

中医药传统知识司法保护的困境

文/杜瑞芳

【裁判要旨】 中医药法第四十三条第二款规定的中医药传统知识持有人，是指正当合法持有中医药传统知识的人，而“持有”应当是一种法律状态，即法律意义上的持有。如果当事人对中医药传统知识的持有只是事实状态的持有，则不能认定为该中医药传统知识法律意义上的持有人，其以持有人身份提起诉讼主张利益分享的权利，不符合法律规定，其诉讼请求不能得到支持。

□案号 一审：(2018)云29民初74号 二审：(2019)云民终466号

【案情】

原告：郑某冰。

被告：云南腾药制药股份有限公司。

郑氏女金丹是清康熙年间天津名医郑禹臣创制的妇科良药，具有补气养血、调经安胎之效，主治妇女血气两亏、月经不调、腰腹疼痛、子宫寒冷等症。其后人迁居云南，在昆明老街开设体德堂药铺制售郑氏女金丹等多种中成药，并根据南方气候和发病情况对郑氏女金丹原方作适当加减发展成为38味药的大复方。清末郑廉臣经营期间，为体德堂药品使用了“麒麟送子”标识。抗日战争胜利前后，郑筱臣（系郑家声之父、郑某冰之祖父）将药铺迁至光华街，还在顺城街设立了制药厂，继续生产郑氏女金丹

等药品。1956年，郑家人将体德堂资产、制药配方折股后加入药材公司云南省昆明市公司，进行公私合营，并由昆明市药材采购供应站向郑筱臣（1955年逝世）的妻子赵维丰颁发公私合营企业股权凭证，赵维丰从1957年领取股息至1966年。公私合营后，昆明中药制药厂按照配方生产郑氏女金丹。郑氏女金丹方剂、制法、功效被先后编入昆明市工商业联合会药商业同业公会于1954年3月印行的《昆明市人民政府卫生局审查合格国药八十一一种成药配方目录》、云南省卫生局于1974年出版的《云南省药品标准》、卫生部药典委员会于1998年编辑的《中华人民共和国卫生部药品标准 中药成方制剂第十九册》等药品书籍中。1981年6月，腾冲制药厂向相关卫生部门申报郑氏女金丹药丸的生产，其处方来源于《昆明市人民政府

卫生局审查合格国药八十一一种成药配方目录》。2001年4月15日云南省药品监督管理局核准腾冲制药厂生产97种药品品种中包括郑氏女金丹。腾冲制药厂原属国有企业，于2011年9月15日变为股份有限公司，并更名为云南腾药制药股份有限公司（以下简称腾药公司）。郑筱臣之子郑家声撰写多篇介绍体德堂药铺和郑氏女金丹药方的文章发表在《春城晚报》《昆明日报》等报刊上，并向国家专利局申请郑氏女金丹专利，未被授予。2014年郑家声去世，郑氏女金丹祖传药方现为其子郑某冰持有。经双方对各自持有的郑氏女金丹配方进行比对，两种药方在每味药的用药量、药味（原告42味、被告38味）、制作工艺上有所不同。郑某冰诉至法院，请求判令腾药公司支付自2017年7月1日起至起诉之日止，因生产销售郑氏女金丹中

案例

成药所获得的利益1元。

【审判】

云南省大理白族自治州中级人民法院一审认为：郑氏女金丹的方剂、制法、功效属于中医药传统知识范畴。郑某冰持有郑氏女金丹原始方剂，也是郑氏女金丹创制人郑禹臣的后裔，应属郑氏女金丹中医药传统知识的持有人。但是，公私合营期限届满之后，原德堂的资产，包括郑氏女金丹的方剂、制法等已经转化为全民所有，国家和相关地方政府已通过公开发行的相关书籍将该药品的方剂、制法、功效公之于众，其已属于公有领域的公众财富。对于公有领域的知识，任何个人或团体都不具有所有权益，人人都可根据自己的需要取而用之不需要支付费用。腾药公司经国家相关部门许可，生产销售郑氏女金丹，系对进入公有领域的中医药传统知识的合法利用，郑某冰对郑氏女金丹不享有中医药法第四十三条第二款规定的知情同意和利益分享的权利，其主张分享腾药公司因生产销售郑氏女金丹中成药所获得利益中1元的诉讼请求没有事实及法律依据，遂判决驳回郑某冰的诉讼请求。

郑某冰不服一审判决，提起上诉。上诉理由为：1.原判认定事实错误。郑氏女金丹的方剂、制法等工艺为非实物资产，公私合营时郑家并未将其进行折股。郑氏女金丹的方剂、制法等工艺属于郑家的私有生产资料，并无药材公司云南省昆明市公司曾出资购买该方剂、制法的相关证据，郑氏女金丹的方剂、制法等工艺

仍属于郑家所有。2.原判适用法律错误。原判在认可郑氏女金丹方剂、制法、功效属于中医药传统知识、且郑某冰系郑氏女金丹中医药传统知识持有人的情况下，驳回郑某冰对该中医药传统知识享有的利益分享权，系适用法律适用错误。

云南省高级人民法院二审认为：在2017年7月1日中医药法实施之前，国家和相关地方政府通过公开发行的书籍公之于众的中医药传统知识，确实已属于公知公用领域的财富，任何个人或团体都不享有权利或权益，人人都可根据自己的需要免费取而用之，其持有人即使想主张权利，也因为于法无据而停下脚步。但是，从2017年7月1日开始，中医药传统知识持有人可以依法主张相关权利，即便经过国家相关部门批准使用他人的中医药传统知识，使用人也不能免除此项义务。但在案证据证实，在1956年公私合营时，郑氏家庭将郑氏女金丹药方献出，交给国家，具体由昆明中药制药厂使用，郑氏家庭定期从国家（具体是昆明市药材采购供应站）领取股息，该股息既包括德堂实物资产的股息，也包括郑氏女金丹无形财产的股息。由此可知，国家已经通过支付对价的方式，获得了郑氏女金丹药方的权利（或权益），成为郑氏女金丹药方的实际权利（权益）人。中医药传统知识持有人，是指正当合法持有中医药传统知识的人。中医药法第四十三条第二款所规定的“持有”，应当是一种法律状态，即法律意义上的持有；不具备法律意义上持有而仅仅是事实状态的持有，不能认定为该法意义上的持有。因郑氏家庭

已经让渡郑氏女金丹的权利（权益）而获取郑氏女金丹的对价（股息），郑家对郑氏女金丹药方的持有，就只能是事实状态的持有，其不再是中医药法所规定的持有，因此，郑某冰不是郑氏女金丹中医药传统知识法律意义上的持有人，其以持有人身份提起诉讼主张权利，不符合法律规定，其诉讼请求不能得到支持。遂判决驳回上诉，维持原判。

【评析】

郑某冰作为中医药法出台后第一个吃螃蟹的人，其在维权之路上遭遇挫折，反映出中医药传统知识保护的复杂性和艰巨性，且制度供给明显不足。因此，完善中医药法配套制度迫在眉睫，而《中医药传统知识保护条例》（以下简称《条例》）的制定无疑具有重要意义。目前，《条例》草案已面向社会广泛征求意见。以下结合中医药传统知识司法保护难点，谈谈对《条例》重点内容的粗浅思考。

一、如何认定中医药传统知识

这是中医药传统知识保护的基础性问题。《条例》草案对此作了规定，具体体现在第二条[定义]、第四条[登记和认定]、第十一条[审核认定程序]。

首先需要明确什么是中医药传统知识。《条例》（草案）第二条规定有一个定义，即“本条例所称中医药传统知识，是基于中华民族长期实践积累、世代传承发展、具有现实或者潜在价值的中医药理论、技术和标志符号，包括但不限于中医药古籍经典名方、单验方、诊疗技术、中医药炮

制技术、制剂方法、养生方法等”。该定义有较多的限定语，如“基于中华民族长期实践积累”“世代传承发展”“具有现实或者潜在价值”等，其中“具有现实或者潜在价值”对中医药传统知识这一概念具有关键限定作用。但“具有现实或者潜在价值”这个限定语属于评价性语言，对界定中医药传统知识似乎没有帮助。因为对于任何一种知识，不仅是对中医药传统知识，不同的人可能作出不同的价值评价，很难证伪。在案件审理中，对于这种限定条件，人民法院无法通过审理予以确认。如果说“现实价值”尚可举证证明，“潜在（商业）价值”很难举证证明，也很难举证否认，所以很容易满足。当某项限定条件既无法证明也无法否认时，这项条件实际上已失去限定的作用。因此，从操作层面考虑，可否简化中医药传统知识的定义，建议修改为“本条例所称中医药传统知识，是中华民族长期实践积累、世代传承发展的中医药理论、技术和标志符号，包括但不限于中医药古籍经典名方、单验方、诊疗技术、中医药炮制技术、制剂方法、养生方法等”。

关于如何认定中医药传统知识。《条例》草案第四条规定明确了国家对中医药传统知识实行登记、认定管理，但第十一条第四款规定中医药传统知识登记、认定的具体办法由国务院中医药主管部门另行制定。这就意味着有关中医药传统知识认定的一些基本问题，如认定主体（即哪些机构或人员可以作出认定）、认定原则、认定标准等仍然没有解决，这在一定程度上会影响《条例》的实效性。鉴

于中医药传统知识认定属于基础性问题，建议在《条例》中增加有关中医药传统知识认定的主体、原则、标准等基本内容。

二、如何认定中医药传统知识持有人

该问题直接关系到权利主体的确定及相关权利的落实，也属于基础性问题。《条例》草案第十一条[审核认定程序]第一款、第二款对中医药传统知识持有人的认定作了明确规定，第十九条[传统知识持有人]明确了中医药传统知识持有人的定义，即“依法登记的、持有中医药传统知识的公民、法人或者非法人组织”。应当说，上述规定能够解决中医药传统知识持有人的认定问题，在中医药传统知识保护上迈出了可喜的一步。但略显遗憾的是，从这些规定可以看出，中医药传统知识保护的主体被大大限缩了。主要表现在两个方面：一是未进行中医药传统知识登记的主体不受保护。由此带来的问题是，我们能否拒绝向未登记但事实上持有中医药传统知识的主体提供保护？二是不到省级人民政府中医药主管部门登记的主体不受保护。由此带来的问题是，我们能否拒绝向没有条件到省级人民政府中医药主管部门登记的主体提供保护？

这些问题很难回答，需要考量的因素很多，包括实施难度、实施成本、实施效果等等，但也有一些方面可能需要考虑，如提供保护的主体空间不应过窄，应当为虽未登记但需要保护的主体预留保护空间，否则会影响制度设置的效用；又如，认定的成本不能太高，包括受理登记的层级不应过高，这会直接影响保护的可行性，等等。从这

个角度考虑，可否不将登记作为传统知识持有人认定的基本条件，而仅将其作为认定的充分而非必要条件，即有之必然，无之未必不然。另外，可否将受理登记的层级降至县级人民政府卫生部门，以降低相关主体寻求中医药传统知识保护的成本。

三、如何保障中医药传统知识持有人利益分享权的实现

中医药传统知识持有人利益分享权是中医药传统知识持有人享有的一项经济权利，也是最能体现中医药传统知识经济价值的一项权利。然而，这项权利的实现非常艰难，难在如何确定中医药传统知识持有人的贡献以及如何分享利益。《条例》草案第二十三条对利益分享权作了规定，其中第一款规定“中医药传统知识持有人有权分享利用中医药传统知识获得的利益，利益分享应当遵循公平、公正、诚实信用、共同商议的原则”，第二款规定“利益分享的内容和形式数额可以根据利用中医药传统知识的方式、用途、范围、期限和收益等合理确定”，第三款规定“利益分享的内容一般包括：（一）基于其中医药传统知识开发和研究而获得的权益；（二）商业性使用其中医药传统知识所获的利益；（三）其他可预期的利益”。上述规定无疑非常重要，但只要具体到个案如郑氏女金丹案的处理，就会发现这些规定远远不能满足现实的需要，这是因为中医药传统知识持有状态非常复杂。

以郑氏女金丹案为例，假设已经认定郑某冰是中医药传统知识持有人，在其前辈已经通过分红分享利益的情况下，（下转第096页）

（上接第090页）郑某冰的贡献如何确定，郑某冰应当享有的利益是什么？假设不能认定郑某冰是中医药传统知识持有人，而认定郑氏女金丹属于《条例》草案第二十九条所指的公有领域中医药传统知识，即由国务院中医药主管部门指定专门机构持有的中医药知识，这是否意味着郑氏女金丹属于国家所有，从而郑氏家族已完全丧失分享利益的权利？此外，如果郑氏家族可以分享一定利益，由现在生产销售郑氏女金丹的腾药公司来支付，还是由国务院中医药主管部门指定专门机构来支付？或者通过其他方式来支付？具体如何分享利益？由此想到，《条例》制定中，在利益分享模式方面可否再细化几种情形，提出几种解决方案，以增强操作性。另外，从利益分享机制可行性考虑，可否在《条例》中单列一章“保护基金

的设立”，把基金作为利益分享的一种保障制度，通过向中医药传统知识使用人提取基金的方式，降低中医药传统知识持有人与相关使用人的交易成本，以此作为解决有关利益分享的支付条件、支付方式、支付比例等难题的途径之一。

结语

中医药传统知识司法保护是一个全新的领域，没有先例可循，而司法机关不能拒绝裁判，这就需要司法机关在相关法律规定不完备的情况下，积极应对挑战，回应中医药传统知识保护新需求。一是更新知识产权审判理念。中医药传统知识保护与现有知识产权保护有较大区别，前者重在承认传统知识的特殊价值，后者重在激励创造性贡献，有着不同的话语表达。知识产权审判人员要深入了解中医药传统知识保护主体、客体、内容

的特殊性，增强中医药传统知识保护意识。二是探索有效审判方式。在中医药传统知识案件审理中，可以充分发挥专家辅助人的作用，有效解决中医药传统知识的识别、中医药传统知识持有人的识别等专业问题。三是确立特殊裁判规则。普通知识产权案件类型多为侵权赔偿案件，权利主体的确定相对容易，常用的裁判规则是首先确定保护范围，然后比对被诉侵权产品特征，得出是否侵权的结论，最后确定如何赔偿。

总之，立法总是滞后于司法实践，唯其如此，才凸显司法实践创新的必要性，面对中医药传统知识这种新类型知识产权纠纷，需要司法机关着眼于中医药传承发展的长远目标，创造性地确立裁判规则。



（作者单位：云南省高级人民法院）