

36: 关于中间人持有证券特定权利的法律适用公约^①

本公约签字国，

了解到在全球巨大的和不断增长的金融市场中现在通常通过结算和清算制度或其他中间人而持有证券，为这些证券的适用法律提供法律确定性和可预见性存在着紧迫的实践需要，

意识到在包含一个中间人持有证券的跨境交易中减少法律风险、系统性风险和共同成本以便利国际资本流动和对资本市场的准入的重要性，

期望就任何水平的国家经济发展有利的中间人持有证券的法律适用建立共同的规则，

认识到与中间人缔结的账户协议所确定的“相关中间人地点的方法”（PRIMA）提供了必需的法律确定性和可预见性，

决定缔结一个公约以达到这一目的，并议定下列条款：

第一章 定义及适用范围

第一条 定义及解释

一、本公约中：

（一）“证券”系指任何股票、债券或其他金融票据或金融资产（现金除外），或其任何利息凭据；

（二）“证券账户”系指由中间人管理的并可使证券贷入或贷出的账户；

（三）“中间人”系指在商业活动或其他常规性活动中为他人管理或既为他人也为自己管理证券账户并具有相应资格的人；

（四）“账户持有人”系指中间人以该人名义掌管证券账户的人；

（五）“账户协议”系指与证券账户相关的、与相关中间人达成的有关该证券账户的协议；

（六）“中间人持有证券”系指因证券贷入证券账户而产生的账户持有人的权利；

^① 本公约2006年7月5日订于海牙，尚未生效。缔约国(0)。

(七)“相关中间人”系指为账户持有人管理证券账户的中间人;

(八)“处置”系指所有权的转移,不论是当场的或通过产权证明的方式和任何证券衍生利益的转移,也无无论其是否占有;

(九)“完备性”系指为使处置有效从而对抗非处置行为当事人所必需的任何程序的完全性;

(十)“营业所”系指与中间人有关的、中间人从事任何活动的营业所,不包括临时性营业所和中间人以外任何人的营业所;

(十一)“破产程序”系指为了重组或清算的目的,将债务人的财产及事务置入法院或其他主管机构的控制或监督之下的集体的司法或行政程序,包括临时性程序;

(十二)“破产管理人”系指被授权管理重组或清算的人,包括基于临时性协议被授权的人和破产准据法许可的占有财产的债务人;

(十三)“多领域国家”系指具有两个或多个领土单位、或一国及其一个或多个领土单位,在公约第二条第一款所规定的任何问题上均有其法律规定的国家;

(十四)“书面”系指以有形的或其他形式且能在随后情况下再生为有形形式的信息(包括以电讯传输的信息)记录。

二、本公约所称的中间人持有证券的处置包括:

(一)证券账户的处置;

(二)有利于账户持有人的中间人的处置;

(三)涉及与证券账户的管理和经营有关的请求,有利于账户持有人的中间人依法主张的留置权。

三、为本公约的目的,仅因以下情况的个人,不能认定为中间人:

(一)作为证券发行人的登记注册人或转让代理人;

(二)以他人名义将贷入中间人管理的证券账户中的证券交易细节记录在自己的账簿中,为他人充当经理人或代理人或其他纯粹的行政管理者。

四、在不影响第五款的条件下,如果有关证券被贷入由中央证券保管机构管理的证券账户中,或者该证券通过由其管理的证券账户是可转让的,那么,该人应被认为是符合公约目的的中间人。

五、与被贷入由系统操作员持有的证券账户的证券相关,该系统操作员只作发行人对该证券的持有和转让记录或其他记录,该记录构成对证券应有权利的原始记录以对抗发行人,根据本国法构成这类证券的缔约国可以在任何时候声明该系统操作员不是符合公约目的的中间人。

第二条 公约及准据法的适用范围

一、本公约所确定的准据法适用于由中间人持有证券的下列有关问题:

(一)因证券贷入证券账户而产生的对抗中间人及第三人权利的法律性质及效力;

(二)中间人持有证券的处置并对抗中间人或第三人的法律性质及效力;

(三)如有,中间人持有证券处置的完备性条件;

(四)某人对于中间人持有证券的利益是否享有或优先于其他人的权益;

(五)如有,账户持有人以外的人就中间人持有证券的权益抗辩账户持有人或其他人并主张权利时,中间人对该人所负的义务;

(六)如有,实现中间人持有证券的权益的条件;

(七)中间人持有证券的处置是否及于股息分配、利息或其他分红,或债务偿还、买卖或其他收益。

二、本公约所确定的法律适用于与第一款规定的、中间人持有证券的处置或者其权益有关的问题,即使证券贷入证券账户所产生的权利根据第一款第(一)项具有合同性质。

三、根据第二款,本公约确定的法律不适用于:

(一)因证券贷入证券账户所产生的权利和义务纯属合同问题或其他涉及人身的问题;

(二)当事人对于中间人持有证券转让方面的合同或其他人身权利及义务;或

(三)证券发行人或发行人的登记注册人或转让代理人的权利和义务,无论是否涉及证券持有人或任何其他人。

第三条 国际性

公约适用于任何涉及不同国家法律选择的案件。

第二章 法律适用

第四条 主要规则

一、适用于公约第二条第一款规定的任何问题的法律为账户协议明示选择的国家的现行有效的法律,如该国法律支配账户协议,或者如账户协议明确规定的另一国家的法律适用于上述任何问题,则适用该国法律。根据本规定指定法律仅在协议缔结时相关中间人在该国有营业机构时适用,该营业机构:

(一)单独或伙同相关中间人或在该国或其他国家充当相关中间人的代理人的其他人的其他营业机构:

1. 实施或监督证券账户;

2. 管理支付或者与中间人持有证券有关的公司行为;或

3. 另行从事营业活动或其他管理证券账户的日常活动;或

(二) 根据账号、银行密码或其他识别方式验证在该国管理的证券账户。

二、为第一款第(一)项的目的,一个营业机构在下列情况下未从事营业活动或其他管理证券账户的日常活动:

(一) 仅因其为保存账户或数据处理提供技术支持的所在地;

(二) 仅因其为与账户持有人进行通讯联系中心所在地或实施地;

(三) 仅因其为与证券账户有关的邮件组织地或者文件、档案所在地;

(四) 仅从事与证券账户的开户和管理无关的代理职能或管理职能,且无权缔结任何有约束力的账户协议。

三、对于账户持有人处置特定中间人持有的证券,处置行为有利于该中间人,无论该中间人是否根据其作为账户持有人的自主记录管理证券账户,为本公约的目的:

(一) 该中间人即是该相关中间人;

(二) 账户持有人和该中间人之间的账户协议即是该相关账户协议;

(三) 符合公约第五条第二款和第三款的证券账户即是在证券被处置前被及时贷入的证券账户。

第五条 备用规则

一、如果根据第四条不能确定准据法,但在书面账户协议中明确地和毫不含糊地指出,相关中间人通过一个特定营业所缔结账户协议的,则适用于第二条第一款所规定的任何问题的法律即是协议缔结时营业所所在地的国家或多领域国家中领土单位的现行有效的法律,只要该营业所满足公约第四条第一款中第二句所规定的条件。在确定账户协议是否明确地和毫不含糊地规定相关中间人通过特定营业所缔结该协议时,不需考虑下列情况:

(一) 关于通知或其他文件应当或者可以送达该相关中间人的该营业所的规定;

(二) 关于应当或者可以在一个特定国家或多领域国家的一个特定领土单位针对相关中间人提起法律程序的规定;

(三) 关于任何陈述或其他文件应当或者可以由相关中间人从该营业所提供的规定;

(四) 关于任何服务应当或者可以由该相关中间人从该营业所提供的规定;

(五) 关于相关中间人应当或者可以在该营业所从事经营或履行职能的规定。

二、如果不能根据第一款的规定确定准据法,则:

(一) 该准据法为该国或多领域国家领土单位的现行有效的法律,根据该

国或该领土单位法律,相关中间人在缔结账户协议时成立,或者如没有该项协议时,证券账户开户时的法律;

(二)如果第(一)项不能适用,相关中间人是根据多领域国家的法律而不是多领域国家某一领土单位的法律成立的,准据法为该相关中间人在该多领域国家的营业所所在领土单位的现行有效的法律,或者,如果相关中间人有一个以上营业所的,准据法为书面性账户协议实施时主营业所所在地的法律,或者,无账户协议的,准据法为证券账户开户时的法律。

三、如果不能根据第一款或第二款的规定确定准据法,准据法为相关中间人营业所所在地国或多领域国家领土单位的法律,或者,如果相关中间人有一个以上营业所的,准据法为实施账户协议时营业所所在地,或者,如果没有账户协议时,准据法为证券账户开户时营业所所在地法律。

第六条 不予考虑的因素

在根据本公约确定准据法时,以下因素不予考虑:

(一)证券发行人的成立地或组成地、法定住所地或注册登记地、管理中心地或主营业所在地;

(二)代表证券的凭证所在地;

(三)代表证券发行人管理的证券持有人的登记人所在地;

(四)除相关中间人以外的任何其他中间人的所在地。

第七条 准据法变更时权利的保护

一、如果修改账户协议是为了根据本公约变更准据法,则适用本条。

二、本条中:

(一)“新法”是指变更后根据本公约适用的法律。

(二)“旧法”是指变更前根据本公约适用的法律。

三、在不影响本条第四款的条件下,新法适用于第二条第一款所规定的任何问题。

四、除已同意变更准据法的人外,旧法仍适用于:

(一)法律变更前中间人持有证券的权益是否存在及对上述证券的处置是否完备;

(二)关于法律变更前产生的中间人持有证券的权益:

1. 法律变更前对这些证券进行处置产生的、并对抗相关中间人及任何当事人的这种权益的法律性质和效力;

2. 对抗在法律变更后证券扣押者的这种权益的法律性质及效力;

3. 法律变更后开始的破产程序中与破产管理人相关的、对第二条第一款所规定的任何问题的确定。

(三)法律变更前产生的当事人权益之间的优先权问题。

五、第四款第(三)项并不排除新法适用于根据旧法产生的、但根据新法具有完备性的权益的优先权。

第八条 破产

一、尽管破产程序已经开始,根据本公约所确定的适用法律仍支配第二条第一款所规定的、破产程序开始前关于任何事项的任何问题。

二、本公约不影响任何实体性或程序性破产规则的适用,包括任何下列相关规则:

(一)对破产财产请求权的分类排序,或者避免贷入者欺诈性优先处置或者转让;或

(二)破产程序开始后权利的执行。

第三章 一般规定

第九条 本公约的普遍适用性

无论准据法是否是缔约国法律,本公约均适用。

第十条 法律选择规则的排除(反致)

本公约中,“法律”一词指在缔约国法律选择规则之外的现行有效的法律。

第十一条 公共政策与国际强行规则

一、根据本公约所确定的准据法仅在其适用结果被证明明显地违背法院地公共政策时方可以拒绝适用。

二、本公约并不妨碍法院地法有关规定的适用,这些规定不论是否为冲突法规则,即使对国际性事项也必须适用。

三、本条不允许法院地法中对于涉及完备性或者与对抗性权益中的优先权规定条件的规定的适用,除非法院地法根据本公约为准据法。

第十二条 多领域国家准据法的确定

一、如果账户持有人及相关中间人已经就适用多领域国家特定领土单位的法律达成一致,则:

(一)第四条第一款第一句中所指的“国家”即指该国的领土单位;

(二)第四条第一款第二句中所指的“该国”即指该多领域国家本身。

二、在适用本公约时:

(一)多领域国家领土单位的现行有效的法律包括该领土单位的法律和在该领土单位可适用的范围内的多领域国家法律本身;

(二)如果多领域国家的现行有效的法律指定另一领土单位法律支配公共性档案文件、备忘录或登记注册的完备性,则该另一领土单位法律支配上述

问题。

三、多领域国家可以在签署、批准、接受、核准或加入公约时作出声明,如果根据第五条准据法为该多领域国家或者是该国其中一个领土单位的法律的,则该国国内现行的法律选择规则将决定该多领域国家或者该国特定领土单位的实体法律规则是否适用。作出该声明的多领域国家应当向海牙国际私法会议常设局通报该国国内关于法律选择规则的信息。

四、多领域国家可以在任何时候声明,如果根据第四条准据法为该国其中一个领土单位的法律的,仅当相关中间人在该领土单位有符合第四条第一款第(二)项规定条件的营业所时,该领土单位法律得以适用。该声明对其生效前发生的证券处分行为不发生效力。

第十三条 统一解释

在解释本公约时,应当考虑公约的国际性特征和提高公约适用的统一性的需要。

第十四条 对条约实施的审议

海牙国际私法会议秘书处将定期召集特别委员会对本公约的实施进行审议,并考虑是否有必要对公约进行修订。

第四章 过渡性规定

第十五条 前公约权益与后公约权益间的优先权

在缔约国内,根据本公约确定适用的法律决定公约对该国生效后个人在中间人持有的证券上的权益是否消灭或是否优先于他人在公约对该国生效前获得的权益。

第十六条 公约生效前的账户协议及证券账户

一、本公约所称的账户协议包括根据本公约第十九条第一款公约生效以前的已缔结的账户协议,本公约所称的证券账户包括根据本公约第十九条第一款公约生效以前已开立的账户。

二、除非账户协议明确规定适用本公约,对于根据本公约第十九条公约对缔约国生效前已缔结的账户协议,缔约国法院在适用本公约第四条第一款时应适用该条第三、四款。缔约国可以在签署、批准、接受、核准或加入本公约时声明,对于根据公约第十九条第二款在公约对该国生效以前但根据第十九条第一款公约对该国生效后已经缔结的账户协议,法院不适用公约的这些条款。如果缔约国为多领域国家,则该国可就其任何领土单位作出该声明。

三、任何账户协议如果规定,根据支配账户协议的缔约国法律规则,特定缔约国或者特定多领域国家领土单位的现行有效的法律适用于公约第二条第一

款所列的问题,且相关中间人在协议缔结时在该国有符合公约第四条第一款规定条件的营业所的,则该规定将具有下述效力,即该法律将支配第二条第一款所列的任何问题。缔约国可以在签署、批准、接受、核准或加入公约时作出声明,如果当事人在符合本款规定的相关账户协议中明确规定证券账户在不同国家管理的,则缔约国法院将不适用本款。如果缔约国为多领域国家,该国可就其相关领土单位作出该声明。

四、如果除第三款适用的协议之外的账户协议当事人已经同意证券账户在一特定国家或者在特定多领域国家的领土单位内管理,且相关中间人在协议缔结时在该国拥有符合第四条第一款第二句规定条件的营业所的,则该国或该领土单位的现行有效的法律即是适用于第二条第一款任何问题的准据法。该协议可以从合同条款作为一个整体或者从相关情形明示或默示地体现。

第五章 最后条款

第十七条 签署、批准、接受、核准或加入

一、本公约应对所有国家开放签署。

二、本公约须经签署国批准、接受或核准。

三、未签署本公约的国家可在任何时候加入本公约。

四、批准书、接受书、核准书或加入书应保存于本公约保存机关即荷兰外交部。

第十八条 区域经济一体化组织

一、由主权国家组成且在受本公约支配的特定事项上具有行为能力的区域经济一体化组织,也可以签署、接受、核准或加入本公约。区域经济一体化组织在该类案件中享有缔约国的权利和义务,其权利和义务的大小与该组织在本公约支配事项上的行为能力的大小相适应。尽管本公约缔约国数量至关重要,但区域经济一体化组织除了其作为本公约缔约国的成员国外,该组织不应当视为本公约缔约国。

二、区域经济一体化组织应当在签署、接受、核准或加入时,将对于受本公约支配的事项中哪些行为能力已由其成员国转移到该组织书面通知保存机关。区域经济一体化组织应及时将对于根据本款予以通知的行为能力的任何变更及任何新移交的行为能力书面通知保存机关。

三、在公约上下文要求的情况下,本公约所指的“一个缔约国”或者“几个缔约国”同等适用于区域经济一体化组织。

第十九条 生效

一、本公约自根据第十七条规定的第三份批准书、接受书、核准书或加入书

交存后三个月期满后第一个月的第一天起生效。

二、此后,本公约应当在下列情况下生效:

(一)对于此后批准、接受、核准或加入公约、第十八条所指的各国或区域经济一体化组织,自批准书、接受书、核准书或加入书交存后三个月期满后第一个月的第一天起生效。

(二)对于根据公约第二十条第一款公约扩展适用于其领土单位的缔约国,自该条中所指的声明通知后三个月期满后第一个月的第一天起生效。

第二十条 多领域国家

一、多领域国家可以在签署、批准、接受、核准或加入公约时声明公约将扩展适用于其一个或多个领土单位。

二、任何声明应明确说明公约适用的特定领土单位。

三、如果缔约国未根据第一款作出声明,则本公约适用于其所有领土单位。

第二十一条 保留

对本公约不得提出保留。

第二十二条 声明

为公约第一条第五款,第十二条第三款、第四款,第十六条第二款、第三款和第二十条之目的:

(一)任何声明应以书面形式通知保存机关;

(二)任何缔约国可以在任何时候通过提交新声明的方式修改原声明;

(三)任何缔约国可以在任何时候撤回声明;

(四)相关缔约国在签署、批准、接受、核准或加入公约时所作的声明在公约对其生效时同时产生效力;任何在公约生效后所作出的声明及任何新声明,在保存机关根据第二十四条作出通知之日起三个月期满后第一个月的第一天起生效;

(五)对声明的撤回在公约保存机关作出通知之日起六个月期满后第一个月的第一天起生效。

第二十三条 退出

一、缔约国可以书面通知保存机关退出本公约。对于多领域国家,退出可以限于公约对其适用的特定领土单位。

二、退出在公约保存机关收到退出通知之日起十二个月期满后第一个月的第一天起生效。退出通知中载明延长退出生效期限的,退出在保存机关收到该退出通知之日后该延长期限届满之日起生效。

第二十四条 保存机关作出通知

保存机关应当通知海牙国际私法会议成员国以及其他根据第十七条和第

十八条签署、批准、接受、核准或加入本公约的国家和区域经济一体化组织下列事项:

- (一) 第十七条和第十八条所指的签署、批准、接受、核准或加入本公约;
- (二) 本公约根据第十九条生效的日期;
- (三) 第二十二條所指的声明以及对声明的撤回;
- (四) 第十八条第二款所指的通知;
- (五) 第二十三条所指的退出。

下列签署人经正式授权,签署了本公约,以昭信守。

2006年7月5日订于海牙,用英文和法文写成,两种文本同等作准。正本一份,应保存于荷兰政府档案馆。在海牙国际私法会议第十九次会议召开之日,本公约经核证无误的副本将通过外交途径送交海牙国际私法会议的所有成员国及该次会议的参加国。