联合国 A/CN.9/WG.VI/WP.69/Add.2

大 会

Distr.: Limited
25 November 2015
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第六工作组（担保权益）
第二十九届会议
2016年2月8日至12日，纽约

担保交易示范法草案的颁布指南草案

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81条. 设保人和有担保债权人的相互权利和义务的适用法律 3
第82条. 有形资产担保权适用法律 4
第83条. 无形资产担保权的适用法律 5
第84条. 不动产应收款担保权的适用法律 5
第85条. 担保权强制执行的适用法律 5
第86条. 设保资产收益担保权的适用法律 6
第87条. 设保人“所在地”的含义 6
第88条. 确定所在地的相关时间 6

V.15-08410 (C) GZ 250116 250116

请回收

第 89 条. 排除反致 7
第 90 条. 压倒一切的强制性规则和公共政策（公共秩序） 7
第 91 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 92 条. 第三方承付人与有担保债权人之间关系的适用法律 8
第 93 条. 银行账户贷记款受付权担保权的适用法律 8
第 94 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 95 条. 知识产权担保权的适用法律 9
第 96 条. 非中介证券担保权的适用法律 10
第 97 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 98 条. 修正和撤消其他法律 11
第 99 条. 本法的过渡性适用 11
第 100 条. 本法不得适用于在其生效前启动的行动 12
第 101 条. 先前担保权的创设 12
第 102 条. 先前担保权的第三方效力 12
第 103 条. 先前担保权的优先权 13
第 104 条. 本法生效 13

第八章. 法律冲突

导言

1. 《示范法》第八章载有关于确定其他章节所述多数问题而可适用的实体法规则。这些规则一般称作为法律冲突规则。在颁布《示范法》的国家，法院或其他主管机关将使用第八章法律冲突规则来确定管辖以下问题的实体法：例如担保权的创设及其对抗第三方的效力、担保权的优先权和强制执行、设保人和有担保债权人的相互权利和义务以及第三方承付人和有担保债权人之间的关系。法律冲突规则所示实体法可以是颁布国或另一国的法律。必须强调的是，一旦一国发生诉讼，法院或其他主管机关将把其法律制度的法律冲突规则用于解决争议（关于对法律冲突规则的作用的更为详细的讨论，见《担保交易指南》第十章，第 1-13 段）。

2. 有关担保权的法律冲突规则的适用不应以事先确定此类情况含有国际要素为先决条件。法律冲突规则无论何时提及一国的法律，都不应当以所涉情况缺少真实的“国际性”为理由而拒绝提及。不然的话，法院可能会无视由一国颁布的法律冲突规则，决定所涉案件基于并非该国法律冲突规则一部分的自由裁量标准而不够国际化。换言之，如果在某一特定情况下，A 国的规则是针对 B 国的法律，就必须假设 A 国的立法者认为该国本身的情况含有国际要素。在增补标准是适用一国法律冲突规则的前提这一特定情况下，应当在该国法律冲突规则中阐明这些标准。

3. 涉及当事人相互权利和义务适用法律的法律冲突规则是一条非强制性法律规则（该条未列在第 3 条第 1 款中）。这就意味着，当事人可选择其合同约定的权利和义务的适用法律。然而，述及担保权创设、第三方效力、优先权和强制执行适用法律以及第三方承付人和有担保债权人之间的关系（或担保权对第三方承付人的效力）的法律冲突规则是强制性规则（见第 3 条第 1 款）。法律冲突条款不允许当事人宣布法律冲突规则所提及的法律制度实体法规定无效。之所以必须这样，是因为担保权是财产（对物）权，并因而影响到第三方。允许当事人选择所可适用的法律冲突规则也将挫败法律冲突规则的主要目标之一，即在相竞求偿人之间出现优先权争议时确定其实体法所可适用的国家。举例说，在有担保债权人 X 和有担保债权人 Y 之间出现优先权争议的，如果允许 X 和 Y 在其同设保人的担保协议中各自选择有关其担保权排序的不同的管辖法律，则将无法弄清争议解决的适用法律。

A. 一般规则

第 81 条. 设保人和有担保债权人的相互权利和义务的适用法律

4. 第 81 条基于《担保交易指南》建议 216（见第十章，第 61 段）。它称，担保协议当事人可自由选择其合同约定关系的适用法律。第 81 条遵行了包括《海牙国际合同法律选择原则》等有关此事项的国际法规所建议的做法。在合同约定关系适用法律方面是否应该对当事人意思自治有所限制的问题在《示范法》

中并未述及，而是留给颁布国其他法律冲突规则处理。这些其他规则还将确定在担保协议未有法律选择情况下管辖当事人合同约定关系的法律；这些规则通常是针对与担保协议关系最为密切的国家的法律。应当指出的是，第 81 条的规则局限于担保协议合同方面。如同已经提及的，担保交易有关财产方面的事项（例如担保权优先权）超出了合同自由的范围；当事人只能选择法律冲突规则所示有关此类事项的法律。

第 82 条. 有形资产担保权适用法律

5. 第 82 条基于《担保交易指南》建议 203-207（见第十章，第 28-38 段）。它述及有形资产担保权创设、对抗第三方的效力及其优先权的适用法律。“有形资产”一语被界定为泛指所有各类有形动产，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 条第㈢项；还见《担保交易指南》，第十章，第 26 段，虽然在有凭证非中介证券方面，第 96 条作为一条特定资产规则将优先予以适用）。

6. 第 1 款载有这些问题适用法律是设保资产所在地法律（物所在地法）的一般规则。第 88 条述及在创设担保权后资产所在地改为另一国的假设情况。关于有形资产的物所在地法规则不得违反第 96 条第 2 至 4 款及备选案文 B 和 C 所述五种除外情况。

7. 第一种除外情况规定，如果位于一国的有形资产为另一国有担保债权人所占有的某一可转让单证所涵盖，资产上担保权的优先权将根据单证所在地法律而非该单证所涵盖的资产所在地确定（见第 2 款）。第二种除外情况是指在其正常使用过程中通常可在不止一个国家使用的某类资产即“移动资产”的设保人所在地法律（见第 3 款；关于“所在地”的含义，见第 87 条；关于确定所在地的相关时间，见第 88 条）。检验标准是客观标准，而并非指实际使用。最为明显的实例是可从一国飞往其他许多国家的航天器。即便某一特定的航天器实际上只是在一个国家运营，该规则仍将适用。

8. 第三种除外情况述及转运或有待出口的有形资产（移动资产除外）（见第 4 款）。位于某一国家但在途中或预定移往另一国的某一有形资产上的担保权可根据其最终目的地法律予以创设并使其具有对抗第三方的效力，前提是该资产在拟由颁布国规定的时限内抵达该目的地。应当指出的是：(a)如果资产未以及时方式抵达预定目的地，第 4 款中的规则将不予适用；及(b)第 4 款中的规则不会妨碍有担保债权人根据在采取这类步骤时的资产实际所在地法律采取必要步骤以创设担保权并使其具有对抗第三方的效力。还应指出的是，第 4 款只是颁布国的一条法律冲突规则，担保权是否将被视同在资产最终目的地国有效创设并使其具有对抗第三方效力属于由该国法律冲突规则处理的事项。

9. 第四种除外情况载于第 96 条备选案文 B 和 C，其中提及关于有凭证证券担保权的并非证券所在地法律的其他法律。

10. 另一种可能的除外情形事关可在专门的产权登记处办理担保权通知的登记或在产权证书上注明担保权通知的资产。对于这类资产上的担保权，担保权适用

法律即为登记处管理国或产权证书所在地国的法律（见《担保交易指南》第十章第 37 和第 38 段及建议 205）。

第 83 条. 无形资产担保权的适用法律

11. 第 83 条基于《担保交易指南》建议 208（见第十章，第 39-47 段）。它载有关于无形资产担保权创设、对抗第三方效力及其优先权的一般法律冲突规则。适用法律是设保人所在地法律（关于“所在地”的含义，见第 87 条；关于确定所在地的相关时间，见第 88 条）。必须指出的是，应收款为该条规则所涵盖，该条规则不得违反第 84 条和第 93-96 条所述若干除外情况。

12. 第一种除外情况事关不动产出售或租赁[或作保]所产生的应收款担保权的优先权（见下文第 84 条）。其他除外情况事关银行账户贷记款受付权担保权（见第 93 条）、知识产权担保权（见同时提及保护国法和设保人所在地法的第 95 条）和非中介证券担保权（见第 96 条）。

第 84 条. 不动产应收款担保权的适用法律

13. 第 84 条基于《担保交易指南》建议 209（见第十章，第 54 段）。它述及不动产出售或租赁[或作保]所产生的应收款担保权对抗相竞求偿人权利的优先权。第 84 条给第 83 条的一般规则引入一条除外规定，将该事项交由不动产登记处组办国法律处理。适用第 84 条的前提是，相竞求偿人的权利必须可以在相关不动产登记处办理登记。

第 85 条. 担保权强制执行的适用法律

14. 第 85 条基于《担保交易指南》建议 218（见第十章，第 64-72 段）。(a)项述及第 2 条㈡项所界定的有形资产担保权强制执行的适用法律。它提及[强制执行发生地国家的法律（诉讼地法），在多数情况下即为设保资产预期所在地（关于采取这一做法的政策性原因，见《担保交易指南》第十章第 66 段）][设保资产所在地]国家的法律。

15. 应该指出的是，强制执行可能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向通知、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。因此，强制执行的适用法律可以是若干国家的法律。如果在位于不同国家的若干有形资产上创设担保权，则将会有相同的结果。还应指出的是，(a)项不涉及由于在强制执行启动后资产移往另一国家而导致强制执行发生于不同国家的不很经常的情况。然而，对这类情况所作的假设是，相关地点即为强制执行启动地点。

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权、知识产权和非中介证券外）是优先权的管辖法律。这一做法的主要好处

是，对应收款担保权的创设、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关系；见第 92 条）将诉诸同一项法律，即设保人所在地法律。（见《担保交易指南》， 第十章，第 69 段）。

第 86 条. 设保资产收益担保权的适用法律

17. 第 86 条基于《担保交易指南》建议 215（见第十章，第 55-60 段）。以下实例说明了有关收益适用法律的规则究竟是如何运作的。假设原始设保资产是库存品，随后出售并且将购置款存入银行账户。在第 1 款下，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权担保权问题的适用法律将是库存品所在地的法律。在第 2 款下，收益担保权的第三方效力和优先权的适用法律将是银行账户贷记款受付权的适用法律（见第 93 条）。

18. 应予指出的是，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情况下可能会造成一些困难。还应指出的是，该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，而第 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 87 条. 设保人“所在地”的含义

19. 第 87 条基于《担保交易指南》建议 219（见第十章，第 73 和 74 段）。应予指出的是，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。由于该做法，将关于应收款担保权的创设、第三方效力、优先权和强制执行交由容易确定的一项单一法律处理，该法律最有可能是有关设保人的主要破产程序的发生地国的法律。

第 88 条. 确定所在地的相关时间

20. 第 88 条基于《担保交易指南》建议 220（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 款确立如果在资产或设保人位于 A 国之时根据 A 国法律有效创设担保权，B 国将承认该担保权的存在。然而，如果 A 国或 B 国发生优先权争议，将适用 B 国实体法来确定担保权是否具有对抗第三方效力并是否享有对相竞求偿人权利的优先权。因此，必须满足 B 国法律的第三方效力要求，担保权方可被视为在 A 国或 B 国具有对抗第三方的效力。如果根据在资产或设保人位于 A 国之时的法律而使担保权具有对抗第三方的效力，则将更是如此。实际上，这一分析假设两国均是颁布国。

22. 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）具有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最初所在地的法律解决。

第 89 条. 排除反致

23. 第 89 条基于《担保交易指南》建议 221（见第十章，第 14 段）。其目的是拒不接受反致理论，提高相关适用法律的确定性，避免因反致理论而产生的复杂情况。根据该理论，一国（A 国）法律冲突规则所示适用法律包括了其法律系适用法律的国家的国际私法（该用语的使用一如“法律冲突”用语）。因此，根据该理论，如果 A 国的法律冲突规则针对应收款担保权的优先权诉诸设保人所在地的法律（B 国的法律），而 B 国的法律冲突规则针对该问题诉诸应收款管辖法律（即 C 国的法律），则 A 国的法院将使用 C 国的法律（而并非 B 国的法律）来解决优先权争议。然而，这一结果将会造成相关适用法律的不确定性，并且还违背了当事人的期望。出于这些原因，第 89 条禁止反致（关于例外情况，见第 97 条第 3 款）。

第 90 条. 压倒一切的强制性规则和公共政策（公共秩序）

24. 第 90 条基于《担保交易指南》建议 222（见第十章，第 79 段）和《海牙国际合同法律选择原则》（《海牙原则》）第 11 条，笼统阐述了得到普遍公认的国际私法原则。

25. 为形象说明第 1 和 3 款中规则是如何运行的，假设诉讼地法律禁止某些类型的资产（例如是犯罪活动收益或是国际制裁标的的资产）的交易，并且系适用法律的国家的法律并未对这类禁止作出规定。在这种情况下，诉讼地法院可拒绝承认在由根据本章规定而可适用的外国法律下的资产所创设的担保权为有效创设，即便该法律并未对同样的禁止作出规定。然而，诉讼地法院为此就必须作出外国法律的适用将明显违背诉讼地国公共政策的结论（见第 3 款）。

26. 在第 2 和 4 款下，如果这类担保权的创设将明显违背与该情况联系密切的国家的公共政策，诉讼地法院（如果根据其法律而被允许的话）可拒绝承认根据适用法律（即便适用法律是诉讼地法律）而被允许创设的担保权为有效创设。举例说，如果一家法律事务所位于诉讼地国，并且根据诉讼地国的适用法律，对于因法律事务而产生的应收款可创设担保权，但客户所在地位于外国，而该国订有严格的保密规则，禁止在该法律事务所因法律事务而产生的应收款上设定担保权，诉讼地法院如果认定倘若适用则将明显违背客户所在地国的公共政策，便可能会拒绝对诉讼地国适用法律的适用。

27. 第 5 款意在明确，仲裁庭也可依赖于第 1-4 款中的规则，虽然仲裁庭不同于法院，无法作为单一法律体系司法基础设施的一部分运行。在第 5 款下，仲裁庭可考虑到压倒一切的强制性规定和政策，举例说，无论怎样确定的关于任何裁决的所在地或任何裁决的强制执行的可能发生地。第 5 款要求仲裁庭确定它是否需要或有权（尤其）就以下方面考虑到另一项法律的公共政策或压倒一切

的强制性规定：当事方的协议、仲裁的指定所在地或预期所在地、仲裁所可适用的任何体制性规则以及适用当地仲裁法律的国家的法院所可能施加的支配性影响（见关于《海牙原则》第 11(5)条的评述意见）。

28. 在第 6 款下，诉讼地国可能不得以这将违反其公共政策为理由而废除担保权第三方效力和优先权的适用法律的规定，转而代之以适用其自身的规定或适用另一国的规定。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 91 条. 启动破产程序对担保权适用法律的影响

29. 第 91 条基于《担保交易指南》建议 223（见第十章，第 80-82 段）。其目的是确立，颁布国破产法院原则上必须尊重法律冲突规则下的担保权适用法律。然而，第 91 条概不将破产程序启动国法律（诉讼地法）的适用局限于如宣布欺诈交易或优先交易无效、对待有担保债权人的做法、求偿权的排序以及在设保人破产时对收益的分配等事项。

B. 特定资产规则

第 92 条. 第三方承付人与有担保债权人之间关系的适用法律

30. 第 92 条基于《担保交易指南》建议 217（见第十章，第 62 和 63 段）和《转让公约》第 29 条。它有两重目的。首先，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抗应收款债务人、可转让票据下承付人或可转让单证签发人的效力及其可强制执行性；他们并未被视作“第三方”。其次，这些问题的适用法律是设保人和应收款债务人、票据下承付人或单证签发人之间法律关系的管辖法律；同一项法律也适用于后者中是否有任何一方可援用其同设保人的协议禁止或限制设保人在相关应收款、票据或单证上创设担保权的权利的问题。

第 93 条. 银行账户贷记款受付权担保权的适用法律

31. 第 93 条基于《担保交易指南》建议 210（见第十章，第 49-51 段）。它偏离了关于无形资产适用法律的一般法律冲突规则（见第 83 条）。银行账户贷记款受付权从一般意义上讲是银行客户对开户机构的一项应收款，但就此在确定适用法律方面适用不同的规则。在有关银行账户贷记款受付权担保权的创设、第三方效力、优先权和强制执行的适用法律以及在开户机构和有担保债权人之间的权利和义务方面，向颁布国提供了两份备选案文。

32. 在备选案文 A 下，适用法律是开户机构分行或账户所在开户机构设有办事处的国家的法律。应予指出的是，开户机构的分行（或办事处）应被视为位于某一特定法域内，而不论该机构究竟是通过实体办事处还是只通过该法域内客户以电子可及的网上联通手段提供其分行（或办事处）的服务。就此应予指

出，开户机构通常必须在某一法域拥有实体存在或法定地址，以便利相关监管机构在该法域开展业务。

33. 在备选案文 B 下，适用法律是账户协议中指定管辖系第 93 条标的问题的法律，或在未指定有关这些问题的法律的情况下，是由账户协议当事人所指定的该协议管辖法律的法律。为了能有效用于法律冲突，所作指定必须提及其开户机构从事维护银行账户业务的国家的法律。然而，必须指出的是，如此指定的国家必须不同于设保人银行账户所在国。

34. 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分规则，颁布国如果决定采用第 93 条备选案文 B，则不妨将其插入本条。

第 94 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 94 条基于《担保交易指南》建议 211（见第十章，第 34 段）。该条是关于可转让票据、可转让单证、银行账户贷记款受付权或有凭证非中介证券上担保权第三方效力法律冲突规则的一条除外规定。在第 82、93 和 96 条下，任何这类资产上的担保权对抗第三方的效力都将受可能有别于设保人所在地国的另一国法律的管辖。然而，在第 94 条下，如果设保人所在地国承认对通知的登记是可转让票据或银行账户贷记款受付权或有凭证非中介证券担保权具有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是设保人所在国的法律。

第 95 条. 知识产权担保权的适用法律

36. 第 95 条基于《知识产权补编》建议 248（见第 284-337 段）。第 1 款产生的效果如下。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。应予指出的是，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，设保人可以是拟作保的知识产权所有人或受让人或许可人或被许可人。

37. 第 2 款规定了创设知识产权担保权并使其具有对抗某些第三方的效力的另一种备选方式。在第 2 款下，有担保债权人还可为这些目的使用设保人所在地国的法律。第 2 款所产生的主要惠益是，如果根据设保人所在地法律而使担保权具有对抗设保人破产管理人的效力，颁布国的破产法院将承认该担保权，即便知识产权得到保护的所有国家的第三方效力要求未曾得到满足。

38. 第 3 款在知识产权相关强制执行问题上提及设保人所在地法律。由于强制执行可事关在若干国家可能发生的若干行为，该规则将导致同一项法律的适用，因为在这若干行为的任何一项行为与其他行为之间设保人的所在地都不可能发生变化。而且，在发生这类变化的极其罕见情况下所作的假设是，法院将诉诸在强制执行启动时的设保人所在地的法律。应予指出的是，担保权对抗设

保人以外其他人（例如在设保人是被许可人情况下的知识产权所有人）的效力超出了本条的范围。

第 96 条. 非中介证券担保权的适用法律

39. [……]。

[工作组注意：工作组不妨注意到，在工作组就究竟保留那一份备选案文或该条是否应当列入若干备选案文作出决定并就该条的内容达成约定之后将编拟有关第 96 条的评述意见。]

第 97 条. 多领土单位国家情况下的适用法律

40. 第 97 条基于《担保交易指南》建议 224-227（见第十章，第 83-87 段）。其目的是述及其法律为适用法律的国家有两个或两个以上领土单位情况下的适用法律。在这类情况下，第 1 款规定，提及多领土单位国家的法律即提及相关领土单位的适用法律。举例说，在联邦制国家，担保交易法可能从属于其某一领土单位的立法权威。在这类情况下，各领土单位有其各自的实体法和法律冲突规则。在第 2 款下，相关领土单位将根据设保人或设保资产所在地予以确定，或不然将根据本章的规定予以确定。应予指出的是，第 1 和 2 款是解释性规定，在诉讼地国即为根据本章规定其法律所可适用的国家时也可适用。

41. 适用法律是并非颁布国的多领土单位国家法律的，第 3 款规定，相关国家或相关领土单位的法律冲突规则将决定在该国是否适用不同的领土单位法律（见《担保交易指南》，第十章，第 85 段）。这就意味着，诉讼地法院需要审视设保人或设保资产所在国的内部法律冲突规则。《转让公约》就此允许各国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多领土单位国家的法律冲突规则而确定适用法律。

42. 为了举例说明第 3 款中的规则究竟是如何运作的，假设本章中的法律冲突规则提及设保人所在地法律，而本章下的设保人所在地位于其担保交易管辖法律（包括其法律冲突规则）下的某一多领土单位国家的一个领土单位。还假设本章下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 是设保人行政管理中心所在地）。然而，如果领土单位 A 的法律冲突规则提及领土单位 B 的适用法律是适用法律（例如由于领土单位 B 也提及设保人所在地但是将设保人所在地界定为其法定所在地，而并非其行政管理中心所在地），则在设保人法定所在地位于领土单位 B 的情况下诉讼地法院将必须适用领土单位 B 的法律。

43. 第 3 款引入了“内部反致”，因而是排斥反致理论的一条间接除外规定（见第 89 条）。该除外规定的目的是确保，在适用法律是并非颁布国的多领土单位国家某一领土单位的法律时，在该多领土单位国家外的诉讼地法院将适用与该多领土单位国家诉讼地法院相同的领土单位的实体法。

第九章. 过渡

导言

44. 本章具有三个职能。首先，它规定，将撤消管辖担保权的先前法律（“先前法律”）（见第 98 条）。其次，它确立了先前法律有效时创设但在新的担保交易法（“新的法律”）生效后继续有效并且也许长时期有效的担保权所可适用的法律（见第 99-103 条）。第三，它规定将设定新的法律的生效日期（见第 104 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 98 条. 修正和撤消其他法律

45. 《示范法》意在作为一套完备的担保交易法制度，全盘取代先前法律，而不是对既有法律加以补充。因此，颁布国应当在第 1 款中列举构成其担保交易法的法律文本并加以撤消。究竟如何实现撤销将取决于先前法律的形式。先前法律是独立的法典或其类似法律的，该法典则可全盘撤销。但先前法律源于还涉及其他专题的法规的，颁布国还必须决定如何从适用于其他专题的规则中删除以前管辖担保权的规则。先前法律的一部分基于立法意见的（例如在某些普通法体系中可能即是如此），撤销先前法律的方法必须由颁布国决定。

46. 许多其他法律文本与担保交易法交互作用。在某些情况下，可以在先前担保交易法有效的假设下撰写有关其他这些法律文本的条文。第 2 款向颁布国提供了修订这些条文以便同新的担保交易制度相吻合的机会。

第 99 条. 本法的过渡性适用

47. 本条第一款界定了本章所用的两个用语。根据第 1(a)项，“先前法律”可以是颁布国的法律或在颁布国法律冲突规则下所可适用的另一国家的法律。根据第 1(b)项，“先前担保权”只要相关担保协议在新的法律生效以前订立即是一项担保权，即便该担保权是未来资产上的担保权（见第 2 条(m)项）。因此，这类担保权将获益于《示范法》的过渡性规定。

48. 第 2 款基于《担保交易指南》建议 228（第二句）（见第十一章，第 7-12 段）。它规定，在第 104 条所述过渡期结束时，除本章（例如第 100 条）另有规定外，《示范法》适用于在其范围内的所有各项担保权，包括先前担保权。

49. 由于第 2 款，即便先前担保权也至少部分受新的法律管辖。只要许多担保交易能够持续几年，如果新的法律只适用于在新的法律生效之日后订立的交易，先前法律将持续相当长一段时期，在此期间，放贷人、借款人、律师和法官需要同时适用这两种法律并且根据这两种法律的规则寻找相竞求偿人。这就会带来额外的费用并延迟新的法律产生经济惠益。

第 100 条. 本法不得适用于在其生效前启动的行动

50. 第 100 条基于《担保交易指南》建议 229（见第十一章，第 13-16 段）。它引入了对第 99 条中规则的一条除外规定，即在过渡期结束时，《示范法》适用于在其范围内的所有担保权，包括先前担保权。在某些情况下，只有先前法律方能管辖在该机制下订立的担保协议的某一方面。

51. 尤其是，第 1 款规定，如果有关担保权的某一事项是在新的法律生效以前所启动的诉讼或仲裁的标的，管辖争议事项的法律将仍然是先前的法律。该款适用于在先前法律下出现的所有争议，而不论争议是在有担保债权人与设保人或有担保债权人与相竞求偿人或有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，在新的担保交易法生效之前就某一争议而启动的诉讼并不排除新的法律的规则适用于在相同担保协议下出现的单独争议。

52. 第 2 款提供了有关担保权强制执行的一条实质性规则。根据该款中的规则，如果在先前法律下启动强制执行，有担保债权人即便在新的法律生效之后仍然可以根据先前法律的规则继续强制执行。

第 101 条. 先前担保权的创设

53. 第 101 条基于《担保交易指南》建议 230（见第十一章，第 17-19 段）。在该条下，如果根据先前法律有效创设担保权，该担保权即足以根据新的法律而在当事人之间继续有效，即便创设的方式在新的法律下尚不足够。这一规则避免了宣布先前担保权无效并避免造成有担保债权人需要得到设保人的合作以采取为根据新的法律延续担保权所必需的额外步骤。已经得到由设保资产上担保权作保的信贷供应的设保人可能不会提供这类合作。

第 102 条. 先前担保权的第三方效力

54. 第 102 条基于《担保交易指南》建议 231（见第十一章，第 20-22 段）。在该条下，在新的法律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。该期限在《示范法》所述较早日期或第三方效力在先前法律下将不再有效之日期满。

55. 例证 1：根据 X 国以前的担保交易法，在应收款上有效创设的担保权将自动具有对抗第三方的效力，而不需要任何额外行动。在新的担保交易法生效之前，设保人给设保人的应收款创设了有利于债权人的担保权。已经采取了根据先前法律创设担保权的所有必要步骤；因此，根据先前法律，债权人享有具有对抗第三方效力的应收款担保权。在第 1 款下，一旦新的担保交易法生效，债权人的担保权在第 1(a)项所述时限期满前将仍然具有对抗第三方的效力。

56. 例证 2：根据 Y 国以前的担保交易法，系公司的某一设保人在应收款上有效创设的担保权通过向公司登记官提交通知而具有对抗第三方的效力。在先前

法律下，这类通知在四年后期满。在新的担保交易法生效之日前一年，设保人在设保人应收款上创设了有利于债权人的担保权。已经采取了创设担保权的所有必要步骤，债权人在同一天向公司登记官提交了必要的通知；因此，根据以前的法律制度，债权人的担保权具有对抗第三方的效力。在第 1 款下，一旦新的担保交易法生效，债权人的担保权在以下任一较早时间之前将仍然具有对抗第三方的效力：(a)根据先前法律提交给公司登记官的通知的四年有效期期满；及(b)第 1(b)项所述时限期满。

57. 其担保权按照先前法律具有对抗第三方的效力，而根据第 1 款中的规则则不再具有对抗第三方的效力，如果属于这种情况，有担保债权人则可根据新的法律采取适当步骤以实现第三方效力。为此通常将在登记处办理通知登记。第 2 款有助于做到这一点，该款规定，创设担保权的先前书面协议构成对通知办理登记的充分授权。

58. 第 3 款规定，只要在第 1 款所述时限期满前满足新的法律下有关第三方效力的要求，先前担保权将自其在先前法律下具有对抗第三方效力之时起继续具有对抗第三方的效力，因此，优先权将从该时起算。

59. 然而，如果担保权在先前法律下具有对抗第三方的效力，但是在同根据新的法律实现第三方效力之前存有间隔的，则第 4 款规定，担保权只是从其根据新的法律而具有对抗第三方效力之时起方具有对抗第三方的效力，因此，其优先权的日期将只是从该时起算。

第 103 条. 先前担保权的优先权

60. 第 103 条载有同确定在先前法律下创设的担保权优先权有关的两条规则。第一款说明了对这类担保权将如何适用第 28 条的优先权规则。在该款下，为优先权目的将使用在先前法律下所可适用的通知实现第三方效力的日期或登记日期，其先决条件是，在先前法律下担保权具有对抗第三方的效力并且根据第 102 条第 3 款在新的法律下仍然具有对抗第三方的效力。

61. 然而，在第 2 款下，如果相竞求偿人的“优先权地位”未曾改变，确定优先权的将是先前法律，而不是新的法律。该条规则的目的是，保留未曾发生任何改变时在先前法律下而并非在已经生效的新法律下所确立的相竞求偿人之间的优先权。

第 104 条. 本法生效

62. 第 104 条基于《担保交易指南》建议 228（见第十一章，第 4-6 段）。它交由颁布国确定新的法律的生效日期或据以生效的机制。颁布国还不妨确定该条究竟应当放在新的法律的开头处或末尾处。

63. 在确定新的法律何时生效时，应该认真考虑尽快争取新的法律产生经济惠益，同时最大限度地减少因新的法律造成担保交易做法发生重大变化而带来的混乱。只要选定新的法律制度是因为该法律比先前法律有所改进，新的法律一

旦切实可行就应尽快生效。然而尤其为以下目的而必须要有一些准备时间：(a)宣传新的法律的存在；(b)促成登记处的建立（或对现行登记处加以调整以适应新的法律所要求的制度）；及(c)促成担保交易制度的参与方，尤其是现在和未来的有担保债权人为例如遵行新的规则并发展新的形式做好准备。举例说，新的法律可在某一特定日期或某一特定日期之后的数月或在登记处一旦投入运行拟由法令规定的某一日期生效。