

知识产权质押融资，一个不是很新的概念。在走过几年之后，质押融资究竟面临怎样的现实、机遇和困境？本刊编辑部从这一期开始，将推出《知识产权质押融资：路在何方》系列专题，探究质押融资这些年来的得失。同时工信部电子知识产权中心和本刊将于近期举办质押融资的专题研讨会，为促进质押融资和中小企业的发展出谋划策，详情请关注本刊近期专题。

为专利权质押正名

文 / 杨延超¹

一、专利权质押还是专利权抵押？

质押与抵押是我国《担保法》和《物权法》规定的两类重要的担保类型。²抵押是指债务人或者第三人转移抵押财产的占有，将该财产作为债权的担保。债务人未履行债务时，债权人有权依照法律规定以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。³而质押又包括动产质押与权利质押，是指债务人或者第三人将其动产（权利）移交债权人占有，将该动产作为债权的担保。债务人未履行债务时，债权人有权以该动产（权利）折价或者以拍卖、变卖该动产（权利）的价款优先受偿。⁴显然，抵押与质押的区别在于：抵押不要求转移财产之占有，而质押则必须转移财产之占有。

抵押和质押的区别在于是否转移占有。所谓占有是指“对物的事实上的控制与支配”。⁵占有的客体一般来说为物，以有体物为限，有体物又包括动产和不动产，二者虽然均可成为占有的客体，但发生的效力不同。动产适用占有制度，发生权利推定的效力；不动产适用登记制度，登记发生权利推定之效力。德国民法和瑞士民法也都将占有效力的适用范围限定于动产，我国学界通说也主张，“可以在法

律上规定，凡已经实行不动产登记的区域（例如城市）和已列入必须登记的不动产，已经办理不动产登记的，占有人的权利应以登记为准，不适用占有的权利推定。”

财产权利也可成为占有的客体，民法学上将其称为“准占有”。“占有制度的目的在于保护对于物的事实上的支配关系，以维护社会的和平秩序。而权利的占有人如果具有使他人足以信其享有该权利的表面，并且事实上行使该项权利，亦应对其加以保护，其目的同样是为了保护社会秩序。二者的区别，在于占有系对于有体物的支配，而准占有则系不包括有体物支配的对于财产权的支配，即权利的行使。因此也有学者将其称为‘权利的占有’”⁶“专利权能否成为占有之标的，学界说法不一。史尚宽先生认为，专利权可以作为准占有的标的。⁷郑成思教授则认为，“由于无体，作为专利权客体的信息，不可能被单独占有，因此以占有或准占有为第一要件的民法上的‘取得时效’，就决不可能适用于专利权”。

笔者以为，专利权不宜适用准占有制度。首先，专利权的准占有难以发挥权利推定效力，如企业在经营中使用某项专

利技术，并不会直接产生权利推定效力，相对人更愿意相信专利局对该项专利技术登记，这样，准占有的权利推定效力已经被登记所取代。其次，专利权准占有的善意取得效力也不可能发生。交易相对人很容易在专利局那里查询到真正的权利人。如果交易相对人“明知”出让人无处分权还与之交易，或是基于“重大过失”未经查询就与之进行交易，都无法构成善意，专利权准占有的善意取得效力无存在之空间。相反，如果是专利权登记错误，受让人基于登记之公示公信力而与无权处分人交易，才构成“善意”。最后，专利权准占有也不能发生取得时效后果。设想一项专利权人与97家使用者订立了使用许可合同，而第98家未经许可就把该专利当成自己所有的一样使用，专利所有人在“时效”期间未加追究，那么第98家是否会基于取得时效获得该项专利权？⁸如果是这样的话，第99、100、101家也都同样向第98家一样使用该专利而未予追究，那么到底又是谁通过“时效”取得了该项专利？显然，如承认专利权准占有之取得时效，则会产生出异常荒唐的结果。

总之，专利权是一项需要由国家机关授权才能产生的权利，它不适用民法之



“准占有”制度，取而代之的是国家的登记制度。那么，在所谓的专利权“质押”中，专利权人是无法像其他质押人那么转移专利权之占有或“准占有”，因此，我国《担保法》和《物权法》有关专利权质押的规定并不恰当。

二、为专利权质押正名的必要性

其实，把专利权的担保被称为“抵押”或是“质押”并不重要，但是它涉及到专利权担保制度的价值取向——是按照抵押制度或是按照质押制度来设计专利权担保？专利权抵押与专利权质押的区别在于：（1）担保财产的使用、收益情况不同。在抵押中，抵押人可以继续使用抵押并行使收益权；在质押中，质押人无权继续行使质押物的使用、收益权，除非征得质权人同意。⁹（2）担保财产的重复抵押和再抵押不同。重复抵押是指同一财产以同一价值向多个债权人抵押；再抵押是数个抵押权的价值不超过抵押物的总值，其实质是同一个抵押物设定抵押后，余额部分再设定抵押。《担保法》第35条第一款否定了重复抵押，第二款肯定了再抵押。

《担保法》第54条对同一财产向两个以上

债权人抵押时抵押权优先顺序作了规定。既然在同一财产上并存的抵押权可以按不同的顺序实现，各个抵押权之间就不会发生冲突。我国《物权法》在此基础上又进一步肯定了重复抵押。¹⁰事实上，抵押物价值也会随着市场行情发生变化的，在后取得抵押权的债权人如果明知抵押物上设定了其他抵押权，依据自己的判断仍然接受该抵押，就应当尊重债权人选择。¹¹因此，若适用抵押制度，专利权人将专利抵押后，仍有权利就该财产设定重复抵押和再抵押；若适用质押制度，专利权人既不能在质押财产上设定重复质押，也不能设

《担保法》第54条对同一财产向两个以上债权人抵押时抵押权优先顺序作了规定。既然在同一财产上并存的抵押权可以按不同的顺序实现，各个抵押权之间就不会发生冲突。

立再质押。（3）担保权人的保管义务不同。若适用抵押制度，因不转移抵押财产之占有，抵押权人不承担保管抵押财产之义务；若适用质押制度，质押权人则需承担保管质押财产之义务。¹²

笔者以为，专利权抵押比专利权质押更有利于实现专利担保目的：

首先，应当赋予专利权人使用、收益权。我国担保法按照质押制度限制了出质人对专利权的使用、收益权。¹³这一规定极不合理：（1）该规定忽视了动产质押与专利权担保的区别。在专利权担保前后，专利权的法律地位并未发生变化，这与动产质押不同，动产质押后出质人丧失动产之占有，自然不能行使使用、收益权，然而在专利权担保后，专利权人仍可以对其进行使用、收益。我国《担保法》忽视了专利权担保与动产质押的区别，机械适用动产质押制度。（2）这对于专利权人极为不利。专利权本身就具有法定期限限制，超过法定期限即进入公有领域，专利权人再无专有使用权。为鼓励创作，立法自然应当为专利要合理行使创造有利条件，然而《担保法》又对专利权行使进一步限制，这显然对专利权人利益实现极为不利。

(3) 这一规定不利于担保目的之实现。在担保关系中,如果不允许专利权人使用、收益权,并将其收益所得归于担保的标的物,这将限制担保财产的价值,不利于担保权人利益之实现。正是基于上述原因,专利权人理应获得担保阶段的使用、收益权,我国有个别学者还提出此时的质权更加类似于抵押权。¹⁴其实,准确地说,商标权等专利权担保本身就是抵押权,专利权人享有使用、收益权也是顺理成章。

其次,应当允许专利权人设立重复抵押和再抵押。就同一抵押财产,抵押人可以设立重复抵押或者再抵押,一方面这有利于最大程度实现担保财产的担保功能;另一方面它也充分尊重了当事人意思自治原则。然而在质押关系中出质人将财产转移给质权人之后,他无法实现质押财产占有的再次转移,这也就意味着出质人难以设立再质押和重复质押。专利权的价值具有极大变动性,若不允许专利权设立重复抵押和再抵押,专利权担保价值便无法充分发挥。当然,专利权价值也可能随时间延续而递减,如一项技术在若干年后便被市场淘汰,于是分文不值,若在初期设立了重复抵押或者再抵押,抵押权人之利益又当如何维护?重复抵押与再抵押之设立,均是以当事人意思自治为前提,设立之初,当事人应有风险防范之准备,即便最终无法实现抵押权,亦属于理应承担之后果,亦不违反法律之平等公平之理念。

最后,在专利权担保中,担保权人不应承担“保管”义务。对于动产而言,所谓保管即是保护管理财产不受损害,对于专利权而言,其保管义务包括专利权年费,维护专利权不受损害等。在专利权担保关系中,并不存在准占有之转移,担保权人也应承担保管之义务,而应由专

利权人承担专利权缴纳年费、维护等保管义务。如果专利权人出现未尽妥善保管义务,如未按期缴纳年费,足以使专利权灭失的,担保权人有权要求专利权人履行妥善保管义务,当专利权价值减少或者灭失的,专利权人有权请求专利权人提供与减少或者灭失的价值相当的担保。

总之,专利权应适用抵押制度,当事人之间的权利、义务关系也应比照抵押制度来设计,唯有如此,才能正确地反映专利权担保关系的本质,充分实现专利权担保功能。但考虑到专利权质押已是约定俗成的用语,本文并不急于将“专利权质押”立即更换为“专利权抵押”,但应明确专利权质押名不符实。

三、专利权质押正名后的权利义务模式

(一) 抵押人的权利

1. 转让权

抵押人设定抵押后,仍享有专利权,自然也有权对其进行处分,即转让专利

权。专利权转让并不会对抵押权人利益造成实质影响,专利权之抵押权,具有追及效力,无论专利权流转至何人手中,专利权的效力都及于已转让的专利权,就其折价、拍卖或者变卖的价值获得优先受偿。¹⁵传统民法确认抵押物转让权,德国、瑞士民法甚至确认排除抵押人抵押物转让权的协议无效。¹⁶然而我国《担保法》却严格限制抵押物之流转。根据《担保法》第80条规定,在专利权质押(实为抵押)期间,专利权要转让的,必须得经过质权人同意,否则转让无效。¹⁷针对其他财产的抵押,《担保法》第49条还规定:“抵押期间,抵押人转让已办理登记的抵押物的,应当通知抵押权人并告知受让人受让人转让物已经抵押的情况,抵押人未通知抵押人或者未告知受让人的,转让行为无效。……”按此规定,抵押人转让抵押物必须履行通知和告知义务,否则转让无效。其实,即便是抵押人没有履行通知或告知义务,只要保证抵押权的追及效力得以正常行使,其利益就不会受损,也就没





有必要限制抵押物之流转。为此《担保法司法解释》第67条又进行了规定：“抵押权存续期间，抵押人转让抵押物未通知抵押权人或者未告知受让人的，如果抵押物已经登记，抵押权人仍可以行使抵押权；取得抵押物所有权的受让人，可以代替债务人清偿其全部债务，使抵押权消灭。受让人清偿债务后可以向抵押人追偿。如果抵押物未经登记的，抵押权不得对抗受让人，因此给抵押权人造成损失的，由抵押人承担赔偿责任。”按此规定，抵押物已经登记的，它可以对抗第三人，无论抵押人是否履行通知和告知义务，抵押权转让后都可追及到第三人；但如果抵押物没有登记的，则不具有对抗效力，如果抵押人未履行通知和告知义务，抵押权转让给第三人的，抵押权则不能追及到第三人。其实司法解释第67条的规定是以“即便是不履行通知和告知义务，抵押物的转让仍然有效”作为逻辑前提的，有学者也指出对此前提“避而不谈，似乎是想免担擅改立法之恶名”¹⁸，但无论如何司法解释的规定却比《担保法》中有关抵押物流转之规定

要合理得多。按照我国《担保法》规定，专利权担保中，担保权自担保登记时生效。担保权登记还具有对抗效力，专利权人设定担保后又将其转让给第三人，担保权人可行使追及效力，向第三人主张担保之优先受偿权。

2. 许可他人使用、收益的权利

专利权的使用、收益是利用专利权的使用价值来实现收益之目的，而专利权担保则是通过专利权的交换价值担保债权实现，二者互不冲突。专利权抵押后，为实现专利权之充分利用，亦应许可抵押人对专利权行使使用、收益权或者许可他人使用而获益。

抵押人自己行使使用、收益权，如专利权人自己生产、销售专利产品完全不会妨碍抵押权的实现；但抵押人还有可能将专利权许可他人使用、收益。例如甲作为专利权人与乙签订抵押合同并办理登记，乙享有抵押权，后甲又将该专利许可给丙使用。依据我国《担保法》规定，甲与丙之间许可使用合同无效，除非争得乙的同意。¹⁹担保法的这一规定侧重保护抵押权

人利益，但却过犹不及。甲与丙之间所达成的许可使用期限，可能存在两种情况：第一，在甲与乙抵押合同所担保主债务履行期限内届满；第二，届满时间是在甲与乙抵押合同所担保主债务履行期限外。如果属于第一类情况，待主债务履行期限内届满时，甲与丙之间的许可使用协议已经终止，抵押权的实现丝毫不受到影响。显然，对于抵押期间专利权许可使用协议的效力，担保法不加区分予以否认，实在过于武断。在第二种情况下，丙的许可使用权的确会与乙的抵押权发生冲突，在乙为实现抵押权将专利权折价或者拍卖、变卖时，该专利权的价值会因为丙的使用权而受到影响。此处的抵押权具有物权效力，而许可使用权则具有债权效力，按照“物权优先原则”，理应优先实现抵押权。尽管如此，也不能因此否认甲与丙的许可使用合同的全部效力，对于抵押权实现之前的合同效力仍应予以认可，因为这并不妨碍抵押权的实现；只需否认抵押权实现之后的合同效力即可。这样，专利权担保期间许可使用合同的效力应为二类：一类是许可使用期限在主债务履行期限内届满，此类合同完全有效；另一类是许可使用期限届满时间在主债务履行期限之后，此类合同效力为部分有效，即抵押权实现之前的合同有效，抵押权合同实现后的合同无效。我国《担保法司法解释》第66条也作出了类似规定：抵押人将已抵押财产出租的，抵押权实现后，租赁合同对受让人不具有约束力。在此也引申出一个问题：许可使用合同部分无效的，使用权人丙的利益又应当如何救济？依据缔约过失责任理论，由于合同无效所造成的损失，应当由缔约过程中有过失一方承担赔偿责任。因此，要回答丙的利益如何救济，关键是判断对于合同无效，甲、丙的过错程度。甲

乙签订许可使用合同时，甲应当将抵押之事实向乙如实告知，如未履行告知义务，则应当认定甲有过错，对于合同部分无效承担缔约过失责任。在笔者看来，即便是抵押权已经登记的，亦不能免除甲的告知义务，因为专利权许可使用协议，并不要求履行登记手续，一般而言丙也就不会关注到专利权抵押情况，因此，基于诚信原则甲仍应负有告知义务。当然根据抵押权登记的对抗效力，可适当减轻甲的过错责任。如果甲已经将抵押事实如实对丙告知，甲则没有过错，许可使用合同部分无效所造成的损失，则由丙自行承担。²⁰

按照我国《担保法》的要求，专利权担保需要履行登记手续。抵押人与第三人缔结许可使用协议时应向第三人负告知义务，抵押人未告知的，应对因抵押权实现而导致的使用合同部分无效承担赔偿责任，但可基于登记对抗效力适当减轻抵押人的责任。如果抵押人已经履行告知义务，第三人仍与之达成许可使用协议，第三人应对因抵押权实现而导致合同部分无效自负责任。

3. 设定重复抵押和再抵押的权利

各国已普遍确定了抵押权的登记制度，抵押权的设立，变更、消灭均以登记为原则，相应地，重复抵押的，抵押权的顺位也以登记来确定。各国对此规定较为一致，均以登记确定顺位为原则。例如，《德国民法典》第879条规定：“在同一土地上设定数项权利的，如果此数项权利登记于土地登记簿的同一分册时，其顺位关系应按登记的次序决定。此数项权利登记于几本不同的分册的，以登记日期在先者有优先顺位；于同一日登记的，有相同的

各国已普遍确定了抵押权的登记制度，抵押权的设立，变更、消灭均以登记为原则，相应地，重复抵押的，抵押权的顺位也以登记来确定。各国对此规定较为一致，均以登记确定顺位为原则。

顺位。”如果取得权利所必需的协议在登记后始成立，登记的先后顺序仍是决定顺位关系的标准。对顺位关系作出偏离上述规定的确定的，应当将其在土地登记簿中登记注册。《瑞士民法典》第972条第1款规定：“物权在不动产登记簿登记后，始能成立，并依次排列顺序及日期。”《法国民法典》第2134条规定：“无论是法定的抵押权，裁判上的抵押权，还是约定的抵押权，债权人之间抵押权的顺位，仅依照法律规定的形式与方式，于抵押权登记处进行登记的日期之先后确定。”《意大利民法典》第2852条、2853条、第2673条规定：抵押权的顺序自其登记时存在，登记的顺序号决定着它们的顺序，保管人有义务按照登记的顺序决定制作并保管一个总登记簿。

对于专利权重复抵押的，抵押权的顺序也应按照登记的顺序来确定。这可以充分展示专利权上的负担状况，使得相关人能掌握足够的信息，了解面临的交易风险，在此基础上作出判断，决定是否就该物设定抵押权以及是否进行交易，这样，对于债权人来说，可以趋利避害，对债务人来说，能够充分利用抵押物的交换价值，达到鱼和熊掌兼得的双赢局面。²¹

（二）抵押权人的权利

1. 优先受偿权

担保债权受偿是抵押权的固有效力。当债务人不能清偿债务时，债权人有权就担保的专利权优先受偿。优先受偿的方式包括折价、拍卖、变卖等方式。

2. 代位权与保全权

（1）专利权担保之代位权。抵押权以其“物上代位性”对债权提供担保，即抵押权因抵押物的灭失，毁损所取得之赔偿金或者对待给付，构成抵押物的代位权或者代替物，受抵押权效力的支配。抵押



权的效力及于因抵押物灭失而取得之代位物或代替物。²³用专利权抵押时,抵押权同时延及到因专利权“灭失”、“毁损”所取得之赔偿。第一,专利权灭失时的代位权。专利权的客体是非物质的信息,因此它不会像有形财产那样“灭失”、“毁损”,它灭失的方法只体现为它作为权利而受到法律的专有保护已不复存在。《担保法》上的代位权还要求,它灭失的同时还必须有赔偿或对待给付,因此并非只要专利权灭失就能产生代位权,那种由于有效期满而导致的专利权灭失,便不存在任何可以代位的财产。第二,专利权侵权时的代位权。在以专利权抵押时,普通的侵权行为是否又会产生抵押权人的代位权?这取决于侵权是否会导致专利权的“毁损”。这里的“毁损”并非意味着形体的残缺,功能的破坏,而是财产价值的降低。侵权行为会导致权利人盈利机会减少,自然降低了专利权的经济价值,其经济价值的降低会威胁到抵押权功能的实现,为了稳固抵押权之担保功能,自然有必要让抵押权延及到侵权赔偿。第三,强制许可情形下的代位权。所谓强制许可,

是指在法律规定的情形下,他人使用专利权可以不经权利人同意,但应当向权利人支付报酬,如在国家出现紧急情况下,为公共利益之需要,可以不经专利权人同意使用其专利,但应向其支付报酬,包括如下情形:第一,在国家出现紧急状态或者非常情况时,或者为了公共利益的目的,国务院专利行政部门可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可。²³第二,一项取得专利权的发明或者实用新型具有显著经济意义的重大技术进步,其实施又有赖于前一发明或者实用新型的实施的,国务院专利行政部门根据后一专利权人的申请,

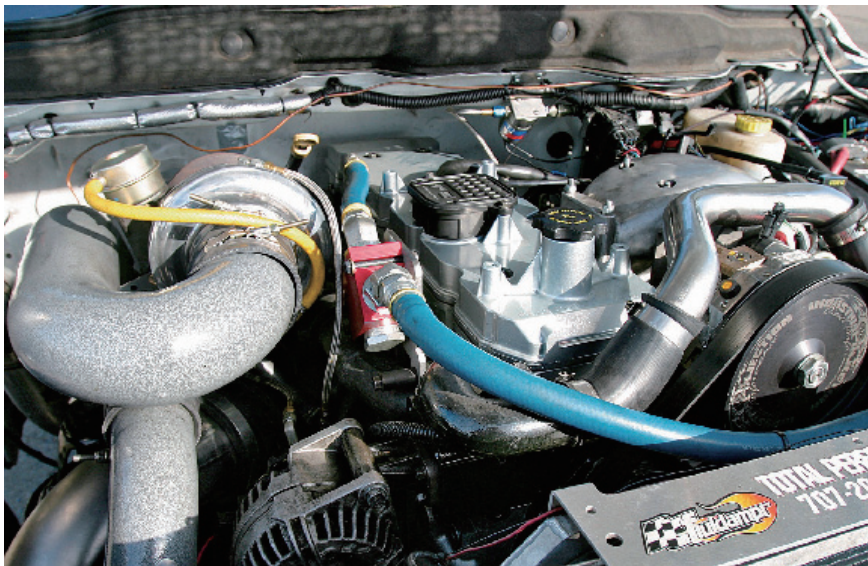
专利权不存在像有形财产那样的物质耗损,但它的经济价值同样可能由于某些原因而减损,其担保功能可能因此受到影响。

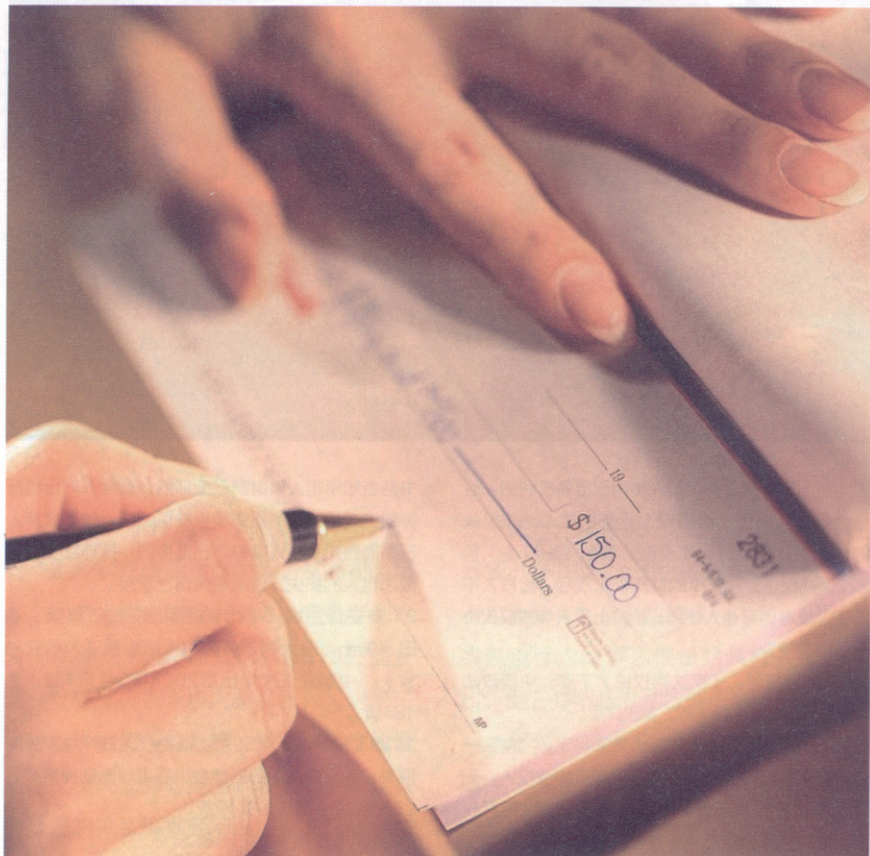
可以给予实施前一发明或者实用新型的强制许可。²⁴强制许可和合理使用也会导致专利权盈利的机会减少,这同样会弱化专利权的担保功能,有必要让权利人行使代位权。因为不是侵权,所以不存在赔偿问题,但却存在“对待给付”(报酬),抵押权人仍可对其报酬代位行使抵押权。

(2) 专利权担保之保全权

抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的,抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押财产价值减少的,抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值,或者提供与减少的价值相应的担保。抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的,抵押权人有权要求债务人提前清偿债务。²⁵

专利权不存在像有形财产那样的物质耗损,但它的经济价值同样可能由于某些原因而减损,其担保功能可能因此受到影响:第一,时间延续而导致有效期的缩短。版权、商标权、专利权都有确定的有效期限,²⁶如版权一般为作者有生前加死后五十年,超过保护期限便不再受到法律保护,权利人也就无法再受益。随着时间的延续,其有效期限越来越短,价值也因此降低,自然会影响到其担保功能。第二,科技发展而导致的价值降低;科技发展,新技术不断涌现,原有的专利技术自然会被慢慢淘汰,尽管它还处于有效期内,但已不存在任何经济价值,也就丧失了担保功能。第三,技术普及而导致的价值降低。权利人将技术许可给同行业的个别企业使用,这会让该企业增加竞争能力,若许可给同行业的大多数企业使用,它的价值会因为技术普及而降低,这也会影响到它的担保功能。第四,突发事件发生而导致的价值降低。突发事件有时也会降低专利权的价值,如苏丹红事件发生后,肯德基一





四、小结

我们不仅要问：立法者为何要在专利权担保中设计一个不合逻辑的制度？韦伯的观点提供了一个启迪：“我们要推进的社会科学是一种现实的科学。我们要理解我们被置入其中的生活那包围着我们的现实的特性——一方面是在其现今表现形式中的个别现象的联系和文化意义，另一方面是它在历史上成其为这样而不是那样的原因。”³¹ 因此，有必要从历史的演进中寻求答案。我国最早是在1995年《担保法》中确立了专利权质押制度，³²《担保法》分为“第一章-总则”、“第二章-保证”、“第三章-抵押”、“第四章-质押”、“第五章-留置”、“第六章-定金”，显然这种以担保形式进行体系划分在担保法立法中是较为恰当的。作为抵押标的主要是不动产（也可以是动产），而作为质押的则包括“动产质押”和“权利质押”，这样专利权作为权利之一与其他权利（债权、票据权利等）自然地纳入质押部分。当时的立法并没有区分专利权与其他权利在权利变更上的区别，也未区分不同专利权在变更上的区别，从而将专利权“一刀切”地纳入到“权利质押”部分。2007年3月通过的《物权法》的担保物权部分同样采取类似的立法体系，未区分专利权抵押与质押，其实，这种不合逻辑的立法原因主要在于立法体系难以协调所致。如果区分专利权抵押与质押，就要将专利权分“切”在抵押部分和质押部分，这不仅导致立法体系的混乱，还会致使完整的专利权担保体系消失。我国目前尚未出台统一的《专利权法典》，尚无法形成统一的专利权担保体系，专利权抵押与质押区分立法的现实条件仍不具备，专利权质押“一支独秀”的局面还将长期存在。EIT

度生意冷清，在那一特定时期，“肯德基”的品牌价值也因此降低。²⁷

（3）专利权担保之处分权。

抵押权的处分包括抛弃抵押权或者抛弃债权而消灭抵押权，²⁸以及抵押权人让与抵押权或者以抵押权为他人设定担保。《日本民法典》第375条第1款规定：“抵押权人可以以其抵押权作为其他债权的担保，或者为同一债务人的其他债权人的利益，让与或者抛弃抵押权或其次序。”因为抵押权具有处分的附随性，不可与被担保的债权分离，所以抵押权不得与债权分离而单独让与，或者单独为其他债权提供担保。我国《担保法》第50条规定：“抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。”所以，抵押权人让与抵押权时，应当与其所担保的债权一同让

与；抵押权人以抵押权向他人提供担保时，应当与其所担保的债权一同向他人提供担保。²⁹

因为以同一专利权为客体设定的数个抵押权，各抵押权人以其抵押权设定的先后次序确定其行使的次序；设定在先的抵押权，优先于设定在后的抵押权行使；同时设定的抵押权，次序相同，所以对于抵押权人就抵押物享有的优先于其他抵押权人受偿的次序，应允许抵押权人予以处分。如《日本民法典》第373条规定：“抵押权人的次序，可以依照各抵押权人的合意而变更。”《日本民法典》第375条第1款规定：“抵押权人，可以以其抵押权作为其他债权的担保，或者为同一债务人的其他债权人的利益，让与或抛弃抵押权或其顺位。”³⁰



1. 杨延超, 中国社会科学知识产权中心研究人员。
2. 我国《担保法》一共规定了抵押、质押、保证、留置、定金五种担保形式。
3. 参见我国《担保法》第33条, 我国《物权法》179条。
4. 参见我国担保法第63条, 我国物权法第208条。
5. 梁慧星主编:《中国物权法研究》, 法律出版社, 1998年6月第1版, 第1086页。
6. 梁慧星主编:《中国物权法研究》, 法律出版社, 1998年6月第1版, 第1146页。
7. 史尚宽著:《物权法论》, 台湾地区荣泰印书馆, 1979年版, 第547-549页。
8. 同上。
9. 参见我国《担保法》第80条:本法第79条规定的权利出质后, 出质人不得转让或者许可他人使用, 但经出质人与质权人协商同意的可以转让或者许可他人使用。……
10. 参见我国《物权法》第一百九十九条:同一财产向两个以上债权人抵押的, 拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿: (一) 抵押权已登记的, 按照登记的先后顺序清偿; 顺序相同的, 按照债权比例清偿; (二) 抵押权已登记的先于未登记的受偿; (三) 抵押权未登记的, 按照债权比例清偿。
11. 刘贵祥(最高人民法院民二庭副庭长):当前民商事审判中的疑难问题, 2003年9月17日在上海证券、期货司法解释高级研修班上的讲话稿, 载http://www.hicourt.gov.cn/homepage/show2_content.asp?id=10222&h_name=thinker816
12. 参见我国《担保法》第69条:质权人负有妥善保管质物的义务。因保管不善致使质物灭失或者毁损的, 质权人应当承担民事责任。……
13. 参见我国《担保法》第80条、《担保法司法解释》第105条:以依法可以转让的商标专用权、专利权、著作权中的财产权出质的, 出质人未经质权人同意而转让或者许可他人使用已出质权利的, 应当认定无效。因此给质权人或者第三人造成损失的, 由出质人承担民事责任。我国《物权法》第227条规定:专利权中的财产权出质后, 出质人不得转让或者许可他人使用, 但经出质人与质权人协商同意的除外。
14. 参见谢在全:《民法物权论》下册, 中国政法大学出版社, 1999年版, 第827页。
15. 例如《法国民法典》第2166条规定:“就某一不动产享有已登记的优先权或抵押权的债权人, 无论该不动产转入何人之手, 均不得追随保留其权利, 并且按照债权顺序或者登记顺序受偿。”
16. 《德国民法典》第1136条规定:“根据约定, 所有权人对债权人负有土地不转让或者不再设定权利的义务的, 该约定无效。”《瑞士民法典》第812条规定:“已被担保的土地, 所有人抛弃使其土地继续承受负担的权利的, 无效。”
17. 参见《担保法》第80条:本法第79条规定的权利(商标权、专利权、著作权)出质后, 出质人不得转让或者许可他人使用, 但经出质人与质权人协商同意的可以转让或者许可他人使用。……我国《物权法》第227条规定:专利权中的财产权出质后, 出质人(抵押人)不得转让或者许可他人使用, 但经出质人(抵押人)与质权人(抵押权人)协商同意的除外。
18. 叶金强著:《担保法原理》, 科学出版社, 2002年12月版, 第142页。
19. 我国《担保法》规定, 本法第79条规定的权利(商标权、专利权、著作权)出质后, 出质人不得转让或者许可他人使用, 但经出质人与质权人协商同意的可以转让或者许可他人使用。……我国《物权法》第227条规定:专利权中的财产权出质后, 出质人不得转让或者许可他人使用, 但经出质人与质权人协商同意的除外。
20. 对此可参照《担保法司法解释》第66条第二款:抵押人将已抵押的财产出租时, 如果抵押人未书面告知承租人该财产已抵押的, 抵押人对出租抵押物造成承租人的损失承担赔偿责任; 如果抵押人已书面告知承租人该财产已抵押的, 抵押权实现造成承租人的损失, 由承租人自己承担。
21. 费安玲主编:《比较担保法——以德国、法国、瑞士、意大利、英国和中国担保法为研究对象》, 中国政法大学出版2004年3月第1版, 第184页。
22. 参《担保法》第58条:抵押权因抵押物灭失而消灭, 因灭失所得的赔偿金, 应当作为抵押财产。
23. 参见《专利法》第49条。
24. 参见《专利法》第50条。
25. 参见《物权法》第193条:抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的, 抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押财产价值减少的, 抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值, 或者提供与减少的价值相应的担保。抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的, 抵押权人有权要求债务人提前清偿债务。
26. 商标权特殊, 其到期后仍可续展。
27. 参见肯德基苏丹红事件的危机处理案例分析 <http://zhidao.baidu.com/question/26374847.html>。
28. 参见我国《担保法》第52条:“抵押权与其担保的债权同时存在, 债权消灭的, 抵押权也消灭。”
29. 梁慧星主编:《中国物权法研究》, 法律出版社, 1998年6月第1版, 第857页。
30. 另参见《德国民法典》第88条规定:土地上的权利次序关系在事后变更, 次序后移的权利人和次序前移的权利人应当订立协议变更次序。
31. (德) 马克斯·韦伯著, 李秋零、田薇译:《社会科学方法论》, 中国人民大学出版社, 1999年版, 第15页。
32. 我国1995年制订的《担保法》第七十五条规定, 下列权利可以质押:“……(三)依法可以转让的商标专用权, 专利权、著作权中的财产权; (四)依法可以质押的其他权利。”