



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

担保交易示范法草案

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.....	4
第 82 条. 设保人与有担保债权人相互权利和义务的适用法律.....	4
第 83 条. 有形资产担保权的适用法律.....	4
第 84 条. 无形资产担保权的适用法律.....	5
第 85 条. 不动产相关应收款担保权的适用法律.....	5
第 86 条. 担保权强制执行的适用法律.....	5
第 87 条. 设保资产收益担保权的适用法律.....	6
第 88 条. 设保人“所在地”的含义.....	6
第 89 条. 确定所在地的相关时间.....	6
第 90 条. 排除反致.....	7



第 91 条. 压倒一切的强制性规则和公共政策(公共秩序)	7
第 92 条. 启动破产程序对担保权适用法律的影响.....	8
B. 特定资产规则	8
第 93 条. 第三方承付人与有担保债权人之间权利和义务的适用法律.....	8
第 94 条. 银行账户贷记款受付款担保权的适用法律	8
第 95 条. 以登记方式实现某些类别资产担保权第三方效力的适用法律.....	9
第 96 条. 知识产权担保权的适用法律.....	9
第 97 条. 非中介证券担保权的适用法律.....	10
第 98 条. 多领土单位国家情况下的适用法律.....	10
第九章. 过渡.....	11
导言.....	11
第 99 条. 修正和撤销其他法律	11
第 100 条. 本法的普遍可适用性	12
第 101 条. 先前法律对在本法生效之前启动的诉讼事由的可适用性.....	12
第 102 条. 先前法律对先前担保权创设的可适用性.....	13
第 103 条. 确定先前担保权第三方效力的过渡规则.....	13
第 104 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	14
第 105 条. 本法生效.....	15

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的规则。这些规则通常称为法律冲突规则。在已颁布《示范法》的国家，法院或其他权力机关将使用第八章的法律冲突规则来确定管辖担保权的创设、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的相互权利和义务、第三方承付人与有担保债权人之间的权利和义务的实体法。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。必须强调的是，在一国发生争讼时，法院或其他权力机关将：**(a)**采用本国法律体系中的实体担保交易法来定性一个问题，以选择适当的法律冲突规则；**(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的法律(关于法律冲突规则的更详尽讨论，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。当法律冲突原则述及一国法律时，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原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原则的前提条件的具体情形下，应在该国法律冲突原则中详细阐明这些标准。
3. 涉及对当事人相互权利和义务适用的法律的法律冲突规则不具有强制性(第 3 条第 1 款未将其列为强制性法律规则)。这意味着，当事人可选择对其合同权利和义务适用的法律。不过，涉及对担保权的创设、第三方效力、优先权和强制执行问题以及第三方承付人与有担保债权人之间权利和义务(或担保权对第三方承付人的效果)适用的法律的法律冲突规则，是具有强制性的(见第 3 条，第 1 款)。因此，对于这些问题，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适用的法律冲突规则，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 在他们与设保人的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，就无法确定适用于解决争议的法律。

A.一般规则

第 82 条. 设保人与有担保债权人相互权利和义务的适用法律

4. 第 82 条基于《担保交易指南》第 216 项建议(见第十章, 第 61 段), 阐明担保协议当事人可自由选择对其合同关系适用的法律。第 82 条沿用相关国际文书、包括《海牙国际合同法律选择原则》(“海牙原则”)推荐的办法。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》中未有述及,将留给颁布国的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;这些规则往往会指向与担保协议最密切相关的法律。应当注意的是,第 82 条的规则仅限用于担保协议的合同方面。如前所述,有关担保交易财产方面的事宜(例如担保权的优先权)不属于订约自由的范畴;当事人不能选择除相关法律冲突规则所指法律以外的法律。

第 83 条. 有形资产担保权的适用法律

5. 第 83 条基于《担保交易指南》第 203-207 项建议(见第十章, 第 28-38 段), 涉及对有形资产担保权的创设、第三方效力和优先权适用的法律。“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; 另见《担保交易指南》第十章, 第 26 段)。

6. 第 1 款阐述对这些问题适用设保资产所在地国法律的一般规则(“所在地法”或“物所在地法”)。第 89 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 83 条第 2 至 4 款、第 95 条及第 97 条备选案文 B 和 C 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被另一国有担保债权人占有的可转让单证涵盖, 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(见第 2 款)。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 3 款; 对于“所在地”的含义, 见第 88 条; 对于确定所在地的相关时间, 见第 89 条)。该测试是客观的, 所指并非实际使用情况。最明显的例子就是可从一国飞到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正在转口或即将出口的有形资产(移动资产除外)(见第 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, 并使其对第三方生效。应当注意的是: (a)如果相关资产未按时抵达预期目的地, 第 4 款中的规则不适用; (b)第 4 款中的规则不妨碍有担保债权人采取必要步骤, 根据在采取此类步骤时相关资产实际所在地国的法律创设担保权, 并使其对第三方生效。还应当注意的是, 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是否有效创设并对第三方生效，由该国法律冲突规则确定。

9. 第四种例外情况见于第 97 条的备选案文 B 和 C，述及对有凭证非中介证券的担保权适用的除凭证所在地国法律以外的法律。第五种例外情况见于第 95 条，规定对于某些类别有形资产通过登记实现的第三方效力，适用设保人所在地国的法律。

10. 另一种可能的例外情况涉及可在专门产权登记处登记或在产权证上注明担保权通知的资产。对于此类资产的担保权，适用的是授权设立相关产权登记处的国家或相关产权证所在地国的法律(见《担保交易指南》第十章，第 37 和 38 段，以及第 205 项建议；另见 A/CN.9/885 第 110 段和 A/CN.9/885/Add.2 第 21 段)。

第 84 条. 无形资产担保权的适用法律

11. 第 84 条基于《担保交易指南》第 208 项建议(见第十章，第 39-47 段)，阐述对无形资产担保权的创设、第三方效力和优先权适用的一般性法律冲突规则，适用的是设保人所在地国的法律(对于“所在地”的含义，见第 88 条；对于确定所在地的相关时间，见第 89 条)。必须注意的是，该规则涵盖应收款，但有第 85、94、96 和 97 条所述几种例外情况。

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 85 条)。其他例外情况涉及银行账户贷记款受付款的担保权(见第 94 条)、知识产权的担保权(见第 96 条，其中同时提到保护国法律和设保人所在地国的法律)以及非中介证券的担保权(见第 97 条)。

第 85 条. 不动产相关应收款担保权的适用法律

13. 第 85 条基于《担保交易指南》第 209 项建议(见第十章，第 54 段)，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 85 条是第 84 条所述一般规则的一种例外，适用的是授权设立相关不动产登记处的国家的法律。为适用第 85 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)。

第 86 条. 担保权强制执行的适用法律

14. 第 86 条基于《担保交易指南》第 218 项建议(见第十章，第 64-72 段)。(a)项述及对第 2 条(jj)项所定义的有形资产担保权强制执行适用的法律。对其适用的是[强制执行发生地国，大多数情况下为设保资产所在地国][强制执行启动之时设保资产所在地国]的法律(诉讼地法)(对于这一办法的政策理由，见《担保交易指南》第十章，第 66 段)。

15. 应当注意的是，强制执行可能牵涉到在不同国家发生的多种不同行为(通知有担保债权人意图在不向法院或其他权力机关申请的情况下占有设保资产、处置设保资产以及分配处置收益)。例如，有担保债权人可在一国占有设保资产，在另一国处置这些资产，并在第三国分配处置收益。如果担保权的创设对象是位于不同国家的多个有形资产，或者一种比较少见的情形是，当资产在强制执行启动之后移至另一国，导致强制执行发生在不同国家时，也会出现类似问题。

16. 根据(b)项，无形资产担保权强制执行所适用的是管辖优先权的法律(银行账户贷记款受付款、知识产权和非中介证券除外)。这一办法的主要好处是对无形资产担保权的创设、第三方效力、优先权和强制执行适用同一法律(见《担保交易指南》第十章，第 69 段)。

第 87 条. 设保资产收益担保权的适用法律

17. 第 87 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 87 条如何运作。假设原始设保资产为库存品，随后出售，售价支付给某个银行账户。根据第 1 款，对于有担保债权人是否自动获得银行账户贷记款受付款的担保权问题，所适用的将是库存品所在地的法律。根据第 2 款，对于收益担保权的第三方效力和优先权，所适用的将是对银行账户贷记款受付款的担保权适用的法律(见第 94 条)。

18. 应当注意的是，在管辖创设的法律确认广泛的自动收益规则，而管辖第三方效力和优先权的法律却不确认或只确认很少一部分自动收益权的情况下，这种花开两朵的规则可能会带来难题。还应当注意的是，该条仅述及对原始设保资产因强制执行前设保人进行处置或其他事件而产生的收益适用的法律，而第 86 条所述是对根据违约后强制执行程序处置设保资产所产生的收益分配适用的法律。

第 88 条. 设保人“所在地”的含义

19. 第 88 条基于《担保交易指南》第 219 项建议(见第十章，第 73 和 74 段)。应当注意的是，身为法人的设保人行使中央管理职能所在的国家，不一定是该法人拥有法定地点(或注册办公室)的国家。如果设保人是根据 A 国法律成立的法人，其法定地点在 A 国，但在 B 国拥有经营场所，其高级管理层也设在 B 国，那么，B 国即为该设保人的所在地。例如，根据这一办法，应收款担保权的创设、第三方效力、优先权和强制执行均适用易于确定的同一法律，而且极可能就是涉及设保人的主要破产程序发生地国的法律。

第 89 条. 确定所在地的相关时间

20. 第 89 条基于《担保交易指南》第 220 项建议(见第十章，第 75-78 段)，述及在参照所在地确定可适用的法律的情况下，资产所在地或设保人所在地从一国(A 国)变更为另一国(B 国)的情形。

21. 第 1 款规定, 如果担保权是根据 A 国法律在资产或设保人位于 A 国境内之时有效创设, B 国将承认存在该担保权。不过, 如果在 A 国或 B 国发生优先权争议, 将适用 B 国的实体法来确定相关担保权是否对第三方生效, 是否享有对相竞求偿人权利的优先权。因此, 为使担保权在 A 国或 B 国被视为对第三方生效, 就必须满足 B 国法律中关于第三方效力的规定。即使相关担保权已经根据 A 国法律在资产或设保人位于 A 国境内之时对第三方生效, 情况也是如此。诚然, 这一分析的假设是两国均为颁布国。

22. 第 2 款是第 1 款所述一般规则的一种例外。当已经在初始所在地国(上述例子中的 A 国)对第三方生效的两个担保权之间出现优先权争议时, 该争议将根据初始所在地国的法律予以解决。

第 90 条. 排除反致

23. 第 90 条基于《担保交易指南》第 221 项建议(见第十章, 第 14 段), 目的是摈弃反致理念, 避免这一理念带来各种复杂因素, 由此为可适用的法律提供更大的确定性。根据这一理念, 一国(A 国)法律冲突规则所指的可适用法律将包括适用自身法律的国家的法律冲突规则。这一理念的结果是, 如果 A 国的法律冲突规则对应收款担保权的优先权适用设保人所在地国的法律(B 国法律), 而 B 国的法律冲突规则对这一问题适用管辖应收款的法律(即 C 国法律), 那么, A 国法院将采用 C 国法律(而不是 B 国法律)来解决优先权争议。不过, 这一结果将制造可适用法律的不确定性, 而且也有悖于当事方的期望。出于上述原因, 第 90 条禁止反致(对于例外情况, 见第 98 条, 第 3 款)。

第 91 条. 压倒一切的强制性规则和公共政策(公共秩序)

24. 第 91 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, 阐述普遍公认的国际私法原则。

25. 为了说明第 1 款和第 3 款如何运作, 假设诉讼所在地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), 而适用自身法律的国家的法律不含此类禁令。在这种情况下, 诉讼所在地法院可拒绝承认根据依本章规定适用的外国法律创设的担保权为有效创设的担保权, 即使该法律不包含同样的禁令。不过, 为了做到这一点, 诉讼所在地法院必须作出适用相关外国法律明显有悖于诉讼所在地国公共政策的结论(见第 3 款)。

26. 根据第 2 和第 4 款, 诉讼所在地法院(如果法律允许这么做)可拒绝承认根据适用的法律允许创设的担保权为有效创设的担保权(即使适用的法律为诉讼所在地法律), 如果创设这一担保权明显有悖于同这一情况密切相关的国家的公共政策。例如, 如果一家律师行位于诉讼所在地国, 根据可适用的诉讼所在地国法律可对法律服务所产生的应收款创设担保权, 但客户所在地为外国, 该外国的严格保密规则禁止律师行对法律服务所产生的应收款创设担保权, 那么, 诉讼所在地

国法院如果认定适用将明显有悖于客户所在地国的公共政策，就可以拒绝适用诉讼所在地国可适用的法律。

27. 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。例如，根据第 5 款，仲裁法庭可顾及无论以何种方式确定的仲裁地点或任何裁决可能强制执行的地点压倒一切的强制性规定和政策。第 5 款要求仲裁法庭确定是否有需要或有权利顾及公共政策或另一法律中压倒一切的强制性规定，并(尤其是)考虑到当事方协议、仲裁指认或认为的地点、对仲裁适用的任何制度规则以及适用地方仲裁立法的国家法院的潜在控制性影响(见《海牙原则》第 11(5)条的评注)。

28. 根据第 6 款，诉讼所在地国不得替换对担保权第三方效力和优先权适用的法律规定，转而适用本国或另一国关于第三方效力和优先权的规定。采用这一办法的理由是需要实现第三方效力和优先权适用法律的确定性。《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 款也采用了同样的办法。

第 92 条. 启动破产程序对担保权适用法律的影响

29. 第 92 条基于《担保交易指南》第 223 项建议(见第十章，第 80-82 段)，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、有担保债权人的待遇、求偿排名和设保人破产中的收益分配等事项，第 92 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。

B. 特定资产规则

第 93 条. 第三方承付人与有担保债权人之间权利和义务的适用法律

30. 第 93 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强制执行；他们不被视为担保权第三方效力和优先权规则下的“第三方”，因为他们不是相竞求偿人。第二，这些问题的适用法律是管辖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约定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。

第 94 条. 银行账户贷记款受付款担保权的适用法律

31. 第 94 条基于《担保交易指南》第 210 项建议(见第十章，第 49-51 段)，不同于关于无形资产适用法律的一般法律冲突规则(见第 84 条)。银行账户贷记款受付款在一般意义上是客户对开户机构的一种应收款，但在这种情况下确定适用法律

适用不同的规则。颁布国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，又适用于开户机构和有担保债权人之间权利和义务的法律时有两个备选案文。

32. 根据备选案文 A，适用法律是为开户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，开户机构的分行(或办事处)可以被视为位于某个特定法域而不论开户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，开户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开展业务。

33. 根据备选案文 B，适用法律是账户协议中指定的管辖第 94 条事项的法律，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，指定法律时须提及开户机构从事管理银行账户业务所在国家的法律。然而，必须指出的是，其法律以此等方式成为指定法律的国家可以不同于设保人银行账户所在国。

34. 如果无法如前一款所述确定适用法律，备选案文 B 规定了与《海牙证券公约》第 5 条所载的缺省规则的行文大致相同的一系列规则；如果决定采用第 94 条备选案文 B，颁布国不妨在本条中加上此内容。

第 95 条. 以登记方式实现某些类别资产担保权第三方效力的适用法律

35. 第 95 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的担保权第三方效力的法律冲突规则的一个例外。根据第 83 条、94 条和 97 条，这些资产中任何一个类别上的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 95 条，如果设保人所在国承认办理通知登记是在可转让票据、可转让单证、银行账户贷记款受付款或有凭证无中介证券上的担保权实现对抗第三方效力的一种方法，则该国法律是以登记方式实现该资产担保权第三方效力的适用法律。

第 96 条. 知识产权担保权的适用法律

36. 第 96 条基于《知识产权补编》第 248 项建议(见第 284-337 段)。第 1 款的效力如下：如果知识产权在某一特定国家受到保护，则该国的法律将适用于该知识产权担保权被视为已创设、已取得对抗第三方效力并享受优先权所必须满足的要求。应当指出的是，知识产权担保权可由有权根据有关知识产权法律使用相关知识产权的任何个人授予。因此，设保人可以是拟设保知识产权的产权人、受让人、许可人或被许可人。

37. 第2款规定了创设知识产权担保权并使其实现对抗某些第三方效力的另一种方式。根据第2款,有担保债权人也可以为这些目的使用设保人所在国的法律。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,即使保护该知识产权的所有国家关于实现对抗第三方效力的要求并没有得到满足。

38. 第3款就与知识产权有关的强制执行问题提到设保人所在国的法律。如果强制执行涉及发生在多个国家的多个行为,这一规则仍将导致适用同一种法律,因为设保人所在地不可能在任何这些行为的间隔期间发生变化。此外,在极少数发生这种变化的情况下,假定法院会提到启动强制执行之时设保人所在国的法律。应当指出,担保权对抗设保人以外的其他人(如在设保人是被许可人情形下的知识产权许可人)的效力超出了本条的范围。

第 97 条. 非中介证券担保权的适用法律

39. [.....]。

[委员会注意:委员会不妨注意到,第97条的评注将在委员会决定保留哪个备选案文,或者,本条是否应包括多个备选方案,并就本条内容达成一致后再行编写。]

第 98 条. 多领土单位国家情况下的适用法律

40. 第98条基于《担保交易指南》第224-227项建议(见第十章,第83-87段)。其目的是在其法律适用的国家拥有两个或多个领土单位时处理适用法律问题。在这种情况下,第1款规定,对多领土单位国家适用法律的提及即为对相关领土单位适用法律的提及。例如,在联邦制国家,担保交易法可能属于该国某个领土单位立法机构的管辖范围。在这种情况下,每个领土单位将拥有自己的实质性法律和法律冲突规则。根据第2款,有关领土单位将根据设保人或设保资产所在地,或根据本章规定的其他方式确定。应当指出的是,第1款和第2款是解释性条款,而且也适用于管辖地国即是根据本章规定为适用法律国家的情况。

41. 如果适用法律是某个多领土单位国家的法律,第3款规定,由该国或其相关领土单位的法律冲突规则确定究竟是适用该国还是其某个领土单位的法律(见《担保交易指南》,第十章,第85段)。这意味着管辖地法院必须审查设保人或设保资产所在国的内部法律冲突规则。在这方面,《转让公约》允许各国发表声明确定不同领土单位之间适用的优先权规则(《转让公约》第37条),但本条不允许发表声明,因此管辖地法院必须根据该多领土单位国家的法律冲突规则确定适用法律。

42. 为了说明第3款中规则的运作方式,假定本章的法律冲突规则提及设保人所在地的法律,而且本章下的设保人所在地位于其法律(包括法律冲突规则)管辖担

保交易的某个多领土单位国家的某个领土单位内。还假定，本章下的设保人所在地位于该多领土单位国家的领土单位 A(领土单位 A 是设保人中央管理机构所在地)。然而，如果领土单位 A 的法律冲突规则提及领土单位 B 的法律为适用法律(例如，由于领土单位 B 也提及设保人所在地，但将设保人所在地定义为其法定所在地而不是其中央管理机构所在地)，那么在设保人的法定所在地位于领土单位 B 的情形下管辖地法院必须适用领土单位 B 的法律。

43. 第 3 款是排除反致原则(见第 90 条)的一个间接例外，因为引入了“内部反致”。该例外的目的是确保在适用法律是某个多领土单位国家的某个单位的适用法律时，该多领土单位国家外部的管辖地法院将和该多领土单位国家内部的管辖地法院一样适用同一领土单位的实质性法律。

第九章. 过渡

导言

44. 本章有三项职能。首先，规定先前管辖担保权的法律(“先前法律”)将予废止(见第 99 条)。第二，为如何根据新的担保交易法(“新法”)处理在先前法律生效期间创设但在新法生效后(见第 100-104 条)继续有效，或许会长时间继续有效的担保权提供规则。第三，规定为新法生效确定日期(见第 105 条)。因此，本章提供了规则，据此管辖此种担保权的法律会以公平高效的方式从先前法律向新法过渡(见《担保交易指南》，第十一章，第 1-3 段)。

第 99 条. 修正和撤销其他法律

45. 《示范法》意在作为一个完整的担保交易法系统，全部取代先前法律，而不是对现行法律进行补充。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所有法律。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。

46. 其他许多法律体系与担保交易法有互动。在某些情况下，这些其他法律体系的条款可能是在假定先前担保交易法依然生效的前提下编写。第 2 款为颁布国提供了修正这些条款从而与新法相吻合的机会。应当指出的是，如同《示范法》的任何其他条款，第 99 条只有在颁布《示范法》的新法在根据第 105 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 100 条. 本法的普遍可适用性

47. 本条第 1 款界定了本章中所使用的两个术语。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冲突规则其法律适用的国家(无论是颁布国还是其他国家)的法律。由于不同的法律可能适用于不同的担保权问题(即设保人和有担保债权人之间的各种合同权利和义务的关系,担保权的创设、第三方效力、优先权和强制执行,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适用法律。

48. 根据第 1 款(b)项,“先前担保权”是在新法生效之前通过订立约定创设的权利,前提是新法会将该权利作为一项担保权进行处理,即使约定涵盖未来资产也是如此(见第 2 款(n)项)。因此,这种担保权将受《示范法》过渡条款的管辖。

49. 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),阐述了新法适用性的一般规则。其中规定,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所有担保权,包括先前担保权,除非本章另有规定(例如第 101 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。放在一起阅读,第 2 款中的规则和本章其余部分的例外情况形成了一个过渡期,在过渡期中新法将适用于所有新交易,而在第 103 条第 1 款(b)项所述期限期满前先前法律的一些方面将继续适用于与先前担保权有关的一些问题。

50. 由于第 2 款,先前担保权可受新法管辖,至少部分可受新法管辖。鉴于许多担保交易持续多年,如果新法只适用于通过在新法生效日之后订立的约定创设的担保权,则先前法律将持续很长一段时间,在此期间,出贷人、借款人、律师和法官需要适用两部法律并根据两部法律的条文寻求相竞求偿人。这一结果会带来额外费用并延迟新法的经济效益。

第 101 条. 先前法律对在本法生效之前启动的诉讼事由的可适用性

51. 第 101 条基于《担保交易指南》第 229 项建议(见第十一章,第 13-16 段),提出了第 100 条第 2 款规则的一项例外,根据该规则新法适用于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,如果一项担保权的某个事项是新法生效之前启动的诉讼或仲裁程序的事由,则管辖争议实质内容的法律仍然是先前法律。本款适用于所有在先前法律下产生的争议,无论争议是发生在有担保债权人和设保人之间,有担保债权人和相竞求偿人之间,还是有担保债权人和债务人(如应收款或可转让票据下的债务人)之间。应当指出,在新法生效之前就某项争议启动的诉讼并不排除将新法的规则适用于同一项担保协议下产生的另一项争议。

52. 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(是什么构成“强制执行”

以及在何时启动“强制执行”属于先前法律事项), 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强制执行(根据新法是什么构成“强制执行”的问题在第七章阐述)。这意味着, 无论是否通过向法院或其他主管机关提出申请进而行使任何强制执行救济办法, 其结果是一项明确的声明, 即如果强制执行是在新法生效之前启动, 则有担保债权人可以在先前法律下继续该强制执行, 或先中止该强制执行然后在新法下着手强制执行。因此, 即使有担保债权人没有向法院或其他主管机关提出申请就强制执行其担保权, 例如, 在新法生效之前采取获得对设保资产占有权所必需的某个步骤, 该有担保债权人仍可选择由先前法律管辖其独立于获取占有权的其他强制执行行动(如处分设保资产和分配处分收益)。

第 102 条. 先前法律对先前担保权创设的可适用性

53. 第 102 条基于《担保交易指南》第 230 项建议(见第十一章, 第 17-19 段)。本条载有两项规则。首先, 第 1 款明确规定, 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得到有效创设。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, 即使该担保权的创设不符合新法的创设要求。这条规则避免了先前担保权的无效化, 而且创造了一种局面: 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。

第 103 条. 确定先前担保权第三方效力的过渡规则

54. 第 103 条基于《担保交易指南》第 231 项建议(见第十一章, 第 20-22 段)。根据本条, 在新法生效日之前在先前法律下创设并具有对抗第三方效力的担保权在新法下会继续在一段时间中具有对抗第三方的效力, 即使其不符合新法下的第三方效力要求。该段时间一直延续到在先前法律下该项担保权的第三方效力终止之时(见第 1 款(a)项)或第 1 款(b)项规定的时间, 以先发生者为准。

55. 说明: 根据 X 国以前的担保交易法, 应收款担保权可以通过通知应收款债务人(“债务人”)取得对抗第三方的效力; 然而, 此种通知将在一年之后失效, 除非有担保债权人(“债权人”)向债务人发出延展通知, 将通知效力延长一年。X 国在颁布《示范法》时将“三年”作为时间阶段插入第 1 款(b)项。在第一年的 7 月 1 日, 在新担保交易法生效日之前, 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, 且债权人就该担保权通知了债务人。新法在 X 国的生效日期是第二年的 1 月 1 日。根据第 1 款(a)项, 在第 2 年的 7 月 1 日, 债权人的担保权将不再具有先前法律下对抗第三方的效力。根据第 1 款(b)项, 第三方效力将在第 5 年的 1 月 1 日终止。由于第 2 年的 7 月 1 日(第 1 款(a)项中确定的日期)早于第 5 年的 1 月 1 日(第 1 款(b)项中确定的日期), 第三方效力将在第 2 年的 7 月 1 日终止, 除非新法的要求都得到满足。

56. 如果有担保债权人根据新法采取适当步骤取得对抗第三方的效力，则根据第 1 款中的规则不再具有对抗第三方效力的担保权可以继续具有对抗第三方的效力。大多数情况下，办理通知登记便可实现这一结果。有担保债权人借助第 4 款获得此种能力，其中规定创设先前担保权的书面约定足以构成通知办理登记的授权。

57. 第 2 和第 3 款处理的是在以下情况下先前担保权第三方效力的延续性问题：(a) 只有通过运行第 1 款，担保权才具有在新法下对抗第三方效力的最初效力；和 (b) 新法下的第三方效力要求在新法生效之后才得到满足。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，则从根据先前法律取得对抗第三方效力之时起先前担保权继续具有对抗第三方的效力，因此，根据关于优先权取决于第三方效力期限的相关规则，优先权日期从彼时起算。

58. 然而，如果先前担保权的第三方效力要求在第 1 款规定的期限期满后得到满足，则第 1 款下的第三方效力期满和新法下的对抗第三方效力实现之间存在时间差距。在这种情况下，第 3 款规定，从取得在新法下对抗第三方效力之时起担保权才具有对抗第三方的效力，因此，根据关于优先权取决于第三方效力期限的相关规则，优先权日期从彼时起算。

第 104 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

[委员会注意：委员会不妨注意到，编制这一条的评注所依据的假设是委员会将决定删除第 104 条第 1 款，因为该款不符合第 103 条。]

59. 与第 103 条一样，第 104 条处理的情况是，对抗相竞求偿人的担保权优先权将参照先前法律确定。第 103 条规定，在先前法律下实现第三方效力的时间在某些情况下被用于确定新法优先权规则所述的优先权。根据第 104 条，在有些情况下新法下的优先权完全通过适用先前法律确定。

60. 特别是，根据第 1 款的规则，由先前法律，而不是新法来确定先前担保权对抗相竞求偿人的优先权，如果该担保权和所有相竞求偿人的权利是在本法生效之前产生且相竞求偿人的“优先权地位”没有改变。第 2 款规定，如果两种情况中的任何一种已经发生，则先前担保权的优先权地位发生改变。首先，在以下情况下优先权地位发生改变：(a) 先前担保权只是因为第 103 条第 1 款的规则而具有在新法下对抗第三方的效力；而且(b) 第三方效力终止[因为第 103 条第 1 款所述时限的期满发生在采取必要行动使该担保权具有在新法下对抗第三方的效力之前。] 第二，如果担保权在新法生效之时在先前法律下已不具有对抗第三方的效力，但在新法下取得对抗第三方的效力，则担保权的优先权地位发生了改变。这项规则的目的是在除了新法生效没有发生任何其他变化的情况下在相竞求偿人之间维护根据先前法律创设的优先权。

第 105 条. 本法生效

61. 第 105 条基于《担保交易指南》第 228 项建议(见第十一章, 第 4-6 段), 规定由颁布国确定新法生效的日期或据以生效的机制。颁布国也不妨决定应当把本条放在新法的开头还是结尾。

62. 在确定新法何时生效时, 应仔细考虑尽快获得新法的经济效益和最大限度地减少新法所导致的担保交易做法的重大变化可能造成的混乱。考虑到选择新法是因为新法优于先前法律, 新法律应在可行前提下尽快生效。然而, 必须有一些过渡时间, 以便除其他外: (a)宣传新法的存在; (b)促成登记处的设立(或按照新法要求的登记制度调整现有登记处); 和(c)使担保交易制度的参与者, 特别是现在和未来的有担保债权人, 能够做好准备遵守新的规则和制定新的形式。例如, 新法可在某个确切日期或某个确切日期之后几个月生效, 或在登记处开始运行后通过发布法令规定在某一特定日期生效。
