



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

## 秘书长的报告

## 目录

	段次	页次
十. 法律冲突 .....	1-35	2
A. 总论 .....	1-35	2
1. 导言 .....	1-10	2
a. 冲突法规则的目的 .....	1-5	2
b. 冲突法规则的范围 .....	6-10	3
2. 关于当事人之间的设定、第三方有效性和优先权的冲突法规则 .....	11-20	4
3. 关于收益上的担保权的冲突法规则 .....	21-22	5
4. 关联因素随后变化的效果 .....	23-27	6
5. 关于强制执行问题的冲突法规则 .....	28-34	7
6. 破产对冲突法规则的影响 .....	35	8
B. 建议 .....		8

\* 本文件比规定的会前十周晚了三周提交，因为需要完成磋商和最后审定相应的修订。



## 十. 法律冲突

### A. 总论

#### 1. 导言

##### a. 冲突法规则的目的

1. 本章讨论一些规则用以确定关于设保人和有担保债权人之间的担保权设定、对第三方的有效性（“第三方有效性”）、优先权和强制执行事项的适用法律。这些规则一般称作冲突法规则，而且还用于确定指南中设想的各项实体法规则的领土适用范围（即指南所设想的制度的颁布国的实体法规则是否及何时适用）。例如，如果一个国家颁布了指南中设想的关于担保权优先权的实体法规则，那么，只有当关于优先权问题的冲突法规则指明适用该颁布国的法律时，这些规则才适用于在该国发生的优先权争议。如果冲突规则规定管辖优先权的法律是另一国的法律，那就应该根据该另一国的法律而不是根据颁布国的实体法优先权规则来确定相竞求偿人的相对优先权。

2. 担保权生效后，准据法选择所涉及的关联要素可能发生变化。例如，如果位于 A 国的有形货物上设定的担保权的第三方效力受该货物所在地法律的管辖，那么就会产生一个问题，这就是如果这些货物随后转移到 B 国（其冲突规则也规定由物所在地法律管辖有形财产担保权的第三方效力）将会发生什么情况。一种办法是，该项担保在 B 国继续有效，而不必在 B 国采取任何进一步的步骤。另一种办法是根据 B 国的法律获得新的担保。再一种替代办法是，只要在一定时间期限内（例如，货物带入 B 国后 30 天内）在 B 国履行了某些手续，即可保留有担保债权人原已存在的权利。有些法律制度的冲突法规则论及这些问题。本章在后一种替代办法的基础上提出这方面的一般规则。

3. 冲突法规则应反映高效率的担保交易制度的各项目标。针对本章而言，这意味着适用于担保权财产方面的法律应能够易于确定：确定性是制定关于担保交易的实体法规则和冲突法规则的一个关键目标。另一个目标是可预测性。正如前一段落中的问题所表明的那样，如果准据法选择所涉及的关联要素随后发生变化，致使担保权须受 B 国法律管辖，那么冲突法规则应允许保留根据 A 国法律获得的担保权。良好的冲突法制度的第三个关键目标是，相关的规则必须反映利害关系各方（债权人、设保人、债务人和第三方）的合理期望。根据多数看法，为了取得这一结果，担保权的准据法应与将受此种法律管辖的实际情况有某种关联。

4. 利用指南（包括本章）制定担保交易法，有助于减少因现行冲突法规则之间有差异而产生的风险和代价。在担保交易中，有担保债权人通常希望确保其权利在所有可能强制执行其权利的国家（包括在管理设保人破产的法域）得到承认。如果这些国家对同类设押资产订有不同的冲突法规则，债权人须遵守不止一种制度才能得到充分保护。各国采用协调统一的冲突法规则有一个好处，那就是债权人依赖单独一项法律即可确定其担保权在所有此类国家中的优先地

位。就应收款而言，这正是《联合国转让公约》实现的目标之一，就间接持有的证券而言，这正是《中间人持有证券所涉某些权利的法律适用海牙公约》实现的目标之一。

5. 值得指出的是，即使各国统一了担保交易法律，冲突法规则还是必要的。在有些情况下，当事方仍须确定适用哪个国家的要求。例如，即使所有国家的法律都规定，在公共登记处备案即可使非占有式权利对第三方有效，人们仍需要知道必须在哪个国家的登记处备案。

#### b. 冲突法规则的范围

6. 本章并不界定将适用冲突法规则的担保权。一般来说，为冲突法目的将一种权利定性为担保权利会反映出一个法域中的担保权利实体法。原则上，任何时候要求法院为选择适当的冲突法规则而给一个问题定性，法院均可适用本国的法律。但问题是，对担保权适用的冲突法规则是否也应适用于功能上类似于担保的其他交易，即使其不在担保交易制度涵盖的范围内。即使所有权保留协议、融资租赁、寄售和其他类似交易不受有关担保交易的实体法规定管辖，一个国家还是可以使这些手段受适用于担保交易的冲突法规则的管辖。

7. 在并非为担保目的作出的某些转让方面也产生一个类似的问题，在这方面，关于当事人之间的设定、第三方有效性和优先权的准据法，应与关于同类财产担保权的准据法相同。《联合国转让公约》中就有个例子，该公约（包括其冲突法规则）既适用于应收款的彻底转让，也适用于以应收款作保的担保权（见第 2(a)条）。这一政策选择的原因之一就是有必要依照单独一项法律来确定对同一笔应收款享有权利的相竞求偿人之间的优先权。在一笔应收款的购买者与同一笔应收款的有担保债权人之间存在优先权纠纷时，如果该购买者的优先权受 A 国法律管辖而有担保债权人的优先权受 B 国法律管辖，那么就更难以（有时甚至不可能）确定究竟谁应享有优先权。

8. 无论一个法域就冲突法规则所涵盖交易的范围作出什么样的决定，这些规则的适用范围都将限于这些交易的财产方面。因此，关于设定担保权的准据法规则仅确定由什么法律管辖在设定对设押资产的财产权方面必须满足的要求。该规则并不适用于当事人根据其合同所负有的个人义务。在多数法律制度中，个人义务除服从某些限制外，受当事人在其约定中选定的法律管辖，或如未作出这种选择，要么受与担保协议关系最密切的国家的法律管辖，要么受管辖担保协议的法律管辖。

9. 关于当事方的个人义务，承认当事方意思自治的必然推论是，适用于担保交易财产方面的冲突法规则是合同自由范畴以外的事项。例如，通常不允许设保人和有担保债权人选择优先权的准据法，因为这不仅可能影响第三方的权利，而且会因相竞有担保债权人受两种可能导致相反结果的不同法律的约束而在他们之间产生优先权争议。

10. 值得注意的是，许多法律制度的冲突法规则现在都作出规定，当提及参照另一国家的法律作为管辖某一问题的法律时，其所指的是在该国适用的法律，

但不包括该国的冲突规则。反致原则不予适用，这是为了可预测性的原因，另外也是因为反致可能与各方当事人的期望相背离。

## 2. 关于当事人之间的设定、第三方有效性和优先权的冲突法规则

11. 要确定一项担保权赋予权利的范围，一般须分三步进行分析：

(a) 第一个问题是该项担保是否已在当事人之间设定（关于当事人之间的设定概念所涵盖的事项，见第四章）；

(b) 第二个问题是该项担保是否对第三方有效（关于第三方有效性概念所涵盖的事项，见第五章）；

(c) 第三个问题是在设保人破产时有担保债权人相对于竞合求偿人（例如另一债权人或破产管理人）的优先权排序（关于优先权概念所涵盖的事项，见第六章）。

**[工作组注意：工作组似宜考虑是否应有一项关于担保权的消灭的冲突规则，或是否这类问题不属适用于担保权的冲突法规则的范畴。]**

12. 并非所有法律制度都在概念上具体区分这些问题。在某些法律制度中，财产权已有效设定这一事实必然意味着该项权利对第三方有效。而且，在这三个问题之间作出明确区分的法律制度也并不总是确立关于每一问题的单独实体法规则。例如，如果占有式质押符合对此类担保权的对物效力要求，一般无需采取任何进一步行动的情况下该项担保即对第三方有效。

13. 关键问题是，对所有这三个问题是否应适用单独一项冲突法规则。另一种方法是，如果第三方有效性或优先权的准据法有别于设定权利的准据法更合适，那么应当允许有更多的灵活性。政策考虑因素，例如简洁性和确定性，倾向于对设定、第三方有效性和优先权统一采用一项规则。如上所述，并非所有法律制度总是以同样的方式区分这些问题或理解它们之间的区别，结果是，对这些问题规定不同的冲突法规则可能会使分析变得复杂或引起不确定性。但在有些情形中，为优先权问题选择一种不同的法律，有助于更好地考虑第三方的利益，例如非合意担保权人的利益。

14. 另一个重要的问题是，在任何特定问题（即设定、第三方有效性或优先权）上，是否应对有形和无形财产适用同样的相关冲突法规则。持肯定答复的人主张适用一项以设保人所在地法律为基础的规则。与此相左看法是，以设押资产的持有地为准（物所在地法），但就应收款而言，这与《联合国转让公约》不一致（其中第 22 条提到转让人即设保人所在国的法律）。

15. 与《联合国转让公约》保持一致还要求以该公约的同样方式定义设保人的所在地。根据该公约，设保人的所在地是其营业地；设保人在一个以上国家设有营业地的，设保人中央管理职能行使地为其所在地。设保人无营业地的，以设保人的惯常居住地为准（见第 5(h)条）。

16. 简洁性和确定性方面的考虑支持对有形财产和无形财产适用相同的冲突法规则（即设保人所在地法律），特别是同样的法律对当事人之间的设定、第三

方有效性和优先权都适用的话。按照这一办法，单独一项查询就足以查清设保人在所有设押资产上设定的担保权。另外，也无需在设押资产所在地发生变化的情况下提供指导，或对占有式权利和非占有式权利的准据法作出区分（当 A 国法律管辖的占有式担保权与 B 国法律管辖的同一财产上的非占有式担保权发生冲突时，也无需确定以哪一国法律为准）。

17. 然而，并非所有法域都将设保人所在地法律视为有形财产（至少是就“不动”物而言）上的担保权的充分关联要素。而且，管辖担保交易的法律需与管辖同一资产变卖的法律相同。这意味着，若要接受以设保人所在地法律适用于各类担保权的规则，只有当各法域普遍准备对所有转让都适用这一规则时，才行得通。

18. 此外，几乎普遍公认，占有式权利应受财产持有地的法律管辖，因此，对占有式权利采用设保人的法律，与非成熟债权人的合理期望相悖。所以，即使设保人所在地法律成为一般规则，占有式担保权也须另当别论。

19. 由于适用的冲突规则可能因资产的有形性或无形性或者因担保的占有性或非占有性而有所不同，产生了一个问题，即如果无形资产能够成为占有式担保权的标的物，应当适用哪种冲突规则。在这方面，多数法律制度把票据所含某些类别的无形资产（流通票据和凭证式证券）比作有形资产处理，从而承认可以通过向债权人交付票据来质押这类资产。这种情况下质押受票据持有国家的法律管辖。

20. 在货物表现为可转让所有权凭证（例如提单）时会出现一个相关的问题。人们普遍承认，可转让所有权凭证也可比作有形财产，可成为占有式质押的标的物。因此，质押将受凭证所在地（而不是此处所涉的货物所在地）法律的管辖。然而，问题是，如果所持的凭证和货物不在同一国，则将适用哪一部法律来解决所有权凭证质权人与可能已获债务人授予货物本身上的非占有式担保权的另一债权人之间发生的优先权争议。对于此类情形，冲突法规则应赋予管辖质押的法律以优先权，其依据是，这种解决办法将能更好地反映相关当事方的合理期望。

[工作组注意：本指南所设想的法律的范围侧重于商品、设备和贸易应收款。如果工作组决定将其他无形财产包括在内，如非贸易应收款、银行存款和信用证，则似宜考虑是否应当有适用于这些类别的资产的特别冲突规则。]

### 3. 关于收益上的担保权的冲突法规则

21. 有些资产与收益属于同一类财产，对于收益，将适用与管辖在此类资产上直接获得的在当事人之间设定的担保权、第三方有效性和优先权的冲突规则相同的冲突规则，而决定此类规则的适用的，是在简单性和确定性方面的考虑。举例来说，对于变卖以前受制于担保权的库存品所得的收益，如果债权人主张其对作为此类收益的应收款享有权利，则应使用同样适用于从作为原始设押资产的应收款直接获取的担保权的法律，来确定债权人对应收款应该享有的权利。在这一则实例中，如果 B 国的法律管辖在应收款上最初授予的担保权，该

法律也将决定债权人对作为来自库存品的收益的应收款是否享有权利，即使债权人在库存品上的担保权受 A 国法律的管辖。第三方有效性和债权人对（作为库存品收益的）应收款享有的权利的优先权也将受 B 国法律的管辖。

22. 然而，可以辩称，上述解决办法应该有一个例外，即，当事人之间设定对收益的担保权应该受当事人之间设定可产生收益的原始设押资产上的担保权时所适用的法律管辖。这将满足根据国内法获取对库存品的担保权的债权人的期望，但前提条件是，此类担保权自动适用于收益。根据这种做法，担保权是否适用于收益的问题将受当事人之间设定对产生收益的原始设押资产的权利时所适用的法律管辖，而第三方有效性和在收益上应享有权利的优先权均不得违反收益系原始设押资产时适用于此类问题的法律。

#### 4. 关联因素随后变化的效果

23. 无论保留何种关联因素用以确定对任何特定问题最适当的冲突法规则，担保权设定后相关因素都有可能发生变化。例如，如果准据法是设保人总部所在法域的法律，设保人可能日后又将其总部迁至另一个法域。同样，如果准据法是设押资产所在法域的法律，该资产也可能转移到另一个法域。

24. 如果不具体论及这些问题，就可能引伸出暗含规则。关于当事人之间的设定、第三方有效性和优先权的一般冲突法规则可能被解释为具有这样的含意：相关关联要素发生变化时，原先的管辖法律继续适用于权利的设定问题，因为这些事情已在发生变化之前出现，而随后的管辖法律将适用于此后发生的引起第三方有效性或优先权问题的事件。例如，在担保权的第三方有效性的适用法律是设保人所在地法律的情况下，该项权利对设保人的破产管理人的有效性将以破产程序启动时设保人新所在地国家的法律加以确定。

25. 然而，法律对这些事项不作规定，还可能引起其他解释。例如，一种解释可能是，如果变化后发生优先权纠纷，那么随后的管辖法律也管辖当事人之间对担保权的设定（理由是与设保人打交道的第三方有权根据实际关联因素，也就是其打交道当时的有效关联要素，确定所有问题的准据法）。

26. 就这些问题提供指导，对避免不确定性似乎是必要的，特别是如果关联因素从一个尚未颁布以本指南的建议为基础的法律的国家转移到一个已颁布此类法律的国家的话，就更有必要。

27. 在途货物和出口货物上设定的担保权也存在相关的问题。有些法律制度规定，如果这些货物在规定时限内抵达目的地，则可根据目的地的法律在当事人之间设定这类货物上的担保权并使其对第三方有效（这种担保权只能是非占有式的，因为指南对占有的理解是实际占有，而非虚拟占有）。关于预定出口的货物，一种替代办法将是要求其在规定时限内离开颁布国。但是，关于在途货物和出口货物的特别规则不应阻止债权人还依照货物实际所在地的法律确定债权人权利，以便在货物留存该地时根据该法律获得优先权。

## 5. 关于强制执行问题的冲突法规则

28. 一项担保权利根据一国法律设定并使其对第三方有效但寻求在另一国强制执行，会产生有担保债权人可获得何种补救的问题。当两国关于强制执行的实体法规则差异相当大时，这一点具有非常重大的实际意义。例如，管辖担保权的法律可能允许有担保债权人强制执行，而无需事先求助司法系统，除非有扰乱安宁秩序的行为；而强制执行地的法律则可能要求进行司法干预。不论对这个问题采取何种可能的解决办法都各有利弊。

29. 一种选择是，强制执行的补救办法受强制执行地法律即法院地法律（法院地法）的管辖。主张这一规则的政策理由包括：

(a) 补救法将与一般适用于程序问题的法律相吻合；

(b) 在许多情况下，补救法与强制执行的标的财产的所在地相吻合（如果相关国家的冲突法规则指明以该地点为准处理优先权问题，也可与管辖优先权的法律相吻合）；

(c) 对意图针对设保人资产行使权利的所有债权人的要求将是相同的，无论这种权利源自本国还是外国。

30. 另一方面，法院地法可能不会使当事人如愿以偿。当事人的期望可能是，在强制执行情形中，他们各自的权利和义务将是由据以确定担保权优先顺序的法律所规定的权利和义务。例如，如果根据管辖担保权优先权的法律允许不经司法程序而强制执行，那么，即使强制执行地所在国本国的法律一般不允许不经司法程序强制执行担保权，有担保债权人也可以在该国采取这种手段。对实质性强制执行事项适用管辖优先权的法律，其中另一个原因是这类事项与优先权问题密切相关（例如，有担保债权人对其所享担保权的兑现方式可能影响竞合求偿人的权利）。

31. 将强制执行问题交由管辖担保权优先权的法律处理，这种做法可能还具有另一个好处。由于管辖优先权的法律与管辖当事人之间设定担保权的法律常常是同一部法律，所以最终结果将是，当事人之间的设定、优先权和强制执行问题将常常受同一法律管辖。

32. 第三种选择是采用一种规则，使管辖当事人合同关系的法律也管辖强制执行事项。这往往符合当事人的期望，而且在许多情况下，也与适用于当事人之间设定担保权的法律相吻合，因为该项法律也往往被选择作为合同的准据法。然而根据这一办法，当事人可为强制执行问题自行选择法院地法律以外的或管辖当事人之间的设定、第三方有效性和优先权的法律以外的法律。这种解决方法将不利于一些第三方，因为他们可能无法查清有担保债权人对其共同债务人的财产可能采取的救济办法的性质。

33. 因此，如果由管辖当事人合同关系的法律处理强制执行问题，就有必要作出例外规定，以考虑到第三方的利益，以及法院地强制性规则或管辖当事人之间的设定、第三方有效性和优先权的法律的强制性规则。

34. 上述讨论涉及的是强制执行时所涉的实质性问题。无论如何，凡程序事项均需由强制执行的所在地国法律管辖。这样即出现如何区别实质性与程序性强制执行事项的问题。虽然法院将以其自己的法律判定什么是实质性的，什么是程序性的但以下一些示例一般被视作实质性问题：债权人用以兑现设押资产的救济手段的性质和范围，无论这些（或其中一些）救济手段是否可以不经司法程序加以行使；有担保债权人资格获得对资产的占有和处分资产（或促成以司法途径兑现资产）时必须符合的各项条件；有担保债权人收取应收款设押资产的权力以及有担保债权人对设保人其他债权人的义务。

## 6. 破产对冲突法规则的影响

35. 如关于破产问题的一章所述，以撤销权诉讼为限，在破产程序以外对设保人和第三方有效的担保权在破产程序中应继续有效。同样，破产程序的启动不应排斥适用于当事人之间担保权的设定、第三方有效性和优先权（一些例外情况除外，例如遇有特优债权时）的冲突法规则。但是，在破产程序中，担保权的强制执行所涉各方面问题均须服从管辖破产程序的法律（关于原则和有限的例外，见《贸易法委员会破产法立法指南》建议 30-34）。

## B. 建议

[工作组注意：由于 A/CN.9/WG.VI/WP.16 和 Add.1 号文件列入了担保交易立法指南草案中的一套合并建议，所以对于有关法律冲突的建议，此处未作转载。一旦这些建议最后审定，工作组似可考虑究竟是在各章末尾处还是在指南末尾的附录中抑或在这两处均转载这些建议。]