



联合国国际贸易法委员会
第六工作组（担保权益）
第十四届会议
2008年10月20日至24日，维也纳

《贸易法委员会担保交易立法指南》关于知识产权担保权的附件
（第二部分）

秘书处的说明*

目录

	段次	页次
四. 知识产权担保权对抗第三人的效力	1-14	4
A. 第三人效力的概念	1-4	4
B. 可在知识产权登记处登记的知识产权担保权的第三人效力	5-11	5
C. 不可在知识产权登记处登记的知识产权担保权的第三人效力	12-14	6
五. 登记制度	15-32	7
A. 担保权普通登记处	15-16	7
B. 特定资产知识产权登记处	17-18	7
C. 登记处之间的协调	19-20	8
D. 未来知识产权担保权通知的登记	21-23	8
E. 双重登记或查询	24-25	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，而且需要完成磋商并审定相应的修订。



F.	登记效力的时间	26-27	9
G.	担保知识产权的转让对登记效力的影响	28-30	10
H.	商标担保权的登记	31-32	11
六.	知识产权担保权的优先权	33-61	12
A.	优先权的概念	33	12
B.	竞合求偿人的身份识别	34-35	12
C.	对在先转让或担保权知悉的重要性	36	13
D.	在知识产权登记处登记的担保权的优先权	37-40	13
E.	不可在知识产权登记处登记的担保权的优先权	41-42	14
F.	担保知识产权的受让人的权利	43	14
G.	一般被许可使用人的权利	44-48	14
H.	正常经营过程中非排他性被许可使用人的权利	49-55	15
I.	许可权人设定的担保权优先于被许可使用人设定的担保权	56-59	17
J.	知识产权担保权相对于判决胜诉债权人权利的优先权	60	18
K.	排序居次	61	18
七.	知识产权所涉担保协议当事人的权利和义务	62-63	19
A.	当事人意思自治原则的适用	62	19
B.	有担保债权人追究侵害人责任或续展登记的权利	63	19
八.	知识产权融资交易中第三方承付人的权利和义务	64	19
九.	知识产权担保权的强制执行	65-89	20
A.	担保交易法和知识产权法的交集	65-68	20
B.	不同类型知识产权的担保权的强制执行	69-70	21
C.	“占有”担保知识产权	71-72	21
D.	担保知识产权的处分	73-74	22
E.	通过担保知识产权的处分获得的权利	75-77	22
F.	有担保债权人提出的接受担保知识产权的建议	78	23
G.	收取使用费和许可费	79	23
H.	许可权人的其他合同权利	80	23

I.	与知识产权有关的有形资产上担保权的强制执行	81-84	23
J.	被许可使用人权利上担保权的强制执行.....	85-89	24
十.	知识产权担保权的适用法律.....	90-98	25
A.	所有权事项的适用法律.....	90-97	25
B.	合同事项的适用法律.....	98	27
十一.	破产对知识产权担保权的影响.....		27

四. 知识产权担保权对抗第三人的效力

[工作组注意：第 1-13 段见 A/CN.9/WG.VI/WP.33 号文件第 137-145 段，及 A/CN.9/649 号文件第 29-31 段。]

A. 第三人效力的概念

1. 如前所述，《指南》区分了担保权的设定（担保权在当事人之间的效力）和担保权对抗第三人的效力。担保权只有在担保权普通登记处或专门登记处登记担保权通知后，才能取得对抗第三人的效力，假设存在登记处且担保权可在其中登记的话（见建议 38）。可以在担保权设定或担保协议订立之前或之后登记通知（见建议 67）。但担保权在设定前不可能取得对抗第三人的效力（见建议 29）。

2. 上述建议同样适用于知识产权担保权。但建议 4(b)项要求，如果一国的知识产权法规定，某一特定类型知识产权的担保权取得对抗第三人效力的唯一办法是在现有的知识产权登记处登记，则《指南》的建议服从于该知识产权法。同样，如果必须登记的不是通知，而是一份具有创设或公告效力而无第三人效力的文件，《指南》并不影响这一结果。因此，如果根据知识产权法，在知识产权登记处的登记并不产生第三人效力，则该登记处不属于《指南》所规定的专门登记处，《指南》中有关专门登记处的建议不适用。而另一方面，如果有关知识产权的其他法律没有述及这些事项，《指南》便适用。颁布《指南》所建议的法律的国家似宜审查其有关知识产权的法律，以便审议该法律是否应当规定，如果知识产权上的权利可在知识产权登记处登记，那么担保权也可在该登记处登记（登记的要求和法律后果见下文关于登记制度的章节）。

3. 在某些国家，知识产权担保权的设定和强制执行是由管辖其他类型无形财产问题的规则管辖的。在另外一些国家，按照知识产权法的规定，如果担保资产是知识产权，对这些问题的处理办法便有所不同。不过，知识产权法通常规定了某些类型知识产权的担保权取得对抗第三人效力的具体办法。对必须在专门登记系统登记的知识产权权利（如专利、商标，在某些国家还有著作权）采取的做法不同于对无须进行这类登记的知识产权权利（如在某些国家的著作权，以及商业秘密）采取的做法。这些事项将在下文 B 节和 C 节述及。

4. 在《指南》中，“具有对抗第三人的效力”这一术语系指担保资产上的担保权是否具有对抗设保人和有担保债权人之外的对担保资产提出权利要求（或未来可能提出权利要求）的第三人的效力。这类第三人包括设保人的债权人，也包括担保资产的受让人、承租人和被许可使用人。相比之下，在知识产权法中，第三人效力往往不仅是指知识产权担保权的效力，而且还指对知识产权本身（或知识产权的转让或许可使用）的所有权或其他权利。因此，在知识产权领域，“第三人”这一术语可能不仅包括与有担保债权人竞争的求偿人，还包括彼此竞争的受让人和被许可使用人，以及知识产权侵害人（当然，侵害人不是竞合求偿人——知识产权法中没有这一术语——也不是竞合受让人）。不应混淆上述两种用语。担保权对抗与有担保债权人竞争的求偿人的效力是担保交易法

处理的问题，而知识产权上的权利对抗受让人、被许可使用人或侵害人的效力（如果不涉及担保权）则完全是知识产权法处理的问题。《指南》并不影响知识产权法所规定的“第三人”这一术语的含义。

[工作组注意：工作组似宜审议在本上下文中提及侵害人是否适当。担保交易法中的“竞合求偿人”和知识产权法中的“竞合受让人”这两个术语的前提都是合法交易。而顾名思义，侵害人是非法的、未经授权的第三人。《指南》和附件按照其目标所述，均不对此问题造成任何变动。]

B. 可在知识产权登记处登记的知识产权担保权的第三人效力

5. 《指南》规定，知识产权的担保权或其他权利依据知识产权法可在规定登记具有第三人效力的知识产权登记处登记的，可通过在该知识产权登记处或担保权普通登记处登记而取得对抗第三人的效力（见建议 38）。

6. 根据知识产权法，情形可能有所不同。在某些国家，担保权若未在有关的知识产权登记处登记，便不具有对抗第三人的效力，甚至在当事人之间也不具效力（即未设定）。其中一些国家规定，没有如此登记的担保权即使在当事人之间也不具效力。在另一些国家，知识产权法规定，担保协议订立后，担保权即设定并具有对抗第三人效力，即使该担保权并未登记。某些第三人（通常是善意受让人）若在有关的知识产权登记处登记，便可在不作通知的情况下援引优先权规则而优先于时间在先但未作登记的担保权，但该未登记的担保权仍具有对抗其他第三人的效力。还有一些国家规定了诸如禁止以未登记的担保权为证据的证据规则，因而订立担保协议后担保权即设定，但该担保权必须在有关的知识产权登记处登记后才能具有对抗任何第三人的效力。在另外一些国家，登记制度不能简单地允许进行担保权登记，必须在知识产权登记制度之外取得第三人效力。还有一些国家规定，既可以利用知识产权登记处也可以利用既有的担保权普通登记处为担保权取得第三人效力。

7. 无论如何，《指南》不建议规定一条规则，要求担保权应当既在有关的知识产权登记处登记又在担保权普通登记处登记。根据《指南》的建议，在普通登记处登记即可，或者，假设担保权可在知识产权登记处登记，在知识产权登记处登记即可。《指南》按照优先权规则处理在这两种登记处登记所产生的不同结果的问题，即规定在知识产权登记处登记的担保权或其他权利优先（见建议 77 和 78）。因此，《指南》所依据的假设是，如果有担保债权人预期会有竞合求偿人（以这一术语在《指南》中的含义为准），并需要取得优先权，该有担保债权人便会在知识产权登记处登记。如果不存在这种登记处，或不允许知识产权担保权登记，或有担保债权人不担心优先权问题，则《指南》假设该有担保债权人将在担保权普通登记处登记。

8. 例如，根据《指南》，如果 A 在一专利上为 B 设定了一项担保权，B 在担保权普通登记处进行了登记，然后 A 将该专利的所有权转让给 C，C 在专利登记处进行了登记（如果专利法如此规定），则 C 取得的专利不附带担保权，因为该担保权并未在专利登记处登记（见建议 78）。同样，如果 A 没有转让该专利，而是为 C 设定了另一项担保权，而只有 C 在专利登记处进行了登记（如果

专利法如此规定），则根据《指南》，C 优先（见建议 77(a)项）。在上述每种情形下，由于担保权在专利登记处登记便取得优先权利，打算取得可在专门登记处登记的权利的第三方查询人在该登记处查询即可，无须在担保权普通登记处查询。

9. 如果第三方查询人为了充分评估其权利，需要在两个登记处查询，鉴于这两个登记处制度不同，他们在担保权普通登记处需要按 A 的名称查询，而在专利登记处需要按专利识别号码查询（除非登记处有两种索引，一种按设保人名称编制，一种按资产名称编制）。如果没有双重索引，上述困难只有一种解决办法，即不同系统中的登记规则互相协调，使有关的知识产权登记处的登记能够以电子方式发送给设保人所在地的担保权登记处，并按设保人名称或其他标识列入索引。进行这种传送的必要条件是，登记人或知识产权登记处的工作人员登记的通知也可在担保权普通登记处登记。

10. 虽然规定在专门的知识产权登记处登记的担保权享有优先权，但这并不意味着在担保权普通登记处的登记毫无价值，因为担保权仍可凭这种登记优先于其他债权人（例如设保人破产时的破产管理人和其他仅在担保权普通登记处登记的有担保债权人）。此外，某些类型知识产权的担保权可能不可在知识产权登记处登记，在这种情形下，在担保权普通登记处登记便是唯一的选择办法。

11. 前几段中的讨论所依据的假设是，登记处位于同一国家。如果登记处位于不同国家，便会产生另外的适用法问题，这将在下文讨论（见下文第十章）。

C. 不可在知识产权登记处登记的知识产权担保权的第三人效力

12. 根据《指南》，不可在知识产权登记处登记的知识产权上的担保权可通过在担保权普通登记处登记通知而取得对抗第三人的效力。如果知识产权担保权可在知识产权登记处登记但实际上并未登记，或者在知识产权登记处登记无法产生第三人效力，也适用上述规则。在上述所有情形下，在担保权普通登记处登记通知即可，登记的效果是使担保权取得对抗第三人的效力（见建议 29、32-33 和 38）。《指南》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设立这种登记处以允许登记知识产权担保权。《指南》也不建议目前不允许在知识产权登记处登记担保权的国家修订本国法律以允许进行这类登记。当然，颁布《指南》建议的国家似宜考虑允许在现有的知识产权登记处登记担保权。

13. 各国对于根据知识产权法进行登记的问题采取了多种不同办法。在一些国家，通常是担保交易法源自非占有式质押概念的国家，没有普通登记制度意味着担保权无法根据担保交易法取得对抗第三人的效力，而且，由于质押不属于转让，因此也不可在知识产权登记处登记。在另一些国家，通常是担保交易法采用抵押概念的国家，担保权作为另一类“所有权”转让处理，因此与可在知识产权登记处登记的其他任何所有权转让具有相同的对抗第三人的效力。因此，在这些国家，任何不以所有权为基础的担保权都不可在知识产权登记处登记。少数几个国家还规定了补充要求。其中通常包括缴纳印花税或其他交易税，或要求向全国著作人协会或收款协会等行政管理机构发送通知。

14. 如果根据知识产权法，知识产权担保权不可在知识产权登记处登记，则《指南》规定，有担保债权人可在担保权普通登记处登记其担保权的通知（见建议 38）。不过，如果根据知识产权法，为担保目的进行的知识产权转让或知识产权的抵押或质押可在知识产权登记处登记，而且可通过这种登记取得优先权，则有担保债权人必须取得这种不一样的“担保权”并在知识产权登记处进行登记。颁布《指南》建议的国家似宜考虑将本国的担保交易法和知识产权法统一起来，以统一的担保权概念代替现行的所有担保手段。

五. 登记制度

[工作组注意：第 14-30 段见 A/CN.9/WG.VI/WP.33 号文件第 149-161 段，及 A/CN.9/649 号文件第 32-40 段。]

A. 担保权普通登记处

15. 如前所述，《指南》建议各国设立担保权普通登记处（见建议 54-75）。一般来说，《指南》中登记制度的目的是使现有或未来资产担保权取得对抗第三人效力提供一个高效的办法，以便为以登记时间为依据的优先权规则提供有效的参照标准，并为处理设保人资产的第三人提供客观的信息来源，使其了解该资产是否为担保资产。根据这一办法，完成登记的方式是登记通知而非担保协议或其他文件（见建议 54(b)项）。通知仅需提供关于担保权的基本信息（见建议 57）。

16. 《指南》为确定担保权设保人的身份（无论是个人还是法人）规定了明确的规则。这是因为，通知是按设保人的名称或某一其他可靠标识编入索引并可供查询人检索的（见建议 54(h)项，及第 58-63 段）。《指南》还提出了一些简化登记处的运作和应用的建议。

B. 特定资产知识产权登记处

17. 如上所述，许多国家设有记录知识产权转让的登记处。其中一些登记处也可以登记担保权。例如，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担保权。此外，在某些国家，（无论是担保权还是其他权利的）通知登记不产生第三人效力。最后一点，若干国家为著作权设有类似的登记处，但这种做法并不普遍。

18. 一些国家设有登记通知的知识产权登记处，但大多采用记录行为制或“文件登记”制。在这些制度下，必须记录完整的转让文书，或者，在某些情形下，记录阐述基本转让条款的备忘录。除了国家登记处外，还有若干国际知识产权登记处，在这些登记处的登记必须服从登记程序简化的较为现代化的条约。例如，《商标法条约》（1994 年）第 10 和 11 条、《新加坡商标法条约》和这两项条约所附的国际登记示范表格都简化了商标登记要求。要求登记转让文件或阐述基本转让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确切权利，以便为查询者提供有效的通知，并使资

产得到高效使用。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（知识产权权利持有人）标识编制登记索引。这是因为，重点在于知识产权本身，而知识产权可能有多个合作发明人或合著人，而且在进行转让时可能会发生多次所有权变更。

[工作组注意：工作组似宜审议，是否应当就国际知识产权登记处及其对知识产权担保权登记的效用进行更为详细的讨论。如能更好地利用国际知识产权登记处可能会有助于实现跨国界知识产权担保权统一登记制度。]

C. 登记处之间的协调

19. 由于登记处之间的协调问题可能影响到知识产权法，《指南》述及这一问题时一般以知识产权法和适当的优先权规则为准。因此，《指南》没有也绝对无意述及是否可能在知识产权登记处登记的问题，以及这类登记的要求和结果。即使知识产权登记处并不登记担保权，或者可以登记担保权但不产生第三人效力，《指南》也不提出相反建议。不过，《指南》确实就知识产权担保权在担保权普通登记处的登记提出了一些建议。因此，如果知识产权法述及了担保权在知识产权登记处登记的结果，《指南》便服从该法律（建议 4(b)项）。相反，如果知识产权法并未述及这些问题，则适用《指南》。此外，如上所述，《指南》利用适当的优先权规则确保了登记处之间的协调。这样，即使《指南》允许在担保权普通登记处登记，在所有情形下，为了维护知识产权（及其他专门）登记处的可靠性，特别是在知识产权法未规定确定这类登记之间优先顺序的规则时，《指南》规定，在有关的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(a)项）。出于同样的原因，《指南》规定，原则上知识产权受让人取得的知识产权不附带先前设定的担保权，除非该担保权已在知识产权登记处登记（假设有关的知识产权法规定可在这类登记处登记担保权）（见建议 78 和 79）。

20. 颁布《指南》建议的国家似宜考虑旨在使本国现有的知识产权登记处同《指南》提出的担保权普通登记处相协调的其他办法。例如，各国似宜考虑要求将在知识产权登记处的登记的相关通知发送给担保权普通登记处（反之亦然）。当然，在电子系统中如此发送通知可能比在纸面系统中更加容易、简便和快捷。

D. 未来知识产权担保权通知的登记

21. 《指南》所建议的担保权普通登记处的一个基本特色是，它可适用于设保人的未来资产。也就是说，担保权可涵盖设保人后来生产或购置的资产（见建议 17）。通知还可涵盖笼统描述的资产（见建议 66）。这样，如果担保权涵盖现有或未来的全部库存品，通知便可如此指明这类库存品。由于优先顺序是按照登记日期确定的，出贷人可保持其在未来库存品上的优先地位。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在列入借款基础的新资产上可以保有优先地位。

22. 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资产上的权利。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，因此知识产权登记处只有首先登记知识产权之后，才能对其转让和其担保权进行有效登记。也就是说，知识产权登记处对未来知识产权担保权的总括记录无效，每次获一项新的知识产权，就必须作一次新的记录。

23. 如果根据知识产权法的规定，不得获取、转让或抵押未在知识产权登记处实际登记的知识产权，则《指南》不干涉这一禁止规定，也不会允许设定这类未来知识产权担保权。但是，如果知识产权法不禁止设定未来知识产权担保权，便可根据《指南》设定这类资产的担保权并使之具有对抗第三人的效力。颁布《指南》建议的国家似宜考虑审查本国有关知识产权的法律，以确定担保权通知是否可提及未来知识产权。

E. 双重登记或查询

24. 如上所述，《指南》将担保权在知识产权登记处的登记细节问题留给知识产权法处理，并明确规定，按照担保交易法，在知识产权登记处登记的权利优先。另如上所述，也就是说，《指南》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，仅在担保权普通登记处登记对于担保交易来说似乎是必要而有益的：(a)担保资产属于知识产权法所规定的无须登记的知识产权类型（例如著作权或许多国家中的商业秘密）；(b)知识产权担保权不可在知识产权登记处登记；(c)有仅在担保权普通登记处登记的其他有担保债权人。另一方面，例如在下列情况下，在有关的知识产权登记处登记可能较好：(a)对于担保资产所属的资产类型，有登记制度规定可通过登记而具有第三人效力，且允许登记担保权（例如许多国家中的专利或商标）；或者(b)有担保债权人需要确保优先于其他有担保债权人或适用的知识产权法所规定的受让人。

25. 在达成担保交易之前，行使一般应有的谨慎的有担保债权人通常会进行查询，以确定是否有优先于拟设定的担保权的在先的竞合求偿人。第一步，有担保债权人会查询所有权链，以确定以往进行的转让并确定设保人实际上是否对知识产权享有权利，从而使担保权能够在第一时间取得效力（但这一应有的谨慎要求同样适用于所有其他动产）。与知识产权登记处不同的是，担保权普通登记处不记录所有权，因此，查询所有权链时需要查询有关的知识产权登记处，如果有关的知识产权可以登记的话。第二步，有担保债权人将进行查询，以确定所有权链上每个在先的当事人是否已经设定了可能比拟设定的担保权优先的担保权。最后，有担保债权人将确定在两个登记制度之一登记的权利之间可适用的优先顺序。如果像《指南》规定的那样，优先顺序仅仅取决于在相关知识产权登记处的登记，或许仅查询该登记处即可。否则（例如，如果专门登记处不允许登记担保权），有担保债权人可能不得不在两个登记处查询。

F. 登记效力的时间

26. 根据许多国家法域的专利和商标法，已登记的担保权或其他权利的优先权追溯至申请登记的日期（如果登记处实际登记专利或商标需要时间，如此规定

是有益的)。根据《指南》，通知中的信息输入登记处的记录并可为查询者查询时，担保权通知登记便即生效（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，如果登记处是纸面操作，通知登记要过一段时间才能生效。

27. 鉴于《指南》规定在专门登记处登记的担保权享有优先权，而不论登记时间先后（见建议 77 和 78），在登记效力的时间方面采取的这种方法虽有不同，但不会造成任何问题。如果专利法或商标法规定专利或商标上的担保权在专门登记处登记后便具有对抗第三人的效力，则该担保权便优先于较早在担保权登记处登记的担保权。

G. 担保知识产权的转让对登记效力的影响

28. 《指南》建议，担保交易法应当述及担保资产的转让对于法律所规定的在担保权普通登记处登记的效力所产生的影响这一问题（见建议 65）。建议 65 的评注讨论了颁布国解决这一问题似宜采取的三种办法。一种办法是规定，如果担保资产进行转让，有担保债权人必须登记一项修正，指明在转让后某一特定时期受让人为新的设保人。如果有担保债权人没有这样做，原则上仍保留原始第三人效力。但是，如果在转让担保资产之后、登记修正的通知之前产生了有担保债权人和买受人的权利，则上述担保权居于介入的有担保债权人和买受人之后。颁布国解决这一问题似宜采取的第二种办法是，规定登记修正的宽限期从有担保债权人实际知悉设保人转让担保资产之时起算。第三种办法是，规定担保资产的转让不影响已登记的担保权的第三人效力。

29. 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再次登记其担保权通知。但是，位于所有权链下游的受让人可能无法通过在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，他们仍然必须在担保权普通登记处之外查询所有权链和担保资产的状况。而另一方面，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新通知，指明受让人为新的设保人。在这类情形下，有担保债权人有责任监督担保资产的状况（责任轻重不同，视采取第一种还是第二种办法而定）。但与此同时，所有权链下游的受让人将能够发现其直接转让人之外的人设定的担保权。

30. 上述讨论关系到在担保知识产权转让情况下的知识产权担保权。《指南》颁布国将不得不审议这些不同方法的相对优缺点，特别是其对知识产权上权利的影响。例如，按照上述第一种办法，以一部电影的全部著作权为抵押发放信贷的有担保债权人需要不断针对一层又一层的使用人和分许可权被许可使用人进行登记（如果可适用的著作权法将可登记的许可视为转让），以维持相对于这些人及其有担保债权人的优先权。对此类出贷人来说是一个沉重的负担，可能会阻碍以这类资产为抵押的信贷。而另一方面，这种办法可使分许可权被许可使用人的出贷人更容易地查到设保人设定的担保权，只要按设保人查询即可。在此，所权衡的一方面是“上游”当事人的出贷人花费的监督和多次登记费用，另一方面是在整个所有权链上对“下游”当事人所设定的担保权进行搜寻的费用。在这方面，应当指出，根据知识产权法，通常先前的转让或

担保权保留其相对于后来的转让或担保权的优先地位，而无须以担保资产受让人的名义再作登记。

H. 商标担保权的登记

31. 国际商标协会针对商标担保权的登记问题发布了一系列建议。¹更确切地说，国际商标协会赞同在商标担保权的登记机制和方法方面进行统一并采用最佳做法，因其认识到：包括商标和服务标记在内的知识产权在商业信贷交易中是一个重要而不断增长的要素；商标担保权记录不一致会加剧商业上的不确定性，商标所有人可能因此而失去其与商标有关的权利或其此类权利受到危害；许多国家没有商标担保权登记的记录机制（或记录机制不完善）；许多国家适用不同且相互矛盾的标准来确定可能且将会记录的内容；贸易法委员会等组织在知识产权上的担保权方面采取的国际举措将对解决商标担保权的登记和其他问题时执行担保融资法的方式产生广泛的影响，特别是在发展中国家。

32. 此类最佳做法的主要特征如下：

- (a) 已登记商标的担保权和正在处理的申请所涵盖的标识的担保权应当可以登记；
- (b) 为了发出担保权通知，建议在有关的国家商标局或任何有关的商业登记处登记，并可供公众免费查阅，最好可通过电子方式查阅；
- (c) 在商标上设定担保权不应导致转让对附带担保权的商标的普通法所有权或衡平法所有权，而且不应当给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地方法律可接受的条款，使有担保债权人在有必要保留商标登记的情况下能够延续商标的期限；
- (e) 为担保权目的评价商标的方式应当适当，并得到地方法律允许，没有首选的或建议使用的特定评价制度或方法；
- (f) 在当地商标局进行的担保权登记应当足以确立商标上的担保权；同时，当地法律若允许在商业登记处等其他任何地点登记担保权，该登记也应当足以确立担保权；
- (g) 如果地方法律要求担保权必须在当地商标局以外的一个地点（如商业登记处）登记才能确立，则不应当禁止担保权进行双重登记；
- (h) 担保权登记的手续和政府的任何收费金额应当保持在最低水平；只要提交文件证明以下事项便可确立担保权：(一)存在担保权，(二)有关当事人，(三)申请和（或）登记编号所涉商标，(四)简述担保权的性质，(五)担保权的有效日期；
- (i) 无论程序如何，在判决、行政决定或其他触发事件之后，通过取消赎回权强制执行担保权的程序不应过于繁琐；

¹ 见 http://www.inta.org/index.php?option=com_content&task=view&id=1517&Itemid。

(j) 有关的商标局应当立即记录针对其记录的任何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；提交判决或裁决的核证副本即可；

(k) 如果强制执行是通过判决或行政裁决以外的手段开始的，当地法律应当规定简单的机制，使担保权持有人能够实现登记，并可供公众免费查阅，最好可以电子方式查阅；

(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，若无具体的合同规定，应当允许担保权持有人（或管理人或执行人，视情况而定）保留商标，但条件是不赋予有担保债权人商标使用权；

(m) 有关的政府机关或办公室应当立即记录所提交的反映其记录中的担保权解除的文件，并可供公众免费查阅，最好可以电子方式查阅。

六. 知识产权担保权的优先权

[工作组注意：第 31-62 段见 A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1 号文件第 1-25 段及 A/CN.9/649 号文件第 41-56 段。]

A. 优先权的概念

33. 根据《指南》，优先权的概念系指在债务人违约的情形下竞合求偿人中哪一个可以首先从担保资产处分所得中得到偿付。相比之下，在知识产权法中，优先权的概念可能涉及所有权和基本效力这两个概念。在许多国家，如果权利持有人将知识产权转让一次，则前权利持有人不会向第二个受让人作第二次转让。在这种情形下，不会出现《指南》中的优先权意义上的优先权问题。因此，《指南》不适用，这一问题将留给知识产权法处理。根据知识产权法，未经授权的当事人不能设定知识产权担保权。同样，根据《指南》，对资产不享有权利或无权抵押资产的当事人不可在该资产上设定担保权（见建议 13）。

B. 竞合求偿人的身份识别

34. 在担保融资中，“竞合求偿人”的概念系指有担保债权人（根据《指南》，其中包括以担保方式进行的转让中的受让人）、担保资产的受让人、判决胜诉债权人或设保人破产程序中的破产管理人。而在知识产权领域，使用的是“相互冲突的受让人”这一概念，其中包括相互竞争或与侵害人竞争的受让人和被许可使用人。这样，根据建议 4(b)项所阐述的原则，《指南》不适用于受让人或被许可使用人之间的冲突，除非其中一个受让人是依据担保交易法通过以担保方式进行的知识产权转让而取得其权利，而且知识产权法没有规定适用于该冲突的优先权规则。同样，《指南》不适用于在违约和强制执行时有担保债权人处取得资产的担保资产受让人和后来从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，因为根据《指南》，这不是真正的优先权冲突（这种冲突很可能由知识产权法处理）。

35. 另一方面，《指南》确实适用于以下权利之间的优先权冲突：(a)在担保权普通登记处登记的担保权和在有关的知识产权登记处登记的担保权（假设知识产权法规定担保权可在这类登记处登记）；(b)在有关的知识产权登记处登记的两项担保权（假设知识产权法规定担保权可在这类登记处登记）；(c)受让人或被许可使用人的权利和担保权；(d)在担保权普通登记处登记的两项担保权。

C. 对在先转让或担保权知悉的重要性

36. 根据《指南》，竞合求偿人是否知悉存在在先的担保权对于确定优先顺序无关紧要（见建议 93）。这样，如果债权人知悉早先设定的担保权，其担保权可能仍优先于早先设定的担保权，只要其担保权的通知是在早先设定的担保权之前登记（或以其他方式取得对抗第三人效力）的。相比之下，许多知识产权法规定，在后进行的冲突性转让或取得的担保权只有首先登记而且不知道在先的冲突性转让，才能享有优先权。根据建议 4(b)项服从于知识产权法时，应当保留这些以知悉为基础的优先权规则。但《指南》颁布国似宜审议，对于担保权和竞合求偿人（即有担保债权人、受让人或其他求偿人）的权利之间的优先权冲突，是否应保留这种以知悉为基础的优先权规则的基本政策。

D. 在知识产权登记处登记的担保权的优先权

37. 《指南》建议，在专门登记处（包括知识产权登记处，如果知识产权法规定担保权可在这类登记处登记的话）登记的担保权应当优先于在担保权普通登记处登记的担保权，无论其在登记处的登记孰先孰后（见建议 77 和 78）。该建议同样适用于知识产权担保权。

38. 更具体地说，如果两项担保权之间存在冲突，其中一项在担保权普通登记处登记，而另一项在有关的知识产权登记处登记，则《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，则先登记的权利优先，《指南》也认可这一结果（见建议 77(b)项）。

[工作组注意：工作组似宜审议，以法规为准的原则是否适用于关于知识产权的另一种优先权规则。例如，如果以事先知悉为基础的优先权规则要取代《指南》中以登记为基础的规则，《指南》中确保担保权透明度的政策就可能受到严重损害。如果没有在知识产权登记处的登记，似乎便不会出现知识产权独有的问题，因而应当适用《指南》。]

39. 如果担保权可在知识产权登记处登记但没有登记，《指南》中关于优先权的建议将适用于该未登记的担保权和在担保权普通登记处登记的担保权之间的优先权冲突。但是，如果知识产权法规定，任何此类权利均不具有对抗在知识产权登记处登记了权利的在后的受让人或被许可使用人的效力，则适用知识产权登记处的优先权规则。

40. 如果知识产权受让人的权利和在转让时已在有关的知识产权登记处登记的担保权之间发生优先权冲突，则受让人取得担保知识产权时附带担保权。不

过，如果有担保债权人未在有关的知识产权登记处登记担保权，则受让人取得担保知识产权时不附带担保权（见建议 78 和 79）。这样，如果 A 在一项专利上为 B 设定担保权，而 B 在担保权普通登记处进行了登记，后来 A 将该专利的所有权转让给 C，C 在专利登记处进行了登记，则根据《指南》，C 取得专利时不附带担保权，因为该担保权未在专利登记处登记（见建议 78）。同样，如果 A 未作转让，而是为 C 设定了另一项担保权，而只有 C 在专利登记处进行了登记，则根据《指南》，C 优先（见建议 77(a)项）。在上述每种情形下，在专利登记处的登记产生较优先的权利，因此根据《指南》，第三方查询人可依赖在该登记处的查询，而无需在担保权普通登记处查询。在上述所有例子中，哪一方为受让人以及对转让有何要求均为知识产权法处理的问题。还应当指出，在知识产权登记处进行的登记通常仅涉及知识产权担保权，而不涉及使用了知识产权的有形资产的担保权。

E. 不可在知识产权登记处登记的担保权的优先权

41. 如果知识产权担保权不可在知识产权登记处登记，原则上该权利的优先权取决于该权利的相关通知在担保权普通登记处登记的时间顺序（见建议 4(b)项和 77）。不过，如果严格按照知识产权法出现了相反的优先权规则（不是一国当前适用于知识产权的相反规则，而是财产法或债务法的一般问题），则以该相反的规则为准。

42. 原则上说，后来的受让人或被许可使用人取得担保知识产权时附带担保权（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知识产权，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“谁亦不能以己所无予人”的财产法规则，这一规则的适用不受《指南》的影响）。

F. 担保知识产权的受让人的权利

43. 如上所述，根据《指南》，担保资产（包括知识产权）的受让人取得资产时通常附带转让时具有对抗第三人效力的担保权（见建议 79）。这一规则有两种例外情况。第一种例外情况是，有担保债权人授权进行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转让人正常营业过程中的转让（见建议 81(a)项）。必须指出，根据《指南》，知识产权许可不属于知识产权转让。因此，《指南》中适用于担保资产转让的规则不适用于已有知识产权担保权后又发放了该知识产权使用许可的情形。无论如何，鉴于建议 4(b)项所体现的以知识产权法为准的原则，《指南》并不影响知识产权法规定的许可（特别是作为转让的排他性许可）的特征。

G. 一般被许可使用人的权利

44. 知识产权一般都是许可使用的，许可权人所保留的权利，例如所有权权利或收取使用费的权利以及被许可使用人根据许可协议条款使用知识产权的权利，都可用作信贷担保。

45. 如果知识产权持有人设定一担保权并使之具有对抗第三人的效力，然后发放了使用许可证，原则上说，被许可使用人取得许可时附带许可权人设定的担保权（见建议 79）。也就是说，如果许可权人在贷款上违约，出借人寻求强制执行其在被许可使用人应付许可权人的使用费上的担保权，则出借人可向被许可使用人收取使用费（另见建议 168），因为许可使用费是作为任何其他应收款处理的。另外，如果没有协议，也不适用对某些正常经营过程许可的例外情况，则根据知识产权法的规定，许可权人的有担保债权人通常有权终止后来发放的许可。

46. 如果被许可使用人也设定了担保权，则该担保权为另一资产（许可协议所规定的被许可使用人的权利）上的担保权，而且实际上附带许可权人设定的担保权，因为被许可使用人取得权利时附带该担保权（见建议 79），而且被许可使用人给予其有担保债权人的权利不能超过其享有的权利（根据“谁亦不能以己所无予人”的原则）。因此，如果许可权人的出借人强制执行其担保权，便可处分担保知识产权而不附带许可。这样，许可将告终止，被许可使用人的出借人也不再设有其担保权的资产。同样，无论许可权人是否已经为其债权人之一设定了担保权，如果被许可使用人违反了许可协议，许可权人可终止协议，被许可使用人的有担保债权人也将失去设有其担保权的资产。

47. 许可权人和被许可使用人根据许可协议和有关的知识产权法所享有的权利不受担保交易法的影响。因此，如果被许可使用人违反了许可协议，许可权人可终止协议，被许可使用人的有担保债权人也将失去担保。同样，担保交易法也不影响许可权人和被许可使用人之间的下述协议：禁止被许可使用人发放许可或转让其向分许可权人收取使用费的权利。

48. 担保知识产权的被许可使用人取得许可时附带既有的担保权，这一规则有两种例外情况。第一种例外情况是，有担保债权人发放许可时不附带担保权（见建议 80(b)项）。第二种例外情况涉及许可权人正常经营过程中的非排他性许可（见建议 81(c)项和下文第 49-55 段）。

H. 正常经营过程中非排他性被许可使用人的权利

49. 根据建议 81(c)项，在许可权人正常经营过程中取得许可且不知道该许可违反了担保权的非排他性被许可使用人在取得许可时不附带许可权人先前设定的担保权。这一规则的结果是，如果许可权人的有担保债权人强制执行担保权，该有担保债权人可收取任何使用费，但只要被许可使用人履行许可协议中的条款，就不能终止许可。

50. 这一规则仅适用于下述情形：权利持有人既未授权也未禁止许可权人发放许可。换言之，有担保债权人和许可权人之间的合同安排如果既未授权也未禁止所有人/许可权人发放许可，便不产生第三人效力。如果权利持有人授权发放许可，则适用建议 80(b)项。如果权利持有人禁止发放许可，则《指南》不干涉这类禁止规定，有担保债权人可终止许可。享有知识产权担保权的有担保债权人是不是上述权利持有人，取决于知识产权法的规定。

51. “不附带”一语的意思不是非排他性被许可使用人得到“不受约束”的许可。在有担保债权人取消许可权人的赎回权后，非排他性被许可使用人只有遵守所有许可条款（包括向在强制执行担保权的变卖中取得许可权人权利的人支付许可使用费），才可继续使用许可。这样，被许可使用人的所有义务保持不变，许可权人的后继人可因被许可使用人不履约而终止许可协议。

52. 许可权人的有担保债权人如果不想鼓励签发非排他性许可，可在其担保协议中（或其他地方）要求借款人（许可权人）在所有非排他性许可中规定，如果许可权人的有担保债权人强制执行其担保权，该许可将终止。同样，许可权人如果不希望被许可使用人转授许可，可在许可协议中规定，被许可使用人转授许可即为违反许可协议，许可权人将有权终止许可。《指南》不干涉这类条款在有担保债权人及其借款人之间（或许可权人及其被许可使用人之间）的强制执行。当然，一般说来，有担保债权人这样做并无益处，因为许可权人（及其任何被许可使用人）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借款人用根据这些许可协议支付的费用偿还附担保债务。

53. 建议 81(c)项中的例外规定只有在下述情形下适用：(a)作为权利持有人的有担保债权人未授权其借款人发放许可（在这一情形下适用建议 80(b)项）；(b)作为权利持有人的有担保债权人未禁止借款人发放非排他性许可（如果有担保债权人禁止，则该许可将在有担保债权人强制执行时终止）。无论如何，如果权利持有人（借款人或其有担保债权人）未授权发放许可，被许可使用人在取得担保知识产权时都会附带许可权人的有担保债权人的担保权。因此，虽然建议 81(c)项规定了上述有限情形下的某些权利，但这并不是发放未经授权的许可或强制许可的正当理由。

54. 依据知识产权法可能会得到有些类似的结果。通常情况是，有担保债权人在担保协议中授权许可权人发放许可。如果担保协议对这一点不作规定，但依据知识产权法，担保知识产权的权利持有人仍为许可权人而非有担保债权人，则权利持有人通常也有权发放许可。由于这是通行做法，多数情形下会授权发放许可。这样，按照典型的知识产权法优先顺序规则，有担保债权人取得知识产权担保权时附带这些经授权发放的许可。但在某些情形下，有担保债权人成为知识产权法中的权利持有人。在这种情形下，如果借款人未经有担保债权人授权而发放许可（或分许可），该许可就是无授权且违法的。《指南》不干涉这一结果。

55. 为了反映上述理解，可用一项特定资产建议对建议 81(c)项加以补充，行文如下：

“法律应当规定，建议 81(c)项只有在下述情形下才适用于知识产权担保权：(a)有担保债权人作为知识产权法下的权利持有人未授权其借款人发放许可（在这种情形下适用建议 80(b)项）；(b)有担保债权人未禁止借款人发放非排他性许可（但如果有担保债权人作为权利持有人禁止借款人发放这种许可，则该许可将在有担保债权人强制执行时终止）。”

[工作组注意：工作组还似宜审议另一种措词，行文如下：

“法律应当规定，知识产权许可不适用建议 81(c)项，这一事项由担保协议处理。如果担保协议不涉及该事项，应当假定有担保债权人已经授权发放许可，在这种情形下，适用建议 80(b)项中的规则。”

据认为，在知识产权领域，有许多情形是根据非排他性许可使用知识产权，而且一般知道先前可能设定了担保权，该担保权在许可期限内继续有效并保持优先权。其中包括电影展映许可、专利许可、专营许可等等。在许多情形下，这些许可规定在一段时间内连续支付使用费，因此被许可使用人的信用和履约对于许可权人及其有担保出贷人都很重要。在这种情形下，出贷人可能允许发放许可，并在发生违约和针对许可权人强制执行时放心地允许许可继续有效，在这种情形下，建议 81(c)项便没有必要了。但在另一些情形下，出贷人可能希望有权在许可权人违约时终止许可，除非被许可使用人以谈判方式取得另一协议，在这种情形下，建议 81(c)项便会使一般的商业期望落空，并有可能妨碍在这方面发放担保信贷。

换言之，据认为，“正常营业过程”中的许可这一概念在知识产权法中没有先例，因此很难区分“正常营业过程”中的许可和“非正常营业过程”中的许可。的确，大多数知识产权都通过发放许可来赚取价值，因此从某种意义上说，所有许可都可被视为“正常经营过程”中的许可。而另一方面，许多许可是经过了特别谈判的（电影许可、专营许可），所以在另一种意义上，没有哪一种许可是“正常经营过程”中的许可。此外，许多许可都可“混同”，因为其中既有排他性发放也有非排他性发放。例如，就专利许可而言，通常的做法是发放有特定期限或履约标准的排他性许可，另外发放非排他性许可。就著作权而言，通常的做法是对某些权利发放排他性许可（例如发行权），对其他权利发放非排他性许可（例如制作广告品的权利）。因此，据认为，“正常经营过程中的许可”这一概念若适用于知识产权便缺乏商业确定性，使用这一概念不利于鼓励这一领域的担保信贷。

有人提出，目前的知识产权法已经适当解决了这一问题，即由当事人在担保协议中决定。在某些情形下，有担保债权人可能希望设保人发放许可，也可能允许所有许可或满足某些标准的许可“不附带”担保权。另一种情形是，有担保债权人可能要求许可必须事先得到批准。在上述两种情形下，被许可使用人一般的商业期望应当是以适当而应有的谨慎确定其许可是“不附带”先前设定的担保权（即在强制执行先前的担保权时，许可仍继续有效），还是“附带”先前设定的担保权（即在违约和强制执行时，许可将终止，除非与有担保债权人作出其他安排）。]

I. 许可权人设定的担保权优先于被许可使用人设定的担保权

56. 如果许可权人为被许可使用人取得许可进行“融资”（即以未来的使用费分期付款偿还），则许可权人收取使用费付款的权利不因被许可使用人在按照任何分许可协议应收的任何费用上设定的担保权而受到影响。但是，如果被许可使用人对其有担保债权人违约，这些有担保债权人可能试图自行收取分许可

权使用费，这种担保权便可能影响到被许可使用人偿付许可权人的能力。但对于这种情况，许可权人有很多自我保护办法。

57. 许可权人可通过以下办法保护自己的权利：(a)禁止被许可使用人转让或抵押其根据分许可协议向分许可权被许可使用人收取使用费的权利；或(b)在被许可使用人转让其向分许可权被许可使用人收取使用费的权利时终止许可。如果知识产权法和债务法规定这些条款有效，《指南》便不干涉。

58. 此外，许可权人还可在被许可使用人向分许可权被许可使用人收取使用费的权利上取得担保权。但许可权人担保权的优先权将服从于一般的优先顺序规则。也就是说，如果 A 的有担保债权人在 A 的现有和未来全部资产上享有担保权，并在第 1 天登记了其担保权通知，第 2 天 A 和 B 签订许可协议，B 为许可权人，A 为被许可使用人，而 B 的有担保债权人在第 3 天登记了其担保权通知，则 A 的有担保债权人优先于 B 的有担保债权人。

59. 如果担保资产是使用了知识产权的有形资产，有担保债权人可获得购置款担保权。但是，如先前所讨论的（见 A/CN.9/WG.VI/WP.35，第 91-94 段），这一权利设在有形资产而非知识产权上。购置款有担保债权人照原状处分担保资产（即包括知识产权）的权利作为强制执行问题处理，而且，如下文所讨论的，前提条件是用于特定有形担保资产的知识产权的权利持有人的权利穷竭，或权利持有人授权有担保债权人照原状处分担保资产（见下文第 81-84 段）。

J. 知识产权担保权相对于判决胜诉债权人权利的优先权

60. 根据《指南》，在判决胜诉债权人取得担保资产上的权利之前便具有对抗第三人效力的担保权优先于判决胜诉的权利。但是，如果无担保债权人取得了针对设保人的判决并在担保权具有对抗第三人效力之前按照管辖判决的强制执行的法律采取必要步骤，取得担保资产上的权利，则判决胜诉债权人的权利优先（见建议 84）。这一建议同样适用于知识产权担保权。在这种情形下，根据知识产权法，判决胜诉债权人必须获得知识产权转让，并在知识产权登记处进行登记。如果这一转让是在担保权取得对抗第三人效力之前进行的，根据《指南》所建议的法律和知识产权法，担保知识产权的受让人将取得担保知识产权而不附带担保权（另见建议 79）。

K. 排序居次

61. 《指南》承认排序居次原则（见建议 94）。该原则同样适用于知识产权担保权。这一原则的基本内容是，只要不影响第三人的权利，竞合求偿人可通过协议改变其在担保资产上的竞合求偿权的优先顺序。这对知识产权非常重要，因为权利持有人、许可权人或被许可使用人的权利是可分割的。

七. 知识产权所涉担保协议当事人的权利和义务

[工作组注意：第 63-64 段见 A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1 号文件第 26-30 段，及 A/CN.9/649 号文件第 57-59 段。]

A. 当事人意思自治原则的适用

62. 除少数例外情况之外，《指南》一般承认担保协议的当事人可自由调整其协议以满足其实际需要（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，但须遵守知识产权法特别规定的任何限制。例如，如果知识产权法规定只有权利持有人才可行使、转让或抵押该权利，则权利持有人的权利抵押时，抵押资产可能不包括起诉侵害人的权利。

B. 有担保债权人追究侵害人责任或续展登记的权利

63. 根据担保交易法，有担保债权人应当能够与权利持有人约定，有担保债权人将有权追究侵害人的责任并续展登记，条件是知识产权法允许这样做。否则，如果担保知识产权的权利持有人无法及时行使这一权利，担保资产可能会失去其价值。这一结果可能会对使用知识产权为信贷担保造成负面影响。这一办法不会干涉到权利持有人的权利，因为必须经过权利持有人的同意。同样，如果不允许进行这类约定，这一办法也不会干扰知识产权法。当然，颁布《指南》建议的国家似宜审议其知识产权法，以确定是否应当允许进行这类约定，因为这可能有利于使用知识产权为信贷担保。

[工作组注意：工作组似宜审议以下专门针对知识产权的建议：

“法律应当规定，[除非知识产权法禁止，]设保人和有担保债权人可约定哪个人可追究侵害人的责任或续展担保知识产权的登记。

法律应当规定，[除非知识产权法禁止，]如果权利持有人未能及时行使追究侵害人责任和续展登记的权利，有担保债权人应当有权追究侵害人的责任并续展登记。”

工作组似宜考虑，括号内的文字没有必要，因为：(a)建议 4(b)项规定，对于任何事项，如果《指南》的处理办法与知识产权法不一致，则以知识产权法为准；(b)建议 18 已经述及某些类型资产可转让性的法定限制。]

八. 知识产权融资交易中第三方承付人的权利和义务

[工作组注意：第 65 段见 A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1 号文件第 31-32 段，及 A/CN.9/649 号文件第 60 段。]

64. 凡许可权人转让其根据许可协议向被许可使用人收取使用费付款的债权的，被许可使用人（作为所转让应收款的债务人）是《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，若被许可使用

人转让其根据分许可协议向分许可权被许可使用人收取使用费付款的债权，则分许可权被许可使用人是《指南》所指的第三方承付人。

九. 知识产权担保权的强制执行

[工作组注意：第 66-90 段见 A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1 号文件第 33-44 段，及 A/CN.9/649 号文件第 61-73 段。]

A. 担保交易法和知识产权法的交集

65. 各国的知识产权法通常不为知识产权担保权规定具体的强制执行救济。其中的假设是，该国的一般担保交易法适用于知识产权担保权的强制执行。此外，一些国家的知识产权法实际上确实述及不同类型知识产权的担保权的强制执行，但仅仅是将现有的担保交易强制执行制度照搬到管辖知识产权的制度上。因此，颁布《指南》建议的国家通常只会以《指南》所建议的强制执行制度代替以往源自诸如民法和民事诉讼法、一般浮动和固定费用法、抵押法案或其他一般强制执行法的强制执行制度。

66. 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、著作权或商标），还适用于源自这些类型的知识产权的其他权利。这样，按照《联合国转让公约》，使用费和许可费等资产被当作应收款处理，并服从于《指南》所建议的应收款强制执行制度。同样，许可权人或分许可权人相对于被许可使用人或分许可权被许可使用人的其他合同权利也将由国家一般债务法管辖，对这些合同权利上的担保权的强制执行将以国家一般担保交易法为依据。而对被许可使用人或分许可权被许可使用人的使用权的处理方式与承租人或买受人的权利相同，并受国家的一般债务法管辖，但登记问题（如果知识产权法特别提及）除外。

67. 有时，国家会将关于知识产权担保权强制执行的特别程序控制办法纳入一般的专利、商标和著作权立法。此外，国家担保交易法的一般程序规范在针对知识产权的强制执行中可能被赋予特定的内容。因此，例如，如果担保资产是知识产权，可能要依据知识产权法和实务确定何为商业上合理的。这种商业合理性标准可能因国家而异，也因知识产权制度而异。《指南》承认这一程序上的特殊性，而且，知识产权法特有的任何程序规则对当事人规定的义务只要重于《指南》建议中的强制执行制度所规定的义务，便可根据建议 4(b)项规定的原则取代《指南》的一般建议。当然，如果这些程序规则和定义性规范是国家普通法律的一部分，颁布国便会以《指南》建议取而代之。

68. 至于有担保债权人的实质性强制执行权，一旦国家通过了《指南》建议，便没有理由制定另一种或不常见的救济原则来管辖针对作为担保资产的知识产权进行的强制执行。《指南》仅仅建议了一个较为高效、透明而有效的担保权强制执行制度，并未以任何方式限制知识产权的权利持有人为保护自己的权利不受侵害或向被许可使用人或分许可权被许可使用人收取使用费而可能行使的权利。如本附件关于担保权设定的一节所指出的（见 A/CN.9/WG.VI/WP.35，第

75 段），有担保债权人取得的设有担保的权利决不能超过设保人在强制执行发生时所具有的权利。

B. 不同类型知识产权的担保权的强制执行

69. 《指南》阐述了管辖强制执行不同类型担保资产的担保权的详细制度。其基本设想是，强制执行救济必须进行调整，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人的权利。《指南》的这一设想和方法应当平等适用于各种类别知识产权上担保权的强制执行。目前，大多数国家的法律承认与知识产权有关的多种权利，其中包括：

- (a) 知识产权本身；
- (b) 许可协议下产生的应收款；
- (c) 许可协议下许可权人的其他合同权利；
- (d) 许可协议下被许可使用人的权利；
- (e) 权利持有人、许可权人和被许可使用人在使用了知识产权的有形资产上的权利。

70. 《指南》所建议的强制执行制度适用于知识产权上的上述各种权利，将在下文各节中分别讨论。

C. “占有”担保知识产权

71. 如果担保资产是知识产权等无形资产，《指南》建议 146 和 147 所规定的有担保债权人占有担保资产的权利一般不适用。这两项建议仅涉及对有形资产的占有。不过，按照法外强制执行的一般原则，如果担保资产为知识产权，有担保债权人应当有权占有强制执行其担保权所必需的任何文件。这种权利通常是在担保协议中规定的。如果文件是担保知识产权的附属物，则债权人应当能够占有，无论担保协议是否特别提及这些文件为担保资产。

72. 可能有人认为，如果有担保债权人占有了利用知识产权生产的有形资产或包含一种芯片，芯片中含有使用知识产权编写的程序，那么该有担保债权人也占有了担保知识产权。事实并不是这样。必须明确区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）可能是应用专利等知识产权生产出来的，如果担保协议中没有特别措词声称抵押知识产权本身，那么债权人的担保便依赖于有形资产，而不是抵押用于制造该资产的知识产权。这样，例如，有担保债权人可占有光盘或数码影碟等有形资产，并可根据《指南》建议针对这些光盘行使其强制执行救济。如果有担保债权人还希望在知识产权本身上取得担保（其中包括出售权或许可使用权，如果设保人有权对知识产权进行出售或发放许可的话），有担保债权人便须在担保协议中特别提及这类知识产权为担保资产。

C. 担保知识产权的处分

73. 根据《指南》，在设保人违约时，有担保债权人有权对设有其担保权的知识产权进行处分或发放使用许可，但始终不能超出设保人的权利范围。因此，如果设保人为权利持有人，原则上担保债权人应当有权对设有其担保权的知识产权进行转让或许可使用。不过，如果设保人在此之前已经向第三人发放了排他性许可，而且该许可优先于担保权，则在发生违约时，有担保债权人不能发放另一项许可，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（谁亦不能以己所无予人）。

74. 在上述情形下，根据《指南》，强制执行的有担保债权人并没有获得担保强制执行所针对的知识产权。有担保债权人是以设保人的名义（通过转让、发放许可或转授许可）处分担保知识产权的。在强制执行的债权人进行处分时取得权利的受让人或被许可使用人（视情形而定）如果尚未在有关的登记处登记其权利通知（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权利持有人仍然是设保人。

E. 通过担保知识产权的处分获得的权利

75. 根据《指南》，通过司法处分取得的知识产权上的权利受法院判决的强制执行所适用的有关法律规定。如果是根据担保交易法的规定进行的司法外处分，首先要指出的一点是，受让人或被许可使用人的权利直接来自设保人。选择以这种方式强制执行其权利的有担保债权人不会由于这一强制执行程序而成为权利持有人。

76. 第二点是，受让人或被许可使用人只能取得实际设有强制执行的债权人担保权的权利。根据《指南》，受让人或被许可使用人取得知识产权时不附带强制执行的有担保债权人的担保权和任何其他排序居后的担保权，但附带任何排序居前的担保权。这一规则也适用于不按照担保交易法的规定进行的司法外处分，但条件是受让人或被许可使用人善意行事（见建议 161-163）。

77. 担保交易法的一个普遍原则是，强制执行的有担保债权人取得的是强制执行时的担保资产。这样，有形资产担保权延及该资产的附加物，而且可能会针对该附加物强制执行担保权（见建议 21 和 166）。为了确保担保权也涵盖从担保资产制造或生产出来的资产，担保协议通常明确规定，担保权延及生产出来的此类资产。如果担保资产为知识产权，则必须确定向受让人或被许可使用人处分的资产是否仅仅是担保权取得对抗第三人效力时存在的知识产权，或者该知识产权是否包括随后进行的任何改进（例如专利的改进）。通常，知识产权法将这类改进作为另外的资产而非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也在改进上设定担保权，那么在担保协议中对担保资产的描述方式便应当确保在改进上直接设定担保权。

F. 有担保债权人提出的接受担保知识产权的建议

78. 根据《指南》建议的强制执行制度。有担保债权人还有权向设保人建议接受设保人的权利以结清附担保债务。如果设保人是知识产权的权利持有人，有担保债权人本身可成为权利持有人，条件是设保人及其债权人未提出异议（见建议 156-159）。如果权利持有人许可被许可使用人使用其知识产权，而该人优先于强制执行的有担保债权人，按照谁亦不能以己所无予人的原则，当有担保债权人接受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权利持有人，其权利和义务便由相关的知识产权法规范。特别是，有担保债权人有义务在有关的知识产权登记处登记其作为权利持有人的权利（假设知识产权上的权利可以登记）。最后，为使附担保债务得到部分或全部偿还而接受担保知识产权的有担保债权人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. 收取使用费和许可费

79. 根据《指南》，如果担保资产是根据许可协议收取使用费或其他费用付款的权利，发生违约时，有担保债权人应当有权通过直接收取使用费和费用强制执行担保权，并通知应付使用费或费用的人（见建议 168）。在上述所有情形下，按照担保交易法，使用费为应收款，当事人的权利和义务由《联合国应收款转让公约》及其《指南》所述的关于应收款的原则管辖。再次说明，已经在专利和未来使用费付款上取得担保的有担保债权人有权强制执行的收取使用费付款的权利与设保人（许可权人）在应收款担保权强制执行时所享有的权利相同。

H. 许可权人的其他合同权利

80. 除了收取应收款的权利，许可权人通常会在其与被许可使用人的协议中列入若干其他合同权利。例如，其中可包括在许可协议中限制转授许可或禁止在许可上设定担保，或在一系列特定条件下终止许可协议的权利。如果许可权人可能已经在收取使用费的权利上设定担保权，这一收费权已经可强制执行，而且有担保债权人正在对之强制执行，仅有这些原因并不直接影响许可权人按照其许可协议或一般适用的知识产权法享有的上述其他权利。这些权利仍归许可权人所有，除非这些权利本身已经转让给第三人，或者正在强制执行担保权的有担保债权人从设保人处获得的担保权所涵盖的担保资产的描述中包含这些权利。

I. 与知识产权有关的有形资产上担保权的强制执行

81. 原则上说，除非是适用所谓的“穷竭原则”的情形，否则权利持有人有权控制（在其授权下）使用了知识产权的有形资产出售的方式和地点。也就是说，如果有关的知识产权尚未穷竭，则发生违约时，有担保债权人如果得到权

利持有人的授权，便应当有权处分资产。上述这两种情形都是假定担保协议并未抵押知识产权本身。

82. 对“穷竭原则”（通常称为“权利穷竭”或“首次销售原则”）没有普遍统一的理解，本附件提及这一原则并不是把它当作一个通用的概念，而是当作在每个颁布国实际理解的概念。即便如此，如果穷竭原则适用于知识产权法，则基本概念是，权利持有人第一次使用某些权利后便失去或“穷竭”这些权利。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出售后“穷竭”。这一规则用于免除转售人的侵权赔偿责任。但是，必须指出，这种保护的限度是，商品未经改动，与直接出自商标所有人的货物没有本质的区别。例如，根据某些国家的知识产权法，转售人不得去掉或改变商标所有人附在货物上的商标。

83. 如果有形资产是利用设保人获得许可使用的知识产权生产的，许可权人可能规定被许可使用人不得在这类资产上设定担保权，或者取得担保的债权人只能按许可权人所同意的方式强制执行其权利。在这两种情形下，许可权人通常在许可协议中规定，如果设保人或有担保债权人违反许可协议，可能会取消该许可。因此，为了有效强制执行其针对有形资产的担保权，有担保债权人需要按照许可协议和有关的知识产权法征得权利持有人/许可权人的同意。

84. 如果有担保债权人还希望在知识产权本身上取得担保（包括设保人享有的出售知识产权或发放知识产权使用许可的权利），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担保资产。在此，担保资产不是利用知识产权生产出来的有形资产，而是知识产权本身（或利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取得这类知识产权上的担保权，以便能够继续生产部分完成的有形资产。

J. 被许可使用人权利上担保权的强制执行

85. 在以上讨论中，假设担保权的设保人是有关知识产权的权利持有人。担保资产是知识产权本身、权利持有人/许可权人收取使用费和费用的权利，或者是权利持有人/许可权人强制执行与知识产权有关的其他合同条款的权利。只有在关于使用知识产权生产的有形资产上的担保的讨论中（I 节），权利持有人/许可权人的权利和被许可使用人的权利才是放在一起处理的。但是，C 节至 H 节中讨论的大多数问题对下述情形也很重要：担保资产不是知识产权本身，而是许可（或分许可）协议所产生的被许可使用人（或分许可权被许可使用人）的权利。如果担保资产只是一项许可，有担保债权人显然只能针对被许可使用人的权利强制执行其担保权，而且只能按照许可协议的条款强制执行。

86. 如果设保人为被许可使用人，在设保人违约时，有担保债权人便有权强制执行其在许可上的担保权，也有权将许可处分给受让人，但条件是许可权人同意，或该许可是可转让的，但这种情况很少见。同样，强制执行的债权人可转授许可，条件是许可权人同意或设保人/被许可使用人按照许可协议的条款有权转授许可。如果有担保债权人向设保人/被许可使用人提出接受许可，以使附担保债务得到全部或部分偿还，而且设保人和其他利益方（如许可权人）都没有

异议，则有担保债权人便按照被许可使用人和许可人之间的许可协议的条款取得许可。与在有担保债权人处分时取得知识产权的受让人或被许可使用人的情形一样，被许可使用人或为使附担保债务得到全部或部分偿还而接受许可的有担保债权人将有义务在有关的知识产权登记处登记其作为被许可使用人的权利，如果根据知识产权法有可能登记的话。否则，被许可使用人或担保债权人有义务根据《指南》所建议的法律在担保权普通登记处登记其权利。

87. 如果担保资产是分许可权人根据分许可协议收取使用费的权利，则有担保债权人有权将该资产作为应收款处理。也就是说，有担保债权人可收取设保人/分许可权人在应收款担保权强制执行时应收的使用费。如果针对分许可权被许可使用人应付的使用费进行的强制执行违反了许可协议，则有担保债权人不能对违约后产生的任何应收款进行强制执行。

88. 如果担保资产是分许可协议中规定的另一项合同权利，则有担保债权人可强制执行其在该合同权利上的担保权，好像对待其他任何担保资产一样，虽然许可权人可能会取消将来的许可，或可能主张自己有权优先收取分许可权使用费，但不会直接影响到有担保债权人对许可协议所规定的其他这些合同权利进行强制执行的权利。

89. 在有担保债权人或者为使附担保债务全部或部分得到偿还而接受许可权的有担保债权人进行处分时，许可权受让人即分许可权被许可使用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，非排他性被许可使用人不能针对另一非排他性被许可使用人或知识产权侵权人强制执行知识产权。只有许可权人（或适当的权利持有人）才能这样做，但在一些国家，排他性被许可使用人可能会与许可权人一起成为接受所得的一方当事人。此外，视许可协议的条款和担保协议中对担保资产的描述而定，许可权受让人可能无法取得源代码等资料。为了确保所转让或转授的许可有效，担保协议必须在描述设保人/被许可使用人抵押的资产时列入这类权利，只要许可协议允许也将这些权利抵押出去。

十. 知识产权担保权的适用法律

[工作组注意：第 91-99 段见 A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1 号文件第 51-57 段，及 A/CN.9/649 号文件第 77-80 段。]

A. 所有权事项的适用法律

90. 保护知识产权的国际公约通常采用属地性原则，在许多国家，有关知识产权的所有权问题的适用法律是知识产权保护地的法律（保护国法）。因此，受让人或被许可使用人将确保转让或许可在受让人希望行使其权利的每个国家都得到承认。

91. 由于担保权属于财产权，为保持一致，必须采用同样的属地原则来确定知识产权担保权的设定、第三人效力、优先权和强制执行的适用法律。因此，许多国家在这类问题上援引保护国法。对知识产权担保权援引保护国法的好处

是，同一资产上的担保权和所有权转让适用同一法律。例如，如果优先权纠纷的一方是有担保债权人，另一方是担保权设保人进行的彻底转让的受让人，仅援引一种法律可以更容易地解决这一纠纷。

92. 但并非所有国家都采用保护国法作为知识产权担保权的适用法。在一些国家，关于无形资产的法律冲突规则一般以设保人所在地为准，这些国家对知识产权担保权使用同样的规则，至少是在第三人效力和优先权问题上。按照这种办法，《指南》关于无形资产的一般法律冲突规则（即设保人所在地法）也将适用于知识产权。建议 208 和 218 放在一起的实际结果一般是对无形资产担保权的设定、第三人效力、优先权和强制执行适用设保人所在地法。那么这一法律冲突规则也适用于知识产权。

93. 援引一种法律处理所有问题的办法有一个好处，就是在设保人目前和未来全部无形资产（包括知识产权）上取得担保权的有担保债权人将有权援引一种法律确定其权利范围，即使这些资产与多个国家有关。这还会降低交易费用；例如，只需要在一个国家进行登记。

94. 但是，由于彻底转让仍将受保护国法管辖，上述办法不会仅援引一种法律来解决有担保债权人权利和彻底转让受让人权利之间的优先权冲突。为了实现这一目标，以设保人所在地法为依据的办法必须进行改动，使涉及彻底转让受让人的权利的优先权冲突受保护国法管辖。如果纠纷的一方是不动产出售或出租所产生的应收款上的担保权持有人，另一方是已经在该不动产所在国的不动产登记处登记了权利的竞合求偿人，对此，《指南》提出了一种类似（而非完全相同）的变通办法（见建议 209）。

95. 按照这一变通办法，有担保债权人只有在担心与彻底转让受让人竞争时才需要另外根据保护国法确立其权利。在通常情况下，设保人破产是主要问题，有担保债权人只要依赖设保人所在国的法律即可，就像其他某些类型的无形资产（如应收款）的情形一样。

96. 另一种变通办法是，只有在法律规定有关知识产权可在知识产权登记处登记的情形下才依从保护国法。不过，这一变通办法对于无须根据保护国法进行登记的知识产权彻底转让受让人来说，或许不能令人满意。这些受让人必须研究设保人所在地国的法律，以确保其转让不附带先前设定的担保权。

97. 上述办法可总结为以下备选案文：

备选案文 A

法律应当规定，对于知识产权担保的设定、对抗第三人效力、优先权和强制执行，所适用的法律是该知识产权保护国的法律。

备选案文 B

法律应当规定，对于知识产权担保权的设定、第三人效力、优先权和强制执行，所适用的法律是设保人所在国的法律。[但对于涉及[竞合求偿人][受让人或被许可使用人]权利的优先权冲突，所适用的法律是该知识产权保护

国的法律[如果该法律规定该知识产权可在知识产权登记处登记][如果该法律规定担保权可在知识产权登记处登记]。

备选案文 C

对于须在知识产权登记处登记的知识产权上的担保权的设定、对抗第三人效力、优先权和强制执行，所适用的法律是负责维持该登记处的国家的法律。

[工作组注意：工作组似宜注意到，除括号内的案文外，备选案文 B 与建议 209 相似，备选案文 C 与建议 205 相似。工作组还似宜审议，如果知识产权保护国的法律允许反致或者根据合同法原则服从于有担保债权人、设保人或第三人所在国的法律，特别是，如果某一特定类型知识产权的担保权不能在知识产权担保权登记处登记（如著作权或商业秘密），那么是否应当允许反致。]

B. 合同事项的适用法律

98. 设保人和有担保债权人在担保权上的相互权利和义务可留给当事人意思自治决定。当事人没有选定法律的，这些事项的适用法可以是担保协议的适用法律（见建议 216）。

十一. 破产对知识产权担保权的影响

[工作组注意：关于该事项的讨论见 A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1 号文件第 58-72 段、A/CN.9/649 号文件第 98-103 段，及 A/63/17 号文件第 326 段。工作组似宜在第五工作组（破产法）有机会讨论这一事项时再对此进行审议。]