



联合国国际贸易法委员会  
第六工作组（担保权益）  
第十七届会议  
2010年2月8日至12日，纽约

《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草案

秘书处的说明

目录

	段次	页次
二. 知识产权担保权的设定 .....	1-44	2
A. 设定和第三方效力的概念 .....	1-3	2
B. 担保权处理的功能性、综合性和统一性概念 .....	4	3
C. 对设定知识产权担保权的要求 .....	5-8	3
D. 设保人对拟设保知识产权享有的权利 .....	9	4
E. 知识产权有担保债权人与所有权人之间的区分 .....	10-12	4
F. 知识产权情况下的各类设保资产 .....	13-36	5
G. 未来知识产权的担保权 .....	37-42	10
H. 对知识产权转让性的法律限制或合同限制 .....	43-44	11
建议 243 .....		12



## 二. 知识产权担保权的设定

[工作组注意：第 1-43 段，见 CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2 号文件第 1-43 段、A/CN.9/685 号文件第 28-35 段、A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1 号文件第 25-64 段、A/CN.9/670 号文件第 35-55 段、A/CN.9/WG.VI/WP.35 号文件第 68-102 段、A/CN.9/667 号文件第 32-54 段、A/CN.9/WG.VI/WP.33 号文件第 112-133 段、A/CN.9/649 号文件第 16-28 段。]

### A. 设定和第三方效力的概念

1. 对于所有类型的担保资产（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进行了区分，并对这两种结果的实现规定了不同要求。事实上，这意味着担保权设定的要求可以保持在最低限度，任何补充要求的都是处理第三方的权力。这种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（见建议 1(c)、(f)和(g)项）。

2. 根据《指南》所建议的法律，担保权可以以设保人和有担保债权人之间订立协议的方式设定（见建议 13 和下文第 5-8 段）。使担保权具有对抗第三方的效力，还须采取更多的步骤。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第三方可能存在担保权的通知，由此提供客观标准，用以确定有担保债权人和相竞求偿人之间优先权的客观标准（见建议 29；关于“相竞求偿人”一词，见 A/CN.9/WG.VI/WP.42，第 11-12 段）。因此，如果按照《指南》所建议的法律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采取的额外步骤（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规定的执行程序强制执行该担保权，当然须按照第五章规定的优先权规则视相竞求偿人的权利而定。

3. 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。在有些国家，与知识产权有关的法律作了这种区分。但是，在另一些国家，与知识产权有关的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，《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不妨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)知识产权相关法律没有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，是否这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）的特殊政策目标因而应予保留；或者(b)在知识产权相关法律中是否应作出这种区分，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

4. 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》使用“担保权”这一术语来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（见《指南》导言关于术语和解释的 B 节中“担保权”这一术语）。这种办法被称作担保交易的“功能性、综合、统一处理法”（见《指南》关于适用范围的第一章第 110-112 段和建议 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，并可继续将这种交易称作有形资产保留所有权或融资租赁（见《指南》关于购置款融资的第九章）。对于有条件转让——也就是受让人为转让人设定担保权的彻底转让，或者对于知识产权方面的保留所有权交易——籍此担保购置款的任何未支付部分或担保为使设保人获得知识产权或许可而产生的债务或提供的信贷，可以采用类似的办法（见《指南》导言关于术语和解释的 B 节中“购置款担保权”这一术语，以及 A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5，第九章——知识产权情况下的购置款融资）。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照同样方式处理，且处理方式不应与《指南》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

5. 按照《指南》所建议的法律，对无形资产设定担保权要求有书面文件，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，设保人必须在缔结担保协议时或此后对拟设保资产拥有权利或有权对其设保。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，并对附担保债务和担保资产加以描述从而可合理加以识别（见建议 13-15）。如前所述，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），并非为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。

6. 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。例如，为设定担保权，可能要求在相关知识产权登记处登记知识产权担保权的文件或通知（例如为担保目的进行的转让、知识产权的抵押或质押）。此外，按照知识产权相关法律，可能需要在担保协议中对拟设保的知识产权作具体描述。同样，由于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，因此登记文件仅指明“设保人全部知识产权”不足以设定一项担保权。设定担保权须在担保协议或在知识产权登记处登记的任何其他文件中指明每一项知识产权。

7. 具体识别设保的知识产权，通常对于版权将特别重要。这是因为，根据与版权有关的法律，版权的概念包含一组权利，除非当事人有意以所有这些权利作保，否则将需要在担保协议中描述具体的担保资产。在这种情况下，与版权

有关的法律可以要求为了明确起见具体描述设有担保权的资产。根据这种做法，版权的所有人可以使用集体辨明的权利从另一信贷提供者那里获得信贷。但是还应当指出，由于版权具有组合权利的性质，当事人一般总是能够将一项版权中的各项排他性权利分成若干项单独权利并按其意愿分别对其设立担保。因此，如果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，而且大概在多数情况下都会这样做；但这不应剥夺当事人一般性描述设保知识产权的权利。

8. 应当指出的是，根据《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，足以顾及所有不同情形，因为它提出“以能够合理对其加以识别的方式”描述设保资产（建议 14(d)项；同样的标准也适用于拟登记的通知，见 A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.3，第 21 段和建议 63）。因此，有关特定设保资产的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。各国颁布《指南》所建议的法律，似宜考虑审查本国的知识产权相关法律，以确定与设定知识产权担保权有关的不同概念和要求是为了达到知识产权相关法律的特定政策目标，因而应予保留，还是应当使其与《指南》所建议的有关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**

9. 如前所述（见上文第 5 段），设保人必须在订立担保协议时或之后的某个时间对拟设保资产享有权利或有权对其设保（见建议 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部分权利设保。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其在时间、范围或地域上受到限制的权利设保。此外，作为一般财产法问题，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；见建议 18 和下文第 43 和 44 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. 知识产权有担保债权人与所有人之间的区分**

10. 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的担保权而成为所有人、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，情况可能也是如此（见 A/CN.9/WG.VI/WP.42，补编草案导言关于术语的 C 节中“所有人”和“有担保债权人”这两个术语）。

11. 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人、许可人或被许可人的身份（视设保人的权利而定）可能改变。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（见建议 1421 和 148），或者导致有担

保债权人为清偿附担保债务而获得设保知识产权（见建议 156-159），就可能发生这种情况。

12. 无论如何，谁是所有权人、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。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。如果知识产权法是这样规定的，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 A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5，第 2-5 段）。

## F. 知识产权情况下的各类设保资产

13. 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 A/CN.9/WG.VI/WP.42，《补编》导言关于术语 C 节，术语“设保资产”，以及 A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.1，第 2 和 3 段）。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）的担保权并不延及知识产权（见下文第 32-36 段），但只要担保债权人可以对有形资产执行其担保权，此种担保权仍然可以对有形资产所使用的知识产权有影响（见 A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5，第 24-27 段）。如前所述（见上文第 5-8 段），根据《指南》所建议的法律，拟设保知识产权需要在担保协议中以能够合理对其加以识别的方式加以描述，而且这一标准相当灵活，足以顾及知识产权相关法律对描述拟设保知识产权的任何要求（见建议 14(d)项）。

14. 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、强制执行或可转让性的任何规定（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的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，或者该项知识产权无论是根据法律还是根据合同都不可转让，《指南》所建议的法律都不干涉这些限制。但是，对于未来应收款或成批转让或部分转让的应收款，《指南》所建议的法律的确仅仅因其属于未来应收款或成批转让或部分转让应收款而推翻了对其转让性的法律限制（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（但不影响为知识产权的目的而对应收款采取的不同对待办法；见建议 24 和下文第 26-29 段）。由此可见，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

15. 《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。从根本上说，知识产权人的权利一般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 17-19 段）。

16. 按照知识产权相关法律，如果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，这一法律将适用于这种担保权，但以建议 4(b)项为限。在这种情况下，所有这些权利将构成原始设保资产（任何使用费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）。按照知识产权相关法律，如果这些权利不可转让，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（见上文第 14 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（见建议 18 和下文第 22-25 段）。

17. 知识产权人维护其知识产权并为此而起诉侵权人并获得禁止令和赔偿的权利，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。通常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（见 A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5，第 2-5 段）。

18. 但是，根据《指南》所建议的法律，行使此种对侵权人的起诉权所产生的利益（例如，所收取的侵权行为损害赔偿费），则可能是一项动产，可以与所有权人的各项权利分开单独转让。至于是否可以对此种权利设定担保权，则是担保交易法处理的事项，只有在知识产权相关法律未以不同方式处理该事项的情况下，才可适用担保交易法（见建议 4(b)项）。因此，除非知识产权相关法律不允许，否则设保人可以作为所有权人与有担保债权人约定，行使设保人对侵权人的起诉权和获得禁止令及赔偿的权利所产生的利益将是原始设保知识产权的一部分。

19. 举例来说，在对知识产权人的权利设定担保权之后，如果发生了侵权行为，知识产权人已经起诉侵权人，侵权人也已经（为担保权设定之前或之后发生的侵权行为）向知识产权人支付了赔偿，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以其系原始设保资产而对其提出主张，只要是在担保协议中作此适当描述即可。担保权设定时尚未支付赔偿，而是在设保人（所有权人）违约后才支付的，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，以其系原始设保资产而对其提出主张。相反，根据《指南》所建议的法律，对侵权人的起诉权和获得禁止令及赔偿的权利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 17 段）。但是，如果设保人（知识产权人）已经对侵权人提起诉讼，而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，应能够接管该诉讼并获得判给的任何赔偿（同样必须是在知识产权相关法律允许的情况下）。

20. 对于在登记过程各个阶段同政府机关接洽的权利（例如，提出知识产权申请或登记知识产权的权利，或续展登记期限的权利）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。同与政

府机关的接洽权或许可授予权是否可以转让或是否构成所有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（前提是，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

21. 根据《指南》所建议的法律，可对许可协议下许可人的权利设定担保权。如果许可人是所有权人，该许可人可对上述其（全部或部分）权利设定担保权（见上文第 15-20 段）。如果许可人不是所有权人，而是给予次级许可的被许可人，一般而言，可对其根据次级许可协议向次级被许可人收取使用费的权利设定担保权。设保人对次级许可使用费设定担保权的，在设保人是许可人而非知识产权所有权人的情况下，次级许可使用费将是原始设保资产；对知识产权本身设定担保权的，在设保人是知识产权所有权人的情况下，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 30-31 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；(c)许可人在被许可人违约时终止许可协议的权利。

22. 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（见补编草案导言关于术语和解释的 B 节中“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的应收款属于未来应收款或成批转让或部分被转让的应收款而禁止其转让的规定将成为不可执行（见建议 23）。但是，其他法定禁止或限制不受影响（见建议 18）。此外，被许可人有权向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）。

23. 这方面必须指出的是，不能适用的法定禁止，仅涉及作为未来应收款或作为成批转让或部分转让的应收款的未来应收款，而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收账公司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”，规定必须将其付给作者或其他有资格的当事人或其收账公司。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法定限制。

24. 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。

25. 最后，同样必须指出的是，使用费受付权按照处理其他任何应收款的相同方式处理，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数额按百分比付款。

26. 根据《指南》所建议的法律，如果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”）转让使用费受付权，许可人（对使用费受付权的转让依然有效，被许可人不能仅仅因为许可人转让使用费受付权而终止许可协议（见建议 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 A/CN.9/WG.VI/WP.42, 第 23 段），所以同样的原则适用于次级许可协议中的一项规定，次级被许可人可以据此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权。

27. 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。同样必须指出的是，建议 24 只适用于应收款债权人和该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第三方对债务人所欠的应收款债务人不得转让的协议。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对其收取第三方次级被许可人支付的次级许可使用费的权利进行转让的协议。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，可能会订立这种协议。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的使用费的流向。但是，在被许可人作为次级许可人对收取次级许可使用费的权利设定担保权的情况下，许可人虽然有权要求收取使用费，但可能无法依协议控制使用费的流向（除非许可人禁止次级许可）。

28. 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权的约定时，许可人将终止许可协议。在这种情形下，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；(b)取得在被许可人对次级被许可人的使用费受付权上的担保权，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和优先权的建议；见 A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.4, 第 41-46 段）。

29. 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

30. 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（见上文第 21-29 段）同样适用于被许可人作为次级许可人的权利。

31. 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授权使用或利用被许可使用的知识产权上设定担保权（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即可能受到严重影响或完全丧失。但是，如果被许可人根据许可协议享有的权利可以转让，而且被许可人可以在这些权利上设定担保权，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

32. 知识产权可用于有形资产。例如：(a)有形资产可能是通过获得专利的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；轿车可能带有含版权软件拷贝的芯片；(c)光盘可能载有软件程序；(d)热力泵可能包含专利产品。

33. 有形资产使用知识产权时，涉及两种不同类型的资产。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所有人控制有形资产的许多用途但非所有用途。例如，版权相关法律允许作者防止未经授权复制一本书，但一般不允许其防止经授权的书店转售从经授权的售卖中购得的图书，也不防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及有形资产使用的知识产权，知识产权担保权不延及使用知识产权的有形资产。

34. 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，可对有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，设保资产则是根据有效的许可协议被许可人所享有的权利。

35. 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 5-8 段），“以可以合理加以识别的方式”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来变化。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对拟设保知识产权的具体描述的主要原则。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，则根据《指南》建议 4(b)项，无论如何都将对设保知识产权适用后一种要求。

36. 如前所述（见上文第 33 段），使用知识产权的有形资产上的担保权不延及知识产权，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，前提是这种救济办法的行使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习惯法律，“穷竭理论”（或类似概念）可能适用于担保权的强制执行（关于强制执行问题的讨论，见 A/CN.9/WG.VI/WP.42/ Add.5，第 24-27 段）。

## G. 未来知识产权的担保权

37. 《指南》所建议的法律规定，设保人可以对未来资产即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）。如同《指南》所建议的其他任何规则一样，这条也适用于知识产权，除非与知识产权习惯法律不一致（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，见建议 18 和下文第 43-44 段）。这种做法的理由是，允许担保权延及未来知识产权具有商业效用。

38. 许多知识产权相关法律也采取同做法，允许知识产权人获得有益于创作新作品的融资，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（在受版权保护的作品生成时，担保权即告设定；见 A/CN.9/WG.VI/WP.42，第 40 段，例 3）。在一些国家，可以在专利权获准之前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）。

39. 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，在有些情形下，如果新媒体或技术应用在转让时尚不为人所知，对其担保的权利的转让可能无效，这样做是为了保护著作人不受不当承诺的约束。在另一些情形下，未来权利的转让可能服从于在一段时期后法定的取消权。还有一些情形下，“未来知识产权”的概念可以包括

已经设定但尚未登记的可登记权利。法定禁止的表现形式还可能是要求对知识产权作具体描述。

40. 对未来知识产权用作信贷担保作出其他限制，可能是因为知识产权相关法律中知识产权的“改进”、“更新”、“改编”或其他改动这些概念的含义。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使用方式。

41. 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，以及在知识产权担保权的设定至关重要的“所有权”概念上这些概念有何影响。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是将此种未来改进视作单独资产对待，而不是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 A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5，第 20 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）。

42. 如果知识产权的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的相关法律（见建议 4(b)项）。除此限制之外，《指南》所建议的法律仍适用于未来资产担保权的设定并允许这种设定（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的相关法律进行审查，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）是否大于将这些资产用作信贷担保的好处（例如为研究和开发活动融资）。

## H. 对知识产权转让性的法律限制或合同限制

43. 知识产权相关法律的特定规则可能会限制知识产权所有权人、许可人或被许可人对某些类型的知识产权设定有效担保权的能力。在许多国家，只有著作人的经济权利才可转让；精神权利不可转让。此外，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，商标只能善意转让。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无权对其设保，不得对该项资产设保（见建议 13 和“不可以己所无予人”原则）。《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）。

44. 在某些资产转让性的限制方面，《指南》所建议的法律唯一可能影响并将其取消的限制是对未来应收款、成批转让和部分转让应收款或应收款中不可分割权益的转让性所规定的法律限制，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 和第 9 条以及建议 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，即应收款债权人和该应收款债务人之间订立的协议（见上文第 2629 段）。

### 建议 243<sup>1</sup>

#### 使用知识产权的有形资产的担保权

法律应当规定，对于使用知识产权的有形资产，除非担保协议各方另有规定，有形资产的担保权不延及知识产权，知识产权的担保权也不延及有形资产。但是，在知识产权相关法律允许的范围内，本建议不限制享有有形资产担保权或知识产权担保权的有担保债权人在强制执行方面享有的救济。

[工作组注意：工作组似应考虑是否保留本建议第一句中“除非担保协议各方另有规定”这段话。工作组似应注意的是，建议 10 提出本法应作如下规定：除非法律另有规定，否则设保人和有担保债权人可以经协议背离本法中与其权利和义务有关的规定。因此，本建议第一句提及当事方意思自治，可能会对本法中未包括此种写法的其他规定是否也应适用当事方意思自治原则产生疑问，并因此而造成解释问题。工作组还应考虑可否将本建议第二句放在评注中，因为这一句涉及的是强制执行一章中所讨论的问题（见 A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5，第 24-27 段）。]

---

<sup>1</sup> 如果可编入《指南》，本项建议应编入关于担保权的设定的第二章，作为建议 28 之二。