



知识产权资本化研究

On Capitalization
of Intellectual Property

刘春霖 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

知识产权资本化研究

中国知识产权
资本化研究

张其成 著

中国知识产权
资本化研究

教育部人文社会科学研究2007年度规划基金项目成果
项目批准号：07JA820029

本书得到河北经贸大学学术著作出版基金资助



知识产权资本化研究

On Capitalization
of Intellectual Property

刘春霖 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

知识产权资本化研究 / 刘春霖著. —北京:法律出版社, 2010. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0876 - 9

I. ①知… II. ①刘… III. ①知识产权—研究 IV. ①D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 111664 号

知识产权资本化研究

刘春霖 著

责任编辑 刘彦洋 班运华
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 13.375 字数 316 千

版本 2010 年 7 月第 1 版

印次 2010 年 7 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0876 - 9

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

知识产权制度的合理性,并不在于为私权保护而保护,而在于实现知识创新、社会进步的政策目标。对此,英国知识产权委员会曾有专门论断,认为“从长远的观点来看,在发展中国家,如果能使文化产业成果的其他条件得到满足,更强的私权保护将有助于当地的文化产业”。这说明,传统的发展中国家要走新兴的工业化、现代化发展道路,应该通过知识产权保护为本国经济、社会发展提供持久动力,在国际竞争中争取主动。在我国,加强知识产权保护,有效利用知识产权制度,是我们实现跨越式发展的战略抉择,是实现创新型国家建设目标的战略支撑。

知识产权制度在发展中国家并没有完全释放应有的功能,中国也面临同样问题。在法律制度的历史上,知识产权是罗马法以来“财产非物质化革命”的制度创新成果,也是西方国家三百多年来不断发展成长的“制度文明典范”。知识产权对于发展中国家而言是一种制度“舶来

品”，是被动移植、外力强加的结果；知识产权立法不是基于自身国情的制度选择，往往是受到外来压力的影响。具体来讲，发展中国家知识产权制度失灵的原因主要有两点：一是制度外力强加而造成“水土不服”；二是制度运作经验不足而导致“受制于人”。对此，国际知识产权协会主席、美国斯坦福大学教授 John Barton 指出，发展中国家与发达国家在知识产权方面的差距，不在于制度本身，而在于运用制度的经验。在我看来，对于发展中国家而言，制度运用比制度选择更为重要，知识产权的有效运用，需要一系列的社会条件，例如完善的政府公共政策体系、高效而统一的执法体系、健全的中介服务机构以及优秀的专门人才等，而这些正是包括中国在内的发展中国家所欠缺的。与世界上其他的发展中国家相比，我国知识产权制度运行总体来说是健康的，正效应是明显的，比如我国科技创造能力提升，已跻身专利申请大国行列；品牌创建能力提高，商标注册申请量连年全球第一；文化创新能力增强，版权产业发展势头良好。知识产权对我国经济与社会发展的作用是明显的，但其贡献率尚比较有限，不能过于乐观。从授权数量来看，中国是知识产权大国；但就无形资产质量而言，远不是知识产权强国。在专利领域，现在依然是“技不如人”。中国有 95% 以上的企业没有自己的专利，拥有核心技术专利的企业仅为万分之三，与此形成鲜明对比的是，外国公司非常注重专利权的取得，将其专利申请的重点集中在发明专利，并将发明专利申请集中在高新技术领域。在商标领域，可以说是“貌不迷人”。商标是商品的“脸”，是产品质量与信誉的体现。中国企业商标数量非常可观，但知名品牌不多。在国际知名品牌的排行榜单上，中国企业商标无一进入 50 强。就外贸而言，中国企业出口 200 强，70% 以上是定牌生产、加工贸易。在合资企业，90% 以上是使用外国投资方的品牌。在版权领域，较长时期是“文不惊人”。中国是工业品的出口大国，而在文化领域却出现“版权贸易逆差”。中国的电影票房

收入较多依赖进口大片,动漫产品近 90% 来自海外,网络游戏产值的 15% 要支付外国公司的版税。

近年来,中国站战略全局的高度,致力于知识产权制度建设,并通过制定和实施国家知识产权战略,有效利用知识产权制度,以此作为缩小与发达国家的差距,实现跨越式发展的政策抉择。中国要建设成为创新型国家,实现长期持续发展的目标,有一个发展模式的选择问题。在过去相当长的历史时期里,我们以劳动密集型产业参与国际分工,这对于促进经济增长和扩大就业发挥了重要作用,但是随着劳动力以及环境资源成本的逐步提高,长期处于低端产品环节的深层次矛盾日益尖锐。例如,我国人均自然资源相对稀缺,耕地资源只有世界人均水平的 1/3,淡水资源只有 1/4,石油资源只有 17%,天然气资源只有 13%,相对充裕的煤炭资源也只占到世界人均水平的 42%。这说明,中国绝不可能走资源耗费型的发展道路。此外,在当今“发达国家出技术、出知识,发展中国家出人力、出资源”的国际经济格局中,西方发达国家无论是基于维系技术优势的利益考量,还是出于意识形态的政治偏见,都不愿将真正的核心技术转让给中国。中国研发投入仅占 GDP 总量的 1.52%,但对外技术依存度达到 50% 以上。由于缺乏核心技术,我国企业不得不将每部国产手机售价的 20%、计算机售价的 30%、数控机床售价的 20% ~ 40% 支付给国外专利所有者。上述情况说明,中国也不可能走技术依赖型的发展道路。面对这种国际发展大势和自身基本国情,中国只能走技术进步和知识创新的发展道路。我们看到,那些自主创新能力较强的国家和跨国公司,都拥有属于自己的核心技术,并且重视运用知识产权推动技术的研究、开发和更新,以提升国家的核心竞争力,增强企业市场竞争力。2006 年 1 月,胡锦涛总书记在全国科学技术大会上提出了建设创新型国家的战略目标。同年 5 月,胡锦涛总书记在中央政治局集体学习时强调:“加强知识产权制度建设,提高知识

产权创造、运用、保护与管理能力,是增强自主创新能力、建设新型国家的迫切需要”。这一论断表明,中国已经站在战略全局的高度,重新审视知识产权制度的功用和地位。刘春霖教授的选题“知识产权资本化的法律规制”正是知识产权运用制度的重要内容。

《知识产权资本化研究》在知识产权运用的制度层面进行了诸多有益的探索。一方面,该书从知识产权资本化的理论基础、实践要求、现行法律法规的缺陷、完善建议等方面,探索知识产权资本化的法律规制体系。这无论对今后我国公司法律制度和知识产权法律制度的立法完善,还是对以知识产权向公司投资入股的实践,无疑会具有重要的现实意义。另一方面,知识产权资本化法律规制的研究也是对知识产权理论的丰富与发展。知识产权具有客体的非物质性以及专有性、时间性、地域性的基本特征,决定其进入生产的过程要比实物资本复杂得多。单靠企业法关于投资方式的原则规定不能有效规制知识产权的资本化过程,无法保障知识产权资本化程序的安全和维护企业、知识产权投资方的根本利益。书中关于知识产权的可资本性考察、知识经济形态中知识产权资本的地位分析、知识产权“权利本体与客体同化”悖论的剖析、知识产权专有权和无主知识产权范畴的建立、影响知识产权评估作价因素的分析以及知识产权资本化主体客体的适格性阐述等,都折射出作者理性思考创新研究的思想火花。

当然,“知识产权资本化研究”是一个宏大的工程,该书是从狭义上的“知识产权资本化”进行纵深研究的;广义上的“知识产权资本化”,除了狭义上的“知识产权资本化”以外,还包括知识产权质押、知识产权信托等更加广泛的内容。知识产权的有效运用,不仅涉及知识产权主体(即企业)的培育,而且事关一般社会条件的成就,影响知识产品生产、传递、利用的基本条件必须具备。比如要建立发达的中介机构及其良好的社会服务。知识产权中介机构是指提供各种知识产权服务,包括咨询、代理、检索、评估、诉讼等

的社会中介组织。是否拥有健全、成熟的中介服务体系,也是衡量知识产权制度是否完善的标志,更是影响知识产权资本化进程的重要因素。与发达国家相比,我国的知识产权中介机构存在着数量较少、类型发展不均匀、质量参差不齐、服务水平不高、服务内容单一等缺陷,尚不能满足知识产权有效运用的需要,企业“买技术难,卖技术也难”的问题都比较严重。希望刘春霖教授在该领域能够取得更加丰富、更加优秀的研究成果。

是为序。

吴汉东

2010年5月26日

前 言

知识产权资本化法律规制的研究大体上分为三个部分,一是知识产权资本化的理论基础,即本书第一章“知识产权资本化的可行性论证”;二是知识产权资本化可能出现的弊端和风险分析,此乃全书的“靶子”,即本书第二章“知识产权资本化意义的多维考量”,重点分析知识产权资本化可能出现的弊端和风险,为下文风险防范体系的建构奠定基础;三是知识产权资本化风险防范体系的建构,即本书第三章至第七章,分别从知识产权出资主体资格、客体条件、方式选择、评估过程和责任承担五个方面对知识产权资本化进行法律规制。

“基础论”从四个层面进行知识产权资本化的可行性论证。首先,在范畴使用上,我国知识产权立法和理论研究中一直存在着知识产权本体与客体同化的悖论,在应当使用“知识产权”范畴的时候却以知识产权的客体——“知识产品”来指代,致使在表述上发生概念混乱,甚至出现逻辑错误。本书指出,知识产权乃一种可

转让的财产权,而知识产品是与物质产品相并存的一种民事权利客体;无论是从知识产权出资人角度考察,还是从接受出资的企业角度考察,双方看重的只是某种知识产品的“权利”归属,用做出资的是知识“产权”,而非“知识”本身,所以资本化的对象是知识产权而非知识产权的客体——知识产品。其次,知识产权具备资本的物质形式,具有实物资本的价值增值特征。但知识产权资本与一般资本相比较,不具有一般资本“投入与产出的对称关系”,不像一般资本那样可以一次性投资和独立地发挥其资本的价值增值功能,知识产权资本比一般资本的风险更大。再次,“知识产权资本化”并非一个泛泛而论的范畴,而是当今知识经济发展和经济全球化背景下知识产权发展的必然方向;资本理论经历了从实物资本的一元资本论,到实物资本和人力资本的二元资本论的演进,“知识产权资本化”的结果是三元资本理论的诞生。以 TRIPs 为标志的知识产权国际保护新体制保护的是走进“世界贸易”的知识产权,知识产权资本化正是知识产权走进“世界贸易”的过程,并且是知识产权贸易的高级形态。最后,知识产权资本化的法律渊源,一则体现在以公司法为代表的企业法律制度中;二则体现在知识产权法律制度中。不无遗憾的是,我国企业法律制度虽然明确规定知识产权可以资本化,但均未就知识产权资本化具体实现的条件、方式、途径、程序、责任等做出具体规定。

“价值论”对知识产权资本化的意义进行多维考量。宏观层面审视,知识产权资本化的意义表现为,在知识产权利用的多种形态中,知识产权资本化是知识产权主体与现代企业的结合,是科研人员、技术人士的个性在经济发展中的充分体现,是知识产权与产业的联姻,因而是知识产权运用的高级形态;21 世纪以知识经济的繁荣为特征,知识已经成为含金量最高的资本,知识产权通过资本化势必成为知识资本的最重要组成部分;知识产权资本化推动产业结构优化升级,促成企业核心竞争力。从微观层面考量,“高科

技是一把‘双刃剑’”,知识产权资本化亦兼有利弊。对知识产权出资方来讲,知识产权资本化可以弥补自己不能或不宜实施智力成果的不足,有利于科技开发产业化,是知识产权出资方适应知识经济的一种崭新的资本运营方式,并且在一定程度上可以弱化知识产权主体之技术淘汰风险。但知识产权资本化的结果是将技术和竞争优势从己方转移到了对方,可能培育出与自己势均力敌甚至强于自己的竞争对手。对于接受知识产权投资的企业来讲,知识产权资本化可以直接获得先进的技术成果,取得市场竞争的技术优势;可以避免重复开发所可能造成的浪费;能够充分发挥本企业在资源和劳动力方面的优势,有利于企业的长远发展。但接受知识产权投资,可能造成企业在长期的生产经营过程中对特定知识产权的依赖。从法律层面权衡,企业接受知识产权投资存在颇多风险。一是知识产权资本本身所具有的风险、作为投资的知识产权有无权利瑕疵、作为投资的知识产权的商业化程度如何、作为投资的知识产权在技术和法律上有无其他制约因素等。二是公司或其他企业接受知识产权投资在企业运作上的风险:接受知识产权投资后企业的资本配置比例是否失调、作为出资的知识产权丧失后企业资本如何填补等。三是知识产权资本化过程中,为规避技术开发和新技术应用方面可能出现的商业风险,出资人可能附加一些限制性条件,以期能够降低技术转让风险;一些知识产权出资人常常利用其智力上、技术上或者其他方面的优势,滥用知识产权,对知识产权出资附加种种不合理条件。

“主体论”,即知识产权出资人的适格性考察。首先,并非所有知识产权主体都可充当出资人,对此在企业组织法上有出资人资格的限制。个人独资企业知识产权出资人只能是自然人,不能是法人或其他组织;只能是具有中国国籍的自然人,不能是外国人;出资人不是法律、行政法规禁止从事营利性活动的人。在合伙企业中,知识产权出资人因担当普通合伙人和有限合伙人角色的不

同,法律规定的资格限制亦有所不同。普通合伙人应当具备完全民事行为能力,对合伙企业债务承担无限连带责任;有限合伙人,则不再受前述两个条件的拘束;法律、行政法规规定禁止从事营利性活动的人,不得成为合伙企业的合伙人,因而也不能以其知识产权向合伙企业出资;国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。有限责任公司的知识产权出资人,既可以是公司设立时的股东,亦可为公司存续期间新增加的股东;既可以是自然人,亦可为法人或其他组织;既可是中国人,亦可为外国人。股份有限公司是否只有公司发起人才能用知识产权出资存有争议,本书认为至少从理论上讲发起人以外的股东也应当有权以包括知识产权在内的非现金财产出资。其次,从知识产权法层面审视,一个企业接受知识产权出资,应当考察出资人对用做出资的知识产权是否有出资处分权。对多个主体以共同享有益权的知识产权出资,首先要确认出资人是否具有该知识产权的处分权,其次要对出资后共同权利人的权利义务作出约定,尤其是他们对企业的收益分配、亏损分担的比例、参与公司事务执行的权利与方式等。最后,本书试图确立“无主知识产权”范畴。知识产权在形式上是特权,但在本质上属于自然权利、私有财产的范畴,因此“无主知识产权”范畴的确立,非但有理论上的依据,而且不会招致无主物之“先占”方面的曲解。无主知识产权的核心问题乃权利的归属,对此主张一概“归入公有领域”或者“收归国有”,都不免草率;问题的解决方案应当依知识产权法的立法目的而定,即无主创造性成果权的客体归入公有领域,无主商标权则应收归国有后依法处置,惟其如此才符合知识产权法的立法目的。收归国有的无主识别性标记权应当由国务院授权国资委作为投资主体,具体实施和监管其资本化过程。

“客体论”,即知识产权出资标的物的法律选择。首先,国内外企业法均不否认知识产权作为企业出资人的出资标的物。我国企

业法关于知识产权出资客体的规定在概念使用以及范围的界定上比较混乱。就出资标的物范围来看,外商投资企业法规定的“工业产权”和“专有技术”显然无法包括计算机软件、数据库等作品的著作权。本书认为,资本的最基本属性并非是其担保功能,而是其经营过程中的价值增值属性。公司法对于公司股东的出资方式应当采取开放性的规定,只要属于有利于公司经营和实现利润最大化的财产均可作为出资方式。其次,并非所有的知识产权都能资本化,知识产权出资标的物适格应当具备一定的要件。一是确定性,指出资标的物必须特定化,应是既有权利,符合“有效性”要求;二是有益性,即该知识产权具有比较高的商业化属性,便于在产业领域迅速、大规模实施,并且对所投资的企业具有直接的经营性使用价值;三是可转让性,即知识产权出资人应对该知识产权享有独立支配的权力,对于限制转让之知识产权不能作为出资标的物;四是货币估价的可能性。最后,知识产权资本化乃一理论范畴,从知识产权资本化的具体实践和过程考察,可资本化的知识产权又具有丰富的内涵,需对不同知识产权出资标的物进行法律审视,以便能为知识产权资本化实务和该课题的进一步研究提供思路。

“方式论”,强调知识产权出资方式的法律规制体系包括四个方面的内容。其一,知识产权出资方式选择的理论分析。知识产权资本化有知识产权转让和许可两种方式,转让方式乃知识产权资本化之常态,以使用许可方式出资则存有理论争议。本书认为,知识产权许可使用权出资的可行性表现在,公司资本信用向资产信用的转移,使得公司注册资本之债的担保功能弱化,经营功能凸显,知识产权之许可使用权有较强的经营、增值功能,也有一定的担保功能;知识产权之使用许可权具备知识产权出资标的物的要件;知识产权许可使用权则属于一种“准用益物权”,用益物权可以出资,知识产权许可使用权亦理当可以作为出资标的物;现行立

法没有否认当事人可以知识产权使用许可方式出资。其二,知识产权转让方式出资的法律规制。知识产权并非“所有权”,不能将物权法上所有权之占有、使用、收益和处分的权能简单套在知识产权之上。本书认为,“知识产权所有权”范畴不宜提倡,与知识产权之许可使用权相对应的应当称作“知识产权专有权”。专有权是一个集合概念,包括专有使用权(或称独占使用权)、禁止权、转让权、使用许可权等。出资人以知识产权转让方式出资,应当符合知识产权法律制度关于知识产权转让的条件规定,而这些条件因知识产权类型的不同而有所区别。其三,知识产权使用许可方式出资的法律规制。出资人以知识产权使用许可方式出资的情形,既可以是知识产权专有权人在保留一定权利的前提下仅仅以某种形式和内容的知识产权使用权出资,亦可为非知识产权专有权人以获得的他人的知识产权使用许可权出资,比如用买来的知识产权再许可使用权出资,但当事人只有对其特定知识产权使用权拥有再处分的权利,才能充当出资人。与知识产权专有权出资的移转相同,知识产权使用权出资的移转也要根据不同类型的知识产权而办理相应的移转手续。其四,知识产权资本化的程序规制。知识产权特性所导致的知识产权资本化的高风险性,决定知识产权出资公示十分必要,同时还要符合有关知识产权转让、许可的程序要求。

“评估论”乃知识产权出资作价的分析。在知识产权法中研究评估,重点不在分析计算公式及方法上,而重点讨论的是评估特点、评估原则、评估条件以及影响特定知识产权评估价值的法律因素等。首先,知识产权出资价值评估有三个鲜明的特点:一是复杂性,二是严格的程序性,三是动态性。其次,本书在考察美国、英国、德国、法国和日本公司法律制度关于知识产权出资价值评估规定的基础上,认为应当把我国外商投资企业法关于知识产权评估作价的规定与《公司法》统一起来;强调由统一、规范的验资机构

进行验资并出具验资报告,使知识产权资本化步入规范化的轨道;公司登记主管机关每年对企业年检时,必须对公司和外商投资企业作为注册资本组成部分的知识产权进行检验,公司和外商投资企业的年检报告必须体现接受投资的知识产权的运作状况。再次,与有形财产比较,知识产权的使用价值和价值具有自己的特性。知识产权的使用价值具有间接性、一定程度的无限性和增值性;知识产权价值构成的特性表现在知识产品的生产不存在“生产同类商品的社会必要劳动时间”,同时知识产品的生产具有不可比性。知识产权出资价值评估应当坚持真实性、科学性和可行性三个基本原则,遵循《资产评估准则——无形资产》的有关规定,根据评估对象的特点选择适用收益法、成本法和市场法的评估方法。最后,从法律的视角分别审视专利权、商标权、技术秘密权、计算机软件著作权等不同知识产权出资价值的评估,将用做出资的知识产权当做一种“法权”而非普通经济学上的“资产”,研究知识产权在法律上的特点对评估方法和评估过程的影响;将知识产权评估与知识产权资本化的目的密切结合,即把知识产权出资价值的评估作为知识产权出资这一法律程序中的一个环节来研究,期望以此作为知识产权资本化的顺利进行提供决策参考。

“责任论”提出,知识产权资本化的责任体系包括责任的法律适用原则、知识产权出资人的责任和专业机构的责任三个组成部分。首先,知识产权出资人的资格与权利源于其出资义务,该等义务既为约定,亦为法定,违者须承担相应责任。知识产权出资人违反出资义务的具体形态主要有三类:一是出资义务的不履行;二是出资义务的瑕疵履行;三是抽回或者抽逃出资。知识产权出资行为的性质既是一种有偿的、双务的契约行为,同时也是企业组织法等商法上的商事行为。因此,知识产权出资责任的法律适用既要充分考虑商法上的有关规定,又要兼顾合同法的规定。其法律适用的原则应当是,在商法有规定的情形优先适用商法的规定,在商

法没有规定的情形则准用或者类推适用合同法的规定。其次,知识产权出资人的出资责任包括三个方面的内容。一是对企业的足额出资责任,主要属于行政责任和刑事责任;二是知识产权出资人对企业债权人的责任,对此债权人可通过向公司机关行使请求权,或通过代位权诉讼以及通过公司法人人格否认诉讼来实现自己的债权,追究知识产权出资人的责任;三是知识产权出资人依照合同法的规定对其他企业出资人承担违约责任。最后,资产评估机构、验资机构在对企业投资人的知识产权出资进行评估作价、出具验资报告过程中,有违反法律法规和相关行为规范的行为,对接受该知识产权出资的企业、其他企业投资人以及企业债权人造成损害,应当依法承担责任。