



联合国国际贸易法委员会
第六工作组（担保权益）
第十三届会议
2008年5月19日至23日，纽约

知识产权上的担保权

秘书处的报告*

目录

	段次	页次
G. 担保权的优先权	1-25	3
1. 《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法	1-2	3
2. 可能对特定资产建议作出的调整	3-25	3
H. 担保协议当事人的权利和义务	26-30	7
1. 《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法	26-27	7
2. 可能对特定资产建议作出的调整	28-30	8
I. 第三方承付人的权利和义务	31-32	8
1. 《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法	31	8
2. 可能对特定资产建议作出的调整	32	8
J. 担保权的强制执行	33-34	9

* 本说明比规定的会前十周晚两周提交，是因为工作量极大，而且需要完成磋商和审定相应的修订。



1.	《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法	33-34	9
2.	可能对特定资产建议作出的调整.....	35-44	9
K.	购置款融资	45-50	11
1.	《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法	45	11
2.	可能对特定资产建议作出的调整.....	46-50	11
L.	担保权的适用法律	51-57	12
1.	《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法	51-52	12
2.	可能对特定资产建议作出的调整.....	53-57	13
M.	破产对担保权的影响	58-72	13
1.	《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法	58-60	13
2.	可能对特定资产建议作出的调整.....	61-72	14
五.	结论.....	73-76	16

G. 担保权的优先权

1. 《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法

1. 根据《贸易法委员会担保交易指南》，同一设保人在同一资产上设定的担保权之间的优先顺序以登记时间（即设定之前）为准，或以担保权取得对抗第三方效力的时间（即设定之后；见建议 76）为准。

2. 然而，担保权若是通过在（提供担保权登记服务的）专门登记处登记而取得对抗第三方的效力，便优先于因在担保权普通登记处登记通知而取得对抗第三方的效力的担保权（见建议 77(a)项）。同样，除有限的例外情况外，担保资产的受让人取得资产时附带在转让时已具有对抗第三方效力的任何担保权（见建议 78-82）。

2. 可能对特定资产建议作出的调整

3. 工作组似宜审议，评注是否应当按以下各段的行文，详细解释《贸易法委员会担保交易指南》的有关建议对知识产权上担保权的适用问题。

(a) 竞合求偿人的身份识别

4. 《贸易法委员会担保交易指南》所管辖的优先权冲突，至少要涉及一个按照《贸易法委员会担保交易指南》所建议的法律取得优先权的有担保债权人（或被当作担保交易处理的担保式转让的受让人）。发生违约时，在强制执行担保权之后取得资产的受让人是通过有担保债权人从设保人处取得资产的一般受让人，而该有担保债权人只是根据设保人的授权行使了设保人的权利（见建议 79）。在设保人设定担保权之后从设保人处取得知识产权的受让人所取得的知识产权附带担保权，因此也附带强制执行后从有担保债权人处取得知识产权的受让人的权利，因为第二个受让人的权利不能超过转让人的权利。如果是受让人之间或排他性被许可人之间的冲突，则由知识产权法处理，《贸易法委员会担保交易指南》不适用。

5. 如果冲突发生在同一设保人根据《贸易法委员会担保交易指南》所建议的法律在同一知识产权上设定的担保权之间，则首先登记或取得对抗第三方效力（取日期在先者）的权利享有优先权（见建议 76；《贸易法委员会担保交易指南》中处理的其他优先权冲突问题见以下段落），除非与知识产权有关的法律另有规定取而代之（见建议 4(b)项）。

(b) 对在先转让或担保权知悉的重要性

6. 根据《贸易法委员会担保交易指南》，竞合求偿人是否知悉担保权的存在对于确定优先顺序无关紧要（见建议 93）。如前所述，许多知识产权法规定，在后进行的相竞转让或取得的相竞担保权只有首先登记而且不知道在先的相竞

转让，才能享有优先权。《贸易法委员会担保交易指南》不影响该规则的适用（见建议 4(b)项）。

(c) 在知识产权登记处登记的权利的优先权

7. 如前所述，《贸易法委员会担保交易指南》不适用于受让人之间的冲突，除非其中一个受让人是通过担保交易法所规定的以担保方式进行的知识产权转让取得权利的，而且知识产权法没有适用于这一冲突的优先权规则（见建议 4(b)项）。《贸易法委员会担保交易指南》确实适用于以下当事人之间的优先权冲突：(一)在担保权普通登记处登记了担保权通知的有担保债权人与在有关的知识产权登记处登记了担保权的有担保债权人；(二)均在有关的知识产权登记处登记了担保权的两个有担保债权人；(三)受让人或被许可人与有担保债权人；(四)均在担保权普通登记处登记了担保权的两个有担保债权人。

8. 一般规则是，在专门登记处（包括知识产权登记处）登记的担保权优先于在担保权普通登记处登记的担保权（见建议 77 和 78）。这一规则对于知识产权上的担保权也是适当的。

9. 更具体地说，如果两个有担保债权人之间发生冲突，其中一个在担保权普通登记处登记了通知，而另一个在有关的知识产权登记处登记了担保权，则《贸易法委员会担保交易指南》适用，并规定在有关的知识产权登记处登记的担保权优先（见建议 77(a)项）。如果按照知识产权法的要求在有关的知识产权登记处登记的两项担保权之间发生冲突，则登记在先的权利优先，《贸易法委员会担保交易指南》认可该结果（见建议 77(b)项）。如果发生优先权冲突的一方是知识产权受让人，另一方是在转让前已经在有关的知识产权登记处登记的有担保债权人，则该有担保债权人优先（即受让人取得的权利附带担保权）。不过，如果该有担保债权人未在有关的知识产权登记处登记担保权，则受让人（谁是受让人以及对转让的要求是什么由知识产权法决定）取得作保知识产权而不附带担保权（见建议 78 和 79）。

(d) 不可在知识产权登记处登记的权利的优先权

10. 如果优先权冲突的一方是根据《贸易法委员会担保交易指南》所建议的法律登记或以其他方式取得对抗第三方效力的担保权，另一方是没有知识产权登记处可登记的知识产权上的担保权，则担保权的优先顺序由在担保权普通登记处登记的顺序或取得第三方效力的顺序决定（见建议 77）。如果有相反的知识产权法优先顺序规则，以该规则为准（见建议 4(b)项）。后来的受让人或被许可人原则上取得附带担保权的资产（见建议 79）。如果担保权的设保人在设定担保权之前便转让了资产，则根据时间在先规则，有担保债权人不享有任何担保权（依据普遍承认的“谁也不能以己所无予人”的财产法规则，这一规则的适用不受《贸易法委员会担保交易指南》的影响）。

(e) 作保知识产权受让人的权利

11. 《贸易法委员会担保交易指南》充分述及了在担保权设定并取得对抗第三方效力之后转让知识产权所有权的情形。基本规则是，受让人取得附带担保权的知识产权（见建议 79）。如果设保人违约，有担保债权人行使其担保权，该有担保债权人实际上是取得资产并有权出售，且不附带受让人的权利。因此，与在担保权取得对抗第三方效力后直接从设保人处取得知识产权的受让人相比，从有担保债权人处取得该资产的受让人实际上是通过有担保债权人从设保人处取得该资产的在先受让人。

12. 上述规则有两种例外情况。第一种是有担保债权人授权处分或发放许可而不附带担保权（见建议 80）。第二种例外情况涉及许可人正常营业过程中的非排他性许可（见建议 81(c)项）。

(f) 被许可人的一般权利

13. 知识产权一般都是许可使用的。许可人所保留的权利，如所有权权利或收取使用费的权利，以及被许可人的权利都可用作信贷担保资产。对于每种情形，都有必要考虑到下述情形下的有关规则：竞合求偿人分别是许可人和被许可人的出借人，或者一方是许可人而另一方是被许可人的出借人。

14. 如果知识产权持有人设定一担保权并使其具有对抗第三方的效力，然后发放了许可证，原则上说，被许可人所取得的权利附有许可人所设定的担保权（见建议 79）。也就是说，如果许可人在贷款上违约，出借人寻求强制执行其在被许可人应付许可人的使用费上的担保权，则出借人可向被许可人收取使用费（另见建议 168），因为许可使用费是作为其他任何应收款处理的。同样，被许可人需要知道的是，只要其继续履行许可协议，其许可证便不会终止。这是许可协议和适用法处理的问题。

15. 如果被许可人也设定了一项担保权，则该担保权将次于许可人设定的担保权，因为被许可人取得的权利是附有担保权的（见建议 79），被许可人给予其有担保债权人的权利不能超过该被许可人所享有的权利（根据“谁也不能以己所无予人”的原则）。因此，如果许可人的出借人强制执行其担保权，便可处分该知识产权而不附带许可证。这样，许可证将告终止，被许可人的出借人不再设有其担保权的资产。许可人和被许可人依据许可协议和有关的知识产权法所享有的权利将不受担保交易法影响。这样，如果被许可人违反了许可协议，许可人可终止协议，被许可人的有担保债权人也将失去担保。同样，担保交易法不适用于许可人和被许可人之间的下述协议：禁止被许可人发放分许可证或转让其向分许可使用人收取使用费的权利。

(g) 正常经营过程被许可人的权利

16. 一个特别重要的问题是，许可人“正常经营过程”中的非排他性被许可人如果不知道许可证侵犯了担保权，是否也应当受许可人所设定的任何担保权的

影响（见建议 78(c)项）。

17. 一部电影的所有人（如制片人）可在所有权权利上设定担保权。然后该所有人可与电影发行人签订排他性许可协议。发行人也可在其作为被许可人的权利上设定担保权。然后发行人可与放映人签订非排他性许可协议。还有一种可能是，所有人可与发行人签订非排他性许可协议，或者直接与放映人或最终用户签订非排他性许可协议。根据知识产权法，分许可证的存在取决于许可证。如果许可证终止，则源自该许可证的任何分许可证也终止，除非得到原始许可人直接授权或在原始许可协议中授权。这是因为侵权并不取决于知道与否。不知道可能会减少侵权损害，但不能减轻赔偿责任。

18. 根据建议 81(c)项，非排他性的正常经营过程被许可人只要不知道许可人所授权的许可证侵犯了有担保债权人的权利（即许可人及其债权人之间的协议），便不受许可人所设定的担保权的影响。这不是说被许可人不再受许可证条款（包括禁止被许可人签发非排他性分许可证的规定）的约束。“不附带”一语的意思不是非排他性被许可人得到“不受约束”的许可证。在有担保债权人取消许可人的赎回权后，非排他性被许可人只要遵守许可证的所有条款（包括在强制执行担保权的情况下向在转售中取得许可人权益的人支付许可使用费），便仍可继续使用许可证。这样，被许可人的所有义务保持不变，许可人的继承人可因被许可人不履行义务而终止许可协议。

19. 在上文所述的例子中，放映人持有发行人发放的非排他性分许可证，发行人持有制片人发放的排他性许可证。如果发行人的有担保债权人强制执行其担保权，则放映人作为非排他性被许可人将继续享有许可证所规定的各项权利（只要其履行其义务）。但如果制片人（所有人或许可人）的有担保债权人强制执行其担保权，持有日期在后的排他性许可证的发行人将失去其权利。放映人作为非排他性分许可使用人，其权利也将落空，因为根据建议 82 和一般法，分许可使用人所享有的权利不能超出被许可人的权利。

20. 这一办法力求平衡以下两种能力：其一是担保债权人追索担保资产的能力，其二是正常经营过程中资产的被许可使用人保留其权利而不受许可人的有担保债权人影响的能力。

21. 例如，其中指出，谨慎的有担保债权人应当“管束”自己的借款人不签发非排他性许可证。但不要求有担保债权人“管束”其借款人的被许可人不签订非排他性的分许可证，因为这对有担保债权人来说负担过重。与此同时，它保护了非排他性被许可人（一般为非谈判交易）的合理期望，即其权利不会因许可人违约而终止。《贸易法委员会担保交易指南》规定的一条法定规则实现了有担保债权人和许可人的必然期望（有担保债权人通常授权许可人进行正常营业过程的交易）。这毕竟是许可人经营的业务。但是，原始许可人的有担保债权人如果必须“管束”所有排他性被许可人发放分许可证的活动，则其负担的重要性甚至会超过上述期望权益。最后，这些规则采用的政策是，要求排他性被许可人（较有可能的情形是其正在为其交易谈判）要么与许可人的有担保债权人达成交易以保护排他性被许可人，要么取得许可人签发的许可证时附带担保权，这一要求并不过分。

22. 许可人的有担保债权人如果不想鼓励签发非排他性许可证，可在其担保协议（或其他地方）要求借款人（许可人）在所有非排他性许可证中列入一条规定，即如果借款人签发了非排他性许可证，则在许可人的有担保债权人强制执行担保权时，该许可证将终止。同样，许可人如果不希望被许可人发放任何分许可证，可在许可协议中添加一条规定，即如果被许可人签发此类分许可证，即为违约，许可人将有权终止许可证。《贸易法委员会担保交易指南》将影响到这种规定在有担保债权人及其借款人之间（或许可人及其被许可人之间）的执行。当然，一般来说，有担保债权人这样做并无益处，因为许可人（及其被许可人）经营的就是发方非排他性许可证的业务，而有担保债权人期望借款人用根据这些许可证支付的费用来偿还附担保债务。

23. 建议 81(c)项中的例外规定在下述情形下适用：(一)有担保债权人未授权其借款人签发许可证（在这一情形下适用建议 80(b)项）；(二)有担保债权人未禁止借款人发放非排他性许可证（如果有担保债权人禁止，则许可证将在有担保债权人强制执行时终止）。被许可人未经授权不得取得作保知识产权而不附带许可人的有担保债权人所享有的担保权（但有担保债权人和许可人之间的合同安排既未授权所有人/许可人也未禁止所有人/许可人发放许可证，因而不会对第三方造成影响）。

24. 根据知识产权法可得到的结果有些相似。通常的情形是，有担保债权人在担保协议中授权许可人发放许可证。如果许可人及其有担保债权人之间的担保协议未就此问题作出规定，但依据知识产权法，作保知识产权的持有人仍为许可人而非有担保债权人，则权利持有人通常也有权发放许可证。由于这是通行做法，多数情形下会授权发放许可证。这样，按照典型的知识产权法优先顺序规则，有担保债权人取得权利时附带这些授权发放的许可证。但在某些情形下，有担保债权人保留批准许可证的权利，从而实际上成为知识产权法中的权利持有人。在这种情形下，如果所有人违反这一规定发放了许可证（或分许可证），则该许可证是无授权且违法的。

25. 工作组似宜考虑，由于建议 81(c)项适用于知识产权的情形，应当对其案文和解释性评注作适当澄清，以确保其不违背知识产权法（特别是不允许侵权的被许可人取得权利而不附带其许可人的担保权）。无论如何，应当指出，根据建议 4(b)项的规定，该项规定若违背知识产权法，则不适用。

H. 担保协议当事人的权利和义务

1. 《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法

26. 除少数例外情况之外，《贸易法委员会担保交易指南》一般承认担保协议的当事人可自由订立协议以满足实际需要（见建议 10）。与此同时，为了提高效率并降低交易成本，《贸易法委员会担保交易指南》载有若干强制性和非强制性规则。

27. 一般来说，《贸易法委员会担保交易指南》会提及当事人的协议，以及当事人商定的任何做法或双方之间形成的惯例。此外，占有担保资产的一方必须

采取合理步骤保全资产及其价值，如果担保权因清偿债务或其他原因而归于消灭，所有发放信贷的承诺也已终止，有担保债权人必须返还担保资产（见建议 111 和 112）。此外，除非另有情况，否则有担保债权人作为保全担保资产而支出的合理费用可得到偿付，并可合理使用资产，如资产为设保人占有，还可对资产进行检查（见建议 113）。

2. 可能对特定资产建议作出的调整

(a) 当事人自治原则的适用

28. 工作组似宜确认，当事人自治原则平等适用于知识产权上的担保权，并讨论任何必要的特别限制规定。

(b) 有担保债权人追究侵害人责任或续展登记的义务

29. 工作组还似宜审议，有担保债权人保全担保资产及其价值的义务是否应当延及知识产权。在这方面，工作组似宜讨论的一个问题是，有担保债权人是否应当有权利或义务采取任何必要行动保护知识产权或续展登记。工作组似宜考虑到，谁可以追究侵害人责任或续展登记的问题由知识产权法决定，而且只有在知识产权法允许的条件下，各方当事人才可在这方面达成协议。

(c) 有担保债权人追究侵害人责任或续展登记的权利

30. 此外，工作组还似宜审议，担保交易法是否应当规定，有担保债权人有权利（而非义务）追究侵害人的责任并续展登记，条件是这些权利的持有人未能及时行使这些权利。这种办法的理由在于有担保债权人保全作保知识产权及其价值的合法权益。若当事人无相反约定，该问题可留待适用的缺省规则解决，或由担保协议解决。

I. 第三方承付人的权利和义务

1. 《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法

31. 《贸易法委员会担保交易指南》论及了除在资产上设定担保权以确保偿还债务或以其他方式履行债务的债务人之外某些其他债务人的权利和义务。这类第三方债务人（承付人是《贸易法委员会担保交易指南》中使用的术语，以区别于债务人/设保人）包括所转让的应收款的债务人、可转让票据的承付人、担保人/签发人、保兑人或独立保证下的被指名人、存款银行（如果担保资产是银行账户贷记款受付款），以及可转让单证的签发人。

2. 可能对特定资产建议作出的调整

32. 如果担保资产是根据许可协议收取使用费的权利，则第三方承付人的权利

和义务与应收款债务人的权利和义务相同。如果担保资产是被许可人根据许可协议享有的权利，则许可人不是《贸易法委员会担保交易指南》中的第三方承付人。许可人的权利和义务由知识产权法和不属于担保交易法的法律决定。工作组似宜审议是否应当在评注中作适当的解释。

J. 担保权的强制执行

1. 《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法

33. 根据《贸易法委员会担保交易指南》，发生违约后，有担保债权人有权（见建议 141）：

- (a) 取得对有形担保资产的占有权；
- (b) 对担保资产进行变卖或以其他方式处分、租赁或发放许可证；
- (c) 向设保人提议，有担保债权人将接受担保资产作为对附担保债务的全额或部分清偿；
- (d) 担保资产是应收款、可转让票据、银行账户贷记款受付款或独立保证下的收益的，实行收账或以其他方式强制执行担保资产上的担保权；
- (e) 强制执行可转让单证下的权利；
- (f) 强制执行不动产附加物上的担保权；以及
- (g) 行使担保协议中规定的（与本法条文不一致的除外）或任何法律中规定的其他任何权利。

34. 有担保债权人必须以诚信和商业上合理的方式行使其权利（见建议 131）。尤其是在司法外强制执行的情况下，有担保债权人必须遵守这一行为准则，并按照某些通知和附加保障措施实施救济（见建议 147-151）。

2. 可能对特定资产建议作出的调整

(a) 服从于知识产权法

35. 一般来说，根据担保交易法实施救济必须符合有关的知识产权法。此外，根据其他法律实施救济（如取消转让或许可协议）不应当受到影响。另外，如果担保资产为知识产权，何为商业上合理的做法可能取决于知识产权法和惯例。工作组似宜审议建议 4(b)项附以适当的评注是否足以产生这一结果。

(b) “占有”作保知识产权

36. 如果担保资产为知识产权，则有担保债权人占有担保资产的权利并不重要（见建议 146 和 147）。但有担保债权人应当有权占有其强制执行担保权所需的任何文件。有担保债权人还应当有权占有包含知识产权的任何有形资产，但要

服从于其他当事人对该有形资产的权利。

(c) 对作保知识产权的处分

37. 有担保债权人应当有权在设保人违约时对作保知识产权进行处分或发放许可证，但始终不能超出设保人的权利范围。因此，如果设保人是所有人，有担保债权人原则上应当有权对作保知识产权进行转让或发放许可。但是，如果设保人在设定担保权之前发放了优先于担保权的排他性许可证，则发生违约时，有担保债权人无权发放另一份许可证，因为设保人没有这个权利，而有担保债权人所享有的权利不能超出设保人的权利。

38. 如果设保人为被许可人，在设保人违约时，有担保债权人应当有权转让许可证（如果许可证是可转让的）或按照所有人给予被许可人的许可证的条款发放许可证（如果许可协议的条款规定设保人/被许可人有权发放分许可证）。

(d) 关于取得作保知识产权的建议

39. 有担保债权人应当有权向设保人提出建议，取得设保人的权利以清偿附担保债务。如果设保人为所有人，则有担保债权人可成为所有人（条件是设保人及其各债权人没有异议；见建议 156-159）。一旦有担保债权人成为所有人，其权利和义务便受有关的知识产权法规范。如前所述（见上文第 11 段），在设保人违约时通过有担保债权人从设保人处取得权利的受让人，可优先于在该作保知识产权上的担保权设定后直接从设保人处取得该知识产权的受让人（因为后一个有担保债权人享有的权利不能超出设保人的权利）。

(e) 使用费的收取

40. 如果担保资产是根据许可证收取使用费的权利，则有担保债权人应当有权收取使用费（见建议 168）。在所有这些情形中，许可人依据知识产权法所享有的权利将得到尊重，因为《贸易法委员会担保交易指南》服从于知识产权法（见建议 4(b)项）。

(f) 与知识产权有关的有形资产上担保权的强制执行

41. 如果担保资产由使用了知识产权的有形资产组成，而有关的知识产权已经穷竭，或知识产权持有人授权有担保债权人在发生违约时处分该资产，则有担保债权人应当能够不经所有人/许可人同意处分该资产。当然，只能在权利穷竭的范围或授权的范围内进行处分。否则，有担保债权人需要按照许可协议和有关的知识产权法取得所有人/许可人的同意。

(g) 通过处分取得的权利

42. 通过司法处分取得的知识产权上的权利受执行法院判决所适用的有关法律

规范。如果是根据担保交易法的规定进行的司法外处分，受让人或被许可人将取得知识产权而不附带强制执行的有担保债权人的担保权和任何排序更低的担保权，但要附带排序更高的担保权。这一规则也适用于不符合担保交易法规定的司法外处分，条件是受让人或被许可人是善意行事的（见建议 161-163）。

43. 需要解决的一个问题是，受让人或被许可人所取得的知识产权是担保权取得对抗第三方效力时存在的知识产权，还是后来经过了改进（例如对专利的改进）。知识产权法一般将这类改进作为需要另行授予的独立权利处理。因此，这一问题可能要由担保协议处理。

(h) 被许可人权利上担保权的强制执行

44. 如果担保资产不是知识产权，而是由使用该知识产权的许可证所产生的被许可人的权利，也需要解决上述所有问题。在这种情形下，有担保债权人的权利可能受到限制，因为，如果担保资产仅为许可证，则有担保债权人仅继承了被许可人的权利。被许可人不能针对另一被许可人或享有排序较低的担保权的有担保债权人强制执行知识产权。只有许可人（或适当的权利持有人）能够这样做（在某些法域中，排他性被许可人可与许可人一道分享收益）。这样，针对被许可人行使担保权的有担保债权人对抗其他当事人的权利可能是有限的。另一个问题是，知识产权的受让人是否有权获取一些信息，如有担保债权人为防备软件被许可人违约而持有的软件源码。

K. 购置款融资

1. 《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法

45. 《贸易法委员会担保交易指南》讨论了与有形资产有关的购置款融资问题。它规定了购置款融资统一处理法，根据该办法，一切为有形资产购置款的支付提供担保的权利都属于统一的担保权概念，因此，除了关于购置款担保权的某些特别规定外，适用于担保权的规定也适用于购置款担保权（见建议 178-186）。作为一种备选方案，《贸易法委员会担保交易指南》还规定了购置款融资非统一处理法，根据该办法，有形财产各种购置款担保权的术语保持不变，但引入了某些特别的规定，以确保将保留所有权安排和融资租赁权作为购置款担保权的等同权利来处理（见建议 187-202）。主要规定是一项优先权规定，根据该规定，只要购置款融资人在担保权登记处登记了通知，则自向设保人交付货物之时起，购置款的有担保债权人、保留所有权的出卖人或融资租赁人享有优先权（见建议 180-199）。这种特殊优先权延及设备收益，但不延及现金收益形式的库存品收益（见建议 185 和 192）。在统一和非统一两种处理法中有一项备选规则，该规则没有区分设备和收益，但不承认收益上的特殊优先权。

2. 可能对特定资产建议作出的调整

46. 《贸易法委员会担保交易指南》关于购置款融资的规定只适用于有形资

产。工作组似宜考虑是否应规定与知识产权有关的购置款担保权，此种担保权可享有建议 180（和关于非统一处理法的建议 192）所规定的特殊优先权。

47. 第一个问题可能是：有形资产中所涉及的知识产权，是否应在征得知识产权持有人的同意并在担保协议中对担保资产作适当描述的情况下从属于具有特殊优先权的购置款担保权。至少在不提及知识产权就无法有效处分有形资产的情况下（例如取得专利的水泵和受版权保护的书籍），这种购置款担保权似乎是可能的。否则，有形资产上的购置款担保权可能价值不大。

48. 下一个问题是：是否应在知识产权本身上设定购置款担保权，以确保许可人可以取得相对于在知识产权或分许可使用人应付给被许可人的使用费上享有担保权的被许可人的有担保债权人的优先权。

49. 根据《贸易法委员会担保交易指南》，担保权自登记或取得第三方效力之时起取得优先权。如果潜在的被许可人在一切现有和未来知识产权上设定担保权，然后与许可人订立协议，则许可人无法取得相对于被许可人现有有担保出贷人的优先权。有人认为，旧设备供应商可以取得这样的优先权，而使用最新专利制造新的替代设备的许可人反而不能取得这种权利，这看起来有些奇怪。

50. 但是，与根据实际需要在实践中形成的保留所有权销售不同的是，在知识产权许可方面并没有形成这种做法。此外，许可人可能得到不同形式的保护。例如，许可人可在许可协议中指明，被许可人不得在其根据许可享有的权利上设定担保权。如果被许可人违背该协议而设定担保权，许可人可随时终止许可协议。另外，许可人还可在许可协议中指明，如果被许可人在其按照许可协议享有的权利上设定担保权，被许可人应确保有担保债权人签订有利于许可人的排序居次协议。《贸易法委员会担保交易指南》中的任何规定概不影响此类安排。许可人还可以作出“保险箱安排”（将分许可使用人应付给被许可人的部分使用费直接划入许可人名下的单独账户），甚至取得应付给被许可人的使用费上的担保权，作为对应付给许可人的使用费的担保。不过，这些安排将服从于普通优先权规则。

L. 担保权的适用法律

1. 《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法

51. 《贸易法委员会担保交易指南》规定，无形资产上担保权的设定、第三方效力、优先权和强制执行所适用的法律是设保人所在国的法律（见建议 208）。设保人所在国是设保人营业地的所在国；设保人在不止一个国家设有营业地的，所在国是指设保人的核心管理部门所在国；设保人没有营业地的，设保人所在国是指设保人的惯常居住地所在国（见建议 219）。

52. 就担保权而言，设保人和有担保债权人之间的相互权利和义务受他们所选定的法律管辖，没有选定法律的，受担保协议的管辖法律管辖（见建议 216）。

2. 可能对特定资产建议作出的调整

(a) 所有权事项的适用法律

53. 知识产权法公约都采用属地原则。因此，与知识产权有关的财产法问题（所有权转让、担保交易和许可协议）的适用法律是知识产权保护地的法律（保护地法原则）。通常情况下，受让人或被许可人将确保其在知识产权保护国获得有效转让或许可。同样，有担保债权人将向所有人、受让人或被许可人询问知识产权的保护国是哪些国家，并按照这些国家的规则取得担保权、使其具有对抗第三方的效力或者对其实施强制执行。

54. 此外，根据最低权利原则，这些公约的所有缔约国都对知识产权持有人及其继承人提供基本保护。最后，根据国民待遇原则，每个国家给予另一国国民的待遇不得低于给予其本国国民的待遇。这就形成一种制度，即任何国家的国民都知道，在任何其他国家，他们至少会被给予某些最低权利，还可以获得当地当事人所享有的任何较高的权利。这种制度所带来的益处，包括便于管理和适用上的公平性，都已被实践所证明。

55. 其他可能的办法是以“实质互惠”或“来源国”原则为基础，根据该原则，个人在本国或“来源国”的权利可决定其在另一个国家享有的个人权利的范围。

56. 以保护地法原则和《贸易法委员会担保交易指南》采用的办法为基础的另一办法是，规定知识产权上担保权的设定、第三方效力和优先权的适用法律原则上是设保人所在地的法律。但是，竞合求偿人按照保护地法取得优先权的，将适用保护地法原则。另一种可能的办法是将保护地法原则的适用限于可通过在有关知识产权登记处登记而设定的知识产权上的担保权。

(b) 合同事项的适用法律

57. 就担保权而言，设保人和有担保债权人之间的相互权利和义务可留给当事人自主决定。当事人没有选定法律的，这些事项的适用法是担保协议的管辖法律（见建议 216）。评注可对担保资产是知识产权情况下如何对设保人和有担保债权人之间的相互权利和义务所适用的法律适用当事人自治原则作出有益解释。

M. 破产对担保权的影响

1. 《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法

58. 《贸易法委员会担保交易指南》第十二章述及了破产对破产债务人设定的担保权所产生的影响，这种影响与《贸易法委员会破产法指南》相一致。同时，第十二章还载有关于如何处理具体担保交易问题的其他破产建议。应当指出的是，第十二章是工作组与第五工作组（破产法）联合工作的成果。

59. 根据第十二章，担保权效力的保留须服从于任何撤销诉讼和中止（见《贸易法委员会破产法立法指南》¹——以下简称“贸易法委员会破产指南”——建议(35)、(39)和(46)）。担保权第三方效力和优先权的保留还服从于任何优先债权（见建议 238 和 239）。担保启动后融资的担保权不比启动前担保权优先，但破产法院可批准启动后设定的担保权在某些情形下优先于启动前担保权（见《贸易法委员会破产指南》建议(66)和(67)）。如果满足某些条件（例如重组计划影响到其担保权；见《贸易法委员会破产指南》建议(126)），有担保债权人有权参与破产程序。同样，有担保债权人还可有权对影响其权利的重组计划进行表决；但如果满足某些条件，一项计划即使未经有担保债权人批准，也可对其具有约束力（见《贸易法委员会破产指南》建议(126)、(151)和(152)）。

60. 关于如何处理债务人及其相对人均未充分履行各自义务的合同，第十二章一般性地规定：破产管理人如认为合同继续履行有利于破产财产，可以决定继续履行，另外也可作出否决合同的决定（见建议(72)和(73)）。关于自动中止或提前到期条款（也称为“当然条款”），第十二章规定，一旦申请启动或实际启动破产程序，或者指定破产管理人，则这些条款对破产管理人和债务人均不可执行（见《贸易法委员会破产指南》建议(70)）。

2. 可能对特定资产建议作出的调整

61. 以下原则似乎与第十二章相一致：(i)破产管理人所拥有的权利不能多于破产债务人，无论该债务人是知识产权的所有人、许可人还是被许可人；(ii)破产许可人或被许可人按照许可所拥有的特定权利是知识产权法的问题，但这些权利可能会受到破产法的影响；(iii)其有担保债权人的权利服从于担保交易法和知识产权法，但可能会受到破产法的影响。根据建议 4(b)项，担保交易法和知识产权法不一致的，以知识产权法为准。当然，《贸易法委员会担保交易指南》并未提及知识产权法和破产法之间的关系。

62. 在担保资产是许可人对被许可知识产权享有的权利或被许可人对该知识产权享有的权利情况下，关于破产对担保权影响的分析可能会很复杂，因为破产债务人可能是、也可能不是担保权的设保人。例如，在担保资产由许可人的权利构成的情况下，破产所产生的影响可能会因破产方是许可人（也是设保人）还是被许可人而有所不同。同样，在担保资产由被许可人的权利构成的情况下，破产对担保权的影响也可能因破产方是被许可人（也是设保人）还是许可人而有所不同。

63. 在每一种情况下，如果破产债务人是设保人，则分析以第十二章为起点。鉴于以知识产权作为担保资产的交易的性质，工作组似宜考虑是否应通过补充有关知识产权的评注或说明，对第十二章中的建议加以扩充。第十二章载有一些处理具体担保交易问题的其他建议，鉴于这一点，工作组似宜考虑是否应以与这两部指南相一致的方式扩充第十二章的建议，以处理与知识产权上担保权有关的具体问题。

¹ 联合国出版物，出售品编号：E.05.V.10。

64. 如果工作组认为有必要增加其他建议或评注来处理这些问题，或者认为这样做会有所裨益，那么，由于这项工作会涉及《贸易法委员会破产指南》中所处理的破产法问题，因此工作组必须向委员会提出这些问题，以便委员会就工作范围是否涉及担保交易、知识产权和破产法问题并因而需要工作组与第五工作组（破产法）协调作出决定，并在需要协调的情况下，决定这种协调的职权范围。

(a) 在许可人破产情况下对被许可人设定的担保权的处理

65. 如前所述（见上文第 60 段），根据第十二章，破产管理人可决定是继续履行许可协议，还是对其加以否决。破产管理人的决定有利于破产财产的，对许可人的权利享有担保权的有担保债权人将共享这些利益，而被许可人的有担保债权人可能会受到不良影响。在没有破产的情况下，这些有担保债权人知道，如果被许可人不履行其在许可协议下承担的义务，许可协议可能会被终止，但他们可以——至少是在某种程度上——通过监测被许可人的义务履行情况来避免这种风险。但在许可人破产情况下，被许可人有担保债权人的权利可能会在该有担保债权人没有过失的情况下消失。任何有担保债权人在决定是否发放贷款和贷款成本时，都必须考虑这种风险。

66. 问题的产生与被许可人（及其有担保债权人）在下述三种情形下遭遇的情况有关。第一种是被许可人借入大量资金用于知识产权的销售或进一步开发（在知识产权上设定担保权）；第二种是被许可人（及其有担保债权人）处在许可链的下端；第三种是被许可人（及其有担保债权人）借款用于知识产权的进一步开发（交叉许可安排）并将其使用许可回授给许可人。被许可人为了保护自己（并保留其在被许可人所享有的权利的基础上获取信贷的能力）而须经常谈判，以取得：(i) 长期许可；(ii) “非终止性”权利，即许可人（在有关法律允许的范围内）放弃发生违约时终止许可的合同权利，这意味着许可人只能挽回损失而被许可人可以保留权利；(iii) “保护性担保权”。在“保护性担保权”下，被许可人取得按照许可准予使用的知识产权上的担保权，以确保其有权为任何使用费预付款和支出以及终止情况下可能造成的损失获得补偿（这些“保护性担保权”尤其在电影业非常常见）。工作组似宜考虑，在这种情况下，第十二章是否象对待有担保债权人那样适用于被许可人的权利。

67. 有些破产法处理这一问题的方式是，即便破产管理人试图终止许可证，仍然允许被许可人选择是否继续使用被许可的知识产权。被许可人必须遵守所有许可条款，而许可人的破产财产则被免除了现有义务，例如进行修缮。这样做的结果是实现了许可人与被许可人之间的利益平衡，使前者可以避免履行负担沉重的合同，而后者可以保护其对许可的投资。所产生的问题是这种方法是否与第十二章相一致。

68. 可能需要讨论第十二章的原则对知识产权上担保权的适用问题，特别是在交叉许可安排情况下以及破产债务人是处在许可链上端的许可人并且其破产将会逐级影响到被许可人及其有担保债权人的情况下。

69. 下面举例说明另一个有必要讨论的问题。如前文所述，根据第十二章，破

产管理人只有在破产债务人及其相对人没有充分履行协议的情况下才能终止一份协议（见《贸易法委员会破产指南》建议(70)）。在这方面出现的问题是，这是否意味着若许可人为出版商写小说，完成了全部写作并且只收取使用费，则即使小说家破产也不能终止出版商使用小说版权的许可。

(b) 被许可人破产情况下对许可人设定的担保权的处理

70. 如果考虑到所有情况，许可的继续执行将有利于破产财产，则破产管理人有可能希望继续开发知识产权。从许可人的角度（并且从许可人的有担保债权人的角度）来看，他们通常强烈希望收回知识产权，认为陷入破产的被许可人将无法象非破产公司那样为知识产权销售投入同样多的资源。另外还有一种担心是使用费不能像被许可人破产前一样定期支付。可能需要讨论以下问题。

71. 首先，通常的做法是在许可协议中列入一项任何一方破产即自动终止的条款。第十二章规定这些自动终止或提前到期条款不可执行（见《贸易法委员会破产指南》建议(70)）。其次，在许多情况下，被许可人破产时将会出现过期未付的使用费。根据第十二章，破产债务人违约的，破产管理人仍可继续履行该合同，条件是违约行为得到补救，未违约相对人恢复到违约前的经济状况，而且破产财产能够根据继续履行的合同运作（见《贸易法委员会破产指南》建议(79)）。在第十二章补充评注中举例说明该章所载原则在这些情况下的适用可能会有所裨益。

72. 第三，如果破产管理人选择继续使用知识产权，则权利持有人希望确保：(i) 许可条款得到遵守；(ii) 使用费得到偿付。如前所述，第十二章充分处理了这些问题（见《贸易法委员会破产指南》建议(70)和(82)）。但是，如果被许可人在破产程序开始前在其按照许可协议享有的权利上设定了有效的担保权，而且破产管理人选择继续履行该许可协议，就会产生破产财产向谁支付使用费的问题，是先于有担保债权人向许可人支付，还是向有担保债权人支付，因为有担保债权人拥有担保权，而许可人没有。后一种结果会对许可人的权利和许可人以其权利作为担保品获得信贷的能力产生不良影响，因为实际上许可人将同时失去知识产权和使用费。

五. 结论

73. 工作组似宜确定，虽然《贸易法委员会担保交易指南》能够有效处理知识产权上的担保权方面出现的一些问题，但在另一些问题上需要做些调整。

74. 这些调整可采取评注的形式，说明《贸易法委员会担保交易指南》所载原则对知识产权上担保权的具体适用情况。例如，评注可增加一些定义，说明其他术语的定义如何适用于知识产权上的担保权（见 A/CN.9/WG.VI/WP.33，第 42-60 段）。同样，评注可能足以说明在与知识产权有关的担保协议情况下当事人意思自治原则的适用情况（见 A/CN.9/WG.VI/WP.33，第 108 段，以及上文第 28-30 段），或者澄清知识产权上的担保权方面的一些基本政策（见 A/CN.9/WG.VI/WP.33，第 62-75 段）。此外，评注可能足以说明《贸易法委员

会担保交易指南》关于资产转让性的法律和合同限制的规则如何适用于知识产权上的担保权（见 A/CN.9/WG.VI/WP.33，第 82-108 段）。

75. 这些调整也可采取拟订专门适用于知识产权上的担保权的补充建议的形式。例如，可能需要在特定资产建议中处理第三方效力和优先权问题（见 A/CN.9/WG.VI/WP.33，第 13-145 段，以及上文第 16-25 段）。此外，可能还需要在特定资产建议中处理特别与按照许可协议享有的权利上的担保权有关的强制执行问题（见上文第 35-44 段）。可能需要在特定资产建议中处理的另一个问题是知识产权上担保权的适用法律问题（见上文第 53-57 段）。

76. 工作组似宜考虑请秘书处以《贸易法委员会担保交易指南》附件的形式编写评注和建议，以处理上述问题。
