

# 《外商投资法》知识产权保护的法治化： 基本架构、动因与博弈逻辑

罗 迎

(湖南大学, 湖南 长沙 410082)

**摘 要:**《外商投资法》构建的知识产权保护制度开启了外商投资企业知识产权保护法治化的新阶段,它是优化法治化营商环境不可或缺的重要制度支撑。该制度出台深受投资者母国重大关切、创新驱动发展战略、国际知识产权和投资规则高水平从严保护趋势等内外动因的影响。此外,其背后隐藏着多重主体之间的利益博弈,可依据法律博弈论构建两个标准形式博弈模型加以分析。第1个博弈模型旨在对比分析中国和印度外商投资企业知识产权保护制度吸引外资的收益得失,对中国收益而言,博弈最优解为印度采用“适度保护”策略,而中国采用“严格保护”策略;第2个博弈模型意在分析《外商投资法》纳入知识产权保护条款前后中国与外国投资者在各自可能行为下的收益情况,对中国收益而言,最优解为外商投资者采用“适度谨慎”策略,而中国采用“严格执法”策略。

**关键词:**优化营商环境;《外商投资法》;外商投资企业;知识产权保护;博弈逻辑

**中图分类号:** D912.29

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1006-1894 (2022) 05-0061-14

晚近以来,外商投资中的知识产权问题始终是外商以及外国政府的重大关切。中美多次知识产权争端与谈判、双边投资条约谈判、经贸磋商以及2018年以来的“贸易战”等都将外商投资中的知识产权问题作为重大谈判事项之一。如何把握外商投资中的知识产权保护尺度是考验东道国外资立法水平以及经济开放程度的重要试金石。2019年3月,中国在《外商投资法》中首次规定了知识产权保护条款,从而将外商投资企业知识产权保护的法治化向前推进了一大步,具有里程碑意义。此举通过法律明文规定的形式宣示了中国保护外商投资中的知识产权的坚定决心。然而,学界对《外商投资法》纳入知识产权保护条款背后的动因和经济逻辑的解释有所不足,本文拟从优化营商环境的视角探讨外商投资企业知识产权保护的法治化在构建开放型经济新体制中的重大意义,并以规范分析法尝试探讨其背后的国内外动因,以法律博弈论构建相应的博弈模型阐明其制度设计蕴藏的博弈逻辑。

**作者简介:** 罗迎,湖南大学法学院博士研究生,研究方向:投资法学、公司法。

**基金项目:** 湖南省研究生科研创新项目“中国外商投资企业知识产权保护法治化研究”(项目编号: CX20200466)。

## 一、优化营商环境与外商投资企业知识产权保护法治化

### （一）制度型对外开放、优化营商环境与知识产权保护法治化的关系

一国营商环境的优劣直接影响其经济发展的质与量、快与慢。营商环境是指市场经济条件下各类市场营业主体开展公平竞争涉及的各种正式、非正式的制度性因素形成的背景或环境的总称。法治是营商环境的底线和根本保障，法治化的营商环境意味着稳定、公平、透明和可预期的营商环境。一国经济发展模式的变革会深刻影响其法律制度的设计走向。经过几十年的高速发展，中国对外开放的发展模式已由初期鼓励出口、引进外资为主的政策型对外开放模式迈入新时代全方位、高水平、多层次的制度型对外开放模式。中国对外开放模式的转型既是顺应第三代国际高水平投资保护竞争需求的理性选择，也是进一步提升利用外资质量的迫切需求强力推动下的结果。制度型对外开放经济新体制的建设离不开高水平、制度化、法治化的营商环境作为支撑。2015年，中共中央、国务院发布的《关于构建开放型经济新体制的若干意见》指出：“保持外资政策稳定、透明、可预期，营造规范的制度环境和稳定的市场环境。”“加强对外开放的法治建设，……着力构建稳定、公平、透明、可预期的营商环境。”党的十九届五中全会再次强调“要建设更高水平开放型经济新体制，全面提高对外开放水平”。由此可见，优化营商环境是制度型对外开放发展模式的重要内容。

自2005年世界银行发布的《营商环境报告》纳入“知识产权保护”指标以来，其在营商环境中的影响力得到了各东道国的普遍重视。<sup>①</sup>知识产权保护尤其是外商投资企业知识产权保护的法治化水平成为投资者或母国衡量东道国投资或营商制度环境不可或缺的组成部分。在此背景下，各东道国均尝试改善自身知识产权保护水平以提升全球营商环境排名，从而在吸引外资的竞争中占据优势地位。制度型对外开放模式的主要内涵在于坚持全方位对外开放，对标国际先进制度和通行规则，在对外贸易、利用投资、境外投资、对外经济技术合作等多个领域制定与实施一系列与国际通行规则相衔接的基本制度和监管模式，用规则、章程、法律等手段引领和规范对外开放实践，创新制度竞争优势。<sup>②</sup>建设开放型经济新体制的本质是要推动形成制度型对外开放经济发展模式。制度型对外开放发展模式内在地要求国家的各项经济政策尤其是外商投资政策应当保持稳定、连续、透明和可预期，它强调尊重规则之治、追求公平自由的市场竞争大环境，而这只有在全面推进依法治国的轨道下进行才有可能实现。<sup>③</sup>

外商投资企业知识产权保护制度是外商投资政策的重要组成部分，建设制度型

① 娄成武,张国勇.基于市场主体主观感知的营商环境评估框架构建——兼评世界银行营商环境评估模式[J].当代经济管理,2018,(6).

② 荀克宁.我国制度型对外开放的语境构建与路径探索[J].山东社会科学,2019,(10).

③ 钟昌标.《外商投资法》与中国对外开放模式的转型[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2019,(5).

对外开放经济内在地要求包括外商投资企业知识产权保护制度在内的各项外资政策,既需要对标国际制度标准加以修改,又需要参照本国实际国情作出理性选择。从现阶段看,加强对外商投资企业的知识产权保护正当其时,是推动构建制度型开放经济新体制和优化吸引外资营商大环境的重要突破口。因此,在外商投资知识产权领域逐步有序对接国际知识产权保护规则,对其加以法治化保护,就成为制度型对外开放需构建的配套制度。外商投资企业知识产权保护制度建设是优化法治化营商环境不可或缺的部分,运用法律手段保证包括外商投资企业知识产权在内的外商投资政策的稳定、透明和可预期,有利于营造法治化的市场营商大环境,进一步提升外资对中国市场的信心,从而为新时代扩大对外开放、提升利用外资水平、推动建设更高水平开放型经济新体制提供坚实的法治保障。为此,2019年3月,中国在最新颁布的《外商投资法》中首次规定了知识产权保护条款,从而将外商投资企业知识产权以法律明文规定的形式正式纳入法治化保护的框架之中。

## （二）《外商投资法》知识产权保护条款：迈向法治化治理的基本架构

《外商投资法》纳入外商投资知识产权保护条款,首次以外商投资基本法的形式确立了针对外商投资知识产权保护的法律制度架构。《外商投资法》通过第22条和第23条确立该制度架构。《外商投资法》第22条规定:“国家保护外国投资者和外商投资企业的知识产权,保护知识产权权利人和相关权利人的合法权益;对知识产权侵权行为严格依法追究法律责任。国家鼓励在外商投资过程中基于自愿原则和商业规则开展技术合作。技术合作的条件由投资各方遵循公平原则平等协商确定。行政机关及其工作人员不得利用行政手段强制转让技术。”从法教义学的解释视角看,该条展示的知识产权保护内容主要从合法权益保护、严格追究侵权法律责任、鼓励开展技术合作以及禁止强制转让技术4个方面进行法律规制。该条将外商投资知识产权的保护对象划分为两类主体:其一,保护外国投资者和外商投资企业的知识产权。这里的外国投资者也包括了外国自然人、法人以及非法人实体;其二,保护知识产权权利人和相关权利人的合法权益。这表明法律不仅保护知识产权权利人的合法权益,还保护知识产权权利相关人的合法权益。合法权益不仅包含权利,还包含尚未形成权利的经济性利益。该条明确表明要严格依法追究知识产权侵权人的法律责任,严厉打击知识产权侵权行为,体现了国家对外商投资知识产权从严保护的积极态度。该条还规定中外开展技术合作应当遵循自愿原则和商业规则,鼓励遵循公平原则平等协商确定技术合作的条件。这与民法中各民事主体遵循平等、自愿、公平原则开展民事活动的精神实质较为一致。这无疑有利于保护投资双方的合法权益,有利于中方通过合法途径开展技术合作以提升自身技术水平。此外,该条还确定了一个核心原则,即禁止行政机关及其工作人员利用行政手段强制转让技术。这有利于打消外商投资者和外国政府对中国知识产权保护的顾虑。

《外商投资法》确立了外商投资企业商业秘密保护法治化的基本原则。《外商投资法》第23条规定：“行政机关及其工作人员对于履行职责过程中知悉的外国投资者、外商投资企业的商业秘密，应当依法予以保密，不得泄露或者非法向他人提供。”该条明确要求行政机关及其工作人员在依法履职的过程中对于知悉的外国投资者、外商投资企业的商业秘密负有保密义务，其义务内容为不得对外泄露或者不得向他人非法提供知悉的商业秘密，行政机关及其工作人员违反此项义务将被追究法律责任。

概括而言，《外商投资法》为保护外商投资中的知识产权确立的法律制度架构如下：确立了保护外国投资者和外商投资企业知识产权的法律原则，此前的“外资三法”并无明文规定；明确规定禁止利用行政手段强制外国投资者和外商投资企业转让技术；明确提出保护外国投资者和外商投资企业的商业秘密；鼓励在外商投资过程中基于自愿原则和商业规则开展技术合作；严格依法追究知识产权侵权人的法律责任。《外商投资法》构建的知识产权保护基本法律架构对优化引进外资的营商环境无疑具有重大的制度支撑意义。

## 二、外商投资企业知识产权保护法治化的动因

### （一）母国对中国知识产权保护表现出长期的重大关切

中国外商投资企业中的知识产权保护问题长期伴随着外商和母国政府的重大关切，即满足与中国进行贸易的资本输出国以及从中国寻求投资的外国企业的要求或期望。其中，最典型的是美国的政府和投资者针对中国外商投资企业中的知识产权保护问题表现出长期而持续的重大关切。改革开放早期阶段，中国大多数知识产权法律的颁布和不断完善的势头很大程度上是受美国因素影响下的结果。<sup>①</sup>1979年，中美签署《中美贸易关系协定》，规定两国有义务按照国际惯例向彼此提供同等的知识产权保护，这意味着中国必须开始学会研究并逐步接受来自西方主要工业强国在贸易和知识产权等领域的法律制度构建的一系列规则的约束。《中美贸易关系协定》的签订迫使中国开始审慎对待来自美国政府和投资者要求加强保护其知识产权的迫切主张。<sup>②</sup>这在1979年制定的《中外合资经营企业法》中有所体现。1988年，美国出台了《综合贸易和竞争力法》，设置了著名的“特别301条款”，<sup>③</sup>其主要目的是促使美国企业的知识产权在国外得到充分和有效的保护。由于当时中国在知识产权保护方面存在“不足”，因而在“特别301条款”出台的当年，美国就将中国列入“优先关注名单”。为改善当时的知识产权保护状况并回应美国的强烈关注，中国努力加强对知识产权的保护。随着中国的努力，美国在认定中国为“优先关注外国”时所引

① 胡充寒.冲突与合作:美国因素与中国现代知识产权法制进程[J].科技与法律,2012,(4).

② Hsieh,Pasha L.China-United States Trade Negotiations and Disputes:The WTO and Beyond[J].Social Science Electronic Publishing,2009,4(2).

③ Fisher,B.,et al.United States:Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988-Title I[J].International Legal Materials,1989,28(1).

用的大多数理由逐步被消除。<sup>①</sup>1989年,中美两国代表就保护在中国境内开展投资活动的美国投资者的知识产权合法权益问题进行了首次磋商。1994年、1995年和1996年的中美3次知识产权谈判也体现出美国对中国知识产权保护问题的严重关切。

此后,美国在中国加入WTO以后仍常就知识产权问题特别是知识产权执法的力度和透明度问题发起WTO争端解决程序。譬如,2010年,美国贸易代表在特别301报告中给出的理由是:“中国的知识产权执法制度在很大程度上仍然无效且没有威慑力。广泛侵犯知识产权的行为继续影响众多行业的产品、品牌和技术等。”<sup>②</sup>实际上,美国当时对中国所要求的知识产权保护标准过于严格且不切实际。此外,他们还认为中国相关司法裁判案件的过程缺乏透明度,因为较少有涉及知识产权侵权的案件会实行公开判决,而且这类案件的判决书很少被翻译成英文,从而难以为外国公众所知。<sup>③</sup>这常常导致外界尤其是外国投资者和外国政府难以掌握真实情况,从而会主观地相信不准确或严重失实的新闻报道,这样难免就会对中国的知识产权保护状况产生误解或猜疑。<sup>④</sup>与此同时,中美知识产权纠纷的观察者和美国的一些知识产权学者在看待中国的盗版问题时往往放大特定领域的盗版问题以吸引公众的注意力,从而为拟议的立法和行政行动提供支持,这常常使外国公众对中国盗版严重问题的真实性产生更大的误解。<sup>⑤</sup>

在此期间,美国仍经常对中国发起“特别301条款”的调查。例如,2005年美国以中国未能履行其对WTO义务为借口,再次将中国列入“优先关注清单”。美国政府要求中国政府包括但不限于:增加知识产权侵权刑事起诉案件,修订出台新的版权法律以及采用美国1998年《数字千年版权法案》中提出的“反规避”法遏制知识产权侵权事件的频繁发生。<sup>⑥</sup>此后,陆续多次进行的中美经贸磋商以及2012年中美双边投资协议谈判更是将知识产权保护问题列为磋商议题的重点。2018年3月,美国又向WTO提起针对所谓中国强制技术转让的争端解决程序。美国将中国外资法有关国际投资相关知识产权争端诉诸WTO,所依据的是《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS协议)第3条国民待遇和第28条授予的专利权规定。<sup>⑦</sup>实际上,2018年以来美国将中美贸易摩擦不断升级以及欧盟不断在国际投资仲裁机构起诉中国知识产权保护不力事件的发生,也反映外资和外国针对知识产权及其权益保护表现出极大

① Zhou, X. L. U.S.-China Trade Dispute and China's Intellectual Property Rights Protection[J]. New York University Journal of International Law and Politics, 1992, 24(3).

② The Office of the United States Trade Representative. IIPA's 2010 Special 301 Report[EB/OL]. 2010, IIPA. [https://iipa.org/files/uploads/2018/01/2010\\_Special\\_301.pdf](https://iipa.org/files/uploads/2018/01/2010_Special_301.pdf). [2010-02-18] (2020-12-11).

③ Volper, T. E. TRIPS Enforcement in China: A Case for Judicial[J]. Brooklyn Journal of International Law, 2007, (1).

④ Campbell, P. E., Pecht, M. The Emperor's New Clothes: Intellectual Property Protections in China[J]. Journal of Business & Technology Law, 2012, 7(1).

⑤ Li, H. H. Piracy, Prejudice and Profit: A Perspective from US-China Intellectual Property Rights Disputes[J]. Journal of World Intellectual Property, 2006, 9(6).

⑥ McCullagh, D. Rampant Piracy Lands China on "Watch List" — The Bush Administration Claims China Isn't Living Up to Its Commitment to a Copyright Crackdown[EB/OL]. 2005, CNET. <https://www.cnet.com/news/rampant-piracy-lands-china-on-watch-list/>. [2005-05-03] (2020-12-22).

⑦ 张乃根. 国际投资相关知识产权及其争端解决[J]. 法治研究, 2020, (1).

的关切。<sup>①</sup>其中，盗版侵权打击、强制技术转让、商业秘密保护一直是外资和外国对中国知识产权保护的3个重点关注对象。<sup>②</sup>中国“外资三法”由于长期缺乏知识产权保护条款而备受批评。直至2019年，中国将外商投资知识产权保护条款纳入最新出台的《外商投资法》，标志着外商投资企业知识产权保护迈出了法治化的关键一步。可以说，外资和外国政府长期而持续的重大关切是中国外商投资企业知识产权走向法治化保护的动因之一。

## （二）国际知识产权高标准从严保护趋势的强烈推动

中国外商投资企业知识产权保护的法治化进程深受国际知识产权保护规则演变的影响。从中国改革开放之初到“入世”前夜，恰逢知识产权制度呈现全球化和趋同化发展趋势时期。1995年，TRIPS协议的出台被普遍视为代表了旨在实现新自由主义全球化的法律移植模型。在此模型之下，不论各国在文化、经济或政治之间存在何种差异，TRIPS协议的确促进了世界范围内知识产权法律的标准化进程。<sup>③</sup>TRIPS协议的生效也使知识产权从国内私人智力创造领域扩展延伸至国际经贸领域，它是国际知识产权保护规则的第一次革命性飞跃，标志着知识产权制度进入统一标准的新阶段。TRIPS协议对中国当今知识产权制度的执行和发展产生了深刻影响。2001年以来，中国在加入WTO之后的知识产权法律制度开始与TRIPS协议基本保持一致。

尽管中国的知识产权制度总体上满足了包括TRIPS协议在内的几乎所有关键性国际条约的要求，但美国和欧盟仍经常指责中国没有履行有效执行知识产权法律的义务。同时，美国认为中国在制定知识产权规则和获取其在知识产权领域执法的详细信息方面存在严重缺乏透明度的问题。为此，美国、瑞士和日本曾要求中国提供2001~2005年期间与知识产权执法工作有关的详细信息。<sup>④</sup>它们声称这些请求是根据TRIPS协议第63.3条提出的：“每个成员应准备响应另一成员的书面请求提供第1款中提到的那种信息。一个成员有理由相信特定的知识产权领域的司法裁决或行政裁决或双边协议影响其在本协议下的权利。可能还会要求以书面形式获得此类特定的司法决定或行政裁决或双边协议，或对其进行足够的详细告知。”<sup>⑤</sup>在2021年发布的《特别301报告（2021）》中，美国认为中国在知识产权保护方面仍然存在明显不足，特别是恶意抢注商标和假冒伪劣等问题依然存在，而且出现了令人担忧的发展。<sup>⑥</sup>TRIPS协议生效后的10多年里，美国等西方发达国家一直不满于协议所确

① IPR Protection in China Rapid,Fair,Effective[EB/OL].2018,China Daily.http://www.chinadaily.com.cn/kindle/2018-12/18/content\_37413956.htm.[2018-12-18](2020-12-22).

② 武晶晶等.中美经贸摩擦背景下我国科技创新和知识产权发展对策[J].中国科学院院刊,2019,(8).

③ Stoianoff,N. P.The Influence of the WTO over China's Intellectual Property Regime[J].The Sydney Law Review, 2012,34(1).

④ Kanji,O.Paper Dragon: Inadequate Protection of Intellectual Property Rights in China[J].Michigan Journal of International Law, 2006,27(4).

⑤ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights[EB/OL].1994,WTO.https://www.wto.org/english/docs\_e/legal\_e/27-trips\_01\_e.htm.[1994-04-15](2020-12-22).

⑥ 2021 Special 301 Report-United States Trade[EB/OL].2021,IIPA.https://ustr.gov/sites/default/files/files/reports/2021/2021%20Special%20301%20Report%20(final).pdf.[2021-04-30](2022-07-25).

定的知识产权保护水平,因而酝酿制定超出 TRIPS 协议标准的知识产权执法协议。这是由于既有的 TRIPS 协议中的知识产权保护标准难以满足发达国家争夺新一轮知识产权制高点的需求,因而发达国家竭力推动高水平的知识产权保护标准,导致在多边框架内国际知识产权保护朝着“超 TRIPS 协议”的知识产权保护规则迈进。<sup>①</sup>其表现是在诸边、区域性以及双边协议中,知识产权条款的内容越来越广泛和具体,保护标准和执法力度都大幅增加。<sup>②</sup>正是在此种背景下,中国外商投资企业知识产权才加快迈入法治化保护的轨道。

### (三) 顺应国际投资规则向高水平保护方向迈进的必然选择

中国外商投资企业知识产权保护的法治化不仅深受国际知识产权规则的影响,而且也深受国际投资规则发展的影响。国际投资条约本身并不涉及知识产权保护规则,其对知识产权的保护主要通过援引有关的知识产权条约来实现。<sup>③</sup>国际投资条约通常在投资待遇条款中将知识产权纳入“投资”范畴,从而间接引入和强化知识产权规则,并授权知识产权人运用投资争端解决机制对东道国提起投资仲裁程序。“莫里斯案”和“礼来诉加拿大案”都表明东道国的知识产权政策正在经受国际投资条约中赋予投资者通过投资争端解决机制就知识产权问题对东道国提起仲裁机制条款的深刻影响。<sup>④</sup>晚近以来,国际投资规则朝着高水平投资自由化、便利化的趋势发展,给予外商投资企业准入前国民待遇制度成为一股强大的潮流,由此导致国际投资立法处于“变”与“不变”的两难境地。

与此同时,在以 5G 技术、量子通信、人工智能为代表的第四次工业革命来临之际,国际投资领域的知识产权保护规则也处于深刻变革中。如美国双边投资协定范本、TPP 协议以及《反假冒贸易协定》(ACTA)均要求成员方承担的义务超越了 TRIPS 协议规定的知识产权保护和执法义务。<sup>⑤</sup>发展中国家被迫受到这一潮流的裹挟,不得不对这种高标准、趋向严苛的知识产权保护新规则做出应对之策。中国也不例外,美国在中美知识产权谈判、中美贸易谈判以及《中美双边投资协定范本(2012)》中均对中国提出了高标准的知识产权保护条款。<sup>⑥</sup>由此可见,高标准、趋向严苛的国际投资及知识产权保护规则是推动中国将外商投资知识产权保护条款纳入《外商投资法》的又一动因。

### (四) 深入推进创新驱动发展战略的强力内生驱动

国家经济发展战略转变的背后蕴含着经济社会发展变革的现实需要,这种需要

① Sell, S. K. TRIPS Was Never Enough: Vertical Forum Shifting, FTAs, ACTA, and TPP[J]. Journal of Intellectual Property Law, 2011, 18(2).

② 李洁琼. 国际知识产权制度的当今发展及其对我国的影响[J]. 知识产权, 2016, (12).

③ 张建邦. 国际投资条约知识产权保护制度的现代转型研究[J]. 中国法学, 2013, (4).

④ 徐树. 国际投资条约下知识产权保护的困境及其应对[J]. 法学, 2019, (5).

⑤ 马忠法. 国际知识产权法律制度的现状、演进与特征[J]. 安徽师范大学学报(人文社会科学版), 2018, (3).

⑥ Chen, Rywt. China's International Investment and the United States[J]. The Journal of Corporate Accounting & Finance, 2015, 26(6).

将决定相关法律制度设计的走向。2002年,中国在全球创新指数排名中位列第43位,国际竞争力总体排名是第31位,处于中等偏下的位置。<sup>①</sup>经过多年的发展,中国创新能力建设已取得了较大的进步。2021年,中国在全球创新指数排名中已位列第12位,位居中等收入经济体首位,超过日本、以色列和加拿大等发达经济体,表明中国创新能力与创新型国家之间的差距已在缩小。<sup>②</sup>尽管如此,中国大多数产业仍处于全球价值链的中低端,一些关键技术仍未实现自给,盗版侵权问题仍然颇为严重,专利的质量和转化率仍然偏低,亟需从法律制度层面完善激励创新的制度体系,从而更好地激发全社会的创新活力。因此,为改善这一局面并积极有效应对新一轮经济全球化和新一代国际投资规则演变带来的复杂国内外发展形势,中国把创新驱动发展上升为国家战略。

在当代社会,知识产权制度已经成为激励创新的基本保障制度。知识产权战略在创新驱动发展战略中处于重要地位。一国的知识产权保护程度取决于自身经济发展水平。<sup>③</sup>随着中国经济发展迈入高质量发展的新阶段,知识产权保护水平也相应提高。2016年,《国家创新驱动发展战略纲要》发布,其基本思想是依靠科技创新和体制机制创新“两个轮子”相互协调、持续发力,形成持续创新的系统能力,调整一切不适应创新驱动发展的体制机制,建设国家创新体系以最大限度释放创新活力。实际上,创新驱动发展战略可以视为创新强国和知识产权强国两大战略的升级版,其基本要求是使有关激励创新尤其是知识产权领域创新的法律政策成为法治化的长效机制。

中国实施创新驱动发展战略既是现阶段强调创新以提升国内经济发展质量和水平的现实需求,也是适应国际知识产权主流保护标准以“倒逼”国内加速自主创新步伐的重要举措。国家统计局2021年7月6日发布的数据显示,2020年中国新产业、新业态、新商业模式等“三新”经济增加值为169,254亿元,相当于GDP的17.08%。<sup>④</sup>这与创新驱动发展战略的深入实施分不开。美国制裁中兴、华为等事件给中国创新能力建设敲响了警钟。实施创新驱动发展战略既意味着需要摒弃以前高资源消耗型、粗放型的经济发展模式,又意味着需要摒弃完全依靠投资、出口和消费这“三驾马车”拉动经济发展的传统模式,而重在通过知识创新、技术创新和制度创新来加速推动形成激励创新发展的良性环境,从而实现从“中国制造”到“中国智造”的重大转变。这就要求国内知识产权法律制度的设计和修正要以激励自主创新为导向,同时平衡知识专有和知识共享之间的关系,以激励创新发展。<sup>⑤</sup>在创新驱

① 权威报告:中国竞争力总体排名升至全球第31位[EB/OL].中国新闻网.<https://www.chinanews.com/2002-12-05/26/250581.html>. [2002-12-05] (2020-12-22).

② 中国全球创新指数排名稳步上升[EB/OL].中国政府网.[http://www.gov.cn/xinwen/2021-09/23/content\\_5638785.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2021-09/23/content_5638785.htm). [2021-09-23] (2022-07-25).

③ 董维佳.中美贸易摩擦中的知识产权保护问题[J].东北师范大学学报(哲学社会科学版),2019,(6).

④ 熊丽.“三新”经济展现澎湃动力[EB/OL].中国政府网.[http://www.gov.cn/xinwen/2021-07/08/content\\_5623256.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2021-07/08/content_5623256.htm). [2021-07-08] (2022-07-25).

⑤ 刘勇,李薇.创新驱动发展战略下的知识产权公共领域作用机制研究[J].法学杂志,2019,(10).

动发展战略下,外商投资领域中的知识产权保护法治化也应激励自主创新为导向,这意味着必须从严保护外商投资企业的知识产权,化阶段性、运动式专项整治等政策性行动为法治化的常态化制度机制,加强知识产权执法和司法的可预期性,从而打造外商投资领域知识产权保护的“升级版”。<sup>①</sup>因此,深入贯彻推进创新驱动发展战略是《外商投资法》将外商投资企业知识产权纳入法治化保护的内生动因。

### 三、营商博弈分析:外商投资企业知识产权保护法治化的博弈逻辑

法律制度设计的背后往往隐藏着理性的经济博弈逻辑。中国外商投资企业知识产权保护制度的设计亦是如此。从法律博弈论的视角看,《外商投资法》构建起外商投资企业知识产权保护的基本法律制度架构,其背后蕴藏着复杂的利益博弈过程。对此,我们尝试构建两个博弈模型加以分析。第1个模型主要从对外商投资企业知识产权提供“立法保护”的视角构建,属于立法上的形式保护;第2个模型主要从对外商投资企业知识产权提供“执法保护”的视角构建,属于执法上的实质保护。笔者认为两个模型的结合有助于控制变量以简化管理难度,更有助于全面阐述中国外商投资企业知识产权保护法治化的博弈逻辑。毕竟,中国外商投资企业知识产权保护法治化既离不开立法层面的形式保护,又离不开执法层面的实质保护,这样方能使《外商投资法》纳入的知识产权条款真正起到优化法治化营商环境、提升利用外资水平的重要作用。

#### (一)第1个标准形式博弈:中国和外国之间吸引外资的博弈

第1个需要构建的博弈模型是标准形式博弈。标准形式博弈包括3个元素:(1)博弈参与人;(2)参与人可能实施的行为;(3)每一可能行为组合下参与人的收益。<sup>②</sup>第1个标准形式博弈模型用来模型化中国和其他国家采取不同的外商投资企业知识产权保护法律制度以吸引外资的博弈过程。

为简化模型、突出要旨,我们尝试以印度作为其他国家的典型代表。笔者之所以选择印度替代其他国家作为分析中国和外国之间吸引外资的博弈,主要是有以下考量:其一,从总体上看,过去10多年里,欧美主要发达国家的投资环境变化不大,其涉外法制环境已经相当成熟和完善,尤其是外商投资知识产权保护标准的改进空间较为有限,因而导致该制度对外资吸引力的波动不大。本模型意在说明东道国实施的外商投资知识产权保护制度对竞争吸引外资的影响,印度相比于欧美主要发达国家在外商投资知识产权保护制度上仍存在一定的改进空间,因而较为适宜作为博

<sup>①</sup> 孔祥俊.全球化、创新驱动发展与知识产权法治的升级[J].法律适用,2014,(1).

<sup>②</sup> [美]道格拉斯·拜尔等.法律的博弈分析[M].严旭阳等译,北京:法律出版社,1999:3.

弈参与人。其二，金砖国家作为最具潜力的发展中国家，代表着世界新兴市场的发展水平，在所有发展中国家中处于较为优势的发展地位。除金砖国家外，其他发展中国家在市场规模、经济发展潜力、投资制度环境上对外资的吸引力仍较有限。尤其是它们的外商投资知识产权保护制度仍然存在很大的改进空间，这必然会令外资充满疑虑，因而导致这些发展中国家与中国竞争吸引外资的力度和总量不够大。其三，在金砖国家中，除中国外，印度的人口市场规模、经济发展总量、涉外知识产权保护水平、对外资的吸引力相对其他金砖国家在总体上具备一定优势，意味着印度的外商投资知识产权制度具备与中国竞争吸引外资的条件。据 2022 年金砖国家官网、联合国贸易和发展会议报告及《世界投资报告》数据显示，2021 年印度 GDP 总量达到 3.08 万亿美元，吸引外资总额约为 450 亿美元；巴西 GDP 总量达到 1.73 万亿美元，吸引外资总额约为 464.41 亿美元；俄罗斯 GDP 总量达到 1.775 万亿美元，吸引外资总额约为 382 亿美元；南非 GDP 总量达到 4,197.98 亿美元，吸引外资总额约为 409 亿美元。综上所述，从经济总量、涉外知识产权保护制度改进空间、对外资的吸引力等角度出发，印度虽不是唯一之选，但总体上较为合适。

标准形式博弈模型的第 1 个元素即博弈参与人是中国和印度。第 2 个元素即参与人可能的战略行为不太容易判断。确定战略行为的空间范围是标准形式博弈最重要的内容。投资东道国吸引外资的策略多种多样，但在这个模型中可以适当限定作为投资东道国的中国和印度选择的战略行为范围，因为博弈参与人可能采取的战略行为范围取决于构建模型的目的。模型旨在分析东道国外商投资企业知识产权保护制度对吸引外资的影响。目前，由于知识产权保护理念已在投资东道国得到认同，几乎不存在完全不保护外商投资企业知识产权的国家。因此，可以判断中国和印度实施的外商投资企业知识产权战略行为有两种：一种是“适度保护”，即以外资保护承诺或政策为表现形式的知识产权保护；另一种是“严格保护”，即以明确的外资法律制度为表现形式的知识产权保护。具体可以分为以下情况：（1）中国和印度都选择“适度保护”；（2）中国选择“严格保护”，印度选择“适度保护”；（3）中国选择“适度保护”，印度选择“严格保护”；（4）中国和印度都选择“严格保护”。

第 3 个元素较为关键，需要探讨每一可能战略行为组合下中国和印度的收益结构。在模型中，我们认为外商投资企业知识产权保护制度是东道国吸引外资的一种手段。假设中国和印度需要竞争吸引外资的总额为 3,000 亿美元，外商知识产权保护制度完善与否是影响外资进入因素的一种。在中国和印度其他条件相同的情况下，假定采取“适度保护”外商知识产权的策略能够吸引外资的比例为 40%，带动投资盈利的比率为 10%。依据经济学原理，投资每增长 1%，能拉动经济增长 0.2%。因此，外资投入能够拉动东道国经济增长的比例为吸引外资总额的 20%，税收收益按东道国企业所得税率计算，已知 2019 年印度的企业所得税税率一般为 20%，中国的企业所得税税率一般为 25%，其立法和执法成本为 10 亿美元。采取“严格保护”外商知识产

权的策略能够吸引外资的比例为 60%，带动投资盈利的比率也为 10%，外资投入能够拉动东道国经济增长的比例为吸引外资总额的 20%，税收收益也按东道国企业所得税率计算，其立法和执法成本为 20 亿美元。

以 2019 年为例，若印度和中国都采取“适度保护”策略，假设印度的成本为 10 亿美元（立法和执法成本），收益包括两部分：一是外资为印度带来投资盈利的税费，可得  $3000 \times 40\% \times 10\% \times 20\% = 24$  亿美元；一是外资在当年给印度带来的 GDP 增长总额，可得  $3000 \times 40\% \times 20\% = 240$  亿美元。因此，印度的最后总收益为收入减去成本，可得  $240 + 24 - 10 = 254$  亿美元。与此相同，中国的成本也为 10 亿美元（立法和执法成本），收益也包括两部分：一是外资为中国带来投资盈利的税费，可得  $3000 \times 40\% \times 10\% \times 25\% = 30$  亿美元；一是外资在当年给中国带来的 GDP 增长总额，可得  $3000 \times 40\% \times 20\% = 240$  亿美元。因此，中国的最后总收益为  $240 + 30 - 10 = 260$  亿美元。若印度和中国都采取“严格保护”策略，印度的成本为 20 亿美元（立法和执法成本），按照上述公式计算其收益，可得  $3000 \times 60\% \times 10\% \times 20\% + 3000 \times 60\% \times 20\% = 396$  亿美元。因此，印度的最后总收益为  $396 - 20 = 376$  亿美元；中国的成本也为 20 亿美元（立法和执法成本），其收益可得  $3000 \times 60\% \times 10\% \times 25\% + 3000 \times 60\% \times 20\% = 405$  亿美元。因此，中国的最后总收益为  $405 - 20 = 385$  亿美元。若印度采取“适度保护”策略，而中国采取“严格保护”策略，此时，印度的成本为 10 亿美元，最后总收益为 254 亿美元；中国的成本为 20 亿美元，最后总收益为 385 亿美元。若印度采取“严格保护”策略，而中国采取“适度保护”策略，此时，印度的成本为 20 亿美元，最后总收益为 376 亿美元；中国的成本为 10 亿美元，最后总收益为 260 亿美元。

整个收益情形可以用二元矩阵（图 1）来表示。按惯例，每一格中的第 1 个收益值是位于行位置的参与人收益，第 2 个收益值是位于列位置的参与人收益。在图 1 中我们可以任意假定印度是行位置的参与人，中国是列位置的参与人，从而印度是每格中的第 1 个收益值，中国则是每格中的第 2 个收益值。

|    |      |          |          |
|----|------|----------|----------|
|    |      | 中国       |          |
|    |      | 适度保护     | 严格保护     |
| 印度 | 适度保护 | 254, 260 | 254, 385 |
|    | 严格保护 | 376, 260 | 376, 385 |

图 1 中国和印度之间吸引外资的博弈二元矩阵模型

从图 1 可以看出，这个博弈模型对于中国的最优解是印度采用“适度保护”策略，而中国采用“严格保护”策略，此时中国的收益最大。现实情况是，截至 2019 年底，印度对外商投资企业知识产权保护采取“适度保护”策略，因此，中国最好的策略选择应当是“严格保护”。那么，2019 年中国《外商投资法》将知识产权保护条款纳入其中加以严格保护就不难理解了。

## （二）第2个标准形式博弈：中国与外商投资企业获取知识产权收益的博弈

第2个需要构建的博弈模型在外商投资者与中国之间产生。这个博弈模型仍然由3个基本元素构成，即博弈参与人、可能的策略行为和每一可能策略之下的收益。这个模型意在说明，在《外商投资法》纳入知识产权保护条款前后，作为博弈参与人的中国与外商投资者在各自可能行为下的收益情况，从而得出中国的最优选择方案，这个方案也称博弈模型的最优解。模型博弈的第1个元素即参与人为中国与外商投资者。接下来观察博弈的第2个元素即参与人可能的策略行为。中国作为博弈参与方可能有“严格执法”和“适度执法”两种策略。这里的“严格执法”特指中国在《外商投资法》中纳入知识产权保护条款之后的严格执法；“适度执法”特指中国在《外商投资法》中纳入知识产权保护条款之前的适度执法。外商投资者作为博弈参与方也有两种策略，一种是“非常谨慎”保护自己的知识产权，另一种是“适度谨慎”保护自己的知识产权。“非常谨慎”特指在中国《外商投资法》纳入知识产权保护条款之前，外商投资者需要特别花费更多的成本来保护知识产权避免被侵权盗版；“适度谨慎”特指在中国《外商投资法》纳入知识产权保护条款之后，外商投资者可以适当削减成本来保护知识产权避免被侵权盗版。现在需要确定博弈模型的第3个元素，即博弈参与人可能实施策略下的各自收益情况。要确定参与人的收益，必须设定几个参考因素，并且需要控制相应的变量。已知中国2018年吸引外资总额为1,349.7亿美元，<sup>①</sup>2019年吸引外资总额约为1,412.3亿美元，<sup>②</sup>2019年比2018年多吸引的外资约为62.6亿美元。此外，需要说明的是，博弈模型中的下列假设数据来源于中国国家知识产权局发布的《2019年中国知识产权保护状况》，但模型未直接引用报告中的数据，而是作了简化处理，便于人们理解模型中的关键点及博弈基本逻辑。

若中国采取“严格执法”策略，假定其行政执法成本为20亿美元，“严格执法”之前的“山寨经济”收益总规模为200亿美元，而中国部分投资者在“严格执法”之下减少“山寨（盗版）”行为和遭受处罚风险带来的收益减损为40亿美元，这部分收益减损需要计入中国的成本之中，因此有人认为“山寨”行为虽不合法，但却客观上促进了“山寨经济”的发展，严厉打击“山寨”行为会对国内部分经济增长带来一定压力。此外，中国因打击盗版行为也会减损税收收入，若按企业所得税25%计算，税收损失为 $40 \times 25\% = 10$ 亿美元。因此，在中国采取“严格执法”策略之下，其成本总额为 $20 + 40 + 10 = 70$ 亿美元。那么，中国采取“严格执法”策略下的收益情况如何？首先，中国收益的一部分是吸引外资总额增长约 $1412.3 - 1349.7 = 62.6$ 亿美元，比2018年增长 $62.6 \div 1349.7 = 4.64\%$ 。依据经济学原理，投资每增长1%，能拉动经济

① 创历史新高 2018年我国吸引外资8856.1亿元[EB/OL].中国政府网.[http://www.gov.cn/xinwen/2019-01/14/content\\_5357799.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2019-01/14/content_5357799.htm). [2019-01-14] [2020-12-17].

② 2019年中国吸引外资1412.3亿美元[EB/OL].搜狐网.[http://www.sohu.com/a/368527781\\_146833](http://www.sohu.com/a/368527781_146833). [2020-11-05] [2020-12-17].

增长 0.2%。因此,这部分吸引的外资还能多带动经济增长的总额为  $62.6 \times 0.2 = 12.52$  亿美元。其次,根据中国企业平均盈利水平计算,实体企业投资盈利空间一般在 10%~12% 之间。假设外资投资盈利率为 10%,按企业所得税 25% 计算,则中国税收可多得  $62.6 \times 10\% \times 25\% = 1.565$  亿美元。再次,中国严厉打击“山寨”行为会“倒逼”国内投资者加大研发投入,加强自主创新的科研攻关。假设加大研发投入的资金总额为 200 亿美元,投资盈利率也为 10%,带动经济增长的比例仍然按照上述经济学原理计算,则投资盈利为  $200 \times 10\% = 20$  亿美元,带动经济增长  $200 \times 0.2 = 40$  亿美元。根据中国税收法规规定,科技研发投入资金盈利可享受 15% 的优惠税率。因此,投资盈利带来的税收收入可按 15% 计算企业所得税,由此得出投资盈利的税收收入为  $200 \times 10\% \times 15\% = 3$  亿美元。最后,假设科研攻关节省的专利许可使用费获益 50 亿美元。那么,总体而言,中国的收益总额为  $12.52 + 1.565 + 200 + 20 + 40 + 3 + 50 = 327.085$  亿美元,除去总成本,中国最后的总收益为  $327.085 - 70 = 257.085$  亿美元。

若中国采取“适度执法”策略,假设其立法和执法成本为 10 亿美元,吸引外资减损的总额为 20 亿美元,中国国内投资者向外资缴纳专利许可使用费为 100 亿美元。因此,在中国采取“适度执法”策略之下,其成本总额为  $10 + 20 + 100 = 130$  亿美元。那么,中国在此策略之下的收益情况如何?其一,中国可以节省执法成本 10 亿美元;其二,中国可以获取国内投资者由“山寨经济”带来的收益,仍然假设这种总收益为 200 亿美元;其三,由“山寨经济”带来的税收收益为  $200 \times 25\% = 50$  亿美元;最后因“山寨经济”使国内投资者少交专利许可使用费 50 亿美元。此时,中国的总收益为  $10 + 200 + 50 + 50 = 310$  亿美元,除去成本,最终收益可得  $310 - 130 = 180$  亿美元。

外商投资者采取“非常谨慎”和“适度谨慎”两种策略之下的收益情形相对中国而言较为简单。若外商投资者采取“非常谨慎”保护自身知识产权的策略,假设其需花费的诉讼成本和知识产权维护成本为 100 亿美元,知识产权收益和诉讼收益为 450 亿美元,<sup>①</sup>则其最后总收益为  $450 - 100 = 350$  亿美元。若外商投资者采取“适度谨慎”保护自身知识产权的策略,假设其需花费的诉讼成本和知识产权维护成本为 50 亿美元,知识产权收益和诉讼收益为 300 亿美元,则其最后总收益为  $350 - 50 = 300$  亿美元。

|       |      | 中国           |              |
|-------|------|--------------|--------------|
|       |      | 严格执法         | 适度执法         |
| 外商投资者 | 非常谨慎 | 350, 257.085 | 350, 180     |
|       | 适度谨慎 | 300, 180     | 300, 257.085 |

图2 中国与外商投资企业获取知识产权收益的博弈二元矩阵模型

<sup>①</sup> 一般而言,知识产权侵权赔偿数额依次根据知识产权人因侵权所受实际损失、侵权人因侵权所获得利益等来确定。若从知识产权侵权惩罚性赔偿的角度出发,知识产权侵权惩罚性赔偿为因侵权所受损失的3倍左右,而知识产权开发出来的收益超出5倍,若适用惩罚性赔偿,则诉讼也会产生一部分收益。这里设计1:4.5的比例是保守估计,主要是为了计算方便。

整个收益情形可以使用二元矩阵（图2）来表示。按惯例，每一格中的第1个收益值是位于行位置的参与人收益，第2个收益值是位于列位置的参与人收益。在图2中我们可以任意假定外商投资者是行位置的参与人，中国是列位置的参与人，从而外商投资者是每格中的第1个收益值，中国则是每格中的第2个收益值。

从图2可以看出，这个博弈模型对于中国的最优解是外商投资者采取“适度谨慎”策略，而中国采取“严格执法”策略，此时中国的收益最大。因此，对中国而言，最好的策略选择是“严格执法”以保护外商投资者的知识产权。2019年，中国《外商投资法》纳入知识产权保护条款，表明其严格保护外商投资知识产权的坚定决心，这一策略选择就其经济效益而言对中国利大于弊。

## 四、结语

《外商投资法》纳入知识产权条款是中国外商投资企业知识产权迈向多层次、全方位法治化保护的重要开端。中国在新的外商投资基础性法律中纳入知识产权保护条款背后有着复杂的动因，既是应对外部国际竞争压力的理性选择，又是国内深入推进实施创新驱动发展战略下内生动力催发的结果。本文以法律博弈论为基础构建相关模型，为人们深刻理解外商投资企业知识产权保护法治化背后的经济逻辑提供了可视化的直观表达。

### Rule of Law for Intellectual Property Protection under the Foreign Investment Law: Basic Structure, Motivation and Game Logic

LUO Ying

**Abstract:** The intellectual property protection system constructed by China's Foreign Investment Law has opened a new phase of rule of law protection of intellectual property rights for foreign-invested enterprises, which is an important institutional support indispensable for optimizing the business environment under the rule of law. The introduction of the system is influenced by external pressure from the investor's home country, the innovation-driven development strategy, and the trend towards a high level of stringent protection of international intellectual property and investment rules, among other internal and external factors. In addition, there is a latent game of interests between multiple subjects, which can be analyzed by constructing two standard formal game models according to legal game theory. The first game model aims to compare and analyze the gains and losses of China and India's IPR protection system for foreign-invested enterprises to attract foreign investment, with the optimal solution being a moderate protection strategy for India and a strict protection strategy for China. The second game model is designed to analyze the benefits of China and foreign investors under their respective possible behaviors before and after the inclusion of IPR protection provisions in the Foreign Investment Law, with the optimal solution being a "moderately cautious" strategy for foreign investors and a "strict enforcement" strategy for China.

**Keywords:** optimization of business environment; Foreign Investment Law; foreign-invested enterprises; intellectual property protection; game logic

（责任编辑：金孝柏）