

贸易法委员会
担保交易立法指南
知识产权担保权补编



可向贸易法委员会秘书处索取进一步资料：

UNCITRAL secretariat, Vienna International Centre,
P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria

Telephone: (+43-1) 26060-4060
Internet: www.uncitral.org

Telefax: (+43-1) 26060-5813
E-mail: uncitral@uncitral.org

联合国国际贸易法委员会

贸易法委员会 担保交易立法指南

知识产权担保权补编



联合国
2011年，纽约

说明

联合国文件用英文大写字母附加数字编号。提到这种编号，即指联合国的某一个文件。

© 联合国，2011 年 4 月。版权所有。

本出版物中所用的名称以及材料的编制方式并不意味着联合国秘书处对任何国家、领土、城市或地区或其当局的法律地位，或对其边界或界线的划分表示任何意见。

出版：联合国维也纳办事处英文、出版和图书馆科。

前言

《贸易法委员会担保交易立法指南：知识产权担保权补编》由联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会）编写。¹

委员会 2006 年第三十九届会议审议并原则上核准了《指南》各项建议的实质内容。委员会还审议了将来在担保融资法领域的工作。委员会注意到，《指南》各项建议大体上适用于知识产权担保权，因此请秘书处与有关组织特别是世界知识产权组织（知识产权组织）合作，编写一份说明，讨论今后在《指南》补编（最初称为附件）中就知识产权融资开展工作的范围，提交委员会 2007 年第四十届会议。委员会还请秘书处组织一次知识产权融资座谈会，在最大程度上保证相关国际组织和来自世界各区域的专家参与。²

按照委员会的上述决定，秘书处在知识产权组织的配合下组织了一次知识产权担保权座谈会（2007 年 1 月 18 日和 19 日，维也纳）。参加座谈会的有担保融资法和知识产权法方面的专家，包括各国政府代表以及各国家组织、国际组织、政府组织和非政府组织的代表。在座谈会上，与会者就需要对《指南》作出调整以处理知识产权融资特有的问题提出了若干建议。³

委员会 2007 年 6 月第四十届会议第一部分会议审议了秘书处题为“今后可能在知识产权担保权方面开展的工作”的说明（A/CN.9/632）。⁴ 该说明考虑到了座谈会上达成的结论。为了就各国可能需在本国法律中作出调整以避免担保融资法与知识产权相关法律不一致的问题向各国提供充分指导，委员会决定委托第六

¹ 见 www.uncitral.org。

² 《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 17 号》（A/61/17），第 81、82、86 段，查 www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/39th.html。

³ 见 www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia_security.html。

⁴ 查 www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/40th.html。

工作组（担保权益）编写《指南》中专门关于知识产权担保权的补编。⁵ 在 2007 年 12 月委员会第四十届会议续会上，委员会最后审定并通过了《指南》，但有一项谅解，即随后将编写《指南》中专门针对知识产权担保权的补编。⁶

第六工作组通过五次为期一周的届会展开工作，其中最后一届会议于 2010 年 2 月举行。⁷ 工作组第十四、第十五和第十六届会议将某些与破产有关的问题提交第五工作组（破产法）处理⁸，第五工作组第三十五、第三十六和第三十八届会议审议了这些问题。⁹ 此外，工作组与作为观察员出席工作组会议的知识产权组织以及公私营部门其他知识产权组织合作，确保《补编》与知识产权相关法律充分协调。另外，工作组还与海牙国际私法会议常设局密切合作，编写了《补编》中关于知识产权担保权适用法律的第十章。¹⁰

在 2010 年 6 月 21 日至 7 月 9 日于纽约举行的第四十三届会议上，委员会审议并于 2010 年 6 月 29 日以协商一致方式通过了《补编》（见附件二.A）。¹¹ 随后，大会于 2010 年 12 月 6 日通过了第 65/23 号

⁵ 《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 17 号》（A/62/17(Part I)），第 156、157、162 段，查 www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/40th.html。

⁶ 同上，（A/62/17 (Part II)），第 99、100 段。《指南》（联合国出版物，出售品编号：E.09.V.12）可查 www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-1g/e/09-82670_Ebook-Guide_09-04-10English.pdf。

⁷ 工作组这五届会议的工作报告载于 A/CN.9/649、A/CN.9/667、A/CN.9/670、A/CN.9/ 685、A/CN.9/689 号文件。在这些会议期间，工作组审议了 A/CN.9/WG.VI/WP.33 和 Add.1、A/CN.9/WG.VI/WP.35 和 Add.1、A/CN.9/WG.VI/WP.37 和 Add.1-4、A/CN.9/ WG.VI/WP.39 和 Add.1-7、A/CN.9/WG.VI/WP.42 和 Add.1-7。第六工作组（担保权益）的所有工作文件和工作报告可查 www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/6Security_Interests.html。

⁸ A/CN.9/667，第 129-140 段；A/CN.9/670，第 116-122 段；A/CN.9/685，第 95 段。第五工作组（破产法）的工作文件和报告可查 www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html。

⁹ A/CN.9/666，第 112-117 段；A/CN.9/WG.V/WP.87；A/CN.9/671，第 125-127 段；A/CN.9/691，第 94-98 段，还可查 www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html。

¹⁰ 工作组第十六届会议审议了海牙会议常设局的一项建议（A/CN.9/WG.VI/WP.40；查 www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/6Security_Interests.html。

¹¹ 委员会所审议的补编草案载于 A/CN.9/700 号文件及其增编 1-7，查 www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/43rd.html。委员会关于补编草案的报告，见《大会第六十五届会议正式记录，补编第 17 号》（A/65/17），第 192-227 段。

决议（见附件二.B），大会在该决议中对贸易法委员会完成并通过了《补编》表示赞赏，请秘书长广泛传播《补编》文本，建议所有国家在修订或通过本国相关立法时积极考虑《补编》，并建议所有国家继续考虑加入《联合国国际贸易应收款转让公约》（2001年）¹²并执行《指南》中的建议。

¹² 联合国出版物，出售品编号：E.04.V.14，查 www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/2001Convention_receivables.html。

目录

	段次	页次
前言		iii
导言	1-52	1
A. 《补编》的目的	1	1
B. 担保交易法与知识产权相关法律之间的相互关系	2-7	1
C. 术语	8-32	4
D. 设保知识产权的估值	33-34	14
E. 与知识产权有关的融资做法示例	35-45	15
F. 关键目标和基本政策	46-52	19
一. 适用范围和当事人意思自治	53-76	23
A. 宽泛的适用范围	53-73	23
1. 所涵盖的设保资产	54-55	23
2. 所涵盖的交易	56	24
3. 知识产权的彻底转让	57-59	24
4. 范围限制	60-73	26
B. 当事人意思自治原则对知识产权担保权的适用	74-76	34
二. 知识产权担保权的设定	77-120	35
A. 设定和第三方效力的概念	77-79	35
B. 担保权处理的功能性、综合性和统一性概念	80-81	36
C. 对设定知识产权担保权的要求	82-85	37

	段次	页次
D. 设保人对拟设保知识产权享有的权利 ..	86	39
E. 在知识产权方面有担保债权人与所有权人 之间的区分	87-88	40
F. 知识产权情况下的各类设保资产	89-112	40
1. 知识产权人的权利	91-96	41
2. 许可人的权利	97-105	43
3. 被许可人的权利	106-107	47
4. 使用知识产权的有形资产	108-112	48
G. 未来知识产权的担保权	113-118	49
H. 对知识产权转让性的法律限制或合同 限制	119-120	51
建议 243.		52
三. 知识产权担保权对抗第三方的效力	121-129	53
A. 第三方效力的概念	121-123	53
B. 在知识产权登记处登记的知识产权 担保权的第三方效力	124-127	54
C. 未在知识产权登记处登记的知识产权 担保权的第三方效力	128-129	56
四. 登记制度	130-172	59
A. 普通担保权登记处	130-131	59
B. 特定资产知识产权登记处	132-134	60
C. 登记处之间的协调	135-140	61
D. 未来知识产权担保权通知的登记	141-143	63
E. 双重登记或双重查询	144-154	64
F. 登记生效的时间	155-157	69

	段次	页次
G. 设保知识产权的转让对登记效力的影响.....	158-166	70
H. 商标担保权的登记.....	167-172	73
建议 244.....		76
五. 知识产权担保权的优先权.....	173-221	77
A. 优先权的概念.....	173-174	77
B. 识别相竞求偿人.....	175-176	78
C. 知悉在先转让或担保权存在的相关性 ..	177-178	79
D. 未在知识产权登记处登记的知识产权担保权的优先权.....	179-180	79
E. 在知识产权登记处登记的知识产权担保权的优先权.....	181-183	80
F. 设保知识产权受让人的权利	184-187	82
G. 被许可人的一般权利.....	188-192	83
H. 某些被许可人的权利.....	193-212	85
I. 许可人设定的知识产权担保权相对于被许可人设定的担保权的优先权	213-218	91
J. 知识产权担保权相对于判定债权人权利的优先权.....	219-220	93
K. 排序居次.....	221	94
建议 245.....		94
六. 知识产权担保协议当事人的权利和义务.....	222-226	95
A. 当事人意思自治原则的适用	222	95
B. 设保知识产权的保全.....	223-226	95
建议 246.....		97

	段次	页次
七. 知识产权融资交易第三方承付人的权利和义务	227-228	99
八. 知识产权担保权的强制执行	229-253	101
A. 担保交易法与知识产权相关法律的相互关系	229-232	101
B. 不同类型知识产权的担保权的强制执行	233-234	102
C. 对强制执行知识产权担保权所必需文件的占有	235-236	103
D. 对设保知识产权的处分	237-238	104
E. 通过处分设保知识产权取得的权利	239-241	105
F. 有担保债权人提出的取得设保知识产权的建议	242	106
G. 收取使用费和其他许可费	243	106
H. 许可人的其他合同权利	244	107
I. 使用知识产权的有形资产的担保权的强制执行	245-248	107
J. 被许可人权利的担保权的强制执行	249-253	109
九. 知识产权情形下的购置款融资	254-283	111
A. 导言	254-255	111
B. 统一处理法	256-279	112
1. 知识产权购置款担保权对抗第三方的效力和优先权	259-263	113
2. 在知识产权登记处登记的购置款担保权的优先权	264-268	115

	段次	页次
3. 设保知识产权收益的购置款担保权的优先权	269-272	118
4. 《指南》中的购置款融资建议如何适用于知识产权情形的示例	273-279	120
C. 非统一处理法	280-283	123
建议 247.		124
十. 知识产权担保权的适用法律	284-339	127
A. 财产事项的适用法律	284-337	127
1. 目的和范围	284-289	127
2. 《指南》建议就无形资产担保权采取的办法	290-296	129
3. 保护国的法律（保护地法）	297-300	132
4. 其他办法	301-317	133
5. 各种办法比较分析实例	318-337	139
B. 合同事项的适用法律	338-339	146
建议 248.		147
十一. 过渡	340-344	149
十二. 知识产权许可人或被许可人破产对该当事人在许可协议下各项权利的担保权的影响	345-367	151
A. 综述	345-353	151
B. 许可人破产	354-362	154
C. 被许可人破产	363-366	157
D. 概要	367	158

附件

	页次
一. 《贸易法委员会担保交易立法指南:知识产权担保权补编》 中的术语和建议	161
A. 术语	161
B. 建议 243-248	161
二. 联合国国际贸易法委员会决定和大会第 65/23 号 决议	165
A. 委员会的决定	165
B. 大会第 65/23 号决议	167

导言

A. 《补编》的目的

1. 《贸易法委员会担保交易立法指南》(《指南》)的总体目标是通过增加担保信贷供应,促进低成本信贷(见建议1(a)项)。本着这一目标,《知识产权担保权补编》(《补编》)着眼于增加对知识产权所有权人和其他知识产权持有人的信贷供应并降低其成本,以此提高知识产权作为信贷担保的价值。不过,《补编》力求在不干扰知识产权相关法律基本政策的情况下实现这一目标(见下文第46-52段),为此,(a)解释《指南》建议如何适用于知识产权情形;以及(b)在少数情况下就知识产权担保权提出特定资产建议。¹

B. 担保交易法与知识产权相关法律之间的相互关系

2. 除了有限的例外情形外,《指南》所建议的法律适用于包括知识产权在内的所有类型动产的担保权(见《指南》,建议2、4-7)。但是,就知识产权而言,如果《指南》所建议的法律的规定不符合颁布国知识产权方面的国内法或其加入的知识产权方面的国际协定,则此种法律不适用(见建议4(b)项)。

¹ 因此,务必结合《指南》阅读《补编》。为便于参考,《补编》所述问题按照《指南》中的讨论顺序依次排列(即导言(其中包括目的)、术语、实例、关键目标和基本政策;范围;担保权的设定等)。《补编》每一节都先简要概括《指南》的一般考虑因素,然后讨论这些考虑因素如何适用于知识产权情形。

3. 建议 4(b) 项阐明了担保交易法与知识产权方面的国内法或国际协定之间相互关系的基本原则。赋予“知识产权”这一术语的含义意在确保《指南》与知识产权相关法律和条约保持一致。《指南》使用“知识产权”一词指任何根据知识产权相关法律被视为知识产权的资产（见《指南》导言 B 节第 20 段中“知识产权”这一术语）。此外，《指南》所指的“知识产权”，应当理解是指“对知识财产的权利”（见下文第 18-20 段）。《补编》所使用的“知识产权相关法律”一语，是指知识产权方面具体管辖知识产权担保权的国内法或由一国加入的国际协定所产生的此种法律。因此，这一术语不是指在一般管辖各类资产担保权的同时也会涉及知识产权担保权的管辖的法律（见下文第 22 段）。此外，这一术语包括成文法和判例法，其范围比“知识产权法”这一术语宽，但比一般合同法或财产法窄。因此，建议 4(b) 项的范围可宽可窄，取决于一国如何界定知识产权的范围。这里的理解是，一国应当根据各项知识产权法条约（如世界知识产权组织（知识产权组织）所管理的各项公约或《与贸易有关的知识产权协定》（《知识产权协定》））的规定²，按照这些条约对其规定的国际义务，界定知识产权的范围。

4. 建议 4(b) 项的目的是确保各国不会在通过《指南》的建议时意外地改变知识产权相关法律的基本规则。《指南》没有述及与设保人知识产权的存在、效力和内容有关的问题（见下文第 60-73 段），因此在这些问题上可能产生制度冲突的情形不多（关于担保交易法与知识产权相关法律在知识产权担保权强制执行方面的相互关系，见下文第 229-232 段）。然而，在知识产权担保权的设定、第三方效力、优先权和强制执行以及知识产权担保权适用法的有关事项上，有些国家的这两种制度很有可能规定不同规则。如果属于这种情况，建议 4(b) 项将维护知识产权专门规则，使其不会意外地因本国通过《指南》所建议的法律而失效。

² 见《记录多边贸易谈判乌拉圭回合各项成果的法律文书，1994 年 4 月 15 日于马拉喀什》（关贸总协定秘书处出版物，出售品编号：GATT/1994-7）。

5. 但应指出的是，在某些国家，知识产权相关法律（有关知识产权担保权）的规则只涉及那些并非知识产权独有的担保交易形式，一国一旦通过《指南》所建议的法律，这些交易形式便不复存在（例如以担保为目的的知识产权质押、抵押、转让或信托）。因此，通过《指南》所建议的法律的国家还似宜审查本国的知识产权相关法律，使之与《指南》所建议的担保交易法相协调。在这方面，各国颁布《指南》所建议的法律，务必确保本国的担保交易法特别体现《指南》所建议的功能性、统一性和综合性处理办法（见第一章，第 101-112 段），同时保持本国知识产权相关法律的基本政策和目标不变。

6. 《补编》的用意是就这样一种功能性、统一性和综合性的担保交易法制度和知识产权法制度向各国提供指导。《补编》以《指南》的评注和建议为基础，论述在设保资产由知识产权构成的情形下如何适用《指南》的评注和建议，必要情况下增添了新的评注和建议。同其他针对特定资产的评注和建议一样，专门针对知识产权的评注和建议是对《指南》的一般评注和建议的修订或补充。因此，只要知识产权相关法律以及《补编》中任何针对特定资产的评注和建议没有相反规定，知识产权担保权就可以按照《指南》的一般建议加以设定、取得对抗第三方效力、享有优先权、得到强制执行并服从于适用法。

7. 如果为增加对有形资产和应收款等资产所有人的信贷供应并降低成本而颁布《指南》所建议的法律，一国极有可能希望也使知识产权所有人受益于这方面立法的现代化，从而提升知识产权作为信贷担保的价值。这样就有可能对知识产权相关法律造成影响。如前所述，虽然《补编》的目的不是就调整一国的知识产权相关法律提出任何建议，但《补编》还是会对此种法律造成影响的。《补编》论及此种影响，有时也在评注中列入适度建议供颁布国考虑（故此使用的措辞是“各国可以”或者“各国似宜考虑……”，而不是“各国应当”）。提出这些建议的前提是，各国颁布《指南》建议的这类担保交易法，表明其已就本国担保

交易法实现现代化作出了政策决定。因此，这些建议力求指出此种现代化可能要求各国需在哪些方面考虑如何最好地协调担保交易法与知识产权相关法律的相互关系。因此，建议 4(b) 项的意图仅限于预先防止对知识产权相关法律造成意外的改变，但只要颁布《指南》所建议的法律的国家经过慎重考虑，任何改变都不是不可能的。

C. 术语

8. 颁布《指南》所建议的法律的国家似宜审查本国的知识产权相关法律，使其中使用的术语与《指南》所建议的法律中使用的术语相协调。

(a) 购置款担保权

9. 《指南》用“购置款担保权”这一术语指有形资产（而非可转让票据或可转让单证）的担保权，藉此为资产购置款任何未支付部分的付款义务或为使设保人获取该资产而产生的债务或提供的其他信贷提供担保。购置款担保权不一定都这样称谓。在统一处理法下，这一术语包括保留所有权权利或融资租赁权（见《指南》导言 B 节第 20 段中“购置款担保权”这一术语）。在《补编》中，该术语包括知识产权的担保权或知识产权许可的担保权，此种担保权所担保的是设保知识产权或设保知识产权许可的购置款任何未支付部分的付款义务，或为使设保人能够获取设保知识产权或设保知识产权许可而产生的债务或提供的其他信贷。

(b) 相竞求偿人

10. 在担保交易法中，“相竞求偿人”这一概念用来指不属于某一担保协议下的有担保债权人的当事人，他们可以对设保资产或其

处分收益主张权利（见《指南》导言B节第20段中“相竞求偿人”这一术语）。因此，《指南》使用“相竞求偿人”这一术语，指的是与有担保债权人相竞争的求偿人（即在同一资产上享有担保权的另一有担保债权人、在同一资产上享有权利的设保人的另一债权人、设保人破产情形下的破产管理人、同一资产的买受人或另一受让人，或同一资产的承租人或被许可人）。相竞求偿人这一术语对于适用特别是《指南》所建议的优先排序规则至关重要，例如建议76的规则，其中规定，在应收款上享有担保权的有担保债权人，在普通担保权登记处登记了担保权通知的，优先于较早从同一设保人处取得对同一应收款的担保权但未登记担保权通知的另一有担保债权人。

11. 不过，在知识产权相关法律中是不使用“相竞求偿人”概念的，优先权冲突通常指知识产权受让人与被许可人之间的冲突，即使其中并不涉及与有担保债权人的冲突（侵权人不属于相竞求偿人，若被指控的侵权人证明自己有合法求偿权，便是受让人或被许可人，而不是侵权人）。这种不涉及有担保债权人（该术语包括为担保目的而进行的转让中的受让人，《指南》将其视同有担保债权人）的冲突如何解决，担保交易法不予干涉。因此，《指南》不涵盖两个彻底转让受让人之间的冲突。但在不违反建议4(b)项的限制规定的情况下，为担保目的转让的知识产权的受让人和同一知识产权的彻底转让受让人之间的冲突，应当属于《指南》的涵盖范围（见建议78、79）。

(c) 消费品

12. 《指南》用“消费品”这一术语指设保人用于或打算用于个人、家庭或家居用途的商品（见《指南》导言B节第20段中“消费品”这一术语）。在《补编》中，为了对知识产权购置款担保权适用《指南》中有形资产购置款担保权的有关建议，这一术语包括设保人用于或打算用于个人、家庭或家居目的的知识产权或知识产权许可。

(d) 设保资产

13. 《指南》用“设保资产”这一术语来表示设有担保权的资产（见《指南》导言B节第20段中“设保资产”这一术语）。《指南》按惯例提及“设保资产”的担保权，但用以设保所谓何物，其实就是设保人对“资产享有的且意图用以担保的任何权利”。

14. 《指南》还使用各种术语指称可用作设保资产的几类具体知识产权，但没有触及知识产权相关法律、合同法或财产法中这些术语的性质、内容或法律后果。在担保协议将知识产权描述为设保资产的前提下，可用作信贷担保的几类知识产权包括：知识产权所有人（“知识产权人”）的权利、知识产权人的权利受让人或继承人的权利、许可协议下的许可人或被许可人的权利，以及对用于有形资产的知识产权的权利。知识产权人、许可人或被许可人可将其全部或部分权利用作担保，条件是根据知识产权相关法律这些权利可以转让。

15. 根据知识产权相关法律，知识产权人的权利通常包括：防止未经授权使用其知识产权的权利、登记续展权、对侵权人进行起诉的权利，以及转让知识产权和授予知识产权许可的权利。举例来说，在专利方面，专利权人享有预防某些行为的专属权利，这些行为包括未经专利权人授权而制作、使用或出售专利产品。

16. 一般来说，根据知识产权相关法律和合同法，许可人和被许可人的权利取决于许可协议的条文（如果是契约性许可）、取决于法律（如果是强制许可或法定许可）或取决于特定行为的法律后果（如果是默示许可）。此外，许可人的权利通常包括要求支付许可使用费的权利和终止许可协议的权利。同样，被许可人的权利包括其经授权按照许可协议的条款使用被许可使用的知识产权的权利，可能还有签订次级许可协议的权利，以及收取次级许可使用费的权利（见下文第23-25段“许可”这一术语）。最后，关于使用知识产权的有形资产的担保权设保人的权利，在有担保债权人与设保人（相关知识产权的所有权人、许可人或被许可人）之间按照担保交易法和知识产权相关法律订立的协议中加以描述。

(e) 设保人

17. 《指南》用“设保人”这一术语来表示为担保本人债务或他人债务而设定担保权的人（见《指南》导言 B 节第 20 段中“设保人”这一术语）。如上所述（见第 14 段），在涉及知识产权的担保交易中，设保资产可以是知识产权人的权利、许可人的权利（包括使用费受付款），或被许可人使用或利用获许可的知识产权、发放次级许可和要求支付次级许可使用费的权利。因此，按照用以设保的知识产权类型，“设保人”这一术语可以指知识产权人、许可人或被许可人（但许可人或被许可人与知识产权人不同，不一定享有在知识产权相关法律下该术语所指涉的排他性权利）。最后，同涉及其他类型动产的任何担保交易一样，“设保人”这一术语可以表示设定知识产权担保权，为债务人偿付有担保债权人的债务提供担保的第三方。

(f) 知识产权

18. 《指南》用“知识产权”这一术语（见《指南》导言 B 节第 20 段中“知识产权”这一术语）指版权、商标、专利、服务标识、商业秘密、设计以及根据颁布国国内法律或根据颁布国所加入的国际协定而被视为知识产权的其他任何资产（例如邻接权、关联权或相关权³或植物品种权）。此外，如果 G《指南》使用“知识财产”的说法，应当理解为是指“知识产权”，例如知识产权人、知识产权许可人或被许可人的权利。根据《指南》评注的解释，《指南》将这一含义赋予“知识产权”这一术语，是为了确保《指南》与知识产权相关法律保持一致，同时又尊重

³ 与“版权”密切相关的权利为“邻接权”，也称作关联权或相关权。这些权利据说“接近”于版权。该用语通常涵盖表演者、录音制品制作者和广播组织的权利，但在有些国家，它还可包括影片制作人的权利或包括对照片的权利。这些权利有时称作 *diritti connessi*（“联接权”）或 *verwandte Schutzrechte*（“相关权”）或 *droits voisins*（“邻近权”），但通用语为英文“neighbouring rights”（“邻接权”）。从国际上来看，邻接权得到了 1961 年 10 月 26 日在罗马订立的《保护表演者、录音制品制作者和广播组织的国际公约》的全面保护。1996 年 12 月 20 日在日内瓦通过的《世界知识产权组织表演和录音制品条约》对某些表演者和录音制品制作者提供了更多的保护。

《指南》建议颁布国使该定义与本国法律相一致的权利，而不论所涉法律为国内法还是由条约产生的法律。为了与本国法律保持一致，颁布国可对上文提及的各类知识产权加以增删。⁴ 因此，就《指南》而言，凡是颁布国依照本国法律及其国际义务视为知识产权的权利，《指南》均视为“知识产权”。

19. 在担保交易法中，知识产权本身有别于由其产生的受付款，例如使用广播权等所产生的使用费受付款。根据《指南》，这些受付款被定性为“应收款”，它们可以是原始设保资产，但必须在担保协议中作此描述，也可以是知识产权的收益，但原始设保资产必须是知识产权。然而，《指南》用这样的方式处理这些受付款并不排除知识产权相关法律可作不同处理。举例来说，在知识产权相关法律中，许可人要求支付公平报酬的权利可能被视为许可人知识产权的一部分（担保交易法和知识产权相关法律对应收款的处理办法，见下文第 97-105 段）。

20. 还应当指出，与知识产权有关的许可协议并非担保交易，带有许可协议终止权的许可并非担保权。因此，担保交易法并不影响许可人或被许可人根据担保协议而享有的权利和承担的义务。举例来说，所有权人、许可人或被许可人对其知识产权的转让性加以限制的能力将不受影响。无论如何，应当指出，尽管知识产权人能否授予许可的问题属于知识产权相关法律的问题，但知识产权人及其有担保债权人可否在他们之间商定知识产权人不得发授予可的问题，则属于《补编》中所涉及的担保交易法的问题（见下文第 222 段）。

(g) 库存品

21. 《指南》用“库存品”这一术语指在设保人正常经营过程中留待销售或租赁的有形资产以及原材料和半成品材料（在产品）（见《指南》导言B节第20段中“库存品”这一术语）。在《补编》

⁴ 见《指南》导言的脚注 24。

中，该术语包括设保人为在其正常经营过程中出售或授予许可而持有的知识产权或知识产权许可。

(h) 法律和知识产权相关法律

22. 如前所述（见第3段），《指南》评注还明确说明，《指南》通篇提及的法律包括成文法和非成文法。此外，《指南》评注明确指出，“知识产权相关法律”一语（见建议4(b)项）的范围比知识产权法（例如直接涉及专利、商标或版权的知识产权法）宽，但比一般合同法或财产法窄（见《指南》导言第19段，以及第一章第33-36段）。特别是，“知识产权相关法律”一语系指知识产权方面具体管辖知识产权担保权的国内法或由一国加入的国际协定所产生的此种法律，而不是一般管辖各种类型资产担保权，因而也可以管辖知识产权担保权的法律。具体适用于软件版权质押或抵押的法律，或许是“知识产权相关法律”的一个例子，前提是该法律是知识产权相关法律的一部分，而不仅仅是在知识产权情况下适用一国的普通质押法或抵押法。

(i) 许可

23. 《指南》还作为一般概念使用“许可”（其中包括次级许可）这一术语，同时承认，根据知识产权相关法律，可能经常要在以下方面加以区分：(a) 合意许可（不论是明示的还是默示的）与不是由协议产生的强制性许可或法定许可之间的区别；(b) 许可协议与通过协议授予的许可（例如，授权使用或利用被许可使用的知识产权）之间的区别；以及(c) 排他性许可（根据有些国家的知识产权相关法律可视为转让）与非排他性许可之间的区别。此外，根据《指南》，许可协议本身并不设定担保权，带有许可协议终止权的许可并非担保权（见上文第20段）。

24. 但是，这些术语的确切含义取决于知识产权相关法律和可能适用的合同法和其他法律（如巴黎联盟大会和知识产权组织大会

通过的《关于商标使用许可的联合建议》(2000年)⁵和《新加坡商标法条约》(2006年))。⁶特别是,许可协议下各项权利的担保权不影响许可协议的条款和条件(与销售应收款的担保权不影响销售合同的条款和条件是同样道理)。除其他外,这意味着有担保债权人所取得的权利不超过其设保人的权利(见《指南》建议13)。例如,许可协议可能述及对特定知识产权的描述、授权使用或限制使用、使用地域及使用期限,《指南》对其中的限制或条款概不干涉。因此,可以授予一项“自2008年1月1日起十年内”在X国行使A电影的“影院放映权”的排他性许可,但这种许可不同于“自2008年1月1日起十年内”在Y国行使A电影的“录像放映权”的排他性许可。不管采取何种方式,对许可协议一方当事人的权利设定担保权,不影响许可协议的条款和条件。

25. 此外,《指南》丝毫不影响知识产权相关法律对许可协议下各项权利的具体定性。例如,某些知识产权相关法律将排他性许可协议下设定的权利定性为对物权,但将排他性许可定性为转让,《指南》对这些权利的性质没有影响。另外,《指南》也不影响许可协议中对被许可使用的权利的转让性规定的任何限制(见下文第52、107、158、159、187、196、197段)。

(j) 所有权人

26. 《指南》没有对设保资产(不论其是否为知识产权)的“所有权人”这一术语作出解释。这是相关财产法的问题。因此,《指南》参照知识产权相关法律赋予“知识产权人”这一术语的含义,用其泛指有权行使知识产权所产生的排他性权利的人或知识产权的受让人,即创作人、著作人或发明人或其权利继承人(关于有担保债权人可否行使知识产权人的权利,见下文第29、30、87、88、222段)。

⁵ 查 www.wipo.int/about-ip/en/development_iplaw/pdf/pub835.pdf。

⁶ 查 www.wipo.int/treaties/en/ip/singapore/singapore_treaty.html。

(k) 应收款和转让

27. 在《指南》(见《指南》导言 B 节第 20 段中“应收款”这一术语)和《联合国国际贸易应收款转让公约》(《联合国转让公约》;见第 2 条)⁷中,“应收款”这一术语是来体现对金钱债务的受付款。因此,在《指南》中,该术语包含许可人(该人可能是也可能不是知识产权人)或被许可人/次级许可人收取许可使用费的权利(但不影响许可协议的条款和条件,例如,许可人和被许可人约定,被许可人不对其次级许可使用费的受付款设定担保权)。许可使用费的确切含义和范围取决于许可协议关于支付使用费的条款和条件,例如分阶段付费或按市场条件或销售额确定按比例付费(“有担保债权人”包括应收款的受让人,关于这一术语的讨论,见下文第 29、30 段;关于有担保债权人与知识产权人之间的区别的讨论,见下文第 87、88 段)。

28. 在《指南》中,应收款转让使用“assignment”一词,不仅表示彻底转让,而且表示为担保目的的转让(《指南》将其作为担保交易处理)和在应收款上设定担保权的交易。为了避免造成一种印象,以为《指南》中涉及应收款转让的建议也适用于知识产权的“转让”(因为知识产权相关法律使用“assignment”一词),《补编》特意使用“transfer”一词(而非“assignment”)表示知识产权人的权利转让。尽管《指南》所建议的法律适用于各类应收款的转让,但对应收款以外的任何权利的彻底转让均不适用这种法律(见《指南》建议 2(d) 项、3;另见下文第 57-59 段)。还应当指出,虽然何为“转让”或“许可”需由相关的财产法或合同法决定,但《指南》不用“转让”一词指许可协议(见下文第 158、159 段)。

(l) 有担保债权人

29. 《指南》认识到,担保协议在设保资产上设定的是一种担保权,即一种有限的财产权,而不是所有权,条件是设保人拥有在该资产

⁷ 联合国出版物,出售品编号: E.04.V.14。

上设定担保权的权利或权力（见建议 13）。因此，在《指南》中，“有担保债权人”这一术语（其中包括以担保方式进行的转让中的受让人）用来指称享有担保权的人，而非彻底转让的受让人或所有权人（但为便于参考，该术语包括应收款彻底转让的受让人；见《指南》导言 B 节第 20 段中“有担保债权人”这一术语）。换言之，如果有担保债权人根据《指南》的规定取得了担保权，并不藉此取得所有权。这种方法保护保留设保资产的所有权且往往保留设保资产的占有权或控制权的设保人 / 所有权人，同时在设保人或其他债务人拖欠附担保债务时为有担保债权人提供了担保。在任何情况下，有担保债权人通常都不愿意接受所有权的责任和费用，《指南》也不要求有担保债权人这样做。举例来说，这意味着即使是在担保权设定之后，设保资产的所有权人也可以行使其作为所有权人的全部权利（但要服从于该所有权人可能与有担保债权人约定的任何限制）。还应当指出，即使是在有担保债权人在发生违约后为强制执行其担保权而对设保资产进行处分时，有担保债权人也不一定会成为所有权人。在这种情况下，有担保债权人只是在行使其处分设保资产的权利，受让人取得不附带担保权的设保人权利，但这些权利的优先顺序低于正在被强制执行的担保权（见下文第 237、238 段；另见《指南》建议 149，以及第八章第 57-59 段）。发生违约后，只有当有担保债权人行使补救办法，提出以取得设保人对设保资产的所有权作为对附担保债务的全额或部分清偿（且设保人、债务人和其他受影响的人均未表示任何异议；见《指南》建议 157、158）时，或者在强制执行的情况下，只有当有担保债权人通过在拍卖会收购该资产取得设保人的所有权时，有担保债权人才会成为该资产的所有权人。

30. 就担保交易法而言，以上对担保协议和有担保债权人权利的描述也适用于设保资产为知识产权的情形。但《指南》并不影响知识产权相关法律对知识产权特定事项作出不同描述。根据知识产权相关法律，担保协议可以定性为知识产权人、许可人或被许可人的知识产权转让，有担保债权人可享有知识产权人、许可人或被许可人的权利，例如保全设保知识产权的权利，以及

因此而享有的与国家当局打交道、授予许可或起诉侵权人的权利。因此，举例来说，担保交易法中的内容概不妨碍有担保债权人与设保人 / 知识产权人、许可人或被许可人达成协议而成为设保知识产权的所有权人、许可人或被许可人（见《指南》建议 10，以及下文第 222 段）。如果此种协议确实为履行债务提供担保或意图提供此种担保，而知识产权相关法律允许有担保债权人成为知识产权人、许可人或被许可人，则“有担保债权人”这一术语可以在知识产权相关法律允许的范围内指称知识产权人、许可人或被许可人。在这种情况下，担保交易法中通常述及的问题，如担保权的设定、第三方效力、优先权、强制执行和适用法，都将适用担保交易法（但不得违反建议 4(b) 项的限制）；至于知识产权相关法律通常述及的问题，如与国家当局打交道、授予许可或起诉侵权人，都将适用知识产权相关法律（关于有担保债权人与知识产权人的区别，另见下文第 87、88 段）。

(m) 担保权

31. 《指南》用“担保权”这一术语指称为了保证债务得以偿付或以其他方式得以履行而通过约定在动产上设定的各类财产权，无论其如何称谓（见《指南》导言 B 节第 20 段中“担保权”这一术语，以及建议 2(d) 项、8）。因此，“担保权”这一术语将涵盖知识产权质押权人或抵押权人的权利，以及为担保目的的转让中受让人的权利。

(n) 转让

32. 尽管《指南》用“彻底转让”这一用语指称所有权的转让（见《指南》，第一章第 25 段），但该用语的确切含义属于财产法事项。《指南》还使用“为担保目的的转让”来指称名为转让实为担保交易的交易。考虑到对担保交易采取的功能性、统一性和综合性处理法（见建议 2(d) 项、8），就担保交易法而言，《指南》把为担保目的的转让视同担保交易。关于为担保目的的转让，

如果对所有资产都适用另一法律所作的不同定性，则《指南》不会在这一点上遵从知识产权相关法律（见《指南》建议 4(b) 项，以及上文第 2-7 段）。然而，这种做法并不影响在知识产权相关法律中对彻底转让以外的转让作另一种定性。举例来说，根据知识产权相关法律，“彻底转让以外的转让”这一用语可以表示许可人将权利授予被许可人，同时许可人保留对使用知识产权的某些控制权（关于知识产权彻底转让的讨论，见下文第 57-59 段）。

D. 设保知识产权的估值

33. 不论设保资产是何类型，设保资产的估值是所有谨慎行事的设保人和有担保债权人都必须处理的一个问题。然而，知识产权的估值更难，起码就其涉及的一个问题而言的确如此，即知识产权是不是一种可在经济上加以利用从而产生收入的资产。举例来说，一旦设定专利就会产生一个问题，该专利是否具有任何商业用途，如果有的话，出售任何获得专利的产品又能产生多少收入。

34. 担保交易法并不能解答这个问题。但是，由于担保交易法影响到知识产权用作信贷担保，还是有必要了解和处理知识产权估值所涉及的某些复杂问题。举例来说，有一个问题是，尽管估值必须考虑到知识产权的价值和预期现金流，但在计算价值方面并没有普遍接受的方法。尽管如此，由于知识产权作为信贷担保的重要性日渐增加，在某些国家，出贷人和借款人通常能够寻求知识产权独立估价人的指导。此外，有些国家的当事人可以依赖由银行协会等全国性机构拟定的估值方法，而且当事人还可依赖在知识产权估值方面的一般培训或由知识产权组织等国际组织提供的专门涉及许可协议的培训。当事人还可依赖由经济合作与发展组织等其他国际组织拟订的关于可用作信贷担保资产的知识产权估值标准。

E. 与知识产权有关的融资做法示例

35. 涉及知识产权的担保交易实际上可以分为两大类。第一类包括以知识产权本身（即知识产权人的权利、许可人的权利或被许可人的权利）作为信贷担保的交易。在这些交易中，信贷提供人取得对借款人的专利、商标、版权或其他知识产权的担保权。下文例 1 至例 4 均涉及这类情形。在例 1 中，设保资产是知识产权人的权利。在例 2 和例 3 中，设保资产是许可人的权利。在例 4 中，设保资产是被许可人的权利。

36. 第二类交易涉及知识产权与设备、库存品或应收款等其他动产结合在一起的融资交易。例 5 是这类交易的示例，涉及对一制造商的信贷融通，担保权基本上涵盖该制造商的全部资产，包括其知识产权。

37. 每个例子都说明了知识产权人、知识产权许可人和被许可人如何使用这些资产作为信贷担保的情况。在每种情形下，谨慎的潜在出贷人会以应有的谨慎查清所涉知识产权人、知识产权许可人和被许可人的权利的性质和范围，并评估拟进行的融资在多大程度上影响或不影响这类权利。出贷人能否满意解决这些问题并在必要时征得知识产权人的同意和其他约定，将会影响到出贷人是否愿意提供所请求的贷款以及这种贷款的成本。每种类别的交易不仅涉及不同类型（或组合）的设保资产，还对潜在出贷人或其他信贷提供人提出了不同的法律问题。⁸

⁸ 这些问题有的可以在特定资产知识产权立法中处理。例如，欧盟理事会 2009 年 2 月 26 日关于欧共体商标的第 207/2009 号条例第 19 条规定，可在欧共体商标上设定担保权，在一方当事人请求下，这类权利可在欧共体商标登记处登记。

例 1

所有权人对专利和专利申请组合的权利

38. A 公司是一家不断开发新药的制药公司，希望以其现有和未来药物专利和专利申请组合作为部分担保，从 A 银行取得循环信贷。A 公司向 A 银行提供一份清单，列出现有的全部专利和专利申请及其所有权链。A 银行对哪些专利和专利申请将列入“借贷担保基础”（即 A 银行同意为借款目的而赋予价值的一批专利和专利申请）以及按什么价值列入进行评估。为此，A 银行获得独立的知识产权评估人对专利和专利申请所作的评估。随后，A 银行取得对这一专利和专利申请组合的担保权，并在相应的国家专利登记处登记担保权通知（假设条件是适用法律规定应在专利登记处登记担保权）。A 公司取得一项新专利即向 A 银行提供该专利的所有权链和估值信息，以供列入借贷担保基础。A 银行对这些信息进行评估，确定根据这一新专利追加多少信贷，并调整借贷担保基础。然后，A 银行在（相关法律规定的）普通担保权登记处或专利登记处进行适当的登记，以反映其在新专利上的担保权。

例 2

许可人对视觉艺术许可使用费的权利

39. B 公司是一家漫画书出版商，向众多服装、玩具、互动软件和饰品制造商发放使用其拥有版权的人物形象许可。许可人的标准格式许可协议要求被许可人报告销售额，并按这些销售额每季度支付一次使用费。B 公司希望以这些许可协议预期产生的使用费付款作为担保，向 B 银行借款。B 公司向 B 银行提供许可证清单、被许可人信用情况和每份许可协议的状况。B 银行随后要求 B 公司取得每个被许可人的“不容否认证明书”，其中应证实许可的存在、无违约行为和到期应付数额并确认同意向有关当事人（例如 B 公司、B 银行或托管账户）支付今后的使用费，直至收到进一步通知为止。

例 3

许可人对电影许可使用费的权利

40. C 公司是一家电影公司，希望制作一部电影。C 公司另开一个公司负责影片制作和雇用编剧、制片人、导演和演员。制片公司以版权、服务合同和将来通过电影赚取的所有收入为担保，从 C 银行获得一笔贷款。制片公司随后与多个国家的发行人签订许可协议，这些发行人同意在影片完成和交付时支付使用费的“预付保证金”。针对每项许可，C 制作公司、C 银行和发行人/被许可人都签订一份“确认和转让”协议，被许可人根据协议确认，C 银行享有最高担保权，使用费付款将转让给 C 银行，而 C 银行则同意，只要被许可人付款并遵守许可协议的其他规定，即使强制执行 C 银行对许可人权利的担保权，也不会终止许可。

例 4

被许可人使用或利用获许可软件的权限

41. D 公司是各种建筑应用程序所使用的高级软件的开发商。除本公司软件工程师开发的某些软件构件（该公司许可客户使用这些构件）之外，D 公司的产品还含有获得第三方许可的软件构件（并将其转授给客户）。D 公司希望在其作为由第三方提供的知识产权的被许可人所享有的权利（即使用并在其软件中包含获第三方许可的某些软件构件的权利）上设定担保权，以此为担保向 D 银行借款（如果许可协议规定 D 公司的此种权利是不可转让的，还须获得许可人的同意）。作为证据，该软件开发商可向 D 银行提供其软件构件使用许可协议的副本，用以确定 D 公司是否可以设定担保权。

例 5

企业全部资产的担保权

42. E 公司是化妆品生产商和经销商，希望取得信贷融通，为其业务提供持续的周转资金。E 银行正在考虑发放这种信贷，条件是以所谓的“企业抵押”、“浮动抵押”或全部资产担保权为担保，将 E 公司几乎全部的现有和未来资产（包括 E 公司拥有的或获第三方许可的全部现有和未来知识产权）的担保权给予该银行。

使用知识产权的有形资产的担保权

43. 除上述交易外，还有的交易是以非知识产权资产（如库存品或设备）作为信贷担保，而这些资产的价值在一定程度上基于与其有关联的知识产权。这类交易的示例见下文例 6 和例 7，涉及有形资产的担保权。如《补编》所述（见下文第 108-112 段），有形资产的担保权不会自动延伸到该资产所使用的知识产权，除非当事各方另有约定。因此，有担保债权人若要取得这类知识产权的担保权，必须在担保协议中说明该知识产权为设保资产的一部分。

例 6

带商标库存品生产商的权利

44. F 公司是名牌牛仔服和其他高档时装的生产商，希望以本公司库存制成品为部分担保，向 F 银行借款。F 公司生产的许多商品都带有获第三方许可的著名商标，根据许可协议 F 公司取得这些产品的产销权。F 公司向 F 银行提供商标使用许可协议，证明其有权使用这些商标并且有权在带商标库存品上设定担保权，同时证明其对商标所有人的义务。F 银行按照库存品价值向 F 公司发放贷款。

例 7

带商标库存品经销商的权利

45. G 公司是 F 公司（见例 6）的一家经销商，希望以其从 F 公司购买的库存名牌牛仔服和其他服装为部分担保，向 G 银行借款，其中很大一部分服装都带有第三方许可 F 公司使用的著名商标。G 公司或向 G 银行提供 F 公司开具的发票，证明 G 公司是以专卖方式从 F 公司获得牛仔服，或提供与 F 公司之间的协议副本，证明 G 公司经销的牛仔服是正品，且 G 公司有权在这些牛仔服上设定担保权。G 银行按照库存品价值向 G 公司发放贷款。

F. 关键目标和基本政策

46. 如前所述（见第 1 段），《指南》的总体目标是促进担保信贷。为了实现这个总体目标，《指南》拟订并讨论了一些补充目标，其中包括可预见性目标和透明度目标（见《指南》导言，第 43-59 段）。《指南》还依据并体现了一些基本政策。这些政策包括三个方面的规定：担保交易法范围的全面性、对担保交易采用统一性和功能性处理办法（即所有交易不论名称如何，只要具有担保功能，一律视为担保手段），以及可以对未来资产设定担保权（见《指南》导言，第 60-72 段）。

47. 这些关键目标和基本政策同样适用于涉及知识产权的担保交易。因此，《指南》在知识产权方面的总体目标是，促进那些拥有或有权使用知识产权的企业获得担保信贷，在不干扰知识产权人、许可人和被许可人按照知识产权相关法律、合同法或一般财产法享有的合法权利的情况下，允许其将知识财产的相关权利用作设保资产。同样，上文提及的所有目标和基本政策均

适用于设保资产是知识产权或包含知识产权的担保交易。例如，《指南》的目的是：

(a) 允许知识产权持有人使用知识产权作为信贷担保（见《指南》，关键目标 1(a) 项）；

(b) 允许知识产权持有人利用其资产的全部价值取得信贷（见关键目标 1(b) 项）；

(c) 使知识产权持有人能够以简单、高效的方式在此类权利上设定担保权（见关键目标 1(c) 项）；

(d) 允许涉及知识产权的担保交易各方当事人在担保协议条款的谈判方面拥有最大限度的灵活性（见关键目标 1(i) 项）；

(e) 使有关各方能够以明确、可预见的方式确定知识产权上存在的担保权（见关键目标 1(f) 项）；

(f) 使有担保债权人能够以明确、可预见的方式确定其知识产权担保权的优先权（见关键目标 1(g) 项）；以及

(g) 便利知识产权担保权的高效执行（见关键目标 1(h) 项）。

48. 知识产权相关法律的总体政策目标包括防止未经授权使用知识产权并保全知识产权的价值，从而鼓励进一步创新和创造。为了实现这一总体政策目标，知识产权相关法律给予知识产权人某些排他性权利。为了确保以不干扰知识产权相关法律各项目标的方式实现担保交易法的关键目标，从而为新作品的制作和传播提供资助机制，《指南》对处理担保交易法与知识产权相关法律的相互关系规定了一项一般原则。该原则载于建议 4(b) 项（见上文第 2-7 段，下文第 60-73 段）。

49. 现阶段只需指出一点，《指南》所阐述的制度本身没有以任何方式对任何知识产权的内容作出界定，没有对知识产权人、许可人或被许可人可行使权利的范围作出说明，也不妨碍其通过防止未经授权使用知识产权保全其知识产权价值的权利。因此，实现

关键的目标——促进知识产权方面的担保信贷，不会干扰知识产权相关法律的目标，那就是防止未经授权使用知识产权，保全知识产权的价值，从而鼓励进一步创新和创造。

50. 同样，要实现这一关键目标，即促进担保信贷而又不干扰知识产权相关法律的各项目标，就意味着无论是担保信贷制度的存在还是知识产权担保权的设定都不应降低知识产权的价值。因此，举例来说，对知识产权设定担保权，不应错误地解释为构成知识产权人 / 设保人对知识产权的意外放弃；知识产权人 / 设保人或有担保债权人使用商标不当、没有在所有产品或服务上使用商标，或者未能实行充分质量控制，都可能导致知识产权价值的损失，甚至导致对知识产权的放弃。

51. 此外，就与商标相关的产品或服务而言，这些关键目标意味着担保交易法应避免造成消费者对产品或服务来源产生疑惑。举例来说，在强制执行担保权时，有担保债权人无权取下设保资产上的制造商商标，或用另一商标（不管是不是会引起混淆的类似商标）取而代之，出售设保资产。

52. 最后，这些关键目标意味着担保交易法不应推翻许可协议中规定的合同限制。例如，如果许可协议规定被许可人权利未经许可人同意不得转让，则未经许可人同意不得在许可上设定可强制执行的担保权。

一． 适用范围和当事人意思自治

A. 宽泛的适用范围

53. 《指南》所建议的法律适用于包括知识产权（“知识产权”这一术语的定义见上文第 18-20 段）在内的所有类别动产的担保权。根据《指南》所建议的法律，法人或自然人可以设定或取得担保权，担保权可以为任何类别的债务作保（见建议 2）。《指南》所建议的法律适用于为担保目的进行的所有交易，不论交易以何种方式进行或者当事人使用什么术语（见《指南》，建议 2(d) 项、8）。《补编》对知识产权担保权使用了同样宽泛的适用范围。

1. 所涵盖的设保资产

54. 不同类型知识产权的定性以及每一类知识产权可否转让并因而可以设保的问题属于知识产权相关法律的问题。不过，《指南》和《补编》都基于可以对专利、商标或版权等任何类别知识产权设定担保权这样的基本假设。《指南》和《补编》还假设，设保资产可以是所有权人的各种排他性权利、许可人的权利、被许可人的权利或有形资产所使用的知识产权上的权利的任何一种。

55. 不过，《指南》和《补编》的范围有一个重要限制。根据财产法的一般规则，在包括知识产权的资产上设定担保权的，该资产必须是根据财产法包括知识产权相关法律能够转让的资产。举例来说，在许多国家，根据知识产权相关法律，只有版权

之下的经济权利可以转让（并因此可以设保），但作者的精神权利不可转让。《指南》所建议的法律并不影响这种限制。更具体而言，《指南》所建议的法律不优先于其他任何法律（包括知识产权相关法律）的规定，条件是后者对特定类别资产担保权的设定或强制执行或对特定类别资产的转让性加以限定，特定类别资产包括知识产权（见《指南》，建议 18）。这一规则的唯一例外是对未来应收款和对成批转让或部分转让应收款的转让性的法定限制（所依据的唯一理由是，此种应收款属于未来应收款和成批转让或部分转让应收款；见下文第 99 段），而颁布《指南》相关建议的规则或法律将取消或推翻这种限制（见《指南》，建议 23；另见下文第 102-104、120 段）。

2. 所涵盖的交易

56. 如前所述（见第 53 段），《指南》所建议的法律适用于以担保为目的的所有交易，无论当事人或知识产权相关法律对其如何称谓。换言之，即使知识产权相关法律把为担保目的向债权人转让知识产权视为该权利的有条件转让，甚至视为“彻底”转让，《指南》所建议的法律都会将这类交易当作产生担保权的交易，只要交易是为担保目的进行的，即对其适用（见建议 2(d) 项、8）。

3. 知识产权的彻底转让

57. 在一定程度上，《指南》所建议的法律适用于应收款的彻底转让（即所有权的转让）（见建议 3）。由于《指南》所建议的法律将知识产权被许可人应当付给许可人的使用费视为许可人的应收款（见《指南》导言第 20 段中“应收款”这一术语），因此，《指南》所建议的法律在一定程度上也适用于使用费受付款的彻底转让（，而不影响许可协议的条款和条件，例如，许可人

和被许可人之间关于被许可人不在其次级许可权使用费受付权上设立担保权的约定)。将应收款的彻底转让纳入《指南》所建议的法律的范围,反映了这样一个事实,即这些转让通常被视为融资交易,实践中通常很难同应收款作保的贷款区分开来。但是,《指南》的某些建议一般适用于应收款彻底转让,仅仅这一点并不意味着该法律将应收款彻底转让重新定性为担保交易。不把应收款彻底转让重新定性为担保交易,一个重要原因是为了避免对包括保理业务在内的重要应收款融资业务产生不利影响(关于应收款彻底转让,见《指南》第一章第 25-31 段;关于保理交易实例,见《指南》导言第 31-34 段)。

58. 《指南》所建议的法律还适用于以担保为目的的所有动产的转让,并将这些转让视为产生担保权的交易(见建议 2(d) 项、8)。这样,如果一国颁布《指南》的各项建议,以担保为目的的知识产权(不论是全部所有权还是在范围、时间或地域方面有所限定的权利)的转让将被视作担保交易。《指南》所建议的法律采取这种办法是基于这样的原则:在确定一项交易是否为担保交易时,内容先于形式。因此,当事人只要使用《指南》建议的法律所规定的方法就能够设定知识产权担保权,而不必采用“转让”(“transfer”)的其他手续。这种结果将不会影响许可业务,因为按照《指南》所建议的法律,许可协议本身并不设定担保权,而一项附带许可协议终止权的许可并不是担保权(见上文第 23-25 段)。

59. 《指南》所建议的法律不适用于应收款以外,包括知识产权在内的任何动产的彻底转让(《指南》只对应收款使用“转让”(“assignment”)一词,以避免使适用于应收款转让的各项建议更普遍适用于知识产权担保权;见《指南》导言,脚注 24;另见上文第 27、28 段)。但是,如果设保资产彻底转让受让人的权利与对该资产享有担保权的有担保债权人的权利之间发生优先权冲突,则《指南》所建议的法律有可能影响该受让人的权利。之所以将应收款以外的,包括知识产权在内的任何动产的彻底转让排除在《指南》范围之外,就是因为这些转让通常由知识产权相关法律等其他法律管辖,并且为这些法律所充分涵盖。

4. 范围限制

60. 《指南》所依据的假设是，为了促进利用知识产权获得融资，颁布《指南》各项建议的各国将在本国现代担保交易制度中列入关于知识产权担保权的规则。因此，颁布《指南》各项建议的各国似宜审查本国知识产权相关法律，以便将所有可用以设定知识产权担保权的手段（包括质押、抵押和有条件转让）替换为普通担保权概念。不过，《指南》也认识到，列入的这些规则必须同每个颁布国知识产权相关法律的政策和基础设施相一致。

61. 《补编》导言（见上文第 2-7 段）和各章详细论述担保交易法同知识产权相关法律的相互关系可能涉及的问题（例如，见下文第 229-232 段）。如前所述，根据建议 4(b) 项提出的基本原则，《指南》所建议的法律不适用于知识产权的情形是，“《指南》所建议法律的规定不符合知识产权方面的国内法或（颁布《指南》所建议法律的）国家所加入的知识产权方面的国际协定”。为了明确就建议 4(b) 项所涉影响展开更为详细讨论的背景，此处有必要说明两点：(a) 哪些问题显然属于知识产权相关法律的范畴，并且不会受到《指南》的任何影响；以及 (b) 哪些问题虽然由《指南》提出了法律规则，但知识产权相关法律以不同于《指南》的方式规范同一问题的规则可以取代或补充《指南》所提出的这些规则。

(a) 知识产权和知识产权担保权之间的区分

62. 《指南》所建议的法律只涉及担保交易法所特有的法律问题，而不涉及与担保权所涉资产的性质和法律属性有关的问题。后者完全属于特定资产所适用的财产法的范畴（应收款是唯一的例外，《指南》所建议的法律也涵盖应收款彻底转让的某些方面）。

63. 因此，在知识产权融资情形下，《指南》所建议的法律不影响、也无意影响与设保人知识产权的存在、效力、可执行性和内容

有关的问题。这些问题完全由知识产权相关法律确定。有担保债权人评估是否存在可设保的资产及其质量，需要注意这些规则，但任何类别的担保资产都是如此（举例来说，银行账户贷记款受付权及其确切内容和执行，都是担保交易法以外的法律要考虑的问题）。以下所列是知识产权相关法律所要处理的与此种评估有关的种种问题，这个清单只是提示性的，并非详尽无遗，知识产权相关法律也可处理未列入其中的问题。

版权

- (a) 确定谁是作者、合作作者或权利持有人；
- (b) 版权保护期；
- (c) 法律赋予的经济权利以及保护限制和除外情形；
- (d) 受保护标的的性质（作品的表达方式而不是作品所体现的思想，以及两者之间的界线）；
- (e) 经济权利的转让性作为法律事项以及授予许可的权利；
- (f) 终止版权转让或许可的可能性，或以其他方式规范版权的转让或许可；
- (g) 精神权利的范围和不可转让性；
- (h) 与行使和转让权利有关的推定以及对谁可行使权利的限制；以及
- (i) 委托创作作品和受雇人在雇用范围内创作的作品的原始所有权归属问题。

邻接（关联或相关）权

- (a) 邻接权的含义和范围，包括国家是否承认版权法或其他法律范围内的某些邻接权；
- (b) 有权主张邻接权的个人；

- (c) 受保护表达方式的类别；
- (d) 邻接权持有人与版权持有人之间的关系；
- (e) 与邻接权有关的排他性权利或公平取酬权的范围；
- (f) 任何关联因素或取得保护的手续，如固定性、出版或通知；
- (g) 对邻接权保护的任何限制和例外规定；
- (h) 邻接权的保护期；
- (i) 任何邻接权的转让性作为法律事项以及授予许可的权利；
- (j) 终止邻接权转让或许可的可能性，或以其他方式规范邻接权的转让或许可；以及
- (k) 任何相关精神权利的范围、期限和不可转让性。

专利

- (a) 确定谁是专利所有权人或共同所有权人；
- (b) 专利的有效性；
- (c) 保护限制和除外情形；
- (d) 保护范围和期限；
- (e) 质疑专利无效的理由（显而易见或缺乏新意）；
- (f) 某些以前的出版物是否被排除在先前的创作方法之外，并因此不可能妨碍获得专利；
- (g) 向先发明者提供保护，还是向先申请者提供保护；以及
- (h) 专利的转让性以及设定专利许可的权利。

商标和服务标识

- (a) 确定谁是标识的第一使用人或所有权人；
- (b) 被准予标识保护的，是标识的先使用者还是先申请者，如果后登记的标识与先登记的标识有冲突，是否对后登记的标识准予保护；

(c) 事前使用是否是在标识登记处办理登记的一个先决条件, 或者该权利是否通过初始登记取得, 通过后来使用维持;

(d) 权利保护的依据 (独特性);

(e) 失去保护的根据 (持有人未能确保标识与所有权人投放市场的产品之间的相关性), 例如在下述情况下:

(i) 在许可人并不直接或间接控制与标识有关的产品或服务的质量或性质的情况下发放使用许可 (所谓“无保护许可”); 以及

(ii) 改变标识从而使其外观与所登记的标识不相符; 以及

(f) 标识的转让是否必须是善意的转让。

(b) 担保交易法同知识产权相关法律之间可能重叠的领域

64. 上述问题并不产生《指南》所建议的法律服从知识产权相关法律的任何必要, 因为前者无意处理这些问题。换言之, 这些问题不在建议 4(b) 项所述原则的适用范围之内。当一国颁布《指南》所建议的法律, 而其知识产权相关法律的一项知识产权特定规则涉及一个属于《指南》所建议的法律范围的问题时, 也就是说该问题与知识产权担保权的设定、第三方效力、优先权、强制执行或适用法有关, 才会产生服从问题 (见上文第 2-7 段)。

65. 不能抽象论述对知识产权相关法律的服从所涉及的确切范围和影响, 因为各国确立知识产权特定规则的程度有很大差异, 实际上, 就是一国之内也因所涉知识产权的类别而存在很大差异。此外, 通过《指南》所建议的法律实现担保融资法律的协调和现代化也有一定局限性, 因为该法律只涉及担保交易法的问题, 而且在某些情况下仍服从知识产权相关法律 (见《指南》, 建议 4(b) 项)。另一个限制《指南》所建议的法律发挥作用的情况是, 各国知识产权相关法律并非以全面或协调的方式处理所有担保交易法的问题。为此, 要想取得最佳效果, 唯一的办法就是在通过《指南》所建议的法律实现担保交易法的协调和现代化的

同时，对知识产权相关法律进行审查，确保同《指南》所建议的担保交易法相一致和协调。下面的例子说明了通常遇到的一些情况。

例 1

66. 在一些以转让设保资产所有权的方式设定担保权的国家，可能无法对商标设定担保权。原因是，担心有担保债权人取得所有权会损害商标持有人必须掌握的质量控制权。此种国家采用《指南》所建议的法律，将使得为设定商标担保权而转让所有权成为不必要，并使这种禁止失去根据，因为按照《指南》所建议的法律中的担保权概念，设保人保留设保商标的所有权。至于有担保债权人是否就知识产权相关法律而言成为商标所含各项权利的所有权人、许可人或被许可人，则是另一回事（就担保交易法而言，有担保债权人不成成为所有权人、许可人或被许可人；见上文第 8、29、30 段，下文第 87、88 段）。然而，采用《指南》所建议的法律并不会自动取消这种禁止，这是因为，当《指南》同知识产权相关法律不一致时，《指南》所建议的法律必须服从该法律。因此，还是有必要对知识产权相关法律作出具体修正，使之与《指南》所建议的法律协调一致。

例 2

67. 在有些国家，只有知识产权的转让（不论是彻底转让还是为担保目的的转让）才能在专门的知识产权登记处登记，而且此种登记是转让产生效力的必要条件。在另一些国家，也可以对知识产权的担保权进行登记，此种登记具有构成效力或第三方效力。鉴于建议 4(b) 项所体现的原则是服从知识产权相关法律，采用《指南》所建议的法律不会影响这一规则的适用，此种专门登记仍然是必要的。但是，仅凭服从知识产权相关法律这一点，并非总能充分解决普通担保权登记处与知识产权登记处之间的协调

问题（见下文第 135-140 段），也并非总能充分解决可否对未来知识产权设定担保权和通知中可否提及未来知识产权的问题（见下文第 113-118、141-143 段）。

例 3

68. 在有些国家，知识产权相关法律规定可以在各种知识产权登记处登记彻底转让和担保权，但登记不是生效的必备条件。不过，登记会产生优先权后果，使未登记交易所产生的权利服从已登记交易所产生的权利。对于这种国家，建议 4(b) 项将维持其知识产权相关法律的这一规则，因此，希望得到最完善保护的有担保债权人可能既要在普通担保权登记处登记担保权通知，也要在相应的知识产权登记处登记担保协议或有关担保协议的通知（不过，如果知识产权登记处允许登记担保权，在该登记处登记足以满足所有目的）。这是因为：(a) 在该国普通担保权登记处登记是按照担保交易法取得第三方效力的一个必要前提（除非知识产权相关法律允许在相应的知识产权登记处登记担保权以实现第三方效力）；以及 (b) 为了保护有担保债权人，使其担保权不致因按照知识产权相关法律的优先权规则而受在知识产权登记处登记的相竞受让人或有担保债权人的权利的影响，在知识产权登记处进行登记仍然是必要的。

69. 在有些国家，在相应的知识产权登记处登记转让或担保权，只相对于先前未登记的转让或担保权提供保护，而且享有所登记权利的人取得权利时必须是不知悉未登记权利的存在（《指南》所建议的法律将服从此项规则，因为它是知识产权相关法律的规则，而不是这些国家的整个法律制度中通行的担保交易法的一般规则；见建议 4(b) 项）。在这些国家采用《指南》所建议的法律会产生的另一个问题是，在普通担保权登记处登记知识产权担保权通知，是否构成对在知识产权登记处登记转让或担保权的后继受让人或后继有担保债权人的推定通知。如果是的话，按照该国的法律，已在普通担保权登记处登记担保权通知的有担保

债权人无须也在知识产权登记处登记一份文件或文件的通知，即可享有相对于后继受让人和后继有担保债权人的优先权。否则的话，根据该国的法律，可能需要在知识产权登记处登记担保权文件或通知才能取得相对于后继受让人和后继有担保债权人的优先权。各国颁布《指南》所建议的法律和《补编》时似应处理一问题。

例 4

70. 作为一个知识产权相关法律的问题，有些国家规定必须在相应的知识产权登记处登记知识产权转让的文件或通知，但不必登记知识产权担保权的文件或通知。在这种情况下，登记只在受让人之间而不在受让人和有担保债权人之间产生优先权后果。在采取这种做法的国家，有担保债权人必须确保对其设保人进行的所有知识产权转让的文件或通知都在知识产权登记处适当登记，才能避免设保人的所有权不得不服从于后来登记的受让人的权利的风险。同样，有担保债权人也必须确保设保人为担保目的向其进行的转让的文件或通知在知识产权登记处适当登记，才能避免设保人的后继受让人所享有的权利优先于对有担保债权人的担保转让所产生的权利的风险。然而，在其他所有方面，有担保债权人的权利将由担保交易制度决定。

例 5

71. 作为一个知识产权相关法律的问题，在有些国家，完全可以自行决定是否在知识产权登记处登记知识产权转让和担保权的文件或通知，登记的目的是为了便于查明当下的所有权人。不予登记既不会导致交易无效，也不会影响优先权（但可能会产生证据推定）。采取这种做法的国家，其立场基本上与根本不存在专门登记处的情形无异。如果这些问题由知识产权相关法律处理，则《指南》所建议的法律遵从知识产权相关法律。但是，如果

这些问题留给一般财产法确定，则不存在谁服从谁的问题，因为《指南》之前的规则不是从知识产权相关法律而来，而是从一般财产法而来。因此，采用《指南》所建议的法律将会取代关于知识产权担保权的设定、第三方效力、优先权、强制执行和适用法律等等的现有规则。有关这些问题的原有规则将继续适用于知识产权的彻底转让，因为《指南》所建议的法律只涉及知识产权担保权。这样一来，有担保债权人将需要核实所声称的转让究竟是彻底转让还是变相的担保交易（也就是说，虽然当事各方不把交易说成是担保交易，但其实就是为担保目进行的交易）。不过，这类风险管理与不存在专门登记处的情况下必须对其他任何类型担保资产进行的风险管理并没有什么不同。

例 6

72. 一连串知识产权受让人中谁是知识产权所有权人的问题，是知识产权相关法律处理的问题。同时，一项转让是彻底转让还是以担保为目的的转让，则属于一般财产法和担保交易法的问题。最后，从许可协议产生的权利和义务是知识产权相关法律和合同法的问题。一国采纳《指南》所建议的法律，应当将以担保为目的的转让视作担保交易。

例 7

73. 如果知识产权相关法律订有专门规则，具体规范知识产权担保权的强制执行问题，则这些规则优先于《指南》所建议的强制执行制度。但是，如果知识产权相关法律未订有关于该事项的特定规则，而将知识产权担保权的强制执行问题留给一般民事诉讼程序法处理，则以《指南》所建议的担保权强制执行制度为准。同样，如果知识产权相关法律未订有关于非司法强制执行的特定规则，则适用《指南》所建议的关于担保权非司法强制执行的有关制度（见下文第 229-232 段）。

B. 当事人意思自治原则对知识产权担保权的适用

74. 《指南》所建议的法律基本上承认当事人意思自治原则，但确实也阐明了一些例外情形（见建议 10、111-113）。只要知识产权相关法律不限制当事人意思自治，该原则也同样适用于知识产权担保权（见下文第 222 段）。应当指出的是，建议 111-113 只适用于有形资产，因为这些建议提及的是占有，这一概念在《指南》中指的是“实际”占有，因而不适用于无形资产（见《指南》导言 B 节第 20 段中“占有”这一术语）。

75. 以下是在与知识产权有关的担保交易中运用当事人意思自治原则的一个例子：如果知识产权相关法律不予禁止，则根据担保交易法，设保人和有担保债权人可以约定，有担保债权人可以取得所有权人、许可人或被许可人的某些权利，从而成为所有权人、许可人或被许可人，有权与公共当局打交道（如办理登记或续展登记），并有权起诉侵权人，作进一步转让或授予许可。这种约定可以是担保协议中的一项特别条款，也可以是设保人与有担保债权人之间的一项单独协议，因为按照《指南》，有担保债权人并不仅仅因为取得担保权而成为所有权人、许可人或被许可人（见上文第 26、29、30 段，下文第 87、88 段）。

76. 下面是运用当事人意思自治原则的另一个例子：如果知识产权相关法律不予禁止，则根据担保交易法，设保人和有担保债权人可以约定，侵权损害赔偿费以及利润损失和设保知识产权的贬值均应计入原始担保资产。即使没有这种约定，按照《指南》所建议的法律仍可将此种赔偿费当作收益对待，条件是此种做法同知识产权相关法律并无不一致之处（见建议 4(b) 项）。不过，对侵权索赔的权利（而不是侵权损害赔偿费的受付款）是一个不同的问题。根据知识产权相关法律，这一权利一般不能用作信贷担保。此外，根据《指南》所建议的法律，这一权利也不能构成收益，因为它不在“与设保资产有关的一切所得”的范围之内（见《指南》导言 B 节第 20 段中“收益”这一术语）。

二． 知识产权担保权的设定

A. 设定和第三方效力的概念

77. 对于所有类型的设保资产（包括知识产权），《指南》所建议的法律都对担保权的设定（在当事人之间的效力）和担保权对抗第三方的效力加以区分，并对这两种结果的实现规定了不同要求。这实际上意味着关于担保权设定的要求可以保持在最低限度，任何补充要求的目的都是处理第三方的权利。作此区分的主要目的是实现《指南》所建议的法律的三个主要目标，即以简单和高效方式设定担保权，增强确定性和透明度，并确立明确的优先权规则（见《指南》，建议 1(c)、(f)、(g) 项）。

78. 根据《指南》所建议的法律，知识产权担保权可以以设保人和有担保债权人之间订立书面协议的方式设定（见《指南》，建议 13，以及下文第 82-85 段）。按照《指南》所建议的一般规则，要使担保权具有对抗第三方的效力，还须采取更多的步骤（见建议 29；关于例外情形，见建议 34(b) 项、39-41、43-45）。就大多数无形资产而言，这一步骤是在公共登记处登记一项关于可能存在担保权的通知，这也为确定有担保债权人和相竞求偿人之间的优先权确立了客观标准（见《指南》，建议 32、33；关于“相竞求偿人”这一术语，见上文第 10、11 段）。因此，如果按照《指南》所建议的法律提出的要求设定了担保权，则担保权在设保人和有担保债权人之间有效，即使尚未采取使担保权具有对抗第三方效力所必需的更多步骤（见建议 30）。其结果是，有担保债权人可以按照《指南》第八章所建议的法律提出的执行程序强制执行该担保权，但须按照第五章中提出的优先权规则视相竞求偿人的权利而定。

79. 在设定和对抗第三方效力上的这种区分同样适用于知识产权担保权。因此，根据《指南》所建议的法律，知识产权担保权即使不具有对抗第三方的效力，也在设保人和有担保债权人之间有效。有些国家的知识产权相关法律作了这种区分，但另一些国家的知识产权相关法律没有作这种区分，而是规定担保权的设定和取得对抗第三方效力要求采取相同行动。在此情况下，如建议 4(b) 项所要求的，《指南》所建议的法律服从此种法律。为确保担保交易法同知识产权相关法律之间更好地协调，颁布《指南》所建议的法律的国家似宜考虑对其知识产权相关法律进行审查。这类审查应使各国能够确定：(a) 知识产权相关法律不对知识产权担保权的设定及其取得对抗第三方效力作出区分，是否是为了达到知识产权相关法律（而非其他法律，如一般财产法、合同法或担保交易法）的特定政策目标，因此应当保留这种区分；或者 (b) 知识产权相关法律是否应当作这种区分，以便与《指南》所建议的法律的有关做法相一致。

B. 担保权处理的功能性、综合性和统一性概念

80. 在知识产权相关法律允许设定知识产权担保权这一前提下，可以使用若干种术语，包括知识产权的彻底转让或有条件转让、抵押、质押、信托或类似术语。《指南》用“担保权”这一术语指为保证债务得以偿付或以其他方式得以履行而通过约定在动产上设定的财产权，而不论各方当事人是否将其定名为担保权（因此，以担保为目的的转让作为担保手段涵盖在内；见《指南》导言 B 节第 20 段中“担保权”这一术语）。这种办法被称为担保交易的“功能性、综合性、统一性处理法”（见《指南》第一章，第 101-112 段，以及建议 8）。《指南》所设想的例外情形是，在购置款融资的有限情形下，国家可以采取非统一处理法，并可保留这种称作有形资产保留所有权或融资租赁的交易（见《指南》第九章）。

81. 对下列交易可采取类似办法：(a) 知识产权或知识产权许可的有条件转让，其中转让人是有担保债权人，在受让人支付购置款的任何未支付部分或履行为使受让人取得知识产权或许可而产生的债务或偿还为此提供的信贷之后，知识产权或许可的转让才告发生；(b) 知识产权或许可的彻底转让，其中受让人以赊购方式取得知识产权或许可，并为转让人设定担保权，藉此担保购置款的任何未支付部分或担保为使受让人取得知识产权或许可而产生的债务或提供的信贷；(c) 有关知识产权或许可的保留所有权交易，其中出卖人是有担保债权人，买受人在支付购置款的任何未支付部分或履行为使买受人取得知识产权或许可而产生的债务或偿还为此提供的信贷之后，才取得该知识产权或许可；或 (d) 有关知识产权或许可的融资租赁类交易，其中出租人为有担保债权人，承租人只要支付分期租金或履行为使承租人取得利用知识产权或许可的权利而产生的债务或偿还为此提供的信贷，即可利用该知识产权或许可（见《指南》导言 B 节第 20 段中“购置款担保权”这一术语；另见下文第九章）。因此，颁布《指南》所建议的法律的国家似宜审查本国的知识产权相关法律，以便：(a) 将用于指称有担保债权人权利的所有术语替换为“担保权”一词；或 (b) 规定凡是具有担保功能的权利，无论使用什么术语都应按同样方式处理，且处理方式不应与《指南》所建议的法律处理担保权的方式有不一致之处。

C. 对设定知识产权担保权的要求

82. 如前所述（见第 78 段），按照《指南》所建议的法律，无形资产设定担保权要有书面文件，该文件本身或结合当事人之间的一系列行为证明当事人设定担保权的约定。此外，设保人必须在订立担保协议之时或之后对拟设保资产享有权利或对其享有设押权力。协议必须反映当事人设定担保权的意图，列明

有担保债权人和设保人的身份，并对附担保债务和设保资产加以描述使之可以合理地识别（见《指南》，建议 13-15）。设定无形资产担保权无需额外步骤。为实现担保权的第三方效力所要求采取的任何额外步骤（例如在普通担保权登记处登记通知），不是设保人和有担保债权人之间设定担保权并使之有效的必要条件。

83. 不过，许多国家的知识产权相关法律对知识产权担保权的设定规定了不同的要求（所采取的形式可以是担保目的进行的转让、知识产权的抵押或质押等）。例如，为设定担保权，可以要求在相应的知识产权登记处登记知识产权担保权的文件或通知。此外，按照知识产权相关法律，可能需在担保协议中对拟设保的知识产权作具体描述（见下文第 84 段）。同样，由于这些国家的有些知识产权登记处按交易所涉具体知识产权而不是按设保人的名称或其他标识来编制所登记交易的索引，在这些国家，登记文件仅指明“设保人全部知识产权”是不行的，不能设定担保权（见下文第 142 段）。设定担保权，必须在担保协议或在知识产权登记处登记的其他任何文件中指明每一项知识产权。

84. 设保知识产权的分项识别，对于各类知识产权通常很有必要，如专利或版权。这或许是因为根据知识产权相关法律，一项知识产权通常抽象为包含一组权利，除非当事人有意以所有这些权利设保，否则需在担保协议中具体描述设保资产。在这种情况下，知识产权相关法律可以要求为确定性起见具体描述设有担保权的某些资产。按照这种做法，知识产权人可以使用该具体描述所不包含的其他具体权利，从另一信贷提供者那里获得信贷。还应当指出，由于知识产权具有组合权利的性质，当事人可以按自身意愿，作为组合权利或单独权利对各项知识产权设保。因此，只要当事人希望以具体方式描述设保知识产权，他们总是有权这样做的，而且绝大多数情况下可能都会这样做；

但是，不应因此而剥夺当事人一般描述设保知识产权的权利，除非知识产权相关法律另有要求。

85. 《指南》所建议的法律对担保协议描述设保资产提出的标准是相当灵活的，足以顾及各种不同情形，因为它提出“以能够合理识别的方式”描述设保资产（见建议 14(d) 项）；同样标准也适用于拟登记的通知（见下文第 141 段，以及《指南》建议 63）。因此，关于特定设保资产，相关法律和实践对何为合理描述做出的规定不同，这一标准就有可能不同。另外，在所有这些情形下，按照建议 4(b) 项体现的原则，《指南》所建议的法律只有在其不抵触知识产权相关法律的情况下才适用。颁布《指南》所建议的法律的各国似宜考虑审查本国的知识产权相关法律，以确定对设定知识产权担保权提出不同的概念和要求是否是为了达到知识产权相关法律的特定政策目标并因此应予保留，或者是否应当使其与《指南》所建议的法律的有关概念和要求保持一致。

D. 设保人对拟设保知识产权享有的权利

86. 如前所述（见第 82 段），设保人必须在订立担保协议之时或之后的某个时间对拟设保资产享有权利或对其享有设押权力（见《指南》，建议 13）。担保交易法的这一原则同样适用于知识产权。设保人可以对其全部权利或仅对有限的权利设保。由此，知识产权所有人、许可人或被许可人可以对其全部权利或对其在时间、范围或地域上受到限制的权利设保。此外，设保人只有在其资产按照一般财产法可以转让的情况下才能对这些资产设保（《指南》所建议的法律不影响这些限制；见《指南》建议 18，以及下文第 119、120 段）。这项原则也适用于与知识产权有关的担保交易。因此，所有人、许可人或被许可人只有在其权利按照知识产权相关法律可以转让的情况下才能对这些权利设保。

E. 在知识产权方面有担保债权人与所有权人之间的区分

87. 就《指南》所建议的法律而言，有担保债权人不能仅仅因为取得了知识产权担保权而成为所有权人、许可人或被许可人（视设保人的权利而定）。根据知识产权相关法律，可能也是这种情况（见上文第 26、29、30 段中“所有权人”和“有担保债权人”这两个术语）。但是，设保人违约时，有担保债权人行使权利往往导致设保人的设保知识产权被转让，因此，由知识产权相关法律确定的所有权人、许可人或被许可人的身份（视设保人的权利而定）可能发生改变。如果强制执行知识产权担保权导致有担保债权人在处分中获得设保知识产权（见下文第 237、238 段，以及《指南》建议 142、148），或者导致有担保债权人在附担保债务的全部或部分清偿中获得设保知识产权（见下文第 242 段，以及《指南》建议 156-159），就会发生这种情况。

88. 无论如何，谁是知识产权所有权人、许可人或被许可人以及当事人能否自行对此作出决定的问题，是一个知识产权相关法律的问题。如前所述（见第 87 段），根据知识产权相关法律，有担保债权人有时可以作为所有权人、许可人或被许可人对待。如果知识产权相关法律是这样规定的，有担保债权人可以续展登记或起诉侵权人，也可以通过与所有权人、许可人或被许可人的约定成为所有权人、许可人或被许可人（见下文第 223-226 段）。

F. 知识产权情况下的各类设保资产

89. 根据《指南》所建议的法律，不仅可对知识产权人的权利设定担保权，而且可对许可协议下许可人或被许可人的权利设定担保权（见上文第 13-16、54、55 段中“设保资产”这一术语）。此外，尽管使用知识产权的有形资产（例如名牌手表或带有商标的服装）的担保权并不延伸到知识产权（见下文第 108-112 段），但只要有

担保债权人可以对有形资产执行其担保权，此种担保权仍然会对有形资产所使用的知识产权有影响（见下文第 245-248 段）。如前所述（见第 82-85 段），《指南》所建议的法律要求在担保协议中以能够合理识别的方式对拟设保知识产权加以描述，而且这一标准要相当灵活，足以顾及知识产权相关法律对具体描述拟设保知识产权的任何要求（见《指南》，建议 14(d) 项）。

90. 应当指出，《指南》所建议的法律并不推翻知识产权相关法律（或其他法律）对限制知识产权（或其他）资产的担保权设定、强制执行或转让性的任何规定（见建议 18）。此外，《指南》所建议的法律也不影响对知识产权转让性的合同限制（建议 23 只涉及对应收款转让性的合同限制）。因此，这两项建议所产生的结果是，如果根据知识产权相关法律不能对一项知识产权设定担保权或不能执行此种担保权，或者该项知识产权根据法律或根据合同不可转让，《指南》所建议的法律都不干涉这些限制（见下文第 119、120 段）。但是，对于未来应收款或者对于成批转让或部分转让的应收款，《指南》所建议的法律的确推翻了对其转让性的法律限制，理由仅仅是其属于未来应收款或成批转让或部分转让应收款（见建议 23）。另外，在某些条件下，《指南》所建议的法律也影响到对应收款转让性的合同限制（但不影响知识产权相关法律而对应收款采取的不同对待办法；见《指南》建议 24，以及下文第 102-105 段）。其结果是，一国只要颁布了《指南》所建议的法律，对此种应收款转让性的这些法律限制或合同限制将不再适用。

1. 知识产权人的权利

91. 《指南》所建议的法律适用于设保资产系知识产权人的权利的担保交易（见上文第 13-16、54、55 段）。一般而言，知识产权人权利的实质是享有知识产权的权利、防止未经授权使用知识产权和起诉侵权人的权利、登记知识产权和续展登记的权利、授权

他人使用或利用知识产权的权利，以及收取使用费的权利（关于知识产权人通过起诉侵权人和续展登记来维护设保知识产权的权利，见下文第 93-95 段）。

92. 如果按照知识产权相关法律这些权利是可以转让的，则知识产权人可以按照《指南》所建议的法律对这些权利的全部或部分设定担保权，在不违反建议 4(b) 项的前提下，《指南》所建议的法律将适用于这种担保权。在这种情况下，所有这些权利将构成原始设保资产（使用费受付款将是所有权人权利的收益，除非已列入担保协议对设保资产的描述）。如果按照知识产权相关法律这些权利不可转让，就不能按照《指南》所建议的法律设定担保权，这是因为，如前所述（见第 90 段），《指南》所建议的法律不影响对担保权的设定或强制执行或者对资产转让性作出限制的法律条文，但与未来应收款和成批转让应收款的转让性有关的条文不在此列（见《指南》建议 18，以及下文第 98-101 段）。

93. 知识产权人维护其知识产权的权利（例如，通过起诉侵权人并获得禁止令和（或）金钱赔偿）是不是一项可以同知识产权人的其他权利分开单独转让的动产，这个问题是知识产权相关法律处理的事项。一般而论，根据知识产权相关法律，对侵权人的起诉权是知识产权人权利的一部分，不能与知识产权人的各项权利分开单独转让。但是，根据担保交易法，设保人可以作为知识产权人与有担保债权人约定，在知识产权相关法律不予禁止的情况下，有担保债权人可以取得这一权利（见上文第 74-76 段，下文第 223-226 段）。

94. 此外，除非知识产权相关法律不允许，否则设保人可以作为知识产权人与有担保债权人约定，设保人对侵权人行使起诉权（例如，一旦行使的对侵权行为损害赔偿的受付款），所得利益纳入原始设保知识产权。这样，如果知识产权相关法律将这类利益作为可与知识产权人的权利分开单独转移的动产处理，则可否在这类利益上设定担保权的问题就属于担保交易法处理的问题了（须服从建议 4(b) 项规定的限制）。

95. 举例来说,在对知识产权人的权利设定担保权之前或之后,如果曾有侵权行为发生,而且在知识产权设定之后,知识产权人已经起诉侵权人,侵权人也已经向知识产权人赔付,则有担保债权人可以以所付赔偿系原始设保知识产权的收益,或在担保协议作出适当描述的情况下以所付赔偿系原始设保资产,对其提出主张。担保权设定时尚未赔付,而是在设保人(知识产权人)违约后才赔付的,有担保债权人也可以以所付赔偿系原始设保知识产权的收益,或在担保协议作出适当描述的情况下以所付赔偿系原始设保资产,对其提出主张。相反,根据知识产权相关法律,对侵权人的起诉权通常不构成原始设保知识产权的收益,也不构成原始设保资产(见上文第93段)。但是,如果设保人(知识产权人)已经对侵权人提起诉讼,且强制执行担保权时诉讼仍在进行,则在强制执行担保权的过程中取得设保人对设保知识产权的权利的人,应当能够接管该诉讼并获得判给的任何赔偿(同样须在知识产权相关法律允许的情况下)。

96. 对于在登记过程各个阶段同政府机关打交道的权利(例如,提出知识产权登记申请的权利、登记知识产权的权利或续展知识产权登记的权利)或授予许可的权利是否可以转让并因此成为设保知识产权的一部分的问题,也适用类似的考虑。同政府机关打交道的权利或授予许可的权利是否可以转让或是否构成知识产权人的不可分割的权利的问题,是知识产权相关法律处理的问题。至于这种权利是不是知识产权人所设保的各项权利的一部分,则是担保协议中如何描述设保资产的问题,但前提仍是根据知识产权相关法律此种权利可以转让。

2. 许可人的权利

97. 根据《指南》所建议的法律,许可协议下许可人的权利可以设定担保权(见上文第13-16、54、55段)。如果许可人是所有权人,许可人可以如上所述对其(全部或部分)权利设定担保权(见

上文第 91-96 段)。如果许可人不是所有权人,而是授予次级许可的被许可人,他一般可以对次级许可协议下次级被许可人的使用费受付款设定担保权。在设保人是许可人而非知识产权人的情况下,设保人对次级许可使用费设定担保权,次级许可使用费将是原始设保资产;在设保人是知识产权人的情况下,设保人对知识产权本身设定担保权,次级许可使用费将是原始设保知识产权的收益,除非次级许可使用费已列入担保协议对原始设保资产的描述中(关于被许可人的权利,见下文第 106、107 段)。这类许可人也可对其根据许可协议和相关法律可能享有的其他有价值的合同权利设定担保权。这些其他合同权利可以包括:(a) 许可人要求被许可人必须为被许可使用的知识产权或使用知识产权的产品做广告的权利;(b) 许可人要求被许可人只能以某种特定方式推销被许可使用的知识产权的权利;以及(c) 许可人因被许可人违约而终止许可协议的权利。

98. 按照大多数法律制度所采取的而且也是《联合国转让公约》(见第 2 条)所反映的办法,《指南》所建议的法律将知识产权许可所产生的使用费受付款作为应收款处理(见《指南》导言 B 节第 20 段中“应收款”这一术语)。这意味着,关于担保权的一般性讨论和建议在按照《指南》中专门针对应收款的讨论和建议加以修改后,可适用于使用费受付款。因此,根据《指南》所建议的法律,那些仅仅因为未来应收款或成批转让或部分转让应收款是未来应收款或成批转让或部分转让应收款而禁止其转让的规定将成为不可执行(见《指南》,建议 23)。但是,其他法定禁止或限制不受影响(见建议 18)。此外,被许可人可以对许可人所享有的使用费受付款的受让人提起许可协议或同一交易中的其他任何协议所产生的所有抗辩或抵消权(见建议 120)。

99. 这方面必须指出的是,因《指南》而不可执行的法定禁止,涉及的是只能作为未来应收款的未来应收款,或者涉及成批转让的或部分转让的应收款。这些法定禁止并不影响基于应收款性质的法定禁止,例如,依法只能直接付给作者或集体管理协会的

工资或使用费这样的应收款。许多国家有“作者保护”法或类似的法律，从使用知识产权所赚取的收入中划出一定数额归入“衡平报酬”等，规定必须将其付给作者或其他有资格的当事人或其集体管理协会。这些法律通常明文规定此类受付款不得转让。《指南》有关应收款转让限制的建议不适用于这些限制或其他类似法定限制。

100. 还必须指出的是，在《指南》所建议的担保交易法中将使用费受付款作为应收款处理，不影响知识产权相关法律以不同方式处理这种使用费受付款。

101. 最后，同样必须指出的是，按照处理其他任何应收款的相同方式处理使用费受付款，并不影响许可协议与支付使用费有关的条款和条件，如分期付款或依据市场条件或销售额按百分比付款（关于《指南》所建议的法律中的尊重许可协议原则，见上文第 23-25 段，下文第 107、158、159、187、191、192 段）。

102. 根据《指南》所建议的法律，即使规定支付使用费的许可协议中包含一项合同条款，限制许可人向第三方（“受让人”）转让使用费受付款的能力，许可人对使用费受付款的转让依然有效，被许可人不能仅仅因为许可人转让了使用费受付款而终止许可协议（见《指南》，建议 24）。但是，根据《指南》所建议的法律，被许可人（作为被转让应收款的债务人）的权利不受影响，除非《指南》所建议的担保交易法另有规定（见建议 117(a) 项）。具体来说，被许可人有权向受让人提起许可协议或同一交易中的其他任何协议所产生的所有抗辩或抵消权（见建议 120(a) 项）。此外，《指南》所建议的法律不影响许可人（或次级许可人）在其他法律下因违反禁止转让协议而应负的赔偿责任（见建议 24）。由于“许可”一词涵盖次级许可（见上文第 23 段），所以同样的原则适用于次级许可协议中次级被许可人据以限制次级许可人转让次级被许可人应付给次级许可人的次级许可使用费的受付款的能力的规定。

103. 必须指出的是，建议 24 只适用于应收款，而不适用于知识产权。这意味着该建议不适用于许可人和被许可人之间规定被许可人无权授予次级许可的协议（这种协议是许可人依协议控制被许可使用的知识产权、谁可使用该知识产权以及使用费付款流向的一种方式）。同样必须指出的是，建议 24 只适用于应收款债权人和应收款债务人之间规定债务人所欠债权人的应收款不可转让的协议，而不适用于应收款债权人和该应收款债务人之间规定债务人不得转让第三方对债务人所欠应收款的协议。因此，建议 24 不适用于许可人和被许可人之间规定被许可人不得转让第三方次级被许可人支付的次级许可使用费的受付款的协议。这类协议是许可人依协议控制使用费付款流向的另一种方式，例如，如果许可人和被许可人约定次级许可使用费用于被许可人进一步开发被许可使用的知识产权，可能存在这类协议。因此，建议 24 不影响许可人的下述权利：与被许可人谈判达成许可协议，以便依协议控制谁能使用知识产权或者控制被许可人和次级被许可人所支付使用费的流向。被许可人违反此类许可协议的结果仅仅是被许可人须支付损害赔偿，被许可人在其次级许可使用费受付款上设定的担保权并不会因此而无效。但是，如果许可人因被许可人违反约定而终止许可协议，被许可人就失去了转授许可，无法赚取次级许可使用费，被许可人的有担保债权人也将失去其设保资产。

104. 此外，建议 24 不适用于许可人和被许可人之间有如下规定的协议：在被许可人违反关于不得转让次级被许可人应付被许可人的使用费的受付款的约定时，许可人将终止许可协议（这类协议是许可人依协议控制使用费付款流向的另一种方式）。在这种情况下，应当指出的是，如果许可人有权在被许可人违反这一约定时终止许可协议，那么次级被许可人就会积极确保许可人得到付款。另外，建议 24 也不影响许可人的下述权利：(a) 与被许可人约定，被许可人的部分使用费（这是被许可人向许可人支付使用费的一个来源）由次级被许可人支付到许可人名下的账户；或者 (b) 取得在被许可人对次级被许可人的使用费受付款上的担保权，并在普通担保权登记处（或相关的知识产权登记处）登记该担保权的通知，从而使所取得的担保权优先于被许可人的其他债权人

(但不能违反《指南》关于取得担保权的第三方效力 and 优先权的建议; 见下文第 213-218 段)。

105. 根据《指南》所建议的法律, 有担保债权人取得应收款的担保权, 即享有了为应收款的支付提供担保的知识产权担保权 (见建议 25)。但是, 这并不意味着对知识产权转让性的法定限制归于无效 (见建议 18)。同样, 这也不意味着对知识产权转让性的合同限制受到影响, 因为建议 24 适用于应收款的转让, 而不是知识产权的转让。

3. 被许可人的权利

106. 根据知识产权许可协议及其所适用的法律, 被许可人可能有权授予次级许可和作为次级许可人收取根据次级许可协议支付的任何使用费。上文有关许可人权利的讨论 (见第 97-105 段) 同样适用于被许可人作为次级许可人的权利。

107. 通常的做法是, 被许可人获得授权, 按照许可协议的条款和条件使用或利用被许可使用的知识产权。一些知识产权相关法律规定, 未经许可人同意, 被许可人不得在其获得使用授权或利用授权后对被许可使用的知识产权设定担保权 (不过, 在许多国家, 当被许可人将其企业作为经营中企业出售时可能出现例外情况)。原因是, 许可人对被许可使用的知识产权和谁可以使用该知识产权保留控制十分重要。如果不能行使这种控制权, 则被许可使用的知识产权的价值可能受到实质性损害或完全丧失。但是, 如果被许可人根据许可协议享有的权利可以转让, 而且被许可人在这些权利上设定了担保权, 则有担保债权人将取得对被许可人所享有的、受许可协议条款和条件约束的权利的担保权。如果许可可以转让而且被许可人转让了该许可, 则受让人将取得受许可协议条款和条件约束的该许可。《指南》所建议的法律不影响这些授予许可的做法。

4. 使用知识产权的有形资产

108. 知识产权可用于有形资产。例如：(a) 有形资产可能是按照专利工艺或通过行使专利权生产出来的；(b) 牛仔服可能带有商标，而轿车或其他装置中可能带有版权软件拷贝或设计权；(c) 光盘可能含软件程序；或者 (d) 热力泵可能包含专利部件。

109. 有形资产使用知识产权涉及两种不同类型资产。一种是知识产权，另一种是有形资产。这些资产彼此独立。知识产权相关法律允许知识产权人控制有形资产的多项用途，但不能控制其所有用途。例如，版权相关法律允许作者防止未经授权复制其著作，但如果该书是经授权的书店从经授权的售卖中购得的，一般都不阻止其转售，也不阻止最终买方读书时在空白处作笔记。因此，有形资产担保权不延伸到有形资产使用的知识产权，知识产权担保权不延伸到使用知识产权的有形资产。《补编》建议采用这种办法（见下文建议 243）。

110. 但是，根据《指南》所建议的法律，担保协议的当事人始终可以约定，既对有形资产又对该资产使用的知识产权设定担保权（见建议 10）。例如，可以对带商标的牛仔服库存品和该商标设定担保权，使有担保债权人在设保人违约时既有权出售设保的带商标牛仔服，也有权生产带有设保商标的其他牛仔服。在这种情况下，如果制造商 / 设保人是商标所有权人，设保资产即是所有权人的权利。如果制造商 / 设保人是被许可人，设保资产则是被许可人根据许可协议所享有的权利（见上文第 43-45 段）。

111. 担保权的准确范围取决于担保协议对设保资产的描述。如前所述（见上文第 82-85 段），“以能够合理识别的方式”对设保资产进行描述，这种说法是相当灵活的，足以顾及各种不同情形（见《指南》，建议 14(d) 项），因为它所确定的标准可以根据相关法律和惯例对何谓合理描述所作的规定而变化。

因此，对有形设保资产作一般描述似乎符合《指南》的各项原则和当事人的合理期望。同时，《指南》所建议的法律又将顾及知识产权相关法律关于担保协议中具体描述拟设保知识产权的主要原则。如果根据《指南》所建议的法律只需对设保知识产权作一般描述，而根据知识产权相关法律必须作具体描述，根据《指南》建议 4(b) 项，仍将对设保知识产权适用后一种要求。

112. 如前所述（见上文第 109、110 段），使用知识产权的有形资产，其担保权不延伸到知识产权（除非另有规定），但此种担保权确实是针对有形资产本身设定的，其中包括了该资产中使用知识产权的那些特征（例如，该担保权适用于具有正常电视机功能的电视机）。因此，这种资产的担保权不赋予有担保债权人利用该知识产权生产额外资产的权利。但若发生违约，拥有该有形资产担保权的有担保债权人可以行使担保交易法所认可的救济办法，前提是，行使这种救济办法不影响根据知识产权相关法律业已存在的权利。按照所适用的知识产权相关法律，可能适用“穷竭理论”（或类似概念），并允许担保权的强制执行（关于强制执行问题的讨论，见下文第 245-248 段）。

G. 未来知识产权的担保权

113. 《指南》所建议的法律规定，设保人可以对未来资产即对设保人在设定担保权之后创造或取得的资产设定担保权（见建议 17）。同《指南》所建议的其他任何规则一样，这条规则也适用于知识产权，除非与知识产权相关法律不一致（见建议 4(b) 项）。因此，根据《指南》所建议的法律，可以对未来知识产权设定担保权（关于这方面的法律限制，见《指南》建议 18，以及下文第 119、120 段）。这种做法的理由是，允许担保权延伸到未来知识产权具有商业效用。

114. 许多知识产权相关法律也采取相同做法，允许知识产权人为开发新作品融资，前提是这些作品的价值可以预先作出合理估计。例如，通常可以在受版权保护的电影或软件上设定担保权（受版权保护的作品生成之时，担保权即告设定；见上文第 40 段）。在一些国家，专利权获准之前就可以对专利申请设定担保权（通常认为，专利权获准后，担保权的设定时间是提出专利申请的时间）。

115. 不过，在某些情况下，知识产权相关法律为实现特定的政策目标可以限制各种未来知识产权的转让性。例如，在有些情况下，如果转让对新媒体或技术应用的权利时此种新媒体或技术应用尚不为人所知，则此种转让可能归于无效，这样做是为了保护著作人不受不当承诺的约束。在另一些情况下，未来权利的转让可能须在一段时期后服从于法定取消权。再有就是“未来知识产权”的概念可以包括已经设定、可以登记但尚未登记的权利。法定禁止的另一种表现形式或许是要求对知识产权作具体描述。

116. 对未来知识产权用作信贷担保规定其他限制，可能是因为知识产权的“改进”、“更新”、“改编”或其他改动这些概念在知识产权相关法律中的含义。举例来说，与受版权保护的内容有关的此种“其他改动”可能是涉及内容质量或内容发送形式的改动，例如，录音的重新灌制或数字转换，或者采用新的电子方式发送录音，由此可能催生有待创新的、依赖于或独立于任何有形载体的新的方式或新的用途。

117. 有担保债权人应当了解这些概念根据知识产权相关法律是如何解释的，以及这些概念对于“所有权”概念有何影响，后者对知识产权担保权的设定至关重要。例如，在涉及版权软件时，这样的确定尤为重要。在一些国家，融资时存在的版权软件版本上设定的担保权可自动延及供资后对该版本所作的修改。但是，知识产权相关法律一般都将此未来改进视作单独资产对待，而不将其视为现有知识产权不可分割的组成部分。因此，如果未来知识产权是可以设保的，那么谨慎的有担保债权人如果希望

确保相关改进也能设保，就应当在担保协议中以能够确保对相关改进直接设保的方式对设保资产作出表述（见下文第 241 段）。如果未来知识产权不能设保，对改进的设保也就无从谈起，《指南》所建议的法律就不会影响任何此种限制（见建议 18）。

118. 如果知识产权相关法律限制未来知识产权的转让性，则《指南》所建议的法律不适用于这一事项，因其不符合知识产权相关法律（见建议 4(b) 项）。除此限制之外，《指南》所建议的法律将适用，并允许对未来资产设定担保权（见建议 17）。各国在颁布《指南》所建议的法律时似宜对知识产权相关法律进行审查，以确定这些限制带来的好处（例如保护所有权人不受不适当承诺的约束）是否大于这些资产用作信贷担保的好处（例如，为研发活动融资）。

H. 对知识产权转让性的法律限制或合同限制

119. 知识产权相关法律的特定规则可能会限制知识产权人、许可人或被许可人对某些类型知识产权设定担保权的能力。在许多国家，可以转让的只是著作人的经济权利，精神权利不可转让。还有，许多国家的法律规定，著作人获得公平报酬的权利不可转让。另外，在许多国家，无相关善意，商标不能转让。最后，同知识产权以外的其他资产一样，一人对某项资产不享有权利或没有对其设押的权力，不得对该项资产设保（见《指南》，建议 13，以及“不可以己所无予人” (*nemo dat (quod non habet)*) 原则）。⁹《指南》所建议的法律尊重所有这些关于知识产权转让性的限制（见建议 18）。

120. 关于某些资产的转让性的法律限制，《指南》所建议的法律可能影响并取消的法律限制，仅限于对未来应收款、成批转让

⁹ 又称“不得以非己之权利予人” (*nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*) 原则。

应收款、应收款组成部分或应收款中未分割权益的转让性规定的法律限制，以及对出售或许可使用知识产权所产生的应收款的转让作出的合同限制（见《联合国转让公约》第8条、第9条，以及《指南》建议23-25）。此外，《指南》所建议的法律还可能影响合同限制并使之无效，但仅限于应收款（不涉及知识产权），而且只限于一种特定情形，即应收款债权人与该应收款债务人之间订立的协议（见上文第102-104段）。

建议 243¹⁰

使用知识产权的有形资产的担保权

法律应当规定，有形资产使用知识产权的，有形资产的担保权不延伸到知识产权，知识产权的担保权也不延伸到有形资产。

¹⁰ 如果此项建议可纳入《指南》，应作为建议28之二编入第二章（担保权的设定）。

三． 知识产权担保权对抗第三方的效力

A. 第三方效力的概念

121. 如前所述（见第 77-79 段），《指南》所建议的法律区分担保权的设定（担保权在当事人之间的效力）和担保权对抗第三方的效力。这一区分同样适用于知识产权担保权。不过，如果知识产权相关法律不作此种区分，而且这也是专门针对知识产权的办法，则《指南》所建议的法律服从于该法律（见建议 4(b) 项）。

122. 此外，在一些国家，知识产权担保权的设定和第三方效力由适用于其他类型无形资产担保权的相同规则管辖。而在另一些国家，知识产权相关法律可能规定某些类型知识产权的担保权的设定和取得对抗第三方效力的具体办法。对必须在专门登记系统登记的知识产权（如专利、商标，在某些国家还有版权）的担保权制定的规则，通常不同于对无须进行这类登记的知识产权（如商业秘密、工业设计，在某些国家还有版权）的担保权制定的规则。这些事项将在下文 B 节和 C 节论及。

123. 在《指南》所建议的法律中，“对抗第三方效力”这一概念系指设保资产的担保权作为一种财产权是否在设保人和当时已对设保资产享有担保权或其他权利或未来可能取得担保权或其他权利的有担保债权人以外具有对抗其他当事人的效力。这类第三方（“相竞求偿人”）包括设保人的债权人、设保人破产时的破产管理人，也包括设保资产的受让人、承租人和被许可人（见上文第 10、11 段）。相比之下，在知识产权相关法律中，“第三方效力”一词往往是指与知识产权所有权相关的排他性权利的效力或知识

产权许可人或被许可人的权利的效力，而非担保权的效力。两者不应混淆。知识产权担保权对抗第三方的效力是担保交易法处理的问题，而所有权的相关排他性权利或许可人或被许可人的权利对抗此种权利的受让人的效力，则是知识产权相关法律处理的问题。在这方面应当指出，就担保交易法而言，侵权人不是相竞求偿人。因此，《指南》所建议的法律不适用于有担保债权人的权利与被控侵权人的权利之间的“冲突”。此外，如果被控侵权人对有担保债权人提出抗辩，声称被控侵权人是设保知识产权的受让人或被许可人，则应按照知识产权相关法律对被控侵权人是否确实是侵权人的问题进行判定。在此之后，如果经证实被控侵权人为受让人或被许可人（而非侵权人），且其权利与有担保债权人的权利之间发生优先权冲突，则《指南》所建议的法律适用于该优先权冲突（见下文第 184-212 段）。

B. 在知识产权登记处登记的知识产权担保权的 第三方效力

124. 《指南》所建议的法律规定，无形资产上的担保权可通过在普通担保权登记处登记通知或在专门登记处（若有的话）登记文件或通知而取得对抗第三方的效力。《指南》所建议的法律基于下述假设：当一国设有专门登记处时，该国将准许以登记担保权文件或通知的方式取得担保权的第三方效力（见《指南》建议 32、34(a)(ii) 项、38(a) 项，以及下文第 132-134 段）。

125. 关于知识产权登记处办理登记的做法，各国在诸多方面都有所不同，其中包括：(a) 是否可以办理转让、许可还有担保权的登记；(b) 是否可以办理专利、商标、版权或其他类型知识产权所含各种权利的登记；(c) 是否需要登记文件、文件概要或通知；以及 (d) 登记的法律后果是什么。在有些情况下，即使是在同一法律制度下也不易找到所有这些问题的答案。

126. 举例来说,在有些国家,根据知识产权相关法律,担保权文件或通知不在相应的知识产权登记处办理登记,担保权便不能设定或具有对抗第三方效力。在另一些国家,知识产权相关法律规定,当事人订立担保协议后,即使未办理登记,担保权即已设定并同时具有对抗第三方效力。在这些情形下,在相应的知识产权登记处登记,可使某些第三方(通常是不知资产已设保的受让人,也就是“善意受让人”)援用优先权规则,根据此种规则,已登记的担保权优先于未登记的在先担保权,但未经登记的此种担保权仍具有对抗其他第三方的效力。还有一些国家在知识产权相关法律中规定,当事人订立担保协议,担保权即已设定,但还须在相应的知识产权登记处登记才能具有对抗第三方的效力,例如,所依据的证据规则是,担保权不经登记不得为证。另有一些国家在知识产权相关法律中规定,登记系统不适合登记担保权文件或通知,担保权的设定和第三方效力必须在知识产权登记系统之外实现。最后,在一些对担保权的设定和第三方效力加以区分的国家,知识产权相关法律规定,要实现担保权的第三方效力,既可以利用知识产权登记处,也可以利用现有的普通担保权登记处。如果打算以知识产权相关法律目前所规定的这些方法中的任何一种方法作为担保权取得对抗第三方效力的唯一办法,则根据建议 4(b) 项,该办法优先于《指南》所建议的法律中规定的任何一种办法。

127. 《指南》建议使用普通担保权登记处(见《指南》,第四章)。此外,如果已经设有专门登记处,准许以登记担保权文件或通知作为实现担保权第三方效力的方法,《指南》也避免削弱此种登记处。《指南》实现此种结果的办法是,承认以在此种专门登记处登记作为实现担保权第三方效力的方法,并赋予此种登记优先地位(见建议 38、77、78)。由于此事超出了担保交易法的范围,而且无论如何都要求各国额外作出努力和增加开支,《指南》并不建议目前没有为某些类型知识产权设立专门登记处的国家为了对知识产权担保权文件或通知进行登记而设立此种

登记处。出于同样考虑,《指南》也不建议目前不允许在知识产权登记处登记担保权文件或通知的国家为了便于这种登记而修订本国法律。最后,从避免工作重叠和双重开支考虑,《指南》不建议制定一条规则,要求担保权文件或通知既在相应的知识产权登记处登记,又在普通担保权登记处登记。不过,如果颁布《指南》建议的国家已经设有专门的知识产权登记处并希望使用它们登记知识产权担保权,从而利用《指南》建议 38 中提出的选择办法,这些国家不妨对本国的知识产权相关法律进行审查,考虑是否准许在现已存在的知识产权登记处登记担保权通知并使其取得第三方效力。没有专门知识产权登记处的国家,或者设有此种登记处但不希望使用它们登记知识产权担保权的国家,始终可以使用普通担保权登记处登记包括知识产权在内的各类动产的担保权通知。

C. 未在知识产权登记处登记的知识产权担保权的 第三方效力

128. 如前所述(见第 124 段),根据《指南》所建议的法律,知识产权担保权可通过在普通担保权登记处登记通知而取得对抗第三方的效力(见《指南》,建议 32)。即使不能在知识产权登记处登记设保知识产权(例如,版权、工业设计或商业秘密通常属于此种情况),也有这种可能。如果可以在知识产权登记处登记知识产权担保权文件或通知而实际上并未办理登记手续,仍将适用同样规则。在上述所有情形下,在普通担保权登记处登记通知即可,其法律效果是使担保权取得对抗第三方的效力(见《指南》,建议 29、32、33、38)。但是,如果知识产权相关法律规定知识产权担保权只有在知识产权登记处登记才能取得对抗第三方的效力,在这种特殊情况下,担保权是不能通过在普通担保权登记处登记而取得对抗第三方效力的(见《指南》,建议 4(b) 项)。

129. 另外, 如前所述(见第125、126段), 知识产权相关法律对知识产权担保权文件或通知的登记问题采取的办法是各种各样的。在一些国家(通常是那些以非占有式质押概念作为担保交易法基础的国家), 要么根本不能登记任何权利——至少是对某些类型的知识产权而言, 要么只能登记知识产权的彻底转让。这意味着, 此种知识产权的担保权无法通过在知识产权登记处登记取得对抗第三方效力。在另一些国家(通常是那些担保交易法采用抵押概念的国家), 知识产权担保权被当作另类转让(彻底转让或有条件转让), 因此, 担保权的设定和取得对抗第三方效力同其他任何转让是一样的。所以, 在这些国家, 以所有权为基础的担保权通常必须在相应的知识产权登记处登记文件或通知才能设定并具有对抗第三方效力, 而不以所有权为基础的担保权就不能这样登记。其中有些国家准许此种登记具有第三方效力。最后, 少数几个国家还规定了补充要求, 通常包括缴纳印花税或其他交易税, 或要求向全国著作权人协会或集体管理协会等行政管理机构发送通知。颁布《指南》所建议的法律的国家似宜通过以下方式将其担保交易法和知识产权相关法律统一起来: (a) 以统一的担保权概念取代所有现行担保手段, 或者起码规定以所有权为基础的担保权应适用担保权所适用的同样规则(见上文第80、81段); 以及 (b) 允许以在相应的知识产权登记处登记知识产权担保权通知作为实现第三方效力的途径(至少是就可能已在此种登记处登记的知识产权而言)。

四． 登记制度

A. 普通担保权登记处

130. 如前所述（见第 127 段），《指南》建议各国设立普通担保权登记处（见建议 54-75）。一般来说，《指南》所建议的登记制度的目的是：(a) 提供一种可使现有资产或未来资产的担保权取得对抗第三方效力的高效率办法；(b) 为以登记时间为依据的优先权规则提供一个有效的参照点；以及 (c) 为设保人资产所涉及的第三方提供客观的信息来源，使其了解该资产是否已经设有担保权（见《指南》关于登记制度的第四章的建议中目的一节）。根据这一办法，完成登记的方式是登记担保权通知，而非登记担保协议或其他文件（见建议 54(b) 项）。通知只需提供关于担保权的基本信息，即：(a) 设保人和有担保债权人或其代表的名称或其他身份标识，以及地址；(b) 设保资产描述；(c) 登记期限；以及 (d) 颁布《指南》所建议的法律的国家作此规定的，关于担保权最高强制执行额的声明（见建议 57）。

131. 《指南》所建议的法律为识别担保权设定人（无论是个人还是法人）的身份制定了明确规则。这一事项很重要，因为通知是按设保人的名称或其他标识编入索引并可供查询人检索的（见建议 54(h) 项、58-61）。此外，《指南》所建议的法律还载列了一些简化登记处操作和使用方法的规则。例如，《指南》所建议的法律规定，登记处应当尽量实现电子化，并允许以电子方式登记和查询（见建议 54(j) 项）。另外，《指南》所建议的法律还规定，如果收费，登记费和查询费的定价不高于收回成本所必要的水平（见建议 54(i) 项）。

B. 特定资产知识产权登记处

132. 如前所述（见第 124-127 段），许多国家设有登记（或记录）知识产权相关交易（如转让）的国家登记处。在其中一些登记处，也可以先为知识产权担保权备案（即可提交登记申请）再办理实际登记。然而，虽然大多数国家都有专利和商标登记处，但并非所有登记处都可登记专利或商标的担保权文件或通知。此外，在某些国家，（无论是担保权还是其他权利的）通知登记都不产生第三方效力。还有一些国家为版权设有类似的登记处，但这种做法并不普遍。

133. 一些国家设有登记通知的知识产权登记处，但更多国家采用文书记录制或“文件登记”制。在这些制度下，必须将完整的转让文书记录在案，或在某些情形下将载明基本转让条款的备忘录记录在案。要求登记交易文件或载明基本交易条款的备忘录是因为需要有透明度。因此，转让文书或备忘录必须明确说明所转让的具体权利，以便向查询者提供有效的通知，并使资产得到高效利用。此外，知识产权登记处有时还按具体的知识产权而非设保人的名称或其他标识编制登记索引。这是因为，知识产权本身才是中心焦点，而知识产权则可能有多个所有权人或合作作者，而且在进行转让时可能会发生多次所有权变更。较为现代的办法是登记有限的信息（如当事人的名称和对设保资产的一般描述）以简化登记程序。例如，《商标法条约》（1994 年）、¹¹《新加坡商标法条约》（2006 年）以及欧共体 2009 年 2 月 26 日关于共同体商标的理事会条例第 207/2009 号都简化了商标登记要求。同样，《专利法条约》（2000 年，日内瓦）¹² 简化了专利登记要求。

134. 除国家登记处之外，还有若干国际知识产权登记处，在这些登记处登记必须服从对登记程序作了简化的较为现代化的条约或其他国际法律文书。例如，《商标国际注册马德里协定》（1891 年）¹³

¹¹ 查 www.wipo.int/treaties/en/ip/tlt/。

¹² 查 www.wipo.int/treaties/en/ip/plt/。

¹³ 查 www.wipo.int/treaties/en/registration/madrid/。

以及关于该协定的议定书（1989 年）规定可以在国际申请或登记表中登记对持有人处分权的一项限制¹⁴ 另外, 共同体商标条例规定（见上文第 133 段）可以登记一项声明, 其中不仅提及所有权, 还提及具有第三方效力的担保权。另一个例子是由知识产权组织主持制订的《视听作品国际登记条约》（《影片登记条约》, 1989 年）。《影片登记条约》产生了一个国际登记处, 允许登记关于视听作品的声明和这类作品上的权利, 其中特别包括与作品利用有关的权利（外交会议记录表明, 关于担保权的声明也在考虑之列）。在这个国际登记处登记, 所登记的声明可以产生效力的证据推定。国际登记处接受两类申请: (a) 与作品有关的申请, 至少按标题确定现有作品或未来作品, (b) “与人有关的申请”, 按创作或拥有每种作品的自然人或法人或按预期创作或拥有每种作品的自然人或法人确定一种或数种现有作品或未来作品。国际登记处维持一个电子数据库, 可对不同类型的登记作交叉检索。

C. 登记处之间的协调

135. 如前所述（见第 124、125 段），如果没有（用于知识产权或其他资产的）专门登记系统, 《指南》既不建议设立这类系统, 也不干预现有的专门登记系统。不过, 如果根据知识产权相关法律, 知识产权担保权的文件或通知可在知识产权登记处登记, 同时根据《指南》所建议的法律, 该担保权也可在普通担保权登记处登记, 便有必要解决这两种登记处之间的协调问题。为了避免干扰知识产权相关法律, 《指南》所建议的法律的解决办法是, 一般服从于知识产权相关法律（见《指南》, 建议 4(b) 项）和有关的优先权规则（见《指南》, 建议 77、78）。

136. 因此, 《指南》所建议的法律没有也无意述及是否可在知识产权登记处登记知识产权担保权的问题, 以及这类登记的

¹⁴ 见 Form MM19(www.wipo.int/madrid/en/forms)。

要求（例如，登记文件或通知）或其法律效果（例如，对抗所有当事人还是只对抗第三方的效力或效力推定）。即使知识产权登记处不登记担保权，或登记担保权文件但不登记通知，或可以登记担保权但不产生第三方效力，《指南》也不提出相反建议，而是原原本本地接受专门登记制度。

137. 不过，《指南》确实就知识产权担保权在普通担保权登记处登记通知的问题提出了一些建议。因此，如果《指南》所建议的法律述及了担保权在知识产权登记处登记的效力，而这与知识产权相关法律规定的通过这类登记所取得的效力不一致，则《指南》所建议的法律服从该法律（见建议 4(b) 项）。相反，如果《指南》所建议的法律根本没有述及这些问题或者述及这些问题的方式与知识产权相关法律一致，也就不存在服从知识产权相关法律的问题，因而适用《指南》所建议的法律，使这类专门登记具有第三方效力。

138. 此外，《指南》利用适当的优先权规则处理了专门登记处（包括知识产权登记处）与《指南》所建议的普通担保权登记处之间的协调问题。为了维护知识产权登记处（或其他专门登记处）的可靠性（特别是在知识产权相关法律没有规定确定优先顺序的规则时），《指南》所建议的法律规定，在相应的知识产权登记处登记了文件或通知的知识产权担保权（见上文第 124 段）优先于在普通担保权登记处登记了通知的同一知识产权的担保权（见《指南》，建议 77(a) 项）。出于同样原因，《指南》所建议的法律规定，知识产权受让人取得的知识产权原则上不附带先前在该知识产权上设定的担保权，除非该担保权已在知识产权登记处登记了文件或通知（见建议 78、79）。根据建议 4(b) 项，这一规则只有在与知识产权相关法律的规则不矛盾时才适用（见下文第 184-187 段）。

139. 如果颁布《指南》建议的国家设有专门知识产权登记处并希望使用它们登记知识产权担保权，从而利用《指南》建议 38 中

所提出的可能性,则似宜考虑采用何种方法使本国现有的知识产权登记处同《指南》建议的普通担保权登记处相互协调。例如,各国似宜考虑允许在知识产权登记处登记知识产权担保权通知。此外,各国还似宜考虑按资产登记的知识产权登记处是否还应设立一个债务人索引(而普通担保权登记处则应有资产索引)。除此之外,各国似宜考虑要求知识产权登记处向普通担保权登记处发送一份本登记处所登记的每份通知(或文件摘要)的副本(反之亦然)。在电子登记系统中用这种方式协调各登记处,比纸质形式的登记系统更容易、简便、快捷,又节省费用。最后,应当指出,即使专门登记处是国际或区域登记处,也会出现专门登记处与普遍担保权登记处之间的协调问题。

140. 普通担保权登记处和各种专门登记处共设一个网关,或可替代从一个登记处向另一个登记处转发通知副本的办法。这种共同网关将使登记人能够同时在两个登记处输入通知。为了确保这种共同网关的效率和效能,必须采取若干步骤,其中包括:(a) 只需登记简单通知;(b) 通知应包括设保人和有担保债权人(或其代表)的身份标识,并按资产列出设保资产描述;(c) 输入一项请求即可同时检索两个登记处;以及(d) 索引按设保人和资产分别编制,并可在每个登记处交叉检索其他登记处(见《指南》,第三章第 80-82 段)。

D. 未来知识产权担保权通知的登记

141. 《指南》所建议的普通担保权登记处的一个基本特色是,担保权通知可提及设保人的未来资产。也就是说,担保权可涵盖设保人后来才生产或购置的资产(见《指南》,建议 17),通知可涵盖以能够合理识别的方式描述的资产(见《指南》建议 63,以及上文第 82-85、113-118 段)。这样,如果担保协议将设保资产描述为现有和未来的全部库存品,通知也可用同样方式描述这类

库存品。由于优先顺序是按登记日期确定的，担保权的优先权可以延伸到未来库存品（见《指南》，建议 99）。这种办法大大有利于循环信贷安排，因为按这种安排发放新贷款的出贷人知道自己可以保有对于列入借贷担保基础的新资产的优先地位。

142. 但许多国家现有的知识产权登记处并不能毫无困难地登记未来知识产权上的权利。由于知识产权转让或知识产权担保权是按每项具体知识产权编入索引的，因此只有首先在知识产权登记处对知识产权进行登记之后，才能有效登记其转让和担保权。也就是说，在知识产权登记处对未来知识产权的担保权作一次性总括登记是不可行的，每生成或获得一项新的知识产权必须作一次新的担保权登记。

143. 如果根据知识产权相关法律的规定，知识产权未在知识产权登记处实际登记，不得生成、获取、转让或抵押知识产权，则《指南》所建议的法律不干涉这一禁止规定，也不会允许设定这类未来知识产权的担保权。但是，如果知识产权相关法律不禁止设定未来知识产权的担保权（例如，正在专利登记处或商标登记处申请登记的专利或商标即属于这类情形），便可根据《指南》所建议的法律设定这类资产的担保权并使之具有对抗第三方的效力（见建议 17、68）。颁布《指南》建议的国家似宜考虑审查本国的知识产权相关法律，以确定担保权通知可否提及未来知识产权，如果不允许登记未来知识产权的担保权，则可以考虑允许这种做法。

E. 双重登记或双重查询

144. 如前所述（见第 138 段），对于在知识产权登记处登记的权利，《指南》所建议的法律将其作为担保交易法事项，规定此种权利优先，并服从于管辖登记处的知识产权相关法律中有关担保权

文件或通知的登记细节的规则。又如上所述,这意味着,《指南》所建议的法律通常避免造成需要进行双重登记或查询的情况。特别是在下列情形下,仅在普通担保权登记处登记对于担保交易来说似乎是必要而有益的:(a) 设保资产属于知识产权相关法律不要求设有登记制度的知识产权类型(例如许多国家中的版权或商业秘密);(b) 设保资产属于可在知识产权登记处登记所有权但无法登记担保权文件或通知的知识产权类型;以及(c) 知识产权担保权文件或通知可以在知识产权登记处进行登记,但这类登记的效力与第三方效力不一致。另一方面,在下列情况下,在相应的知识产权登记处登记可能更可取,例如:(a) 设保资产属于有登记制度的知识产权类型,且允许登记担保权文件或通知(例如许多国家中的专利或商标);以及(b) 有担保债权人需要确保根据知识产权相关法律的有关规定对于其他有担保债权人或受让人享有优先权。

145. 在根据担保协议发放或承诺发放信贷之前,行使正常尽职调查职责的有担保债权人一般会进行查询,以确定是否有在先相竞求偿人享有优先于拟设定担保权的权利。第一步,有担保债权人会查询所有权链,以查明先前进行的转让并确定设保人是否对拟设保知识产权或其他动产实际享有权利,从而使担保权能够首先取得效力。有些类型知识产权的所有权转让必须在专门登记处记录才能具有对抗第三方效力,对这些类型知识产权的所有权链进行查询,比没有此种登记处的设保资产(普通担保权登记处不记录所有权)的查询要容易。第二步,有担保债权人将通过查询确定所有权链上任何在先当事人是否已设定可能比拟设定的担保权更优先的担保权。如果没有这类担保权,有担保债权人便能够可靠地以该知识产权为基础放贷或承诺放贷,只要其按照《指南》所建议的法律采取必要步骤取得第三方效力即可。最后,如果有担保债权人在相应的知识产权登记处登记了其担保权的文件或通知,有担保债权人便有权依赖此项登记,并依赖根据《指南》所建议的法律赋予此项登记的优先权(见建议

78、79)。在这种情况下，潜在第三方债权人可能只需查询相应的知识产权登记处。在另一些情况下，潜在第三方债权人可能既需要在相应的知识产权登记处查询（所有权转让情况），也需要在普通担保权登记处查询（可能未在相应的知识产权登记处登记的担保权）。

146. 按照《指南》所建议的法律的设想，普通担保权登记处为电子登记处，将受理可能的担保权通知的登记并使之具有第三方效力，对登记和查询收费的，只收取名义费用（以收回成本为准）（见建议 54(i) 项）。这意味着，在颁布《指南》建议的国家，在普通担保权登记处登记和查询可能很简便、快捷，费用也很低廉。但根据知识产权相关法律，登记处不一定是完全电子化的（不过越来越多的知识产权登记处提供网上查询，收费很少或不收费）。另外，可能要登记的是证明交易的文件或文件概要（而不是通知）。文件登记后可能还须由登记处工作人员核对，至少确保登记的法律效力可以成为证明知识产权上设有权利的确凿证据或推定证据。

147. 因此，如果为设定知识产权担保权而必须登记证明交易的文件，则可以合理地认为，在知识产权登记处登记的费用要高于为取得第三方效力而仅在普通担保权登记处登记担保权通知的费用。同样，除非文件登记处完全电子化，并有设保人索引，否则，可以合理地认为，在这样的文件登记处查询某一设保人的知识产权，所需费用和时间要高于在电子化的通知登记型普通担保权登记处查询所需费用和时间。不过，各国的知识产权登记处的类别有很大不同。现代知识产权登记处（国家、区域或国际登记处）往往允许在网上登记担保权通知，只收取名义费用，使之具有第三方效力，编排方式也便于进行快捷和具有成本效益的查询。这样，在这类登记处登记和查询也可能很简便、快捷，费用也很低廉。此外，在相应的知识产权登记处进行登记和查询所需时间和费用较多是不无道理的，因为这类登记提供的信息更多（须提供设保资产的具体描述和有关转让的信息等等），信息

内容可能也更确定（登记可以构成或被认为将提供关于存在某项权利的确凿证据等等）。

148. 通过下面的例子可以看出登记和查询费用的差别。为方便起见,这些例子假设:仅适用一个国家的法律,该国已颁布《指南》所建议的法律,(在适用情况下)该国还设有一个受理知识产权担保权登记、登记结果与《指南》所设想的结果相符的知识产权登记处。

149. 设保人是某一单项知识产权的最初所有权人,在该知识产权上设定了担保权。无论是在普通担保权登记处登记还是在相应的知识产权登记处登记,有担保债权人都只须登记一项通知使该担保权具有对抗第三方的效力(除非由于《指南》所建议的优先排序规则,该有担保债权人更愿意也在相应的知识产权登记处进行登记)。查询人想要以该设保知识产权为基础发放信贷,主要须在相应的知识产权登记处进行查询。之所以如此,是因为该查询人的担保权在该登记处登记后甚至会优先于较早在普通担保权登记处登记了通知的担保权。但应当指出,如果知识产权登记系统要求登记文件,登记员可能须核对文件以确保该文件可以登记。这些要求可能会影响登记过程的时间和费效比。普通担保权登记处的通知登记型制度与知识产权登记处的文件登记型制度相比,具有更为保密和简便的优点,但其缺点是,向查询人提供的信息不如文件登记型制度多。

150. 设保人是 10 项知识产权的最初所有权人,在所有 10 项权利上设定了担保权。如果在普通担保权登记处办理登记,有担保债权人只须登记一项通知,列明设保人的名称并指明这些知识产权为设保资产。由于本例中假定设保人是最初所有权人,有担保债权人只需担心该设保人所作的相竞转让,而不必担心所有权链上有任何在先当事人作了相竞转让。因此,查询人只须在普通担保权登记处按设保人的名称或其他身份标识进行一次查询即可查出相竞担保权。

151. 但是，查询人还须在知识产权登记处逐一查询这 10 项知识产权，以确定是否有相竞求偿人，如彻底转让的受让人。如果有专门登记处可办理知识产权担保权登记，有担保债权人知道在这类登记处登记享有优先权，因而决定在该登记处查询并登记其担保权，则有担保债权人须为每一项知识产权各登记一份文件或通知，不过在某些情形下也可能只登记一份文件或通知，其中指明部分或全部设保知识产权（例如所有知识产权均为专利的情况）。在这种情形下，查询人须在知识产权登记处逐一查询这 10 项知识产权，才能查出在先担保权和其他相竞求偿人。

152. 在刚刚提到的例子中（见上文第 150、151 段），如果设保人不是最初的所有权人，而是一连串受让人中的一个受让人，且 10 项知识产权各有 10 位在先所有权人，那么在普通担保权登记处登记还是要比在知识产权登记处登记更有效率。有担保债权人在普通担保权登记处只需针对设保人登记一项通知，而在任何相应知识产权登记处需针对 10 项知识产权中的每一项登记文件或通知。不过，在查询方面，如果担保权无需在普通担保权登记处登记修正通知便可保持对抗受让人的效力（见下文第 158-166 段，以及建议 244），那么查询人必须在担保权登记处之外进行 10 次查询才能查出每一项知识产权的在先所有权人，然后还须在普通担保权登记处查询每一个在先所有权人，以查明是否存在在先的相竞担保权，这样就要在普通担保权登记处进行 100 次查询（10 位在先所有权人 x 10 项知识产权）才能查出所有在先担保权。但如果有关知识产权登记处，而担保权是在知识产权登记处登记的，则有担保债权人只须进行 10 次查询，也就是说，每一项知识产权查询一次，因为在知识产权登记处查询不仅会发现在先的相竞担保权，还会发现其他相竞求偿人。这样，若要查询有多个在先所有权人的多项知识产权，在知识产权登记处（若有的话）查询，似乎较为省时，费效比也较高。

153. 上述例子表明，虽然《指南》中的普通担保权登记处在某些情形下可以较好地适应知识产权融资，但情况可能并非总是如此，

且取决于每个具体情况（另见下文第 158-166 段）。这些例子还表明，鉴于在知识产权登记处登记的担保权享有优先权，且有担保债权人需要确定设保人对拟设保的知识产权享有权利，因此，在大多数情形下可能还是需要在知识产权登记处进行登记或查询（条件是有可能在知识产权登记处登记担保权）。

154. 适用于第三方效力和优先权的法律也会对登记的时间和费效比产生影响。如果这些事项所适用的法律是设保知识产权受到保护的国家的法律，在涉及知识产权组合时，登记和查询将涉及若干个国家的登记处。如果第三方效力和优先权由设保人所在国的法律管辖，结果就会不同（除非设保人迁到另一国，或位于一国的人将设保知识产权转让给位于另一国的人，这种情形涉及不止一个国家的法律；见《指南》，建议 45、219、220）。但不管是哪种情况，造成差别的主要原因是所适用的法律，而不是登记的类型。因此，在关于知识产权担保权适用法律的第十章对这一问题作了论述。

F. 登记生效的时间

155. 根据《指南》所建议的法律，担保权通知中的信息一旦输入登记处的记录并可为查询者查询，该通知登记即具有对抗第三方效力（见建议 70）。如果登记处是电子化的，通知登记在登记后立即生效。不过，如果登记处是纸质操作，通知登记要过一段时间才能生效。

156. 根据知识产权相关法律，专门登记系统可能对担保权登记生效的时间采用不同规则。例如，根据许多国家有关专利和商标的法律，所登记的专利或商标上的担保权或其他权利自备案日期起（即向登记处提交登记申请之日）便具有第三方效力。如果登记处实际登记专利或商标的担保权需要时间，这种做法是有益的，但有可能在某项知识产权是否设保的问题上误导查询人。

157. 如前所述（见第 135-140 段），《指南》所建议的法律解决协调问题的办法是，文件或通知在专门登记处登记（或者所有权证书加上公示标记），其所证明的担保权享有优先权，而不论登记时间先后（见建议 77、78）。这样，在登记生效的时间方面采取的方法虽有不同，但对于确定在相应知识产权登记处登记的知识产权的担保权的优先权不会造成任何问题。

G. 设保知识产权的转让对登记效力的影响

158. 《指南》建议，担保交易法应当处理设保资产的转让对于在普通担保权登记处登记通知的效力的影响问题（见建议 62）。该建议同样适用于通过在普通担保权登记处登记通知而取得了对抗第三方效力的知识产权担保权。不过，该建议不适用于下列情况：

(a) 设保资产的受让人取得该资产时不附带担保权，例如，经有担保债权人授权的转让不附带担保权（见建议 80）；

(b) 已经在知识产权（或其他专门）登记处登记了的担保权文件或通知；

(c) 设保人在设定某一资产上的担保权之前已经转让了其在该资产上的一切权利（根据《指南》，在这种情形下设定的担保权不算数；见建议 13）；或者

(d) 没有所有权转让，只有知识产权许可。

159. 关于前段中的 (a) 项，应当注意的是，如果有担保债权人没有同意一项许可（就是说被许可人未能在不附带担保权的情况下取得资产），并强制执行其担保权，则强制执行相当于终止许可和任何次级许可，担保权强制执行完毕后，所有“被许可人”都成了侵权人。关于 (d) 项，应当注意的是，如果根据知识产权相关法律，一项许可被视为所有权转让，则可以对该许可适用建议 62（而根据《指南》，许可不属于转让，“许可”这一术语的

确切含义，包括排他性许可是否要作为转让处理这一问题，属于知识产权相关法律的范畴；见上文第 23-25 段，下文第 187 段）。

160. 《指南》评注讨论了颁布国解决这一问题似宜采取的三种办法（见《指南》，第四章第 78-80 段）。一种办法是，规定如果设保资产进行转让，且受让人取得该资产时附带担保权，有担保债权人必须在转让后某一特定期限内登记一项修正通知，指明受让人。如果有担保债权人没有这样做，原则上原登记仍然有效。但是，在转让设保资产之后，到登记修正通知之前，这段时间内出现的有担保债权人和受让人的权利优先于上述担保权。颁布国解决这一问题似宜采取的第二种办法是，规定登记修正通知的宽限期只能从有担保债权人实际知悉设保人转让设保资产之时起算。第三种办法是，规定设保资产的转让不影响担保权的登记效力。

161. 如果颁布国采用第三种办法，则转让人的有担保债权人无须登记新的担保权通知以指明受让人。在这种情况下，现已为受让人所有的资产上的担保权原先的通知登记仍然有效。但是，位于一连串受让人下端的受让人可能不易通过在普通担保权登记处查询而发现其直接转让人之外的任何人设定的担保权。如果是这样，他们仍然必须在普通担保权登记处之外查询设保资产的所有权链和状况。另一方面，如果颁布国采用上文讨论的第一或第二种办法，有担保债权人就必须登记一项修正通知，指明受让人。在这种情况下，有担保债权人有责任监测设保资产的状况（责任轻重不同，取决于采用第一种还是第二种办法）。但与此同时，所有权链下端的受让人将很容易查明其直接转让人之外的人设定的担保权。

162. 颁布《指南》所建议的法律的国家必须权衡上述这些不同方法的相对利弊，特别是其对知识产权上所附权利的影响。例如，按照第一种办法，以一部电影的全部版权为抵押发放信贷的有担保债权人必须针对一层又一层被许可人和次级被许可人不断进行登记（如果有关版权的相应法律将这种排他性许可视为可

登记的转让的话)，才能维持相对于这些人或其各自的有担保债权人的优先权。对此类出贷人而言，这是一个沉重的负担，可能会阻碍以这类资产为抵押放贷。另一方面，这种办法比较易于次级被许可人的出贷人查出次级许可人设定的担保权，只要按次级许可人的标识查询即可。这里要权衡两个方面，一方面是“上游”当事方的出贷人在监测和多次登记上的花费，另一方面则是在整个所有权链上查询“下游”当事方设定的担保权的费用。这方面应当指出的是，根据知识产权相关法律，在先转让通常保有对于在后转让的优先地位，而无须以设保资产受让人的名义再作登记。

163. 如前所述（见第 161 段），如果一国不采用第三种办法，那么，每次发生未经授权转让设保知识产权或者以其授予许可或次级许可（如果知识产权相关法律将许可视为转让的话）的情形，有担保债权人都不得不在普通担保权登记处登记修正通知，而一旦有担保债权人未获通知并且没有立即采取行动，便有可能丧失其优先权。以下例子或许突显有必要采取这一办法（见下文建议 244）。

164. 如果一项知识产权担保权的设保人不是最初的所有权人，而是 10 位相继受让人中的第 10 位受让人，而且如果有担保债权人无须以设保知识产权每一位受让人的名义登记修正通知，则该有担保债权人只须在普通知识产权登记处登记一项通知。但是，查询人必须在普通担保权登记处之外进行 10 次查询，以查明每一位所有权人，然后在普通担保权登记处查出 10 位在先所有权人的每一位，以确定是否有任何所有权人设定了在先担保权。

165. 但是，如果法律要求每次转让设保知识产权均须登记一项新的通知，有担保债权人就必须针对设保人以及 10 位在先所有权人的每一位登记一项通知。这就要求有担保债权人作出大量努力，不仅监测其设保人的行动，还要监测各位受让人（如果许可被视为转让，还有被许可人）的行动。

166. 这些例子表明，如果法律要求每次转让设保知识产权或授予设保知识产权许可（如果知识产权相关法律将排他性许可

视作转让的话), 有担保债权人都须登记一项修正通知, 那就会阻碍知识产权融资或使其费用更高。正因为如此, 《补编》建议采用的办法不同于《指南》所建议的办法(见《指南》, 建议62段)。按照这种办法, 即使发生设保知识产权的转让, 在普通担保权登记处登记的知识产权担保权通知依然有效。这样, 有担保债权人就无须登记修正通知指明设保知识产权受让人的名称了(见下文建议244)。

H. 商标担保权的登记

167. 国际商标协会针对商标和服务标记(总称“商标”)担保权的登记问题发布了一系列原则, 以此作为任何时候、任何地方尽可能采用的“最佳做法”。¹⁵ 更确切地说, 国际商标协会赞同在商标担保权的登记方面进行统一的建议, 因其认识到: 包括商标在内的知识产权在商业出贷交易中是一个不断发展的重要因素; 商标担保权登记办法不一致造成商业上的不确定性, 由此导致的风险是商标所有人丧失其与商标有关的权利或使之受到其他危害; 许多国家没有商标担保权登记的记录机制(或记录机制不完备); 许多国家适用不同而且相互矛盾的标准来确定可以记录的内容和将会记录的内容; 贸易法委员会等组织在知识产权担保权方面采取的国际举措将对如何通过执行担保融资法律来处理商标担保权的登记和其他问题产生广泛影响, 特别是在发展中国家。应当指出的是, 上述原则并不涉及无法在商标局登记的商标的担保权的登记问题, 这些问题留给国内担保交易法(包括《指南》所建议的法律)处理。此外, 这些原则虽然涉及第三方效力问题, 但没有提出优先权规则, 相关规则由国内担保交易法(包括《指南》所建议的法律)处理。

¹⁵ 查 www.inta.org/index.php?option=com_content&task=view&id=1517&Itemid=

168. 此类最佳做法的主要原则如下：

(a) 待决申请或登记所涵盖的商标上的担保权当可在国家商标局登记；

(b) 为便于发出担保权通知，建议在有关的国家商标局或任何有关的商业登记处办理登记，免费供公众查询，查询方式最好是电子查询；

(c) 在商标上设定担保权，不应具有使附带担保权的商标的法定所有权或衡平法权益发生转移的效力，而且不应赋予有担保债权人商标使用权；

(d) 设定担保权的担保协议应当明确规定根据当地法律可接受的条款，使有担保债权人在有必要保留商标登记的情况下能够续展商标期限；

(e) 为担保权目的对商标估价，应以适当的、为当地法律所允许的方式进行，不应建议使用任何特定的估价制度或方法或以其为首选；

(f) 在当地商标局登记担保权，应足以满足使商标担保权成立的目的；同时，在当地法律所允许的其他任何地点（如商业登记处）登记担保权，也应足以满足这一目的；

(g) 当地法律要求必须在当地商标局以外的一个地点（如商业登记处）登记担保权才能使之成立的，不应禁止担保权的双重登记；

(h) 担保权的登记手续和政府的任何收费金额应保持在最低水平；所提交文件可证明以下事项，即足以满足使担保权具有对抗第三方效力的目的：(i) 存在担保权，(ii) 所涉各方当事人，(iii) 申请号和（或）登记号所涉商标，(iv) 担保权性质简要描述，(v) 担保权生效日期；

(i) 无论适用何种程序，在判决、行政裁决或其他触发事件之后以取消赎回权的方式强制执行担保权，程序不应过于繁琐；

(j) 有关的商标局应迅速录入针对其记录作出的判决或不利的行政裁决或其他裁决，并采取任何必要的行政行动；判决或裁决的核证副本归入档案即可；

(k) 如果强制执行是通过判决或行政裁决以外的手段触发的，当地法律应规定简易机制供担保权持有人办理登记，免费供公众查询，查询方式最好是电子查询；

(l) 如果商标所有人破产或由于其他原因无法保留附带担保权的商标，在没有具体合同规定的情况下，应当允许担保权持有人（或管理人、执行人，视情况而定）保留商标，条件是不赋予有担保债权人商标使用权；以及

(m) 有关的政府机构或办公室应迅速将解除担保权的文件记录在案，免费供公众查询，查询方式最好是电子查询。

169. 上文第 168 段所载原则 (a)、(b)、(f)、(g) 述及商标担保权的第三方效力，这些原则与《指南》所建议的法律是一致的，也有助于实现确定性和透明度目标（见建议 1(f) 项）。

170. 上文第 168 段所载原则 (c) 规定，设定商标担保权并不导致转让商标或赋予有担保债权人商标使用权，这也与《指南》所建议的法律一致。应当指出的是，根据《指南》所建议的法律，有担保债权人有权利但无义务保全设保无形资产（只对有形资产规定了此种义务；见建议 111）。在所有权人破产的情况下，即使所有权人、破产管理人或有担保债权人未采取必要步骤保全设保商标，该商标仍然可以依据知识产权相关法律（例如，依据“有正当事由未使用”商标这一原则）得以保全。

171. 此外，上文第 168 段所载原则 (d) 与《指南》所建议的法律是一致的，其中对当事人在适用法律范围内的权利规定了一条缺省规则。原则 (e) 也与《指南》所建议的法律一致，强调了对商标进行估价的重要性，但未建议使用任何特定估价制度。原则 (h) 也与《指南》所建议的法律一致，建议即使是商标注册处也应有通知备案。应当注意的是，“担保权生效日期”指的是担保权在当事人之间产生效力的日期，而非其取得对抗第三方效力的日期。

172. 另外，上文第 168 段所载原则 (i)、(j)、(k) 也与《指南》所建议的法律一致，这些原则对有效的强制执行机制和登记法院判决或行政强制执行裁决都作了规定。最后，原则 (m) 与《指南》所建议的法律中关于高效登记程序的规定是一致的，但须得到有关政府机关的批准。

建议 244¹⁶

设保知识产权的转让对登记效力的影响

法律应当规定，即使设保知识产权转让，在普通担保权登记处登记的知识产权担保权通知依然有效。

¹⁶ 如果此项建议可纳入《指南》，应作为建议 62 之二编入第四章（登记制度）。

五． 知识产权担保权的优先权

A. 优先权的概念

173. 根据《指南》，担保权相对于相竞求偿人的优先权这一概念系指有担保债权人能否优先于相竞求偿人而从其在设保资产上享有的担保权中获得经济利益的问题（见《指南》导言 B 节第 20 段中“优先权”这一术语；另见“相竞求偿人”这一术语，上文第 10、11 段，以及下文第 175、176 段）。还应当指出，两人均不是有担保债权人的，双方之间的冲突不是《指南》所建议的法律论及的优先权冲突。

174. 对比之下，在知识产权相关法律中，知识产权优先权的概念可能涉及排他性权利的概念。在大多数国家，所有权人一旦转让知识产权，正常情况下是不可能再通过二次转让向第二受让人转让任何权利的（除非第一受让人不遵守法定登记要求，或第二受让人是善意购买人；关于知悉在先转让的相关性，见下文第 177、178 段）。同样，假如第一和第二受让人都在其知识产权上设定担保权，那么仅就第二受让人没有任何知识产权可以设定担保权而言，便不会出现《指南》所建议的法律提及的优先权冲突。在这种情形下，不会出现《指南》所指的那种优先权问题。故此不适用《指南》所建议的法律，这一问题将留给知识产权相关法律处理，而其解决这种问题的办法一般是参照“不能以己所无予人”的原则和关于善意购置资产的原则。应当指出的是，根据《指南》所建议的法律，当事人订立担保协议时对资产不享有权利或没有对资产设保的权力，而且后来也没有取得这种权利或权力，是不能在该资产上设定担保权的（见建议 13）。

B. 识别相竞求偿人

175. 《指南》中使用的“相竞求偿人”这一术语系指对同一资产享有担保权的另一有担保债权人（包括以担保方式进行的转让中的受让人）、设保资产彻底转让的受让人、承租人或被许可人、对设保资产享有权利的判定债权人，以及设保人破产情况下的破产管理人（见“相竞求偿人”这一术语，上文第 10、11 段）。《指南》所建议的法律特别适用于以下权利之间的优先权冲突：(a) 在普通担保权登记处登记了通知的担保权（见《指南》，建议 76(a) 项）；(b) 在普通担保权登记处登记了通知的担保权和在相应的知识产权登记处登记了文件或通知的担保权（见建议 77(a) 项）；(c) 在相应的知识产权登记处登记了文件或通知的担保权（见建议 77(b) 项）；(d) 知识产权受让人或被许可人的权利与可在知识产权登记处登记文件或通知的该知识产权担保权（见建议 78）；(e) 知识产权受让人或被许可人的权利与不可在知识产权登记处登记文件或通知的该知识产权担保权（见建议 79-81）；以及 (f) 两项均具有对抗第三方效力的担保权，一项由设保人设定，另一项由设保资产受让人、承租人或被许可人设定。处理最后一种冲突的办法是：受让人、承租人或被许可人取得资产时附带设保人设定的担保权（见建议 79、82），而受让人、承租人或被许可人的有担保债权人取得的权利不超过受让人、承租人或被许可人所享有的权利（见建议 31）。

176. 知识产权领域使用的是“相互冲突的受让人”这一概念，其中包括相互竞争的受让人和被许可人。如果不涉及与知识产权担保权（包括以担保方式进行的转让中受让人的权利）的冲突，《指南》所建议的法律不适用，这一问题留给知识产权相关法律处理。如果涉及与知识产权担保权的冲突，而《指南》所建议的法律的规定与颁布国的知识产权相关法律不一致，则《指南》所建议的法律也不适用（见建议 4(b) 项）。此外，《指南》所建议的法律也不适用于从强制执行担保权的有担保债权人处取得资产的设保资产受让人与后来从（已不再享有设保资产上任何权利的）

原设保人处取得该资产上权利的另一有担保债权人之间的冲突。这不是《指南》所建议的法律涵盖的优先权冲突，这种冲突可由知识产权相关法律处理。

C. 知悉在先转让或担保权存在的相关性

177. 根据《指南》所建议的法律，相竞求偿人是否知悉存在在先担保权对于确定优先顺序一般无关紧要（见建议 93；不过，知悉一项转让侵害了有担保债权人的权利可能很重要；见建议 81(a) 项）。这样，后设定先登记的担保权优先于先设定后登记的担保权，即使后设定担保权的持有人知悉存在先设定的担保权（见建议 76(a) 项）。

178. 相比之下，许多国家的知识产权相关法律规定，一项引起冲突的在后转让或在后担保权，只有在先行登记且不知悉与之相冲突的在先转让的情况下，才能享有优先权。既然根据建议 4(b) 项须服从于知识产权相关法律，那就应当在具体适用于知识产权担保权的范围内保留这些以知悉为基础的优先权规则。

D. 未在知识产权登记处登记的知识产权担保权的优先权

179. 如前所述，如果知识产权相关法律有具体适用于知识产权的关于知识产权担保权优先顺序的优先权规则，而《指南》所建议的法律中的优先权规则与这些规则不一致，则《指南》所建议的法律不适用（见建议 4(b) 项）。不过，如果知识产权相关法律没有这类规则，或者《指南》所建议的法律中的优先权规则与这些规则是一致的，则适用《指南》所建议的法律中的优先权规则。

180. 根据《指南》所建议的法律,由同一设保人在同一资产上设定并通过在普通担保权登记处登记而取得对抗第三方效力的担保权之间的优先顺序,按照在该登记处登记通知的顺序确定(见建议 76(a) 项)。担保权文件或通知不可以或没有在专门登记处登记的,适用这一规则。如果这种文件或通知可以并且已经在专门登记处登记,适用其他规则(见《指南》建议 77,以及下文第 181-183 段)。此外,如果担保权由另一设保人(例如,初始设保人的受让人)设定,也适用其他规则(见《指南》建议 79-83,以及下文第 184-201 段)。所有这些规则都同样适用于知识产权担保权。

E. 在知识产权登记处登记的知识产权担保权的优先权

181. 《指南》建议,资产上的担保权,通过在专门登记处登记取得对抗第三方效力的(见建议 38),优先于以其他方式取得对抗第三方效力的同一资产上担保权(见建议 77(a) 项)。《指南》还建议,资产上的担保权,通过在专门登记处登记取得对抗第三方效力的,优先于后来在该专门登记处登记的同一资产上的担保权(见建议 77(b) 项)。此外,《指南》还建议,如果设保资产被转让、租赁或许可使用,而且在转让、租赁或许可使用之时担保权已通过专门登记处登记而取得对抗第三方的效力,则受让人、承租人或被许可人取得的权利附带该担保权。如果这类担保权未在专门登记处登记,则设保资产的受让人、承租人或被许可人取得的资产不附带该担保权,即使该担保权已在普通担保权登记处登记了通知(见建议 78)。这些规则有某些例外情况(见下文第 184-212 段,以及《指南》建议 79-81)。此外,如果设保资产的受让人、承租人或被许可人取得对该资产的权利时不附带担保权,任何人在此之后取得对该资产的权利,所取得的权利不附带担保权(见《指南》,建议 31、82)。

182. 这些建议同样适用于知识产权担保权。因此,如果知识产权的两项担保权之间存在冲突,其中一项在普通担保权登记处登记

了通知，而另一项在相应的知识产权登记处登记了文件或通知，则《指南》所建议的法律适用，并规定后一种担保权优先（见建议 77(a) 项）。如果在相应的知识产权登记处进行了登记的担保权之间发生冲突，则先登记的权利优先（见建议 77(b) 项）。如果知识产权受让人的权利同转让时可以在相应的知识产权登记处登记并且已经登记了的担保权之间发生冲突，则受让人取得设保知识产权时附带担保权。不过，如果知识产权担保权可以在相应的知识产权登记处登记但没有登记，则设保知识产权的受让人或被许可人取得设保知识产权时不附带担保权，即使该担保权已在普通担保权登记处进行了登记（见建议 78）。在有些国家，根据知识产权相关法律，如果受让人不是善意购买人，则有担保债权人在这种情形下享有优先权。根据建议 4(b) 项，如果该规则具体适用于知识产权，《指南》所建议的法律服从该规则。最后，如果受让人取得设保知识产权时附带担保权，任何人（例如受让人的有担保债权人）在此之后从该受让人取得对该知识产权的权利，所取得的权利也附带该担保权（见建议 31、82）。

183. 例如，如果 A 在一项专利上为 B 设定担保权，B 在普通担保权登记处登记了其担保权的通知，后来 A 又将该专利的所有权转让给 C，C 在专利登记处登记了其转让文件或通知，则根据《指南》建议 78，C 取得专利时不附带 B 的担保权。如果 A 未作转让，而是又为 C 设定了担保权，并且 C 在专利登记处登记了该担保权的文件或通知，则根据《指南》建议 77(a) 项，C 有优先。在上述每一种情形下，在专利登记处登记文件或通知，按照《指南》所建议的法律即可享有更优先的权利，因此，第三方查询人只需依赖在专利登记处的查询，而无需在普通担保权登记处查询。在上述两个例子中，哪一方为受让人以及对转让有何要求，均为知识产权相关法律处理的问题。还应当指出的是，所谓在知识产权登记处登记，通常仅指知识产权担保权，而不是指使用了知识产权的有形资产上的担保权。

F. 设保知识产权受让人的权利

184. 根据《指南》所建议的法律，设保资产（包括知识产权）受让人取得资产时通常附带转让时具有对抗第三方效力的担保权。这一规则有两种例外情况（见建议 79）。第一种例外情况是，有担保债权人授权进行出售或其他处分而不附带担保权（见建议 80(a) 项）。第二种例外情况涉及在出售人正常营业过程中的转让，买受人并不知悉出售或其他处分侵犯了有担保债权人在担保协议下享有的权利（见建议 81(a) 项）。如前所述（见上文第 181-183 段），如果担保权可以在知识产权登记处登记，则适用另一规则（而不论是否实际进行了登记）（见《指南》，建议 78）。

185. 建议 79 同样适用于不可在知识产权登记处登记（无论有没有登记）的知识产权担保权，建议 78 适用于可以在知识产权登记处登记的知识产权担保权（而不论是否实际进行了登记）。因此，如果在普通担保权登记处登记了担保权通知，知识产权受让人或被许可人取得设保知识产权时将附带担保权，除非适用建议 80-82 规定的一种例外情形（关于建议 81(c) 项，见下文第 188-212 段）。根据建议 4(b) 项，如果这些建议与知识产权相关法律中专门适用于知识产权的优先权规则不一致，则这些建议不适用。

186. 以上分析涉及的是担保权与后继受让人权利之间的优先权冲突。知识产权是在设定担保权之前转让的，情况就不同了，因为没有发生《指南》所建议的法律下的优先权冲突。在这种情形下，根据“不能以己所无予人”的原则，有担保债权人对知识产权不享有任何担保权。如前所述，《指南》不妨碍适用“不能以己所无予人”的原则。相反，《指南》所建议的法律的一般规则体现了这种办法，规定设保人只能在其享有权利或有权力设定担保权的资产上设定担保权（见建议 13）。但是，如果知识产权相关法律中的规则将优先权赋予在不知悉设保人先已转让知识产权的情况下取得知识产权担保权的有担保债权人，则不以该规则为准（见《指南》，建议 4(b) 项）。

187. 还要指出一点, 前文提到 (见第 23-25、158、159 段), 根据《指南》, 知识产权的许可并不是被许可使用的知识产权的转让。因此,《指南》所建议的法律中适用于设保资产转让的规则不适用于许可。但《指南》所建议的法律服从于将某些许可 (尤其是排他性许可) 视为转让的知识产权相关法律 (见建议 4(b) 项)。

G. 被许可人的一般权利

188. 知识产权通常是经许可后使用的。在这种情况下, 许可人所保留的权利, 如所有权、与所有权相关的权利和许可协议规定的许可人权利 (如进一步发放许可的权利或取得使用费付款的权利), 可由许可人用作信贷担保。同样, 被许可人从许可人那里取得的使用或利用知识产权的权限或者被许可人发放次级许可和获取次级许可使用费付款的权利 (这两种情形均须符合许可协议的条款), 可由被许可人用作信贷担保 (关于知识产权情况下设保资产的类型, 见上文第 89-112 段)。

189. 一般情况下, 根据担保交易法, 包括《指南》所建议的法律, 有担保债权人不会成为设保资产的所有权人, 除非发生违约有担保债权人强制执行其担保权, 在强制执行拍卖中取得该资产, 或为结清附担保债务而取得该资产 (见上文第 29、30、87、88 段, 以及下文第 237、238、242 段)。在其知识产权上设定担保权的所有权人是否仍为知识产权相关法律意义上的所有权人并可授予设保知识产权许可的问题, 是应由知识产权相关法律处理的问题。按照知识产权相关法律的一般原则 (《指南》所建议的法律与该原则相一致), 如果设保人已不再是所有权人 (或已无权行使所有权人的权利), 而有担保债权人根据知识产权相关法律成为所有权人 (或可以行使所有权人的权利), 并拥有在担保权仍然存在的同时授予许可的权限, 则该设保人不可再对其设保知识产权授予许可 (见下文 222 段)。在这种情况下, 原所有权人授予的许可根据知识产权相关法律属于未经授权的许可, 按照“不可以己所无予人”

的原则，被许可人将一无所获。同理，由于有担保债权人只能取得设保人所享有的权利上的担保权，被许可人的有担保债权人即使有担保权也已经没有设保资产了（见《指南》，建议 13）。

190. 如果所有权人在其知识产权上设定担保权后仍是知识产权人，但其授予许可的能力受到与有担保债权人的协议的限制（此种协议须为知识产权相关法律所允许），从理论上讲，所有权人仍可授予许可，但所有权人违反其与有担保债权人的协议授予许可是一种违约行为。其结果是，所有权人的有担保债权人可以强制执行其担保权，并行使所有权人的权利，出售被许可使用的知识产权或授予另一项许可，此项许可不受既有许可（以及由被许可人设定的任何担保权）的限制，因为该被许可人取得的许可通常附带所有权人的有担保债权人的担保权（见《指南》，建议 79、161-163）。在发生违约时，所有权人的有担保债权人强制执行担保权的另一种办法是收取被许可人应付给作为许可人的知识产权人的使用费。如果设保资产是所有权人的知识产权，则有担保债权人可以按设保资产的收益收取使用费（见《指南》，建议 19、39、40、100、168）。如果设保资产是作为许可人的所有权人获得使用费付款的权利，则有担保债权人可以按原始设保资产收取使用费。无论是这两种情形中的那一种情形，有担保债权人甚至可以在违约发生之前收取使用费，但只有在所有权人与有担保债权人之间订有这方面的协议时才能这样做（见建议 168）。在任何情况下，如果被许可人取得的被许可使用的知识产权不附带所有权人对知识产权设定的担保权，则被许可人可保留其许可，而有担保债权人只可寻求收取被许可人应付给所有权人的使用费（见建议 80(b) 项、245）。

191. 如果被许可人也在其按许可协议享有的权利上设定担保权（例如，使用或利用被许可使用的知识产权的权利），则该担保权将是设于另一资产上的（也就是说，不是设于所有权人的权利上的）。出现这一结果的原因是，被许可人根据许可协议取得的权利理应附带所有权人设定的担保权（见《指南》，建议 79），因此被许可人给予其有担保债权人的权利不可能多于其所享有的

权利（依据“不可以己所无予人”原则）。因此，如果所有权人的有担保债权人强制执行其担保权并不受许可的制约而处分设保知识产权，则该许可将在进行这种处分时终止，并且被许可人设保的资产也将不复存在。同样，无论所有权人是否为其中一个债权人设定了担保权，只要被许可人违反许可协议，作为许可人的所有权人就可以在知识产权相关法律允许的范围内终止该许可协议，而被许可人的有担保债权人还是有担保权之名无设保资产之实。

192. 如前所述（见上文第 23-25、158、159、187 段），许可人和被许可人按照许可协议和知识产权相关法律享有的权利不会受到担保交易法的影响。因此，被许可人违反许可协议，许可人可以行使任何现有权利终止许可协议，从而使被许可人的有担保债权人再次失去担保。同样，担保交易法不会影响许可人和被许可人之间达成协议，禁止被许可人授予次级许可或向许可人转让被许可人对次级被许可人应付给作为次级许可人的被许可人的使用费的受付款（见上文第 102-104 段）。

H. 某些被许可人的权利

193. 如前所述（见第 184 段），作为担保交易法处理的问题，《指南》所建议的规则——设保知识产权被许可人取得许可附带既有担保权——有两种例外情况（见建议 79）。

194. 第一种例外情况是，有担保债权人授权许可人发放不附带担保权的许可（见建议 80(b) 项）。因此，《指南》所建议的法律规定，在设保人违约的情况下，有担保债权人可以收取被许可人应付给作为许可人的设保人的任何使用费，但只要被许可人履行许可协议的条款，出售被许可使用的知识产权就不能不附带现有被许可人的权利，也不能因授予另一项许可而干扰现有被许可人的权利。

195. 建议 79 所体现的原则的第二个例外情况是，如果被许可人在许可人正常经营过程中取得排他性许可，并且不知悉该许可

侵犯了有担保债权人在被许可使用的知识产权上的权利，被许可人根据许可协议取得的权利不受许可人先前设定的担保权的影响（见《指南》，建议 81(c) 项，该建议普遍适用于无形资产，但前提是，已经在订立许可协议之前设定一项担保权并使之取得对抗第三方效力）。这一规则的结果是，如果许可人的有担保债权人按照《指南》所建议的法律的强制执行规则，强制执行被许可使用的知识产权上的担保权，有担保债权人可以收取被许可人应付给许可人的任何使用费，但只要被许可人履行许可协议条款，出售被许可使用的知识产权就不能不附带现有被许可人的权利，也不能因授予另一项许可而干扰现有被许可人的权利。这一规则的用意是通过限制有担保债权人按照《指南》所建议法律的强制执行规则在强制执行方面享有的救济，保护合法的日常交易，例如，签订终端用户许可协议购买现售版权软件。在这种交易中，此处所指的保护的關鍵是，买受人无须在登记处进行查询，所购得的受版权保护的软件也不附带软件开发商或销售商设定的担保权。

196. 建议 81(c) 项所依据的假设是，设保人保留对设保知识产权的所有权。这意味着，如果根据知识产权相关法律，设保人由于作为所有权人已将其权利转让给了有担保债权人而不再有权发放许可（这不是担保交易法处理的问题），则建议 81(c) 项不适用。此外，建议 81(c) 项不影响许可人和被许可人之间的关系，而且也不意味着被许可人取得许可时可以不受许可协议条款和条件的限制，不受其所适用的法律管辖（例如，不受许可协议中关于许可将在发生违约时终止的条款限制）；该建议也不影响许可协议中限制被许可人订立次级许可协议的规定。此外，该建议和整个《指南》不干扰强制执行有担保债权人与设保人 / 许可人之间（或许可人 / 许可人与其被许可人之间）的条款，此种条款要求设保人 / 许可人在其一切正常营业过程的非排他性许可中规定，许可人的有担保债权人强制执行其担保权，该许可即告终止。

197. 有担保债权人可以选择避免在有机会审批设保人订立的任何许可协议或次级许可协议的条款和条件之前向设保人授予任何贷款。例如，有担保债权人似宜在担保协议中列入一些条款，以

确保预期使用费得到支付、允许在不支付使用费的情况下终止许可协议，以及禁止转让许可使用费或次级许可使用费。此外，设保人/许可人的有担保债权人如果不想鼓励授予非排他性许可，可在其担保协议中（或其他地方）要求设保人/许可人在所有非排他性许可中规定，如果许可人的有担保债权人强制执行其担保权，该许可即告终止。同样，如果设保人/许可人不希望其被许可人授予任何次级许可，设保人/许可人可在许可协议中规定，被许可人授予次级许可，即构成许可协议下的违约情形，许可人将有权终止许可。《指南》完全不干扰强制执行有担保债权人与设保人之间（或许可人与其被许可人之间）的这类条款。有担保债权人通常无意这样做，因为设保人/许可人（及任何被许可人）所做的事情是授予非排他性许可，而有担保债权人则期望设保人/许可人用这些许可协议下支付的费用偿还附担保债务。

198. 上述讨论表明，建议 81(c) 项的适用范围非常有限是有诸多原因的。首先，有担保债权人通常无意限制所有权人/设保人授予知识产权许可和收取使用费的能力。事实上，有担保债权人在许多情况下有意允许发放许可，从而使所有权人/设保人得以偿付附担保债务。其次，从措词上看，建议 81(c) 项仅适用于存在非排他性许可的情形，这包括对设备所使用的，主体受版权保护的软件的许可的合法“现货”购买，建议 81(c) 项还适用于被许可人不知悉许可侵犯了有担保债权人在担保协议下享有的权利这种情形。

199. 此外，建议 81(c) 项的适用所产生的影响非常有限。担保交易法规定的担保权相对于相竞求偿人（而非具体被许可人）的效力、优先权和强制执行性不受影响。同时，如果有担保债权人享有知识产权相关法律规定的其他权利（例如，知识产权人的权利），这些权利也不受建议 81(c) 项的影响。这些权利或救济措施的范围由知识产权相关法律处理。

200. 不过，正常经营过程这一概念是一个商法概念，而非取自知识产权相关法律，因而可能会在知识产权融资情况下造成混淆。一般来说，知识产权相关法律在这方面并不区分排他性许可和非

排他性许可，而是将重点放在许可是否得到授权这一问题上。因此，一项许可得到授权（也就是说，根据知识产权相关法律，担保权的设保人享有就设保知识产权发放许可的权利），被许可人的有担保债权人取得该项许可上的权利时不附带许可人设定的担保权。

201. 相反，一项许可没有得到授权，被许可人取得该项许可时附带许可人设定的担保权。如果一国的知识产权相关法律有这样的规则，将不适用建议 81(c) 项（见《指南》，建议 4(b) 项）。因此，除非有担保债权人授权设保人发放不受担保权影响的许可（情况通常如此，因为设保人依赖其使用费收入来偿付附担保债务），否则被许可人取得的许可将附带担保权。这样，如果设保人违约，有担保债权人将能够强制执行其在被许可使用的知识产权上的担保权，并可不受原许可的限制而出售该知识产权或发放其许可。此外，从被许可人获得担保权的人无法取得有效的担保权，因为被许可人不会得到一项经授权的许可，因此也就不享有可在其上设定担保权的权利。

202. 如果知识产权相关法律完全没有述及这一事项，或者述及这一事项且与建议 81(c) 项一致，则建议 81(c) 项在有限的情况下适用，并具有上文所述的有限影响（见《指南》，建议 4(b) 项）。

203. 不过，为了避免《指南》所建议的法律与知识产权相关法律之间可能出现的不一致，可以采用另一种办法（见下文建议 245）。按照这种办法，建议 81(c) 项将一般适用于有担保债权人在《指南》所建议的法律下享有的权利（而不影响被许可使用的知识产权担保权的效力、此种担保权相对于非排他性被许可人以外的相竞求偿人的优先权，或有担保债权人根据担保交易法采取的不影响被许可人权利的强制执行救济措施）。但是，如果有担保债权人根据知识产权相关法律被当作所有权人，建议 81(c) 项并不影响有担保债权人的权利（例如，如前所述，《指南》所建议的法律不影响许可人可能享有的在被许可人不遵守许可协议的情况下终止许可的权利；见上文第 23-25、196 段）。

204. 应当指出，同《指南》针对知识产权担保权提出的其他任何办法一样，这一办法也不能违反建议 4(b) 项。还应指出：(a) 《指南》和《补编》述及优先权时提及的担保权，系指具有对抗第三方效力的担保权（否则就不会发生《指南》所述及的优先权纠纷）；以及 (b) 《指南》和《补编》述及的知识产权许可，系指根据知识产权相关法律被授权发放该知识产权许可的人授予的许可。

205. 以下例子是要明确说明这一办法所适用的情形，以及适用这一办法所带来的影响。每个例子所做的假定是：(a) O 拥有知识产权；(b) O 在知识产权上为 SC 设定一项担保权；(c) O 设定的担保权按照《指南》的建议具有对抗第三方的效力，或者，假设《指南》所建议的法律不适用，则按照建议 4(b) 项，根据知识产权相关法律具有对抗第三方的效力；以及 (d) SC 没有在担保协议中或他处同意 O 的被许可人对设保且被许可使用的知识产权享有权利而不附带 SC 的担保权。

206. 在 SC 采取必要步骤使其担保权具有对抗第三方效力之后，O 在其通常业务中——即按基本上相同的条款向任何同意根据这些条款履约的人发放非排他性知识产权许可，提出向 L 发放知识产权许可。L 按这些条款与 O 订立了许可协议。O 未履行担保权下的债务，于是 SC 开始强制执行其担保权。L 使用知识产权的权利受建议 81(c) 项和下文建议 245 的保护，不因 SC 强制执行担保权而受影响，不过，SC 仍然享有在知识产权相关法律和合同法之下可能享有的针对 L 的任何权利。

207. 在 SC 采取必要步骤使其担保权具有对抗第三方效力之后，O 向 L 发放了知识产权许可。许可协议规定，L 只可以为教育市场发放该知识产权的次级许可。L 在商业市场上向 SL 发放了次级许可。O 未履行担保权下的债务，于是 SC 开始强制执行其担保权。如果根据知识产权相关法律，向 SL 发放次级许可是未经授权的，则 SL 使用知识产权的权利不受建议 81(c) 项或下文建议 245 的保护，将因 SC 强制执行担保权而受到影响。

208. 在 SC 采取必要步骤使其担保权具有对抗第三方效力之后，O 向 L 发放了知识产权许可。许可协议规定，L 享有在 Z 国使用该知识产权的排他性权利。O 未履行担保权下的债务，于是 SC 开始强制执行其担保权。L 使用知识产权的权利不受建议 81(c) 项或下文建议 245 的保护，将因 SC 强制执行担保权而受到影响，因为该许可是排他性的。

209. 在 SC 采取必要步骤使其担保权具有对抗第三方效力之后，O 在其通常业务中——即按基本上相同的条款向任何同意根据这些条款履约的人发放知识产权非排他性许可，提出按这些条款向 L 发放知识产权许可。L 拒绝按这些条款与 O 订立许可协议。O 还是向 L 发放了知识产权许可，L 根据该许可对该知识产权享有的权利远大于通常发放给其他人的许可所给予的权利。O 未履行担保权下的债务，于是 SC 开始强制执行其担保权。L 使用知识产权的权利不受建议 81(c) 项或下文建议 245 的保护，将因 SC 强制执行担保权而受到影响，因为该许可的条款与同一知识产权的其他许可的条款有很大不同。

210. 在 O 和 L 订立许可协议之前，L 发现了使 SC 的担保权具有对抗第三方效力的备案通知，于是请求查看与该通知有关的担保协议副本。O 向 L 提供了担保协议。L 阅读担保协议之后发现向其发放的许可会侵犯 SC 的权利。尽管如此，L 还是与 O 订立了许可协议。O 未履行担保权下的债务，于是 SC 开始强制执行其担保权。L 使用知识产权的权利不受建议 81(c) 项或下文建议 245 的保护，将因 SC 强制执行担保权而受到影响，因为 L 已知晓该许可协议会侵犯 SC 的权利。

211. 但是，如果 O 未向 L 提供担保协议副本，L 虽然知晓存在着担保权，但并不知晓该许可会侵犯 SC 的权利，则 L 使用知识产权的权利受建议 81(c) 项和 245 的保护，不因 SC 强制执行担保权而受到影响。

212. 在 SC 采取步骤使其担保权具有对抗第三方效力之后，O 提出发放知识产权许可，但仅发放给在使用这类知识产权方面具有

经验的当事方。O 向具有这种经验的 L 发放了许可。O 未履行担保权下的债务，于是 SC 开始强制执行其担保权。L 使用知识产权的权利不受建议 81(c) 项或下文建议 245 的保护，将因 SC 强制执行担保权而受到影响，因为 O 不是按基本上相同的条款向任何同意根据这些条款履行许可协议规定的被许可人义务的人发放知识产权许可。

I. 许可人设定的知识产权担保权相对于被许可人设定的担保权的优先权

213. 根据《指南》所建议的法律，除了有限的例外情况（见《指南》建议 80(b) 项、81(c) 项，以及下文建议 245），被许可人取得其权利时附带许可人先前在其权利上设定并具有对抗第三方效力的担保权（见《指南》，建议 79）。前面已经解释过（见第 22、23 段），这意味着，在发生违约时，有担保债权人可以强制执行其担保权，并出售设保人对知识产权的权利或授予该知识产权的许可。如果被许可人在其作为次级许可权人相对于次级被许可人的权利上也设定了担保权，则根据《指南》所建议的法律，这两种担保权之间不发生优先权冲突，因为两种担保权涉及不同的设保资产。许可人的有担保债权人所享有的担保权，相对于许可人根据许可协议收取被许可人应付使用费的权利，而被许可人的有担保债权人所享有的担保权，则相对于被许可人（作为次级许可人）按照次级许可协议收取次级被许可人应付的次级许可使用费。

214. 不过，如果被许可人作为次级许可权人在次级许可使用费上设定担保权，而被许可人不履行对其有担保债权人的债务，有担保债权人可能试图自行收取次级许可使用费，这样可能会影响到被许可人向许可人支付使用费的能力。此外，被许可人向许可人支付使用费时，如果向许可人转让该被许可人作为次级许可人对次级被许可人应付的一定比例的次级许可使用费的受付款，则许可人的有担保债权人与被许可人的有担保债权人之间可能产生

《指南》所建议的法律所述的优先权冲突。在这种情况下，如果次级许可使用费受付款的转让发生在设定担保权并使之具有对抗第三方效力之前，则该被许可人设定担保权时对所转让的次级许可使用费的受付款不享有权利，因此，被许可人的有担保债权人取得次级许可使用费受付款的担保权时附带许可人的有担保债权人的担保权。不过，如果被许可人向许可人转让次级许可使用费受付款发生在被许可人在其次级许可使用费受付款上设定担保权并使之具有对抗第三方效力之后，则许可人取得次级许可使用费受付款时附带被许可人的有担保债权人的担保权，而许可人的有担保债权人取得的担保权也附带被许可人的有担保债权人的担保权（见《指南》，建议 13、31）。

215. 以下实例可能有助于说明这一问题。A 在其全部未来资产或使用费上为有担保债权人 SC1 设定了担保权。然后，A 从许可人 B 处取得知识产权许可，在支付应付给 B 的使用费时，被许可人 A 向许可人 B 转让被许可人 A 作为次级许可人对一定比例次级许可使用费的受付款。许可人 B 在这些使用费的受付款上为有担保债权人 SC2 设定了担保权并使之具有对抗第三方的效力。被许可人 A 的有担保债权人 SC1 将处于优先地位，因为许可人 B 取得次级许可使用费的转让时附带被许可人 A 的有担保债权人 SC1 的担保权，而许可人 B 的有担保债权人 SC2 享有的权利不能多于许可人 B。

216. 这方面应当指出，根据《指南》所建议的法律，在这种情况下许可人有诸多办法进行自我保护。例如，许可人可通过以下途径保护其权利：(a) 确保其有担保债权人首先在普通担保权登记处登记其担保权通知；(b) 确保其有担保债权人首先在相应的知识产权登记处登记文件或通知；(c) 在授予许可之前要求被许可人的有担保债权人与许可人的有担保债权人订立排序居次协议；(d) 禁止被许可人在其次级许可使用费受付款上设定担保权；(e) 在被许可人违背这一禁止规定而在其次级许可使用费上设定担保权的情况下终止该许可；或 (f) 在被许可人作为次级许可人以其对次级使用费的受付款为其有担保债权人设定担保权之前，以其对一定比例次级许可使用费的受付款设定担保权，并约定任何次级

被许可人直接向许可人的账户支付次级许可使用费。《指南》不干涉许可人和被许可人之间的任何此类协议，条件是此类协议根据知识产权相关法律和合同法具有效力。此外，许可人可以坚持要求被许可人在其次级许可使用费受付款上为许可人设定担保权，并作为有担保债权人采取前文提及的步骤。

217. 不过，这些步骤只能为许可人提供某种程度的保护，其原因包括：(a) 设保知识产权上的权利不一定须在知识产权登记处登记；或 (b) 许可人禁止发放次级许可、终止许可协议或取得排序居次协议，从商业角度看可能并不可行。此外，许可人设定的担保权相对于被许可人在其次级许可使用费受付款上设定的另一担保权的优先权须服从前文所述的一般规则（见第 213 段）。

218. 应当指出，为取得知识产权或知识产权许可而提供资金的有担保债权人可能具有购置款有担保债权人的特殊优先地位（见下文第九章）。不过，这一优先地位只有在同一设保人在同一资产上设定的不同担保权之间发生优先权纠纷时才有用。因此，这一优先地位不适用于许可人所设定的担保权与被许可人所设定的担保权之间的纠纷。

J. 知识产权担保权相对于判定债权人权利的优先权

219. 《指南》建议，在判定债权人取得设保资产上的权利之前便具有对抗第三方效力的担保权优先于判定债权人的权利。但是，如果在担保权取得对抗第三方效力之前，无担保债权人便取得了针对设保人的判决并按照强制执行判决的管辖法律采取了必要步骤取得设保资产上的权利，则判定债权人的权利优先（见《指南》，建议 84）。

220. 这一建议同样适用于知识产权担保权（须服从建议 4(b) 项所体现的原则）。在这种情况下，根据知识产权相关法律，判定债权人可能必须获得对知识产权的转让并在知识产权登记处登记

该转让的文件或通知,才能取得优先权。如果这一转让是在担保权取得对抗第三方效力之前进行的,则根据《指南》所建议的法律(见建议 13)和知识产权相关法律(根据不可以己所无予人的原则),设保知识产权的受让人将取得设保知识产权而不附带担保权。

K. 排序居次

221. 《指南》所建议的法律承认排序居次原则(见建议 94)。这一原则的基本内容是,只要不影响第三方的权利,相竞求偿人之间可通过协议改变其在设保资产上的相竞求偿权的优先顺序。这一原则同样适用于知识产权担保权。

建议 245¹⁷

知识产权某些被许可人的权利的优先权

法律应当规定,建议 81(c) 项的规则适用于有担保债权人根据本法享有的权利,且不影响有担保债权人根据知识产权相关法律可能享有的权利。

¹⁷ 如果此项建议可纳入《指南》,应作为建议 81 之二编入第五章(担保权的优先权)。在涉及知识产权非排他性被许可人的权利相对于许可人有担保债权人权利的优先权时,此项建议将作为一项特定资产建议取代一般性建议 81(c) 项。

六． 知识产权担保协议当事人的权利和义务

A. 当事人意思自治原则的适用

222. 除少数例外情况之外,《指南》所建议的法律一般承认担保协议当事人可根据其实际需要拟订协议(见建议10)。当事人意思自治原则同样适用于知识产权担保权,但须服从知识产权相关法律特别规定的任何限制(见《指南》,建议4(b)项)。例如,除非知识产权相关法律另有规定,所有权人/设保人及其有担保债权人可以自行约定:(a)有担保债权人可以行使所有权人/设保人的某些权利(例如,与主管部门打交道、续展登记或起诉侵权人;见上文第75段);(b)未经有担保债权人同意,所有权人/设保人不得授予许可(尤其是排他性许可);或(c)有担保债权人甚至可以在所有权人/设保人违约之前,收取应付给作为许可人的所有权人/设保人的使用费。

B. 设保知识产权的保全

223. 根据《指南》所建议的法律,作为设保资产占有方的当事人有义务采取合理步骤保全该资产(见建议111)。类似规则也适用于知识产权。例如,设保人有义务与主管部门打交道、续展登记或起诉侵权人。在有些国家,有关专利的法律规定,未经有担保债权人同意,所有权人/设保人不得撤销或限制设保专利。

224. 此外,根据《指南》所建议的法律,有担保债权人可以在担保协议或一份单独的协议中与所有权人/设保人自由约定,有担保债权人将有权采取步骤保全设保资产(见建议10)。就知识

产权而言，这可能包括甚至在出现违约之前就与主管部门打交道、续展登记或起诉侵权人，但条件是知识产权相关法律允许这样做（见建议 4(b) 项）。如果所有权人 / 设保人未能及时行使这一权利，设保知识产权可能失去其价值，这一结果会对使用知识产权作为信贷担保造成不利影响。因此，将《指南》的一般做法也适用于知识产权看来是适当的，可使设保人和有担保债权人能够约定有担保债权人作为保全设保资产而采取的步骤（在知识产权相关法律不禁止的情况下）。这种做法不会干扰知识产权人 / 设保人的权利，因为必须征得其同意。同样，这一做法也不会干扰知识产权相关法律，因为订立这类约定违反知识产权相关法律即为无效。颁布《指南》建议的国家似宜审议本国的知识产权相关法律，以确定是否应当允许做出此种约定，此种约定将有利于以知识产权作为信贷担保。

225. 此外，根据《指南》所建议的法律，有担保债权人应当能够请求知识产权人 / 设保人允许有担保债权人保全设保知识产权的价值，例如，通过与主管部门打交道、续展登记或起诉侵权人的方式（见建议 10），除非知识产权相关法律禁止这样做（见建议 4(b) 项）。否则的话，设保知识产权的价值就会降低，这一结果会对以知识产权作为信贷担保造成不利影响。

226. 如果知识产权人 / 设保人接受这一请求（或者有担保债权人根据与知识产权人 / 设保人的协议被授权采取步骤保全设保知识产权），有担保债权人将有权在取得知识产权人 / 设保人明确同意的情况下行使这些权利；如果知识产权人 / 设保人不作反应，有担保债权人将有权在取得知识产权人 / 设保人默示同意的情况下行使这些权利；如果知识产权人 / 设保人拒绝这一请求，有担保债权人将无权行使这些权利。此外，如果知识产权人 / 设保人未能起诉侵权人或续展登记，有担保债权人可以认为这种行为构成担保协议所述及的违约情形，因而可以对设保知识产权强制执行其担保权。同样，这些结果不会干扰知识产权相关法律，因为出现不一致时建议 4(b) 项将服从于该法律。

建议 246¹⁸

有担保债权人保全设保知识产权的权利

法律应当规定，设保人和有担保债权人可以约定有担保债权人有权采取步骤保全设保知识产权。

¹⁸ 如果此项建议可纳入《指南》，应作为建议 116 之二编入第六章（担保协议当事人的权利和义务）。

七． 知识产权融资交易第三方承付人的权利和义务

227. 许可人向其受让人转让（不管是彻底转让受让人还是有担保债权人，见《指南》导言 B 节第 20 段中“受让人”、“转让”和“有担保债权人”这些术语）其根据许可协议向被许可人收取使用费付款的债权，这里的被许可人（作为所转让应收款的债务人）即为《指南》所指的第三方承付人，其权利和义务与应收款债务人的权利和义务相同。同样，被许可人向其受让人转让其根据次级许可协议向次级被许可人收取使用费付款的债权，这里的次级被许可人相对于被许可人的受让人就是《指南》所指的第三方承付人。

228. 因此，举例来说，在受让人对许可人的使用费受付款提出主张时，被许可人作为所转让应收款的债务人，可以向许可人的受让人提出由许可协议或其他任何协议产生的所有抗辩和抵销权，这些抗辩和抵销权构成相同交易的一部分，被许可人可以如同没有发生转让、像许可人提出此种主张一样利用这些抗辩和抵销权。此外，被许可人还可向此种受让人提出其他任何抵销权，但必须是被许可人收到转让通知时被许可人所享有的抵销权。不过，当许可人和被许可之间关于许可人不得转让其使用费受付款的协议被违反时，被许可人虽可根据担保交易法以外的其他法律享有抗辩或抵销权，但却不能对许可人的受让人提出任何此种抗辩或抵销权（见《指南》，建议 120）。因此，抵销权的行使不受《指南》所规定的优先权规则的约束。该建议还须服从建议 4(b) 项所体现的以知识产权相关法律为准的原则。

八． 知识产权担保权的强制执行

A． 担保交易法与知识产权相关法律的相互关系

229. 各国一般不在知识产权相关法律中具体规定知识产权担保权的强制执行救济办法。知识产权担保权的强制执行通常适用一般担保交易法。即使有些国家的知识产权相关法律实际涉及不同类型知识产权的担保权的强制执行，一般不过是将现有的担保交易强制执行制度移植到管辖知识产权的制度上。因此，颁布《指南》所建议的国家通常将以《指南》建议的强制执行制度取代先前实行的强制执行制度，其渊源可能是民法和民事诉讼程序法、浮动抵押和固定抵押普通法、按揭法，或强制执行方面的某些其他一般法，视情况而定的。

230. 《指南》对担保权强制执行采取的这种办法不仅适用于知识产权（例如专利、版权或商标），也适用于源自这些类型的知识产权的其他权利。因此，有一点与《联合国转让公约》是一致的，即使用费和其他许可费受付款等资产被当作应收款处理，并服从于《指南》就应收款转让（即彻底转让、担保转让和担保权）所建议的强制执行制度（见上文第 97-105 段）。同样，许可人或次级许可人相对于被许可人或次级被许可人的其他合同权利也将由本国的一般债法管辖，对这些合同权利上担保权的强制执行则以本国的一般担保交易法为依据。另外，对被许可人或次级被许可人的使用权的处理方式与承租人或买受人的权利相同，由本国的一般债法管辖，但（知识产权相关法律特别提及的）登记问题除外。

231. 国家有时将知识产权担保权强制执行方面的特别程序管制办法纳入知识产权相关法律。此外,对于强制执行知识产权担保权的情形,一国担保交易法的一般程序规范可能被赋予特定内容。因此,举例来说,当设保资产是知识产权时,何谓商业上合理,可能要依据知识产权相关法律和实务来确定。这种商业合理性标准可能因国而异,因知识产权制度不同而相异。《指南》承认这种程序上的差异性,任何程序规则只要具体适用于知识产权担保权,并且对当事人规定的义务比《指南》建议中提出的强制执行制度更为严格,按照建议 4(b) 项所阐明的原则,都将以这些程序规则取代《指南》的一般建议。如果这些程序规则也适用于知识产权以外的资产上的担保权,则颁布《指南》建议的国家将以《指南》的建议取而代之。

232. 至于有担保债权人的实质性强制执行权,一旦颁布《指南》的建议,一国便没有理由制定一种不同的或不常见的救济原则来管辖知识产权担保权的强制执行。《指南》只是提出了一种更高效、更透明而且更有效的有担保债权人权利的强制执行制度,并未以任何方式限制知识产权人为保护自身权利不受侵害或为向被许可人或次级被许可人收取使用费而可能行使的权利。前文指出(见第 86 段),有担保债权人取得的担保权一般不能超出设保人在订立担保协议时或者在设保人取得对设保资产的权利或者取得设押权力时被赋予的权利(见《指南》,建议 13)。

B. 不同类型知识产权的担保权的强制执行

233. 《指南》提出了一套管辖不同类型设保资产相关担保权强制执行的具体办法。其基本设想是,强制执行救济办法必须具有针对性,以确保最有效、最高效的强制执行,同时确保适当保护设保人和第三方的权利。《指南》提出的这一设想和办法应当同等适用于各种类型知识产权的担保权的强制执行。目前,大多数国家的法律都承认与知识产权相关的多种权利,其中包括:

- (a) 知识产权本身;
- (b) 许可协议下产生的应收款;
- (c) 许可人在许可协议下的其他合同权利;
- (d) 被许可人在许可协议下的权利; 以及
- (e) 所有权人、许可人和被许可人对使用知识产权的有形资产的权利。

234. 知识产权上的这些不同权利每一项都适用《指南》所建议的强制执行制度, 以下各节分别论述。

C. 对强制执行知识产权担保权所必需文件的占有

235. 如果设保资产是知识产权之类的无形资产,《指南》建议146和147所规定的有担保债权人占有设保资产的权利一般不适用(因为按照《指南》中的定义,“占有”系指实际占有;见《指南》导言B节第20段)。这两项建议仅涉及对有形资产的占有。但是,按照非司法强制执行的一般原则,如果设保资产是知识产权,有担保债权人应当有权占有强制执行担保权所必需的任何文件,不论担保协议是否作为设保资产专门提及这些文件。这种权利通常是在担保协议中规定的。

236. 或许有这样的看法,有担保债权人占有的有形资产是利用知识产权生产的或包含知识产权,有担保债权人就占有了设保知识产权。事实并非如此。重要的是适当识别设有担保权的资产。即使许多有形资产(无论是设备还是库存品)是通过应用专利等知识产权生产的,担保权仍然是有形资产上的担保权,担保协议中没有具体文字指明对知识产权本身设保,就没有对生产该资产所使用的知识产权设保。这里的使用是指经所有权人或其他许可人授权的使用;如果使用是未经授权的,生产出来的产品也是未经授权的产品,有担保债权人就成了侵权人。因此,比如说,

有担保债权人可以占有光盘或数码影碟等有形资产，并可以根据《指南》所建议的法律针对这些光盘采取强制执行救济办法。如果有担保债权人还希望取得对知识产权本身（在设保人有权出售或以其他方式处分知识产权或授予知识产权许可的限度内，包括出售权、其他处分权或授予许可权）的担保权，有担保债权人便需在与设保人的担保协议中对这种知识产权作为设保资产作具体描述（见上文第 108-112 段，以及《指南》建议 243）。

D. 对设保知识产权的处分

237. 根据《指南》所建议的法律，设保人违约时，有担保债权人有权对设保知识产权进行处分或授予许可（但始终不能超出设保人的权利范围；见建议 148）。因此，如果设保人为所有权人，原则上担保债权人应当有权对设保知识产权进行出售（转让）或以其他方式进行处分或授予许可。但是，如果设保人在此之前已经向第三方授予了一定期限内、涉及某一法域的不附带担保权的排他性许可，发生违约时，有担保债权人不能在该许可的同一地域范围内和同一期限内另行授予同样的使用许可，因为在有担保债权人取得担保权时设保人并没有这种权利（不能以己所无予人）。但是，有担保债权人可以在设保人先已发放的该排他性许可的地域范围之外或期限之外另行授予许可。

238. 在上述情形中，根据《指南》所建议的法律，采取强制执行措施的有担保债权人并没有仅仅因为行使强制执行权而取得强制执行所针对的知识产权。实际上，有担保债权人是以设保人的名义（通过转让或授予许可）处分设保知识产权的。根据知识产权相关法律，在采取强制执行措施的有担保债权人进行处分时取得权利的受让人或被许可人（视情形而定）如果尚未在相关登记处登记其权利通知（或其他文件）（假设有关权利是可登记的），则登记处显示的有关知识产权的所有人仍然是设保人。

E. 通过处分设保知识产权取得的权利

239. 根据《指南》所建议的法律，通过司法处分取得的知识产权上的权利由强制执行法院判决时所适用的有关法律规定（见建议 160）。如果是根据《指南》所建议的法律进行的非司法处分，首先要指出的一点是，受让人或被许可人的权利直接来自设保人。有担保债权人选择以这种方式强制执行其权利，不会仅仅由于这一强制执行程序而成为所有权人，除非作为对附担保债务的全部或部分清偿有担保债权人取得设保知识产权，或者在强制执行的拍卖会上购得该设保知识产权（见建议 148、156）。

240. 第二点是，有担保债权人采取强制执行措施时，受让人或被许可人只能取得实际设有其担保权的权利。根据《指南》所建议的法律，受让人或被许可人取得的知识产权不附带采取强制执行措施的有担保债权人的担保权和任何排序居后的担保权，但附带任何排序居前的担保权。同样，善意受让人或被许可人通过不符合《指南》所建议的法律的非司法处分取得知识产权上的权利，它们取得该项知识产权时也不附带采取强制执行措施的有担保债权人的担保权和任何排序居后的担保权（见建议 161-163）。

241. 根据《指南》所建议的法律，有形资产的担保权延伸到该资产的附加物，而且可对该附加物强制执行担保权（见建议 21、166）。为了确保担保权也涵盖设保人用设保资产生产或制造出来的资产，担保协议通常明确规定，担保权延伸到此种生产出来的资产。如果设保资产为知识产权，则必须确定一点，向受让人或被许可人处分的资产，是否仅仅是担保权取得对抗第三方效力时已存在的知识产权，还是也包括随后进行的任何改进（例如专利的增强或版权作品的改编）。知识产权相关法律通常将这类改进（“更新”、“改编”或“增强”）视为单独的资产，而不视为现有知识产权不可分割的部分。因此，谨慎的有担保债权人如果希望确保对此种改进也设定担保权，就应在担保协议中以能够确保对此种改进直接设定担保权的方式对设保资产作出描述（见上文第 116、117 段）。

F. 有担保债权人提出的取得设保知识产权的建议

242. 在《指南》建议的强制执行制度下，有担保债权人有权向设保人提议以取得设保人的权利的方式全部或部分清偿附担保债务。如果设保人为知识产权所有人，有担保债权人本人可以按照知识产权相关法律所规定的方式成为所有权人，条件是设保人和其他任何有关方（诸如债务人、应履行附担保债务的其他任何人或是对设保资产享有权利的任何人）未提出异议（见《指南》，建议156-159）。如果所有权人将知识产权许可授予被许可人，而被许可人按照许可协议取得的权利不附带采取强制执行措施的有担保债权人的权利，则按照不能以己所无予人的原则，当有担保债权人取得设保人的知识产权时，所取得的权利便附带排序在先的许可。一旦有担保债权人成为知识产权的所有权人，其权利和义务便由适用的知识产权相关法律规范。特别是，有担保债权人可能需登记一项通知或文件，确认其取得该知识产权，才能享有所有权人的权利或者取得任何有关的优先权。最后，作为对附担保债务的全部或部分清偿而取得设保知识产权的有担保债权人，在取得知识产权时不附带任何排序居后的担保权，但附带任何排序居前的担保权（见建议161）。

G. 收取使用费和其他许可费

243. 在《指南》建议的强制执行制度下，如果设保资产是许可协议下的使用费或其他费用受付款，有担保债权人应有权通过收取使用费和其他许可费来强制执行担保权，只须在发生违约时通知应付使用费或其他费用的人即可（见建议168）。在上述所有情形中，按照担保交易法，使用费或其他许可费受付款为应收款（见上文第98-105段）。因此，当事人的权利和义务将由《联合国转让公约》所规定的应收款方面的原则以及《指南》就应收款提出的办法管辖。同样，已经在现有和未来使用费的受付款上取得担保权的有担保债权人有权强制执行的使用费受付款（包括

现有许可下未来使用费受付款),仅限于订立担保协议时或者设保人取得对设保应收款的权利或取得设押权力时设保人(许可人)被赋予的权利(见《指南》建议13)。除此之外,如果知识产权相关法律没有任何相反规定(见建议4(b)项),有担保债权人收取使用费的权利还包括收费权或以其他方式强制执行为使用费的偿付作保的任何对人权或财产权(见建议169)。

H. 许可人的其他合同权利

244. 除了收取使用费的权利外,许可人通常会在其与被许可人的协议中列入若干其他合同权利(见上文第97段)。例如,这些权利可以包括,当被许可人违反不授予次级许可或不对其在许可协议下的权利设定担保权的协议授予此种次级许可或设定此种担保权时,许可人有权终止许可协议。如果许可人只是在其使用费受付款上设定担保权,则这些权利仍属于许可人。如果有担保债权人还希望取得对许可人的这些其他权利的担保权,就必须在担保协议关于设保资产的描述中包括这些权利。在任何情况下,如果有担保债权人强制执行其对许可协议下许可人权利的担保权,并取得设保知识产权,作为一个合同法事项,有担保债权人将受许可协议条款和条件的约束。

I. 使用知识产权的有形资产的担保权的强制执行

245. 原则上,除非是适用所谓的“穷竭原则”的情形,否则知识产权人有权控制使用了(经知识产权人授权的)知识产权的设保有形资产的出售方式和地点。也就是说,在有关的知识产权尚未穷竭的情况下,只有发生违约时并且只有在知识产权人授权的情况下,有担保债权人才能处分资产(假设担保协议未对知识产权本身设保;见上文第108-112段,以及上文建议243)。

246. 由于对“穷竭原则”(通常称为“权利穷竭”或“首次出售原则”)没有普遍一致的理解,《补编》提及这一原则并不把它当作一个通用的概念,而是每个国家实际理解的概念。尽管如此,如果在知识产权相关法律下适用穷竭原则,基本概念是,当满足特定条件时,诸如第一次营销或出售含知识产权的产品时,知识产权人将失去或“穷竭”某些权利。例如,商标所有人控制带有其商标的产品进一步销售的能力通常在该产品首次出售后“穷竭”。这一理论的作用是保护转售人免于承担侵权赔偿责任。但必须指出,这种保护的限度是,产品未经改动,与直接出自商标所有人或其他专营商的货物没有本质区别。此外,如果被许可人在生产带有许可商标的产品时没有遵守许可协议的条款和条件(例如在质量或数量方面),则穷竭原则不适用。

247. 如果产品是利用向被许可人发放了许可的知识产权生产的,而被许可人试图对该产品设定担保权,则根据知识产权相关法律,许可协议可以规定:(a) 被许可人不能在这类产品上设定担保权;以及(b) 有担保债权人只能按许可人同意的方式强制执行其权利。在上述两种情形中,许可协议通常都规定,如果被许可人作为设保人或者作为有担保债权人行事的方式违反了许可协议规定的限制,许可人可以取消许可。因此,在有担保债权人和所有权人/许可人原先没有签订协议的情况下,为了能够有效地强制执行其产品在产品上的担保权,有担保债权人:(a) 须征得所有权人/许可人同意;或者(b) 依赖知识产权相关法律和援用穷竭原则。

248. 如果有担保债权人还希望取得对知识产权本身(在设保人有权出售知识产权或授予知识产权许可的限度内,包括出售权或授予许可权)的担保权,该有担保债权人必须在担保协议中特别指明这类知识产权为设保资产。此处所说的设保资产不是使用知识产权生产的产品,而是知识产权本身(或使用知识产权生产有形资产的许可)。谨慎的有担保债权人通常会设法取得对这类知识产权的担保权,以便能够强制执行其担保权,并

出售该知识产权或授予该知识产权的许可，以此确保被许可人能够继续生产任何已部分完成的产品。

J. 被许可人权利的担保权的强制执行

249. 以上讨论都是以担保权的设保人是有关知识产权的所有权人作为假设的。设保资产是下列一种或几种权利：(a) 知识产权本身；(b) 所有权人 / 许可人对使用费和其他许可费用的受付款；或 (c) 所有权人 / 许可人强制执行与知识产权有关的其他合同条款的权利。只有在论述使用知识产权生产的有形资产的担保权时（见上文第 245-248 段），才把所有权人 / 许可人的权利同被许可人的权利放在一起讨论。但是，本章 C 节至 H 节讨论的大多数问题对下述情形也很重要：设保资产不是知识产权本身，而是许可协议所产生的被许可人（或次级被许可人）的权利（见上文第 106、107 段）。如果设保资产只是一项许可，有担保债权人显然只能针对被许可人的权利强制执行其担保权，而且只能按照符合许可协议条款的方式强制执行。

250. 如果设保人是被许可人，设保人违约时，有担保债权人有权对许可协议下被许可人的权利强制执行其担保权，并将该许可处分给受让人，条件是许可人同意，或该项许可是可转让的，但这种情况很少见。同样，采取强制执行措施的有担保债权人可以授予次级许可，条件是许可人同意或设保人 / 被许可人按照许可协议的条款有权授予次级许可。如果有担保债权人向设保人 / 被许可人提议以取得许可作为对附担保债务的全部或部分清偿，而且设保人或其他任何相关方（诸如债务人、应履行附担保债务的其他任何人或对设保资产享有权利的任何人；见《指南》，建议 156-158）均无异议（且许可协议不禁止转让许可），则有担保债权人便按照被许可人和许可人之间许可协议的条款取得许可。假设根据知识产权相关法律是可以登记许可

的，则以取得许可作为对附担保债务的全部或部分清偿的被许可人 / 有担保债权人登记许可，可以是被许可人权利生效的一个条件或者仅作参考之用。

251. 如果设保资产是次级许可人根据次级许可协议享有的使用费受付款，则《指南》建议的制度将该资产视为应收款。也就是说，被许可人 / 次级许可人的有担保债权人可收取的使用费，以强制执行应收款担保权时设保人 / 次级许可人可收取的使用费为限。如果被许可人 / 次级许可人对其次级被许可人应付使用费的受付款设定的担保权违反了最初的许可协议或中间许可协议，则许可人将保留其根据许可协议享有的所有合同权利，包括终止该协议的权利，且只要许可人没有终止许可协议，被许可人 / 次级许可人也将至少保留收取次级许可使用费的权利。

252. 如果设保资产是次级许可协议规定的另一项合同权利，则有担保债权人可以如同对待其他任何设保资产一样，强制执行其在该项合同权利上的担保权。即使许可人可能会取消未来的许可，或可能主张自己有权优先收取次级许可使用费，也不会直接影响有担保债权人对许可协议规定的这些其他合同权利进行强制执行的权利。

253. 在有担保债权人或者以取得被许可人的权利作为对附担保债务的全部或部分清偿的有担保债权人进行处分时，被许可人已设保权利的受让人或次级被许可人所取得的权利可能会受到许可协议条款的很大限制。例如，非排他性被许可人不能针对另一个非排他性被许可人或知识产权侵权人行使其对知识产权的权利。只有许可人（或所有权人）才能这样做，但在有些国家，排他性被许可人可能会与许可人一起成为程序的一方当事人，甚至有可能单独起诉侵权人。此外，许可的受让人可能无法取得源代码等资料，须视许可协议条款和担保协议中对担保资产的描述而定。为了确保转让许可或转授许可的有效性，只要许可协议和相关法律也允许对这些权利设保，担保协议必须在描述设保人 / 被许可人所设保的资产时列入这类权利。

九． 知识产权情形下的购置款融资

A. 导言

254. 许多国家在以往和当前的商业实务和法律实践中都颁布了管辖有形资产购置款融资的特别制度。根据这些普遍做法,《指南》对购置款融资的讨论仅限于消费品、设备和库存品等有形资产。《指南》不提出关于可转让票据和可转让单证等其他类型有形资产购置款融资的建议。此外,《指南》不建议制定无形资产购置款融资的特别制度。另外,《指南》未明确述及担保权特别是使用软件的有形资产购置款的担保权是否延伸到该软件(无形资产)的问题。但是,《补编》明确指出,除非当事各方另有约定,有形资产上任何类型的担保权都不自动延伸到此种资产所使用的知识产权(见第 108-112 段,以及上文建议 243)。

255. 特别是,在现代信贷经济中,出借人为知识产权的购置(而非原创)融资因而允许为其设定购置款担保权,关于这种做法是否有益的问题,《指南》未作定论。这一做法将使有形资产和知识产权得到基本同等的对待。鉴于管辖知识产权和其他类型资产的各种法律制度之间存在相当大的差异,即使采用这一做法,也不能简单地将《指南》中关于有形资产购置款融资的原则移用于知识产权。如下文 B 节和 C 节所述,这些原则必须加以调整才能适用于知识产权。

B. 统一处理法

256. 提供一种知识产权购置款融资特别制度，这样的基本构想并非没有先例。例如，在一些法律制度中，债权人可以取得对受版权保护软件的购置款担保权，但条件只能是：(a) 该担保权伴随对有形资产购置款的担保权；(b) 设保人购置该软件的交易与其购置该有形资产的交易不可分割；而且 (c) 设保人购置该软件的主要目的是在该有形资产上使用该软件。在其他一些法律制度中，有担保债权人是可以取得对无形资产（包括知识产权，无论该知识产权是否用于有形资产）的购置款担保权的。还有一些法律制度的做法是，虽然民法典载列的一般法中不含有购置款担保权的概念，但通过保留所有权、融资租赁或为动产售价提供担保的按揭抵押，亦可取得类似结果。在每一种情形中，交易都可能涉及包括知识产权在内的无形资产，只不过这种情况并不多见。最后，在有些法律制度中，可以用“按揭”或“固定抵押”的方式为知识产权购买者的付款义务提供担保，此种情形中的“按揭”或“固定抵押”或许可以优先于原已存在的“浮动抵押”（关于固定抵押和浮动抵押的论述，见《指南》第二章第 67 段）。

257. 《指南》所建议的法律中有关购置款融资的规则意在优化和简化债权人取得有形资产购置款担保权所采用的不同法律程序。为使管辖有形资产的法律制度与管辖知识产权的法律制度大致对等，有必要对《指南》所建议的法律做出一些基本调整。具体来说：

(a) 有必要明确规定购置款担保权既可以存在于有形资产中，也可以存在于知识产权中；

(b) 有必要规定各国可采用统一处理法或非统一处理法进行购置款融资；

(c) 有必要删除对设保资产的占有和交付的任何提及；并且

(d) 有必要对知识产权本身的购置款融资与该知识产权的许可或次级许可的购置款融资作适当区分。

258. 除这些一般调整外，还需做出一些更为具体的调整。这些调整涉及：(a) 知识产权购置款担保权对抗第三方的效力和优先权；

(b) 在知识产权登记处登记的担保权的优先权；以及 (c) 设保知识产权收益的担保权的优先权。下文依次对这些具体调整进行审议。

1. 知识产权购置款担保权对抗第三方的效力和优先权

259. 《指南》关于购置款融资的一章对以下三种不同资产做了区分，即消费品、库存品、非库存品或非消费品的资产（如设备）。《指南》所建议的法律规定，消费品（即设保人用于或拟用于个人、家庭或家居目的的货物；见《指南》导言 B 节第 20 段）的购置款担保权在其设定之时自动取得对抗第三方效力（即无需登记便具有对抗第三方效力），并对于相竞的非购置款担保权具有优先权（见《指南》，建议 179）。

260. 《指南》所建议的法律为库存品和设备购置款担保权取得对抗第三方效力提供了几种备选办法。根据第一种办法，消费品或库存品以外的有形资产（即设备）的购置款担保权，相对于同一设保人在同一资产上设定的相竞的非购置款担保权具有优先权，条件是，要么购置款有担保债权人保留对该资产的占有权，要么在设保人取得对该资产的占有权后短时期内即在普通担保权登记处登记了该购置款担保权的通知（见《指南》，建议 180，备选案文 A(a) 项）。对于库存品担保权（即设保人为其在正常经营过程中进行出售、租赁或授予许可而持有的资产上的担保权；见《指南》导言 B 节，第 20 段），则适用不同的规则。在这种情形中，要么购置款有担保债权人必然保留对该资产的占有权，要么必须在向设保人交付库存品之前在普通担保权登记处进行登记，而且必须在向设保人交付库存品之前已将购置款有担保债权人主张购置款担保权的意图告知拥有先已登记的非购置款担保权的有担保债权人（见《指南》，建议 180，备选案文 A(b) 项）。相反，第二种办法不对库存品和非消费品或非库存品资产加以

区分。根据这种办法，第一种办法下适用于非库存品资产的规则将适用于非消费品的各类资产（见建议 180，备选案文 B）。

261. 为了使《指南》所建议的法律适用于知识产权，必须做出以下调整。如果附带购置款担保权的知识产权是设保人为了个人、家庭或家居用途而使用或意图使用的，应当按照管辖消费品购置款担保权的同样规则对待该购置款担保权。如果附带购置款担保权的知识产权是设保人为了在正常经营过程中进行出售、租赁或授予许可而持有的，应当按照管辖库存品购置款担保权的同样规则对待该购置款担保权。如果附带购置款担保权的知识产权既不是设保人为了在正常经营过程中进行出售、租赁或授予许可也不是为了个人、家庭或家居用途而持有的，应当按照管辖非库存品或非消费品的有形资产购置款担保权的同样规则对待该购置款担保权。在调整《指南》所建议的法律使之适用于知识产权时，还应当按照与知识产权相关法律一致的方式调整“出售、租赁或许可”的表述方式，使之适合知识产权情形。例如，如果按照知识产权相关法律不适合以知识产权作为“出售”标的，则“出售”一词应当理解是指知识产权的“转让”。同样，如果根据知识产权相关法律不适合以知识产权作为“租赁”标的，则该术语应当理解是指知识产权的“许可”。

262. 由于持有知识产权可能有多重目的，应当始终提及某人持有相关知识产权的主要（或支配性）目的。确定一项交易是否属于正常经营过程中的交易，而非确定该项交易是否以未经谈判达成的标准条款为基础，应当采用同样标准。因此，如果设保人主要为出售或授予许可而持有知识产权，则与该知识产权相关的交易一般属于设保人正常经营过程中的交易。

263. 如果做出这些调整，与知识产权购置款担保权对抗第三方效力和优先权相关的规则应作如下规定。如果为了个人、家庭或家居用途取得知识产权，购置款担保权在其设定之时自动取得

对抗第三方效力（即无需登记便具有对抗第三方效力），并对于相竞的非购置款担保权具有优先权（移用建议 179）。如果涉及库存品和设备，则必须移用《指南》所载的两份备选案文。根据备选案文 A，用于被许可人经营而非为了分别授予许可或次级许可的知识产权或许可的购置款担保权，相对于同一设保人在同一资产上设定的另一项担保权具有优先权，条件是在设保人取得知识产权或许可后短时期内在普通担保权登记处登记该购置款担保权的通知（移用建议 180，备选案文 A(a) 项）。另外，还是根据该备选案文，设保人不是为了经营目的而是分别为了授予许可和次级许可而持有的知识产权或许可的购置款担保权，相对于同一设保人在同一资产上设定的另一项担保权具有优先权，条件是授予许可之前已在普通担保权登记处登记该购置款担保权的通知，而且授予许可之前已将购置款有担保债权人主张购置款担保权的意图告知拥有先已登记的非购置款担保权的有担保债权人（移用建议 180，备选案文 A(b) 项）。根据备选案文 B，为了用于设保人经营而非为了授予许可或次级许可而持有的知识产权的管辖制度，应当适用于各类知识产权或许可（移用建议 180，备选案文 B）。

2. 在知识产权登记处登记的购置款担保权的优先权

264. 不论是第三方效力（见建议 34、38、42）还是优先权（见建议 77、78），《指南》所建议的法律作为一般规则并未试图修改其他法律中适用于专门登记处的任何规则。关于购置款融资的一章（见《指南》，建议 181）也采用这一政策。由此将会产生两个结果。首先，允许购置款担保权相对于登记在先的非购置款担保权的特殊优先地位，仅指在普通担保权登记处登记的担保权，而不是指在专门登记处登记的担保权。其次，《指南》所建议的法律维持其他法律给予在专门登记处登记的担保权的一般

优先权，不论该担保权是否属于购置款担保权。因此，如果专门登记制度的优先权规则单以登记时间确定优先权，在知识产权登记处登记的知识产权购置款担保权，不享有对于先已在知识产权登记处登记的担保权的优先权。同样，如果专门登记制度的优先权规则给予后登记的购置款担保权优先权，该优先权不受《指南》所建议的法律的影响。

265. 《指南》建议的方法之所以合理，是因为需要避免对专门登记制度造成干扰。但是，如果知识产权登记制度的优先权规则不给于知识产权购置款担保权特殊优先地位，这种方法并不利于购置款融资。如前所述（见第 129 段），颁布《指南》建议的国家似宜审查本国的知识产权相关法律，以确定是否应允许在知识产权登记处登记知识产权担保权通知。各国还似宜考虑将购置款担保权的特殊优先地位延伸到以适当方式在知识产权登记处登记的购置款担保权。

266. 以下实例可能有助于说明为何值得考虑这一制度。A 国已颁布《指南》的建议，还决定允许作为取得第三方效力的一种办法，在相应的知识产权登记处登记知识产权（甚至未来知识产权）担保权通知。一家银行向设保人提供了贷款，该笔贷款以设保人全部现有和未来知识产权上的担保权作保。该银行通过在专门登记处登记使担保权具有对抗第三方的效力。每项未来知识产权的担保权在设保人取得该项知识产权时才具有对抗第三方的效力。即便如此，根据《指南》建议的一般优先权原则（一国允许登记未来知识产权担保权通知本应采用这些原则），优先权自登记之日即已生效（见建议 76）。

267. 随后，设保人希望赊购某项知识产权，卖方愿意赊销，唯一条件是对该项知识产权设定担保权，以担保剩余的支付义务。根据《指南》建议的规则，特别是考虑到建议 4 (b) 项，卖方无法获得购置款融资人享有的相对于已登记的非购置款担保权的特殊优先地位，除非知识产权相关法律有这样的规定。这说明，即使希望

取得购置款融资人特殊优先地位的卖方遵循了主张这一权利的所有必要步骤并登记了通知,在专门登记处登记了通知或文件的担保权始终优先于在普通登记处登记了通知的担保权(见《指南》,建议77)。因此,如果专门登记制度允许登记知识产权担保权,同时又不给予购置款融资人的特殊优先地位,那么先在相应的知识产权登记处登记的现有或未来知识产权的担保权,相对于取得了被出售的知识产权的担保权并在普通担保权登记处登记了通知的购置款融资人的权利具有优先权。此种出卖人只能依靠可使其保留对相关知识产权的所有权的交易,但前提是知识产权相关法律承认这种办法(见下文第280-283段)。下述各种情形可能出现同样结果:(a) 设保人寻求取得排他性许可,该排他性许可将作为知识产权本身的转让对待;(b) 许可人愿意凭信贷发放非排他性许可,但须为其提供额外保护,这种保护不能仅限于允许其终止许可协议;(c) 被许可人作为次级许可人愿意发放非排他性次级许可,唯一条件是能够取得对于次级被许可人权利的担保权和对于次级被许可人应付次级被许可人的次级许可使用费的受付款的担保权;以及(d) 提供购置款融资的,不是作为转让人或作为许可人的所有权人,也不是作为次级许可人的被许可人,而是第三方贷人。

268. 然而,在许多情况下,在知识产权须专门登记的情况下,此种知识产权的转让人或许可人为受让人购置该知识产权提供融资或者为被许可人取得该知识产权的许可提供融资,可以获得购置款有担保债权人享有的好处。如果知识产权登记制度一般允许登记担保权,但不允许登记未来知识产权的担保权,也会出现这种结果。在这种情形中,受让人或被许可人的有担保债权人只能在转让或许可被登记之后才能进行登记。例如,在A登记以信贷方式对B的转让或许可的同时,A还登记了知识产权担保权的通知,以担保任何未偿付款义务。由于各种专门登记制度(特定资产登记)的运作方式不同,B的一般融资人只能在对B的转让或许可被登记之后才能进行登记。因此,A必然在B的一般融资人

之前取得担保权，并在事实上享有与购置款融资人功能等同的优先权地位。换言之，在这些情况下，即使知识产权登记处不适用一条等同于建议 181 的规则，这一点也不能防止出卖人或许可人取得优先权。不过，这种结果只会使转让人或许可人受益——他们为受让人购置知识产权提供了融资或者为被许可人取得知识产权的许可提供了融资，出借人为受让人或被许可人出资不会因此而自动允许其取得优先权。购置款融资人若要取得第一优先权，唯一的办法是成为转让或许可本身被登记之后第一个在专门登记处登记其担保权通知的有担保债权人。

3. 设保知识产权收益的购置款担保权的优先权

269. 《指南》建议的购置款融资制度的一个重要特点，涉及如何处理设保资产收益上的购置款担保权。《指南》所建议的法律的一般规则是，收益上担保权的优先权应排在原始设保资产担保权的优先权之后（见建议 76、100）。相反，如果资产上附带购置款担保权，该资产收益的担保权的优先权并不自动排在原设保资产的购置款担保权的优先权之后。这里再次对消费品、库存品以及消费品或库存品以外的资产（如设备）做出了区分（见建议 185）。同有关原始设保资产的规定一样，《指南》也提供了备选案文。

270. 根据备选案文 A，库存品或消费品以外资产的收益的担保权具有与购置款担保权本身同样的优先权（见《指南》，建议 185，备选案文 A(a) 项）。但是，只有在库存品收益的形式不是应收款、可转让票据、银行账户贷记款受付款或独立保证收益收取权的情况下，库存品收益的担保权才具有库存品购置款担保权所具有的优先权（见建议 185，备选案文 A(b) 项）。根据备选案文 B，原始设保资产收益的担保权仅具有非购置款担保权的优先权（见建议 185，备选案文 B）。其结果是，如果将建议 185 的两份备选案文中的任何一份移用于知识产权购置款担保权，则授予知识

产权许可或次级许可所产生的收入流将继续设有担保权。另一个结果是使用费上的担保权将不会享有购置款担保权的特殊优先权。

271. 可以说,在知识产权购置款担保权情况下,这一直接移用并非最佳选择。例如,知识产权人和许可人一般依靠其使用费受付款来开发受知识产权保护的新构想。此外,如果对被许可人的权利享有全部资产担保权的有担保债权人的权利始终优先于对知识产权人或许可人的权利享有担保权的有担保债权人的权利,则知识产权人或许可人将无法有效地利用其使用费受付款作为信贷担保。反之,也可以说,知识产权人和许可人能够实现同等结果,具体方法是确保知识产权人和许可人或其有担保债权人:(a)取得对被许可人作为次级许可人向次级被许可人收取的一定比例次级许可使用费的受付款的担保权,或者取得对该受付款的彻底转让,并且在被许可人的有担保债权人在相应知识产权登记处登记该担保权之前在该登记处先行登记;(b)取得对被许可人作为次级许可人向次级被许可人收取的一定比例次级许可使用费受付款的担保权,或者取得对该受付款的彻底转让,并先行在普通担保权登记处登记该担保权或转让的通知;或(c)取得被许可人的有担保债权人的排序居次协议。

272. 将《指南》中的建议移用于知识产权,目的是确保同等对待有形资产购置款担保权与知识产权购置款担保权,因此更可取的做法是在两种情况下保持同样的结果。如果设保人在其全部的现有和未来有形资产和无形资产上设定了担保权,这一点将尤为重要。因此,《补编》建议,《指南》针对附带购置款担保权的原始设保有形资产收益上的担保权提出的规则,应当不作进一步修改就移用于管辖知识产权购置款融资的制度(见下文建议247)。这种结果将在许可人收取使用费的需要与基于被许可人的次级许可使用费受付款向被许可人提供信贷的融资人的需要之间取得适当平衡。例如,当被许可人在支付使用费方面违约时,许可人通常有权终止许可协议,并收回被许可使用的知识产权。如果被许可人的有担保债权人(其在作为知识产权收益的使用费的受付款上享有的担保权将优先于许可人的有担保债权人的担保权)

想要能够从被许可使用的知识产权中受益，该有担保债权人就需要纠正这种违约行为，支付过去应付使用费，甚至是未来使用费。或者，如果被许可人的有担保债权人不想这样做，它也许能够保留已经收取的使用费，但在许可人终止许可协议的情况下将不能够收取未来的使用费。这意味着，在许可人看来，主要风险涉及被许可人或其有担保债权人已经收取但没有付给许可人的使用费。许可人可通过订立与核算和付款时限有关的合同条款来处理这一风险。

4. 《指南》中的购置款融资建议如何适用于 知识产权情形的示例

273. 下面的例子可能有助于阐明如何在知识产权方面适用《指南》的各项建议。在所有这些例子中，知识产权人，或是后来为知识产权或知识产权许可购置款提供融资的有担保债权人，所享有的购置款担保权，在以下各例所说明的条件下相对于非购置款担保权具有特别优先地位。

(a) 知识产权购置款担保权为设保人业务中所使用的知识产权的价款提供担保

274. B 在其全部现有和未来动产（包括知识产权）上为 SC 设定担保权，SC 采取必要行动使该担保权具有对抗第三方的效力。随后，B 从 O 处取得一项专利，用于 B 的业务。根据 B 和 O 之间的协议，B 同意在一段时间内向 O 支付价款，并且 B 向 O 提供专利的担保权，以此担保 B 支付价款的义务。O 在短期内，例如在 B 取得专利后 20 天或 30 天内，使该项担保权具有对抗第三方的效力。O 的担保权是一项购置款担保权，优先于 SC 的担保权（见建议 180，备选案文 A(a) 项，或备选案文 B(b) 项）。O 的担保权的优先权是否延伸到应收款、可转让票据、银行账户贷记款受付款或独立保证收益收取权这些形式的专利收益，取决于一国颁布

哪一版本的建议 185。根据备选案文 A，O 的担保权的优先权延伸到收益（见建议 185，备选案文 A(a) 项，移用）。根据备选案文 B，O 在收益上的担保权仅具有非购置款担保权的优先权（见建议 185，备选案文 B，移用）。

(b) 知识产权购置款担保权为设保人所持有的供出售或授予许可的知识产权的价款提供担保

275. B 在其全部现有和未来动产（包括知识产权）上为 SC1 设定担保权，SC1 采取必要行动使该担保权具有对抗第三方的效力。随后，B 从 O 处取得一项专利，目的是在其正常经营过程中向第三方授予该专利的许可。B 通过向 SC2 借款而取得向 O 支付价款的必要资金，B 向 SC2 提供了专利的担保权，以此担保 B 的偿付义务。在 B 取得专利之前，SC2：(a) 采取必要行动使其担保权具有对抗第三方的效力，并且 (b) 通知 SC1，告知其 SC2 将享有购置款担保权。SC2 的担保权是一项购置款担保权，优先于 SC1 的担保权（见建议 180，备选案文 A(b) 项和备选案文 B(b) 项，移用）。SC2 的担保权的优先权不延伸到应收款、可转让票据、银行账户贷记款受付款或独立保证收益收取权这些形式的专利收益，但的确延伸到其他类型的收益（见建议 185，备选案文 A(b) 项和备选案文 B，移用）。

(c) 知识产权许可购置款担保权为设保人业务中所使用的许可的价款提供担保

276. B 在其全部现有和未来动产（包括知识产权）上为 SC 设定担保权，SC 采取必要行动使该担保权具有对抗第三方的效力。随后，B 从 O 处取得将 O 拥有的一项专利用于 B 的业务许可。B 同意在一段时间内向 O 支付许可费，并向 O 提供了 B 作为被许可人所享有的权利上的担保权，以此担保 B 的偿付义务。O 在短期内，例如在 B 取得许可后 20 天或 30 天内，使该项担保权具有对抗第三方的效力。根据许可协议，O 在 B 的权利上的担保权属于购置款担保权，优先于 SC 的担保权（见建议 180，备选案文 A(a) 项和备选案文 B(b) 项，移用）。O 的担保权的优先权是否

延伸到 B 作为被许可人所享有的权利产生的应收款、可转让票据、银行账户贷记款受付款或独立保证收益收取权这些形式的收益，取决于一国颁布哪一版本的建议 185。根据备选案文 A，O 的担保权的优先权延伸到应收款（见建议 185，备选案文 A(a) 项，移用）。根据备选案文 B，O 的应收款担保权仅具有非购置款担保权的优先权（见建议 185，备选案文 B，移用）。应当指出，O 根据其担保权享有的权利与 O 根据许可协议享有的在 B 不履行其根据许可协议负有的义务时终止许可协议的权利是相分离的，并且服从不同的要求。

(d) 知识产权许可购置款担保权为设保人持有供出售或授予许可的许可的价款提供担保

277. B 在其全部现有和未来动产（包括知识产权）上为 SC1 设定担保权，SC1 采取必要行动使该担保权具有对抗第三方的效力。随后，B 从作为专利权人的 O 处取得一项许可，目的是在 B 的正常经营过程中向第三方授予该专利的次级许可。B 通过向 SC2 借款而获得支付其许可费的所需资金，B 向 SC2 提供了 B 作为被许可人所享有的权利上的担保权，以此担保 B 的偿付义务。在 B 取得许可之前，SC2：(a) 采取必要行动使其担保权具有对抗第三方的效力；并且 (b) 通知 SC1，告知其 SC2 将享有购置款担保权。SC2 的担保权属于购置款担保权，优先于 SC1 的担保权（见建议 180，备选案文 A(b) 项和备选案文 B(b) 项，移用）。SC2 的担保权的优先权不延伸到应收款、可转让票据和银行账户贷记款受付款这些形式的许可收益，但的确延伸到其他类型的收益（见建议 185，备选案文 A(b) 项和备选案文 B，移用）。

(e) 知识产权许可购置款担保权为设保人业务中所使用的和设保人持有供出售或授予许可的许可的价款提供担保

278. 软件公司 B 在一项交易中取得了用于个人计算机操作系统的知识产权，B 据此在该操作系统上为 SC 设定了担保权，以此担保 B 支付价款的义务。B 取得该操作系统知识产权的目的是向愿意支付许可费并同意遵守许可协议条款的任何人授予使用该操作

系统的许可。B 还将在其所拥有的个人计算机上使用该操作系统。由于对 B 而言，该操作系统的支配性用途是持有该系统以向他人出售或授予许可，因此，适用于库存品购置款担保权的规则适用于 SC 的购置款担保权。

279. 制造商 B 在一项交易中取得了用于一种制造设备的专利，B 据此在该专利上为 SC 设定了担保权，以此担保 B 支付价款的义务。B 在自身业务中使用该专利，一般不向他人授予许可。不过，B 向其两家子公司转授了使用该专利的许可。由于对 B 而言，该专利的支配性用途不是持有该专利以向他人出售或授予许可，因此适用于库存品或消费品以外资产的购置款担保权的规则适用于 SC 的购置款担保权。

C. 非统一处理法

280. 本章 B 节在假定一国根据《指南》建议 178-186 规定采用“统一处理法”进行购置款融资的前提下，述及了知识产权购置款融资问题。所依据的假设是，一国采用统一处理法进行有形资产购置款融资，也会采取统一处理法进行知识产权购置款融资。采用其他方式将给购置款担保权的设定、第三方效力、优先权和强制执行造成不必要的混乱。

281. 同理，如果一国采用“非统一处理法”进行有形资产购置款融资，则有理由假设该国将采用非统一处理法进行知识产权购置款融资。例如，通过在合同条款中对有条件转让（根据知识产权相关法律，可能包括有条件排他性许可）、保留所有权、融资租赁权或涉及知识产权的类似交易作出规定，可以反映出对知识产权购置款融资的非统一处理法。此外，在非统一处理法中，知识产权人或银行等第三方融资人是有可能取得统一处理法提供的那类购置款担保权的。

282. 上述每一种购置款融资交易都能够比较容易地转用于知识产权融资。但与统一处理法不同的是，关于保留所有权和融资

租赁权的建议是不可能直接转用于被许可人取得一项非排他性许可的情况的。在这些情况下，除了作为知识产权人享有的持续性权利之外（视许可协议条款而言），许可人没有保留任何特定权利。许可人在这种情形下通常采取的救济办法仅仅是撤销许可。对比之下，非许可人的购置款融资人（例如，为被许可人获得许可而提供购置款融资的银行）将取得被许可人的权利上的普通购置款担保权。

283. 在起草购置款融资非统一处理制度的颁行条款时，各国必须考虑两个因素。第一，为确保实际效果与采用统一处理法所产生的效果相同，各国必须处理本章提出的与统一处理法有关的建议所涵盖的全部问题（见下文建议 247）。第二，必须按照在有形资产方面分别调整《指南》建议 192-194 和建议 199（非统一处理法）使之反映《指南》建议 180 和 185（统一处理法）的方式，对拟颁布的具体法律条款加以调整。换言之，为出台知识产权购置款融资非统一处理制度，各国将需要规定详细规则，述及第三方效力问题以及转让人的所有权权利、保留所有权或类似权利如何转变为被转让的知识产权的收益上的担保权或者转变为被保留的所有权上的担保权问题（关于针对《指南》中购置款融资非统一做法作出的这些调整的论述，见《指南》第九章）。

建议 247¹⁹

购置款担保权条文对知识产权担保权的适用

法律应当规定，有形资产购置款担保权条文也适用于知识产权或知识产权许可的购置款担保权。在适用这些条文时：

(a) 知识产权或知识产权许可：

(i) 由设保人为在其正常经营过程中出售或授予许可而持有的，视作库存品；以及

¹⁹ 如果此项建议可纳入《指南》，应作为建议 186 之二编入第九章（购置款融资）。

(ii) 由设保人用于或打算用于个人、家庭或家居用途的，视作消费品；以及

(b) 任何提及：

(i) 有担保债权人占有设保资产的用语，均不适用；

(ii) 设保人占有设保资产的时间的用语，均系指设保人取得设保知识产权或知识产权许可的时间；以及

(iii) 向设保人交付设保资产的时间的用语，均系指设保人取得设保知识产权或知识产权许可的时间。

十． 知识产权担保权的适用法律

A. 财产事项的适用法律

1. 目的和范围

284. 一般来说,《指南》所建议的法律冲突规则涉及担保权的设定、对抗第三方效力、相对于相竞求偿人权利的优先权和强制执行所适用的法律。这些规则还决定着《指南》所建议的实体法规则的地域范围,即颁布《指南》所建议法律的国家的实体法规则是否适用以及在什么情况下适用(见《指南》第十章,第1-9段)。

285. 《指南》第十章没有界定《指南》所建议的法律冲突规则适用于何种担保权。通常,在法律冲突方面将一种权利定性为担保权反映了一国的担保交易实体法。但是,《指南》建议,一国遵循购置款融资非统一处理法颁布《指南》所建议的法律,应当对保留所有权权利或融资租赁适用管辖担保权的法律冲突规则(见建议201)。同样,由于《指南》所建议的法律中适用于应收款担保权的实体法规则也大都适用于彻底转让,《指南》建议这类国家对应收款彻底转让适用那些管辖以担保目的进行的应收款转让的法律冲突规则(见《指南》导言B节第20段中“担保权”这一术语,以及建议3、208)。

286. 原则上,法院或其他当局每当为选择适当的法律冲突规则而需要对一个问题加以定性时,都会使用本国法律。由于拟订《指南》所建议的法律冲突规则意在反映《指南》所建议的实体法规则,因此既颁布《指南》所建议的实体法规则又颁布《指南》所建议的法律冲突规则的国家无论适用哪一种规则都毫无困难。但是,如果一国没有颁布《指南》所建议的实体法规则,便会

发现难以适用《指南》所建议的法律冲突规则。可能出现这种情况的原因是，一国将设定和第三方效力作为一个问题处理，而《指南》所建议的法律冲突规则却将其视为两个单独的问题，并交由不同国家的法律处理。应当指出，《指南》依循大多数国家采取的办法，将设定担保权的协议和由这类协议产生的当事人彼此间的权利和义务区别开来，前者所产生的担保权是财产权（由特定法律处理；见建议 203、208），后者所产生的则是契约权（通常交由当事人所选择的法律处理；见建议 216）。

287. 无论如何，资产（包括知识产权）可否转让或设保的问题是必须在设定担保权之前解决的首要问题，而《指南》所建议的法律冲突规则并未述及这一问题。因此，举例来说，如果其他法律冲突规则将知识产权转让性问题交由知识产权保护国的法律（保护地法）处理，《指南》对其没有影响。原因并非是《指南》所建议的法律服从于知识产权相关法律，而是《指南》所建议的法律并不涉及这些问题。按照这种办法，《指南》所建议的实体法规则不会推翻对转让性的法定限制（见建议 18）。

288. 如果《指南》所建议的法律冲突规则将有关担保权的事项交由某一国的法律处理，所援用的法律是该国现行的整个法律体系，但其中的法律冲突规则除外，以避免出现反致（见建议 221）。此种法律体系不仅包括成文法和不成文法（见《指南》导言第 19 段）以及多领土单位国家特定领土单位的现行法律（见建议 224-227），还包括该国因条约、公约和其他国际义务而实行的法律规则。因此，举例来说，如果法律冲突规则将有关知识产权担保权的事项交由一国法律处理，而该国处理该事项的法律是由一个区域经济一体化组织颁布的，则援用该国法律也包括援用该区域经济一体化组织颁布的法律规则。²⁰ 这一点也适用于国际组织如知识产权组织颁布的有关规则。

²⁰ 例如，根据欧洲理事会关于欧共同体商标的第 207/2009 号条例 (EC) 第 16 条（见上文脚注 8），适用第 17-24 条。只有在这些条文没有具体规则的情况下，才适用专利权人所在地国家的法律或其营业所所在国的法律（如在欧盟内），或适用协调局所在地（西班牙）的法律。

289. 还应当指出, 不管以什么适用法律为准, 此种法律的适用都必须顾及两点: (a) 诉讼地的公共政策和强制性规则 (见《指南》, 建议 222); 以及 (b) 在设保人破产情况下, 适用破产程序启动地所在国的法律对某些破产相关事项的影响 (诉讼地法; 见建议 223)。最后, 应当指出, 同《指南》所建议的其他所有规则一样, 法律冲突规则若与一国有关知识产权的国内法或该国所加入的有关知识产权的国际协议 (若有的话) 不一致, 即不应适用 (见建议 4(b) 项)。

2. 《指南》建议就无形资产担保权采取的办法

290. 根据《指南》所建议的法律, 无形资产担保权的设定、对抗第三方效力、优先权和强制执行所适用的法律为设保人所在地国家的法律 (见建议 208、218(b) 项)。《指南》依循许多国家所采取的办法, 为某些类别无形资产如银行账户贷记款受付款的担保权拟订了特定资产建议 (见建议 209-212), 但没有为知识产权担保权拟订特定资产建议。这样, 如果一国颁布了《指南》所建议的法律冲突规则, 而没有为知识产权拟订一项特定资产规则, 则设保人所在地国家的法律将适用于知识产权担保权的设定、第三方效力、优先权和强制执行。设保人的所在地界定为设保人的营业地, 而营业地在不止一个国家的, 则为设保人中央管理部门所在地, 即设保人的实际所在地而非法定所在地 (见建议 219)。如前所述 (见第 289 段), 建议 4(b) 项也将适用, 如果《指南》所建议的法律冲突规则与知识产权相关法律中专门适用于知识产权的法律冲突规则不一致, 则适用知识产权相关法律的法律冲突规则。

291. 基于设保人所在地国家法律的办法的主要优点是, 可以对担保权的设定、第三方效力、优先权和强制执行适用单一种法律。因此, 举例来说, 有担保债权人希望取得对设保人全部现有和未来无形资产 (包括知识产权和其他资产) 的担保权, 哪怕这

些资产与几个国家都有关，也只需援用一个国家的法律即可取得担保权、使其具有对抗第三方效力、确定担保权的优先权并使之得到强制执行。尤其是，在大多数情况下都将减少与担保权有关的登记和查询费用，因为有担保债权人只需在设保人所在国登记，查询人也只需在设保人所在国查询。这将降低交易成本，提高确定性，从而有可能对信贷的提供和成本产生有利影响。

292. 基于设保人所在地国家的法律并将“所在地”定义为中央管理部门所在地（见上文第 290 段），这种办法的另一个特别重要的优点是，该法律也是可能对涉及设保人的主要破产程序进行管理的国家的法律（例如，关于主要程序的含义，见《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 2 条 (b) 项和第 16 条第 3 款）。²¹ 这样，担保权的设定、第三方效力、优先权和强制执行的适用法律与诸如暂停个人诉讼、撤销某些交易、有担保债权人待遇以及债权排序的适用法律可能是同一国家的法律。应当指出，虽然有些情况下法定所在地可能比实际所在地更易确定，但是，如果设保人法定所在地和中央管理部门所在地不在同一国家，援用法定所在地可能会导致所适用的法律冲突规则因公共政策或强制法原因而被放弃（见《指南》，建议 222）。如果法定所在地国家的法律中关于担保权优先权的规定与破产程序启动地所在国的破产法（诉讼地法）不一致，就会出现上述情况。由于下述原因（见第 305、306 段），完全基于设保人所在地国家的法律的办法将不适合知识产权担保权。

293. 但是，如果设保人是受让人，从不是在设保人所在地国家的最初所有权人或中间所有权人处取得了资产，则有担保债权人必须在任何此种国家的登记处（并有可能在可能存在的相应的知识产权登记处）查询担保权。应当指出，在这种情况下，如果最初所有权人或中间所有权人自己也设定了担保权，且根据《指南》所建议的法律此种担保权应由该最初所有权人或中间所有权人所在地的法律管辖，则适用法律将是发生优先权冲突时

²¹ 联合国出版物，出售品编号：E.99.V.3。

设保人所在地国家的法律（见《指南》，建议 208、220(b) 项）。根据《指南》所建议的法律，除某些规定情形外，设保资产每一受让人取得该资产都附带先已存在的担保权。因此，每一受让人取得该资产将附带先前所有权人设定的担保权（见《指南》，建议 79-82）。

294. 应当指出，如果设保人从一国迁到已颁布《指南》所建议的法律的另一国，而设保人新的所在地国家的法律是适用法律，则适用另一些规则。根据这些规则，设保人迁到已颁布《指南》所建议的法律的国家后，较短时期内有担保债权人不采取任何行动仍可保持其担保权的对抗第三方效力，这一期限之后，只有满足了设保人新的所在地国家的第三方效力要求，担保权才能继续保持对抗第三方效力（见《指南》，建议 45）。

295. 举例来说，位于 X 国的知识产权人 A 以受 Y 国保护的一项版权作保为有担保债权人 SC1 设定了担保权，A 搬到了已颁布《指南》所建议的法律的 Y 国，并在 Y 国以该版权作保为有担保债权人 SC2 设定了另一项担保权。如果 Y 国颁布的规则要求援用设保人所在地国家的法律处理有担保债权人之间的优先权（见《指南》，建议 208），且每项担保权已经根据设定担保权所依据的国家的法律具有对抗第三方效力，则 SC1 无须采取任何行动，其担保权在短时期内优先于 SC2 的担保权，在此之后，SC1 只有满足了 Y 国的第三方效力要求，SC1 的担保权才能继续优先于 SC2 的担保权。这一结果是适用基于建议 45 的规则的结果，而不是适用法律冲突规则的结果。如果 A 没有迁到 Y 国，而是将版权转让给 Y 国的受让人 B，则受让人 B 取得的版权是否附带 SC1 的担保权，将根据设保人所在地国家的法律确定。同样，有担保债权人 SC2 取得的担保权是否附带 SC1 的担保权，也将根据设保人所在地国家的法律确定。

296. 还应当指出，根据《指南》所建议的法律，就设定问题而言，确定设保人所在地的相关时间是推定设定担保权的时间，而就第三方效力和优先权问题而言，确定设保人所在地的相关时间是

这些问题发生的时间（见建议220）。因此，按照《指南》所建议的，基于以设保人所在国法律为准的规则的办法，在该规则适用于知识产权资产担保权的情况下，SC1的担保权的设定将由X国的法律管辖，而SC2的担保权的设定将由Y国的法律管辖。至于受让人B及其有担保债权人SC2取得的知识产权资产是否附带SC1的担保权，将在短时期之后（见《指南》，建议45）由Y国法律管辖。

3. 保护国的法律（保护地法）

297. 尽管旨在保护知识产权的各项国际公约没有明确述及知识产权担保权方面产生的问题适用何种法律，但这些公约一般采用属地原则。因此，在这些公约的缔约国，适用于知识产权所有权和保护问题（例如，一国的知识产权人相对于另一国的被许可人或侵权人的权利）的法律是保护地法。应当指出，对于须在国家、区域或国际知识产权登记处登记的各类知识产权（例如，专利和商标），保护地法是登记处管理国的法律（包括区域或国际组织颁布的规则）。

298. 有的观点认为²²，各项保护知识产权的国际公约所体现的国民待遇原则隐含着推行一种普遍规则的意思，即不仅对于知识产权所有权，而且对于知识产权担保权方面出现的问题，在确定适用法时优先适用保护地法。照此观点提出的主张是，《保护工业产权巴黎公约》（1883年）第2条第1款、²³《保护文学艺术作品伯尔尼公约》（1886年）第5条第2款²⁴和《与贸易有关的知识产权协定》第3条第1款，诸如此类的规定所得出的结论都认为应将相关知识产权保护地作为适当的关联因素。²⁵换言之，这一观点认为，其中每一项国际公约都要求其缔约国对知识产权担保权方面产生的问题适用保护地法。

²² 见第六工作组（担保权益）第十六次会议工作报告（A/CN.9/685，第90段）。

²³ 查 www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/trtdocs_wo020.html。

²⁴ 查 www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html。

²⁵ 这些文书可能载有某些被认为与本讨论无关的例外情形。

299. 由于上述观点,有担保债权人要想能够在知识产权所在国取得有效和可强制执行的知识产权担保权,就必须满足该国的各项要求。因此,基于保护地法的办法的主要优点是,在承认保护知识产权的国际公约所采用的属地原则的情况下,适用保护地法将导致对知识产权的担保权和所有权权利适用同一法律。应当指出,按照这种办法,保护地法确定的是担保权的财产权方面。保护地法不一定适用于设保人和有担保债权人之间的,可能须服从于合同管辖法律的纯合同事项(合同法;见下文本章B节)。

300. 但是,以保护地法作为知识产权担保权适用法律的办法也存在效率低下问题。许多情况下,必须在分设于若干国家的登记处进行登记。在下列交易中尤其会出现这种情况:(a)受不同国家法律保护的知识产权组合被用作信贷担保的交易,(b)设保资产不限于单一个国家的法律之下所使用的和提供保护的知识产权的交易,(c)设保人的全部资产都已设保的交易。如下文进一步所述,这种结果有可能增加登记和查询费用,从而使知识产权融资交易更费钱、更复杂。此外,如果设保人不是在可为其设保知识产权提供法律保护依据的国家,而涉及设保人的破产程序却是在设保人所在国启动的,那么将涉及担保权的问题交由保护国的法律处理,可能导致法律冲突规则因违反诉讼地法的公共政策或强制法考虑而被放弃(见《指南》,建议222)。因此,规定采用保护地法的办法可能不必要地剥夺有担保债权人的机会,使其不能选择采用设保人所在地国家的法律,也不能通过在普通担保权登记处登记节省交易费用。

4. 其他办法

301. 上文所述观点(见第297、298段)认为国际知识产权公约对确定知识产权担保权相关问题的适用法律也具有广泛

的效力，但这一观点并未得到普遍认可。此外，对这方面的问题适用保护地法的先例极少。即使假定这些国际公约可以推行法律冲突规则，但这些规则的适用范围是否涵盖《补编》所设想的财产效力的各个方面，即知识产权担保权的设定、对抗第三方效力、对相竞求偿人权利的优先权和强制执行，还是有疑问的。

302. 因此，即使认可上文所述国际知识产权公约的广泛效力（见第 297、298 段），各国采用一种适用于知识产权担保权所产生的问题的法律冲突规则仍是有必要或有益的。这类规则至少可以起到填补空白的作用，解决可能因现行国际知识产权公约而造成的任何法律冲突后果。

303. 鉴于上述考虑，为了既能与所有权权利的适用法律相一致又能对担保权问题适用单一法律，可以将保护地法办法与设保人所在地法办法结合起来。只要能够明确每个问题的适用法，就可以对某些问题适用设保人所在地法，而对另一些问题则可以适用保护地法。下文第 304-316 段提供了此种混合办法的例子。

304. 例如，可以用下述方式将基于设保人所在地法律的办法与基于保护地法的办法结合起来。原则上，设保人所在地法律适用于知识产权担保权的设定、第三方效力、优先权和强制执行。但是，担保权相对于知识产权彻底转让受让人或被许可人的权利的第三方效力和优先权由保护地法管辖。无论保护地法是否规定在知识产权登记处登记知识产权担保权，该规则都适用。按照这个第一类组合办法，只有在担心与彻底转让受让人或被许可人之间的竞争时，有担保债权人需根据保护地法确立其权利。在设保人破产是主要关切问题这一典型情况下（因设保人无法偿付所有债权人），有担保债权人依赖设保人所在国的法律即可，这与其他类别无形资产（如应收款）无异。

305. 在对知识产权担保权采用这种办法的国家，所产生的结果是降低交易成本，主要原因有两个。首先，有担保债权人总是可以根据保护地法进行登记，而且可以在相应的知识产权登记处进行登记。其次，如果有担保债权人的主要关切是设保人破产并与另一有担保债权人或判定债权人发生争议，有担保债权人只需满足设保人所在国的第三方效力要求即可（例如，仅在设保人所在国的普通担保权登记处登记一项通知）。在此种情况下，有担保债权人可能需准备承担的风险是，未根据保护地法在知识产权保护国的知识产权登记处进行登记，这种登记将为有担保债权人提供保护，防范设保人欺诈风险，否则有担保债权人担心欺诈就不会出贷。

306. 但是，第一种“混合”办法也有缺点。如果有担保债权人需要确保自身优先于所有相竞求偿人，就必须满足一般管辖知识产权所有权的法律即保护地法的要求。特别是，相对于以下各方的优先权将出现这种情况：(a) 知识产权的受让人；(b) 知识产权的排他性被许可人，在此情况下，排他性许可视作转让；以及 (c) 根据知识产权相关法律被视作知识产权人或可以行使知识产权人权利的有担保债权人（见上文第 30、87、88、222 段）。这种结果将对信贷的提供和成本产生不利影响。此外，如果设保人所在国的法律并非保护国的法律，则根据保护国的法律担保权可能没有效力并且不可强制执行，除非该国已采用了以设保人所在地为准的法律冲突规则。而且，如前所述（见第 290 段），即使是在担保权由设保人所在国的法律管辖的国家，仍可根据建议 4 (b) 项适用保护地法。还应当指出，特别是在担保权可在知识产权登记处登记的情况下，设保人所在国的适用法律也可能因根本违背诉讼地的公共政策和国际强制法而被放弃（见《指南》，建议 222）。

307. 这两种办法也可以用其他形式结合起来使用。按照第二种混合办法，须在知识产权登记处（不管是国家、区域还是国际登记处）登记的知识产权担保权所产生的问题可交由登记处管理

国的法律处理（《指南》对须作专门登记的有形资产担保权采用这种办法；见建议 205）。强制执行方面的问题可作例外处理，为节省成本和时间，这些问题可交由设保人所在国的法律处理。同时，不须作此专门登记的知识产权担保权所产生的问题可交由设保人所在国的法律处理。这里也可以对知识产权担保权的第三方效力和优先权作例外处理，援用保护地法处理这些问题。

308. 这种办法的主要好处是考虑到国家、区域或国际知识产权登记处的存在，以及拥有这类登记处的国家可能不愿意采纳无视这些登记处存在的法律冲突规则。如果区域或国际组织的法规就知识产权上的权利的登记作了规定，这些组织的成员国可能会发现难以采纳违背区域或国际法规的规则。例如，欧洲联盟成员国可能无法采纳没有考虑到以下事实的规则：根据欧洲理事会关于欧共体商标的第 207/2009 号条例 (EC) 第 16 条，欧共体商标主要由该条例第 17-24 条管辖，只有在这些条文没有具体规则的情况下，才适用专利权人所在国的法律或其营业所所在国的法律（如在欧盟内），或适用协调局所在地（西班牙）的法律。

309. 第二种混合办法也有缺点。如果某些类别知识产权上的权利可在知识产权登记处登记（例如专利和商标），而另一些类别不可登记（版权），就需要以不同的法律冲突规则处理各类知识产权的担保权。此外，这种办法若以保护地法为基础，就没有必要作区分，因为保护地法应当适用于各类知识产权，而不论保护地法是否就某些知识产权的登记作了规定。而且，如果这种办法的第二部分与上文讨论的第一种混合办法相同，只是适用范围更加有限，这种办法将具有第一种办法的各种利弊（见上文第 306 段）。还有，这种办法可能会使根据保护地法无须作此登记的知识产权彻底转让的费用和复杂程度提高。其原因是，这类知识产权彻底转让的受让人必须查清设保人所在国的法律，才能确保转让不附带在先担保权。

310. 此外,将优先权和强制执行交由两种不同法律处理,可能会使适用法的确定更加复杂。举例来说:(a)一个问题可能在一国被定性为优先权问题,而在另一国可能被定性为强制执行问题;以及(b)优先权又会影响到强制执行问题,例如,谁有权接管强制执行、出售所得收益的分配、受让人在非司法程序出售中取得的权利等问题。为避免这些问题,对于无形资产担保权,《指南》建议将优先权的适用法律作为强制执行的适用法律(见建议218(b)项)。最后,这种办法要求查清所有相关国家的保护地法,以确定这些国家允许在知识产权登记处登记知识产权担保权。例如,版权担保权适用何种法律将取决于版权可否在版权登记处登记。

311. 这两种办法还可以有另一种组合方式(第三种混合办法),那就是将担保权的设定和强制执行交由设保人所在国的法律处理,除非当事各方商定交由保护国的法律处理。按照这种办法,担保权的第三方效力和优先权可交由设保人所在国的法律处理,但担保权相对于受让人、被许可人或另一有担保债权人权利的第三方效力和优先权除外。这种办法将:(a)允许对担保权的设定和强制执行适用有限的当事人意思自治;(b)将担保权的第三方效力和优先权主要交由保护国的法律处理;以及(c)将担保权相对于破产管理人的第三方效力和优先权交由设保人所在国的法律处理。

312. 这种办法也有缺点。如果将设定和第三方效力交由两种不同法律处理,则只有将这两个问题作为不同问题处理(换句话说就是采取《指南》所建议的办法)的国家才能适用这样的规则。因此,在广泛采用与《指南》所建议的法律一致的法律之前,这样的规则的适用范围将很有限。此外,对当事人相互权利和义务以外的任何问题适用当事人意思自治,如果仅限于知识产权担保权方面的话,将背离《指南》所采取的办法(见建议10,除当事人相互权利和义务之外,该建议不允许对任何适用法问题适用当事人意思自治),并且将背离许多国家的法律冲突原则,此等国家不允许在确定财产权问题的适用法时适用当事人意思自治。

313. 况且，除非各国采用了《指南》的实体法建议，否则如前所述（见第 308 段），将第三方效力和优先权交由两种不同的法律处理，而这两种法律如何又取决于相竞求偿人的身份，可能会导致所有有担保债权人都设法满足两种法律的第三方效力要求，以确保相对于所有可能的相竞求偿人的优先权。再者，除非各国采用了《指南》的实体法建议，否则，将优先权和强制执行交由两种不同法律处理可能会造成不一致，因为一个国家对优先权适用一种法律，而另一个国家若把优先权问题定性为强制执行问题则很有可能对优先权适用另一种法律。还应当指出，将优先权和强制执行交由两种不同法律处理，可能会造成循环优先权问题。

314. 设保人所在地法与保护地法或许还有下面一种组合方式：保护地法可以适用于知识产权担保权的设定、第三方效力和优先权。但是，有担保债权人也可以根据设保人所在国的法律有效地设定担保权。此外，有担保债权人可以依赖此种法律使担保权取得对抗判定债权人和对抗设保人的破产管理人的效力。而且，设保人所在地国家的法律可以管辖此种担保权的强制执行。这正是《补编》建议采取的办法（见下文建议 248）。

315. 这种混合办法可以扬长避短。保护地法的重要性将得到适当承认。同时，有担保债权人可以在单一法律下设定并强制执行担保权，这样一种可能性将带来显著的实际益处，尤其是在涉及受不同国家保护的知识产权组合的交易中，或者是在涉及位于不同国家（或受不同国家保护）的各类有形资产和无形资产（包括知识产权）组合的交易中。如果有担保债权人可以在单一法律下使担保权取得对抗判定债权人和对抗设保人的破产管理人的效力，可以带来同样益处。如果一国采纳《指南》的实体法建议，或者以一种符合本国实体法的中性方式描述所涉及的问题，那就可以避免由于根据不同国家的法律处理设定问题和对抗某些相竞求偿人的第三方效力问题而可能产生的困难。如果颁布此种办法的立法文本采用与颁布国实体法一致的中性措辞，那么由于根据不同国家的法律处理优先权和强制执行问题而产生的困难也是可以避免的。此外，允许有担保债权人还可根据设保人所在地

的法律使其担保权具有对抗判定债权人和对抗设保人的破产管理人的效力，不会导致循环优先权问题，因为保护地法将承认此种对抗这些潜在相竞求偿人的效力。而且，保护地法始终都将适用于与其他相竞求偿人（例如，另一有担保债权人或受让人）的争议。

316. 另外，将设定问题交由一个国家的法律处理，而不是允许当事各方就这一问题在保护地法和设保人所在国的法律之间取舍，还是利大于弊。另外应当指出，此种规则不会影响第三方，因为担保权的设定只涉及担保协议双方之间的效力。最后应当指出的是，按照所建议的此种办法，如果设有担保权的知识产权同时受 A 国、B 国和 C 国的保护，该担保权在所有这三个国家都将具有对抗设保人的破产管理人的效力，条件是，此种效力是根据设保人所在国的法律取得的。但是，如果有担保债权人的担保权只是根据 A 国法律取得效力的（而 A 国并不是设保人所在国），这种担保权在 B 国和 C 国将不具有对抗设保人的破产管理人的效力。

317. 关于上述各种办法（见第 290-316 段）的利弊，可以用下文讨论的例子加以说明（见第 318-337 段），这些例子分别涉及设定、第三方效力、优先权和强制执行问题。

5. 各种办法比较分析实例

(a) 设定问题

318. 位于 X 国的知识产权人 A 在 X 国拥有受 X 国法律保护的版权组合（在 X 国，版权担保权不能在知识产权登记处登记），并在 Y 国拥有受 Y 国法律保护的专利和商标组合。根据一项单一担保协议，A 在两个组合上为位于 Y 国的 SC1 设定了担保权。然后，A 又在同一专利和商标组合上为同样位于 Y 国的 SC2 设定了担保权。

319. 按照保护地法办法，版权组合受 X 国法律的保护，A 和 SC1 就必须满足 X 国的设定要求，专利和商标组合受 Y 国法律的保护，A 和 SC1 还必须满足 Y 国的要求。不满足这些要求，担保协议只能实现部分预期目的；例如，担保协议可以根据 X 国法律设定担保权，但不能根据 Y 国法律设定担保权。按照设保人所在国的法律结合保护地法的第一种混合办法（见上文第 304 段），A 和 SC1 需满足 X 国对在版权组合上设定担保权的要求和对在专利和商标组合上设定担保权的要求（也就是说，使担保权在设保人 A 和有担保债权人 SC1 之间生效）。

320. 按照区分可在知识产权登记处登记的知识产权担保权和不可在这类登记处登记的知识产权担保权的第二种混合办法（见上文第 309 段），版权组合担保权的设定问题仍交由 X 国的法律处理（X 国为设保人所在国，但对于版权组合而言，X 国也是保护国）；专利和商标组合担保权的设定问题将交由 Y 国处理（假设专利和商标上的权利可在该国的专门登记处登记）。

321. 按照允许由当事人自主决定对知识产权担保权的设定的适用法律的第三种混合办法（见上文第 311 段），X 国的法律将适用，除非当事人在担保协议中选择 Y 国的法律。如果这两个国家都区分担保权的设定和第三方效力，并规定设定仅在当事人之间具有效力，这种办法就不会产生问题。否则，这种办法可能导致适用法律的不确定性。应当指出，如果设定区别于第三方效力，而 A 和 SC1 将设定交由 X 国法律处理，A 和 SC2 将设定交由 Y 国法律处理，则只要 SC1 和 SC2 之间的优先权冲突交由一种法律处理（在本例中交由 Y 国法律处理），就不会产生太大问题。

322. 如果 A 和 SC1 选择了设保人所在国（X 国）的法律，A 和 SC2 选择了知识产权保护国（Y 国）的法律，而 X 国和 Y 国的法律在设定担保权方面的差异仅仅在于一点，例如，没有颁布

《指南》建议的 X 国对担保协议的手续要求，比已颁布《指南》建议的 Y 国的要求更多，那么，克服这一困难的办法是，所拟订的担保协议应当能够满足更严格一方的法律要求（不过，即便这样也会增加交易成本）。然而，如果 X 国和 Y 国对手续的要求不一致，这种办法就不足以解决这个问题了。同样，如果担保协议设想以多项现有和未来知识产权作为设保资产，就可能产生无法克服的困难。下述情况尤其如此：一国颁布了《指南》建议的规则（允许订立一份单一担保协议，在多项现有和未来资产上设定担保权），而另一国不允许在担保协议中对尚未存在或设保人尚未拥有的资产设定担保权，或者不允许在同一项协议中对多项资产设保。

323. 按照所建议的办法（见下文建议 248），SC1 可以根据 X 国的法律对版权组合设定担保权，并根据 Y 国的法律对专利和商标组合设定担保权（X 国和 Y 国均为保护国）。但是，SC1 也可以选择根据 X 国（设保人所在地国家）的法律对专利、商标和版权有效地设定担保权。

(b) 第三方效力问题

324. 在同一例子中（见上文第 318 段），按照保护地法办法，为了使担保权取得对抗第三方效力，SC1 需满足 X 国的第三方效力要求，才能使其版权组合的担保权取得对抗第三方效力，并需满足 Y 国的要求，才能使其专利和商标组合的担保权取得对抗第三方效力。为此可能需要在这些国家的相应登记处登记多份担保权通知。此外，潜在债权人必须查询所有这些登记处。这意味着 A 的潜在债权人需要查询 X 国的有关登记处，以查出 SC1 享有的版权组合的担保权，查询 Y 国的有关登记处，以查出 SC1 和 SC2 享有的专利和商标组合的担保权。下述情况可能会使事情更加复杂：其中一些国家可以使用普通担保权登记处登记这些通知，另一些国家可能提供使用知识产权登记处的选择，

还有一些国家可能在知识产权相关法律要求必须在知识产权登记处登记的情况下使用这类登记处（见建议 4(b) 项）。假如有一个国际登记处，可以登记第三方效力受不同国家法律管辖的担保权，上述缺点会有所减轻。

325. 不过，按照第一种混合办法，SC1 满足 X 国的第三方效力要求即可。A 的任何潜在债权人只需在 X 国的有关登记处查询，即可查到 A 在 X 国的版权组合上或其在 Y 国的专利和商标组合上设定的任何担保权（但受让人或被许可人只需在 Y 国的专利和商标登记处进行查询，因为按照第一种混合办法，与受让人或被许可人的优先权冲突应由保护地法管辖）。按照第二种混合办法，SC1 需满足 X 国对版权组合担保权的第三方效力要求和 Y 国对专利和商标组合担保权的第三方效力要求。按照第三种混合办法，SC1 和 SC2 需满足 X 国和 Y 国这两个国家的第三方效力要求，才能确保其担保权取得对抗所有可能的相竞求偿人的效力，这其中不包括判定债权人和设保人的破产管理人（对这些人将适用 X 国的法律）。按照所建议的办法（见下文建议 248），SC1 一般需满足 X 国对版权组合担保权的第三方效力要求和 Y 国对专利和商标组合担保权的第三方效力要求（X 国和 Y 国均为保护国）。但是，为了保护其权利使之能够对抗判定债权人和设保人的破产管理人，SC1 将可以选择只满足 X 国法律（设保人所在国的法律）的要求。

(c) 优先权问题

326. 在同一例子中（见上文第 318 段），如果 A 在其受 Y 国保护的专利和商标组合上为有担保债权人 SC2 设定了另一项担保权，则 SC1 和 SC2 对受 Y 国保护的专利和商标享有的担保权之间就会发生优先权冲突。按照保护地法办法，这种优先权冲突将由 Y 国法律管辖。按照可在知识产权登记处登记的知识产权担保权的优先权问题由登记处管理国法律处理的办法，该优先权冲突也由 Y 国法律管辖。

327. 另一个例子将说明在所有权链中发生多次转让、并且转让人和每个受让人都设定担保权的情况下如何适用保护地法办法的问题。A 位于 X 国，在 X 国拥有一项专利。专利权人 A 在该专利上为有担保债权人 SC1 设定了一项担保权。随后 A 将该专利转让给位于 Y 国的 B，B 又为 SC2 设定了一项担保权。受让人 B 取得的专利是否附带 SC1 的担保权，将根据保护地法即 X 国的法律确定，该国法律也恰好是设保人所在地的法律。有担保债权人 SC2 从受让人 B 取得的专利担保权是否附带 SC1 的担保权，也将根据保护地法确定（通常，按照不能以己所无予人原则，SC2 所取得的权利不超过 B 所拥有的权利）。

328. 按照第一种混合办法，该优先权冲突将由设保人所在的 X 国的法律管辖。按照第二种混合办法，Y 国的法律将适用于（在 Y 国登记的）专利和商标组合的担保权，X 国的法律（设保人所在国的法律）将适用于版权组合担保权的优先权。对该示例稍作改变，如果版权组合中还包括受不同国家（除 X 国以外）保护的版权，而按照第二种混合办法可以在这些国家登记版权和版权担保权，则所有这些不同国家的法律都将适用于这些版权上担保权的优先权。

329. 按照第三种混合办法，可能出现循环优先权问题。如果设保人 A 破产，在 X 国启动了破产程序，按照这种办法，SC1 和 SC2 之间的优先权将由 Y 国的法律管辖，而破产管理人（作为一方）和 SC1 和 SC2（作为另一方）之间的优先权将由 X 国的法律管辖。如果：(a) 按照 X 国法律，破产管理人优先于 SC1，但不优先于 SC2；(b) 按照 Y 国法律，SC1 优先于 SC2，则：SC1 的权利优先于 SC2 的权利（按照 Y 国法律），破产管理人的权利优先于 SC1 的权利（按照 X 国法律），SC2 的权利优先于破产管理人的权利（按照 X 国法律）。结果将出现循环优先权，因为 SC1 的权利优先于 SC2 的权利，SC2 的权利优先于破产管理人的权利，破产管理人的权利又优先于 SC1 的权利。

330. 按照所建议的办法（见下文建议 248），Y 国（保护国）法律将管辖 SC1 和 SC2 之间的优先权。按照所建议的办法不可能出现

循环优先权问题，因为 SC1 和 SC2 的权利将具有对抗在 Y 国的破产管理人的效力（Y 国的法律将适用于 SC1 和 SC2 之间的争议），而不论是否已在 X 国或 Y 国取得此种效力。采用所建议的办法之所以会出现这种情况，是因为有担保债权人欲使其担保权具有对抗破产管理人的效力，既可以选择设保人所在国（X 国）的法律作为依据，也可以选择保护国（Y 国）的法律作为依据。如果有担保债权人选择了设保人所在国的法律，其担保权也将取得对抗在保护国的破产管理人的效力。

331. 但应当指出，即使在同一个国家，也可能出现循环优先权问题。不过，在前一段所述情况中，采用第三种混合办法之所以产生循环优先权问题，是因为第三方效力和优先权需视相竞求偿人的身份而交给两种不同法律处理。还应当指出，在实体法层面，对这类循环优先权问题是有解决办法的。在上述例子中，一个解决办法可能是规定，如果按照破产法，SC1 的权利未在 X 国登记通知即不被认为具有对抗第三方效力，则 SC2 的权利将优先。解决这一问题或许还有下面这样一种办法：SC2 的权利将优先于破产管理人的权利，但 SC2 须将收益交给 SC1，因为在 SC1 和 SC2 之间，SC1 将享有优先权。

(d) 强制执行问题

332. 在同一例子中（见上文第 318 段），如果 A 在 X 国、Y 国和 Z 国做生意，并按每个国家的法律使用某项专利，这些专利权放在一起的价值可能远远大于单个的价值，因为它们是在共同经营中使用的。因此，如果 A 对这些专利设定担保权，在 A 违约时，SC1 可能会倾向于一并处分这些专利，因为这种处分可能产生更大收益（因此也有利于 A）。不过，如果 X 国、Y 国和 Z 国对设保知识产权的处分实行不同规则，这样做可能有困难，甚至是不可能的。如果 X 国只允许对设保资产进行司法处分，而 Y 国和 Z 国允许非司法处分，则可能无法在单一项交易中完成对专利权的处分。即使所有有关国家都允许非司法处分，程序要求上的差异至少会使单项交易处分这些权利无法高效进行。

333. 此外，担保权的强制执行不是一个单独事件，而是一系列行动。因此，A 违约后，位于 Y 国的有担保债权人 SC1 可以通知位于 X 国的 A，将强制执行其受 X 国、Y 国和 Z 国法律保护专利权上的担保权。然后 SC1 可以在 X 国、Y 国和 Z 国就该专利权的处分发布公告；实际上，它可以通过互联网在全世界发布处分公告。接下来 SC1 可以确定一个位于 Z 国的买受人，该买受人根据一份受 X 国法律管辖的合同购买设保资产。

334. 按照基于保护地法的办法或者基于登记处管理国法律的办法，SC1 需根据 X 国法律强制执行其对受 X 国保护的专利的担保权，根据 Y 国法律强制执行其对受 Y 国保护的专利的担保权，并根据 Z 国法律强制执行其对受 Z 国保护的专利的担保权。按照第一种混合办法，专利担保权的强制执行由设保人 A 所在国的法律管辖。应当指出，无论采取哪种办法，如果 SC1 出售设保专利，受让人必须在有关专利的每个登记国和保护国——即 X 国、Y 国和 Z 国——的专利登记处登记其权利，才能得到全面保护。

335. 还应当指出，如果位于 X 国的 A 对在 Y 国的国家专利局登记的一项专利设定了担保权，然后 A 破产了，则该担保权的设定、第三方效力、优先权和强制执行的适用法律将是 X 国或 Y 国的法律，取决于诉讼地采取的是基于设保人所在地法的办法，还是基于保护地法的办法。按照《指南》所建议的法律，任何此类法律的适用在撤销、有担保债权人的待遇、债权排序或收益分配等问题上均应服从诉讼地法（见建议 223）。在设保人所在的 X 国启动破产程序的，诉讼地法和设保人所在地法将是同一法域的法律。在另一个国家（例如设保人拥有资产的国家）启动破产程序的，情况会有所不同。

336. 按照第三种混合办法，如果强制执行和优先权交由不同法律处理，可能会出现問題。例如，如果 A 和 SC1 将强制执行交由 X 国法律（设保人所在国的法律）处理，A 和 SC2 将强制执行交由 Y 国（保护国）法律处理，当 A 和 B 启动强制执行

程序时，A 行使救济可能适用一种法律，B 行使救济可能适用另一种法律。例如，将 X 国和 Y 国的法律适用于强制执行的程序问题（例如，通知的时限、两个有担保债权人采取强制执行措施哪一个有优先权并可以接管强制执行、收益的分配，等等）可能造成不确定性和不一致性。遇到下面情况，这个问题更难办：X 国的法律允许利用非司法程序出售设保资产，而 Y 国法律则禁止这样做（还有，假如两个有担保债权人都出售该资产，哪一个会对受让人取得的设保资产是否附带担保权产生影响）。

337. 按照所建议的办法（见下文建议 248），X 国（设保人所在国）的法律将管辖版权组合以及专利和商标组合的担保权的强制执行。这种办法将带来显著的实际益处。如前所述，如果颁布此项建议的立法文本采用与颁布国实体法一致的中性措辞，就能够避免将优先权交由另一种法律处理所产生的任何问题。

B. 合同事项的适用法律

338. 对于由担保协议产生的设保人和有担保债权人的相互权利和义务（担保协议的合同事项），根据《指南》所建议的法律，适用何种法律可以由当事人自主决定。当事人没有选择法律的，这些事项的适用法律是一般适用于合同义务的法律冲突规则所确定的管辖担保协议的法律（见《指南》第十章第 61 段，以及建议 216）。

339. 鉴于普遍接受对合同事项适用当事人意思自治原则，²⁶ 这一规则也应适用于知识产权担保权情况下设保人和有担保债权人之间的相互权利和义务。

²⁶ 关于海牙国际私法会议今后编写一项国际合同中法律选择问题文书的情况，见 www.hcch.net/upload/wop/genaff_concl09e.pdf。

建议 248²⁷**知识产权担保权的适用法律**

法律应当规定：

(a) 知识产权担保权的设定、对抗第三方效力和优先权的适用法律是知识产权保护国的法律；

(b) 知识产权担保权也可以根据设保人所在国的法律设定，并且也可以根据该法取得对抗第三方效力，但第三方不包括另一有担保债权人、受让人或被许可人；并且

(c) 知识产权担保权的强制执行的适用法律是设保人所在国的法律。

²⁷ 如果此项建议可纳入《指南》，应作为建议 214 之二编入第十章（法律冲突）。

十一． 过渡

340. 根据《指南》所建议的法律，法律应当规定自身生效的日期（“生效日期”），并具体说明在生效日期后新法律在多大程度上适用于生效日期前已经存在的担保权（见《指南》第十一章第 1-3 段，以及建议 228）。

341. 《指南》提出的确定生效日期的各种办法为各国提供了多种可能性。不过，无论选择哪一种办法，都会提供一种明确的机制，用于确定法律或其各个部分何时生效（见《指南》，第十一章第 4-6 段）。《指南》和《补编》均不建议本法中有关知识产权担保权的条文的生效日期不同于本法其他条文的生效日期。因此，《指南》第十一章所讨论的办法可以不加改动地用于确定知识产权担保权条文的生效日期。只有以下各点需要特别考虑：(a)《指南》所建议的整套法律必须在关于知识产权担保权的条文生效时或生效前生效；以及(b)关于知识产权的条文必须作为一个整体生效。换言之，各国可以将关于知识产权担保权的条文的生效日期推迟到整部法律生效之后，但是，如果决定宣布知识产权担保权条文生效，各国必须确保所有这些条文同时生效。

342. 《指南》还载有关于保护在新法生效日期前取得的权利的建议。一般原则是，新法也适用于生效日期前存在的担保权。因此，如果从现在起就可以在普通担保权登记处或相应的知识产权登记处登记担保权通知，各国必须规定一个宽限期，允许登记这些担保权的通知（从而保护根据先前法律存在的第三方效力和优先权）。《指南》详细描述了这一原则及其所涉问题（见《指南》，第十一章第 20-26 段）。

343. 强制执行方面有一个特殊的过渡问题，即新法生效日期前已经启动的强制执行程序是否要撤销并根据新法重新启动。为了避免这一结果，《指南》所建议的法律规定，强制执行程序一旦在法院或具约束力的仲裁庭启动，便可根据先前法律继续进行。不过，采取强制执行措施的有担保债权人是可以撤销根据旧法启动的程序并根据新法重新启动的，特别是如果《指南》所建议的新法为有担保债权人提供了旧法所没有提供的救济的话（见《指南》，第十一章第 27-33 段）。这一原则同样适用于针对知识产权担保权启动的强制执行程序。

344. 由于许多国家不曾有过《指南》关于知识产权担保权的建议所提供的融资和交易机会，可能会认为必须颁布特别规定规范新法过渡问题。但上文的论述表明，《指南》所建议的法律中提出的基本过渡原则可以不加改动地适用于《补编》所建议的知识产权担保权制度。不必为此提出任何补充建议。

十二． 知识产权许可人或被许可人破产对该当事人在许可协议下各项权利的担保权的影响

A. 综述

345. 许可协议下的知识产权许可人或被许可人可以对其按照许可协议享有的权利设定担保权。如果设保人是许可人，其有担保债权人一般将对许可人向被许可人收取使用费的权利享有担保权，并享有强制执行许可协议中的非金钱条款的权利和一旦违约即终止许可协议的权利。如果设保人是被许可人，其有担保债权人一般对被许可人按照许可协议条款对被许可使用的知识产权的使用权或利用权享有担保权，但对知识产权本身不享有担保权。有担保债权人于是可以采取必要步骤使该担保权取得对抗第三方的效力（见《指南》，建议 29）。

346. 除撤销诉讼外，破产法一般尊重这种担保权的效力（见《贸易法委员会破产法立法指南》，²⁸ 建议 88）。同样，除了有限和明确规定的例外情形外，破产法尊重具有对抗第三方效力的担保权的优先权（见《担保交易指南》，建议 238、239）。但是，如果许可人或被许可人进入破产程序，可能会对许可协议当事人的权利产生影响，而这将会影响到许可人或被许可人设定的担保权。在存在许可协议和次级许可协议链的情况下，链中任何当事人破产都会对链中其他若干当事人及其有担保债权人产生影响。例如，处于许可协议链中端的当事人破产会影响到

²⁸ 联合国出版物，出售品编号：E.05.V.10，查 www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf。

在其下端的次级被许可人和次级许可人的许可，但不会对在其上端的当事人产生任何法律影响。许可协议条款可以规定不同的结果（例如，任何被许可人破产时，其上端或下端的所有许可自动终止），但这些结果将受破产法规定的限制的约束（例如，使自动终止条款无法执行的限制）。

347. 在破产以外，许可人和被许可人对许可使用费受付权设定担保权和强制执行担保权的能力，可能还有法定限制或合同限制。担保交易法一般不影响法定限制，但其中主要涉及未来应收款、仅仅由于是未来应收款而成批或部分转让的应收款、或者成批或部分转让的其他应收款的限制除外（见《指南》，建议 23）。担保交易法可能会影响合同限制（见《指南》，建议 18、24、25）。至于那些独立于担保交易法之外的应收款的转让，破产程序对此种转让限制有何影响（如果有的话），属于破产法处理的问题（见《破产法指南》，建议 83-85）。

348. 关于债务人及其相对人均未充分履行合同义务的合同，《破产法指南》就破产程序对此种合同的影响问题提出了广泛建议（见《破产法指南》，建议 69-86）。双方当事人未充分履行而有效期尚未结束（因此许可人应继续履约）的许可协议就属于这种合同。但下述许可协议不属于这种合同：被许可人通过预先支付其应付许可人的全部许可使用费而充分履行了协议（排他性许可协议可能属于这种情况），而许可人也没有任何未尽义务。破产债务人可能是许可人（根据许可协议的条款和条件，许可人尚须将被许可使用的知识产权的使用权或利用权给予被许可人），也可能是被许可人（根据许可协议，被许可人尚须为使用或利用被许可使用的知识产权支付许可使用费和履行义务）。

349. 《破产法指南》建议，合同条款凡是规定合同在申请启动或实际启动破产程序时或指定破产管理人时自动终止或提前到期的，都不能对破产管理人和债务人执行（见《破产法指南》，

建议 70)。《破产法指南》还建议,破产法应具体指明免于适用上述建议的合同(如金融合同)或须遵守特定规则的合同(如劳工合同)(见《破产法指南》,建议 71)。

350. 《破产法指南》评注解释了此种条款的明显利弊、可能适合免于适用此种条款的合同类型,以及在促进债务人生存(为此要求保全合同)和纳入推翻合同条款的规定这两者之间存在的固有矛盾。《破产法指南》第二部分第二章第 115 段的评注述及对知识产权可能适用此种规定的问题。《破产法指南》评注指出,一些法律支持在某些情况下适用此种条款,并解释了采用这一办法的理由。这些理由包括知识产权的创造人需要能够控制此种财产的使用,以及终止一项合同特别是有关无形资产的合同给对方业务造成的影响(见《破产法指南》第二部分第二章,第 115 段)。比如说,知识产权许可协议中的自动终止或提前到期条款可以继续有效,因为被许可人破产不仅会对许可人的权利造成不利影响,也会对知识产权本身造成不利影响。还比如说,产品所用商标的被许可人破产可能影响该商标和商标产品的市场价值,也属于此种情况。但在任何情况下,知识产权许可协议中载有下述规定的条款是不受影响的:例如,许可在 X 年后终止,或者许可在发生实质性违约(如被许可人没有及时升级或销售特许产品)时终止(也就是说,引发自动终止的事件并非破产)(见《破产法指南》,建议 72 的脚注 39)。

351. 《破产法指南》评注还指出,其他法律可以推翻这些条款,并解释了有关理由(见《破产法指南》第二部分第二章,第 116、117 段)。评注进一步解释,尽管某些破产法确实允许在启动破产程序的情况下推翻这类条款,但这种做法尚未成为破产法的一般特点。在这方面,评注提及了一种固有的矛盾:为了促进债务人的生存就必须保全合同,而在一般合同规则之外另立各种例外情形又会影响商业交易。评注在结论中表示,破产法允许推翻这类条款更可取(见第二部分第二章,第 118 段)。

352. 根据《破产法指南》的建议，如果双方当事人没有充分履行许可协议，破产管理人可以决定继续履行或取消整个协议（见《破产法指南》，建议 72、73）。只有一份许可协议的，一方当事人的破产管理人决定继续履行或取消许可协议将会影响另一方当事人的权利。有许可协议和次级许可协议链的，继续履行或取消许可协议将会影响链中所有后继当事人的权利。最后，如果是交叉许可协议（许可人授予一项许可，被许可人进一步开发该许可后将经过进一步开发的获许可产品回授给原许可人），继续履行或取消许可协议都将影响到各自既是许可人也是被许可人的双方当事人。

353. 如果破产管理人选择继续履行双方当事人没有充分履行的，并且破产债务人（许可人或被许可人）已经违约的许可协议，则必须纠正违约行为，使未违约方基本恢复到发生违约前的经济状况，而且破产管理人必须能够履行该许可协议（见《破产法指南》，建议 79）。在这种情况下，破产程序将不影响许可人或被许可人设定的担保权的法律地位。但是，如果破产管理人选择取消许可协议，就会对许可人或被许可人设定的担保权产生影响（关于破产情况下合同处理问题的全面阐述，见《破产法指南》第二部分第二章 E 节）。

B. 许可人破产

354. 如果许可人的破产管理人决定继续履行一项许可协议，许可人或被许可人设定的担保权将不会受到影响。如果许可人是破产债务人并对其在许可协议下享有的权利设定了担保权，而许可人的破产管理人决定继续履行许可协议，则许可协议继续有效，被许可人应继续按照许可协议支付许可使用费，许可人的有担保债权人继续享有这些使用费受付款的担保权。在这种许可人破产情况下，如果被许可人对其在许可协议下享有的权利设定了担保权，许可人将继续允许被许可人按照许可协议不受阻碍地使用被许可使用的知识产权，被许可人的有担保债权人也继续享有以被许可人在该协议下享有的权利作保的担保权。

355. 不过，如果许可人的破产管理人决定取消许可协议，将会对许可人或被许可人设定的担保权产生影响。如果许可人对其在许可协议下享有的权利设定了担保权，许可协议将不再有效，被许可人无须再按照许可协议支付使用费，因此，将没有使用费供许可人的有担保债权人清偿附担保债务。对于许可人破产出现的这种情况，如果被许可人对其在许可协议下享有的权利设定了担保权，被许可人将不再有权使用被许可使用的知识产权，其有担保债权人将失去对设保资产（即被许可人对被许可使用的知识产权的使用权或利用权）享有的担保权。

356. 实际上，享有以许可人在许可协议下的权利作保的担保权的有担保债权人，可以保护自己免于因许可人的破产管理人取消许可协议而受到影响。例如，（除了对许可人在担保协议下各项权利——主要是许可使用费——的担保权之外，）这种有担保债权人还可以通过取得以被许可使用的知识产权本身作保的担保权并使其具有对抗第三方效力的方式来进行自我保护。如此一来，如果许可人的破产管理人取消许可协议，（在服从于破产法对破产程序中强制执行担保权规定的中止以及其他任何限制的前提下，）许可人的有担保债权人可以通过以下方式强制执行其对被许可使用的知识产权的担保权：对被许可使用的知识产权进行处分，或者与新的被许可人订立一项类似于被取消的协议的新的许可协议，从而恢复使用费收入流（见《担保交易指南》，建议 149）。根据建议 152-155，处分设保知识产权所得资金或者根据新许可协议收取的使用费将被分配给有担保债权人。但实际上，只有重大许可协议才值得作出这种安排。

357. 同样，享有以被许可人在许可协议下的权利作保的担保权的有担保债权人，也可通过拒绝发放担保贷款等方式进行自我保护，免于因许可人的破产管理人取消许可协议而受到影响，除非被许可人为了使其在担保协议下享有的权利有保障而取得了被许可使用的知识产权上的担保权并使之具有了对抗第三方的效力。如此一来，如果许可人的破产管理人取消许可协议，（在服从于破产法对破产程序中强制执行担保权规定的中止以及其

他任何限制的前提下,)被许可人可以通过以下方式强制执行对被许可使用的知识产权本身的担保权,对被许可使用的知识产权进行处分,或者与新的许可人订立新的许可协议,由此获得的权利将是可以用来为有担保债权人设定担保权的收益。实际上,同样只有重大许可协议才值得作出这种安排。

358. 如前所述,只要一方当事人充分履行了许可协议对其规定的义务,许可协议便无须适用《破产法指南》就合同处理问题提出的建议。但是,如果许可人或被许可人没有充分履行许可协议规定的义务,则按照这些建议必须取消许可协议。为了保护被许可人的长期投资,同时认识到被许可人可能依赖于对许可协议下的权利的使用,有些国家在许可人破产因而许可协议原本会被取消的情况下,采用了为被许可人(以及实际上为其有担保债权人)提供更多保护的规则。在有许可协议和次级许可协议链,链中一方当事人破产会影响到几方当事人的情况下,这种保护尤其重要。

359. 例如,有些国家规定,被许可人有权在许可人的破产管理人取消许可协议后继续使用或利用被许可使用的知识产权,只要被许可人继续按照许可协议的规定向破产财产支付使用费或以其他方式继续履行许可协议。这种规则对许可人的破产财产规定的唯一义务是继续履行许可协议的条款和条件,而且该义务并不影响许可人的破产财产资源。这种做法能够平衡兼顾两方面的利益,既可以使破产许可人摆脱许可协议下必须履行的义务,又可使被许可人保护其对被许可使用的知识产权所作的投资。

360. 在另一些国家,许可协议不得根据破产法取消,可能是由于下述原因:(a)在出租人破产情况下,不动产租赁免于适用关于取消合同的破产规则,这一规则类推适用于许可人破产情况下的许可协议;(b)独占许可的许可协议设立了不能取消的财产权(物权)(但可以使之无效);(c)许可协议不被视为双方当事人没有充分履行的合同,因为许可人已经通过授予许可履行了自己的义务;或者(d)许可协议在相应的知识产权登记处进行了登记。在这些国家,被许可人只要支付其按照许可协议应付的许可使用费,就能够保留许可。

361. 还有一些国家中, 许可协议虽然可以被取消, 但须遵守所谓的“抽象原则”。按照这种原则, 许可的使用并不依赖于基本许可协议的有效性, 因此, 即使许可人的破产管理人取消了许可协议, 被许可人仍可保留使用或利用被许可使用的知识产权的权利。但是, 许可人的破产管理人可以根据不当得利原则, 要求撤销许可。直至撤销之前, 被许可人必须根据不当得利原则, 为使用被许可使用的知识产权支付一笔数额相当于按照被取消的许可协议应当支付的许可使用费。

362. 应当指出的是, 《破产法指南》规定(见第二部分第二章, 第143段), 取消权的例外情形也可能适合劳工协议、债务人是出租人、特许权授予人或者是知识产权许可人的协议(此类协议的终止将会终结或严重影响对方的业务, 特别是如果对债务人的好处可能相对较小的话), 以及与政府订立的合同(例如许可证协议和采购合同)。为保护被许可人及其债权人的长期投资和预期, 使其不致因许可人的破产管理人能够重新谈判破产程序启动时业已存在的许可协议而受到影响, 各国似宜考虑采用与前面各段所述相类似的规则。任何此类规则都必须考虑破产法的一般规则和对破产财产的整体影响, 并考虑到知识产权相关法律。各国还似宜考虑上文第356和357段所述的商业惯例可在多大程度上提供充分可行的解决办法。

C. 被许可人破产

363. 如果被许可人是破产债务人, 已经对其在许可协议下享有的权利设定了担保权, 而且被许可人的破产管理人决定继续履行许可协议, 则许可协议将继续有效,(根据许可协议的条款和条件)被许可人继续享有其在许可协议下使用或利用被许可使用的知识产权的权利, 被许可人的有担保债权人将继续享有对这些权利的担保权。在这种情况下, 如果许可人对其按照许可协议享有的许可

使用费受付权设定了担保权,许可人的有担保债权人继续对许可人的使用费受付权享有担保权。

364. 但是,在被许可人的破产管理人决定取消许可协议,而被许可人已对其在许可协议下享有的权利设定担保权的情况下,许可协议将不再有效,被许可人不再有权使用或利用被许可使用的知识产权,被许可人的有担保债权人将不能使用被许可人在许可协议下享有的权利的价值来清偿附担保债务。在这种情况下,如果许可人对其按照许可协议享有的许可使用费受付权设定了担保权,许可人将同样失去使用费受付权,其担保债权人也将失去设保资产。

365. 享有以许可人或被许可人在许可协议下的权利作保的担保权的有担保债权人,可以通过采用与上述措施(见上文第356、357段)相当的措施来寻求自我保护,免于因被许可人的破产管理人取消许可协议而受到影响。

366. 在被许可人破产情况下,重要的是确保许可人能够收取使用费,被许可人能够以其他方式履行许可协议,或者确保许可人有权终止许可协议。破产法的一些规则是必不可少的,例如,那些关于在继续履行许可协议的情况下补救任何违反许可协议的行为的规则(见上文第353段)。此外,在破产的被许可人已对其收取次级许可使用费的权利设定担保权的情况下,这些次级许可使用费可能成为被许可人支付其应付给许可人的使用费的一个资金来源。如果被许可人的有担保债权人对全部次级许可使用费提出主张,而被许可人没有可用于向许可人支付使用费的其他来源,则必须规定许可人有权终止许可以保护自身权利。

D. 概要

367. 下表概括许可人或被许可人破产对该当事人在许可协议下各项权利的担保权的影响。

许可人破产	被许可人破产
问：许可人对其许可协议下的权利（主要是许可使用费收取权）设定担保权	问：如果被许可人或其破产管理人决定根据破产法继续履行许可协议，将会发生什么情况（见《破产法指南》，建议69-86）？
答：被许可人继续支付许可协议规定的许可使用费，许可人的有担保债权人继续对许可人收取许可协议规定的许可使用费和该权利的收益（即任何使用费款项）享有担保权。	答：许可人继续享有收取许可协议规定的许可使用费的权利，因此，许可人的有担保债权人继续对许可人收取许可协议规定的许可使用费的权利和该权利的收益（即任何使用费款项）享有担保权。
问：如果许可人或其破产管理人根据破产法取消许可协议，将会发生什么情况（见《破产法指南》，建议69-86）？	问：如果被许可人或其破产管理人根据破产法取消许可协议，将会发生什么情况（见《破产法指南》，建议69-86）？
答：被许可人不应为取消后的阶段支付许可协议规定的许可使用费，但仍应支付取消阶段尚未支付的任何许可使用费；因此，许可人的有担保债权人对取消前阶段的许可使用费收取权和这些阶段已支付的使用费享有担保权，但对今后的任何使用费不享有担保权，因为协议取消后便不会产生任何许可使用费。	答：被许可人不应继续为取消后的阶段支付许可协议规定的许可使用费，但仍应支付取消阶段尚未支付的任何许可使用费；因此，许可人的有担保债权人继续对取消前阶段的许可使用费收取权和这些阶段已支付的使用费享有担保权，但对今后的任何使用费不享有担保权，因为协议取消后便不会产生任何许可使用费。

问：

被许可人对其许可协议下的权利（主要是知识产权使用权）设定担保权

如果许可人决定根据破产法继续履行许可协议，将会发生什么情况（见《破产法指南》，建议 69-86）？

答：

被许可人继续享有许可协议下的权利，被许可人的有担保债权人继续对许可协议下的这些权利享有担保权。

问：

如果许可人或其破产管理人根据破产法取消许可协议，将会发生什么情况（见《破产法指南》，建议 69-86）？

答：

被许可人在取消后的阶段不享有许可协议规定的权利，但保留其可能仍享有的取消前阶段的任何权利；被许可人的有担保债权人继续对被许可人在取消前阶段享有的权利享有担保权。

问：

如果被许可人决定根据破产法继续履行许可协议，将会发生什么情况（见《破产法指南》，建议 69-86）？

答：

被许可人继续享有许可协议下的权利，被许可人的有担保债权人继续对许可协议下的这些权利享有担保权。

问：

如果被许可人或其破产管理人根据破产法取消许可协议，将会发生什么情况（见《破产法指南》，建议 69-86）？

答：

被许可人在取消后的阶段不享有许可协议规定的权利，但保留其可能仍享有的取消前阶段的任何权利；被许可人的有担保债权人继续对被许可人在取消前阶段享有的权利享有担保权。

附件一

《贸易法委员会担保交易立法指南：知识产权担保权补编》中的术语和建议

A. 术语^a

“购置款担保权”包括知识产权的担保权或知识产权许可的担保权，所担保的必须是设保资产购置款任何未支付部分的付款义务，或为使设保人获取设保资产而产生的债务或提供的其他信贷。

“消费品”包括设保人用于或打算用于个人、家庭或家居用途的知识产权或知识产权许可。

“库存品”包括设保人为在正常经营过程中进行销售或授予许可而持有的知识产权或知识产权许可。

B. 建议 243-248

使用知识产权的有形资产的担保权^b

243. 法律应当规定，有形资产使用知识产权的，有形资产的担保权不延伸到知识产权，知识产权的担保权也不延伸到有形资产。

^a 如果这一部分案文可纳入《指南》，将编入 B 节（术语和解释）的相关术语部分。

^b 如果此项建议可纳入《指南》，将作为建议 28 之二编入第二章（知识产权担保权的设定）。

设保知识产权的转让对登记效力的影响^c

244. 法律应当规定,即使设保知识产权转让,在普通担保权登记处登记的知识产权担保权通知依然有效。

知识产权某些被许可人的权利的优先权^d

245. 法律应当规定,建议 81(c) 项中的规则适用于有担保债权人根据本法享有的权利,且不影响有担保债权人根据知识产权相关法律可能享有的权利。

有担保债权人保全设保知识产权的权利^e

246. 法律应当规定,设保人和担保债权人可以约定有担保债权人有权采取步骤保全设保知识产权。

购置款担保权条文对知识产权担保权的适用^f

247. 法律应当规定,有形资产购置款担保权条文也适用于知识产权或知识产权许可的购置款担保权。在适用这些条文时:

(a) 知识产权或知识产权许可:

(i) 由设保人为在其正常经营过程中出售或授予许可而持有的,视作库存品;以及

^c 如果此项建议可纳入《指南》,将作为建议 62 之二编入第四章(登记制度)。

^d 如果此项建议可纳入《指南》,将作为建议 81 之二编入第五章(担保权的优先权)。作为一项专门针对资产的建议,该建议将取代一般性建议 81(c) 项,但其只能适用于知识产权非排他性被许可人的权利相对于许可人的有担保债权人权利的优先权。

^e 如果此项建议可纳入《指南》,将作为建议 116 之二编入第六章(担保协议当事人的权利和义务)。

^f 如果此项建议可纳入《指南》,将作为建议 186 之二编入第九章(购置款融资)。

(ii) 由设保人用于或打算用于个人、家庭或家居用途的，视作消费品；以及

(b) 任何提及：

(i) 有担保债权人占有设保资产的用语，均不适用；

(ii) 设保人占有设保资产的时间的用语，均系指设保人取得设保知识产权或知识产权许可的时间；以及

(iii) 向设保人交付设保资产的时间的用语，均系指设保人取得设保知识产权或知识产权许可的时间。

知识产权担保权的适用法律⁸

248. 法律应当规定：

(a) 知识产权担保权的设定、对抗第三方效力和优先权的适用法律是知识产权保护国的法律；

(b) 知识产权担保权也可以根据设保人所在地国家的法律设定，并且也可以根据该法取得对抗第三方的效力，但第三方不包括另一有担保债权人、受让人或被许可人；并且

(c) 知识产权担保权的强制执行的适用法律是设保人所在地国家的法律。

⁸ 如果此项建议可纳入《指南》，将作为建议 214 之二编入第十章（法律冲突）。

附件二

联合国国际贸易法委员会决定和 大会第 65/23 号决议

A. 委员会的决定

1. 在2010年6月29日第914次会议上,委员会通过了下述决定:

联合国国际贸易法委员会, ,

认识到高效担保交易制度对于促进提供担保信贷的重要性,

还认识到需要增加对知识产权所有权人和其他知识产权持有人的信贷供应并降低其成本,并且因此需要提高知识产权作为信贷担保的价值,

注意到《贸易法委员会担保交易立法指南》一般适用于知识产权担保权,不会意外导致对知识产权相关法律基本规则 and 目标的干扰,

考虑到需要在国家和国际各级解决担保交易法与知识产权相关法律相互作用问题,

认识到需要就《贸易法委员会担保交易立法指南》建议如何适用于知识产权情形以及就国内法律需作出哪些调整方可避免担保交易法与知识产权相关法律之间出现矛盾向各国提供指导,

还注意到必须兼顾设保人和有担保债权人等所有利益攸关方的利益，无论设保人是知识产权所有权人、许可人还是被许可人，

满意地注意到在如何处理知识产权许可人或被许可人破产对该当事人在许可协议下各项权利上所设担保权的影响的问题上，《贸易法委员会担保交易立法指南》关于知识产权担保权《补编》与《贸易法委员会破产法立法指南》^a保持了一致，

表示感谢在担保交易法和知识产权相关法律领域开展活动的国际政府间组织和非政府组织，特别是世界知识产权组织和海牙国际私法会议参与并支持拟订《贸易法委员会担保交易立法指南》关于知识产权担保权《补编》，

表示感谢第六工作组（担保权益）参加人和秘书处对拟订《贸易法委员会担保交易立法指南》关于知识产权担保权《补编》所作出的贡献，

1. 通过《补编》，标题为“《贸易法委员会担保交易立法指南：知识产权担保权补编》”，案文载于 A/CN.9/700 和 Add.1-7 号文件并经委员会第四十三届会议修订，同时授权秘书处根据委员会本届会议审议情况编辑审定《补编》文本；

2. 请秘书长广泛分发《贸易法委员会担保交易立法指南》关于知识产权担保权的《补编》文本，并将其发送各国政府以及担保融资和知识产权领域的有关组织；

^a 联合国出版物，出售品编号：E.05.V.10。

3. 建议所有国家利用《贸易法委员会担保交易立法指南》关于知识产权担保权的《补编》评估本国担保交易制度和知识产权制度的经济效率，在修订或通过担保交易和知识产权相关立法时积极考虑到《补编》，并请已在使用《指南》和《补编》的国家向委员会通报相关事宜。

B. 大会第 65/23 号决议

2. 在 2010 年 12 月 6 日第 57 次全体会议上，大会根据第六委员会的报告 (A/65/465) 第三号决议草案，通过了下述决议：

贸易法委员会担保交易立法指南： 知识产权担保权补编

大会，

认识到促进获得担保信贷的高效担保交易制度对各国都很重要，

又认识到需要让知识产权所有权人和其他知识产权持有人有更多机会以更低费用获取担保信贷，因此需要提高知识产权作为信贷担保的价值，

注意到《贸易法委员会担保交易立法指南》^a 一般适用于知识产权担保权，不会意外干扰知识产权相关法律基本规则和目标，

考虑到需要在国家和国际各级处理担保交易法与知识产权相关法律相互作用问题，

认识到需要就《贸易法委员会担保交易立法指南》的建议如何适用于知识产权情形以及就国内法律需作出哪些调整

^a 联合国出版物，出售品编号：E.09.V.12。

方可避免担保交易法与知识产权相关法律之间出现矛盾的问题向各国提供指导，

注意到必须兼顾设保人和有担保债权人等所有利益攸关方的利益，无论设保人是知识产权所有权人、许可人还是被许可人，

表示赞赏在担保融资和知识产权领域开展活动的国际政府间组织和国际非政府组织，特别是世界知识产权组织和海牙国际私法会议，参与并支持《贸易法委员会担保交易立法指南：知识产权担保权补编》的拟订工作，^b

1. 表示赞赏联合国国际贸易法委员会完成并通过《贸易法委员会担保交易立法指南：知识产权担保权补编》；^b

2. 请秘书长广泛分发《补编》案文，包括以电子方式分发，并将其发送各国政府和其他有关组织；

3. 建议所有国家利用《补编》评估本国知识产权融资的经济效率，在修订或通过相关立法时积极考虑到《补编》，并请已在使用《补编》的国家向委员会通报相关事宜；

4. 又建议所有国家继续考虑成为《联合国国际贸易应收款转让公约》^c缔约国，并执行《贸易法委员会担保交易立法指南》内载的建议。^a

第 57 次全体会议

2010 年 12 月 6 日

^b 见《大会正式记录，第六十五届会议，补编第 17 号》(A/65/17)，第四章。

^c 第 56/81 号决议，附件。

Printed in Austria

