

# 中医药隐性技术秘密的法律保护<sup>△</sup>

王艳翠\*,姚嵘嵘<sup>#</sup>(南京中医药大学卫生经济管理学院,南京 210023)

中图分类号 D923.4 文献标志码 A 文章编号 1001-0408(2019)11-1449-04

DOI 10.6039/j.issn.1001-0408.2019.11.03

**摘要** 目的:为法律对中医药隐性技术秘密予以保护的思路及运作提供参考。方法:通过对中医药隐性技术秘密的构成及类别、法律属性进行分析,从法律视角寻求法律保护方法。结果与结论:在中医药领域,以中药材炮制和中医诊疗为代表的隐性知识,更多的是以技术秘密的形式进行传承和研习。而中医药隐性技术秘密具有人格依附性和传承性的特征,法律对其保护则无法直接通过知识产权领域实现,而必须通过保障传承者的利益来实现。对中医药隐性技术秘密的保护,公法和私法的手段都必不可少,其中公法应着重解决的是技术传承机制的完善及对中药传承人权益的保护,私法则应借助契约的签署和中医药隐性知识的转化来克服侵权风险。

**关键词** 中医药技术秘密;隐性知识;人格依附性;传承性;契约

## Legal Protection of the Tacit Technology Secret of Traditional Chinese Medicine

WANG Yanhui, YAO Zhengrong (School of Health Economics and Management, Nanjing University of TCM, Nanjing 210023, China)

**ABSTRACT** OBJECTIVE: To provide reference for the thought and operation of the law to protect the tacit technology secrets of traditional Chinese medicine (TCM). METHODS: Through the analysis of the composition, categories and legal attributes of tacit technology secrets of TCM, legal protection methods were sought from the legal perspective. RESULTS & CONCLUSIONS: In the field of TCM, tacit knowledge, represented by the TCM processing, TCM diagnosis and treatment, is mostly inherited and studied in the form of technology secrets. The tacit technology secrets of TCM have the characteristics of personality dependence and inheritance, the protection of them by law can not be achieved directly through the field of intellectual property rights, but through the protection of the interests of the inheritors. Public law and private law are indispensable to the protection of tacit technology secrets of TCM. Public law should focus on improving the mechanism of technological inheritance and protecting the rights and interests of TCM inheritors. Private law should overcome the risk of infringement by signing contracts and transforming tacit knowledge of TCM.

**KEYWORDS** Technology secret of TCM; Tacit knowledge; Personality dependence; Inheritance; Contracts

在中医药领域,技术秘密是一个经常被提及的概念,中医药技术秘密包含了技术知识、实践操作和经验等几个层次<sup>[1]</sup>,技术秘密一部分以药物等载体形式呈现,表现为中药配方和方剂的配伍,由于可以离开主体而独立存在,这类信息属于显性知识,有条件与其他生产要素相结合而形成产业<sup>[2]</sup>。与此同时,还有一些技术秘密不能脱离个体单独存在,而是必须依附于人身。这部分信息负载了鲜明的人格特征,因而构成了中医药隐性知识的一部分<sup>[3]</sup>。

在整个中医药体系中,中医药隐性技术秘密占据了一定的比重,因对主体的附着性较强,其存续以传承人的承载为主,这就意味着这类技术容易随着传承者的变化而衰减甚至流失,因此法律对其实施的保护,应与已

经产权化了的显性中医药技术秘密有所区别。以此为起点,厘清中医药隐性技术秘密的构成、类别及法律属性,并在此基础上寻求相应的保护方法,就成为完善该领域法律保护制度的必然要求,因此,笔者在本文中就此进行探讨,为法律对中医药隐性技术秘密予以保护的思路及运作提供参考。

### 1 中医药隐性技术秘密的构成及类别

目前,中医药隐性技术秘密尚未从一个小范围的局部扩展到整个中医学共同体<sup>[4]</sup>,相当一部分仍散落在民间。这种局面的形成,不应简单地归结为中医的保守所致,隐性知识无法获得知识产权法的有效保护才是主要原因:鉴于知识产权的客体需要具备如药品、中药制剂等外化的有形载体形式才能获得法律保护,而隐性知识的人格依附性特征使其无法脱离人体实现客观化,无法成为法律意义上的“财产”,因而不能满足该条件。作为一种个性化的信息,中医药隐性知识无法从既有的知识产权制度中寻求保护方案,而更多的是以“技术诀窍”

<sup>△</sup> 基金项目:教育部人文社会科学研究一般项目(No.16YJA820022)

\* 副教授,博士。研究方向:中药知识产权。电话:025-85811761。

E-mail:heimi8@163.com

<sup>#</sup> 通信作者:教授,博士。研究方向:卫生法与中医药知识产权。

电话:025-85811689。E-mail:906712824@qq.com

“祖传秘方”等形式呈现出来,主要涵盖了中药材炮制加工技术和中医诊疗技术两种类型。

### 1.1 中药材炮制加工技术

炮制又称修治、修事,是指在中医理论的指导下,将中药材加工成中药饮片的方法和技术,涵盖了浸、泡、煅、煨、炒、制、蒸、煮等各类操作。中医临床所用中药皆为经过加工和炮制而形成的饮片,对中药材的炮制加工技术成为决定药效有无和药效高低的关键,中药材炮制也逐渐成为我国独有的一门学科。由于自然资源、用药习惯、生活习惯、文化传统甚至方言语音的不同,各地的炮制加工形成了不同的技术派别,影响较大的有北京的京帮、江西的樟帮和建昌帮,以及四川的川帮等。其中,“京帮”炮制的特点主要体现在炮制方法和辅料特色上,其代表性饮片包括百药煎、七制香附;“樟帮”注重切制,对枳壳、临江片的炮制广受赞誉;“建昌帮”所用炮制工具和辅料独特,著名的炮制饮片有姜半夏、明天麻等;“川帮”则多采用前店后坊的模式进行经营,其九制大黄、九转南星等炮制品为业界称赞<sup>[5]</sup>。

在中药炮制技术中,一部分较为简易的操作目前已被公开,这使得其不再被纳入私权范畴,属于人人可以共享的公有知识。还有一部分仍由特定人员掌握,尚未公开,这一部分多为某些特殊的中药材处理工艺,带有明显的技术诀窍的特点。从实践中看,尽管2015年版《中国药典》(一部)及(四部)或地方标准中有关于中药材炮制方法的描述,但不依靠技术人员的指导而仅靠阅读文字,其操作技巧并不容易真正被掌握。在这个过程中,人成为中医药技术秘密的载体,缺乏了必要的人工指导,初学者通常难以炮制出质量上乘的饮片,正所谓“心中易了,指下难明”<sup>[6]</sup>。

### 1.2 中医诊疗技术

在中医药技术体系中,方剂的组成、用法和功用等都是可以编码的知识,因可以用语言、文字进行表达而比较容易传播。但在这些显性知识背后,还隐藏着更多的“隐性知识”<sup>[7]</sup>,例如何时使用这些方剂?如何根据患者的实际情况进行药味的加减?每味药的剂量如何变化?等等都形成了行医者对疾病的构象过程,这个过程涉及到的就是中医的诊疗技术。

中医的诊疗包括三类信息的处理,一是通过望、闻、问、切采集的四诊信息,二是根据中医理论分析四诊信息所判断的证候或疾病,三是在诊断的基础上给出治疗方案<sup>[8]</sup>。诊疗是一个比较个体化的过程,包含了患者的个体化和行医者的个体化两个层次,对于同一病种的同一证候,不同患者的四诊信息会因为体质的不同而有所变化,生命状态的这种不完全能观性<sup>[9]</sup>,使行医者对同一类疾病的构象不尽相同,这是一个隐性知识发挥作用的

过程,对于这些技术信息,其传习依赖主体之间的有效互动。

## 2 中医药隐性技术秘密的法律属性

### 2.1 技术秘密的人格依附性

一般认为,语言使用和工具制造是人区别于动物的标志,而技术则将其自身内化成为人的一部分,从“人的延伸”演变成为“人性的固有部分”<sup>[10]</sup>。技术的这一特性使其在一定程度上无法真正脱离人的主观因素的影响。特别是在中医药领域,透过对中药隐性技术秘密的上述两种类型的分析可以看出,该类信息具有明显的人格依附特征,许多信息的运用往往与行医者的行医实践融为一体,并与持有人(主要为行医者)本人的经验、技能等不可分离。

如同非物质文化遗产不应被简单理解为“遗产”,而应视作一种人的技能<sup>[11]</sup>,隶属于特定主体的人格一样,带有人格依附性的中医药信息并不属于持有人真正的“财产”。法律意义上的“财产”概念涉及的是可以与人身相分离的独立客体。附着于人之上、依赖特定主体的实施才能呈现的中医药技术秘密,虽然同样能够为持有人带来经济收益,但并不具备财产的独立特征。相反,中医药信息具有比较明显的人格色彩,不能脱离持有人直接在市场上被交易。

### 2.2 技术信息的传承性

不同于知识产权制度对个体私权利的张扬,中医药技术秘密的形成和发展往往由多人实践并完成,这是一个知识不断创造和累积的过程,这类信息因而带有了不同程度的公开和共享的特点<sup>[12]</sup>,其传承表现为信息的从“人到人”的转移。由于属于隐性知识,这类信息难以用数字或公式来表达,也很难被编码,其内容的转移取决于传承者与研习者之间的交流和意会的互动。

在这个过程中,人是知识和技术得以创造并转移的内生力量,因而该过程很大程度上受制于双方当事人,特别是其中的传承者的主观意志。传承者对该技术信息的控制具有独占性,除非本人愿意,否则技术就无法外传。笔者认为,对这类中医药技术秘密而言,传承究竟意在公开还是保密并非法律对其实施保护的最终目的,保持中医药的整体性和延续性、发挥其治病救人的功能并实现对公民健康的维护,才是法律保护中医药的最终目标。因此,法律对中医药隐性技术秘密的保护,不仅在于对该类信息予以保密,防范其被他人侵犯,更重在保障相关知识和技术的传承,以防止其灭失。

## 3 中医药隐性技术秘密的法律保护方法探索

### 3.1 公法的介入和传承机制的运用

3.1.1 对中医药传承机制的保护 鉴于中医药隐性技术秘密的群体性特征,公法和私法的保护在该领域都必

不可少,其中公法所涉及到的主要是对中医的传承机制的保护。

在中医数千年的发展历程中,师徒传承发挥了重要作用。许多中医药隐性技术秘密需要依赖当事人的记忆及临床的实践方能掌握,而师承方式则提供了这种便利及条件,使学习者能够尽早接触中医理论和实践技术操作,这对于学习有着较高悟性要求的中医知识十分必要。通过口传心授,师者把个人对中医的价值体系、理论和技术的把握以及临床的操作技能传授给学习者,后者通过抄方侍诊了解和把握治病、用药的方法,进而得以继承老师的医术<sup>[13]</sup>。这种师徒间的言传身教带有个人化和情景化的特征,其知识和技术的转移通过个体之间的密切接触和相互切磋得以实现。但与此同时,这种模式也带有效率偏低、传播范围小的不足,在中医现代化转型过程中就因此被视作农耕时代的产物而一度遭到摒弃。

师徒传承的教育方式在我国曾经一度受到指责,反对者的一个主要理由是认为这种教学带有较大的主观性,缺少一个相对客观化的语言环境,使得相关信息的传递容易失真。实际上对于此类人格色彩浓厚的中医药技术秘密,其内容的传播正是高度个人化的,师承师法,自拜师开始就决定了学习者的学习内容、研究特点和发展方向。中医之所以学术流派众多,师徒传承的教育方式起到了重要作用。近些年,随着中医传承出现断档危机,传统的师承培养模式重获重视。师承模式重新回归到中医教育系统中并与院校教育相结合,在培养中医人才的过程中发挥着积极作用。虽然从传播途径上看,这种传承模式遵循的是“从隐性知识到隐性知识”的教育过程,中医药理论技术体系仍然是在师者与学习者之间通过意会思维分享的方式进行传播,但是其在客观上顺应了这类技术信息传递的需要,于中医药的传承和可持续不可或缺。

**3.1.2 对中医传承人的保护** 法律对中医传承机制的维护需要以承认并保护传承人的合法地位为前提,这是完善传承机制的关键举措。中医传承人的范围包括行医者、中医药的秘方持有者等以个体身份活动的人,在当前西医占据了统治地位的医学领域,来自于现实与传统的不同的角色期望,使这些中医传承人面临着继续保持中医传统抑或向西医妥协的两难<sup>[14]</sup>。但无论哪一种选择,传承人个人力量的薄弱,使其无力改变中医当前所处的被动局面。因此在该领域有必要发挥公权力的统领作用,有意识地借助政府手段促进中医药传承机制的良好运行。为此,我国把涉及隐性知识的中医药技术列入到了非物质文化遗产的范畴中,尝试借助公法的力量实施保护。

截至目前,在我国的国家级非物质文化遗产名录

中,国务院已经公布了5批传统医药传承人的名单,仅2018年就有58人被授予该称号<sup>[15]</sup>。依照我国的非物质文化遗产法,政府对这些获得“中医传承人”称号的中医执业人员,通过给予津贴或经济资助<sup>[16]</sup>,以改善其行医条件。在这方面,围绕中医传承所形成的社会关系各有特色,法律的调整重点应做到有所区别,其重心应落在为传承创造良好的环境、制订激励政策、扶持并保障传承人主动传承的措施等方面,从而使其对延续和传播这一类中医药技术信息的贡献能够获得回报。

### 3.2 契约的保护和隐性知识的转化

**3.2.1 中医药隐性技术秘密的显性化** 相对于其他类型的技术秘密,中医药隐性知识的传承特点使得这类技术秘密不易被他人盗取,但这并不意味着该领域不存在被侵权的可能。尤其当牵涉到中药企业的生产时,其外泄的风险会相应加大。现代化的中医药生产走的是集约化、规模化道路,不再以过去的小作坊为单位,这就意味着技术秘密权利人不得将其秘密与企业内部成员分享。中医药隐性技术秘密以人为载体、需要由人加以掌握和运用的特性也使得人才流动的过程往往同时伴随着信息的流失。由于隐性技术秘密不能在市场上被独立交易,对其潜在的经济收益可以通过对劳动力的交换来实现,企业由此可以借助劳动力市场,通过“挖人”而实现对所需信息的获取,这成为中医药隐性技术秘密流失的重要原因。

为减少中医药隐性技术秘密流失的风险,实现其向显性知识转化是一种积极的思路。随着现代化科技手段的应用和发展,越来越多的中医药隐性知识能够实现向显性知识转化和分离,转化后的显性知识可以通过知识产权制度获得保护。2017年10月1日生效的《中华人民共和国中医药法》首次以制定法的形式明确了构建中医药传统知识数据库制度的思路。从一定意义上说,数据库制度的建立意在统和、整理中医药技术信息,保护中医传承人,实现对中医药传统知识的利益分享,这就需要持有人对中医药信息予以提供,实现隐性知识向显性知识转化。而这种转化实际上受制于更多地主观因素的影响,是否转换和转换多少,需要根据当事人的披露意愿、对该类技术的价值的认识、以及如何将这类信息准确表达和外化出来等因素来决定,因此有必要考虑设置相关激励措施以促进这种转化行为的实施<sup>[17]</sup>。相应地,要求相关人员签署竞业禁止协议和保密协议就成为必要的保护手段。

**3.2.2 竞业禁止协议和保密协议的签署** 竞业禁止协议和保密协议属于对技术秘密的契约式保护,其中竞业禁止协议更偏重对威胁性侵害的预防。实践中,掌握或知晓中医药隐性技术秘密的技术人员在离职后从事与该秘密信息相关的工作,是对技术秘密构成威胁性侵害

的最主要情形,竞业禁止协议的签署就在于以事前预防的方式对这些潜在的侵权者的行为予以防范,降低侵权行为实施的概率<sup>[18]</sup>。

竞业禁止协议的签署需要明确涉密人员的范围。如前所述,由于有些中医药技术信息存在与技术人员的个人技能和经验相互渗透的情形,即便企业在自己拥有的技术秘密信息上划定了界限,也难免因人员流动使该信息被带离企业,因此在涉密人员范围上不应局限于直接接触技术秘密的人员,适当扩大竞业禁止协议的主体范围是一个相对有效的解决办法。

除竞业禁止协议外,为了保护技术秘密,中药企业还需要与企业内部的技术研发、技术生产、技术管理人员等以及企业之外因经济合作关系获悉技术秘密的合作方分别签订保密协议,明确他们对因工作获悉的中医药技术信息的不泄露义务。

作为对保守技术秘密的一种承诺,保密协议建立在双方当事人之间合意的基础上,其保密期限不限于双方存在雇佣关系或合作关系的期间内,也可以辐射到义务人解除或这类关系消失之后。为将对企业技术秘密的侵犯的几率降至最低,保密规范应尽量细致并有可操作性,保密协议应根据涉密人员不同岗位或者与秘密信息接触的程度不同,在保密事项、保密范围、保密措施及违约责任等方面分别做出约定。

#### 4 结语

在中医药技术秘密中,显性知识和隐性知识并存。其中法律对技术秘密中的显性知识的保护,更多的是与专利制度相对比,在知识产权领域开展的<sup>[19]</sup>;而对于隐性知识的技术秘密的保护,由于其不具备获得知识产权法保护的客观性条件,因而需要从其人格依附性特征出发,借助于对“人”的保护和管理而实现。在此基础上,公法视野中对中医药隐性知识传承机制的完善和私法领域中相关竞业禁止和保密协议的确立及签署,为该问题的解决拓展了新的思路。

#### 参考文献

[1] 王乐.基于中国古代哲学的中医理论发展研究及医家思维模拟方法初探[D].北京:北京中医药大学,2011.  
[2] 王艳翠,宋晓亭.中医药技术秘密保护路径分析[J].河北

法学,2016,34(3):101-109.

[3] 范宇鹏,杨志敏,老膺荣,等.基于中医知识特点,引入知识管理,探索中医传承新模式[J].科技管理研究,2010,30(16):161-163.  
[4] 刘秀峰.中国传统医学中的隐性知识及其策略[D].武汉:华中科技大学,2008.  
[5] 钟凌云,龚千锋,杨明,等.传统炮制技术流派特点及发展[J].中国中药杂志,2013,38(19):3405-3406.  
[6] 滕晶.从“心中难明”到“心中易了”构建中医实习生临证思辨模式浅谈[J].光明中医,2014,29(7):1549-1550.  
[7] 孔庆浩.言气彰物-中医学的认识论与方法论[D].北京:北京中医药大学,2016.  
[8] 李文文,张启明,张磊,等.中医诊疗规律研究新方法[J].中医杂志,2014,55(6):467-468.  
[9] 侯树平.中医治法学[M].北京:中国中医药出版社,2015:65.  
[10] 张新锋.专利权的财产权属性[D].武汉:华中科技大学,2011.  
[11] 刘景超,李具双,徐江雁.关于中医药非物质文化遗产保护之见解[J].中医药管理杂志,2010,18(4):298-299.  
[12] 向光富.论云南少数民族医药传统知识保护传承的基本制度[J].云南大学学报,2014,27(5):140-144.  
[13] 任国庆,梁俊杰,李梦瑶.名老中医学学术经验传承现状及思考[J].中医教育,2018,37(3):13-16.  
[14] 宁泽璞,蔡铁如,卜献春,等.中医药学术传承制度立法研究[J].湖南中医药杂志,2017,33(1):7-12.  
[15] 第五批国家级非物质文化遗产代表性项目有关信息发布[J].中国生漆,2018,37(2):5.  
[16] 孙晓尧,汪蕾,徐春军.北京市中医医院院级工作室新模式的探讨[J].继续医学教育,2018,32(11):92-93.  
[17] 赵芬,王玥.浅析中国情境下企业隐性知识的显性化[J].中国市场,2018(22):67-68.  
[18] 邓恒.论商业秘密保护中竞业禁止协议的法律性质[J].西南民族大学学报,2018,39(2):98-103.  
[19] 王艳翠,宋晓亭.中药标准化策略与商业秘密保护制度的协调[J].中国药房,2017,28(13):1736-1739.

(收稿日期:2018-12-08 修回日期:2019-03-25)

(编辑:刘明伟)

《中国药房》杂志——中文核心期刊,欢迎投稿、订阅