



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
五. 知识产权担保权的优先权.....	1-49	2
A. 优先权的概念.....	1-2	2
B. 识别竞合求偿人.....	3-4	2
C. 知悉在先转让或担保权的重要性.....	5-6	3
D. 未在知识产权登记处登记的知识产权担保权的优先权.....	7-8	3
E. 在知识产权登记处登记的知识产权担保权的优先权.....	9-11	4
F. 设保知识产权受让人的权利.....	12-15	5
G. 被许可人的一般权利.....	16-20	6
H. 某些被许可人的权利.....	21-40	7
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..	41-46	11
J. 知识产权担保权相对于判决胜诉债权人权利的优先权.....	47-48	12
K. 排序居次.....	49	12
建议 245.....		13



## 五. 知识产权担保权的优先权

[工作组注意：下文第 1-49 段，见 A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.4 号文件第 1-15 段、A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5 号文件第 1-12 段、A/CN.9/685 号文件第 47-72 段、A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2 号文件第 43-55 段、A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3 号文件第 1-23 段、A/CN.9/670 号文件第 73-95 段、A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1 号文件第 33-61 段、A/CN.9/667 号文件第 86-103 段、A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1 号文件第 1-25 段、A/CN.9/649 号文件第 41-56 段。]

### A. 优先权的概念

1. 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竞合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》导言关于术语和解释的 B 节中的“优先权”这一术语；另见补编草案导言关于术语的 C 节中“竞合求偿人”这一术语，A/CN.9/WG.VI/WP.42 号文件第 22-23 段，以及下文第 3-5 段）。还应当指出，双方均非有担保债权人的两人之间的冲突，不是《指南》所建议的法律涵盖的优先权冲突。

2. 相比之下，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，在专利和商标的情形下尤其如此。在大多数国家，知识产权人一旦转让知识产权后，该人若作第二次转让，通常无法向第二个受让人转让任何权利（除非第一个受让人不遵守法定登记要求，或第二个受让人是善意购买人；关于知悉在先转让有何重要性，见下文第 5-6 段）。同样，如果第一和第二个受让人都在其知识产权上设定担保权，便不会出现《指南》所建议的法律所规定的优先权冲突，因为第二个受让人没有任何知识产权可设定担保权。在这种情形下，不会出现《指南》中所用优先权词义上的优先权问题。因此，《指南》所建议的法律不适用，这一问题将留给知识产权相关法律处理。该法律解决这种问题的办法通常是参照“谁亦不能以己所无予人”这一原则和关于善意购置资产的原则。无论如何，应当指出的是，根据《指南》所建议的法律，对资产不享有权利或无权对资产设保的当事人不能在该资产上设定担保权（见建议 13）。

### B. 识别竞合求偿人

3. 《指南》中使用的“竞合求偿人”这一术语系指在同一资产上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、在设保资产上享有权利的判决胜诉债权人，以及设保人破产情况下的破产管理人（见补编草案导言关于术语的 C 节中“竞合求偿人”这一术语，A/CN.9/WG.VI/WP.42 号文件第 22-23 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两项知识产权担保权（见建议 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)在相应知识产权登记处登记了文件或通知的两项担保权

(见建议 77(b)项)；(d)知识产权受让人或被许可人的权利和可在知识产权登记处登记通知或文件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和不可在知识产权登记处登记通知或文件的该知识产权担保权(见建议 79-81)；(f)设保人设定的担保权和设保资产受让人、承租人或被许可人设定的担保权(见建议 31、79 和 82)。处理最后一种冲突的条件是：受让人取得资产时附带担保权(见建议 79 和 82)，而受让人的有担保债权人取得的权利不超过受让人所享有的权利(见建议 31)。

4. 在知识产权领域，使用的则是“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)之间的冲突，则《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之间的冲突，而《指南》所建议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》所建议的法律还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和后来从(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的重要性

5. 根据《指南》所建议的法律，竞合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，知悉设保资产的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，即使前一种担保权的持有人知悉存在先已设定的担保权(见建议 76(a)项)。

6. 相比之下，许多国家的知识产权相关法律规定，后进行的引起冲突的转让或后取得的引起冲突的担保权，只有在先登记而且不知道与之相冲突的在先转让的情况下，才能享有优先权。即使根据建议 4(b)项须服从知识产权相关法律，这些以知悉为基础的优先权规则只要具体适用于知识产权担保权，就应予以保留。

### D. 未在知识产权登记处登记的知识产权担保权的优先权

7. 如前所述，如果知识产权相关法律专门针对知识产权规定了处理知识产权担保权优先顺序问题的优先权规则，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不相冲突，则适用《指南》所建议的法律中的优先权规则。

8. 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）。担保权通知或文件不可以或没有在专门登记处登记的，适用这一规则。这种文件和通知可以并且已经在专门登记处登记的，适用其他规则（见建议 77 和下文第 9-11 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（见建议 79-83 和下文第 12-29 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

9. 《指南》建议，在专门登记处登记从而取得对抗第三方效力的担保权（见建议 38），应当优先于同一资产上以其他方式取得对抗第三方效力的担保权（见建议 77(a)项）。《指南》还建议，一资产上通过在专门登记处登记取得对抗第三方效力的担保权，优先于后来在该专门登记处登记的担保权（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、租赁或许可使用时担保权已通过有关知识产权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 12-29 段，以及建议 79-81）。此外，如果设保资产的受让人、承租人或被许可人取得其权利时不附带担保权，则其后在该资产上获得权利的任何人在获得其权利时均不附带担保权（见建议 31 和 82）。

10. 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，而另一项在相应知识产权登记处登记了文件或通知，则适用《指南》所建议的法律，并规定后一种担保权优先（见建议 77(a)项）。如果在相应知识产权登记处登记了文件或通知的两项担保权之间发生冲突，则先登记文件或通知的权利优先，《指南》所建议的法律也认可这一结果（见建议 77(b)项）。如果知识产权受让人的权利同转让时可以并已在相应知识产权登记处登记文件或通知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登记却没有登记，则设保知识产权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，如果该规则专门适用于知识产权，则《指南》所建议的法律服从于该规则。最后，知识产权受让人的有担保债权人取得知识产权时附带转让人的担保权（见建议 31 和 82）。

11. 例如，如果 A 在一项专利上为 B 设定担保权，而 B 在普通担保权登记处登记了其担保权的通知，后来 A 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》中的建议 78，C 取得专利时不附带 B 的担保权。如果 A 未作转让，而是为 C 设定了担保权，并且只有 C 在专利登记处登记了担保权文件或通知，则根据《指南》中的建议 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的享有较优先的权利，因此根据《指南》所建议的法律，第三方查询人可依赖在该登记处的查询，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，在知识产权登记处进行的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**

12. 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（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害了有担保债权人按照许可协议享有的权利（见建议 81(a)项）。如前所述（见上文第 9-11 段），如果担保权可以在知识产权登记处登记（无论有没有登记），则适用另一规则（见建议 78）。

13. 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（无论有没有登记）的知识产权担保权。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不附带担保权，除非适用建议 80-82 规定的一种例外情形（关于建议 81(c)项，见第 21-29 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。

14. 以上分析涉及的是担保权和在后受让人权利之间的优先权冲突。如果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“谁亦不能以己所无予人”的原则，有担保债权人不享有任何担保权。如前所述，《指南》不妨碍适用“谁亦不能以己所无予人”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设定担保权的资产上设定担保权（见建议 13）。但若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，则以该规则为准（见建议 4(b)项）。

15. 还应当指出，如前所述（见 A/CN.9/WG.VI/WP.42 号文件第 23-25 段，A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.3 号文件第 40-41 段），根据《指南》，知识产权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**

16. 知识产权通常经许可后由他人使用。在这种情形下，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，被许可人使用或利用知识产权的权限或被许可人发放次级许可和获取使用费付款的权利（在这两种情形中均依据许可协议的条款），可由被许可人用作信贷担保（关于知识产权情形中设保资产的类型，见 A/CN.9/WP.VI/WP.42/Add.2 号文件第 13-36 段）。

17. 通常，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，除非在发生违约时，有担保债权人强制执行其担保权，并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 A/CN.9/WP.VI/WP.42 号文件第 28-30 段，A/CN.9/WP.VI/WP.42/Add.1 号文件第 10-12 段，A/CN.9/WP.VI/WP.42/Add.5 号文件第 16-17 段和第 21 段）。在其知识产权上设定担保权的知识产权人是否仍为知识产权人并可授予设保知识产权使用许可等，是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），如果有担保债权人成为知识产权人，并拥有在存在担保权的同时授予许可的权限，则原知识产权人不可授予对其设保知识产权的使用许可（也不可行使知识产权人的权利）（见 A/CN.9/WP.VI/WP.42/Add.5 号文件第 1 段）。在此情形下，原始知识产权人授予的许可按照知识产权相关法律属于未经授权的许可，按照“谁亦不可以己所无予人”的原则，被许可人或其有担保债权人将从中一无所获。

18. 如果知识产权人在其知识产权上设定担保权后，仍是知识产权人，但其发放许可的能力受到与有担保债权人的协议的限制（条件是此种协议为知识产权相关法律所允许），从理论上讲，知识产权人可发放许可，但知识产权人违反其与有担保债权人的协议而发放许可是一种违约行为。结果，知识产权人的有担保债权人可强制执行其担保权，并且行使知识产权人的权利而出售被许可使用的知识产权或发放不受既有许可（以及由被许可人设定的任何担保权）限制的另一个许可，因为该被许可人取得的许可通常附带知识产权人的有担保债权人的担保权（见建议 79 和 161-163）。知识产权人的有担保债权人在发生违约时强制执行其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。如果设保资产是知识产权人的知识产权，则有担保债权人可收取使用费，作为设保资产的收益（见建议 19、39、40、100 和 168）。如果设保资产是作为许可人的知识产权人获得使用费付款的权利，则有担保债权人可收取使用费，作为原始设保资产。在这两种情形中的任何一种情形下，有担保债权人均可甚至在出现违约之前收取使用费，但只有在知识产权人与其有担保债权人之间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知识产权人对知识产权设定的担保权，则该被许可人可保留其许可，而有担保债权人只可寻求收取该被许可人应付给知识产权人的使用费（见建议 80(b)项，以及建议 245）。

19. 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，授权使用或利用被许可使用的知识产权），则该担保权将是设于另一资产上（即，不是设于知识产权人的权利上）。如果被许可人设定的担保权是在同一资产上，则该担保权附带知识产权人设定（且具有对抗第三方效力）的担保权。出现这一结果的原因是，被许可人取得的权利理应附带知识产权人设定的担保权（见建议 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拥有的权

利（依据“不可以己所无予人”的原则）。因此，如果知识产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，则该许可在进行这种处分时即告终止，并且被许可人的设保资产将不复存在。同样，无论知识产权人是否为其债权人之一设定担保权，如果被许可人违反许可协议，则作为许可人的知识产权人可在知识产权相关法律允许的范围内终止该许可协议，从而使被许可人的有担保债权人再次失去其享有担保权的设保资产。

20. 如前所述（见 A/CN.9/WP.VI/WP.42 号文件第 23-25 段，A/CN.9/WP.VI/WP.42/Add.3 号文件第 40-41 段，以及上文第 15 段），许可人和被许可人按照许可协议和有关知识产权的相关法律享有的权利不会受到担保交易法的影响。因此，如果被许可人违反许可协议，则许可人可行使任何现有权利来终止该许可协议，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的以下协议，即禁止被许可人发放次级许可或向许可人转让被许可人收取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权（A/CN.9/WP.VI/WP.42/Add.2 号文件第 26-28 段）。

## H. 某些被许可人的权利

21. 如前所述（见上文第 12 段），设保知识产权被许可人取得许可附带既有担保权这一规则有两种例外情况（见建议 79）。

22. 第一种例外情况是，有担保债权人授权发放许可而不附带担保权（见建议 80(b)项）。因此，《指南》所建议的法律规定，在设保人违约情况下，有担保债权人可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，便不可在出售许可使用的知识产权时不顾及既有被许可人的权利，也不可发放另一个许可从而终止既有被许可人的权利。

23. 建议 79 所体现原则的第二个例外情况是，在许可人正常经营过程中取得许可且不知悉该许可违反了有担保债权人在许可使用的知识产权上的权利的非排他性被许可人按照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（见建议 81(c)项，该建议普遍适用于无形资产）。这一规则的结果是，如果许可人的有担保债权人按照《指南》所建议的法律中的强制执行规则，强制执行许可使用的知识产权上的担保权，该有担保债权人可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中的条款，就不可在出售许可使用的知识产权时不顾及既有被许可人的权利，也不可发放另一许可，从而终止既有被许可人的权利。这一规则的用意是通过限制有担保债权人按照《指南》所建议的法律中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，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，本文所指的保护的要点是，买受人无须在登记处进行查询，其所购得的受版权保护软件也不附带软件开发商或销售商设定的担保权。

24. 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，如果知识产权相关法律规定，设保人由于已将知识产权人的权利转让给了有担保债权人而不再受权发放许可，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，也不意味着被许可人取得许可时不受

许可协议的条款及其所适用的法律管辖（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》不干涉强制执行有担保债权人与设保人/许可人之间（或许可人与其被许可人之间）的条款，即设保人/许可人在其所有非排他性正常营业过程授予的许可中规定，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。

25. 有担保债权人可选择先有机会审查并核准次级许可协议的条款，然后才发放贷款。例如，有担保债权人似宜确保预付预期使用费、允许在不付使用费的情况下终止次级许可、禁止转让次级许可使用费。此外，许可人的有担保债权人如果不想鼓励发放非排他性许可，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，许可人如果不希望其被许可人发放任何次级许可，可在许可协议中规定，被许可人发放次级许可即为违反许可协议，许可人将有权终止许可。《指南》概不干涉有担保债权人与其借款人之间（或许可人与其被许可人之间）这类条款的强制执行。一般来说，有担保债权人无意这样做，因为许可人（及任何被许可人）经营的业务就是发放非排他性许可，而且有担保债权人期望设保人用这些许可协议下支付的费用偿还附担保债务。

26. 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知识产权人/设保人发放其知识产权许可和收取使用费的权力。事实上，有担保债权人在许多情形下有意允许发放许可，从而使知识产权人/设保人得以偿付附担保债务。其次，从措词上看，建议 81(c)项仅适用于存在着非排他性许可的情况，这种许可包括合法采购用于设备的现售受版权软件许可，以及被许可人不知悉许可违反了有担保债权人根据担保协议享有的权利这一情况。对这种现售许可进行描述时可不提及正常经营过程这一概念（见下文的建议 245）。

27. 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竞合求偿人（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法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。

28. 不过，正常经营过程这一概念在知识产权法中很少使用，因而可能会在知识产权融资情况下造成混淆。许多国家适用一项不同的规则，其中规定设保知识产权的被许可人取得的许可附带许可人所设定的担保权，除非有担保债权人（设保人已授权其发放许可）授权发放不附带担保权的许可。只要一国订有此种规则，建议 81(c)项就不适用（见建议 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。因此，如果设保人违约，有担保债权人将能够强制执行其在许可使用的知识产权上的担保权，并不受许可的限制而出售或许可使用该知识产权。此外，从被许可人处获得担保权的人无法取得有效的担保权，因为被许可人获得的许可会是未经授权许可，因此无权给予。



29. 如果知识产权相关法律完全没有述及这一事项，或者述及了这一事项且与建议 81(c)项一致，则建议 81(c)项在有限的情况下适用，并具有上文所述有限的影响（见建议 4(b)项）。

30. 不过，为了避免《指南》所建议的法律和知识产权相关法律之间出现任何矛盾，可采用另一种办法（见下文的建议 245），确保《指南》所建议的法律不影响：(a)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竞合求偿人的优先权，或有担保债权人采取的不影响被许可人权利的强制执行救济措施；(b)许可人在被许可人不遵守许可协议时可能具有的终止许可的任何权利；或(c)有担保债权人按照知识产权相关法律作为知识产权人而享有的权利。

31. 应当指出：(a)按照这一办法，被许可人相对于许可权人的有担保债权人的权利可能会因被许可人在许可协议中同意的内容或其他原因而受到减损（见建议 10）；(b)像《指南》针对知识产权担保权所建议的其他任何办法一样，这一办法也将遵守建议 4(b)项。此外，还应指出：(a)《指南》和补编草案在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（否则不会发生《指南》所述的优先权纠纷）；(b)《指南》和补编草案提及的知识产权许可系指根据知识产权相关法律经授权可授予知识产权使用许可的人所发放的许可。

32. 以下例子是要明确说明这一办法所适用的情形，以及其适用所带来的影响。在每个例子中，应假定：(a)O 拥有知识产权；(b)O 为 SC 在知识产权上设定了一项担保权；(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；(d)SC 没有在担保协议或他处同意 O 的知识产权被许可人享有其权利而不附带 SC 的担保权；(e)该交易符合建议 245 的每一项规定。

33. 在 SC 采取必要步骤使其担保权具有对抗第三方的效力之后，从事按基本上相同条款向同意根据这些条款行事的任何人发放非排他性知识产权许可业务的 O 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 未履行担保权所担保的义务，因此 SC 打算强制执行其担保权。L 使用知识产权的权利受建议 245 的保护，从而避免因 SC 强制执行其担保权而受到影响，因为该许可和交易符合建议 245 的每一项规定。不过，SC 仍然拥有知识产权相关法律和合同法规定的针对 L 的任何权利。

34. 在 SC 采取必要步骤使其担保权具有对抗第三方的效力之后，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知识产权次级许可。L 向 S 发放了商业市场上的次级许可。O 未履行担保权所担保的义务，因此 SC 打算强制执行其担保权。如果根据知识产权相关法律，未授权向 S 发放次级许可，则 S 使用知识产权的权利不受建议 245 的保护，从而无法避免因 SC 强制执行其担保权而受到影响（而且，鉴于许可协议规定的权利和义务连在一起，L 不再受许可协议所规定的各项义务的约束）。

35. 在 SC 采取必要步骤使其担保权具有对抗第三方的效力之后，O 向 L 发放了知识产权许可。许可协议规定，L 在 Z 国拥有使用该知识产权的排他性权利。O

未履行担保权所担保的义务，因此 SC 打算强制执行其担保权。L 使用知识产权的权利不受建议 245 的保护，从而无法避免因 SC 强制执行其担保权而受到影响，因为该许可是排他性的。

36. 在 SC 采取必要步骤使其担保权具有对抗第三方的效力之后，从事按基本上相同的条款向同意根据这些条款行事的任何人发放知识产权非排他性许可业务的 O 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。而 O 向 L 发放了知识产权许可，L 根据该许可享有的知识产权上的权利多于根据一般提供给其他人的许可所享有的权利。O 未履行担保权所担保的义务，因此 SC 打算强制执行其担保权。L 使用知识产权的权利不受建议 245 的保护，从而无法避免因 SC 强制执行其担保权而受到影响，因为该许可的条款与相同知识产权的其他许可的条款基本上不相同。

37. 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的效力的登记备案的通知，因此请求查看与该通知有关的担保协议的副本。O 向 L 提供了担保协议。L 阅读了该担保协议之后，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 未履行担保权所担保的义务，因此 SC 打算强制执行其担保权。L 使用知识产权的权利不受建议 245 的保护，从而无法避免因 SC 强制执行其担保权而受到影响，因为 L 已知晓该许可协议会侵犯 SC 的权利。

38. 但是，如果 O 并未向 L 提供担保协议副本，因而 L 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 245 的保护，从而避免因 SC 强制执行其担保权而受到影响，因为该许可和交易符合建议 245 的每一项规定。

39. 在 SC 采取步骤使其担保权具有对抗第三方的效力之后，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 未履行担保权所担保的义务，因此 SC 打算强制执行其担保权。L 使用知识产权的权利不受建议 245 的保护，因而无法避免因 SC 强制执行其担保权而受到影响，因为 O 没有按基本上相同的条款向同意根据这些条款履行许可协议规定的被许可人的义务的任何人发放知识产权许可。

40. 在 SC 登记了其担保权之后，O 向一专利池发放非排他性许可。该专利池将向任何感兴趣的人发放非排他性许可。SC 取消了对知识产权的回赎权。该许可不会因取消回赎权而被解除，因为该许可和交易符合建议 245 的每一项规定。

## 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

41. 根据《指南》所建议的法律，除了有限的例外情况（见建议 80(b)和(c)项及建议 245），被许可人取得其权利时附带许可人在其权利上设定的担保权（见建议 79）。前面已经解释过（见上文第 22-23 段），这意味着，在发生违约时，有担保债权人可能会强制执行其担保权，并将设保人的知识产权出卖或许可使用。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，则这两种担保权之间不发生《指南》所建议的法律所述的优先权冲突，因为设保的资产不同。许可人的有担保债权人在许可人根据许可协议收取

被许可人所欠使用费的权利上享有担保权，而被许可人的有担保债权人在被许可人（作为次级许可权人）按照次级许可协议向次级被许可人收取的次级许可使用费上享有担保权。

42. 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，该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，如果被许可人在支付其应付给许可人的使用费时向许可人转让收取该被许可人作为次级许可人从次级被许可人处获取的次级许可使用费中一定比例付款的权利，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。在此情况下，如果次级许可使用费的转让发生于被许可人发放许可以及设定担保权并使之具有效力之前，则该被许可人在设定担保权时无权获得所转让的次级许可使用费，因此，被许可人的有担保债权人取得的次级许可使用费担保权时附带许可人的有担保债权人的担保权。不过，如果这种转让发生于被许可人发放了许可且在其所有未来使用费上设定了担保权并使之具有效力之后，则许可人取得的转让附带被许可人的有担保债权人的担保权，因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（见建议 13 和 31）。

43. 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 转让收取应付给作为次级许可人的被许可人 A 的次级许可使用费中一定比例付款的权利。许可人 B 在这些使用费上为有担保债权人 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。

44. 在这方面，应当指出，根据《指南》所建议的法律，在此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通知；(b) 确保其有担保债权人在相应知识产权登记处登记通知或文件；(c) 在发放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) 禁止被许可人在其收取次级许可使用费付款的权利上设定担保权；(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为其有担保债权人设定担保权之前，在其收取次级被许可人向作为次级许可人的被许可人应付的次级使用费的一定比例数额的权利上设定担保权，并同意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，许可人可坚持要求被许可人在其收取次级许可使用费付款的权利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。

45. 不过，这些步骤只可对许可人提供某种程度的保护，因为例如设保知识产权上的权利不一定须在知识产权登记处登记，或者从商业角度看，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，可能也并不可行。此外，许可人设定的担保权相对于被许可人在其收取次级许可使用费付款的权利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 41 段）。

46. 应当指出，为购买知识产权或知识产权许可提供资金的有担保债权人可能具有购置款有担保债权人这一特殊的优先地位。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和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决胜诉债权人权利的优先权

47. 《指南》建议，在判决胜诉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决胜诉债权人的权利。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管辖判决的强制执行的法律采取必要步骤取得设保资产上的权利，则判决胜诉债权人的权利优先（见建议 84）。

48. 这一建议同样适用于知识产权担保权（须服从建议 4(b)项所含原则）。在这种情形下，根据知识产权相关法律，判决胜诉债权人可能必须获得知识产权转让，并在知识产权登记处登记该转让的文件或通知，才能获得优先权。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（不可以己所无予人），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

49. 《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，竞合求偿人可通过协议改变其在设保资产上的竞合求偿权的优先顺序。该原则同样适用于知识产权担保权。

#### 建议 245<sup>1</sup>

##### 某些知识产权受让人权利的优先权

法律应当规定，许可使用的知识产权上的担保权若是在发放许可前设定的，在以下条件下，该担保权的强制执行不影响知识产权的最终用户被许可人按照许可协议所享有的权利：

- (a) 许可为非排他性许可；

<sup>1</sup> 本建议若可列入《指南》，将作为建议 81 之二放在关于担保权优先权的一章中。本建议作为一项特定资产建议，在适用于知识产权许可的情况下将取代一般性建议 81(c)项。

(b) 许可涵盖[受版权或专利保护的软件][与受版权保护的软件相关的一项或多项排他性权利];

(c) 在订立许可协议时:

(一)许可人通常从事的业务是,以基本上相同的条款向任何同意按照这些条款履行许可协议的人发放知识产权非排他性许可,而许可协议是按这些条款订立的;

(二)被许可人并不知晓该许可违反有担保债权人根据担保协议享有的权利;

(d) 许可使用的知识产权以及许可协议规定的权利和义务并非为被许可人专门规定的。