



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
十二. 法律冲突	1-83	3
A. 一般意见	1-83	3
1. 导言	1-14	3
(a) 法律冲突规则的目的	1-8	3
(b) 法律冲突规则的范围	9-13	5
(c) 本章概要	14	6
2. 关于担保权的设定、第三方效力和优先权的法律冲突规则	15-27	6

* 本文件比要求的会议开始前 10 周晚 2 周提交，因为需要完成协商并最后确定随后所进行的修订。



3. 关于有形资产上担保权的设定、第三方效力和优先权的准据法	28-37	8
(a) 一般规则：担保资产所在地的法律 (物所在地法)	29-30	8
(b) 关于过境货物和出口货物上担保权的设定和第三方效力的补充 规则	31-33	9
(c) 关于可转让票据上担保权的设定、第三方效力和优先权的特别 规则	34	9
(d) 某些类型资产的例外情况	35-37	9
4. 关于无形资产上担保权的设定、第三方效力和优先权的准据法	38-50	10
(a) 一般规则：设保人所在地的法律	38-43	10
(b) 某些类型资产的例外情况	44-50	11
5. 关于收益上担保权的设定、第三方效力和优先权的准据法	51-56	13
6. 关于担保协议当事人的权利和义务的准据法	57	14
7. 关于第三方承付人的权利和义务的准据法	58-59	14
8. 关于担保权强制执行的准据法	60-68	14
9. 用以判定所在地的规则和相关时间	69-74	16
10. 公共政策和国际强制性规则	75	17
11. 启动破产程序对担保权的准据法的影响	76-78	17
12. 当准据法为多领土单位国家的法律时的特别规则	79-83	18
B. 建议		19

十二. 法律冲突

A. 一般意见

1. 导言

(a) 法律冲突规则的目的

1. 《指南》的中心目的是协助各国制订现代担保交易法，以便促进担保信贷的提供，从而促进国内商业增长并普遍增加贸易（见第[...]段）。为了实现这一目的，担保交易法必须便利国内和国外的出贷人以及其他信贷提供人发放信贷，促进国内商业增长并普遍增加贸易。担保交易法中很大一部分涉及的是全都位于同一国家的设保人、有担保债权人、第三方债务人和第三方债权人。其面向的担保协议涵盖的也是在担保权设定时和设定之后一直位于同一国家的担保资产。但是，现代商业活动的一个重要部分并不属于这一类型。担保交易法越来越多地涉及位于一个以上国家的当事人之间的协议或影响这些当事人的协议，所涉及的资产要么用于出口或进口，要么位于一个以上国家，或者通常在一个以上国家使用。因此，为了实现综合性，《指南》必须涉及各种类型的跨国境交易中出现的广泛问题。

2. 本章论述为确定有关担保权设定、对抗第三方效力（“第三方效力”）、相对于竞合求偿人权利的优先权和强制执行的准据法而采用的规则（“担保权”、“优先权”和“竞合求偿人”的定义见导言，B 节，术语表）。这些规则通常称为法律冲突规则，它们还决定着《指南》所设想的实体法规则的地域范围（即颁布《指南》所设想的制度的国家的实体法规则是否适用以及在什么情况下适用）。例如，如果一国已经颁布了《指南》中设想的关于担保权优先权的实体法规则，那么只有在法院所在地国¹关于优先权问题的法律冲突规则指明适用该国法律的情况下，这些规则才会适用于在该颁布国发生的优先权之争。如果法院所在地国的法律冲突规则规定优先权由另一国的法律管辖，则将根据另一国的法律判定各竞合求偿人的相对优先权。

3. 只有在法院所在地国为已经颁布了《指南》所建议的各项规则的国家时，《指南》所建议的法律冲突规则才可适用。在未颁布这些规则的国家不适用这些规则。这是因为，一国不能对将在另一国适用的法律冲突规则进行立法。其他国家的法院适用各自的法律冲突规则来判定适用国内实体法还是另一国的实体法。

4. 法律冲突规则确定将某一情形与一国联系起来的要素，从而指明对该情形适用该国的实体法。《指南》所建议的主要关联要素是担保资产的所在地和担

¹ “法院所在地国”这一术语系指必须确定在其国内适用何种实体法的国家。确定准据法不仅在诉讼中是必要的，在需要了解一项交易是否会产生预期法律效力的每一个情形下，也是必要的。

保权设定人的所在地。这样，如果关联要素是资产所在地，准据法便为资产所在地国的法律。

5. 担保权设定并取得对抗第三方效力后，可能会有一个或多个关联要素发生变化。例如，如果位于 A 国的库存品上的担保权的第三方效力根据 A 国的法律冲突规则是受库存品所在地的法律管辖的，那么就会产生一个问题，即如果一部分库存品后来运到 B 国（该国的法律冲突规则也规定由有形财产所在地的法律管辖有形财产上担保权的第三方效力）将会发生什么情况。一种办法是担保权在 B 国继续有效，而不必在 B 国采取进一步的步骤。另一种办法是要求根据 B 国法律取得新的担保权。还用一种办法是保留有担保债权人原有的权利，条件是在一定时期（例如在货物运进 B 国后 30 天）内完成 B 国的某些手续。由于这是实体法问题而非法律冲突问题，《指南》在关于第三方效力的第五章对此作了论述（见第[...]段和建议 45）。本章仅论及判断担保权是否已经设定、取得对抗第三方效力并获得相对于另一权利的优先权所依据的相关时间。

6. 在高效率的担保交易制度中，适用于担保交易的法律冲突规则通常反映了担保交易制度的各项目标。这意味着适用于担保权的财产方面的法律应当易于判定。确定性是在实体法和法律冲突层面上制定对担保交易有影响的规则的一个关键目标。另一个目标是可预测性。正如前一段中的例子所表明的那样，法律冲突规则应当回答下述问题，即根据 A 国法律取得的担保权，在关联要素随后发生变化从而指向 B 国有关这类担保权的法律时，仍受 A 国法律管辖还是转而受 B 国法律管辖。高效率的法律冲突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（即债权人、设保人、债务人和第三方）的合理期望。为了取得这一结果，指明担保权准据法的关联要素必须与将受此种法律管辖的实际情况有某种关联。

7. 利用《指南》（包括本章）制定担保交易法，有助于减少因现行法律冲突制度之间存在差异而产生的风险和费用。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（包括在执行有关设保人及其资产的破产程序的法域）得到承认。如果这些国家对同类担保资产订有不同的法律冲突规则，那么债权人须遵守不止一种制度才能得到充分保护（这一结果很可能会影响到信贷的提供和成本）。不同国家统一其法律冲突规则有一个好处，那就是债权人依赖（达到相同结果的）同一种法律冲突规则即可确定其担保在所有这些国家中的地位。就应收款而言，这正是《联合国转让公约》所实现的目标之一，就间接持有的证券而言，这正是海牙法律冲突会议 2002 年 12 月通过的《中间人代持证券所涉某些权利准据法公约》（以下称“《海牙证券公约》”）所实现的目标之一。

8. 即使各国统一了担保交易实体法，法律冲突规则还是必要的。在有些情况下，当事人仍须确定将适用哪个国家的要求。例如，即使所有国家的法律都规定，在公共登记处登记通知即可使非占有式担保权具有对抗第三方的效力，人们仍需要知道必须在哪个国家的登记处登记。

(b) 法律冲突规则的范围

9. 本章并不界定将适用法律冲突规则的担保权。一般来说，为解决法律冲突之目的而将一种权利定性为担保权的做法会反映出一国的担保交易实体法。原则上，任何时候需要法院为选择适当的法律冲突规则而给一个问题定性，法院均会适用本国的法律。但问题是，一国与担保权有关的法律冲突规则是否也应适用于功能上类似于担保权的其他交易，即使其不在该国的担保交易实体法制度涵盖的范围内（例如保留所有权销售、融资租赁和其他类似的交易）。即使一国的担保交易实体法实际上不适用于上述其他交易，该国还是应当可以将适用于担保权的法律冲突规则适用于这些交易。《指南》建议对购置款融资采用非统一处理法的国家使用上述办法（见建议 199）。

10. 在并非为担保目的作出的某些转让方面也产生了一个类似的问题，在这方面，关于转让的设定、第三方效力和优先权的准据法，应当与关于同类财产上担保权的准据法相同。《联合国转让公约》中就有例子，该公约（包括其法律冲突规则）既适用于应收款的彻底转让，也适用于应收款上的担保权（见公约第 2 条(a)项）。显然，这一政策选择的动因是，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竞合求偿人之间的优先权排序。《指南》采用了同样的政策（见建议 205）。否则，当一笔应收款的购买者与在同一笔应收款上享有担保权的债权人之间出现优先权纠纷时，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）确定究竟谁应当享有优先权。

11. 无论一国就法律冲突规则所涵盖交易的范围作出什么样的决定，关于担保权的设定、第三方效力和优先权的规则的适用范围都将限于有关交易的财产方面。因此，关于担保权设定的准据法的规则仅确定在设定担保资产的财产权方面必须满足的要求由什么法律管辖。该规则并不适用于当事人根据其合同所负有的个人义务。在大多数国家，商业交易中产生的单纯的合同义务一般服从于当事人在其担保协议中选定的法律，或者，如未作出这种选择，则服从于有关国家的法律冲突规则（如 1980 年在罗马订立的《合同债务准据法公约》，²以下称“《罗马公约》”）所确定的管辖担保协议的法律。《指南》建议采用上述办法来确定设保人和有担保债权人在担保权方面的相互权利和义务（见建议 213）。

12. 关于当事人的个人义务，承认当事人意思自治的必然推论是，对担保交易的财产方面适用何种法律冲突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，而且会使两种相竞担保权因服从于两种造成截然不同结果的法律而发生优先权争议。

13. 许多国家的法律冲突规则现在都规定，当提及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，但不包括该国的法律冲突规则。反致原则不予适用，这是为了可预测性的原因，另外也是因为反致所造成

² 联合国《条约汇编》，第 1605 卷，第 28023 号。

的结果可能与各方当事人的期望相背离。《指南》采用了与之相同的办法（见建议 218）。

(c) 本章概要

14. 本章 A.2 节一般讨论担保权的设定、第三方效力和优先权的法律冲突规则。A.3 节回顾有形资产上担保权的设定、第三方效力和优先权的准据法。A.4 节详细阐述适用于无形资产上担保权的设定、第三方效力和优先权的准据法，A.5 节讨论收益上担保权的设定、第三方效力和优先权的准据法。本章随后在 A.6 节审议担保协议当事人的权利和义务的准据法，并在 A.7 节审议第三方债务人的权利和义务的准据法。A.8 节对强制执行担保权的准据法作了评论。本章最后三节讨论确定所在地的规则和有关时间（A.9 节）、公共政策和国内强制性规则（A.10 节）以及在准据法为多领土单位国家的法律时的特别规则（A.11 节）。本章最后在 B 节提供一系列建议。

2. 关于担保权的设定、第三方效力和优先权的法律冲突规则

15. 要确定一项担保权所赋予的权利的范围，一般须分以下三步进行分析：

(a) 第一个问题是该项担保是否已设定（关于设定的概念所涵盖的事项，见《指南》第四章）；

(b) 第二个问题是该项担保是否具有对抗第三方的效力（关于第三方效力的概念所涵盖的事项，见《指南》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（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《指南》第七章）。

16. 的确，担保权若不能有效执行便几乎没有实际价值。但是，这个问题与有担保债权人在担保资产上享有的权利限度无关，关于强制执行的法律冲突规则将在本章另一节中加以讨论。

17. 并非所有国家都区分了第 15 段提及的三种问题。在许多国家，担保权（或其他财产权）一旦设定，顾名思义，无需采取进一步行动即具有对抗所有各方（*erga omnes*）的效力。在这些国家，同一法律冲突规则适用于担保权的设定和对抗所有各方的效力（对优先权也可作为一种效力问题加以分析）。但是，即便是明确区分了当事人之间的效力（设定）、对抗第三方效力和优先权的国家，也没有全部为这些问题逐一制定单独的法律冲突规则；因而同一法律冲突规则可能适用于所有这三种问题，其结果是对这三种问题适用同一国家的实体法。

18. 因此，关键问题是，是否应当对所有这三个问题适用单独一项法律冲突规则。简洁性和确定性等政策考虑因素倾向于适用一项规则。如上所述，并非所有国家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法律冲突规则可能会使分析变得复杂，或造成不确定性。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，如持有法定担保权的人或判决胜诉债权人或破产管理人的利益。

19. 另一个重要的问题是，在任何特定问题（即设定、第三方效力或优先权）上，是否应对有形和无形资产适用同样的相关法律冲突规则。持肯定答复的人有的主张适用一项以设保人所在地法律为准的规则，有的主张适用以担保资产所在地的法律为准的规则（所在地法或物所在地法）。

20. 就应收款而言，以所在地法为准的办法与《联合国转让公约》不一致（其中第 22 条提及了转让人即设保人所在国的法律）。此外，由于无形资产不可能实际占有，若采用物所在地法为适用的法律冲突规则，便须为判定各种类型的无形财产的实际所在地制定特别的规则和法律拟制。因此，《指南》没有将资产所在地视为无形资产的适当关联要素，而是倾向于采用一种基本上以设保人所在地的法律为准的办法（见建议 205）。

21. 此外，与《联合国转让公约》保持一致还要求以该公约的方式定义设保人的所在地（见建议 216）。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（见公约第 5 条(h)项）。公约采用这一定义，主要是因为这一所在地被视为设保人的实际所在地，而且因此而适用的法律是最有可能启动涉及转让人的主要破产程序的国家的法律。

22. 简洁性和确定性方面的考虑因素甚至可以支持对有形资产和无形资产采用相同的法律冲突规则（即设保人所在地法律），特别是在对担保权的设定、第三方效力和优先权适用相同法律的情况下。按照这一办法，单独一项查询就足以查清设保人在所有资产上设定担保权的程度。另外，也无需对担保资产所在地发生变更的情况提供指导，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 国法律管辖的同一资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）。

23. 然而，并非所有国家都认定设保人所在地法律与有形资产上的担保权有充分关联，至少是就“非移动”资产而言（或者，甚至在某些类型的无形资产上，如银行账户贷记款的受付款或知识产权）。而且，在许多情形下，采用设保人所在地法律会造成结果是，担保交易由一种法律管辖，而同一资产的所有权转让由另一种法律管辖。为了避免这一结果，各国有必要对一切所有权转让均采用设保人所在地法。

24. 此外，几乎普遍公认，占有式担保权应受资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，与缺乏经验的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。

25. 由于上述种种原因，《指南》建议对担保权的设定、第三方效力和优先权的准据法问题采用以下两种一般性的法律冲突准则：

- (a) 就有形资产而言，应以资产所在地的法律为准据法（见建议 200）；
- (b) 就无形资产而言，应以设保人所在地的法律为准据法（见建议 205）。

26. 由于法律冲突规则通常会因资产的有形性或无形性而有所不同，因此产生了一个问题，即如果无形财产能够成为占有式担保权的标的物，应当适用哪种法律冲突规则。在这方面，大多数国家把票据（如可转让票据）所含某些类别的权利当作有形资产处理，从而承认可以通过向债权人交付票据来设定这类资产上的占有式担保权。《指南》将这些类型的无形资产作为有形资产处理（“有形资产”的定义见导言，B 节，术语表），因此，关于有形资产的法律冲突规则一般适用于这类无形资产。所以，可转让票据上担保权的设定、第三方效力和优先权将由票据持有地国的法律管辖（见建议 200）。

27. 在有形资产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资产，可成为占有式担保权的标的物。因此，担保权将受凭证所在地（而不是其涵盖的实际有形资产的所在地）法律的管辖。然而，问题是，如果所持的凭证和有形资产不在同一国，将适用哪一部法律来解决享有所有权凭证上的担保权的债权人与可能已获债务人设定在该有形资产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，法律冲突规则应赋予管辖凭证上担保权的法律以优先地位，其依据是，这种解决办法会更好反映有关当事人的合理期望（见建议 203）。这一结果也符合《指南》所建议的关于设定、第三方效力和优先权的实体法规则（见建议 28、52 和 105）。

3. 关于有形资产上担保权的设定、第三方效力和优先权的准据法

28. 倾向于上文所列的一般性法律冲突规则的政策考虑因素不一定要适用于所有情形，就某些特定类型的资产而言，资产所在地或设保人所在地并非最适当的关联要素，对这类资产可适用其他规则。此外，为了保证效率，对过境资产和出口资产适用另外的规则。这类资产不是要留在其原初所在地，而是可能会越过几个国家的边境之后到达其最终目的地。以下段落对上文简述的两种一般性法律冲突规则及其例外情况作了解释。

(a) 一般规则：担保资产所在地的法律（物所在地法）

29. 如上所述，有形资产上担保权的设定、对抗第三方的效力和优先权通常由担保资产所在地国的法律管辖（见建议 200）。适用该规则的一个常见案例涉及库存品上的担保权。如果设保人拥有的库存品位于实行这一规则的国家（A 国），这些问题将由该国的法律管辖。这一规则还意味着，如果设保人还在另一个国家（B 国）拥有其他库存品，则必须满足 B 国的有关要求，A 国的法院才能承认位于 B 国的库存品服从于有担保债权人的权利。

30. 关于有形资产的一般性法律冲突规则并不区分占有式担保权和非占有式担保权。因此，一般将适用资产所在地的法律，无论有担保债权人是否占有该资产。这对可转让票据和可转让单证等作为有形资产处理的无形资产而言特别重要。例如，即使担保权不是因占有而取得对抗第三方效力的，优先权问题也将由票据或单证的所在地法律管辖。

(b) 关于过境货物和出口货物上担保权的设定和第三方效力的补充规则

31. 对于过境资产或用作出口的资产，如果适用的是货物所在地法，则必然适用在争议发生时的资产所在地国的法律。这一规则的一个结果是，有担保债权人必须对资产进行监管，并遵守各有关国家的要求，以确保自己在任何时候都享有有效的担保权。为了避免这一负担，一种办法是最终（或中途）目的地国承认根据原初所在地的法律设定并取得对抗第三方效力的担保权是有效的。这种办法将反映货物原初所在地各方当事人的期望，却有悖于根据资产最终目的地的法律要求向设保人提供信贷的当事人的期望。

32. 另一种办法是，最终目的地国承认根据资产原初所在地的法律设定并取得对抗第三方效力的担保权在一定期限内有效。这样，原初所在地的当事人可以有一定期限来遵守最终目的地国对第三方效力的法律要求，以保持其最初在原初所在地取得的效力。这种办法将平衡位于不同法域的当事人的利益（实际上《指南》支持对所有类型的有形资产都采用这一办法；见建议 45 和 200）。

33. 还有一种办法是，让有担保债权人来选择是根据资产原初所在地国的法律还是根据资产最终目的地的法律设定担保权并取得对抗第三方的效力，但若作后一种选择，资产必须在一定期限内到达该地（见建议 204）。这种办法将使得相信资产将到达其预定目的地的有担保债权人依赖目的地的法律设定担保权并取得对抗第三方的效力。如果资产很可能迅速经过其他国家并在装运后不久到达最终目的地，规定这一选择办法的规则就特别有用。否则，如果在资产位于原初所在地时就设定了担保权，为了使担保权持续具有对抗第三方的效力，有担保债权人必须满足原初所在地、资产可能过境的每一个国家以及最终目的地对第三方效力的要求。在任何情况下，优先权始终受发生优先权纠纷时资产所在地的法律管辖。

(c) 关于可转让票据上担保权的设定、第三方效力和优先权的特别规则

34. 如上文所述，一般承认，可转让票据上担保权的设定、第三方效力和优先权应当由票据所在地国的法律（物所在地法）管辖（见建议 200）。但是，在某些国家，可转让票据上担保权的第三方效力还有可能是通过在设保人所在地进行登记而实现的。在这种情况下，合乎逻辑的做法是，依赖设保人所在地国的法律确定是否已通过登记而实现了第三方效力（见建议 208）。应当指出的是，这种办法仅限于第三方效力。票据上担保权的优先权始终由票据实际所在地的法律管辖。

(d) 某些类型资产的例外情况

35. 当资产所在地不是有效的关联要素时（如通常在若干国家中使用的资产），或不符合当事人的合理期望时（如所有权必须在专门登记处备案的资产），关于有形资产上担保权的一般性法律冲突规则通常会有某些例外情况。

(一) 移动资产

36. 移动资产是在正常经营过程中跨越国境的资产（如航空器、船舶，有时也有机械或机动车辆）。例如，在若干国家中经营建筑业务的设保人可能必须在为经营业务的目的而定期在从一国运到另一国的机械上设定担保权；或者经营运输业务的设保人可能需要在运输业务所使用的运载工具上设定担保权（但机动车辆通常可能不会跨越岛屿国家的国境）。若对移动资产适用关于有形资产的一般法律冲突规则，则要求有担保债权人查明每件机械或每件运载工具在担保权设定时的确切位置。为了确保其担保权持续具有第三方效力，有担保债权人还有必要询问这些资产的每一项在任何特定时间都可能位于哪些国家，并满足所有这些国家的有关要求。而且，不可能预知将来发生优先权之争时有关资产会在哪一个国家，因此也不可能确定适用哪一种优先权制度来解决纠纷。为了避免这些问题及由此产生的费用和不确定性，在许多国家，通常在一个以上国家使用的这类有形资产上担保权的设定、第三方效力和优先权可能受设保人所在国的法律管辖（这种类型资产的所有权须在允许登记担保权的专门登记处登记的情况除外；见下文第 37 段）。《指南》遵循了这种办法（见建议 201）。

(二) 须进行专门登记或公证产权证的有形资产

37. 某些类型的有形资产的所有权有时是在专门登记处备案或以产权证证明的。航空器和船舶一般会有这种情况，在一些国家，机动车辆也有这种情况。如果有关登记处或公证系统也允许登记或公证担保权，可依据主管维持有关登记处或签发产权证的当局所在国的法律来确定由哪一部法律管辖须在这类专门登记处登记或公证产权证的资产上的担保权的设定、第三方效力和优先权。这样，只要在登记处查找或检验产权证便可查明这类资产的所有权和担保权。这类规则可依据国内法（见建议 202）或地位优先的国际公约（如《移动设备国际利益公约》及其相关议定书）。

4. 关于无形资产上担保权的设定、第三方效力和优先权的准据法

(a) 一般规则：设保人所在地的法律

38. 在某些国家，无形资产上担保权的设定、第三方效力和优先权受设保人所在地国的法律管辖。例如，如果位于 A 国的出口商在位于 B 国和 C 国的客户所拥有的应收款上设定了担保权，则该担保权的财产权方面将由 A 国法律管辖。这一规则符合《联合国转让公约》在应收款转让的准据法方面遵循的办法（见第 22 条和第 30 条）。

39. 在另一些国家，无形资产上担保权的设定、第三方效力和优先权仍由资产所在地的法律管辖。在这些国家，有必要确定无形资产的所在地（例如，对于应收款而言，应确定应收款债务人的所在地）。

40. 设保人所在地法相对于物所在地法有一些优点，特别是在无形担保资产由应收款组成的情形下。即使转让涉及不同债务人欠付的多项应收款，但准据法只有一个。此外，在进行转让时，可以很容易地确定设保人所在地法，即使转让涉及的是未来应收款或大批转让的应收款。而且，设保人所在地（在营业地位于一个以上国家的情况下，为中央管理部门所在地）法是有可能管理涉及设保人的主要破产程序的国家的法律。

41. 此外，虽然担保资产所在地法律（物所在地法）在大多数情况下对有形资产行之有效，但对无形资产适用物所在地法时，却在概念和实务两方面都出现了很大的困难。从概念的角度看，对于应收款的所在地没有一致而明确的答案。一种观点认为是必须付款的地点。另一种观点认为，应收款所在地是应收款债务人的法定住所地、营业所在地或主要居住地。还有一种观点认为，应收款所在地国应当被认为是管辖原债权人（即设保人）和应收款债务人之间的合同关系的法律所属的国家。上述任何一种选择都会要求可能的受让人必须进行详细的事实调查和法律调查。而且，在许多情形下，事实可能会证明受让人不可能有把握地确定应收款的确切所在地，因为确定这一所在地的标准可能取决于商业惯例或应收款的产生所依据的合同当事人的意愿。因此，以物所在地法为涉及应收款的担保权的准据法不会带来确定性和可预测性，而确定性和可预测性是担保交易领域中健全的法律冲突制度的关键目标。

42. 此外，即使一国有详细的条文允许可能的或现有的担保债权人简单而客观地确定应收款的所在地法律，但在许多商业交易中仍然会出现实际困难。这是因为担保权可能不仅涉及已有的和特定的应收款，而且还涉及其他许多应收款。因此，担保权可能涵盖所有的现有应收款和未来应收款。在这种情况下，选择物所在地法为管辖优先权的法律不是一个高效的政策决定，因为各种被转让的应收款可能适用不同的优先权规则。而且，如果未来应收款上设有担保权，有担保债权人在交易时就不可能确定其优先权的范围，因为这些未来应收款的所在地此时还是未知的。

43. 鉴于上述情况，《指南》建议采用设保人所在地国的法律管辖无形资产上担保权的设定、第三方效力和优先权（见建议 205）。界定设保人所在地的标准与《联合国转让公约》中的标准一致（见第 21 和 70 段；另见建议 216）。

(b) 某些类型资产的例外情况

44. 对于以下三种类型的无形资产作了不同的考虑，其中设保人的所在地不是选择准据法的最适当（或唯一适当）的关联要素：银行账户贷记款受付款；收取独立保证下收益的权利；与不动产有关的交易所产生的应收款。

(一) 银行账户贷记款受付款

45. 关于银行账户贷记款受付款上担保权的设定、第三方效力、优先权和强制执行，不同的法律制度遵循了不同的办法（“银行账户”的定义见导言，B 节，术语表）。为简便起见，而且因为银行存款属于应收款，一些国家认为管

辖一般应收款的法律应当也适用于银行账户。另一种办法是依据开户分行所在地国的法律处理（见建议 207，备选案文 A）。按照这一办法，会提高准据法方面的确定性和透明度，因为在银行和客户的双方关系中，很容易确定有关分行的所在地。此外，这种办法还将反映目前银行交易当事人的正常期望。而且，这种办法的结果是，管辖银行账户贷记款受付款上担保权的法律与适用于监管事项的法律相同。对于监管事项或其他事项，必须确定账户所在地，而分行所在地往往被视为银行账户的所在地。

46. 另一种办法是提及账户协议中所指明的法律，作为管辖账户协议的法律，或提及账户协议中明确指明的任何其他法律，条件是开户银行在该法律所属的国家有一所分行。如果账户协议没有指明任何法律，则可借助与《海牙证券公约》第 5 条中相同的缺省标准来确定准据法（见建议 207，备选案文 B）。按照这种办法，准据法将符合账户协议当事人的期望。第三方将能够确定账户协议中指定的法律，因为设保人——账户持有人通常会提供关于账户协议的信息，以便取得依赖该账户中贷记款的出贷人的信贷。

47. 出于同样的原因，与可转让票据相同的是，若可通过在设保人所在地进行登记而取得第三方效力，设保人所在地国的法律便可适用于银行账户贷记款受付款上担保权的第三方效力（见上文第 34 段和建议 208）。

(二) 收取独立保证下收益的权利

48. 在许多国家中，收取独立保证下收益的权利上的担保权的第三方效力和优先权，由独立保证中所指明的法律处理（“收取独立保证下收益的权利”定义见导言，B 节，术语表；这种办法见建议 209）。如果独立保证中没有指明管辖法律，则这些事项由提供（或有时可能是同意履行）保证的人的有关办事处所在地国的法律处理（见建议 210）。这种办法据认为是在这些事项的准据法方面与保证的联系最为密切的。这一办法还符合这类交易当事人的正常期望。关于这类资产上担保权的设定，继续使用关于无形资产的一般法律冲突规则，因为实际上设定仅涉及担保协议当事人之间的担保权的效力，不影响第三方的权利。

49. 但是，如果独立保证是为了确保履行应收款或可转让票据下的义务而签发的，则管辖应收款或可转让票据上担保权的设定和第三方效力的法律将确定担保权是否自动延及独立保证（见建议 211）。这种办法的理由是，为前后一致起见，有必要对应收款或可转让票据以及收取有关的独立保证下收益的权利上的担保权的设定和第三方效力适用相同的法律。

(三) 与不动产有关的应收款

50. 应收款通过不动产的出售或租赁产生的，或由不动产作保的，与其他任何应收款一样，应收款上担保权的财产方面通常由设保人所在地国的法律管辖。但是，如果出现优先权纠纷，而竞合求偿人中至少有一人已经在该不动产所在地国的不动产登记处登记了自己的权利，《指南》建议根据设有登记处的当局

所属国的法律解决优先权纠纷（见建议 206）。后一种规则的目的是确保设有登记处的国家的法律真正适用于依据该法律有权依赖登记处的当事人。出于同样的原因，这一规则仅限于下述情况，即依据登记处所在国的法律，在登记处所作的登记同优先权问题有很重要的关系。

5. 关于收益上担保权的设定、第三方效力和优先权的准据法

51. 对于收益上担保权的设定、第三方效力和优先权的准据法，一般用三种办法确定（“收益”的定义见导言，B 节，术语表）。

52. 一种办法是根据原担保资产上担保权的准据法确定收益上担保权的准据法。例如，如果原担保资产的形式是位于 A 国的库存品，收益的形式是应收款，而且设保人所在地为 B 国，则 A 国的法律将适用于应收款上担保权的设定、第三方效力和优先权。这样，作为库存品收益的应收款上的担保权和作为原担保资产的应收款上的担保权之间的优先权冲突将由 A 国法律（库存品所在地的法律）管辖。这样会提高在准据法上的确定性，从而有利于依赖作为收益的应收款的库存品融资提供者。

53. 但这种办法对于应收款融资提供者有严重的不利之处。例如，这种办法的结果是，适用的法律将不同于应收款融资提供者所期望适用于其在作为原担保资产的应收款上权利的法律。另一个不利之处是，应收款融资提供者将无法预测哪一种法律为准据法，因为由哪一种法律管辖取决于是同库存品融资提供者发生纠纷（在这种情况下由库存品所在地的法律管辖）还是同另一个竞合求偿人发生纠纷（在这种情况下由设保人所在地的法律管辖）。而且这种办法不能解决应收款融资提供者、库存品融资提供者和另一个竞合求偿人之间的三方纠纷。这种办法还会阻碍选择设保人所在地的法律为应收款上担保权的准据法，因为应收款通常是有形资产出售后产生的。这样，应收款融资提供者在许多情况下将无法依赖设保人所在地的法律。

54. 第二种办法是由作为收益的同样类型资产上的担保权的准据法处理。在上文提供的例子中，B 国的法律（设保人所在地的法律）将适用于应收款上担保权的设定、第三方效力和优先权。简洁性和确定性是支持这种办法的考虑因素：无论纠纷的当事人是谁，始终可以确定准据法。

55. 第三种办法是将上述两种办法结合起来，并将第二种办法作为收益上担保权的第三方效力和优先权的规则，而第一种办法适用于该权利的设定。按照这第三种办法，担保权是否延及收益的问题将由产生收益的原担保资产上权利的设定的准据法管辖，而如果收益是原担保资产，则收益的担保权的第三方效力和优先权将由这类问题的准据法管辖。

56. 如果国内法规定库存品上的担保权自动延及收益，这种办法便符合根据该国内法获得库存品上担保权的债权人的期望。它还将符合应收款融资提供者对于作为原担保资产的应收款上担保权的设定、第三方效力和优先权将适用哪一种法律的期望。最后，这种办法将确保库存品融资提供人在其担保权是否延及收益的问题上能够依赖管辖其担保权的法律，并将允许所有竞合求偿人有把握

地确定潜在的优先权纠纷将由哪一种法律管辖。由于上述所有原因，《指南》建议了这种办法（见建议 212）。

6. 关于担保协议当事人的权利和义务的准据法

57. 如上文所述（见第 11 段），关于担保权的设定、第三方效力和优先权的规则的范围仅限于担保权的财产（物）方面。这些规则不适用于担保协议当事人的相互权利和义务。这类权利和义务由当事人所选择的法律管辖，未选择法律的，由一般适用于合同义务的法律冲突所确定的管辖该协议的法律管辖（见建议 213）。例如，在实行《罗马公约》的国家中，若当事人没有选择法律，则担保协议当事人的相互权利和义务将遵守与该担保协议关系最密切的法律（见《罗马公约》第 4 条第 1 款）。若依据一贷款协议设定了担保权，则该贷款协议可被认为是与履行该协议特有义务的当事人设有中央管理机关或惯常住所的国家的关系最为密切（见《罗马公约》第 4 条第 2 款）。在这类贷款协议中，该当事人可能是出借人，在保留所有权销售中，则可能是出售人。

7. 关于第三方承付人的权利和义务的准据法

58. 无形资产上的担保权通常涉及第三方，如应收款债务人、可转让票据下的承付人、开户银行、独立保证下的担保人/签发人、保兑人或被指名人，或可转让单证的签发人。如果有担保债权人想要针对第三方行使其担保权所产生的追索权，那么以管辖担保权的财产方面或强制执行的法律冲突规则来确定第三方义务的准据法不一定适合。如果当事人负有因担保资产而产生的付款义务或其他义务，但并不参与担保协议所涉及的交易，则对他们适用这些规则会破坏他们的期望。

59. 特别是，不应当因应收款实际上已抵作担保而使应收款债务人的义务服从于管辖应收款的法律之外的法律。如果是在可转让票据、银行账户贷记款受付款或独立保证下收益提取权、或可转让单证上设定了担保权，类似的考虑因素也适用于可转让票据下的承付人、开户银行、独立保证下的担保人/签发人、保兑人或被指名人，或可转让单证的签发人的义务。人们普遍承认，不应当因担保权的存在而取代上述所有当事人同设保人之间关系的准据法，而且这类法律还应当管辖这些当事人同有担保债权人之间的关系。《指南》所建议的法律冲突规则便遵循了这一办法（见建议 214）。

8. 关于担保权强制执行的准据法

60. 在大多数国家，程序事项由采取有关程序步骤的所在国的法律管辖。但是，强制执行既可能涉及实质事项，也可能涉及程序事项。虽然法院所在地国会以本国法律确定什么是实质性的，什么是程序性的，但以下列举的问题一般被认为是实质性的：债权人用以变现担保资产的救济手段的性质和范围；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；有担保债权人有权资格获得资产占有权和处分权（或促成通过司法途径变现资产）所必须符合的各

项条件；有担保债权人收取作为担保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的义务。

61. 关于实质性的强制执行事项，如果担保权根据一国的法律设定并取得对抗第三方效力，但却在另一国寻求强制执行，就会产生以何种法律为准据法的问题，从而也会产生向担保债权人提供何种救济的问题。如果这两个国家的实质性强制执行规则大不相同，这一点就有很重要的实际意义。例如，管辖担保权的法律可能允许有担保债权人无需先诉诸司法系统就进行强制执行，而强制执行所在地的法律却有可能要求预先进行司法干预。对这个问题无论采取哪一种可能的解决办法都各有利弊。

62. 一种办法是根据强制执行的法律——即诉讼地所在国的法律（诉讼地法）来处理强制执行救济手段的问题。在多数情况下，有形资产上担保权的强制执行地为资产所在地，而应收款等无形资产上担保权的强制执行通常可能发生在应收款债务人的所在地。倾向于这一做法的政策原因包括以下几点：

(a) 救济法将符合程序问题的一般准据法；

(b) 在许多情形下，救济法将符合强制执行所针对的财产所在地国的法律（如果有关国家的法律冲突规则指定在这类地点处理优先权问题，也可符合管辖优先权的法律）；

(c) 对打算针对设保人的资产行使权利的所有债权人的要求将是相同的，无论这类权利源自国内还是国外。

63. 而另一方面，如果担保资产由无形资产组成，选择诉讼地法便可能造成不确定性。例如，如果担保资产的形式是应收款，强制执行的发生地便不明确。对这个问题的回答十分棘手，因为它将要求设定标准以确定应收款所在地（见上文第 41 段）。此外，在采取初步的强制执行步骤时，有担保债权人的原初所在地可能是在另一个国家。如果大批转让涉及的应收款债务人分别位于几个国家，强制执行就可能适用多种法律。如果在一国履行一种强制执行行为（如通知应收款债务人）而在另一国履行另一种行为（如收取或出售应收款），也会产生同样的难题。如果涉及未来应收款，有担保债权人在转让时可能不知道其强制执行救济办法将由哪一种法律管辖。准据法问题上的所有这些不确定性可能会对信贷的提供和成本造成负面影响。

64. 另一个令人关切的问题是，根据诉讼地法，当事人的意图可能不会实现。当事人的期望可能是，在强制执行的情况下，其各自的权利和义务是由确定担保权优先权所依据的法律规定的。例如，如果管辖担保权优先权的法律允许司法外执行，那么即使一国的国内法通常不允许司法外执行，也应当向必须在该国强制执行其担保权的担保债权人提供这种救济。

65. 因此，另一种办法是依据管辖担保权优先权的法律来处理实质性的强制执行事项。这种办法的优点是，强制执行事项与优先权问题密切相关（例如有担保债权人强制执行其担保权的方式可能会影响到竞合求偿人的权利）。这种办法还可能有另一个好处。由于管辖优先权的法律往往就是管辖担保权的设定和

第三方效力的法律，最终的结果可能是，设定、第三方效力、优先权和强制执行问题往往由同一法律管辖。

66. 第三种可能的办法是采用一项规则，规定管辖当事人合同关系的法律也管辖强制执行事项。这种办法的结果是，准据法通常符合当事人的期望。此外，按照这种办法，准据法在许多情形下还符合关于担保权设定的准据法，因为该法律往往被选定为管辖其合同义务的法律。但是，按照这种办法，对于强制执行问题，当事人将可自由选择与法院所在地国的法律或管辖优先权的法律不同的法律。有的第三方可能无法确定有担保债权人针对其共同债务人的财产可能行使何种救济手段，因而这种解决办法对他们不利。因此，如果依据管辖当事人合同关系的法律来处理强制执行问题，就必须规定例外情况，以考虑到第三方的利益，以及法院所在地国的强制性规则或管辖设定、第三方效力和优先权的法律的强制性规则。

67. 第四种办法是力图调和根据强制执行地的法律（诉讼地法）的办法和根据管辖优先权的法律的办法的优点。按照这种办法，有形资产上担保权的强制执行可能由诉讼地法管辖，而无形资产上担保权的强制执行由适用于优先权的同一法律管辖。《指南》建议了这种解决办法，因为它保持了对有形资产适用诉讼地法的益处，同时避免了这类法律适用于无形资产时会产生的难题（见建议 215）。

68. 必须指出的是，上述关于强制执行的法律冲突规则并不管辖有担保债权人与第三方承付人之间的关系。如上文所述（见第 59 段），这类人对有担保债权人的义务通常由其与设保人之间关系的准据法来管辖。

9. 用以判定所在地的规则和相关时间

69. 由于关于有形资产和无形资产的一般性法律冲突规则分别指向担保资产的所在地和设保人所在地，因此易于确定适当的所在地是至关重要的。通常认为有形资产的所在地是其实际所在地，没有必要为此规定特别的规则。但是，有必要为确定设保人所在地规定特别的规则。自然人的法定住所地和居住地可能在不同的国家。同样，法人也可能是法定总公司在一个国家而主要营业地或决策中心在另一个国家。

70. 如上所述，《联合国转让公约》对设保人所在地的定义如下：设保人所在地为其营业地，或者，设保人在一个以上国家境内设有营业地的，设保人的中央管理职能行使地为设保人所在地。设保人无营业地的，以其惯常居住地为准（见第 5 条(h)项）。《指南》界定设保人所在地的方式与之相同（见建议 216）。

71. 对于任何特定问题，为了确定最适当的法律冲突规则，无论保留的是何种关联要素，在担保权设定后，关联要素都可能会发生变更。例如，如果准据法是设保人总公司所在地国的法律，设保人以后可能将其总公司迁到另一个国家。同样，如果准据法是担保资产所在地国的法律，该资产也可能迁到另一个国家。因此，还有必要为判定所在地而确定相关的时间。

72. 如果不特别处理这个问题，关于担保权的设定、第三方效力和优先权的一般性法律冲突有可能作这样的解释：当有关的关联要素发生变更时，原来的管辖法律对设定问题继续适用（因为这些问题是发生变动之前出现的，而对变更之后发生的、引起第三方效力或优先权问题的事件适用后来的管辖法律）。例如，如果担保权第三方效力的准据法是设保人所在地的法律，则会以设保人在破产程序开始时新的所在地国的法律确定该权利对抗设保人的破产管理人的效力。

73. 但是，如果法律对这些事项不作规定也可能会产生其他解释。例如，一种解释可能是，若在变更后发生优先权纠纷，后来的管辖法律也管辖当事人之间的设定问题（依据是，与设保人进行交易的第三方在决定所有问题的准据法时，有权依赖实际的关联要素，即在其进行交易时有效的关联要素）。

74. 因此，有必要就这些问题提供指导，以便使利害关系人有把握地确定，关联要素变更后，如果资产或设保人新的所在地有不同的法律冲突规则，所适用的法律会不会因此而不同于当事人最初期望适用的法律。为此，《指南》建议将第 73 段提及的解释加以明确：为了确定关于设定的准据法，有关的所在地通常应当是担保资产或设保人在推定的（声称或断言的）设定发生时的所在地；为了确定关于第三方效力和优先权的准据法，有关的所在地应当是问题发生时的所在地。但是，如果纠纷仅涉及其权利在资产或设保人的所在地变更之前便具有对抗第三方效力的竞合求偿人，第三方效力和优先权问题便应当由初始所在地的法律管辖（见建议 217）。

10. 公共政策和国际强制性规则

75. 根据许多国家的法律冲突规则，如果适用法院所在地国的法律冲突规则所确定的法律明显违背其公共政策或其法律中甚至对国际情形也要求必须适用的强制性规定，那么只有在有可能出现这样的结果时，法院所在地国才会拒绝适用根据其法律冲突规则确定的法律。这一规则的用意是维护法院所在地国的基本司法原则。例如，如果法院所在地国的法律规定不可在退休福利上设定担保权，而且这是法院所在地国的公共政策事项，那么法院所在地国可以拒绝适用承认这类权利的准据法的规定。但是，这些原则不应允许法院所在地国以适用本国关于第三方效力和优先权的规则来取代上述准据法（见建议 219）。法院所在地国必须适用准据法的其他规定来确定第三方效力和优先权。采取这种办法的理由是，必须在第三方效力和优先权的准据法方面取得确定性。《联合国转让公约》第 23 条第 2 款、第 30 条第 2 款和第 31 条都遵循了这种办法。《海牙证券公约》第 11 条第 3 款也遵循了这种办法。

11. 启动破产程序对担保权的准据法的影响

76. 如果破产程序在一个国家启动，而债务人的一部分资产或债权人在另一个国家，或者由于债务人业务的跨国性质，破产程序分别在两个不同的国家启动，那么确定担保权的设定、第三方效力和优先权以及违约后有担保债权人的权利的准据法可能会引起其他问题。但是，在上述任何一种情形下，大多数国

家规定，这些事项应当在破产程序以外适用一般法律冲突规则管辖，但须服从于下文所讨论的限制条件。这一结果符合《贸易法委员会破产指南》中的建议 30，其中规定，破产程序启动地国（即法院所在地国）应当适用其法律冲突规则确定由哪一国的法律管辖破产程序启动时存在的权利和债权（包括担保权）的有效性和效力等问题（另见本《指南》建议 220）。

77. 一旦按照法院所在地国的法律冲突规则在破产程序以外适用破产法以外的法律确定了担保权的有效性和效力，便会出现第二个问题，即破产程序的启动对担保权优先顺序的影响。普遍承认，破产程序的启动、进行（包括债权排序）、管理和终结（“破产的后果”）由破产程序启动地国的破产法（诉讼地法）管辖（见《贸易法委员会破产指南》建议 31）。其结果可能会改变担保权在担保交易法下取得的相对优先权，并在破产程序中将收取分配的各种债权排在担保权之前。此外，无论有何种优先权问题，担保权都有可能按破产法的撤销规定处理（见《贸易法委员会破产指南》建议 88）。

78. 虽然破产程序对担保权的破产后果通常受法院地法管辖，但一些国家规定例外情况。例如，法院所在地国可能将不动产附加物上担保权所承受的破产后果留给不动产所在地国的破产法（物所在地法）处理。《贸易法委员会破产指南》较为详细地论述了这些例外情况（见第二部分第一章第 85-91 段），但对于不动产附加物甚至一般动产所适用的破产后果，没有建议采用物所在地法，而是总地建议，对于法院地法适用于破产后果的任何例外情况，应当在破产法中限制其数量并明确列出（见《贸易法委员会破产指南》建议 34 和第二部分第一章第 88 段）

12. 当准据法为多领土单位国家的法律时的特别规则

79. 《指南》中的“国家”一词系指一个主权国家。但出现的问题是，如果对于一个特定的问题，法律冲突规则提及了一个由多领土单位组成的国家，其中每个领土单位在该问题上各有自己的制度，那么该适用哪一种法律。在一些联邦制国家，担保交易法通常属于各领土单位立法当局的管辖范围，因而可能出现这种情况。在这类国家的法律为准据法的情况下（即使法院所在地国不是多个领土单位国家），为了使法律冲突规则有效，有必要确定将适用哪一个领土单位的法律。

80. 通常，提及这类国家的法律也就是提及根据适用的关联要素（如资产所在地或设保人所在地）所确定的有关领土单位所实行的法律。例如，如果准据法是一个有三个领土单位（A、B 和 C）的多领土单位国家的法律，而且设保人的中央管理机构所在地为单位 A，那么提及设保人所在地的法律为应收款上担保权的准据法就意味着提及单位 A 的法律（见建议 221）。

81. 为了维护多领土单位国家内部的法律冲突规则的一致性，《指南》采用了许多国际公约遵循的办法，建议继续适用这类规则，但仅限于国内（见建议 222）。借用上一段的例子，如果设保人所在地为一个多领土单位国家的单位 A，而单位 A 的国内法律冲突规则指定单位 B 的法律为准据法，则适用单位 B 的法律。如果单位 A 的冲突规则（同《指南》一样）设想由设保人的所在地法

管辖应收款上担保权的第三方效力和优先权，但对所在地的定义不同，就可能出现上述情况。如果《指南》中所定义的设保人所在地（即中央管理机构所在地）位于单位 A，单位 A 的法律将设保人所在地定义为系指其法定总公司的所在地，而设保人的法定总公司所在地位于单位 B，则应收款上担保权的第三方效力和优先权将由单位 B 的法律管辖。这似乎偏离了关于排除反致的一般性规则（见 A/CN.9/631，建议 217）。但是，这种“偏离”仅限于国内反致，不会影响准据法方面的确定性。在上述例子中，如果设保人的法定总公司不是位于包含单位 A 的国家，就不会提及单位 A 的法律以外的法律。

82. 这些规则仅适用于在多领土单位国家中受其领土单位的法律管辖的问题。因此，举例来说，在宪法规定担保交易事项由联邦法律管辖的联邦国家，这些规则不会有任何影响。

83. 只有在一国采用建议 207 的备选案文 B 时，才适用建议 223 和 224。

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。]