

知识产权视域下名老中医经验传承探讨

吴颖雄,田 侃

(南京中医药大学经贸管理学院,江苏 南京 210023)

摘要:保护名老中医经验传承中的知识产权利益意义重大。文章在界定名老中医经验内涵、利益主体的基础上,分析当前知识产权制度在保护名老中医权益中的不足,并提出可能的解决措施。

关键词:知识产权;名老中医;经验传承

中图分类号: D923.4

文献标识码: A

文章编号: 1671-0479(2014)03-207-004

doi: 10.7655/NYDXBSS20140309

名老中医是中医药行业的宝贵财富,名老中医经验对中医临床的发展有着非常重要的指导意义。正因如此,国家先后多次开展不同形式的名老中医经验继承工作,如开展名老中医带徒、成立名医传承工作室,整理名医医案、医话,研究名医经验,挖掘名医秘方、经验方,出版名医专著等,并取得了较好成绩^[1]。虽然我国宪法确立了中医药的法律地位,为中医药事业的发展提供了根本的法律依据^[2],但是从国家所开展的这些工作中不难发现,名老中医经验继承中的知识产权问题似乎没有引起足够的重视。而当前名老中医经验的医疗和商业价值正逐渐显现,我国中医药管理部门和立法部门应当予以考量。

一、名老中医经验的界定

名老中医是中医学学术造诣最深、临床水平最高的群体,是将中医理论、前人经验与当今临床实践相结合的典范,是中医药知识的重要载体^[3]。基于此,名老中医经验是指在继承中医传统理论和前人经验的基础上结合自身临床实践所积累的有关方药和诊疗技术等方面的知识。

二、名老中医经验传承中的利益主体

(一)传授者

名老中医经验传承中的传授者当属名老中医本

人。作为传授者而言,名老中医丰富的经验是在大量临床实践的基础上获得的。一些名老中医对医疗行为进入市场后参与市场竞争和对经验知识应有价值的体现存有顾虑,而对其传承的知识有所保留;或者慑于信息社会的发达和市场对知识的滥用而不得不秘而不传。若在没有任何制度保障或这种制度保障不健全的情况下,要求名老中医将临床经验毫无保留地传授给继承者几乎是不可能实现的^[4]。正如美国的汉密尔顿所说:“我们应该假定每个人都是会拆烂泥的瘪三,他的每一个行为,除了私利,另无目的。”^[5]因此,若要减少名老中医的“私藏”行为,必须完善名老中医权益保障制度。

(二)继承者

名老中医传承模式主要有“师徒结对”、“继承班”与“工作室团队”等三种模式^[6],无论采用哪种模式开展名老中医经验传承工作,继承者都是学生或者是徒弟。在名老中医经验传承中学生或徒弟似乎一直处于被动地位,学习名老中医的经验。但是,中医学的发展已经不再满足单纯性继承前人经验,而要求在继承中创新。因此,学生或徒弟在学习名老中医经验后往往会在此基础上总结出蕴涵自身智慧的知识。此时,如何平衡名老中医与其学生或徒弟的利益显得甚是重要。

(三)名老中医所在单位

基金项目:国家中医药管理局中医药政策研究项目“中医药传统知识保护和传承人制度研究”[ZYYP-2010(003)],南京中医药大学哲学社会科学基金项目“中医药传统知识保护研究”(11XSK07)

收稿日期: 2014-03-24

作者简介: 吴颖雄(1983-),男,江苏镇江人,讲师,研究方向为医药卫生法;田侃(1964-),男,江苏扬州人,教授,研究方向为医药卫生法,通信作者。

名老中医所在单位是指名老中医本职工作单位,而非多点执业状况下的其他执业单位。有观点认为,在讨论名老中医经验传承中知识产权问题时应抛弃“从业者所在单位”的概念而使用“从业者执业单位”,因为《卫生部关于医师多点执业有关问题的通知》(以下简称《通知》)允许医生多点执业,医生执业单位与所在单位并不一定完全一致,由此带来的知识产权归属判定将更加复杂,从业者的任何一个执业单位都有可能成为相关知识产权的权利主体^[7]。这种观点有待斟酌。名老中医经验是在长期临床教学、科研实践中形成的,而国家卫生部于2009年才发布《通知》允许医师多点执业。可见,名老中医经验是在利用原单位所提供的条件的基础上形成的,与多点执业的单位关系不大,且实践中“许多医生都在观望大医院对此的态度”^[8],申请多点执业的医师并不多,申请多点执业的名老中医更少。因此,在讨论名老中医经验传承时宜用名老中医所在单位,而非名老中医执业单位。

三、当前知识产权制度保护 名老中医经验的困境

(一)商业秘密制度

所谓商业秘密是指不为公众所知悉,能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保护措施的技术信息和经营信息。因此,若要构成商业秘密,则必须具有秘密性、经济性和实用性的特点,并采取了保密措施。从知识管理的角度看,名老中医经验既包括显性知识如医案著作,也包括隐性知识如临床辨证思维模式。其中显性知识不可能利用商业秘密制度实施保护,因为诸如医案著作等已处于公开状态,为公众知晓,无秘密可言;如临床辨证思维模式等隐性知识同样未必一定就可以利用商业秘密进行保护。虽然名老中医经验中隐性知识可以做到不为公众所知悉,具有确定的可应用性,能为名老中医带来现实的或者潜在的经济利益或者竞争优势,但是往往名老中医及其所在单位并未制订完善的保密措施。在此情形下,他人一旦获取名老中医经验中的隐性知识并加以利用,司法机关也很难认定他人具有侵犯名老中医商业秘密的行为。同时,名老中医经验中隐性知识所带来的现实的或潜在的经济利益或者竞争优势也有必要通过完善的机制赋予名老中医,以促使其将自己的经验完整地传授给继承者。因此,如果没有完善的保密措施和激励机制,出于对自身利益的考量,名老中医有可能“私藏”隐性知识,从

而阻碍名老中医经验的传承。

(二)专利制度

专利一直为社会所重视,名老中医也不例外。虽然名老中医经验的实践性较强,具有极高的临床应用价值,不过要将经验转化为专利,获得专利授权并非易事。在我国,一项发明专利和实用新型专利要想获得专利授权就必须同时具备新颖性、创造性和实用性。就名老中医经验的新颖性而言,关键是看在其专利申请日前有无相同的现有技术存在。一般而言,如名老中医经验仍处于保密状态,没有以任何形式公开过,也即前文所讲的“私藏”,那么这些经验无疑是具备新颖性的。但是,名老中医经验难以符合实用性的要求。所谓实用性,是指一项发明创造能够在产业上制造或使用,并且能够产生积极效果。所谓“在产业上制造或使用”是指发明或实用新型能够通过产业中的标准化模式被稳定地再现^{[9]306}。中医治病将就“辩证施治”、“因人而异”等个性化原则,名老中医经验同样需要就每一个患者个体差异具体运用,其要“通过产业中的标准化模式被稳定再现”是非常困难的。

(三)著作权制度

上文已分析,名老中医经验中隐性知识可以利用商业秘密制度保护,而显性知识则因为已进入公共领域,无秘密可言,但是这部分知识可以利用我国著作权制度实施保护,其方式就是将名老中医经验汇集整理用文字的形式固定下来,以获得我国《著作权法》的保护,如目前已经有相当一部分名老中医通过出版著作的方式保护自己的合法权益。然而,在名老中医经验传承中,仍然存在传统的“口传心授”方式。这种传承方式的弊端大体上两点:一是不利于名老中医经验的传承,因为“口传心授”对名老中医自身和学生或徒弟的要求都很高,任何一方出现问题都有可能阻碍名老中医经验的传承,导致知识灭失;二是“口传心授”方式无助于利用著作权制度进行保护,该方式的每一次操作就等于名老中医创作了一个口头作品,虽然我国《著作权法》保护口头作品,但完全没有被固定的口头作品在我国实际上也很难得到有效保护^{[9]67}。

四、名老中医经验传承中知识产权制度的构建

虽然目前我国知识产权制度都能为名老中医经验提供一定程度的知识产权保护,但是名老中医经验传承具有特殊性,现有的知识产权制度并不能为其提供比较完善的保护。因此,现阶段在难以突破现有的知识产权框架对名老中医经验传承中知识产权

问题单独立法的情况下,可以采取以下措施保障名老中医的合法权益。

(一)加强宣传,增强名老中医知识产权保护意识

名老中医经验传承中出现“私藏”现象的原因之一就是知识产权意识薄弱。部分名老中医不是积极地将自己的临床经验转化为受法律保护的知识产权形式,而是仍坚持传统观念,认为只要让自己的临床经验处于秘密状态,他人就无法获知,这样就能维护自己的权益。其实,现代知识产权理论认为,知识只有公开运用并及时转化为受法律保护的知识产权形式才能发挥其应有的作用。名老中医经验同样也只有得到有效传承才能体现其内在价值,从而使自身的合法权益得到切实保障。因此,为减少名老中医的“私藏”行为,有必要采取诸如院内海报栏、知识产权培训班等形式对名老中医加强知识产权法律制度宣传,破除名老中医的传统观念,增强其知识产权意识。

(二)完善名老中医经验传承中商业秘密保护制度

根据司法实践,权利人只要采取了以下措施,即可认为采取了保密措施:制定保密规章制度;加强文件的管理或对商业秘密的特殊领域采取了警戒措施;限制知悉商业秘密人的范围;与知悉商业秘密的相关人员及允许合法使用商业秘密的相对人提出保密要求或签订保密协议;其他防止泄露的具有针对性的保密措施^[10]。因此,完善的名老中医经验商业秘密保护制度至少包含以下几方面:首先,名老中医所在单位应当建立关于名老中医经验传承的保密制度,安排特定场所储存不适合公开的资料并配备相应的保密设备;其次,名老中医所在单位、名老中医应当与名老中医经验继承者签订三方保密协议,明确各方利益主体的权利和义务,并规定违反该保密协议应当承担的责任。

(三)建立名老中医经验传承公募基金

在名老中医经验传承中除了注重以商业秘密的形式保护名老中医合法权益外,还应当建立相应的激励机制以减少名老中医的“私藏”行为,鼓励名老中医将自己的经验毫无保留地传授给继承者。而由国家中医药管理部门主导建立全国性的名老中医经验传承公募基金似乎是一种较好的选择。该基金原始公募资金应当由国家财政划拨,后续资金可在该基金管理机构组建后由进行募捐的财产、接受社会各界捐赠的财产、利息、国家拨款以及名老中医经验商业利用收益等组成,主要用于资助在名老中医经验传承中作出突出贡献的名老中医、继承者以及名老中医所在单位。这样,一方面可以激励名老中医

将经验完全传授给继承者,减少“私藏”行为;另一方面由于名老中医经验传承包括“传”和“承”两方面,在激励名老中医传承经验的同时,还应当鼓励继承者努力学习并在此基础上进行创新。而名老中医所在单位作为传承中的管理方与依托方,如符合条件也应获得一定的奖励以提高其管理的积极性,为名老中医经验传承提供便利。

(四)构建名老中医经验保护名录

2009年《国务院关于扶持和促进中医药事业发展的若干意见》指出,研究制订中医药传统知识保护名录,逐步建立中医药传统知识专门保护制度。但是,国家至今为止尚未建立中医药传统知识保护名录,在此情形下名老中医经验作为中医药传统知识的一部分可以先行制订保护名录以评估实施效果,为中医药传统知识保护名录的制订奠定基础。同时,制订名老中医经验保护名录有助于将部分名老中医“口传心授”的经验予以固化,明确各自的贡献,为名老中医经验商业利用而获得的收益进行合理分配提供依据。当然,名老中医保护名录若要发挥更大的作用,还可以与名老中医经验传承公募基金相结合,如将名老中医经验保护名录商业利用而获得的收益作为公募基金组成部分以此共同构建促进名老中医经验传承的激励机制。

五、结 语

在知识经济时代,为减少名老中医的“私藏”行为,促进名老中医经验有效继承,相关部门在进行制度设计时应当考虑名老中医经验的商业价值和临床价值,同时兼顾继承者与名老中医所在单位的利益,构建与市场经济相适应的制度或激励机制。唯有如此才能使名老中医经验得以有效传承,从而促进中医临床水平的提高和中医药事业的发展。

参考文献

- [1] 宁泽璞,卜献春.名老中医经验传承模式探讨与实践[J].中华中医药学刊,2011,29(9):1971-1972
- [2] 吴颖雄,田 侃.我国中医药立法问题刍议[J].南京医科大学学报:社会科学版,2008,8(4):298-301
- [3] 徐春波,王思成.名老中医传承研究模式与研究方法[J].世界中医药,2009,4(6):334-342
- [4] 宋晓亭.知识产权视野下的名老中医经验保护[J].时珍国医国药,2012,23(6):1526-1527
- [5] 朱福惠.宪法学原理[M].福建:厦门大学出版社,2011:115
- [6] 茅建春.关于中医传承模式的探讨[J].中医药导报,

2011,17(5):4-5

[7] 刘春辉,宋晓亭. 名中医经验传承中知识产权问题浅析[J]. 中国中医药信息杂志,2012,19(4):4-6

[8] 孙 凌. 医师多点执业意愿调查分析[J]. 卫生经济研究,2011,291(9):15-16

[9] 王迁著. 知识产权法教程[M]. 3版. 北京:中国人民大学出版社,2011:306

[10] 李夫宝. 侵犯商业秘密罪的认定——陶国强等侵犯商业秘密罪案的分析报告[D]. 重庆:西南政法大学,2008

Discussion on experience inheritance of distinguished and veteran doctors of TCM under the horizon of intellectual property

Wu Yingxiong, Tian Kan

(School of Economic and Commerce Management, Nanjing University of Chinese Medicine, Nanjing 210023, China)

Abstract: It is important to protect the intellectual property on the experience inheritance of distinguished and veteran doctors of traditional chinese medicine(TCM). On the basis of defining the connotation of their experience and stakeholders, the thesis analyzes the deficiency of using the current intellectual property system to protect their legal rights and put forward the measures.

Key words: intellectual property; distinguished and veteran doctors of TCM; experience inheritance

