

บทที่ 3

ลักษณะทั่วไปและลักษณะแห่งสิทธิ

1. ลักษณะทั่วไป

จากการศึกษาถึงค่านิยมและความหมายของความลับทางการค้าในบทที่ผ่านมาแล้วจะเห็นว่า มีลักษณะทั่วไปของความลับทางการค้าในลักษณะต่าง ๆ ที่ได้รับความคุ้มครองจากศาลอยู่ร่วมกัน 3 ประการคือ 1. เป็นข้อมูลที่เป็นความลับ (Secrecy) 2. มีความใหม่ (Novelty) และ 3. มีคุณค่า (Value) ซึ่งจะสามารถอธิบายรายละเอียดของทั้ง 3 ลักษณะได้ดังต่อไปนี้คือ

1.1 เป็นข้อมูลที่เป็นความลับ (Secrecy)¹

ข้อมูลที่เป็นความลับที่จะเป็นเรื่องของความลับทางการค้านั้นจะต้องเป็นความลับที่มีอยู่จริง... เป็นความลับที่คู่แข่งไม่อาจรับรู้² ได้ หรือไม่สนใจที่จะรู้³ และเป็นความลับพอ

¹Dennis Unkovic, The Trade secrets Handbook, Strategies and Techniques for safeguarding corporate information (New Jersey: Prentice-Hall, Inc) 1985, p.35.

²คนธรรมดาอาจไม่รู้แต่ถ้าผู้ชำนาญการของกลุ่มแข่งรู้ ก็ไม่ความลับทางการค้า เช่น ภาษาฟอร์แทนคอมพิวเตอร์ อาจไม่เป็นที่รับรู้ทั่วไปในหมู่คนธรรมดาแต่ถ้าผู้เชี่ยวชาญหรือบรรดา Programmer รู้ก็ไม่ใช่ Trade secret อีกต่อไป รองศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ดร.จิตตภัทร์ เครือวรรณ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่องความลับทางการค้า, หน้า 269. และดู Restatement of Torts, มาตรา 757 Comment b ประกอบด้วย

³เช่นสูตรค็อกกี อาจเป็นความลับของบริษัทหนึ่ง แต่อีกบริษัทอาจไม่สนใจเลย, รองศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ดร.จิตตภัทร์ เครือวรรณ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่องความลับทางการค้า, หน้า 269.

สมควร⁴ (กล่าวคือสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนเองได้ดูแลรักษาเอาไว้ด้วย หากปล่อยปะละเลยมาให้ความสนใจก็ไม่ถือว่าเป็นสิ่งสมควร) และความลับที่ว่าเป็นเช่นเดียวกันกับความลับในลักษณะทั่ว ๆ ไปที่ต้องมีการปิดบังซ่อนเร้นไม่เปิดเผยนั่นเอง มิฉะนั้นแล้วก็ไม่อาจจะถือได้ว่าเป็นความลับได้เลย

ความลับทางการค้านั้นจะต้องไม่ใช่เป็นข้อมูลที่รับรู้หรือเปิดเผยกันโดยทั่วไป (general knowledge⁵) หรือตกเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินไปแล้ว (public domain⁶)

จากความสำคัญของการที่จะต้องเป็นความลับ ของความลับทางการค้านี้เองที่ทำให้เราสามารถเห็นได้อย่างชัดเจนว่า วัตถุแห่งสิทธิ (subject matter) ของความลับทางการค้านั้นอยู่ที่ ความลับ⁷ (Secrecy) นั่นเอง

ดังนั้นสิ่งที่กฎหมายความลับทางการค้าจะต้องให้ความคุ้มครองก็คือ: - "ความลับ" แม้ว่าความลับจะเป็นเพียงลักษณะทั่วไปส่วนหนึ่งของความลับทางการค้าเท่านั้นก็ตาม แต่ข้อมูลโดยทั้งหมดนั้นจะต้องเป็นความลับก่อนเป็นประการแรก หากสิ่งที่จะเป็นข้อมูลที่ใช้ในการอ้างการคุ้มครองมิใช่เป็นสิ่งที่มีความลับแล้ว ก็ย่อมหมายความว่าบุคคลทั่ว ๆ ไปสามารถรับรู้ได้ หรือ

⁴ดู Uniform of Trade secrets Act มาตรา 1(4) (ii), [ภาพผนวกที่ 1]

⁵ดู Uniform of Trade secrets Act.(1979) มาตรา 1 ข้อ 4 (i)และดูคดี Fair Child Engine and Airplane Corp. v. Cox. so N.Y.S. 2d 643 โดยศาลกล่าวว่า "เนื้อหาที่สำคัญของความลับทางการค้า คือ ความลับจะต้องดำรงอยู่ ยกเว้นแต่จากการรั่วโดยไม่ถูกต้องเท่านั้น อ้างโดย Amedee E. Turner, The Law of Trade secrets, p.17.

⁶ดูคดี Computer print Sys., Inc. v. Lewis, 422 A.2d 148, 154-155 (Pa. Super. Ct 1980) และ คดี Anconda Co. v. Metric Tool & Die Co., 485 F.Supp. 410, 423, 205 U.S.P.Q. 723 (E.D.PA. 1980) Roger M.Milgrim, Milgrim on Trade secrets, volume 1., p.2-79, p.2-58.

⁷ดูคดี Dynamics Research Corp. v. Analytic Sciences Corp., 400 N.E.2d 1274, 1285 n.3 (Mass. App. 1980) Roger M.Milgrim, Milgrim on Trade secrets, Volume 1., p.2-44.

ศึกษาเพื่อเป็นเจ้าของได้โดยไม่ถูกจำกัดด้วยกฎหมาย ข้อมูลดังกล่าวนี้ก็ย่อมที่จะต้องสูญสิ้นข้อจำกัดของการรับรู้หรือเข้าถึงของคนอื่น ๆ ไป และไม่อาจยึดถือได้ว่าเป็นข้อมูลลับอีกต่อไปแต่จะเป็นเพียงข้อมูลลับธรรมดา ซึ่งอาจจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในลักษณะอื่น ๆ ทั่ว ๆ ไป เท่านั้น

เพราะฉะนั้นตราใบใดที่ข้อมูลที่เรียกร้องความคุ้มครองนี้ยังดำรงคงไว้ซึ่งสถานะที่เป็นความลับอยู่ (being as secrecy) สิทธิที่จะใช้เรียกร้องความคุ้มครองตามกฎหมายก็ย่อมดำรงอยู่ควบคู่กันไปด้วย และจะดำรงอยู่นานตราใบเท่าที่ยังเป็นความลับอยู่เท่านั้นเอง⁸

กล่าวโดยสรุปเมื่อพิจารณาถึงลักษณะของสิ่งที่เป็นความลับ (Secrecy) แล้วจะเกี่ยวข้องกับการพิจารณาเหตุอื่นประกอบอีก 3 ประการ เพื่อป้องกันรักษาความลับเอาไว้ให้ได้คือ

1. เจ้าของได้มีการระมัดระวังเพียงใด กรณีนี้รวมทั้งเงินที่ได้หรือใช้ไปในการดูแลรักษาความลับนั้นด้วย⁹
 2. ระดับความรู้ทั่วไปในวงการอุตสาหกรรมนั้น ๆ เช่น เป็นลูกจ้างหรือเป็นบุคคลทั่วไปที่มีโอกาสเกี่ยวข้องกับความลับนั้น ๆ
 3. ความแน่นอนของข้อมูลจากแหล่งที่เหมาะสม
- ทั้ง 3 ประการนี้จะเป็นเหตุเป็นผลต่อกัน ทั้งนี้เพราะความระมัดระวังก็จะเป็นการจำกัดการเปิดเผยความลับออกไป เพื่อไม่ให้กลายเป็นความรู้ของบุคคลทั่วไปและเป็นตัวชี้

⁸CVD, Inc., v. Raytheon Co., 769 F.2d 842, 850, 227 U.S.P.Q. 7 (1st Cir. 1985), I bid, P2-45 และ ดูคดี University Computing Co. v. Lykes Yongstown Corp., 504 F.2d 518, 534 (5th Cir. 1974) Ibid, P2-195.

⁹ดูคดี Jostens, Inc. v. National Computer Sys., Inc., 318 N.W. 2d 691, 700 (Minn. 1982) Thomas J. Smedinghoff, The Legal guild to Developing Protecting and Marketing software, (United States: John-wiley & sons) 1986, p.70.



ชัดว่าข้อมูลนั้นยังคงเป็นความลับอยู่หรือไม่¹⁰ และนอกจากนี้แล้วความแน่นอนชัดเจนของข้อมูล (concreteness) จะเป็นเครื่องพิจารณาว่าข้อมูลนั้นกว้างขวางง่ายต่อการรับรู้ของผู้อื่นที่จะสามารถรับรู้ได้ หรือ ถูกทัก้า โดยง่าย โดยบุคคลอื่นที่มีโอกาสรับรู้หรือไม้อีกด้วย¹¹

มีสิ่งที่น่าสนใจพิจารณาในที่นี้ประการหนึ่งว่าลักษณะที่ว่าลับนั้นต้องเป็นความลับที่ไม่อาจเปิดเผยได้เลย (Absolutely disclosure) หรือไม่...หลายท่านเห็นว่าไม่จำเป็น เพราะเนื้อหาของความลับจะต้องอยู่ในสภาพที่ยากต่อการเรียนรู้จากผู้อื่น หรือยากต่อการเปิดเผยของผู้อื่นก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องเป็นสิ่งที่ไม่อาจเปิดเผยต่อบุคคลใดได้เลย เช่น ความลับทางราชการ เป็นต้น เพราะฉะนั้นความลับทางการค้าที่ผู้เป็นเจ้าของปล่อยปละละเลยไม่ดูแลระมัดระวัง โดยไม่จำกัดความรู้ของผู้อื่นเอาไว้ก็จะไม่ได้รับความคุ้มครอง¹²

1.2 มีความใหม่ (Novelty)¹³

ประเด็นเรื่องของการมีความใหม่ ในการพิจารณาประกอบการศึกษาเกี่ยวกับคุณลักษณะทั่วไปของความลับทางการค้านี้ค่อนข้างที่จะมีข้อโต้แย้งจากนักกฎหมายด้วยกันเป็นอย่างมากจนบางคนมองว่าไม่จำเป็นต้องมีหรือกำหนดคุณลักษณะข้อนี้ในความลับทางการค้าก็ได้ ทั้งนี้เพราะสิ่งนี้จะใกล้เคียงกัน และก่อความสับสนให้มากที่สุดในเรื่องของ "มีความใหม่" หรือ novelty นี้ก็คือ เรื่องของความใหม่ (novelty) ในกฎหมายสิทธิบัตร (Patent Law)

จากการศึกษาพบว่านักกฎหมายหลายท่านให้การยอมรับในประเด็นเรื่องของความใหม่ในความลับทางการค้านี้อยู่มาก หากแต่ระดับของความใหม่ นั้นไม่ได้พิจารณา หรือให้ความสำคัญเท่ากับหรือมากกว่าของสิทธิบัตร โดยความใหม่ของความลับทางการค้านี้เราจะพิจารณากันแต่เพียงว่า ไม่มีหรือไม่เป็นที่รับรู้ในหมู่คนทั่วไปหรือคู่แข่งชั้นนั่นเอง และไม่ได้หมาย

¹⁰Donald S.Chisum - Michael A. Jacobs, World Intellectual property Guildbook, p.3-20.

¹¹Roger M.milgrim, Milgrim on Trade Secrets, Volume 1., P2-16

¹²Earl W.Kintner and Jack L. Lahr, An Intellectual property Law primer, p.142.

¹³Dennis Unkovic, Trade secrets Handbook, p.34.

ความว่า เลขาไปถึงว่าสิ่งที่เป็นการลับทางการค้านั้นจะไม่เป็นที่รับรู้ในบุคคลอื่นนอกเหนือไปจากผู้เป็นเจ้าของแล้วได้เลย ทั้งนี้เพราะว่าการจำกัดสิทธิในความลับทางการค้าขึ้นอยู่กับเพียงที่ว่าห้ามมิให้นำไปใช้โดยมิชอบและหรือเปิดเผยโดยมิชอบ หรือโดยเข้าถึงความลับวิธีการที่ไม่เหมาะสม และหรือรู้โดยมิชอบเท่านั้น

หากำใช้โดยชอบ, เปิดเผยโดยเหมาะสม หรือรู้โดยชอบแล้วก็ย่อมไม่ถือเป็นการเปิดเผยความลับทางการค้าแต่จะมีผลทำให้ความลับทางการค้าสูญสิ้นไปด้หรือไม่นั้นเป็นอีกกรณีหนึ่งที่จะต้องพิจารณาในข้อเท็จจริงแต่ละกรณีไป

ดังนั้น ความลับทางการค้าจึงอาจเป็นข้อมูลที่มีอยู่แล้วแต่ผู้เป็นเจ้าของหรือผู้อื่นไม่สนใจ หรือผู้คนที่ทั่วไปไม่รู้จักว่าคืออะไร เช่น เทคนิคของการใส่สีน้ำตาลลงในก้นของดอกกล้วยไม้เพื่อทำให้คลายความชื้นได้น้อย มีผลทำให้ดอกไม้เหี่ยวช้าลง อาจเป็นความลับทางการค้าได้ ถ้ายังไม่เป็นที่รับรู้ของคนทั่วไปก็ถือว่า "ใหม่" (เป็นความรู้นั้นนั่นเอง) แต่ไม่สามารถไปจดทะเบียนสิทธิบัตรได้เพราะไม่เข้าองค์ประกอบของสิทธิบัตรเหล่านี้เป็นต้น เพราะฉะนั้นในทางองกลับกันแม้สิ่งที่เป็นการใหม่จะยื่นคำขอรับสิทธิบัตรไม่ได้ แต่ก็อาจจะได้รับความคุ้มครองว่าเป็นความลับทางการค้าได้

นอกจากนี้แล้วข้อที่นักกฎหมายพยายามโต้แย้งในเรื่องของความใหม่ (novelty) ที่พิจารณาในเรื่องของความลับทางการค้าก็คือความใกล้เคียงกันกับคำว่า "secrecy" และคิดว่า เป็นสิ่งเดียวกัน เพราะลักษณะของ secrecy ก็คือลับ, ไม่มีคนรู้ซึ่งอาจเกิดได้ 2 กรณีคือประการแรก ไม่เคยมีความลับนั้นมาก่อนเลย ผู้เป็นเจ้าของค้นพบเป็นคนแรกและประการที่สองความลับนี้มีอยู่แล้วโดยอยู่ในกฎเกณฑ์ของธรรมชาติแล้ว มีการนำมาใช้หรือรู้จักนำมาใช้โดยบุคคลได้ค้นพบขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นโดยบังเอิญอันเนื่องจากการค้นคว้าทดลองหรือจากการสังสมประสพการณ์ขึ้นมาซึ่งในทั้งสองกรณีเหล่านี้ก็จะให้ข้อวินิจฉัยในเรื่องของความใหม่และความลับได้ใกล้เคียงกัน กล่าวคือ

ถ้าเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นครั้งแรกในโลกและค้นพบโดยไม่มีใครรู้เห็นเลย เช่น ค้นพบน้ำยาล้างฟิล์มถ่ายรูปที่ล้างภาพสีได้รวดเร็วภายในเวลาครึ่งนาทีและได้ภาพที่มีคุณภาพดี ข้อมูลที่ค้นพบนี้ก็ถือว่า "ใหม่" ทั้งในลักษณะเป็นของใหม่ และเป็นความลับคือยังไม่มีใครรู้ไปพร้อม ๆ กันด้วย แต่ถ้าข้อมูลที่มีผู้พบเห็นหรือรับรู้อยู่แล้วในธรรมชาติ เช่น พาร์้อง, เสียงฝนตก ก็นำมาทำเป็นเสียงประกอบดนตรีหรือเอาเสียงนี้มาเปิดใส่ในน้ำเพื่อให้หน้าสะเทือนเกิดออกซิเจนแก่ต้นไม้ที่ปลูกในน้ำให้งอกงามกว่าปกติ ซึ่งอดีตไม่มีใครสนใจนำมาใช้ประโยชน์อันใดเราจะถือว่าการค้นพบดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่ เป็น "ความใหม่" ได้อีก และเป็นความลับที่อยู่ลักษณะของความ

ลับทางการค้าได้ด้วยเช่นเดียวกันเพราะไม่ได้เป็นความรู้ทั่วไป และจะเดียวกันก็เป็นการค้นพบที่เป็นความลับได้อีกด้วย แต่ในทั้งสองกรณีนี้ก็มิได้แสดงว่าความใหม่กับความลับจะเป็นสิ่งเดียวกันแต่อย่างใดเพียงแต่อาจส่งผลให้ปรากฏต่อภายนอกได้เหมือนกันคือเป็นการค้นพบที่ไม่มีใครรับรู้ วิธีการสร้างสรรค์หรือค้นพบเท่านั้นนั่นเอง

อย่างไรก็ตามปัญหาความสับสนหรือไม่กระจ่างในเรื่องของความใหม่ของความลับทางการค้ากับสิทธิบัตรนั้นน่าที่จะกระจ่างได้ หากได้พิจารณาโดยคำนึงตามหลักการของ Restatement of Torts ของ สหรัฐอเมริกาว่าเมื่อความลับทางการค้าเป็นสูตร หรือสิ่งที่จะอาจได้รับสิทธิบัตรได้แต่ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นเช่นนั้น การที่กฎหมายให้สิทธิบัตรนั้นเป็นการให้รางวัลกับผู้ประดิษฐ์คิดค้น ซึ่งต้องเป็นการคิดค้นจากทรัพย์สินที่ไม่เคยมีจริงมาก่อนให้มันขึ้น ผิดกับในกรณีของกฎหมายความลับทางการค้าเพราะการคุ้มครองความลับทางการค้านั้นไม่ได้อยู่ที่นโยบายการให้รางวัล หรือช่วยเหลือการปรับปรุงความลับให้ดีขึ้นแต่อย่างใดทั้งสิ้น การคุ้มครองความลับทางการค้าเป็นเพียงคุ้มครอง ำกับการกระทำที่ละเมิดต่อความซื่อสัตย์ ผ่าฝืนความไว้วางใจต่อกัน และลงโทษผู้ที่ล่วงรู้ความลับของผู้อื่น โดยไม่มีสิทธิชอบธรรมที่จะกระทำได้รวมทั้งการนำข้อมูลของผู้อื่นไปใช้โดยมิชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หลักการของแนวคิดนี้จึงเป็นสิ่งที่สามารถนำมาให้ความเข้าใจที่ไม่ชัดเจนแจ่มชัดขึ้นได้ เพราะฉะนั้นระดับของความใหม่ของความลับทางการค้าจึงต่ำกว่าของสิทธิบัตรอย่างแน่นอน

ข้อสังเกต

1. คำว่า novelty นี้หมายถึงในขณะที่ ถูกรับรู้ต้องไม่เคยมีการเปิดเผยมาก่อน รับรู้มาก่อนหรือถูกเปิดเผยแล้วแต่การเปิดเผยนั้นเป็นไปโดยมิชอบก็ยังคงถือว่าใหม่อยู่หรือไม่
2. ข้อมูลที่จำเลยอ้างเพื่อต่อสู้คดีในศาลว่าความลับทางการค้าของโจทก์ไม่ใช่สิ่งใหม่นั้นจะต้องเหมือนกันกับของโจทก์ทุกประการหรือเหมือนกันอย่างแน่แท้หรือแต่เพียงบางส่วนเท่านั้นก็ได้¹⁴

¹⁴คดี Si Handling Systems Inc. v. Heisley, 753 F.2d 1244, 1257, 225 U.S.P.Q. 441, 449 (3d Cir. 1985) Roger M. Milgrim, Milgrim on Trade Secrets, Volume 1., p.2-193.

และข้อที่จะต้องคำนึงถึงในงานประการสุดท้ายในการศึกษาถึงเรื่องมีความใหม่ก็คือ จากการศึกษาพบว่าศาลจำนวนไม่น้อยที่ไม่เห็นด้วยกับการกำหนดลักษณะของความลับทางการค้าว่าจะต้องมีลักษณะที่มีความใหม่อยู่ด้วยดังที่กล่าวมาแล้ว แต่ในบางศาลที่ตัดสินคดีไปกลับเห็นว่า "อย่างน้อยที่สุดาคติความลับทางการค้านั้น กรรมวิธี และความคิด หรือข้อมูลต่าง ๆ ที่ข้อความคุ้มครองจะต้องเป็น original¹⁵ ซึ่งก็คือ novelty ด้วยนั่นเองทั้งนี้ก็เพื่อง่ายต่อการจําแนก แยกแยะ ระหว่างความลับทางการค้ากับข้อมูลทั่วไปในวงการอุตสาหกรรมที่ต้องรับรู้กันอย่างกว้างขวาง และมีคุณค่าเชิงพาณิชย์ ซึ่งเป็นข้อมูลที่รับรู้หรือเปิดเผยอยู่แล้วทั้งสิ้นจึงไม่เป็นความลับแต่อย่างใด

1.3 มีคุณค่า (Genuine value)

การมีคุณค่าของข้อมูลที่จะถือว่าเป็นความลับทางการค้านั้นถือว่าเป็นสิ่งสำคัญมากอีกลักษณะหนึ่ง เพราะจะแสดงให้เห็นถึงคุณลักษณะของข้อมูลนั้นได้เลยว่าสมควรที่จะยอมรับคุ้มครองให้เป็นความลับทางการค้าต่อไปหรือไม่

โดยหลักแนวคิดของการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่สิ่งใดก็ตามยกเว้นในเรื่องของส่วนบุคคลแล้ว (ซึ่งก็ไม่ใช่ว่าจะยกเว้นทั้งหมด) และโดยเฉพาะการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ทางสติปัญญาแล้ว งานสิ่งนั้น ๆ หรือข้อมูลของงานชิ้นนั้น ๆ จะต้องเป็นประโยชน์หรือบังเกิดผลต่อส่วนรวมด้วย มิฉะนั้นแล้วการที่รัฐให้ความคุ้มครองก็จะเป็นการสูญเสียแต่ฝ่ายเดียว และผู้ได้รับการคุ้มครองกลับไม่ได้ทำอะไรตอบแทนแก่สังคม เพราะจริง ๆ แล้วการกระทำของรัฐคือ ตัวแทนของคนส่วนใหญ่อันเป็นตัวแทนของสังคมอยู่แล้วนั่นเอง ซึ่งเมื่อมีการคุ้มครองอันใดแล้วก็เท่ากับว่าเป็นการไปจำกัดสิทธิของผู้อื่นไปจากเดิม ซึ่งก่อนที่จะมีการให้ความคุ้มครองเขาสามารถจะแสวงหาประโยชน์อย่างใดก็ได้โดยอิสระ การที่รัฐเข้าไปให้ความคุ้มครองก็

¹⁵Thomas Lee Hazen, contract principles as a guild for protecting Intellectual Property rights in computer software: The Limits of copyright protection, the Evolving concept of derrivative works, and the proper limits of licensing arrangements., Roger M.Milgrim, Milgrim on Trade secrets, volume 4, Appendix B, P.B7-1

เท่ากับรัฐต้องมี social cost ไปด้วย ดังนั้นผู้ที่ได้รับการคุ้มครองหรือข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองก็สมควรที่จะต้องเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ต่อส่วนรวมหรือมีคุณค่า ซึ่งกล่าวได้ว่าสำหรับในเรื่องความลับทางการค้าแล้ว ก็คือข้อมูลนั้นต้องมีประโยชน์ต่ออุตสาหกรรม หรือพาณิชย์กรรม หรืออย่างน้อยก็สามารถใช้ในการดำเนินธุรกิจของผู้เป็นเจ้าของได้ด้วย ส่วนสังคมก็จะเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์ทางอ้อมจากข้อมูลที่มีค่าโดยจะได้ใช้ผลิตภัณฑ์ หรือกระบวนการที่มีค่าทำให้เกิดความรวดเร็วในการผลิต เกิดเทคนิคใหม่ ๆ ในอุตสาหกรรมส่งผลต่อความเจริญของประเทศได้ในทางกฎหมายแล้วคุณค่า (Genuine value) นี้ย่อมจะต้องแสดงออกหลาย ๆ ด้านได้ เช่น

1. ข้อมูลนั้นมีคุณค่าในตัวเองไม่ว่าจะเป็นคุณค่าในเชิงของอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม หรือธุรกิจของผู้เป็นเจ้าของความลับนั้น¹⁶
2. เจ้าของได้รับรู้ในคุณค่านั้น ๆ ไม่ว่าจะรับรู้อันเนื่องมาจากใช้เวลาหรือทรัพย์สินในการคิดค้น ประดิษฐ์ขึ้นมาหรือแม้ว่าจะค้นพบโดยบังเอิญแต่เมื่อรู้ว่าเป็นความลับทางการค้าแล้ว ก็ดูแลเอาใจใส่เป็นพิเศษเพื่อมิให้ความลับสูญสิ้นไป

¹⁶คุณค่าของข้อมูลนี้อาจนำมาพิจารณาได้คือ 1. ต้องเป็นคุณค่าเชิงพาณิชย์มิใช่คุณค่าทางจิตใจแต่เพียงอย่างเดียว (ความคิดเห็นนี้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ต่อสังคม) 2. ต้องดูที่ค่าใช้จ่ายโดยรวมทั้งเวลาที่เสียไปในการค้นคว้าเกี่ยวกับความลับทางการค้านี้ (แม้จะไม่จำเป็นที่เดียวกัน เช่นในกรณีการค้นพบโดยบังเอิญที่อาจได้รับความคุ้มครองได้ และบางกรณีศาลจะถือว่าค่าใช้จ่ายจะเป็นหลักฐานของคุณค่าเชิงพาณิชย์ (ดูคดี Metallurgical Indus. Inc. v. Fourtek, Inc., 790 F.2d 1195, 1200, 229 U.S.P.Q. 945, 954 (9th cir.1986) และเป็นสิ่งที่บ่งชี้ถึงความเสียหายอีกด้วย ในกรณีที่ความลับทางการค้าที่กล่าวอ้างแม้ศาลอาจคุ้มครองได้เพียงเล็กน้อย ศาลก็อาจจะเอาผิดรุนแรงกับจำเลยได้แม้จะปรากฏว่าจริงที่ใช้เวลาแม้เพียงเล็กน้อย หรือจ่ายแต่เพียงเล็กน้อยในการพัฒนาความลับนั้นก็ตาม (ดูคดี Arnold' Ice Cream Co. v. Carlson, 171 U.S.P.Q. 333 (E.D.N.Y. 1971), Roger M. Milgrim, Milgrim on Trade Secrets, Volume 1., P2-269.

3. ผู้เป็นเจ้าของได้ใช้ความพยายามอย่างเพียงพอเพื่อปกป้องข้อมูลมิให้ถูกเปิดเผย หรือล่วงรู้ หรือใช้โดยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁷ อาทิเช่น

มีการจำกัดการรับรู้ข้อมูลของบุคคลที่เกี่ยวข้อง หรือมีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ข้อมูลที่เป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีบทบัญญัติตกลงโดยชัดแจ้งเพื่อป้องกันความลับเหล่านี้ถูกเปิดเผยออกไป

4. ป้องกันมิให้ผู้อื่นพยายามนำเอาไปใช้ หรือพยายามศึกษาย้อนกลับ (reverse engineering) มากน้อยเพียงใด

ปัญหาของคำว่ามีคุณค่านี้ถ้าพิจารณาจากที่นิยามของ Uniform of Trade secrets Act (1979) แล้วจะพบว่าได้กล่าวไว้ในข้อ (1) ว่า "อาจมีหรือมีคุณค่าทางเศรษฐกิจในตัวเอง" (derives independent economic value ...) ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า Uniform ก็ไม่ได้บัญญัติว่าข้อมูลนั้น "จะต้อง" มีค่า (Must be the secret value) ไว้เลย อาจมีก็ได้หรือไม่มีก็ได้เช่นนั้นหรือ นักกฎหมายบางท่านจึงมีความเห็นว่าการใช้หรือไม่ในธุรกิจไม่สำคัญ"¹⁸ แต่สำหรับศาลแล้ว จะพิจารณาว่าการมีคุณค่าทางเศรษฐกิจหรือไม่ในความลับนั้น ๆ ต้องดูว่าความลับนี้ช่วยให้ผู้เป็นเจ้าของประหยัดเงินในการดำเนินการได้หรือไม่ หรือช่วยให้การแข่งขันในตลาดเป็นไปได้ดียิ่งขึ้นกว่าเดิม หรือไม่ หรือเจ้าของได้ใช้เงินหรือทรัพยากรแรงงานในการได้มาหรือพัฒนาข้อมูลสารสนเทศนั้น ๆ เพียงใดด้วย¹⁹

นอกจากนี้เมื่อศึกษาเรื่องความลับทางการค้าแล้วปัญหาที่ควรพิจารณาเกี่ยวกับคุณค่านี้เพิ่มอีกก็คือ ในกรณีของการค้นพบโดยบังเอิญนั้นจะถือว่าเพียงพอหรือไม่ ต่อการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า ตัวอย่างเรื่องนี้อาจพิจารณาได้จากคดี Earnest Slide Fastener

¹⁷ ข้อเสนอแนะของสหรัฐอเมริกา ประชาคมยุโรปและสวิตเซอร์แลนด์ที่ได้นำเสนอในการประชุมเจรจาการค้าหลายฝ่ายของ Gatt, เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่องการคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทย, จัดโดยสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ณ ห้องประชุมสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย, 11 กันยายน 2533.

¹⁸ รองศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อวรรณโณ และ ดร.จิตต์ภัทร์ เครือวรรณ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องการคุ้มครองความลับทางการค้า, หน้า 271.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 272.

Co. v. Stambery (120 N.Y.S 2d 311, 314 96 U.S.P.Q.353 (Sup.Ct.1953))²⁰ โดยข้อเท็จจริงมีว่า" ...คนขายยาผู้หนึ่งค้นพบโดยบังเอิญ โดยการเอายาแก้ใส่ลงในน้ำ แล้วนำไปใส่ในแจกันดอกไม้จะทำให้ดอกไม้บานนาน เป็นเวลาเพิ่มขึ้นอีก 3 เท่าของระยะเวลา ตามปกติเมื่อค้นพบแล้ว เขาก็เขียนฉลาก ปิดป้ายที่ขวดยาว่า "Flower Freshner" แล้วเริ่มทำ ธุรกิจนี้ จะเห็นได้ว่า การค้นพบนี้เป็นการค้นพบโดยบังเอิญและในช่วงเวลาสั้น ๆ และเป็นการ ค้นพบที่แตกต่างไปจากคนขายยาคนอื่น ๆ ที่ต้องใช้เวลาในการทดลองส่วนผสมต่าง ๆ เพื่อ รักษาความสดของดอกไม้เอาไว้..."ลักษณะเช่นนี้จะแสดงได้ไหมว่าเป็นการค้นพบที่มีคุณค่า และมีคุณสมบัติเพียงพอที่จะเป็นความลับทางการค้าได้หรือไม่ หรือว่าการค้นพบที่มีค่าจะต้องใช้เวลานานอันคุ้มค่างับเวลาที่เสียไปหรือไม่อาจถือได้ว่าเป็นการค้นพบที่เป็นความลับทางการค้าเลย คดีนี้ศาลมลรัฐ New York ได้ตัดสินคุ้มครองไว้โดยยืนยันเพิ่มอีกว่า" บุคคลผู้ซึ่งสร้างสรรค์ย่อมมี สิทธิทางทรัพย์สินในความลับทางการค้า คนที่กระทำซ้ำ (Copied) ทางความคิดไม่มีสิทธิ²¹ นอกจากนี้ในกรณีการค้นพบโดยบังเอิญเช่นนี้ศาลจะมีสมมุติฐานว่า สิ่งใดที่ได้มาโดยบังเอิญนั้นถ้า จำเป็นต้องใช้ทรัพยากรไปเพื่อให้ได้มาเจ้าของจะยอมหรือไม่²² ถ้ายอมก็เท่ากับว่าเจ้าของผู้ลงทุนไม่ปฏิเสธเรื่องคุณค่าของทางเศรษฐกิจ ซึ่งนั่นย่อมอาจตีความได้ว่ามีค่าเพียงพอแล้ว

2. ลักษณะแห่งสิทธิของความลับทางการค้า

2.1 ความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สิน

ความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่ง²³ เป็นทรัพย์สินที่ได้รับการรับรองโดย ผลของกฎหมายและเป็นทรัพย์สินที่สัมผัสไม่ได้ กล่าวคือ เป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (intangible

²⁰Roger M.Milgrim, Milgrim on Trade secrets, volume 1.,p.2-198.

²¹ดูคดี Cf.Braverman v. De. Staphano, 77. U.S.P.Q. 26, 27 (N.Y. Sup. Ct.1948) Ibid, p.2-197.

²²รองศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ดร.จิตตภัทร์ เครือวรรณ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่องความลับทางการค้า, หน้า 271.

²³Roger M.Milgrim, Milgrim on Trade Secrets, Volume 1., p.1-2.

property) ผลจากการศึกษาถึงลักษณะแห่งตัวทรัพย์สินของความลับทางการค้าของกฎหมายต่างประเทศแล้ว นักกฎหมายส่วนใหญ่จะมีความเห็นตรงกันว่า ความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินได้ ทั้งนี้โดยยกเอาลักษณะของหลักการของความลับทรัพย์สินมาพิจารณาคือความสามารถที่จะมีราคาและถือเอาได้ อันต้องตรงกันกับที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในมาตรา 147* นั้นเอง นอกจากนี้แล้ว ลักษณะของทรัพย์สินที่เห็นได้เด่นชัดก็คือ การตกทอดทางมรดกได้ (Devolution) สามารถครอบครองได้ (possession), ยกให้ได้ (assignable) หรืออนุญาตให้ใช้สิทธิโดยมีข้อจำกัด (Licence) ได้ และนอกจากนี้แล้วผู้เป็นเจ้าของยังสามารถควบคุมการใช้สิทธิของทั้งผู้ที่ไม่ได้รับอนุญาต และผู้รับอนุญาตหรือของผู้โอนและผู้รับโอนได้²⁴

ดังนั้นผลในทางกฎหมายของผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือความลับทางการค้านี้ก็คือ ผู้เป็นเจ้าของสามารถที่จะมีสิทธิเหนือความลับทางการค้าได้ตลอดไปตราที่ยังเป็นของตนเองอยู่ ผู้เป็นเจ้าของย่อมมีสิทธิเหนือทรัพย์สิน (proprietary) ของความลับทางการค้าของตนอีกด้วย

ศาลในสหรัฐอเมริกาได้ให้การยอมรับว่าความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินในหลาย ๆ กรณีซึ่งพอที่จะยกมาเป็นตัวอย่างแสดงให้เห็นได้ชัดเจนขึ้น เช่น ในคดี *Ferroline corp. v. Aniline & film Corp* (207 F.2d 972, 921, 922 (7th Cir.1953 ของรัฐ New Jersey)²⁵ ศาลอุทธรณ์ของสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินในปี ค.ศ.1953 ไว้ว่า "ความลับทางการค้าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญา, เป็นทรัพย์สินที่เกิดขึ้น โดยการพบความรู้ต่าง ๆ" ก่อนหน้านั้นในปี ค.ศ.1939 ในคดี *Godefroy Mfg. Co. v. Lady Lennox Co.* (134 S.W.2d 140, 141 (App.1939))²⁶ ศาลแห่งรัฐมิสซูรี ได้ก้าวไปไกลกว่านั้นอีกโดยตัดสินว่า "ความลับทางการค้าเป็นสิ่งที่ใช้อย่างกว้างขวางมาก ในสูตรหรือกรรมวิธีลับซึ่งถือเป็นสิทธิทางทรัพย์สิน..." และความลับทางการค้าสามารถที่จะใช้ปกป้องและดำเนินการกับผู้กระทำ

* เดิมคือมาตรา 99 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

²⁴ คดี *Ruckelshaus v. Monsanto Co.* 467 U.S.986, 104S Ct.2862, 81 L. Ed.2d 815, 831-833 (1984), Roger M. Milgrim, *Milgrim on Trade secrets*, p.1-3.

²⁵ Earl W. Kintner and Jack L. Lahr, *An Intellectual property law primer*, p.197.

²⁶ Ibid

ละเมิดต่อความไว้วางใจกัน (breach of trust) โดยทำการเปิดเผยสิ่งเหล่านั้นต่อผู้อื่นด้วย ซึ่งในคดี *Brown v. Fowler* (316 S.W.2d 111, 114 (Civ.App.1958))²⁷ ศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินในคดีแพ่งของรัฐ Texas ในปี ค.ศ. 1958 ว่า "บุคคลที่เป็นเจ้าของสูตร และกรรมวิธีอันเป็นความลับมีสิทธิทางทรัพย์สินในสิ่งเหล่านั้น และ...สามารถปกป้องคุ้มครอง บุคคลซึ่งละเมิดต่อความไว้วางใจ และพยายามที่จะเปิดเผยความลับทางการค้าของเขา"

และก่อนหน้านั้น ในปี ค.ศ.1917 ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินคดีที่มีชื่อเสียง และถือเป็นบรรทัดฐานในหลักของเรื่องทรัพย์สินเอาไว้นคดีระหว่าง *E.I. Dupont de Nemours Powder Co. v. Masland* (244 Us.100, 102 (1917))²⁸ โดย Dupont กล่าวว่า Masland ได้รับความรู้ในระหว่างที่เขาเป็นลูกจ้างของตน ในคดีนี้ผู้พิพากษา Holmes ได้กล่าวไว้ว่า "คดีได้พิจารณาแสดงให้เห็นถึงความขัดแย้งระหว่างสิทธิทางทรัพย์สินและ สิทธิที่จะตอบโต้ป้องกันตนเอง... โดยจะมีความลับเป็นทรัพย์สินหรือไม่ และจำเลยจะรู้หรือ ไม่ก็ตาม แต่เขาจะมีความสัมพันธ์ระหว่างกัน แม้ทรัพย์สินจะได้รับการปฏิเสธ แต่ความไว้วางใจ ไม่เป็นเช่นนั้น..." คดีนี้เองที่บรรดานักกฎหมายหลาย ๆ คนเห็นว่าคดีที่ศาลวางแนวว่าความ ลับทางการค้ามิใช่เป็นทรัพย์สิน ทั้ง ๆ ที่จริง ๆ แล้วศาลมิได้กล่าวเช่นนั้นเลย

นอกจากนี้แล้วในการศึกษายังพบว่า แนวความคิดของการให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สิน นั้นเป็นพื้นฐาน (basic) สำหรับพิจารณาการนำไปใช้โดยไม่มีสิทธิ (misappropriation) ทั้งนี้เพราะจะต้องเป็นทรัพย์ก่อนผู้เป็นเจ้าของจึงจะเรียกร้องได้²⁹ อย่างไรก็ตาม มีบ่อยครั้งที่ ศาลไม่ได้พิจารณาว่า ความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินหรือไม่ รวมทั้งไม่สนใจนิยามในเรื่องนี้ เพราะศาลเห็นว่าไม่ใช่ว่าเป็นสิ่งที่จำเป็น...³⁰ เพราะถ้าความลับทางการค้าสามารถพิจารณาได้

²⁷Earl W. Kintner and Jack L. Lahr, An Intellectual property law primer, p.197.

²⁸Roger M. Milgrim, Milgrim on Trade secrets, volume 1., p.1-2.

²⁹Stedman, Trade secrets, 23 Ohio St. L.J.4, 21 (1962), Roger M. Milgrim, Milgrim on Trade secrets, volume 1. p.1-6.

³⁰Amedee E. Turner, The Law of Trade secrets, Roger M. Milgrim, Milgrim on Trade secrets, volume 1., p.1-6.

ในเรื่องของ Trust property แล้ว ผลประโยชน์ของผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าก็คือ Trust property นั่นเอง และในคดี Cincinnati Bell Foundry Co. v. Dodds, 19 Wkly. Bull. 84 (1887)³¹ ผู้พิพากษา Taft ได้ตัดสินว่า ความลับทางการค้าในกรรมวิธีการผลิตเป็นทรัพย์สินที่สามารถหวงกับคนอื่นได้ทั่วโลกถ้าโลกรู้ความลับทางการค้าจะสูญสิ้นไป ไม่มีความลับทางการค้าในทรัพย์สินนี้และไม่มีสิทธิปกป้องความรู้ได้ทั่วโลกอีกต่อไป

อย่างไรก็ตามนักกฎหมายส่วนที่ไม่เห็นด้วยว่าความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินนั้นก็ยังมีอยู่หลายคน แต่เมื่อศึกษาโดยละเอียดแล้วกลับไม่พบว่านักกฎหมายส่วนนี้ให้เหตุผลว่าเมื่อไม่ใช่ว่าเป็นทรัพย์สินแล้วเป็นอะไรเลย ซึ่งรายละเอียดผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

2.2 ความลับทางการค้าเป็นสิทธิตามกฎหมายชนิดหนึ่ง

การที่จะกล่าวถึงสิ่งหรือวัตถุใด ๆ ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนั้นเราจะต้องทำการพิจารณาให้ได้เสียก่อนว่า ลักษณะแห่งสิทธิของสิ่งนั้น ๆ เป็นอย่างไร เป็นสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่ และการที่จะสามารถรับรู้ว่าเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองหรือไม่ ก็จะต้องพิจารณาว่ามีกฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครองต่อสิ่งเหล่านั้นหรือไม่นั่นเอง อย่างไรก็ตาม บางกรณีอาจจะไม่มีบทบัญญัติไว้โดยตรง แต่เราก็สามารถพิจารณาได้จากเนื้อหาของคำพิพากษาของศาลได้ หรือดูจากหลักการกฎหมายทั่วไปของประเทศนั้น ๆ แทน

สำหรับในเรื่องของความลับทางการค้านั้น เมื่อศึกษาจากการให้ความคุ้มครองของต่างประเทศ โดยเฉพาะในอังกฤษและสหรัฐอเมริกาแล้วจะให้การยอมรับและคุ้มครอง โดยถือว่าเป็นสิทธิชนิดหนึ่งที่กฎหมายจะต้องให้ความคุ้มครอง แม้ว่าความลับทางการค้านั้น จะเป็นไปในรูปของ Confidential information หรือ Know - how ในบางประเทศก็ตาม หรือแม้ของไทยก็มีปรากฏอยู่ในกฎหมายด้วย กล่าวคือ ในประมวลกฎหมายอาญาตามมาตรา 323 และ 324 ซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวต่อไป เมื่อพิจารณาในส่วนของกฎหมายไทย

การพบว่าความลับทางการค้าเป็นสิทธิที่กฎหมายให้ความคุ้มครองนั้น ทำให้เห็นได้ว่าเมื่อบุคคลใดก็ตามที่กระทำการโดยไม่ชอบต่อความลับทางการค้าของผู้อื่นแล้ว ก็ย่อมที่จะถูก

³¹Amédée E. Turner, The Law of Trade secrets, Roger M. Milgrim, Milgrim on Trade secrets, volume 1., p.1-11.

ฟ้องร้อง โดยอ้างถึงมูลเหตุตามกฎหมายลักษณะละเมิดได้อีกด้วย นอกเหนือไปจากการที่จะสามารถบังคับได้ตามหลักกฎหมายสัญญาแล้ว

2.3 สิทธิในความลับทางการค้าเป็นสิทธิทางทรัพย์สิน (property right)

ดังที่ได้กล่าวมาในเบื้องต้นแล้วว่า ความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งที่ยึดถือไม่ได้เนื่องจากเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (intangible property) นั้น ก็ย่อมก่อให้เกิดผลแก่สิทธิของทรัพย์สินนี้ด้วยว่า เป็นสิทธิทางทรัพย์สิน (property right) ที่ผู้เป็นเจ้าของสิทธิย่อมมีความสามารถในการใช้สิทธิของตนโดยชอบด้วยกฎหมาย ภายใต้ขอบเขตแห่งสิทธิที่ได้รับควบคุมครอง

จากการศึกษาในต่างประเทศพบว่าความเป็นสิทธิทางทรัพย์สินของความลับนี้ต่างได้รับการยอมรับโดยนักกฎหมายส่วนใหญ่ที่มีความเห็นว่า ความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สิน (property) แต่สำหรับนักกฎหมายที่ปฏิเสธความเป็นทรัพย์สินของความลับทางการค้าก็จะไม่ยอมรับว่า สิทธิในความลับทางการค้าเป็นสิทธิทางทรัพย์สิน อันเป็นหลักเหตุผลของตรรกวิทยา โดย (ถือว่าเป็นเสมือนสิทธิทั่วไป ที่ได้รับการรับรองเอาไว้ตามกฎหมายเป็นพิเศษเท่านั้น

การยอมรับว่าเป็นสิทธิทางทรัพย์สิน ของความลับทางการค้าได้รับการยืนยันและอธิบายด้วยเหตุผลจากศาลและหลักกฎหมายของต่างประเทศที่แตกต่างกันออกไปบ้างอย่างเช่นในออสเตรเลียซึ่งเดินตามแนวทางของกฎหมายอังกฤษได้มีคำพิพากษาของศาลในคดี *Deta Nominess Pty. Lte. v. Viscount Plastic - Products Pty.Ltd.*, V.R.167 (1979) ถือว่าเป็นสิทธิทางทรัพย์สิน³² แต่คดี *Debeer v.Graham*, 12 L.R. (N.S.W.) (e.q.) 144 กลับถือว่าไม่ใช่เป็นเรื่องของสิทธิในทรัพย์สิน ในกลุ่มประเทศประชาคมยุโรป (EEC) ยอมรับว่าเป็นสิทธิทางทรัพย์สินโดยความเห็นของ "The National Laws of the member states of the European common Market"³³ ขณะที่ประเทศฝรั่งเศส

³²Roger M.Milgrim, Milgrim on Trade secrets, Volume 4, Appendix R., P.R-49

³³Ibid, P.R - 51

กลับจําแนกว่าความลับทางอุตสาหกรรม (Manufacturing secrets) (Secret de fabrication) เป็นสิทธิทางทรัพย์สินสามารถอนุญาตให้ใช้สิทธิได้ ขายได้ หรือเปลี่ยนมือโอนได้ แต่ความลับทางพาณิชย์ Commercial Secret (secret commercial) ไม่ได้รับการยอมรับ เช่นนั้น และเป็นสิทธิที่จับต้องไม่ได้อีกด้วย (intangible right) แม้ว่าสิทธินี้จะสามารถเปลี่ยนมือได้ (transferable) แบ่งได้ (divisible) และโอนได้ (assignable) ก็ตาม ส่วน Know - how นั้นฝรั่งเศสกลับเห็นว่าเป็นได้ทั้งสิทธิและไม่ใช่สิทธิในทางทรัพย์สินที่สามารถหวงกันทั้งโลกได้³⁴ และสำหรับในอิตาลีถือว่า Economically valuable industrial secret และ Commercial Secret and Know - how เป็นสิทธิทางทรัพย์สิน³⁵ เช่นเดียวกับ Patent แต่ข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าที่ไม่ได้รับสิทธิบัตรไม่ถือว่าเป็นสิทธิทางทรัพย์สิน³⁶ แต่สำหรับในญี่ปุ่นแล้ว ปรากฏว่าความลับทางการค้าและ Know -how ไม่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นทรัพย์สินภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งเลย เนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับความไว้วางใจ (Law of confidence) ยังไม่ได้รับการพิจารณาจึงต้องใช้กฎหมายสัญญา และ Breach of trust ในมาตรา 247 ของประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีบทบัญญัติเรื่องความลับทางการค้าและ Know - how แทน³⁷

ขณะเดียวกันฝ่ายที่เห็นด้วยว่าความลับทางการค้าเป็นสิทธิทางทรัพย์สิน บางคนก็ยังมีความเห็นไม่สงรอยกันทีเดียวนัก อดยเห็นว่าถึงแม้ว่าจะจะเป็นทรัพย์สินก็จริง แต่ก็ยังเป็นทรัพย์สินที่มีข้อจำกัด เช่น อาจถูกค้นพบโดยการซื้อมาจากท้องตลาด³⁸ ซึ่งเมื่อถูกค้นพบแล้วสิทธิในความลับย่อมสูญสิ้นไปเช่นกัน นอกจากนี้แล้วยังมีคดีที่ยืนยันว่าเป็นสิทธิทางทรัพย์สินอีก อาทิเช่น คดีระหว่าง Homer v. Crown Cork & Seal Co., (155 Md. 66, 141A. 425 431

³⁴Roger M. Milgrim, Milgrim on Trade secrets, Volume 4, Appendix R., P. R - 52

³⁵Ibid, P.R - 59

³⁶Ibid.

³⁷Ibid, P.R - 62

³⁸Earl W. Kintner and Jack L. Lahr, An Intellectual property law primer, p.192.

(1928)³⁹ ตัดสินโดยศาลอุทธรณ์ของรัฐแมริแลนด์ ว่า "ความลับทางการค้าจะไม่สูญเสียสิทธิในทรัพย์สินในเวลานานเท่าที่ยังไม่ถูกเปิดเผย และคดี Grand Rapids Wood Finishing Co. v. Hatt (152 Mich. 132, 115 N.W. 714, 716 (1908))⁴⁰ ตัดสินว่า "การขายความลับทางการค้าอันเป็นสูตรลับสำหรับชุดเงาเพอร์นิเจอร์สามารถกระทำได้" "การโอนและเปลี่ยนมือได้ถือเป็นหลักการของสิทธิในทรัพย์สินที่สำคัญประการหนึ่งและคดีของศาล New York ในคดี In re Brandreth's Estate (28 Misc. 468, 59 N.Y. Supp. 1092, 1096 (Surr. Ct. 1899))⁴¹ ก็สนับสนุนความเห็นนี้ โดยถือว่าความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินที่ถูกประเมินภาษีได้ นอกจากนี้คดีของศาลเทนเนสซีซึ่งตัดสินว่าคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ที่ใช้ในการรักษาความลับถือเป็นทรัพย์สินส่วนบุคคลที่สัมพันธ์ไม่ได้ ดังนั้นเทปหรือการ์ด (card) ซึ่งเก็บรักษาไว้จึงไม่ใช่วัตถุที่จับต้องได้ของส่วนบุคคลที่จะต้องเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา⁴² และผลประโยชน์ของความลับทางธุรกิจถือเป็นธรรมชาติของสิทธิทางทรัพย์สิน (property right)⁴³

ส่วนนักกฎหมายที่ไม่เห็นด้วยว่าความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สิน นั้นมีความเห็นแตกต่างออกไปเป็น 3 แนวทางพอสรุปได้ คือ

1. เห็นว่าสิทธิในความลับทางการค้าไม่ใช่สิทธิทางทรัพย์สิน จึงไม่เข้าเป็นสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเลย โดยเฉพาะกฎหมายละเมิดซึ่งนักกฎหมายส่วนนี้เชื่อว่าเป็นสิทธิเด็ดขาดเท่านั้นถึงจะมีสิทธิดำเนินคดีกับผู้กระทำละเมิดได้ แต่จากการศึกษาคำพิพากษา ทั้งของอังกฤษและอเมริกากลับไม่พบว่ามีคำพิพากษาใดที่พูดถึงเช่นนี้เลย ทั้งนี้เพราะทั้งอังกฤษและอเมริกาต่างยอมรับว่าความลับทางการค้าเป็นสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตาม

³⁹Earl W. Kintner and Jack L. Lahr, An Intellectual property law primer, p. 192.

⁴⁰Ibid.

⁴¹Ibid, p. 193.

⁴²คดี Commerce Union Bank v. Tidwell, 538 S.W.2d 405, 406-407 (Tenn. 1976), Roger M. Milgrim, Milgrim on Trade secrets, Volume. 1 p. 1-12.

⁴³คดี Mountain States Tell. & Tel Co. v. Dep't of Public service Reg., 634 P.2d 181 (Mont. 1981), Ibid, p. 2-6.

กฎหมายได้ แต่ในประเทศไทย มีปรากฏเพียงท่านเดียวที่มีการเขียนบทความเผยแพร่เป็นลายลักษณ์อักษรแสดงความเห็นไว้⁴⁴

2. เห็นว่าเป็นสิทธิส่วนบุคคลที่เกิดขึ้นในความสัมพันธ์ที่ไว้วางใจต่อกัน (confidential relationship) เท่านั้น

ในความเห็นนี้จากการศึกษาพบว่า แม้ว่าคดีส่วนใหญ่ศาลจะตัดสินโดยยึดถือหลักว่าเป็นสิทธิในทางทรัพย์สินก็ตาม แต่ในบางคดี ศาลก็ตัดสินโดยอาศัยหลักการฝ่าฝืนความไว้วางใจต่อกัน หากมีการละเมิดเกิดขึ้นก็ใช้หลักนี้เป็นข้อพิจารณาด้วย⁴⁵ อาทิเช่น นายจ้างกับลูกจ้างจะต้องมีหน้าที่โดยปริยายที่จะดูแลรักษาความลับของนายจ้างเอาไว้ หากนายเอาความลับไปเปิดเผยแล้วก็คือว่าเป็นการกระทำผิดต่อหน้าที่ (breach of duty) ซึ่งก็คือ ทำลายความไว้วางใจต่อกันนั่นเอง นอกจากนี้แล้วยังพบว่า มีหลาย ๆ คดีที่ศาลตัดสินโดยถือว่าเป็นสิทธิในทรัพย์สินและสิทธิตาม confidential relationship ไปพร้อม ๆ กัน และมีอีกหลายคดีที่ตัดสินโดยหลัก confidence แต่ขณะเดียวกันก็อ้างถึงสิทธิในทางทรัพย์สินอีกด้วย⁴⁶ แสดงให้เห็นว่าศาลไม่ได้ขัดแย้งกันทั้งสองหลักนี้ ขณะเดียวกันกลับส่งเสริมสนับสนุนเพื่อหาทางยุติคดีความลับทางการค้าให้ได้ผลดีมากขึ้นอีกด้วย โดยศาลมักจะกล่าวว่... "เพราะว่าการปกป้องคุ้มครองความลับทางการค้าอยู่บนพื้นฐานว่าหากผู้ใช้ หรือเปิดเผยโดยไม่มีความชอบธรรมที่จะทำเช่นนั้น ศาลจะไม่ปกป้องความลับทางการค้าว่าเป็นทรัพย์สิน แต่จะมุ่งไปที่การกระทำผิดต่อความลับที่ได้รับมา⁴⁷

⁴⁴ Dr. Rongphol Charoenphandu, "Legislative Reform and Technology transfer: and Overview of the Problems in Thailand" เสนอในการสัมมนาเรื่อง Law and Enhancement of Technology Transfer, 18-19 Oct. 1988.

⁴⁵ Earl W. Kintner and Jack L. Lahr, An Intellectual property law primer, p. 114.

⁴⁶ รองศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ดร. จิตภัทร์ เครือวรรณ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องความลับทางการค้า, หน้า 283.

⁴⁷ ดู Note, 77 Harv. L. Rev. 888, 948, 949 (1964) Roger M. Milgrim, Milgrim on Trade secrets, volume. 1, p. 1-6.

3. นอกจากนี้แล้ว ยังมีนักกฎหมายอีกจำนวนหนึ่งที่ถือว่า ความลับทางการค้าไม่เข้าทรัพย์สินสิทธิ (Jus in rem) และโดยสภาพก็ไม่เข้าสิทธิที่เหมือนกันกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาชนิดอื่น ๆ ที่คุ้มครองอยู่ในหลาย ๆ ประเทศ อาทิเช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หรือสิทธิในเครื่องหมายการค้าเสียทีเดียว ทั้งนี้ เพราะสิทธิทั้งหลายนี้มีลักษณะที่คล้ายกับทรัพย์สิน ทั้ง ๆ ใด ทั้งที่จริงแล้วไม่เข้าเป็นทรัพย์สินที่จับต้องได้ กล่าวคือเป็นสิทธิที่เข้ากับบุคคลอื่นได้ทั่วไป และไม่สิ้นไปเพราะการที่ถูกผู้อื่นกระทำละเมิด ซึ่งความเห็นเช่นนี้ก็ถูกต้องแล้ว เพียงแต่ต้องเข้าใจเพิ่มเติมอีกว่าความลับทางการค้านั้นเป็นสิทธิอย่างไรอีกด้วย ซึ่งก็ไม่ปรากฏว่านักกฎหมายส่วนนี้เชื่อถือว่าความลับทางการค้าเป็นสิทธิอย่างไรในที่สุด

2.4 ความลับทางการค้าเป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute right)

เนื่องจากว่าความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งที่ได้รับการยอมรับตามกฎหมายด้วยนั้น จึงทำให้ลักษณะแห่งสิทธิในความลับทางการค้าที่สำคัญและดูจะสำคัญเป็นอย่างมากที่สุดต่อการทำความเข้าใจในลักษณะแห่งสิทธิของความลับทางการค้าก็คือ ลักษณะที่ว่าเป็นสิทธิเด็ดขาด โดยเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ที่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินสามารถที่จะใช้อำยันบุคคลทั่ว ๆ ไปได้ ว่าไม่มีสิทธิที่จะมาสวทหาประโยชน์หรือใช้ประโยชน์ในความลับทางการค้าของตนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ได้รับอนุญาต สิทธิในความลับทางการค้าจึงเป็นสิทธิที่มีต่อบุคคลทั่ว ๆ ไป ซึ่งลักษณะของสิทธิชนิดนี้ได้แก่ สิทธิในชีวิตร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงเกียรติยศ ที่ได้รับการยอมรับตามกฎหมาย ซึ่งผู้ทรงสิทธิเหล่านี้อาจใช้สิทธิของตนต่อผู้ใดก็ได้ไม่จำกัดตัวบุคคล⁴⁸ ความลับทางการค้าก็สามารถที่จะให้สิทธิแก่ผู้เป็นเจ้าของให้ได้รับประโยชน์แห่งสิทธิได้เช่นเดียวกันกับสิทธิที่กล่าวมานี้ ดังนั้นตราบใดที่ความลับทางการค้ายังเป็นความลับอยู่สิทธิเหล่านี้ก็ย่อมไม่สามารถที่จะถูกบุคคลใดมาล่วงละเมิดได้ และผู้เป็นเจ้าของสามารถที่จะใช้แสวงหาผลประโยชน์ภายใต้ความพึงพอใจของตนได้ ไม่ว่าจะโดยการนำความลับทางการค้านั้นโดยตนเองหรือจะโดยวิธีการอนุญาตให้บุคคลอื่นได้ใช้ก็ตาม หากมีการกระทำความผิดต่อความลับทางการค้าของผู้เป็นเจ้าของแล้ว เจ้าของสิทธินี้ย่อมฟ้องร้องและบังคับให้บุคคลดังกล่าว ชดเชยค่าเสียหายให้แก่ตนเองได้

⁴⁸ ไรสทอน รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, (กรุงเทพฯ-มหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา) 2532, หน้า 29.

อย่างไรก็ตามจะมีข้อที่ทําให้เกิดความสับสนกับการศึกษาถึงลักษณะแห่งสิทธิของ ความลับทางการค้านี้ได้ก็คือ เมื่อมีการกล่าวโดยอธิบายหรือยกตัวอย่างที่พาดพิงไปถึงลักษณะแห่ง สิทธิของทรัพย์สินทางปัญญาชนิดอื่น ๆ เช่น ลิขสิทธิ์และสิทธิบัตร ทั้งนี้เพราะว่าสิทธิในทรัพย์สินทาง ปัญญาทั้ง 2 ชนิดที่กล่าวมานี้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายโดยผลของกฎหมายที่บัญญัติให้ความ คุ้มครองเอาไว้ขึ้นเป็นพิเศษเพื่อตอบแทนให้แก่ผู้สร้างสรรค์ที่เผยแพร่ความคิด ความรู้ ความ สวยงามทางวัฒนธรรมออกมาให้ปรากฏแก่สังคม ดังนั้นรัฐจึงจะมีนโยบายกันบุคคลอื่นออกไปจาก การใช้หรือแสวงหาประโยชน์จากสิทธินี้ตราที่ยังอยู่ในระยะที่คุ้มครองอยู่ จึงส่งผลให้เกิดลักษณะ แห่งสิทธิแก่ผู้เป็นเจ้าของงาน อันมีลิขสิทธิ์และสิทธิบัตรสามารถที่จะเป็น เจ้าของแต่ผู้เดียวที่มีสิทธิ เด็ดขาดหรือสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right)⁴⁹ ในงานนั้นๆ ที่จะจำกัด (exclude) บุคคลอื่นออกไปจากการใช้ทรัพย์สินของตน

แต่สำหรับความลับทางการค้าแล้วนั้นยังมีข้อที่โต้แย้งกันอยู่ในหลักการของการ ให้ความคุ้มครองอยู่โดยส่วนหนึ่งเห็นว่า เป็นการตอบแทนการสร้างสรรค์ของผู้เป็นเจ้าของความ ลับที่ได้สร้างขึ้นมา ดังนั้นจึงมองหลักการให้ความคุ้มครองเช่นเดียวกันกับการคุ้มครองแก่ทรัพย์สิน

⁴⁹ ปรอดสังเกตว่าการใช้ถ้อยคำภาษาไทยนั้นอาจที่จะสร้างความสับสนและไม่สามารถ สื่อความหมายต่อความเข้าใจในเจตนาของกฎหมายได้ เพราะถ้อยคำภาษาไทยนั้น ๆ อาจจะไม่ ได้แสดงให้เห็นถึงความหมายของถ้อยคำนั้นว่าเป็นอย่างไรได้อย่างชัดเจนเพียงพอ เช่นเมื่อ กล่าวคำว่า exclusive right นั้นหากพิจารณาจากคำอธิบายหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ ของ ผู้ช่วยศาสตราจารย์รัชชัย สุภผลศิริ พิมพ์โดยสำนักพิมพ์นิติธรรม; พ.ศ. 2535 หน้าที่ 21 แล้ว ผู้ เขียนจะใช้คำภาษาไทยแทนคำว่า exclusive right คือ "สิทธิเด็ดขาด" เพื่อแสดงรายละเอียด ให้เข้าใจว่าลักษณะแห่งสิทธิของกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น ผู้เป็นเจ้าของมีสิทธิที่จะแสวงหาผลประโยชน์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนได้แต่เพียงผู้เดียว จึงสามารถ exclude คือ จำกัด หรือกัน บุคคลอื่นออกไปย่อมส่งผลให้ตนเองมีสิทธิเด็ดขาดเหนืองานนั้นๆ แต่เพียงผู้เดียวขณะเดียวกันงาน อันเป็นทรัพย์สินทางปัญญานั้นถือว่าเป็นงานที่ได้รับความคุ้มครองสิทธิว่าเป็นสิทธิทางทรัพย์สิน ซึ่งผู้ เป็นเจ้าของย่อมมีสิทธิต่อบุคคลทั่วไปที่จะคุ้มครองทรัพย์สินนี้ของตนได้อย่างเต็มที่

ดังนั้นเมื่อมองในแง่ของการแบ่งลักษณะแห่งสิทธิตามประเภทของการใช้บังคับกับบุคคล อื่นแล้วจะมีได้ 2 อย่างคือ

ทางบัญญัติอื่น ๆ โดยถือว่าเป็นทรัพย์สินหนึ่ง แต่นักกฎหมายอีกส่วนหนึ่งกลับเห็นว่า ความล้มเหลวของการค้าควรได้รับความคุ้มครองเพียงแค่นำเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เปิดเผยความล้มเหลวระหว่างกันเท่านั้น นักกฎหมายส่วนนี้จึงมีมุมมองที่ตัวความล้มเหลวของการค้าแต่อย่างใด ดังนั้นความสัมพันธ์ในเรื่องการเปิดเผยความล้มเหลวกัน จึงเป็นเรื่องของบุคคลสิทธิที่เกิดขึ้นตามหน้าที่หรือตามสัญญาเท่านั้น ซึ่งทั้ง 2 ความเห็นนี้จะมีผลต่อการให้ลักษณะแห่งสิทธิของความล้มเหลวของการค้าว่าเป็นสิทธิเด็ดขาด (absolute right) หรือไม่แตกต่างกันออกไปเป็นอย่างมากอีกด้วย เพราะถ้าถือว่าเป็นเรื่องของ บุคคลสิทธิ แล้ว ความล้มเหลวของการค้าจะไม่ถือเป็นสิทธิเด็ดขาดที่ผู้

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 49)

1. สิทธิที่มีต่อบุคคลทั่วไปหรือที่เรียกตามกฎหมายเยอรมันว่าเป็น absolute right (สิทธิเด็ดขาด)
2. สิทธิที่มีต่อบุคคลเฉพาะตัว ซึ่งนักกฎหมายอังกฤษเรียกว่า (jus in personam) แต่นักกฎหมายเยอรมันเรียกว่า "สิทธิสัมพันธ์ (relative right) (ดูโรสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้: กรุงเทพมหานคร, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา: พ.ศ.2532 หน้า 29-30)

เพราะฉะนั้นสิทธิเด็ดขาด (absolute right) ในความหมายของการแยกประเภทแห่งสิทธิตามลักษณะของการใช้บังคับ จึงตรงกันกับลักษณะแห่งสิทธิที่ผู้เป็นเจ้าของสิทธิมีอยู่ คือ exclusive right ด้วย เพราะสามารถใช้แย้งกับบุคคลอื่น ๆ ได้ทั่วไป คือจำกัดบุคคลอื่นออกไปด้วยนั่นเอง แม้ว่าด้วยถ้อยคำในภาษาอังกฤษ จะแตกต่างกันแต่ก็แสดงภาพของการได้รับผลของกฎหมายที่เหมือนกันในเรื่องของสิทธิ แต่ในเรื่องของสิทธิอื่นอาจจะไม่เกิดผลเช่นนี้ได้ และถ้าจะใช้ภาษาไทยในเรื่องของสิทธิที่ผู้เป็นเจ้าของมี exclusive right (สิทธิส่วนบุคคล) ก็อาจจะไม่ได้ความหมายที่แท้จริงนักเพราะอาจไปสับสนกับคำว่า บุคคลสิทธิ (jus in personam) ซึ่งเป็นสิทธิที่เกิดจากความสัมพันธ์ที่ไม่สามารถใช้อ้างยันบุคคลทั่วไปได้ เช่น อาจเกิดจากความสัมพันธ์ตามหลักสัญญา เป็นต้น ดังนั้น การที่ผู้เขียนยกปัญหาเช่นนี้มากล่าวว่าในที่นี่มิได้มีเจตนาอื่นใด นอกเหนือจากเพื่อตั้งเป็นข้อสังเกตถึงถ้อยคำในภาษาไทยที่สามารถแปลจากภาษาอังกฤษได้หลายใจความ ซึ่งการใช้ในลักษณะใดก็ต้องพิจารณาจากลักษณะของการใช้งานในเรื่องนั้น ๆ เป็นหลักและควรดูภาษาอังกฤษประกอบด้วย

เป็นเจ้าของสามารถที่จะใช้อำนาจกับบุคคลทั่ว ๆ ไปได้เลยนอกจากผู้เป็นคู่สัญญาเท่านั้น

จากข้อโต้แย้งทั้ง 2 ประการนี้ทำให้เห็นข้อที่น่าจะพิจารณาอยู่ประการหนึ่งเกี่ยวกับความเป็นสิทธิเด็ดขาดหรือไม่ ของความลับทางการค้านั้น เราจะดูที่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นเจ้าของความลับกับผู้ที่ได้รับรู้ความลับ แต่เพียงอย่างเดียวไม่ได้ จำเป็นที่จะต้องมาพิจารณาเหตุอื่นอีก ดังนี้

ประการแรก หากความลับทางการค้านั้นผู้เป็นเจ้าของมิได้เปิดเผยให้ผู้ใดทราบ กล่าวคือผู้เป็นเจ้าของได้ใช้โดยตนเองแต่เพียงลำพัง ดังที่กล่าวในคดี Earnest Slide fastener ที่ได้ศึกษาถึงบทที่ 2 ที่เกี่ยวกับลักษณะทั่วไปของความลับทางการค้าแล้วนั้น ผู้เป็นเจ้าของมิได้บอกความลับต่อใครเลย เขาใช้ความลับทางการค้าโดยลำพังตนเอง ลักษณะเช่นนี้ย่อมแสดงผลทางกฎหมาย แตกต่างออกไปจากการที่เขาได้เปิดเผยความลับทางการค้าของตนให้กับบุคคลอื่น ๆ ไปใช้ กล่าวคือ หากเป็นการรั่วความลับทางการค้าโดยลำพัง ตนเองแล้ว แสดงว่า ความลับนี้มิได้เผยออกไปไม่มีความสัมพันธ์ในทางความลับในเรื่องของ confidential information มาอธิบายทางกฎหมาย แต่อย่างใดที่จะทำให้สิทธิของผู้เป็นเจ้าของจึงมีอยู่เหนือสิทธิหรือเหนือทรัพย์สินของตนแต่เพียงผู้เดียว เขาย่อมมีสิทธิเด็ดขาด (absolutely) อย่างเต็มที่ที่จะปกป้องความลับกับบุคคลทั่ว ๆ ไป และเท่าเทียมกัน เพราะฉะนั้นความลับทางการค้าจึงมีใช่เป็นเรื่องของ confidential information อย่างเดียว ดังที่มีนักกฎหมายบางคนพยายามอธิบายเพื่อจำกัดความคุ้มครองเอาไว้ ดังนั้นถ้าเรายอมรับว่าการให้ความคุ้มครองต่อความลับทางการค้าเป็นเรื่องเฉพาะของการที่ต้องให้แก่ผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางข้อมูลแล้ว สำหรับผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าและมิได้มีการเปิดเผยให้ผู้ใดทราบจะไม่คุ้มครองบุคคลเหล่านั้นหรือ

ประการที่สอง ถ้าหากว่าผู้เป็นเจ้าของได้เปิดเผยความลับทางการค้าของตนออกไปโดยหลักการของ confidential information แล้ว ความลับทางการค้าก็ยังคงอยู่กับผู้เป็นเจ้าของอยู่ดี เพียงแต่ผู้เป็นเจ้าของมีการเปิดเผยให้ผู้อื่นได้รับรู้เพื่อแสวงหาประโยชน์เท่านั้น ตรงจุดนี้เองที่จะเกิดเป็นปัญหาข้อโต้แย้งขึ้นมาได้ว่า

1. สิทธิเด็ดขาดของผู้เป็นเจ้าของความลับที่จะดำเนินการกับ ผู้ได้รับการเปิดเผยยังมีอยู่หรือไม่
2. หากผู้ที่รับรู้ความลับ (confidant) ได้เปิดเผยความลับของตนต่อบุคคลอื่นอีก ผู้ที่เป็นเจ้าของสามารถที่จะฟ้องร้องหรือติดตามเอาคืนหรือเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดได้หรือไม่

ในประการแรก แม้มีการเปิดเผยความลับทางการค้าให้แก่ผู้รับการเปิดเผยก็ตาม สิทธิเด็ดขาดก็ยังคงมีอยู่ ไม่ถือว่าหมดไปเพราะผู้เป็นเจ้าของสามารถที่จะคอยติดตามหรือยกเลิกการเปิดเผยได้ ส่วนในกรณีที่ 2 นั้นความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นเจ้าของความลับกับผู้ที่ได้รับการเปิดเผยก็คงเป็นไปในลักษณะแห่งสิทธิเช่นเดิม แม้ผู้ที่ได้รับการเปิดเผยได้นำเอาข้อมูลนี้ไปเปิดเผยต่อผู้อื่นให้ใครทราบไปแสวงหาผลประโยชน์อย่างไรก็ตาม สิทธิที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคล 2 คนนี้จะ เป็นเพียงแค่สิทธิสัมพันธ์ (relative right) อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ระหว่างกันเท่านั้น ทั้งนี้เพราะผู้รับข้อมูลไม่ใช่ว่าผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งก็คือความลับทางการค้านั่นเอง สิทธิที่เกิดขึ้นจึงเป็นบุคคลสิทธิเท่านั้น ส่วนผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าจะเรียกร้องต่อบุคคลที่ 3 ที่ได้นำเอาความลับทางการค้าของตนไปใช้โดยรับไปจากบุคคลที่เป็นคู่สัญญากับเจ้าของความลับที่กระทำการอันเป็นการผิดสัญญากับเจ้าของความลับ ไม่ว่าจะกระทำโดยสุจริตหรือไม่สุจริตก็ตามก็ต้องพิจารณาจากการกระทำนั้น ๆ ว่าเป็นการกระทำที่เข้าลักษณะของการกระทำละเมิดหรือผิดต่อหลัก Equity ตามกฎหมายอังกฤษหรือไม่ต้องพิจารณากันอีกชั้นหนึ่งซึ่งต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นครั้งคราวไป

ทั้งนี้เพราะจะต้องพิจารณาด้วยว่า ความลับทางการค้าที่ผู้รับการเปิดเผยต่อบุคคลที่ 3 หรือที่ล่วงรู้ต่อบุคคลที่ 3 โดยที่ผู้เป็นเจ้าของไม่ได้รับอนุญาตนั้น ถือว่าเป็นการทำให้ความลับทางการค้าสูญสิ้นไปหรือไม่อีกด้วย ซึ่งในประเด็นนี้จะได้อธิบายถึงเมื่อได้ศึกษาถึงลักษณะแห่งการสูญสิ้นไปของความลับทางการค้าในตอนต่อไป

จากที่กล่าวมาทั้งหมดในเรื่องของสิทธิเด็ดขาด (absolute right) นี้ ทำให้เห็นได้ว่าลักษณะแห่งสิทธิในข้อนี้ยังมีข้อที่ไม่แน่นอนลงตัวในความเห็นของนักกฎหมายไม่เหมือนดังเช่นสิทธิในทรัพย์สินชนิดอื่น ๆ เห็นได้จากผลการศึกษารวมจากทั้งคำพิพากษาของศาลและหลักกฎหมายของต่างประเทศแล้ว ไม่มีคำพิพากษาหรือความเห็นใดที่จะให้รายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะแห่งสิทธิในข้อนี้ได้อย่างชัดเจน แต่อาจที่จะประมวลจากหลักที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาล เช่นในคดี *Cincinnati Bell Foundry Co. v. Dodds*⁵⁰ ที่ยืนยันว่าผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้ามีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะหวงกันผู้อื่น (exclusive right) ได้ทั่วโลก นอกจากนั้นแล้ว

⁵⁰*Cincinnati Bell Foundry Co. v. Dodds*, 19 V. Ky. h. Bull. 84 (1887) Roger M. Milgrim, *Milgrim on Trade secrets*, volume 1., p.1-11.

ก็มีปรากฏเช่นคำพิพากษานี้โดยบ้าง รวมทั้งความเห็นของปัญหาท่านต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่อย่างไรก็ตามกรณีเกิดความขัดแย้งในทัศนะทางกฎหมายเช่นนี้ แสดงให้เห็นอย่างหนึ่งว่าความลับทางการค้ายังคงต้องพัฒนาในเรื่องของปัญหาทางทฤษฎีอีกมากทีเดียว

2.5 ความลับทางการค้าไม่ใช่อิทธิพลแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right)

แม้ว่าความลับทางการค้าจะเป็นสิทธิเด็ดขาด (absolute right) ตามที่กล่าวมาแล้วก็ตามแต่ความลับทางการค้าก็มีลักษณะแห่งสิทธิที่แตกต่างออกไปจากทรัพย์สินอื่นโดยเฉพาะทรัพย์สินทางปัญญา นอกเหนือไปจากที่ได้กล่าวมาแล้วที่สมควรจะนำมาศึกษาว่าวันนี้คือ ลักษณะแห่งสิทธิที่แม้เป็นเจ้าของทรัพย์สินแต่ก็ไม่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) อย่างแท้จริงในการใช้ทรัพย์สินซึ่งก็คือความลับทางการค้าของตัวว่าเป็นหนึ่งเดียวเท่านั้น ห้ามบุคคลอื่นใช้ประโยชน์เลยจากการศึกษาทำให้พบปัญหาและอธิบายได้คือ

1. เกิดจากลักษณะทั่วไปของความลับทางการค้า เนื่องจากว่าความลับทางการค้ามีลักษณะทั่วไปที่พิเศษไปกว่าทรัพย์สินอื่น ๆ อันเนื่องมาจากมาจากมีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิคือความลับนั่นเอง กล่าวคือ แม้ว่าความลับทางการค้าจะเป็นทรัพย์สินที่เกิดจากการสร้างสรรค์ขึ้นมาก็ตามแต่ความลับซึ่งเป็นทรัพย์สินชนิดนี้ก็สามารถที่จะไปหวงกันหรือห้ามที่จะถูกค้นพบได้โดยวิธีการต่าง ๆ ทั้งจากบุคคลที่อยู่ในวงการแข่งขันทางการค้านี้และรวมทั้งบุคคลผู้สุจริตที่อยู่นอกวงการและค้นพบโดยตนเองเช่นกรณีของการค้นพบโดยอิสระ (independent discovery) หรือกรณีของการศึกษาย้อนกลับ (reverse engineering) จึงอาจก่อให้เกิดการค้นพบความลับทางการค้าขึ้นมาและเหมือนกันกับความลับทางการค้าของผู้อื่นที่มีอยู่ก่อนแล้วหรือยังไม่มีเกิดขึ้นพร้อม ๆ กันได้ เพราะฉะนั้นความลับทางการค้าจึงอาจจะมีหลายความลับในสถานที่ที่ต่างกันหรือต่างจากหรือต่างเวลากันได้ ซึ่งผู้เป็นเจ้าของแต่ละคนก็จะต้องดูแลรักษาของตนเอง⁵¹

ลักษณะเช่นนี้จะไม่ปรากฏในทรัพย์สินอื่น ๆ โดยเฉพาะลิขสิทธิ์และสิทธิบัตรที่กฎหมายมุ่งที่จะให้มีเพียงหนึ่งเดียว (unique) เท่านั้น ดังนั้นในระบบกฎหมายลิขสิทธิ์และสิทธิบัตรจึงต้องมีกระบวนการในให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ดังกล่าวให้มีเพียงงานเดียวเท่า

⁵¹ ดูคดี E.I. duPont de Nemours & co. v. u.s. (1961), 129 U.S.P.Q.

473 [288 F.2d 904], Amedee E. Turner, The law of Trade secrets, p.13.

นั้นเพื่อทำให้ผู้ที่เป็นเจ้าของมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) อันก่อให้เกิดสิทธิทางกฎหมายในแง่ของการบังคับใช้สิทธิแก่บุคคลอื่นให้มีสิทธิโดยเด็ดขาด (absolute right) ที่จะสามารถใช้อำนาจยับยั้งต่อบุคคลต่าง ๆ ได้ทั่วไปทุก ๆ คน ทรายเท่าที่ตนเองยังมีความลับอยู่

ดังนั้นในเรื่องความลับทางการค้าแล้วสิทธินี้จึงไม่สามารถให้สิทธิแก่ผู้เป็นเจ้าของแต่ผู้เดียวที่จะห้ามบุคคลอื่นค้นพบ หรือสร้างสรรค์มาได้มาซึ่งความลับที่เหมือนกันกับตนได้ทั้ง ๆ ที่ตนเองมีสิทธิเด็ดขาดในตัวทรัพย์สินอยู่ก็ตามแต่เป็นเรื่องของความเด็ดขาดต่อการนำหรือเรียนรู้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งดำเนินการฟ้องร้องหากถูกระทวนละเมิดเท่านั้น

2. เนื่องจากความลับทางการค้าเป็นสิ่งที่ปิดเป็นความลับที่ไม่อาจจำกัดการเรียนรู้ได้ ดังนั้นการเรียนรู้ความลับโดยวิธีการที่สุจริตและชอบต่อกฎหมาย จึงอาจส่งผลต่อให้ผู้ที่เรียนรู้ดังกล่าวเป็นเจ้าของความลับขึ้นมาได้บุคคล เหล่านี้จะไม่ถูกผู้เป็นเจ้าของหวงกัน (excluded) ไม่ให้ใช้หรือเปิดเผยความลับของผู้อื่นที่ค้นพบโดยวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นความลับของตน อาทิเช่น ที่ได้มาจากการค้นพบโดยอิสระหรือการศึกษาย้อนกลับได้

3. ลักษณะที่ยืนยันว่าผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าไม่มีสิทธิแต่ผู้เดียว (exclusive right) ก็คือ ในการทำสัญญาที่ต้องเปิดเผยความลับทางการค้าต่อกันนั้นแม้จะมีข้อความในสัญญาข้อหนึ่งที่บ่งชี้ว่าห้ามเปิดเผยความลับของคู่สัญญา ซึ่งจะเห็นได้ว่าการกำหนดว่าผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้ามีสิทธิแต่ผู้เดียวในความลับทางการค้า (exclusive right) หากเป็นสิทธิแต่ผู้เดียวจริงแล้วก็ย่อมไม่จำเป็นต้องทำเป็นข้อตกลงกันเอาไว้เพราะถือว่าย่อมได้รับการคุ้มครองโดยผลของกฎหมายอยู่แล้ว เช่น ในกรณีลิขสิทธิ์และสิทธิบัตรจะไม่มีข้อตกลงในสัญญาในเรื่องห้ามมิให้ละเมิดต่อกัน เพราะถือว่าสิทธิทั้งปวงเป็นสิทธิแต่ผู้เดียวของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และสิทธิหวงกันผู้อื่นได้อยู่แล้ว

2.6 ความลับทางการค้าเป็นสิทธิที่ไม่ถูกจำกัดด้วยระยะเวลา

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาทุกชนิดจะถูกจำกัดด้วยระยะเวลาทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นลิขสิทธิ์ซึ่งถูกจำกัดด้วยระยะเวลาสำหรับตอบแทนให้แก่ผู้สร้างสรรค์ ในระบบอนุสัญญากรุงเบอร์น (Berne convention) คือตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์และอีก 50 ปีหลังตาย, สิทธิบัตรจะมีอายุ 17 ปี ในสหรัฐอเมริกา สำหรับประเทศไทยให้มีอายุได้ 20 ปี และเครื่องหมายการค้ามีอายุ 10 ปีตามกฎหมายไทย

แต่อย่างไรก็ตามจุดประสงค์ของการกำหนดอายุให้ควบคุมครองแก่งานทรัพย์สินทางปัญญานั้นก็เพื่อเป็นการตอบแทนการทุ่มเทหยาดเหงื่อเพื่อสร้างผลประโยชน์อันจะส่งผลต่อความเจริญก้าวหน้าทั้งในด้านวัตถุและจิตาใจให้แก่คนในสังคมที่จะได้รับเอาผลของการสร้างสรรค์เหล่านั้นไว้และพัฒนาให้ดียิ่งขึ้น เมื่ออายุของลิขสิทธิ์หรือสิทธิบัตรสิ้นสุดไปแล้วก็ต้องถือว่างานอันเคยมีลิขสิทธิ์นั้นตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (public domain) ที่ใคร ๆ ก็ย่อมที่จะมีสิทธินำเอาไปใช้หรือรับเอาประโยชน์ได้แล้ว และจะไม่มีครมิลิทธิหวงกัน อีกต่อไป⁵² หลักการนี้เป็นหลักการ เช่นเดียวกับกับกฎหมายสิทธิบัตรด้วย

แต่สำหรับในเรื่องของความลับทางการค้า นั้น ดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้วว่าวัตถุแห่งสิทธิคือ "ความลับ" ไม่ได้อยู่ที่ตัวงานที่แสดงออกมาดังเช่นลิขสิทธิ์แล้ว ดังนั้นตราใบที่ผู้เป็นเจ้าของยังสามารถรักษาความลับได้ตลอดไปแล้ว ความลับทางการค้าก็จะยังคงอยู่และไม่มีข้อจำกัดแห่งระยะเวลาเลย และจะไม่ตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินด้วย แต่ถ้าเมื่อใดก็ตามที่ความลับถูกเปิดเผยออกไป วัตถุแห่งสิทธิที่กฎหมายจะให้ความคุ้มครองย่อมไม่มีต่อไปอีกแล้ว ความลับย่อมต้องสิ้นสุดลงโดยปริยาย

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าความลับทางการค้าเป็นสิทธิที่ไม่อาจถูกจำกัดด้วยระยะเวลาหรือมีการกำหนดระยะเวลาเอาไว้ได้ แต่อย่างไรก็ตามก็ขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐด้วยว่าจะให้ความคุ้มครองแก่ความลับทางการค้า โดยมีกำหนดระยะเวลาไว้หรือไม่อีกด้วย สิ่งเหล่านี้เป็นเรื่องที่ผู้วางนโยบายทางกฎหมายจะต้องพิจารณาและต้องดูสภาพแห่งสิทธินี้ด้วยว่าจำเป็นต้องกำหนดให้มีระยะเวลาหรือไม่? และกำหนดแล้วจะมีผลอย่างไรบ้าง ซึ่งปัญหานี้จะได้กล่าวถึงอีกครั้งหนึ่งเมื่อศึกษาถึงการสูญสิ้นไปของความลับทางการค้า

2.7 ความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาชนิดหนึ่ง

ทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual property) เป็นสิทธิชนิดหนึ่งที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย ถือเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) ที่ผู้เป็นเจ้าของมีสิทธิที่จะหวงกันหรือกระทำการโดยประการต่าง ๆ เพื่อป้องกันและจำกัดสิทธิของผู้อื่น

⁵² รัชชัย ศุภผลศิริ, คำอธิบายหลักกฎหมายลิขสิทธิ์และการให้ควบคุมครองงานอันมีลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม พ.ศ.2535 หน้า 21-22.

จากการใช้งานทรัพย์สินทางปัญญาที่มีเจ้าของตนเอง โดยไม่ได้รับอนุญาตหรือยินยอมหรือโดยชอบด้วยกฎหมายจากผู้เป็นเจ้าของก่อนได้ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับการกล่าวถึงและคุ้มครองกันอย่างแพร่หลาย เช่นกฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายสิทธิบัตร และกฎหมายเครื่องหมายการค้าในทั้ง 3 ชนิดนี้เป็นการคุ้มครองที่การแสดงผลออกมาของงานอันเกิดจากการคิดและสร้างสรรค์ด้วยสติปัญญา ซึ่งแน่นอนว่าเมื่อมีการแสดงผลออกมาของงานออกมาโดยเปิดเผยต่อสาธารณชนแล้ว รัฐก็ต้องตอบแทนด้วยการคุ้มครองให้ ทั้งนี้รวมทั้งสิทธิข้างเคียงกับทรัพย์สินทางปัญญา (neighbouring right) ด้วยโดยไม่มีข้อยกเว้น

จากการศึกษาพบว่ามีหลายเหตุผลที่สมควรแสดงได้ว่าความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่ตั้งเหตุผลต่อไปนี้คือ

2.7.1 ความลับทางการค้าเกิดจากการสร้างสรรค์ด้วยสติปัญญา

สำหรับความลับทางการค้าแล้ว จากลักษณะทั่วไปที่กล่าวมาข้างต้นนั้น กิจมัยที่จะต้องเป็นข้อมูลหรือเป็นทรัพย์สินที่เกิดจากความรู้ความชำนาญ ความสามารถและความพยายามของบุคคลต่าง ๆ ที่ประดิษฐ์คิดค้นจนสามารถค้นพบข้อมูลที่ถือว่าเป็นความลับทางการค้านี้ขึ้นมาได้ แม้ว่าในบางกรณีความลับทางการค้าอาจเกิดจากการค้นพบโดยบังเอิญก็ตาม โดยไม่ว่าจะเกิดจากการค้นพบในระหว่างทดลองวิทยาศาสตร์ หรือในระหว่างปฏิบัติงานด้านต่าง ๆ ที่สามารถกลายมาเป็นข้อมูลของความลับทางการค้า อันจะก่อประโยชน์ต่อการจัดการในทางพาณิชย์กรรม และอุตสาหกรรมได้ ดังที่กล่าวมาแล้วเช่นในคดี Cf Braverman v. De Stephano ในหัวข้อของบทนิยามนั่นเอง จึงต้องถือว่า ความลับทางการค้าเป็นงานอันเกิดจากมันสมองและสติปัญญาด้วย

2.7.2 ความลับทางการค้าจะแยกต่างหากจากตัวทรัพย์สินอันเป็นผลงานสร้างสรรค์

ความลับทางการค้ามิได้มีอยู่กับตัวทรัพย์สินต่างๆ ที่ปรากฏให้เห็นอยู่แล้วในธรรมชาติ (มิใช่เป็นกฎเกณฑ์ของธรรมชาติที่มนุษย์ยังค้นไม่พบ, หรือที่เป็นปรากฏการณ์ธรรมชาติที่รับรู้อยู่แล้วนำมาใช้โดยไม่ปรุงแต่ง) แต่เป็นผลงานที่มนุษย์ได้สร้างสรรค์ขึ้นภายหลังเช่นเดียวกับงานทรัพย์สินทางปัญญาชนิดอื่น ๆ อาทิเช่น เราสร้างสรรค์เทคนิคในการทำเสื่อเกราะกันกระสุน เพื่อใช้ป้องกันตัวแก่ทหารและตำรวจ ความลับทางการค้าจึงมิใช่ตัวเสื่อเกราะกันกระสุน และมิใช่วัตถุดิบที่นำมาทำเสื่อกันกระสุนนี้ แต่เป็นเทคนิคของการรู้จักนำเอาวัตถุดิบชนิดพิเศษที่มีความเหนียวคงทนหลาย ๆ ชนิดในสัดส่วนที่แน่นอนระดับหนึ่งมาผสมกันกับน้ำยาเคมีและผ่านขั้นตอนทางเทคนิคหลอมละลายให้ได้เป็นวัสดุชนิดพิเศษแล้วนำมาตัดเป็นรูปร่างของเสื่อกันกระสุนหรือ

อาจเปรียบเทียบได้อีกเช่น ในขณะที่สิทธิความเป็นอยู่ของมนุษย์เกิดขึ้นมาแล้วพร้อมกับตัวมนุษย์ที่กำเนิดมาแต่ความลับทางการค้าจะต้องสร้างสรรค์ขึ้นถึงจะสำเร็จ และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เพราะฉะนั้นเมื่อก้าวถึงในเรื่องของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ก็ย่อมที่สมควรจะต้องมีความลับทางการค้าอยู่ด้วย

2.7.3 ความลับทางการค้าได้รับความคุ้มครองในหลาย ๆ ประเทศว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญา

จากการศึกษาพบว่าประเทศต่างๆ ในโลก จะให้การยอมรับว่าความลับทางการค้า เป็นสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเยี่ยงทรัพย์สินทางปัญญาด้วย เห็นได้ชัดเจนนกรณีของสหรัฐอเมริกาที่มีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า เป็นบทบัญญัติพิเศษรวมทั้งในคดีต่าง ๆ โดยเฉพาะคดีที่เกี่ยวข้องกับ software ในหลาย ๆ คดีศาลจะให้การอธิบายในลักษณะของความลับที่เป็นไปในทางองเดียวกันกับเรื่องความลับทางการค้าเลย เพราะความลับทางการค้าก็อาจเป็นส่วนที่เป็นข้อมูลหรือเป็นวัตถุที่ถูกลักขโมยไปใช้สร้าง software ได้ด้วยนั่นเอง และนอกจากนี้บางประเทศยังใช้ความลับทางการค้าในการเจรจาการค้าระหว่างประเทศในขอบเขตของทรัพย์สินทางปัญญาอีกด้วย

2.7.4 ความลับทางการค้ามีลักษณะที่ใกล้เคียงกับทรัพย์สินทางปัญญาชนิดอื่นด้วย
ความลับทางการค้ากับสิทธิบัตร

1. ความลับทางการค้ากับกฎหมายสิทธิบัตรจะมีลักษณะที่ใกล้เคียงกันมาก หรือเป็นสิ่งที่เดียวกันก็ได้ในบางกรณี กรณีตัวอย่างที่เห็นเด่นชัดก็คือ ในเรื่องของคุณสมบัติข้อหนึ่งของความลับทางการค้าที่ว่าด้วยเรื่องของ "มีความใหม่" (novelty) แต่ดังที่กล่าวมาในบทข้างต้นแล้วว่า "มีความใหม่" นั้นที่สุดแล้วจะไม่เหมือนกันทุกครั้งที่ไป เพราะบางครั้งความลับทางการค้าที่สามารถรับสิทธิบัตรได้ "ความใหม่" ก็จะเป็นเช่นเดียวกันกับ "สิ่งใหม่ของระบบสิทธิบัตร" แต่ถ้าไม่สามารถรับสิทธิบัตรได้ ก็จะกลายเป็น "ความใหม่" ในระดับของ Unpatented trade Secret* ไป

* เป็นความลับทางการค้าที่ไม่ได้รับการจดทะเบียนสิทธิบัตรตามกฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา

ความใหม่ของความลับทางการค้ากับสิทธิบัตรจะต้องไม่ซ้ำเป็นสิ่ง
 ที่คนรู้จักกันโดยทั่วไปมาก่อน (generally known) ซึ่งศาลในสหรัฐอเมริกาเคยตัดสินว่า
 "ความลับทางการค้าอาจเป็นสิ่งใหม่" (novelty) และเป็นหนึ่งเดียว (unique) แต่ไม่ได้
 หมายความว่า เป็นมาตรฐานของความใหม่สำหรับจดทะเบียนสิทธิบัตร ซึ่งจะต้องไม่เคยมี-ไม่เคย
 มีผู้คิดทำ-ไม่เคยมีผู้รู้มาก่อนเลย⁵³ ขณะเดียวกันความลับทางการค้าจะต้องเป็นกระบวนการที่
 อย่างน้อยที่สุดจะต้องใหม่⁵⁴ และความลับทางการค้าในความหมายอย่างกว้างจะประกอบด้วย
 ความคิดที่ไม่ได้เป็นสิทธิบัตรซึ่งอาจเข้าในอุตสาหกรรมและจุดประสงค์ทางการค้า⁵⁵ ด้วย

2. นอกจากนี้แล้วมีข้อที่น่าสังเกตอยู่อีกประการหนึ่งคือ ความลับ
 ทางการค้าจะดำรงอยู่ระหว่างความเชื่อมโยงต่อกันขององค์ประกอบต่าง ๆ ของวัตถุที่นำมาใช้
 เป็นความลับ ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นสิ่งที่รับรู้ต่อสาธารณชนแล้ว อีกส่วนหนึ่งยังเป็นสิ่งที่ยังไม่ได้เปิดเผย⁵⁶
 อาทิเช่น สูตรโรคลา-โคล่า เป็นส่วนผสมระหว่างความรู้ทั่วไป (น้ำโรคล่า) ผสมกับส่วนผสมพิเศษ
 (ที่ถือเป็นความลับ) มีผลทำให้เป็นความลับพิเศษที่มีรสชาติอร่อยผิดไปจากน้ำโรคล่าของผู้อื่นที่
 พยายามทำเลียนแบบ แต่ก็ไม่เลียนไม่ได้ในขณะที่ยกกฎหมายสิทธิบัตรจะไม่มีการอยู่ระหว่างกลางของ
 ข้อมูลเช่นนี้แต่จะเปิดเผยข้อมูลออกมาหมดเพื่อวัตถุประสงค์แตกต่างกับการคุ้มครองทางกฎหมาย

3. ความลับทางการค้าแม้ว่าอาจเป็นสิ่งเดียวกันกับสิทธิบัตรได้ก็
 ตามแต่ถ้าเมื่อใดที่ผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้า นำเอาความลับทางการค้าไปจดทะเบียน

⁵³ ดูคดี Air product & Chemicals Inc. v. Chas. S. Tanner Co. 219
 U.S.P.Q. 223,252 (D.S.C.1983), Roger M. Milgrim, Milgrim on Trade
 secrets, Volume 1., p.180-181.

⁵⁴ ดูคดี Koehring Co. v. E.D. Etryre & Co., 254 F.Supp.743, 179
 U.S.P.Q. 263,268 (N.D.Ill. 1969), Ibid, p.193.

⁵⁵ ดูคดี Sinclair V. Aquarius Electroniques, Inc. 42 Cal.App 3d
 216, 166 Cal.Rpt R.654,184 U.S.P.Q.682,684 (1st Dist.1974), Ibid,p.192.

⁵⁶ ดูคดี Metallurgical Indus. Inc. v. Fourtek, Inc., 790 F.2d 1195,
 1199-1200, 229 U.S.P.Q.945 (1986) และคดี CoCa-Cola Bottling Co. v. Coca
 -Cola. 107 F.Rd.288,289,294,227 U.S.P.Q. 18 (D.Del.1985) Ibid, p.2-204.

สิทธิบัตรแล้ว ความลับทางการค้าย่อมสูญสิ้นไปทันที แต่จะได้รับความคุ้มครองด้วยระยะเวลาคุ้มครองของสิทธิบัตร เป็นการทดแทน

4. ความลับทางการค้าอาจเป็นสิทธิบัตรได้ แต่ก็ไม่ใช่สิ่งที่จำเป็น ขณะเดียวกันสิทธิบัตรก็อาจจะเป็นความลับทางการค้ามาก่อนก็ได้ เช่นเดียวกันจนกว่าเมื่อจดทะเบียนเป็นสิทธิบัตรแล้วความลับก็ย่อมสูญเสียไปเพราะจำเป็นต้องเปิดเผยออกมา⁵⁷ เพื่อแลกเปลี่ยนกับการได้รับความคุ้มครองนั่นเอง และในอนาคตการประดิษฐ์ที่เป็นสิทธิบัตร ก็อาจที่จะกลายเป็นความรู้ของสาธารณชนและทำลายระบบสิทธิบัตรลงไปได้ [เพราะความรู้ที่เป็นสิทธิบัตรอาจไม่ใช่ว่าเป็นสิ่งจำเป็นต่อการประดิษฐ์ที่ทันสมัยกว่าและไม่ต้องอาศัยระบบข้อมูลที่ได้รับความคุ้มครองตามสิทธิบัตรที่ถืออยู่ต่อไปนั่นเอง]

ความลับทางการค้ากับกฎหมายลิขสิทธิ์ (Copyright law)

ความแตกต่างระหว่างความลับทางการค้า กับลิขสิทธิ์ที่เห็นชัดเจนที่สุดก็คือ เรื่องของวัตถุประสงค์ของการให้ความคุ้มครอง

ความลับทางการค้ามีขอบเขตของการให้ความคุ้มครอง (scope of protection) อยู่ที่คุ้มครองความคิด (idea) ในรูปของข้อมูลอันเป็นความลับขณะที่ลิขสิทธิ์จะคุ้มครองภาพหรือสำเนาจำลองของความคิดที่แสดงออกมาในรูปแบบต่าง ๆ (expression of idea) ดังนั้นวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองจึงแตกต่างกัน

เพราะฉะนั้นเส้นแบ่งระหว่างลิขสิทธิ์กับความลับทางการค้าจึงอยู่ที่ลิขสิทธิ์ (Copyright) ปกป้องงานที่แสดงออกมามีให้ถูกกระทำซ้ำหรือดัดแปลงหรือนำไปใช้โฆษณาหาผลประโยชน์ แต่ความลับทางการค้าคุ้มครองความคิดที่ใช้ในการสร้างสร้งงานอันกำเนิดขึ้นจากข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าจึงใช้ปกป้อง idea ดังนั้น ความลับทางการค้าจึงเป็นการปกป้องที่ original idea เท่านั้น ขณะที่กฎหมายลิขสิทธิ์นั้นไม่ได้เป็นเช่นนั้น เพราะกฎหมายลิขสิทธิ์จะมุ่งไปที่ความคุ้มครองงานที่แสดงออกมา อาทิเช่น:- งานภาพเขียนสีน้ำมันหนึ่ง ย่อมถือว่าเป็นงานเขียนอันมีลิขสิทธิ์ได้ และขณะเดียวกันกระบวนการในการผสมสีน้ำมันชนิดพิเศษที่ใส่สมุนไพรร

⁵⁷ ดูคดี 3d: Circuit: Frank M. Denison, D.D.S., Inc. v. Westmore Dental Arts, P.C., 212 U.S.P.Q. 601, 603 (W.D.Pa.1981), Roger M. Milgrim, Milgrim on Trade secrets, volume 1., p.2-191.

บางอย่างลงไปเพื่อช่วยให้มีความสอดคล้องเสมอและมีน้ำหนักนั้นก็อาจเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครอง
 เยี่ยงความลับทางการค้าได้เหล่านี้เป็นต้น

2.8 ความลับทางการค้าเป็นสิทธิทางอุตสาหกรรม

ลักษณะแห่งสิทธิในความลับทางการค้าที่จะศึกษาในงานวิจัยนี้ประการสุดท้ายก็คือในเรื่องของทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม จากการศึกษาพบว่าในขอบเขตของความลับทางการค้ามีสิทธิหนึ่งที่เป็นสิ่งสำคัญที่แสดงให้เห็นว่าเป็นความลับทางการค้า ก็คือสิทธิทางอุตสาหกรรม (Industrial right) ซึ่งในความตกลงระหว่างประเทศนั้นมีเรื่องของการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิทางอุตสาหกรรม เอาไว้ด้วย ทั้งนี้ปรากฏให้เห็นได้จาก "อนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (Paris convention on Industrial property) ตามอนุสัญญานี้ได้กำหนดนิยามหรือขอบเขตของสิทธิ ชนิดนี้เอาไว้ ดังที่ปรากฏในมาตราที่ 1 ย่อหน้าที่ 2 และ 3 ซึ่งมีใจความพอสรุปได้ว่า "ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมไม่เพียงแต่จะให้เข้าใจในความหมายที่กว้าง เพียงแค่อุตสาหกรรม-พาณิชย์กรรมเท่านั้น หากยังรวมถึงเกษตรกรรม-อุตสาหกรรม..." และในข้อ 10 bis ก็พอสรุปได้ว่า "...ภาคินอนุสัญญาจะต้องให้ความมั่นใจแก่พลเมืองของประเทศภาคีอื่น ๆ ว่ามีการป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมที่มีประสิทธิภาพ..." อนุสัญญากรุงปารีสนี้จะถือว่าการกระทำที่เป็นการแข่งขันกัน และขัดต่อประเพณีทางอุตสาหกรรมและการค้าอันเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม⁵⁸ อย่างไรก็ตาม ในประเด็นเรื่องความลับทางการค้ากับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานี้ อาจมีนักกฎหมายบางคนอยู่ที่ไม่เห็นด้วยว่าความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาแย้งได้โดยถือว่าเป็นเรื่องของสิทธิทั่วไปชนิดหนึ่งที่มีลักษณะพิเศษที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายภายใต้เงื่อนไขพิเศษเท่านั้น (คือทราบเท่าที่ยังเป็นความลับอยู่)

แต่จากการศึกษากลับยังไม่พบว่าผู้มีความเห็นเช่นนี้แสดงความคิดเห็นของตนให้ปรากฏออกมาแต่อย่างใดซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว แม้จะไม่มีกรกล่าวถึงความลับทางการค้าเอาไว้ก็ตามแต่

⁵⁸Prof. G.H.C. Bodenhausen, Paris convention on the protection of Industrial protection of Industrial property, as revised at STOCKHOLM in 1967 (Geneva: BirPi) 1968, p.24.

เนื่องจากความลับทางการค้า เป็นสิทธิที่เข้าทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ดังนั้น จึงยอมพิจารณาได้ถึงความเกี่ยวข้องและครอบคลุมถึงกันไว้ได้เพราะความลับทางการค้าก็คือสิทธิในอุตสาหกรรม แม้ว่าจะแตกต่างไปจากสิทธิทางอุตสาหกรรมทั่วไป ที่กล่าวถึงในมาตรานี้ตรงที่มีลักษณะเป็นความลับ (secrecy) เพิ่มขึ้นเป็นพิเศษนอกเหนือไปจากลักษณะแห่งการสร้างสรรค์ด้วยสติปัญญาทั่ว ๆ ไปอันเป็นลักษณะของทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมแล้วก็ตาม

3. ขอบเขตของการให้ความคุ้มครองต่อความลับทางการค้า

การที่ความลับทางการค้ามีลักษณะทั่วไปและลักษณะแห่งสิทธิที่เป็นพิเศษเฉพาะของตน ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ดังนั้นขอบเขตของการให้ความคุ้มครองจึงย่อมที่จะแตกต่างออกด้วย เช่นเดียวกัน และมีลักษณะเป็นพิเศษเฉพาะที่ควรจะได้ศึกษาและกล่าวถึงดังนี้คือ :-

1. ความคิดและการแสดงออกของความคิด (Idea and Expression of Idea)

ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเราจะให้ความคุ้มครองแก่ความคิดที่แสดงออกมา (expression of idea) ในรูปของงานอันมีลิขสิทธิ์ชนิดต่าง ๆ แต่ในความลับทางการค้าแล้วเราจะให้ความคุ้มครองทั้ง Idea และการแสดงออกของความคิด ออกมาอีกด้วยโดยการแสดงออกของความคิดนี้อาจจะแสดงออกมาในรูปของข้อมูลชนิดต่าง ๆ ที่กล่าวมาในบทนิยามแล้วนั่นเอง และตัวอย่างที่ทำให้เข้าใจได้อย่างชัดเจนอีกครั้งหนึ่งคือ :-

นาย A ได้พัฒนาเทคนิคที่ลึกซึ้งซึ่งสำหรับใช้ในการกระตุ้นให้ม้าชนะการแข่งขัน ถ้าแทนที่จะเขียนอธิบายในหนังสือสำหรับเทคนิคของเขา (ซึ่งจะได้รับความคุ้มครองแบบลิขสิทธิ์) แต่เขาเลือกที่จะรักษาความลับเอาไว้โดยการเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นมาเพื่ออธิบายแทนแน่นอนว่าเขาย่อมได้รับประโยชน์เหนือกว่าคู่แข่งคนอื่น ๆ ที่นั่งอยู่ในสนามแข่งขัน โดยที่เขาไม่ต้องไปนั่งหรือดูที่สนามแข่งเลย คุณสมบัติของเทคนิคนี้เป็นความลับทางการค้า⁵⁹

⁵⁹Thomas J.Smedinghoff, The Legal guild to Developing, Protecting and Marketing software, p.71.

สำหรับตัวอย่างข้างต้นนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์จะคุ้มครองวิธีการหรือการที่เขาเขียน code ที่จะเขียนอธิบายสูตร หรือเทคนิคลับของเขา แต่จะไม่ป้องกันบุคคลอื่นจากการอ่าน code และเรียนรู้สูตรลับนั้นแล้วเขียน code ขึ้นมาใหม่เป็นของตนเอง

จากตัวอย่างข้างต้นเห็นได้ชัดว่าความลับทางการค้าเป็น Idea ไม่ใช่เป็น code ที่เป็นภาพของ Idea ที่แสดงออกมา เพราะฉะนั้นกฎหมายความลับทางการค้าจึงมีจุดสำคัญอยู่ที่ห้ามบุคคลใดก็ตามที่ล่วงรู้หรืออ่าน code และนำไปใช้โดยปราศจากการได้รับอนุญาต⁶⁰ จะถือว่าเป็นประพฤติดัดต่อความลับทางการค้าของผู้อื่นแล้ว

ปัญหาที่ควรพิจารณาในเรื่องของ Idea ที่จะให้ความคุ้มครองต่อความลับทางการค้าก็คือ Idea นั้นจะต้องเป็นอย่างไรบ้าง ถ้าเป็นเพียงความคิดที่ล่องลอยเพื่อผ่นยังไม่ลงตัว หรือเป็นความคิดที่กำลังอยู่ในระหว่างการค้นคว้าวิจัย การทดลองแล้วจะถือว่าเป็นความลับทางการค้าได้หรือไม่

ปัญหานี้ในคดี Jones⁶¹ ผู้ประดิษฐ์บู่รายหนึ่งได้เผยแพร่ความคิดของตนด้วยปากเปล่าออกไปยังผู้ผลิตอื่นซึ่งต่อมาได้โต้แย้งว่าข้อมูลซึ่งได้รับมาไม่มีความแน่นอนมั่นคง เป็นรูปร่างชัดเจนพอที่จะปกป้องคุ้มครองได้ศาลได้พิจารณาว่ากฎหมายความลับทางการค้าไม่ได้ต้องการข้อมูลที่เป็นรูปร่าง หรือจับต้องได้ ความคิดเป็นผลึกอยู่ในใจชนิดพิเศษที่ได้แสดงต่อผู้ผลิตสินค้าที่มีความสามารถจะสร้างสิ่งผลิตภายใน 24 ชม. นับแต่เวลาที่ได้เรียนรู้รายละเอียดและไม่ได้เป็นเพียงนามธรรมเท่านั้น แต่เป็นสิ่งที่ชัดเจนแน่นอน (concreteness) เพียงพอต่อการให้ความคุ้มครอง

จากคดี Jones นี้จะเห็นได้ว่าศาลได้ยอมรับหลักการของการให้ความคุ้มครองแก่ความลับทางการค้าว่าความลับนั้นจะต้องเป็นความคิดที่ชัดเจนแน่นอน (concreteness) แล้ว

⁶⁰Thomas J.Smedinghoff, The Legal guild to Developing, Protecting and Marketing software, p.71.

⁶¹คดี Jones v. Ulrich, 342 ill. App.16, 95 N.E. 2d 113 (ill. App. Ct.v 1950), Donald S.Chisum-Michael A.Jacob, World Intellectual - property Guildbook, p.3-16.



และจะต้องสามารถแสดงความคิดนี้ออกมาเป็นรูปร่างของข้อมูลทางเทคนิค, สูตร, แบบ ฯลฯ ประการต่าง ๆ ที่ได้รับความคุ้มครองว่าเป็นความลับทางการค้าชนิดต่าง ๆ ที่กล่าวมานี้

2. ความสัมพันธ์ที่เป็นพื้นฐานของการคุ้มครอง

เมื่อทราบในกรณีแรก อันเป็นเรื่องของขอบเขตของข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองในลักษณะของความคิดที่แสดงออกอย่างไรแล้วในประเด็นที่สองที่จะขอกว่าในเรื่องของขอบเขตที่เป็นพื้นฐานที่จะให้ความคุ้มครองคือ การที่จะต้องมีความสัมพันธ์ในทางความลับต่อกัน (confidential relationship) ด้วย ในการที่ผู้เป็นเจ้าของข้อมูลเปิดเผยข้อมูลต่อผู้อื่น ซึ่งจะใช้พิจารณาเป็นพื้นฐานในการให้ความคุ้มครอง กล่าวคือจะต้องพิสูจน์หรือแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ที่จะได้รับความคุ้มครองด้วยว่ามีความสัมพันธ์ต่อกันอย่างไร ทั้งนี้โดย confidential relationship นี้อาจจะเกิดได้ใน 2 กรณีคือ

- 1) โดยผลของความตกลงหรือสัญญา (implied by contract)
- 2) อธิบายได้โดยผลของกฎหมาย (implied by Law)

ตัวอย่างที่ดีที่สุดที่จะแสดงให้เห็นถึงหน้าที่ โดยผลของกฎหมายที่เป็นหน้าที่โดยตรงหรือโดยปริยายแม้ไม่มีข้อสัญญาต่อกันไว้ก็คือ กรณีการละเมิดหรือกรณีของนายจ้าง ลูกจ้าง ทั้งนี้โดยลูกจ้างจะมีหน้าที่โดยอัตโนมัติที่จะต้องไม่เปิดเผย หรือจะต้องซื่อสัตย์จงรักภักดี (fiduciary duty) ต่อนายจ้างไม่เปิดเผยความลับทางการค้าไปเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลอื่นก็ตามโดยที่ไม่ได้รับการอนุญาตเป็นที่ชัดเจนเสียก่อน

ในกรณีของ การมี confidential relationship นี้เป็นเรื่องที่มีความสัมพันธ์กันโดยผลของการตกลงหรือสัญญาผู้เป็นเจ้าของข้อมูลจะต้องทำความตกลงกับลูกค้าของตนเองให้เป็นลายลักษณ์อักษร เพราะลูกค้าไม่มีหน้าที่โดยปริยายในการรักษาความลับเช่นในคดี Data General⁶² ซึ่งได้ออกแบบเป็นภาพวาดลับสำหรับเครื่องคอมพิวเตอร์รุ่น Nova 1200 ใช้เสนอต่อลูกจ้างจำนวน 6,000 ราย ไว้ใช้สำหรับดูแลรักษาเครื่องคอมพิวเตอร์ต่อมา

⁶²ดูคดี Data General Corp. v. Digital Computer Controls., Inc., 357 A.2d 105, 110.11 (Del.ch. 1975) Thomas J. Smedinghoff, The Legal guild to Developing Protecting and Marketing software, p.72.

เมื่อคู่แข่งชั้นได้รับสำเนาของเอกสารนี้ไป ก็พยายามเลียนแบบเพื่อใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ เครื่องใหม่ของตน บริษัท Data General จึงได้ฟ้องว่าจาเลยละเมิดความลับทางการค้าของตน แต่จาเลยก็โต้แย้งว่า Data General ได้ทำการ เปิดเผยโดยไม่จำกัด เอาไว้ซึ่งเอกสาร เหล่านี้ (คือต่อสู้ว่าไม่ใช่เป็นความลับที่จะได้รับความคุ้มครองนั่นเอง) ศาลไม่เห็นด้วยกับจาเลย เพราะว่าเอกสารเหล่านี้ให้ไว้สำหรับลูกค้าเฉพาะจำนวนของโจทก์ ซึ่งมี confidential agreement ต่อกันแล้ว

อย่างไรก็ตามในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงในการรักษาความลับสำหรับคู่อริที่เป็นลายลักษณ์อักษรต่อกันนั้นก็อาจเกิดปัญหาขึ้นได้ว่าคู่อริมีความประสงค์ที่จะมีความสัมพันธ์ต่อกันอย่างไร กรณีเช่นนี้ศึกษาได้จากคดีของ Milton Bradley Company (592 F.Supp.1027 (D.RJ 1984))⁶³ โจทก์ 2 คนคือ Coleman และ Burten ได้ร่วมกันปรับปรุงเครื่องเล่นเกมไฟฟ้า ซึ่งเขาตั้งชื่อว่า "Triumph" บรรจุไปด้วย Micro processor ซึ่งเป็น software ของบุคคลทั้งสอง และสามารถใช้เป็นเครื่องขึ้นการเล่นของผู้เล่นได้ ข้อมูลนี้มีลักษณะเป็นความลับทางการค้า

Coleman และ Burten ได้เสนอเครื่องเล่นเกมนี้ต่อบริษัท Milton Bradley เพื่อพิจารณาและต่อมาได้รับการปฏิเสธในเวลา 1 เดือนต่อมา ณ เวลาที่เขาเสนอแบบเครื่องเล่นชนิดนี้ต่อบริษัทนั้น เขาทั้งสองได้ถูกร้องขอให้มีการทำบันทึกที่มีชื่อว่า "Disclosure Record" อันมีข้อความสำคัญดังนี้

"ข้าพเจ้าเสนอความคิดของข้าพเจ้าด้วยความเต็มใจ และข้าพเจ้าเข้าใจอย่างดีว่าการเสนอนี้ และการยอมรับโดยบริษัทไม่ว่าส่วนหนึ่งส่วนใด หรือทั้งหมดจะไม่สร้างความสัมพันธ์โดยปริยาย หรือความสัมพันธ์อย่างอื่นระหว่างบริษัทกับข้าพเจ้า ข้าพเจ้าเข้าใจและตกลงว่าบริษัทเป็นผู้มีสิทธิตัดสินใจยอมรับ หรือปฏิเสธความคิดของข้าพเจ้าได้เสมอ และจะไม่เป็นการบังคับ ให้ยอมรับความคิดของข้าพเจ้าจนกว่าบริษัทจะตกลงทำสัญญากับข้าพเจ้า ถ้าไม่มีการทำสัญญา ข้าพเจ้ายินยอมถือว่าสิทธิของข้าพเจ้ามีตามกฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกาเพียงอย่างเดียว"

⁶³Thomus J. Smedinghoff, The Legal guild to Developing Protecting and Marketing software, p.73.

11 เดือนต่อมา Milton Bradley Company ได้นำเสนอเกมหม่าม้วนห้องตลาดเรียกว่า "Dark Tower" ซึ่งเหมือนกันกับเกม Triumph ของโจทก์และมีวิธีการเล่นที่เหมือนกันอีกด้วย อีกทั้งปรากฏว่าขายดีเป็นอย่างมาก

Coleman และ Burten จึงได้ฟ้อง Milton Bradley Company โดยอาศัยสิทธิตามกฎหมายความลับทางการค้า หลังจากการไต่สวนของคณะลูกขุนแล้วพบว่าเกมของ Coleman และ Burten มีความลับทางการค้าอยู่จริง ซึ่งเขาได้เปิดเผยต่อ Milton Bradley Company และ Milton ได้ใช้ความลับทางการค้านี้ปรับปรุงเป็นเกมของตนเอง แต่ก็มีปัญหาสำคัญประการหนึ่งที่ไม่ได้พิจารณาคือมี confidential relationship ระหว่างผู้ประดิษฐ์ทั้งสองกับเจ้าเลยหรือไม่? ถ้า confidential relationship ยังมีอยู่ Milton จะต้องใช้ความลับทางการค้าของผู้อื่นโดยไม่ชอบแน่นอน ถ้าไม่มี Milton ก็มีสิทธิที่จะเปิดเผย

Milton ได้โต้แย้งว่าข้อตกลงใน Disclosure Record ที่ลงนามโดยโจทก์ชัดเจนอยู่แล้วว่าไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างเขา และผู้ประดิษฐ์ทั้งสองเลยที่จะต้องรักษาความลับต่อกัน ดังนั้นจึงไม่มีการใช้ความลับทางการค้าโดยมิชอบ ศาลเห็นด้วยกับข้อต่อสู้ของ Milton และตัดสินให้ Milton ชนะคดี โจทก์จึงอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์กลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยเห็นว่า Disclosure Record สามารถอ่านเข้าใจได้ว่าเป็นการสละสิทธิความผูกพันตาม confidential relationship แต่เพียงยึดถือว่าเหตุปัจจัยอื่น ๆ ที่แวดล้อมความตกลงนี้ รวมทั้งลายมือชื่อที่เพิ่มเติมท้ายหนังสือนี้ ช่วยให้ผู้ลูกขุนพบว่า confidential relationship ยังดำรงอยู่ [แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาคำพิพากษาในคดีนี้แล้วพบว่าทั้งศาลชั้นต้น, ศาลอุทธรณ์ เห็นว่าถ้า confidential relationship ไม่ได้เกิดขึ้น Milton ก็มีสิทธิใช้ความลับทางการค้าของโจทก์ได้]

จากตัวอย่างของคำพิพากษาคดีนี้ได้แสดงให้เห็นหลัก confidential relationship ว่าเป็นการใช้กับทุก ๆ คนผู้ซึ่งได้รับข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าจากผู้อื่น และพึงจำไว้ว่าการใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตสำหรับความลับทางการค้าจะต้องรับผิดชอบแม้ว่าจะไม่มี confidential relationship กับเจ้าของก็ตาม ถ้าเขารู้ว่าความลับทางการค้าถูกเปิดเผย

กับเขาโดยบุคคลอื่นในทางอ้อมที่เป็นการทำลาย และผิดต่อหน้าที่รักษาความลับของตนต่อผู้อื่นด้วย⁶⁴

การศึกษาถึงขอบเขตของการให้ความคุ้มครองแก่ความลับทางการค้าจะทำให้สามารถกำหนดนโยบายของการให้ความคุ้มครองแก่สิทธินี้ได้โดยพิจารณาจากจุดนี้ด้วย เพราะขอบเขตจะเป็นสิ่งบ่งบอกถึงข้อจำกัดแห่งสิทธิด้วยว่ามีได้เพียงใด หากไม่มีการศึกษาถึงขอบเขตของการให้ความคุ้มครองที่ดีจะทำให้สับสนปะปนทั้งการกำหนดมาตรการคุ้มครองและรากฐานทางทฤษฎีในการให้ความคุ้มครองอีกด้วย

อย่างไรก็ตามพึงเข้าใจว่า กรณีของการมี confidential relationship นั้นใช้สำหรับกรณีของผู้เป็นเจ้าของเปิดเผย ข้อมูลลับของตนไปให้ผู้อื่น แต่ถ้าผู้เป็นเจ้าของไม่ได้เปิดเผยต่อใครก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาความสัมพันธ์เช่นนั้นแต่อย่างใด

⁶⁴W.R. Cornish, World Intellectual property Guildbook: United Kingdom (New York: Matthew Bender) 1991, p.259 และดู Restatement of Torts มาตรา 758 Comment (b) ซึ่งบัญญัติว่า "one who learn another's trade secret from a third person without notice that it is secret and that the third person's disclosure is a breach of his duty to the other, or who learns the secret through a mistake without-notice of the secrecy and the mistake..."

(b) is liable to the other for a disclosure or use of the secret after the receipt of such notice unless prior there to he has in good faith paid value for the secret or has so changed his position that to subject him to liability would be inequitable.

4. การสูญเสียไปของความลับทางการค้า

จากการศึกษาพบว่าความลับทางการค้าจะได้รับความคุ้มครองยาวนานเท่าที่คู่แข่งจะไม่สามารถรู้หรือยังไม่เป็นความรู้ทั่วไปหรือค้นพบได้⁶⁵ ขณะเดียวกันก็เป็นข้อมูลที่สามารถสูญสิ้นสภาพของความลับทางการค้าไปได้ (ซึ่งเป็นลักษณะของทรัพย์สินและสิทธิที่มีต่อทรัพย์สินทั่วไปทั้งสิ้น) ทั้งนี้โดยเงื่อนไขที่ทำให้ความลับทางการค้าสูญสิ้นไปได้อาจเกิดขึ้นได้หลาย ๆ ประการ แม้ว่าในทางทฤษฎีแล้วความลับทางการค้าจะให้ความคุ้มครองที่มากกว่า กว้างไปกว่าลิขสิทธิ์มาก แต่ในเรื่องของการสิ้นสภาพแล้วความลับทางการค้าอยู่ในภาวะการณที่จะต้องระมัดระวังกว่ามาก ทั้งนี้ เพราะสิ่งที่จะทำให้ความลับนั้นมิได้ง่าย และจากหลายสาเหตุด้วยกันจึงเป็นข้อจำกัดของความลับทางการค้าดังกรณีตัวอย่างเหล่านี้คือ

1. ความลับนั้นได้กลายเป็นความรู้ทั่วไปแล้ว (common knowledge, generally known to public) หรือกลายเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (public domain) ไปแล้ว เนื่องจากว่าวิทยาการก้าวหน้ามากยิ่งขึ้นเรื่อย ๆ สิ่งที่เคยเป็นความลับในสมัย 10 ปีที่ผ่านมา อาจจะกลายเป็นสิ่งที่ธรรมดาหรือล้าสมัยได้ ดังเช่น สูตรยาเพนนิซิลิน เมื่อ 100 ปีที่แล้วไม่มีผู้ค้นพบ ต่อมาเมื่อมีผู้พบก็เป็นของใหม่และมีค่ามาก แต่ขณะนี้กลายเป็นเรื่องที่คนทั่ว ๆ ไปที่เกี่ยวข้องในวงการผลิตยาสามารถรับรู้ได้ และปรับปรุงขึ้นจนได้รับผลดีกว่าสูตรยานี้ในสมัยโบราณเสียอีกด้วย กรณีเช่นนี้มีค่าความลับสูญสิ้นโดยการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่เป็นการสูญสิ้นไปโดยตัวของความลับเอง

2. ความลับถูกเปิดเผย การค้นพบโดยอิสระแต่เพียงลำพังและโดยชอบด้วยกฎหมาย (independent discovery) ซึ่งเมื่อใดก็ตามที่เกิดการค้นพบเช่นนี้ บุคคลผู้ค้นพบก็จะมีสิทธิที่จะใช้ความลับทางการค้าหรือเปิดเผยได้โดยอิสระและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้าด้วย และหากไม่มีการเปิดเผยแล้วความลับยังคงอยู่ แม้ว่าจะรับรู้เพียง 2 คน หรือมากกว่า 1 คน หรือมากกว่านั้นก็ตาม ถ้าทุก ๆ คนรักษาความลับเอาไว้ ความลับยังคงอยู่ แต่

⁶⁵ดูคดี University Computing Co. v. Lykes-Youngstown Corp., 504 F.2d 518, 534 (5th Cir. 1974), Roger M. Milgrim, Milgrim on Trade secrets, Volume. 1, p.2-195 (ตัดสินตามกฎหมายของรัฐจอร์เจีย)

ถ้าบุคคลหนึ่งบุคคลใดเปิดเผยออกไป ความลับทางการค้าก็จะสูญสิ้นไปทั้งหมด การค้นพบโดยอิสระนี้สามารถเกิดขึ้นได้ 2 ทางคือ:-

1. บุคคลอื่นมีโชคโดยการค้นพบโดยบังเอิญหรือมีความคิดที่เหมือนกันหรือสามารถทำงานและใช้เงินเพื่อปรับปรุงพัฒนาขึ้นมาจนรู้ได้
2. บุคคลอื่นสามารถหาซื้อในท้องตลาด ซึ่งผลิตภัณฑ์ที่มีความลับทางการค้ามาเรียนรู้จึงทราบว่า ความลับทางการค้านั้นเป็นเช่นไร เช่น อาจจะโดยวิธีทดลองศึกษาย้อนกลับ (reverse engineering)

อย่างไรก็ตามกรณีของการศึกษาย้อนกลับนี้อาจเป็นการกระทำที่ไม่ได้รับการคุ้มครองได้หากปรากฏว่าผู้กระทำได้กระทำโดยฝ่าฝืนข้อตกลงในเรื่องของการรักษาความลับกับผู้เป็นเจ้าของความลับที่ได้กระทำต่อกันเอาไว้ และนอกจากนี้หากผู้ค้นพบเหล่านี้ไม่ได้เปิดเผยข้อมูลออกไปจนกลายเป็นความรู้ทั่วไปแล้ว ก็ไม่ถือว่าความลับสูญสิ้นไปแล้ว

3. ผู้เป็นเจ้าของมิได้จำกัดการเปิดเผยเอาไว้ (unrestricted disclosure)
กรณีนี้ ผู้เป็นเจ้าของมิได้ดำเนินการเพื่อรักษาความลับทางการค้าให้เป็นความลับอย่างเพียงพอเช่นไม่ได้ห้ามการเปิดเผย หรือไม่ได้ระมัดระวังป้องกันการล่วงรู้ความลับอย่างเพียงพอ โดยปล่อยให้สามารถเข้าถึงได้โดยง่าย แต่อย่างไรก็ตามการไม่ได้จำกัดการเปิดเผยในบางกรณีก็ไม่มีผลทำให้ความลับทางการค้าต้องสูญสิ้นไปได้ อาทิเช่น ลูกจ้างยอมเป็นผู้มีหน้าที่โดยปริยายที่จะต้องรักษาความลับทางการค้าของนายจ้าง นายจ้างอาจมิได้ทำข้อตกลงเรื่องรักษาความลับกับลูกจ้างเอาไว้ก็ไม่ใช่ไร ลักษณะเช่นนี้ศาลเคยมีคำพิพากษาเอาไว้ว่า "การจำกัดสถานที่เปิดเผยและจำกัดจำนวนลูกจ้างแสดงให้เห็นได้ว่าเจตกไม่ได้เปิดเผยความลับนี้ออกไป"⁶⁶ แต่ถ้านายจ้างเปิดเผยกับผู้อื่นหรือลูกจ้างที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรืออนุญาตให้ลูกจ้างเปิดเผยระบบงานต่อผู้เชี่ยวชาญที่ไม่มีความสัมพันธ์ต่อกันทางความลับ ความ

⁶⁶ดูคดี Components for Research, Inc. v. Isolation Prods., Inc. 241, Cal.App. 2d 726, 50 Cal. Rptr. 829, 831 (1st Dist.1966) Roger M.Milgrim, Milgrim on Trade secrets, volume.1, p.2-60 และคดี Campbell Engineering Co.,Ltd. (1948) 65 RPC 203, 215, Amedee E. Turner, The Law of Trade secrets, p.105 ประกอบด้วย

ลับจะสูญสิ้นไป⁶⁷ หรือวางสินค้าจำหน่ายในท้องตลาด โดยไม่ระบุนำห้ามค้นคว้าทดลองด้านกลับ (ความจริงอาจไม่มีผลอันใดในทางกฎหมายใด) หรือตีตรา "ลับ" อันง่ายต่อการศึกษาและทดลองหาความลับเมื่อมีผู้ค้นพบความลับเข้า ความลับย่อมสูญสิ้นไป ดังนั้นในทางปฏิบัติแล้วสินค้าที่มีความลับทางการค้าบางชนิด เช่น software จะไม่ใช้วิธีจำหน่ายแต่จะเลือกใช้วิธีการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (license) แทน⁶⁸

4. ผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้านำเอาความลับไปจดทะเบียนสิทธิบัตร

การนำเอาความลับทางการค้าไปขอความคุ้มครองตามระบบสิทธิบัตรนั้นเป็นทางเลือกให้แก่ผู้เป็นเจ้าของที่สำคัญเป็นอย่างมาก ที่จะสามารถป้องกันมิให้ข้อมูลของตนต้องสูญเสียชีวิต โดยถูกเปิดเผยออกมา และไม่ได้รับประโยชน์อันใดจากการได้รับความคุ้มครองด้วยกฎหมายความลับทางการค้า เพราะฉะนั้นหากผู้เป็นเจ้าของเห็นว่าความลับของตนเองอาจถูกเปิดเผยหรือไม่สามารถคุ้มครองต่อไปได้อย่างเพียงพอได้แล้ว ผู้เป็นเจ้าของก็สามารถเลือกนำเอาไปจดทะเบียนสิทธิบัตรได้ (หากความลับทางการค้านั้นเข้าลักษณะเงื่อนไขที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร) แต่เมื่อได้รับสิทธิบัตรแล้วก็ถือว่าความลับทางการค้าเปิดเผยแล้ว ย่อมสูญสิ้นไปเป็นข้อมูลที่ผู้คนสามารถรู้ทั่วไป แต่มีประโยชน์ที่ไม่มีใครสามารถจะนำไปใช้ได้หรือแม้จะค้นพบโดยวิธี reverse engineering ได้ก็ไม่มีสิทธินำเอาข้อมูลนี้ไปใช้ได้เลย

5. นอกจากนี้ความลับทางการค้ายังอาจสิ้นสภาพไปได้ด้วยเหตุที่ต้องเปิดเผยต่อรัฐ โดยผลของกฎหมาย เช่น ในสภาวะการณ์ที่รัฐต้องการความลับทางการค้าไปใช้ผลิตเป็นวัตถุดิบและอุปกรณ์ทางการทหารในยามสงคราม รัฐอาจที่จะมีคำสั่งให้นำเอาความลับทางการค้าที่มีผู้เป็นเจ้าของอยู่ไปใช้ได้ ซึ่งหากนำไปใช้และรัฐไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะถือไว้ว่าเป็นความลับอีกต่อไป ก็ถือว่าความลับนั้นสูญสิ้นไป แต่ถ้ารัฐกระทำต่อความลับทางการค้าด้วยวิธีการที่เหมาะสมต่อการรักษาไว้ซึ่งความลับแสดงว่ารัฐประสงค์ที่ยึดถือไว้ว่าเป็นความลับอยู่ นอกจากนี้จะยังมีสถานะเป็น

⁶⁷ ดูคดี *Jostons Inc. v. National Computer Sys., Inc.* 318 N.W. 2d 691, 700 (Minn.1982), Thomas J. Smedinghoff, The Legal Guild to Developing Protecting and Marketing software, p.77.

⁶⁹ ดูคดี *Analogic Corp. v. Data Translation, Inc.*, 358 N.E. 2d 804, 807 (Mass. 1976), *Ibid.*

ความลับทางการค้าแล้ว ยังอาจกลายเป็นความลับทางราชการ (Official secret หรือเป็น Government information) ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นได้ด้วย

อย่างไรก็ตาม การเปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าต่อรัฐ จะทำให้ความลับนั้นต้องสูญสิ้นไปทุกกรณีหรือไม่ เป็นปัญหาที่จะต้องกล่าวถึงกันให้ชัดเจน จากการศึกษาถึงลักษณะเช่นนี้ปรากฏว่า ไม่มีนักกฎหมายหรือคณาพิพากษาของศาลใดที่กล่าวไว้อย่างชัดเจน แต่ผลที่ได้จากลักษณะของการให้ความคุ้มครองของศาลและบทบัญญัติของกฎหมายบางประการในสหรัฐอเมริกาทำให้สามารถสรุปได้ว่าลักษณะของการเปิดเผยข้อมูลต่อรัฐจะมีอยู่ 2 ประการคือ ประการแรก เป็นไปตามที่กล่าวข้างต้นแล้วคือ เหตุผลและความจำเป็นของประเทศภายใต้สภาวะการณ์ไม่ปกติ และ ประการที่สอง เป็นหน้าที่ที่ผู้เป็นเจ้าของจะต้องกระทำโดยผลของบทบัญญัติกฎหมาย ที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เช่นต้องเป็นไปตามกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการผลิตอาหารและยาเหล่านี้เป็นต้น ที่ผู้เป็นเจ้าของจะต้องเปิดเผยข้อมูลลับที่เข้าในการผลิตสินค้าของตนให้แก่เจ้าหน้าที่ ซึ่งไม่ว่าต่างประเทศหรือของไทยก็จะเป็นไปเช่นเดียวกัน หรือกรณีการยื่นคำขอจดทะเบียนสิทธิบัตรผู้เป็นเจ้าของก็ต้องเปิดเผยข้อมูลของตนออกมาเช่นเดียวกัน แต่ก็ได้รับการให้ความคุ้มครองข้อมูลตามลักษณะและวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองสิทธิ โดยหากยื่นคำขอรับสิทธิบัตรในสหรัฐอเมริกา ซึ่งใช้ระบบในการรับคำขอก่อนออกสิทธิบัตรที่แตกต่างไปจากประเทศญี่ปุ่นหรือเยอรมันนี่เพราะประเทศเหล่านี้ (รวมทั้งประเทศไทยด้วย) เมื่อรับคำขอรับสิทธิบัตรแล้วจะเปิดเผยต่อสาธารณชนเป็นเวลานานถึง 12-18 เดือนทันที⁶⁹ และก่อนที่จะมีการออกสิทธิบัตรให้ จะไม่มีการเปิดเผยข้อมูลที่ขอรับใดๆ ทั้งสิ้นเลย จนกว่าจะอนุมัติสิทธิบัตรให้แล้วจึงประกาศข้อมูลต่อบุคคลทั่วไปให้ได้ทราบ การคุ้มครองก่อนออกสิทธิบัตรผู้ยื่นคำขอจะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายความลับทางการค้า⁷⁰ แต่สำหรับลิขสิทธิ์แล้ว โดยเฉพาะลิขสิทธิ์ที่ไม่ได้โฆษณา (unpublished work) สหรัฐอเมริกา จะเก็บรักษางานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาจดทะเบียนไว้ที่ Copyright office และห้ามเปิดเผยแก่บุคคลใดทั้งสิ้น⁷¹ หรือหากมาพิจารณาตามกฎหมายไทยในเรื่องของการผลิตอาหารและยานั้นแล้ว ผู้ประสงค์จะผลิตสินค้าดังกล่าวจะต้องยื่นคำขอหรือแสดงรายละเอียดอัน

⁶⁹Roger M.Milgrim, Milgrim on Trade secrets, volume. 1, p.6-59.

⁷⁰Ibid, p.6-59.

⁷¹Ibid, p.6-81.

เป็นส่วนประกอบหรือกรรมวิธีการผลิตต่อสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา⁷² เมื่อยื่นไว้แล้ว รัฐจะไม่ทำการเปิดเผยข้อมูลเหล่านี้ต่อบุคคลใดแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาปัญหานี้โดยอาศัยหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้แล้ว จะทำให้สามารถวินิจฉัยปัญหาอีกประการหนึ่งได้ว่า การเปิดเผยข้อมูลต่อศาล ซึ่งถือว่าเป็นการเปิดเผยต่อรัฐอีกประการหนึ่งนั้น ถือว่าเป็นการเปิดเผยข้อมูลอันมีผลทำให้ความลับทางการค้าสูญสิ้นไปหรือไม่

การเปิดเผยความลับต่อศาลเป็นการกระทำตามหน้าที่ไม่ว่าจะในฐานะเป็นพยานหรือเป็นคู่ความก็ตามและเป็นการกระทำเพื่อให้ปรากฏซึ่งข้อเท็จจริงแห่งคดีที่ไม่อาจที่จะถือว่าเป็นการทำให้ความลับสูญสิ้นไปได้ เปิดเผยเพื่อเป็นการดำเนินการไปสู่การยุติคดีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากเหตุแห่งการละเมิดต่อความลับทางการค้า ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาของไทยก็มีมาตรการในการจำกัดการรับรู้ของผู้ไม่มีส่วนได้เสียหรือการเก็บรักษาหรือการเผยแพร่ข้อมูลที่เกิดในระหว่างการพิจารณาอยู่แล้ว จึงแสดงว่าข้อความรายละเอียดต่าง ๆ ที่เปิดเผยต่อศาลนั้น รัฐไม่ประสงค์ที่จะเปิดเผย ต้องการสงวนเอาไว้เป็นความลับและถือว่าเป็นความลับราชการได้ด้วย

หากมีบุคคลที่ไม่เกี่ยวข้องมารับทราบแล้วนำเอาความลับนี้ไปเผยแพร่ไม่ว่าจะได้จากระหว่างการพิจารณาหรือภายหลังการพิจารณาและโดยผลที่ตนเองมีโอกาสดำเนินเข้าถึงข้อมูลนั้น ๆ แล้ว บุคคลผู้นั้นก็ไม่มีสิทธิที่จะกระทำได้และอาจต้องได้รับโทษทางกฎหมายอีกด้วย กรณีเช่นนี้สามารถพิจารณาเทียบเคียงกับลักษณะของความลับทางราชการในประการอื่น ๆ ได้ ว่าความลับของรัฐหรือของทางราชการนั้นความจริงแล้วก็มิใช่จะหมายความว่า เป็นสิ่งที่ไม่มีบุคคลใดรับรู้หรือไม่ได้รับการเปิดเผยเลย เพราะความจริงแล้วผู้ที่ทำหน้าที่รักษาความลับหรือเก็บรักษาข้อมูลก็จะต้องทราบอยู่แล้วว่าความลับคืออะไร จะว่าความลับไม่ถูกเปิดเผยก็ไม่ถูกต้อง ขณะเดียวกันหากมีผู้นำเอาความลับทางราชการไปเปิดเผยไม่ว่าจะโดยวิธีใดก็ตาม ก็ครั้งก็หนักก็ตาม จะมากน้อยแค่ไหนก็ตาม ถ้าความลับนั้นยังอยู่ภายในกำหนดอายุหรือถูกจำกัดว่าเป็นความลับทางราชการอยู่แล้ว ความลับนี้ก็ไม่ว่าจะกล่าวได้ว่าสูญสิ้นไปแล้วได้เลย เพราะฉะนั้นกรณีเช่นนี้จำนวนบุคคลที่รับรู้ความลับจึงไม่จำเป็นต้องเป็นสาระสำคัญที่จะแสดงว่าความลับถูกเปิดเผยหรือไม่ทราบใดที่รัฐ

⁷²ดูพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ.2522 มาตรา 31 และ 35 และพระราชบัญญัติยา พ.ศ.2510 มาตรา 12 ประกอบด้วย

ยังจัดประเภทหรือหวงกันว่าเป็นความลับอยู่และแม้ว่าในความเป็นจริงแล้วความลับนี้จะไม่เป็นที่สนใจของรัฐหรือเป็นที่รับรู้ของบุคคลที่ทั่วไปแล้วก็ตาม

การที่เป็นเช่นนี้แสดงให้เห็นได้ว่าความลับจะต้องมีการจัดประเภท (classified) ไว้ด้วยนั่นเองเป็นเบื้องต้นก่อนเลยว่า ผู้เป็นเจ้าของประสงค์ที่จะถือว่าลับหรือไม่ และต้องมีกฎหมายรับรองสิทธิเอาไว้ด้วย

ส่วนความลับทางการค้าของบุคคลทั่วไป ที่เปิดเผยต่อลูกจ้างหรือบรรดาผู้เชี่ยวชาญของตนเองโดยที่ผู้เป็นเจ้าของมิได้มีเจตนาที่จะเปิดเผยแต่เป็นไปเพื่อการปรับปรุงสินค้าเพื่อการประชุมของตน ยังถือไม่ได้ว่าผู้เป็นเจ้าของเปิดเผยความลับทางการค้าอันมีผลทำให้ความลับนั้นสูญสิ้นไป เพราะฉะนั้นเมื่อใดก็ตามที่ข้อมูลนี้ถูกเปิดเผยออกไปหรือถูกล่วงรู้ ศาลต่างประเทศก็ยังไม่วางใจว่าความลับสูญสิ้น เพราะผู้เป็นเจ้าของมีเจตนาและกระทำการตามสิทธิในความลับแห่งตน โดยการปกป้องและหวงกันบุคคลอื่น มาใช้ประโยชน์ในความลับของตนและดำเนินไปโดยทันทีที่เกิดการใช้หรือเปิดเผยโดยมิชอบขึ้นตามสิทธิที่ตนเองมีอยู่ตามกฎหมาย⁷³ แต่ถ้าผู้เจ้าของความลับไม่ได้มีเจตนาจะยึดถือไว้เพื่อตน และไม่มีมาตรการในการดูแลรักษาให้แตกต่างไปจากความลับทั่วไปหรือข้อมูลที่ไม่เป็นความลับ ปล่อยให้บุคคลต่าง ๆ เข้าถึงข้อมูลเหล่านี้ได้แล้ว ศาลต่างประเทศก็จะพิจารณาว่าสิ่งเหล่านี้ไม่เข้าเป็นความลับทางการค้าได้

ดังนั้นจำนวนคนรับรู้จึงเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ไม่อาจที่จะนำมาเป็นข้อตัดสินว่าความลับสูญเสียไปหรือไม่แต่เพียงอย่างเดียวได้ เพราะความลับแต่ละอย่างอาจมีความสำคัญและมีผลต่อการกำหนดจำนวนคนที่รับรู้แตกต่างกันออกไป และการที่จะถือว่าความลับสูญสิ้นไปก็ต้องมีเหตุอันมาเป็นเงื่อนไขเพิ่มเติมมากกว่าการถูกรับรู้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของบุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือมากกว่านั้น

จากรายละเอียดที่กล่าวมาทั้งหมดนี้พอที่จะพิจารณาได้ว่าการเปิดเผยข้อมูลต่อรัฐในทั้ง 2 ประการที่กล่าวมานั้นจะถือว่าเป็นการเปิดเผยความลับหรือไม่สมควรที่จะมีหลักพิจารณาคือ

1. รัฐประสงค์ที่จะใช้ข้อมูลนั้น โดยมีการจำกัดด้วยวัตถุประสงค์ (limit purpose) เช่นไรหรือจัดว่าข้อมูลนั้นเป็นประเภทใด ลับหรือไม่ลับ จัดให้เป็นความลับต่อบริษัทหรือไม่ หรือเปิดเผยไปเพื่อเร่งใช้ในการพัฒนาประเทศ จุดประสงค์เช่นนี้ก็จะแสดงออกให้เห็นใน

⁷⁴ดู Restatement of Torts มาตรา 757 Comment b ประกอบด้วย

ประกาศหรือบทบัญญัติของกฎหมายหรือคำสั่งที่ปรากฏออกมา อย่างไรก็ตามข้อมูลที่ต้องเสนอต่อรัฐทั้งหมดนี้อาจไม่ใช่ข้อมูลลับทั้งหมดก็ได้

2. รัฐมีมาตรการต่อข้อมูล (measure) ที่ต้องเปิดเผยให้แก่ผู้เป็นเจ้าของนั้น อย่างไรก็ตาม หากมีมาตรการเพื่อเก็บไว้เป็นความลับ ความลับนั้นก็ยังคงมีอยู่ต่อไปและจะสูญสิ้นไปหากเป็นกรณีตรงกันข้าม

6. ผู้เป็นเจ้าของความลับเปิดเผยความลับโดยตนเอง อาจเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้เป็นวิทยาทานแก่สังคมไม่ว่าจะโดยการเผยแพร่ในทางสื่อสารประเภทใดก็ตาม ก็สามารถทำให้ความลับสิ้นสุดลงได้

7. ประการสุดท้ายที่สามารถทำให้ความลับทางการค้าสูญสิ้นไปได้ที่จะกล่าวในงานวิจัยนี้ก็คือ สูญสิ้นไปตามอายุของความลับที่ถูกกำหนดไว้

จากการศึกษาทั้งจากกฎหมายและคำพิพากษาของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาแล้วไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดอายุของความลับทางการค้าเอาไว้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 2.6 ในเรื่องของลักษณะแห่งสิทธิแล้ว แต่ถึงแม้ว่าจะไม่มีการกำหนดอายุของความลับทางการค้าก็ไม่ได้หมายความว่าความลับทางการค้าจะมีการกำหนดอายุไม่ได้เลย ทั้งนี้เพราะหากจะพิจารณาประเภทของข้อมูลอันเป็นความลับที่ได้กล่าวตอนต้นของข้อ 2 ของบทที่ 2 แล้วจะเห็นได้ว่าความลับทั้ง 3 ประเภทที่นอกเหนือไปจากความลับทางการค้าแล้ว ล้วนแล้วแต่ถูกกำหนดอายุได้ทั้งสิ้น รวมทั้งความลับของรัฐหรือของราชการด้วย ดังจะเห็นจากที่กล่าวบ่อย ๆ เสมอว่า "เอกสารราชการมีอายุ 10 ปี" บ้าง เป็นต้น

ดังนั้นการกำหนดอายุของความลับทางการค้า จึงอยู่ที่รัฐจะเป็นนโยบายอย่างไร เช่น สำหรับความลับในเรื่องของ software นั้นอาจจะกำหนดให้มีอายุ 10 ปี เพราะเห็นว่าเทคโนโลยีที่ลงทุนและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่ทำไป นำที่จะได้รับผลตอบแทนภายใน 10 ปี แล้วเป็นต้น หลังจากนั้นก็ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองว่าเป็นความลับทางการค้าอีกต่อไป

ผลจากการศึกษาในเรื่องของการสูญสิ้นไปของความลับทางการค้านี้ ทำให้เห็นข้อเท็จจริงที่เป็นการยืนยันให้เห็นถึงลักษณะแห่งสิทธิของความลับทางการค้าประการหนึ่งที่ว่าไม่ใช่เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) ได้เป็นอย่างดีคือ หากว่าสิทธิในความลับทางการค้าเป็นสิทธิแต่ผู้เดียวแล้ว ผู้เป็นเจ้าของก็ย่อมสามารถที่จะห้ามการศึกษาย้อนกลับหรือผู้ที่ค้นพบโดยอิสระซึ่งความลับทางการค้าของเมื่อมิให้สูญเสียความลับทางการค้าไปตนได้ด้วย ขณะเดียว

กั้นการสูญสิ้นไปของความลับทางการค้าก็จะเป็นข้อพิจารณาที่ดีแก่การกำหนดมาตรการทางกฎหมาย
ในการให้ความคุ้มครองแก่ความลับทางการค้าให้ได้เหมาะสมยิ่งขึ้นอีกด้วย



ศูนย์วิทยพัชการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย