



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

秘书处的说明*

目录

	段次	页次
一. 导言	1-7	3
二. 知识产权融资做法举例	8-21	4
三. 现行法律对知识产权上担保权的处理办法	22-38	8
四. 《贸易法委员会担保交易指南》对知识产权上担保权的处理办法以及可能对特定资产建议作出的调整	39-161	12
A. 术语	39-60	12
1. 《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法	39-41	12
2. 可能增加的定义	42-60	13
B. 关键目标和基本原则	61-75	17
1. 《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法	61	17

* 本文件的提交日期比要求的会前 10 周晚了 2 周，因为工作量极大，而且需要完成协商并最后确定随后所作的修改。



2.	可能对特定资产建议作出的调整	62-75	17
C.	适用范围和其他一般规则	76-108	21
1.	《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性方法	76-81	21
2.	可能对特定资产建议作出的调整	82-108	22
D.	担保权的设定（在当事人之间的效力）	109-133	27
1.	《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法	109-111	27
2.	可能对特定资产建议作出的调整	112-133	28
E.	担保权的第三方效力	134-145	32
1.	《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法	134-136	32
2.	可能对特定资产建议作出的调整	137-145	32
F.	登记制度	146-161	34
1.	《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法	146-148	34
2.	可能对特定资产建议作出的调整	149-161	34

一. 导言

1. 委员会在 2006 年举行的第三十九届会议上审议了其今后将在担保融资法领域开展的工作。有与会者指出，知识产权（如版权、专利和商标）¹日益成为极其重要的信贷来源，因此不应将其排除在现代担保交易法之外。另据指出，《担保交易立法指南》草案（“指南草案”）的各项建议只要不与知识产权法相矛盾，则可一般适用于知识产权上的担保权。此外还指出，由于草拟这些建议时并未考虑到特殊的知识产权法问题，因此指南草案建议颁布国似宜对各项建议做出必要的调整，以处理这些问题。²

2. 为了向各国提供更多的指导，有与会者建议，秘书处应与在担保融资和知识产权法领域拥有专门知识的国际组织特别是世界知识产权组织（知识产权组织）合作，编写一份提交委员会 2007 年第四十届会议的说明，讨论委员会作为对指南草案的补充而可能开展的工作的范围。此外，与会者还建议，为了获得专家建议和相关行业的参与，秘书处应在必要时举行专家组会议和座谈会。³经讨论后，委员会请秘书处与相关组织特别是知识产权组织合作，编写一份关于委员会今后在知识产权融资领域所要开展的工作范围的说明。委员会还请秘书处举办知识产权融资座谈会，在最大程度上保证相关国际组织和来自世界各区域的专家的参与。⁴

3. 根据委员会的决定，秘书处与知识产权组织合作举办了一次关于知识产权上担保权的座谈会（2007 年 1 月 18 日和 19 日，维也纳）。担保融资和知识产权法方面的专家，包括各国政府以及国家和国际组织、政府和非政府组织的代表出席了这次座谈会。在座谈会上，就需要对指南草案做出调整以处理具体的知识产权融资问题提出了若干建议。⁵

4. 委员会在其第四十届会议的第一部分（2007 年 6 月 25 日至 7 月 12 日，维也纳）审议了秘书处编写的题为“今后可能在知识产权上的担保权方面开展的工作”的说明（A/CN.9/632）。该说明考虑了关于知识产权上担保权的座谈会所达成的结论。为了向各国提供充分的指导，使其能够为避免担保融资与知识产权法之间的不一致而在本国法律中作出必要的调整，委员会决定委托第六工作组（担保权益）编拟指南草案中关于知识产权上担保权的附件。⁶

5. 委员会在第四十届会议续会（2007 年 12 月 10 日至 14 日，维也纳）上最后审定并通过了《贸易法委员会担保交易立法指南》（“《贸易法委员会担保交

¹ 设保的资产是“知识产权”而不是“知识财产”（见下文第 47 段）。

² 《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 17 号》（A/61/17），第 81 和 82 段。

³ 同上，第 83 段。

⁴ 同上，第 86 段。

⁵ 见 <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/2secint.html>。

⁶ 《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 17 号》（A/62/17（第一部分）），第 156、157 和 162 段。

易指南》”），但有一项谅解，即随后将编拟《贸易法委员会担保交易指南》中关于知识产权上担保权的附件。⁷

6. 本说明的目的是简单讨论《贸易法委员会担保交易指南》与现行知识产权制度之间的交叉，并探索用何种方式，通过对《贸易法委员会担保交易指南》做出适当的特定资产建议方面的调整，将一部行之有效的担保交易法的好处扩大到由知识产权构成的担保品。本说明以《贸易法委员会担保交易指南》和《联合国国际贸易中应收款转让公约》（以下称“《联合国转让公约》”）⁸采取的一般政策方法为根据。同时，本说明还基于以下事实：《贸易法委员会担保交易指南》服从于“与知识产权有关的”国内法和国际协定，并不改变知识产权法（见建议 4(b)项）。

7. 为了阐明将要讨论的交易范围和类型，本说明首先举出了知识产权可能成为担保交易担保品的一些典型例子（第二章）。本说明接下来简要讨论了各种法律制度下现行法律对知识产权上担保权的处理方法（第三章）。本说明第四章概述了《贸易法委员会担保交易指南》对知识产权上担保权的处理方法，建议工作组考虑对《贸易法委员会担保交易指南》的特定资产部分做出若干调整。最后，本说明提出了关于今后如何在知识产权上的担保权方面开展工作的建议（第五章）。

二. 知识产权融资做法举例

8. 由于本说明的重点是启发思考一些方法，促进为拥有或有权使用知识产权的企业提供担保信贷，同时保护知识财产所有人（或权利持有人）或被许可人的合法利益，因此应当有一些假定事实类型来作为分析背景。

9. 下面例子是为了反映以某种方式涉及知识产权的典型融资方法，但它们只是实践中出现的许多不同情况的一个缩影。在下面所举的例子中，有些涉及寻求融资方是所请求融资的作保知识产权的所有人的情形，有些则涉及寻求融资方是知识产权的被许可人的情形。

设保人是知识财产所有人的情况举例

例 1（组合资产融资——循环信贷）

10. A 公司是一家不断开发新药的制药公司，该公司希望部分以本公司现有和今后的药物专利和专利申请组合为担保，从 A 银行申请循环信贷。A 公司向 A 银行提供了现有的所有专利和专利申请清单及其所有权链条、估值和专利使用费应收款。A 银行对将哪些专利和专利申请列入其借款基数以及按多少价值列入进行了评估。在这方面，A 银行获得了独立的知识产权评估人所作的评估。随后，A 银行取得了专利和专利申请组合上的担保权，并在国家专利主管登记

⁷ 《同上，第六十二届会议，补编第 17 号》（A/62/17（第二部分）），第 99-100 段。

⁸ 联合国出版物，出售品编号：E.04.V.14。

处登记了其担保权通知。A 公司在发明一项新专利后，向 A 银行提供了该专利的所有权链条、估值和可能的使用费，以供列入借款基数。A 银行对这些信息进行了评估，确定了将要发放的信贷数额，并调整了借款基数。然后，A 银行在专利局进行了适当的备案，以反映其在新专利上的担保权。

例 2（单一资产融资）

11. B 公司是一家著名的影印机制造商，该公司想部分以其商标、影印机所用专利及其制造过程中使用的商业秘密为担保从 B 银行借款，据独立评估人评估，这些商标、专利和商业秘密的价值为 1 亿欧元。B 公司一直在销售其影印机和发放其商标和专利使用许可，以产生现金流，偿还贷款。商标和专利被列入了以 B 公司的全部资产作抵的“企业贷款”。B 公司向 B 银行提供了登记或使用其商标和专利的所有国家名单，以及所有经批准的被许可人名单。在完成贷款文件后，B 银行利用贷款手续费的一（小）部分，在国家商标和专利主管登记处登记了其担保权。

例 3（专利使用费融资）

12. C 公司是一家漫画书出版商，该公司给众多服装、玩具、互动软件和饰品制造商使用其拥有版权的人物形象发放许可。许可权人标准格式的许可协议要求被许可人报告销售情况，并就这些销售每季度支付一次使用费。C 公司想以这些许可预计产生的专利使用费付款作为担保，向 C 银行借款。C 公司向 C 银行提供了被许可人名单、其信用情况和每份合同的状况。C 银行随后要求 C 公司取得每个被许可人的“不容反悔证明”，证实存在许可、没有违约行为、到期费用数额以及同意向 C 银行支付今后的使用费，直至收到进一步的通知。

例 4（项目融资）

13. D 公司是一家电影公司，想制作一部电影。D 公司成立了另一个公司来开展制作和雇用编剧、制片人、导演和演员等事宜。制作公司以版权、服务合同和通过电影赚取的所有收入为担保，从 D 银行获得一项贷款。制作公司随后与许多国家的被许可人签订了许可协议，这些被许可人同意在电影完成和交付后支付使用费的“预付保证金”。针对每一项许可，D 公司、D 银行和被许可人签订了一份“确认和转让”协议，在该协议中，被许可人确认 D 银行享有在先担保权，并确认将其使用费付款转让给 D 银行，D 银行同意只要被许可人付款并遵守许可协议的其他规定，D 银行将不会在强制执行情况下终止许可。

设保人是知识产权被许可人的情况举例

例 5

14. E 公司是名牌牛仔服和其他时装的制造商，想部分以本公司库存制成品为担保，向 E 银行借款。E 公司制造的许多商品都带有第三方许可使用的著名商

标，E 公司则是根据许可协议取得这些货物的制造和销售。E 公司向 E 银行提供了其商标使用许可协议，证明其有权使用这些商标。

例 6

15. F 公司是 E 公司的一家经销商，想部分以其库存名牌牛仔服和从 E 公司购买的其他服装为担保，向 F 银行借款。其中很大一部分服装都带有第三方许可 E 公司使用的著名商标。F 公司向 F 银行提供了 E 公司开具的发票（证明 F 公司是以经授权的销售方式从 E 公司获得的牛仔服）或者与供应商 E 公司之间的协议副本（证明 F 公司经销的牛仔服是正品）。

例 7

16. G 公司是一家零售书店，想以本公司库存的精装书和平装书为担保，向 G 银行贷款。G 公司获得图书的途径有两个。第一，从出版商处购买图书。第二，G 公司最近拥有了一批“寄售”图书，并同意提供书架空间和进行宣传。G 公司只在书籍卖出后才用付费，如果这些书在几个月后仍未卖出，则 G 公司有权退回。

例 8

17. H 公司是一项许可协议下某一专利的被许可人，该协议规定 H 公司有权制造和销售包含该专利所涵盖的技术的设备。H 公司想以其制造的设备 and 向客户出售设备的应收款作为担保，为其业务进行融资。H 公司愿意向出贷人提供其专利许可副本（需遵守任何保密限制）。

18. 上述每个例子都说明了知识产权所有人或被许可人如何可以使用其权利作为贷款担保。主要问题是究竟什么样的权利可以用作担保品。一个相关的实际问题是借款人如何确保这些权利获得最高估值。担保交易法不能解决这一问题，但可在附件中加以讨论，因为它影响到知识产权作为信贷担保品的使用。在这方面，评注可解释说，评估知识产权的价值可能会产生重大困难。必须考虑不同的标准，例如权利本身的价值和预计的现金流量，但似乎没有一个普遍接受的方法。不过，部分是由于知识产权成为越来越重要的信贷担保品，在有些国家，出贷人和借款人通常能够从独立的知识产权评估人那里获得指导。

19. 对于预期出贷人来说，审慎调查责任要求其查清所涉知识产权的所有人和使用人的权利性质和范围，并对拟进行的融资在多大程度上影响或不影响他们的权利进行评估。出贷人能否满意解决这些问题并在必要时征得知识产权所有人和对知识财产拥有权利的其他当事人的同意和其他许可，将会影响到出贷人是否愿意提供所请求的贷款和这种贷款的成本。但在这样做时，出贷人往往可以依赖预期借款人已经进行的适当的审慎调查。此外，在大多数情况下，进行审慎调查的费用是一次性费用，并包含在贷款的最初成本中。

20. 例 1 至例 4 所涉及的情况是：寻求融资方是有关知识产权的所有人而不是被许可人，并且贷款的担保品是知识财产所有权本身。这种情况给预期出贷人提出的问题与例 5 至例 8 提出的问题有些不同。其中有些问题如下：

(a) 有没有一个高效而简单的方法来设定各类知识产权上的担保权并使其取得对抗第三方的效力？设定担保权的程序从公证费或其他形式要求或者登记费方面来说是否很昂贵，从而会增加设保人的贷款成本？由于出贷人通过对作为其担保基础的知识产权的保护而获得的利益增加，从而可降低出贷人由于这种保护增强而愿意提供给设保人的贷款的成本并提高贷款额度，从这个角度讲，这些费用是否合理？有没有办法使银行可以在花费不高的情况下很容易地查询记录，从而在发放贷款之前确定其知识产权上担保权的优先权？该担保权是否具有对抗担保权设保人的破产管理人的效力？

(b) 对于知识产权在多个法域登记的情况，出贷人是否有权在所有这些法域登记其担保权？这样做有什么好处或坏处？

(c) 上面例子中提到的知识产权中，是否有些类别的知识产权无法按照这个或那个国家的适用法设定担保权？

(d) 能否以一种不仅包括现有知识产权而且包括设保人将来开发或取得的知识产权的方法设定担保权？例如，在例 1 中，为 A 银行设定的担保权能否自动延及 A 公司取得的新药物专利及其提出的新专利申请？

(e) 在许可产生使用费并由此不断获得收入的情况下，有没有一种简单程序，使例 3 和例 4 中的 C 公司和 D 公司能够在此种收入上设定担保权？禁止进行例 3 和例 4 提到的许可中所包含的转让会产生什么影响？

(f) 在每个例子中，有没有一种有效的方法，使出贷人在设保人违背融资安排的情况下能够强制执行其在有关知识产权上的担保权？

21. 例 5 至例 8 均涉及担保品所包括的知识产权不是归担保权设保人所有而是归第三方所有的情况。在例 5 和例 6 中，为 E 公司（货物制造商）和 F 公司（货物经销商）的贷款作保的有些货物上的商标是第三方所有的商标，这些商标按照关于制造和销售带有这些商标的货物的许可，被许可给 E 公司使用。例 7 中的图书发行商获得图书的途径是“用尽”某些知识产权的合法销售和可能不会用尽这些权利的寄售交易。例 8 中的设备制造商是对于设备运作必不可少的专利的被许可人。所有这些例子都对预期出贷人提出了重要的审慎调查问题，即能够在多大程度上获得并在必要时强制执行所提供的担保品上的担保权。以下述及其中一些问题：

(a) 如果例 5 中的 E 银行在强制执行其担保权时想要实现由带商标的货物所组成的担保，则其是否需要征得商标许可人的同意，或向此类许可人支付使用费，或者遵守 E 公司在许可协议下承担的其他义务？或者，E 银行是否有权在不征得商标所有人同意的情况下处置带商标的货物？这些问题将要求 E 银行审查借款人为获得货物上的商标使用许可而与商标所有人达成的许可协议。

(b) 如果在 E 银行尚未向 E 公司提供资金时，其中一个商标许可人破产，则会发生什么情况？该许可人的破产管理人能否终止对 E 公司的许可？另一方

面，如果许可人并未破产，但却存在对其出借人的违约行为，该出借人为强制执行其担保权而将商标转让给第三方，则这种转让是否会终止对 E 公司的许可？结果是否取决于对 E 公司的许可是在将担保权授予许可人的出借人之前还是之后作出？在 E 公司违背与 E 银行之间贷款安排的情况下，这种终止会对 E 银行处理许可协议尚且有效时按照该协议制造的现有货物的能力有何影响？

(c) 如果 E 公司破产，那么，E 公司按照适用法重组后能否继续按照这些许可运作，或者，它是否至少还有权按照许可协议完成现有工作？E 公司在什么情况下（若有的话）有权按照适用的破产法，在经破产法院批准将其业务卖给第三方时，将这些许可一并转让给第三方？

(d) 为 E 公司订立的许可协议，是否会在 E 银行为了评估作为担保品的商标而可能需要机密信息时，对 E 公司向 E 银行披露机密信息的能力规定任何限制？换言之，E 银行是否有权获得不能披露的关于许可人的机密信息？而且 E 银行然后是否可以不受限制地使用这些机密信息？

(e) 在例 6 和例 7 中，银行所面临的审慎调查问题与例 5 中银行所面临的问题相似。例 6 中的答案是否会由于 F 公司是有关货物的经销商而不是生产商而有所不同？例 7 中的答案是否会由于有关知识产权是由版权而不是商标组成而有所不同？如果有些书卖出（并可能导致权利穷竭）⁹而另一些书没有卖出，会出现什么情况？例 8 中的答案是否会由于有关知识产权是由专利而不是商标组成而有所不同？

三. 现行法律对知识产权上担保权的处理办法

22. 各国的知识产权法在很多方面都不相同（例如知识产权的含义和范围以及对登记知识产权的要求和登记的法律效力）。协调知识产权法属于各组织例如知识产权组织的任务范围，在知识产权组织主持下，已经拟定了若干知识产权法条约（下段列出了其中一些条约）。如前文所述，《贸易法委员会担保交易指南》服从于“与知识产权有关的”国内法和国际协定（见建议 4(b)项）。

23. 在大多数法律制度中，专利、商标和版权通常被认为是不同类型的知识产权。例如，在《与贸易有关的知识产权协定》（1994 年，马拉喀什；以下称“《知识产权协定》”）中，“知识产权”一词是指：(a)版权和相关权利；(b)商标；(c)地理标识；(d)工业设计；(e)专利；(f)集成电路布图设计（拓扑图）；以及(g)对未披露信息的保护（见第 1 条第 2 款）。根据《建立世界知识产权组织公约》（1967 年，斯德哥尔摩，1979 年修正；184 个缔约国，以下称“《知识产权组织公约》”），知识产权包括与下列方面有关的权利：(a)文学、艺术和科学作品；(b)表演艺术家的表演以及唱片和广播节目；(c)人类一切活动领域内的发明；(d)科学发现；(e)工业设计；(f)商标、服务标记以及商业名称和标志；(g)防范不公平竞争；以及(h)在工业、科学、文学或艺术领域内由于智力活动而产生的一切其他权利（见第 2 条(viii)款）。

⁹ 关于“穷竭原则”含义的解释，见下文第 105 段。

24. 除了《知识产权协定》和《知识产权组织公约》外，在知识产权组织主持下还颁布了许多关于知识财产法的条约，其中包括但不限于：(a)《专利法条约》（2000年，日内瓦；17个缔约方）；(b)《专利合作条约》（华盛顿哥伦比亚特区，2001年作最近一次修正；138个缔约方）(c)《商标法条约》（1994年，日内瓦；39个缔约方）；(d)《制止产品来源虚假或欺骗性标记马德里公约》（1891年，马德里，1958年作最近一次修正；补充法案，1967年，斯德哥尔摩；35个缔约方）(e)《与商标国际注册马德里协定有关的议定书》（1989年通过并于2006年修正，马德里；74个缔约方）；(f)《保护原产地名称及其国际注册里斯本协定》（1979年作最近一次修正，里斯本；26个缔约方）；(g)《关于工业设计国际注册的海牙协定》（1999年，日内瓦；47个缔约方）；(h)《知识产权组织版权条约》（1996年，日内瓦；64个缔约方）；(i)《保护文学艺术作品伯尔尼公约》（1886年，伯尔尼；1979年作最近一次修订；163个缔约方）；(j)《保护表演者、唱片制作者和广播组织罗马公约》（1961年，罗马；86个缔约方）；(k)《知识产权组织表演和录音制品条约》（1996年，日内瓦；62个缔约方）；(l)《保护植物新品种国际公约》（1961年，日内瓦；1991年作最近一次修订；64个缔约方；在保护植物新品种国际联盟主持下拟定）。

25. 如《贸易法委员会担保交易指南》所指出的（见第一章，B节，担保的基本做法），不同法律制度对动产（有形和无形财产）上的担保权所采取的方法有很大差异。这些差异在提供贷款方面并因而在国内和国际贸易方面设置了障碍。《贸易法委员会担保交易指南》是为实现担保融资法的现代化和统一而作出的努力。知识产权被越来越多地用作信贷担保品，这给现行担保融资和知识产权法之间的协调带来了更多困难。拟议的附件是为了解决这些业已存在的不属于《贸易法委员会担保交易指南》范围的困难。以下各段指出了其中一些困难。

26. 在许多法域，使用知识产权作为信贷担保的做法完全不为人所知或者非常有限。在有些法域，对于知识产权是所有权权利（对物权）还是经加强的个人债权（对人权）意见不一。因此，在有些法域，并没有规范知识产权用作信贷担保的专门法；所适用的是关于无形资产上担保权的一般规定。在另一些法域，这些一般规则以处理知识产权方面的所有权转让、质押或抵押的一般规则作为补充。所有权的转让可以是彻底转让，也可以是为担保目的的转让（在这种情况下，受让人有义务在附担保债务得到偿付后将知识产权重新转给转让人）。在有些法域，版权是非登记权利，分为精神权利（这些权利不可转让，因此不能用作信贷担保）和经济权利（可以转让，因此可以设定担保权）。在有些法域，域名被视作可以设定产权的资产，而在另一些法域，域名被认为是个人债权。

27. 《贸易法委员会担保交易指南》关于基本担保做法的一节介绍了这方面的法律状况。总的来说，由于缺乏一部全面的法律，许多国家在实践中形成了不同的办法，例如为担保目的进行的所有权彻底转让或有条件转让以及无形资产的质押等。

28. 在少数几个国家，通过向债权人彻底转让全部所有权来进行知识产权融资，但需遵守债务得到偿付后重新转让知识产权的合同义务。这种以彻底转让

为基础的融资交易一般不属于国家担保融资制度的范围，因此只服从于转让人谈判取得的任何合同权利。原则上不鼓励这种做法，因为它绕过了国家融资制度。实际上，这种做法通常限于特殊情况，因此商业用途有限。

29. 在有些国家，以质押为基础的概念被用于知识产权融资。由于典型的质押以向有担保债权人转移质押资产的占有权为前提，因此质押只能是虚拟的或非占有式的，因为无形资产不能占有（占有光盘或芯片中的编码软件并不意味着占有该软件本身）。在这些国家，现有的国家知识产权登记处如国家专利局的档案证据通常可以产生融资所需的虚拟占有权。如果没有这种专门登记处来登记特定的知识产权类型如版权，法律通常不会解决能否利用知识产权进行有效融资的问题。

30. 在另一些国家，以抵押为基础的概念被用于知识产权融资。在有些法域以抵押为基础的融资做法中，在资金到位后，债权人被视为拥有有效的所有权。这赋予了债权人控制许可和使用以防浪费的权利，但也使债权人负有对侵权人进行调查并在必要时与政府机构交涉的义务。如果债权人不想处理这些问题，则必须向债务人“回授”这样做的许可。这种方法虽然在概念上可行，但需要更多的文件编制和监测费用。在另一些法域，通过特定类型的融资手段来解决这些差异。因此，在有些英美法系国家，“普通法上的”抵押允许债权人保留所有权以及随后处理知识产权的能力，“衡平法上的”抵押则允许设保人这样做。在这些情况下，对不同类型的融资手段适用不同的优先权规则。

31. 在允许知识产权虚拟质押或非占有式质押的许多法域中，某些类型的知识产权可以为这类交易提供担保（例如专利和商标），但缺乏登记制度的其他知识产权（如版权或商业机密）却不能。在允许抵押和以所有权为基础的类似手法的法域中，融资制度涵盖的知识产权范围通常更广。就某些类型的知识产权（如专利或商标）而言，必须在特定资产的知识产权登记处（专利和商标具有不同的登记处）登记关于这种协议的证据。登记通常具有使担保权成立或宣示担保权的效力，不过也有些登记处的登记具有对抗第三方效力。在资产登记处登记的文件必须具体说明设保的知识产权。在有些情况下，必须登记整份融资协议，而在另一些情况下，只需登记用以确定受影响的利益和各方当事人的基本条款备忘录。这些登记处的运作对“未来”知识产权具有特定影响（见下文第 123-125 段）。另外还有各种登记不同类型知识产权的登记处。有些法律只允许登记所有权。另一些法律允许登记对知识产权的所有权转让和许可。还有一些法律也允许登记知识产权上的担保权。

32. 有些英美法系的法域区分了（具体描述的资产上的）固定担保和（未具体指明的集合资产上的）浮动担保。一般来说，固定担保拥有相对于浮动担保的优先权。浮动担保在发生特定事件（例如违约或破产）时即被具体化，并成为其被具体化之时所存在的特定资产上的固定担保（服从于当时可能存在的各种优先债权或者单为无担保债权人采取的做法）。浮动担保的另一个特点是，它允许设保人继续占有或控制或者处理担保资产。在这些法域中，公司的固定或浮动担保可以在公司登记处进行登记。所登记的是整份交易文件，而不只是通知；由登记员对交易文件进行核实，并开具一份证明，提供关于交易所设定权利的结论性证据。

33. 关于转让，英美法系的法域通常区分普通法上的转让（所有权转让）和衡平法上的转让（相当于有条件的所有权转让）。在这种框架下，当发生违约行为而实施强制执行时，有担保债权人可获得一项关于取得设保知识产权全部所有权的附条件权利（“衡平法上的所有权”）；或者，有担保债权人可取得全部所有权，而留给债务人在清偿附担保债务后收回全部所有权的附条件权利（“衡平法上的赎回权”）。同样，还经常对普通法上的所有权和受益所有权或衡平法上的所有权加以区分（信托受托人拥有普通法上的所有权，受益人则拥有受益所有权或衡平法上的所有权）。在知识产权方面的实践中，关于哪个当事人拥有“所有权”的这些正式区分可能会在起诉侵权人和行使知识产权的立场上产生影响。

34. 在少数几个法域中，允许对一个企业的全部资产进行企业抵押或质押。如果企业是知识产权的所有人，则通常情况下，所有人被认为有权进行转让，因此企业担保办法可延及知识产权。在有些国家，知识产权本身不能转让，但可进行排他性许可，因此担保办法可按这种转让操作。如果企业的权益只是知识产权许可，则做法有所不同。在有些国家，据指出，鉴于许可的对人性质，则未经许可人同意，不得转让许可。因此，许可人应能在设定企业担保权后终止一项许可，或者无论如何应能在拟实施的强制执行将会导致向第三方转让许可时采取这种做法。但在另一些法域中，通常的不可转让规则在转让企业全部资产情况下有一种例外情形，而企业担保办法似乎就属于这一情形。在企业抵押得到认可的情况下，它可能并不具有对抗在先甚至在后的受让人或者特定知识产权上担保权的效力，尤其是在这些转让或担保权是在有关的知识产权登记处进行登记的情况下。

35. 在有些法域中，另一种复杂情况是所有权转让和质押法与知识产权法之间的交叉，以及多出的各种规则和不同登记处。造成这种情况的原因主要有两个。如《贸易法委员会担保交易指南》关于基本担保做法的一节所述，与知识产权有关的担保信贷法和其他类型的担保资产有关的担保信贷法面临同样问题（法律规定通常不明确，分散在各种法律中，并造成了不一致和差异）；在有些法域，甚至可能没有与知识产权有关的担保信贷法。另一个因素是知识产权可能很难估值，结果根本不被用作信贷担保或者用途非常有限（见上文第 18 段）。

36. 有些法律体系的制度与《贸易法委员会担保交易指南》所建议的制度相类似，在这些法律体系中，知识产权上担保权的设定、取得对抗第三方的效力、获得优先权以及强制执行的方式与其他无形资产上的担保权相同，但需遵守知识产权法规定的任何适当限制。下文所述的《贸易法委员会担保交易指南》对知识产权上担保权的各种处理方法也适用于这些制度。简言之，担保权通过协议设定的，如果所设定的是非占有式担保权（知识产权上的担保权通常属于这种情况），则该协议必须是书面协议。担保权延及收益和未来资产（即设定担保权以后产生或获得的资产）。担保权通过登记、占有（在有形资产上设定占有式担保权的情况）或控制（在银行账户贷记款受付款等无形资产上设定担保权的情况）而取得对抗第三方的效力。

37. 优先权通常以登记时间或取得第三方效力的时间为基础。担保权可在司法内（包括简易程序）或司法外强制执行，但需遵守旨在保护设保人和设保人其他债权人权利的保障措施。在设保人破产的情况下，尊重担保权的基本效力，但可提起撤销诉讼（见《贸易法委员会破产指南》建议(88)）。按照普通法在开始破产程序之前设定的担保权具有优先权，但该担保权须服从于优先债权和允许为启动后融资作保的担保权优先于启动前担保权的法院判决（见建议 239）。为有形资产的购买价格作保的担保权具有特殊的优先权（见建议 180 和 192）。如果破产法以外的法律将这些担保权视为所有权手段，则在破产情况下，设定了这些权利的资产可被视为担保资产或第三方拥有的资产（见建议 186 和 201）。

38. 上述各段表明：(i)现有的知识产权制度多种多样；(ii)担保融资方法多种多样；(iii)当前的状况是，没有对这两种制度进行良好调整。协调知识产权法不属于《贸易法委员会担保交易指南》和关于知识产权上担保权的任何附件的范围。而协调各种担保融资方法显然是《贸易法委员会担保交易指南》的一个目标。关于知识产权法与担保融资法之间的协调，应当指出的是，《贸易法委员会担保交易指南》并未导致缺乏这种协调性。相反，《贸易法委员会担保交易指南》力求解决本指南以外的适用法中业已存在的这一问题。

四. 《贸易法委员会担保交易指南》对知识产权上担保权的处理办法以及可能对特定资产建议作出的调整

A. 术语

1. 《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法

39. 《贸易法委员会担保交易指南》已将“知识产权”一词定义如下：

“‘知识产权’系指版权、商标、专利、服务标志、商业秘密和设计以及根据颁布国本国法律或颁布国加入的国际协定而被视为知识产权的其他任何资产。”

40. 《贸易法委员会担保交易指南》还载有关于该定义的以下评注：

“‘知识产权’的定义是为了确保《贸易法委员会担保交易指南》与知识产权法律和条约相一致，同时又尊重《贸易法委员会担保交易指南》建议颁布国的立法人员将该定义按本国法律和国际义务加以协调的权利。

颁布国可增减所列知识产权的种类，使之与国内法相一致。所提及的国际协定是指《建立世界知识产权组织公约》和《与贸易有关的知识产权协定》（‘《知识产权协定》’）¹⁰等协定。

¹⁰ 最后文件体现了乌拉圭回合多边贸易谈判的成果，附件 IC（联合国，《条约汇编》，第 1867 卷，第 31874 号）。

为了表明“购置款担保权”、“购置款融资权”、“保留所有权利”和“融资租赁”等术语的定义（和提及这些定义的各项建议）仅适用于有形资产（而不适用于知识产权等无形资产），这些定义中指称的是‘有形资产’。

在‘应收款’术语定义中，删去了曾提及的“履行非金钱债务”，以澄清对此的理解是，应收款的定义及相关建议仅适用于应收款，而不适用于例如知识产权使用许可合同下规定的被许可人的权利或许可人的义务。”

41. 评注还说明，《贸易法委员会担保交易指南》通篇提及的“法律”包括成文法和非成文法。关于建议 4(b)项，如果一国增加知识产权的种类，则所服从的有关知识产权的法律的范围将会扩大，如果一国减少知识产权的种类，则所服从的有关知识产权的法律的范围将会缩小。

2. 可能增加的定义

42. 工作组似宜考虑知识产权的定义和相关评注是否已经足够，还有没有必要列入更多的定义和评注说明。例如，工作组似宜考虑，是应当对特定类型的知识产权进行定义，还是应提及普遍认可的知识产权法条约中所给出的定义。在这方面，工作组似宜注意到，这些定义被放在《贸易法委员会担保交易指南》的评注（以及指南附件，包括建议）中，目的是为了帮助读者理解，而不是作为建议的一部分。

43. 由于“转让”以及“转让人”、“受让人”和“应收款债务人”等相关术语的定义提到了应收款，因此这些定义（以及相关评注和建议）不适用于知识产权。为了使用与知识产权法和惯例相一致的术语，工作组似宜考虑是在《贸易法委员会担保交易指南》中增加“知识产权转让”一词的新定义，还是应提及更加中性的词语，例如“知识产权的转移”或“知识产权的处置”，以避免对知识产权法中使用的类似术语的含义产生混淆或误解。可考虑内容大致如下的定义：

“‘知识产权的[转让]’（[Assignment][Transfer]）是指一人（[‘转让人’]（[‘transferor’][‘assignor’]））以协议方式向另一人（[‘受让人’]（[‘transferee’][‘assignee’]））转移该转让人对知识产权所拥有的全部或部分权利或其中的未分割权益。转让可以是彻底转让或有条件转让，也可以是担保式转让。以担保方式进行的知识产权转让相当于在知识产权上设定担保权。”

44. 有必要在定义中提及担保资产（即知识产权），以免得出结论认为适用于应收款转让的建议也适用于知识产权的转让。

45. 工作组还似宜考虑《贸易法委员会担保交易指南》中使用的关键术语应当是“转让”（或知识产权的转让）——如应收款的情况——还是“担保权”。无论是哪种情况，根据《贸易法委员会担保交易指南》采用的办法，应确保处

理担保式转让的方法与处理在知识产权上设定担保权的交易的方法相同（关于知识产权的彻底转让，见下文第 83-85 段）。

46. 这种定义应当与知识产权法相一致，该法一般承认识产权的两种自愿让与（conveyance）：转让和许可。转让可以是彻底转让，也可以是担保式和担保权式转让，后者通常被视为有条件转让。因此转让会导致所有权的转让或担保权的设定。许可原则上产生的是使用授权，但在有些情况下（特别是在版权情况下），排他性许可可能相当于所有权的转让。

47. 工作组还似宜给出担保资产的定义。在这方面，工作组似宜考虑设保的不是知识财产（如商标、专利或版权），而是知识财产的所有权或使用权。该定义可以是提及一般适用条约如《知识产权协定》或《知识产权组织公约》的指示性定义，也可以是一种更具描述性的定义，同时应铭记这些定义并不是作为法律一部分的真正定义，而是对《贸易法委员会担保交易指南》中所用术语的描述或解释，是评注的一部分，而不是建议。工作组似宜考虑内容大致如下的备选案文：

备选案文 A

“‘知识产权’系指有关知识产权的法律赋予知识财产的权利。这种权利一般包括知识财产的所有权和按照许可条款使用知识财产的许可，以及债权。”

备选案文 B

“‘知识产权’系指知识财产的所有权和按照许可条款使用知识财产的许可。”

48. 如果工作组倾向于采用备选案文 A，则似宜对“债权”一词定义如下：

“‘债权’系指针对侵犯或不当使用知识产权的任何行为寻求救济的权利。”

49. 但是，鉴于《贸易法委员会担保交易指南》中“收益”一词的定义很广泛，债权可被视为知识产权的收益（“‘收益’系指与担保资产有关的一切所得，包括通过对担保资产的变卖或其他处分或者收取、租赁或发放使用许可而收到的所得、收益的收益、法定孳息和天然孳息、股息、分配、保险收益和因担保资产的瑕疵、损坏或灭失产生的债权”）。同样，由于转让或许可协议而产生的使用费也将被视为知识产权的收益。

50. 在这方面，有观点认为应将应收款视为产生应收款的知识产权的一个组成部分，因为知识产权的本质可能在于其不断产生的收入，而且知识产权所有人需要控制知识产权的使用和费用的持续支付。他们认为这种处理方法对于确保国际知识产权法公约中的适用原则（包括最低权利、有效救济和无差别待遇原则）也适用于使用费方面的权利非常重要。按照这一观点，知识产权交易产生的应收款（如特许使用费）上的担保权，应遵守知识产权本身上的担保权所适

用的那些同样的知识产权法规则。知识产权法专家还认为，为了会计目的，对知识产权交易产生的使用费的处理方法与变卖有形商品产生的贸易应收款的处理有所不同（见《国际会计准则第 38 号》，<http://www.iasb.org>）。这些差别影响到使用费何时被“赚取”（或“承认”）。例如，与运输货物所赚取的贸易应收款不同，即使在运输软件光盘之后，也不一定能赚得使用费，除非软件被装入接收人的计算机。根据这种观点，只有已赚取的使用费才能被视为独立于产生这些费用的知识产权的资产。

51. 但是，在一项知识产权享有国际条约为知识产权提供的保护时，如何处理作为此种知识产权的一部分的使用费，是一个应由这些条约决定的问题。同样，为会计目的处理使用费的问题是相关会计准则的问题；作为信贷担保的使用费的处理问题则是担保交易法的问题。通常情况下，担保交易法将使用费视为产生这些使用费的知识产权的应收款和收益（即法律角度上而不是经济角度上的独立资产）（就如租金被视为产生租金的动产或不动产之外的独立资产一样）。这是《联合国转让公约》中所采用并在《贸易法委员会担保交易指南》中得到体现的一种办法。

52. 此外，工作组似宜将“许可”一词定义如下，首先区分许可协议和许可（即使用权），其次区分排他性许可和非排他性许可：

“‘许可’是指一人（‘被许可人’）按照许可条款使用知识财产的权利。可按照与拥有知识产权的人（‘许可人’）之间的协议授予许可或依法授予许可。许可人可以是知识产权的所有人，也可以是有权发放分许可的被许可人。本术语包括排他性许可和非排他性许可。”

“‘排他性许可’是指一人（‘被许可人’）排除其他所有人包括许可人或其他权利持有人而按照许可条款使用知识财产的权利。”

“‘非排他性许可’是指一人（‘被许可人’）在许可人或其他权利持有人可以使用或授予他人同样权利的情况下按照许可条款使用知识财产的权利。”

在这些定义中，“按照许可条款”是指对特定知识产权的具体描述、授权使用或受限制的使用、使用的地理区域以及使用期限。因此，允许“自 2008 年 1 月 1 日起”在 A 国对 X 电影行使十年“放映权”的排他性许可，不同于允许“自 2008 年 1 月 1 日起”在 A 国对 X 电影行使十年“音像权”的排他性许可。

53. 通常产生的一个问题是排他性许可是否是一种所有权转让，因为它允许被许可人如此广泛使用知识财产，以至于按照知识产权法这种许可应被视为一种转让。在有些法域，排他性许可可能相当于所有权转让。在另一些法域，排他性许可不等于所有权转让，因为如果被许可人违背了许可协议条款，所有人可以随时撤销排他性许可。无论如何，排他性许可是否是所有权转让应由知识产权法决定。按照《贸易法委员会担保交易指南》，排他性（或非排他性）许可不设定担保权。

54. 最后，工作组似宜考虑是否有必要列入其他术语的定义或者解释现有定义适用情况的评注。例如，关于“设保人”这一术语，下述解释可能会有所裨

益：设保人可以是所有人，在这种情况下，担保资产是对知识财产的所有权；设保人也可以是被许可人，在这种情况下，担保资产是被许可人按照许可协议的条款使用知识产权的权利；另外，同任何其他资产的情况一样，设保人也可以是根据与附担保债务的债务人之间的合同关系授予担保权，从而为债务人对有担保债权人所负的债务提供担保的第三方。

55. 工作组似宜考虑的另一个定义是“竞合求偿人”。在担保交易法中，“竞合求偿人”的概念是在处理其他当事人的优先权规则范围内使用的，这些当事人可能主张对担保资产或其处分收益拥有优先于有担保债权人的权利。在知识产权法中，优先权规则处理的一般是“相互冲突的转让”，而不是“竞合求偿人”。《贸易法委员会担保交易指南》不只是处理彻底受让人之间的此类冲突，还必须涉及担保权或为担保目的而进行的转让的受让人所拥有的被视为担保权的权利。因此，《贸易法委员会担保交易指南》处理的是担保资产受让人、承租人或被许可人的权利与有担保债权人的担保权之间的冲突。在这种情况下，受让人、承租人或被许可人原则上将取得附带担保权的担保资产（见建议 79）。

56. 此外，在知识产权法范围内，受让人的权利和被许可人的权利之间可能会发生优先权冲突。《贸易法委员会担保交易指南》将这种冲突留给了知识产权法处理（除非涉及的是担保式转让）。如果其中一项竞合权利是受让人按照担保式转让所享有的权利，则适用上段中所解释的规则。因此，在先的被许可人取得的担保资产不附带受让人/有担保债权人的权利（因为设保人不能转让超过其所有的权利），而后继被许可人原则上取得随附担保权的担保资产（见建议 79）。

57. 另外，在知识产权法范围内，优先权冲突还可能涉及所有人（或其他许可人）债权人的权利与被许可人（或分许可使用人）债权人的权利。同样，《贸易法委员会担保交易指南》只在其中一项竞合权利是担保权的情况下适用（包括担保权转让）。另外，冲突必须与同一资产有关，所有人转让其所有权或者在其所有权上设定担保权以及被许可人在其使用权上设定担保权，不属于这种情况。同样，许可人在被许可人应付给许可人的任何使用费上设定担保权以及被许可人在分许可使用人应付给被许可人的使用费上设定担保权，所涉及的担保资产也不相同。因此，许可人债权人和被许可人债权人之间的冲突并不是《贸易法委员会担保交易指南》中所涉及的真正的优先权冲突，因此被留给其他法律处理。

58. 但是，如果许可人设定知识产权上的担保权，然后发放许可证，而被许可人反过来在其对获得许可的知识财产的使用权上设定担保权，则原则上可能会产生获得许可的知识财产的有担保债权人之间的权利冲突。根据《贸易法委员会担保交易指南》，其结果是被许可人取得附带该担保权的资产时，许可人的有担保债权人拥有优先权，被许可人的有担保债权人不可能从被许可人处取得超过被许可人所拥有的权利（根据财产法的一般适用规则，任何人不得向他人转让超过转让人所拥有之权利）。从建议 82 也可推导出这种原则（反推），该建议规定，被许可人取得资产而不附带担保权的，任何分许可使用人所取得的资产也不附带该担保权（见建议 82）。

59. 工作组似宜注意到,《贸易法委员会担保交易指南》认识到在担保融资法中,设保人的有担保债权人和其他债权人(担保式转让的受让人除外)并不被视为受让人。有担保债权人根据《贸易法委员会担保交易指南》取得担保权的,该有担保债权人并不被认为取得了所有权。有担保债权人不仅没有取得担保资产的所有权,他们一般情况下甚至不想取得所有权,因为所有权带来责任和费用。即便有担保债权人在发生违约后为强制执行其担保权而对担保资产进行处分,有担保债权人也不是所有人。在这种情况下,有担保债权人只是按照所有人在设定担保权时给予的同意而行使所有人的权利。发生违约后,只有在有担保债权人行使补救办法,提出以取得所有权作为对附担保债务的全额或部分清偿(且债务人和债务人的其他债权人未表示任何异议)时,或者通过在公开拍卖会上购买该资产而取得所有权时,有担保债权人才成为所有人。同样,如前文所述,《贸易法委员会担保交易指南》不认为许可协议下的使用权是担保权。当然,知识产权法可能为了其目的而采用不同处理方法;担保交易法没有一项条文阻碍有担保债权人通过与所有人或其他权利持有人达成协议而成为所有人或其他权利持有人。

60. 工作组似宜在上述定义方面采取一种暂定假设,以便讨论下述实质性问题,并在就下述实质性问题达成原则上的一致后再返回来讨论各项定义。

B. 关键目标和基本原则

1. 《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法

61. 《贸易法委员会担保交易指南》综述了关键目标和基本原则。《贸易法委员会担保交易指南》的总体目标是促进担保信贷。为了实现这个总目标,《贸易法委员会担保交易指南》讨论了一些次级目标,包括可预见性和透明度目标。《贸易法委员会担保交易指南》还促进了一些基本原则,其中包括:担保交易法的全面范围,集成和功能处理办法,在未来资产上设定担保权的可能性,将担保权扩大到收益,区分当事人之间的效力和对抗第三方的效力,建立担保权普通登记处,同一设保人在同一资产上设定多项担保权的可能性,以明确和全面的方式述及优先权冲突的必要性,担保权司法外执行的可能性以及对准许进行购置款融资的所有债权人给予公平待遇等。

2. 可能对特定资产建议作出的调整

62. 工作组似宜考虑所有这些关键目标和基本原则是否以及如何适用于与知识产权有关的担保交易。例如,工作组似宜考虑强调与知识产权有关的担保交易范围内的下述关键目标:

(a) 允许知识产权持有人使用知识产权作为信贷担保(见关键目标 1(a)项);

(b) 允许知识产权持有人利用其资产的全部价值来取得信贷(见关键目标 1(b)项;这可能意味着可通过担保交易而不是彻底转让来取得信贷);

(c) 使知识产权持有人能够以简单高效的方式设定其知识产权上的担保权（见关键目标 1(c)项）；

(d) 使与知识产权有关的担保交易当事各方能够在谈判担保协议条款方面拥有最大的灵活性（关键目标 1(i)项）；

(e) 使有关各方能够以明确和可预见的方式确定知识产权上是否存在担保权（关键目标 1(f)项）；

(f) 使有担保债权人能够以明确和可预见的方式确定其优先权（关键目标 1(g)项）；

(g) 便于债权人权利的有效执行（见关键目标 1(h)项）。

63. 工作组还似宜考虑是否应拟定其他关键目标或基本政策。

64. 例如，知识产权的一个核心目的是通过对智力作品提供法律保护而使公众受益，从而鼓励进一步的创新和创造。关于促进与知识产权有关的担保信贷这一关键目标，可拟定如下评注：通过禁止知识产权未经授权的使用和促进对创新的法律保护，确保实现这一关键目标。

65. 举例来说，可添加这样一项基本政策：应确保担保融资法和知识产权法之间的协调，在出现任何不一致的情况下，以知识产权法为准。《贸易法委员会担保交易指南》在建议 4(b)项中指出，本指南所提议的法律条文与有关知识产权的国内法或颁布国加入的国际协定不一致的，则该法律不适用于“知识产权”。此外，“知识产权”的定义应提及有关知识产权的国内法和国际协定中给出的定义。工作组似宜考虑的是，该定义和建议 4(b)项应当体现《贸易法委员会担保交易指南》的一项基本政策，即服从于有关知识产权的法律。评注可作这样解释，“有关知识产权的”法律包括成文法和非成文法，其范围比“知识产权法”大，但比一般财产法小。评注似宜举例说明如何在不同的法律制度中适用这一原则。

66. 另一个例子可能与以下问题有关：根据《贸易法委员会担保交易指南》取得“担保权”的有担保债权人是否因此而成为以担保权作保的任何知识产权的“权利持有人”（根据《知识产权协定》第 42 条，“权利持有人”可“在与本协定涵盖的任何知识产权的强制执行有关的民事司法程序中主张其权利”）。评注可解释说，在处理这一问题时，各国应考虑担保融资法和知识产权法的不同做法。在担保融资方面，《贸易法委员会担保交易指南》主要与有担保债权人相对于设保人（及其他债务人）和可能对担保资产主张权利的第三方而享有的权利有关。

67. 为了处理这些问题，《贸易法委员会担保交易指南》没有给出担保资产“所有权”属于谁的正式概念。相反，根据《贸易法委员会担保交易指南》，当有担保债权人在发生违约后为强制执行其担保权而处分担保资产时，它是作为所有人（或权利持有人）而行使设保人的权利。因此，在解决与担保融资法密切相关的问题时，有担保债权人不被视为担保资产的“所有人”，除非在发生违约后，有担保债权人获得了担保资产。这项原则既适用于有形资产，也适用于无形资产。

68. 但知识产权法与所有权有关，而且“第三方”的概念具有不同的含义，因为它指的是经授权的使用人（如被许可人）、未经授权的使用人（即侵权人）和受让人。知识产权法通常会确定设保人和有担保债权人中的哪一方拥有在正式的所有权概念下与这些第三方打交道的法定权利。为了这些与担保融资法的关切点所不同的目的，应当确定有担保债权人是否是在资金到位情况下《知识产权协定》所使用的那种意义上的“权利持有人”。当然，在这些情况下，《贸易法委员会担保交易指南》将哪一方是“权利持有人”的问题留给了知识产权法。因此，可能发生的情况是：为了知识产权法的目的，有担保债权人可能是担保资产的“所有人”或“权利持有人”，特别是在问题涉及对侵权人的处理等事项的情况下；而为了担保融资目的，这种澄清没有必要，因为在处理特定的担保融资法问题例如关于有效担保协议的要求时，这并不影响当事人的相关权利。附件应区分这些不同的角度。

69. 另一个可能的关键目标或基本政策可与《贸易法委员会担保交易指南》在“谁也不能以己所无予人”等原则方面服从于一般财产法有关。评注可解释说，有担保债权人对根据《贸易法委员会担保交易指南》设定担保权的任何知识产权所享有的权利不能超过担保权设保人对设保知识产权享有的实际权益。有担保债权人的权利服从于设保人必须遵守的与使用设保知识产权有关的一切可执行的条款和条件。特别是，与处分文件（包括转让、许可或继承转让）中规定的知识产权使用和行使有关的所有条款和条件必须服从于对其并无影响的知识产权法和担保交易法。

70. 在这方面，应当对财产规则（如“谁也不能以己所无予人”原则）和优先权规则加以区分。财产法规则确定当事人是否对一项资产拥有权利，而优先权规则确定哪个当事人在竞合权利持有人中拥有优先权。“谁也不能以己所无予人”原则可能会导致优先权规则（即“时间上在先”），但其本身并不是一项优先权规则。为了说明这一点，假定 A 在 X 国拥有专利，但在 Y 国没有。那么：

案例 1：A 在 X 国将专利转让给 B。后来，B 在 Y 国将专利转让给 C。

案例 2：A 在 X 国将专利转让给 B。后来，A 在 X 国将专利转让给 C。

案例 1 是对“谁也不能以己所无予人”原则的纯粹适用。由于 B 从来不会在 Y 国对专利拥有任何权利，因此 C 什么也得不到，任何优先权规则都不会赋予 C 权利。案例 2 是一种纯粹的优先权冲突。如果优先权规则是“时间上在先”，那么 C 什么也得不到。或者，如果优先权规则是“先在 X 国的专利局备案”，则 C 可能拥有优先权。“谁也不能以己所无予人”原则没有提供案例 2 的答案，因为它意味着 B 永远拥有优先权（即由于先转让给了 B，C “什么也得不到”）。但实际上，如果 C 按照优先权规则具有资格的话，则 C 可能会拥有优先权。无论是哪种情况，《贸易法委员会担保交易指南》都不适用，除非其中一项转让是担保权的转让或者担保式转让，并通过在担保权普通登记处登记而取得了对抗第三方的效力。

71. 关于关键目标或基本政策的另一个例子可能与《贸易法委员会担保交易指南》规定的担保权是否具有对抗该担保权所担保的知识产权的任何受让人或被

许可人权利的效力有关。可在关于优先权的评注中述及这一问题。必须区分两种基本情况。在第一种情况中，权利持有人将其知识产权进行了转让，然后设定了担保权。在这种情况下，后继的有担保债权人什么也得不到，因为设保人不能给予其所没有的权利。但是，如果适用的知识产权法保护善意的有担保债权人，则先在知识产权登记处登记的后设定的担保权具有优先权。在第二种情况中，权利持有人设定了担保权，然后将其知识产权进行转让。在这种情况下，根据一般适用的财产法原则，即财产权追随受让人、承租人或被许可人手中的资产（财产权的追及权），《贸易法委员会担保交易指南》规定，受让人、承租人或被许可人取得附带担保权的担保资产（见建议 79；A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1 中的优先权一节讨论了例外情形）。还应当指出的是，根据《贸易法委员会担保交易指南》，优先担保权只在下述情况下优先：即该担保权已通过担保权普通登记处登记备案而取得了第三方效力。

72. 工作组似宜注意到，根据建议 4(b)项，如果知识产权法规则赋予第一个在国家知识产权登记处正式记录其权利的当事人以优先权，则优先权应当以这项规则为基础。工作组似宜考虑是在关于优先权的评注中讨论这一问题，还是将其提升为一般政策方法。工作组还似宜考虑评注是否应讨论《贸易法委员会担保交易指南》中的第三方效力（与对抗竞合求偿人的效力有关）与知识产权法中的第三方效力（与对抗知识产权受让人、被许可人和侵权人的效力有关）之间的不同。

73. 关于基本方法的另一个例子可能与下述问题有关：即各国是否应能继续使用其现行的知识产权融资特定方法，通过有条件转让、抵押、固定担保、固定质押或其他可比办法进行融资。这可能是服从于知识产权法原则的具体体现，知识产权法要求，这些方法必须得到有关知识产权的法律（而不是一般财产法）的授权。对于这种融资手段是否具有相对于《贸易法委员会担保交易指南》规定的担保权的优先权问题，最好作为一个优先权问题来处理，尽管它可能也影响到实现第三方效力的方法。无论如何，根据《贸易法委员会担保交易指南》，在专门登记处登记的担保权或其他权利拥有相对于在担保权普通登记处登记的担保权的优先权（见建议 77 和 78）。

74. 根据《贸易法委员会担保交易指南》，这种优先权不能延及没有在相关知识产权登记处进行登记的担保权。不过，如果在一项知识产权上设定了担保权，而该权利随后被转让或被许可使用，则受让人或被许可人将取得附带担保权的知识产权（见建议 79）。这两种优先权规则都必须服从建议 4(b)项中所述的原则，该原则意味着，如果这两种优先权规则与知识产权法的优先权规则不一致，则以知识产权法的优先权规则为准。工作组似宜考虑是否应区分所有权上的担保权与知识财产许可使用人权利上的担保权。此外，工作组似宜考虑特定知识产权上的担保权是否应服从与包括知识产权在内的资产总汇上的担保权所不同的第三方效力和优先权规则。

75. 关于其他关键目标和基本政策的例子可包括以下方面：担保交易法既不应降低知识产权的价值，也不应导致意外放弃知识产权（例如商标使用不当或根本没有在货物或服务上使用商标，或者未能实行适当的质量控制等行为可能会造成价值的灭失甚至放弃）；就商标而言，应避免使消费者感到疑惑（例如有

担保债权人从货物上取走商标并加以变卖)；担保交易法不应而且也没有规定，按照私人许可在被许可人享有的权利上设定担保权可能导致未经所有人同意而转让此类权利。

C. 适用范围和其他一般规则

1. 《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性方法

76. 《贸易法委员会担保交易指南》适用于包括知识产权在内的所有类型动产上的担保权（见建议 2(a)项）。但在“[担保交易]法条文与有关知识产权的国内法或国家缔结的有关知识产权的国际协议不相一致的前提下”对知识产权不予适用（见建议 4(b)项）。

77. 如上文所述（见第 65 段），“有关知识产权的法律”包括成文法和不成文法，其具体范围虽然由知识产权法决定，但似乎比严格定义的“知识产权法”的范围要广，又比一般的财产法或合同法（如大陆法系国法典或英美法系国判例法的规定）范围要窄。

78. 因此，例如，如果国内法规定，某一知识产权必须在指定登记处登记才能对第三方有效，那么国内法的这一规则便凌驾于国家根据《贸易法委员会担保交易指南》建议颁布的任何与之不符的规则之上。但是，如果国家的一般财产法或合同法规定，与一般财产权有关的合同必须采用公证形式（因此这一规则可适用于知识产权转让合同），则这类规则不属于建议 4(b)项所述的例外情形。理由是，这条规则不构成“有关知识产权的国内法”。这样一条国内法律规则可能对知识产权制度产生间接的影响，但并未阐述知识产权制度本身的任何具体特征。

79. 同样，在有一连串受让人（包括以担保方式进行的转让中的受让人）的情况下，谁有所有权由知识产权法决定。同时，以担保方式进行的转让是不是担保手段，由一般财产和担保交易法决定。

80. 此外，知识产权法可以规定特别的规则，对债权人为执行针对权利持有人的判决而扣押并出售知识产权的方式加以规范。在这种情形下，《贸易法委员会担保交易指南》的强制执行制度服从于知识产权法。但是，如果没有关于该事项的知识产权法规则，判决的强制执行又是以民事诉讼程序法或执行法为准，则《贸易法委员会担保交易指南》所述的担保权强制执行制度便优先于有关强制执行债务和判决的一般国内规则。

81. 最后，《贸易法委员会担保交易指南》除某些例外情形之外，基本上承认当事人意思自治原则并促进电子通信（见建议 10 和 11）。工作组似宜讨论这些原则在有关知识产权的担保交易中的特殊表达方式。例如，评注可以指出，如果知识产权法承认有担保债权人为权利持有人，设保人和有担保债权人可商定，有担保债权人可依据知识产权法成为权利持有人，从而有权登记或续展登记，并有权起诉侵权人。

2. 可能对特定资产建议作出的调整

82. 工作组似宜审议，对于《贸易法委员会担保交易指南》关于知识产权上担保权的附件的范围，评注是否应当澄清，附件的目的是解释《贸易法委员会担保交易指南》中的方法与有关知识产权的法律之间在哪一处可能存在矛盾，并就专门针对知识产权的建议和评注进行必要的调整，以避免这些矛盾。此外，工作组似宜审议以下段落中简要讨论的问题。

(a) 知识产权的彻底转让 (assignments 或 transfers)

83. 工作组似宜审议《贸易法委员会担保交易指南》是否应当适用于知识产权的彻底转让，如果是，适用的范围如何。在这方面，工作组似宜注意，《贸易法委员会担保交易指南》所适用的唯一一种彻底转让就是应收款的彻底转让。因此，《贸易法委员会担保交易指南》适用于应收款受让人权利的设定、第三方效力和优先权等问题。但是，这一办法仅限于在强制执行时行为标准的适用（善意和商业合理性）以及受让人收取所转让应收款的权利和为所转让应收款的支付作保的权利（见建议 3 和 167）。如前文所述（见上文第 49-51 段），知识产权所产生的应收款通常被视为知识产权的收益。

84. 《贸易法委员会担保交易指南》在应收款彻底转让方面采取这种办法的理由主要有：(i)对于同一转让人主要通过登记方式多次转让同一笔应收款的情形需要有一套综合性的优先权规则（可转让票据所代表的应收款除外，占有可转让票据便具有较优先的担保权）；(ii)需要解决担保式转让与彻底转让之间的优先权冲突；(iii)第三方很难确定一项转让是担保式转让、彻底转让还是在应收款上设定担保权的交易。在决定《贸易法委员会担保交易指南》是否应当涵盖知识产权的彻底转让以及涵盖范围时，工作组似宜审议上述理由是否适用于知识产权，或者是否应当以其他考虑为重。

85. 在知识产权法中，“第三方效力”、“优先权”和“竞合求偿人”这些概念可能有所不同，主要是因为其中涉及转让竞合所有权和行使源自所有权的权利的问题。如前所述（见上文第 66-67 段），在担保交易法中，不将有担保债权人作为所有人对待（除非其在发生违约后行使救济权以获得担保资产）；即使有担保债权人对担保资产做了处分，它所行使的也只是设保人的所有权利。因此，既然《贸易法委员会担保交易指南》服从于知识产权法，可能就不需要处理彻底转让的问题，除非与一项担保权发生优先权冲突。

(b) 根据许可协议产生的权利

86. 如前所述（见上文第 53 段），许可协议不是担保交易，也不产生担保权（或购置款担保权或保留所有权的权利）。但是，根据《贸易法委员会担保交易指南》，可在许可协议所规定的许可人或被许可人的权利上设定担保权。在交叉许可协议中，被许可人可能会对许可使用的知识产权进行改进，并将其回授许可人使用。在这类安排中，每一方当事人既是许可人又是被许可人。

(一) 许可人的权利

87. 许可人有权索取许可使用费，可能还有其他可用作信贷担保的有价值的合同权利（例如有权要求被许可人为所许可使用的知识财产或使用了知识产权的产品做广告）。

88. 按照大多数法律制度所采取的、而且也是《联合国转让公约》所反映的办法，《贸易法委员会担保交易指南》将应收款作为一种资产处理，独立于产生该应收款的资产之外，就像租金独立于产生租金的动产或不动产之外一样。因此《贸易法委员会担保交易指南》对许可使用费也采取同样的对待办法。也就是说，一般性建议按照专门针对应收款的建议修改后适用。因此，根据《贸易法委员会担保交易指南》，取消了与未来应收款转让或应收款大批转让或部分转让有关的法定禁止（见建议 23）。但其他法定禁止不受影响（见建议 18）。当然，根据建议 4(b)项，这一处理办法要服从于有关知识产权的法律。

89. 工作组可以讨论的问题包括：(i)将担保资产描述为“知识产权”是否足以将使用费算作一种收益形式，或者是否有必要将使用费描述为独立的担保品（即“包括使用费在内的知识产权”）；(ii)需要采取哪些步骤使使用费上的担保权具有对抗第三方的效力，这些步骤是否不同于产生使用费的知识产权取得第三方效力时所采取的步骤；(iii)需要采取哪些步骤使使用费上的担保权优先于竞合求偿人，这些步骤是否不同于产生使用费的知识产权取得优先权时所采取的步骤；(iv)这些问题适用哪些法律冲突规则。

90. 根据《贸易法委员会担保交易指南》，如果被许可人（或分许可使用人）在规定应支付使用费的许可协议（或分许可协议）中列入一项合同条款，限制许可人（或分许可人）向第三方（“受让人”）转让使用费的能力，许可人（或分许可人）的使用费转让仍然有效，被许可人（或分许可使用人）不能仅仅因为使用费被转让而终止许可协议（或分许可协议）（见建议 24）。但是，被许可人（作为所转让应收款的债务人）可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，《贸易法委员会担保交易指南》不影响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）。

91. 需要指出的是，如果许可人和被许可人之间约定被许可人不转让分许可使用人应向被许可人支付的分许可使用费，这些规定便不适用。可能出现这种结果的情形是，许可人和被许可人约定分许可使用费用于被许可人进一步开发许可使用的知识产权。因此，《贸易法委员会担保交易指南》不影响许可人的下述权利：与被许可人谈判许可协议，以便控制什么人能够使用知识产权或被许可人和分许可使用人所支付的使用费的流动。

92. 同样，《贸易法委员会担保交易指南》不影响许可人的下述权利：与被许可人约定，被许可人将许可证下的权利转让给分许可使用人后，不转让支付给被许可人的使用费，从而保护其收取被许可人所应支付的使用费的权利。在这种情形下，应当注意，如果许可人有权在被许可人违反这一约定时终止许可证，那么分许可使用人就会积极确保许可人得到付款。此外，《贸易法委员会

担保交易指南》不影响许可人下述权利：与被许可人约定，被许可人的使用费（即被许可人应付给许可人的使用费）付到许可人名下的账户，或根据《贸易法委员会担保交易指南》的规定，在分许可使用人未来付给被许可人的使用费上取得担保权，在担保权普通登记处登记担保权的通知，从而取得优先于被许可人的其他债权人的担保权。但是，这类优先权不能是自动产生的。它遵循《贸易法委员会担保交易指南》关于取得担保权的第三方效力和优先权的规则。

93. 最后，应当指出，《贸易法委员会担保交易指南》关于应收款转让限制的各项规定仅适用于合同规定的限制。许多国家有“著者保护”法或类似的法律，规定使用知识产权所得的某一部分收入属于“公平报酬”一类，必须付给著者或其他有资格的当事人或其收费机构。这些法律通常将此类付款当作不可放弃的付款处理，从而表明此类付款不可转让，或实际上不能转让。《贸易法委员会担保交易指南》有关应收款转让限制的规定不适用于这些或其他法律限制。

(二) 被许可人的权利

94. 被许可人有权按照许可证的条款使用知识产权。此外，如果被许可人根据许可证的条款有权发放分许可证，该被许可人便有权向分许可使用人收取使用费。知识产权法通常规定，未经许可人同意，被许可人不得在其对所许可的知识财产的使用权上设定担保权，或在其向分许可使用人收取使用费的权利上设定担保权（若被许可人出售正在经营中的企业，可能属于例外情况）。原因是，许可人必须对所许可的知识财产具有控制权，能够决定谁可以使用。否则，与知识产权有关的资料的保密性和价值可能会受到损害。《贸易法委员会担保交易指南》不影响上述许可做法（见下文第 122 段）。

(c) 对知识产权侵害人的索赔款

95. 在一些法域，针对知识产权侵害人的索赔款是可以转让的，还可用作信贷担保。在另外一些法域中，此类索赔若没有所有权权利是不能转让的。如果法律禁止转让索赔款，《贸易法委员会担保交易指南》对其没有影响（见建议 18）。这样，知识产权上的担保权不会延及对侵害人的索赔款。

96. 如果索赔款可以转让，便会出现一个问题：知识产权上的担保权是否会延及对侵害人的索赔款。工作组似宜考虑到，这是知识产权法解决的问题。如果知识产权法不涉及这一问题或将其留给担保协议处理，便会出现另一个问题：从担保交易法的角度来看，即使担保协议对担保资产的描述没有明确包含索赔款，索赔款也应当是作保知识产权的一部分，还是说只有当担保协议明确提及索赔款时，索赔款才是作保知识产权的一部分。至于提及担保协议的方式，可以是对担保资产进行适当描述以涵盖有关的知识产权和对侵害人的索赔款。也可以是在违约说明中指出所有权人未能对作保知识产权的侵害人提起诉讼。

97. 无论上述问题的答案如何，即使索赔款不是最初作保的知识产权的一部分，也应当是《贸易法委员会担保交易指南》所规定的收益，因此有担保债权人可行使设保人的权利并起诉侵害人。

98. 但是，应当区别下述各类情形。如果在知识产权上设定担保权时已经发生了侵害行为，知识产权持有人已经起诉了侵害人，侵害人也已经支付了赔偿，则所支付的赔偿金不属于知识产权的一部分，有担保债权人在发生违约时不能将其作为原始担保的一部分要求支付。但有担保债权人可将其作为原始担保品的收益要求支付。如果尚未支付赔偿金，应付款可作为连带权利而成为知识产权的一部分，发生违约时，有担保债权人可以要求支付。如果在担保权设定时诉讼仍未结束，发生违约时有担保债权人应当能够给予知识产权的买受人继续进行诉讼的权利（如果担保协议作此规定，或者除非担保协议另有规定）。

99. 如果担保资产是被许可人的权利，也会出现类似的问题，即：(i)许可人或被许可人及其有担保债权人可否行使针对侵害人的权利；(ii)如果知识产权法不涉及这一问题并将其留给当事人处理，而且当事人没有约定不适用缺省规则，是否应当有可适用的缺省规则。

(d) 登记知识产权的权利

100. 还有一个问题是，登记知识产权或续展登记的权利是所有权人不可剥夺的权利，还是可以转让并因而属于作保知识产权的一部分。如果是后者，有担保债权人似宜有权登记或续展登记。工作组似宜审议是否应将该问题作为知识产权法的问题处理。如果知识产权法不涉及这一问题而将其留给当事人决定，就会产生与索赔款相似的问题，即，即使担保协议并无提及，登记或续展登记的权利也属于作保知识产权的一部分，还是说只有当担保协议特别提及时，登记或续展登记的权利才属于作保知识产权的一部分。至于提及担保协议的方式，可以是对担保资产进行适当描述以涵盖有关的知识产权、对侵害人的索赔款和登记权。也可以是在对违约说明中指出所有权人未能对作保知识产权进行登记或续展登记。

101. 如果担保资产是被许可人的权利，也会产生类似的问题，即：(i)许可人或被许可人及其有担保债权人可否行使针对侵害人的权利；(ii)如果知识产权法不涉及这一问题并将其留给当事人处理，而且当事人没有约定不适用缺省规则，是否应当有可适用的缺省规则，即规定被许可人及其有担保债权人可对知识产权进行登记或续展登记。

(e) 与有形资产有关的知识产权

102. 知识产权和有形资产之间的关系通常是复杂的。有时，有形资产是按照专利许可工序或通过行使专利权生产出来的。有时，有形资产带有知识产权的明显标记（例如带有商标的牛仔服或带有芯片的轿车，芯片包含有版权的软件拷贝）。有时，有形资产是承载知识产权的一种物质形式（例如载有软件程序的

CD 或包含专利产品的热力泵)。但是,在上述每种情形下,对于知识产权法来说,知识产权独立于这些有形资产而存在,是一种单独的无形财产权利。

103. 出现的问题是,在有关的有形资产上享有担保权的有担保债权人,只是在担保协议在对担保资产的描述中具体列入有关的知识产权时(例如所有库存品和任何有关的知识产权)才在该有形资产上取得可执行的担保权,还是说即使对担保资产的描述很笼统(例如所有库存品)仍会在该有形资产上取得可执行的担保权。如果具体描述是必不可少的,那么在库存品上取得担保权而又不知道相关知识产权的有担保债权人便得不到保护。这一结果可能既损害库存品融资,也无益于知识产权持有人(因为有其他办法保护权利持有人)。工作组似宜审议以下案例。

104. 如果一商标所有人出售商标货物(例如软饮料),且买受人在货物上设定了担保权,发生违约时便会出现有担保债权人处分货物的能力问题。答案取决于买受人/设保人所取得的权利。如果买受人/设保人取得货物时所进行的交易穷竭了商标所有人的有关商标权,则有担保债权人在强制执行时可在所穷竭的权利的范围内处分货物。例如,如果销售仅穷竭了在一国之内的权利,则有担保债权人可在该国转售货物,但不能在权利未穷竭的另一国转售货物。另一种情形是,商标所有人可能给予买受人转售货物的权利,有担保债权人在买受人违约时取得了行使该权利的权利。当然,在这种情形下,转售要符合商标所有人和买受人之间协议的条款;这样,如果协议以某种方式限制对货物的处分,则有担保债权人也应当服从。

105. 同样,如果商标所有人给予生产商或货物分销商许可证,该生产商或分销商在货物上设定了担保权,则有担保债权人能否转售货物取决于商标许可证的条款。在某些情形下,可能适用穷竭原则(或规则)。在另一些情形下,商标所有人可能仅授权生产商制造货物,最终由商标所有人转售,在这种情形下,有担保债权人所享有的权利不能超过生产商所取得的权利。“穷竭原则”(通常称作“权利穷竭”)是知识产权法中的一个概念,根据这一原则,在使用知识产权的资产首次被使用之后,知识产权所有人将失去或“穷竭”某些权利。例如,商标所有人控制其商标产品进一步销售的能力通常在出售该产品之后便“穷竭”了。这一规则使转售人免于承担侵害赔偿责任。但必须指出,这种保护仅延及下述情形:货物未被改动以至于在实质上不同于源自商标所有人的货物。例如,转售人不可去除或改变商标所有人贴在商品上的商标。

106. 在某些情形下,或许有可能去除货物上的知识产权。例如,或许有可能从轿车上卸除载有版权软件的芯片。在这种情形下,如果许可人终止许可证,有担保债权人或许能够出售货物而不提及任何知识产权。换言之,除非许可协议另有规定,否则生产商或分销商及其有担保债权人不能在未得到权利持有人正当许可的情况下处分货物。这意味着,如果知识产权不能剥离(例如将专利从专利泵库存品上剥离),则有担保债权人不能在未获权利持有人许可的情况下出售库存品。如果知识产权可以剥离(例如将版权从库存轿车上的版权软件上剥离),则有担保债权人必须先剥离知识产权,然后出售不带知识产权的资产(例如轿车可装配其他软件)。

107. 无论如何，关于许可协议下当事人的权利问题，担保交易法应当服从于知识产权法。也就是说，除其他外，《贸易法委员会担保交易指南》不会影响到许可证所载的任何禁止转让约定，即被许可人不可转授许可证，或者，如果被许可人可以转授许可证，不可转让其根据转授许可协议享有的使用费。

(f) 当事人意思自治原则和电子通信对知识产权上担保权的适用

108. 工作组似宜审议，评注是否应当解释当事人意思自治的原则和电子通信对知识产权上担保权的适用问题（见 A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1 号文件中担保协议当事人的权利和义务一节）。

D. 担保权的设定（在当事人之间的效力）

1. 《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法

109. 《贸易法委员会担保交易指南》规定，担保权由设保人和有担保债权人之间的协议设定（见建议 12）。担保协议要具有效力，就必须反映当事双方设定担保权的意图，必须指明有担保债权人和设保人的身份，并描述附担保债务以及担保资产（见建议 13）。至于可能不受占有权限制的无形资产（如知识产权），则必须以书面形式订立协议或出具书面证据，以此或结合当事双方之间的行为方式，表明设保人设定担保权的意图。否则担保协议甚至可以是口头协议（见建议 15）。担保权（包括以担保方式进行的转让）一旦设定，便仅在当事人之间产生效力；须满足另外一项要求才能具有对抗第三方的效力（见建议 14 至 29）。

110. 可以笼统地描述根据担保协议担保的资产，如“现有和未来的全部资产”或“现有和未来的全部库存品”（见建议 14）。担保权可以担保任何种类的债务，无论是现有的还是未来的，已确定的还是可确定的，以及附条件债务和浮动债务（见建议 16）。担保权可涵盖任何种类的资产，包括担保协议订立时可能尚不存在或设保人可能尚未拥有或无权设保的资产（见建议 17）。除了主要与未来应收款的可转让性有关的少数例外情况之外，对资产可转让性的法定限制不受影响（见建议 18）。除非担保协议当事双方另行约定，否则担保资产上的担保权延及其可以确定的收益（见建议 19）。

111. 如果担保资产是应收款，那么即使最初或任何后续转让人与应收款债务人或任何后续受让人之间订立的协议以任何方式限制转让人转让其应收款的权利，该应收款的转让仍在转让人和受让人之间有效，并具有对抗应收款债务人效力（见建议 24）。

2. 可能对特定资产建议作出的调整

112. 《贸易法委员会担保交易指南》关于担保权设定的一般规定可适用于知识产权上的担保权（见建议 13-19）。但是，某些规定对知识产权上担保权的适用可能需要按照特定资产建议进行调整。可能有必要审议一些问题。

(a) 设定的概念

113. 根据知识产权法，知识产权上担保权的转让（无论是彻底转让还是担保式转让）和设定必须以书面协议为凭。对于须在知识产权登记处登记的知识产权，协议可能要对其做具体描述。

114. 许多法域的知识产权法规定，知识产权的转让（无论是彻底转让还是担保式转让）和担保权的设定具有对抗所有各方的效力（换言之，对物权普遍适用）。《知识产权协定》要求通过适当执行国内立法框架，承认以转让或许可方式自愿转让知识产权的情形（见第 9、21 和 28(2)条）。《贸易法委员会担保交易指南》有关担保权设定的建议似乎没有任何与《与知识产权协定》不一致的内容。无论如何，即使有任何不一致之处，仍以《知识产权协定》为准，这不仅是因为建议 4(b)项，还是因为《贸易法委员会担保交易指南》是通过国内法得到执行，而国内法通常服从于颁布国的国际义务。

115. 至于设定问题，这意味着，如果知识产权法述及知识产权上担保权的设定（包括担保式转让），便以知识产权法为准。如果知识产权法未述及，则适用担保交易法（见建议 4(b)项）。

(b) 设定和登记

116. 在某些法域中，规定对知识产权的转让必须进行登记才能取得效力，但对知识产权上担保权的设定不要求登记。在另一些法域中，转让和担保权都必须登记，但登记可能只有宣示效果或只对第三方有效。还有一些法域规定，至少某些知识产权根本无须登记便可取得效力。例如，书或歌曲等编写出来即可取得版权。由于版权所有人的精神权利是不可转让的，因此不能在其上设定担保权（只可在经济权利即使用费和使用权上设定担保权）。根据《贸易法委员会担保交易指南》，登记是实现第三方效力的办法，但其本身并不能设定担保权，也不是设定担保权所必需的（见建议 33）。

117. 在这方面，上述办法意味着，如果根据知识产权法，知识产权的转让（包括担保式转让）必须在有关的知识产权登记处登记，那么《贸易法委员会担保交易指南》不会干涉到这一要求（即使《贸易法委员会担保交易指南》将担保式转让等同于担保权）。管辖专门登记处的制度是否允许进行此类登记，如果允许，登记的机制（例如是否要求文件登记而非通知登记）和法律后果（即是设定权利还是使权利具有对抗第三方效力）由该制度决定。

118. 例如，即将在专门登记处登记的文件对作为担保资产的知识产权的描述的具体程度由知识产权法决定。根据知识产权法，包含“全部知识产权”的描述

或许不能满足上述目的，但“在 X 国享有的专利 B 上的全部权利”或“A 工作室拥有的所有电影，名称见附表”之类的描述通常是足够的。同样，由于知识产权登记处按知识产权而不是按设保人名称或其他标识来编列登记文件的索引，仅指明“设保人的全部知识产权”的文件不足以在登记处登记。根据知识产权法，有必要在登记文件中指明每一种知识产权。此外，知识产权法可能会要求在担保协议中描述担保资产，以达到同样的精确程度。

119. 如果知识产权法不要求对知识产权转让进行登记，《贸易法委员会担保交易指南》便适用，而且根据《贸易法委员会担保交易指南》，以担保方式进行的知识产权转让至少必须在担保权普通登记处登记，才能具有对抗第三方的效力并取得优先权。

(c) 对知识产权可转让性的法律限制或合同限制

120. 根据知识产权法，某些知识产权不得根据法律或合同转让。《贸易法委员会担保交易指南》尊重对知识产权可转让性的法律限制或合同限制（见建议 18）。因此，不能利用著者的精神权利等取得担保。同样，如果根据知识产权法不可转让与著者或发明人的个人服务合同下的服务接受权，则未经须履行服务的当事人同意，不能利用该服务接受权取得担保。

121. 仅有的例外情况是指对未来应收款、大批转让或部分转让的应收款或应收款中不可分割权益的可转让性的法律限制，以及对知识产权的出售或许可使用所产生的应收款的转让的合同限制（见建议 23-25）。

122. 关于限制应收款可转让性的协议，《贸易法委员会担保交易指南》规定，应收款债权人和该应收款债务人之间的协议可在两者之间强制执行，但其本身不能成为废止产生应收款的合同的正当理由，也不能对受让人强制执行。但是，如果根据其他法律转让人因违反合同而对债务人负有赔偿责任，《贸易法委员会担保交易指南》不影响该赔偿责任（见建议 24）。也就是说，被许可人不能通过协议防止许可人转让其收取被许可人所应支付的使用费的权利。但是，这一规定不适用于许可人和被许可人之间的下述约定：禁止被许可人发放分许可证或转让被许可人作为许可转授人而应从分许可使用人处获得的使用费（另见第 90-94 段）。

(d) 未来知识产权上担保权的设定

123. 许多知识产权法对各种类型的未来知识产权（例如在担保权设定时未知的新媒体或技术应用上的权利；但“未来”的概念还可能包含已经设定但尚未登记的可登记权利）的转让加以限制。法定限制的方式可能是要求对知识产权作具体描述。限制规定的原因也可能是“谁也不能以己所无予人”的原则，根据这一原则，取得担保权的债权人所获得的权利不超过设保人的权利。特别是，如果设保人是被许可人，则该被许可人所能给予的不超过许可人给予被许可人的权利。因此，出贷人有必要以应有的谨慎确定被许可人权利的范围、这些权利的期限以及可在哪些地域行使等事项。

124. 对未来知识产权用作信贷担保的其他限制可能是因为知识产权法中“改进”和“衍生作品”这两个概念的含义。债权人应当了解这些概念根据知识产权法是如何解释的，以及它们对知识产权上担保权设定所涉及的基本概念“所有权”有何影响。作上述确定对于软件等情形尤为重要。例如，在这种情形下，如果出贷人供资时存在一个软件版本，供资后对该版本进行了改动，而根据知识产权法确定对该版本的改动为“衍生作品”（知识产权法的概念），则该软件版本上的担保权不能延及对它的改动。与其他法定限制情形一样，《贸易法委员会担保交易指南》不影响这些限制（见建议 18）。

125. 如果没有此类限制，则《贸易法委员会担保交易指南》适用，并允许在未来资产（即担保人在其上设定担保权之后才产生或购置的资产）上设定担保权（见建议 17）。这一办法的理由是，允许担保权延及后来产生或取得的知识产权具有商业效用。例如，在某些国家，可以在签发专利之前在专利申请上设定担保权。同样，为即将拍摄的电影或将要开发的软件提供资金也是通行的做法。

(e) 作保知识产权的所有权

126. 对于知识产权，所有权决定着资产价值的重要组成部分，包括为执行专利、发放许可证和追究侵害人责任等目的与政府主管部门打交道的权利。因此，在知识产权法中，关键是要确定持有知识产权所有权的人是设保人还是有担保债权人，因为这对当事双方都很重要，以便保持担保资产的价值。

127. 如前所述（见第 66-68 段），谁具有所有权以及当事人是否可自行决定谁具有所有权，这是知识产权法处理的问题。《贸易法委员会担保交易指南》在这方面服从于知识产权法（见建议 4(b)项）。无论如何，根据《贸易法委员会担保交易指南》，在担保交易法中，设保人仍为知识产权所有人，有担保债权人不能成为知识产权所有人，至少不能在为收回附担保债务而取得资产之前（取得资产要经过设保人及设保人的其他债权人同意）（见建议 156-157），或者不能在其在公开出售中购得资产之前（见建议 141 和 148）。这一办法的依据是下述假设：有担保债权人对附担保债务的偿付上享有合法权益，通常不准备或不愿意接受与所有权有关的责任和费用，除非其明确决定要取得所有权。

128. 此外，《贸易法委员会担保交易指南》不影响在一连串受让人中谁享有所有权的问题，也不影响“谁也不能以己所无予人”这一原则的适用。根据《贸易法委员会担保交易指南》，对于有形资产和无形资产都有必要查究谁具有所有权；而且根据《贸易法委员会担保交易指南》，登记不影响所有权，因为登记仅会产生第三方效力和优先权，而不会设定权利，特别是在设保人并不具有此类权利的情况下。

(f) 担保资产的性质

129. 工作组似宜考虑到，可以在知识产权所有权（包括共同所有权）、根据许可协议产生的权利、包括知识产权在内的资产以及对侵害人的索赔款上设定担

保权。评注可解释，在所有情形下，根据一般法律原则（例如“谁也不能以己所无予人”的原则），有担保债权人所得到的权利不超过设保人所有的权利。因此，例如，如果许可人允许在设保人根据许可证享有的权利（使用知识产权并取得分许可证受让人应付的使用费）上设定担保权，则该担保权受许可证条款的限制。评注还可解释，在包括知识产权在内的资产上享有担保权的有担保债权人是否可不经知识产权持有人同意出售该资产，如果是，范围如何。此外，评注还可解释，在担保交易法中，对许可使用费的处理办法与任何其他应收款相同。

(g) 购置款融资和许可协议

130. 《贸易法委员会担保交易指南》规定，关于有形资产的购置款融资安排（即保留所有权销售、融资租赁和购置款出借交易）应当作为担保交易处理，并为这类交易提出了统一处理法和非统一处理法（见建议 9 和建议 187-202）。

131. 许可协议可能带有担保交易的某些特征，因为许可协议涉及到：(i)许可人向被许可人供资，条件是今后定期分批支付使用费；(ii)许可人允许被许可人按照许可协议规定的条件使用知识产权；(iii)许可人保留对知识产权的所有权。但许可协议不是担保交易。在许可协议中，许可人仍为所有权人，而不会成为有担保债权人，被许可人不会取得所有权，如果许可证和知识产权法不允许，也不能自动有权在许可证上设定担保权或向第三方发放分许可证。

(h) 与有形资产有关的知识产权

132. 如前所述（见上文第 102-107 段），对于在有形资产上使用知识产权的情形，必须记住这里涉及的是两种不同类型的资产。一种是知识产权；另一种是有形资产上的权利。这些权利是彼此独立的。知识产权法允许权利持有人控制有形资产的许多用途但非所有用途。例如，知识产权法允许权利持有人防止未经授权复制一本书，但不允许其防止已购买图书的有授权书店出售图书，或最终买方读书时在空白处作笔记。这样，知识产权上的担保权不延及有形资产，有形资产上的担保权不延及知识产权，除非担保协议另有明确或不明确的规定。换言之，担保权的范围取决于担保协议对担保资产的描述。在这方面产生的问题是，描述是否应当具体（如我的库存品和所有相关的知识产权及其他权利），或者一般描述是否足够。一般描述似乎符合《贸易法委员会担保交易指南》的各项原则和当事人的合理期望，认识到所涉及的是相互独立的资产。同时还应当尊重知识产权法的主要原则。

133. 这样，在知识产权的使用与有形资产有关时，有担保债权人处分有形资产的能力最终取决于担保协议的条款。设保人可给予一个债权人有形库存品上的担保权，给予另一个债权人知识产权上的担保权。这通常发生在知识产权持有人利用制造商或实验室制造物品并由另一人进行处分的情形中。在这种情形下，若发生违约，双方当事人可能需要合作处分担保资产。还有一种情况是，设保人可能已经从权利持有人那里取得了许可，因此，在“库存品”上设定担保权后，若发生违约，有担保债权人可以处分有形物品，因为知识产权法的要

求已得到满足。最后，如果设保人已经在“穷竭”有关知识产权的交易中取得了货物的所有权，则有担保债权人至少可在穷竭的权利范围内转售货物。

E. 担保权的第三方效力

1. 《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法

134. 如前所述，《贸易法委员会担保交易指南》对设定和第三方效力作了区分。前者是在当事人之间的效力（简单的协议便足以设定无形资产上的担保权），后者要采取另外的行动才能实现（见建议 29）。

135. 使担保权具有对抗第三方效力的主要方法是，在担保权普通登记处登记一项载有有限信息的通知（见建议 32）。使担保权具有对抗第三方效力的其他方法包括：在专门登记处进行登记（见建议 38）、转让占有权（见建议 37）和控制权（见建议 49 和 50）。

136. 登记通知并不能设定担保权，对于担保权的设定也是毫无必要的（见建议 33）。无论如何，在担保权普通登记处登记通知不会反映出有关知识产权的产权链。同有形资产和其他无形资产的情形一样，有担保债权人必须在担保权普通登记处之外查明担保资产的产权链，以确保自己按照“谁也不能以己所无予人”的原则从所有权人或其他权利持有人处取得有效的担保权。

2. 可能对特定资产建议作出的调整

(a) 第三方效力的概念

137. 根据担保交易法，“第三方”这一术语系指担保权设保人的债权人，在发生违约时，会在哪一方首先获得付款的问题上与有担保债权人竞争（如果设保人或其他债务人无法支付所有未付债务，这一点便很重要）。根据知识产权法，第三方还包括受让人、被许可人和知识产权侵害人。评注或许要澄清其中的区别，并说明担保交易法仅涉及竞合求偿人（其中一人应为有担保债权人或为担保目的转让知识产权的交易（作为担保交易处理）中的受让人）。知识产权对抗第三方受让人的效力或仅对抗侵害人的效力由知识产权法决定。

138. 关于知识产权上的担保权，《贸易法委员会担保交易指南》实际规定，除非知识产权法另有规定，否则根据知识产权法可在有关知识产权登记处（如专利或商标登记处）登记的知识产权上的担保权可在担保权普通登记处登记，也可在有关的知识产权登记处登记（见建议 38）。评注或许要澄清，在知识产权登记处登记的要求和法律后果由知识产权法处理。如果该法律规定，必须登记文件而非通知，其效力为成立效力或宣示效力，而非第三方效力，则《贸易法委员会担保交易指南》不干涉这些结果。如果有关知识产权的其他法律未涉及这些问题，则适用《贸易法委员会担保交易指南》（见建议 4(b)项）。

(b) 可在知识产权登记处登记的知识产权上担保权的第三方效力

139. 如前所述，一些知识产权是可登记的（如商标和专利）。这类知识产权上的担保权必须在有关登记处登记才能设定、具有第三方效力，并实现宣示目的。如有改进或衍生作品，其产生后便须在有关的知识产权登记处登记。这类改进或衍生作品上的担保权也必须在知识产权登记处登记，但无须在担保权普通登记处登记，因为担保权普通登记处的原始登记涵盖未来资产。

140. 如果知识产权上的担保权是在担保权普通登记处登记的，而另一项担保权或转让是在有关的知识产权登记处登记的，便会产生一个问题，即哪一项担保权享有优先权，或受让人是否取得不附带担保权的知识产权。另一个问题是，第三方查询人是否有必要在这两个登记处查询。

141. 上述问题的答案似乎取决于竞合求偿人之间的优先顺序是如何规范的。根据《贸易法委员会担保交易指南》，如果 A 在一专利上为 B 设定了担保权，B 在担保权普通登记处进行了登记，然后 A 将专利所有权转让给 C，C 在专利登记处进行了登记，则 C 取得的权利不附带担保权，因为该担保权未在专利登记处登记（见建议 78）。同样，如果 A 没有转让，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《贸易法委员会担保交易指南》，C 享有优先权（见建议 77(a)项）。在上述每一种情形下，由于在专利登记处的登记产生的权利较为优先，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进行查询。

142. 如果第三方查询人需要在两个登记处查询，由于两个登记处的制度不同，他们在担保权普通登记处要按 A 的名称查找，在专利登记处要按专利的名称或编号查找。要解决这些难题，只有协调这两种不同系统的登记规则，使在有关的知识产权登记处进行的登记可以通过电子方式传送到设保人所在地的担保权登记处，并按设保人的名称或其他标识编入索引。这种传送工作需要登记人或知识产权登记处的登记人员登记一项可在担保权普通登记处登记的通知。工作组宜考虑到其他组织在知识产权登记方面开展的工作。

143. 在担保权普通登记处登记通知的担保权实际上次于在专门的知识产权登记处登记的担保权，但这不是设在普通登记处的登记没有价值，因为它仍然使担保权优先于其他债权人（如破产管理人和仅在担保权普通登记处登记的其他有担保债权人）。

144. 以上段落的讨论是假设登记处位于同一个国家。如果登记处位于不同的国家，就会出现各种适用法律问题，这将在下文讨论（见 A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1 中关于法律冲突的讨论）。如何定义所有权是造成适用法律问题的另一个问题（例如，为担保目的进行的转让可能在 A 国被当作转让处理，而在 B 国被当作担保权处理）。《贸易法委员会担保交易指南》规定，如果知识产权法把为担保目的进行的转让当作单纯的转让处理，便以知识产权法为准。如果知识产权法未述及这一问题，则适用《贸易法委员会担保交易指南》，并将担保转让当作一种担保手段处理（见建议 4(b)项）。

(c) 不可登记的知识产权上的担保权

145. 如前所述，根据知识产权法，并非所有类型的知识产权和知识产权上的所有权利都可以在知识产权登记处登记（例如，在某些国家，版权、商业机密或数据库权利，¹¹以及担保权或许可证都是不能登记的）。根据《贸易法委员会担保交易指南》，这类知识产权上的担保权可在担保权普通登记处登记通知，从而取得对抗第三方的效力。但在这种情形下，《贸易法委员会担保交易指南》规定，登记通知即足够，登记的效果是使担保权具有对抗第三方的效力（见建议 29、32-33 和 38）。

F. 登记制度

1. 《贸易法委员会担保交易指南》采取的一般性办法

146. 《贸易法委员会担保交易指南》建议设立担保权普通登记处（见建议 54-75）。一般来说，《贸易法委员会担保交易指南》中的登记制度的宗旨在于提供一种方法，使现有或未来资产上的担保权生效，以便为基于登记时间的优先顺序规则确定一个有效的参照点，并为处理设保人资产的第三方提供客观的信息来源，使其了解资产是否设有担保权。

147. 按照这一做法，只要登记通知，而不是登记担保协议或其他文件，即可完成登记（见建议 55(b)项）。通知只需提供以下信息：

- (a) 设保人和有担保债权人的身份及其地址；
- (b) 可合理识别担保资产的描述，笼统描述即可；
- (c) 登记有效期；以及
- (d) 关于最高担保金额的说明，如果颁布国有这类决定的话。

148. 《贸易法委员会担保交易指南》为指明设保人身份规定了明确的规则，无论其为自然人还是法人。这是因为通知均被编入索引，查询人可根据设保人的名称或设保人的某些其他可靠识别信息进行查询（见建议 55(h)项，以及建议 58-63）。《贸易法委员会担保交易指南》还载有简化登记处的运作和使用程序的其他规则。

2. 可能对特定资产建议作出的调整

(a) 登记处之间的协调

149. 如上所述，许多国家设有记录知识产权转让的登记处。其中一些登记处甚至可以登记担保权。在大多数国家，这些登记处登记专利和商标。一些国家有类似的版权登记处，但各国做法不一。有登记知识产权通知的登记处，但多数

¹¹ 见欧洲议会和欧洲理事会 1996 年 3 月 11 日关于对数据库的法律保护的第 96/9/EC 号指令。

采用记录行为制或“文件登记”制。在这种制度下，必须记录完整的转让文书，或者，在某些情况下，记录阐述基本转让条款的备忘录。这样做的原因是必须有透明度，因为在许多情形下，转让可能仅涉及知识产权中的有限权利。因此，转让文书必须指明所转让的具体权利，以便向查询者提供有效通知，并使资产得到高效利用。此外，知识产权登记处按具体知识产权而非设保人的识别信息将登记编入索引。这是因为核心重点在于知识产权本身，知识产权可能有多个共同发明人或共同著者，在进行转让时所有权可能会发生多种变化。

150. 《贸易法委员会担保交易指南》尊重知识产权登记处的不同制度和登记效力。只要知识产权法述及登记、登记要求和效力，《贸易法委员会担保交易指南》便服从于该法律。如果知识产权法未述及这些问题，则适用《贸易法委员会担保交易指南》（见建议 4(b)项）。此外，为了维护知识产权登记处（和其他专门登记处）的可靠性，《贸易法委员会担保交易指南》尽管一般适用于登记事项，仍规定，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）。出于同样原因，《贸易法委员会担保交易指南》规定，知识产权的受让人原则上取得知识产权而不附带之前设定的担保权，除非该担保权是在知识产权登记处登记的（见建议 78 和 79）。

151. 由于登记处之间的协调问题可能影响到知识产权法，《贸易法委员会担保交易指南》在解决这一问题时基本上服从于知识产权法和适当的优先权规则。工作组似宜审议，评注是否应当进一步讨论这一问题，或许建议各国考虑采取措施增进担保权普通登记处与知识产权登记处之间的协调。例如，一种措施可以是向担保权普通登记处发送关于在知识产权登记处进行的一项登记的通知。当然，在电子系统发送通知可能比在纸面系统更加容易、简便、快捷。

(b) 未来知识产权上担保权通知的登记

152. 《贸易法委员会担保交易指南》所建议的普通担保权登记处的一个基本特点是，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）。通知还可涵盖对资产的笼统描述（见建议 66）。这样，如果担保权涵盖所有现有或后来购置的库存品，通知便可如此指明此类库存品。由于优先顺序是按照登记日期确定的，出贷人可保持其在后来购置的库存品上的优先地位。这大大有利于循环信贷安排，因为按这种办法提供新贷款的出贷人知道自己在列入借款基数的新资产上依然可以享有优先地位。

153. 但是，现有的知识产权登记处并不能毫无困难地登记未来资产。由于知识产权转让或知识产权上的担保权是按每个具体的知识产权编入索引的，因此登记处只有首先知识产权之后，才能对其转让和其上的担保权进行有效记录。也就是说，专门登记处对未来知识产权的总括记录无效，每获得一项新的知识产权，就必须作一次新的记录。

154. 工作组似宜审议评注，是否应当解释，根据《贸易法委员会担保交易指南》，如果担保权不是通过设保人和有担保债权人之间的协议设定的，有担保债权人不会通过登记取得担保权。评注还可解释，如果知识产权法规定未来知

知识产权不可转让，则《贸易法委员会担保交易指南》不干涉这一禁止规定，也不会允许在此类资产上设定担保权。但是，如果其他法律不禁止在未来知识产权上设定担保权，便可根据《贸易法委员会担保交易指南》在此类资产上设定担保权并使其具有对抗第三方的效力。

(c) 双重登记或查询

155. 如果某一特定知识产权和其上的担保权都是可登记的，便会产生一个问题，即是否有必要在两个登记处登记。对于在知识产权登记处登记的细节问题，《贸易法委员会担保交易指南》服从于知识产权法，并依照担保交易法规定在这种登记处登记的权利享有优先权，因而没有必要进行双重登记或查询。有担保债权人和其他当事人始终需要在知识产权登记处进行登记和查询以确保第三方效力并优先于可能在有关的知识产权登记处登记的其他当事人。这并不意味着在担保权普通登记处的登记毫无用处。无论如何，在这类登记处登记的担保全都将具有对抗第三方的效力并优先于设保人的债权人的权利，如仅在普通登记处登记的其他有担保债权人、判决胜诉债权人和设保人的破产管理人。

156. 对于担保交易的目的来说，在下列情形下，仅在担保权普通登记处登记似乎是既有必要也有益处：(i)担保资产是知识产权法所规定的无须登记那种知识产权（如版权或商业机密）；(ii)知识产权上的权利是不可登记的（如担保权或许可证）；(iii)存在着仅在普通担保权登记处登记的其他有担保债权人。工作组似宜研究这种办法是否会造成与知识产权法相悖之处。

(d) 登记效力的时间

157. 根据许多法域的专利和商标法，优先权追溯至登记申请的日期（如果登记处需要经过一段时间才能实际登记专利或商标，则如此规定是有益的）。根据《指南》，通知登记在通知中的信息输入登记处的记录并可供查询者查询时便即生效（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。但如果登记处做的是纸面登记，通知登记要过一段时间才能生效。

158. 鉴于《贸易法委员会担保交易指南》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，因为《贸易法委员会担保交易指南》不影响专门登记处登记效力的时间。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方的效力，则该担保权便优先于较早在担保权登记处登记的担保权。

(e) 商标上担保权的登记

159. 工作组似宜注意到国际商标协会 2007 年 3 月 21 日建议的下述登记系统¹²，并似宜审议其中是否为讨论商标或其他类型的知识产权上担保权的登记问题提供了适当的基础。

160. 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：包括商标和服务标识在内的知识产权在商业出货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，还会造成难以控制的风险，即商标所有人可能失去其与商标有关的权利或其此类权利受到危害；许多国家没有或没有充分的商标担保权登记的记录机制；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。

161. 此类最佳做法的主要特征如下：

(a) 担保权应当可以根据已登记的商标登记，最好也可根据正在处理的申请所涵盖的标识登记；

(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进行登记，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当影响到附带担保权的合法商标所有权或衡平法上的商标所有权的转让，而且不应当赋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续延商标的期限；

(e) 为担保权的评估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系统或方法；

(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：(i)存在担保权，(ii)有关当事方，(iii)申请和（或）登记编号所涉商标，(iv)简述担保权的性质，(v)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过程不应过于繁琐；

¹² 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录入针对其记录的任何裁决或不利的行政决定或其他决定，并采取任何必要的行政行动；提交判决或决定的核证副本即可；

(k) 如果强制执行是通过判决或行政决定以外的手段开始的，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事处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。