

保函增信类知识产权 ABS 的法律合规要点解析

作者：王洁 | 刘应檀 | 孙亚南¹

从 2019 年 3 月 28 日国内首支知识产权标准化产品“第一创业 — 文科租赁一期资产支持专项计划”（以下简称“文科一期 ABS”）在深交所设立到 2023 年 9 月 30 日，万得（Wind）口径项下基础资产为知识产权或发行名称包含专利及知识产权特殊标识的交易所 ABS 产品已达 109 单，发行规模合计 234.14 亿元²。相较于整个资产证券化市场 10 多万亿的发行体量来看，知识产权类 ABS 仍然是一个较为小众的产品，但从其战略意义来看，其对于发展知识产权，变“知产”为资产，盘活存量知识产权资产、增强知识产权资产的流动性，支持高精特新产业发展等方面均具有不可替代的深远影响。

本文即从知识产权 ABS 发行的痛点出发，重点介绍目前市场上以银行保函增信代替常规增信方式的新型 ABS 模式，并就其中的相关法律关注点进行解析。

一、知识产权 ABS 的发行痛点

知识产权 ABS，是以知识产权（专利、商标、著作权等）所产生的收益构建的贷款债权、融资租赁债权、使用费债权或应付账款债权为基础资产，以其产生的现金流作为偿付来源，借助于外部增信，并在此基础上发行的一类结构化融资产品。

由于该类产品主要依赖知识产权产生的许可或处置收入作为核心还款来源，但目前国内缺乏知识产权交易较为活跃的二级市场，导致知识产权的再许可、转让等均存在一定困难，存在变现能力差、资产处置不确定等情形。同时实践中持有知识产权并拟以知识产权进行融资的企业往往属于中小型科创企业，其本身的主体信用有限，无法满足 ABS 对于债务人的主体信用等级要求。

正是基于上述现状，在原有的知识产权 ABS 中往往需要引入外部担保公司进行信用增级以使得 ABS 产品的信用等级可以满足目前市场上投资者的投资偏好（ABS 产品信用等级一般需要在 AA+级以上），如近期发行的“首创 — 武汉租赁知识产权 1 期资产支持专项计划（专精特新）”、“兴业圆融 — 成都中小担 1 期知识产权资产支持专项计划”等产品均有 AA+以上的担保公司对债务人进行担保。

担保公司的增信虽然可以解决 ABS 信用等级问题，但受限于各家担保公司对于债务人的授信额度限制、担保公司自身业务杠杆限制、担保公司的反担保要求以及投资者对于担保公司认可度问题，寻找合适的担保

¹ 实习生郑佳欣对本文的写作亦有贡献。

² 参见《科创企业知识产权类 ABS 的市场现状与发展前景》，访问网址：<http://www.thfr.com.cn/m.php?p=99109>。

公司逐渐成为该类产品发展的掣肘之处，而拓宽增信方式和增信渠道则成为知识产权 ABS 发展的关键点之一。

二、保函增信类知识产权 ABS 的主要模式

考虑到知识产权 ABS 面临的上述行业痛点，2023 年 3 月市场首单单纯市场化增信的知识产权 ABS 产品——“国金鑫欣——南京鼓楼智汇鼓 1 期知识产权资产支持专项计划”为该类产品担保模式的革新提供了新思路。在该单产品中，首次引入银行保函为科创企业提供担保，符合当前商业银行授信偏好和政策，实现了知识产权证券化产品担保模式的重大创新。该类产品的模式主要分为如下几类：

（一）信托/小额/委托贷款+知识产权质押+融资性保函模式

该模式的主要形式为通过信托公司、小额贷款公司或者银行委托贷款向知识产权权利人进行放款形成基础债权，知识产权权利人作为借款人以其持有的知识产权进行质押，作为相应还款来源。保函开立行就知识产权权利人的上述借款债权开立融资性保函（借款保函）。

基础债权形成后，由原始权益人将由信托贷款债权作为底层还款来源的信托受益权作为基础资产或直接以信托贷款债权/小额贷款债权/委托贷款债权作为基础资产转让给专项计划进行融资。

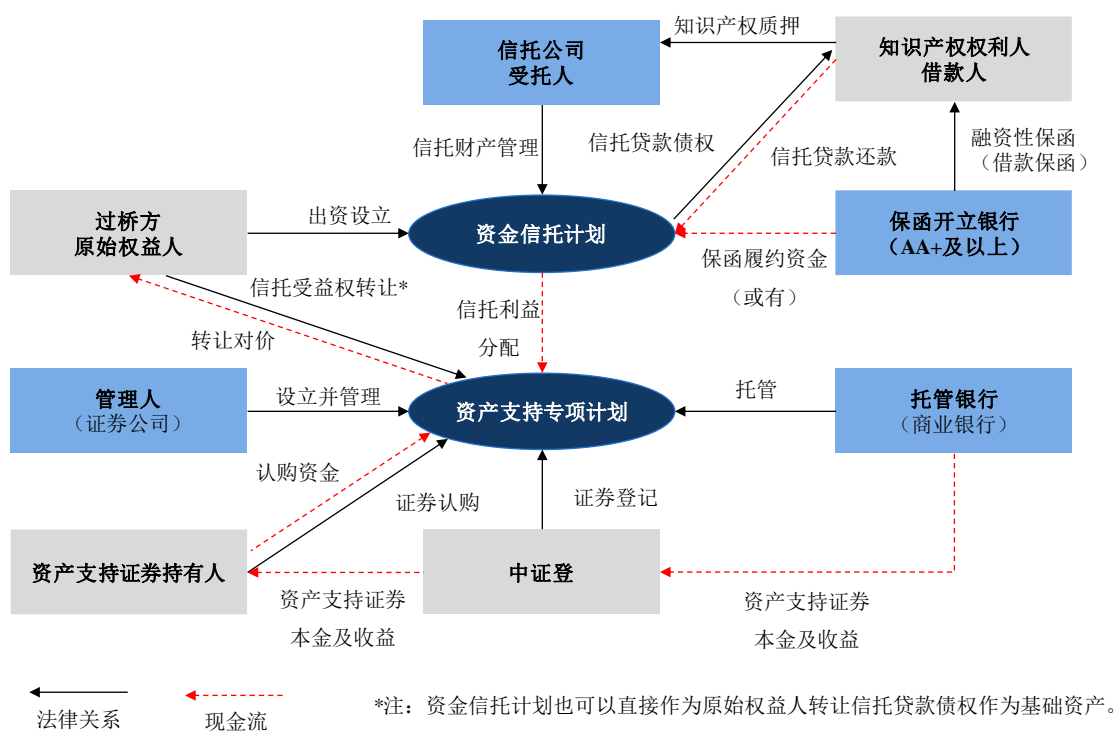


图 1：信托贷款+知识产权质押+融资性保函模式

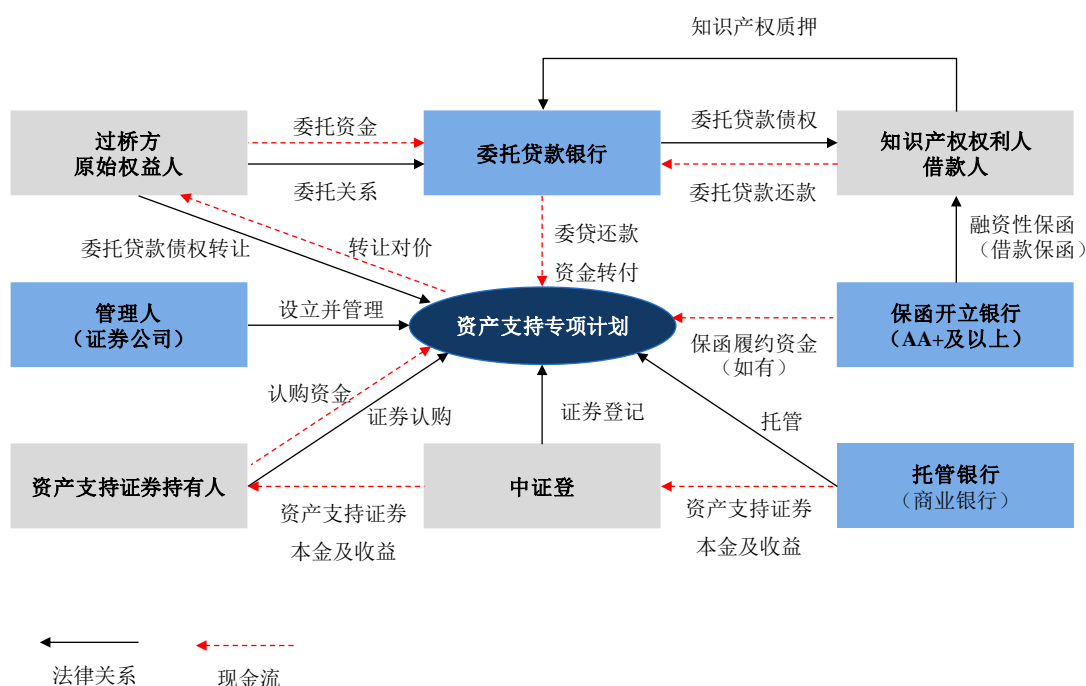


图 2：委托贷款+知识产权质押+融资性保函模式

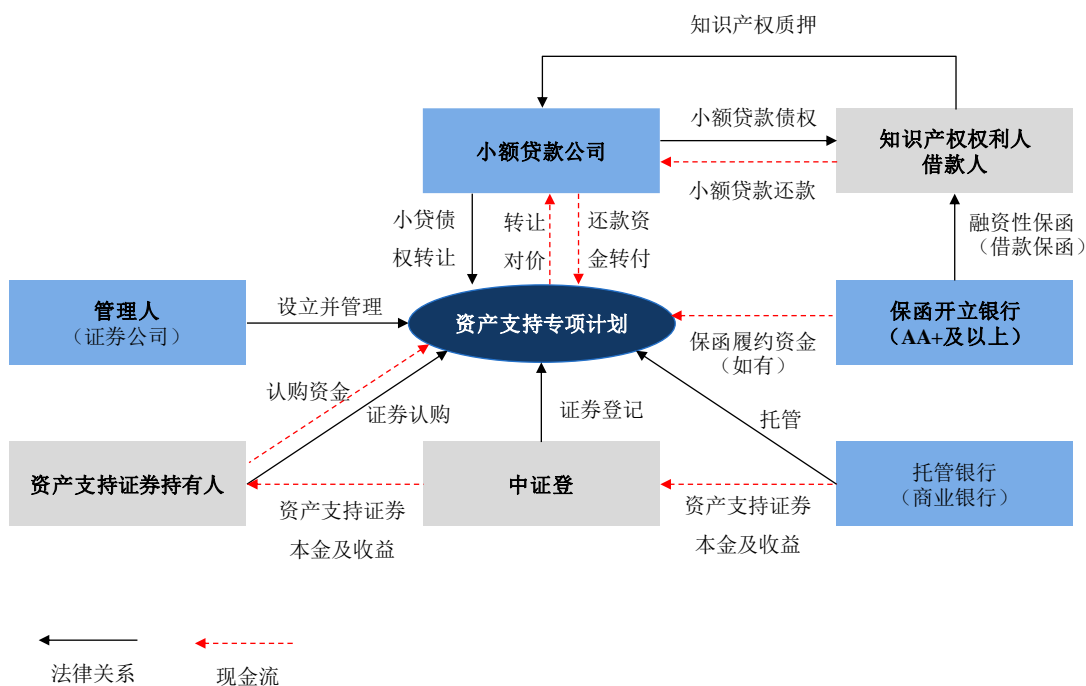


图 3：小额贷款+知识产权质押+融资性保函模式

（二）核心企业应付账款+付款保函模式

该模式的主要形式为债权人（即供应商）为核心企业提供境内服务贸易（为知识产权许可使用）等交易而产生对核心企业下属子公司的应收账款，保函开立银行基于核心企业的申请为该等应付账款开立非融资性保函（付款保函），供应商将前述保函担保的应收账款债权委托保理公司代为转让给专项计划进行融资。

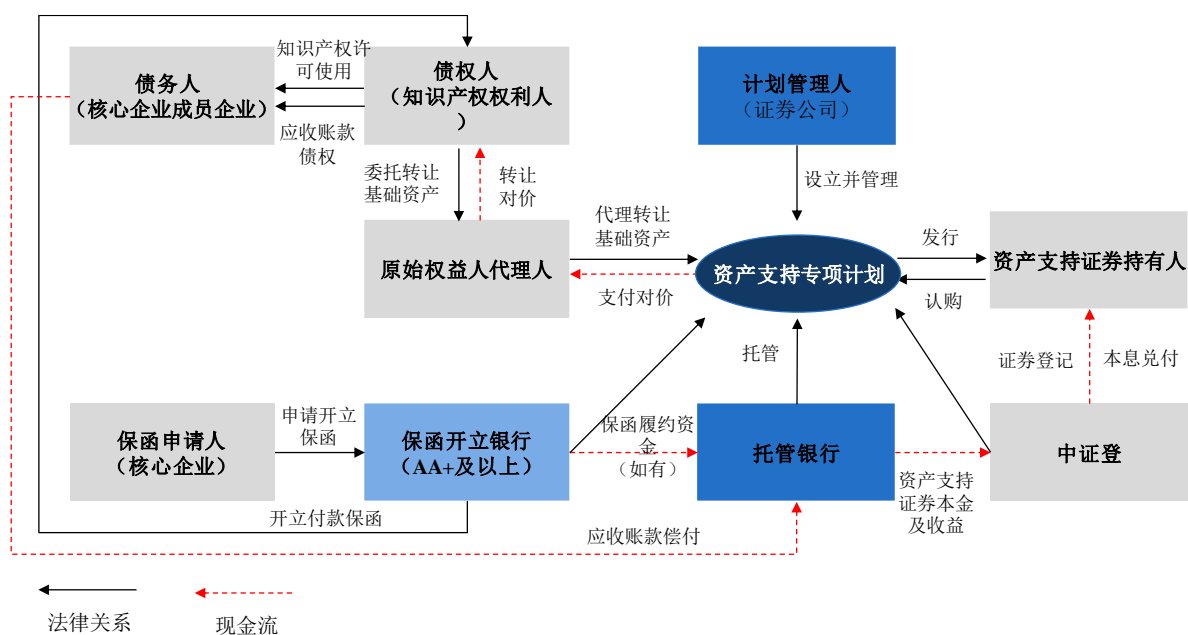


图 4：核心企业应付账款+付款保函模式

(三) 知识产权二次许可+付款保函模式

该模式的主要形式为知识产权权利人以独占许可方式向原始权益人（租赁公司/保理公司）进行第一次专利许可，原始权益人一次性向知识产权权利人支付第一次许可使用费；原始权益人反向对原知识产权权利人以独占许可方式进行第二次许可，形成许可使用费债权，许可使用费由知识产权权利人按季度支付；保函开立行就原知识产权权利人的上述使用费债权开立非融资性保函（付款保函）。原始权益人（租赁公司/保理公司）将前述保函担保的使用费债权作为基础资产转让给专项计划融资。

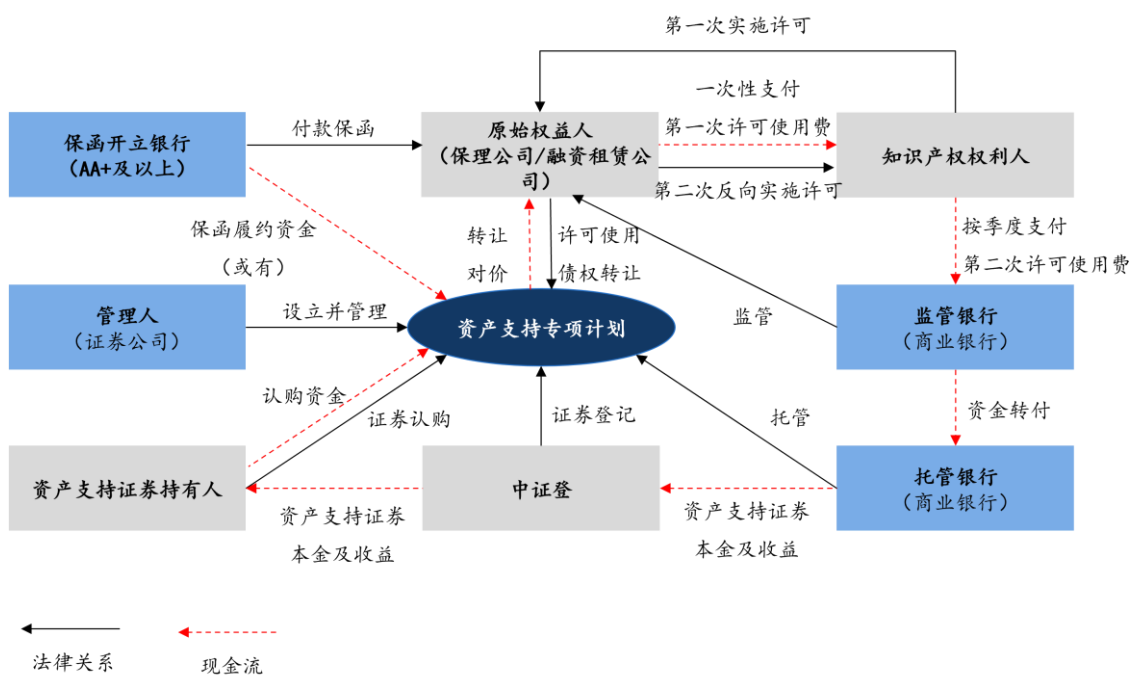


图 5：知识产权二次许可+付款保函模式

(四) 融资租赁+融资性保函模式

该模式的主要形式为知识产权持有人将其持有的知识产权出售给融资租赁公司，融资租赁公司向其支付转让对价后再回租给原知识产权持有人，原知识产权持有人作为承租人向融资租赁公司支付租金；保函开立行就原知识产权权利人的上述融资租赁债权开立融资性保函（融资租赁保函）。原始权益人（融资租赁公司）将前述保函担保的融资租赁债权作为基础资产转让给专项计划融资。

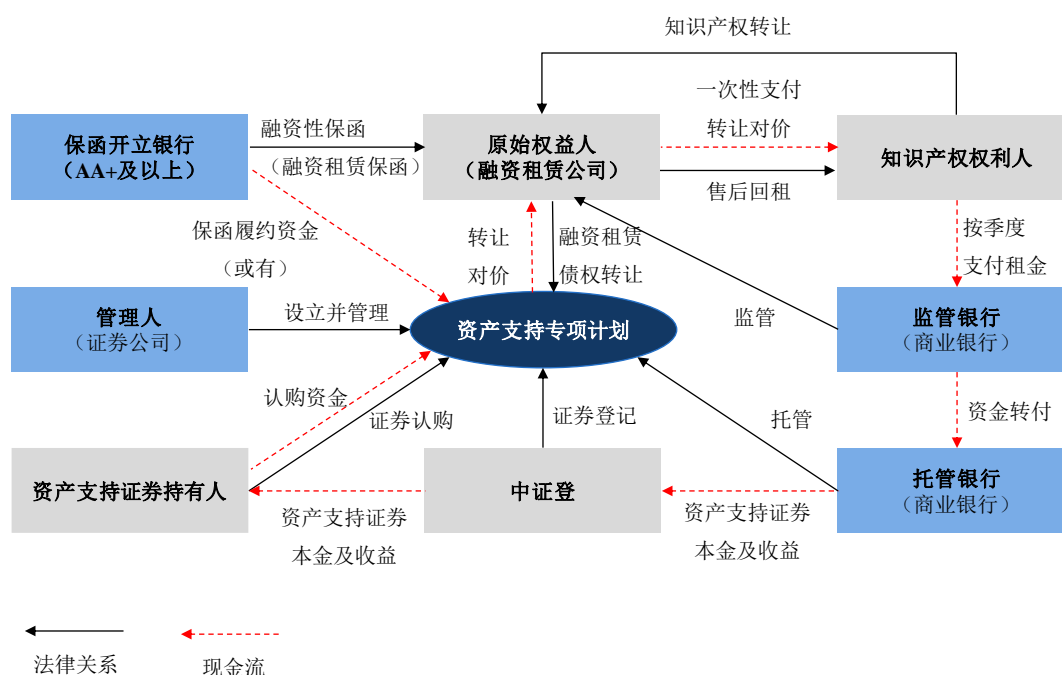


图 6：融资租赁+融资性保函模式

(五) 模式对比及要点

业务模式	信托/小额/委托贷款+知识产权质押模式	核心企业应付账款模式	知识产权二次许可模式	融资租赁模式
基础资产	信托受益权/信托/小额/委托贷款债权	应收账款债权	许可使用费债权	融资租赁债权
知识产权是否需转让/质押	需质押	无需	无需	需转让
保函性质	融资性保函 (借款保函)	非融资性保函 (付款保函)	非融资性保函 (付款保函)	融资性保函 (融资租赁保函)
保函权益是否需转让	信托受益权模式无需, 其他模式需要	需要	需要	需要
典型案例	国金鑫欣 — 南京鼓楼智汇鼓1期知识产权资产支持专项计划、国金 — 杭州未来科技城知识产权第1期和	/	/	/

业务模式	信托/小额/委托贷款+知识产权质押模式	核心企业应付款模式	知识产权二次许可模式	融资租赁模式
	第2期资产支持专项计划			

三、保函增信类知识产权 ABS 的合规关注点

考虑到保函增信类知识产权 ABS 与常规模式的区别主要在于保函增信部分，因此本文主要聚焦在保函本身的相应合规要点，就常规模式中知识产权的可转让性与转让/质押登记安排、各类许可模式合规性的要求等不再赘述。

（一）保函的性质和分类

现行有效的法律法规并未对银行保函的相关性质和分类进行明确阐述，结合一般银行业务实践、《民法典》及司法解释对于保函业务的相关规定以及《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》（以下简称“《独立保函司法解释》”）等条款，我们理解，保函业务至少可以按照如下维度进行分类：

1. 融资性保函和非融资性保函

保函业务按担保的交易是否为融资性质可分为融资性保函和非融资性保函。该等区分的意义在于两者对于商业银行的风险资本占用不同，前者占用为 100%，后者占用为 50%。

现行有效的法律法规并未对“融资性保函”和“非融资性保函”作出明确定义，唯一可查的是《中国银行业监督管理委员会关于印发资本充足率统计制度的通知》（银监通[2004]18号，已失效），其中对“融资性保函”的定义为以资金融通为目的，商业银行为合约关系一方当事人（担保申请人），向合约关系的另一方当事人（担保受益人），开立的当担保申请人出现违约时由商业银行承担偿还资金债务、还款担保责任的保函；对“非融资性保函”的定义为商业银行为客户贸易或工程投标等非融资性经营活动开具担保文书的保函。

但由于前述通知已经失效，实践中对于属于某一特定场景下银行出具的保函是融资性保函还是非融资性保函的判断更多是结合银行保函业务相关制度与日常银行监管报备以及统计口径进行综合分析。

具体到知识产权 ABS 中，结合上述分析，我们认为，在“信托/小额/委托贷款+知识产权质押模式”和融资租赁模式中宜认定该等保函的性质为融资性保函，而在“核心企业应付款模式”和“知识产权二次许可模式”下宜认定该等保函的性质为非融资性保函。

2. 独立性保函和从属性保函

保函业务按是否具有独立属性分为独立性保函和从属性保函。该等区分的意义在于前者独立于基础交易，当被担保的基础交易被认定无效时，独立性保函的效力不受影响，而后者将随之归为无效。

根据《独立保函司法解释》的相关规定，独立保函的认定需要同时满足如下两个条件：

- 保函载明以下任一情形之一：A.保函载明见索即付；B.保函载明适用国际商会《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则；C.根据保函文本内容，开立人的付款义务独立于基础交易关系及保函申请法律关系，其仅承担相符交单的付款责任。
- 保函需要载明据以付款的单据和最高金额。

在以上条件未满足时，则需要依照《民法典》规定将该类从属性保函进行进一步区分为属于一般保证还是连带责任保证。

具体到知识产权 ABS 中，从产品本身要求来看，银行开具独立性保函和从属性保函皆可。但需要说明的是，在开立从属性保函时，我们建议从担保责任的追索角度，需要明确为该等保函为连带责任保证。

3. 传统保函和分离式保函

按照保函申请人与被保证人是否为同一主体，区分为传统保函和分离式保函。该等区分的意义在于银行在开立保函时需要占用谁的授信额度。在传统保函中，保函申请人和被保证人（即债务人）为同一主体，占用申请人（即债务人）的授信额度；在分离式保函中，保函申请人和被保证人（即债务人）非同一主体，占用申请人、而非债务人的授信额度。

具体到知识产权 ABS 中，传统保函和分离式保函均可以应用。但值得注意的是，分离式保函在适用场景上往往有所限制，比如对于申请人和债务人之间的关系存在一定要求，需要结合银行保函业务的制度规定分析具体业务是否可以采用分离式保函模式。

（二）保函的适用规则

如上所述，目前尚未有一部统一的法律法规对于银行的保函业务进行统一规定。结合保函的分类来看，具体总结如下：

法规名称	主要内容	适用类型
民法典	第十三章“保证合同”	从属性保函
最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》有关担保制度的解释	金融机构保函相关内容：决议程序要求	独立性保函&从属性保函
	除上述外其他	从属性保函
最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定	独立保函相关规则	独立性保函
国际商会见索即付保函统一规则（URDG758）（2010年修订本）	独立保函相关规则	独立性保函【约定适用时方可适用，无约定不适用】
商业银行表外业务风险管理办法	担保承诺类业务中的保函业务	全部保函业务
商业银行资本管理办法	风险资本占用	融资性保函&非融资性保函

（三）保函的转让

在保函转让问题上，从属性保函和独立性保函适用不同规则。

从属性保函，无论是认定为一般保证还是连带责任保证，均与“保证”权益的转让适用规则相同，即适用“从随主走”的规则：从属性保函对应的主债权合同转让的，从属性保函随之转让。同时，根据《民法典》第六百九十条³规定，在从属性保函权益随基础资产转让给专项计划时，需要对保函开立行

³ 《民法典》第六百九十六条 【债权转让对保证责任影响】债权人转让全部或者部分债权，未通知保证人的，该转让对保证人无效。但是，保证人与债权人约定，债权转让未经其同意，保证人不承担保证责任，或者约定禁止债权转让的，从其约定。
www.hankunlaw.com

进行通知，否则对保函开立行不产生效力。

《独立保函司法解释》并未明确规定独立保函的转让规则及要求，但在第 10 条明确“独立保函未同时载明可转让和据以确定新受益人的单据，开立人主张受益人付款请求权的转让对其不发生效力的，人民法院应予支持”。该条规定从反面明确了，在国内独立保函场景下，保函转让需要满足两个条件：1) 保函明确载明“可转让”；2) 保函明确转让后确定新受益人身份的单据。

在独立保函适用国际商会见索即付保函统一规则(URDG758)(以下简称“《国际保函统一规则》”)的前提下，独立保函转让的规则较为清晰，具体如下：

- 保函特别声明“可转让”；
- 按照保函开立行明确同意的范围和方式进行转让；
- 原保函受益人（即原始权益人或原债权人）和受让方（专项计划管理人）对保函修改达成一致；
- 原保函受益人向保函开立行发出通知，表明受让方（专项计划管理人）已经获得保函担保的基础债权及保函权益。

具体到知识产权 ABS 中，如银行开立的是独立保函时，需要在保函中载明“可转让”以及据以确定新受益人的单据；同时在保函权益随基础资产转让给专项计划前，需要由原受益人（或其代理人）向保函开立行发出通知，明确基础债权和保函权益的转让安排、保函受益人变更为专项计划以及保函索赔的后续安排，并由保函开立行出具相应回执确认该等转让，否则在专项计划作为新受益人向银行主张索赔时均可能产生争议。

（四）保函赔付的例外

就从属性保函而言，只有在主债权无效时，保函权益人才丧失对保函开立行的索赔权利，因此保函赔付的例外更多是针对独立保函而言。

《独立保函司法解释》第 6 条规定，“受益人提交的单据与独立保函条款之间、单据与单据之间表面相符，受益人请求开立人依据独立保函承担付款责任的，人民法院应予支持。开立人以基础交易关系或独立保函申请关系对付款义务提出抗辩的，人民法院不予支持，但有本规定第十二条情形的除外”；同时根据该解释第 12 条的规定“具有下列情形之一的，人民法院应当认定构成独立保函欺诈：（一）受益人与保函申请人或其他人串通，虚构基础交易的；（二）受益人提交的第三方单据系伪造或内容虚假的；（三）法院判决或仲裁裁决认定基础交易债务人没有付款或赔偿责任的；（四）受益人确认基础交易债务已得到完全履行或者确认独立保函载明的付款到期事件并未发生的；（五）受益人明知其没有付款请求权仍滥用该权利的其他情形”。

具体到知识产权 ABS 中，尤其是在开立独立保函的场景下，需要充分关注“保函欺诈”带来的保函开立行对于保函拒付、止付风险。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

王洁

电话： +86 21 6080 0330

Email: jie.wang@hankunlaw.com