙原则”）所推荐的做法。

关于当事人在合同关系适用法律方面的意思自治是否应受制约的问题，《示范法》未予述及，将其留待颁布国其他法律冲突规则处理。这些其他规则也将确定在担保协议中没有法律选择的情况下管辖当事人合同关系的法律；这些规则往往会是指与担保协议最为密切相关的法律。应当指出的是，第 84 条的规则仅限于担保协议的合同方面。如前所述（见上文第 3 段），有关担保交易财产方面的事宜（例如担保权的优先权）超出了订约自由的范畴；当事人不能选择除该事项相关法律冲突规则所指法律以外的法律。

第 85 条. 有形资产担保权

5. 第 85 条基于《担保交易指南》第 203-207 项建议（见第十章，第 28-38 段）。它涉及有形资产担保权创设、对抗第三方的效力和优先权的适用法律。“有形资产”一词的定义一般是指所有类别的有形动产，包括金钱、可转让票据、可转让单证和有凭证非中介证券（见第 2 条，(JJ)项；还见《担保交易指南》第十章，第 26 段）。

6. 第 1 款称，这些问题的适用法律是设保资产所在地国的法律（“所在地法”或“物所在地法”）。第 91 条述及资产所在地在担保权创设后变更为另一国的情形。有形资产所在地法规则有五种例外情况，第 85 条第 2 至 4 款、第 98 条及第 100 条对此作了阐述。

7. 第一种例外情况规定，如果位于一国境内的有形资产为另一国有担保债权人占有的可转让单证所涵盖，那么，该资产担保权的优先权将由单证所在地国的法律确定，而不是由单证所涉资产的所在地国法律确定（见 85 条第 2 款）。第 2 款所基于的第 206 项建议提及对抗“相竞担保权”的优先权以涵盖所有优先权冲突（例如对抗胜诉债权人），不同于该建议，第 2 款提及“对抗相竞求偿人权利”的优先权。第二种例外情况规定，对于在正常经营过程中通常会在一个以上国家使用的某类资产，也就是“移动资产”，适用设保人所在地国的法律（见第 85 条第 3 款；关于“所在地”的含义，见第 90 条；关于确定所在地的相关时间，见第 91 条）。该检验标准是客观的，并非是指实际使用情况。最明显的例子就是可从一国飞往其他许多国家的航空器。即使某一特定航空器实际上只在一国境内运营，该规则也将适用。

8. 第三种例外情况涉及转口或拟出口有形资产（移动资产除外）（见第 85 条第 4 款）。对位于一国境内，但正在转口或即将移往另一国的有形资产，可根据最终目的地国的法律创设担保权，并使其取得对抗第三方的效力，前提是该资产在拟由颁布国指明的时期内送达该目的地。应当指出的是：(a)如果该资产未及时送达预期目的地，第 4 款中的规则不予适用及(b)根据第 1 款中的规则，有担保债权人还可采取必要步骤根据在采取这类步骤时资产实际所在国的法律创设担保权并使其具有对抗第三方的效力。还应当指出的是，第 4 款只是颁布国的法律冲突规则，担保权在相关资产最终目的地国可否被视为有效创设并取得对抗第三方的效力取决于该国法律冲突规则下的适用法律。

9. 第四种例外情况见于第 100 条，该条述及有凭证非中介证券担保权所适用的除凭证所在地国法律以外的其他法律。第五种例外情况见于第 98 条，该条述

及通过对某几类有形资产办理登记实现其第三方效力的设保人所在地国的法律，该法律承认登记是实现这几类资产第三方效力的一种方法。

10. 另一种可能的例外情况见于《担保交易指南》有关资产的规定，就此可在专门的所有权登记处办理对担保权通知的登记或在所有权证书上加以注明。（见《担保交易指南》第十章，第 37 和 38 段，及第 205 项建议；还见 A/CN.9/WG.VI/WP.71/Add.1，第 85 段）。第八章未保留该除外情况。

第 86 条. 无形资产担保权

11. 第 86 条基于《担保交易指南》第 208 项建议（见第十章，第 39-47 段），它阐述无形资产（包括应收款）担保权创设、其对抗第三方的效力和优先权的一般性法律冲突规则。适用法律是设保人所在地国的法律（关于“所在地”的含义，见第 90 条；关于确定所在地的相关时间，见第 91 条）。这条规则也有几种例外情况。

12. 第一种例外情况涉及不动产出售、租赁或作保所产生的应收款担保权的优先权（见第 87 条）。其他除外情况事关银行账户贷记款受付款担保权（见第 97 条）、知识产权担保权（见同时提及保护国法律和设保人所在地国法律的第 99 条）和非中介证券担保权（见第 100 条）。

第 87 条. 不动产相关应收款担保权

13. 第 87 条基于《担保交易指南》第 209 项建议（见第十章，第 54 段），它述及不动产出售、租赁或作保所产生的应收款担保权相对于相竞求偿人权利的优先权。第 87 条是第 86 条所述一般规则的一种例外，并将该事项交由负责不动产登记处的国家的法律处理。为适用第 87 条，相竞求偿人的权利必须可以在相关不动产登记处登记（但不一定要登记）。应当指出的是，为了让有担保债权人能够确定其担保权优先权在这些情况下的适用法律，必须能够弄清应收款究竟是产生于不动产的出售或租赁还是由不动产作保。

第 88 条. 对担保权的强制执行

14. 第 88 条基于《担保交易指南》第 218 项建议（见第十章，第 64-72 段）。(a) 项述及强制执行第 2 条(II)项所定义的有形资产担保权的适用法律。它是指强制执行启动之时资产所在地国的法律（诉讼地法）。(a)项不得违反关于有凭证非中介证券的一条例外规定（见第 100 条）。

15. 还应当指出，强制执行可涉及可发生在不同国家的若干独立行为（例如有担保债权人在不向法院或其他主管机关提出请求情况下争取设保资产占有权的意图通知、对设保资产的处分以及处分收益的分配）。举例说，有担保债权人可在一国占有设保资产并在第二国处分这类资产又在第三国分配处分收益。如果在位于不同国家的若干有形资产上创设担保权或由于资产在强制执行启动后移往另一国导致强制执行发生于不同国家的不太经常的情况下会产生类似的问题。

题。在每一种情况下，适用法律将是在首次强制执行行动发生之时相关资产所在国的法律。

16. 在(b)项下，无形资产担保权强制执行的适用法律（除银行账户贷记款受付款、知识产权和无凭证非中介证券外，见第 97、99 和 100 条）是优先权的管辖法律。这种做法的主要好处是，无形资产担保权创设、第三方效力、优先权和强制执行（但并非应收款债务人和有担保债权人之间的权利和义务；见第 96 条）将交由同一项法律处理（见《担保交易指南》，第十章，第 69 段）。

第 89 条. 收益担保权

17. 第 89 条基于《担保交易指南》第 215 项建议（见第十章，第 55-60 段）。以下例子说明第 89 条是如何运作的。假设原始设保资产为库存品，该库存品随后出售，购置款经由银行转账予以付款。根据第 1 款，对于有担保债权人是否自动获得作为原始设保库存品收益的银行账户贷记款受付款的担保权问题，其适用法律是担保权推定创设之时的库存品所在地法律（见第 91 条第 1 款(a)项）。根据第 2 款，收益担保权的第三方效力和优先权的适用法律是作为原始设保资产的银行账户贷记款受付款担保权的适用法律（见第 97 条）。

18. 应当指出的是，这类两分式规则在创设问题管辖法律承认基础广泛的自动收益规则而第三方效力和优先权管辖法律不承认自动收益权或只是承认极为有限的这类权利的情况下可能会造成一些困难。还应指出的是，第 89 条只是述及由于设保人所作处分或强制执行前的其他活动而造成的来自原始设保资产的收益的适用法律。第 88 条述及依照违约后强制执行程序处分设保资产所得收益分配的适用法律。

第 90 条. 设保人“所在地”的含义

19. 第 90 条基于《担保交易指南》第 219 项建议（见第十章，第 73 和 74 段）。应当指出的是，法人行政管理中心所在地并不一定是其法定所在地（或已注册办公室）。如果设保人是根据 A 国法律而组建的法人，并且其在该国设有法人所在地，但在 B 国设有作为其高层管理人员基地的营业地，则其设保人的所在地在 B 国。例如根据这种做法，应收款担保权的创设、第三方效力、优先权及其强制执行将交由单独一项法律处理，该项法律一般容易确定，并且最有可能是如果设保人破产（在此情况下，有担保债权人最有可能需要强制执行其担保权）即为有关设保人的主要破产程序发生国的法律。因此，这种做法最大限度地减少了破产程序管辖法律（诉讼地法竞合）和适用于担保权的实体法之间不相一致的风险，因为这两项法律将是同一个国家的法律。

第 91 条. 确定所在地的相关时间

20. 第 91 条基于《担保交易指南》第 220 项建议（见第十章，第 75-78 段）。它述及资产所在地或设保人所在地在参照该所在地确定适用法律的情况下从一国（A 国）改为另一国（B 国）的情形。

21. 第 1 款确认，担保权的创设仍然受推定创设担保权之时资产或设保人所在地法律的管辖，即便所在地后来发生变更。如果在资产或设保人位于 A 国之时，根据 A 国的法律有效创设后一项担保权，B 国将承认该担保权的存在。然而，对于第三方效力和优先权问题，适用法律是“问题发生之时”资产或设保人的实际所在地。该时间是触发对第三方效力或优先权将适用何种法律进行调查的事件的发生时间。举例说，如果 B 国就应收款担保权的设保人启动破产程序，该担保权效力的适用法律将是在设保人所在地位于 B 国之时的 B 国的法律（见第 86 条）。

22. 因此，为了让担保权在 A 国或 B 国被视为具有对抗破产管理人的效力，就必须在启动破产程序以前实现 B 国法律的第三方效力要求。另一个例子是有形资产为胜诉债权人所扣押的情况。有担保债权人和胜诉债权人各自享有的优先权将根据扣押之时资产所在地法律予以确定（这将是“问题发生的时间”）。即便在根据资产或设保人位于 A 国之时的法律而使担保权具有对抗第三方的效力的各项实例中也是如此。

23. 第 2 款构成第 1 款一般规则的一种例外。一旦在最初所在国（实例中的 A 国）取得对抗第三方效力的两项担保权之间发生优先权争议，该优先权争议将根据该国法律解决。

第 92 条. 排除反致

24. 第 92 条基于《担保交易指南》第 221 项建议（见第十章，第 14 段）。其目的是摒弃反致理论并提高相关适用法律的确定性，避免由于这一理论所产生的复杂情况。根据反致理论，一国（A 国）法律冲突规则将某一问题交由另一国（B 国）法律处理时，该法律将包括 B 国的法律冲突规则。如果属于这种情况，并且 A 国的法律冲突规则将担保权优先权问题交由 B 国法律处理，B 国法律冲突规则又可将该问题交由另一国（C 国）处理。在这种情况下，A 国一法院需要使用 C 国的法律（而不是 B 国的法律）解决优先权争议问题。不过，这一结果将造成适用法律的不确定，而且有悖于当事方的期望。出于这些原因，第 92 条禁止反致（关于例外情况，见第 95 条）。

第 93 条. 压倒一切的强制性规则和公共政策（公共秩序）

25. 第 93 条基于《担保交易指南》第 222 项建议（见第十章，第 79 段）和《海牙原则》第 11 条，该条阐述普遍公认的国际私法原则。

26. 为了说明第 1 款和第 3 款中的规则是如何运作的，假设诉讼所在地（A 国）的法律禁止某些类别资产的交易（例如属于犯罪活动所得或应受国际制裁的资产），而根据本章规定其法律可予适用的国家（B 国）的法律不含此类禁令。在这种情况下，A 国法院可拒绝承认依据 B 国法律而在这类资产上创设的担保权，即使 B 国的法律不包含同样的禁令。不过，为了做到这一点，诉讼所在地法院（A 国法院）必须作出适用相关外国（B 国）法律明显有悖于 A 国公共政策的结论。

27. 根据第 2 和 4 款，诉讼所在地法院（如果法律允许这么做）可拒绝承认在适用法律下有效创设的担保权（即使适用法律是诉讼所在地的法律），前提是创设这一担保权明显有悖于同另一国（例如与这一情况密切相关的国家）的公共政策。举例说，设在诉讼地国（A 国）的一家法律事务所可能希望分配其法律事务产生的应收款，并且 A 国法律允许这一分配。然而，客户位于另一国（B 国），并且出于公共政策的原因（对律师和客户的关系予以保密），B 国法律禁止法律事务所转让由于法律事务所产生的其应收款。在此情况下，A 国法律可能允许 A 国的法院在确定分配是否有效之时考虑到 B 国的公共政策。

28. 第 5 款意在说明，仲裁法庭虽然不似法院能够作为特定法律体系中司法基础设施的一部分进行运作，但也可适用第 1-4 款中的规则。根据第 5 款，仲裁庭可考虑到例如通过各种方式确定的仲裁地或任何裁决所可能强制执行的地点的压倒一切的强制性规定和政策。第 5 款要求仲裁庭确定它是否需要或有权在（尤其）顾及以下情况下考虑到公共政策或另一项法律压倒一切的强制性规定（见有关《海牙原则》第 11 条第(5)款的评述意见），即当事方协议、所指定或所认为的仲裁中心、仲裁所可适用的任何体制性规则以及适用当地仲裁法规的国家的法院所可施加的控制性影响。

29. 根据第 6 款，诉讼所在地国不得替换担保权第三方效力和优先权适用法律的规定，而转而适用本国或另一国关于第三方效力和优先权的规定。这种做法之所以正当，是因为需要在第三方效力和担保权的适用法律方面实现确定性。《转让公约》第 23 条第 2 款、第 30 条第 2 款和第 31 条以及《海牙证券公约》第 11 条第 3 款遵行了相同的做法。

第 94 条. 启动破产程序对担保权适用法律的影响

30. 第 94 条基于《担保交易指南》第 223 项建议（见第十章，第 80-82 段）。其目的是规定颁布国的破产法院原则上必须尊重根据法律冲突规则对担保权适用的法律。不过，对于避免欺诈性或优惠交易、有担保债权人强制执行权利的中止、求偿权的排序和设保人破产中的收益分配等事项，第 94 条在适用破产程序启动地国的法律（诉讼启动地法）方面未作任何限制。

第 95 条. 多领土单位国家

31. 第 95 条基于《担保交易指南》第 224-227 项建议（见第十章，第 83-87 段），并部分基于《转让公约》第 37 条第一句该条的目的是处理其法律对本章规定下问题予以适用的国家的适用法律，这类国家有两个或两个以上领土单位，其中每个单位都自有其实体法，并且可能自有其法律冲突规则。在这类情况下，(a)项规定，凡提及多领土单位国家的法律即是原则上提及拟根据本章规定予以确定的相关领土单位的适用法律。举例说，对由位于（也就是说设有其中央管理地）领土单位 A 的设保人所创设的应收款担保权，该担保权的适用法律即是领土单位 A 的法律（见第 86 和 90 条）。

32. 然而，根据(b)项，如果多领土单位国家的内部法律冲突规则，或在没有这类规则情况下(a)项所指涉领土单位的规则将担保权交由在该国另一领土单位有效的法律处理，则该另一领土单位的实体法将予以适用。在上述实例中，如果领土单位 A 订有适用法律据此即是设保人所在地被定义为设保人法定中心地的法律的法律冲突规则，领土单位 B 的实体法将予以适用。应当指出的是，(a)和(b)项均是解释性规定，在诉讼地国是其法律根据本章规定予以适用的国家时也将予以适用。

33. 因此，(b)项是排除适用反致理论的一种间接例外（见第 92 条），因为该项引入了内部“反致”。该例外的目的是确保，在适用法律是某一多领土单位国家的一领土单位时，该多领土单位国家外的诉讼地法院将适用相同领土单位的实体法，一如该多领土单位国家的诉讼地法院在其内部法律冲突规则下所为。

34. 因此，举例说，在本章法律冲突规则提及资产或设保人所在地法律时，诉讼地法院需要审查在设保人或设保资产所在地领土单位有效的内部法律冲突规则（根据本章规定）。《转让公约》就此允许国家就确定各个领土单位之间的可适用优先权规则（关于《转让公约》第 37 条）作出声明，但在本条中将不会作出任何声明，诉讼地法院必须根据该多领土单位有效的法律冲突规则而自行确定适用法律，或在没有这类规则的情况下必须自行确定(a)项所指领土单位的法律冲突规则。

B. 资产特定规则

第 96 条. 第三方承付人与有担保债权人之间的权利和义务

35. 第 96 条基于《担保交易指南》第 217 项建议（见第十章，第 62 和 63 段）和《转让公约》第 29 条。其目的是双重的。第一，关于担保权第三方效力或强制执行的法律冲突规则不适用于担保权对应收款债务人、可转让票据承付人或可转让单证签发人的效力或其强制执行；他们因并非相竞求偿人而不被视为担保权第三方效力和优先权规则下的“第三方”。第二，这些问题的适用法律是设保人与应收款相关债务人、或票据相关承付人或单证签发人之间法律关系的管辖法律；同样的法律也适用于以下问题，即后三者中的任何一方是否可援引以证明其与设保人的协议禁止或限制设保人在相关应收款、票据或单证中创设担保权的权利。举例说，对于销售合同产生的应收款，卖方/设保人和应收款债务人选定的法律将适用于第 96 条所涵盖的事项。

第 97 条. 银行账户贷记款受付款担保权

36. 第 97 条基于《担保交易指南》第 210 项建议（见第十章，第 49-51 段）。虽然银行账户贷记款受付款从一般意义上讲是客户对接收存款机构的一项应收款，为避免对银行法和实践构成干扰，第 97 条偏离了无形资产适用法律的一般法律冲突规则（见第 86 条）。在确定既适用于银行账户贷记款受付款担保权的创设、第三方效力、优先权和强制执行，又适用于接收存款机构和有担保债权人之间权利和义务的法律上向颁布国提供了两个备选案文。

37. 根据备选案文 A，适用法律是为接收存款机构旗下管理客户银行账户的分行（或办事处）所在国的法律。应该指出的是，接收存款机构的分行（或办事处）可以被视为位于某个特定法域而不论接收存款机构是通过其实体办事处或只是经由客户能以电子手段使用的网上联通方式提供服务。在这方面，应该指出的是，接收存款机构通常必须已在某个法域拥有实际存在或法定地址才能获得有关监管当局的允许在该法域接收存款并管理银行账户。

38. 根据备选案文 B，适用法律是账户协议中指定的管辖第 97 条所述问题的法律，或者，如果没有针对这些事项指定管辖法律，则适用法律系指账户协议签约方指定的管辖账户协议的法律。为有效管辖法律冲突，指定法律时须提及接收存款机构经常性从事接收存款并管理银行账户的业务所在国的法律。然而，必须指出的是，如此指定的国家可能不同于设保人银行账户所在国。

39. 如果无法按照前款所述确定适用法律，备选案文 B 规定了内容大致类似于《海牙证券公约》第 5 条所载违约问题规则的一系列规则，颁布国如果决定采用第 97 条备选案文 B，则不妨将其插入本条。

第 98 条. 以登记方式实现某些类别资产担保权的第三方效力

40. 第 98 条基于《担保交易指南》第 211 项建议（见第十章，第 34 段）。本条是关于可转让票据、可转让单证、银行账户贷记款受付款或有凭证非中介证券上担保权第三方效力的法律冲突规则的一个例外。根据第 85 条、97 条和 100 条，这些资产中任何资产上担保权对抗第三方的效力均受可能不同于设保人所在国的另一国法律的管辖。但是，根据第 98 条，如果设保人所在国承认办理通知登记是在第 98 条所涵盖的这几类资产上的担保权实现对抗第三方效力的一种方法，则以登记方式实现第三方效力的适用法律即是设保人所在地国的法律。

41. 因此，对于这几类资产，有担保债权人可依赖设保人所在地的法律，以使其担保权通过登记方式取得对抗第三方的效力，即使这几类资产的适用法律可能不同于在该章其他法律冲突规则下的适用法律。然而，如果适用法律优先权规则基于《示范法》的优先权规则，在可转让票据情况下例如通过占有实现第三方效力（见第 46 条第 1 款）和在银行账户贷记款受付款情况下通过有担保债权人成为账户持有人实现第三方效力（见第 47 条第 1 款）或通过可转让单证或有凭证非中介证券情况下的占有实现第三方效力（分别见第 49 条第 1 款和第 51 条第 1 款）只能产生排序较低的优先权。然而，该担保权将享有相对于以下人士所享有的权利的优先权：(a) 设保人的破产管理人或债权人集体；及(b) 登记发生在胜诉债权人例如扣押设保资产之前的胜诉债权人。

第 99 条. 知识产权担保权

42. 第 99 条基于《知识产权补编》第 248 项建议（见第 284-337 段）。第 1 款产生的影响如下。如果某一特定国家保护知识产权，该国的法律将适用于该知识产权担保权被视为在该国得以创设、具有对抗第三方效力并享有优先权所必须满足的要求。应当指出的是，凡有权根据相关知识产权法使用相关知识产权的

人都可设定知识产权担保权。因此，设保人可以是拟设保知识产权的所有人、许可人或被许可人。

43. 第 2 款规定了创设知识产权担保权并使其取得对抗某些第三方效力的另一种方式。在第 2 款下，有担保债权人还可为这些目的依赖于设保人所在地国家的法律。第 2 款的主要好处是，如果担保权已根据设保人所在国的法律取得对抗设保人破产管理人的效力，则颁布国的破产法院将认可该担保权，即使在保护该知识产权的所有各国，该第三方效力要求均未满足。

44. 第 3 款将强制执行问题交由设保人所在国法律处理。这条规则允许对即便发生在不同国家的强制执行所有各步骤适用相同的法律，因为设保人所在地（特别是其中央管理所在地）不可能在采取其中任何这类步骤期间发生变化。在发生这类变更的罕见情况下所做的假设是，法院将参照在启动强制执行之时设保人所在国的法律（见第 88 条）。应当指出的是，担保权对抗除设保人以外的其他人（例如在设保人是被许可人情况下的知识产权许可人）的效力超出了本条的范围。

第 100 条. 非中介证券担保权

45. 第 100 条引入了关于股权证券的一条一般规则和关于债务证券的另一条一般规则。应当指出的是，这些一般规则对有凭证和无凭证及可交易和不可交易的证券一概未作区分。对于股权证券，第 1 款指定发行人组建法为所有问题的适用法律（即这些证券上的担保权的创设、第三方效力、优先权、强制执行及其对抗发行人的效力）。该做法提高了确定适用法律的确定性，因为在所有这类问题上参照单独一个法律就可避免在有些问题相互重叠（例如强制执行和对抗发行人的效力）情况下产生的导致对这类问题参照不同法律的难题。

46. 《示范法》对“股权”一语未作界定，但应该将用语理解为是指对发行人资本的参与权。对于公司或类似的法人，股权证券由其资本上的股份组成。同样，对于根据其组建法并非法人的实体（例如在许多国家的一般或有限合伙制公司），股权证券可提及在实体清算时有权得到偿付债务后其资产剩余价值的人的权利（例如合伙人）。

47. 区分股权证券和债务证券的检验标准应当基于其在公司法而并非会计法或其他法律方面的定性。因此，优先股应当被视为股权证券，即便根据会计规则或其他规则优先股被归类为负债。同样，次级债务证券（例如只有在清偿对贷款人之类某些债权人的欠债后方可在破产时予以偿还的债务）应当被作为债务证券对待，即便从向发行人提供其他信贷的贷款人角度来看，次级债可被视为股权。

48. 发行人组建法是据以组建发行人的法律。对于公司来说这不难确定；这就是公司据以成为法人的法律。对于合伙制公司而言，这应当是据以创建合伙制公司的法律。在发行人可以根据联邦法或其某一个领土单位的法律组建的联邦制国家，《示范法》未就如何确定在发行人法律是联邦法并且担保交易法是某一领土单位的法律之时可被视为发行人法律的领土单位提供具体标准。然而，根

据第 95 条，应当由联邦制国家的内部法律冲突规则（或其系某一诉讼地的领土单位规则）确定可适用属于第 100 条下问题的领土单位的法律，前提是这些问题中的所有或某些问题没有为组建发行人的联邦法律所处理。

49. 关于非中介债务证券，第 2 款对所有问题（即这些证券上担保权的创设、第三方效力、优先权、强制执行及其对抗发行人的效力）均适用证券管辖法律。如同已经指出的（见上文第 45 段），对所有这类问题制定单独一个适用法律即能实现更大的确定性。债务证券管辖法律是当事人所选定的关于这些证券的发行产生的其合同约定权利和义务的管辖法律。如果没有这类法律选择（对于债务证券而言这将极为罕见），将由诉讼地确定其法律冲突规则下的适用法律。《示范法》不处理当事人可否选择与证券发行无关的管辖法律问题。该事项留待有关诉讼地国合同约定义务的法律冲突规则处理。

50. 《示范法》对“债务证券”一语未作界定。然而，债务的概念在多数法律体系中均被明确理解为是指付款义务。在债务证券方面，该义务通常是支付一笔金钱。债券、公司债券和本票在符合第 2 条(hh)项中证券的定义限度内均为债务证券。借款人在信贷安排下对贷款人的义务不为该定义所涵盖，因而没有资格成为债务证券。这类义务其实是一种应收款，应当遵守关于应收款的法律冲突规则。

51. “债务证券”的概念提出了以下两个问题：(a)对可转换债务证券的定性；及(b)该定性对该类证券上担保权适用法律的影响。可转换债务证券是任由其持有人或发行人选择或在某一具体事件发生时可转换为股权证券的债务证券。

52. 可转换债务证券之所以应当被定性为债务证券是因为这类证券只要不被转换为证券即构成付款义务。这就意味着，在其发行之时并且直到其被转换之前，这些证券的管辖法律将是这类证券担保权的创设、第三方效力、优先权及其对抗发行人效力的适用法律。然而，这类可转换债务证券如果一旦转换为证券，其就第 100 条而言的定性即会发生改变。该关联因素于是成为发行人组建法律。因此，在被转换为证券之时，可转换债务证券担保权的适用法律即是据以组建发行人国的法律。

53. 从证券管辖法律改为发行人管辖法律所产生的一个后果是，根据证券管辖法律取得对抗第三方效力的债务证券担保权可以在变更后失去对抗第三方的效力。第 23 条述及适用法律变更的影响，第 91 条述及关联因素的变更。然而，严格地说，第 23 条不适用于非中介证券性质的变更；第 91 条仅述及关联因素是资产或设保人所在地情况。因此，颁布国不妨借鉴第 23 条和第 91 条，采纳以类似于第 23 条和第 91 条所依据之基本原则的原则为基础的处理变更情况的规则。

54. 第 98 条引入了有关第 100 条一般法律冲突规则的一种例外规定。如果设保人所在国的法律承认对通知办理登记是实现有凭证非中介证券担保权对抗第三方效力的一种方法，该国法律也是经登记实现该类资产担保权第三方效力的适用法律（见上文第 40 段和 41 段）。应当指出的是，无凭证非中介证券在第 98 条中未予提及，因而，发行人的法律（而并非设保人所在地法律）是无凭证证券担保权经登记实现第三方效力的适用法律（如果为发行人法律所允许）。

第九章. 过渡

导言

55. 本章完成了三项任务。首先，它规定先前管辖担保权的法律（“先前法律”）将予废止（见第 101 条）。第二，它规定了在先前法律生效期间创设但在新的担保交易法（“新法”）生效后（见第 102-106 条）继续有效，或许会长时间并存的关于对待担保权的相关规则。第三，它确定了新法生效的日期（见第 107 条）。因此，本章提供了管辖这类担保权的法律据以以公正有效方式从先前法律过渡到新的法律的规则（见《担保交易指南》，第十一章，第 1-3 段）。

第 101 条. 修正和撤销其他法律

56. 《示范法》意在作为一套完备的担保交易法制度，全盘取代先前的法律，而不是对既有法律加以补充。因此，颁布国应在第 1 款中列明并从而废止构成其担保交易法的全部法律。废止的实施方式将取决于先前法律的形式。如果先前法律是独立守则或类似守则，则该守则可以全部予以废止。但是，如果先前法律来自同时处理其他议题的规约，则颁布国必须确定如何从适用于其他议题的规则中分离出以前管辖担保权的规则。如果先前法律的一部分以司法意见为依据（例如，在某些普通法体系中可能就有这种情况），则必须由颁布国确定废止先前法律的方法。

57. 其他许多法律文本与担保交易法有互动。在某些情况下，其他这些法律文本的条文可能以其先前担保交易法有效的假设为基础。第 2 款给颁布国提供了修订这些规定以便与新的法律相融合的一个机会。应当指出的是，如同《示范法》的任何其他条款，第 101 条只有在颁布《示范法》的新法在根据第 107 条生效之时方可产生效力。因此，自新法生效之日起方可修正或废止现行法律（换言之，不存在两套规则均不管辖担保交易的时候）。

第 102 条. 本法的普遍可适用性

58. 本条第 1 款界定了本章所用的两个用语。根据第 1 款(a)项，“先前法律”系指在新法生效之前根据颁布国的法律适用于担保权的规则。其原因是，根据颁布国的法律冲突规则，（因为这些规则存在于新的法律生效之前），适用法律可以是颁布国或另一国的法律。第 102 条提及在颁布国法律冲突规则下的先前适用法律。由于不同的法律可能适用于不同的担保权问题（例如设保人和有担保债权人之间的各种合同约定权利和义务、担保权创设、第三方效力、优先权及其强制执行，以及担保权对抗第三方承付人的效力），先前法律系指相关问题的先前适用法律。

59. 根据第 1 款(b)项，“先前担保权”是在新法生效之前通过订立协议而创设的一项权利，新法将把该项权利作为新法范围内的一项担保权对待。即使该协议涵盖未来资产也是如此（见第 2 条(n)项）。《示范法》过渡条款决定了即便在新法生效后先前法律的规则继续适用于先前担保权的范围。

60. 第 2 款基于《担保交易指南》第 228 项建议（第二句）（见第十一章，第 7-12 段），阐述了关于新法可予适用的一般规则。它规定，在根据第 105 条生效之际，颁布《示范法》的新法将适用于其范围内的包括先前担保权在内的所有各项担保权，除非本章另有规定（如第 103 和 104 条）。本章其余部分用大量篇幅专门阐述该条一般规则的各种例外情况。如果放在一起解读，第 2 款中的规则和本章其余部分的例外情况则形成了一个过渡期，在过渡期中新法将适用于所有新的交易，而先前法律中规则的一些方面将继续适用于与先前担保权有关的一些问题。

61. 由于第 2 款，先前担保权至少部分可受新法管辖。这之所以有所助益是因为，就许多担保交易持续几年而言，如果新的法律只适用于由在新的法律生效之日后订立的协议所创设的担保权，先前法律将长期持续存在，在此期间，贷款人、借款人、律师和法官都需要能够同时适用新的法律和先前法律（取决于特定的交易），在此期间，需要同时根据新的法律和先前法律的规则寻找相竞求偿人。因此，新的法律只适用于在其生效之日后订立的交易这一规则将会带来额外的费用，并且会使新的法律的经济效益延迟产生。

第 103 条. 先前法律对在本法律生效之前启动的诉讼事由的可适用性

62. 第 103 条基于《担保交易指南》第 229 项建议（见第十一章，第 13-16 段）。它引入了对第 102 条第 2 款中规则的一条除外规定，即新的法律适用于在其范围内的所有担保权，包括先前担保权。特别是，第 1 款规定，如果有关先前担保权的某一事项是新法生效之前启动的诉讼或仲裁程序的事由，则管辖争议的实体（而非程序）法将仍然是先前法律（在与先前法律并无不合之处时诉讼地可自行适用其现行程序性规则）。该款适用于在先前担保权方面产生的所有争议，而不论争议是在有担保债权人与设保人或担保债权人与相竞求偿人或担保债权人与例如在应收款或可转让票据上负有赔偿责任的人之间出现的。应当指出的是，在新法生效之前就某一事项而启动的诉讼并不排除对并非诉讼事由的相同担保协议下出现的不同事项适用新的法律的规则。

63. 第 2 款提供了关于强制执行根据先前法律创设的担保权的一项实质性规则。根据该款中的规则，如果是根据先前法律启动强制执行（“强制执行”由哪些内容构成以及在何时启动“强制执行”属于先前法律的事项），则即使在新法生效之后有担保债权人仍可根据先前法律的规则继续其强制执行或仍可选择利用新法的强制执行机制（根据颁布《示范法》的新法“强制执行”由哪些内容构成的问题在第七章阐述）。即便在未向法院或其他主管机关提出申请的情况下根据先前法律启动强制执行，该条规则仍然适用。因此，举例说，如果在新的法律生效之前有担保债权人已经采取先前法律授权的行动以在不向法院或其他主管机关提出申请的情况下取得对设保资产的占有权，有担保债权人可在新的法律生效之后选择在先前法律下处分设保资产并分配处分的收益，一如在新的法律下对这类事项的处理。

第 104 条. 先前法律对先前担保权创设的可适用性

64. 第 104 条基于《担保交易指南》第 230 项建议（见第 11 章，第 17-19 段）。本条载有两项规则。首先，第 1 款规定，由先前法律确定在新法生效之前以推定形式创设的担保权是否确实有效创设。第二，根据第 2 款，根据先前法律有效创设的先前担保权在新法下在各方当事人之间仍然有效，即使新法下的创设要求未曾得到满足。这条规则避免了先前担保权的无效化，而且创造了这样一种局面，即有担保债权人需要获得设保人的合作才能采取额外的必要步骤继续担保权在新法下的存在。已经获得用设保资产担保权做担保的信贷延期的设保人可能不会主动提供此种合作。

65. 举例说，假设在新的法律生效之前：(a)先前法律允许即便有担保债权人未占有设保资产仍可采用口头担保协议的方式创设担保权；及(b)有担保债权人向设保人提供信贷并且设保人采用口头担保协议方式创设对有担保债权人有利的无形资产担保权以作为其还款义务的担保。如果没有第 2 款所述规则，担保权即无法根据新的法律在当事方之间有效，有担保债权人就需要争取设保人的合作以取得有效的担保权，因为新的法律要求有一份由设保人签名的书面担保协议（见第 6 条第 3 款）。

第 105 条. 确定先前担保权第三方效力的过渡规则

66. 第 105 条基于《担保交易指南》第 231 项建议（见第十一章，第 20-22 段）。在该条下，在新法生效之日前根据先前法律创设并使其具有对抗第三方效力的担保权根据新的法律将在一段时期内仍然具有对抗第三方的效力，即便并未满足新的法律有关第三方效力的条件。该段时间期满后于在先前法律下该项担保权的第三方效力较早终止之时（见第 1 款(a)项）或第 1 款(b)项规定的时间。

67. 说明：根据 X 国先前担保交易法，应收款担保权可以通过通知应收款债务人取得对抗第三方的效力；然而，担保权的第三方效力将在五年后终止，除非有担保债权人向债务人发出将把担保权第三方效力再行延长五年的延展通知。X 国在颁布《示范法》时指明第 1 款(b)项中该规则的期限为三年。在新法生效前的一年，设保人在债务人欠设保人的应收款上创设了一项有利于债权人的担保权，并且有担保债权人将该担保权通知了债务人。根据第 1 款(a)项，担保权在根据先前法律订立担保协议并向应收款债务人发送通知后的五年将不再具有对抗第三方的效力（根据这些事实，这将导致担保权在新法生效后四年不再具有对抗第三方的效力）。根据第 1 款(b)项，担保权在新法生效后三年将不再具有对抗第三方的效力。因此，由于第 1 款(b)项中的日期早于第 1 款(a)项中的日期，该担保权在生效后的三年内根据新的法律将不再具有对抗第三方的效力（在不违反第 2 和 3 款中的规则前提下）。

68. 根据第 1 款中的规则不再具有对抗第三方效力的担保权，在有担保债权人根据新的法律采取适当步骤以实现第三方效力的前提下，可能继续具有对抗第三方的效力。在登记处办理对通知的登记通常便可实现这一结果。第 4 款将有

助于有担保债权人有能力实现这一结果，该款规定，创设担保权的先前书面协议构成对办理通知登记的充分授权。

69. 第 2 和 3 款述及在以下情形下先前担保权第三方效力的延续：(a)担保权根据先前法律具有对抗第三方的效力；及(b)满足新的法律下有关第三方效力的要求。第 2 款规定，如果新法的第三方效力要求在第 1 款规定的期限期满前得到满足，则先前担保权从其根据先前法律取得对抗第三方效力之时起不间断具有对抗第三方的效力，因此，就参照第三方效力的时间来确定优先权的规则而言，该担保权的优先权从该时起算。

70. 然而，如果只是在第 1 款所述时期期满后满足新的法律有关先前担保权第三方效力的要求，在第 1 款下有关第三方效力期满至在新的法律下实现第三方效力之间将会存在一个缺口。在此情况下，第 3 款规定，担保权对抗第三方的效力只有从在新的法律下取得对抗第三方效力之时起算；因此，就参照第三方效力的时间确定优先权的规则而言，该担保权的优先权将只是从该时起算。

71. 第 5 款中的规则明确了第 2 款中暗含的一个观点。第 2 款规定，如果在第一款所述时期期满前满足关于新的法律下先前担保权第三方效力的要求，在先前担保权则从其在先前法律下取得对方第三方效力之时起不间断具有对方第三方的效力。第 5 款称，如果担保权在先前法律下经登记取得对抗第三方的效力，该担保权在第 2 款下仍将不间断具有对抗第三方的效力，将使用先前法律下的登记时间适用取决于登记时间的优先权规则。

第 106 条. 先前法律对先前担保权所享有的相对于在先前法律下产生的相竞求偿人权利优先权的适用

72. 第 106 条规定了有关第 102 条第 2 款中一般规则的一条例外规定，即新的法律适用于包括先前担保权在内的所有各项担保权。在第 106 条所述情况下，先前担保权对抗相竞求偿人的优先权将通过适用先前法律予以确定。

73. 尤其是，在第 1 款所述规则下，由先前法律而并非由新的法律确定先前担保权对抗相竞求偿人的优先权，前提是担保权和所有相竞求偿人的权利均产生于新的法律生效之前并且相竞求偿人的“优先权地位”未曾改变。

74. 第 2 款规定，如果在以下两事件中发生任一事件，担保权的优先权地位即已改变。首先，优先权地位在以下条件下发生改变：(a)先前担保权只是因为第 105 条第 1 款中的规则而在新的法律下具有对抗第三方的效力；及(b)第三方效力的停止是因为第 105 条第 1 款所述时期在为了让担保权在新的法律下具有对抗第三方效力而采取必要行动之前即已期满。其次，如果在新的法律生效之时在先前法律下不具有对抗第三方的效力，但在新的法律生效之时或之后具有对抗第三方的效力，该担保权的优先权地位即已发生改变。这条的目的是，保全在除了新的法律生效之外未曾发生任何变化的情况下在先前法律下确立的相竞求偿人之间的优先权。

第 107 条. 本法生效

75. 第 107 条基于《担保交易指南》第 228 项建议（见第十一章，第 4-6 段），它规定了新法生效的日期或据以生效的机制。《示范法》未就某一特定日期或机制提出建议，并将该事项留待颁布国处理。颁布国不妨确定本条究竟是放在新的法律的开头处还是末尾处。

76. 在选择新的法律据以生效的日期或机制之时，应当认真考虑从新的法律中尽快获取经济益处，并最大限度地减少新的法律所造成的担保交易实践重大变化而可能引起的混乱。就之所以选择新的法律是因为它比先前法律有所改进而言，新的法律凡实际可行则应尽快生效。然而，除其他外为以下目的而必须有一些前置时间：(a)宣传新的法律的问世；(b)便利登记处的建立（或对现有登记处加以调整以适应新的法律所要求的登记处系统）；及(c)对担保交易制度的参与者尤其是对现在和将来的有担保债权人展开教育，以使其了解新的法律和从先前法律向新的法律过渡所产生的影响，并使其得以例如为遵行新的规则和利用新的形式做好准备。举例说，新的法律可以在某一具体日期或某一具体日期后的几个月内生效，也可在一旦登记处投入运行后即由法令指明的某一日期生效。