



法学新前沿 New Law Frontiers

A Case Study of
Regulations On
Financing Risks of IP
From the Perspective
of Patent Right

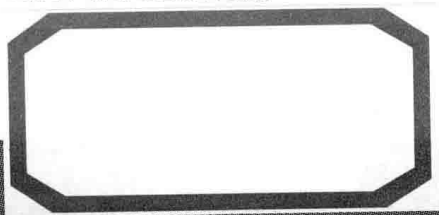
知识产权融资风险规制研究 以专利权为中心

彭飞荣 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书受教育部人文社会科学研究青年基金项目
(编号: 12YJC820081)资助



A Case Study of
Regulations On
Financing Risks of IP
From the Perspective
of Patent Right

知识产权融资风险规制研究

以专利权为中心

彭飞荣 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

知识产权融资风险规制研究：以专利权为中心 / 彭飞荣著. — 北京：法律出版社，2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2416 - 0

I. ①知… II. ①彭… III. ①知识产权—融资—风险管理—研究 IV. ①F830.45

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 151990 号

知识产权融资风险规制研究

——以专利权为中心

ZHISHI CHANQUAN RONGZI FENGXIAN GUIZHI YANJIU

—YI ZHUANLIQUAN WEI ZHONGXIN

彭飞荣 著

策划编辑 王 扬

责任编辑 王 扬

装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任校对 晁明慧

责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 13.25

字数 190 千

版本 2018 年 7 月第 1 版

印次 2018 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话：

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995



书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2416 - 0

定价:42.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介



彭飞荣 法学博士，中国计量大学法学院（知识产权学院）副教授。研究领域为经济法理论、知识产权金融、风险规制、大数据与人工智能法学。主持教育部、浙江省哲学社会科学规划、浙江省科技厅等项目；在《法商研究》《知识产权》等核心期刊发表论文30余篇，部分论文被中国人民大学复印报刊资料《经济法、劳动法》《高等学校文科学术文摘》全文转载或摘录，曾获浙江省社科联第七届青年优秀成果奖三等奖；2013年入选浙江省“之江青年社科学者行动计划”。学术兼职：中国经济法学会理事、中国社会法学会理事、浙江省网络法治研究会理事、浙江杭州高新区（滨江）物联网产业知识产权联盟专家委员会成员。



法学新前沿 New Law Frontiers

女性犯罪研究 赖修桂 赵学军 著

清代法官的司法观念 章燕 著

共同侵权行为制度研究 王永霞 著

醉酒驾驶犯罪研究 丛日禹 著

宋代女性法律地位研究 王扬 著

传承与嬗变:

中国近代女性财产继承权的变迁 温慧辉 著

法律如何长成:

制度进化的独立品格与自觉理性 夏扬 著

测谎结论的证据能力研究 邵劭 著

风险社会视域下公司法总则的功能研究 刘斌 著

1966年联合国人权两公约的实施 徐鹏 著

中西古代财产法律制度比较之文化进路 周立胜 著

民法学说与比较民法 陈永强 著

孤儿作品著作权问题研究 邵燕 著

社团规章与合作治理 季卫华 著

人大职权研究 徐平 主编

黎峒文化研究:

以法律文化渊源为视角 刘国良 著

● 知识产权融资风险规制研究

以专利权为中心 彭飞荣 著

目 录

导 论	(1)
一、研究背景	(1)
二、研究路径	(4)
三、研究方法	(7)
四、研究框架	(10)
第一章 知识产权融资风险规制理论	(13)
第一节 有关风险的理论	(13)
一、“风险”的语义	(13)
二、有关“风险”的理论	(17)
第二节 知识产权融资风险的厘定	(22)
一、知识产权融资风险的概念与特征	(22)
二、知识产权融资风险的类型	(24)
第三节 知识产权融资风险的规制模式	(27)
一、知识产权融资风险规制的基本原理	(27)
二、知识产权融资风险规制的基本模式	(29)
第二章 知识产权信托融资的困境与出路	(36)
第一节 问题之所在:以“武汉专利信托案”为例	(36)

一、“武汉专利信托案”简介	(37)
二、“武汉专利信托案”呈现的问题	(40)
三、传统信托与知识产权信托之比较	(43)
第二节 知识产权信托融资的困境:与《信托法》相衔接	
的分析	(45)
一、现代金融与知识产权信托	(46)
二、知识产权融资视野下的《信托法》之不足	(48)
三、《信托法》视角下知识产权信托融资实现的制度障碍	(51)
第三节 知识产权信托融资:一个法政策学上的比较	(54)
一、“美国式”知识产权信托融资制度	(54)
二、“日本式”知识产权信托融资制度	(57)
三、两种制度模式的比较与启示	(60)
第四节 知识产权信托融资的出路:一种中国化的制度	
设计	(64)
一、设计依据:创新驱动发展战略与知识产权创新发展	(65)
二、我国知识产权政策下的知识产权信托融资制度模式	
选择	(67)
三、我国知识产权信托融资制度模式下《信托法》之完善	(72)
四、其他	(76)
第三章 专利权融资风险的预防规制	(81)
第一节 专利权融资风险的产生背景、问题及类型	(81)
一、专利权融资风险的产生背景	(81)
二、专利权融资风险所存在的问题	(83)
三、专利权质押融资风险的三种类型	(85)
第二节 专利权质押融资的价值评估风险及其规制	(87)
一、专利权质押融资价值评估的方法及其问题	(87)

二、与担保权人利益有关的专利权质押融资价值评估	
风险	(93)
三、担保权人利益约束下的专利权价值评估风险规制	(98)
第三节 专利权质押融资的交易风险及其规制	(105)
一、专利权质押融资的交易方式及其风险	(106)
二、专利权交易风险对担保权人利益的影响	(109)
三、担保权人利益约束下的专利权交易风险规制	(113)
第四节 专利权质押融资的处置风险及其规制	(119)
一、专利权处置变现的环节及其风险	(119)
二、专利权处置变现风险对担保权人利益的影响	(123)
三、担保权人利益约束下的专利权处置变现风险规制	(128)
第四章 专利权融资风险的审查规制	(134)
第一节 风险社会、专利权融资与审查规制	(134)
一、风险社会与专利权融资	(134)
二、专利权融资风险对专利审查模式的挑战	(135)
第二节 通过审查制度控制专利权融资风险	(138)
一、引入公众参与提升专利品质	(138)
二、专利权融资风险的审查规制的初步设想	(141)
第五章 知识产权融资风险的保险规制	(145)
第一节 知识产权融资风险与保险	(145)
一、从知识产权侵权风险到知识产权融资风险	(145)
二、保险法与知识产权融资的衔接	(147)
第二节 专利保险与保险法的衔接	(151)
一、基于专利保险立场对保险法的反思	(151)
二、保险法视角下专利保险制度的改进	(153)
第三节 专利执行险诉讼中专利权人的举证责任	(155)
一、专利执行险诉讼中的举证责任主体	(158)

二、专利执行险诉讼中专利权人的举证责任规则	(164)
三、专利执行险条款中专利权人举证责任的调整	(166)
第四节 我国专利保险制度体系的设计	(171)
一、侵权类专利保险	(172)
二、融资类专利保险	(179)
三、专利权价值评估险	(182)
四、专利强制保险	(182)
结 语	(185)
主要参考文献	(190)
后 记	(200)

导 论

一、研究背景

人类社会从工业化社会进入知识主导的共享经济社会后,“知识产权逐渐成为现代企业的可创造价值的核心资产,并且从政策层面上推行创新为基础(innovation-driven)的经济阶段的过程中,形成能够利用 IP 资产价值的金融体系,不仅为拥有知识产权的创业企业或者中小企业以及大企业提供了新的融资方法,也为未来成为国家核心竞争力的创新体系搭建了基础设施”。^{〔1〕} 因而知识产权融资不仅日益成为知识产权金融的重要组成部分,在全球范围也逐渐变成一项新课题。

1. 国外背景

在一些发达国家或者地区,知识产权不仅成为创新驱动的关键生产要素,而且也成为高新技术企业或者产业重要的投资融资渠道。据美国学者伊恩·埃利斯(Ian Ellis)在《无形资产融资中最大限度利用知识财产和无形资产案例研究》一文中介绍,早在 1837 年,美国就已出现以技

〔1〕〔韩〕崔哲、裴桐浙、张俊源等:《知识产权金融》,金善花译,施晨鸣校,知识产权出版社 2017 年版,序言。

术方法设定担保的融资案例,一企业主以其拥有的“一种巧克力制作方法”的技术抵押,发行了一种债券进行融资。不过,抵押的是权利人采用商业秘密保护方式持有的技术,并未由国家授权专有使用的方式,该案例实际是商业秘密抵押担保融资案例。另一案例是 1884 年,钢笔发明人 Lewis Waterman 以其钢笔专利权向其老主顾 Asa Shipman 抵押借得 5000 美元,用以启动其钢笔制造生意。^[1] 2000 年,美国药业特许公司 (Royalty Pharma 公司) 以耶鲁大学 Zerit 药品(一种抗艾滋病新药)专利许可收费权进行资产证券化融资。通过这次融资,耶鲁大学筹集到了校内基础设施需要的资金,改善了办学条件,也推动了专利的产业化。^[2] 2004 年,日本政策投资银行与横滨银行缔结业务合作协定,合作开展知识产权质押担保融资事宜。其针对的是电气通信产业的旭通信株式会社。该会社为追求销售业务的高效率和系统的高端化,以该公司的专利权、软件著作权作为担保,获得了横滨银行 4000 万日元(约合人民币 310.4 万元),日本政策投资银行 4000 万日元,共计 8000 万日元(约合人民币 620.8 万元)的融资。旭通信株式会社正是通过这笔贷款实现了销售业务的高效率和系统的高端化。^[3] 而欧盟知识产权证券化的基础资产更是涉及音乐/电影版权、药物专利权、足球电视转播权、油气勘探资料等领域。^[4] 可以说,利用专利权进行融资,已经成为知识产权金融发展的一种趋势。

2. 国内背景

相比于国外,我国知识产权融资显得更有特别意义。在国家知识产权战略和国家创新驱动发展战略的双重背景下,知识产权融资作为一项

[1] 参见 Ian Ellis, “Maximizing Intellectual Property and Intangible Assets Case Studies in Intangible Asset Finance”, Accessed December 12, 2017, 载 <http://www.athenaalliance.org>, 2009 - 09/2017 - 12 - 20。

[2] 参见袁晓东:《美国专利资产证券化研究》,载《科技与法律》2006 年第 3 期。

[3] 参见李希义:《日本政策投资银行开展知识产权质押贷款的做法和启示》,载《中国科技论坛》2011 年第 7 期。

[4] 参见杨延超:《知识产权资本化》,法律出版社 2008 年版,第 243 页。

国家重点推进的长期政策,对当下中小微科技型企业来说,既是解决其融资难的重要手段,也是促进其提升自主创新能力和科技成果转化的有力保障。同时,知识产权融资在推动知识产权的创新、运用、管理和保护,以及防范金融风险等方面也都发挥了重要作用。

而与此有关的知识产权融资实践首先是从质押融资领域开始的。2009年,《中国人民银行、中国银行业监督管理委员会关于进一步加强信贷结构调整促进国民经济平稳较快发展的指导意见》提出“要探索推进知识产权质押贷款”。同年,中国银行业监督管理委员会与科技部《关于进一步加大对科技型中小企业信贷支持的指导意见》指出:“……推动完善知识产权转让和登记制度,培育知识产权流转市场,积极开展专利等知识产权质押贷款业务。”而《国务院关于进一步促进中小企业发展的若干意见》(国发〔2009〕136号)要求创新金融产品和服务方式,采取知识产权质押等方式,缓解中小企业贷款抵押质押不足的矛盾。2010年,财政部、工业和信息化部、银行业监督管理委员会、国家知识产权局、国家工商行政管理总局、国家版权局《关于加强知识产权质押融资与评估管理支持中小企业发展的通知》(财企〔2010〕199号)则明确指出,“推进知识产权质押融资工作,拓展中小企业融资渠道,完善知识产权质押评估管理体系,支持中小企业创新发展,积极推动产业结构优化升级,加快经济发展方式转变”。

为了落实上述国家知识产权金融政策,国家知识产权局先后于2008年、2009年和2010年确定了三批共16家试点单位,在全国试点知识产权质押融资项目。而随着国家“十二五”规划确立、国家创新驱动战略和新形势下加快知识产权强国建设的若干意见的推行,我国知识产权金融政策目标逐步从“实施知识产权质押等鼓励创新的金融政策”转变为“加强知识产权的创造、运用、保护和管理”等方面,知识产权质押融资从“单一的”质押融资贷款渠道拓展到股权、债权、资产证券化等“投融资”领域,覆盖信托业、证券业、保险业等多个行业。为适应新的发展形势,国

家知识产权局于2016年又确立了72个地区试点专利权质押融资和专利保险项目,以进一步缓解科技型中小微企业等创新主体融资困难的问题,加强专利转移转化以及金融服务创新工作,降低企业融资成本,构建有利于创新创业的市场环境。

总的来说,知识产权融资作为一项系统工程,它不仅与国家政策的变迁密切关联,还涉及质押、许可、转让、投资、信托、证券化、典当、拍卖、担保、交易等各个环节和层面。由于知识产权本身的特殊属性和市场经济的不确定性,知识产权融资过程中会产生各种各样的风险。为防范这些风险,一方面企业自身需要采取一些手段加以适应和消化,另一方面政府也需要制定相应的风险规制措施加以应对。尤其针对一些重大风险,比如法律风险、评估风险、权利风险、处置风险等,政府若处理不当,必定阻碍知识产权金融工作的推进,进而影响到知识产权强国政策的落实。

二、研究路径

从国外的社会实践经验来看,知识产权融资有很大风险。这种风险作为一种新型的风险,其应如何规制,目前学界还缺乏系统阐述和分析。就风险规制理论而言,在应对知识产权融资风险问题上,有两条基本路径可供运用,一是规则之治,也即法律之治;二是对策之治,也可称为政策之治。无论哪种治理路径,都是全球化(国际)和在地化(国内)双向并行的产物。

全球化时代,贸易往来、经济竞争、标准化、知识产权等要求各国遵循国际交易规则、商业标准和知识产权制度。全球化实际上就是交往的规则化、商业的标准化和知识产权的国际化,因而内在地需要“规则之治”,其主要表现形式就是“法律之治”。中国作为全球化贸易中的有力竞争者,“规则之治”是其本质要求,中国政府提出“依法治国”理念并践行之,某种程度上也符合这种全球化时代的要求。然而,中国不仅是全

全球化时代的世界成员,同时作为发展中国家和转型国家,还要实现赶超西方的跨越式、追赶式发展,就没有办法像西方发达国家那样,经由市场经济缓慢发展,继而实现“强国富民”,并生产出一种与市场经济有着天然契合关系的“自我扩展秩序”。因此,作为发展和转型中的中国,经由政府主导来实现跨越式发展几乎成了一个无法避免的必然选择。

换句话说,在转型中国背景下,政府主导型治理衍生出来的政策之治模式,即政府主导,各方联动成为一种常态,这当然会与一直以来所倡导的法治国,即依法治国的模式(注重形式法治)发生冲突。政策的变动性、权宜性、不可预期性和弱执行力与法律的稳定性、一致性、安定性、可预期性和强执行力往往有着内在不可调和的矛盾。但实际情形是,一方面,我们因为要实现四个现代化、要跨越式发展、要解决民生问题,不得不采用一些非常规的手段或者方式,以期尽快达成目标,因而注重“目的理性”和“功利”取向(行动的结果或者效益),注重改革中的大部分人利益,忽视法治程序的运用和考察。这样做的后果往往也是喜忧参半,有社会成效和经济成效的同时也付出了极大的社会代价(牺牲资源求发展)。相反,法治治理社会的方式较为平和,注重机会和过程的公平、公正和公开,以及相关当事人的权利和利益。

由此的问题是,在全球化的时代,世界各国普遍运用法治模式来治理国家,中国作为世界成员,要处理政治和经济问题,在不能回避全球规则的前提下,也提出了如何解决因政策性治理模式治理之不足所带来的系列难题。换句话说,在已有的“法律治理”和“政策治理”的两种模式下,有没有可能存在一条中间道路或者说第三条道路,以解决中国作为发展中国家,因跨越式、追赶式发展的需要,政府主导模式不可或缺的情形下,如何兼顾全球化时代所要求的法律治理或者说规则治理模式?

具体到知识产权融资领域来说,知识产权融资风险的政策之治核心是“目的理性”,也就是把知识产权融资风险控制一定范围之内,并在同时强调“目的程式”,只要达到某一知识产权融资风险控制的政策目

标,手段在合规情形下就可以使用。与此不同的是,知识产权融资风险规则之治核心是“形式理性”,也就是强调按照一定的规则 and 标准来控制知识产权融资风险,注重风险控制的法定程序,并且同时强调“条件程式”,也就是只要符合“如果……则……”的标准即可。至于知识产权融资的风险外部环境如何变化,在知识产权规则世界里是看不见的,从而在一定程度上保证了知识产权法、金融法、合同法等关涉知识产权融资法的纯粹性和权威性。

知识产权融资风险控制中的“规则之治”意味着同样的事情同样对待,使得人们在面对不同的知识产权融资风险问题时有一个据以行动的预期和判准,而知识产权融资风险中的“政策之治”则强调知识产权融资风险控制目标的合理性。只要能达成风险控制目标,就必须选择适于目标实现的手段。然而,政府目标又往往是局部的、权宜的,它旨在于解决与知识产权融资风险有关的特定领域、群体、行业等方面的问题。一旦权力缺乏有效制约,知识产权融资风险控制政策所包含的特定利益也易形成特定的利益集团和权力联盟。这些集团或者联盟又会利用自身掌握的关系资源、权力和金钱去左右知识产权融资风险政策出台或者走向,或者使融资风险政策虚化,出现上有政策下有对策的情形。

而为消除一个知识产权融资风险控制政策带来的弊端,需要新的融资风险防范政策来克服之前的政策风险,这直接导致知识产权融资政策风险及系统性风险的增加。加之,政府政策目标具有阶段性,经常变动不居,结果日常生活中的人们在面对纠纷和难题时,倘若没有法律作为统一判准,行动就比较容易失去方向,或者不知所措,这也就为各种机会主义留下了足够的空间。在这个意义上说,一方面,受道德功利主义文化传统的影响,功利或者实用思维比较容易弥散在社会各个层面,法律也容易被工具化,有时还成为实现政府目标的一种工具。另一方面,基于政策而来的利益取向的功利主义,则容易带来功利化的选择主义,即只要与自身的目标、利益等一致,或者能够有效实现自身利益的工具或

者手段都是可以选择的,从长远来看,知识产权融资风险控制政策也容易蜕化成一种“选择性的”融资风险控制政策,比如关涉知识产权融资风险的选择性立法、选择性司法和选择性执法。

因此,当下中国在全球化与在地化的双重结构限定下,我们认为,针对知识产权融资风险规制问题,应当遵循法律之治下的政策之治模式,也就是知识产权融资风险控制政策治理必须在知识产权融资有关的法律之下而非其之上。为此,相应的研究应该考虑到:(1)涉及知识产权融资风险控制政策的出台、运行、执行等一系列问题必须遵循相应的法律实体或者程序上的要求;(2)研究什么样的知识产权融资风险控制政策可以转化成法律,以及该如何转化;(3)哪些知识产权融资风险控制政策是不能够转化成法律的(法律之治下的政策之治的限度是什么);(4)涉及知识产权融资风险的法律之治下的政策之治中,相应的知识产权融资风险控制政策运行的效果及其执行力,包括运行的绩效及其相关的风险评估。

三、研究方法

1. 法政策学分析方法

我国社会主义经济体制是社会主义国家宏观调控下,使市场在资源配置中起基础性作用的经济体制。因此,政府的“有形之手”与市场的“无形之手”双手并举是不可回避的经济事实。在此事实中,政府发挥主导作用,市场发挥基础作用,政府政策和市场规则相互配合。以知识产权信托为例,在知识产权信托机制运行中,政府的影子无处不在,政府承担引导、培育、扶植一系列工作,而这些工作往往是通过法律的手段(体现在《知识产权法》《信托法》)和公共政策的手段(体现在政府通过行政机构下发的红头文件中)而得以贯彻和执行的。公共政策往往变动不居,而法律规则却以稳定性著称,公共政策和法律规则之间的界限并非绝然清晰的,公共政策和法律之间常常互动,促进知识产权信托融资顺

利进行的公共政策在适宜的时机往往上升为更高位阶的法律发生作用。那么,对于知识产权信托融资这一行政机构的政策目标而言,何种程度上需要借助法律手段实现;何种程度上法律不可行,而需要借助政府行政权力的运行实现。〔1〕

法政策学(legal policymaking)是近年来兴起的一门新兴学科,主要研究政策与法律之间的关系,究明二者相互之间互动、交互等影响关系,关注的是政治学与法学两个学科之间的交集部分。研究何种程度上,政策目标可以通过法律规定得以实现,而哪些政策目标由于法律具有自身局限性,需要借助行政权力、公共政策手段实现。〔2〕对于把握知识产权融资机制的公共政策与《金融法》《信托法》《保险法》《合同法》《专利法》等法律之间的微妙关系,法政策学视角能够较好的洞察这点。更进一步的,这一视角的观察能够透视转型时期经济变革中政策治理模式与规则治理模式之间的博弈。其优势在于,这一观察视角既不同于传统法学(法教义学)的研究范式,囿于既定法律规则,借助解释技术实现既定体系的逻辑完整,而回避规则的前提之问;也不同于纯粹政策学研究,局限于行为模式与后果之间的因果关联,作为政策目标的法律表达,不仅关注实然层面的社会效果,还关注应然层面的价值追求。基于上述的考虑,本书选取了法政策学的观察视角,希望在已有研究上做一些拓展。

2. 法教义学分析方法

法政策学从宏观层面解决了政策与法律的衔接问题。但是把法律作为政策的工具实施,并不意味着政府政策可以任意执行,而是将政府政策中的公共政策上升到立法层面,继而转化到法律操作层面。由此,法教义学的分析方法就应当发挥功用。比如,对知识产权信托融资困境

〔1〕 法政策学上通常认为,法律和政策皆有自身之局限。具体而言,表现为各种“不能”的说法,主要有侧重客观的事实上不能、资源上不能、法律上不能,也有侧重主观的主观偏好上不能、政治上不能。正是这些“不能”导致政府在贯彻政策目标上采用手段的差异。详细情况,可以参见解亘:《法政策学——有关制度设计的学问》,载《环球法律评论》2005年第2期。

〔2〕 参见陈铭祥:《法政策学》,台北,元照出版有限公司2001年版,第1页。