

# 论中药商业秘密保护的协同性研究

谢 伟,马治国

(西安交通大学 法学院,陕西 西安 710049)

**摘 要:**“传承精华,守正创新”是中医药高质量发展的新理念,完善中药商业秘密保护则是落实新理念的重要举措。由于中药商业秘密保护的私权属性,在触碰生命健康权这一根本性公共权益时,厘清私权与公权的动态平衡,阐明商业秘密的法律进程及构成要素,分析中药信息商业秘密保护的适宜性,比较中药商业秘密保护与中药专利权、中药著作权、中药品种保护、中药信息披露等协同性保护,则显得格外必要。因此,构建以中药商业秘密保护为牵引的协同性大保护进路,成为了新理论下中药权利保护的应有之义。

**关键词:** 中药;商业秘密;专利权;中药品种保护;信息披露

中图分类号: D923.4

文献标识码: A

文章编号: 1005-0566(2021)09-0014-11

## Synergistic Study on Protection of Trade Secrets of Traditional Chinese Medicine

XIE Wei, MA Zhiguo

(Law School of Xi'an Jiaotong University, Xi'an 710049, China)

**Abstract:** “Inheriting the essence, keeping integrity and innovation” is a new concept for the high-quality development of Traditional Chinese Medicine. Improve the protection of trade secrets of Chinese medicine is an important measure to implement the new concept. Due to the private nature of the protection of trade secrets in Chinese medicine, when touching the fundamental public rights of life and health, the dynamic balance between private and public rights should be struck, the legal process and components of trade secrets should be clarified, and the protection of trade secrets in Chinese medicine information should be analyzed. It is necessary to compare the synergy of protection of trade secrets with patents, copyrights, variety protection, information disclosure of Chinese Medicines. Therefore, the construction of a coordinated large-scale protection led by the protection of trade secrets of Chinese medicine has become the proper meaning of the protection of the rights of Chinese medicine under the new theory.

**Key words:** Traditional Chinese Medicine; trade secrets; patents; variety protection; information disclosure

当前,新冠肺炎疫情成为了全球瞩目的焦点。在这场抗疫阻击战中,中药“三药三方”凭借真实世界的临床疗效大放异彩。2021年3月2日,国家药品监督管理局紧急批准中药“三方”之清肺排毒颗粒、化湿败毒颗粒、宣肺败毒颗粒上市,成为践行习近平总书记对中医药工作所提出“传承精

华,守正创新”新理念的生动实践。2019年10月26日,《关于促进中医药传承创新发展的意见》正式发布。该文件是以中共中央和国务院名义发布的第一个有关中医药方面的文件<sup>[1]</sup>,明确提出了促进中医药传承与开放创新发展的理念。所谓“守正创新”,表明了中医药传承不应固步自封、抱

收稿日期:2020-12-02 修回日期:2021-07-28

基金项目:国家社会科学基金重大项目“中医药传统知识保护专门制度研究”(16ZDA235)。

作者简介:谢伟(1984—),男,陕西蓝田人,西安交通大学法学院知识产权研究中心博士研究生,研究方向为知识产权法、科技法。

残守缺,应在守正中医药自身固有的客观规律下,吸纳现代医药理论和技术的精华,融合形成适宜于中医药发展战略的创新模式。亦即“守正”是中药发展的基本规律,没有“守正”,中药创新就会失去根基。“产品未动,保护先行”,这是医药产业发展的全球潜规则。因此,中药商业秘密保护正是“守正”这一根基性发展规律在知识产权范畴里的客观应答,其原因具体涉及以下两个方面:一是商业秘密是中医药精华在数千年中所沿袭的固有特色模式,其所默守的传承发展体系已在实践中完成内部证成。二是商业秘密保护为中医药创新发展与现代医药法律保护体系融合的最佳产物,是中医药国际化进程中可实质性产生商品溢价作用的贸易工具。显而易见,商业秘密保护与中医药“守正创新”发展密不可分。2021年2月9日,国务院办公厅印发了《关于加快中医药特色发展的若干政策措施》的通知。该通知第二十四条的主题是“加强中医药知识产权保护”,其中明确提出要“完善中药商业秘密保护,提升保密内容商业价值”等内容。经过信息梳理发现,现行的《国家秘密法》《国家秘密法实施条例》中,主要是对于国家秘密的密级、范围、保密期限、定密权限等一般性内容作出规定。同时,在科学技术部、国家保密局联合发布的《科学技术保密规定》中,则是对国家科学技术秘密的范围、保密期限、定密授权、解密条件等予以规定。不难看出,上述我国专属涉及保密的法律、法规及部门规章,仅明确了一般性的保密概念、范畴、基本要素等框架性内容,而对于中药秘密保护的合法权益尚未形成实操性指引。

客观正视自身问题是正向发展的先决条件。由于我国商业秘密保护的相关法律规定,是在现行的《反不正当竞争法》体系下涵盖,其并未形成完备的专题性法律治理体系,这就使得当前商业秘密保护具有先天性的羸弱体质,其典型的体征有“发现难”“举证难”“赔偿低”等。面对公众生命健康权这一根本性公益福祉,创新中药采用保密的商业模式运行,其在法理与情理的交织中使得中药商业秘密保护的羸弱体征更为明显。事实上,中药抗疫“三方”均未采取商业秘密保护,其核

心的处方配伍剂量等技术信息先后在官方发布的新冠疫情防控方案中予以全部公开。公权利得到了充分的彰显,然而私权利也应有适宜的张力,这才是社会整体的正向发展模式。正值此时,2021年3月1日,最高人民法院公开宣判了一起商业秘密侵权纠纷,成为了人民法院史上判决最高赔偿额1.59亿元的侵害商业秘密之典型案件<sup>[2]</sup>。该案件公开的判决书长达75页,其着重对“法律适用”“要素构成”“侵害技术秘密行为界定”“赔偿数额计算”“惩罚性赔偿适用”等有关商业秘密保护的关键法律问题予以阐明。毋庸置疑,该判例对于中药商业秘密保护这一疑难杂症的望闻问切提供了典型的辩证之法,成为了新理念下撬动中药商业秘密协同性大保护的多米诺骨牌。

### 一、中药商业秘密保护的本体论

商业秘密是一种可产生竞争优势或经济效益的信息,这种信息由特定的持有人以信息管理的方式保持其秘密性<sup>[3]</sup>。在国际化、信息化的今天,纷繁多样的信息纷至沓来,因此只有真正明白了“是什么”“为什么”之后,才能进一步讨论“做什么”<sup>[4]</sup>。

#### (一) 商业秘密保护的法律正当性

有学者研究认为,商业秘密的法律保护理由无外乎是基于“诚实信用原则”“以智力成果提高经济效率”和“保护人格权”等方面<sup>[3]</sup>。参照国际中有关商业秘密的法律保护模式,无论是以美国为代表的侵权行为法,意大利为代表的合同法,还是中国、德国、日本、韩国为代表的竞争法,其对商业秘密信息予以法律保护的核心旨意均在于维护正当市场竞争秩序和树立尊重智力成果的商业道德。因此,从中可以确定商业秘密保护法律正当性的几个基本原则:其一,受法律保护的商业秘密信息,需以遵守公共利益、公序良俗为前提,其取得的法益化过程需符合法律层面的正当性,亦即法律不保护“不洁之手”。其二,商业秘密是一种私权利保护,与国家秘密等公权利保护应作泾渭分明之别。在实践中,商业秘密保护实际上是一种信息拥有者的自益性保护行为,其相关法益权利的设立、行使和维护多是“自力更生”的主动行

为,属于明显的私权化过程。因此,在私权未产生破坏正常市场竞争秩序及公共利益等“公”的情形之际,采取国家秘密等公权利的干预则显得出师无名。反之亦然,在公权占主导的当下,将私权纵横交织在公权的法律间隙中,必将使得商业秘密保护的实践结果与之设立之初所秉承的法律正当性理由渐行渐远。当前,相对于西方国家商业秘密与国家秘密的界限分明,我国法律对相关秘密信息语焉不详<sup>[5]</sup>。事实上,作为知识产权法保护的重要分支,中药商业秘密的公法化行径确已有之。譬如,中医药领域众所周知,云南白药、片仔癀等中药品种被纳入国家保密药品之列,其背后产生了颇受争议的现实问题。诸如,将蕴含私法性质的中药技术秘密纳入公法性质的国家保密药品,易使得中药信息资源披露产生不透明、不平等,国家保密药品成为了生产者手中的“王牌”,其实践运行滋生了特权保护的色彩<sup>[5]</sup>。其三,信任关系是侵犯商业秘密诉争裁判天平倾斜的关键砝码。商业秘密是信息持有者基于时间、金钱、精力等投入所获得的智力成果,其目的在于维持创造主体在竞争中的优势地位<sup>[3]</sup>。因此,从法律设立的原始初衷而言,商业秘密是权利人拥有的一种无形财产权。财产是商业秘密最为本质的特征,是其权利设立、权利行使、权利维护、权利评判等权利运行活动中的关键词。而“信任关系”则是该无形财产权相较于合同法、劳动法等所调整的财产关系的本质区别,亦即商业秘密保护所调整的无形财产关系正是合同缔约规则之外的部分。更确切地说,商业秘密中所基于的“信任关系”实质是一种默示的缔约关系,这是商业秘密合法性保护的出发点,若没有信任关系的信息披露就不存在法律诉讼的正当性。

## (二) 中药信息择取商业秘密保护的适宜性

在知识产权领域涉及医药主题,通说观点历来倾向于将其纳入公权规制的范畴。如 1985 年首次颁布实施的《专利法》,明确将“药品和化学方法获得的物质”“疾病的诊断和治疗方法”等技术主题排除在专利法可保护的客体之外。随之,基于我国申请加入世界贸易组织使命及《中美关于保

护知识产权的谅解备忘录》实践履行等双重因素下,在 1993 年《专利法》第一次修正中“药品”被正式纳入专利保护之客体。而“疾病的诊断和治疗方法”这一主题,至今仍明确规定在现行《专利法》第二十五条不授予专利权项下。究其原因,主要囿于我国审慎对待专利的私权利与生命健康权的公权利问题。可见,在我国探讨私法涉足公权利保护的适宜性命题由来已久。无论是基于信任关系、契约关系或财产关系中的任一情形,商业秘密权的法律性质皆是一种私权。同时,依据权威定义,中药是在传统中医药理论指导下用于预防和治疗疾病的物质,其作用的效果直接与生命健康权的获得相关。在全球国际化的进程中,无论是理论探讨,还是实证操作,均存在着传统中药技术是否与现代法制保护相拟合的争议。因此,中药商业秘密保护的适宜性问题急需辨明。

### 1. 中药技术信息择取商业秘密保护的适宜性分析

厘清中药技术信息的主旨特征,是该信息择取适宜性法益权利保护的前提。通常,依据不同的分类标准,中药技术信息所提炼出的特征词则不同。一方面,从中药技术信息与创造主体的人身依附性而言,通常其可分为以中成药为代表的显性技术信息和以中药炮制为典型的隐性技术信息。其中,“显性”信息通常与自然个体的差异性无关,具有产业化推广的重现性、实用性等特性,诸如中药复方制剂的组方配伍、生产工艺、检测方法等技术信息,此类信息通常所蕴含的制药过程较为复杂,加之仅单味中药材就客观存在着非常复杂、多样的化学成分。因此,中药复方制剂应遵从“黑箱理论”评价和研究成为了领域的普遍共识。实证结果显示,中药商业秘密保护有助于保持信息创造者在行业竞争中的优势地位,且不因权利取得时信息公开而丧失技术的先进性。同时,对于与信息创造者人身依附性紧密相关的隐性中药技术信息,常见的情形诸如中药炮制的“操作诀窍”,临床医师四诊合参后遣药组方等,往往取决于操作者的经验教训、主观判断等隐性因素。上述隐性中药技术信息,皆是与信息拥有者自身

的主观判断密切相关,此类信息具有随机性,不具备技术产业化特性。但是,产业化与否不应是判断知识产权制度是否给与其保护的条件的<sup>[5]</sup>。申言之,技术信息即具有负熵的特性,即知识的传播会产生出更多的知识,越多人得到应用的技术,就越能引发更多的技术创新<sup>[6]</sup>。总之,创新性技术信息的传递应以适宜的权利保护为对等,因为创新中药需要时间,更需要智力性劳动的付出。试想,若是没有赋予权利的肯定和激励,是很难倚靠奉献去推动整体技术的进步和社会经济的持续发展。这对于紧密联系提升生命健康权的中药产业而言,这一理念则显得更为贴切。可见,在该种认知共识的注解下,中药隐性技术信息予以商业秘密保护则显得尤为迫切和重要。

另一方面,依据技术是否易于被反向工程所破解,将中药技术信息分为创新度高和创新度低两类。其中,创新度高的中药技术,难于借助反向工程获得市场流通中的中药产品所蕴藏的配伍、剂量、工艺等高价值信息。遵从医药产业的发展规律,此类中药技术需要付出较多人力、物力和财力,通常完成这一过程的周期较为漫长,并且还存在研发阶段或上市后被竞争对手挑战、设置技术壁垒等不确定风险。因此,业内关于创新中药的“三高”<sup>①</sup>特性之共识正是基于此而来。相应地,给予创新者对等的法律保护权利则是提升创新药品可及性之公共福祉的关键抓手。而商业秘密是创新者自益性实施的保护方式,具有“秘密性”“保护期限不确定性”等权利属性,能够形成与创新度高的中药技术保护相适宜的权利外观。同时,创新度低的中药技术,通常是通过有限的实验研究或者偶然获得的较佳技术参数,随着信息载体的公开,该技术参数在短期内将会被反向工程复制出同类型产品。实践中,制剂辅料的选择、质量控制参数的确立、药材炮制条件的筛选等技术信息,多属于创新度低的中药技术信息。诚然,此类中药技术方案往往难以符合《专利法》之有关新颖性、创造性、实用性等实质性授权条件的要求,亦即该

技术无法通过专利权的方式予以保护,而择取中药商业秘密保护则是其不二选择。

另外,更值得注意的是,从中医药创新发展实践来看,创新度低的中药技术并不能对等视为可产生的社会贡献度低,即便是抛开创新者自身的人格权理应获得保护之外,更不代表对此类技术予以适度的法益保护毫无现实意义。譬如,2015年青蒿素提取技术荣获诺贝尔奖,该中药技术的核心创新之处是偶然从《肘后备急方》中获得的改“煎煮”为“冷浸”之灵感,然而这一常规方法参数的变化,却使得青蒿素对于疟疾的拟制率从60%提升到100%,对后续公众的生命健康作出了极为深远的贡献。

## 2. 中药商业秘密私权属性保护的适宜性分析

当前,我国对于商业秘密尚未设立专门的法律法规。但是,实践和理论界的主流观点一致认为,商业秘密是有效弥补专利权保护之外辅助作用的知识产权范畴。在知识产权是私权的观点已是行业普遍共识的前提下<sup>[7]</sup>,对于自益性实施的商业秘密保护为私权属性更是毋庸置疑。当药品私权利保护触碰生命健康之“公权利”时,对于中药商业秘密保护的适宜性问题探讨显得格外热烈。

首先,任何一个有价值技术信息的创设,皆是确定的自然个体其智力成果的外化性表征,而组织、法人、团体等虚拟主体,皆不可能成为技术信息的实质性创设者。譬如,现行《专利法》所规定的对发明创造做出实质性贡献的发明人,所属署名权只能是自然人主体。究其内涵有两个层面:其一,宣誓了专利署名权的人身属性;其二,强调了发明创造是由自然人主体所完成的事实特性,即便对于特定的职务发明类型,专利权人虽多为发明人所属法人主体独享,但仍不能征收专利发明人的署名权。申言之,无论是个体的私权保护,亦或是公共权益的维护,皆是技术进步、权益提升和经济发展的的重要组成部分,不应主观倾向性地设立二者之间孰优孰劣、谁先谁后的“门户之见”。

① “三高”是指高投入、高风险、高收益。

中药是经过数千年真实世界验证的临床药物,自身具有多成分、多靶点、多途径、多证候等自然属性,真正的一味良药、一剂良方,的确是需要研制者付出艰辛的创造性劳动,并且最终是以临床疗效为检验的金标准,中药抗疫“三方”则是对于这一标准的客观实证。因此,给予中药创新个体之私权足够的尊重和法益保护,正是权利与义务对等的基本法律精神的生动实践。

其次,中药技术采取“秘方”的保护模式亘古通今,并不是现代法制的新产物,该保护模式是一种有价值中药信息的沿袭和传承。诸如中药“秘方”,常见有两种保密方式:其一,行医者并不给患者开具处方,而是直接以丸、散、膏、丹等药用剂型在市场上流通,由于中药配伍等技术的复杂性,即便是本领域专业的技术人员获得该产品,也是无法进行反向工程。其二,行医者通常在患者的中药处方中,对于“秘方”药味或剂量择取一定编码符号予以代替,最终患者可获知的信息中对于“秘方”部分,已完成了实质性的信息过滤或隐藏措施。因此,在这一采取秘密方式进行的中药产业发展过程中,一方面,通过独家的市场垄断权,保证了所创制“秘方”疗效的稳定性和均一性,进而实现了整体上提升公共生命健康福祉。另一方面,诸如在专利权等现代工业化产权所不能影射的灰色区域,“秘方”在不符合有关专利“三性”等实质性获权条件的困境中,择取商业秘密保护更显得不可或缺和价值连城。

## 二、中药商业秘密保护的构成要素释义

在人类社会发展的进程中,采取秘密方式保护是原始信息拥有者实现技术传承及经济利益等现实价值和潜在价值的自发性行为,完全符合个体事物正向发展的自然规律。而确立商业秘密保护的主体身份则是法律治理的必然结果,诸如最高人民法院在最高赔偿额的典型判例中所给出的指导性意见,“商业秘密是一种法律保护的民事权利”<sup>[2]</sup>。即便中药商业秘密保护固有秘密传承的默示模式,然而与该默示模式相伴行的法律规制的构建并非一蹴而就。相关信息显示,我国商业秘密专题保护的法律法规尚未构建实施,然而与

该主题相关的法律法规等较为多样,涉及的法律渊源层级有法律法规 1 个、司法解释 2 个、部门规章 5 个。其中,以《反不正当竞争法》《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》等较为典型。

与世界贸易相融入,成为助推我国知识产权从无到有、从弱到强最根本的外在因素。我国专利制度如此,商业秘密保护也是这般。《与贸易相关的知识产权协议》(简称“TRIPs 协议”)有关公约内容于 1993 年通过。TRIPs 协议是业内公认的涉及面广、制约力强的知识产权国际公约,是将知识产权保护纳入世界贸易发展中最为彻底的法律依据,其对于各个国家的知识产权体系化构建发挥了不可或缺的促进作用。该协议第三十九条是关于“未披露信息的保护”之约定,提出了信息予以法律保护的“秘密性”“商业价值”“合理的保密措施”等构成三要件,成为了我国实施商业秘密法律保护的蓝本。与此相应,1993 年《反不正当竞争法》首次颁布生效,其是我国涉及商业秘密保护的唯一法律渊源。该法自实施以来,依次经历了 2017 年修订和 2019 年修正,两两相形之下,先后两次法律内容的变动之处皆涉及商业秘密条款。诸如,针对商业秘密的法律定义,在 2017 年《反不正当竞争法》修订中,删除了 1993 年法律文本所述“具有实用性”等限定内容;在 2019 年《反不正当竞争法》修正中,开放和扩充了“商业信息”等兜底性商业秘密可保护范畴。无可争辩,无论《反不正当竞争法》中商业秘密相关文本的更迭方式是通过修订亦或是修正,这种法律变革张力的背后都蕴藏着深层次的经济贸易发展、科技创新、社会主要矛盾等多重因素交错下的复杂流变性现实关系。

诚然,现行有效的法律文本,是对当前社会关系阐释的最为恰如其分的法律表达。现行有效的《反不正当竞争法》于 2019 年 4 月 23 日生效实施,其中涉及商业秘密的条款主要有第一条、第二条、第九条和第三十二条。其中,第一条和第二条,明确地言明了《反不正当竞争法》的立法宗旨和基本原则,如“制止不正当竞争行为”“遵守法律和商业

道德”等,折射出了我国商业秘密的消极立法保护行为,这为急需构建商业秘密专题法律的积极保护模式提供了法理上可行的注解。第九条和第三十二条,是有关商业秘密保护的专属条款,其中第九条是关于商业秘密的构成要件及侵权行为等实体性内容;而第三十二条,则是与侵犯商业秘密民事审判相关的举证责任等程序性事宜的规定。从中可见,《反不正当竞争法》第九条体现出我国商业秘密保护所遵从的根本性法律原则和法律精神,具有窥一斑而知全豹之作用。具体来说,该条款中给出了商业秘密的最新法律定义,亦即“本法所称的商业秘密,是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息”<sup>[8]</sup>。其中,“不为公众所知悉”“商业价值”“相应保密措施”构成我国商业秘密保护的三要素,技术信息或经营信息为主要范畴的“商业信息”则是法益保护的客体。司法实践中,对于以上所述的商业秘密构成三要素的释义不尽统一,使之成为了涉及商业秘密案例裁判争议的焦点。因此,无论是基于学界还是实践角度,商业秘密构成三要素的内涵释义确有必要。

所述的构成要素之一“不为公众所知悉”,其实质隐含了直接性和间接性不被公众知悉的双重属性。其一,直接性的不被公众知悉,等同于TRIPs协议所述的“秘密性”要求。由于《反不正当竞争法》的立法宗旨在于规范同行之间的市场竞争行为,因而,该“秘密性”是一种仅仅在同行范畴内的相对性秘密,应远低于诸如国家秘密等要求跨行业的秘密性标准。其二,间接性不被公众知悉,与我国《专利法》第二十二条第三款之创造性所表征的法律旨意雷同,亦即要求可保护的商业信息具有一定的创造性。然而从实证操作角度,此处所述的创造性标准远远低于专利法意义上的创造性要求,并非需要按照现行《专利法》之创造性“三步法”评判,亦即在一定地域且行业内一般公众对所涉信息非显而易见即可。值得注意的是,诸如遣药配伍、用法用量等中药商业信息,由于其本身的复杂性,通常无法被行业内公众所直接知悉后实施。因此,秉持间接性不被公众知

悉的创造性评价标准,则是中药商业秘密保护的协同性前提。

而“商业价值”之构成要素,突出地体现了商业秘密依法规制的目的在于保护可产生市场价值的商业行为,绝非荣誉性的精神价值。从佐证了实践中商业秘密属于工业产权保护范畴的通说观点。进一步地说,商业秘密所保护的商业信息应使其拥有者产生商业竞争优势或经济效益,通常包括直接经济价值或间接经济价值。对于中药商业信息而言,其获得现实的经济效益往往需要较长的时间周期,进而,间接性商业价值成为了中药商业秘密构成的主要表达。

构成要素之三“相应保密措施”,在司法实践中的争议最为复杂和激烈。《反不正当竞争法》中对于商业秘密信息的拥有者称之为权利人,从中含射出这一关系调控的背后也理应遵循权利与义务相统一的基本法律原则,该构成要素则正是与权利享有相对等的法律义务。因此,“相应保密措施”所规制的法律主体明确为权利人,并且遵照《刑法》第二百一十九条有关侵犯商业秘密罪之规定,此处权利人包括商业秘密的所有人和经合法许可的商业秘密使用人。由于领域发展水平、技术创新难易、主体发展状况等与商业经营密切相关的客观因素参差不齐,该构成要素中择取“相应”这一不确切的修饰词作为权利人义务程度的表征,也影射出良法应源于实践的基本原则。不容回避,权利人对保密措施如何做到“相应”,则是商业秘密保护的关键问题。“相应”的释义主要有两个方面:其一,保密措施本身是一个带有弹性张力的事实问题,而并非是有确定的高低长短尺寸的标准化流水线生产。完美无缺的保密措施未必与权利人正向的市场经营相匹配,反而有可能成为其“商业价值”提升的掣肘,使之与商业秘密保护立法之宗旨相背而行。其二,基于谁主张谁举证的基本法律原则,保密措施的“相应”考量应以具体的产业发展水平为纲领。《反不正当竞争法》第三十二条中明确规定,“权利人提供初步证据,证明已经对所主张的商业秘密采取保密措施”<sup>[8]</sup>。其中,该条款所述的“初步证据”理应对权利人

采取的保密措施是否“相应”的法律要求。同时,在 2020 年 9 月 12 日起实行的《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》司法解释中,其第五条、第六条集中对相应保密措施给出了列举式规定,具体明确了商业秘密载体的性质、商业价值的大小、保密措施的可识别程度、保密意愿等密切相关保密措施是否“相应”的考量因素。事实上,由于中药商业信息的传统式传承模式,加之其本身多具有一定的人身依附性,中药信息保密措施的“相应”性主要是围绕具体的自然个体而开展,常见的方式有口传心授、双人双锁、关键流程背靠背等。

### 三、中药商业秘密保护的协同性——基于中药专利、中药保护品种、中药著作权、中药标准化等体系的比较

扬长避短、互为表里是法律规则构建的基本宗旨,也是在社会关系平衡中发挥法益权利协同增效作用的实质内涵。中药成药是一个“从方到药、从人用经验到动物模型”的寻求药品市场化商品属性的合规过程,而化学药成药是“从化合物到有效成分、从动物模型到临床试验”的论证化学物质是否具有药用价值的未知探索。亦即中药本身就是药,而化学药本身则是化合物,显然可见,两种药物创造的理论 and 路径完全迥异。以专利权等为典型代表的现代知识产权保护制度,其对于法益权利的授权、确权、侵权等规则要求,在传统中药权利保护的本土化进程中出现了南橘北枳类似的水土不服症状。因此,构建商业秘密、专利、著作权、中药品种保护等协同性权利保护体系,是中药“守正创新”新理念在知识产权领域的具体表达。

#### (一)与中药专利权保护的协同性

在全球经济、科技一体化的进程中,专利常被奉为药品市场竞争中的杀手锏。随着近年来中药现代化推进的探索,发明专利权似乎也成为了显示其大品种中药身份的标配。事实上,在涉及中药创新技术的转让、中药主体产业的无形资产等价值评估事项时,其有效授权专利确已成为了当前中药成果价值认定的重要指标。譬如,中药抗

疫“三方”之一清肺排毒汤,关于该方的遣药配伍及用量等核心技术的发明专利,其专利申请号是 202010081961.5,发明名称为“一种治疗新型冠状病毒感染的肺炎的中药复方及其应用”,申请日是 2020 年 2 月 6 日。随之,虽然第一次审查意见是以不符合“新颖性”的绝对理由指出该专利所存在的实质性缺陷,然而在审查意见发出的不久便获得授权,亦即 2020 年 6 月 22 日该中药专利被授予发明专利权。然而,业界对于“政策性专利”“垃圾专利”“形式专利”“非正常申请专利”等中药类专利的批评之声亦不绝于耳。站在实证角度,无论是中药专利的授权审查标准、可保护主题范畴,亦或是中药专利的权利要求数量及质量、说明书技术内容引用及被引用等,皆均存在着当前专利规则与创新中药难以完全契合的客观情势。比如,民间行之有效的中药方剂,即便是在实践中已名声鹊起、声名远赫,也往往难以形成符合现行专利法中源于化学药而设立的专利“三性”授权所要求的证据材料,特别对于有益技术效果的非显而易见性表征,其所要求的贡献度已经远远超出了当前专利法可规制的创造性智力劳动范畴。因此,不少中药难以享有专利权,却要承受因权利申请中信息法定公开而带来的客观损失,这显然与尊重私权智力成果促进科技进步和经济社会发展的专利法精神相逆行。诸如此种情形,在中药技术的传承与创新发展中尚还有不少,这就为中药商业秘密保护的正当性、合理性、必要性提供了客观背书。相形之下,商业秘密已成为发达国家主导的专利规则下中药相关主题保护的重要补充。

#### (二)与中药品种保护的协同性

诚然,中药品种保护是我国在特定历史条件下对中药专属性设立的制度。其客观情形在于,针对 1993 年《专利法》第一次修正中“药品”纳入专利权保护范畴后时代的本土化应对,同年 1 月 1 日起,《中药品种保护条例》开始生效实施。从《中药品种保护条例》颁布至今,无论是化学药、生物药各群体反抗中药特权保护的声音,还是其浓厚行政色彩与知识产权强调的私权属性是否冲突,成为了一个不可回避的议题<sup>[9]</sup>。在此期间经历了

多次尝试性的修正,终于在2018年实现了第一次法定性修订。相较前后两个版本,仅是诸如行政管理部门因机构职能调整后的顺应性修正,并未对实质性条款予以变动。其中,与商业秘密相关联的内容,《中药品种保护条例》将之恒定在第十三条,即中药一级保护品种的处方组成和工艺制法,相关可知悉的主体皆强制性负有保密责任。同时,在《中药品种保护条例》第二十二条对于泄密罚则进行了具体规定,并且明确指出涉及泄密可追究刑事责任。无可厚非,《反不正当竞争法》所述的商业秘密,与《中药品种保护条例》在中药商业信息秘密保护这一范畴上殊途同归、旨意相近。特别地,对于保护等级高的中药一级保护品种,《中药品种保护条例》已采取法定的方式与中药商业秘密保护予以协同契合。然而,《中药品种保护条例》对于中药二级保护品种相关联主体的保密问题则未做明示。在中药品种保护的具体实施中,涉及申请企业、各级药监行政部门、药品检验机构及多重人员组成的审评委员会等相关主体,容易产生权力寻租、利益关联等泄密行为,由此给中药商业秘密保护的协同性实施带来了不小的挑战。

### (三)与中药著作权保护的协同性

“保护思想表达,而不延及抽象思想”是著作权保护的基本原则,这并非我国法律的独创,在国际性条约诸如TRIPS协议第九条和《世界知识产权组织版权条约》第二条均作有实质性相同的表述<sup>[10]</sup>。凡有原则,则必有例外。看似可保护范畴集人身权和财产权于一体的著作权法,也有囿于其中不能自持之处,对于中药法益的保护也有触及不到的短板和弱项。譬如,某一种中药预防调理理念,其并未形成相应的表达方式,进而亦尚未有具体所表达的客观载体,明显不属于著作权保护可以规制的法定范畴。对于此类中药信息,商业秘密可以完好弥补著作权保护这一法外之域,共同促成两者协同性保护中药合法权益的增效机制。

### (四)与中药标准化的协同性

中药标准化是产业化和国际化发展的结果,

更是基于公共生命健康权而引发的对中药质量疗效知情权的产物。遵照最高人民法院在相关诉讼案例的裁判结果,药品标准属于典型的强制性标准,而非行业推荐性标准<sup>[11]</sup>。最为常见的国家药品标准,即《中国药典》。实践中,中药品种进入《中国药典》,看似是由药品生产主体主动提出申请,然而通常中药品种是否被国家药典收载,直观上反应了所述药品的质量高低及疗效优劣,并且与国家基本药物、国家医保品种、招标资格、市场定价等“公权”密切相关。可见,中药标准化公开推进的背后所蕴藏的公权之力不可小觑。基于此,中药标准的公开性要求与中药商业秘密保护的秘密性要求有着制度设计上的对立和冲突<sup>[12]</sup>。然而,此种对立仅是两种体系在具体显性实施结果中的相对性冲突,而在各自独立的实施过程中则完全具备可衔接、契合的协同性效应。当前中药标准化是以公开为原则,不公开为例外,然而对于中药技术信息的公开程度、公开范畴等内容并未做具体规定,事实上确有不少中药主体在技术信息标准化的公开程度和公开范畴上做足了功课。亦即中药可在公开信息的范畴上作调控,常见的有省略配伍剂量、关键参数及关键辅料等方式。譬如,《中国药典》收载的中药品种贝羚胶囊、午时茶胶囊、牛黄降压丸、牛黄蛇胆川贝液、气滞胃痛片等等,均对于各自的配伍剂量未在标准中予以公开,这就为中药商业秘密保护和中药标准化的协同性发展提供了可行之路。

## 四、中药商业秘密协同保护的进路

医学与法学一样,并非绝对精准的科学,而是一门职业<sup>[13]</sup>。中医凭借“寸关尺”之技术悬壶济世,更是体现了行医者的实践经验弥足珍贵。中医药是一个常用术语,而实践中却并未有西医药之常见称谓,两者相较之下,影射出中医与中药不分家的行业基本属性。同时,根据中药的权威定义,中医理论为指导则是可称物质为中药的基本前提。足以见得,中医药之技术信息相辅相成、密不可分、互为表里,其本质特征在于整体性,即需要在动态的实践中予以“传承精华”;中医药的发展规律是渐进性而非替代性,进而应是在传承经



验的变化中实现“守正创新”。显然,“传承”“守正”是当前中药领域发展的关键词,而保密则是该关键词在实践中赓续的客观方式。同时,“创新”“精华”这另一关键词,折射出静态、单一的保密方式应要有革新之举。因此,如何在动态中做好中药商业秘密协同性保护,是当前新理念下中药权利保护的阿喀琉斯之踵。

### (一) 构建动态相宜的权利协同保护进路

基于中药技术的实践经验特性,采取推理、衍射等单一线性思维,无法客观揭露出其所蕴藏的可复制性方案。因此,无论是技术更迭、商业价值、风险预警等任一创新动力,能否被反向工程所破解则是中药技术信息择取相适宜权利保护的根本标尺。事实中,秘密性本质上契合了中药技术难以被反向工程的复杂流变性特征,使得中药商业秘密保护成为了协同性权利保护之关键。一方面,中药商业秘密保护可为其它权利保护发挥穿针引线之作用。通常情形下,商业秘密保护是中药技术信息贯穿于立项—研发—生产—销售的全流程,并且在整个中药创新技术的生命周期内均隐含式地客观地存在,这与商业秘密自主实施而非审查确权之特性直接相关。譬如,前述的中药抗疫“三方”之清肺排毒颗粒,该创新中药已经获得中国发明专利权。然依据第一次专利审查意见通知书内容来看,该中药的处方配伍及剂量等核心技术信息,已在 2020 年 1 月 31 日,河北省中医药管理局官方公众号发布的《河北省新型冠状病毒感染的肺炎中医治疗方案(试行第三版)》予以公开,亦即该公开信息影响了该中药专利的“新颖性”。可见,中药技术采取商业秘密保护应是中药专利获权的必要条件。针对这一协同性保护的衔接,在 2021 年 6 月 1 日生效实施的《专利法》第二十四条之第一款规定中予以明确,亦即在国家出现紧急状态或者非常情况时,为公共利益目的首次公开,享有专利不丧失新颖性的 6 个月宽限期。因此,中药商业秘密、中药专利权、中药著作权等协同性保护,通过强化私权保护而激励高价值中药技术信息的更新迭代,以便持续地实现知识产权之私权属性所蕴含的公共权益。

另一方面,中药商业秘密保护需要其它权利保护提供实质性支持。众所周知,专利是以“公开换保护”为基本规则,亦即信息公开是专利获权过程中的必经程序,若申请人不启动提前公开程序来加快审查流程,专利自申请日起 18 个月后法定予以自动公开。进而,从法律权利的构成要素而言,中药专利的公开性程序与中药商业秘密的“不为公众所知悉”要素相矛盾,亦即中药的专利保护与商业秘密保护是互斥的两种知识产权保护方式。然而,无论是专利保护,还是商业秘密保护,两者的本质之处均在于通过给予创新主体之私权,以实现长久的社会获益之公权。即两种权利保护方式有两个共同的基本属性:一是私权属性,二是工具属性。其中,私权属性是通过权利人的主动获权而得,其是工具属性存在的前提;工具属性是在惠益分享的市场竞争中予以表征,其为私权属性实现的媒介。与此同时,中药商业秘密保护是一种自益性的权利获取行为,是一种隐性的无固定期限权利,在现行的体制下该权利的行使尚有许多阻碍的症结,其在市场竞争中更是一种持续性蓄力创新的内在保护行为。反之,中药专利保护则是需要通过行政授权程序得以实现,是一种显性的有固定期限权利,在市场竞争中对于权利的宣誓和行使较为明晰,亦即权利的证明力较强。实践中,中药专利保护与中药商业秘密保护互为表里,其中专利为“表”,主要发挥显性的攻击作用,而商业秘密在“里”,充分实现隐性的防御作用。两种权利各有所长,亦各有所短,相辅相成是两者共同属性的基本内涵。因此,对于同一中药技术信息,采取上述两种权利并行且协同的保护模式,需要中药专利权在实施中予以配合呼应。具体而言,在满足现行专利法第二十六条第三款有关说明书应公开充分的规定下,中药专利可在申请文本中,对于商业秘密保护的关键技术信息,采用隐藏、包埋等方式,使得中药专利权和中药商业秘密保护相得益彰。

### (二) 中药商业秘密保护侵权行为及构成要素的协同进路

在现行《反不正当竞争法》第九条中,以列举

的方式规定了侵犯商业秘密的4种典型行为,具体可归纳为侵权行为和违约行为两种法律情形。结合中药技术密切的人身主观依附性,即便是中药技术信息成为共享资源,对于原中药信息主体之外的接触者也并不一定能够等同实施。而通常情形则是中药信息密切接触的雇员成为侵犯中药商业秘密的源头。因此,违约行为侵犯中药商业秘密则最为典型。中药商业秘密构成要素的协同性措施应遵从中医辨证施治的个体差异之因,该措施的核心在于涉密人员的管控。实践中,竞业限制协议和保密协议是对内中药商业秘密保护的有效举措,旨在通过协同强化契约精神和防范违约侵权行为。其一,竞业限制协议强制性明示了双方的权利与义务,其主要是针对相关密切接触雇员的约束,通常涉及的对象是高管和核心骨干,该协议的直接目的在于鼓励和保护创新者的私权。同时,法律上又对于权利相应义务作出了明确的规定,亦即竞业限制权是以给雇员支付相应的补偿金为对价前提。其二,保密协议是针对一般雇员基本保密义务的约定,属于雇主与雇员之间的法定内容,与竞业限制相较,其实质性的区别之处在于不以支付保密费或奖励金为权利对价。保密协议仅是一种管控的惯常手段,其内容、方式可能千变万化,然永恒不变在于所针对雇员所做出的风险防控措施的法律性和合理性。在实践中,保密协议或保密条款通常是劳动合同的附件或约定内容,属于合法雇员应主动遵从的基本义务。

中药商业秘密保护构成要素的合法性是司法裁判的根本性抓手。具体在商业秘密的构成三要素中,对于“相应保密措施”这一因素的争议最为集中,其核心之处仍在于雇员这一主要风险点所采取的协同防控措施。在实践中,涉及中药商业秘密保护的核心雇员,主要是围绕所相关的中药商业秘密信息本身而展开,通常是在入职、在职、离职等环节中分别加以协同管控。具体而言,入职阶段,要做充分的尽职调查,特别是针对先前雇佣关系中可能潜在的侵权行为,提前做好相应的风险预警措施。在职阶段,是最为关键的保密措施实施区间,应分步骤、分阶段辅之以相应的保密

制度、保密识别、职业操守等专题性保密措施。离职阶段,对于与特别核心岗位的中药信息雇员,预先约定好相应的脱密期,并分步骤完成去秘密化的岗位轮换等正当性措施。

### (三) 中药商业秘密之私权与中药信息披露之公权的协同进路

商业秘密的秘密性之私权与信息披露的公开性之公权,属于社会进步发展中不可或缺的车之两翼。兼顾涉及公共生命健康权的敏感性,中药商业秘密保护理应做好与信息披露之间的平衡显得更为热切。一方面,对于中药技术信息的商业秘密,主要包括有中药的配方用量、炮制方法、成型工艺、种植培育、质量控制等,上述信息与中药的质量疗效直接相关,属于中药创新的关键性技术。因此,对于实质性创新主体给予中药商业秘密的正当性私权保护,可使得创新中药技术所呈现的药品载体服役于公共生命健康权,进而实现权利与义务对等的法律精神,所采取的方法论是从局部到整体。另一方面,中药标准化等信息披露体系,所要求的公开性是直接基于公众知情权所设立,旨在实现公平、公正的法治平等精神,则是从整体到局部。整体是局部的整体,局部是整体的局部,两者是对立且统一的关系。因此,中药商业秘密与中药信息披露应当协同发展,在法律的天平上应遵循折中平衡的基本原则。结合所述中药信息的智力创造价值,具体可通过中药商业秘密保护的“不为公众所知悉”“商业价值”“相应保密措施”等构成三要素中予以协同调控。具体来说,可以调整“不为公众所知悉”构成要素的弹性张力,譬如在中药主体主动开展的信息披露中,如进入《中国药典》,对于所述配方用量等与中药质量疗效直接相关的中药信息技术,可以采用交叉隐藏的方式予以选择性披露,进而实现两种权益的动态协同。

### 五、结语

商业秘密是一种创新者自益性保护行为,其在权利的获取中不需要通过公权力的介入来确权。同时,基于中药信息发展的主观依附性,中药商业秘密无法形成绝对恒定的权利义务关系,所

保护的中药信息可在创新中不断调整,最终实现了中药信息价值与中药信息权利的动态平衡。而中药专利权、中药著作权、中药品种保护、中药标准化等权利保护体系,则是从各自的视域给予中药有价值信息相应的规制和管控,通常具有以权利公开为前提的确定性权利保护范畴。因此,在中医药高质量发展的当下,作为历来以保密模式传承与创新的中药商业信息,各创新主体间对于中药商业秘密保护模式早已心领神会,保密模式确已贯穿于创新中药发展实践之始终。进而,构建以中药商业秘密保护,牵引中药专利权、中药著作权、中药品种保护、中药标准化之协同性大保护模式,成为了“传承精华,守正创新”新理论下中药本土化保护的应有之义。

参考文献:

[1]守正创新,让中医药永远姓“中”[EB/OL]. (2019-10-26) [2021-05-31]. <https://news.sina.com.cn/c/2019-10-27/doc-iicezuev5148201.shtml>.

[2]嘉兴市中华化工有限责任公司、上海欣晨新技术有限公司侵害技术秘密纠纷二审民事判决书[EB/OL]. (2021-03-01) [2021-08-02]. <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=e2b36878c51e4f6f843dacde0122d989>.

[3]孔祥俊. 商业秘密保护法原理[M]. 北京:中国法制出版社,1999:1-7.

[4]郑成思,朱谢群. 信息与知识产权[J]. 西南科技大学学报(哲学社会科学版),2006,23(1):1-14,20.

[5]王艳翠. 中医药技术秘密保护路径分析——商业秘密制度与国家秘密制度的选择[J]. 河北法学,2016,34(3):101-110.

[6]陈昌柏. 知识产权战略[M]. 北京:科学出版社,1999:27.

[7]邓志红,余翔. 再论知识产权的性质——一种权利结构的视角[J]. 知识产权,2018(2):3-12.

[8]中华人民共和国反不正当竞争法——中国人大网[EB/OL]. (2019-05-07) [2021-03-25]. <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/201905/9a37c6ff150c4bc6a549d526fd586122.shtml>.

[9]李慧,宋晓亭. 中国中药品种保护制度的出路——基于与欧盟药品补充保护证书制度的比较与启示[J]. 中国软科学,2020(9):18-25.

[10]张继昕. 商业秘密的多维透视[J]. 山西高等学校社会科学学报,2020,32(5):35-41,45.

[11]齐鲁制药有限公司、北京四环制药有限公司侵害发明专利权纠纷再审审查与审判监督民事裁定书[EB/OL]. (2019-01-15) [2021-08-02]. <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=fc1711bc596342e58b38a9d60114579e>.

[12]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研究[J]. 中国药房,2017,28(13):1736-1739.

[13]徐爱国. 名案中的法律智慧[M]. 北京:北京大学出版社,2005:195.

(本文责编:辛 城)