



联合国国际贸易法委员会
第四十三届会议
2010年6月21日至7月9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

增编

目录

	段次	页次
十. 知识产权担保权的适用法律.....	1-54	2
A. 财产事项的适用法律.....	1-52	2
B. 合同事项的适用法律.....	53-54	13
建议 248		13
十一. 过渡	55-59	15
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上所设担保的影响	60-82	16
A. 综述	60-68	16
B. 许可人破产	69-77	18
C. 被许可人破产	78-81	20
D. 摘要	82	21



十. 知识产权担保权的适用法律

[委员会注意：第 1-48 段和建议 248，见 A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.6 号文件第 1-45 段和建议 253、A/CN.9/689 号文件第 41-57 段、A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.7 号文件第 1-23 段、A/CN.8/685 号文件第 87-94 段、A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 号文件第 1-21 段、A/CN.9/670 号文件第 115 段、A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1 号文件第 90-98 段、A/CN.9/667 号文件第 124-128 段、A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1 号文件第 53-57 段、A/CN.9/649 号文件第 77-80 段。]

A. 财产事项的适用法律

1. 目的和范围

1. 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）。

2. 《指南》关于法律冲突的第十章没有界定《指南》所建议的法律冲突规则适用何种担保权。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，遵循购置款融资非统一处理法颁布《指南》建议的法律的国家应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》所建议法律中适用于应收款担保权的多数实体法规则也适用于彻底转让，《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 节中“担保权”这一术语，以及建议 3 和 208）。

3. 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《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》采纳大多数国家采纳的办法，将设定担保权的协议和因这类协议产生的当事人彼此间的权利和义务区别开来，将前者作为一种财产权（由特定法律处理；见建议 203 和 208），将后者作为一种合同权（通常由当事人所选择的法律处理；见建议 216）。

4. 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，如果其他法律冲突规则将知识产权转让性问题交由例如知识产权保

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）。

5. 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，则这种提法系指该国现行的整个法律制度（其法律冲突规则除外，以避免出现反致；见建议 221），其中不仅包括成文法和不成文法（见《指南》导言第 19 段）、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，则该国法律的提法也包括该区域经济一体化组织颁布的法律规则。¹ 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。

6. 还应当指出，不管适用什么法律，其适用须顾及：**(a)** 诉讼地的公共政策和强制性规则（见建议 222）；**(b)** 在设保人破产情况下，启动破产程序所在国家的法律的适用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，像《指南》所建议的所有其他规则一样，法律冲突规则若不符合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），即不适用（见建议 4(b)项）。

2. 《指南》建议就无形资产担保权采取的办法

7. 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的法律（见建议 208 和 218(b)项）。《指南》采取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托权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，则设保人所在国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。设保人所在地界定为其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（见上文第 6 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，则知识产权相关法律的法律冲突规则将适用。

8. 基于设保人所在国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法律。因此，举例来说，取得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）担保权的有担保债权人可以通过只援用一个国家的法律而取得担保权、使其具有对抗第三方效力、主张担

¹ 例如，根据欧共体商标条例第 207/2009 号第 16 条，适用第 17-24 条，仅在这些条文没有具体规则的情况下，适用所有权人所在地、营业所国家的法律（如在欧盟内）或西班牙法律（协调局所在地）。

保权优先权并对其强制执行，即使这些资产与几个国家有关。尤其是，这在大多数情况下将会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，从而可能对信贷的提供和成本产生有利影响。

9. 基于设保人所在国法律并将“所在地”定义为中央管理部门所在地（见上文第 7 段）的另一个特别重要优点是，该法律也是对有关设保人的主要破产程序进行管理的国家的法律（关于主要程序的含义，例如见《贸易法委员会跨国破产示范法》第 2 条(b)项和第 16 条第 3 款）。²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、撤销程序、资产处理和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适用法律规则因公共政策或强制法原因而被放弃（见建议 222）。如果法定所在地所在国家的法律中的担保权优先权条文与开启破产程序所在国家的破产法（诉讼地法）不一致，就会出现上述情况。由于下述原因，仅仅基于设保人所在国法律的办法将不适用于知识产权担保权。

10. 应当指出，如果设保人所在国的法律是适用法律，而设保人从一国搬到已颁布《指南》所建议法律的另一国，则适用不同的规则。根据这些规则，如果设保人搬到已颁布《指南》所建议法律的一国，则在较短时间内有担保债权人采取任何行动，担保权保持对抗第三方效力，此后只有满足了设保人新的所在地国家的第三方效力要求，担保权才能保持对抗第三方效力（见建议 45）。

11. 例如，位于 X 国的知识产权人 A 以 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。如果 Y 国已颁布规则，规定有担保债权人之间的优先权由设保人所在地国家的法律处理（见建议 208），则 SC1 的担保权在较短时间内优先于 SC2 的担保权，而无需 SC1 采取任何行动，此后，只有 SC1 满足了 Y 国的第三方效力要求，SC1 的担保权才优先于 SC2 的担保权。这一结果是基于建议 45 的规则的结果，而不是法律冲突规则的结果。如果 A 没有搬到 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 的担保权将依保护地法确定。同样，有担保债权人取得的担保权是否附带 SC1 的担保权也将依保护地法确定。

12. 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，确定设保人所在地相关时间是问题产生的时间（见建议 220）。因此，根据《指南》所建议的设保人所在地规则的法律，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。SC1 的担保权相对于受让人 B 及其有担保债权人 SC2 的第三方效力和优先权在较短时间之后（见建议 45）将由 Y 国法律管辖。

² 联合国出版物，出售品编号：E.99.V.3。

3. 保护国法（保护地法）

13. 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（如一国的知识产权人与另一国的被许可人或侵权人相比所享有的权利）的法律是保护地法（见下文建议 248，备选案文 A）。应当指出，关于须在国家、区域或国际知识产权登记处登记的知识产权类型（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）。

14. 有意见认为³，保护知识产权的国际公约中体现的国民待遇原则，隐含着一一种普遍规则，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。按照这一观点，认定《保护工业产权巴黎公约》（1883 年）第 2 条第 1 款、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》（1886 年）第 5 条第 2 款和《与贸易有关的知识产权协定》第 3 条第 1 款等规定均指定，适当的关联因素是相关知识产权的保护地。⁴换言之，这一观点认为，其中任何国际公约的缔约国均应当对知识产权担保权方面产生的问题适用保护地法。

15. 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，保护地法办法的主要优点在于，在承认关于知识产权保护的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，保护地法涉及的是作为一种财产权的担保权的设定、第三方效力、优先权和强制执行，不一定涉及设保人和有担保债权人之间的纯合同事项，这些事项可能须服从管辖合同的法律（合同法；见下文本章 B 节）。

16. 但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的问题。在许多情况下，必须在设在几个国家的登记处进行登记。特别是在下列交易中将存在这种情况：(a)受不同国家法律保护的知识组合用作信贷担保的交易，(b)设保资产不限于根据单一国家的法律所使用和保护的知识产权的交易，(c)设保人的所有资产都被设保的交易。如下文将进一步讨论的那样，这种结果有可能增加登记费用，因此可能提高知识产权融资交易的成本和复杂性。此外，如果设保人并非位于保护知识产权所依据的法律所属的国家，而设保人破产程序是在设保人所在国启动的，则将担保权交由保护国法律处理可能导致适用法律规则因违反诉讼地法的公共政策或强制法考虑而被放弃（见建议 222）。此外，只要有担保债权人可以始终依建议 4(b)项满足保护地法的要求，规定保护地法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法律或在普通担保权登记处登记，从而节约交易成本。

³ 见第六工作组（担保权益）第十六届会议工作报告（A/CN.9/685，第 90 段）。

⁴ 这些文书可能载有某些例外情况，这些例外情况被认为与本讨论没有关系。

4. 其他办法

17. 上文所述观点（见第 13-14 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，对知识产权担保权方面产生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强制推行特定法律冲突规则，但这些规则的适用范围是否涵盖补编草案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。

18. 因此，即使认可上文所述的国际知识产权公约的广泛效力（见第 13-14 段），各国通过知识产权担保权所产生问题的适用法律冲突规则仍是有必要或有利的。这类规则至少可以起到填补空白的作用，解决因现行国际知识产权公约可能造成的任何法律冲突后果。

19. 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相结合，对某些问题可以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。不过，应当指出，对与担保权有关的不同问题适用不同法律可能损害担保权适用法律的确定性和可预期性，并可能造成效率低下，从而可能对信贷的提供和成本产生不利影响（见下文第 27、29、30、46 和 52 段）。

20. 例如，可以对设保人所在地法办法作些变通，担保权相对于知识产权彻底转让受让人或被许可人权利的第三方效力和优先权由保护地法管辖（见下文建议 248，备选案文 B）。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，该规则都将适用。在这种变更之下，只有在担心与彻底转让受让人之间的竞争时，有担保债权人还需要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（由于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）的情况一样。

21. 在对知识产权担保权采用这种办法的国家，这种办法行之有效，并促使节约了交易成本，主要有两个原因。首先，根据建议 4(b)项，知识产权相关法律优先适用。这样，有担保债权人总是可以按照保护地法和在相关知识产权登记处进行登记。其次，在许多交易中，有担保债权人符合设保人所在国的第三方效力要求，或者仅在普通担保权登记处登记通知，因为其主要关切是设保人破产。它们对承担不按保护地法或不在知识产权登记处进行登记的风险已有准备，这种登记将保护它们免受借款人欺诈行为的风险，因为要是担心欺诈行为的话将不借贷。

22. 但是，这种“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；(c)根据知识产权相关法律被视作所有权人或可行使所有权人权利的有担保债权人

(见 A/CN.9/700 号文件第 30 段、A/CN.9/700/Add.2 号文件第 10-12 段和 A/CN.9/700/Add.5 号文件第 1 段); (d) 被视作所有权人的破产管理人 (建议 223 将不影响在其他情况下适用于担保权的法律, 但该建议所述有限情况例外)。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, 则担保权可能根据保护国的法律没有效力且不可强制执行。而且, 如上所述 (见第 10 段), 即使在规定担保权受设保人所在国法律管辖的国家, 保护地法仍可依建议 4(b) 项而适用。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 (见建议 222)。

23. 而且, 如果设保人是从位于设保人所在国以外的国家的初始或中间所有权人处取得资产的受让人, 有担保债权人就必须在任何这些其他国家的担保权登记处 (还可能在相关知识产权登记处, 如有的话) 进行查询。应当指出, 在此情况下, 如果初始或中间所有权人本身设定了须服从初始或中间所有权人所在地法律的担保权, 则根据《指南》所建议的法律, 适用法律将是优先权冲突产生时设保人所在国的法律 (见建议 208 和 220(b) 项)。根据《指南》所建议的法律, 除某些规定的情况之外, 设保资产的每个受让人取得资产时附带先已存在的担保权。因此, 每个受让人取得资产时附带在先所有权人设定的担保权 (见建议 79-82)。

24. 这两种办法也可以用其他形式结合起来使用。例如, 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)。强制执行相关问题可作例外处理, 为节约成本和时间, 这些问题可交由设保人所在国的法律处理。与此同时, 不须作此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, 这些问题可交由保护地法处理 (见下文建议 248, 备选案文 C)。

25. 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的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权利的登记作出规定, 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, 即根据欧共体商标条例第 207/2009 号 (“CTM 条例”) 第 16 条, 共同体内的商标主要须服从 CTM 条例第 17-24 条, 只有在这些条文没有具体规则的情况下, 服从所有权人所在地、营业所国家 (如果在欧盟内) 的法律或西班牙法律 (协调局所在地)。

26. 这种办法也有缺点。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, 如果对知识产权适用法律所采取的办法以保护地法为基础, 这种办法所作的区分就是不必要的, 因为保护地法就是登记处所在国的法律, 应当适用于各类知识产权。而且, 如果这种办法的第二部分与上文讨论的办法相同, 只是适用范围更加有限 (见下文建议 248, 备选案文 B), 这种办法将具有上文所述办法的各种利弊 (上文第 20-23 段)。还

有，这种办法可能会使按照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。这是因为，这类知识产权彻底转让的受让人必须调查设保人所在国的法律，才能确保转让不附带在先担保权。

27. 此外，将优先权和强制执行交由两种不同法律处理肯定会造成费用、复杂性和不一致性。例如：(a) 一个问题在一国被定性为优先权问题，在另一国被定性为强制执行问题；及(b) 优先权可能影响谁有权接管强制执行、出售收益的分配、受让人在非司法程序出售中取得的权利等强制执行问题。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，这种办法要求调查所有相关国家的保护地法，以确保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。

28. 可将两种办法结合起来使用的另一种形式是将担保权的设定和强制执行交由设保人所在国法律（或保护国法律）处理，除非当事各方商定交由保护国法律（或设保人所在国法律）处理。根据这种办法，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例外（见下文建议 248，备选案文 D）。这种办法将：(a) 允许对设定和强制执行适用有限的当事方意思自治；(b) 将第三方效力和优先权主要交由保护国法律处理；(c) 允许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法律处理。

29. 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（换言之，采取的办法类似《指南》所建议的办法）的国家可以适用这样的规则。此外，虽然根据《指南》所建议的法律，设定担保权只在设保人和有担保债权人之间产生效力，但当前多数国家的法律并非这种情况。因此，在广泛采用与《指南》所建议法律一致的法律之前，这样的规则的适用范围将很有限。而且，根据《指南》所建议的法律，设定是第三方效力两个要素之一（另一个是登记或其他方法；见建议 29）。因此，在查明管辖设定问题的法律之前，第三方将无法确定登记的一项权利是否优先于自身的权利。这种结果将损害法律冲突规则所寻求实现的适用法律的确定性和可预期性。

30. 还有，对各方当事人彼此间权利和义务以外、仅与知识产权担保权有关的任何问题适用当事方意思自治将偏离《指南》所采取的办法（见建议 10，其中不允许对各方当事人权利和义务以外的任何适用法律问题适用当事方意思自治），并偏离普遍接受的法律冲突原则。而且，如前所述（见上文第 25 段）。将第三方效力和优先权交由取决于相竞求偿人身份的两种不同法律处理将使得所有有担保债权人寻求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。这种结果肯定会增加交易所需成本和时间，即使交易只涉及根据单一国家的法律所保护的知识产权。此外，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，因为在一个国家，优先权适用一种法律，而在优先权问题可能定性为强制执行问题的另一个国家，优先权可能适用另一种法律。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造

成循环优先权问题。正是为了避免这些问题，《指南》建议无形资产担保权强制执行的适用法律作为其优先权的适用法律（见建议 218）。

31. 上述各种办法（见上文第 7-30 段）的利弊可用下文讨论的例子来说明（见第 32-52 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. 对各种办法进行比较分析的实例

(a) 设定问题

32. 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。

33. 按照设保人所在地法办法（见建议 248，备选案文 A），对于受 X 国法律保护的版权组合，A 和 SC1 必须满足 X 国的设定要求，对于受 Y 国法律保护的专利和商标组合，A 和 SC1 必须满足 Y 国的要求。如果它们没有做到这些，则担保协议只能实现部分预期目的；例如，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。

34. 按照结合使用设保人所在国法律和保护地法的第一种混合办法（见建议 248，备选案文 B），A 和 SC1 需要满足 X 国的要求，就可既在版权组合又在专利和商标组合上设定担保权（即担保权在设保人 A 和有担保债权人 SC1 之间生效）。

35. 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（见建议 248，备选案文 C），版权组合担保权的设定问题仍交由 X 国的法律处理（作为设保人所在国，尽管对于版权组合而言，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）。

36. 按照允许对知识产权担保权的设定的适用法律适用有限当事方意思自治的第三种混合办法（见建议 248，备选案文 D），X 国（或 Y 国）的法律将适用，除非当事人在担保协议中选择 Y 国（或 X 国）的法律。如果两个国家都区分担保权的设定和第三方效力，并规定仅在当事人之间有设定效力，这种办法就不会产生问题。否则，这种办法可能导致对设定问题适用不止一种法律。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（设保人所在国法律）处理，A 和 SC2 将设定交由 Y 国（保护国）法律处理，则只要 SC1 和 SC2 之间的优先权冲突交由一种法律，在本例中交由保护国 Y 国法律处理，就不会产生大问题（不过，见第 29 段）。

37. 如果 X 国和 Y 国法律在设定担保权方面的差异仅仅在于，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，则可以通过拟定能够满足更严格法律的要求的担保协议克服这一困

难（但即便这样也会增加交易成本）。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问题了。同样，如果担保协议设想以现有和未来多项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：一个国家颁布了《指南》建议的规则（允许订立一份单一担保协议，在现有和未来的多项资产上设定担保权），而另一个国家不允许订立担保协议在尚未存在或设保人尚未拥有的资产上设定担保权，或者不允许在同一份协议中对多项资产设保。

(b) 第三方效力问题

38. 在同一例子中（见上文第 32 段），按照保护地法办法，为使担保权取得对抗第三方效力（见建议 248，备选案文 A），SC1 需要满足 X 国的第三方效力要求，以使其版权组合担保权取得对抗第三方效力，并需要满足 Y 国的要求，以使其专利和商标组合担保权取得对抗第三方效力。因此可能需要在这些国家的有关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。这意味着潜在 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担保权。下面的事实可能会使这种情况更加复杂：其中一些国家可以利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强制要求在知识产权登记处登记的情况下利用这类登记处（见建议 4(b)项）。如果有一个国际登记处，可以登记第三方效力受不同国家法律管辖的担保权，则上述缺点会有所减轻。

39. 不过，按照第一种混合办法（见建议 248，备选案文 B 项），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 在其 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（尽管如果 Y 国允许登记担保权以取得第三方效力，这些潜在债权人可能需要在 Y 国专利和商标登记处进行查询）。

40. 按照第二种混合办法（见建议 248，备选案文 C），SC1 须满足 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。

41. 按照第三种混合办法（见建议 248，备选案文 D），SC1 和 SC2 可能需要满足 X 国和 Y 国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。

(c) 优先权问题

42. 在同一例子中（见上文第 30 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将会发生优先权冲突。

43. 按照保护地法办法（见建议 248，备选案文 A），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。

44. 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，保护地法如何适用的问题。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，将按照保护地法即 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 处取得的专利担保权是否附带 SC1 的担保权，也将按照保护地法确定（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）。

45. 按照第一种混合办法（见建议 248，备选案文 B），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（见建议 248，备选案文 C），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，在这些国家登记版权和版权担保权是可能的，则所有这些不同国家的法律将适用于这些版权上担保权的优先权。

46. 按照第三种混合办法（见建议 248，备选案文 D），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，然后：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。

47. 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，循环优先权是由于将优先权交由不同法律处理而产生的。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。解决这一问题的另一种办法可能如下：SC2 的权利将优先于破产管理人的权利，但须将收益交给 SC1，因为在 SC1 和 SC2 之间，SC1 将享有优先权。

(d) 强制执行问题

48. 在同一例子中（见上文第 32 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，这些专利权共同的价值可能远远大于单个的价值，因为它们属于一个整体。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（从而也有利于 A）。不过，如果 X 国、Y 国和 Z 国在设保知识产权的处分上有着不同的规则，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。

49. 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，在 A 违约后，位于 Y 国的有担保债权人 SC1 可能会通知位于 X 国的 A，将强制执行其受 X 国、Y 国和 Z 国法律保护的专利权上的担保权。然后 SC1 可能会在 X 国、Y 国和 Z 国就该专利权的处分发布广告；实际上，它可通过互联网在全世界发布处分广告。接下来 SC1 可能会确定一个位于 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。

50. 按照保护地法或登记处管理国法律办法（见建议 248，备选案文 A 和 C），SC1 需要根据 X 国法律强制执行其在受 X 国保护的专利上享有的担保权，根据 Y 国法律强制执行其在受 Y 国保护的专利上享有的担保权，并根据 Z 国法律强制执行其在受 Z 国保护的专利上享有的担保权。按照第一种混合办法（见建议 248，备选案文 B），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，受让人必须在登记和保护该专利的每个国家即 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。

51. 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设保人所在地法办法，还是保护地法办法。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，情况可能有所不同。

52. 按照第三种混合办法（见建议 248，备选案文 D），如果强制执行和优先权交由不同法律处理，可能会出现一些问题。例如，如果 A 和 SC1 将强制执行交由 X 国法律（设保人所在国法律）处理，A 和 SC2 将强制执行交由 Y 国（保护国）法律处理，设保人破产了，SC1 和 SC2 与破产管理人产生竞争，则一种法律即设保人所在国法律将适用，除非破产管理人被视作所有权人，在这种情况下保护地法将适用。此外，将 X 国和 Y 国法律适用于优先权和知识产权问题可能造成不同法律适用于同一问题，因为这个问题在 X 国可能定性为优先权问题，而在 Y 国可能定性为强制执行问题。此外，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，或采取强制执行措施的两个有担保债权人中哪一个有优先权并可以接管强制执行，收益的分配）可能造成不确定性和不一致性。这一点在下列情况下尤其有问题，即 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（并且两个有担保债权人中哪一个出售资产可能对受让人取得的设保资产是否附带担保权产生影响）。

B. 合同事项的适用法律

53. 根据《指南》所建议的法律，担保协议所规定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）适用何种法律可由当事人自主决定。当事人没有选定法律的，这些事项的适用法律是普遍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 段和建议 216）。

54. 鉴于普遍接受对合同事项适用当事人意思自治原则，⁵ 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。

建议 248⁶

知识产权担保权的适用法律

备选案文 A

248. 法律应当规定，知识产权担保权的设定、对抗第三方效力、优先权和强制执行的适用法律是知识产权保护国的法律。

备选案文 B

248. 法律应当规定，知识产权担保权的设定、第三方效力、优先权和强制执行的适用法律是设保人所在国的法律。但知识产权担保权相对于设保知识产权受让人或被许可人权利的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。

备选案文 C

248. 法律应当规定：

(a) 知识产权可在专门登记处登记的，知识产权担保权的设定、第三方效力、优先权和强制执行的适用法律是登记处管理国的法律。但这类担保权强制执行的适用法律是设保人所在国的法律；

(b) 知识产权不可在专门登记处登记的，知识产权担保权的设定和强制执行的适用法律是设保人所在国的法律。但这类担保权的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。

⁵ 关于今后由海牙国际私法会议编写一份关于国际合同中法律选择问题的文书事宜，见 http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_concl09e.pdf。

⁶ 该建议若可列入《指南》，则可放在关于法律冲突的第十章，列作建议 214 之二。

备选案文 D

248. 法律应当规定：

(a) 知识产权担保权的设定和强制执行的适用法律是[知识产权保护][设保人所在]国的法律，但担保协议规定这类事项由[设保人所在][知识产权保护]国的法律管辖的除外；

(b) 知识产权担保权相对于受让人、被许可人或另一有担保债权人的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；

(c) 知识产权担保权相对于所有其他相竞求偿人的第三方效力和优先权的适用法律是设保人所在国的法律。

[委员会注意：委员会似宜考虑通过保护地法办法（备选案文 A）、第一种混合办法（备选案文 B）或同时通过两种办法供各国选择。在这方面，委员会似宜注意到，即使通过备选案文 B，保护地法仍可在下列情况下适用：(a) 备选案文 B 所规定的情况；(b) 按照建议 4(b) 项，甚至适用于备选案文 B 未提及的事项。实质上，根据备选案文 B，将由有担保债权人决定，满足设保人所在地法（如果想保护自身从根本上免受破产管理人的影响）还是保护地法（如果想保护自身从根本上免受所有可能的相竞求偿人的影响）的第三方效力要求。

委员会还似宜考虑，尽管各种备选案文各有利弊，没有一种备选案文尽善尽美，但备选案文 A 和 B 已经涵盖或可能涵盖备选案文 C 和 D 所述混合办法的任何积极因素，无需增加备选案文并加大其复杂程度，若这样的话可能损害法律冲突规则寻求实现的确定性和可预期性。

具体来说，由于备选案文 A 和 B 直接或通过建议 4(b) 间接提到保护地法，它们都足以处理国内、区域或国际法规定的任何登记要求。此外，备选案文 C 第二项实质上反映了备选案文 B 的内容。而且，备选案文 C(a) 项所载规则适用与否取决于知识产权登记制度是否允许登记知识产权担保权以取得第三方效力（目前，这种做法是例外，而非规则）。最后，备选案文 C 有一些其他缺点（见上文第 26 和 27 段）。至于备选案文 D，委员会似宜考虑，第三方效力和优先权交由一种法律处理，强制执行交由另一种法律处理，可能造成严重问题（见上文第 30、46 和 52 段）。此外，如果对备选案文 D 加以修订，以确保第三方效力、优先权和强制执行交由相同法律处理，由于备选案文 B 以相同方式处理备选案文 D 中(b)和(c)项述及的事项，因此备选案文 B 和 D 之间的唯一区别是备选案文 D 允许对设定适用当事方意思自治。

如果委员会希望在知识产权担保权的设定上保留对当事方意思自治的某种提及，似宜考虑在备选案文 A（或 B）增加对当事方意思自治的提及，同时保留任何专门登记要求。对于备选案文 A，可以考虑大致如下的措辞：“但设保人和有担保债权人可以约定，知识产权担保权设定的适用法律是设保人所在国的法律，知识产权担保权可在知识产权登记处登记的除外，在此情况下，担保权设定的适用法律是登记处管理国的法律。”在备选案文 B 中，可能需要插入类似的

措辞，以限制其对不能在知识产权保护国的知识产权登记处登记的担保权的适用。

不管在知识产权担保权适用法律上采取哪种办法，委员会都似宜考虑在评注中提及某些国家采用的所谓“通融规则”，以在担保权不被适用自身法律的诉讼法院承认的情况下，加强对担保权的跨国界承认。根据这一规则，如果适用自身法律的诉讼法院不承认例如根据外国法律进行的版权转让，根据外国法律进行的版权转让仍可以在诉讼地得到“抢救”并被当作诉讼法院所承认的排他性许可。同样，如果非占有性担保权在适用自身法律的诉讼法院不具有效力，该非占有性担保权仍可以在诉讼法院得到“抢救”并被当作诉讼法院所熟悉的为担保目的进行的转让。这并非一个特定资产问题，但在知识产权背景下可能发生，考虑到普遍采用保护地法，可以加强对根据保护地法以外的法律设定的知识产权担保权的跨国界承认。

在处理这些事项时，委员会最后似宜考虑到其他组织的工作，如有关知识产权法律冲突原则的欧洲知识产权法律冲突问题马克斯—普朗克小组 (<http://www.cl-ip.eu/>)]。

十一. 过渡

55. 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 段和建议 228）。

56. 《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，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》和补编草案均不建议法律中涉及知识产权担保权的条文的生效日期不同于法律其他条文的生效日期。因此，《指南》第十一章所讨论的办法可不加改动地用于确定关于知识产权担保权的条文的生效日期。需要额外考虑的因素如下：(a) 《指南》所建议的整个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；(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，但若各国决定宣布关于知识产权担保的条文生效，则必须确保所有这些条文同时生效。

57. 《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，如果以前不可能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，则各国必须规定一个宽限期，使这些担保权可以登记通知（从而保护根据以前的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（见第十一章第 20-26 段）。

58. 在强制执行方面有一个特别的过渡问题，即在新法律生效日期前已经启动的强制执行程序是否要停止并根据新法律重新启动。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，

便可根据以前的法律继续进行。不过，进行强制执行的有担保债权人可以停止根据旧法律启动的程序并根据新法律重新启动，特别是如果《指南》所建议的新法律为有担保债权人提供了旧法律没有提供的救济（见第十一章第 27-33 段）。这一原则应同样适用于针对知识产权担保权启动的强制执行程序。

59. 由于《指南》关于知识产权担保权的建议提供了许多国家不曾有过的融资和交易机会，可能有人会认为需要有特别的规定管辖向新法律过渡的问题。但上文的论述表明，《指南》所建议的法律提出的基本过渡原则可不加改动地适用于补编草案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上所设担保的影响

[委员会注意：第 56-78 段，见 A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.6 号文件、A/CN.9/689 号文件第 58 段、A/CN.9/WG.VI/WP.38/Add.7 号文件第 24-42 段、A/CN.9/685 号文件第 95 段、A/CN.9/WG.V/WP.87 号文件、A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 号文件第 22-40 段、A/CN.9/671 号文件第 125-127 段、A/CN.9/670 号文件第 116-122 段、A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1 号文件第十一章、A/CN.9/667 号文件第 129-140 段、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、A/63/17 号文件第 326 段。]

A. 综述

60. 许可协议下知识产权的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，则其有担保债权人一般对被许可人按照许可协议条款对获许可使用的知识产权的使用或利用权享有担保权，但对知识产权本身不享有担保权。然后有担保债权人可以采取必要步骤使该担保权取得对抗第三方的效力（见建议 29）。

61. 除撤销诉讼外，破产法一般尊重这种担保权的效力（见《破产法指南》，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（见建议 238 和 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。在存在许可和次级许可协议链的情况下，链中任何当事人的破产都会对链中其他几个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在其之后的次级被许可人和次级许可人的许可，但不会对在其之前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链中自破产被认可人以上或以下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）。

62. 在破产以外，许可人和被许可人对许可使用费受付权设定和强制执行担保权的能力可能会受到法定限制或合同限制。担保交易法一般不影响法定限制，但主要与未来应收款、或仅仅由于是未来应收款而被大批或部分转让的应收款或者被大批或部分转让的其他应收款有关的限制除外（见建议 23）。担保交易法可能会影响合同限制（见建议 18、24 和 25）。破产程序可以独立于担保交易法而对应收款转让限制产生哪些影响（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）。

63. 关于债务人及其相对人都未充分履行合同义务的那些合同，《破产法指南》就破产程序对其影响问题提出了广泛的建议（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）。

64. 《破产法指南》建议，合同条款凡是规定某一合同会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，对破产管理人和债务人都不可执行（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）。

65. 《破产法指南》评注指出，一些法律在某些情况下支持此类条款，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）。例如，知识产权许可协议所载的自动终止或提前到期条款就是可以得到此种支持的条款，因为被许可人破产可能不仅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，如果产品所用商标的被许可人破产可能影响到该商标和商标产品的市场价值，便会对许可人的权利和知识产权造成不利影响。无论如何，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，许可于 X 年后终止或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（即引发自动终止的事件并非破产）的条款不受影响（见《破产法指南》，建议 72 的脚注 39）。

66. 《破产法指南》评注还指出，其他法律可推翻这些条款，并解释了有关理由（见第二部分第二章，第 116 和 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条件下推翻这类条款，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：为了促成债权人的生存就要维护合同，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）。

67. 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 和 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。存在许可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，在交叉许可协议（许可人授予一项许可，然后被许可人进一步开发了该许可，并将经过进一步开发的获许可产品回授给许可人）情况下，继续履行或取消许可协议都将会影响到各自既是许可人也是被许可人的双方当事人。

68. 如果破产管理人选择继续履行双方当事人没有充分履行并且被破产债务人（许可人或被许可人）违反的许可协议，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，则会对许可人或被许可人设定的担保权产生影响（要充分了解破产情况下合同的处理问题，请参阅《破产法指南》第二部分第二章 E 节）。

B. 许可人破产

69. 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在这些使用费上享有担保权。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。

70. 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用来清偿附担保债务。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，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或利用权）享有的担保权。

71. 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，许可人的有担保债权人（在服从于破产法对破产程序中强制执行担保权规定的延缓执行或其他任何限制的前提下）可通过以下方式强制执行其在被许可使用的知识产权上享有的担保权：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同被取消协议相类似的新许可协议，从而恢复使用费收入流（见建议 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。

72. 同样，在被许可人在许可协议下的权利上享有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备了对抗第三方的效力。这样，如果许可人的破产管理人取消许可协议，被许可人（在服从于破产法对破产程序中强制执行担保权规定的延缓执行或其他任何限制的前提下）可通过处分被许可使用的知识产权或者与新的许可人订立许可协议来强制执行被许可使用的知识产权上的担保权，被许可人因此而取得的权利将是附带有担保债权人担保权的收益。实际上，同样只有重大许可协议才值得作出这种安排。

73. 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》就合同处理问题所提的建议。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，并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，采取了为被许可人（以及实际上为其有担保债权人）提供更多保护的规则。在存在许可和次级许可协议链从而链中一个当事人破产会影响到几个当事人的情况下，这种保护尤其重要。

74. 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。这种规则就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获许可知识产权所作的投资。

75. 在另一些国家，许可协议可能由于下述原因而不得根据破产法取消：**(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）（但法院可以宣布撤销）；**(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而履行了自己的义务；**(d)**许可协议在有关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当支付的许可使用费，就能够保留许可。

76. 还有一些国家中，如果适用所谓的“抽象原则”，许可协议可能会被取消。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，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付费，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。

77. 应当指出的是，《破产法指南》规定（第二部分第二章，第 143 段），否决权的例外也可适用于劳工协议；债务人是出租人或特许权给予人或者是知识产权许可人的协议，而终止协议将会结束或严重影响对方的业务，特别是在对债务人的好处可能相对较小的情况下；以及与政府的合同，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就破产程序启动时业已存在的许可协议进行重新谈判而受到影响，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 71 和 72 段所述的商业惯例可在多大程度上提供适当可行的解决办法。

C. 被许可人破产

78. 如果被许可人是破产债务人，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获许可知识产权的权利，被许可人的有担保债权人将继续享有这些权利上的担保权。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款设定了担保权，则许可人的有担保债权人继续对许可人的使用费受付款享有担保权。

79. 但在被许可人的破产管理人决定取消许可协议，而被许可人已对许可协议下享有的权利设定了担保权的情况下，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款设定了担保权，许可人将同样失去使用费受付款，其担保债权人也将失去设保资产。

80. 对许可协议规定的许可人或被许可人权利享有担保权的有担保债权人可通过采用与上述措施（见上文第 71 和 72 段）相当的措施来寻求自我保护，免受被许可人的破产管理人取消许可协议的影响。

81. 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 68 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，务必规定许可人有权终止许可以保护自己的权利。

D. 摘要

82. 下表摘要说明许可人或被许可人破产对该当事人在许可协议下的各项权利的担保权的影响。

	许可人破产	被许可人破产
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）？	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所定许可使用费，许可人的有担保债权人继续对许可人收取许可协议所定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。	答： 许可人继续享有收取许可协议所定许可使用费的权利，因此，许可人的有担保债权人继续对许可人收取许可协议所定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所定许可使用费，但仍应支付取消前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再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所定许可使用费，但仍应支付取消前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再产生任何许可使用费。
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	问： 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）？	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所定权利，被许可人的有担保债权人继续对许可协议所定权利享有担保权。	答： 被许可人继续享有许可协议所定权利，被许可人的有担保债权人继续对许可协议所定权利享有担保权。
	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）？	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）？

许可人破产

答:

被许可人在取消后的阶段不享有许可协议所定权利，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。

被许可人破产

答:

被许可人在取消后的阶段不享有许可协议所定权利，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。
