

ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับนิยามความลับทางการค้า
ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545



นางสาวนิออน ลี

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

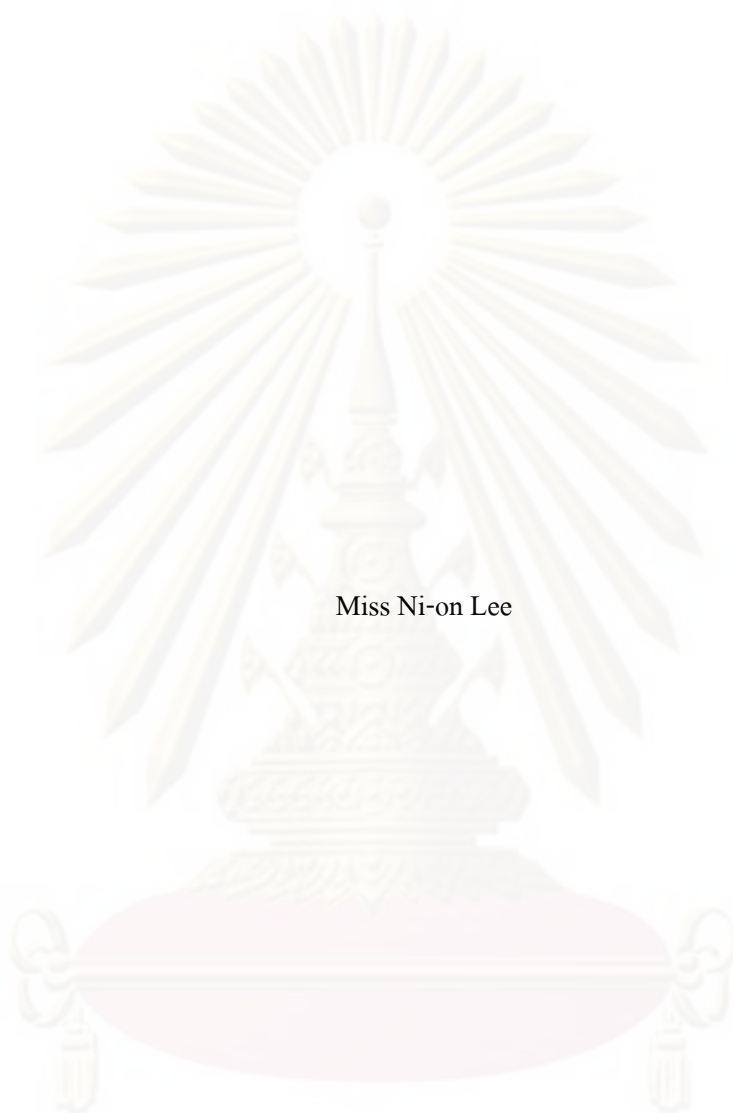
สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2552

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

PROBLEMS RELEVANT TO THE TRADE SECRET DEFINITION
OF THE TRADE SECRET ACT B.E. 2545



Miss Ni-on Lee

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2009

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับนิยามความลับทางการค้า

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

โดย

นางสาว นีออน ที

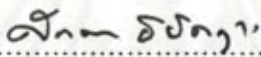
สาขาวิชา

นิติศาสตร์

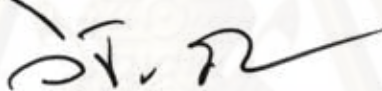
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

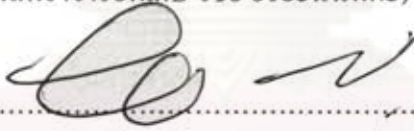
รองศาสตราจารย์ อรพรรณ พันธ์พัฒนา

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโท


..... คณะบดีคณะนิติศาสตร์
(รองศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์


..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์พิเศษ วิชัย อริยะนันท์กะ)


..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(รองศาสตราจารย์ อรพรรณ พันธ์พัฒนา)


..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ ปัจฉิมา ธนสันติ)

ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย


นิออน ลี : ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับนิยามความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับ
ทางการค้า พ.ศ. 2545. (PROBLEMS RELEVANT TO THE TRADE SECRET
DEFINITION OF THE TRADE SECRET ACT B.E. 2545) อ. ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์
หลัก: ร.ศ. อรพรรณ พันธ์พัฒนา, 172 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาสภาพปัญหาและอุปสรรคที่อันเกี่ยวข้องกับ
นิยามความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า เพื่อแสดงให้เห็นถึงความไม่ชัดเจน
และไม่เหมาะสมของบทนิยามความลับทางการค้าในด้านต่างๆ และได้มีการศึกษา วิเคราะห์ และ
เปรียบเทียบกับบทบัญญัติกฎหมาย ตำราวิชาการ บทความ และแนวคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการ
คุ้มครองความลับทางการค้าของต่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อนำบทสรุปของการศึกษาวิเคราะห์มา
เสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงและปรับใช้บทนิยามความลับทางการค้าให้เหมาะสมและมี
ประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

ผลจากการศึกษาพบว่าบทนิยามความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า
พ.ศ. มีปัญหาในแง่ของบทบัญญัติที่กว้างขวางเกินไปและขาดความชัดเจน และปัญหาในการตีความ
ด้วยคำที่เป็นองค์ประกอบของความลับทางการค้าตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งปัญหาดังกล่าวย่อม
ก่อให้เกิดผลกระทบในด้านความไม่แน่นอนในการใช้สิทธิของเจ้าของหรือผู้ควบคุมข้อมูลความลับ
ความไม่แน่นอนในนำสืบพิสูจน์การละเมิดความลับทางการค้า การอาศัยบทนิยามความลับทางการค้า
ที่กว้างขวางเป็นเครื่องมือในการจำกัดสิทธิของบุคคลในการใช้ข้อมูลที่มีสิทธิใช้ได้
อย่างอิสระ และผลในด้านการจำกัดการแข่งขันทางการค้าและการเจริญเติบโตทางเทคโนโลยี

ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้แก่ การแก้ไขปรับปรุงบทนิยาม
ความลับทางการค้าให้มีความชัดเจนและเหมาะสมยิ่งขึ้น การเพิ่มเติมบทบาทของหน่วยงานที่
เกี่ยวข้องเพื่อให้มีส่วนส่งเสริมสนับสนุนให้การปรับใช้บทนิยามนั้นมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น การ
ผลักดันให้เจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับทางการค้าเก็บข้อมูลอย่างเป็นระบบและสร้างมาตรการ
รักษาความลับที่เหมาะสม การวางแนวทางในการแบ่งแยกข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าออกจาก
ข้อมูลอื่นๆที่บุคคลสมควรมีสิทธิใช้ได้
อย่างอิสระและ การปรับใช้บทนิยามความลับทางการค้าใน
กรณีคู่ความกล่าวอ้างข้อคัดงารักษาความลับทางการค้า สิ่งเหล่านี้ย่อมช่วยส่งเสริมและเกื้อหนุนให้
การปรับใช้นิยามความลับทางการค้าและการคุ้มครองความลับทางการค้ามีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....
ปีการศึกษา.....2552.....

ลายมือชื่อนิพนธ์.....นิออน ลี.....
ลายมือชื่อ อ.ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

5085996534 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : PROBLEMS/ TRADE SECRET DEFINITION

NI-ON LEE : PROBLEMS RELEVANT TO THE TRADE SECRET DEFINITION OF THE TRADE SECRET ACT B.E. 2545. THESIS PRINCIPAL ADVISOR: ASSOC. PROF. ORABHUND PANUSPATTHNA, 172 pp.

The objective of this thesis is to study the problems and obstacles pertaining to the trade secret definition of the Trade Secret Act B.E. 2545. This study focuses on revealing ambiguity and unsuitability of the trade secret definition in the Act. In this research, comparative study and analysis of legal provisions, law textbooks, academic publications and court judgments relating to trade secret protection under foreign jurisdiction are made in order to provide guidance and resolution that will improve the provision of the trade secret definition and increase efficiency on the law enforcement.

The result obtained from the study shows two main problems relating to the trade secret definition of the Trade Secret Act B.E. 2545, i.e. problems of broad and unclear definition and problems in interpreting some terms incorporated in the definition. Such problems cause instability and unpredictability for trade secret owners/controllers with regard to their exercise of rights and their burden of proof in trade secret infringement proceedings. Furthermore, the broad definition could inhibit individuals from using other general information which should not be considered as trade secrets, and be an obstacle to fair trade competition and to technology development.

In an effort to solve the aforementioned problems, the study introduces several approaches, i.e. amendment and improvement of the provisions relevant to the trade secret definition, addition of duties to the involved public organizations for enhancing efficiency on applying the law, encouraging trade secret owners/controllers to systematically keep their secret information and implement appropriate measures to maintain secrecy, setting up guidance for separating trade secret information from other information each individual has freedom to use, and for interpreting and applying the legal provision in case there are confidential agreements between parties.

Field of Study :Laws.....

Student's Signature นิออน ลี

Academic Year :2009.....

Advisor's Signature [Signature]

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความกรุณาอย่างยิ่งของท่านรองศาสตราจารย์ อรรถพร พันธ์พัฒนา อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ที่กรุณาให้คำปรึกษาแนะนำอันเป็นประโยชน์ในการเขียนวิทยานิพนธ์และข้อคิดเห็นต่างๆ ทั้งยังเสียสละเวลาในการตรวจสอบแก้ไขข้อบกพร่องในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นอย่างดี ตลอดระยะเวลาในการศึกษาหาข้อมูลและจนกระทั่งได้จัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนเสร็จสมบูรณ์

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงต่อท่านศาสตราจารย์พิเศษ วิชัย อริยะนันท์ทกะ ท่านอาจารย์ ปัจฉิมา ธนสันติ และท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. พินัย ฌ นคร ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และกรรมการสอบโครงร่างวิทยานิพนธ์ และได้ให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งหลายประการในการปรับปรุงวิทยานิพนธ์ให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดามารดา ที่คอยอบรมสั่งสอน ส่งเสริมสนับสนุนในด้านการศึกษามาโดยตลอด เป็นกำลังใจ และให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เขียนในทุกด้านเป็นอย่างดีมาโดยตลอด นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ห้องทะเบียน และห้องสมุด คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยที่ได้ให้ความช่วยเหลือเป็นอย่างดี เพื่อร่วมรณรงค์ปริญญาดุษฎีบัณฑิตกิตติมศักดิ์และธุรกิจทุกคนที่ให้คำปรึกษาและเป็นกำลังใจให้กันและกันเสมอมา และขอบพระคุณผู้มีพระคุณทุกท่านที่คอยให้ความช่วยเหลือ ให้กำลังใจที่มีได้กล่าวมา ณ ที่นี้ด้วย

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้พอจะมีประโยชน์และคุณค่าทางวิชาการอยู่บ้าง ผู้เขียนขอขอบให้เป็นกตเวทิตาแต่บิดามารดา ครูอาจารย์ทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทความรู้แก่ผู้เขียน รวมทั้งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย สถานศึกษาที่ให้โอกาสในการศึกษาและให้ความรู้แก่ผู้เขียน ส่วนข้อบกพร่องต่างๆ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่ผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	3
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	4
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	4
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	5
บทที่ 2 ความเป็นมาและแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า...	6
1. ความเป็นมาในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า.....	6
2. ทฤษฎีและแนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า..	7
2.1 การให้ความคุ้มครองสิทธิในความลับทางการค้าตามหลักการละเมิดความ ไว้วางใจ (Law of Breach of Confidence)	8
2.2 การให้ความคุ้มครองสิทธิในความลับทางการค้าตามหลักความสัมพันธ์ใน ฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (Law of Fiduciaries).....	10
2.3 การให้ความคุ้มครองสิทธิในความลับทางการค้าโดยถือว่าเป็นสิทธิใน ทรัพย์สิน.....	12
2.4 การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามหลักว่าด้วยสัญญา.....	13
2.5 การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามหลักกฎหมายละเมิด.....	15
2.6 การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในฐานะทรัพย์สินทางปัญญา.....	15

2.7 การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามหลักกฎหมายแข่งขันทางการ ค้า.....	17
2.8 การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามหลักความยุติธรรม (Equity)...	18
3. การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทย.....	18
3.1 การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าก่อนมีพระราชบัญญัติความลับ ทางการค้า พ.ศ. 2545.....	18
3.2 การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทาง การค้า พ.ศ. 2545.....	19
3.2.1 เหตุผลในการตราพระราชบัญญัติความลับทางการค้า.....	20
(ก). การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายที่มีอยู่ไม่เพียงพอ.....	20
(ข). การเข้าเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก (WTO).....	20
3.2.2 ลักษณะการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าภายใต้ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า.....	21
3.2.3 นิยามความลับทางการค้าภายใต้พระราชบัญญัติความลับทางการค้า..	22
(ก). เป็นข้อมูลการค้า.....	22
(1). เป็นสิ่งที่สื่อความหมายให้รู้ข้อความ เรื่องราว ข้อเท็จจริง หรือสิ่งใด.....	22
(2). กฎหมายไม่ได้จำกัดวิธีการในการสื่อความหมาย.....	24
(3). ข้อมูลการค้าอาจอยู่ในรูปใดก็ได้.....	24
(4). ข้อมูลการค้าไม่จำเป็นต้องเป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเทคนิค หรือเรื่องทางธุรกิจเสมอไป.....	25
(ข). มีสถานะเป็นความลับ โดยยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึง ไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลนั้น.....	26
(ค). มีประโยชน์เชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ.....	30
(ง). ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษา ไว้เป็นความลับ.....	33

บทที่ 3	หลักการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตาม ความตกลงระหว่างประเทศและ	
	กฎหมายต่างประเทศ.....	36
1.	ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights หรือ TRIPs).....	36
1.1	ความเป็นมา.....	36
1.2	สาระสำคัญของ TRIPs ข้อ 39	38
1.3	นิยามความลับทางการค้า	40
1.4	นิยามความลับทางการค้าตาม ข้อกำหนดต้นแบบในการป้องกันการ	
	แข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (Model Provisions on Protection Against Unfair Competition).....	41
	(1) ความเป็นมา.....	41
	(2) สาระสำคัญ.....	42
	(3) นิยามความลับทางการค้า.....	42
2.	นิยามความลับทางการค้าตามระเบียบประชาคมยุโรปเกี่ยวกับการถ่ายทอด	
	เทคโนโลยี.....	45
3.	การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศอังกฤษ.....	46
3.1	ความเป็นมาและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง.....	46
3.2	นิยามคำว่า ความลับทางการค้า.....	48
	(1) ข้อมูลต้องสามารถกำหนดได้อย่างชัดเจน.....	50
	(2) ข้อมูลต้องไม่ใช่ข้อมูลที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป.....	51
	(3) ข้อมูลต้องไม่มีลักษณะเล็กน้อยไม่เป็นสาระ และต้องมีคุณค่าและ	
	ประโยชน์ต่อเจ้าของ.....	53
	(4) ข้อมูลต้องไม่เป็นข้อมูลสาธารณะ (public domain).....	54
	(5) ข้อมูลต้องไม่ใช่ข้อมูลที่ที่น่าละอายหรือเป็นข้อมูลที่ผิด	
	ศีลธรรม.....	56

..	
(6) ข้อมูลนั้นต้องไม่ใช่ข้อมูลที่สมควรถูกเปิดเผยเพื่อประโยชน์สาธารณะ..	57
3.3 แนวทางการให้คำนิยามความลับทางการค้าในกรณีความสัมพันธ์ระหว่าง นายจ้าง (อดีตนายจ้าง) กับลูกจ้าง (อดีตลูกจ้าง).....	61
4. การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในสหรัฐอเมริกา.....	73
4.1 ความเป็นมาและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง.....	73
4.1.1 ความเป็นมาในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า.....	73
4.1.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความลับทางการค้า.....	74
(1) หลักกฎหมายตามคำพิพากษา.....	75
(2) Restatement (first) of Torts 1939.....	77
(3) กฎหมายต้นแบบในการคุ้มครองความลับทางการค้า (The Uniform Trade Secret Act หรือ UTSA).....	79
(4) พระราชบัญญัติการจารกรรมทางเศรษฐกิจ (The Economic Espionage Act หรือ EEA).....	80
4.2 นิยามความลับทางการค้า.....	81
4.2.1 Restatement (first) of Torts 1939.....	82
(ก) ประเภทของข้อมูลที่ได้รับ ความคุ้มครอง.....	82
(ข) ข้อมูลต้องมีความเป็นรูปธรรม (concreteness).....	82
(ค) ข้อมูลต้องมีสภาพเป็นความลับ.....	84
(ง) ข้อมูลต้องมีมูลค่าทางธุรกิจต่อเจ้าของความลับ.....	85
4.2.2 กฎหมายต้นแบบในการคุ้มครองความลับทางการค้า (Uniform Trade Secrets Act 1985 หรือ UTSA).....	86
(ก) ประเภทของข้อมูลที่ได้รับ ความคุ้มครอง.....	84
(ข) ข้อมูลต้องมีมูลค่าทางเศรษฐกิจ (economic value)/คุณค่าเชิง พาณิชย์ (commercial value).....	87
(ค) ข้อมูลต้องมีสภาพเป็นความลับ.....	90

(ง) ความพยายามอย่างเหมาะสมในการรักษาความลับ.....	91
4.2.3 พระราชบัญญัติการจารกรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Espionage Act หรือ EEA).....	94
4.2.4 การพิจารณานิยามความลับทางการค้าในคดีระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง.....	97
5. การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น.....	101
5.1 ความเป็นมาและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง.....	101
5.1.1 การคุ้มครองความลับทางการค้าก่อนการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1993.....	102
5.1.2 การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าภายใต้กฎหมายการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (UPCL).....	103
5.2 นิยามความลับทางการค้า.....	105
5.2.1 ข้อมูลทางเทคนิคหรือข้อมูลทางธุรกิจ (technical or business information).....	106
5.2.2 ข้อมูลต้องมีประโยชน์ต่อกิจกรรมทางพาณิชย์ (useful for commercial activities).....	106
5.2.3 ข้อมูลถูกเก็บไว้เป็นความลับ (kept secret).....	107
5.2.4 ข้อมูลไม่เป็นที่ล่วงรู้โดยสาธารณชน (not publicly known).....	108
5.2.5 การพิจารณานิยามความลับทางการค้ากรณีการละเมิดความลับระหว่างอดีตนายจ้างกับอดีตลูกจ้าง.....	108

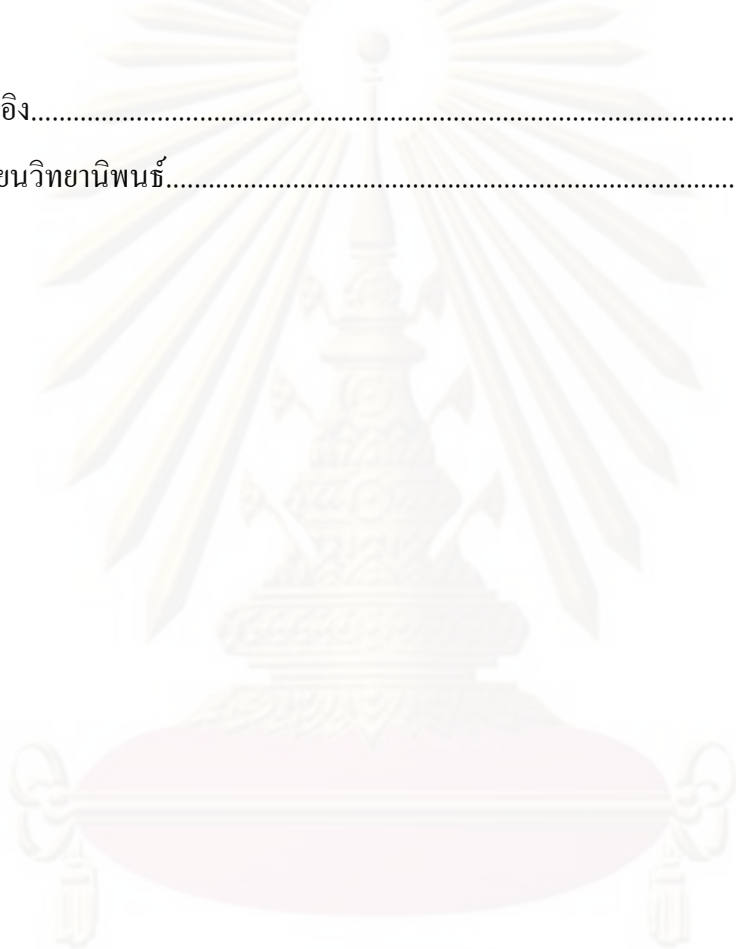
บทที่ 4 ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับนิยามความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545.....	110
1. ปัญหาที่ปรากฏภายใต้นิยามความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545.....	110

1.1 การให้คำจำกัดความข้อมูลการค้าไว้อย่างกว้างขวางจนทำให้เกิดความไม่ แน่นอนและไม่ชัดเจน.....	110
1.2 ปัญหาในการตีความคำว่า หมุ่บุคคลซึ่งโดยปกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูล ความลับ ที่ปรากฏในบทนิยามความลับทางการค้า.....	114
1.3 ปัญหาในการตีความคำว่า ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของข้อมูลความลับ เนื่องจากการเป็นความลับ.....	116
1.4 ปัญหาในการพิจารณามาตรการที่เหมาะสมในการรักษาความลับ.....	117
2. ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากปัญหานิยามความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติ ความลับทางการค้า พ.ศ. 2545.....	122
2.1 ความไม่แน่นอนในการใช้สิทธิของเจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับทางการ ค้า.....	122
2.2 ความไม่แน่นอนในการวินิจฉัยการละเมิดความลับทางการค้า.....	123
2.2.1 ความไม่แน่นอนในการกำหนดตัวข้อมูลที่ถูกกระทำละเมิด.....	123
2.2.2 ความไม่สอดคล้องกันระหว่างนิยามความลับทางการค้ากับพฤติการณ์ ละเมิดความลับลักษณะที่เป็น “การเอาไป”.....	124
2.3 การจำกัดสิทธิของบุคคลอย่างไม่เป็นธรรมจากการใช้ข้อมูลความรู้ ความ ชำนาญและประสบการณ์ ที่บุคคลสมควรจะมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระ.....	128
2.4 ความไม่แน่นอนต่อความสมบูรณ์ของข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ ความลับ.....	131
2.4.1 ข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ความลับระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง.....	132
2.4.2 ข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ความลับระหว่างผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้ สิทธิให้ใช้สิทธิกับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในความรู้ความ ชำนาญ (know-how licensing agreement).....	135
2.5 ผลในเรื่องการจำกัดการแข่งขันทางการค้าและการเจริญเติบโตด้าน เทคโนโลยี.....	138

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	144
1. บทสรุป.....	144
1.1 ความไม่เหมาะสมของนิยามความลับทางการค้าทำให้เกิดอุปสรรคต่อการ วินิจฉัยตีความ และลดทอนประสิทธิภาพในการคุ้มครองความลับทางการ ค้า.....	144
1.2 ผลต่อการจำกัดสิทธิของบุคคลในการใช้ข้อมูลที่เหมาะสมมีสิทธิใช้ได้โดย อิสระ.....	147
1.3 ผลต่อการจำกัดการแพร่กระจายและพัฒนาความรู้และเทคโนโลยี.....	148
2. ข้อเสนอแนะและแนวทางแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับนิยามความลับทางการค้าตาม พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545	149
2.1 ข้อเสนอแนะและแนวทางแก้ไขปัญหาคความไม่เหมาะสมของนิยาม ความลับทางการค้าอันก่อให้เกิดอุปสรรคในการวินิจฉัยตีความและ ลดทอนประสิทธิภาพในการคุ้มครองความลับทางการค้า.....	150
2.1.1 การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า ในส่วนของนิยามข้อมูลการค้า.....	150
2.1.2 ข้อเสนอแนะและแนวทางแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการตีความคำว่า หมู่ บุคคลซึ่งโดยปรกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลความลับ อันเป็น องค์ประกอบตามบทนิยามความลับทางการค้า.....	150
2.1.3 ข้อเสนอแนะและแนวทางแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณา ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของข้อมูลความลับเนื่องจากการเป็น ความลับ อันเป็นองค์ประกอบตามบทนิยามความลับทางการค้า....	151
2.1.4 ข้อเสนอแนะและแนวทางแก้ไขปัญหาในการพิจารณามาตรการที่ เหมาะสมในการรักษาความลับ.....	151
(ก). การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติความลับทางการค้าในส่วน ที่เกี่ยวข้องกับมาตรการที่เหมาะสมในการรักษาความลับ.....	151
(ข). การเพิ่มเติมบทบาทของคณะกรรมการความลับทางการค้า....	152

(ค). แนวทางสำหรับเจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับทางการค้า.....	153
2.1.5 การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติความลับทางการค้าในส่วน พฤติการณ์การละเมิดความลับทางการค้าลักษณะที่เป็นการเอาไป เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพข้อมูลความลับทางการค้า.....	153
2.1.6 ข้อเสนอแนะและแนวทางสำหรับเจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับ ทางการค้า.....	154
(ก). การเก็บรักษาข้อมูลความลับ.....	154
(ข). การแบ่งแยกข้อมูลความลับทางการค้าออกจากข้อมูลทั่วไป ของธุรกิจ	154
(ค). การกำหนดข้อตกลงห้ามใช้หรือเปิดเผยความลับต่อบุคลากร และลูกจ้าง.....	155
(ง). การกำหนดข้อตกลงห้ามใช้หรือเปิดเผยความลับต่อผู้ได้รับ อนุญาตให้สิทธิ.....	155
2.2 ข้อเสนอแนะและแนวทางแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับผลต่อการจำกัดสิทธิของ บุคคลในการใช้ข้อมูลที่สมควรมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระ และผลต่อการ จำกัดการแพร่กระจายและพัฒนาความรู้และเทคโนโลยี.....	156
2.2.1 การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า โดยกำหนดให้นิยามความลับทางการค้าไม่ครอบคลุมถึงข้อมูล ความรู้ ความชำนาญและประสบการณ์ ที่บุคคลสมควรมีสิทธิ ใช้ได้โดยอิสระ.....	156
2.2.2 การเพิ่มเติมพระราชบัญญัติความลับทางการค้า โดยกำหนดให้ บท นิยามความลับทางการค้าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบ เรียบร้อยซึ่งคู่กรณีไม่สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้.....	157
2.2.3 แนวทางในการพิจารณาให้ความคุ้มครองความลับทางการค้ากรณีมี ข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ความลับ.....	157
(ก) ข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ความลับระหว่างนายจ้างกับ	

ลูกจ้างภายหลังสิ้นสุดการจ้าง.....	158
(๗) ข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ความลับระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิภายหลังสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในความรู้ความชำนาญสิ้นสุดแล้ว.....	159
ราชการอ้างอิง.....	163
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	172



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การให้ความคุ้มครองสิทธิความลับทางการค้าในประเทศไทยสามารถพิจารณาได้เป็นสองช่วงคือ ก่อนมีพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 และ หลังจากการตราพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ก่อนมีการตราพระราชบัญญัติความลับทางการค้า การให้ความคุ้มครองสิทธิในความลับทางการค้าเป็นไปตามกฎหมายอาญา และกฎหมายแพ่งในเรื่องสัญญาและละเมิด อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ที่กฎหมายดังกล่าวไม่สามารถให้ความคุ้มครองสิทธิในความลับทางการค้าได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากข้อจำกัดหลายประการ ในขณะที่ความลับทางการค้ายิ่งทวีความสำคัญและมีบทบาทมากขึ้นต่อการประกอบธุรกิจ ประกอบกับการที่ประเทศไทยเข้าเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก (World Trade Organization (WTO)) เป็นผลให้ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ความตกลง TRIPS) ในการให้คุ้มครองข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผย ประเทศไทยจึงตราพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ขึ้น ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2545

อย่างไรก็ดีการให้ความคุ้มครองสิทธิในความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังมีปัญหาโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้คำนิยามความลับทางการค้า ซึ่งได้กำหนดไว้อย่างกว้างขวางและทำให้ข้อมูลเกือบทุกประเภทสามารถเป็นความลับทางการค้าได้ และเป็นการยากที่จะชี้ชัดว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้าหรือไม่ ปัญหาในการตีความถ้อยคำบางประการตามที่ปรากฏในนิยาม ปัญหาในการพิจารณามาตรการที่เหมาะสมในการรักษาความลับ ทั้งยังปรากฏความไม่สอดคล้องกันระหว่างลักษณะของข้อมูลความลับทางการค้าซึ่งได้กำหนดให้ข้อมูลความลับอยู่ในสภาพต่างๆกับพฤติการณ์ละเมิดความลับลักษณะที่เป็น เอาไป

ปัญหาดังที่กล่าวมาข้างต้นเหล่านี้ย่อมมีผลต่อบังคับใช้พระราชบัญญัติความลับทางการค้า และการดำเนินคดีละเมิดความลับทางการค้า เนื่องจากการวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้า อันย่อมมีผลต่อความแน่นอนในการใช้สิทธิของเจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับทางการค้าในคดีละเมิดความลับทางการค้า และการวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยว่าเป็นละเมิดความลับทางการค้าหรือไม่

นอกจากนี้การวินิจฉัยว่าข้อมูลนั้นเป็นความลับทางการค้าหรือไม่ยังมีผลต่อการแยกแยะข้อมูลที่เหมาะสมได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้าออกจากข้อมูลที่บุคคลธรรมดาสามารถใช้ได้อย่างอิสระโดยสุจริต กล่าวคือ ปัญหาที่เกิดขึ้นจากนิยามความลับทางการค้าที่กว้างขวางอาจส่งผลให้เกิดปัญหาในการวินิจฉัยแยกแยะข้อมูลที่เหมาะสมได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้ากับข้อมูลดังกล่าวที่บุคคลธรรมดาสามารถใช้โดยอิสระนั้น และมีผลเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลในการใช้ข้อมูลประเภททักษะความชำนาญติดตัว และประสบการณ์ในการประกอบอาชีพได้อย่างอิสระ และจำกัดสิทธิของผู้ประกอบการในประเทศในการใช้ข้อมูลความรู้บางประการที่ได้รับหรือศึกษาจากการถ่ายทอดเทคโนโลยีตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในการดำเนินกิจการของตนเอง หรือการพัฒนาต่อยอดความรู้เพื่อให้เกิดการพึ่งพาเทคโนโลยีในกิจการของตนเองภายหลังสิ้นสุดการอนุญาตให้ใช้สิทธิแล้ว ซึ่งสิทธิเหล่านี้ถือเป็นสิทธิเสรีภาพในการประกอบกิจการ หรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ซึ่งได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ อันทำให้การบังคับใช้และตีความพระราชบัญญัติความลับทางการค้า ไม่ได้เป็นไปเพื่อการขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้าอย่างแท้จริง เพราะเปิดโอกาสให้คู่กรณีกล่าวอ้างได้ว่าข้อมูลทุกประเภทเป็นความลับทางการค้าอันอาจก่อให้เกิดผลเป็นการผูกขาด และก่อให้เกิดการแข่งขันไม่เป็นธรรม

อีกทั้งกฎหมายความลับทางการค้ายังถือเป็นกฎหมายที่มีผลกระทบกว้างไกลถึงในระดับมหภาค โดยอาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคม เนื่องจากโดยสภาพของกฎหมายความลับทางการค้ามีผลกระทบต่อสังคมส่วนรวม และมีลักษณะที่เอื้อต่อการจำกัดการแข่งขันและการพัฒนาเทคโนโลยีอยู่แล้ว ประเทศไทยในฐานะประเทศกำลังพัฒนา และยังคงอาศัยพึ่งพิงเทคโนโลยีจากต่างประเทศ จึงต้องคำนึงถึงปัญหาการจำกัดการแข่งขันทางการค้าซึ่งอาจเกิดจากการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้านั้น นิยามความลับทางการค้าที่มีความกว้างขวางเกินไป ขาดความชัดเจน และมีปัญหาในการตีความย่อมทำให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กฎหมายความลับทางการค้าและก่อให้เกิดปัญหาทั้งต่อ สักยภาพการแข่งขัน การพัฒนาของหน่วยธุรกิจ การพัฒนาประเทศโดยรวมโดยเฉพาะในด้านที่เกี่ยวข้องกับการแพร่กระจายและพัฒนาความรู้และเทคโนโลยีในสังคมได้ และอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือของผู้ประกอบธุรกิจในการสร้างอำนาจผูกขาดและก่อให้เกิดเป็นสภาพการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมและกลายเป็นอุปสรรคของการพัฒนาความก้าวหน้าของเทคโนโลยีส่วนรวมได้

การปล่อยให้การวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้าขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษาหรือศาลเสียส่วนใหญ่โดยขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนย่อมส่งผลกระทบต่อคู่ความในคดีทนายความ และผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติตามกฎหมาย ในปัจจุบันกฎหมายคุ้มครองลับทาง

การค้างบังคับใช้ได้ไม่นาน หลักเกณฑ์ในการคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทยไม่ได้ถูกพัฒนาดังเช่นในประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งมีหลักกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองความลับทางการค้ามาช้านาน ประกอบกับคำวินิจฉัยของศาลในคดีที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้ามีน้อย ทั้งประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายแบบประมวล ศาลมีหน้าที่เพียงปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเท่านั้น ศาลไม่อาจอาศัยแนวทางที่ปรากฏในศาลต่างประเทศ หรือความเห็นของนักกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้หรือสร้างหลักได้โดยตรงเช่นศาลในระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี จึงทำอาจทำให้การบังคับใช้และตีความกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวขาดทิศทางที่แน่นอน เหตุดังกล่าวย่อมทำให้เกิดความไม่แน่นอนและชัดเจนในการคุ้มครองความลับทางการค้า

การศึกษาวิเคราะห์ถึงที่มาของบทนิยาม รวมถึงการพิจารณาการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศที่พัฒนาแล้ว และมีการพัฒนากฎหมายความลับทางการค้าอย่างมาก ทั้งในระบบคอมมอนลอว์ และซีวิลลอว์ ได้แก่ อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และญี่ปุ่น รวมถึงการพิจารณาหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ความตกลง TRIPs) ข้อกำหนดต้นแบบในการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความลับทางการค้า (Model Provisions on Protection Against Unfair Competition) โดยเปรียบเทียบกับบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า ย่อมเป็นประโยชน์ในการแสวงหาแนวทางเพื่อแก้ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นการบังคับใช้ และการตีความบทนิยามดังกล่าว อันจะทำให้การบังคับใช้พระราชบัญญัติความลับทางการค้ามีประสิทธิภาพ และยังผลให้การคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทยสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

(1) เพื่อศึกษาถึงปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นจากการตีความและบังคับใช้บทนิยามความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ว่าจะก่อให้เกิดผลกระทบและเป็นอุปสรรคต่อผู้ที่เกี่ยวข้องอย่างไร

(2) เพื่อศึกษาความเป็นมา แนวความคิด เจตนารมณ์ ของพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 กฎหมายความลับทางการค้าของต่างประเทศ และความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว โดยจะนำมาวิเคราะห์ และเปรียบเทียบ เพื่อแสวงหาแนวทางแก้ปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นต่อไป

(3) เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็นรูปธรรมมากขึ้นในการตีความ การบังคับใช้ และการแก้ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากบทนิยามความลับทางการค้า

(4) เพื่อให้เกิดประโยชน์ในทางวิชาการ ทั้งต่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าและผู้ที่สนใจศึกษาทั่วไป

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

บทนิยามความลับทางการค้าในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ขาดความเหมาะสมอันอาจทำให้เกิดอุปสรรคในการวินิจฉัยตีความ ทำให้ไม่สามารถให้ความคุ้มครองกับความลับทางการค้าได้อย่างมีประสิทธิภาพ และอาจก่อให้เกิดการจำกัดสิทธิของบุคคลในการใช้ข้อมูลที่เหมาะสมมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระซึ่งได้แก่ ข้อมูลความรู้ ทักษะความชำนาญ และประสบการณ์ และมีผลต่อการจำกัดการแพร่กระจายและพัฒนาความรู้และเทคโนโลยี จึงมีความจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงแก้ไข และแสวงหาแนวทางในการบังคับใช้บทนิยามให้เหมาะสมยิ่งขึ้น

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งเน้นศึกษาถึงหลักเกณฑ์และบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนนิยามความลับทางการค้าที่ไม่ชัดเจนและขาดความเหมาะสม อันอาจก่อให้เกิดอุปสรรคในการบังคับใช้และตีความ โดยจะทำการศึกษาวิเคราะห์บทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง โดยชี้ให้เห็นถึงปัญหาที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจน และไม่เหมาะสมของบทบัญญัติเช่นว่า โดยพิจารณาจากพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 คำอธิบายกฎหมาย บทความต่างๆที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งหลักกฎหมายความลับทางการค้าที่ปรากฏในอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และญี่ปุ่น ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ความตกลง TRIPs) รวมถึงข้อกำหนดต้นแบบในการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความลับทางการค้า (Model Provisions on Protection Against Unfair Competition เพื่อนำมาเปรียบเทียบ วิเคราะห์ เพื่อแสวงหาแนวทางในการปรับใช้ และแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น หรืออาจจะเกิดขึ้นต่อไป

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

ในการศึกษาวิจัยใช้วิธีการวิจัยเอกสารเป็นหลัก (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้า และวิเคราะห์ข้อมูลจาก หนังสือ วิทยานิพนธ์ บทความ เอกสารสัมมนา คำพิพากษาของศาล และเอกสารอื่นๆที่เกี่ยวข้อง ทั้งของไทยและต่างประเทศ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับปัญหา ได้ศึกษาโดยเปรียบเทียบหลักกฎหมายของต่างประเทศกับของประเทศไทย เพื่อนำบทวิเคราะห์ที่ได้มาสรุปเป็นแนวทางที่ชัดเจนและเหมาะสมในการแก้ไขปัญหที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตจากการบังคับใช้และตีความบทนิยามความลับทางการค้า

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

(1) ทำให้ทราบถึงปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นจากการบังคับใช้และตีความบทนิยามความลับทางการค้า ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ว่าจะก่อให้เกิดผลกระทบและเป็นอุปสรรคต่อผู้ที่เกี่ยวข้องอย่างไร หรือไม่ เพียงใด

(2) ทำให้ทราบถึงความเป็นมา แนวความคิด เจตนารมณ์ ของพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 และกฎหมายความลับทางการค้าของต่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องโดยนำมาวิเคราะห์ เปรียบเทียบถึงผลดีและผลเสีย เพื่อแสวงหาแนวทางแก้ปัญหที่่จะเกิดขึ้นต่อไป

(3) ทำให้ทราบถึงแนวทางแก้ปัญหที่ชัดเจนและเป็นรูปธรรมมากขึ้นในการตีความและการบังคับใช้พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับนิยามความลับทางการค้า

(4) ก่อให้เกิดประโยชน์ในทางวิชาการ ทั้งต่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าและผู้สนใจศึกษาทั่วไป

ศูนย์วิทยุทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

ความเป็นมาและแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับ

การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า

1. ความเป็นมาในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า

การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้ามีต้นกำเนิดตั้งแต่ยุคโรมันโบราณ โดยถือว่าการเอาไปซึ่งความลับทางการค้าเป็นการกระทำที่มิชอบ ความลับทางการค้าที่ได้รับความคุ้มครองนั้น รวมถึง กรรมวิธีในการข้อมลและการทำเครื่องปั้นดินเผา ทั้งนี้ตามกฎหมายโรมัน คู่แข่งที่ล่อลวงหรือชักจูงให้ทาสเปิดเผยความลับทางการค้าของนายทาส ย่อมต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายต่อนายทาส ทั้งนี้กฎหมายถือว่ามูลค่าของทาสได้ถูกลดทอนลงด้วยการกระทำดังกล่าว นายทาสจึงมีสิทธิได้รับชดใช้ค่าเสียหาย¹ ต่อมาในสมัยกลาง นครเวนิสได้มีคำสั่งให้ช่างทำแก้วอาศัยอยู่บนเกาะเท่านั้นเพื่อไม่ให้กรรมวิธีเป่าแก้วรั่วไหลออกไปยังบุคคลภายนอก² ในสมัยต่อมาได้แก่ยุคเรเนซองส์ ข้อมูลความลับได้รับการคุ้มครองโดยประเทศต่างๆ ในยุโรปมีกฎหมายควบคุมการใช้ หรือเปิดเผยกระบวนการ หรือความคิดที่มีการปกปิดไว้โดยไม่ได้รับอนุญาต และกฎหมายดังกล่าวได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องต่อมาในยุคปฏิวัติอุตสาหกรรมเพื่อปกป้องความลับทางอุตสาหกรรม และได้มีการขยายการคุ้มครองมายังข้อมูลความลับทางพาณิชย์กรรม ดังที่ปรากฏในหลายประเทศ เช่น อังกฤษ สวีเดน และฝรั่งเศส³

เมื่อการค้าระหว่างประเทศขยายตัวมากขึ้น เศรษฐกิจของประเทศใดประเทศหนึ่งไม่ได้ขึ้นอยู่กับการค้าภายในประเทศเท่านั้น หากต้องอาศัยการไปลงทุนต่างประเทศ และการรับการลงทุนจากภายนอก เพื่อส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศและคุ้มครองผู้ประกอบการในประเทศตนเอง ประเทศต่างๆ ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองความลับทางการค้าซึ่งถือเป็นสิ่งที่มีมูลค่าของธุรกิจ โดยออกมาตรการเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิในความลับทางการค้าทั้งทางแพ่งและ

¹Earl W. Kintner and Jaช้ยck L. Lahr, *An Intellectual Property Law Primer*(New York: Macmillan Publishing, 1975), pp.117-118.

²ประสพสุข บุญเดช, “ความลับทางการค้า”. *วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ* 5 (ธันวาคม 2545): 29-92.

³ไชยยศ เหมะรัชตะ, “พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545”, *Chulalongkorn Review* 16 ฉ.62 (มกราคม-มีนาคม 2547): 38-53.

ในบางประเทศได้กำหนดโทษทางอาญาสำหรับการละเมิดความลับทางการค้าด้วย รวมถึงผลักดันให้ประเทศอื่นให้มีมาตรการคุ้มครองความลับทางการค้าเพื่อประโยชน์แก่องค์กรธุรกิจของประเทศตนในการไปลงทุนในประเทศต่างๆเหล่านั้น ความสำคัญของความลับทางการค้าในระดับระหว่างประเทศเห็นได้จากความตกลงระดับพหุภาคี ได้แก่ ความตกลงการค้าเสรีระดับภูมิภาคอเมริกาเหนือ (The North American Free Trade Agreement หรือ NAFTA) และ ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Rights หรือ ความตกลง TRIPS) ซึ่งได้กำหนดให้การคุ้มครองความลับทางการค้าเป็นส่วนหนึ่งภายใต้ความตกลงดังกล่าวด้วย⁴

การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในแต่ละประเทศแตกต่างกันไปตามระบบกฎหมาย ในบางประเทศให้ความคุ้มครองโดยอาศัยหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษา เช่น ในประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย สิงคโปร์ บางประเทศให้ความคุ้มครองภายใต้หลักกฎหมายแข่งขันไม่เป็นธรรม เช่น ประเทศเยอรมัน และ ญี่ปุ่น ในบางประเทศให้ความคุ้มครองโดยการตรากฎหมายเฉพาะ เช่น ประเทศไทย ในขณะที่ในประเทศสหรัฐอเมริกา การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าพิจารณาได้ทั้งจากทั้งกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่แต่ละมรัฐออกตามกฎหมายแม่แบบในการคุ้มครองความลับทางการค้า (The Uniform Trade Secrets Act หรือ UTSA) และหลักกฎหมายจากคำพิพากษา (The Judge-Made Law) นอกจากนี้ยังมีกฎหมายของรัฐส่วนกลางซึ่งกำหนดความผิดอาญาสำหรับการโจรกรรมความลับทางการค้าภายใต้สถานการณ์พิเศษบางกรณี ได้แก่ พระราชบัญญัติการโจรกรรมทางเศรษฐกิจ (The Economic Espionage Act หรือ EEA)

2. ทฤษฎีและแนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า

เหตุผลเบื้องหลังของการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้ามีอยู่หลายประการ ทั้งเพื่อดำรงไว้ซึ่งจริยธรรมทางการค้า ป้องกันไม่ให้มีการกระทำอันไม่เป็นธรรมทางธุรกิจและเพื่อสนับสนุนให้มีการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยี นอกจากนี้ยังมีเหตุผลและทฤษฎีอื่นๆที่สนับสนุนแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า ได้แก่ หลักความสัมพันธ์อันเป็นที่ไว้วางใจ แนวคิดที่ว่าสิทธิในความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สิน หลักสัญญา หลักกฎหมายละเมิด

⁴Mark R. Halligan, International Protection of Trade Secrets, Available from: <http://tradesecretshomepage.com/intern.html>.

⁵ ประสพสุข บุญเดช, “ความลับทางการค้า”. วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 5: 29-92.

หลักกฎหมายแข่งขันทางการค้า การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าโดยถือว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่ง และการให้ความคุ้มครองตามหลักความยุติธรรม

ทฤษฎีและแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าแต่ทฤษฎี หรือแนวความคิดส่งผลให้การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับว่าประเทศนั้นๆพัฒนากฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้ามาจากทฤษฎีหรือแนวคิดใด⁶ เช่น ในประเทศอังกฤษ การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าอยู่บนพื้นฐานของหลักความสัมพันธ์อันเป็นที่ไว้วางใจ และหลักความยุติธรรม ขณะที่ Uniform Trade Secrets Act ของสหรัฐอเมริกามีแนวทางการคุ้มครองความลับทางการค้าโดยถือว่าเป็นสิทธิในทรัพย์สิน และถือว่าการได้มาซึ่งความลับทางการค้าของผู้อื่น โดยไม่ได้รับความยินยอมย่อมเป็นการกระทำที่มีขอบส่วนประเทศในภาคพื้นยุโรป เช่น เยอรมัน สเปน และประเทศในเอเชียบางประเทศ เช่น ญี่ปุ่น ให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าภายใต้หลักการแข่งขันไม่เป็นธรรม

2.1 การให้ความคุ้มครองสิทธิในความลับทางการค้าตามหลักการละเมิดความไว้วางใจ (Law of Breach of Confidence)

การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าบนพื้นฐานของหลักการละเมิดความไว้วางใจ (The Law of Breach of Confidence) ถือกำเนิดขึ้นในประเทศอังกฤษ โดยจุดเริ่มต้นของหลักความไว้วางใจยังไม่เป็นที่ชัดเจนนัก แต่อย่างไรก็ตามมีสองแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว แนวความคิดแรกนั้นถือว่าหลักนี้เริ่มต้นจากคำตัดสินของศาลในศตวรรษที่ 18 ที่วินิจฉัยเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ในงานที่ยังไม่ได้ตีพิมพ์เผยแพร่ ส่วนแนวคิดที่สอง ได้รับการสนับสนุนจากผู้พิพากษา Megarry ในคดี *Coco v Clark* ซึ่งพิจารณาว่าหลักดังกล่าวมีจุดเริ่มต้นในศตวรรษที่ 16 จากคำกล่าวของท่านเซอร์ Thomas More ที่ว่า “Three things are to be helped in Conscience; Fraud, Accident and Things of Confidence” แม้ว่าจะไม่สามารถกำหนดจุดเริ่มต้นของหลักการละเมิดความไว้วางใจได้อย่างชัดเจน แต่นักคิดสมัยใหม่จำนวนหนึ่งก็มีความเห็นตรงกันว่า หลักการละเมิดความไว้วางใจนั้นเป็นหลักที่ประยุกต์จากแนวความคิดเรื่องความสุจริตใจซึ่งมีรากฐานมาจากหลักความยุติธรรมนั่นเอง ต่อมาใน

⁶ธนพจน เอกโยคยะ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้า, สำนักอบรมศึกษาแห่งเนติบัณฑิตสภา เอกสารประกอบการบรรยายการอบรมหลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รุ่นที่ 3, 2547, หน้า 733.

ศตวรรษที่ 19 ศาลได้พัฒนาหลักดังกล่าวจนเป็นรูปธรรมมากขึ้น โดยการนำหลักว่าด้วยการละเมิดความไว้วางใจไปบังคับใช้เพื่อคุ้มครองข้อมูลความลับ⁷

ในระยะแรก นักกฎหมายได้พยายามหาคำตอบว่าหลักดังกล่าวมีรากฐานมาจากหลักสัญญา หลักละเมิด หลักทรัพย์สิน หรือ หลักความยุติธรรม โดยมองว่าการหาคำตอบดังกล่าวจะทำให้การปรับใช้หลักการละเมิดความไว้วางใจมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น จนระยะต่อมามีการมองว่าแทนที่จะพยายามหาคำตอบในหลักอันเป็นพื้นฐานของหลักการละเมิดความไว้วางใจ การพิจารณาหลักดังกล่าวอย่างเป็นเอกเทศ โดยมองว่าหลักดังกล่าวมีลักษณะเฉพาะตัวไม่ขึ้นอยู่กับหลักใด (Sui Generis) น่าจะให้ผลดีกว่า เพราะศาลย่อมไม่ถูกจำกัดโดยกรอบของระเบียบแบบแผนใดเป็นการเฉพาะและสามารถนำหลักนี้ไปปรับกับข้อเท็จจริงของแต่ละคดีได้อย่างเหมาะสม⁸

ในส่วนของการพัฒนาการของหลักการละเมิดความไว้วางใจนั้น ในระยะแรกหลักดังกล่าวถูกนำไปปรับใช้กับคดีที่เกี่ยวกับสูตรยา⁹ ดังเช่นในคดี Morison v Moat ซึ่งในคดีนี้ได้วินิจฉัยว่า การที่นาย Thomas Moat ซึ่งเป็นหุ้นส่วนในกิจการผลิตยาได้นำสูตรยาไปบอกแก่ลูกชายตนเองซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเป็นการละเมิดความซื่อสัตย์และผิดสัญญาหุ้นส่วน¹⁰ ต่อมาได้มีการนำหลักการละเมิดไว้วางใจไปใช้เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม โดยคดีสำคัญที่เป็นพื้นฐานสำหรับการพัฒนาหลักการละเมิดความไว้วางใจในระยะต่อมาก็คือ คดี Saltman Engineering Co. Ltd v Campbell Engineering Co. Ltd. ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในแบบแปลนเครื่องมือที่ใช้ในการผลิตเครื่องตอกหนังได้ให้แบบแปลนดังกล่าวกับจำเลยเพื่อผลิตเครื่องมือตามที่โจทก์กำหนด หลังจากที่จำเลยได้ผลิตเครื่องมือตามคำสั่งโจทก์แล้ว จำเลยกลับยึดแบบแปลนดังกล่าวเอาไว้และใช้ผลิตเครื่องมือเพื่อประโยชน์ของจำเลยเอง ศาลถือว่าภายใต้สถานการณ์ดังกล่าวย่อมอนุมานได้ว่าจำเลยมีหน้าที่ตามความสัมพันธ์อันเป็นที่ไว้วางใจ ซึ่งจำเลยในฐานะผู้ได้รับข้อมูลต้องไม่ใช้หรือเปิดเผยข้อมูลนอกเหนือจากที่ได้รับอนุญาตจากผู้บอกข้อมูล และหน้าที่ดังกล่าวไม่ได้จำกัดเฉพาะที่คู่กรณีมีสัญญาต่อกันเท่านั้น¹¹ หลักการละเมิดความไว้วางใจได้ถูก

⁷ Lionel Bently and Brad Sherman, Intellectual property law, Second Edition (Oxford; New York: Oxford University Press, 2001), p.993.

⁸ Ibid, p. 994.

⁹ David Bainbridge, Intellectual property, Third Edition (London: Pitman Publishing, 1996), p. 220.

¹⁰ คดี Morison v Moat (1851) 9 Hare 492.

¹¹ คดี Saltman Engineering v. Campbell Engineering (1948) 65 R.P.C. 203.

พัฒนามากยิ่งขึ้นในเวลาต่อมา ในคดี *Coco v A N Clark (Engineers) Ltd* ซึ่งผู้พิพากษา Megarry ได้วางหลักว่าการละเมิดความไว้วางใจนั้นประกอบด้วยองค์ประกอบ 3 ประการ ดังนี้¹²

1. ข้อมูลต้องมีสภาพเป็นความลับ
2. มีการบอกเล่าข้อมูลภายใต้สถานการณ์ที่คู่กรณีมีหน้าที่ต้องรักษาความลับ โดยหน้าที่ของคู่กรณีเกิดขึ้นในสถานการณ์นั้นหรือไม่พิจารณาว่า มีเหตุอันสมควรที่วิญญูชนผู้ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกับผู้รับข้อมูลสามารถตระหนักได้หรือไม่ว่าตนมีหน้าที่ต้องรักษาความลับ
3. มีการใช้ข้อมูลโดยไม่ได้รับอนุญาตอันอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บอกเล่าข้อมูล

หลักละเมิดความไว้วางใจได้ถูกนำไปบังคับใช้กับข้อมูลหลากหลาย ทั้งข้อมูลส่วนบุคคล ข้อมูลทางการพาณิชย์ ข้อมูลทางเทคนิค ความลับทางการค้า ความรู้ความชำนาญ (know-how) หรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับรัฐบาล¹³

ด้วยเหตุผลที่ว่าหลักความไว้วางใจตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักความยุติธรรม (Equity) ในหลักนี้จึงมีความยืดหยุ่นและถูกพัฒนาโดยศาลอังกฤษอย่างต่อเนื่องและกว้างขวาง จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1981 คณะกรรมการร่างกฎหมายได้พยายามบัญญัติหลักความไว้วางใจเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยออกร่างกฎหมายโดยบรรจุหลักดังกล่าวไว้ แต่ความพยายามนั้นไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจาก เมื่อมีการพิจารณาถึงข้อดีและข้อเสียแล้ว จะพบว่า หลักความไว้วางใจที่เป็นอยู่มีความยืดหยุ่น เปิดโอกาสให้ศาลได้ตีความ และวางหลักเพิ่มเติมอันเป็นการพัฒนาหลักความไว้วางใจ โดยไม่ถูกจำกัดด้วยตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร การบัญญัติหลักนี้เป็นลายลักษณ์อักษรย่อมทำให้การบังคับใช้หลักดังกล่าวขาดความยืดหยุ่น¹⁴

2.2 การให้ความคุ้มครองสิทธิในความลับทางการค้าตามหลักความสัมพันธ์ในฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (Law of Fiduciaries)

¹² คดี *Coco v. A.N. Clark (Engineers) Ltd* (1969) R.P.C. 41.

¹³ Lionel Bently and Brad Sherman, *Intellectual property law*, p.993.

¹⁴ ไชยศ วรนนท์ศิริ, “การคุ้มครองความลับทางการค้าในกฎหมายคอมมอนลอว์”, *บทบัณฑิตย* 50 (ธันวาคม 2537): 105-110.

หลักความสัมพันธ์ในฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจถือกำเนิดในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งในบางครั้งหน้าที่รักษาความลับอาจเกิดความสัมพันธ์อันเป็นที่ไว้วางใจระหว่างคู่กรณี ความสัมพันธ์อันเป็นที่ไว้วางใจนี้เป็นความสัมพันธ์ตามหลักความยุติธรรมซึ่งถือว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ต้องปฏิบัติเพื่อผลประโยชน์ของอีกฝ่ายหนึ่ง ความสัมพันธ์นี้อาจเกิดขึ้นระหว่าง แพทย์กับผู้ป่วย พระกับผู้สวดภาวนา สามีกับภรรยา ทนายความกับลูกความ ผู้ได้รับมอบหมายให้จัดการดูแลทรัพย์สิน (Trustee) กับผู้รับผลประโยชน์ (Beneficiary)¹⁵ ตัวการกับตัวแทน หุ่นส่วนกับห้างหุ้นส่วน หรือระหว่างลูกจ้างกับนายจ้าง นอกจากนี้ความสัมพันธ์ในฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจระหว่างคู่กรณียังอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีอื่นนอกเหนือจากนี้แล้วแต่ข้อเท็จจริงแต่ละกรณีไป แต่อย่างไรก็ดียังคงมีความไม่ชัดเจนเท่าใดนักในการปรับใช้หลักดังกล่าวกับความสัมพันธ์ทางธุรกิจ เช่น ระหว่างผู้ให้สิทธิในฐานะ Franchisor กับผู้รับสิทธิในฐานะ Franchisee หรือ ระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensor) กับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensee)¹⁶

เหตุผลทางจริยธรรมที่อยู่เบื้องหลังหน้าที่ในฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจนั้นคล้ายคลึงกับหน้าที่ในการรักษาความลับจนบางครั้งอาจทับซ้อนกัน อย่างไรก็ตามหน้าที่ทั้งสองหน้าที่มีจุดที่แตกต่างกันคือ ประการแรก หน้าที่ในฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจอาจเป็นบ่อเกิดของหน้าที่ในการรักษาความลับ เช่น ลูกจ้างที่เอาไปซึ่งความลับของนายจ้างย่อมเป็นการละเมิดละเมิดหน้าที่รักษาความลับ และเป็นหน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์ในฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ ขณะที่หากบุคคลภายนอกกระทำการอย่างเดียวกันย่อมไม่มีผลเป็นการละเมิดความไว้วางใจ แต่อาจมีความผิดอย่างอื่น เช่น บุกรุก ประการที่สอง หน้าที่ในฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจอาจครอบคลุมหน้าที่อื่นๆ นอกเหนือจากหน้าที่รักษาความลับ เช่น หน้าที่ที่ผู้ดูแลผลประโยชน์จะต้องใช้ข้อมูลที่ได้รับเพื่อผลประโยชน์ของผู้รับผลประโยชน์เท่านั้น และกำไรที่ได้จากการละเมิดความไว้วางใจย่อมตกแก่ผู้รับผลประโยชน์¹⁷ หน้าที่ที่ลูกจ้างจะไม่แข่งขันกับนายจ้างโดยอาศัยข้อมูลของนายจ้าง¹⁸ รวมทั้งหน้าที่ที่ลูกจ้างต้องไม่เอาตัวเองเข้าไปพันพันกับสถานการณ์ที่มีความขัดแย้งกันระหว่างผลประโยชน์ของตนกับนายจ้าง และยิ่งลูกจ้างมีตำแหน่งหน้าที่การงานสูงเท่าใด ศาลก็ยังมีแนวโน้มที่จะกำหนดภาระหน้าที่ที่มากขึ้นตามไปด้วย¹⁹ ในอีกนัยหนึ่ง หน้าที่ของลูกจ้างต่อนายจ้างหรือ ตัวแทนต่อตัวการ ภายใต้อาณัติความสัมพันธ์ในฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจดังกล่าว ไม่จำกัด

¹⁵Lionel Bently and Brad Sherman, Intellectual property law, p.1014.

¹⁶William Cornish and David Liewelyn, Intellectual property: patents, copyrights, trademarks and allied Rights, Fifth edition(London: Sweet & Maxwell, 2007), pp. 315-316.

¹⁷Ibid, pp. 315-316.

¹⁸Allison Coleman, The Legal Protection of Trade Secret(London: Sweet and Maxwell, 1992), p. 57.

¹⁹Lionel Bently and Brad Sherman, Intellectual property law, p.1027.

เพียงหน้าที่ในการรักษาความลับเท่านั้น หากแต่หมายถึงหน้าที่ในการปฏิบัติด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ต่อนายจ้าง และไม่ทำให้นายจ้างหรือตัวการต้องได้รับความเสียหายด้วย และเนื่องจากหน้าที่ดังกล่าวขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจ ดังนั้นผู้อ้างสิทธิจึงไม่จำเป็นต้องแสดงว่าข้อมูลที่ต้องการปกป้องนั้นเป็นความลับ²⁰

2.3 การให้ความคุ้มครองสิทธิในความลับทางการค้าโดยถือว่าเป็นสิทธิในทรัพย์สิน

การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าโดยถือว่าเป็นสิทธิในทรัพย์สินสอดคล้องกับ ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarian) โดยถือว่า ความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าย่อมสนับสนุนให้มีการลงทุนวิจัยและพัฒนาข้อมูลสนเทศ เหล่านั้น โดยตอบแทนต่อผู้สร้างสรรค์ วิจัย หรือพัฒนาด้วยสิทธิความเป็นเจ้าของ²¹ และด้วย สถานภาพอันความลับและความยากลำบากในการได้มาซึ่งข้อมูลย่อมเป็นสิ่งที่แสดงว่าข้อมูลนั้นมี คุณค่าอย่างทรัพย์สิน²² นอกจากนี้แนวคิดเรื่องสิทธิในทรัพย์สินยังมองว่าการให้ความคุ้มครอง ความลับทางการค้ามีความเกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล โดยถือว่าแต่ละบุคคล ย่อมมีสิทธิในข้อมูลความลับทางการค้าที่ตนเองได้ใช้ความอุตสาหะในการคิดค้นและปกปิดไว้เป็น ความลับ ซึ่งการละเมิดหรือพยายามล่วงละเมิดข้อมูลดังกล่าวถือเป็นการกระทำที่ไม่อาจยอมรับได้²³

ภายใต้แนวความคิดที่ถือว่าความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สิน เจ้าของความลับทางการค้า ย่อมมีสิทธิอ้างยันต่อบุคคลโดยทั่วไปได้ โดยไม่ได้จำกัดเฉพาะบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับตน เท่านั้น เพราะแนวความคิดดังกล่าวมุ่งพิจารณาที่การกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายที่กระทำต่อ ความลับทางการค้า มิได้มุ่งไปที่พื้นฐานความสัมพันธ์ระหว่างผู้ได้มาซึ่งความลับทางการค้ากับ เจ้าของความลับทางการค้า²⁴ นอกจากนี้ภายใต้แนวความคิดดังกล่าว การละเมิดความลับทางการค้า ไม่เพียงก่อให้เกิดสิทธิในการได้รับการเยียวยาทางแพ่งเท่านั้น หากยังเป็นความผิดอาญาที่มีโทษ ปรับ หรือจำคุกอีกด้วย ทั้งนี้แม้ว่านักกฎหมายจะยังมีความเห็นไม่ลงรอยกันเกี่ยวกับการบังคับใช้ มาตรการทางอาญา แต่มาตรการที่แน่นอนเช่นนี้ก็เป็นสิ่งดึงดูดใจและทำให้การให้ความคุ้มครอง

²⁰Margarette Jackson, *A Practical Guide to Protecting Confidential Business Information*(Sydney, Australia: Thomson Lawbook Co, 2003), p. 106.

²¹ไชยยศ เหมะรัชตะ, “พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545”, *Chulalongkorn Review* 16: 38-53.

²²Robert Dean, *The law of trade secrets*, 1st edition(Sydney, Australia: The Law Book Company, 1990), pp.53-55.

²³John Hull, *Commercial Secrecy Law and Practice*(London: Sweet and Maxwell, 1998), pp. 2-3.

²⁴stonชัย สิริวิญกุล, “หลักกฎหมายความลับทางการค้ากับการจำกัดการแข่งขันทางการค้า”, *บทบัญญัติ* 58 (ธันวาคม 2545): 56-119.

ความลับทางการค้าโดยอ้างสิทธิในทรัพย์สินได้รับการสนับสนุนจากผู้คิดค้น หรือเจ้าของความลับทางการค้า เช่น ผู้พัฒนาระบบซอฟต์แวร์ เป็นต้น²⁵

นอกจากนี้การถือว่าความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินยังถูกพิจารณาว่าเป็นการแก้ปัญหาในการปรับใช้หลักความยุติธรรม หรือหลักสัญญาในกรณีที่บุคคลที่สามได้รับความลับทางการค้ามาโดยสุจริต และกรณีการสอดแนม หรือการสืบความลับทางอุตสาหกรรม ในกรณีที่ผู้สอดแนม หรือสืบความลับไม่ได้มีความสัมพันธ์อย่างใดกับโจทก์ในคดี แต่อย่างไรก็ตามมีความคิดโต้แย้งหลายประการสำหรับแนวความคิดว่าความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สิน ด้วยเหตุผลที่ว่า แม้ในการวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นทรัพย์สินนั้นศาลจะไม่ถูกผูกมัดโดยคำจำกัดความใดคำจำกัดความหนึ่ง แต่การจำแนกว่าสิ่งใดเป็นทรัพย์สินสมควรต้องมีความแน่นอนในระดับหนึ่ง ด้วยเหตุดังกล่าวศาลจึงมักปฏิเสธว่าความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สิน นอกจากนี้ การถือว่าความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินยังทำให้เกิดความตึงเครียดในการอ้างสิทธิแม้ต่อคู่แข่งทางการค้าที่สุจริต อันอาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้²⁶

จะเห็นได้ว่าการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามหลักข้างต้นแตกต่างจากในประเทศอังกฤษ ซึ่งได้ให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าโดยอาศัยหลักการละเมิดความไว้วางใจ (Law of Breach of Confidence) ซึ่งให้ความคุ้มครองข้อมูลโดยอาศัยความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี และสถานการณ์ในการบอกเล่าข้อมูลเป็นพื้นฐาน ขณะที่ในประเทศระบบชีวิตลอว์บางประเทศถือว่าการละเมิดความลับทางการค้าเป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า และถือว่าการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าอยู่บนพื้นฐานของหลักจริยธรรมทางการค้าโดยถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการเอาเปรียบคู่แข่งรายอื่น²⁷

2.4 การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามหลักว่าด้วยสัญญา

หน้าที่ในการรักษาความลับอาจเกิดจากกรณีที่มีข้อตกลงโดยชัดแจ้ง เป็นลายลักษณ์อักษร หรือด้วยวาจา หรือข้อตกลงโดยปริยายซึ่งศาลอาจอนุมานจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏ หรือพฤติกรรมของคู่กรณีว่ามีข้อตกลงต่อกัน²⁸ ตัวอย่างของข้อตกลงที่มักกำหนดหน้าที่รักษาความลับไว้โดยชัด

²⁵ Christopher J Millard, *Legal Protection of Computer Programs and Data* (London: Sweet and Maxwell, 1959), p.117.

²⁶ Robert Dean, *The law of trade secrets*, pp. 53-55.

²⁷ Palida A. Padilla Torres, *Overview of International Trade Secret Protection*, Available from: <http://www.natlaw.com/pubs/spmxi14.htm>.

²⁸ ภัทรา ภาคย์ประเสริฐ, “การคุ้มครองบุคคลที่สามที่ได้รับความลับทางการค้ามาโดยสุจริต,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 34-35.

แจ้งได้แก่ สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ทั้งนี้ข้อตกลงที่กำหนดหน้าที่รักษาความลับย่อมตกอยู่ภายใต้หลักทั่วไปเรื่องสัญญา²⁹ อย่างไรก็ดีสำหรับกรณีระหว่างลูกจ้างกับนายจ้างนั้น แม้จะไม่มีข้อสัญญากำหนดหน้าที่รักษาความลับก็ตาม แต่ศาลก็ตีความว่าลูกจ้างมีหน้าที่โดยปริยายที่ต้องปฏิบัติด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Fidelity) ต่อนายจ้าง ซึ่งหมายความว่า ลูกจ้างต้องไม่นำความลับของนายจ้างเปิดเผย และกระทำการแข่งขันกับนายจ้าง ทั้งนี้ตามคำวินิจฉัยที่ปรากฏในคดี Robb v Green (1895)³⁰

การละเมิดข้อตกลงในการรักษาความลับก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องตามสัญญา ซึ่งเป็นสิทธิต่างหากจากการอ้างสิทธิตามกฎหมายละเมิดความลับทางการค้า³¹ สิทธิทั้งสองแยกต่างหากจากกัน ดังจะเห็นได้จากที่ Uniform Trade Secrets Act (UTSA) ของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดว่า กฎหมายนี้ไม่กระทบกับการเยียวยาความเสียหายโดยอาศัยข้อสัญญา ทั้งนี้ไม่ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการละเมิดความลับทางการค้าตามกฎหมายนี้หรือไม่³²

ข้อได้เปรียบของการคุ้มครองความลับทางการค้าโดยอาศัยสัญญา คือ การระบุขอบเขตของความคุ้มครองไว้ชัดเจนย่อมทำให้เกิดความแน่นอนกว่าการให้ความคุ้มครองโดยอาศัยหลักความยุติธรรม (Equity) นอกจากนี้ สัญญา还可能กำหนดความคุ้มครองครอบคลุมไปถึงข้อมูลความลับบางอย่างที่ไม่มีคุณสมบัติเป็นความลับทางการค้าได้อีกด้วย อย่างไรก็ตาม การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าภายใต้หลักว่าด้วยสัญญานั้นย่อมมีข้อจำกัด ในกรณีที่หากศาลเห็นว่าสัญญานั้นกว้างขวางเกินไป สัญญานั้นก็อาจไม่มีผลบังคับ³³ และหากเป็นกรณีข้อตกลงที่กำหนดหน้าที่แก่ลูกจ้างหลังสิ้นสุดสัญญาจ้างแล้ว โดยกำหนดไม่ให้ใช้ความลับของนายจ้างในการประกอบธุรกิจอันอาจมีผลเป็นการแข่งขันกับนายจ้าง หรือที่เรียกว่า ข้อกำหนดจำกัดการแข่งขัน (A Restrictive Covenant) ข้อตกลงดังกล่าวจะสามารถบังคับได้ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าข้อตกลงนั้นมีขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของนายจ้างเท่านั้น³⁴ ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายถือว่าลูกจ้างย่อมมีอิสระที่จะใช้ความชำนาญ ความรู้ ประสบการณ์ และความสามารถที่ได้จากการทำงานของ

²⁹Lionel Bently and Brad Sherman, Intellectual property law, pp.1013-1014, 1025.

³⁰ ดูคดี Robb v Green (1895) 2 QB 315, 320.

³¹Richard Stim, Intellectual property: patents, trademarks and copyrights, 2nd edition(United States: West Thomson Learning, 2002), p. 244.

³²NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, Uniform trade secrets act with 1985 amendments with prefatory note and comments, Available from: <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1980s/utsa85.htm>.

³³Christopher J Millard, Legal Protection of Computer Programs and Data, p.116.

³⁴Lionel Bently and Brad Sherman, Intellectual property law, p.1027.

คนในการประกอบอาชีพ³⁵ นอกจากนี้ ข้อสัญญาดังกล่าวจะสามารถบังคับใช้ได้ก็ต่อเมื่อ มีระยะเวลา พื้นที่ และ ขอบเขตของการกระทำ ที่จำกัดแน่นอน ทั้งนี้ตามคำวินิจฉัยที่ปรากฏในคดี Commercial Plastics v Vincent (1964) และ คดี Lansing Linde v Kerr (1991)

2.5 การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามหลักกฎหมายละเมิด

ภายใต้หลักกฎหมายละเมิด การที่บุคคลซึ่งไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญาเปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าของบุคคลอื่น โดยไม่ได้รับอนุญาตถือเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องและสมควรได้รับการลงโทษ ทั้งนี้ต้องมีการแสดงให้เห็นว่าบุคคลที่สามรู้ว่าการกระทำของตนเป็นการละเมิดความลับทางการค้าของผู้อื่น และมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว³⁶ นอกจากนี้หลักละเมิดยังเอาผิดกับบุคคลภายนอกที่กระทำการชักจูงให้ลูกจ้างเปิดเผยความลับของนายจ้าง หรือชักจูงให้คู่สัญญาละเมิดหน้าที่รักษาความลับตามสัญญา โดยถือว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการแทรกแซงต่อสัญญาของโจทก์ (Interference with Contractual Relations)³⁷

การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามหลักกฎหมายละเมิดปรากฏใน The Restatement (first) of Torts ของสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นการรวบรวมหลักกฎหมายโดย The American Law Institute เพื่อให้ศาลใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยคดี ใน Restatement of Torts ดังกล่าวได้กำหนดให้การที่บุคคล หรือองค์กรใด ได้มาซึ่งความลับทางการค้าของบุคคลอื่น โดยวิธีการที่มีชอบไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมเป็นการละเมิดความลับทางการค้า ซึ่งถือเป็นการกระทำที่มีชอบในทางการค้าอย่างหนึ่ง ภายใต้ The Restatement of Torts นั้น การละเมิดความลับทางการค้าไม่ได้พิจารณาว่าข้อมูลนั้นถูกใช้อย่างไร หรือมีหน้าที่รักษาความลับระหว่างคู่กรณีหรือไม่ หากแต่พิจารณาว่ามีการใช้วิธีการอันมิชอบให้ได้มาซึ่งความลับทางการค้านั้นหรือไม่ ดังนั้นแม้บุคคลที่ได้ความลับทางการค้าไปจะเป็นบุคคลที่สาม หรือบุคคลภายนอก หากแต่รู้หรือมีเหตุที่ควรรู้ว่าความลับนั้นได้มาโดยวิธีการอันมิชอบ บุคคลนั้นย่อมต้องรับผิดชอบ³⁸

2.6 การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในฐานะทรัพย์สินทางปัญญา

³⁵ คดี Herbert Morris v Saxelby (1916) AC.

³⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ, “พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545”, *Chulalongkorn Review* 16: 38-53.

³⁷ พีรพล ศรีสิงห์, “การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 124.

³⁸ Margarette Jackson, *A Practical Guide to Protecting Confidential Business Information*, p. 256.

แนวคิดในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในฐานะทรัพย์สินทางปัญญาเป็นไปเพื่อสนับสนุนและให้รางวัลแก่ความพยายามและอุตสาหกรรมของผู้คิดค้น นอกจากนี้ยังช่วยสนับสนุนกิจกรรมทางพาณิชย์อื่นๆ เนื่องจากสามารถทำให้ผู้ประกอบการสามารถแลกเปลี่ยนความคิดที่มีมูลค่าระหว่างกันได้ โดยที่ข้อมูลดังกล่าวจะได้รับความคุ้มครองแม้ไม่ต้องมีการทำสัญญารักษาความลับระหว่างกัน เนื่องจากกฎหมายจะเข้ามากำหนดหน้าที่ให้ผู้รับข้อมูลรักษาความลับ โดยไม่ให้ใช้หรือเปิดเผยข้อมูลต่อโดยไม่ได้รับอนุญาต ทำให้การแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อการพัฒนาคิดค้นผลิตภัณฑ์ บริการ กระบวนการใหม่ๆ รวมทั้งการเจรจาทำสัญญาร่วมทุนและสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นไปโดยสะดวกและมีความปลอดภัยมากขึ้น นอกจากนี้ยังทำให้นายจ้างสามารถปกป้องข้อมูลความลับของตนได้แม้ลูกจ้างลาออกไปตั้งธุรกิจของตนใหม่ หรือไปทำงานกับคู่แข่งทางการค้า トラบไคที่นายจ้างนั้นเปิดเผยความลับให้ลูกจ้างทราบภายใต้เงื่อนไขหรือปริมาณที่เหมาะสมและมีมาตรการในการรักษาความลับเพียงพอ³⁹

นอกจากที่กล่าวข้างต้นแล้ว เหตุผลอื่นที่สนับสนุนแนวคิดในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในฐานะทรัพย์สินทางปัญญามีดังต่อไปนี้⁴⁰

1. ความลับทางการค้าเป็นข้อมูลที่เกิดจากความรู้ความชำนาญ หรือความพยายาม อุตสาหกรรมของผู้คิดค้น หรือค้นพบ และมีประโยชน์ทางพาณิชย์กรรม หรืออุตสาหกรรม อันสอดคล้องกับแนวคิดที่ว่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นงานที่เกิดจากมันสมองและการสร้างสรรค์
2. ความลับทางการค้ามีความคล้ายคลึงกับทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นได้แก่ สิทธิบัตร กล่าวคือ สิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้า หรือ สิทธิบัตรต้องเป็นสิ่งที่ยังไม่เป็นที่ล่วงรู้ต่อบุคคลทั่วไป ในบางครั้งข้อมูลเดียวกันอาจสามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้า หรือสิทธิบัตรก็ได้ แล้วแต่ว่าเจ้าของจะเลือกรับความคุ้มครองแบบใด

การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในฐานะทรัพย์สินทางปัญญา่อมทำให้เจ้าของมีสิทธิหวงกัน หรือกระทำการโดยประการต่างๆ เพื่อป้องกันและจำกัดสิทธิผู้อื่นในการใช้หรือเปิดเผยข้อมูลของตน โดยไม่ได้รับอนุญาต ในลักษณะเดียวกับสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ได้แก่ ผู้ทรงสิทธิบัตร หรือ เจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งมีสิทธิแต่ผู้เดียว (Exclusive Right) งานของตน⁴¹ แต่อย่างไรก็ดีลักษณะแห่งสิทธิของความลับทางการค้าถือได้ว่ามีความเฉพาะตัว และมีการคุ้มครองที่แตกต่างไปจากทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ในแง่ที่ว่าความลับทางการค้าเป็น

³⁹ John Hull, *Commercial Secrecy Law and Practice*, pp. 3-4.

⁴⁰ พีรพล ศรีสิงห์, “การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทย,” หน้า 92-96.

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 91-92.

การคุ้มครองที่อาศัยความไว้วางใจอย่างยิ่ง และอาจไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายเฉพาะในการคุ้มครอง⁴²

แนวความคิดที่ว่าความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่งเห็นได้จากที่ความตกลง TRIPs ได้กำหนดให้ความลับทางการค้า หรือข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผย (Undisclosed Information) เป็นส่วนหนึ่งของความหมายของคำว่า “ทรัพย์สินทางปัญญา” และกำหนดไว้ภายใต้ส่วนที่ 7 ข้อ 39 ให้ประเทศสมาชิกให้ความคุ้มครองข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผย และข้อมูลที่เสนอต่อรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐ⁴³

2.7 การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามหลักกฎหมายแข่งขันทางการค้า

การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามหลักกฎหมายแข่งขันทางการค้าถือว่าการละเมิดความลับทางการค้าของผู้หนึ่งเป็นการประกอบการอันไม่ซื่อสัตย์ในทางอุตสาหกรรมและทางพาณิชย์⁴⁴ หลักดังกล่าวได้รับการยอมรับในระดับสากล ในรูปแบบของหลักการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมจากการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม (Unfair Competition) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อต่อต้านการกระทำและการแข่งขันที่มีลักษณะเป็นการประกอบการอย่างไม่ซื่อสัตย์ในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ซึ่งหลักดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในอนุสัญญาปารีส ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (Paris Convention for the Protection of Industrial Property)⁴⁵ โดยภายใต้ข้อ 10 ทวิ แห่งอนุสัญญาปารีสได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกจัดให้มีการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม และได้กำหนดให้การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม หมายถึง การกระทำใดๆที่ขัดแย้งกับการประพฤติปฏิบัติที่สุจริตในทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม⁴⁶

นอกจากนี้การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามหลักกฎหมายแข่งขันทางการค้ายังปรากฏภายใต้กฎหมายแม่แบบเพื่อป้องกันการแข่งขันไม่เป็นธรรม (Model Provisions on Protection Against Unfair Competition) ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (The World

⁴²วิมาน กฤตพลวิมาน, “มาตรการรักษาความลับทางการค้า”, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 13 (ธันวาคม 2544): 92-115.

⁴³WTO, TRIPs Agreement, Available from: WTO Website.

⁴⁴ไชยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), หน้า 432 - 433.

⁴⁵สอนชัย สิริวิญกุล, “หลักกฎหมายความลับทางการค้ากับการจำกัดการแข่งขันทางการค้า”, บทบัญญัติ 58: 56-119.

⁴⁶Paris Convention for the Protection of Industrial Property, Article 10 bis.

Intellectual Property Organization หรือ WIPO) ซึ่งกำหนดขึ้นเพื่อเป็นแนวทางแก่ประเทศสมาชิก ในการปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงปารีสในการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งในข้อ 6 (1) ของ กฎหมายแม่แบบดังกล่าวได้กำหนดให้การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม รวมถึง การกระทำ หรือการปฏิบัติ ใดในทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรมที่มีผลเป็นการเปิดเผย ได้มา หรือใช้ข้อมูลความลับของ บุคคลอื่น โดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ควบคุมโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งข้อมูลนั้น และในลักษณะที่ขัด ต่อแนวทางปฏิบัติทางพาณิชย์ที่สุจริต⁴⁷

นอกจากนี้การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าภายใต้หลักกฎหมายแข่งขันทางการ ค้ายังปรากฏในประเทศภาคพื้นยุโรป เช่น ในประเทศเยอรมัน ประเทศสเปน และประเทศในทวีป เอเชีย เช่น ประเทศจีน ประเทศญี่ปุ่น

2.8 การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามหลักความยุติธรรม (Equity)

หลักความยุติธรรมเป็นหลักที่กว้างขวางซึ่งศาลในระบบคอมมอนลอว์มักนำมาปรับใช้ ในคดีละเมิดความลับทางการค้า โดยถือว่า บุคคลมีหน้าที่ในการประพฤติปฏิบัติด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต หน้าที่ดังกล่าวย่อมเกิดขึ้นเมื่อบุคคลได้รับข้อมูลความลับมาด้วยความสัมพันธ์อันเป็นที่ ไว้วางใจ หรือการบอกกล่าวอย่างลับๆ⁴⁸ ทั้งนี้ศาลใช้หลักดังกล่าวเข้ามาเสริมหลักสัญญา โดยนำมา ปรับใช้กับบุคคลที่สาม หรือบุคคลภายนอกที่ไม่มีนิติสัมพันธ์หรือความผูกพันตามสัญญาในการ รักษาความลับกับเจ้าของความลับทางการค้า และได้ความลับทางการค้ามาโดยรู้ว่าเป็นการละเมิด สิทธิของผู้อื่น หรือขณะได้นั้นๆ ไม่รู้แต่ได้รับการเตือนในภายหลัง⁴⁹

3. การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทย

3.1 การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าก่อนมีพระราชบัญญัติความลับทางการค้า

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ศาลจึงไม่อาจใช้หลักความยุติธรรม (Equity) ขยายขอบเขตไปให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าอันเป็นสิ่งที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติ

⁴⁷WIPO, Model Provisions on Protection against Unfair Competition(Online), Available from: <http://www.wipo.int/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?bib=22617>.

⁴⁸Robert Dean, The law of trade secrets, p. 43.

⁴⁹ภัทรา ภาคย์ประเสริฐ, “การคุ้มครองบุคคลที่สามที่ได้ความลับทางการค้ามาโดยสุจริต,” หน้า 38.

คุ้มครองไว้โดยชัดแจ้งได้⁵⁰ การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าจึงต้องพิจารณาตามกฎหมายที่มีอยู่ คือ ประมวลกฎหมายอาญา และประมวลกฎหมายแพ่งในเรื่องสัญญาและละเมิด

การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าทางอาญา เป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ลักษณะ 11 หมวด 2 ว่าด้วยความผิดฐานเปิดเผยความลับ มาตรา 322 323 และ 324 ซึ่งเจ้าของความลับสามารถดำเนินคดีตามกฎหมายกับผู้กระทำความผิดตามมาตราดังกล่าวได้

ส่วนการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าทางแพ่ง เป็นไปตามกฎหมายลักษณะสัญญา ซึ่งหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าเจ้าของธุรกิจผู้มีความลับทางการค้าในครอบครองได้ทำสัญญากับลูกจ้างหรือผู้ร่วมทุนไม่ให้เปิดเผยความลับทางการค้าที่ได้ล่วงรู้มาขณะที่ทำงานกับนายจ้าง หรือระหว่างที่มีการร่วมลงทุน ก็สามารถฟ้องร้องได้หากมีการละเมิดข้อสัญญารักษาความลับ⁵¹ นอกจากนี้มาตรการการรักษาความลับโดยใช้สัญญาอาจเกิดขึ้นระหว่างการเจรจาทำสัญญาก็ได้ โดยที่คู่สัญญาอาจตกลงทำสัญญาว่าจะไม่เปิดเผยความลับที่ได้รับรู้ระหว่างการเจรจาทำสัญญา หากต่อมาคู่สัญญาผิดสัญญาดังกล่าวนำความลับไปเปิดเผย หรือใช้ความลับนั้นในลักษณะเป็นการละเมิดต่อข้อสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายย่อมสามารถฟ้องคดีต่อศาลขอให้ศาลห้ามการเปิดเผย หรือใช้ความลับทางการค้านั้น และเรียกค่าเสียหายได้

ในส่วนของการให้ความคุ้มครองทางแพ่งกรณีที่ไม่มีการทำสัญญารักษาความลับนั้น นักกฎหมายส่วนใหญ่มีแนวความเห็นว่าจะสามารถนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาปรับใช้ในฐานกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ ในกรณีที่มีการก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของข้อมูล หรือผู้มีสิทธิในข้อมูลตามกฎหมายโดย บุคคลดังกล่าวสามารถดำเนินการเรียกร้องให้มีการชดเชยค่าเสียหายได้⁵² ทั้งนี้เนื่องจากการเข้าถึงความลับทางการค้าโดยวิธีมิชอบ เปิดเผย หรือใช้ความลับโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของความลับ อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าของความลับ มีลักษณะเป็นการกระทำละเมิดตามที่กฎหมายลักษณะละเมิดได้กำหนดไว้⁵³

3.2 การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

⁵⁰ ประสพสุข บุญเดช, “ความลับทางการค้า”. วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 5: 29-92.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน.

⁵² ไชยยศ หะมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, หน้า 438-439.

⁵³ ภัทรา ภาคย์ประเสริฐ, “การคุ้มครองบุคคลที่สามที่ได้ความลับทางการค้ามาโดยสุจริต,” หน้า 168-1171.

3.2.1 เหตุผลในการตราพระราชบัญญัติความลับทางการค้า

(ก). การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายที่มีอยู่ไม่เพียงพอ

การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามกฎหมายที่มีอยู่มีข้อจำกัด เนื่องจากการกระทำที่จะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญานั้นต้องเป็นการเปิดเผยข้อมูลความลับตามประเภทที่กฎหมายกำหนด และต้องกระทำโดยบุคคลที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ส่วนการให้ความคุ้มครองทางแพ่งนั้น สัญญาข่มขู่ถูกจำกัดให้มีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญา โดยไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอก และข้อสัญญาจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือมีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า⁵⁴ หรือขัดต่อพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยมีลักษณะจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพของอีกฝ่ายและทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่พึงคาดหมายได้ตามปกติ⁵⁵ ส่วนของข้อจำกัดในการคุ้มครองความลับทางการค้าโดยอาศัยกฎหมายลักษณะละเมิด คือ โจทก์ในคดีละเมิดต้องพิสูจน์ว่าการกระทำดังกล่าวเข้าองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ผู้กระทำต้องกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งการนำสืบถึงความจงใจ หรือประมาทเลินเล่อดังกล่าว อาจสร้างภาระให้กับโจทก์ในคดีละเมิดความลับทางการค้าได้ นอกจากนี้กฎหมายลักษณะละเมิดไม่ได้ให้อำนาจศาลออกคำสั่งห้ามผู้กระทำละเมิดเปิดเผย หรือใช้ความลับนั้น และไม่ได้ให้อำนาจศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) โดยศาลจะสามารถกำหนดค่าเสียหายได้เฉพาะค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงให้สมควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดเท่านั้น⁵⁶

(ข). การเข้าเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก (WTO)

ประเทศไทยได้เข้าเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก (WTO) โดยการให้สัตยาบันตามความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก (Marrakesh Agreement Establishment) เมื่อวันที่ 15 เมษายน พ.ศ. 2537 ประเทศไทยจึงมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าวซึ่งพันธกรณีเรื่องหนึ่งคือ การปฏิบัติตามความตกลง TRIPs ซึ่งเป็นความตกลงหนึ่งในภาคผนวกของความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกด้วย โดยความตกลงดังกล่าวได้กำหนดไว้ภายใต้หมวด 7 ว่าด้วยการคุ้มครองข้อสนเทศที่ไม่

⁵⁴ ประสบสุข บุญเดช, “ความลับทางการค้า”. วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 5: 29-92.

⁵⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 5

⁵⁶ พิรพล ศรีสิงห์, “การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศ,” หน้า 167-168.

เปิดเผย โดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีกฎหมายให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า และกำหนดระยะเวลาให้ประเทศสมาชิกออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองความลับทางการค้าไว้ในข้อ 39 ให้ประเทศสมาชิกต้องตรากฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้าออกมาบังคับใช้ภายใน 5 ปีนับแต่วันที่ 1 มกราคม 2538⁵⁷

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นประกอบกับการที่ประเทศไทยมีนโยบายในการส่งเสริมการประกอบธุรกิจให้เป็นไปอย่างเสรีและป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ จึงมีการร่างพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ขึ้น ซึ่งได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาและประกาศในราชกิจจานุเบกษามีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายตั้งแต่วันที่ 22 กรกฎาคม 2545 เป็นต้นมา

3.2.2 ลักษณะการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าภายใต้พระราชบัญญัติความลับทางการค้า

พระราชบัญญัติความลับทางการค้ามีฐานะเป็นกฎหมายเฉพาะ (Sui Generis) ไม่มีผลเป็นการยกเลิกบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดฐานเปิดเผยความลับ และการบังคับตามสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งลักษณะสัญญาและละเมิด เจ้าของความลับทางการค้ามีสิทธิเลือกฟ้องคดีโดยอาศัยบทบัญญัติที่ตนเห็นว่าเป็นประโยชน์กับตนมากที่สุดได้⁵⁸

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ให้ความคุ้มครอง แบ่งเป็น 6 หมวด หมวด 1 เกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้า หมวด 2 เกี่ยวกับการพิจารณาคดีเกี่ยวกับความลับทางการค้า หมวด 3 เกี่ยวกับการช่วยเหลือการดูแลความลับทางการค้าโดยหน่วยงานของรัฐ หมวด 4 เกี่ยวกับการคณะกรรมการความลับทางการค้า หมวด 5 เกี่ยวกับพนักงานเจ้าหน้าที่ และหมวด 6 เป็นบทกำหนดโทษ

ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า เป็นไปตามมาตรา 6 ซึ่งกำหนดให้การเปิดเผยข้อมูล เอาไป หรือการใช้ข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของความลับทางการค้า ในลักษณะที่มีใช้การปฏิบัติทางการค้าอย่างสุจริตต่อกัน เป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าซึ่งเจ้าของความลับทางการค้า และผู้ควบคุม

⁵⁷พรชัย ด้านวิวัฒน์, กฎหมายการค้าและสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 11-12.

⁵⁸ประสพสุข บุญเดช, “ความลับทางการค้า”. วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 5: 29-92.

ความลับทางการค้า สามารถร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งห้ามละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า รวมทั้งฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ โดยพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้เรียกได้ทั้งค่าเสียหายที่แท้จริง รวมถึงการให้คืนผลประโยชน์ที่ได้จากการกระทำละเมิด รวมทั้งค่าเสียหายที่เป็นการลงโทษ

3.2.3 นิยามความลับทางการค้าภายใต้พระราชบัญญัติความลับทางการค้า

การพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้าเป็นสิ่งสำคัญที่สุดในการบังคับใช้กฎหมายความลับทางการค้า เพื่อให้การคุ้มครองความลับทางการค้ามีประสิทธิภาพตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และการบังคับสิทธิให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด เพราะหากข้อมูลใดไม่ถือเป็นความลับทางการค้าแล้ว แม้ข้อมูลนั้นจะมีความสำคัญกับองค์กรธุรกิจเพียงใดก็ไม่อาจจะนำกฎหมายความลับทางการค้าไปใช้บังคับกับผู้เปิดเผย เอาไป หรือใช้ข้อมูลดังกล่าวได้

ทั้งนี้พระราชบัญญัติความลับทางการค้า มาตรา 3 ได้กำหนดนิยามความลับทางการค้าว่า หมายถึง ข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว โดยเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ และเป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติข้างต้นจะพบว่า ความลับทางการค้าต้องประกอบด้วยคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(ก). เป็นข้อมูลการค้า

พระราชบัญญัติความลับทางการค้ามาตรา 3 ได้กำหนดให้ข้อมูลการค้าหมายความว่า สิ่งที่สื่อความหมายให้รู้ข้อความ เรื่องราว ข้อเท็จจริง หรือสิ่งใด ไม่ว่าจะการสื่อความหมายนั้นจะผ่านวิธีการใดๆ และไม่ว่าจะจัดทำไว้ในรูปใดๆ และให้หมายความรวมถึงสูตร รูปแบบ งานที่ได้รวบรวมหรือประกอบขึ้น โปรแกรม วิธีการ เทคนิค หรือกรรมวิธีด้วย

ลักษณะสำคัญของข้อมูลการค้ามีดังนี้คือ

(1). เป็นสิ่งที่สื่อความหมายให้รู้ข้อความ เรื่องราว ข้อเท็จจริง หรือสิ่งใด

ถ้อยคำว่า “สิ่งที่สื่อความหมายให้รู้ข้อความ เรื่องราว ข้อเท็จจริง หรือสิ่งใด” ย่อมกินความถึงข้อมูลต่างๆอย่างกว้างขวาง โดยอาจเป็นข้อมูลที่ไม่มีคุณสมบัติเพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่น เช่น เทคนิคการบริหารงาน หรือวิธีการทำอาหารใหม่ๆ นอกจากนี้ข้อมูลนั้นยังอาจเป็นสิ่งที่มียู่แล้ว เช่น สูตรหรือทฤษฎีใดๆซึ่งมีอยู่แล้วตามธรรมชาติและต่อมาเมื่อผู้ค้นพบ ไปจนถึงสิ่งที่เกิดจากการสร้างสรรค์ค้นคิดด้วยสติปัญญาของมนุษย์อันได้แก่ งานที่ได้รวบรวมหรือประกอบขึ้น โปรแกรม วิธีการ เทคนิค หรือกรรมวิธี ซึ่งสิ่งเหล่านี้อาจเข้าข่ายที่จะได้รับการคุ้มครองภายใต้ทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นก็ได้ เช่น ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร แต่เจ้าของข้อมูลอาจเลือกที่จะเก็บข้อมูลเป็นความลับเพื่อให้ได้การคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้าแทนเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองโดยไม่จำกัดระยะเวลา⁵⁹

นอกจากนี้คำว่า “สิ่งที่สื่อความหมายให้รู้ข้อความ เรื่องราว ข้อเท็จจริง หรือสิ่งใด” ยังสามารถตีความได้ว่า หากเป็นสิ่งใดก็ตามที่สามารถสื่อสารให้ปรากฏความหมายได้ ย่อมถือเป็นข้อมูลการค้าได้ทั้งสิ้น แม้กระทั่งเป็นเพียงข้อมูลที่อยู่ในความทรงจำหรือความคิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่งก็ตาม อย่างไรก็ตาม ในเรื่องดังกล่าวได้มีนักกฎหมายให้ความเห็นว่า ข้อมูลการค้าไม่ควรจะเป็นเพียงแต่ความคิด (idea) ไม่ว่าจะ เป็นความคิดทางอุตสาหกรรม (industrial idea) หรือความคิดทางการค้า (commercial idea) ที่ช่างเทคนิคยังไม่ได้ทำให้อยู่ในรูปที่ใช้งานได้ตามความเป็นจริง (not reduced to actual workable form by the technician) ดังที่ตัวอย่างที่ศาลต่างประเทศเคยวินิจฉัยไว้ว่า ความคิดที่จะจัดให้มีแบบฟอร์มให้บริการข้อมูลทางภาษีอากรแก่นักธุรกิจและบริษัทห้างร้านต่างๆ ความคิดที่จะทำพื้นรองเท้าด้วยผ้าใบ ความคิดที่จะขายประกันภัย หรือความคิดที่จะให้มีรถไฟเล็กและใช้ติดสายโฆษณาในงานแสดงสินค้า เหล่านี้ศาลถือว่าเป็นนามธรรม (abstract) เกินกว่าที่จะเป็นที่ได้รับการคุ้มครอง หากแต่สิ่งที่จะถือเป็นข้อมูลการค้าที่ได้รับความคุ้มครองย่อมต้องมีตัวตนและชี้ได้ชัดเจนแน่นอน (concreteness) จึงจะถือเป็นความลับทางการค้า ซึ่งมีนักกฎหมายมองว่าข้อพิจารณาดังกล่าวน่าจะสามารถนำมาปรับใช้ตีความนิยามความลับทางการค้าภายใต้พระราชบัญญัติความลับทางการค้าได้ เพื่อให้การตีความข้อมูลการค้ามีความแน่นอนยิ่งขึ้นและไม่กว้างขวางเกินไป⁶⁰ อย่างไรก็ตาม เรื่องดังกล่าวเป็นเพียงการพิจารณาตามความเห็นของนักกฎหมาย ขณะที่นิยามข้อมูลการค้าตามกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงให้ข้อมูลการค้าไม่รวมถึง ความคิด หรือ ข้อมูลที่มีลักษณะเป็นนามธรรม (abstract) ด้วย การปรับใช้แนวความคิดเช่นว่ากับนิยามข้อมูลการค้า นั้นย่อมขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลในแต่ละคดีว่าจะนำแนวคิดดังกล่าวมาตีความบนนิยามข้อมูลการค้าหรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาจากแนวคำพิพากษาที่จะมีขึ้นต่อไปในอนาคต

⁵⁹ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, หน้า 430-435.

⁶⁰ประสพสุข บุญเดช, “ความลับทางการค้า”. วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 5: 29-92.

(2). กฎหมายไม่ได้จำกัดวิธีการในการสื่อความหมาย

ข้อมูลที่สื่อความหมายให้รู้ข้อความ เรื่องราวต่างๆ อาจทำผ่านวิธีใดก็ได้ เช่น โดยการส่งผ่านดาวเทียม การจัดทำลงในฐานข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือการทำให้เป็นรูปแบบกราฟสถิติ⁶¹ และเมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีการไว้โดยเฉพาะก็ย่อมจะรวมถึง กรณีที่ข้อมูลนั้นไม่ได้ถูกบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร หากแต่เป็นการถ่ายทอดข้อมูลด้วยวาจา ก็น่าจะถือเป็นข้อมูลการค้าได้เช่นกัน

(3). ข้อมูลการค้าอาจอยู่ในรูปใดก็ได้

ข้อมูลการค้าไม่จำเป็นต้องเป็นสิ่งที่มีรูปร่าง หรือปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร โดยอาจเป็นข้อมูลที่อยู่ในความทรงจำของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือ ที่มีการถ่ายทอดเป็นวาจาก็ได้ ทั้งนี้เจ้าของไม่จำเป็นต้องบันทึกรายละเอียดของข้อมูลไว้ในสื่อบันทึกใดๆ ดังนั้นเจ้าของอาจเพียงเก็บข้อมูลเป็นความลับไว้ในความทรงจำของตนเท่านั้นก็สามารถอ้างการคุ้มครองได้ หากข้อมูลนั้นมีสถานะภาพเป็นความลับและมีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์⁶²

แม้ว่าพระราชบัญญัติความลับทางการค้าจะไม่ได้กำหนดให้ข้อมูลการค้าต้องถูกบันทึกอยู่ในสื่อกลางหรือปรากฏเป็นรูปธรรม หากแต่ได้กำหนดให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลไม่ว่าถูกจัดทำในรูปใดๆ ซึ่งการกำหนดเช่นว่าย่อมทำให้ข้อมูลที่แม้ไม่ได้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ได้บันทึกอยู่ในสื่อบันทึกใดๆ หรือแม้เป็นเพียงความทรงจำของผู้เป็นเจ้าของย่อมได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้าได้ อย่างไรก็ตาม ในเมื่อไม่มีข้อมูลปรากฏในลักษณะจับต้องหรือมองเห็นได้ การกำหนดขอบเขตและระบุให้ชัดเจนซึ่งข้อมูลที่กล่าวอ้างว่าเป็นความลับทางการค้าย่อมเรื่องยากลำบาก

ดังนั้นเพื่อให้การกำหนดขอบเขตและระบุชี้ชัดซึ่งข้อมูลที่กล่าวอ้างเป็นไปได้ง่ายขึ้น นักกฎหมายชาวตะวันตกบางท่านจึงมีแนวคิดที่ว่า หากโจทก์สามารถอ้างอิงถึงสื่อบันทึกทางกายภาพ (physical record) ข้อเท็จจริงดังกล่าวน่าจะมีส่วนช่วยยืนยันสนับสนุนว่าโจทก์ได้ให้รายละเอียดข้อมูลให้เห็นประจักษ์และมีตัวตน (clearly itemize the knowledge in concrete and substantive term) อันจะทำให้การวินิจฉัยข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้ามีความแน่นอนและง่ายขึ้น ทั้งยังเพิ่มโอกาสที่โจทก์จะชนะคดีได้มากขึ้น ในทางตรงกันข้าม หากโจทก์ไม่สามารถไม่สามารถกำหนด

⁶¹ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, หน้า 442-443.

⁶²เรื่องเดียวกัน, หน้า 430-435.

ขอบเขตของความลับทางการค้าได้โดยการอ้างถึงสิ่งบันทึกอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นรูปธรรม (เช่น เอกสาร หรือ แผ่นดิสก์บรรจุข้อมูล) หรืออ้างอิงถึงสิ่งที่เป็นนามธรรมเท่านั้น (abstract categories) ก็อาจกับความยากลำบากในการระบุชี้ชัดข้อมูลนั้นให้ชัดเจนเพียงพอตามที่ศาลต้องการ และอาจทำให้โจทก์แพ้คดีในที่สุดเนื่องจากไม่สามารถแสดงได้ชัดเจนซึ่งข้อมูลที่ประสงค์จะรับความคุ้มครองหรือมีละนั้นไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าข้อมูลที่กล่าวอ้างเป็นความลับทางการค้า⁶³

(4). ข้อมูลการค้าไม่จำเป็นต้องเป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเทคนิคหรือเรื่องทางธุรกิจเสมอไป

มาตรา 3 ไม่ได้กำหนดว่าข้อมูลการค้าต้องเป็นข้อมูลเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับเรื่องธุรกิจ หรือเรื่องทางเทคนิคเท่านั้น ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับความลับทางการค้า (UTSA) ของสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่ามีความสอดคล้องกัน โดย UTSA ได้กำหนดให้ข้อมูลที่อาจเป็นความลับทางการค้ากินความกว้างขวางโดยหมายถึง ข้อมูลใดๆ ซึ่งรวมถึง สูตร รูปแบบ การรวบรวม โปรแกรม เครื่องมือ วิธีการ เทคนิค หรือ กระบวนการใดๆ ทั้งนี้คำว่า “วิธีการ และเทคนิค” นั้นตั้งใจให้รวมถึงความรู้ความชำนาญด้วย (The words "method, technique" are intended to include the concept of "know-how")⁶⁴

ในขณะที่เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้าอีกฉบับหนึ่งของสหรัฐอเมริกาซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติการจารกรรมทางเศรษฐกิจ (EEA) ได้กำหนดให้ความลับทางการค้าหมายถึง ข้อมูลทางการเงิน ธุรกิจ วิทยาศาสตร์ ทางเทคนิค เศรษฐกิจ หรือวิศวกรรม ไม่ว่าจะประเภทหรืออยู่ในรูปแบบใดๆ (all forms and types of financial, business, scientific, technical, economic, or engineering information)⁶⁵

ในขณะที่ภายใต้กฎหมายป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของประเทศญี่ปุ่น (UPCL) ได้กำหนดไว้เฉพาะเจาะจงยิ่งกว่ากฎหมายสองฉบับที่กล่าวมา โดยความลับทางการค้าต้องเป็นข้อมูลทางเทคนิคหรือทางธุรกิจเท่านั้น (technical or business information)⁶⁶

⁶³William van Caenegem, Intellectual property law and innovation, 1st published (Australia: Cambridge University Press, 2007), pp. 29-30.

⁶⁴NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, Uniform trade secrets act with 1985 amendments with prefatory note and comments, Available from: <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1980s/utsa85.htm>.

⁶⁵Economic Espionage Act (1996), Section 1839 (3).

⁶⁶Unfair Competition Prevention Act of 1993, Article 3.

ดังนั้น เมื่อพระราชบัญญัติความลับทางการค้าไม่ได้กำหนดว่าข้อมูลการค้าต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องเฉพาะกับธุรกิจ หรือข้อมูลทางเทคนิคเท่านั้น ข้อมูลการค้าจึงมีได้อย่างกว้างขวางและหลากหลาย โดยอาจเป็นข้อมูลทางธุรกิจ ข้อมูลทางเทคนิค หรืออาจไม่เข้าลักษณะทั้งสองประการเลยก็ได้ ตัวอย่างของข้อมูลที่มีนักกฎหมายเห็นว่าอาจเป็นความลับทางการค้าได้ ได้แก่ ข้อมูลการขาย ข้อมูลแผนการตลาด ข้อมูลราคาประมูลสินค้า รหัสราคา รายงานราคาต้นทุน รายชื่อลูกค้า ข้อมูลส่วนประกอบของสิ่งประดิษฐ์ ขั้นตอนการทำงานเพียงขั้นตอนเดียวของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ วิธีการเก็บหนังสือในห้องสมุด⁶⁷ รหัสการออกอากาศเคเบิลทีวี ฐานข้อมูลเกี่ยวกับลูกค้าซึ่งมีการแบ่งเกรดลูกค้าออกเป็นกลุ่มๆ รายละเอียดการชำระเงินของลูกค้า⁶⁸ โครงเรื่องนวนิยาย ข้อมูลบัญชีในธนาคาร⁶⁹

(ข). มีสถานะเป็นความลับ โดยยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลนั้น

องค์ประกอบในข้อนี้เป็นการกำหนดสถานภาพความลับของข้อมูล ซึ่งกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับจำนวนบุคคลที่ทราบหรือเข้าถึงข้อมูลไว้สองประการคือ ข้อมูลการค้าต้องไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไป หรือ ยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลนั้น หากข้อมูลนั้นเป็นที่รับทราบ โดยบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด ข้อมูลนั้นย่อมไม่มีสภาพเป็นความลับทางการค้า

ข้อความดังกล่าวคล้ายคลึงกับเงื่อนไขที่ความตกลง TRIPs ได้กำหนดไว้ว่า ข้อสนเทศนั้นไม่ว่าจะเป็นตัวข้อมูลทั้งหมด หรือส่วนใดที่แน่นอนอันประกอบเป็นข้อมูลนั้นหรือองค์ประกอบของข้อมูลนั้น ต้องมีสภาพเป็นความลับในลักษณะที่ไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไป หรือไม่สามารถเข้าถึงได้ ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติมีความเกี่ยวข้องกับข้อสนเทศเช่นว่า (is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question)

⁶⁷ จันทรกระท่อ ต่อสุวรรณ, “ข้อมูลที่มีลักษณะเป็นความลับทางการค้า”, วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา 7th Anniversary Current Issue (2004): 268 – 295.

⁶⁸ ลัดดาวัลย์ สีกาแก้ว, “เมื่อข้อมูลทางธุรกิจหายกฎหมายคุ้มครองได้จริงหรือ?” วารสารข่าว กฎหมายใหม่ 25 (เมษายน 2547): 12 - 20.

⁶⁹ ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, หน้า 442.

หากเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของต่างประเทศ UTSA ของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดขอบเขตบุคคลผู้เกี่ยวข้องกับข้อมูลไว้ว่า นอกจากข้อมูลความลับทางการค้าต้องไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไป ยังต้องไม่อยู่ในสถานะที่จะถูกเข้าถึงได้โดยวิธีการอันชอบด้วยกฎหมาย โดยบุคคลอื่นซึ่งจะได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการเปิดเผยหรือใช้ข้อมูลนั้น (not being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosure or use)⁷⁰ จะเห็นได้ว่าภายใต้ UTSA ขอบเขตบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลมีสองกลุ่มคือ 1) บุคคลทั่วไป และ 2) บุคคลอื่นซึ่งจะได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการเปิดเผยหรือใช้ข้อมูลนั้น ซึ่งบุคคลประเภทสองนี้เองเป็นจุดที่ UTSA มีความแตกต่างจากของไทย ส่วน EEA ได้ระบุขอบเขตของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลว่า ข้อมูลต้องไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไป และไม่เป็นที่เข้าถึงได้โดยวิธีการโดยชอบโดยสาธารณชน (not being general known to, and not being readily ascertainable through proper means by the public)⁷¹

ในขณะที่ UPCL ของประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดไว้อย่างกว้างๆเพียงว่าข้อมูลนั้นต้องไม่เป็นที่รู้จักโดยสาธารณชนทั่วไป (not publicly known)⁷²

ในส่วนของข้อกำหนดต้นแบบในการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (Model Provisions on Protection against Unfair Competition) ได้กำหนดขอบเขตบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลไว้สองกลุ่มคือ ข้อมูลความลับต้องไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไปในอุตสาหกรรมเฉพาะที่เกี่ยวข้อง (particular industry) หรือโดยคู่แข่ง⁷³

ในส่วนแนวทางของประเทศอังกฤษนั้น ขอบเขตของบุคคลที่รับรู้ข้อมูลนั้นจำกัดอยู่ที่บุคคลในวงการอุตสาหกรรม หรือสาขาวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ หากข้อมูลนั้นเป็นที่รับรู้โดยทั่วไปในวงการที่เกี่ยวข้อง หรือในอุตสาหกรรม หรือในสาขาวิชาชีพที่เกี่ยวข้องย่อมสูญเสียสถานภาพความลับ

เมื่อพิจารณาจากเงื่อนไขเกี่ยวกับสถานภาพความลับตามที่พระราชบัญญัติความลับทางการค้าได้กำหนด จะเห็นได้ว่า คุณสมบัติในข้อนี้ขึ้นอยู่กับขอบเขตของบุคคลที่ทราบหรือสามารถ

⁷⁰NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, Uniform trade secrets act with 1985 amendments with prefatory note and comments, Available from: <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1980s/utsa85.htm>.

⁷¹Economic Espionage Act (1996). Section 1839 (3).

⁷²Unfair Competition Prevention Act of 1993. Article 3.

⁷³WIPO, Model Provisions on Protection against Unfair Competition(Online), Available from: <http://www.wipo.int/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?bib=22617>.

เข้าถึงข้อมูลนั้น โดยจำกัดเพียงบุคคลสองกลุ่มคือ บุคคลทั่วไป และ บุคคลซึ่งโดยปรกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลนั้น ดังนั้นในทางกลับกันหากข้อมูลนั้นเป็นที่ล่วงรู้โดยบุคคลนอกจากตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้สองประเภทนั้น ข้อมูลนั้นย่อมสามารถดำรงสภาพเป็นความลับได้อยู่ ดังนั้นข้อมูลการค้าไม่จำเป็นต้องเป็นสิ่งที่ยังไม่เคยมีใครรับรู้มาก่อน หรือเป็นความลับเด็ดขาดไม่มีใครรู้เลยนอกจากเจ้าของข้อมูลเพียงคนเดียว แม้ข้อมูลนั้นเป็นที่ล่วงรู้ในวงจำกัดก็ยังสามารถเป็นความลับทางการค้าได้ เช่น เจ้าของข้อมูลสามารถเปิดเผยข้อมูลให้แก่ลูกจ้างหรือบุคคลในวงจำกัดล่วงรู้เพื่อใช้ประโยชน์แก่กิจการของเจ้าของข้อมูลนั้นได้ หรืออนุญาตให้บุคคลอื่นใช้ประโยชน์จากข้อมูลโดยกำหนดให้บุคคลนั้นมีหน้าที่รักษาความลับ トラบใดที่ไม่ได้ปล่อยให้ข้อมูลเป็นที่ล่วงรู้โดยบุคคลทั่วไป หรือ สามารถเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปรกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลนั้น ข้อมูลนั้นก็สามารถดำรงสถานะเป็นความลับทางการค้าได้⁷⁴

รายละเอียดของเงื่อนไขที่ว่าข้อมูลต้องไม่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปหรือเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปรกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลนั้นมีดังนี้

ข้อมูลต้องไม่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป

เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดว่าข้อมูลต้องไม่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปนั้น หมายถึง บุคคลทั่วไปต้องยังไม่ทราบข้อมูลการค้านั้น โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดจำนวนบุคคลไว้แน่ชัดว่าเป็นเท่าใด จึงต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป ในบางกรณีที่ข้อมูลการค้าเป็นที่รับรู้แก่บุคคลส่วนใหญ่ของกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่ง หรือชุมชนหนึ่งๆ เช่น เป็นที่รับรู้โดยบุคคลคนส่วนใหญ่ของอำเภอหรือจังหวัด ข้อมูลนั้นก็อาจสูญเสียสถานะภาพความลับโดยถือว่าเป็นที่รู้จักโดยทั่วไปแล้ว โดยไม่จำเป็นที่ข้อมูลนั้นต้องเป็นที่รับรู้โดยบุคคลส่วนใหญ่ของสังคมหรือในประเทศ⁷⁵

ข้อมูลต้องเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปรกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลนั้น

นอกจากข้อมูลนั้นจะไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไปแล้ว ข้อมูลนั้นยังต้องไม่สามารถเข้าถึงได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปรกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลนั้น ซึ่งคำว่า หมู่บุคคลซึ่งโดยปรกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว ทำให้สามารถตีความขอบเขตของบุคคลผู้เกี่ยวข้องกับข้อมูลความลับทางการค้าได้หลายทาง เนื่องจากบุคคลที่โดยปรกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลนั้นอาจหมายรวมถึงผู้บริหาร

⁷⁴ กัทธา ภาคย์ประเสริฐ, “การคุ้มครองบุคคลที่สามที่ได้ความลับทางการค้ามาโดยสุจริต,” หน้า. 17.

⁷⁵ ธนพจน เอกโยคยะ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้า, หน้า 736-737.

กิจการ พนักงานลูกจ้าง ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการผลิตสินค้า หรือกรรมวิธีการผลิต ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในธุรกิจประเภทเดียวกัน หรือผู้บริ โภคซึ่งใช้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้น โดยกระบวนการที่เป็นความลับก็ได้ และอาจทำให้ตีความได้ว่า ความลับทางการค้านั้นต้องไม่เป็นที่ล่วงรู้กับใครเลยนอกจากผู้คิดค้น หรือผู้บริหารเท่านั้น ซึ่งในความเป็นจริงในการประกอบธุรกิจนั้น อาจมีความจำเป็นต้องมีการเปิดเผยข้อมูลความลับให้ลูกจ้างในกิจการทราบ ภายใต้หน้าที่ในการรักษาความลับก็เป็นได้

ในบางตำรามีความเห็นว่าคุณลักษณะโดยปรกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลคือ บุคคลที่เกี่ยวข้องในวงการณ์นั้น ไม่ว่าจะเป็นในด้านผู้ที่เกี่ยวข้องกับการผลิต ซื่อขาย ตลอดจนผู้บริ โภค หรือบุคคลอื่นๆที่เกี่ยวข้อง⁷⁶ ซึ่งการตีความเช่นว่าย่อมทำให้บุคคลซึ่งโดยปรกติต้องเกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าหมายถึงบุคคลได้หลากหลายและกว้างขวาง และหมายความว่าข้อมูลที่จะเป็นความลับทางการค้านั้นต้องไม่เป็นที่เข้าถึงโดยบุคคลที่เกี่ยวข้องตั้งแต่ขั้นของการผลิตไปจนถึงผู้บริ โภคเลยทีเดียว

ขณะที่นักกฎหมายบางท่านมองว่า ถ้อยคำดังกล่าว หมายถึง กรณีที่ข้อมูลการค้านั้นปรกติแล้วจะมีบุคคลเข้าไปเกี่ยวข้องกับข้อมูลเป็นจำนวนมาก แต่บุคคลที่เข้าไปเกี่ยวข้องนั้นหาได้รู้หรือเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวอย่างแท้จริงไม่ เช่น สูตรส่วนผสมของน้ำอัดลม ซึ่งจะมีบุคคลกลุ่มต่างๆเข้าไปเกี่ยวข้องกับน้ำอัดลมจำนวนมาก ตั้งแต่บุคคลที่ทำงานในโรงงานผลิต บรรจุขวด ขนส่ง แต่จะมีบุคคลกลุ่มเล็กๆเพียงกลุ่มเดียวเท่านั้นที่จะทราบถึงส่วนผสมของน้ำอัดลมอย่างแท้จริง เช่น พนักงานที่ควบคุมส่วนผสม พนักงานที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมคุณภาพ หรือกรรมการผู้จัดการเท่านั้น⁷⁷ ในขณะที่เดียวกันก็มีความเห็นอีกทางว่าคุณลักษณะโดยปรกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูล น่าจะหมายถึง ผู้ประกอบกิจการลักษณะเดียวกันหรือคู่แข่งทางการค้า⁷⁸

ในขณะที่บางกรณีได้มีการกล่าวถึงสถานภาพความลับของข้อมูลว่า ข้อมูลต้องเป็นความลับอยู่จริงโดยไม่ได้เปิดเผยเป็นที่รู้กันทั่วไปหรือเป็นสิ่งที่ เป็นสาธารณะ (public domain) และ

⁷⁶ สุพิศ ปราณีตพลกรัง, กฎหมายว่าด้วยความลับทางการค้า (กรุงเทพมหานคร: อินเทอร์เน็ต, เมษายน พ.ศ. 2546), หน้า 22.

⁷⁷ ธนพจน เอกโยคยะ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้า, หน้า 737.

⁷⁸ วิมาน กฤตพลวิมาน, “มาตรการรักษาความลับทางการค้า”, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 13: 92-115.

ต้องไม่ปรากฏว่าคู่แข่งทางการค้าอื่นล่วงรู้ข้อมูลนั้นด้วย กล่าวคือ แม้บุคคลธรรมดาทั่วไปจะไม่รู้ แต่ถ้าผู้ชำนาญการของคู่แข่งรู้ ข้อมูลนั้นก็ไม่ใช่ความลับทางการค้าอีกต่อไป⁷⁹

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการกำหนดตัวบุคคลซึ่ง โดยปกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลนั้นยังไม่มี ความแน่นอนเท่าใดนัก หากพิจารณาจากแนวทางของต่างประเทศ มักจะจำกัดขอบเขตว่าข้อมูลต้อง ไม่เป็นที่รับทราบโดยคู่แข่งหรือผู้ประกอบการในวงการเดียวกัน ส่วนการเปิดเผยข้อมูลต่อบุคคลใน กิจกรรมเดียวกันนั้น หากกระทำโดยกำหนดหน้าที่รักษาความลับแก่บุคคลเหล่านั้น ก็น่าจะยังทำให้ ข้อมูลดำรงสถานภาพความลับได้อยู่ อย่างไรก็ดี แนวทางในการตีความขอบเขตของบุคคลดังกล่าว ย่อมขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลในแต่ละคดี และคงต้องอาศัยแนวคำพิพากษาจากศาลต่อไปใน อนาคต

(ค). มีประโยชน์เชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ

ข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองต้องมีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ เงื่อนไขดังกล่าวเป็นเช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในความตกลง TRIPs (has commercial value because it is secret)⁸⁰ และยังมีผลคล้ายคลึงกับที่ UTSA และ EEA ได้กำหนดไว้ หากแต่ภายใต้ UTSA และ EEA นั้นได้กำหนดไว้ละเอียดกว่านั้นคือ “ข้อมูลนั้นต้องคุณค่าทางเศรษฐกิจในตัวเอง โดยอาจ เป็นคุณค่าซึ่งมีตามความเป็นจริงหรือซึ่งอาจมีขึ้น...” (derives independent economic value, actual or potential from not being generally known...)⁸¹ ส่วนนิยามความลับภายใต้ UPCL ของประเทศ ญี่ปุ่นนั้น ได้ใช้ถ้อยคำที่ต่างไปคือกำหนดให้ ข้อมูลต้องมีประโยชน์ต่อกิจกรรมทางพาณิชย์ (useful for commercial activities)⁸²

ในส่วนของประเทศไทยเอง ได้มีนักกฎหมายให้ลักษณะของข้อมูลที่มีประโยชน์เชิงพาณิชย์ไว้ซึ่งล้วนเป็นไปในทำนองเดียวกันดังนี้

⁷⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, จิตตภัทร์ เครือวรรณ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่องความลับทางการค้า, โดยศูนย์วิจัยและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537. (เอกสารไม่ได้พิมพ์เผยแพร่).

⁸⁰ WTO, TRIPs Agreement, Available from: WTO Website.

⁸¹ NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, Uniform trade secrets act with 1985 amendments with prefatory note and comments, Available from: <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1980s/utsa85.htm>.

⁸² Unfair Competition Prevention Law 1993 Article 2 (6) The term “trade secret” as used in this Act means technical or business information useful for commercial activities such as manufacturing or marketing methods that is kept secret and that is not publicly know.

(ก) ข้อมูลที่มีประโยชน์เชิงพาณิชย์ หมายถึง ข้อมูลการค้าที่มีผลต่อการดำรงอยู่ของธุรกิจการค้าที่กระทำอยู่หรือกำลังจะกระทำต่อไป ทั้งนี้ผู้เป็นเจ้าของข้อมูลได้ใช้เวลา ความพยายาม และค่าใช้จ่ายเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลนั้น โดยประโยชน์เชิงพาณิชย์นี้อาจไม่ใช่ประโยชน์ทางการเงิน หากแต่รวมถึงประโยชน์ในการประกอบกิจการที่มีคุณค่าในลักษณะผูกขาด เนื่องจากหากคู่แข่งได้รู้ จะทำให้สามารถผลิตสินค้าหรือบริการอย่างเดียวกันอันเป็นการแย่งตลาดและทำให้เจ้าของความลับเสียประโยชน์⁸³

(ข) ข้อมูลที่มีประโยชน์เชิงพาณิชย์ คือ ข้อมูลที่มีความสำคัญต่อผู้ประกอบการซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูลนั้น หากข้อมูลนั้นรั่วไหลออกไปภายนอกโดยเฉพาะไปสู่คู่แข่งทางการค้า ย่อมกระทบต่อผลประโยชน์หรือต่อส่วนแบ่งตลาด เนื่องจากคู่แข่งอาจผลิตสินค้าที่เหมือนกันออกมาแข่งขันกับเจ้าของความลับได้ หรือในกรณีที่ข้อมูลนั้นเป็นเทคนิคการผลิตสินค้า ก็อาจจะทำให้คู่แข่งนำเทคนิคไปพัฒนาปรับปรุงสินค้าให้มีประสิทธิภาพหรือคุณภาพเทียบเท่ากับสินค้าของเจ้าของความลับได้ เช่น ในอุตสาหกรรมยานยนต์ บริษัทผลิตรถยนต์มักจะเก็บรายละเอียดเกี่ยวกับรูปแบบรูปทรงของตัวรถที่จะออกใหม่ไว้เป็นความลับ เนื่องจากข้อมูลดังกล่าวมีความสำคัญต่อความอยู่รอดของบริษัทนั้นๆ และหากคู่แข่งได้ข้อมูลไปก็อาจจะทำให้สามารถลอกเลียนแบบรูปทรงดังกล่าวและออกผลิตภัณฑ์มาแข่งขัน ซึ่งจะมีผลกระทบต่อส่วนแบ่งตลาดได้⁸⁴

(ค) ข้อมูลที่มีประโยชน์เชิงพาณิชย์ คือ ข้อมูลที่มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในทางการค้าของผู้เป็นเจ้าของและสามารถสร้างความได้เปรียบเหนือคู่แข่งหรือสร้างผลประโยชน์ทางการค้าให้ตราบเท่าที่ข้อมูลนั้นยังมีสถานะของการเป็นความลับ เช่น วิธีการหรือเทคนิคของนักผลิตเหล้าไวน์ในการทำให้เหล้าไวน์ของตนมีรสดีกว่าผู้ผลิตไวน์อื่นในละแวกเดียวกัน ซึ่งผู้ผลิตเจ้าของวิธีการดังกล่าวได้เก็บวิธีการนั้นไว้ในความจำของตนแต่ผู้เดียว หากผู้ผลิตเจ้าของวิธีการนั้นเผลอบอกผู้อื่นและทำให้ผู้ได้รับข้อมูลนำไปผลิตเหล้าไวน์ที่มีรสชาติแบบเดียวกันออกมาจำหน่าย ย่อมทำให้ความได้เปรียบอันนำมาซึ่งผลประโยชน์ทางการค้าของผู้เป็นเจ้าของวิธีการผลิตหมดสิ้นไป เนื่องจากกรรมวิธีนั้นไม่เป็นความลับอีกต่อไป⁸⁵

เหตุผลที่กฎหมายกำหนดให้ประโยชน์เชิงพาณิชย์เป็นเงื่อนไขอย่างหนึ่งในการให้ความคุ้มครองข้อมูลนั้น ก็เนื่องจากกฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลที่มีคุณค่าและก่อให้เกิดประโยชน์ซึ่ง การที่กฎหมายจะให้ความคุ้มครองแก่สิ่งใดก็ตาม งานชิ้นนั้นๆจะต้องเป็น

⁸³ ประสบสุข บุญเดช, “ความลับทางการค้า”. วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 5: 29-92.

⁸⁴ ธนพจน เอกโยคยะ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้า, หน้า 738.

⁸⁵ ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, หน้า 443.

ประโยชน์หรือบังเกิดผลที่เป็นคุณต่อสังคมส่วนรวมด้วย การที่รัฐซึ่งถือเป็นตัวแทนของคนส่วนใหญ่ของสังคมให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลใดย่อมมีผลเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลอื่นมิให้ยุ่งเกี่ยวกับสิทธินั้น และเป็นการจำกัดสิทธิในการแสวงหาประโยชน์จากข้อมูลหรือผลงานเหล่านั้นอย่างอิสระ ซึ่งการให้ความคุ้มครองเช่นว่าย่อมก่อให้เกิดต้นทุนทางสังคม ไม่ว่าจะจากการออกกฎหมายมาเพื่อรับรองและบังคับสิทธิ หรือการจัดให้มีหน่วยงานและเจ้าหน้าที่รัฐในการดูแลและบังคับตามสิทธินั้น ซึ่งหากผลงานเหล่านั้นไม่ได้ให้อะไรตอบแทนสังคมเลย การคุ้มครองดังกล่าวย่อมเป็นการใช้ต้นทุนทางสังคมไปในทางที่เปล่าประโยชน์ ดังนั้นข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้าจึงย่อมต้องมีประโยชน์โดยตรงหรือโดยอ้อมต่ออุตสาหกรรม หรือพาณิชย์กรรม หรืออย่างน้อยก็สามารถใช้ในการดำเนินธุรกิจของผู้เป็นเจ้าของได้ด้วย ส่วนสังคมย่อมเป็นผู้ได้รับประโยชน์ทางอ้อมจากการได้ใช้ผลิตภัณฑ์ที่ได้จากกรรมวิธี หรือความสะดวกสบายที่ได้รับจากบริการของผู้ประกอบการที่ใช้ประโยชน์จากข้อมูลความลับนั้น นอกจากนี้ข้อมูลทางเทคนิคต่างๆย่อมมีผลให้การผลิตเป็นไปอย่างรวดเร็ว มีผลิตภัณฑ์ปริมาณมากสนองตอบความต้องการของผู้บริโภค รวมถึงเกิดการวิจัยพัฒนา ซึ่งสิ่งเหล่านี้ย่อมส่งผลต่อความเจริญในด้านต่างๆของประเทศ⁸⁶

เมื่อพิจารณาลักษณะของข้อมูลที่มีประโยชน์เชิงพาณิชย์ที่ปรากฏจากความเห็นนักกฎหมายต่างๆและเหตุผลทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองข้อมูลที่มีประโยชน์เชิงพาณิชย์แล้วสามารถสรุปได้ว่าข้อมูลที่มีประโยชน์เชิงพาณิชย์คือ ข้อมูลที่มีความสำคัญต่อเจ้าของความลับโดยทำให้เจ้าของความลับได้เปรียบทางการค้าเหนือคู่แข่งที่ไม่ทราบข้อมูล หรือสามารถนำข้อมูลนั้นไปสร้างประโยชน์ทางการค้า และเนื่องจากพระราชบัญญัติความลับทางการค้าไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงและจำกัดให้ประโยชน์เชิงพาณิชย์นี้ต้องเป็นประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ความลับทางการค้าในความจริงเท่านั้น การตีความประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จึงน่าจะตีความตามแนวทางที่ได้รับการยอมรับกันทั่วไปในต่างประเทศโดยให้รวมทั้ง ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ที่เกิดจากการใช้งานข้อมูลนั้นในธุรกิจ ในความเป็นจริง และความเป็นไปได้ของประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ที่อาจเกิดขึ้นหากมีการนำข้อมูลไปใช้จริงด้วย กล่าวคือ กรณีที่ข้อมูลความลับนั้นไม่ได้ถูกใช้ในการประกอบธุรกิจหรือเพื่อหากำไรจริง หรือกรณีที่เจ้าของข้อมูลนั้นไม่ใช่ผู้ประกอบการหรือเป็นองค์กรที่มีวัตถุประสงค์ในการค้าหากำไร เช่น เป็นเพียงผู้ประดิษฐ์คิดค้น นักวิชาการ หรือเป็นองค์กรการกุศล แต่เจ้าของสามารถแสดงได้ว่าหากมีการใช้ในอนาคต หรือได้มีการใช้ประโยชน์จริง ย่อมก่อให้เกิดประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ได้หรือประโยชน์ทางอุตสาหกรรมได้ ก็น่าจะถือว่าข้อมูลนั้นเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

⁸⁶พีรพล ศรีสิงห์, “การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศ,” หน้า 73-74.

ด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม เมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงเช่นว่า การตีความดังกล่าวย่อมขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลในแต่ละคดี

(ง). ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ

เงื่อนไขอีกประการหนึ่งของข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองคือ ผู้ควบคุมความลับทางการค้าต้องจัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาข้อมูลนั้นไว้เป็นความลับ

ข้อความดังกล่าวสอดคล้องกับที่กำหนดไว้ในความตกลง TRIPs UTSA และ EEA ซึ่งต่างได้กำหนดให้การใช้มาตรการหรือความพยายามที่เหมาะสมในการรักษาความลับเป็นเงื่อนไขในการคุ้มครองข้อมูล ในขณะที่ UPCL ก็ได้ระบุไว้เช่นกันว่า ข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองต้องถูกเก็บไว้เป็นความลับ

การกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับมาตรการที่เหมาะสมในการรักษาความลับนั้นย่อมแสดงว่า ข้อมูลนั้นเป็นที่หวงแหนโดยเจ้าของข้อมูลและไม่ได้ปล่อยให้ผู้อื่นล่วงล้ำนำไปใช้ประโยชน์ได้ ทั้งยังแสดงให้เห็นได้อีกว่า ข้อมูลนั้นไม่ใช่ข้อมูลสาธารณะที่ประชาชนทราบและใช้กันโดยทั่วไป⁸⁷ ในส่วนของตัวบุคคลที่มีหน้าที่จัดให้มีมาตรการดังกล่าวได้แก่ ผู้ควบคุมความลับทางการค้า ซึ่งได้แก่ เจ้าของความลับทางการค้า เช่น ผู้คิดค้นสูตรความลับ รวมถึงผู้ครอบครอง ควบคุม หรือดูแลรักษาความลับทางการค้า ยกตัวอย่างเช่น ผู้จัดการของบริษัทผู้ผลิตสินค้า หุ่นยนต์ฝ่ายผลิต ฝ่ายรักษาความปลอดภัยของบริษัท⁸⁸ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจากเจ้าของความลับทางการค้า หุ้นส่วนหรือผู้ร่วมลงทุนกับเจ้าของความลับ ลูกจ้างในองค์กรของเจ้าของความลับ⁸⁹ บุคคลที่เกี่ยวข้องและมีส่วนในการครอบครอง ควบคุม หรือดูแลรักษาข้อมูลล้วนมีหน้าที่ในการดำรงไว้ซึ่งมาตรการรักษาความลับที่เหมาะสม มิฉะนั้นย่อมทำให้ข้อมูลสูญเสียสถานภาพความลับได้

อย่างไรก็ดีพระราชบัญญัติความลับทางการค้าไม่ได้กำหนดไว้ตายตัวว่า มาตรการรักษาความลับที่เหมาะสมเป็นอย่างไร หรือได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานใดสำหรับใช้เป็นกรอบในการพิจารณาความเหมาะสมของมาตรการรักษาความลับแต่ละมาตรการ ซึ่งความเป็นจริงแล้วย่อมเป็นไปได้ยากที่จะกำหนดให้ชัดเจนและตายตัว เนื่องจากการสรรหามาตรการต่างๆรักษาความลับย่อมมีวิธีการ และรายละเอียดที่แตกต่างกันในแต่ละขึ้นอยู่กับประเภทของข้อมูล การให้

⁸⁷ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, หน้า 443-444.

⁸⁸เรื่องเดียวกัน.

⁸⁹วิมาน กฤตพลวิมาน, มาตรการรักษาความลับทางการค้า, วารสารกฎหมาย สุขโขทัยธรรมมาธิราช 13: 92-115

ความสำคัญกับการรักษาความลับและระดับความระมัดระวังของผู้ประกอบกิจการรายนั้นๆ ในการปฏิบัติต่อข้อมูลความลับของตน และธรรมเนียมการปฏิบัติในการประกอบกิจการแต่ละประเภท หรือในวงกรานั้นๆ องค์กรประกอบเกี่ยวกับมาตรการที่เหมาะสมนี้จึงต้องพิจารณา โดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ปรากฏในแต่ละกรณี ขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อม สถานการณ์ ประเภทของความลับทางการค้า และความพร้อมทางด้านต่างๆของเจ้าของ หรือ ผู้ควบคุมความลับทางการค้าแต่ละรายไป⁹⁰

ตัวอย่างของมาตรการรักษาความลับที่มักถูกกล่าวอ้างถึงได้แก่⁹¹

- การจัดสถานที่เก็บความลับที่เหมาะสม มีการตั้งปิดล็อก หรือตั้งระบบรักษาความปลอดภัย เช่น การเข้ารหัส
- การกำหนดตัวบุคคลที่สามารถเข้าถึงข้อมูลนั้นได้ เช่น จำกัดผู้เข้าถึงเฉพาะผู้บริหารระดับสูง หรือผู้ที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องโดยตรงเท่านั้น
- การวางระบบรักษาความปลอดภัยทางเข้าออก เช่น การให้ແกบັตร การจัดให้มีพนักงานรักษาความปลอดภัย การติดตั้งกล้องวงจรปิด การกำหนดเขตห้ามบุคคลภายนอกเข้าถึง
- การกำหนดหน้าที่รักษาความลับแก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง เช่น กำหนดให้พนักงานทำสัญญาการรักษาความลับ
- การจัดการบริหารข้อมูลภายในองค์กร โดยการแบ่งแยกข้อมูลความลับออกจากข้อมูลทั่วไป การแจ้งให้พนักงานตระหนักว่าข้อมูลใดเป็นความลับและต้องไม่นำไปเปิดเผย รวมถึงการกำหนดนโยบายให้พนักงานปฏิบัติเพื่อเก็บรักษาความลับ
- การคุ้มครองข้อมูลความลับในตัวผลิตภัณฑ์ เช่น การฝังชิปไว้ในผลิตภัณฑ์เพื่อล็อกข้อมูลทางเทคนิคบางอย่าง หรือการเข้ารหัสให้แก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อป้องกันบุคคลภายนอกล่วงรู้วิธีการเขียน โปรแกรม
- การควบคุมข้อมูลความลับในการอนุญาตให้ใช้สิทธิ เช่น การตั้งข้อกำหนดเกี่ยวกับการจัดเก็บข้อมูลต่างๆที่ได้ถ่ายทอดสิทธิไป การกำหนดให้บริษัทผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถเข้าไปตรวจสอบว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมีมาตรการรักษาความลับเพียงพอหรือไม่

⁹⁰ เรื่องเดียวกัน.

⁹¹ ธนพจน เอกโยคยะ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้า, หน้า 739.

ในทางปฏิบัติผู้ประกอบการไม่จำเป็นต้องใช้มาตรการทุกมาตรการที่กล่าวมาข้างต้นเพื่อรักษาความลับทางการค้า หากแต่ต้องพิจารณาเลือกใช้มาตรการที่เหมาะสมกับข้อเท็จจริงแต่ละกรณี สำหรับข้อมูลบางอย่างการใช้เพียงมาตรการใดมาตรการหนึ่งจากที่กล่าวมาข้างต้นก็อาจถือว่าเหมาะสมเพียงพอแล้ว ขณะที่ข้อมูลบางอย่างอาจต้องใช้หลายมาตรการประกอบกันจึงจะถือว่ามีการรักษาความลับอย่างเหมาะสม

นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายให้ความเห็นว่าความเหมาะสมของมาตรการรักษาความลับอาจพิจารณาจากมูลค่าทางพาณิชย์ของความลับทางการค้าและค่าใช้จ่ายที่ใช้ในการรักษาความลับ โดยปัจจัยทั้งสองควรแปรผันตามกันอย่างเหมาะสม เช่น ความลับในการผลิตโลหะซึ่งมีความแข็งแกร่งกว่าเพชร ย่อมมีมูลค่ามหาศาลจนไม่อาจประเมินค่าได้ และเจ้าของความลับเชื่อว่าความลับดังกล่าวจะไม่มีใครสามารถเรียนรู้ได้ในระยะเวลาสี่สิบปีข้างหน้า เนื่องจากได้ใช้เทคโนโลยีที่ล้ำหน้ากว่าเทคโนโลยีในปัจจุบันมาก ดังนั้นเพื่อเก็บผลิตภัณฑ์ต้นแบบและข้อมูลกรรมวิธี เจ้าของความลับจึงสร้างห้องนิรภัยไว้ใต้ดิน และติดตั้งอุปกรณ์รักษาความปลอดภัยต่างๆเป็นมูลค่าสูง มาตรการดังกล่าวย่อมเหมาะสมกว่าแค่การเก็บผลิตภัณฑ์และข้อมูลไว้ในลิ้นชัก หรือในสำนักงานที่มีเพียงพนักงานรักษาความปลอดภัยหนึ่งคน ในขณะที่หากเป็นความลับเกี่ยวกับข้อมูลราคางานก่อสร้างของรัฐบาลที่มีมูลค่าห้าหมื่นบาท การเก็บไว้ในลิ้นชักปิดล็อกก็อาจถือได้ว่าเหมาะสมแล้ว⁹²

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าในการพิจารณามาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ ยังไม่ปรากฏหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานที่แน่นอนที่ศาลจะใช้ในการพิจารณามาตรการในการรักษาความลับแต่ละมาตรการว่าเหมาะสมหรือไม่

นอกจากเงื่อนไขทั้ง 4 ประการข้างต้นแล้ว ยังมีความเห็นนักกฎหมายที่ว่า ข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้าต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย ฉะนั้น รายชื่อลูกค้าที่รับจำหน่ายยาบ้า กรรมวิธีการผลิตเฮโรอีน หรือเทคนิคในการผลิตอุปกรณ์กระตุ้นทางเพศ เหล่านี้ ไม่เป็นความลับทางการค้าและไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย⁹³

⁹²ไชยยศ เหมะรัชตะ, “พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545”, *Chulalongkorn Review* 16: 38-53.

⁹³ประสพสุข บุญเดช, “ความลับทางการค้า”. *วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ* 5: 29-92.

บทที่ 3

หลักการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตาม

ความตกลงระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ

แม้ว่าในปัจจุบันการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศต่างๆจะมีความสอดคล้องกันมากขึ้นกว่าในอดีต แต่ในทางปฏิบัติการให้ความคุ้มครองในแต่ละประเทศย่อมมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับว่าในประเทศนั้นให้ความสำคัญกับสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้ามากน้อยเพียงใด ในหลายประเทศให้ความสำคัญกับนโยบายสาธารณะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของลูกจ้าง หรือผู้ประกอบการรายย่อย หรือผู้ประกอบการท้องถิ่น หรือในบางประเทศมีการกำกับดูแลการถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งเชื่อว่ามีผลต่อการจำกัดการแข่งขันในประเทศ อันมีผลเป็นการถ่วงดุลให้ความเข้มงวดในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าลดน้อยลง⁹⁴

ในบทนี้จะศึกษาถึงการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามความตกลงระหว่างประเทศ และในประเทศต่างๆทั้งในระบบคอมมอนลอว์ได้แก่ ประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา และซีวิลลอว์ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น โดยพิจารณาถึงความเป็นมา หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้นิยามความลับทางการค้า เพื่อนำมาใช้ประกอบการวิเคราะห์ เปรียบเทียบ และแสวงหาแนวทางแก้ไขปัญหาที่เกิดจากนิยามความลับทางการค้าภายใต้พระราชบัญญัติความลับทางการค้าของไทยซึ่งจะกล่าวถึงในบทที่ 4

1. ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights หรือ TRIPs)

1.1 ความเป็นมา

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า หรือ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs) เป็นส่วนหนึ่งของภาคผนวกของความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก (Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization หรือ WTO) ซึ่งเกิดขึ้นในการเจรจาอูรุกวัยในปี ค.ศ. 1994 ความตกลง TRIPs ได้กำหนด

⁹⁴Terrence F. MacLaren, Licensing Law Handbook, 2002-2003 ed.(Minnesota: West Group, 2003), pp. 8-9.

พันธกรณีแก่ประเทศสมาชิกในการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยได้กำหนดความคุ้มครองขั้นต่ำสุดในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภท โดยทรัพย์สินทางปัญญาที่ปรากฏในความตกลง TRIPs สามารถจำแนกได้สองประเภท คือ 1) ด้านอุตสาหกรรม ได้แก่ เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ การออกแบบทางอุตสาหกรรม และความลับทางการค้า และ 2) ด้านงานวรรณกรรม และงานศิลปะ ซึ่งได้แก่ ลิขสิทธิ์ และสิทธิข้างเคียง ทั้งนี้ในขั้นตอนการเจรจาความตกลง TRIPs ถูกโต้แย้งอย่างมากจากประเทศกำลังพัฒนา โดยมีการให้เหตุผลว่าสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายภายในเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาไม่ควรถูกนำไปโยงกับเรื่องทางการค้า เนื่องจากประวัติและปมหลังเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแสดงให้เห็นว่าแต่ละประเทศได้วิวัฒนาการกฎหมายภายในของตนเองโดยสอดคล้องกับระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจและความสามารถทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ของประเทศนั้นๆ และหากมีกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเข้มงวดเป็นการข่มขู่จำกัดความสามารถของประเทศกำลังพัฒนาในการเพิ่มศักยภาพวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี⁹⁵

บทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าถูกรวบรวมไว้ภายใต้หมวด 7 เรื่องความคุ้มครองข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผย (Protection of Undisclosed Information) ซึ่งการให้ความคุ้มครองข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผยตามความตกลง TRIPs นี้มีความเกี่ยวข้องกับอนุสัญญากรุงปารีส โดยถือว่า การคุ้มครองดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมซึ่งเป็นตามไปหลักการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม ที่ปรากฏในอนุสัญญาปารีส (Paris Convention for the Protection of Industrial Property ซึ่ง) โดยการกำหนดให้ความลับทางการค้าเป็นสิ่งที่อยู่ในความหมายของทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งได้รับความคุ้มครองภายใต้ความตกลง TRIPs นี้ถือเป็นครั้งแรกในความตกลงพหุภาคีที่ยอมรับว่าข้อสนเทศประเภทดังกล่าวเป็นทรัพย์สินทางปัญญา⁹⁶

การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าภายใต้ความตกลง TRIPs ตั้งอยู่บนพื้นฐานความรอมชอมระหว่างแนวความคิดของประเทศในระบบซิวิลลอว์และ ประเทศในระบบ คอมมอนลอว์ กล่าวคือ ประเทศในระบบซิวิลลอว์จะให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าภายใต้หลักกฎหมายแข่งขันทางการค้า และหลัก “แนวปฏิบัติที่สุจริตทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม” ซึ่งปรากฏในอนุสัญญากรุงปารีส ขณะที่ประเทศในระบบคอมมอนลอว์ ให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าภายใต้หลักสัญญา (กรณีที่ถูกกรณีมีความสัมพันธ์โดยสัญญาต่อกัน) และหลักทรัพย์สิน (ในกรณีที่มีการละเมิดความลับทางการค้าโดยบุคคลภายนอก) ด้วยความแตกต่างทางแนวคิดของประเทศใน

⁹⁵ Available from: www.whoindia.org/LinkFiles/Trade_Agreement_section1_background.pdf.

⁹⁶ พรชัย ด้านวิวัฒน์, กฎหมายการค้าและสิ่งแวดลอมระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 20 – 24.

สองระบบดังกล่าว ทำให้ความคิดริเริ่มของสหรัฐอเมริกาที่ให้บริการคุ้มครองความลับทางการค้าเข้าเป็นส่วนหนึ่งของความตกลง TRIPs ถูกโต้แย้งจากประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศ โดยประเทศผู้โต้แย้งอ้างการให้ความคุ้มครองตามหลักการของประเทศในระบบชีวิตล่อว่า ความลับทางการค้าไม่ใช่ทรัพย์สิน จึงไม่อาจเป็นทรัพย์สินทางปัญญาได้ ดังนั้นย่อมไม่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองตามความตกลง TRIPs อย่างไรก็ตามที่สุดก็มีการยอมรับให้บริการคุ้มครองความลับทางการค้าเข้าเป็นส่วนหนึ่งของความตกลง TRIPs และขณะเดียวกันความตกลง TRIPs ก็ได้อ้างอิงถึงอนุสัญญากรุงปารีสไว้ในวรรคแรกของข้อ 39 ว่า การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามความตกลงนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมตามอนุสัญญากรุงปารีสมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ซึ่งข้อความดังกล่าวได้แสดงถึงความคาบเกี่ยวระหว่างการคุ้มครองความลับทางการค้ากับหลักกฎหมายแข่งขันทางการค้า⁹⁷

1.2 สารสำคัญของความตกลง TRIPs ข้อ 39

ภายใต้ความตกลง TRIPs ข้อ 39 ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) ให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลที่ไม่เปิดเผย และข้อมูลเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาและเคมีภัณฑ์ทางการเกษตรที่ได้ยื่นต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อป้องกันไม่ให้ข้อมูลดังกล่าวถูกนำไปใช้ในลักษณะที่ขัดต่อแนวทางปฏิบัติเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน หรือใช้ในเชิงพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรม โดยความตกลง TRIPs ได้กำหนดระยะเวลาให้ประเทศสมาชิกตรากฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้าออกมาบังคับใช้ภายใน 5 ปีนับแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2538⁹⁸

สารสำคัญของ TRIPs หมวด 7 ข้อ 39 ได้กำหนดให้บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลมีสิทธิได้รับการคุ้มครองในข้อสนเทศที่อยู่ในความครอบครองของตน โดยชอบด้วยกฎหมาย จากการเปิดเผย (disclosed) ได้มา (acquired) หรือ ใช้ (used) โดยบุคคลอื่น โดยปราศจากความยินยอม โดยพฤติการณ์อันขัดต่อแนวปฏิบัติทางพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า

⁹⁷ Paul Goldstein, *International Intellectual Property Law Cases and Materials* (New York: Foundation Press, 2001), pp. 548-549.

⁹⁸ ธนพจน เอกโชคยะ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้า, สำนักอบรมศึกษาแห่งเนติบัณฑิตสภา เอกสารประกอบการบรรยายการอบรมหลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รุ่นที่ 3, 2547, หน้า 735.

(1) ข้อสนทนานั้น ไม่ว่าจะเป็นตัวข้อมูลทั้งหมด หรือส่วนใดที่แน่นอนอันประกอบเป็นข้อมูลนั้นหรือองค์ประกอบของข้อมูลนั้น เป็นความลับในลักษณะที่ไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไป หรือไม่สามารถเข้าถึงได้ ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติมักเกี่ยวข้องกับข้อสนทนาเช่นว่า

(2) ข้อสนทนานั้นมีคุณค่าเชิงพาณิชย์ อันเนื่องจากการเป็นความลับ

(3) ผู้ควบคุมดูแลข้อสนทนาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ใช้ขั้นตอนที่เหมาะสมกับสภาวะแวดล้อมในการรักษาความลับ

ในกรณีที่ประเทศสมาชิกกำหนดให้การเสนอผลทดสอบ หรือข้อมูลใดๆอันเป็นความลับ ซึ่งข้อมูลนั้นต้องใช้ความอดสาหะอย่างมากในการคิดค้น เป็นเงื่อนไขหนึ่งในการอนุญาตให้จำหน่ายผลิตภัณฑ์ทางเภสัชกรรม หรือผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับสารเคมีทางการเกษตร ซึ่งใช้สารเคมีตัวใหม่ ประเทศสมาชิกต้องปกป้องข้อสนทนานั้นจากการใช้ในเชิงพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรม และป้องกันไม่ให้เกิดการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว ยกเว้นกรณีจำเป็นเพื่อปกป้องสาธารณสุข หรือมิฉะนั้นก็ต่อเมื่อมาตรการที่จะทำให้นั้นได้ว่าข้อมูลได้รับความคุ้มครองจากการใช้ในเชิงพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรม⁹⁹

ภายใต้ในข้อ 39 ยังปรากฏข้อความอ้างอิงถึงอนุสัญญากรุงปารีสว่า เพื่อให้ความมีประสิทธิภาพในการป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามที่กำหนดไว้ภายใต้อนุสัญญากรุงปารีส ค.ศ. 1967 ข้อ 10 ทวิ ความตกลงนี้ได้กำหนดประเทศสมาชิกจะต้องให้ความคุ้มครองข้อสนทนาที่ไม่เปิดเผยและข้อมูลที่เสนอต่อรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐ¹⁰⁰ การอ้างอิงถึงข้อ 10 ทวิของอนุสัญญากรุงปารีสนี้เป็นการวางกรอบวัตถุประสงค์การคุ้มครองให้ชัดเจน และเพื่อให้การพิจารณาความหมายของคำว่า “การแข่งขันไม่เป็นธรรม” ให้เป็นไปตามข้อ 10 ทวิของอนุสัญญาดังกล่าวไปเลย โดยประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกไม่จำเป็นต้องเป็นสมาชิกของอนุสัญญาปารีสแต่อย่างไร¹⁰¹

ความตกลง TRIPs ข้อ 39 ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกมีกฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้าเท่านั้น ไม่ได้ระบุเฉพาะเจาะจงว่าต้องให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าทางอาญาดูด้วย ซึ่งหากความตกลง TRIPs ประสงค์เช่นนั้นแล้วก็ควรจะระบุว่าให้การละเมิดความลับทางการค้าเป็นความผิดอาญาดูด้วยเช่นกรณีข้อ 3 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยการปราบปรามการลักลอบค้า

⁹⁹WTO, TRIPs Agreement, Available from: WTO Website.

¹⁰⁰WTO, TRIPs Agreement, Available from: WTO Website.

¹⁰¹พรชัย ดำเนินวิวัฒน์, กฎหมายการค้าและสิ่งแวดลอมระหว่างประเทศ, หน้า 25.

ยาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ค.ศ. 1988 ที่ระบุให้การฟอกเงินเป็นความผิดทางอาญาในบรรดาระัฐสมาชิก ยิ่งไปกว่านั้นองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization หรือ WIPO) ก็ยืนยันว่าหากกระบวนการทางแพ่งรวดเร็วและมีประสิทธิภาพแล้ว การลงโทษทางอาญาก็ไม่จำเป็น นอกจากนี้การพิสูจน์เจตนาทางอาญาอาจทำให้การลงโทษไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควร¹⁰²

1.3 นิยามความลับทางการค้า

ภายใต้ความตกลง TRIPs ได้ใช้ถ้อยคำเรียกความลับทางการค้าว่า “ข้อมูลที่ไม่เปิดเผย” หรือ Undisclosed Information เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่ซ้ำกับที่ปรากฏภายใต้ระบบกฎหมายใดๆ ซึ่งมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าการใช้ถ้อยคำดังกล่าวอาจทำให้เข้าใจผิดได้ว่าข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองต้องไม่เป็นที่เปิดเผยต่อผู้ใดเลย ซึ่งเป็นไปไม่ได้ในความเป็นจริง เพราะหากตีความเช่นว่าย่อมทำให้ข้อมูลดังกล่าวไม่สามารถถูกใช้งานได้ในทางปฏิบัติ ทั้งนี้ตามหลักอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ความลับทางการค้าย่อมสามารถเปิดเผยได้หากแต่เปิดเผยในวงจำกัด และภายใต้เงื่อนไขบางประการ¹⁰³

ข้อมูลที่ไม่เปิดเผย หรือความลับทางการค้าตามที่กำหนดไว้ในความตกลง TRIPs คือข้อมูลที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ข้อมูลนั้นเป็นความลับในลักษณะที่ไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไป หรือสามารถเข้าถึงได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปรกติมักเกี่ยวข้องกับข้อมูลนั้น¹⁰⁴ คำว่า “ข้อมูล” (information) ยอมตีความอย่างกว้าง โดยครอบคลุมข้อมูลทุกประเภท ตราบเท่าที่ข้อมูลนั้นสามารถระบุได้ชัดเจน (identifiable) ในทางกลับกันหากเป็นกรณีที่ไม่สามารถระบุข้อมูลได้อย่างชัดเจน บุคคลย่อมไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายต่อข้อมูลดังกล่าวและไม่สามารถบังคับตามสิทธิได้¹⁰⁵

(2) ข้อมูลนั้นมีคุณค่าเชิงพาณิชย์ อันเนื่องจากการเป็นความลับ¹⁰⁶ กล่าวคือ ข้อมูลนั้นต้องก่อให้เกิดความได้เปรียบเหนือคู่แข่งรายอื่น ข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าคู่แข่ง

¹⁰² เรื่องเดียวกัน, หน้า 23 – 24.

¹⁰³ Daniel Gervats, *The TRIPs agreement drafting history and analysis* (London: Sweet and Maxwell, 1998), p. 185.

¹⁰⁴ WTO, *TRIPs Agreement*, Available from: WTO Website.

¹⁰⁵ Daniel Gervats, *The TRIPs agreement drafting history and analysis*, p.185.

¹⁰⁶ WTO, *TRIPs Agreement*, Available from: WTO Website.

หรือบุคคลอื่นพยายามให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศดังกล่าวก็ถือเป็นหลักฐานเบื้องต้นที่แสดงคุณค่าของข้อสนเทศนั้น¹⁰⁷

(3) บุคคลผู้ควบคุมดูแลข้อสนเทศโดยชอบด้วยกฎหมายฯ ได้ใช้ขั้นตอนที่เหมาะสมกับสถานะแวดล้อมในการรักษาความลับ¹⁰⁸ ซึ่งรายละเอียดของขั้นตอนดังกล่าวขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ หลักเบื้องต้นได้แก่ การกำหนดให้บุคคลที่ได้รับข้อมูลอยู่ภายใต้หน้าที่ในการรักษาความลับ เช่น ในกรณีลูกจ้าง กฎหมายภายในย่อมเป็นตัวกำหนดว่าเพียงสัญญาจ้างแรงงานถือเป็นการรักษาความลับที่เพียงพอหรือไม่ ปัญหาที่มักเกิดขึ้นคือ เมื่อลูกจ้างไปทำงานกับคู่แข่งทางการค้า เมื่อสิ้นสุดสัญญาจ้าง ในทางปฏิบัติเจ้าของความลับจะได้รับคำแนะนำให้ทำสัญญาการรักษาความลับกับบุคคลใดๆ ที่ได้รับทราบข้อสนเทศนั้น ซึ่งรวมถึงลูกจ้างด้วย เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตน¹⁰⁹ สำหรับคำว่า “ผู้ควบคุมดูแลข้อสนเทศโดยชอบด้วยกฎหมาย” นั้น เป็นการใช้อธิบายอย่างกว้าง สุดแล้วแต่ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศจะพิจารณานิยามความหมายตามความเหมาะสม ซึ่งอาจหมายรวมถึง ตัวแทน หรือ ผู้ได้รับอนุญาตตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแล้วแต่กรณี¹¹⁰

1.4 นียามความลับทางการค้าตาม ข้อกำหนดต้นแบบในการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (Model Provisions on Protection against Unfair Competition)

(1) ความเป็นมา

ข้อกำหนดต้นแบบในการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม หรือ Model Provisions on Protection against Unfair Competition (ข้อกำหนดต้นแบบ) จัดทำขึ้นโดยองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization หรือ WIPO) ในปี ค.ศ. 1996 เพื่อเป็นแนวทางสำหรับประเทศสมาชิกในการปฏิบัติตามข้อ 10 ทวิของอนุสัญญากรุงปารีสซึ่งกำหนดเกี่ยวกับการแข่งขันไม่เป็นธรรม และสนับสนุนการทำหน้าที่ของ WTO ในส่วนของการส่งเสริมให้ประเทศสมาชิก WTO ปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีอยู่ตามความตกลง TRIPs ดังนั้นการศึกษา

¹⁰⁷ Daniel Gervats, *The TRIPs agreement drafting history and analysis*, p. 185.

¹⁰⁸ WTO, *TRIPs Agreement*, Available from: WTO Website.

¹⁰⁹ Daniel Gervats, *The TRIPs agreement drafting history and analysis* (London: Sweet and Maxwell, 1998), p. 186.

¹¹⁰ พรชัย ด่านวิวัฒน์, *กฎหมายการค้าและสิ่งแวดลอมระหว่างประเทศ*, หน้า 29.

ข้อกำหนดต้นแบบนี้ย่อมเพิ่มความเข้าใจความตกลง TRIPs ในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้า¹¹¹

(2) สารสำคัญ

ข้อกำหนดแม่แบบได้ระบุว่า การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมได้แก่ การกระทำหรือความประพฤติใดๆ ในทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรมซึ่งขัดแย้งกับแนวปฏิบัติที่สุจริต ซึ่งบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นย่อมมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทน¹¹² ข้อกำหนดดังกล่าวได้ยกตัวอย่างการกระทำที่ถือเป็นการแข่งขันไม่เป็นธรรมไว้หลายประการ และในส่วนของ การกระทำที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าได้บรรจุอยู่ในข้อ 6 ซึ่งได้กำหนดให้ การกระทำหรือปฏิบัติใดๆ ในทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรมอันเป็นผลให้มีการเปิดเผย ได้มา หรือใช้ซึ่งข้อมูลความลับ โดยปราศจากความยินยอมจากบุคคลซึ่งครอบครองความลับนั้น โดยชอบด้วยกฎหมาย (the right holder) และขัดกับแนวปฏิบัติเชิงพาณิชย์ที่สุจริต ย่อมถือเป็นการแข่งขันไม่เป็นธรรม¹¹³

(3) นิยามความลับทางการค้า

ข้อกำหนดแม่แบบได้กำหนดว่า ข้อมูลความลับต้องไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไปในอุตสาหกรรมเฉพาะที่เกี่ยวข้อง (particular industry) หรือโดยคู่แข่ง มีคุณค่าเชิงพาณิชย์เนื่องจากเป็นความลับ และผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายได้ใช้มาตรการรักษาความลับที่เหมาะสม¹¹⁴ จะเห็นได้ว่าข้อความดังกล่าวสอดคล้องกับตามที่ความตกลง TRIPs ได้กำหนดไว้

อย่างไรก็ดี ก็ยังมีความยากลำบากในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการแยกแยะระหว่าง ทักษะความชำนาญ ความรู้และประสบการณ์ที่ ลูกจ้างได้มาโดยชอบระหว่างทำงานกับความลับทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรมของนายจ้าง ระหว่างที่สัญญาจ้างมีผลบังคับ แม้ไม่มีข้อตกลงระบุให้ลูกจ้างรักษาความลับ แต่ลูกจ้างมีหน้าที่กระทำการด้วยความซื่อสัตย์สุจริตต่อนายจ้าง และเมื่อสัญญาจ้างสิ้นสุดลง ลูกจ้างต้องไม่เปิดเผย

¹¹¹Margarette Jackson, *A Practical Guide to Protecting Confidential Business Information*(Sydney, Australia: Thomson Lawbook Co, 2003), pp. 274 – 275.

¹¹²WIPO, *Model Provisions on Protection against Unfair Competition*(Online), Available from: <http://www.wipo.int/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?bib=22617>.

¹¹³Ibid.

¹¹⁴Ibid.

ความลับทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับกิจการของนายจ้างซึ่งได้รับทราบมาระหว่างการจ้าง ขณะเดียวกันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าลูกจ้างย่อมมีสิทธิพื้นฐานในการใช้หรือแสวงหาประโยชน์ซึ่งทักษะความชำนาญ ประสบการณ์และความรู้ที่ได้มาจากการทำงานครั้งก่อนในการหาเลี้ยงชีพ แม้การใช้หรือแสวงหาประโยชน์นั้นจะได้รับความคุ้มครอง หรือพัฒนามาจากความลับทางการค้าก็ตาม¹¹⁵ เมื่อสถานะปัจจุบันมีการเคลื่อนย้ายแรงงานสูง นายจ้างยังมีความต้องการควบคุมจำกัดการใช้ข้อมูลโดยอดีตลูกจ้างมากขึ้นโดยอาศัยวิธีการต่างๆ เช่น การทำสัญญา หรือข้อตกลงที่กำหนดหน้าที่ห้ามลูกจ้างเปิดเผยหรือใช้ข้อมูลความลับของนายจ้างภายหลังสิ้นสุดสัญญาจ้าง ซึ่งกฎหมายความลับทางการค้าได้พยายามที่จะทำให้เกิดความสมดุลในการแข่งขันทางการค้าโดย ในด้านหนึ่ง คือ การสนับสนุนการประดิษฐ์คิดค้น สร้างสรรค์ และปกป้องบริษัทที่ลงทุนในกิจกรรมดังกล่าว ขณะที่อีกด้านหนึ่งก็ต้องการส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรมและอิสระในการประกอบอาชีพของลูกจ้าง¹¹⁶

แนวทางที่องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization หรือ WIPO) ได้วางไว้เพื่อจำแนกประเภทข้อมูลที่มีคุณสมบัติเป็นความลับทางการค้ามีดังต่อไปนี้¹¹⁷

(ก) ความลับทางการค้าในการผลิต หรืออุตสาหกรรม (manufacturing or industrial secrets) ความลับประเภทนี้มักเกี่ยวข้องกับข้อมูลทางเทคนิคต่างๆ เช่น กรรมวิธีการผลิต สูตรเคมีแบบแปลน ผลิตภัณฑ์ต้นแบบ ซึ่งข้อมูลเหล่านี้บางครั้งอาจขอรับสิทธิบัตรได้ หากมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายสิทธิบัตรกำหนด

(ข) ความลับทางพาณิชย์ (commercial secrets) ซึ่งรวมถึง วิธีการขายสินค้า วิธีการจัดจำหน่าย สัญญา แผนการหรือรายละเอียดเกี่ยวกับธุรกิจ รายละเอียดข้อตกลงเรื่องราคา ประวัติและรายละเอียดของลูกค้า กลยุทธ์การโฆษณา รายชื่อผู้ขายวัตถุดิบ หรือรายชื่อลูกค้า

ขอบเขตของสิ่งที่จะเป็นความลับทางการค้าได้นั้นถูกกำหนดไว้อย่างกว้างขวาง ซึ่งในที่สุดแล้วการวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้าขึ้นอยู่กับสถานการณ์ และข้อเท็จจริงในแต่ละคดี กลุ่มมือขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกได้วางแนวทางในการพิจารณาว่าข้อมูลเป็นความลับทางการค้าหรือไม่จากปัจจัยดังต่อไปนี้¹¹⁸

¹¹⁵WIPO, WIPO IP Handbook, Available from: WIPO official website.

¹¹⁶Talhiya Sheikh, Trade Secrets and Employee Loyalty, Available from: http://www.wipo.int/sme/en/documents/trade_secrets_employee_loyalty.html.

¹¹⁷WIPO, WIPO IP Handbook, Available from: WIPO official website.

¹¹⁸Ibid.

1. ข้อมูลเป็นที่รู้จักโดยบุคคลทั่วไปหรือภายในกลุ่มการค้าหรืออุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องหรือไม่
2. ความพยายามอุตสาหกรรมและค่าใช้จ่ายที่ผู้ประกอบการใช้ไปเพื่อพัฒนาข้อมูลดังกล่าว
3. มูลค่าของข้อมูลนั้นต่อผู้ประกอบการหรือคู่แข่ง
4. มาตรการที่ผู้ประกอบการใช้เพื่อปกป้องข้อมูลให้เป็นความลับ
5. ความยากง่ายที่บุคคลอื่นจะได้มาโดยชอบซึ่งข้อมูลนั้น

การพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้าจะพิจารณาทั้งทางอัตวิสัย (subjective) และภาวะวิสัย (objective) ในทางอัตวิสัยนั้นผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องต้องมีความเอาใจใส่ในการเก็บรักษาข้อมูลให้เป็นความลับ แม้จะไม่มีข้อกำหนดหน้าที่ตามสัญญารักษาความลับ แต่ผู้ประกอบการก็ต้องแสดงให้เห็นความตั้งใจที่จะให้ข้อมูลนั้นเป็นความลับ และบ่อยครั้งก็จำเป็นต้องกำหนดมาตรการในการรักษาความลับ ในบางประเทศเช่น สหรัฐอเมริกา และญี่ปุ่น ความพยายามของเจ้าของข้อมูลในการรักษาความลับเป็นปัจจัยพื้นฐานสำคัญที่ศาลใช้ในการวินิจฉัยว่าข้อมูลเป็นความลับทางการค้าหรือไม่¹¹⁹

ในทางภาวะวิสัยนั้น ข้อมูลต้องเป็นที่ล่วงรู้โดยกลุ่มบุคคลจำกัด และต้องไม่เป็นที่รับรู้โดยทั่วไปโดยผู้ชำนาญการหรือคู่แข่งในสาขานั้นๆ ข้อพิสูจน์ที่สำคัญและมีน้ำหนักที่สุดในการแสดงให้เห็นปรากฏว่าข้อมูลนั้นเป็นที่รู้จักอย่างจำกัดเพียงใดคือ มาตรการในการรักษาความลับ และหน้าที่ตามข้อตกลงในการรักษาความลับ แม้กระทั่งแบบคำขอรับสิทธิบัตรก็เป็นความลับทางการค้าได้ครบเท่าที่ยังไม่มีการเผยแพร่โดยสำนักสิทธิบัตร ส่วนข้อมูลที่ปรากฏอยู่ในสิ่งตีพิมพ์เผยแพร่ หรือสามารถเข้าถึงได้โดยอิสระย่อมไม่เป็นความลับทางการค้า อย่างไรก็ตามข้อมูลที่ได้รับความคุ้มครองไม่จำเป็นต้องเป็นความลับโดยเด็ดขาด การบอกกล่าวให้หุ้นส่วนทางธุรกิจรับทราบข้อมูลย่อมไม่ทำให้ข้อมูลสูญเสียสถานภาพความลับ หากปรากฏว่ายังมีการรักษาความลับอยู่นอกจากนี้ปัจจัยในการพิจารณาสถานภาพความลับยังต้องพิจารณาจากภาพรวมข้อมูลทั้งหมดว่าส่วนสาระสำคัญของข้อมูลเป็นความลับหรือไม่ ความจำเป็นที่ลูกจ้างต้องได้รับข้อมูลนั้นเพื่อให้สามารถปฏิบัติงานได้อย่างมีประสิทธิภาพและ ข้อเท็จจริงที่ว่ามีการจำกัดให้ข้อมูลล่วงรู้เฉพาะกลุ่มผู้บริหารระดับสูงหรือปล่อยให้ล่วงรู้ในระดับล่างด้วย¹²⁰

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Ibid.

2. นิยามความลับทางการค้าตามระเบียบประชาคมยุโรปเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี

ระเบียบคณะกรรมการประชาคมยุโรปที่ 772/2004 มีขึ้นเพื่อขยายความมาตรา 81 (3) แห่งสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมยุโรป ซึ่งมาตรา 81 (3) ดังกล่าวได้กำหนดให้ข้อตกลงถ่ายทอดเทคโนโลยีถือเป็นข้อยกเว้นที่ไม่ถือเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ทั้งนี้ข้อตกลงถ่ายทอดเทคโนโลยีที่จัดทำขึ้นต้องมีลักษณะตามที่ระเบียบได้กำหนด กล่าวคือ หากเป็นข้อตกลงถ่ายทอดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิในทรัพย์สินทางตามข้อตกลงถ่ายทอดเทคโนโลยีนั้นต้องยังคงมีอยู่ หรือหากเป็นการถ่ายทอดความรู้ความชำนาญ (Know-how) ความรู้ความชำนาญนั้นต้องมีลักษณะตามนิยามที่กำหนดไว้ มิฉะนั้นแล้วอาจถือได้ว่าข้อตกลงนั้นมีเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม¹²¹

ภายใต้ระเบียบดังกล่าวได้กำหนดนิยามของความรู้ความชำนาญ (Know-how) ว่าหมายถึงกลุ่มของข้อมูลที่ใช้ประโยชน์ได้และไม่ได้ขอรับสิทธิบัตร อันเป็นผลจากประสบการณ์และการทดสอบ และต้องประกอบด้วยมีลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) มีสภาพเป็นความลับ (secret) โดยต้องไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไป หรือไม่สามารถเข้าถึงได้โดยง่าย¹²²

(ข) มีแก่นสาร (substantial) โดยข้อมูลต้องมีความสำคัญและเป็นประโยชน์ต่อการผลิตผลิตภัณฑ์¹²³ กล่าวคือ ข้อมูลนั้นต้องมีลักษณะดังนี้

- มีบทบาทสำคัญในการส่งเสริมสนับสนุนการผลิตหรือกรรมวิธีการผลิตผลิตภัณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อตกลงนั้น ในทางกลับกันปรากฏข้อเท็จจริงว่าหากผลิตภัณฑ์ตามข้อตกลงสามารถผลิตได้โดยอาศัยเทคโนโลยีที่มีอยู่ทั่วไป ย่อมอนุมานได้ว่าข้อมูลความรู้ความชำนาญนั้นไม่มีความสำคัญเพียงพอ

- ข้อมูลนั้นสามารถช่วยพัฒนาศักยภาพในการแข่งขันของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิอย่างมีนัยสำคัญ เช่น ผลในทางประหยัดค่าใช้จ่าย¹²⁴

¹²¹EC commission, Regulation No 772/2004 of 27 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements, Article 2.

¹²²Ibid, Article 1 (i).

¹²³Ibid.

(ก) สามารถระบุได้อย่างชัดเจน (identified) ข้อมูลนั้นต้องมีการบรรยายอย่างเพียงพอที่จะสามารถตรวจสอบถึงคุณสมบัติสองข้อข้างต้นได้¹²⁵ กล่าวคือ ความรู้ความชำนาญนั้นต้องมีการบรรยายระบุไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (described in manuals or other written form) อย่างไรก็ตามการระบุเป็นลายลักษณ์อักษรก็ไม่จำเป็นต้องไป ในบางกรณีข้อมูลนั้นอาจประกอบด้วยความรู้ทางปฏิบัติของลูกจ้างของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิก็ได้ ซึ่งจะเกิดขึ้นในกรณีการถ่ายทอดเทคโนโลยีโดยให้ลูกจ้างของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิที่ได้ครอบครองข้อมูลความลับทำการฝึกฝนถ่ายทอดข้อมูลต่อบุคลากรของผู้ได้รับสิทธิ ซึ่งในกรณีเช่นว่าการระบุสภาพทั่วไปของข้อมูลนั้น และตัวลูกจ้างผู้ทำการถ่ายทอดข้อมูลก็ถือว่าได้ดำเนินการระบุข้อมูลชัดเจนแล้ว¹²⁶ การระบุอย่างชัดเจนนี้เพื่อให้เกิดความแน่นอนว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะไม่ถูกจำกัดสิทธิอย่างไม่เป็นธรรมในการใช้เทคโนโลยีของตนเอง ซึ่งการระบุอย่างชัดเจนนี้อาจทำให้ต้องมีการเปิดเผยรายละเอียดข้อมูลนั้นในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ หรือจัดทำรายละเอียดของข้อมูลในรูปแบบของเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรแนบไว้ท้ายสัญญาดังกล่าว¹²⁷

3. การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเศอังกฤษ

3.1 ความเป็นมาและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศต้นกำเนิดแนวคิดอันเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความลับทางการค้า แล้วจึงสืบทอดไปยังประเทศต่างๆ เช่น สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย สิงคโปร์ การให้คุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศอังกฤษไม่มีเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หากแต่อาศัยหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษา มาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงในแต่ละคดี หลักดังกล่าวได้แก่ หลักการละเมิดความไว้วางใจ (Law of Breach of Confidence)¹²⁸ หลักนี้มีรากฐานมาจากหลักความยุติธรรม

¹²⁴EC commission, EC commission notice: guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements.

¹²⁵EC commission, Regulation No 772/2004 of 27 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements, Article 1 (i).

¹²⁶EC commission, EC commission notice: guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements.

¹²⁷Doris Estelle Long and Anthony D'Amato, A coursebook in intellectual property(Minnesota : West Group, 2000), p. 493.

¹²⁸ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), หน้า 436-438

(Equity) มีความยืดหยุ่นปรับเปลี่ยนได้ตามสภาวะแห่งข้อเท็จจริงรายคดี¹²⁹ ทั้งนี้ความเป็นมาและรายละเอียดของของหลักการละเมิดความไว้วางใจได้กล่าวถึงแล้วในบทที่ 2 ภายใต้หัวข้อ 2.2

หลักการละเมิดความไว้วางใจไม่ได้นำไปปรับใช้กับเฉพาะความลับทางการค้าเท่านั้น หากยังได้ถูกนำไปปรับใช้กับข้อมูลความลับหลากหลายประเภท ทั้งข้อมูลส่วนบุคคล ข้อมูลทางการพาณิชย์ ข้อมูลทางเทคนิค ความลับทางการค้า ความรู้ความชำนาญ (know-how) หรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับรัฐบาล อย่างไรก็ตามในที่นี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงหลักการละเมิดความไว้วางใจในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคุ้มครองความลับทางการค้าเท่านั้น¹³⁰

การปรับใช้หลักการละเมิดความไว้วางใจในคดีความลับทางการค้ามักปรากฏในสองกรณี ดังนี้

(1) กรณีที่คู่กรณีมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจต่อกันหรือมีแนวโน้มที่จะมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจต่อกัน เช่น ระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกับผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ กรณีการร่วมมือกันระหว่างบริษัทในการผลิตผลิตภัณฑ์ หรือ กรณีการร่วมมือกันระหว่างผู้ประดิษฐ์คิดค้นกับบริษัทผู้ผลิต¹³¹ หน้าที่ในการรักษาความลับในกรณีนี้อาจเกิดขึ้นโดยมีข้อตกลงกำหนดต่อกันอย่างชัดเจนให้อีกฝ่ายมีหน้าที่รักษาความลับ หรืออาจเกิดขึ้นโดยที่คู่กรณีไม่มีความผูกพันกันอย่างชัดเจน แต่มีการเปิดเผยข้อมูลความลับภายใต้สถานการณ์ที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้รับข้อมูลที่จะต้องรักษาข้อมูลนั้นไว้เป็นความลับ โดยถือเป็นหน้าที่อันเกิดจากความไว้วางใจที่ผู้เปิดเผยข้อมูลมีต่อผู้รับข้อมูล เช่น การเปิดเผยต่อผู้เข้าร่วมเจรจาจะทำสัญญา ดังที่ปรากฏในคดี *Seager v Copydex* ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า โจทก์นาย Seager ได้เจรจากับบริษัทจำเลยเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่ยึดพรม (carpet grip) ที่เขาคิดค้นขึ้น ในการเจรจาดังกล่าวนาย Seager ได้ให้รายละเอียดผลิตภัณฑ์ต่อผู้จัดการของบริษัทจำเลย ต่อมาการเจรจาล้มเหลว แต่บริษัทจำเลยกลับพัฒนาผลิตภัณฑ์ขึ้นมาโดยอาศัยความคิดที่ได้จากนาย Seager ศาลตัดสินว่า แม้ไม่มีการกำหนดข้อตกลงรักษาความลับไว้อย่างชัดเจน แต่บริษัทจำเลยมีหน้าที่ที่เกิดจากความไว้วางใจและเมื่อได้ละเมิดหน้าที่ดังกล่าวโดยได้นำข้อมูลของโจทก์ไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตย่อมต้องชดเชยค่าเสียหายแก่โจทก์¹³²

¹²⁹ สอนชัย สิริวิบูล, “หลักกฎหมายความลับทางการค้ากับการจำกัดการแข่งขันทางการค้า”, บทบันทึกคดี 58 (ธันวาคม 2545): 56-119.

¹³⁰ Lionel Bently and Brad Sherman, *Intellectual property law*, Second Edition (Oxford; New York: Oxford University Press, 2001), p. 993.

¹³¹ Paul Marett, *Intellectual Property Law* (London: Sweet and Maxwell, 1996), p. 139.

¹³² คดี *Seager v Copydex* CA 1963.

หน้าที่รักษาความลับในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงอย่างชัดแจ้งนี้เกิดขึ้นตามหลักความไว้วางใจและความยุติธรรม ดังที่ผู้พิพากษา Megarry ได้วินิจฉัยไว้ในคดี *Coco v A.N. Clark (Engineers)* ว่า หน้าที่รักษาความลับอาจเกิดขึ้นได้โดยพิจารณาว่าข้อมูลนั้นได้เปิดเผยในสถานการณ์แบบใด หากในสถานการณ์นั้นมีเหตุผลเพียงพอที่วิญญูชนซึ่งอยู่ในฐานะเช่นผู้ได้รับข้อมูลจะตระหนักได้ว่าข้อมูลนั้นได้เปิดเผยแก่เขาอย่างลับๆ หรือตระหนักได้ว่าผู้เปิดเผยประสงค์ให้เขาเก็บเป็นความลับ เช่นนี้ย่อมเพียงพอที่จะทำให้ผู้ได้รับข้อมูลมีหน้าที่รักษาความลับนั้นตามหลักความยุติธรรม (the equitable duty of confidence)¹³³

(2) ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง หน้าที่รักษาความลับมักถูกกำหนดเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาจ้างแรงงาน อย่างไรก็ตาม แม้ไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง ศาลก็จะตีความว่าในความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างย่อมประกอบด้วยหน้าที่กระทำการด้วยความซื่อสัตย์ จงรักภักดี และความสุจริตใจ ซึ่งย่อมรวมถึงหน้าที่ในการรักษาความลับด้วย ปัญหาที่มักเกิดขึ้นในคดีที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างคือ การพิจารณาว่าข้อมูลใดเป็นความลับในทางการค้าหรือทางธุรกิจซึ่งสมควรได้รับการคุ้มครอง และข้อมูลใดที่นายจ้างหรืออดีตนายจ้างไม่อาจอ้างสิทธิเหนือข้อมูลนั้น และเป็นข้อมูลที่ลูกจ้างหรืออดีตลูกจ้างมีสิทธิใช้ได้หรือไม่ อย่างไร ทั้งนี้รายละเอียดในเรื่องดังกล่าวจะกล่าวถึงในหัวข้อเกี่ยวกับนิยามความลับทางการค้า¹³⁴

3.2 นิยามคำว่า ความลับทางการค้า

ด้วยเหตุที่การคุ้มครองข้อมูลความลับอาศัยหลักการละเมิดความไว้วางใจซึ่งการพิจารณาความรับผิดชอบอาศัยความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีเป็นสำคัญ ทำให้การแยกแยะระหว่างข้อมูลที่เป็นความลับทั่วไปกับความลับทางการค้าไม่ค่อยมีผลต่อการคุ้มครองข้อมูลเท่าใด เพราะหากปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการละเมิดความไว้วางใจ แม้ข้อมูลนั้นจะไม่ใช่เรื่องทางการค้า หรือธุรกิจ ฝ่ายที่ละเมิดความไว้วางใจก็ยังคงมีหน้าที่และความรับผิดชอบอยู่ อย่างไรก็ตามในกรณีที่มีการละเมิดความลับทางการค้าระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง การพิจารณาแยกแยะว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้ามีความสำคัญมากขึ้น การพิจารณาดังกล่าวมีผลว่าสิ่งนั้นจะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ และลูกจ้างหรืออดีตลูกจ้างมีหน้าที่ไม่เปิดเผยหรือใช้ข้อมูลนั้นหรือไม่ นอกจากนี้ในปัจจุบันที่การค้าและการประกอบธุรกิจมีความสำคัญมากขึ้น จึงทำให้เกิดความตระหนักถึงความสำคัญในการคุ้มครอง

¹³³ คดี *Coco v A.N. Clark (Engineers)* (1969) RPC 41, 48.

¹³⁴ Paul Marett, *Intellectual Property Law*, p. 143.

ข้อมูลที่มีมูลค่าอันเป็นผลจากการค้นคว้า วิจัย รวบรวมหรือประดิษฐ์คิดค้น และทำให้เกิดความพยายามในการแยกแยะความลับทางการค้าออกจากข้อมูลความลับประเภทอื่นมากขึ้นกว่าในอดีต¹³⁵

การให้คำนิยามความลับทางการค้าในประเทศอังกฤษพิจารณาได้จากหลักที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีต่างๆ รวมถึงความเห็นของนักกฎหมาย และแนวทางจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมาประกอบกัน

ในเอกสารการประชุมหารือของคณะกรรมการร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเสนอแนะการบัญญัติกฎหมายอาญาสำหรับการใช้ความลับทางการค้าในทางที่ผิด (Law Commission Consultation Paper No. 150 – “Legislating the Criminal Code: Misuse of Trade Secrets”) ซึ่งแม้ความพยายามของคณะกรรมการร่างกฎหมายตามที่ปรากฏในเอกสารข้อหารือนั้นในการผลักดันให้บัญญัติให้การใช้ความลับทางการค้าในทางที่ไม่สมควรให้เป็นความผิดอาญาจะไม่ประสบผลสำเร็จ แต่เอกสารดังกล่าวก็ได้ระบุเกี่ยวกับข้อมูลที่อยู่ในความหมายของคำว่าความลับทางการค้าไว้ว่า ได้แก่ข้อมูลสี่ประเภท ดังนี้¹³⁶

1. สูตรสำหรับผลิตภัณฑ์ที่มีลักษณะเฉพาะและรายละเอียดมาก (formulae for highly specific products)
2. ความลับทางเทคโนโลยี (technological secrets)
3. ข้อมูลเกี่ยวกับกลยุทธ์ทางธุรกิจ (strategic business information)
4. ข้อมูลที่เปิดเผยเข้าถึงได้โดยสาธารณชนแต่ได้ถูกนำมารวบรวม เรียบเรียง พินิจ และจัดลำดับ(collations of publicly available information) เช่น ฐานข้อมูลบางอย่าง

ขณะเดียวกัน ในคดี *Lansing Linde Ltd v Kerr* ผู้พิพากษา *Staughton* ได้กล่าวถึงความหมายของความลับทางการค้า อันมีใจความว่า ความลับทางการค้าเป็นข้อมูลที่ใช้ทางการค้าหรือธุรกิจ ซึ่งหากเปิดเผยแก่คู่แข่งแล้วอาจก่อความเสียหายและมีผลกระทบอย่างมากต่อเจ้าของ

¹³⁵Ibid, p. 144.

¹³⁶Industrial law society, Law Commission Consultation Paper No. 150 – “Legislating the Criminal Code: Misuse of Trade Secrets”, *Industrial Law Journal*(Online), 1998 Available from: <http://ilj.oxfordjournals.org/misc/terms.dtl>.

ความลับ ทั้งนี้เจ้าของความลับต้องได้จำกัดการเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าว หรืออย่างน้อยที่สุดต้องไม่ได้สนับสนุน หรืออนุญาตให้มีเผยแพร่ข้อมูลนั้น¹³⁷

เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาที่ปรากฏ ข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้าต้องประกอบด้วยคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(1) ข้อมูลต้องสามารถกำหนดได้อย่างชัดเจน

ข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองต้องมีความชัดเจน สามารถกำหนดได้แน่นอน ทั้งนี้อาจอยู่ในรูปแบบใดก็ได้ และอาจมีรูปร่างหรือไม่ก็ได้ โดยอาจเป็นข้อความ ภาพวาด รูปถ่าย ผลิตภัณฑ์ หรืออาจเป็นข้อมูลที่ไม่จำเป็นต้องอยู่ในรูปแบบที่ถาวร หรือจับต้องได้ เช่น ข้อมูลนั้นอาจเป็นข้อความ กำพุด อยู่ในรูปแบบของรหัส หรืออาจประกอบเป็นส่วนหนึ่งของวัตถุที่มีรูปร่าง เช่น แบบของผลิตภัณฑ์ อาจเป็นสูตร แผนการ หรือโครงร่างก็ได้¹³⁸

ผู้พิพากษา O'Connor ได้วางหลักไว้ในคดี PA Thomas v Mould ว่า โจทก์ในคดีจำเป็นต้องพิสูจน์ให้ปรากฏชัดเจนและแน่นอนถึงสิ่งที่โจทก์อ้างว่าเป็นความลับและประสงค์จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย¹³⁹ ดังนั้นหากโจทก์ไม่ระบุข้อมูลอย่างละเอียดเพียงพอ โจทก์อาจไม่ประสบความสำเร็จในการดำเนินคดี เนื่องจากอาจถือว่าโจทก์แสวงหากำไรและประโยชน์โดยมิชอบจากการดำเนินคดี และเป็นเหตุให้ศาลปฏิเสธที่จะออกคำสั่งห้ามละเมิดความลับ¹⁴⁰ เช่นเดียวกันในคดี Suhner v Transradio ซึ่ง โจทก์ได้อ้างว่าแบบแปลนจำนวน 100 แบบแปลนจากทั้งหมด 246 แบบแปลนที่ให้ไว้แก่จำเลยนั้น เป็นความลับทางการค้า ศาลในคดีปฏิเสธที่จะออกคำสั่งห้ามละเมิดความลับ โดยให้เหตุผลว่า ในกรณีนี้ไม่อาจทราบได้อย่างแน่นอนว่าข้อมูลใดที่โจทก์กล่าวอ้างเป็นข้อมูลความลับ¹⁴¹ และในคดี Ocular Sciences v Aspect Vision Care ก็เช่นเดียวกัน ได้มีการวางหลักว่า โจทก์ต้องแสดงรายละเอียดอย่างครบถ้วนและพอเหมาะซึ่งข้อมูลที่ประสงค์จะคุ้มครอง เนื่องจากหากปราศจากการระบุข้อมูลอย่างชัดเจน คำสั่งห้ามละเมิดความลับของศาลย่อมมีขอบเขตไม่แน่นอนและบังคับได้ยากลำบาก และอาจทำให้ศาลเห็นว่า การที่โจทก์นำคดีขึ้นสู่ศาลนั้นเป็นไป

¹³⁷ คดี Lansing Linde Ltd v Kerr (1991) W.L.R. 251.

¹³⁸ Lionel Bently and Brad Sherman, *Intellectual property law*, p. 1000.

¹³⁹ คดี PA Thomas v Mould (1968) QB 913, 912.

¹⁴⁰ Lionel Bently and Brad Sherman, *Intellectual property law*, p. 999.

¹⁴¹ คดี Suhner v Transradio (1967) RPC 329.

เพื่อรบกวนสิทธิของบุคคลอื่นมากกว่าเพื่อคุ้มครองสิทธิของโจทก์เอง และเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากการดำเนินคดี¹⁴²

(2) ข้อมูลต้องไม่ใช่ข้อมูลที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป

ข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองต้องไม่ใช่เพียงความคิดทั่วไปที่มีอยู่ในอุตสาหกรรมนั้นๆ ในกรณีที่ข้อมูลมีรายละเอียดซับซ้อน เช่น แบบแปลนเครื่องยนต์ หรือ สูตรยา ข้อมูลลักษณะดังกล่าวมักไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการวินิจฉัยเท่าใดนัก แต่หากเป็นกรณีความคิดหรือข้อมูลที่ไม่สลับซับซ้อนเท่าใดนัก มักเกิดปัญหาในการพิจารณาว่าข้อมูลนั้นมีลักษณะเป็นเพียงความคิดทั่วไปหรือไม่ เนื่องจากหากปล่อยให้โจทก์สามารถอ้างความคุ้มครองกับข้อมูลที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปสูง ย่อมทำให้โจทก์อ้างสิทธิเหนือข้อมูลต่างๆ ได้อย่างกว้างขวางและสร้างความไม่เป็นธรรมแก่ผู้รับข้อมูลได้¹⁴³

คดีที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับหลักดังกล่าวได้แก่ คดี De Maudsley v. Palumbo ในคดีดังกล่าวโจทก์อ้างความคุ้มครองในความคิดเกี่ยวกับการเปิดคลับเดินรูปแบบใหม่ที่โจทก์ได้บอกเล่าแก่จำเลย โดยความคิดนั้น คือ 1. เป็นคลับที่เปิดตลอดทั้งคืน โดยถูกต้องตามกฎหมาย 2. มีขนาดใหญ่และตกแต่งโดยจำลองรูปแบบของคลังสินค้าที่ทันสมัย 3. ประกอบด้วยพื้นที่เป็นสัดส่วนสำหรับการดื่ม การเดินร่า และการพบปะสังสรรค์ 4. มีพื้นที่ปิดล้อมสำหรับการเดินร่าซึ่งมีระบบเสียงคุณภาพสูง 5. มีการจ้างดีเจที่มีคุณภาพ ในคดีนี้ศาลได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับลักษณะข้อมูลความลับไว้ว่า ข้อมูลความลับที่จะได้รับความคุ้มครองไม่จำเป็นต้องเป็นลายลักษณ์อักษร หรือมีสภาพทangible โดยอาจเป็นเพียงความคิด (a concept or an idea) ก็ได้ แต่ความคิดดังกล่าวต้องไม่ใช่แค่เพียงความมุ่งหมายปรารถนาเท่านั้น หากต้องมีความเฉพาะเจาะจงมากพอที่แสดงว่าข้อมูลนั้นสามารถทำให้เป็นจริงได้โดยวิธีการที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ ในวงการอุตสาหกรรมด้านวรรณกรรม และการบันเทิง ข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองยังต้องประกอบด้วยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ มีความดั้งเดิมทางพาณิชย์ และมีการพัฒนามากพอที่จะทำให้เป็นจริงได้ ซึ่งในกรณีของโจทก์นี้ ศาลถือว่าเป็นเพียงการเอาความคิดทั่วไปที่มีอยู่แล้วมารวมกันซึ่งไม่ได้มีความแปลกใหม่สำหรับวงการบันเทิง ข้อมูลนั้นจึงไม่มีคุณสมบัติที่จะได้รับความคุ้มครอง¹⁴⁴

¹⁴² คดี Ocular Sciences v Aspect Vision Care (1997).

¹⁴³ Lionel Bently and Brad Sherman, *Intellectual property law*, p. 1001.

¹⁴⁴ คดี De Maudsley v. Palumbo (1996) FSR 447, 456.

คำพิพากษาข้างต้นแสดงให้เห็นว่า ข้อมูลแนวคิด หรือความคิดที่จะได้รับความคุ้มครอง ต้องถูกพัฒนาอย่างเพียงพอในระดับที่สามารถทำให้เป็นจริงได้ และต้องไม่ใช่เพียงความปรารถนา มุ่งหมาย หากต้องแสดงให้เห็นรายละเอียดมากพอสมควรในผลิตภัณฑ์ที่แน่นอน (considerable degree of particularity in a definitive product) ทั้งนี้ระดับมาตรฐานรายละเอียดของความคิด หรือแนวคิดที่จะได้รับความคุ้มครองย่อมมากน้อยต่างกันไปขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี¹⁴⁵ ในคดี Fraser v Thames Television Ltd ผู้พิพากษา Hirst ได้วินิจฉัยว่า ในบางกรณี สภาพของข้อมูลนั้น อาจจำเป็นต้องมีการพัฒนาอย่างมาก และกว้างขวางจึงจะเข้าเกณฑ์ที่ได้รับความคุ้มครอง ขณะที่ในบางกรณีความคิดที่เป็นเพียงข้อมูลสั้นๆ ไม่ซับซ้อนก็อาจเข้าเกณฑ์ที่จะได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าในอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องนั้นถือปฏิบัติเป็นปกติต่อข้อมูลนั้นอย่างไร ในคดี Fraser v Thames Television Ltd นั้น ความคิดสำหรับซีรีส์โทรทัศน์เกี่ยวกับการจัดตั้งวงนักร้องหญิงเพลง ร็อกได้รับความคุ้มครอง โดยศาลให้เหตุผลว่า ความคิดดังกล่าวมีการพัฒนาเพียงพอ จนเห็นได้ว่า อย่างน้อยก็เป็นที่น่าดึงดูดสำหรับผู้จัดโปรแกรมโทรทัศน์ และสามารถทำให้เกิดขึ้นจริงได้ และยังปรากฏข้อเท็จจริงว่าในทางปฏิบัติของอุตสาหกรรมภาพยนตร์โทรทัศน์ เป็นเรื่องปกติที่จะให้การ ปกป้องคุ้มครองแก่ข้อเสนอ หรือแผนการสำหรับโปรแกรมโทรทัศน์ใหม่ๆ¹⁴⁶

นอกจากนี้ในคดี Mense and Ampere Mfg Co. Pty Ltd v. Milenkovic ซึ่งเป็นคดีของศาล ออสเตรเลีย ได้วินิจฉัยในเรื่องความลับซับซ้อนของข้อมูลว่า แม้ข้อมูลนั้นสามารถเข้าใจได้ง่าย และไม่ซับซ้อนก็อาจได้รับความคุ้มครอง หากข้อมูลนั้นเกิดจากการที่เจ้าของความลับใช้ความ พยายามอย่างมากพอ และบุคคลอื่นไม่อาจทำหรือผลิตได้สำเร็จหากไม่ได้ใช้กรรมวิธีดังกล่าว ข้อเท็จจริงในคดีคือ โจทก์ประกอบธุรกิจเครื่องใช้ไฟฟ้า โดยได้ออกแบบและจัดทำแม่พิมพ์สำหรับ ปลั๊กติดผนังทำจากไนลอน โดยใช้เทคนิคการหล่อแบบโดยการฉีด อย่างไรก็ตามกระบวนการดังกล่าว มีข้อเสียคือ การเอาตัวปลั๊กออกต้องทำด้วยมือ โจทก์จึงขอให้จำเลยออกแบบแม่พิมพ์เพื่อการฉีด หล่อแบบตัวปลั๊กโดยอัตโนมัติ โดยโจทก์ได้มอบปลั๊กตัวอย่างให้แก่จำเลยและให้จำเลยเยี่ยมชม กระบวนการผลิตภายในโรงงาน โจทก์ สองปีต่อมาจำเลยเริ่มทำการผลิตปลั๊กโดยใช้กรรมวิธีคล้าย กับของโจทก์ ในคดีนี้ศาลพิพากษาว่ากรรมวิธีของโจทก์เป็นความลับทางการค้า ทั้งนี้แม้จะไม่ ปรากฏข้อเท็จจริงว่ากระบวนการที่โจทก์ใช้มีลักษณะเป็นการประดิษฐ์คิดค้น และปรากฏว่า ส่วนประกอบของแม่พิมพ์หลายส่วนเกิดจากความรู้อันทั่วไป หรือประกอบด้วยข้อมูลที่สามารถเข้าถึง ได้โดยการตรวจสอบของบุคคลทั่วไป แต่โจทก์ก็ได้ปรับใช้ความรู้ของตนในการผลิตและออกแบบ แม่พิมพ์ โดยผ่านการทดสอบ ลองผิดลองถูก จนได้ผลลัพธ์เป็นกรรมวิธีที่ใช้ผลิตได้จริง ซึ่งไม่อาจ

¹⁴⁵ Lionel Bently and Brad Sherman, *Intellectual property law*, pp. 1002-1003.

¹⁴⁶ คดี Fraser v Thames Television Ltd (1983) 2 ALL ER 101, 121.

ทำสำเร็จได้โดยง่าย หากปราศจากการใช้กรรมวิธีของโจทก์ ดังนี้ข้อมูลของโจทก์จึงได้รับความคุ้มครอง¹⁴⁷

(3) ข้อมูลต้องไม่มีลักษณะเล็กน้อยไม่เป็นสาระ และต้องมีคุณค่าและประโยชน์ต่อเจ้าของ

ข้อมูลความลับที่จะได้รับการคุ้มครองต้องไม่เป็นข้อมูลเล็กน้อยไม่เป็นสาระ (trivial Information) ซึ่งในคดี *Coco v AN Clark (Engineering) Ltd* ผู้พิพากษา Megarry วางหลักว่า หลักความยุติธรรมไม่ควรนำมาบังคับกับข้อมูลเล็กน้อยอันไม่ควรให้ความสนใจ แม้ว่าข้อมูลดังกล่าวจะเป็นความลับก็ตาม และหากเป็นกรณีความลับทางการค้า ข้อมูลความลับทางการค้านั้นจะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ย่อมพิจารณาจากมูลค่าทางเศรษฐกิจ (economically valuable) หรือความน่าดึงดูดในเชิงพาณิชย์ (commercially attractive)¹⁴⁸

ทั้งนี้หลักในการพิจารณาว่าข้อมูลนั้น ไม่ใช่ข้อมูลเล็กน้อยไม่เป็นสาระ และมีคุณค่าเพียงพอสามารถสรุปได้ดังนี้

(ก) ข้อมูลนั้นเกิดจากความพยายามอุตสาหกรรมที่มากพอ โดยอาจเป็นการใช้จ่ายเงิน และเวลาในการคิดค้น รวบรวม หรือค้นพบ และหากมีการเปิดเผยย่อมก่อให้เกิดความเสียหาย และไม่เป็นธรรมแก่ผู้เป็นเจ้าของ ในคดี *Oxford v Moss* ซึ่งแม้ไม่ได้เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้า แต่ก็ได้วินิจฉัยถึงคุณค่าของข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองว่า ข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่าข้อมูลนั้นได้อาศัยระยะเวลาและความอุตสาหกรรมในการรวบรวม คัดสรร และจัดเรียง ย่อมแสดงได้ว่าข้อมูลมีคุณค่าสมควรได้รับความคุ้มครอง ซึ่งบุคคลอื่นไม่มีสิทธิใช้หรือเอาไปซึ่งข้อมูลนั้นอันเป็นการอาศัยทางลัดเอาเปรียบเจ้าของข้อมูล หากแต่ต้องใช้กระบวนการ และค้นพบข้อมูลนั้นโดยอาศัยความอุตสาหกรรมของตนเอง¹⁴⁹

เช่นเดียวกันในคดี *Attorney-General v Guardian Newspapers Ltd* ศาลได้วินิจฉัยว่าหน้าที่ความไว้วางใจจะไม่นำไปบังคับกับข้อมูลที่ไม่มีประโยชน์ (useless information) หรือเล็กน้อยไม่สำคัญ¹⁵⁰

¹⁴⁷ คดี *Mense and Ampere Mfg Co. Pty Ltd v. Milenkovic* (1973) V.R. 784.

¹⁴⁸ คดี *Coco v A.N. Clark (Engineers)* (1969) RPC 41, 48.

¹⁴⁹ คดี *Oxford v. Moss* (1978).

¹⁵⁰ คดี *Attorney-General v Guardian Newspapers Ltd* (1990) 1 AC 109.

(ข) การพิจารณาว่าข้อมูลใดเล็กน้อยไม่สำคัญเป็นเรื่องทางอัตวิสัย ข้อมูลเดียวกัน หากอยู่ในบริบทต่างกันอาจเป็นไปได้ทั้งข้อมูลที่มีความสำคัญหรือเล็กน้อยไม่สำคัญก็ได้ และในบางกรณี ข้อมูลที่นำมารวบรวมเข้าด้วยกัน ข้อมูลนั้นปลายที่ได้ อาจมีความสำคัญมากกว่าข้อมูลแต่ละส่วน หากแยกจากกัน¹⁵¹

(ค) ข้อมูลนั้นเกี่ยวข้องกับโดยตรงกับผลประโยชน์ของธุรกิจหรือไม่ ซึ่งในกรณีเป็นที่สงสัย หากมีการจัดทำเอกสารของบริษัทที่ระบุอย่างชัดเจนว่าจะอะไรเป็นความลับก็อาจถือได้ว่าข้อมูลนั้นเกี่ยวข้องกับธุรกิจและมีความสำคัญเพียงพอ¹⁵²

(ง) ความสัมพันธ์กันระหว่างคู่กรณีที่มีผลต่อการวินิจฉัยของศาล โดยเฉพาะกรณี ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ขณะที่สัญญาจ้างยังมีผลบังคับ หากมีข้อสงสัยว่าข้อมูลนั้น ได้รับความคุ้มครองหรือไม่ ศาลมีแนวโน้มที่จะจะยกประโยชน์ในข้อสงสัยนั้นให้แก่ฝ่ายนายจ้าง¹⁵³

(จ) ข้อเท็จจริงที่ว่าข้อมูลนั้นถูกใช้ในทางการค้าหรือธุรกิจ และหากเปิดเผยแก่คู่แข่งย่อม ก่อให้เกิดความเสียหาย และเจ้าของได้จำกัดการเผยแพร่ หรืออย่างน้อยก็ไม่ได้สนับสนุนให้มีการ เผยแพร่ข้อมูลดังกล่าว และไม่จำเป็นที่ข้อมูลนั้นต้องเป็นข้อมูลทางเทคนิค หรือข้อมูลวิทยาศาสตร์ ทั้งนี้ตามที่ได้อธิบายไว้ในคดี *Lansing Linde Ltd v Kerr*¹⁵⁴

(ฉ) หากเป็นความลับเกี่ยวกับกรรมวิธีทางอุตสาหกรรม ซึ่งเกี่ยวข้องกับการประดิษฐ์ คิดค้นย่อมมีแนวโน้มที่จะได้รับความคุ้มครอง มากกว่าข้อมูลทางธุรกิจ ทั้งนี้แม้ว่าความลับที่ เกี่ยวกับการประดิษฐ์นั้นจะไม่มีชั้นการประดิษฐ์ที่สูงถึงขั้นที่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ก็ตาม ในขณะที่ความลับเกี่ยวกับธุรกิจ เช่น ข้อมูลราคา ฐานข้อมูลรายชื่อลูกค้า ที่อยู่ และเลขบัญชีของ ลูกค้า ความเป็นไปได้ว่าข้อมูลนั้นจะได้รับความคุ้มครองนั้นมีน้อยกว่ากรณีของกรรมวิธีทาง อุตสาหกรรม¹⁵⁵

(4) ข้อมูลต้องไม่เป็นข้อมูลสาธารณะ (public domain)

¹⁵¹ Adrian Chandler and James Halland, *Information: protection; ownership & rights.*, 1st Published(London: Blackstone Press, 1993), p. 38.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ คดี *Lansing Linde Ltd v Kerr* (1991) 1 All ER 418.

¹⁵⁵ David Bainbridge, *Intellectual property*, Third Edition(London: Pitman Publishing, 1996), p. 227.

ข้อมูลต้องไม่ใช่ทรัพย์สินสาธารณะ (public property) หรือเป็นที่รับรู้กันทั่วไป (public knowledge) คดีสำคัญที่ได้วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานคือ คดี Saltman Engineering Co. Ltd v Campbell Engineering Co. Ltd และในคดีอื่นๆก็ได้มีคำวินิจฉัยที่ไปในทำนองเดียวกันว่าข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองต้องไม่ใช่ความรู้ทั่วไป (common knowledge) หรือข้อมูลสาธารณะ (public domain) แม้จะมีการใช้คำเรียกที่แตกต่างกันเล็กน้อย แต่ผลของคำวินิจฉัยเป็นไปในทำนองเดียวกัน¹⁵⁶

หลักในการพิจารณาว่าข้อมูลนั้นเป็นข้อมูลสาธารณะหรือไม่มีดังนี้

(ก) สถานภาพความลับต้องพิจารณาจากปัจจัยภาววิสัย (objective element) กล่าวคือ ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่า เจ้าของไม่ได้เปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณชน¹⁵⁷ เรื่องดังกล่าวต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่าเจ้าของปฏิบัติต่อข้อมูลอย่างเป็นความลับ หรือได้กำหนดมาตรการรักษาความลับนั้นหรือไม่ โดยไม่ได้อาศัยเพียงแค่ว่าเจ้าของมีเจตนาที่จะรักษาความลับเท่านั้น กล่าวคือแม้เจ้าของข้อมูลจะมีเจตนารักษาข้อมูลนั้นไว้เป็นความลับ แต่หากไม่ระมัดระวังในการใช้มาตรการรักษาความลับหรือปล่อยให้พลละเลยและทำให้ข้อมูลรับรู้ต่อบุคคลภายนอก ข้อมูลนั้นย่อมไม่เป็นความลับอีกต่อไป¹⁵⁸

(ข) การพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่า สาธารณชนสามารถเข้าถึงแหล่งข้อมูลนั้นได้อย่างไร อิสระเสรีหรือไม่¹⁵⁹

(ค) ข้อเท็จจริงที่ว่าความลับได้ถูกเปิดเผยแก่บุคคลอื่นไม่ใช่สิ่งยืนยันว่าข้อมูลนั้นได้กลายเป็นข้อมูลสาธารณะแล้วเสมอไป¹⁶⁰ ในคดี Stephens v Avery ซึ่งแม้ไม่ได้เกี่ยวกับความลับทางการค้าโดยตรง แต่ก็ได้อ้างอิงในประเด็นการเปิดเผยข้อมูลต่อบุคคลอื่นไว้ ซึ่งสามารถนำมาพิจารณากับกรณีความลับทางการค้าได้ กล่าวคือ ข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลสองคนทราบความลับไม่ได้เป็นสิ่งตัดสินว่าข้อมูลนั้นไม่เป็นความลับอีกต่อไป ข้อมูลนั้นยังคงเป็นความลับอยู่ หากปรากฏว่ามีการกำหนดให้บุคคลที่ได้รับข้อมูลมีหน้าที่รักษาความลับ¹⁶¹ หรือยกตัวอย่างเช่น บริษัทซอฟต์แวร์อาจยอมให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเข้าถึงรหัสโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (computer

¹⁵⁶ John Hull, *Commercial Secrecy Law and Practice* (London: Sweet and Maxwell, 1998), p. 50.

¹⁵⁷ Tina Hart and Linda Fazzani, *Intellectual property law*, Third Edition (New York: Palgrave Macmillan, 2004), p. 64.

¹⁵⁸ Lionel Bently and Brad Sherman, *Intellectual property law*, pp. 1003-1004.

¹⁵⁹ คดี Industrial Furnaces Ltd v Reaves (1970).

¹⁶⁰ Tina Hart and Linda Fazzani, *Intellectual property law*, p. 66.

¹⁶¹ คดี Stephens v Avery (1988) 1 Ch 457.

source code) ซึ่งเป็นความลับ เพื่อประโยชน์ในการแก้ไขความผิดพลาดและพัฒนาผลิตภัณฑ์ แม้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะมีหลายราย แต่หากมีการกำหนดให้บุคคลเหล่านั้นมีหน้าที่ในการรักษาความลับ รหัสโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นก็ยังคงเป็นความลับต่อไป¹⁶²

อย่างไรก็ดีการปรากฏข้อเท็จจริงว่ายังมีบุคคลจำนวนมากได้รับทราบข้อมูล ก็ยังมีแนวโน้มที่ศาลจะถือว่าข้อมูลนั้นไม่เป็นความลับอีกต่อไป ในการพิจารณาว่าเท่าใดจึงจะถือว่าเป็นจำนวนมากพอสมควรนั้นย่อมพิจารณาจากพฤติการณ์และข้อเท็จจริงในแต่ละคดี¹⁶³

(ง) ข้อมูลนั้นถูกเผยแพร่ในรูปแบบใด และระดับการเผยแพร่นั้นมากน้อยเพียงใดหรือมีแนวโน้มที่จะถูกเข้าถึงหรือแสวงหาได้ยากง่ายเพียงใดในวงการหรืออาชีพที่เกี่ยวข้อง รวมถึงกลุ่มสาธารณชนที่มีความสนใจใคร่รู้ในข้อมูลดังกล่าว หากปรากฏว่าข้อมูลนั้นเป็นที่รับรู้โดยทั่วไปในวงการที่เกี่ยวข้อง หรือในอุตสาหกรรม หรือในสาขาวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง ย่อมถือได้ว่าข้อมูลนั้นกลายเป็นข้อมูลสาธารณะ และไม่อาจได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้า แม้ว่าบุคคลส่วนใหญ่จะไม่รับรู้ข้อมูลดังกล่าวก็ตาม¹⁶⁴

(จ) สำหรับข้อมูลทางเทคนิคเช่น กลไกของสิ่งประดิษฐ์ หากข้อมูลถูกเปิดเผยในข้อถือสิทธิในการขอรับสิทธิบัตร ข้อมูลย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครอง¹⁶⁵ หรือหากข้อมูลถูกเปิดเผยผ่านข้อถือสิทธิในการขอรับสิทธิบัตรในต่างประเทศแล้ว แม้ยังไม่มีการเปิดเผยข้อมูลในประเทศ ย่อมถือได้ว่าข้อมูลนั้นสามารถเข้าถึงได้โดยบุคคลที่เกี่ยวข้องแล้วเช่นกัน เนื่องจากตัวแทนในการขอรับสิทธิบัตรสามารถตรวจสอบคุณลักษณะของข้อมูลนั้นได้ และยิ่งการใช้อินเทอร์เน็ตแพร่หลาย ยิ่งเป็นการยากที่โจทก์จะกล่าวอ้างได้ว่าข้อมูลที่เป็นที่รับรู้กันในสถานที่หนึ่งจะยังคงเป็นความลับในอีกที่หนึ่ง¹⁶⁶

(5) ข้อมูลต้องไม่ใช่ข้อมูลที่น่าละอายหรือเป็นข้อมูลที่ผิดศีลธรรม

การปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองกับข้อมูลที่ผิดศีลธรรม หรือเรื่องน่าละอาย (scandalous or immoral) สะท้อนหลักความยุติธรรมซึ่งเป็นรากฐานของหลักการละเมิดความไว้วางใจ โดยศาลถือว่า ความไว้วางใจ หรือหน้าที่รักษาความลับไม่อาจเกิดขึ้นได้บนความอยุติธรรม (There is no

¹⁶²Tina Hart and Linda Fazzani, *Intellectual property law*, pp. 66-67.

¹⁶³Ibid, p. 66.

¹⁶⁴John Hull, *Commercial Secrecy Law and Practice*, p. 50.

¹⁶⁵Tina Hart and Linda Fazzani, *Intellectual property law*, pp. 63 – 64.

¹⁶⁶Lionel Bently and Brad Sherman, *Intellectual property law*, p. 1004.

confidence in an inequity) ซึ่งหลักดังกล่าวปรากฏในคดี *Stephens v Avery* (1988) และ คดี *Gardside v Outram* (1857)¹⁶⁷ ทั้งนี้ศาลมีแนวโน้มที่จะไม่บังคับหน้าที่ความไว้วางใจกับคู่กรณี หากปรากฏว่าข้อมูลนั้นเข้าข่ายผิดศีลธรรมอย่างแน่แท้ (grossly immoral) ซึ่งการวินิจฉัยดังกล่าวมีความสอดคล้องกับหลักกฎหมายลิขสิทธิ์¹⁶⁸ อย่างไรก็ดีเนื่องจากไม่ปรากฏว่ามีหลักเกณฑ์ทางศีลธรรมที่แน่นอนเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป และเป็นการยากในการวินิจฉัยว่าสิ่งใดผิดศีลธรรมอย่างแน่แท้ ศาลจึงมีความระมัดระวังอย่างมากในการยกข้ออ้างดังกล่าวขึ้นมาคัดสิทธิการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า¹⁶⁹

(6) ข้อมูลนั้นต้องไม่ใช่ข้อมูลที่สมควรถูกเปิดเผยเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ในประเทศอังกฤษ ข้อต่อสู้ในคดีละเมิดความลับทางการค้าโดยอ้างประโยชน์สาธารณะได้รับการยอมรับเป็นอย่างมาก หลักการดังกล่าวถูกปรับใช้กับข้อมูลทุกประเภท ทั้งกับข้อมูลความลับของเอกชน และของรัฐบาล และไม่ว่าจะเป็นความลับที่เกี่ยวข้องทางพาณิชย์หรือไม่ก็ตาม โดยศาลถือหลักว่าศาลต้องชั่งน้ำหนักและทำให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะในการคุ้มครองข้อมูลให้เป็นความลับ กับประโยชน์ที่สาธารณชนจะได้รับจากการเปิดเผยข้อมูลความลับนั้น หลักการดังกล่าวเป็นไปตามที่ผู้พิพากษา Lord Goff ได้วินิจฉัยไว้ในคดี *A.G. v Guardian Newspaper Ltd*¹⁷⁰ และด้วยเหตุที่การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าอยู่บนพื้นฐานของหลักความไว้วางใจ (Law of Confidence) ซึ่งมีรากฐานจากหลักความยุติธรรม (Equity) ศาลจึงถือว่าหน้าที่ในการรักษาความลับตามหลักความไว้วางใจไม่สามารถมีได้ หรือใช้ เพื่อปกป้องสิ่งที่ไม่เป็นธรรม¹⁷¹

การปรับใช้ข้อต่อสู้โดยอ้างประโยชน์สาธารณะมีขอบเขตกว้างขวาง ไม่จำกัดว่าต้องเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดอาญา (crime) หรือ การคดโกง (fraud) หากแต่รวมถึง ความประพฤติใดๆ อันไม่เหมาะสม ซึ่งโดยลักษณะแล้วสาธารณชนสมควรได้รับทราบ¹⁷² กล่าวคือศาลมีแนวโน้มจะขยายขอบเขตของการยกข้อต่อสู้ดังกล่าวให้รวมถึงการเปิดเผยข้อมูลใดๆก็ตามที่มีลักษณะสมควรถูกเปิดเผยแก่สาธารณชน โดยอาจเป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับ การกระทำที่ละเมิดความปลอดภัยของ

¹⁶⁷ Michael Edenbrought, *Intellectual property*, First Edition(London: Cavendish Publishing, 1995), p. 352.

¹⁶⁸ David Bainbridge, *Intellectual property*, p.225.

¹⁶⁹ Lionel Bently and Brad Sherman, *Intellectual property law*, p. 1004.

¹⁷⁰ คดี *A.G. v Guardian Newspaper Ltd* (No. 2) (1988) 3 All E.R. 545 and 659.

¹⁷¹ John Hull, *Commercial Secrecy Law and Practice*, p. 276.

¹⁷² คดี *Initial Services Ltd v Putterill* (1967) 3 All E.R. 145.

ประเทศ การละเมิดกฎหมาย หรือหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด การคดโกง การกระทำที่เป็นภัยต่อประเทศ หรือประชาชน ข้อมูลทางการแพทย์ที่อาจก่อให้เกิดภัยต่อสาธารณะและความประพฤตินมิชอบใดๆที่มีความสำคัญในลักษณะเช่นเดียวกับที่กล่าวมา¹⁷³

ตัวอย่างคดีที่เกี่ยวข้องกับหลักดังกล่าวได้แก่

คดี *Gartside v Outram* โจทก์กล่าวหาจำเลยซึ่งเคยเป็นเสมียนทำงานกับโจทก์ว่าได้คัดลอกเอกสารความลับของโจทก์ไป และขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามจำเลยเปิดเผยเอกสารดังกล่าว ศาลพิจารณาว่าเอกสารดังกล่าวได้เปิดเผยพฤติการณ์หลอกลวงของโจทก์ แม้จำเลยจะอยู่ในฐานะเสมียนซึ่งมีหน้าที่รักษาความลับที่ได้รับทราบจากหน้าที่การงานนั้น แต่หากการเปิดเผยความลับนั้นเป็นการเปิดเผยความอยู่ดีชั่วกรรม โจทก์ย่อมไม่อาจอ้างความคุ้มครองในข้อมูลนั้นได้ เนื่องจากหน้าที่รักษาความลับไม่สามารถนำมาใช้เพื่อปกปิดการกระทำผิดอาญา (crime) ความคดโกง (fraud) หรือข้อมูลใดๆที่เกี่ยวข้องกับเจตนาอันคดโกงนั้น¹⁷⁴

ในคดี *Initial Services Ltd v Putterill* ผู้พิพากษา Lord Denning M.R. ได้ขยายขอบเขตของข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ จากหลักในคดี *Gartside v Outram* ซึ่งได้วินิจฉัยแยกกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดอาญา หรือการคดโกง ไปให้รวมถึง ความประพฤตินมิชอบใดๆอันไม่เหมาะสมซึ่งโดยลักษณะแล้วสาธารณชนสมควรได้รับทราบด้วย¹⁷⁵

คดีสำคัญในระยะเวลาต่อมาคือ คดี *Lion Laboratories Ltd v Evans* ข้อเท็จจริงในคดีคือ โจทก์เป็นผู้ผลิตและจำหน่ายเครื่องมือวัดระดับแอลกอฮอล์ในลมหายใจของผู้ขับขี่ยานพาหนะ อดีตลูกจ้างสองคนของโจทก์เมื่อลาออกจากการเป็นลูกจ้างแล้วได้อาเอกสารเกี่ยวกับข้อมูลส่วนประกอบและการผลิตเครื่องมือดังกล่าวมาด้วยโดยปราศจากความยินยอมจากโจทก์ และนำเอกสารดังกล่าวไปขายต่อให้หนังสือพิมพ์ท้องถิ่น โจทก์ฟ้องอดีตลูกจ้างทั้งสองราย และหนังสือพิมพ์ท้องถิ่นเป็นจำเลยให้คดี และขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามการเปิดเผยเอกสารดังกล่าว จำเลยในคดีนี้ต่อสู้ว่าข้อมูลเกี่ยวกับส่วนประกอบและวิธีการผลิตเครื่องมือซึ่งปรากฏในเอกสารดังกล่าวจะแสดงให้เห็นว่าเครื่องมือนี้มีความผิดพลาดและไม่แม่นยำในการทำงานอย่างไร และความผิดพลาดและไม่แม่นยำนั้นอาจส่งผลให้การตรวจวัดระดับแอลกอฮอล์ในผู้ขับขี่ยานพาหนะคลาดเคลื่อนและทำให้บุคคลนั้นต้องรับผิดชอบในฐานะที่ขับรถโดยมีเงินมาได้ ในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่าข้อต่อสู้เรื่องประโยชน์สาธารณะไม่ได้ถูกจำกัดแค่ว่าโจทก์กระทำผิดกฎหมายเท่านั้น และ

¹⁷³ คดี *Beloff v. Press-dram* (1973) 1 All E.R. 241.

¹⁷⁴ คดี *Gartside v Outram* (1856) 26 L.J. Ch. 113.

¹⁷⁵ คดี *Initial Services Ltd v Putterill* (1967) 3 All E.R. 145.

วินิจฉัยโดยซึ่งนำหน้าระหว่างประโยชน์สาธารณะในการรักษาความลับทางธุรกิจ กับประโยชน์สาธารณะในการรับรู้ว่า เครื่องมือวัดระดับแอลกอฮอล์มีแนวโน้มที่จะทำงานคลาดเคลื่อน โดยเฉพาะหากเครื่องมือนั้นถูกใช้ในการวัดระดับความมึนเมาของผู้ขับขี่ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ หรือหน้าที่การงานของบุคคลนั้น ท้ายสุดศาลจึงปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองข้อมูลที่โจทก์กล่าวอ้าง¹⁷⁶

อย่างไรก็ตาม พัฒนาการหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับข้อต่อสู้ในคดีละเมิดความลับโดยอ้างประโยชน์สาธารณะถูกวิพากษ์วิจารณ์และไม่เห็นด้วยโดยศาลออสเตรเลีย โดยผู้พิพากษา Gummton ได้วิจารณ์ว่าข้อต่อสู้ที่ศาลอังกฤษอ้างถึงนั้นเปรียบเสมือนภาพวาดอันสวยงามหากแต่ขาดความชัดเจน และไม่ปรากฏว่ากฎหมายออสเตรเลียได้รับรองให้ยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะมาเป็นข้อยกเว้นการละเมิดความลับได้ ทั้งยังได้แสดงความกังขาต่อคำวินิจฉัย ในคดี *Gartside v Outram* ของผู้พิพากษา Wood ว่า ความยุติธรรมที่ถูกกล่าวอ้างในคำพิพากษาดังกล่าวนั้นเป็นข้อต่อสู้ของจำเลยเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบจากการเปิดเผยความลับ หรือความยุติธรรมนั้นได้ทำลายสถานภาพการเป็นความลับในข้อมูลนั้นกันแน่ ซึ่งหากเป็นกรณีหลังย่อมทำให้ไม่มีหน้าที่ในการรักษาความลับระหว่างคู่กรณีเกิดขึ้นเลยทีเดียวเนื่องจากข้อมูลนั้นไม่มีสภาพเป็นความลับตั้งแต่แรกแล้ว ซึ่งศาลอังกฤษก็ไม่ได้วินิจฉัยเรื่องดังกล่าวให้ชัดเจน¹⁷⁷ ขณะเดียวกันที่ผู้พิพากษา Rath ในคดี *Castrol Australia Pty Ltd v Entech Associates Pty Ltd* ก็ได้ให้ความเห็นในทำนองเดียวกันว่าข้อต่อสู้ในคดีละเมิดความลับต้องมีน้ำหนักและชัดเจนมากกว่าแค่การกล่าวอ้างว่า การเปิดเผยความลับนั้นเป็นการบอกเล่าความจริงเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ¹⁷⁸

นอกจากอาศัยหลักทั้งหกประการข้างต้นที่นำมาใช้พิจารณาคูณสมบัติของข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองแล้ว ประเภทของข้อมูลที่แตกต่างกันก็เป็นปัจจัยหนึ่งที่มีผลต่อแนวโน้มที่ศาลจะให้ความคุ้มครองข้อมูลนั้นด้วย ดังนี้¹⁷⁹

1) ข้อมูลสิ่งประดิษฐ์และสูตรทางอุตสาหกรรมเกือบทุกประเภทมักได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้า หากไม่ปรากฏว่าสามารถเข้าใจได้ง่าย หรือมีความสลับซับซ้อนในระดับพอสมควร เช่น ข้อมูลอุปกรณ์หรือเครื่องจักร รายละเอียดการก่อสร้างสะพานน้ำ ข้อมูลความลับที่ได้รับความคุ้มครองในกรณีดังกล่าวมักนี้เป็นกรณีข้อมูลความลับที่เกี่ยวกับเครื่องมือตัวเอง หรือเกี่ยวข้องกับลักษณะหรือคุณสมบัติของเครื่องมืออื่น หรือเกี่ยวข้องกับองค์ประกอบ

¹⁷⁶ คดี *Lion Laboratories Ltd v Evan* 2 All E.R. 417.

¹⁷⁷ คดี *Whiting and Byrne v Collector of Customs for the Sate of Victoria* (1988) 10 I.P.R. 53.

¹⁷⁸ คดี *Castrol Australia Pty Ltd v Entech Associates Pty Ltd* (1980) 34 A.L.R. 31.

¹⁷⁹ John Hull, *Commercial Secrecy Law and Practice*, p. 74.

หรือส่วนประกอบของผลิตภัณฑ์นั้น เช่น สูตรต่างๆทางเทคนิค สูตรสีที่ใช้ผสม ก็อาจได้รับความคุ้มครองเช่นกัน¹⁸⁰

2) ข้อมูลเกี่ยวกับกระบวนการ หรือกรรมวิธีทางอุตสาหกรรม ซึ่งมักประกอบด้วยขั้นตอนต่างๆที่จำเป็นเพื่อให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์ในบั้นปลาย หรือผลลัพธ์สุดท้าย ข้อมูลประเภทนี้มักประสบความสำเร็จยากในการวินิจฉัย เนื่องจากต้องพิจารณาข้อเท็จจริงว่า ความสำเร็จของกระบวนการ หรือกรรมวิธีนี้ขึ้นอยู่กับตัวข้อมูลนั่นเอง หรือ ขึ้นอยู่กับทักษะความชำนาญ และประสบการณ์ของผู้ปฏิบัติการมากกว่ากัน หากเป็นอย่างหลัง ข้อมูลนั้นอาจถือได้ว่าเป็นทักษะความชำนาญ และประสบการณ์ของผู้ปฏิบัติการซึ่งไม่อาจได้รับความคุ้มครอง ซึ่งข้อพิจารณาดังกล่าวมีผลอย่างมากในคดีที่เกี่ยวข้องกับการห้ามอดีตลูกจ้างใช้หรือเปิดเผยข้อมูลความลับ¹⁸¹ ในคดี *Diamond Stylus Co. Ltd v. Bauden Precision Diamonds Ltd* ได้วินิจฉัยว่า กระบวนการหรือกรรมวิธีทางอุตสาหกรรมมีแนวโน้มที่จะได้รับความคุ้มครองยากกว่าสิ่งประดิษฐ์ที่เป็นการเฉพาะเจาะจง เนื่องจากข้อมูลประเภทหลังนั้นอาจมีการระบุให้ชัดเจน หรือให้การจำกัดความให้ชัดเจนได้ยากกว่า ในขณะที่ในคดีละเมิดข้อมูลความลับนั้นจำเป็นอย่างยิ่งที่โจทก์ต้องระบุอย่างชัดเจนซึ่งความลับที่ประสงค์จะคุ้มครอง¹⁸²

3) ข้อมูลรายชื่อลูกค้าเป็นข้อมูลที่มักประสบความสำเร็จยากในการพิจารณา โดยเฉพาะในกรณีพิพาทระหว่างอดีตนายจ้างกับอดีตลูกจ้าง หากอดีตลูกจ้างสามารถแสดงให้เห็นว่าตนสามารถระลึกถึงรายชื่อ ที่อยู่ และความต้องการของลูกค้าดังกล่าวได้ เนื่องจากความคุ้นเคยจากการทำงาน จนทำให้ข้อมูลนั้นติดตรึงอยู่ในความทรงจำและเป็นส่วนหนึ่งของความชำนาญของเขาเอง ข้อมูลนั้นย่อมไม่ใช่ความลับทางการค้า ตามคำวินิจฉัยที่ปรากฏในคดี *Coral Index Ltd v Regent Index Ltd*¹⁸³ อย่างไรก็ดี หากข้อมูลนั้นประกอบไปด้วยรายละเอียดเกี่ยวกับเฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่มีการซื้อขาย ส่วนลดที่ได้ให้แก่ลูกค้า ความต้องการของลูกค้าแต่ละรายเป็นพิเศษ หรือกำหนดเวลาส่งสินค้า ย่อมถือว่าข้อมูลนั้นมีความสำคัญต่อความสำเร็จของธุรกิจและสมควรได้รับความคุ้มครองดังเช่นที่วินิจฉัยในคดี *Faccenda Chicken Ltd v Fowler*¹⁸⁴ และแม้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องหรือที่นำมาประกอบเป็นข้อมูลรายชื่อลูกค้าจะมีบางส่วนเป็นข้อมูลสาธารณะ หรืออยู่ในรูปแบบเอกสารสาธารณะ โดยอยู่ในระบบบัญชีรายชื่อทางการค้า (trade catalogue) หรือในรูปแบบอื่นทำนองเดียวกัน แต่หากมีการใช้ความพยายามอุตสาหกรรมในการรวบรวมและจัดลำดับขึ้นใหม่และทำ

¹⁸⁰ Ibid, pp. 74 -75.

¹⁸¹ Ibid, p. 75.

¹⁸² คูกิติ *Diamond Stylus Co. Ltd v. Bauden Precision Diamonds Ltd* (1972) F.S.R. 385.

¹⁸³ คูกิติ *Coral Index Ltd v Regent Index Ltd* (1970) R.P.C. 147.

¹⁸⁴ คูกิติ *Faccenda Chicken Ltd v Fowler* (1986) 1 All E.R. 617.

ให้ได้ข้อมูลซึ่งก่อให้เกิดความได้เปรียบเหนือคู่แข่ง ข้อมูลนั้นย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ตามที่ปรากฏจากคำวินิจฉัยในคดี *Saltman Engineering Co. Ltd v Campbell Engineering Co. Ltd* และ *International Scientific Communications Pty Ltd v Pattison*¹⁸⁵

4) ข้อมูลทางการเงิน และการพาณิชย์อื่นๆ ยกตัวอย่างเช่น

- ข้อมูลเกี่ยวกับราคา เช่น ราคาที่จ่ายต่อผู้ขายวัตถุดิบ หรือที่เสนอขายลูกค้ามักมีแนวโน้มที่จะได้รับความคุ้มครอง เนื่องจากถือว่ามีผลต่อความสำเร็จของธุรกิจ เพราะหากมีการเปิดเผย หรือนำข้อมูลนั้นไปใช้โดยมิชอบอาจส่งผลให้มีการตัดราคากันเพื่อให้สินค้าหรือบริการของตนขายได้ หรือ การเสนอราคาสูงกว่าอีกฝ่ายเพื่อให้ได้เข้าถึงแหล่งวัตถุดิบ¹⁸⁶

- ข้อมูลเกี่ยวกับผู้ขายวัตถุดิบ (Supplier) หากเป็นข้อมูลแสดงคุณลักษณะของผู้ขายวัตถุดิบ เพียงอย่างเดียวอาจไม่ถือเป็นความลับทางการค้า เว้นแต่จะปรากฏหลักฐานว่ามีการใช้ความตั้งใจ คำนวณอย่างต่อเนื่องโดยใช้ค่าใช้จ่ายพอสมควรเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลนั้น¹⁸⁷

- ข้อมูลเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ หรือตลาดใหม่ๆ การให้ความคุ้มครองข้อมูลดังกล่าวมักอยู่ในขั้นตอนที่ยังไม่ได้นำสินค้าวางตลาด หรืออยู่ในขั้นตอนของการเปิดเผยข้อมูลแก่ผู้สนับสนุนทางการเงิน หรือในขั้นตอนในขณะที่การเจรจาจะทำการซื้อขาย หรือจะทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ อย่างไรก็ตามที่ผลิตภัณฑ์ใหม่วางตลาด หรือมีการใช้ประโยชน์จากข้อมูลนั้นในลักษณะปรากฏเปิดเผยต่อสาธารณะ ข้อมูลนั้นอาจสูญเสียสภาพความลับและไม่ได้รับความคุ้มครอง¹⁸⁸

3.3 แนวทางการให้คำนิยามความลับทางการค้าในกรณีความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้าง (อดีตนายจ้าง) กับลูกจ้าง (อดีตลูกจ้าง)

ในคดีละเมิดความลับทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างนั้น มักเกิดปัญหาในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้าหรือธุรกิจที่จะได้รับความคุ้มครอง¹⁸⁹ เนื่องจาก ข้อมูลที่อยู่ในความครอบครองขององค์กรธุรกิจหนึ่งๆมีจำนวนมากและองค์กรธุรกิจนั้น มักต้องการหวงกันข้อมูลเหล่านั้น ไม่ให้ถูกใช้หรือเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก เนื่องจากเกรงว่าการใช้หรือเปิดเผยจะก่อความเสียหายแก่องค์กร หรือเป็นประโยชน์ต่อคู่แข่ง บางครั้งข้อมูลที่องค์กร

¹⁸⁵ John Hull, *Commercial Secrecy Law and Practice*, pp. 78.

¹⁸⁶ Ibid, p. 80.

¹⁸⁷ Ibid, p. 81.

¹⁸⁸ Ibid, p. 82.

¹⁸⁹ Paul Marett, *Intellectual Property Law*, p. 144.

ธุรกิจต้องการหวงกันไม่ได้จำกัดแต่ข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้า หากแต่เป็นการอ้างสิทธิเหนือข้อมูลอย่างกว้างขวาง ซึ่งกรณีพิพาทในเรื่องดังกล่าวมักเกิดระหว่างองค์กรธุรกิจกับบุคคลที่มีโอกาสมากที่สุดที่จะได้รับทราบข้อมูลซึ่งได้แก่ลูกจ้าง ในการพิจารณาว่าข้อมูลใดเป็นความลับทางการค้าซึ่งสมควรได้รับการปกป้องคุ้มครอง ศาลต้องแสวงหาจุดสมดุลระหว่างการคุ้มครองประโยชน์ของนายจ้างกับสิทธิเสรีภาพของลูกจ้างในการประกอบอาชีพ¹⁹⁰ เพราะหากศาลตีความข้อมูลที่ได้รับคุ้มครองอย่างกว้างขวางย่อมเป็นผลให้ลูกจ้าง (อดีตลูกจ้าง) นั้นถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ แต่หากตีความข้อมูลที่ได้รับคุ้มครองอย่างแคบก็อาจทำกระทบต่อสิทธิของผู้ประกอบการเจ้าของความลับทางการค้าและทำให้ขาดแรงจูงใจในการคิดค้น พัฒนาความรู้ และการลงทุนประกอบธุรกิจได้

ในระยะเวลาที่สัญญาจ้างมีผลบังคับ ลูกจ้างต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์จงรักภักดี แต่เมื่อสัญญาจ้างสิ้นสุดลูกจ้างย่อมมีสิทธิใช้ประโยชน์ในทักษะความชำนาญ และความรู้ในการประกอบอาชีพต่อไป ทั้งนี้ภายใต้ข้อจำกัดที่ลูกจ้างยังคงต้องเคารพต่อผลประโยชน์ของนายจ้างสองประการได้แก่ 1. กระบวนการ หรือกรรมวิธีที่เป็นความลับทางการค้าของนายจ้าง และ 2. ความนิยมชมชอบ (goodwill) ระหว่างนายจ้างเดิมกับลูกค้า¹⁹¹ ดังนั้นการให้นิยามความลับทางการค้าย่อมมีความสำคัญและมีผลต่อความรับผิดชอบของลูกจ้าง โดยเฉพาะในกรณีที่การจ้างสิ้นสุดลงแล้ว

เหตุที่การให้นิยามความลับทางการค้ามีความสำคัญในกรณีที่สัญญาจ้างสิ้นสุดมากกว่ากรณีที่สัญญาจ้างยังมีผลอยู่ก็เนื่องจาก ระหว่างที่สัญญาจ้างยังมีผลบังคับ การจัดแบ่งข้อมูลว่าเป็นเพียงความลับธรรมดา (other confidential information) หรือเป็นความลับทางการค้า (trade secrets) ไม่ใช่เรื่องสำคัญเท่าใดนัก เนื่องจากศาลถือว่า ลูกจ้างมีหน้าที่ต่อนายจ้างตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต (obligation of fidelity and good faith) ซึ่งหน้าที่ภายใต้หลักความซื่อสัตย์สุจริตนั้นกินความรวมถึง หน้าที่ที่จะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับกิจการที่มีลักษณะแข่งขันกับนายจ้าง ไม่ว่าจะป็นของนายจ้างรายอื่น หรือเป็นกิจการของลูกจ้างนั่นเอง¹⁹² และหน้าที่รักษาความลับต่อข้อมูลของนายจ้าง

¹⁹⁰David Bainbridge, *Intellectual property*, p. 239.

¹⁹¹William Cornish and David Liewelyn, *Intellectual property: patents, copyrights, trademarks and allied Rights*, Fifth edition(London: Sweet & Maxwell, 2007), pp. 316-317.

¹⁹²Ibid, pp. 317.

ไม่ว่าข้อมูลนั้นเป็นความลับทางการค้าหรือไม่¹⁹³ ซึ่งหน้าที่นี้ไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ในสัญญาจ้าง หรือข้อตกลงต่างหากอย่างชัดเจนแต่อย่างใด¹⁹⁴

คดีที่ได้วินิจฉัยหลักดังกล่าวได้แก่

คดี Thomas Marshall (Exports) v Guinle ซึ่งได้วินิจฉัยว่า การกระทำของลูกจ้างที่ได้ซื้อสินค้าจากผู้จัดหาสินค้า (supplier) และขายให้กับลูกค้าของบริษัท (นายจ้าง) ในนามของตนเอง และยังคงทำเช่นนั้นต่อไปแม้สิ้นสุดสัญญาจ้างแล้ว ย่อมละเมิดหน้าที่ความจงรักภักดีและสุจริตใจ (obligation of fidelity and good faith) และหน้าที่ในฐานะผู้จัดการซึ่งเป็นผู้ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary duty) และแม้สัญญาจ้างไม่ได้ระบุหน้าที่ห้ามใช้ความลับระหว่างสัญญาจ้างมีผลก็ตาม แต่พฤติการณ์ของจำเลยที่ใช้ความลับของบริษัทเพื่อประโยชน์ของตนเองย่อมเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ความจงรักภักดีและสุจริตใจที่ลูกจ้างพึงมีต่อนายจ้าง¹⁹⁵

คดี Balson Limited and another V. Headline Filters Limited ก็ได้วินิจฉัยว่า หน้าที่กระทำการด้วยความซื่อสัตย์จงรักภักดีนี้จะป้องกันไม่ให้ลูกจ้างเปิดเผยข้อมูล และแข่งขันกับนายจ้าง เนื่องจากลูกจ้างมีหน้าที่ต้องไม่แสวงหาผลประโยชน์จากความเชื่อใจของนายจ้าง ไม่ข้องเกี่ยวกับกรณีที่ทำหน้าที่หรือผลประโยชน์ของตนขัดแย้งกับนายจ้าง และไม่กระทำการเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลที่สามโดยปราศจากความยินยอมของนายจ้าง และยังลูกจ้างมีตำแหน่งสูงขึ้นเท่าไร ศาลก็มีแนวโน้มจะกำหนดภาระหน้าที่มากขึ้นตามไปด้วย¹⁹⁶

คดี Baker v Gibbons ศาลตีความว่า หน้าที่ของลูกจ้างในการรักษาความลับนี้ย่อมรวมถึงหน้าที่ไม่เอาไปซึ่งข้อมูลระหว่างที่ยังเป็นลูกจ้างอยู่เพื่อนำติดตัวไปเมื่อออกจากงาน ไม่ว่าโดยการคัดลอก หรือโดยการจดจำอย่างจงใจ¹⁹⁷

ในทางตรงกันข้ามกับกรณีที่สัญญาจ้างยังมีผลบังคับ เมื่อสัญญาจ้างสิ้นสุด การพิจารณาแบ่งแยกระหว่างข้อมูลความลับธรรมดากับความลับทางการค้ามีความสำคัญ เนื่องจากเมื่อสัญญาจ้างสิ้นสุดแล้วอดีตลูกจ้างย่อมไม่มีหน้าที่ตามหลักหน้าที่ความจงรักภักดีและความสุจริตใจ (obligation of fidelity and good faith) และหน้าที่ในฐานะผู้จัดการซึ่งเป็นผู้ได้รับความไว้วางใจ

¹⁹³ Adrian Chandler and James Halland, *Information: protection; ownership & rights.*, p. 31.

¹⁹⁴ William Cornish and David Liewelyn, *Intellectual property: patents, copyrights, trademarks and allied Rights*, pp. 317.

¹⁹⁵ คดี Thomas Marshall (Exports) v Guinle (1978).

¹⁹⁶ Lionel Bently and Brad Sherman, *Intellectual property law*, p. 1025.

¹⁹⁷ คดี Baker v Gibbons (1972) 2 All E.R. 759.

(fiduciary duty) ต่ออดีตนายจ้างอีกต่อไป ในกรณีที่มีการกล่าวอ้างว่าอดีตลูกจ้างได้เปิดเผยหรือใช้ข้อมูลความลับความลับ ศาลจะระมัดระวังในการพิจารณาแยกแยะข้อมูลที่เหมาะสมได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้าออกจากข้อมูลทั่วไปของบริษัทที่มีอยู่จำนวนมาก หรือข้อมูลที่เป็นจากความรู้ความชำนาญของลูกจ้างเอง เนื่องจากเกรงว่า หากปล่อยให้ออดีตนายจ้างอ้างสิทธิในข้อมูลต่างๆ ได้อย่างกว้างขวางย่อมจะมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพ¹⁹⁸

อดีตลูกจ้างจะต้องรับผิดชอบเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า อดีตลูกจ้างได้นำไปซึ่งข้อมูลที่เขาไม่สมควรหาประโยชน์จากข้อมูลนั้น โดยข้อมูลนั้นต้องเป็นความลับทางการค้า หรือ เทียบเท่าความลับทางการค้า (trade secrets or their equivalent)¹⁹⁹ หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าข้อมูลนั้นเป็นความลับทางการค้าหรือไม่นั้นใช้หลักเกณฑ์ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อนิยามความลับทางการค้า (3.2) หากแต่ข้อพิจารณาที่ศาลมุ่งเน้นเป็นพิเศษในคดีละเมิดความลับระหว่างอดีตนายจ้างกับอดีตลูกจ้าง คือ ข้อมูลนั้นต้องไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของทักษะความชำนาญ ประสบการณ์ หรือความรู้ทั่วไปที่อดีตลูกจ้างมีสิทธิใช้ได้อย่างอิสระ²⁰⁰

คดีที่ได้วินิจฉัยหลักดังกล่าวได้แก่

คดี Herbert Morris Ltd v Saxelby ได้วินิจฉัยว่า ทักษะความชำนาญของลูกจ้าง ซึ่งได้แก่ ความถนัด ความคล่องแคล่ว ความสามารถทางฝีมือแรงงาน และเชี่ยวชาญในทางอุตสาหกรรมที่ลูกจ้างได้จากประสบการณ์การทำงาน ไม่ใช่ความลับทางการค้า ดังนั้นลูกจ้างสามารถใช้ได้โดยอิสระ และไม่อาจถูกจำกัดได้โดยข้อตกลงรักษาความลับ หรือโดยข้อตกลงจำกัดทางการค้าใดๆ²⁰¹

คดี Ixora Trading Inc. v Jones ได้วินิจฉัยว่าความรู้โดยทั่วไปของลูกจ้างเกี่ยวกับวิธี หรือแบบแผนขององค์กร หรือธุรกิจไม่อาจได้รับความคุ้มครอง²⁰²

คดี Stephenson Jordan Ltd and Harrison v. Macdonald and Evans ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงในคดีว่า นาย D.F. Evans-Hemmings ซึ่งทำงานในตำแหน่งผู้ทำบัญชีให้กับโจทก์ และต่อมาได้เขียนหนังสือชื่อว่า การควบคุมงบประมาณและราคามาตรฐานที่ยืดหยุ่น ซึ่งต่อมาถูกจัดพิมพ์โดย

¹⁹⁸ คดี Balson Limited and another V. Headline Filters Limited (1990) FSR 385.

¹⁹⁹ William Cornish and David Liewelyn, Intellectual property: patents, copyrights, trademarks and allied Rights, pp. 319.

²⁰⁰ John Hull, Commercial Secrecy Law and Practice, p. 79.

²⁰¹ Adrian Chandler and James Halland, Information: protection; ownership & rights., p. 31.

²⁰² คดี Ixora Trading Inc. v Jones (1990) FSR.

สำนักพิมพ์จำเลย โจนท์อ้างว่าข้อมูลที่ปรากฏในหนังสือได้แสดงถึงขั้นตอนวิธีการของโจทก์และเป็นข้อมูลที่ได้มาโดยมีหน้าที่รักษาความลับ ศาลไม่รับฟังข้ออ้างดังกล่าว โดยวินิจฉัยว่าข้อมูลที่ลูกจ้างได้เรียนรู้มาถือเป็นส่วนหนึ่งของประสบการณ์ทางธุรกิจของลูกจ้าง และไม่ใช้ความลับทางการค้า²⁰³

คดี Johnson & Bloy (Holdings) Ltd v Wolstenholme Rink plc ได้วินิจฉัยว่า หากเป็นข้อมูลที่โดยสภาพปกติสามารถจดจำได้เนื่องจากความคุ้นเคยเช่น ชื่อ ที่อยู่ลูกค้า เช่นนี้ลูกจ้างย่อมเอาไปได้²⁰⁴

ในคดีละเมิดความลับระหว่างอดีตนายจ้างกับอดีตลูกจ้างนั้น อดีตนายจ้างจำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่า ข้อมูลที่กล่าวอ้างเป็นความลับทางการค้า แม้ฝ่ายอดีตนายจ้างจะอ้างว่าได้มีการทำข้อกำหนดไว้ในสัญญาจ้าง หรือข้อตกลงต่างหากห้ามลูกจ้างใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลต่างๆที่ได้รับมา ระหว่างการทำงานหลังจากสัญญาจ้างสิ้นสุด แต่ข้ออ้างนั้นก็ไม่ใช่เพียงพอที่จะทำให้อดีตลูกจ้างต้องรับผิดชอบไป เพราะหากข้อมูลที่ถูกระงับห้ามในสัญญา ไม่ใช่ความลับทางการค้าแล้ว ศาลอาจถือว่าสัญญานั้นมีเพื่อจำกัดการใช้ทักษะความชำนาญ ประสบการณ์ หรือความรู้ทั่วไปที่อดีตลูกจ้างมีสิทธิใช้ได้อย่างอิสระ ซึ่งมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพ

ข้อตกลงรักษาความลับเมื่อสิ้นสุดการจ้างมักกำหนดแก่ลูกจ้างที่ทำงานด้านวิทยาศาสตร์ การวิจัย เทคนิค หรือลูกจ้างที่เป็นผู้อำนวยการ หรือผู้เชี่ยวชาญ ตัวอย่างข้อสัญญาที่มักนำมาปรับใช้ได้แก่

“ลูกจ้างจะไม่ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง ทำให้ได้มา หรือเปิดเผยต่อบุคคลอื่น บริษัท หรือองค์กรอื่น ซึ่งข้อมูลความลับใดๆ ที่เป็นของบริษัท หรือที่เกี่ยวข้องกับกิจการงาน หรือเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางธุรกิจของบริษัท”

“ลูกจ้างจะไม่เปิดเผยข้อมูลความลับของบริษัทไม่ว่าต่อบุคคลใด เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากบริษัท หรือโดยมีอำนาจตามกฎหมาย และจะไม่ใช้ข้อมูลความลับนั้นไม่ว่าเพื่อประโยชน์ของลูกจ้างเอง หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากเพื่อบริษัท ทั้งนี้ตลอดระยะเวลาที่สัญญาจ้างมีผลบังคับ และหลังสิ้นสุดการจ้างเป็นระยะเวลาหนึ่งปี”²⁰⁵

²⁰³ คดี Stephenson Jordan Ltd and Harrison v. Macdonald and Evans (1952) 1 T.L.R. 101 C.A.

²⁰⁴ คดี Johnson & Bloy v Wolstenholme Rink (1989) F.S.R. 135, CA.

²⁰⁵ Adrian Chandler and James Halland, Information: protection, ownership & rights., p. 26.

ข้อดีของการระบุข้อตกลงรักษาความลับคือ²⁰⁶

1. ข้อกำหนดเช่นว่าให้ผลดีในทางปฏิบัติ โดยช่วยกำหนดมาตรฐานความประพฤติของลูกจ้าง และเป็นการเตือนลูกจ้าง
2. เป็นการแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนซึ่งเจตนาของนายจ้างในการให้ความสำคัญกับการรักษาความลับ
3. ในกรณีที่มีข้อสงสัย หรือมีความกำกวม ข้อตกลงเช่นนั้นอาจทำให้ศาลเชื่อว่าข้อมูลบางอย่างสมควรถือว่าเป็นความลับทางการค้า

แม้ศาลจะให้ความสำคัญและยอมรับผลบังคับของข้อตกลงรักษาความลับภายหลังสัญญาจ้างสิ้นสุด แต่ขณะเดียวกันก็ยอมรับว่าลูกจ้างมีสิทธิเสรีภาพที่จะใช้ทักษะความชำนาญ ความรู้ ประสบการณ์ และความสามารถส่วนตัวที่ได้มาระหว่างการจ้างงาน ดังนั้นข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ความลับเมื่อสิ้นสุดการจ้างจะสามารถบังคับได้ต่อเมื่อเหมาะสมและเป็นธรรมต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่าย และไม่ขัดกับประโยชน์สาธารณะ และไม่มีลักษณะจำกัดการค้าและการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจ²⁰⁷ ข้อตกลงที่มีผลเป็นการห้ามลูกจ้างทำงานในสาขาอาชีพนั้นอีกเลย หรือมีผลเป็นการจำกัดการใช้ความทักษะชำนาญ ประสบการณ์ หรือความรู้ทั่วไปที่ลูกจ้างมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระย่อมไม่อาจบังคับได้ เนื่องจากถือว่ามีลักษณะจำกัดการแข่งขันทางการค้าและไม่เป็นธรรม²⁰⁸

ตัวอย่างคดีที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับข้อตกลงรักษาความลับได้แก่

คดี Faccenda Chicken v Fowler ศาลวินิจฉัยว่า ข้อตกลงห้ามหรือจำกัดการกระทำซึ่งได้แก่ ข้อตกลงห้ามลูกจ้างจัดตั้งกิจการขึ้นเอง เข้าร่วมกับกิจการคู่แข่ง ติดต่อชักชวนลูกค้าของอดีตนายจ้าง หรือเปิดเผยหรือใช้ความลับ ว่าข้อตกลงนั้นจะบังคับได้ต่อเมื่อไม่กว้างขวางเกินไป และมีขึ้นเท่าที่จำเป็นพอสมควรแก่กรณีเพื่อปกป้องความลับทางการค้า หรือป้องกันไม่ให้อดีตลูกจ้างใช้อิทธิพลส่วนตัวที่มีเหนือลูกค้าของนายจ้างเพื่อโน้มน้าวชักจูงให้ลูกค้าออกห่างจากกิจการของนายจ้าง²⁰⁹

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ David Bainbridge, *Intellectual property*, p. 237.

²⁰⁸ Lionel Bently and Brad Sherman, *Intellectual property law*, p. 1026.

²⁰⁹ คดี Faccenda Chicken v Fowler (1986) 1 All ER.

คดี Berkeley Administration Inc. v. McClelland ได้วินิจฉัยในทำนองเดียวกันว่า หากเงื่อนไขในสัญญาจ้างแรงงานเป็นเพียงความพยายามเพื่อถ่วงการแข่งขันในอนาคต มากกว่าเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของนายจ้าง เช่นนี้แล้วศาลย่อมไม่ยอมรับบังคับให้²¹⁰

คดี Mont v Mills ได้วินิจฉัยว่า หากปรากฏว่าข้อตกลงนั้นมีลักษณะจำกัดทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรมแล้ว แม้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าบริษัทได้จ่ายเงินแก่อดีตลูกจ้างก็ไม่อาจทำให้ข้อตกลงนั้นมีผลบังคับได้ กล่าวคือ กฎหมายไม่ได้คำนึงถึงเพียงว่าสิทธิของบุคคลในการทำมาหาเลี้ยงชีพเป็นเรื่องของคู่กรณีเท่านั้น แต่ถือว่าสิทธิของอดีตลูกจ้างในการแข่งขันและใช้ทักษะความชำนาญโดยชอบเป็นเรื่องของนโยบายสาธารณะ²¹¹

คดี Mason v Provident Clothing and Supply Company Ltd. ศาลได้วินิจฉัยว่า หากปรากฏว่าข้อตกลงจำกัดทางการค้ากว้างเกินไป ข้อตกลงนั้นย่อมเป็นโมฆะ โดยศาลไม่มีหน้าที่เข้าไปปรับข้อตกลงให้แคบลง หรือเหมาะสมขึ้นเพื่อให้ข้อตกลงนั้นสามารถบังคับได้ มิฉะนั้นแล้วจะเป็นการสนับสนุนให้นายจ้างร่างข้อตกลงในลักษณะที่กว้างขวาง²¹²

ในขณะที่คดี Poly Lina Ltd v Finch อดีตนายจ้างประสบความสำเร็จในการอ้างความคุ้มครองความลับ เนื่องจากได้แสดงให้เห็นถึงปัจจัยดังต่อไปนี้ 1. โจทก์มีข้อกำหนดในการรักษาความลับในสัญญาจ้าง โดยกำหนดให้ลูกจ้างรักษาความลับ ห้ามแข่งขันและชักชวนลูกค้าเป็นระยะเวลาหนึ่งปี ซึ่งข้อกำหนดนั้นไม่กว้างขวางเกินกว่าเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของธุรกิจซึ่งสมควรได้รับตามกฎหมาย 2. ข้อมูลเป็นความลับทางเทคนิคโดยเฉพาะ ไม่ใช่ข้อมูลทางพาณิชย์ทั่วไป และมีความสำคัญต่อธุรกิจของโจทก์ 3. ข้อมูลมีสภาพเป็นความลับ 4. ข้อมูลไม่ใช่สิ่งที่ติดตัวลูกจ้างไปอย่างทักษะความรู้ และประสบการณ์ 5. โจทก์ได้กำหนดมาตรการรักษาความลับ โดยในหนังสือคู่มือลูกจ้างได้กำหนดข้อความเตือนถึงความจำเป็นในการรักษาความปลอดภัย และรายงานประจำแต่ละเดือนที่ลูกจ้างได้รับก็มีข้อความเตือนว่ารายงานนั้นเป็นความลับ²¹³

ดังนั้นในคดีละเมิดความลับโดยอดีตลูกจ้าง ไม่ว่าจะมิข้อตกลงกำหนดห้ามลูกจ้างใช้หรือเปิดเผยข้อมูลภายหลังสิ้นสุดสัญญาจ้างหรือไม่ อดีตนายจ้างมีหน้าที่พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าข้อมูลที่อดีตลูกจ้างเปิดเผยหรือใช้นั้นเป็นความลับทางการค้า

²¹⁰ คดี Berkeley Administration Inc. v. McClelland (1990) FSR 505.

²¹¹ คดี Mont v Mills (1993) FSR 577.

²¹² คดี Mason v Provident Clothing and Supply Company Ltd. (1913) AC 724.

²¹³ คดี Poly Lina Ltd v Finch (1995) F.S.R. 751.

คดีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดความลับระหว่างนายจ้างลูกจ้างที่สำคัญได้แก่ คดี Faccenda Chicken v Fowler ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่า นาย Fowler ซึ่งเป็นอดีตผู้จัดการฝ่ายขายของบริษัท Faccenda Chicken ได้ร่วมกับพนักงานขายกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับความต้องการของลูกค้า ราคาเส้นทางการส่งสินค้า และกำหนดเวลา โดยระหว่างนาย Fowler กับ บริษัทนายจ้างไม่ได้มีข้อตกลงรักษาความลับในสัญญาจ้าง ต่อมา นาย Fowler ออกจากบริษัทและประกอบธุรกิจของตนเองโดยร่วมกับอดีตพนักงานของบริษัท Faccenda Chicken ส่วนหนึ่ง บริษัท Faccenda Chicken จึงฟ้องคดีว่า นาย Fowler และอดีตพนักงานคนอื่นละเมิดสัญญาจ้างโดยใช้ข้อมูลของบริษัทและทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท คดีดังกล่าวมีข้อพิจารณาที่น่าสนใจดังต่อไปนี้

(ก) การกำหนดประเภทของข้อมูลโดยผู้พิพากษา Goulding ในศาลสูง (High Court)

ผู้พิพากษา Goulding ในศาลสูง (High Court) ได้กำหนดประเภทข้อมูลที่ลูกจ้างได้รับมา ระหว่างการจ้างแรงงานไว้ดังนี้

1. ข้อมูลซึ่งไม่สำคัญ หรือข้อมูลที่มีอยู่เป็นการทั่วไปสามารถเข้าถึงได้จากแหล่งข้อมูลสาธารณะ ข้อมูลประเภทนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองและลูกจ้างไม่มีหน้าที่รักษาความลับข้อมูลดังกล่าวไม่ว่าระหว่างสัญญาจ้างมีผลหรือสิ้นสุดแล้วก็ตาม

2. ข้อมูลที่ลูกจ้างต้องรักษาไว้เป็นความลับทราบเท่าที่สัญญาจ้างมีผลอยู่ แต่เมื่อสิ้นสุดสัญญาจ้างข้อมูลประเภทนี้ย่อมกลายเป็นส่วนหนึ่งของทักษะและความรู้ของลูกจ้าง และลูกจ้างย่อมมีสิทธิใช้ได้เต็มที่ ตราบเท่าที่ไม่ได้มีการกำหนดห้ามไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ ข้อมูลประเภทนี้ จะได้รับความคุ้มครอง ต่อเมื่อมีสัญญาหรือข้อตกลงกำหนดไว้อย่างชัดเจน ในคดีนี้ศาลวินิจฉัยว่า ข้อมูลที่นาย Fowler ใช้นั้นเป็นข้อมูลประเภทที่สอง เมื่อไม่มีการกำหนดห้ามอย่างชัดเจน นาย Fowler ย่อมมีสิทธิใช้ข้อมูลดังกล่าว

3. ข้อมูลซึ่งเป็นความลับทางการค้าโดยเฉพาะ (specific trade secrets) ซึ่งไม่สามารถใช้ได้แม้กระทั่งสัญญาจ้างสิ้นสุดแล้วก็ตาม²¹⁴

อย่างไรก็ดี การจัดประเภทข้อมูลข้างต้นถูกวิพากษ์วิจารณ์จากนักกฎหมายส่วนใหญ่ว่ามีผลให้ทักษะ ความชำนาญและความรู้ของลูกจ้างถูกจัดอยู่ในประเภทที่สองรวมไปกับข้อมูลความลับอื่นที่ไม่มีคุณสมบัติเป็นความลับทางการค้า ซึ่งข้อมูลในประเภทที่สองนั้นสามารถได้รับ

²¹⁴ คดี Faccenda Chicken v Fowler (1987) Ch 117.

ความคุ้มครองโดยข้อตกลงที่ชัดเจน ดังนั้น ทักษะ ความชำนาญ และความรู้ของลูกจ้างย่อมสามารถถูกจำกัดโดยข้อตกลงห้ามที่ชัดเจนได้เช่นกัน²¹⁵

(ข) การกำหนดประเภทข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองและลักษณะความลับทางการค้าโดยผู้พิพากษา Neill ในศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal)

ผู้พิพากษา Neill ในศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ได้วินิจฉัยว่า หน้าที่ของลูกจ้างขณะที่สัญญาจ้างแรงงานมีผลอยู่บนพื้นฐานของความจงรักภักดีและสุจริตใจและหลักความยุติธรรม ขณะที่หน้าที่ภายหลังสิ้นสุดสัญญาจ้างอยู่บนพื้นฐานของหลักสัญญา ดังนั้นหน้าที่ดังกล่าวย่อมมีขอบเขตจำกัดกว่าหน้าที่ภายใต้หลักความยุติธรรม โดยหน้าที่นั้นจำกัดเพียงการไม่ใช้หรือเปิดเผยความลับที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกี่ยวกับการผลิตเช่น สูตรเคมี การออกแบบหรือวิธีการก่อสร้าง และข้อมูลอื่น ๆ ที่มีคุณสมบัติเพียงพอเทียบเท่าความลับทางการค้าเท่านั้น โดยไม่ได้รวมถึง ข้อมูลความลับทุกประเภทที่เปิดเผยแก่ลูกจ้าง หรือที่ลูกจ้างได้มาระหว่างการจ้าง แม้ข้อมูลนั้นจะเป็นข้อมูลที่หากเปิดเผยระหว่างสัญญาจ้างมีผลจะถือเป็นการละเมิดหน้าที่ความจงรักภักดีและสุจริตใจก็ตาม²¹⁶

ในส่วนของการให้นิยามความลับทางการค้านั้นผู้พิพากษา Neill ให้ความเห็นว่า ย่อมเป็นไปได้ที่จะระบุสิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้าได้อย่างครบถ้วน ความลับเกี่ยวกับกระบวนการในการผลิตถือเป็นตัวอย่างที่ชัดเจนของข้อมูลที่สามารถได้รับความคุ้มครอง นอกจากนี้ยังมีข้อมูลอีกมากมายที่สามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้า แม้ว่าข้อมูลเหล่านั้นจะดำรงสถานภาพความลับเป็นระยะเวลาสั้นๆก็ตาม นอกจากนี้ผู้พิพากษา Neill ยังได้วางหลักในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้าหรือไม่ไว้สี่ประการ ดังนี้²¹⁷

1. สภาพของการจ้างแรงงาน เช่น ความใกล้ชิดของลูกจ้างกับข้อมูล หรือ หน้าที่การงานของลูกจ้างในฐานะที่ปรึกษาหรือผู้ให้ความเห็นในเรื่องกิจการภายใน (inner counsel) ของนายจ้าง ทั้งนี้ข้อมูลที่ปรากฏ หรือเป็นที่รับทราบเฉพาะกับลูกจ้างที่ได้รับความไว้วางใจ (trusted employee) ย่อมมีแนวโน้มที่จะเป็นความลับทางการค้ามากกว่าข้อมูลที่เปิดเผยแก่ลูกจ้างระดับทั่วไป (shop-floor employee)

²¹⁵ Adrian Chandler and James Halland, Information: protection, ownership & rights, p. 45.

²¹⁶ คู่คดี Faccenda Chicken v Fowler (1987) Ch 117.

²¹⁷ คู่คดี Faccenda Chicken v Fowler (1987) Ch 117.

2. สภาพของข้อมูล กล่าวคือ ข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองต้องสามารถถูกระบุ หรือ กำหนดได้อย่างชัดเจน (must be defined with some degree of precision) หากเป็นข้อมูลเกี่ยวกับ วิธีการ หรือแนวปฏิบัติทางธุรกิจทั่วไปย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครอง นอกจากนี้แม้จะเป็นข้อมูล ทางเทคนิคก็ไม่ได้หมายความว่าข้อมูลนั้นจะเป็นความลับทางการค้าเสมอไป เนื่องจากในกรณีที่ อดีตลูกจ้างเป็นผู้เชี่ยวชาญ ทักษะความชำนาญทั่วไปและความรู้ของเขาก็อาจอยู่ในรูปแบบของสูตร ส่วนผสม หรือกระบวนการทางเคมีก็ได้

3. การกระทำของนายจ้างที่ทำให้ลูกจ้างตระหนักถึงสถานะความลับของข้อมูล กล่าวคือหากนายจ้างระบุโดยเฉพาะเจาะจงให้ข้อมูลใดเป็นความลับทางการค้า ก็มีแนวโน้มที่ศาล จะถือว่าข้อมูลนั้นเป็นความลับทางการค้า อย่างไรก็ตาม ในการวินิจฉัยคุณสมบัติความลับทาง การค้าตามปัจจัยข้อนี้ ศาลอาจผ่อนปรนความเข้มงวดลงหากเป็นองค์กรธุรกิจขนาดเล็ก โดยถือว่า องค์กรขนาดเล็กย่อมมีหลักปฏิบัติทางธุรกิจที่แตกต่างจากองค์กรขนาดใหญ่ซึ่งมีความสลับซับซ้อน มากกว่า ดังนั้นในกรณีขององค์กรธุรกิจขนาดเล็ก ศาลอาจถือว่าข้อมูลบางอย่างเป็นความลับทางการค้า แม้ว่านายจ้างจะไม่ได้ระบุแจ้งลูกจ้างไว้โดยเฉพาะเจาะจงก็ตาม

4. ข้อมูลนั้นสามารถแยกจากข้อมูลอื่นๆ ได้อย่างเป็นเอกเทศหรือไม่ เช่น สามารถแยก จากความรู้ ทักษะความชำนาญเชี่ยวชาญของลูกจ้างซึ่งลูกจ้างสิทธิใช้ และเปิดเผยข้อมูลนั้น ได้อย่าง อิสระ

มีนักกฎหมายเห็นว่า คดี Faccenda ประสบความสำเร็จในการวางแนวทางการพิจารณาว่า สิ่งใดเป็นความลับทางการค้า และ หลักที่ว่า ต้องมีการระบุอย่างชัดแจ้งซึ่งข้อมูลที่จะได้รับความ คุ้มครอง แต่ก็ไม่เห็นด้วยกับแนวทางการวินิจฉัยของผู้พิพากษา Neill ในส่วนที่ว่า มีเพียงข้อมูลที่เป็น ความลับทางการค้า หรือเทียบเท่าความลับทางการค้าเท่านั้นที่ได้รับความคุ้มครองโดยอัตโนมัติ หลังสิ้นสุดการจ้าง แต่สำหรับข้อมูลอื่นๆ ที่มีคุณสมบัติต่ำกว่าจะเป็นความลับทางการค้า (low-level information) เมื่อสิ้นสุดการจ้างแล้วจะถูกรวมเป็นข้อมูลไม่สำคัญ (trivia) หรือทักษะ ความชำนาญและความรู้ของลูกจ้าง และแม้จะมีข้อตกลงกำหนดไว้ชัดแจ้งก็ไม่อาจห้ามอดีตลูกจ้าง เปิดเผยหรือใช้ข้อมูลนั้นได้ ซึ่งจะเป็นการส่งเสริมให้อดีตลูกจ้างหาประโยชน์จากความไว้วางใจที่ ได้รับจากอดีตนายจ้างไปในทางมิชอบ ซึ่งในความเป็นจริงข้อมูลบางอย่างของธุรกิจแม้ไม่ใช่ ความลับทางการค้า แต่ก็ถือเป็นทักษะความชำนาญหรือความรู้ส่วนตัวของลูกจ้าง ซึ่งสมควร ได้รับความคุ้มครองหากมีข้อตกลงอย่างชัดแจ้ง²¹⁸ ซึ่งในเรื่องดังกล่าว ในคดี Roger Bullivant Ltd v Ellis ผู้พิพากษา Nourse ก็ได้วินิจฉัยว่า ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงกำหนดไว้ชัดแจ้ง ข้อมูลที่ได้

²¹⁸ Adrian Chandler and James Halland, *Information: protection, ownership & rights.*, pp. 46-51.

คุ้มครองได้มีสองลักษณะคือ 1. ความลับทางการค้าซึ่งได้รับความคุ้มครองแม้สิ้นสุดสัญญาจ้างแล้ว
2. ข้อมูลความลับอื่นทางธุรกิจซึ่งได้รับความคุ้มครองตราบเท่าที่สัญญาจ้างยังมีผลเท่านั้น ส่วนข้อมูลระดับต่ำ (low-level information) ที่ลูกจ้างสามารถใช้ได้อย่างอิสระคือ ข้อมูลเล็กน้อยไม่สำคัญและข้อมูลที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ที่ลูกจ้างจะจดจำไว้อันเป็นความรู้ความชำนาญของลูกจ้างซึ่งไม่ได้รับคุ้มครอง ดังนั้นเมื่อพิจารณาในทางกลับกันย่อมหมายความว่า แม้เป็นข้อมูลความลับทางธุรกิจอื่นที่ไม่ใช่ความลับทางการค้า แต่หากไม่ใช่ข้อมูลที่เป็นส่วนหนึ่งของความทรงจำของลูกจ้างอันได้แก่ ทักษะ ความชำนาญของลูกจ้างแล้ว หรือข้อมูลที่ไม่สำคัญ ข้อมูลนั้นอาจได้รับความคุ้มครองหากได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน²¹⁹

แม้จะเป็นที่ยอมรับว่าคดี Faccenda ได้วางหลักสำคัญเกี่ยวกับกับนิยามความลับทางการค้า และทำให้เกิดความแน่นอนเกี่ยวกับหลักในการกำหนดนิยามความลับทางการค้าระดับหนึ่ง แต่คดีที่ปรากฏหลังจากคดี Faccenda บางคดีก็ไม่ได้ยึดถือตามแนวทางการวินิจฉัยดังกล่าว นอกจากนี้ นักกฎหมายบางส่วนมีความคิดในทางไม่เห็นด้วยเกี่ยวกับการให้นิยามความลับทางการค้าโดยมองว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการเสี่ยงภัยและผูกมัดโดยไม่จำเป็น เนื่องจากข้อมูลที่เกี่ยวข้องและมีอยู่ในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้นมีมากมายนับไม่ถ้วน อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายที่เห็นตรงกันข้ามกลับเห็นว่าข้อคิดเห็นเช่นนั้นก็มีลักษณะเปิดกว้างเกินไป และขาดความแน่นอน²²⁰

ฝ่ายนักกฎหมายเองก็ได้มีความพยายามกำหนดลักษณะของข้อมูลความลับที่เป็นความลับทางการค้าไว้ สำหรับกรณีพิพาทระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างไว้ดังนี้²²¹

1. ข้อมูลทำให้ได้เปรียบในการแข่งขัน หากมีการเปิดเผยต่อคู่แข่งย่อมทำให้นายจ้าง (เจ้าของความลับ) เสียหาย
2. อุตสาหกรรมในวงการที่เกี่ยวข้องรายอื่นไม่อาจเข้าถึงได้ หรือเข้าถึงได้โดยยากลำบาก ซึ่งข้อมูลดังกล่าว
3. มีความพยายามอย่างจริงจังในการจำกัด และป้องกันการเปิดเผยข้อมูลภายในบริษัท
4. ข้อมูลเกี่ยวกับการวิจัยค้นคว้าโดยตรงหรือประยุกต์มักมีแนวโน้มที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้า ซึ่งได้แก่

²¹⁹ คดี Roger Bullivant Ltd v Ellis (1987) ICR 464.

²²⁰ Adrian Chandler and James Halland, *Information: protection; ownership & rights.*, pp. 55-56.

²²¹ Ibid, pp. 55-56.

(1) ข้อมูลการประดิษฐ์คิดค้น (กรรมวิธีที่มีความใหม่ในระดับหนึ่ง ซึ่งอาจถึงขั้นที่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้หรือไม่ก็ได้)

(2) ข้อมูลหรือรายละเอียดเกี่ยวกับการออกแบบ และเทคนิค

(3) กรรมวิธีทางเทคนิคโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการก่อสร้างหรือการผลิต

(4) ผลการทดสอบผลิตภัณฑ์

(5) สูตรทางเคมี หรือสูตรอื่นๆ

(6) งานฝีมือที่เป็นความลับ

(7) ตำรับยา อาหาร หรือตำรับกำหนดส่วนผสมอันเป็นความลับ

5. กรณีข้อมูลทางธุรกิจอาจมีความยากลำบากในการกำหนดลักษณะและจัดจำพวกมากกว่าข้อมูลประเภทแรก อย่างไรก็ตาม ความลับทางการค้าอาจรวมถึงสิ่งเหล่านี้

(1) ความรู้ความชำนาญของผู้ผลิต (ซึ่งแตกต่างจากความรู้ความชำนาญของลูกค้า) อันเป็นวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับเทคโนโลยีเฉพาะของบริษัทนั้นเท่านั้น และไม่ใช่ว่าความรู้ทั่วไป และอาจรวมถึงรายละเอียดเกี่ยวกับกรรมวิธี หรือขั้นตอนการควบคุมคุณภาพของบริษัทโดยเฉพาะ

(2) รายชื่อลูกค้าเมื่อนำไปประกอบกับข้อมูลการให้ส่วนลด หรือการซื้อสินค้า

(3) การเสนอราคาค่าสินค้า/บริการ หรือการเสนอราคาประมูล

(4) รายละเอียดแผนการขยายกิจการและขยายตลาด

(5) ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับวิธีทั่วไปในการทำหรือติดต่อธุรกิจ ที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับการเจรจาหรือธุรกรรมใด โดยเฉพาะเจาะจง มักมีแนวโน้มจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครอง หรือข้อมูลเกี่ยวกับรูปแบบองค์กร หรือกระบวนการ กรรมวิธีที่ใช้ประจำวันในการจัดการบริษัท ก็มีแนวโน้มจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองเช่นกัน เนื่องจากข้อมูลเหล่านี้มีลักษณะไม่อาจหลีกเลี่ยงที่จะกลายเป็นส่วนหนึ่งในความทรงจำและเป็นความรู้ทั่วไปติดตัวลูกค้า²²²

²²²Ibid, p. 57.

อย่างไรก็ดีไม่ใช่ทุกกรณีที่ข้อมูลที่สามารถถูกจำกัดได้จะเป็นทักษะความชำนาญของลูกจ้าง ในคดี *Johnson and Bloy (Holdings) Ltd v Wolstenholme Rink plc* ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยว่า การที่ลูกจ้างสามารถเก็บข้อมูลความรู้เกี่ยวกับการวิจัยค้นคว้าไว้ในความทรงจำได้โดยง่ายอาจถือเป็นการจำข้อมูลโดยเจตนา มากกว่าการได้ไปซึ่งทักษะความชำนาญและความรู้²²³

กล่าวโดยสรุปคือ หากเป็นกรณีสิ้นสุดสัญญาจ้างแล้วไม่ว่าจะมีข้อตกลงอย่างชัดเจนหรือไม่ หากข้อมูลนั้นเป็นความลับทางการค้าของนายจ้างข้อมูลนั้นย่อมได้นับการคุ้มครอง ส่วนทักษะ ความชำนาญ และประสบการณ์ของลูกจ้าง รวมถึงข้อมูลเล็กน้อยไม่สำคัญ ข้อมูลเหล่านี้ไม่สามารถถูกจำกัดได้โดยข้อตกลงใดๆ เนื่องจากถือว่าเป็นการกำหนดภาระแก่อดีตลูกจ้างมากเกินไป และจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพการงาน อย่างไรก็ดีแนวทางในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้าหรือ ทักษะ ความชำนาญ และประสบการณ์ของลูกจ้างหรือข้อมูลเล็กน้อยไม่สำคัญ นั้นยังมีหลากหลายในทางปฏิบัติ และขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี ส่วนข้อมูลอื่นๆทางธุรกิจซึ่งอยู่ในครอบครองของนายจ้างที่ไม่มีคุณสมบัติเพียงพอเป็นความลับทางการค้า ขณะเดียวกันก็ไม่ถือเป็นทักษะความชำนาญและประสบการณ์ของลูกจ้างข้อมูลเหล่านี้หากไม่มีข้อตกลงกำหนดห้ามไว้อย่างชัดเจน อดีตลูกจ้างย่อมมีสิทธิจดจำและนำไปใช้ได้ อย่างอิสระ (ตามหลักที่ปรากฏคำพิพากษาคดี *Roger Bullivant Ltd v Ellis*)

4. การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในสหรัฐอเมริกา

4.1 ความเป็นมาและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

4.1.1 ความเป็นมาในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า

สหรัฐอเมริกาปรับแนวความคิดการคุ้มครองความลับทางการค้ามาจากประเทศอังกฤษ โดยอาศัยหลักกฎหมายตามคำพิพากษา ในระยะแรกนั้นสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวเป็นของตนเอง เนื่องจากระบบศาลและระบบกฎหมายยังไม่เจริญเพียงพอ ในการวินิจฉัยคดีพิพาทเรื่องความลับทางการค้าจึงได้นำคำตัดสินของศาลอังกฤษมาอ้างอิงและปรับให้กับข้อเท็จจริงในคดี ขณะเดียวกันศาลในแต่ละมลรัฐก็พยายามสร้างหลักกฎหมายขึ้นเองเพื่ออำนวยความสะดวกสำหรับคดีแต่ละคดี และเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ทางสังคม และ

²²³Ibid, p. 51.

อุตสาหกรรมที่เปลี่ยนแปลงไป²²⁴ จนกระทั่งในค.ศ. 1939 ได้มีการรวบรวมหลักกฎหมายขึ้นในชื่อของ Restatement (first) of Torts โดยได้อาศัยหลักกฎหมายละเมิดเป็นแนวทางในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า ซึ่งในเวลาต่อมาใน ค.ศ. 1995 แนวความคิดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าได้เปลี่ยนไป โดยถูกพิจารณาว่าเกี่ยวข้องกับหลักการแข่งขันทางการค้า การคุ้มครองความลับทางการค้าจึงได้บรรจุไว้ใน Restatement (Third) of Unfair Competition แม้ว่า Restatement ทั้งสองดังกล่าวจะไม่มีคำผูกพันอย่างกฎหมาย แต่ก็มีผลอย่างมากต่อการวินิจฉัยคดีของศาลในแต่ละมลรัฐ²²⁵ ในอีกด้านหนึ่ง ในช่วง ค.ศ. 1985 ก็มีการจัดทำกฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับความลับทางการค้าขึ้น (The Uniform Trade Secrets Act หรือ UTSA) เพื่อเป็นแบบอย่างให้มลรัฐต่าง ๆ นำไปบัญญัติกฎหมายคุ้มครองความลับการค้าในรัฐของตน แม้มลรัฐส่วนใหญ่จะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรตามกฎหมายต้นแบบแล้ว แต่ Restatement (first) of Torts ก็ยังคงมีบทบาทในคดีความลับทางการค้าอยู่ โดยเฉพาะทั้งในการใช้ประกอบและส่งเสริมหลักที่กำหนดไว้ใน UTSA²²⁶

4.1.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความลับทางการค้า

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การคุ้มครองความลับทางการค้าแตกต่างจากทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ และสิทธิบัตรได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายของรัฐบาลกลางเป็นลายลักษณ์อักษร ในขณะที่ความลับทางการค้าไม่มีกฎหมายของรัฐบาลกลางกำหนดความรับผิดชอบแพ่งไว้²²⁷ หากแต่การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าทางแพ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละมลรัฐ สิทธิในความลับทางการค้ามีความแน่นอนน้อยกว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นอันได้แก่ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้า ที่มีกฎหมายของรัฐส่วนกลางสนับสนุนความมีอยู่ของสิทธินั้นอยู่แล้ว ในขณะที่เจ้าของความลับทางการค้าไม่สามารถอาศัยข้อสันนิษฐานเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิของตนได้ หากเมื่อมีการละเมิดเกิดขึ้น ย่อมเป็นภาระของเจ้าของความลับในการพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของความลับทางการค้านั้น หรือพิสูจน์ว่าข้อมูลดังกล่าวอ้างเป็น

²²⁴ Donald S. Chisum and Michael A. Jacobs, *Understanding intellectual property law* (New York: Matthew Bender and Co, Inc, 1996), pp. 3-7 – 3-9.

²²⁵ Lee B. Burgunder, *Legal aspects of managing technology*, Second Edition (Ohio: Thomson Learning, 2004), p. 202.

²²⁶ พีรพล ศรีสิงห์, “การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 6-11.

²²⁷ Deborah E. Bouchoux, *Intellectual property: the law of trademarks, copyrights, patents and trade secrets*, First Edition (New York: West Legal Studies/Thomson Learning, 2000), p. 340.

ความลับทางการค้าในซึ่งต้องกระทำโดยการฟ้องร้องดำเนินคดี กล่าวคือ สิทธิในความลับทางการค้ายังไม่มีค่านั่นอนจนกว่าจะมีข้อพิพาทเกิดขึ้นและมีคำพิพากษา²²⁸

การคุ้มครองความลับทางการค้ามีสองระดับคือ

1) ระดับมลรัฐ เป็นการคุ้มครองทางแพ่งโดยอาศัยหลักกฎหมายตามคำพิพากษาศาลและกฎหมายมลรัฐ (State Laws) ซึ่งมีสองลักษณะ คือ หนึ่งการคุ้มครองความลับตามกฎหมายลักษณะสัญญา การให้ความคุ้มครองในกรณีนี้จะเป็นผลได้ต่อเมื่อคู่กรณีมีข้อตกลงในการรักษาความลับ หรือข้อตกลงว่าจะไม่เปิดเผยความลับ และสอง การคุ้มครองความลับทางการค้าซึ่งได้แก่กฎหมายลายลักษณ์อักษรในกรณีที่มีมลรัฐนั้น ได้บัญญัติตามกฎหมายต้นแบบในการคุ้มครองความลับทางการค้า (UTSA) ทั้งนี้หลักกฎหมายตาม UTSA มีผลอยู่เหนือหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ และ Restatement of Torts ในมลรัฐที่ไม่ได้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบังคับใช้ ประกอบกับหลักกฎหมายตามคำพิพากษา²²⁹

2) ในระดับรัฐส่วนกลาง เป็นการคุ้มครองทางอาญาตามพระราชบัญญัติการจารกรรมทางเศรษฐกิจ หรือ The Economic Espionage Act (EEA) ซึ่งเป็นกฎหมายส่วนกลางที่กำหนดโทษสำหรับการกระทำผิดต่อความลับทางการค้าในบางกรณี

การคุ้มครองความลับทางการค้าทางแพ่งในปัจจุบันเป็นการใช้กฎหมายต้นแบบในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า (UTSA) ประกอบกับหลักกฎหมายตามที่ปรากฏใน Restatement of Torts (1939) และหลักกฎหมายตามคำพิพากษา และ ส่วนการคุ้มครองความลับทางการค้าทางอาญาเป็นไปตามกฎหมายของรัฐส่วนกลางได้แก่ พระราชบัญญัติการจารกรรมทางเศรษฐกิจหรือ The Economic Espionage Act (EEA)

(1). หลักกฎหมายตามคำพิพากษา

หลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาเป็นรากฐานสำคัญในการพัฒนาการคุ้มครองความลับทางการค้าโดยมีบทบาทต่อการวินิจฉัยคดีของศาลในระยะแรก และมีอิทธิพลต่อหลักใน Restatement of Torts และ UTSA ในปัจจุบันหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาก็ยังมีอิทธิพลต่อ

²²⁸Mark R. Halligan, Richard F. Weyand, *The Economic Valuation of Trade Secret Assets*, Available from: <http://www.thetso.com/info/evaluation.html>.

²²⁹Richard Stim, *Intellectual property: patents, trademarks and copyrights*, 2nd edition (United States: West Thomson Learning, 2002), pp. 224-227.

แนวทางในการวินิจฉัยคดีของศาลในหลายมลรัฐที่ไม่ได้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรในการคุ้มครองความลับทางการค้า และแม้ในมลรัฐที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยเฉพาะเกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้าแล้ว หลักกฎหมายตามคำพิพากษาก็ยังถูกนำมาใช้เพื่อเสริมกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น

หลักกฎหมายตามคำพิพากษาที่นำมาใช้ในคดีละเมิดความลับทางการค้าคือหลักความยุติธรรมและหลักว่าด้วยการละเมิดความไว้วางใจ (Law of Breach of Confidence) ซึ่งได้รับอิทธิพลจากคำพิพากษาศาลอังกฤษ ประกอบกับหลักกฎหมายยุติธรรมซึ่งเกิดจากความพยายามของศาลในแต่ละมลรัฐในการสร้างหลักกฎหมายเพื่อให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่หลากหลายในแต่ละสถานการณ์ และความสัมพันธ์ทางอุตสาหกรรมที่มีความสลับซับซ้อนมากขึ้น²³⁰ ตัวอย่างคดีสำคัญในระยะแรกของสหรัฐอเมริกาได้แก่

คดี Vickery v Welch ในปี ค.ศ. 1837 โดยศาลมลรัฐ Massachusetts ซึ่งได้วินิจฉัยว่าหน้าที่รักษาความลับตามสัญญาสามารถมีได้ และไม่ถือว่าหน้าที่ดังกล่าวเป็นการจำกัดทางการค้าอย่างไม่มีเหตุผลอันสมควร²³¹

คดี Taylor v Blanchard ในปี ค.ศ. 1866 ศาลมลรัฐ Massachusetts ได้วินิจฉัยว่าสาธารณชนไม่มีสิทธิในความลับทางการค้าของผู้ประกอบการธุรกิจ และสัญญาจำกัดการเปิดเผยความลับก็ไม่ถือเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมและได้กำหนดคุณสมบัติของความลับทางการค้าว่าแม้ข้อมูลมิได้เป็นที่รู้จักต่อสาธารณชน แต่ถ้ามีบุคคลจำนวนหนึ่งล่วงรู้ ก็อาจถือได้ว่าไม่มีคุณสมบัติเพียงพอที่จะเป็นความลับ²³²

คดี Peabody v Norfolk ในปี ค.ศ. 1868 ศาลสูงแห่ง มลรัฐ Massachusetts (The Supreme Judicial Court of Massachusetts) ได้วางหลักว่า สัญญาห้ามเปิดเผยความลับไม่ถือเป็นการจำกัดทางการค้าโดยไม่มีเหตุอันควร และข้อตกลงในสัญญาจ้างซึ่งได้กำหนดว่า จำเลยจะไม่เปิดเผยข้อมูลความรู้เกี่ยวกับเครื่องจักรและกรรมวิธีของโจทก์แก่บุคคลภายนอกย่อมบังคับได้ ดังนั้นเมื่อจำเลยพ้นจากการเป็นลูกจ้างและได้เปิดเผยความลับแก่บุคคลภายนอก และใช้ความลับในการผลิตผ้า

²³⁰ Donald S. Chisum and Michael A. Jacobs, Understanding intellectual property law, p. 3-7.

²³¹ คดี Vickery v. Welch 36 Mass. 523 (1837).

²³² คดี Taylor v Blanchard, 95 Am. Dec. 203, 95 Mass. 307 (1866).

กระสอบอันเป็นการแข่งขันกับโจทก์ซึ่งเป็นอดีตนายจ้าง ย่อมเป็นการละเมิดข้อตกลงรักษาความลับและหน้าที่ความไว้วางใจ (violation of contract and breach of confidence)²³³

(2). Restatement (first) of Torts 1939

Restatement (first) of Torts 1939 (Restatement of Torts) จัดทำโดยหน่วยงาน The American Law Institute (ALI) เป็นการรวบรวมหลักเกณฑ์จากคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายละเมิด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและเพื่อให้การพิจารณาคดีของศาลแต่ละมรัฐมีความสอดคล้องกัน²³⁴ Restatement of Torts ไม่ได้มีฐานะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติและไม่ได้มีสภาพบังคับอย่างกฎหมาย หากแต่มีอิทธิพลต่อการวินิจฉัยคดีของศาลและมีส่วนทำให้คำวินิจฉัยของศาลในแต่ละมรัฐเป็นเอกภาพ หลักกฎหมายใน Restatement of Torts ได้ถูกอ้างอิงโดยศาลในมรัฐที่ไม่ได้นำเอา UTSA มาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือแม้แต่ในมรัฐที่มีการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรในการคุ้มครองความลับทางการค้าบังคับใช้แล้ว คำพิพากษาซึ่งเกิดขึ้นก่อนการบังคับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นและตัดสินโดยอาศัยหลักตาม Restatement of Torts ก็ยังมีคุณค่าในการอธิบายให้เหตุผลทางกฎหมายอยู่ เว้นแต่เหตุผลที่ปรากฏจะขัดแย้งกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นอย่างชัดเจน²³⁵

เนื้อหาใน Restatement of Torts ประกอบด้วยหลักกฎหมายคำพิพากษา ซึ่งมีพื้นฐานจากหลักจริยธรรมทางการค้า (commercial morality) ซึ่งมีความยืดหยุ่น และสามารถปรับเข้ากับสถานการณ์ และเปิดโอกาสให้ศาลสามารถหาเหตุผลมาสนับสนุนคำวินิจฉัยตนเองได้ในแต่ละคดี²³⁶ และ หลักกฎหมายละเมิดซึ่งมุ่งปกป้องบุคคลจากการถูกรบกวนจากบุคคลอื่น โดยมีขอบซึ่งการเปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าอันได้มาโดยวิธีการมิชอบหรือโดยการละเมิดความไว้วางใจก็ถือเป็นกรรบกวนสิทธิของบุคคลอื่นตามหลักกฎหมายละเมิดเช่นกัน²³⁷

การคุ้มครองความลับทางการค้าถูกกำหนดในข้อ 757 ซึ่งได้กำหนดให้บุคคลที่เปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าของผู้อื่นต้องรับผิดชอบหากปรากฏข้อเท็จจริงดังนี้

²³³ คดี Peabody v Norfolk, 98 Mass 452 (1868).

²³⁴ The American Law Institute (ALI), *Restatement (first) of Torts 1939*, Available from: ALI website.

²³⁵ Donald S. Chisum and Michael A. Jacobs, *Understanding intellectual property law*, pp. 3-9 – 3-14.

²³⁶ *Ibid*, p. 3-12.

²³⁷ Donald A. Gregory, Charles W. Saber, and Jon D. Grossman, *Introduction to Intellectual Property Law* (Washington: The Bureau of National Affairs Inc, 1994), p. 203.

1. ได้ค้นพบความลับนั้น โดยวิธีการอันมิชอบ
2. การเปิดเผยหรือการใช้ข้อมูลนั้นเป็นการละเมิดความไว้วางใจที่มีต่อบุคคลผู้เปิดเผยความลับ หรือ
3. ได้ทราบข้อมูลนั้นจากบุคคลที่สาม โดยรู้ว่าข้อมูลนั้นเป็นความลับและบุคคลที่สามนั้น ได้ค้นพบความลับโดยวิธีการอันมิชอบ หรือ การเปิดเผยของบุคคลที่สามนั้นเป็นการละเมิดความไว้วางใจที่บุคคลที่สามนั้นมีต่อผู้อื่น
4. ได้ทราบข้อมูล โดยรู้ว่าเป็นความลับและการเปิดเผยต่อตนนั้นเกิดจากความผิดพลาด²³⁸

แม้หลักการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าภายใต้ Restatement of Torts ส่วนใหญ่จะเป็นที่ยอมรับโดยศาล แต่บางหลักการก็ไม่เป็นที่ยอมรับในวงกว้าง ได้แก่

1. การที่ Restatement of Torts ปฏิเสธแนวคิดที่ว่ากฎหมายความลับทางการค้ามีเพื่อสนับสนุนการประดิษฐ์คิดค้น โดยมองว่าการคุ้มครองความลับทางการค้าไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของการให้สิ่งตอบแทน หรือสนับสนุนการพัฒนากรรมวิธี หรือเครื่องมืออันเป็นความลับ หากแต่มีเพื่อป้องกันการละเมิดความซื่อสัตย์ และการล่วงรู้โดยมิชอบซึ่งความลับทางการค้าของบุคคลอื่นเท่านั้น

2. ความพยายามของ Restatement of Torts ในการจัดแนวความคิดเรื่องทรัพย์สินออกจากหลักกฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้า หากแต่อ้างหน้าที่ทั่วไปในการปฏิบัติด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อสนับสนุนการคุ้มครองความลับทางการค้าแทน ซึ่งในความเป็นจริงแนวคิดเรื่องทรัพย์สินมีอิทธิพลต่อการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าอย่างมาก โดยได้ถูกยกขึ้นเป็นเหตุผลสนับสนุนการให้ความคุ้มครองข้อมูลความลับในหลายบริบท²³⁹

3. เนื้อหาบางส่วนของ Restatement of Torts ยังขาดความแน่นอน เช่น การที่ Restatement of Torts เน้นย้ำถึงแนวความคิดทั่วไปและเป็นอัตวิสัย เช่น แนวความคิดเรื่องสภาพที่เป็นความลับพอสมควร (relative secrecy) และ มาตรฐานที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปเกี่ยวกับจริยธรรมและความประพฤติที่เป็นธรรมทางการค้า ซึ่งเปิดกว้างให้ศาลตีความปรับใช้หลักดังกล่าวไปในแนวทางที่ต่างกันจนอาจทำให้เกิดความไม่แน่นอน²⁴⁰

²³⁸The American Law Institute (ALI), Restatement (first) of Torts 1939, Available from: ALI website.

²³⁹Donald S.Chisum and Michael A. Jacobs, Understanding intellectual property law, p. 3-12.

²⁴⁰Ibid, p. 3-12.

(3) กฎหมายต้นแบบในการคุ้มครองความลับทางการค้า (The Uniform Trade Secret Act หรือ UTSA)

กฎหมายต้นแบบในการคุ้มครองความลับทางการค้า (UTSA) จัดทำขึ้นโดย The National Conference of Commissioners on Uniform State Law ในปี ค.ศ. 1979 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขจัดความสับสนและไม่แน่นอนในการปรับใช้หลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาและเพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพในการคุ้มครองความลับทางการค้า²⁴¹ ปัจจุบัน (ค.ศ. 2010) มลรัฐต่างๆ ในสหรัฐอเมริกา 46 มลรัฐได้นำ UTSA มาบัญญัติเป็นกฎหมายบังคับใช้ในรัฐของตน มีเพียงมลรัฐ District of Columbia, U.S. Virgin Islands, Massachusetts, New Jersey, New York และ Texas ซึ่งไม่ได้นำกฎหมายแม่แบบดังกล่าวมาบังคับใช้²⁴² ศาลในมลรัฐที่บังคับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรตามแบบ UTSA จำต้องคำนึงถึงหลักความเป็นเอกภาพตามที่ UTSA ได้กำหนดไว้ โดยในการตัดสินคดีละเมิดความลับทางการค้านั้นต้องคำนึงถึงแนวคำวินิจฉัยคดีละเมิดความลับทางการค้าของศาลในมลรัฐอื่นที่บังคับใช้ UTSA ด้วย²⁴³

เนื้อหาของ UTSA เป็นหลักกฎหมายที่ได้จากคำพิพากษาในมลรัฐต่างๆ โดยนำมากำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร อันประกอบด้วยหลักเกณฑ์เรื่องนิยามความลับทางการค้า การละเมิดความลับ การเยียวยาความเสียหายและอายุความในการฟ้องคดี ซึ่งหลายๆ หลักการที่ปรากฏมีความสอดคล้องกับที่ปรากฏใน Restatement of Torts โดย UTSA ได้นำมาปรับปรุงให้ชัดเจนยิ่งขึ้น²⁴⁴

ภายใต้ UTSA มาตรา 1 การละเมิดความลับทางการค้า (misappropriation of trade secrets) ได้แก่การกระทำดังนี้

- (1) การได้มาซึ่งความลับทางการค้าโดยวิธีการมิชอบ หรือได้มาจากบุคคลอื่น โดยมีเหตุอันควรรู้ว่าบุคคลนั้นได้ความลับทางการค้ามาโดยมิชอบ
- (2) การเปิดเผย หรือใช้ความลับทางการค้า โดยมีเหตุอันควรรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดหน้าที่รักษาความลับ

²⁴¹NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, Uniform trade secrets act with 1985 amendments with prefatory note and comments, Available from: <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/finact99/1980s/utsa85.htm>.

²⁴²Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Uniform_Trade_Secrets_Act.

²⁴³NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, Uniform trade secrets act with 1985 amendments with prefatory note and comment.

²⁴⁴Donald S.Chisum and Michael A. Jacobs, Understanding intellectual property law, p. 3-13.

(3) การเปิดเผย หรือใช้ความลับทางการค้าที่ได้มาจากบุคคลอื่น โดยมีเหตุอันควรรู้ว่าบุคคลอื่นนั้นได้ความลับทางการค้ามาโดยวิธีการมิชอบ หรือ

(4) การใช้หรือเปิดเผยความลับทางการค้าที่ได้รับเปิดเผยจากบุคคลอื่น โดยมีเหตุอันควรรู้ว่าความลับทางการค้านั้นบุคคลอื่นนั้นได้เปิดเผยแก่ตนโดยละเมิดความไว้นับถือที่บุคคลอื่นนั้นมีต่อบุคคลอีกคนหนึ่ง²⁴⁵

(4) พระราชบัญญัติการจารกรรมทางเศรษฐกิจ (The Economic Espionage Act หรือ EEA)

รัฐบาลกลางได้ตราพระราชบัญญัติการจารกรรมทางเศรษฐกิจ (The Economic Espionage Act หรือ EEA) ในปี ค.ศ. 1996 เพื่อกำหนดให้การโจรกรรมความลับทางการค้าเป็นความผิดอาญา กฎหมายนี้เกิดขึ้นเนื่องจากสภาวะเศรษฐกิจของสหรัฐฯอาศัยพึ่งพิงมูลค่าของข้อมูลและทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่างมาเป็นระยะเวลาต่อเนื่อง พิจารณาได้จากข้อเท็จจริงที่บริษัทสหรัฐฯมักเลือกตั้งฐานการผลิตในต่างประเทศ และอาศัยการอนุญาตให้ใช้สิทธิในข้อมูลอันมีค่าของตนเพื่อสนับสนุนการเจริญเติบโตและเพิ่มกำไรแก่ธุรกิจ ในการอนุญาตให้ใช้ข้อมูลนั้นแม้บริษัทจะพยายามปกป้องความลับทางการค้าของตนมากเพียงไร แต่เทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารและคอมพิวเตอร์ที่ก้าวหน้าทำให้การถ่ายทอด ส่งผ่าน หรือเปิดเผยข้อมูลกระทำได้รวดเร็ว และกว้างขวาง และเป็นช่องทางให้บุคคลอื่นลักลอบใช้หรือคัดลอกข้อมูลไปใช้โดยมิชอบได้ง่ายขึ้น การคุ้มครองความลับทางการค้าจึงไม่ใช่เพียงเรื่องการบังคับทางแพ่งในระดับมลรัฐ และไม่ใช่เรื่องภาคเอกชนเท่านั้น หากมีความสำคัญต่อภาพรวมเศรษฐกิจของสหรัฐฯ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงมีความจำเป็นที่ต้องออกกฎหมายอาญาบังคับในระดับประเทศ²⁴⁶

EEA มีวัตถุประสงค์เพื่อต่อต้านการโจรกรรมความลับทางการค้า โดยเฉพาะที่ใช้เทคโนโลยีขั้นสูง กฎหมายดังกล่าวมีฐานะเป็นกฎหมายอาญาของรัฐส่วนกลางมีผลใช้บังคับกับทุกมลรัฐ เอกชนไม่ว่าบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลไม่สามารถฟ้องคดีโดยอาศัยกฎหมายฉบับดังกล่าวได้²⁴⁷ ผู้มีอำนาจในการฟ้องคดีคือ กระทรวงยุติธรรม (Justice Department) ดังนั้นจำนวนคดีตาม

²⁴⁵ Lee B. Burgunder, Legal aspects of managing technology, p. 205.

²⁴⁶ Ibid, pp. 224-225.

²⁴⁷ Richard Stim, Intellectual property: patents, trademarks and copyrights, pp.226-227.

กฎหมายดังกล่าวจึงมีจำกัด นอกจากนี้กระทรวงยุติธรรมยังมีดุลพินิจอย่างมากในการพิจารณาว่าควรสอบสวนการกระทำในกรณีใดบ้าง²⁴⁸

EEA ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับความลับทางการค้าไว้สองลักษณะคือ

1. การจารกรรมทางเศรษฐกิจ (economic espionage) ซึ่งเป็นการกระทำผิดต่อความลับทางการค้า โดยมีเจตนา หรือรู้ว่ากระทำนั้นเป็นประโยชน์แก่รัฐต่างประเทศ องค์กรต่างประเทศ (foreign instrumentality) หรือตัวแทนต่างประเทศ ทั้งนี้ประโยชน์ที่เกิดแก่รัฐต่างประเทศนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นประโยชน์ทางพาณิชย์²⁴⁹

2. การโจรกรรมความลับทางการค้า (theft of trade secrets) ซึ่งเป็นความผิดที่กระทำต่อความลับทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับ หรือรวมอยู่ในผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้น หรือมีไว้สำหรับการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ หรือการพาณิชย์ต่างประเทศ เพื่อให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งนอกจากเจ้าของความลับได้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจ และมีเจตนาหรือรู้ว่าการกระทำนั้นจะทำให้เจ้าของความลับเสียหาย²⁵⁰ กรณีที่สองนี้ถือเป็นบทกำหนดโทษกับการกระทำผิดต่อความลับทางการค้าเป็นกรณีทั่วไป

4.2 นิยามความลับทางการค้า

กฎหมายความลับทางการค้ามุ่งเน้นการปรับหลักความยุติธรรมเข้ากับข้อเท็จจริงแต่ละกรณีมากกว่าการให้คำจำกัดความความลับทางการค้าอย่างชัดเจน ใน Restatement of Torts เองก็ยังระบุว่า การให้นิยามความลับทางการค้าที่แน่นอนย่อมเป็นไปได้ การให้นิยามตาม Restatement of Torts เป็นเพียงเป็นการกำหนดปัจจัยที่ศาลต้องคำนึงถึงและการให้คำบรรยายในลักษณะเปิดกว้าง ขณะที่กฎหมายบัญญัติตามแบบ UTSA เองแม้จะเป็นการให้คำจำกัดความอย่างกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ก็เป็นการจำกัดความในลักษณะที่เปิดโอกาสให้ศาลตีความได้กว้างขวางเช่นกัน²⁵¹

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงนิยามความลับทางการค้าที่ปรากฏภายใต้ Restatement (first) of Torts 1939 (Restatement of Torts) กฎหมายต้นแบบในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า (UTSA) และ พระราชบัญญัติการโจรกรรมทางเศรษฐกิจ (EEA) ประกอบกับคำพิพากษาในส่วนที่เกี่ยวข้อง

²⁴⁸Lee B. Burgunder, *Legal aspects of managing technology*, p. 226.

²⁴⁹Economic Espionage Act of 1996 18 section 1831.

²⁵⁰Ibid, section 1832.

²⁵¹Donald S.Chisum and Michael A. Jacobs, *Understanding intellectual property law*, p. 3-14.

4.2.1 Restatement (first) of Torts 1939

(ก) ประเภทของข้อมูลได้รับความคุ้มครอง

Restatement (first) of Torts 1939 (Restatement of Torts) ได้กำหนดประเภทของข้อมูล ได้รับความคุ้มครองไว้อย่างกว้างขวางโดยรวมถึง สูตร รูปแบบ เครื่องมือ หรือ การรวบรวมข้อมูล ใด ซึ่งใช้ในธุรกิจของบุคคลใด และทำให้บุคคลนั้นได้เปรียบเหนือคู่แข่งรายอื่นที่ไม่ทราบหรือ ไม่ได้ใช้ข้อมูลนั้น ความลับทางการค้าอาจเป็นสูตรส่วนผสม กระบวนการผลิต วิธีการบำบัด หรือถนอมรักษาวัตถุ การออกแบบเครื่องจักรหรือเครื่องมือ หรือ รายชื่อลูกค้า ความลับทางการค้า โดยทั่วไปต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการผลิตสินค้า เช่น เครื่องจักรหรือสูตรสำหรับการผลิตสินค้า การขายสินค้า หรือการบริหารจัดการธุรกิจ เช่น หลักเกณฑ์ในการให้ส่วนลด หรือข้อตกลงพิเศษในเรื่องราคา หรือรายชื่อลูกค้าที่มีการศึกษาจัดทำเป็นพิเศษ วิธีการจัดทำบัญชี หรือ การจัดการสำนักงาน²⁵²

นอกจากนี้ ภายใต้ Restatement of Torts ยังได้ขยายความคุ้มครองแก่กับข้อมูลแม้จะไม่เข้าเงื่อนไขตามที่กำหนดสำหรับนิยามความลับทางการค้า โดยถือเป็นการเอาผิดกับการกระทำที่มีขอบ ทั้งนี้ตามที่ปรากฏในข้อ 759 ของ Restatement of Torts ซึ่งได้กำหนดให้บุคคลซึ่งกระทำการเพื่อให้ ได้มาซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับธุรกิจของบุคคลอื่น โดยวิธีการมิชอบ เพื่อให้ได้เปรียบทางธุรกิจเหนือคู่แข่ง ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการครอบครอง เปิดเผย หรือใช้ข้อมูลนั้น²⁵³ หลักดังกล่าว สะท้อนเจตนารมณ์ของ Restatement of Torts ที่ปฏิเสธแนวคิดที่ว่าความลับทางการค้าเป็น ทรัพย์สิน หากแต่มองว่าการคุ้มครองความลับทางการค้าเป็นเรื่องหน้าที่ความไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกัน²⁵⁴ อย่างไรก็ตามแนวคิดดังกล่าวไม่ได้ปรากฏใน UTSA และไม่ได้เป็นที่ยอมรับในวงกว้าง²⁵⁵

(ข) ข้อมูลต้องมีความเป็นรูปธรรม (concreteness)

²⁵²The American Law Institute (ALI), Restatement (first) of Torts 1939, Available from: ALI website.

²⁵³Ibid.

²⁵⁴Donald S.Chisum and Michael A. Jacobs, Understanding intellectual property law, pp. 3-27 – 3-28.

²⁵⁵NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, Uniform trade secrets act with 1985 amendments with prefatory note and comments, Available from: <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1980s/utsa85.htm>.

มีนักกฎหมายตั้งข้อสังเกตว่า การที่ Restatement of Torts ใช้ถ้อยคำว่า “สูตร รูปแบบ เครื่องมือ หรือการรวบรวมข้อมูล” (any formula, pattern, device or compilation of information) ในส่วนของนิยามความลับทางการค้า นั้น ได้สะท้อนแนวความคิดว่า ความลับทางการค้าต้องเป็น รูปธรรม (concreteness) ไม่ใช่เพียงแค่ว่าความคิด (idea) ทฤษฎี (theory) ความเป็นไปได้ (possibility) หรือภาวะทางอารมณ์ (emotion) หากแต่ต้องมีรายละเอียดเพียงพอสำหรับนำไปปรับใช้ได้ ซึ่ง UTSA กลับไม่ได้กล่าวถึงองค์ประกอบในเรื่องดังกล่าว หากแต่ปล่อยให้ศาลมีอิสระในการเลือก ปรับใช้หรือปฏิเสธหลักเช่นว่าตามที่เห็นสมควร²⁵⁶

ตัวอย่างคำพิพากษาที่สนับสนุนแนวคิดเกี่ยวกับความเป็นรูปธรรมของข้อมูลได้แก่

คดี Jones v. Ulrich ศาลได้วินิจฉัยว่า กฎหมายความลับทางการค้าไม่ได้กำหนดให้ข้อมูล จับต้องได้ หรือเป็นวัตถุมีรูปร่าง หากแต่ข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองต้องมีลักษณะเฉพาะเจาะจง ไม่ใช่เพียงทฤษฎี หรือการคาดคะเน ข้อเท็จจริงที่ว่า ผู้ผลิต (จำเลย) สามารถลงมือผลิตเครื่องมือโดย อาศัยข้อมูลดังกล่าว (ที่ได้รับมาจากโจทก์) ย่อมแสดงได้ว่า ความคิดสำหรับเครื่องมือนั้นมีลักษณะ เฉพาะเจาะจง ไม่ใช่เพียงทฤษฎี หรือการคาดคะเน หากแต่เป็นรูปธรรมเพียงพอที่จะได้รับความ คุ้มครอง²⁵⁷

คดี Epstein v. Dennison Mfg. Co. ศาลวางหลักว่า ข้อมูลที่ได้รับความคุ้มครองต้องมี รายละเอียดเพียงพอ มีความแน่นอนและปราศจากความกังขาใดๆเกี่ยวกับข้อมูลนั้น ข้อเท็จจริงใน คดีที่ว่า โจทก์ได้เปิดเผยความคิดเกี่ยวกับการออกแบบป้ายเสื้อในลักษณะบอกเล่าด้วยวาจา และ โจทก์ก็ได้ยอมรับว่าความคิดนั้นเป็นเพียงความเป็นไปได้เท่านั้น ย่อมแสดงว่าข้อมูลดังกล่าวไม่ต้อง ตามคุณสมบัติที่กฎหมายต้องการ²⁵⁸

คดี Vekamaf Holland B.V. v. Pipe Benders, Inc. ศาลวินิจฉัยว่าความลับทางการค้าต้อง ไม่ใช่เพียงอารมณ์ความรู้สึก (emotion) หากแต่ต้องเป็นสิ่งที่มีความรูปร่างและมีสภาพแน่นอน (something of form and substance) ข้อมูลที่โจทก์ได้เปิดเผยแก่ผู้เข้าเข้าร่วมเจรจามีลักษณะเป็นการ รับรองคุณภาพเทคนิคในการผลิตท่ออได้ของโจทก์ ซึ่งเป็นเพียงการแสดงอวดอ้างถึงคุณภาพของ ผลิตภัณฑ์ อันเป็นการกระทำเช่นเดียวกับที่ผู้ผลิตสินค้ารายอื่นพึงกระทำเพื่อเสนอขายสินค้าของตน

²⁵⁶ Donald S. Chisum and Michael A. Jacobs, Understanding intellectual property law, p. 3-16.

²⁵⁷ คดี Jones v. Ulrich, 342 Ill. App. 16, 95 N.E.2d 113 (Ill. App. Ct. 1950).

²⁵⁸ คดี Epstein v. Dennison Mfg. Co., 314 F. Supp. 116, 164 U.S.P.Q. 291 (S.D.N.Y. 1969).

ต่อสาธารณชน ไม่ใช่ความลับทางการค้า นอกจากนี้โดยลักษณะของการกระทำเช่นว่านั้น ผู้เปิดเผยย่อมไม่ได้มีเจตนาเก็บข้อมูลเช่นว่าไว้เป็นความลับ²⁵⁹

(ค) ข้อมูลต้องมีสภาพเป็นความลับ

ข้อมูลที่จะเป็นความลับทางการค้าได้ต้องมีสภาพเป็นความลับ ข้อมูลที่สาธารณชนรับทราบ หรือเป็นความรู้ทั่วไปทางอุตสาหกรรม หรือเป็นข้อมูลที่ถูกเปิดเผยผ่านผลิตภัณฑ์ที่วางจำหน่ายในท้องตลาด ย่อมไม่มีคุณสมบัติในการเป็นความลับทางการค้า ความลับทางการค้าต้องเป็นที่รับรู้ในวงจำกัดเฉพาะภายในธุรกิจที่ใช้ความลับนั้นเท่านั้น อย่างไรก็ตามไม่จำกัดเฉพาะเจ้าของธุรกิจคนเดียวเท่านั้นที่ทราบความลับ เจ้าของธุรกิจอาจถ่ายทอดความลับให้แก่ลูกจ้างซึ่งเกี่ยวข้องในการใช้ความลับนั้นก็ได้ หรือถ่ายทอดแก่บุคคลอื่น โดยกำหนดข้อผูกพันในการรักษาความลับนั้น²⁶⁰

ปัจจัยในการพิจารณาสถานภาพความลับของข้อมูลตาม Restatement of Torts มีดังนี้

1) ข้อมูลเป็นที่รับรู้ภายนอกธุรกิจนั้นหรือไม่²⁶¹ โดยเฉพาะในหมู่สาธารณชน หรือโดยคู่แข่ง อย่างไรก็ตามข้อมูลที่ได้รับความคุ้มครองไม่จำเป็นต้องมีสภาพเป็นความลับอย่างเด็ดขาด โจทก์ไม่จำเป็นต้องต้องแสดงให้เห็นว่าไม่มีบุคคลภายนอกรับรู้ข้อมูลนั้นเลย แม้จะมีบุคคลอื่นรับรู้ข้อมูลนั้น แต่หากบุคคลเหล่านั้นไม่ได้มีจำนวนมากเกินไป และมีมาตรการในการรักษาความลับแก่ข้อมูลนั้นก็ยังถือว่าข้อมูลมีสภาพเป็นความลับเพียงพอ (substantially secret) ที่จะได้รับความคุ้มครอง²⁶² ดังนั้นเจ้าของความลับอาจเปิดเผยข้อมูลแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ หรือบุคคลอื่นใด โดยกำหนดหน้าที่รักษาความลับ หรือมาตรการรักษาความลับนั้น แต่ทั้งนี้ หากเจ้าของปล่อยให้ข้อมูลถูกเปิดเผยในวงกว้างมากเท่าไร แนวนอข้อมูลนั้นจะได้รับความคุ้มครองก็จะยิ่งมีน้อยลง²⁶³

²⁵⁹ ดูคดี Vekmaf Holland B.V. v. Pipe Benders, Inc., 211 U.S.P.Q. 955 (D.Minn. 1981). 696 F. 2d 608, 217 U.S.P.Q. 32 (8th Cir. 1982).

²⁶⁰ The American Law Institute (ALI), Restatement (first) of Torts 1939, Available from: ALI website.

²⁶¹ Ibid.

²⁶² Doris Estelle Long and Anthony D'Amato, A coursebook in intellectual property(Minnesota : West Group, 2000), pp. 113-114.

²⁶³ Deborah E. Bouchoux, Intellectual property: the law of trademarks, copyrights, patents and trade secrets, pp. 342-343.

2) ข้อมูลนั้นเป็นที่รับรู้โดยลูกจ้าง และบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจมากน้อยเพียงใด²⁶⁴ โจทก์หรือนายจ้างสามารถเปิดเผยข้อมูลแก่ลูกจ้าง หรือบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับธุรกิจได้ ภายใต้เงื่อนไขที่โจทก์ต้องระมัดระวังพอสมควร เช่น จำกัดการเปิดเผยข้อมูลเฉพาะกับลูกจ้างซึ่งมีความจำเป็นต้องรับทราบข้อมูลนั้นเพื่อการปฏิบัติงาน และการจำกัดการเข้าถึงข้อมูลนั้นโดยลูกจ้างคนอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับข้อมูลนั้น²⁶⁵

3) เจ้าของความลับใช้มาตรการอย่างไรในการรักษาความลับของข้อมูล²⁶⁶ โจทก์ต้องจัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองข้อมูล การพิจารณามาตรการที่เหมาะสมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี โดยอาจพิจารณาจากปัจจัยที่ว่า ข้อมูลนั้นสามารถเข้าถึงได้โดยวิธีทางใดบ้าง และได้มีการจัดมาตรการป้องกันซึ่งการเข้าถึงเหล่านั้นหรือไม่ เช่น หากผลิตภัณฑ์นั้นอาจเข้าถึงได้โดยสังเกตการณ์กระบวนการผลิตในโรงงาน การจำกัดการเข้าถึงพื้นที่ของโรงงานในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการผลิตก็เป็นสิ่งจำเป็น²⁶⁷ มาตรการรักษาความลับยังอาจประกอบด้วย การให้พนักงานทำข้อตกลงไม่เปิดเผยความลับ การเก็บข้อมูลความลับไว้ในห้องหรือลิ้นชักปิดล็อก การจำกัดการเข้าถึงข้อมูล หรือ การทำข้อความหรือสัญลักษณ์เตือนให้ผู้เกี่ยวข้องตระหนักว่าข้อมูลเป็นความลับ นอกจากนี้ในกรณีการส่งข้อมูลโดยระบบไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ ศาลอาจกำหนดมาตรฐานที่สูงขึ้นในการรักษาความลับ เช่น การเข้ารหัส (encryption) หรือ การจัดให้มีเครื่องมือที่จะทำให้มั่นใจได้ว่าผู้รับข้อมูลได้รับข้อมูลแล้ว หรือไม่สามารถปฏิเสธข้อมูลได้²⁶⁸ อย่างไรก็ตามมาตรการรักษาความลับที่เหมาะสมไม่จำเป็นต้องใช้งบประมาณหรือค่าใช้จ่ายจำนวนมากเสมอไป²⁶⁹

4) ความยากง่ายที่บุคคลอื่นจะได้มา หรือลอกเลียนข้อมูลนั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย²⁷⁰ หากข้อมูลนั้นสามารถได้ ลอกเลียน เข้าถึงได้โดยการสังเกตการณ์ ผลิต ทำซ้ำ หรือทำวิศวกรรมย้อนกลับได้โดยง่าย ย่อมมีแนวโน้มที่ข้อมูลนั้นจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครอง²⁷¹

(ง) ข้อมูลต้องมีมูลค่าทางธุรกิจต่อเจ้าของความลับ

²⁶⁴The American Law Institute (ALI), *Restatement (first) of Torts 1939*, Available from: ALI website.

²⁶⁵Doris Estelle Long and Anthony D'Amato, *A coursebook in intellectual property*, pp. 113-114.

²⁶⁶The American Law Institute (ALI), *Restatement (first) of Torts 1939*.

²⁶⁷Doris Estelle Long and Anthony D'Amato, *A coursebook in intellectual property*, pp. 113-114.

²⁶⁸Deborah E. Bouchoux, *Intellectual property: the law of trademarks, copyrights, patents and trade secrets*, pp. 342-343.

²⁶⁹Doris Estelle Long and Anthony D'Amato, *A coursebook in intellectual property*, pp. 113-114.

²⁷⁰The American Law Institute (ALI), *Restatement (first) of Torts 1939*.

²⁷¹Deborah E. Bouchoux, *Intellectual property: the law of trademarks, copyrights, patents and trade secrets*, pp. 342-343.

ข้อมูลที่ได้รับควบคุมครองต้องทำให้เจ้าของข้อมูลได้เปรียบเหนือผู้ประกอบการรายอื่น และต้องเป็นข้อมูลที่ถูกละเมิดอย่างต่อเนื่องในการประกอบธุรกิจ (continuous use) และไม่ใช่เพียงข้อมูลที่ประสงค์จะใช้เฉพาะเจาะจงกับเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งของธุรกิจเท่านั้น²⁷² อย่างไรก็ตาม ใจเกี่ยวกับการใช้อย่างต่อเนื่องในการประกอบธุรกิจนั้นกลับไม่เป็นที่ยอมรับในวงกว้างเท่าใดนัก โดยศาลส่วนใหญ่ปฏิเสธการปรับใช้เงื่อนไขดังกล่าว กล่าวคือ แม้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าโจทก์ไม่ได้ใช้ข้อมูลนั้นในการประกอบธุรกิจขณะเกิดการละเมิด ก็ไม่เป็นเหตุให้ศาลปฏิเสธไม่คุ้มครองข้อมูลนั้น²⁷³

ความพยายามหรือค่าใช้จ่ายที่ใช้หรือลงทุนในการพัฒนาที่เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าข้อมูลนั้นมีมูลค่าต่อเจ้าของความลับซึ่งหากถูกใช้หรือเปิดเผยโดยไม่ได้รับอนุญาตย่อมทำให้เจ้าของเสียหาย และยังอาจถือได้ว่าข้อมูลที่ได้มีการลงทุนลงแรงไปนั้นเป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนทั่วไป และยังทำให้มีเหตุผลอันสมควรที่จะให้ความคุ้มครองข้อมูลเพื่อเป็นแรงจูงใจแก่การพัฒนา²⁷⁴ อย่างไรก็ตาม ปัจจัยในเรื่องค่าใช้จ่ายหรือเวลาที่เป็นเพียงปัจจัยหนึ่งที่ศาลนำมาพิจารณาร่วมกับปัจจัยอื่น ๆ ในการวินิจฉัยคุณสมบัติข้อมูลนั้นเท่านั้น ในบางกรณี แม้ไม่ได้ปรากฏว่าเจ้าของความลับได้ใช้ค่าใช้จ่ายหรือเวลาอย่างมากเพื่อให้ได้ข้อมูลนั้นมา แต่เป็นข้อมูลที่ค้นพบโดยบังเอิญก็อาจได้รับความคุ้มครองเช่นกัน²⁷⁵ อย่างไรก็ตาม หากเป็นคุณค่าทางจิตใจ ทางศาสนาหรือความเลื่อมใสศรัทธาโดยทั่วไปแล้วไม่ถือเป็นปัจจัยที่จะทำให้ข้อมูลนั้นได้รับความคุ้มครอง²⁷⁶

4.2.2 กฎหมายต้นแบบในการคุ้มครองความลับทางการค้า (Uniform Trade Secrets Act 1985 หรือ UTSA)

UTSA ได้ให้นิยามความลับทางการค้าไว้ในข้อ 1 (4) ว่าหมายถึง ข้อมูลใดๆ รวมถึง สูตร รูปแบบ การรวบรวม โปรแกรม เครื่องมือ วิธีการ เทคนิค หรือ กระบวนการใดๆ ซึ่ง

(1) มีหรืออาจมีมูลค่าทางเศรษฐกิจ (economic value) ในตัวเอง อันเนื่องมาจากการไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไป และไม่อยู่ในสถานะที่จะถูกเข้าถึงได้โดยวิธีการอันชอบด้วยกฎหมาย โดยบุคคลอื่นซึ่งจะได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการเปิดเผยหรือใช้ข้อมูลนั้น

²⁷²The American Law Institute (ALI), *Restatement (first) of Torts* 1939.

²⁷³Donald S.Chisum and Michael A. Jacobs, *Understanding intellectual property law*, p. 3-15.

²⁷⁴Doris Estelle Long and Anthony D'Amato, *A coursebook in intellectual property*, pp.113-114.

²⁷⁵Donald S.Chisum and Michael A. Jacobs, *Understanding intellectual property law*, p. 3-27.

²⁷⁶Doris Estelle Long and Anthony D'Amato, *A coursebook in intellectual property*, pp. 113-114.

(2) มีความพยายามที่เหมาะสมกับสภาวะแวดล้อมในการรักษาความลับของข้อมูลนั้น²⁷⁷

ลักษณะของข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าและได้รับความคุ้มครองภายใต้ UTSA มีดังนี้

(ก) ประเภทของข้อมูลที่ได้รับคุ้มครอง

UTSA ได้กำหนดประเภทข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองไว้อย่างกว้างขวาง โดยครอบคลุมข้อมูลทางการเงิน เทคนิค การตลาด หรือองค์กร ดังนั้นการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าจึงอาจปรับได้กับข้อมูลต่างๆซึ่งอาจเป็น ข้อมูลทางวิศวกรรม สูตร ข้อมูลเกี่ยวกับลูกค้า แหล่งวัตถุดิบ กระบวนการผลิต คู่มือการออกแบบ นโยบายเกี่ยวกับการบริหารจัดการ หรือด้านราคา การศึกษา ตลาด อุปกรณ์หรือเครื่องจักร โปรแกรมคอมพิวเตอร์แผนผังงาน แบบภาพร่าง หรือ พิมพ์เขียว²⁷⁸

(ข) ข้อมูลต้องมีมูลค่าทางเศรษฐกิจ (economic value)/คุณค่าเชิงพาณิชย์ (commercial value)

UTSA ได้กำหนดให้ความลับทางการค้าต้องเป็น ข้อมูลที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจเนื่องไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไป และไม่อยู่ในสถานะที่จะถูกเข้าถึงได้โดยวิธีการอันชอบด้วยกฎหมาย โดยบุคคลอื่นซึ่งจะได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการเปิดเผยหรือใช้ข้อมูลนั้น²⁷⁹

ปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณามูลค่าทางเศรษฐกิจ/คุณค่าเชิงพาณิชย์ได้แก่

- ค่าใช้จ่ายในการพัฒนา หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลนั้น²⁸⁰
- ความได้เปรียบเหนือคู่แข่ง (competitive advantage) หรือ ความได้เปรียบทางเศรษฐกิจ (economic advantage) ซึ่งอาจพิจารณาได้จากรายได้หรือกำไรที่เจ้าของข้อมูลได้รับ หรือข้อเท็จจริงที่ข้อมูลนั้น ได้ลดความสามารถหรือประสิทธิภาพของคู่แข่งในการแข่งขันกับเจ้าของความลับ²⁸¹

²⁷⁷ NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, Uniform trade secrets act with 1985 amendments with prefatory note and comments.

²⁷⁸ Lee B. Burgunder, Legal aspects of managing technology, p. 204.

²⁷⁹ NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, Uniform trade secrets act with 1985 amendments with prefatory note and comments,

²⁸⁰ Richard Stim, Intellectual property: patents, trademarks and copyrights, p. 229.

²⁸¹ Mark R. Halligan, Richard F. Weyand, The Economic Valuation of Trade Secret Assets, Available from: <http://www.thetso.com/info/evaluation.html>.

รวมถึงกำไร หรือ ความสำเร็จในท้องตลาดน่าจะเกิดจากข้อมูลนั้น หรือผลในทางประหยัดค่าใช้จ่าย อันเนื่องจากการใช้ข้อมูลนั้น²⁸²

- ความพยายามของคู่แข่งเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูล เช่น หากปรากฏว่าคู่แข่งได้เสนอเงินหนึ่งหมื่นเหรียญสหรัฐเพื่อซื้อสูตรอาหารที่เป็นความลับดังกล่าว ต่อมาสูตรนั้นถูกขโมยไป ราคาหนึ่งหมื่นเหรียญที่คู่แข่งเสนอซื้อก็ถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่โจทก์สามารถใช้พิสูจน์มูลค่าของข้อมูลในคดีละเมิดความลับได้เช่นกัน นอกเหนือไปจาก ยอดขายอาหารที่ปรุงจากสูตรลับนั้น หรือ ความสำเร็จของภัตตาคาร²⁸³

- การได้มาอย่างยากลำบาก หรือมีการใช้ความพยายามในการรวบรวมข้อมูลมากน้อยเพียงใด ปัจจัยข้อนี้มักใช้พิจารณาข้อมูลรายชื่อลูกค้า (customer list) ซึ่งมักประสบปัญหาในการวินิจฉัยคุณสมบัติของข้อมูลว่าสมควรได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้าหรือไม่²⁸⁴ ตัวอย่างคดีที่เกี่ยวข้องได้แก่

คดี American Paper & Packaging Products Inc. v. Kirgan ศาลฎีกาที่จะให้ความคุ้มครองแก่รายชื่อกลุ่มลูกค้าซึ่งประกอบกิจการเกี่ยวกับการผลิตและมีความต้องการผู้ขนส่งเพื่อจัดส่งสินค้า โดยอ้างว่าแม้ข้อมูลนั้นอาจไม่เป็นที่รู้จักทั่วไปในหมู่สาธารณชน แต่ยอมเป็นที่รู้จักหรือเข้าถึงได้ในหมู่ผู้ประกอบการขนส่งสินค้า ซึ่งการรวบรวมข้อมูลนั้นไม่จำเป็นต้องอาศัยความชำนาญซ้ำของ มีความยากลำบาก หรือใช้เวลาอย่างมากแต่อย่างใด²⁸⁵

คดี Courtesy Temporary Serv., Inc. v. Camacho ข้อมูลรายชื่อลูกค้าได้รับความคุ้มครองเนื่องจากมีการใช้เวลา และค่าใช้จ่ายอย่างมากในการจัดทำข้อมูลนั้น โดยข้อมูลประกอบด้วยรายชื่อบริษัทและองค์กรอย่างกว้างขวางรวมไปถึงบริษัทหรือองค์กรที่ยังไม่ได้ใช้บริการบริษัท โจทก์ด้วย²⁸⁶

คดี NCH Corp. v. Broyles ข้อมูลได้รับความคุ้มครอง เนื่องจากข้อมูลนั้นไม่ได้ประกอบด้วยแค่ชื่อ และที่อยู่ หากแต่มีการระบุบุคคลผู้สามารถติดต่อได้ในสถานที่ลูกค้าแต่ละแห่ง

²⁸²Richard Stim, *Intellectual property: patents, trademarks and copyrights*, p. 229.

²⁸³Ibid, p. 228.

²⁸⁴Donald S.Chisum and Michael A. Jacobs, *Understanding intellectual property law*, p. 3-17.

²⁸⁵คดี American Paper & Packaging Products Inc. v. Kirgan, 183 Cal. App. 3d 1318, 228 Cal. Rptr. 713 (1986).

²⁸⁶คดี Courtesy Temporary Serv., Inc. v. Camacho, 222 Cal. App. 3d 1278, 272 Cal. Rptr. 352 (1990)

รายละเอียดประวัติการซื้อสินค้า ปริมาณการซื้อ ขนาดภาชนะบรรจุ การชำระราคา และความถี่ในการสั่งซื้อ²⁸⁷

– มูลค่าทางเศรษฐกิจ/คุณค่าเชิงพาณิชย์ อาจเป็นคุณค่าในทางไม่เกิดผลก็ได้ (negative viewpoint) เช่น ผลจากการวิจัยที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายซึ่งพิสูจน์ว่ากระบวนการใดไม่ประสบความสำเร็จ อาจมีมูลค่าต่อคู่แข่งทางการค้า เนื่องจากสามารถหลีกเลี่ยงความล้มเหลวที่ผู้พัฒนาคิดค้นได้เคยประสบ²⁸⁸

อย่างไรก็ดีแนวคิดเกี่ยวกับคุณค่าในทางไม่เกิดผลนี้ยังไม่เป็นที่ยุติในบางมลรัฐที่ไม่ได้นำ UTSA มาบัญญัติเป็นกฎหมาย กล่าวคือ ในบางคดีได้แยกแยะความรู้ความชำนาญในทางไม่เกิดผลออกจากความรู้ความชำนาญในทางเป็นผล (affirmative know-how) และแสดงความกังวลที่จะให้ความคุ้มครองกับข้อมูลเช่นว่า โดยพิจารณาว่าข้อมูลนั้น ไม่อยู่ใต้ขอบเขตของการคุ้มครองความลับทางการค้า²⁸⁹ ในคดี Metallurgical Industries Inc. v. Fourtek, Inc. ศาลได้ให้เหตุผลว่า ความรู้ความชำนาญในทางไม่เกิดผลเป็นเพียงส่วนหนึ่งของกระบวนการคิดและปฏิบัติของมนุษย์เท่านั้น เนื่องจากโดยธรรมชาติของกระบวนการคิดและปฏิบัติของมนุษย์ย่อมเกิดจากการตระหนักรู้ว่าสิ่งใดไม่ควรกระทำ ดังนั้นในการเลือกที่จะกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งในสถานการณ์โดยอ้อมมีผลเป็นการปฏิเสธที่การกระทำอื่นไปในตัวอยู่แล้ว²⁹⁰

อย่างไรก็ดีนักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่าเป็นเรื่องยากหรือมีได้น้อยกรณีที่ข้อมูลจะไม่ได้รับความคุ้มครองเนื่องจากไม่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ/คุณค่าเชิงพาณิชย์ กรณีเช่นนี้อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ/คุณค่าเชิงพาณิชย์สูญไปเนื่องจากกาลเวลา เช่น เทคโนโลยีบางอย่างที่ถูกแทนที่โดยเทคโนโลยีที่ทันสมัยกว่า และเสื่อมความนิยมไปในที่สุด²⁹¹

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับ Restatement of Torts จะพบว่า UTSA ได้กำหนดเกี่ยวกับมูลค่าของข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองไว้ชัดเจนกว่า Restatement of Torts โดยกำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่าข้อมูลต้องมีมูลค่าทางพาณิชย์ (commercial value) ไม่ใช่ มูลค่าทางจิตใจ (spiritual value) เพียงอย่างเดียวโดยปราศจากมูลค่าทางพาณิชย์²⁹² นอกจากนี้ UTSA ยังไม่ได้กำหนดเงื่อนไข

²⁸⁷ คดี NCH Corp. v. Broyles, 749 F. 2d 247, 252 (5th Cir 1985).

²⁸⁸ NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, Uniform trade secrets act with 1985 amendments with prefatory note and comments.

²⁸⁹ Donald S.Chisum and Michael A. Jacobs, Understanding intellectual property law, p. 3-19.

²⁹⁰ คดี Metallurgical Industries Inc. v. Fourtek, Inc. 790 F. 2d at 1203, 229 U.S.P.Q. at 950.

²⁹¹ Richard Stim, Intellectual property: patents, trademarks and copyrights, 228.

²⁹² Donald S.Chisum and Michael A. Jacobs, Understanding intellectual property law, pp. 3-26.

เกี่ยวกับการใช้ข้อมูลอย่างต่อเนื่องในการประกอบธุรกิจ แม้ข้อมูลนั้นยังไม่ได้นำไปใช้จริงในทางปฏิบัติหรือแม้เจ้าของความลับจะยังไม่ได้กำหนดแนวทางในการใช้ข้อมูลนั้นเลยก็ตาม ข้อมูลนั้นก็อาจได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้าภายใต้ UTSA ได้เช่นกัน²⁹³

(ค) ข้อมูลต้องมีสภาพเป็นความลับ

ข้อมูลต้องไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไป และไม่อยู่ในสถานะที่จะถูกเข้าถึงได้โดยวิธีการอันชอบด้วยกฎหมาย โดยบุคคลอื่นซึ่งจะได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการเปิดเผยหรือใช้ข้อมูลนั้น กล่าวคือ แม้ข้อมูลนั้นจะไม่เป็นที่รู้จักทั่วไปโดยสาธารณชน แต่ถ้าเป็นที่ตระหนักรู้ได้ โดยบุคคลผู้มีอำนาจในทางธุรกิจซึ่งอาจได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากข้อมูลนั้น (principal persons who can obtain economic benefit from the information) ข้อมูลนั้นย่อมไม่มีคุณสมบัติเป็นความลับทางการค้า ยกตัวอย่างเช่น วิธีการหล่อโลหะแม้ไม่เป็นที่รู้จักโดยสาธารณชน แต่เป็นที่รู้จักกันทั่วไปในอุตสาหกรรมโรงหล่อ ย่อมไม่มีความลับทางการค้า²⁹⁴ หรือเทคนิคการเขียนโปรแกรมอาจไม่เป็นที่รู้จักในหมู่มุขลอมทั่วไป แต่หากเป็นที่รู้จักทั่วไปในหมู่มุขลอมคอมพิวเตอร์ หรือโดยคู่แข่งในสาขานั้นๆ ย่อมไม่อาจเป็นความลับทางการค้า²⁹⁵

ข้อมูลที่ไม่เป็นที่รู้จัก หรือไม่เป็นที่เข้าถึงไม่จำเป็นต้องเป็นข้อมูลที่มีเอกลักษณ์ (unique) หรือมีความใหม่ (novelty) ความลับทางการค้าอาจเกิดจากการรวบรวมหรือจัดลำดับข้อมูลที่มีอยู่แล้ว เช่น การรวบรวมข้อมูลสถิติประชากรและพฤติกรรมการซื้อขายของลูกค้า ซึ่งอาจไม่ได้เกี่ยวข้องกับสร้างสรรค์หรือประดิษฐ์คิดค้น แต่หากข้อมูลนั้น ไม่เป็นที่รู้จักทั่วไปหรือเข้าถึงได้ก็อาจถือเป็นความลับทางการค้าได้เช่นกัน²⁹⁶

การเข้าถึงได้โดยวิธีการอันชอบด้วยกฎหมายพิจารณาได้จากปัจจัยต่อไปนี้

(1) ความยากง่ายหรือระยะเวลาที่บุคคลอื่นสามารถเรียนรู้ข้อมูลนั้นโดยวิธีการโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งได้แก่ การทำวิศวกรรมย้อนกลับ ประดิษฐ์คิดค้นขึ้นเองอย่างอิสระ การอ่านจากเอกสารตีพิมพ์เผยแพร่²⁹⁷ การค้นพบภายใต้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิจากเจ้าของความลับ หรือ การ

²⁹³NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, Uniform trade secrets act with 1985 amendments with prefatory note and comments.

²⁹⁴Ibid.

²⁹⁵Lee B. Burgunder, Legal aspects of managing technology, p. 204.

²⁹⁶Richard Stim, Intellectual property: patents, trademarks and copyrights, p. 228.

²⁹⁷Lee B. Burgunder, Legal aspects of managing technology, p. 204.

สังเกตจากผลิตภัณฑ์ที่ได้ใช้หรือที่ปรากฏในสังคม (in public use or on public display)²⁹⁸ หากบุคคลสามารถเข้าถึงข้อมูลผ่านวิธีการดังที่กล่าวมาได้โดยง่ายหรือใช้เวลาสั้น ย่อมแสดงได้ว่าข้อมูลนั้นสามารถเข้าถึงได้โดยวิธีการอันชอบด้วยกฎหมาย

(2) ผลิตภัณฑ์ที่แสดงถึงกระบวนการอย่างชัดเจน เช่น เครื่องมือที่ไม่สลับซับซ้อน มีการเผยแพร่ในวงกว้าง หรือ สิ่งปลูกสร้างที่สามารถทำความเข้าใจได้จากโครงสร้างภายนอก ย่อมถือว่าข้อมูลของผลิตภัณฑ์หรือกระบวนการนั้นสามารถถูกเข้าถึงได้ และไม่อาจได้รับความคุ้มครอง²⁹⁹

(3) ข้อมูลที่ปรากฏในวารสารทางการค้า หนังสืออ้างอิง สิ่งตีพิมพ์ รวมถึงผลิตภัณฑ์ซึ่งโดยสภาพแล้วสามารถถูกเลียนแบบหรือทำซ้ำได้ในภายในระยะเวลาอันสั้นทันทีที่ปรากฏในท้องตลาด ย่อมถือว่าข้อมูลนั้นสามารถเข้าถึงได้โดยวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมาย³⁰⁰

(4) ข้อมูลที่ปรากฏในผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้เผยแพร่แก่สาธารณชนย่อมทำให้ข้อมูลนั้นเป็นสิ่งสาธารณะที่สามารถเข้าถึงได้

(5) การออกหนังสือรับรองสิทธิบัตรย่อมทำให้ข้อมูลในคำขอรับสิทธิบัตรเป็นข้อมูลสาธารณะที่เข้าถึงได้ แม้ว่าในเวลาต่อมาสิทธิบัตรนั้นจะถูกเพิกถอนโดยศาลก็ตาม อย่างไรก็ตาม ในหลายประเทศ ก่อนหน้าการออกสิทธิบัตร ข้อมูลในคำขอรับสิทธิบัตรยังเป็นความลับอยู่ ขณะที่ในหลายๆประเทศ ข้อมูลในคำขอรับสิทธิบัตรได้ย่อมถือเป็นข้อมูลสาธารณะแล้ว แม้ในขั้นก่อนการออกหรือปฏิเสธสิทธิบัตรก็ตาม³⁰¹

(ง) ความพยายามอย่างเหมาะสมในการรักษาความลับ

UTSA กำหนดให้ เจ้าของความลับต้องจัดให้มีมาตรการรักษาความลับที่เหมาะสมภายใต้สถานการณ์นั้นๆ³⁰² กล่าวคือ ข้อมูลไม่จำเป็นต้องถูกรักษาไว้เป็นความลับเด็ดขาด (absolute secrecy) หากแต่มีสภาพความลับพอสมควรก็เพียงพอที่จะเป็นความลับทางการค้าได้ ความพยายามอย่าง

²⁹⁸ NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, Uniform trade secrets act with 1985 amendments with prefatory note and comments.

²⁹⁹ Donald S.Chisum and Michael A. Jacobs, Understanding intellectual property law, p. 3-23.

³⁰⁰ NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, Uniform trade secrets act with 1985 amendments with prefatory note and comments.

³⁰¹ Donald S.Chisum and Michael A. Jacobs, Understanding intellectual property law, p. 3-24.

³⁰² NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, Uniform trade secrets act with 1985 amendments with prefatory note and comment.

เหมาะสมของโจทก์ในการรักษาความลับย่อมเป็นสิ่งแสดงว่าโจทก์มีผลประโยชน์ในข้อมูลที่ต้องการ ความคุ้มครองอย่างแท้จริง เพราะหากโจทก์เองยังไม่ปกป้องข้อมูลของตน ก็ไม่มีเหตุผลที่ศาลจะต้องเข้าไปปกป้องข้อมูลนั้นเช่นกัน³⁰³

หลักที่ใช้ในการพิจารณาความเหมาะสมของมาตรการรักษาความลับได้แก่

(1) ขนาดขององค์กรธุรกิจนั้นๆ ยิ่งองค์กรมีขนาดใหญ่ ยิ่งต้องมีมาตรการรักษาความลับในระดับสูงและซับซ้อนกว่าร้านค้าเล็กๆหรือธุรกิจขนาดย่อม³⁰⁴

(2) มาตรฐานความระมัดระวังในวงการอุตสาหกรรมนั้นๆ โดยศาลจะพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรการรักษาความลับของกลุ่มแข่งรายอื่นในอุตสาหกรรมประเภทนั้นๆ เพื่อพิจารณาว่าโจทก์ได้ใช้ความระมัดระวังเท่าที่จำเป็นตามสมควรและหรือไม่³⁰⁵

(3) การวิเคราะห์ราคาและผลประโยชน์ (a cost/benefit analysis) กล่าวคือ การประเมินว่าประเภทและปริมาณของมาตรการรักษาความลับเหมาะสมหรือไม่ โดยพิจารณาจากมูลค่าข้อมูลความลับ ช่องทางที่ข้อมูลนั้นอาจถูกทำลาย และค่าใช้จ่ายในการใช้มาตรการรักษาความลับนั้น³⁰⁶

(4) ในการวินิจฉัยความเหมาะสมของมาตรการรักษาความลับ ศาลอาจวินิจฉัยโดยอาศัยมาตรฐานที่กำหนดโดยกฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง ดังเช่นในคดี DVD Copy Control Associate, Inc v. McLaughlin สมาคมควบคุมการคัดลอก DVD (โจทก์) ได้ฟ้องจำเลยซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับการปลดล็อก (crack) ระบบ CSS (Content Scrambling System) ซึ่งเป็นระบบการเข้ารหัสเพื่อป้องกันการคัดลอกข้อมูลที่บรรจุใน DVD จำเลยต่อสู้ว่าระบบ CSS ไม่ใช่ข้อมูลความลับทางการค้า ด้วยเหตุที่ว่า ระบบดังกล่าวได้ใช้ระบบการเข้ารหัสแบบ 40-bit (a 40-bit encryption system) ซึ่งไม่ถือว่าเป็นมาตรการรักษาความลับที่เหมาะสม ศาลในคดีดังกล่าวได้วินิจฉัยว่า มาตรการในการรักษาความลับเช่นว่าเหมาะสมแล้ว เนื่องจากมีคุณสมบัติตามที่ระเบียบการส่งออกสากล (international export regulation) กำหนด³⁰⁷ คดีดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่า แม้ศาลจะไม่ใช่ว่าผู้เชี่ยวชาญด้านเทคนิคเกี่ยวกับระบบรักษาความลับ แต่ถ้าระบบนั้นสอดคล้องกับ

³⁰³ Mark R. Halligan, Richard F. Weyand, The Economic Valuation of Trade Secret Assets, Available from: <http://www.thetso.com/info/evaluation.html>.

³⁰⁴ Ibid.

³⁰⁵ Ibid.

³⁰⁶ Lee B. Burgunder, Legal aspects of managing technology, p. 219.

³⁰⁷ คดี DVD Copy Control Associate, Inc v. McLaughlin, Case No. CV 786804 Sup. Ct., (Jan. 20, 2000).

มาตรฐานตามที่กฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกำหนด ศาลก็สามารถวินิจฉัยได้ว่ามาตรการดังกล่าวมีความเหมาะสมแล้ว

ตัวอย่างคดีที่วินิจฉัยเกี่ยวกับมาตรการรักษาความลับที่เหมาะสมได้แก่

คดี E.I. du Pont de Nemours & Co. v. Christopher ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่าความลับทางการค้าเกี่ยวกับกระบวนการทางเคมีที่ใช้ในโรงงานถูกเอาไปโดยภาพถ่ายทางอากาศ แม้ในคดีดังกล่าวศาลจะพิจารณาโดยอาศัย The Restatement of Torts แต่การพิจารณามาตรฐานการรักษาความลับก็เป็นเช่นเดียวกับภายใต้ UTSA ศาลวินิจฉัยว่าเจ้าของความลับได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมการรักษาความลับแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องสร้างหลังคาเหนือโรงงานผลิตของตนเพื่อป้องกันความลับจากการสำรวจทางอากาศ³⁰⁸

จะเห็นได้ว่าความล้มเหลวของเจ้าของข้อมูลในคำร้องไว้ซึ่งมาตรการในการรักษาความลับอย่างเหมาะสมย่อมมีผลทำให้ข้อมูลนั้นไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ดังนั้นสิ่งสำคัญคือเจ้าของต้องมีความระมัดระวังให้มาตรการรักษาความลับมีอยู่อย่างต่อเนื่อง มาตรการรักษาความลับมีมากมายหลายวิธี ไม่ว่าจะเป็นการทำสัญญารักษาความลับ การแจ้งเตือน การจำกัดพื้นที่ การควบคุมการเข้าสู่ฐานข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยการเข้ารหัส ขั้นตอนการเก็บและทำลายเอกสาร ทั้งนี้เจ้าของข้อมูลไม่จำเป็นต้องใช้ทุกมาตรการ หรือใช้มาตรการจำนวนมากในการรักษาความลับ และไม่จำเป็นต้องที่มาตรการในการรักษาความลับต้องใช้ค่าใช้จ่ายสูงในทุกกรณี³⁰⁹

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้มาตรการรักษาความลับในสถานประกอบการ ผู้รับผิดชอบควรกำหนดรายการข้อปฏิบัติ (checklist) เพื่อให้การบังคับใช้มาตรการรักษาความลับครบถ้วนและมีมาตรฐาน³¹⁰ สำหรับธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีขั้นสูงและความลับทางการค้าที่มีมูลค่ามาก การจัดตั้งทีมตรวจสอบ (audit team) เพื่อสังเกตการณ์และทบทวนมาตรการรักษาความลับอย่างสม่ำเสมอตามกำหนดระยะเวลา ก็ถือเป็นวิธีหนึ่งที่จะทำให้มาตรการรักษาความลับมีอยู่อย่างต่อเนื่องและได้มาตรฐาน ทีมตรวจสอบมักประกอบด้วย วิศวกรที่มีความชำนาญในข้อมูลความลับนั้น ผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับมาตรการรักษาความปลอดภัย นักกฎหมาย รวมถึงผู้มีอำนาจบริหารจัดการในธุรกิจนั้นๆ เป้าหมายของทีมคือ ตรวจสอบว่าข้อมูลใดเป็นความลับและจัดให้มีมาตรการในการรักษาความลับที่เหมาะสมกับข้อมูลนั้น ข้อดีของการตั้งทีมตรวจสอบคือ ทำให้เกิด

³⁰⁸ คดี E.I. du Pont de Nemours & Co. v. Christopher 431 F.2d 1021 (5th Cir. 1970), cert. denied, 400 U.S. 1024 (1971).

³⁰⁹ Lee B. Burgunder, *Legal aspects of managing technology*, p. 219.

³¹⁰ Richard Stim, *Intellectual property: patents, trademarks and copyrights*, p. 232.

ความแน่นอนในการใช้มาตรการที่เหมาะสมกับสภาพของข้อมูลความลับแต่ละประเภทในองค์กรธุรกิจนั้นและช่วยลดความเสี่ยงจากการที่ความลับจะถูกล่วงรู้โดยบุคคลที่ไม่พึงประสงค์ หรือคู่แข่งทางการค้า รวมถึงจากการถูกละเมิด ในขณะที่เดียวกันหากความลับนั้นถูกละเมิดและมีการฟ้องคดีต่อศาล บริษัทอาจมีภาระน้อยลงในการพิสูจน์ว่าตนได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมและสอดคล้องกับ UTSA ในการรักษาความลับ³¹¹

มาตรการรักษาความลับทางธุรกิจมักประกอบด้วยสองส่วนคือ การรักษาความปลอดภัยของข้อมูลจากการล่วงรู้โดยบุคคลภายนอก และการรักษาความลับของข้อมูลภายในองค์กรธุรกิจซึ่งได้แก่การกำหนดมาตรการรักษาความลับแก่บุคคลภายในองค์กรและคู่สัญญาทางธุรกิจ³¹²

ตัวอย่างมาตรการรักษาความลับได้แก่

- การกำหนดข้อจำกัดแก่ลูกจ้าง (employee limitations) ในการใช้หรือเปิดเผยข้อมูล ไม่ว่าจะระหว่างสัญญาจ้างมีผลหรือ ให้มีผลเมื่อสิ้นสุดการจ้างแล้ว อย่างไรก็ตามข้อจำกัดการใช้หรือเปิดเผยข้อมูลโดยเฉพาะเมื่อสัญญาจ้างสิ้นสุดอาจถูกจำกัดโดยหลักกฎหมายแข่งขันทางการค้าของแต่ละมลรัฐ³¹³
- การแจ้งหรือประกาศเตือนให้ลูกจ้างทราบถึงว่าข้อมูลใดเป็นความลับ
- การจำกัดการเข้าถึงข้อมูลเฉพาะลูกจ้างที่จำเป็นต้องทราบข้อมูลเพื่อใช้ในการปฏิบัติงานเท่านั้น (a “need to know” basis)
- การควบคุมการเข้าออกโรงงานทั้งกับลูกจ้างและบุคคลภายนอก
- การควบคุมการเปิดเผยข้อมูลผ่านนิทรรศการ การแสดง สิ่งพิมพ์วารสารทางการค้า การโฆษณา เพื่อไม่ให้ข้อมูลถูกเปิดเผยต่อสาธารณชน หรือในแวดวงอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้อง³¹⁴

4.2.3 พระราชบัญญัติการจารกรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Espionage Act หรือ EEA)

³¹¹ Lee B. Burgunder, Legal aspects of managing technology, pp. 218-219.

³¹² Donald S. Chisum and Michael A. Jacobs, Understanding intellectual property law, p. 3-21.

³¹³ Richard Stim, Intellectual property: patents, trademarks and copyrights, p. 232.

³¹⁴ NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, Uniform trade secrets act with 1985 amendments with prefatory note and comments.

EEA ให้นิยามความลับทางการค้าไว้ในข้อ 1839 ว่าหมายถึง ข้อมูลทุกรูปแบบและทุกประเภทที่เกี่ยวกับทางการเงิน ธุรกิจ วิทยาศาสตร์ เรื่องทางเทคนิค เศรษฐกิจ หรือวิศวกรรม รวมถึงแบบ แผนการ การรวบรวม เครื่องมือที่ได้รับการตั้งโปรแกรมไว้ (program device) สูตร การออกแบบ ผลิตภัณฑ์ต้นแบบ วิธีการ เทคนิค กรรมวิธี กระบวนการ โปรแกรม หรือ รหัส ไม่ว่าจะมึรูปร่างหรือไม่ และไม่ว่าจะมีการเก็บบรรจุ รวบรวม บันทึกจดจำไว้ทางกายภาพ ทางอิเล็กทรอนิกส์ ทางกราฟิก ทางภาพถ่าย หรือเป็นลายลักษณ์อักษรไว้หรือไม่ อย่างไร ซึ่งเจ้าของข้อมูลได้จัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมในการรักษาความลับ และ ข้อมูลนั้นมีหรืออาจมีมูลค่าทางเศรษฐกิจในตัวเอง เนื่องจากไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไป และไม่สามารถเข้าถึงได้ผ่านวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมายโดยสาธารณชน³¹⁵

ภายใต้ EEA ความใหม่ หรือการประดิษฐ์คิดค้น (novelty or inventiveness) ไม่ได้เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้า แต่อย่างไรก็ดี ในบางกรณีความใหม่หรือการประดิษฐ์คิดค้นดังกล่าวอาจถูกนำมาใช้พิจารณาในกรณีวินิจฉัยว่าแยกแยะระหว่างความลับทางการค้ากับข้อมูลที่เป็นความรู้ทั่วไป ความชำนาญ ประสบการณ์³¹⁶

ในส่วนของมาตรการที่เหมาะสมในการรักษาความลับ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความลับต้องประเมินมูลค่าของข้อมูล และความเป็นไปได้ของภัยคุกคามจากการโจรกรรม เพื่อพิจารณาว่าควรจัดให้มีมาตรการป้องกันมากน้อยเพียงไร นอกจากนี้มาตรการที่เหมาะสมอาจแตกต่างกันไปในอุตสาหกรรมหรือสาขาความรู้แต่ละประเภท ซึ่งตัวอย่างของมาตรการที่เหมาะสมก็เช่นเดียวกับที่ได้กล่าวมาแล้วภายใต้หัวข้อ Restatement of Torts และ UTSA เช่น การจำกัดบุคคลที่สามารถเข้าถึงหรือรับทราบข้อมูลเฉพาะที่จำเป็นต้องใช้ข้อมูลจริงๆ หรือการเตือนให้บุคคลทราบว่าคุณข้อมูลใดเป็นความลับ ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องใช้มาตรการอย่างมากหรือสุดโต่งในการรักษาความลับนั้น³¹⁷

³¹⁵Economic Espionage Act (1996). Section 1839 (3) The term 'trade secret' means all forms and types of financial, business, scientific, technical, economic, or engineering information, including patterns, plans, compilations, program devices, formulas, designs, prototypes, methods, techniques, processes, procedures, programs, or codes, whether tangible or intangible, and whether or how stored, compiled, or memorialized physically, electronically, graphically, photographically, or in writing if

(A) the owner thereof has taken reasonable measures to keep such information secret; and

(B) the information derives independent economic value, actual or potential, from not being general known to, and not being readily ascertainable through proper means by the public

³¹⁶US Congressional Record - Senate. Appendix 0: Legislative History – Economic Espionage Act of 1996. Proceedings and Debates of the 104th Congress(Online). US Department of Justice: 1996. Available from: <http://www.justice.gov/criminal/cybercrime/EEAleghist.htm>

³¹⁷Ibid.

เมื่อพิจารณาจากนิยามข้างต้นจะเห็นว่า นิยามความลับทางการค้าภายใต้ EEA สอดคล้องกับที่ UTSA กำหนดไว้ กล่าวคือ ข้อมูลต้องมีคุณค่าอันเนื่องมาจากข้อมูลนั้นไม่เป็นที่รู้จัก หรือเข้าถึงโดยสาธารณชน และต้องมีมาตรการรักษาความลับอย่างเพียงพอเช่นเดียวกับที่ UTSA ได้กำหนดไว้ อย่างไรก็ตามก็มีความแตกต่างจาก UTSA มีดังต่อไปนี้

1. นิยามตาม EEA มีลักษณะกว้างขวางกว่า โดยระบุไว้ชัดเจนให้รวมถึงข้อมูลไม่ว่ารูปแบบใด และมีรูปร่างหรือไม่ และไม่ว่าถูกเก็บไว้ในรูปแบบหรือวิธีการใด หรือไม่ อันแสดงอย่างชัดแจ้งซึ่งเจตนารมณ์ของ EEA ที่ประสงค์จะคุ้มครองข้อมูลที่แม้เป็นเพียงความทรงจำก็ตาม นอกจากนี้ EEA ยังสะท้อนความพยายามของสภา Congress ในการกำหนดนิยามความลับทางการค้าให้สอดคล้องกับเทคโนโลยีที่ทันสมัย โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการโจรกรรมข้อมูลดิจิทัล พิจารณาจากที่นิยามได้กำหนดให้ข้อมูลอาจถูกเก็บไว้ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ที่หลากหลาย และในส่วนของพฤติกรรมการจารกรรมความลับทางการค้าก็ได้กำหนดให้รวมถึง การส่งข้อมูลเข้าคอมพิวเตอร์ (uploading) การดาวน์โหลดข้อมูล (downloading) การส่งผ่านข้อมูล (transmitting) และการคัดลอกข้อมูล (replicating) ด้วย³¹⁸

2. EEA ได้กำหนดให้ ข้อมูลมีมูลค่าทางพาณิชย์เนื่องจากไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไป และไม่เป็นที่เข้าถึงหรือสามารถเสาะหาได้ผ่านวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมายโดยสาธารณชน ขณะที่ UTSA จำกัดตัวบุคคลที่ได้ข้อมูลไปโดยวิธีการอันมิชอบว่าต้องเป็นบุคคลที่อาจได้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการเปิดเผยหรือใช้ข้อมูลนั้นเท่านั้น³¹⁹

ในเรื่องเกี่ยวกับการแยกแยะความรู้ความชำนาญ และความเชี่ยวชาญของลูกจ้างหรืออดีตลูกจ้างกับความลับทางการค้านั้น ก่อนประกาศใช้ EEA ได้บรรจุข้อความที่ว่า ความรู้ ประสบการณ์ การฝึกฝน หรือทักษะความชำนาญ ซึ่งบุคคลได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายระหว่างทำงานเป็นลูกจ้าง (employee) หรือคู่สัญญาอิสระ (independent contractor) ไม่อยู่ในความหมายความลับทางการค้า ต่อมาข้อความดังกล่าวได้ถูกตัดออก โดยถูกพิจารณาว่าไม่จำเป็น เนื่องจากย่อมเป็นที่ชัดเจนในตัวแล้วว่านิยามความลับทางการค้าย่อมไม่รวมถึงความรู้ทั่วไป และ EEA ก็ไม่ได้มีวัตถุประสงค์จะเอาผิดกับผู้ประดิษฐ์คิดค้น หรือบุคคลผู้สุจริตซึ่งพัฒนาความรู้ ความชำนาญ และความสามารถของตนโดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้การกระทำผิดตาม EEA ต้องเป็นการลักขโมยหรือเอาไปโดยมิชอบซึ่งข้อมูลนั้น การกล่าวอ้างเพียงว่าบุคคลได้สังสมประสบการณ์และความรู้จากการจ้างงานย่อม

³¹⁸ Lee B. Burgunder, *Legal aspects of managing technology*, pp. 225-226.

³¹⁹ J. Derek Mason, Gerald J. Mossinghoff and David A. Oblon, *The Economic Espionage Act: Federal Protection for Corporate Trade Secrets*(Online), Available from: http://www.oblon.com/Pub/economic_espionageactII.html.

ไม่เพียงพอที่จะเอาผิดกับบุคคลผู้นั้น เว้นแต่จะแสดงได้อย่างชัดเจนว่ามีข้อมูลโดยเฉพาะเจาะจงถูกเอาไปโดยมิชอบ³²⁰ อย่างไรก็ดี การพิจารณาแยกแยะความรู้ทั่วไป ประสบการณ์ ทักษะความชำนาญ กับความลับทางการค้าก็ยังมีปัญหาในทางปฏิบัติ ซึ่งนอกจากสร้างความยุ่งยากแก่อดีตลูกจ้างแล้ว ยังสร้างความลำบากแก่นายจ้างรายใหม่ที่จะต้องเพิ่มความระมัดระวังในการกำหนดหน้าที่ หรือจำกัดการใช้ความรู้ความสามารถของลูกจ้างที่รับเข้ามาทำงานด้วย³²¹

4.2.4 การพิจารณานิยามความลับทางการค้าในคดีระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง

การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้ากรณีพิพาทระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างในสหรัฐฯ เป็นไปในแนวทางเดียวกับอังกฤษ คือ ระหว่างสัญญาจ้างมีผลบังคับ ลูกจ้างย่อมมีหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจต่อนายจ้างที่ต้องกระทำการด้วยความซื่อสัตย์ไม่เปิดเผยข้อมูลความลับที่ได้รับมาระหว่างการจ้าง แม้ว่าข้อมูลนั้นจะไม่เข้าเงื่อนไขเป็นความลับทางการค้าและและไม่ปรากฏมีข้อตกลงห้ามเปิดเผยความลับก็ตาม³²² นอกจากนี้ยังลูกจ้างมีความเชื่อวิชาชีพมากเท่าไร หน้าที่ในการรักษาความลับที่มีต่อนายจ้างยังมีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้นเท่านั้น³²³

อย่างไรก็ดีไม่ใช่ทุกกรณีที่ลูกจ้างมีหน้าที่ต่อข้อมูลที่ได้รับระหว่างการจ้าง หากแต่ต้องพิจารณาตามลักษณะของข้อมูลนั้นๆ ดังนี้

- กรณีข้อมูลความลับถูกเปิดเผยแก่ลูกจ้าง หรือลูกจ้างได้รับรู้ภายใต้ขอบเขตของการจ้าง ลูกจ้างย่อมมีหน้าที่ต้องรักษาความลับข้อมูลนั้น แม้ไม่มีข้อตกลงกำหนดชัดเจนก็ตาม
- กรณีข้อมูลที่ค้นพบโดยลูกจ้างในเวลาส่วนตัว (own time) เช่น ในวันหยุดสุดสัปดาห์ หรือหลังเลิกงาน ก่อนหรือหลังการจ้างงาน ย่อมถือเป็นสิทธิของลูกจ้าง

กรณีข้อมูลเกิดจากการค้นพบของลูกจ้างระหว่างการจ้างงานในส่วนที่เกี่ยวกับหน้าที่การทำงาน แม้ว่าลูกจ้างจะไม่ได้ถูกจ้างมาเพื่อกระทำการนั้น โดยตรงก็ตาม นายจ้างย่อมได้รับสิทธิอย่าง

³²⁰US Congressional Record – Senate, Appendix 0: Legislative History – Economic Espionage Act of 1996. Proceedings and Debates of the 104th Congress(Online), US Department of Justice: 1996, Available from: <http://www.justice.gov/criminal/cybercrime/EEAleghist.htm>.

³²¹J. Derek Mason, Gerald J. Mossinghoff and David A. Oblon, The Economic Espionage Act: Federal Protection for Corporate Trade Secrets(Online).

³²²Earl W. Kintner and Jack L. Lahr, An Intellectual Property Law Primer(New York: Macmillan Publishing, 1975), p.160.

³²³Richard Stim, Intellectual property: patents, trademarks and copyrights, p. 345.

อัตโนมัติในข้อมูลที่ได้จากการค้นพบนั้น แต่สิทธิของนายจ้างดังกล่าวนี้เป็น “สิทธิที่ไม่จำกัดแต่เพียงผู้เดียว” (non-exclusive shop right) ซึ่งเป็นสิทธิของนายจ้างในการใช้ประโยชน์จากสิ่งประดิษฐ์หรือข้อมูลที่ลูกจ้างค้นพบ หรือคิดค้น โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน ทั้งระหว่างและหลังการจ้าง แต่เนื่องจากสิทธิที่นายจ้างมีไม่ใช่สิทธิเด็ดขาด ลูกจ้างจึงมีสิทธิโอน หรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธินั้นได้³²⁴

ปัญหาที่เกิดขึ้นในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้ามักเกิดขึ้นในคดีละเมิดความลับทางการค้าระหว่างอดีตนายจ้างกับอดีตลูกจ้าง กรณีที่อดีตลูกจ้างใช้ข้อมูลที่ได้รับทราบมา ระหว่างการทำงานเมื่อออกจากบริษัทเดิมและไปทำงานในแวดวงที่เกี่ยวข้อง ในทำนองเดียวกับประเทศอังกฤษ หากเป็นข้อมูลนั้นเป็นความลับทางการค้าของนายจ้าง อดีตลูกจ้างย่อมไม่มีสิทธิเปิดเผย หรือใช้ข้อมูลนั้น แต่หากข้อมูลนั้นเป็นความรู้ทั่วไปและทักษะความชำนาญที่ติดตัวลูกจ้าง ลูกจ้างย่อมมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระ ซึ่งในคดีละเมิดความลับทางการค้าเพื่อให้ฝ่ายตนได้รับประโยชน์ ฝ่ายนายจ้างย่อมอ้างว่าข้อมูลเป็นความลับทางการค้า ขณะที่ลูกจ้างก็มักอ้างว่าข้อมูลนั้นเป็นทักษะความชำนาญ ความสามารถ หรือความรู้ทั่วไปที่อดีตลูกจ้างมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระ³²⁵

ตัวอย่างคดีพิพาทระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าได้แก่

คดี Integrated Cash Management Services, Inc. V. Digital Transaction, Inc. นาย Newlin และ นาย Vafa ซึ่งเป็นอดีตลูกจ้างของ Integrated Cash Management Services, Inc. (ICM) โดยมีหน้าที่เขียน โปรแกรม หลังจากลาออกจาก ICM ได้ตั้งบริษัทของตนเองคือ Digital Transaction, Inc. (DTI) และได้จัดทำโปรแกรมซึ่งมีความคล้ายคลึงกับโปรแกรมของ ICM ในคดีนี้ศาลวินิจฉัยโดยอาศัยหลักใน Restatement of Torts ว่า ข้อมูลนั้น ถือเป็นความลับทางการค้าของ ICM เนื่องจากไม่เป็นที่รู้จักทั่วไป และได้ใช้ความพยายามอย่างเหมาะสมในการรักษาความลับ นอกจากนี้พยานผู้เชี่ยวชาญยังได้เปิดเผยว่าการออกแบบผลิตภัณฑ์ของ ICM ไม่สามารถเลียนแบบได้อย่างง่าย และมีการค้นคว้าวิจัยเป็นระยะเวลาหลายปี จึงเป็นไปได้ที่ DTI จะสามารถพัฒนาโปรแกรมในระยะเวลาอันสั้น หากปราศข้อมูลที่นาย Newlin และ นาย Vafa ได้มาจาก ICM³²⁶ ในคดีนี้จะเห็นได้ว่า ข้อมูลเกี่ยวกับการจัดทำโปรแกรมเป็นความลับทางการค้าของ ICM ไม่ใช่ทักษะความชำนาญที่ติดตัวอดีตลูกจ้างไป ดังนั้นบริษัท DTI จึงไม่มีสิทธิใช้ข้อมูลดังกล่าว

³²⁴ Ibid.

³²⁵ Lee B. Burgunder, Legal aspects of managing technology, p. 207.

³²⁶ คดี Integrated Cash Management Services, Inc. V. Digital Transaction, Inc. United States District Court, New York, 1989.

คดี Wexler v Greenberg นาย Greenberg ทำงานกับบริษัท Buckingham Wax Company ในฐานะหัวหน้านักเคมี ระหว่างการจ้างงานเขาได้พัฒนาสูตรเคมีใหม่ๆแก่นายจ้างโดยอาศัยการวิเคราะห์และทำซ้ำจากผลิตภัณฑ์ของกลุ่มแข่ง นาย Greenberg จึงมีความคุ้นเคยกับสูตรเคมีของบริษัท Buckingham เป็นอย่างดี ทั้งนี้ระหว่างนาย Greenberg กับบริษัทไม่ปรากฏว่ามีข้อตกลงจำกัดการกระทำใดไม่ว่าด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษร ต่อมา นาย Greenberg ออกจากบริษัทและได้เข้าทำงานกับบริษัท Brite Products ในตำแหน่งเป็นหัวหน้านักเคมี ทั้งยังเป็นผู้บริหารจัดการ และผู้จัดการด้านทรัพย์สิน เมื่ออยู่ภายใต้การบริหารของนาย Greenberg บริษัท Brite Products ได้เริ่มหันมาทำธุรกิจผลิตเคมีภัณฑ์ซึ่งมีลักษณะเดียวกับบริษัท Buckingham Wax และในการผลิตเคมีภัณฑ์ดังกล่าว บริษัท Brite Products ได้ใช้สูตรที่คล้ายคลึงกับของบริษัท Buckingham Wax ในสาระสำคัญ ในการตัดสินใจดังกล่าว ศาลระมัดระวังอย่างมากเกี่ยวกับผลกระทบที่อาจเกิดจากคำพิพากษาต่ออิสระของบุคคลในดำเนินประกอบอาชีพ และต่อสังคมในแง่การขัดขวางการกระจายตัวของเทคโนโลยี โดยถือว่า ความถนัด ความชำนาญ ความสามารถทางความคิด ฝีมือ และทักษะความรู้ที่ลูกจ้างได้มาระหว่างการจ้าง ไม่ใช่ทรัพย์สินของนายจ้าง ดังนั้นลูกจ้างย่อมมีสิทธิใช้ข้อมูลดังกล่าวทราบเท่าที่ไม่ได้ถูกจำกัดโดยข้อตกลงจำกัดการกระทำ (restrictive covenant) ในคดีนี้ศาลได้ตัดสินว่า นาย Greenburg เป็นผู้มีสิทธิโดยชอบในสูตรเคมีและไม่มีภาระละเมิดข้อมูลเกิดขึ้นโดยให้เหตุผลดังนี้

- ระหว่างบริษัท Buckingham Wax กับ นาย Greenburg ไม่ใช่กรณีที่มีการเปิดเผยความลับจากบริษัทนายจ้างแก่ลูกจ้าง หากแต่สูตรเคมีดังกล่าวเกิดจากการพัฒนาโดยความสามารถ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ของนาย Greenburg ในฐานะนักเคมี

- ระหว่างบริษัทเดิมกับนาย Greenburg ไม่มีข้อตกลงรักษาความลับข้อมูลนั้น ย่อมไม่อาจถือได้ว่านาย Greenburg ได้ละเมิดหน้าที่ความไว้วางใจ หรือหน้าที่รักษาความลับต่อข้อมูลนั้น

- ข้อมูลนั้นเป็นความรู้ความชำนาญด้านเทคนิคที่ได้จากการทำงาน ซึ่งนาย Greenburg มีสิทธิเด็ดขาดในการใช้หรือเปิดเผยข้อมูลนั้น³²⁷

นอกจากนี้ได้ว่าคดี Wexler v Greenberg นั้นได้สะท้อนถึงความโน้มเอียงของศาลไปในทางที่เอื้อประโยชน์แก่สิทธิของลูกจ้างในการหาเลี้ยงชีพ³²⁸

³²⁷ คดี Wexler v. Greenberg. The Supreme Court of Pennsylvania. (1960).

³²⁸ Earl W. Kintner and Jack L. Lahr, An Intellectual Property Law Primer, p. 160.

คดี E.I. DuPont de Nemours & Co. v American Potash & Chemical Corporation ศาลได้พิจารณาว่าข้อมูลในคดีเป็นความลับทางการค้าและได้ตัดสินให้อดีตลูกจ้างของบริษัท DuPont ที่เข้าทำงานกับนายจ้างรายใหม่ (American Potash & Chemical Corporation) ต้องรับผิดชอบ เนื่องจากปรากฏข้อเท็จจริงดังนี้

- อดีตลูกจ้างดังกล่าวมีบทบาทสำคัญในการค้นคว้าและพัฒนาข้อมูลนั้นซึ่งเป็นข้อมูลเกี่ยวกับกระบวนการเกี่ยวกับสารประกอบคลอรีน และการผลิตสีข้อมไททาเนียมไดออกไซด์จากกระบวนการเกี่ยวกับสารประกอบคลอรีนซึ่งในเวลานั้นบริษัท DuPont เป็นผู้ผลิตรายเดียวที่ประสบความสำเร็จในการผลิตสีข้อมไททาเนียมไดออกไซด์จากกระบวนการเกี่ยวกับสารประกอบคลอรีน

- ระหว่างอดีตลูกจ้าง กับ บริษัท DuPont มีข้อตกลงว่าจะไม่เปิดเผยความลับ³²⁹

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างคดี Wexler v Greenberg กับ คดี E.I. DuPont de Nemours & Co. v American Potash & Chemical Corporation จะเห็นว่า ในคดีแรก นาย Greenberg ได้เรียนรู้คิดค้นสูตรโดยอาศัยผลิตภัณฑ์จากคู่แข่งรายอื่น ดังนั้นย่อมแสดงว่าข้อมูลที่เกิดจากการรวบรวมปรับปรุงอาจมีปรากฏในกลุ่มคู่แข่งรายอื่นๆเช่นกัน นอกจากนี้ศาลยังเห็นว่า ข้อมูลนั้นเป็นส่วนหนึ่งของทักษะ ความชำนาญของนาย Greenberg เอง และไม่มีข้อตกลงที่ชัดเจนในการรักษาความลับขณะที่ในคดีหลังปรากฏว่ามีข้อตกลงรักษาความลับระหว่างอดีตลูกจ้าง กับ บริษัท DuPont ทั้งข้อมูลการผลิตที่บริษัท DuPont มีนั้นไม่ปรากฏในกลุ่มคู่แข่งรายอื่น หากแต่เป็นกรรมวิธีเฉพาะของ บริษัท DuPont เท่านั้น ซึ่งหากมีการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว ย่อมก่อให้เกิดความสูญเสียแก่บริษัท DuPont ยิ่งกว่าที่จะเกิดขึ้นกับบริษัท Buckingham Wax³³⁰

ในคดีพิพาทระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ข้อมูลรายชื่อลูกค้า (customer list) เป็นข้อมูลหนึ่งที่มักมีปัญหาในการวินิจฉัยว่าเป็นความลับทางการค้าหรือไม่ โดยเฉพาะในกรณีที่อดีตลูกจ้างใช้รายชื่อลูกค้าเพื่อติดต่อกับลูกค้าของอดีตนายจ้าง ซึ่งศาลใช้ปัจจัยดังต่อไปนี้ในการพิจารณาข้อมูลรายชื่อลูกค้า

- 1) ความพยายามในการรวบรวมข้อมูล และรายละเอียดของข้อมูลนั้น ข้อมูลที่ประกอบอยู่ในรายชื่อ นั้น หากประกอบด้วยชื่อ ที่อยู่ ย่อมได้รับความคุ้มครองน้อยกว่า ข้อมูลที่เป็นการวิเคราะห์ลักษณะเฉพาะของลูกค้าแต่ละรายโดยละเอียด เช่น กรณีที่ศาลปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองรายชื่อ

³²⁹ คดี E. I. du Pont de Nemours & Co. v. American Potash & Chemical Corp., 200 A.2d 428 (Del.Ch. 1964).

³³⁰ Earl W. Kintner and Jack L. Lahr, *An Intellectual Property Law Primer*, p. 162.

และที่อยู่กำหนดไว้เพื่อการส่งไปรษณีย์ของอดีตนายจ้างโดยให้เหตุผลว่า ข้อมูลดังกล่าวสามารถแสวงหาและรวบรวมได้ง่าย ไม่ต้องอาศัยทักษะความชำนาญ หรือใช้เวลานานนัก หรือ ปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองข้อมูลรายชื่อลูกค้าที่สามารถค้นหาได้จากฐานข้อมูลที่บ้านที่กหมายเลขโทรศัพท์ หรือสมุดโทรศัพท์ (telephone directory) แม้ว่าข้อมูลที่รวบรวมขึ้นนั้นจะมีรายละเอียดมากกว่าที่ปรากฏในสมุดโทรศัพท์ก็ตาม³³¹

2) อดีตลูกจ้างได้มีส่วนร่วมในข้อมูลรายชื่อนั้นหรือไม่ หากอดีตลูกจ้างมีส่วนร่วมหรือได้คลุกคลีกับข้อมูลนั้น อาจมีแนวโน้มทำให้ข้อมูลนั้นกลายเป็นส่วนหนึ่งของประสบการณ์และทักษะคิดตัวลูกจ้างซึ่งลูกจ้างสามารถใช้ได้อย่างอิสระ เช่น คดีในมลรัฐแคลิฟอร์เนียคดีหนึ่ง ศาลวินิจฉัยว่าลูกจ้างซึ่งออกจากธุรกิจสามารถส่งข้อความไปยังลูกค้าของนายจ้างเพื่อแจ้งถึงการเปลี่ยนแปลงงานของตนได้ โดยการใช้รายชื่อลูกค้าของนายจ้างในการกระทำเช่นว่าไม่ถือเป็นการละเมิดความลับทางการค้า เนื่องจาก 1. ลูกจ้างรู้จักลูกค้าเหล่านั้นอยู่แล้วโดยการติดต่อพบปะกัน และ 2. ไม่เป็นการยากลำบากสำหรับลูกจ้างในการแสวงหาข้อมูลรายชื่อลูกค้าและที่อยู่เหล่านั้น³³²

3) รายชื่อเหล่านั้นมีลักษณะเป็นข้อมูลส่วนบุคคล มีมาต่อเนื่องและยาวนาน หรือมีลักษณะเฉพาะตัวหรือไม่ ยิ่งข้อมูลมีความต่อเนื่องและมีลักษณะเฉพาะมาก ยิ่งมีแนวโน้มจะได้รับความคุ้มครอง³³³

5 การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น

5.1 ความเป็นมาและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

เดิมประเทศญี่ปุ่นไม่มีกฎหมายเฉพาะในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า³³⁴ การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าทางแพ่งแต่เดิมจึงเป็นไปตามกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด จนต่อมาได้มีการกำหนดให้บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความลับทางการค้าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Competition Prevention Law หรือ UCPL) ในปี ค.ศ. 1990

³³¹ Richard Stim, *Intellectual property: patents, trademarks and copyrights*, p. 240.

³³² Ibid.

³³³ Ibid.

³³⁴ ภัทรา ภาคย์ประเสริฐ, “การคุ้มครองบุคคลที่สามที่ได้ความลับทางการค้ามาโดยสุจริต,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 142.

5.1.1 การคุ้มครองความลับทางการค้าก่อนการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1993

กฎหมายป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Competition Prevention Law หรือ UCPL) ซึ่งมีขึ้นในปี ค.ศ. 1934 ไม่ได้บรรจุเรื่องการคุ้มครองความลับทางการค้าไว้ เนื่องด้วยเหตุผลที่ว่า 1) ในขณะนั้น (ค.ศ. 1930) อุตสาหกรรมในประเทศยังไม่เจริญก้าวหน้าเท่าใดนัก ทำให้มองไม่เห็นความจำเป็นในเรื่องดังกล่าว 2) วัฒนธรรมการทำงานของลูกค้าที่ยึดติดกับบริษัทใดบริษัทหนึ่งไปชั่วชีวิตทำให้การถ่ายโอนความลับทางการค้าโดยลูกค้าจากบริษัทหนึ่งไปยังอีกบริษัทหนึ่งเกิดขึ้นได้น้อย 3) เหตุผลด้านค่านิยมทางสังคมที่ให้ความสำคัญกับความซื่อสัตย์ภักดีต่อชุมชน และการปกป้องชื่อเสียงของบุคคลหรือวงศ์ตระกูล³³⁵ ในขณะนั้นจึงไม่มีบทบัญญัติเฉพาะในการคุ้มครองความลับทางการค้า ในเรื่องดังกล่าวจึงต้องพิจารณาจากกฎหมายที่มีอยู่ คือ ประมวลกฎหมายแพ่ง และประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งหลักที่ศาลนำมาปรับกับเรื่องละเมิดความลับทางการค้าได้แก่³³⁶

(ก). หลักสัญญา

ในกรณีที่คู่กรณีทำข้อตกลงรักษาความลับระหว่างกัน หรืออาจกำหนดให้อีกฝ่ายมีหน้าที่รักษาความลับ ข้อตกลงเช่นว่าสามารถบังคับได้ภายใต้หลักกฎหมายสัญญา³³⁷

(ข). หลักละเมิด

หลักละเมิดนำมาปรับใช้กรณีคู่กรณีไม่มีข้อตกลงรักษาความลับต่อกัน โดยถือว่าคู่กรณีฝ่ายที่เสียหายถูกละเมิดสิทธิโดยการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายมีสิทธิได้การเยียวยาความเสียหายอย่างไรก็ดี ศาลไม่อาจออกคำสั่งหยุดการละเมิดความลับโดยอาศัยหลักกฎหมายละเมิดได้ โดยถือว่าประมวลกฎหมายแพ่งไม่ได้กำหนดให้อำนาจศาลในการออกคำสั่งเช่นว่า³³⁸

³³⁵Holly Emrick Svetz, "Japan's New Trade Secret Law: We asked for it – Now what have we got?", *George Washington Journal of International Law and Economics* 26(1992): 413 449.

³³⁶Teruo Doi and Warren L. Shattuck, *Patent and Know-How Licensing in Japan and the United States*(Washington: The University of Washington Press, 1977), p. 87.

³³⁷Ibid.

³³⁸Ibid.

(ค). หลักสุจริต

ประมวลแพ่งได้กำหนดให้การใช้สิทธิหรือปฏิบัติหน้าที่ต้องกระทำด้วยความสุจริต³³⁹ ซึ่งศาลได้ปรับใช้หลักนี้ในคดี Toyota Concrete K.K. v. Director General of Patent Office โดยวินิจฉัยว่า คู่สัญญาที่ได้รับทราบข้อมูลความลับจากการทำสัญญาทางธุรกิจระหว่างกันมีหน้าที่รักษาข้อมูลนั้นไว้เป็นความลับ ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวเป็นไปตามหลักสุจริตและเพื่อให้การปฏิบัติตามสัญญาบรรลุผล ทั้งนี้แม้ว่าหน้าที่รักษาความลับนั้นจะไม่ได้ระบุในสัญญาโดยตรงก็ตาม³⁴⁰

(ง). บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา

บทบัญญัติอาญาที่เกี่ยวกับการลักขโมย (larceny) การฉ้อโกง (embezzlement) การละเมิดความไว้วางใจ (breach of trust) และการรับของโจร (receiving stolen property) อาจนำมาปรับใช้กับการละเมิดความลับทางการค้าในกรณีที่มีการละเมิดความลับทางการค้านั้นมีข้อเท็จจริงตรงตามองค์ประกอบความผิดที่กำหนดไว้ ดังที่ปรากฏในคดี Toyo Rayon Co. ซึ่งศาลได้กำหนดให้การที่ลูกจ้างซึ่งได้รับเอกสารความลับเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ใหม่ของบริษัท และได้ขายเอกสารดังกล่าวให้แก่คู่แข่งโดยผ่านตัวแทนซื้อขายเป็นความผิดฐานยกยอกทรัพย์ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจ และคู่แข่งที่รับซื้อเอกสารนั้นถูกตั้งข้อหาในความผิดฐานรับซื้อของโจร³⁴¹

5.1.2 การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าภายใต้กฎหมายการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (UPCL)

ในปี ค.ศ. 1991 กระทรวงการค้าระหว่างประเทศและอุตสาหกรรม (Ministry of International Trade and Industry หรือ MITI) เสนอให้บรรจุบทบัญญัติในการคุ้มครองความลับทางการค้าใน UCPL ด้วยเหตุผลที่ว่า 1) ขณะนั้น (ค.ศ. 1990) ญี่ปุ่นถือเป็นประเทศอุตสาหกรรมชั้นนำประเทศเดียวที่ไม่มีกฎหมายเฉพาะในการคุ้มครองความลับทางการค้า 2) ความกดดันจากสหรัฐอเมริกาในการเจรจา GATT รอบอุรุกวัยที่ต้องการให้ญี่ปุ่นบังคับใช้กฎหมายคุ้มครอง

³³⁹ Japan Civil Code. Article 1 (2).

³⁴⁰ คดี Toyota Concrete K.K. v. Director General of Patent Office. (Tokyo High Ct., June 18, 1974).

³⁴¹ Yukio Yanagida, Daniel H. Foote, Edward Stokes Johnson, Jr., J. Mark Ramseyer, and Hugh T. Scogin, Jr., Law and investment in Japan: cases and materials, Second Edition (U.S.A: Harvard University Press, 1994), p. 352.

ความลับทางการค้าให้สอดคล้องกับมาตรฐานของสหรัฐอเมริกาและประเทศในยุโรป 3) ความขาดแคลนการปกป้องคุ้มครองเทคโนโลยีและเศรษฐกิจที่ต้องอาศัยฟังก์ชันข้อมูล 4) การเคลื่อนย้ายแรงงานมีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้น³⁴² ต่อมา ค.ศ. 1993 สภาไดเอทได้ผ่านร่าง UCPL ฉบับใหม่แทนที่ UPCL ฉบับเดิม³⁴³ ซึ่งได้บรรจุเรื่องการคุ้มครองความลับทางการค้าไว้ และได้เพิ่มบทความรับผิดชอบทางอาญาแก่การละเมิดความลับทางการค้าในบางกรณีด้วย³⁴⁴ ต่อมาในปี ค.ศ. 2005 ได้มีการแก้ไข UPCL อีกครั้งโดยได้ขยายความรับผิดชอบทางอาญาให้รวมถึง การใช้และเปิดเผยความลับทางการค้าโดยอดีตพนักงาน หรืออดีตลูกจ้างของบริษัท และกรณีการเปิดเผยความลับทางการค้านอกประเทศ ในกรณีที่ความลับทางการค้านั้นได้มาในประเทศโดยผิดกฎหมาย³⁴⁵

ปัจจุบันการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าทั้งในส่วนแพ่งและอาญาจึงต้องพิจารณาตาม UPCL

UPCL ได้กำหนดให้การละเมิดความลับทางการค้าเป็นการกระทำที่ถือเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม โดยได้กำหนดการกระทำไว้ 6 ประเภทที่ถือเป็นการละเมิดความลับทางการค้า³⁴⁶

1) การได้มาซึ่งความลับทางการค้าโดยการ ลักขโมย นื้อ โกง การข่มขู่บังคับ หรือวิธีการที่มีชอบใดๆ (การกระทำดังกล่าวเรียกว่า “การได้มาโดยมิชอบ”) หรือการใช้หรือเปิดเผยความลับทางการค้าที่ได้มาโดยวิธีการเช่นว่า (ทั้งนี้รวมถึงการเปิดเผยโดยลับแก่บุคคล หรือกลุ่มบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจงด้วย)

2) การได้มาซึ่งความลับทางการค้าโดยรู้ (รวมถึงกรณีที่ไม่รู้เนื่องจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงด้วย) ว่าความลับนั้นได้มาโดยมิชอบ และรวมถึงการใช้หรือเปิดเผยความลับที่ได้มาดังกล่าวด้วย

³⁴²Holly Emrick Svetz, “Japan’s New Trade Secret Law: We asked for it – Now what have we got?”, *George Washington Journal of International Law and Economics* 26: 413 449.

³⁴³Yukio Yanagida, Daniel H.Foote, Edward Stokes Johnson, Jr., J. Mark Ramseyer, and Hugh T.Scogin, Jr., *Law and investment in Japan: cases and materials*, p. 356.

³⁴⁴Tatsubumi Sato, *Protection of Trade Secret in Japan*(Online), 2006. Available from: http://www.ip.courts.go.jp/documents/pdf/thesis/060928_29_1.pdf.

³⁴⁵Yoshikaza Iwase, Wakako Sekiyama, Anderson Mori & Tomotsune, The Latest Amendments to the Japanese Unfair Competition Prevention Law, *JTA Bulletin Issue No. 11*(Online), Japan: Japan Trademark Association, (n.d.), Available from: www.jp-ta-jp/pdf/committee/005/JTA/11b.pdf.

³⁴⁶Unfair Competition Prevention Act of 1993 Article 2.

3) กรณีนี้เป็นกรณีต่อเนื่องจากกรณี 2) หากแต่ในขณะที่ได้ความลับทางการค้านั้น ผู้ได้มาไม่รู้ว่าความลับนั้นได้มาโดยมิชอบ และต่อมาผู้ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว (รวมถึงกรณีที่ไม่รู้เนื่องจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงด้วย) แลยังใช้หรือเปิดเผยความลับทางการค้านั้น

4) การใช้หรือเปิดเผยความลับทางการค้าที่ได้มาโดยการเปิดเผยของผู้บริหารจัดการธุรกิจ ซึ่งเป็นเจ้าของความลับ (business operator holding such trade secrets) นั้น ซึ่งการใช้หรือเปิดเผยนั้นได้กระทำไปโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการแข่งขันทางธุรกิจที่ไม่เป็นธรรม หรือให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์อันมิชอบด้วยกฎหมาย หรือให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของความลับนั้น

5) การได้มาซึ่งความลับทางการค้านั้นโดยรู้ (รวมถึงกรณีที่ไม่รู้เนื่องจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงด้วย) ว่าความลับทางการค้านั้นได้มีการเปิดเผยอย่างมิชอบ หรือ มีการเปิดเผยอันเป็นการละเมิดหน้าที่ตามกฎหมายในการรักษาความลับนั้น หรือรู้ว่าความลับทางการค้านั้นมีการได้มาจากการเปิดเผยโดยมิชอบ และให้รวมถึงการเปิดเผย หรือใช้ความลับทางการค้าที่ได้มาโดยการกระทำดังกล่าวข้างต้นด้วย

6) กรณีนี้เป็นกรณีต่อเนื่องจากกรณี 5) หากแต่ในขณะที่ได้ความลับทางการค้านั้น ผู้ได้มาไม่รู้ว่าความลับนั้นได้มีการเปิดเผยอย่างมิชอบ หรือ โดยละเมิดหน้าที่ตามกฎหมายในการรักษาความลับ หรือได้มาจากการเปิดเผยโดยมิชอบ แต่ได้รู้ในภายหลัง (รวมถึงกรณีที่ไม่รู้เนื่องจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงด้วย) แลยังใช้หรือเปิดเผยความลับดังกล่าว

ทั้งนี้การเยียวยาความเสียหายสำหรับผู้ถูกละเมิดความลับทางการค้าได้แก่ การออกคำสั่งคุ้มครองป้องกันหรือหยุดยั้งการละเมิดนั้น (injunction)³⁴⁷ การชดใช้ค่าเสียหาย (damages)³⁴⁸ และ มาตรการกอบกู้ชื่อเสียงทางธุรกิจให้กลับคืนมา (measures to restore business reputation)³⁴⁹

5.2 นิยามความลับทางการค้า

UPCL ได้กำหนดให้ความลับทางการค้า หมายถึง ข้อมูลทางเทคนิคหรือทางธุรกิจที่เป็นประโยชน์ต่อกิจกรรมทางพาณิชย์ เช่น วิธีการผลิต วิธีทำการตลาด ซึ่งข้อมูลนั้นได้ถูกเก็บไว้เป็นความลับและไม่เป็นที่ล่งรู้โดยสาธารณชน³⁵⁰

³⁴⁷Ibid, Article 3.

³⁴⁸Ibid, Article 4.

³⁴⁹Ibid, Article 14.

ภายใต้ UCPL ความลับทางการค้าประกอบด้วยคุณสมบัติดังต่อไปนี้

5.2.1 ข้อมูลทางเทคนิคหรือข้อมูลทางธุรกิจ (technical or business information)

ภายใต้ UCPL ความลับทางการค้ากินความรวมถึงข้อมูลต่างๆอย่างกว้างขวาง โดยอาจเป็นข้อมูลทางเทคนิค หรือ ข้อมูลทางธุรกิจก็ได้ ข้อมูลทั้งสองประเภทนั้นถือว่ามีค่าเท่ากันภายใต้ UCPL ดังนั้น รายชื่อลูกค้า รายชื่อผู้ผลิต คู่มือการบริหารจัดการ รายงานการประชุมกรรมการ ย่อมอาจได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้า³⁵¹ เป็นที่น่าสังเกต UCPL ได้กำหนดประเภทของข้อมูลที่จะเป็นความลับทางการค้าโดยมีขอบเขตกว้างขวางกว่าตามที่ระบุไว้ใน UTSA ของสหรัฐอเมริกา เนื่องด้วย UCPL ได้กำหนดอย่างชัดเจนให้ข้อมูลนั้นรวมถึงข้อมูลทางธุรกิจด้วย ขณะที่ภายใต้ UTSA ไม่ได้กำหนดเช่นว่า³⁵²

5.2.2 ข้อมูลต้องมีประโยชน์ต่อกิจกรรมทางพาณิชย์ (useful for commercial activities)

ศาลตีความคุณสมบัติในข้อนี้ในความหมายอย่างกว้าง และไม่ได้กำหนดให้ต้องพิสูจน์ว่าประโยชน์ดังกล่าวต้องเป็นมูลค่าทางเศรษฐกิจ (economic value) เสมอไป ข้อมูลที่เป็นผลในทางไม่เกิดผล (negative information) เช่น ผลการทดสอบที่ล้มเหลวก็อาจถือว่ามีประโยชน์ต่อธุรกิจเช่นกัน ส่วนข้อมูลที่ไม่อาจได้รับความคุ้มครองได้แก่ ข้อมูลที่ฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยของสาธารณชน เช่น ข้อมูลที่แสดงถึงการละเมิดกฎหมายลิขสิทธิ์³⁵³ ข้อมูลส่วนบุคคลที่น่าอับอาย เรื่องซุบซิบนิทานที่แม้เป็นเรื่องที่สาธารณชนสนใจ ย่อมไม่ถือว่ามีประโยชน์ต่อกิจกรรมทางพาณิชย์³⁵⁴ นอกจากนี้ยังเป็นที่ยอมรับได้ว่า ขอบเขตของข้อมูลความลับตาม UCPL กว้างขวางกว่าที่กำหนดไว้ตาม UTSA ของสหรัฐอเมริกา เนื่องจาก UCPL ได้กำหนดให้ความคุ้มครองข้อมูล

³⁵⁰Unfair Competition Prevention Law 1993 Article 2 (6) The term “trade secret” as used in this Act means technical or business information useful for commercial activities such as manufacturing or marketing methods that is kept secret and that is not publicly know.

³⁵¹Terrence F. MacLaren, *Licensing Law Handbook*, p. 171.

³⁵²Dario A. Machleidt, Japanese Trade Secret Protection: Litigants Can Feel Secure Bringing Misappropriation Claims in Japanese Courts, *CASRIP Newsletter*(Online), University of Washington, 2008, Available from: <http://www.law.washington.edu/Casrip/Newsletter/default.aspx?year=2008&article=newsv15i1TradeSecret>.

³⁵³Tatsubumi Sato, *Protection of Trade Secret in Japan*(Online).

³⁵⁴Terrence F. MacLaren, *Licensing Law Handbook*, p. 170.

เกี่ยวข้องกับธุรกิจอย่างชัดเจนและไม่ได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับมูลค่าทางเศรษฐกิจของข้อมูลว่าต้องเกิดขึ้นเนื่องจากไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไปเช่นที่ UTSA ได้กำหนด³⁵⁵

5.2.3 ข้อมูลถูกเก็บไว้เป็นความลับ (kept secret)

ข้อเท็จจริงที่ว่าเจ้าของข้อมูลมีเจตนาให้ข้อมูลนั้นเป็นความลับย่อมไม่เพียงพอที่จะแสดงว่าข้อมูลถูกเก็บไว้เป็นความลับ หากแต่เจ้าของข้อมูลต้องดำเนินการอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมเพื่อรักษาข้อมูลให้เป็นความลับด้วย³⁵⁶ โดยศาลได้จะพิจารณาและให้น้ำหนักกับปัจจัยดังต่อไปนี้

(ก) มีการจำกัดการเข้าถึงข้อมูลหรือไม่ และโดยวิธีใด เช่น เอกสารถูกเก็บไว้ในตู้ปิดล็อกหรือไม่ หรือ มีเพียงลูกจ้างที่เกี่ยวข้องเท่านั้นที่รับทราบรหัสเข้าถึงข้อมูล การจำกัดการคัดลอกข้อมูล และการติดตั้งระบบจัดเก็บข้อมูล³⁵⁷

(ข) มีการแจ้งให้บุคคลทราบถึงสถานภาพความลับของข้อมูลหรือไม่ หรือทำให้บุคคลที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้หรือเปิดเผยข้อมูลสามารถตระหนักได้หรือไม่ว่าข้อมูลเป็นความลับ เช่น การใช้สัญลักษณ์แสดงถึงสถานภาพความลับ³⁵⁸

(ค) เจ้าของได้กำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับแก่ผู้ได้รับทราบข้อมูลหรือไม่ เช่น ในกรณีมีความจำเป็นต้องเปิดเผยข้อมูลต่อลูกจ้างหรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ได้มีการทำข้อตกลงรักษาความลับหรือไม่³⁵⁹

ในส่วนของวิธีการในการเก็บรักษาความลับอาจแตกต่างกันในแต่ละกรณี ขึ้นอยู่กับความสำคัญของข้อมูล ขนาดขององค์กร รูปแบบหรือลักษณะการเก็บบันทึกข้อมูล ขั้นตอนการพัฒนาของข้อมูลว่าอยู่ในระยะเริ่มต้น หรือใกล้เสร็จสมบูรณ์ เกี่ยวกับการตีความคุณสมบัติเรื่องสถานภาพความลับของข้อมูลนี้ มีนักกฎหมายให้ความเห็นว่า หากคุณสมบัติในข้อนี้ถูกตีความอย่างกว้างขวางย่อมมีผลเป็นการคุ้มครองข้อมูลในทางธุรกิจอย่างกว้างขวาง และส่งผลเป็นการจำกัดกิจกรรมทาง

³⁵⁵Holly Emrick Svetz, “Japan’s New Trade Secret Law: We asked for it – Now what have we got?”, *George Washington Journal of International Law and Economics* 26: 413 449.

³⁵⁶Ibid.

³⁵⁷Terrence F. MacLaren, *Licensing Law Handbook*, pp. 170.

³⁵⁸Tatsubumi Sato, *Protection of Trade Secret in Japan*(Online), 2006.

³⁵⁹Holly Emrick Svetz, “Japan’s New Trade Secret Law: We asked for it – Now what have we got?”, *George Washington Journal of International Law and Economics* 26: 413 449.

ธุรกิจส่วนรวม ในทางกลับกัน หากตีความอย่างเคร่งครัด ย่อมทำให้มีเพียงข้อมูลขององค์กรขนาดใหญ่ที่มีศักยภาพและประสบการณ์ในการปกป้องความลับเท่านั้นที่ได้รับความคุ้มครอง³⁶⁰

อย่างไรก็ดี การพิจารณาว่าข้อมูลเป็นความลับหรือไม่นั้นมีความเข้มงวดแตกต่างกันระหว่างคดีแพ่งกับคดีอาญา ในคดีแพ่งเพียงการกำหนดหน้าที่รักษาความลับตามสัญญาก็อาจเพียงพอแล้วที่จะแสดงว่าข้อมูลนั้นเป็นความลับ ขณะที่ในคดีอาญา เงื่อนไขในการพิสูจน์ความผิดอาจต้องแสดงให้เห็นว่า ข้อมูลนั้นถูกเก็บไว้อย่างปลอดภัยแน่นอนหนา (securely locked up) จึงจะเป็นความลับ³⁶¹

เมื่อเปรียบเทียบกับ UTSA แล้ว เงื่อนไขการรักษาความลับภายใต้ UPCL และการตีความของศาลในเรื่องดังกล่าวมีความเข้มงวดกว่า เนื่องจากเจ้าของความลับมีหน้าที่เก็บรักษาข้อมูลไว้เป็นความลับอย่างแท้จริงและเป็นรูปธรรม (keep trade secrets objectively secret) กล่าวคือ เจ้าของความลับต้องดำรงไว้ซึ่งการควบคุมรักษาความลับอย่างเข้มงวด ซึ่งรวมถึง การกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อควบคุมการใช้ ปกป้องข้อมูลนั้น หรือกำหนดให้คู่กรณีที่ได้รับทราบความลับเงื่อนไขของมาตรการรักษาความลับทำข้อตกลงหรือสัญญารักษาความลับ ในขณะที่ภายใต้ UTSA ได้กำหนดให้เจ้าของความลับใช้ความพยายามอย่างเหมาะสม (reasonable effort) ในการรักษาความลับเท่านั้น³⁶²

5.2.4 ข้อมูลไม่เป็นที่ลวงรู้โดยสาธารณชน (not publicly known)

ข้อมูลต้องไม่เป็นข้อมูลสาธารณะหรือเป็นที่รู้จักทั่วไปในวงการค้าที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ข้อมูลไม่จำเป็นต้องเป็นความลับเด็ดขาด หากแต่การเปิดเผยข้อมูลต้องเป็นไปโดยมีการควบคุมโดยพิจารณาประกอบกับคุณสมบัติตามข้อ 2 ข้างต้น³⁶³

5.2.5 การพิจารณานิยามความลับทางการค้ากรณีการละเมิดความลับระหว่างอดีตนายจ้างกับอดีตลูกจ้าง

³⁶⁰Terrence F. MacLaren, *Licensing Law Handbook*, p. 171.

³⁶¹Christopher Heath, *The System of Unfair Competition Prevention in Japan*(UK: Kluwer Law International, 2001), p. 107.

³⁶²Dario A. Machleidt. Japanese Trade Secret Protection: Litigants Can Feel Secure Bringing Misappropriation Claims in Japanese Courts. *CASRIP Newsletter*(Online).

³⁶³Terrence F. MacLaren, *Licensing Law Handbook*, pp. 170.

รัฐธรรมนูญได้รับรองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพ ดังนั้นการกำหนดหน้าที่รักษาความลับแก่อดีตลูกจ้างต้องชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิของลูกจ้างในการใช้ทักษะความชำนาญและความรู้โดยชอบด้วยกฎหมายในการประกอบอาชีพกับการคุ้มครองประโยชน์ของอดีตนายจ้าง เพื่อไม่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพ การพิจารณาว่าอดีตลูกจ้างละเมิดความลับทางการค้าต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่า ข้อมูลนั้นเป็นมากกว่าความรู้ทั่วไปที่ใช้ประจำวันในการทำงาน (beyond their ordinary day-to-day knowledge of work place)³⁶⁴

นอกจากนี้ในตำราของ Christopher Heath ยังได้เปรียบเทียบการพิจารณาผลประโยชน์ของนายจ้างที่สมควรได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายญี่ปุ่นว่ามีลักษณะเทียบเคียงได้กับแนวทางของศาลอังกฤษ โดยมีหลักดังนี้

(1) ศาลจะไม่ยอมรับข้อตกลงที่กำหนดโดยนายจ้างซึ่งมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อกีดกันการแข่งขันโดยอดีตลูกจ้าง

(2) กรณีที่มีการกำหนดข้อตกลงจำกัดการกระทำ (restrictive covenant) ข้อตกลงนั้นต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของนายจ้าง

(3) ผลประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของนายจ้างที่ได้รับความคุ้มครองได้แก่ ความรู้ที่กำหนดได้อย่างเป็นรูปธรรมซึ่งเป็นความลับทางการค้าของนายจ้าง ซึ่งลูกจ้างได้รับรู้ระหว่างการจ้าง (identifiable objective knowledge constituting the employer's trade secrets with which the employee has become acquainted during his employment)

(4) อดีตนายจ้างมีสิทธิอ้างความคุ้มครองแก่ความลับทางการค้า แต่ไม่อาจอ้างความคุ้มครองใน ทักษะ (skill) ประสบการณ์ (experience) ความชำนาญ (know-how) และความรู้ทั่วไป (general knowledge) ซึ่งอดีตลูกจ้างได้มาจากการทำงาน และถือเป็นสิทธิเด็ดขาดของอดีตลูกจ้างในการใช้หรือเปิดเผยข้อมูลเหล่านั้น แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะมีผลเป็นการแข่งขันกับอดีตนายจ้างก็ตาม ดังนั้นการวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้า สิ่งใดเป็นทักษะ ประสบการณ์ ความชำนาญ และความรู้ทั่วไปจึงเป็นปัญหาสำคัญในคดีละเมิดความลับระหว่างอดีตนายจ้างกับอดีตลูกจ้าง³⁶⁵

³⁶⁴ Christopher Heath, *The System of Unfair Competition Prevention in Japan*, p. 113.

³⁶⁵ Christopher Heath, *The System of Unfair Competition Prevention in Japan*(UK: Kluwer Law International, 2001), p. 115.

บทที่ 4

ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับนิยามความลับทางการค้า

ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

1. ปัญหาที่ปรากฏภายใต้นิยามความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า มาตรา 3 ได้ระบุให้ความลับทางการค้า หมายถึง ข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว โดยเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ และเป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ

นิยามความลับทางการค้าที่ปรากฏข้างต้นมีปัญหาดังต่อไปนี้

1.1 การให้คำจำกัดความข้อมูลการค้าไว้อย่างกว้างขวางจนทำให้เกิดความไม่แน่นอนและไม่ชัดเจน

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า มาตรา 3 ได้กำหนดให้ “ข้อมูลการค้า” หมายความว่า สิ่งที่เกี่ยวข้องความหมายให้รู้ข้อความ เรื่องราว ข้อเท็จจริง หรือสิ่งใด ไม่ว่าการสื่อความหมายนั้นจะผ่านวิธีการใดๆ และไม่ว่าจะจัดทำไว้ในรูปใดๆ และให้หมายความรวมถึงสูตร รูปแบบ งานที่ได้รวบรวมหรือประกอบขึ้น โปรแกรม วิธีการ เทคนิค หรือกรรมวิธีด้วย

การใช้ถ้อยคำว่า “สิ่งที่เกี่ยวข้องความหมายให้รู้ข้อความ เรื่องราว ข้อเท็จจริง หรือสิ่งใด” ขอบกั้นความรวมถึงข้อมูลต่างๆอย่างกว้างขวาง โดยถ้อยคำดังกล่าวสามารถตีความให้รวมถึงสิ่งใดๆก็ตามที่สามารถสื่อสารให้ปรากฏความหมายได้ แม้กระทั่งเป็นเพียงความคิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ทั้งนี้กฎหมายไม่ได้จำกัดวิธีการในการสื่อความหมายนั้น ดังนั้นข้อมูลจึงสามารถสื่อสารโดยผ่านวิธีการใดๆ และอาจรวมถึงการถ่ายทอดข้อมูลด้วยวาจา ทั้งกฎหมายยังได้กำหนดให้ข้อมูลการค้าสามารถอยู่ในรูปใดๆก็ได้ ซึ่งการใช้ถ้อยคำดังกล่าวย่อมแสดงได้ว่า ข้อมูลที่ได้รับความคุ้มครองไม่จำเป็นต้องมีรูปร่างหรือปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร และอาจตีความให้รวมไปถึงข้อมูลที่อยู่ในความทรงจำของบุคคล โดยไม่จำเป็นต้องถูกบันทึกในสื่อบันทึกใดๆ เช่น ข้อมูลที่เป็นผลจากการระดม

ความคิด และมีการถ่ายทอดกันทางวาจาอย่างลับๆ นอกจากนี้ยังสามารถพิจารณาให้รวมถึง กรณีที่ ข้อมูลอยู่ในขั้นเริ่มต้นพัฒนา และอาจรวมถึงข้อมูลที่เป็นเพียง โครงร่างหรือแผนการเท่านั้น โดยอาจ ยังไม่มีรายละเอียดที่แน่ชัดพอที่จะสามารถปฏิบัติจริงได้ และบรรจุไว้ในสื่อบันทึกข้อมูลใดๆ ซึ่ง ในทางปฏิบัติการพิสูจน์ถึงความมีตัวตนอย่างชัดเจนซึ่งข้อมูลลักษณะดังกล่าวอาจเป็นไปได้ ยากลำบาก

นอกจากนี้ กฎหมายยังได้เปิดกว้างสำหรับการคุ้มครองข้อมูลประเภทต่างๆ อย่าง หลากหลาย โดยไม่ได้กำหนดจำกัดว่าข้อมูลการค้าต้องเป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางเทคนิค หรือทางธุรกิจเท่านั้น หากแต่อาจตีความให้รวมไปถึงข้อมูลในสาขาต่างๆ อย่างหลากหลาย และ ไม่ได้กำหนดข้อจำกัดไว้ให้ ความลับทางการค้าไม่ครอบคลุมถึงความคิด (idea) ดังเช่นกรณีลิขสิทธิ์ หรือกำหนดไม่ให้ความคุ้มครองข้อมูลที่มีลักษณะเป็นนามธรรม หรือกำหนดให้ข้อมูลที่จะ ได้รับความคุ้มครองนั้นจะต้องปรากฏในสื่อบันทึกใดๆ

การบัญญัตินิยามข้อมูลการค้าในลักษณะดังกล่าวทำให้ข้อมูลที่เข้าข่ายที่อาจได้รับความ คุ้มครองในฐานะความลับทางการค้ามีอย่างกว้างขวาง และทำให้ข้อมูลเกือบทุกประเภทสามารถเข้า ข่ายเป็นความลับทางการค้าได้ทั้งสิ้น และอาจทำให้เกิดความยากลำบากในการพิจารณาแยกแยะ ระหว่างสิ่งที่สมควรได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้าออกจากข้อมูลอื่นๆ ซึ่งบุคคล สมควรมีสิทธิใช้ประโยชน์ได้โดยอิสระ เช่น ในกรณีการใช้ข้อมูลของผู้ได้รับอนุญาตให้สิทธิ ภายหลังสิ้นสุดสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในความรู้ความชำนาญ (know-how) ซึ่งความรู้ความ ชำนาญบางอย่างที่มีการถ่ายทอดแก่บุคลากรของของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ รวมถึงเทคนิคใน การดำเนินการ หรือวิธีการบริหารจัดการบางอย่างซึ่งไม่สมควรถูกจำกัดโดยถือเป็นความลับทาง การค้า เนื่องจากหากถือว่าข้อมูลนั้นเป็นความลับทางการค้าแล้ว แม้ไม่ต้องกำหนดข้อจำกัดไว้ใน สัญญา แต่ผู้อนุญาตก็มีสิทธิยกพระราชบัญญัติความลับทางการค้าขึ้นอ้างความคุ้มครองในข้อมูล นั้น ได้โดยตรง ซึ่งจะมีผลเป็นการคุ้มครองข้อมูลนั้นอย่างไม่จำกัดระยะเวลา และเป็นการปิดกั้นการ พัฒนาความรู้และเทคโนโลยีของผู้ประกอบการภายในประเทศได้

นอกจากนี้ นิยามความลับทางการค้าที่ปรากฏยังทำให้เกิดความยากลำบากในการแยกแยะ ระหว่างข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าออกจากข้อมูลประเภททักษะความชำนาญและ ประสบการณ์ที่บุคคลสมควรมีสิทธิที่จะใช้ได้โดยอิสระซึ่งพิจารณาได้จาก กรณีที่อดีตนายจ้างกล่าว อ้างว่าอดีตลูกจ้างละเมิดข้อมูลที่ได้มาจากการทำงาน และไม่ได้ปรากฏว่าข้อมูลที่กล่าวอ้างนั้นอยู่ใน รูปของสื่อบันทึกใดๆ หากแต่เป็นข้อมูลที่อยู่ในความทรงจำของอดีตลูกจ้างเท่านั้น ซึ่งใน สถานการณ์เช่นนี้อดีตนายจ้างมักประสบปัญหาในการพิสูจน์ว่าข้อมูลที่อดีตนายจ้างกล่าวอ้างนั้น

เป็นความลับทางการค้า เนื่องจากความยากลำบากในการแยกแยะข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้า ออกจากความรู้ ทักษะความชำนาญ และประสบการณ์ของอดีตลูกจ้างซึ่งถือเป็นสิทธิของอดีต ลูกจ้างที่จะใช้ประโยชน์จากข้อมูลเหล่านี้อย่างอิสระเพื่อการประกอบอาชีพ อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก บทนิยามความลับทางการค้าและข้อมูลการค้าที่กว้างขวางจนมีผลครอบคลุมให้ข้อมูลแทบทุก ประเภทและทุกรูปแบบตกอยู่ภายใต้นิยามดังกล่าว และอาจทำให้บทบัญญัติดังกล่าวกว้างขวางจน ครอบคลุมไปถึงข้อมูลที่เป็นความรู้ ทักษะความชำนาญ และประสบการณ์ของอดีตลูกจ้างด้วย จน ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในการคุ้มครองข้อมูลที่บุคคลสมควรมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระและเกิดความ ยากลำบากในการหาจุดแบ่งระหว่างสิ่งที่เป็นความลับทางการค้าออกจากความรู้ทั่วไป ทักษะความ ชำนาญ และประสบการณ์ซึ่งอดีตลูกจ้างสมควรมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระ

การให้นิยามข้อมูลการค้าในลักษณะกว้างขวางจนทำให้เกิดความยากลำบากในการแยก แยะข้อมูลที่ได้รับคุ้มครองออกจากข้อมูลบางอย่างที่บุคคลทั่วไปในสังคมสมควรมีสิทธิใช้ได้ โดยอิสระ นอกจากอาจทำให้เกิดความยากลำบากแก่ฝ่ายอดีตนายจ้าง (โจทก์) ซึ่งมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ และแสดงให้เห็น โดยเฉพาะเจาะจงว่าข้อมูลใดที่โจทก์ประสงค์จะได้รับความคุ้มครองในฐานะ ความลับทางการค้าและข้อมูลนั้นมีคุณสมบัติตามที่กฎหมาย อันเป็นการแสดงให้เห็นว่าข้อมูล นั้นเป็นความลับทางการค้าแล้ว ในอีกแง่หนึ่งการให้นิยามข้อมูลการค้าในลักษณะกว้างขวางเช่นว่า ก็อาจเป็นช่องทางแก่ฝ่ายอดีตนายจ้าง (โจทก์) ที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าอาจอาศัยช่องทางที่ กฎหมายได้เปิดกว้างนั้นกล่าวอ้างอย่างกว้างขวางว่าข้อมูลต่างๆของตนนั้นเป็นความลับทางการค้า และทำให้อดีตลูกจ้าง (จำเลย) ถูกเอาเปรียบจากความไม่แน่นอนนั้นโดยถูกปิดกั้นสิทธิในการใช้ ข้อมูลอื่นๆที่สมควรมีสิทธิใช้โดยชอบ ซึ่งได้แก่ ความรู้ ทักษะความชำนาญ และประสบการณ์ของ อดีตลูกจ้างเอง

เหตุดังกล่าวย่อมทำให้เกิดความไม่แน่นอนและทำให้การคาดการณ์ผลแห่งคดีที่เกี่ยวข้อง กับความลับทางการค้าทำได้ยากลำบาก และเป็นภาระแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นเจ้าของข้อมูลเอง หรือผู้ที่ถูกกล่าวหาว่าละเมิดความลับของผู้อื่น เพื่อจำกัดขอบเขตของสิ่งที่สามารถเข้าข่ายเป็น ความลับทางการค้า นักกฎหมายบางส่วนและแนวทางของศาลต่างประเทศจึงมีความเห็นในทำนอง ว่า กฎหมายความลับทางการค้าไม่ควรจะให้ความคุ้มครองไปถึงข้อมูลที่เป็นเพียงความคิด (idea) ที่ ยังไม่ได้ทำให้อยู่ในรูปแบบที่สามารถนำมาใช้งานได้ในความเป็นจริงได้โดยช่างเทคนิค (not reduced to actual workable form by the technician) และมองว่าข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองควร ต้องมีตัวตนเป็นรูปธรรม (concreteness)³⁶⁶ ทั้งยังปรากฏความเห็นที่ว่า การอ้างอิงถึงสื่อบันทึกทาง

³⁶⁶ ประสพสุข บุญเดช, “ความลับทางการค้า”. วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 5 (ธันวาคม 2545): 29-92.

กายภาพ (physical record) น่าจะมีส่วนสนับสนุนข้ออ้างของโจทก์ให้มีน้ำหนักมากขึ้น โดยเป็นการยืนยันว่าโจทก์ได้ให้รายละเอียดอย่างชัดเจนซึ่งข้อมูลให้เห็นประจักษ์ มีตัวตน และแยกจากข้อมูลทั่วไปที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง ซึ่งวิธีการดังกล่าวน่าจะทำให้เกิดความแน่นอนและง่ายต่อการพิสูจน์ว่าข้อมูลที่กล่าวอ้างเป็นมีตัวตนและเป็นความลับทางการค้ามากกว่ากรณีที่โจทก์อ้างอิงถึงข้อมูลที่เป็นนามธรรม (abstract categories) ทั้งยังไม่ได้ปรากฏอยู่ในสื่อบันทึกใดๆ ซึ่งมีนักกฎหมายมองว่าแนวการข้อพิจารณาดังกล่าวน่าจะสามารถนำมาปรับใช้กับการตีความนิยามความลับทางการค้าภายใต้พระราชบัญญัติความลับทางการค้าได้ เพื่อให้การตีความข้อมูลการค้ามีความแน่นอนยิ่งขึ้นและไม่กว้างขวางเกินไป³⁶⁷ ซึ่งในกรณีคดีละเมิดความลับทางการค้าระหว่างอดีตนายจ้างกับอดีตลูกจ้าง หากอดีตนายจ้างสามารถแสดงถึงข้อมูลที่อ้างว่าถูกละเมิดโดยอดีตลูกจ้างนั้น โดยอ้างอิงถึงสื่อบันทึกบางอย่างซึ่งเป็นรูปธรรมเช่น ข้อมูลที่ปรากฏอยู่ในรูปเอกสาร ภาพโครงร่าง ตำรา เป็นต้น ก็อาจทำให้โอกาสในการได้รับการเยียวยาของอดีตนายจ้างในคดีละเมิดความลับเพิ่มขึ้นได้ ในทางกลับกันหากข้อมูลนั้นไม่ได้ถูกบรรจุอยู่ในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง การกล่าวอ้างเพียงว่า ข้อมูลนั้นอยู่ในความทรงจำของอดีตลูกจ้าง โดยไม่สามารถอ้างอิงถึงข้อมูลที่ปรากฏชัดเจนบนสื่อบันทึกข้อมูลใดๆ ย่อมมีแนวโน้มที่ศาลจะถือว่าข้อมูลนั้นเป็นความรู้ ทักษะความชำนาญ และประสบการณ์ที่ติดตรึงอยู่ในความทรงจำและเกิดจากการสั่งสมของอดีตลูกจ้างเอง ซึ่งเขาย่อมมีสิทธิใช้โดยอิสระและอดีตนายจ้างไม่มีสิทธิจำกัดการใช้ข้อมูลดังกล่าวได้ เว้นแต่ อดีตนายจ้างจะสามารถแสดงให้เห็นว่าอดีตลูกจ้างได้จงใจจดจำข้อมูลไปโดยทุจริต³⁶⁸

อย่างไรก็ดี ข้อคิดเห็นข้างต้นเป็นเพียงการพิจารณาตามความเห็นของนักกฎหมาย ขณะที่นิยามข้อมูลการค้าตามกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงให้ไม่รวมถึง ความคิด ข้อมูลที่มีลักษณะเป็นนามธรรม (abstract) หรือ ข้อมูลที่เป็นความรู้ ทักษะความชำนาญ และประสบการณ์ด้วย ดังนั้นการปรับใช้แนวความคิดเช่นว่ากับนิยามข้อมูลการค้าที่แน่นอนขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลในแต่ละคดีว่าจะนำแนวคิดดังกล่าวมาตีความบนิยามข้อมูลการค้าหรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาจากแนวคำพิพากษาที่จะมีขึ้นต่อไปในอนาคต ปัญหาความยากลำบากในการพิจารณาแยกแยะข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้ากับข้อมูลอื่นๆที่ไม่ใช่ความลับทางการค้านั้นทำให้ผลแห่งคดีที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าคาดหมายได้ลำบาก ซึ่งปัญหานี้ปรากฏแม้ในประเทศต้นกำเนิดการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าโดยอาศัยหลักการละเมิดความไว้วางใจอย่างประเทศอังกฤษ และในประเทศที่มีการพัฒนากฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้ามาช้านาน เช่น สหรัฐอเมริกา ดังที่ศาล the Fifth Circuit ได้เคยให้ข้อสังเกตไว้ในคดี Lear Siegler, Inc. v. Ark-Ell Springs, Inc., (5th Cir.

³⁶⁷ เรื่องเดียวกัน. หน้า 44.

³⁶⁸ William van Caenegem, *Intellectual property law and innovation*, 1st published (Australia: Cambridge University Press, 2007), pp. 29-30.

1978) ว่า คำว่าความลับทางการค้าเป็นหนึ่งในแนวคิดทางกฎหมายที่ยากที่สุดในการทำความเข้าใจ และให้คำจำกัดความ (The term trade secret is one of the most elusive and difficult concepts in the law to define.)³⁶⁹ ซึ่งศาลในประเทศดังกล่าวได้ตระหนักถึงปัญหาเช่นว่าและได้พยายามวางหลักต่างๆ เพื่อแยกแยะข้อมูลที่สามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้าออกจากข้อมูลที่ไม่ได้รับความคุ้มครองไว้หลายประการ เพื่อให้สามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละคดีได้อย่างเหมาะสม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดีเนื่องจากประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายแบบประมวล ศาลมีหน้าที่เพียงปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากศาลในระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีที่นอกจากศาลจะมีอำนาจตีความกฎหมายแล้ว ยังมีอำนาจสร้างกฎหมายได้ด้วย (ระบบ judge-made law) ดังนั้น เมื่อบทนิยามกำหนดไว้อย่างกว้างขวางและทำให้เกิดปัญหาในการปรับใช้ เรื่องดังกล่าวย่อมขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลในการตีความบทบัญญัติดังกล่าวในแต่ละคดีซึ่งอาจทำให้เกิดความไม่แน่นอนได้

1.2 ปัญหาในการตีความคำว่า หมู่บุคคลซึ่งโดยปรกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลความลับ ที่ปรากฏในบทนิยามความลับทางการค้า

พระราชบัญญัติความลับทางการค้าได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับสถานภาพความลับไว้สองประการ โดยพิจารณาจากกลุ่มบุคคลที่เข้าถึงข้อมูลนั้น คือ 1) ข้อมูลการค้าต้องไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไป หรือ 2) ยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่มุ่บุคคลซึ่งโดยปรกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลนั้น หากข้อมูลนั้นเป็นที่รับทราบโดยบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด ข้อมูลนั้นย่อมไม่มีสภาพเป็นความลับทางการค้าอีกต่อไป

เงื่อนไขที่ประการแรก กฎหมายกำหนดว่าข้อมูลต้องไม่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป หมายถึงบุคคลทั่วไปต้องยังไม่ทราบข้อมูลการค้านั้น โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดจำนวนบุคคลไว้แน่ชัดว่าเป็นเท่าใด แต่อย่างไรก็ดี กรณีที่ข้อมูลการค้าเป็นที่รับรู้แก่บุคคลส่วนใหญ่ของกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่ง หรือชุมชนหนึ่งๆ เช่น เป็นที่รับรู้โดยบุคคลคนส่วนใหญ่ของอำเภอ หรือจังหวัด ข้อมูลนั้นก็อาจสูญเสียสถานะความลับโดยถือว่าเป็นที่รู้จักโดยทั่วไปแล้ว โดยไม่จำเป็นที่ข้อมูลนั้นต้องเป็นที่รับรู้โดยบุคคลส่วนใหญ่ของสังคมหรือในประเทศ³⁷⁰

³⁶⁹ ดูคดี Lear Siegler, Inc. v. Ark-Ell Springs, Inc., 569 F.2d 286, 288 (5th Cir. 1978).

³⁷⁰ ธนพจน เอก โยคยะ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้า, สำนักอบรมศึกษาแห่งเนติบัณฑิตสภา เอกสารประกอบการบรรยายการอบรมหลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รุ่นที่ 3, 2547, หน้า 736-737.

เงื่อนไขประการที่สอง นอกจากข้อมูลนั้นจะไม่ใช่ที่รู้จักโดยทั่วไปแล้ว ข้อมูลนั้นยังต้องไม่สามารถเข้าถึงได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลนั้น ซึ่งคำว่า หมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว ทำให้สามารถตีความขอบเขตของบุคคลผู้เกี่ยวข้องกับข้อมูลความลับทางการค้าได้หลายทาง และขาดความชัดเจน เนื่องจากบุคคลที่โดยปกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลนั้นไม่สามารถกำหนดได้แน่ชัดว่าหมายถึงบุคคลใด ไม่ว่าจะเป็นผู้บริหารกิจการ พนักงานลูกจ้าง ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการผลิตสินค้า หรือกรรมวิธีการผลิต ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในธุรกิจประเภทเดียวกัน ตลอดจนผู้บริโภคซึ่งใช้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้น โดยกระบวนการที่เป็นความลับ หรือที่มีส่วนประกอบอันเป็นความลับ

นักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่า บุคคลซึ่งโดยปกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลคือ บุคคลที่เกี่ยวข้องในวงการณ์นั้น ไม่ว่าจะเป็นในด้านผู้ที่เกี่ยวข้องกับการผลิต ซื่อขาย ตลอดจนผู้บริโภค หรือบุคคลอื่นๆที่เกี่ยวข้อง³⁷¹ ในขณะที่บ้างก็เห็นว่า ถ้อยคำดังกล่าว หมายถึง กรณีที่ข้อมูลการค้านั้นปกติแล้วจะมีบุคคลเข้าไปเกี่ยวข้องกับข้อมูลเป็นจำนวนมาก แต่บุคคลที่เข้าไปเกี่ยวข้องนั้นหาได้รู้หรือเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวอย่างแท้จริงไม่ กล่าวคือ ในกระบวนการผลิตสินค้าโดยใช้สูตรลับ แม้จะมีลูกจ้างจำนวนมากเกี่ยวข้องกับกระบวนการผลิต แต่ผู้ที่ทราบสูตรลับย่อมมีเพียง กรรมการผู้จัดการ หรือ พนักงานที่มีหน้าที่ควบคุมสูตรลับเท่านั้น เป็นต้น³⁷² ในขณะเดียวกันก็มีอีกความเห็นไปในทางที่ว่าบุคคลซึ่งโดยปกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูล น่าจะหมายถึง ผู้ประกอบกิจการลักษณะเดียวกัน หรือคู่แข่งทางการค้า³⁷³

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการกำหนดตัวบุคคลซึ่งโดยปกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลนั้นยังไม่มี ความแน่นอนเท่าใดนัก หากพิจารณาจากแนวทางของต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นที่ปรากฏจากแนวทางของ WIPO³⁷⁴ หรือแนวทางของศาลในประเทศระบบคอมมอนลอว์³⁷⁵ มักจะจำกัดขอบเขตว่าข้อมูลต้องไม่เป็นที่รับทราบโดยคู่แข่งหรือผู้ประกอบการในวงการอุตสาหกรรม หรือในสาขาวิชาชีพเดียวกันหรือที่เกี่ยวข้อง ส่วนการเปิดเผยข้อมูลต่อบุคคลในกิจการเดียวกันนั้น หากกระทำโดยกำหนดหน้าที่รักษาความลับแก่บุคคลเหล่านั้น ก็น่าจะยังทำให้ข้อมูลดำรงสถานภาพความลับได้อยู่ อย่างไรก็ดี ประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายแบบประมวล ศาลมีหน้าที่เพียงปรับใช้กฎหมายเข้า

³⁷¹ สุพิศ ปราณีตพลกรัง, กฎหมายว่าด้วยความลับทางการค้า (กรุงเทพมหานคร: อินเทอร์เน็ต, เมษายน พ.ศ. 2546), หน้า 22.

³⁷² ธนพจน เอกโยชยะ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้า, หน้า 737.

³⁷³ วิมาน กฤตพลวิมาน, “มาตรการรักษาความลับทางการค้า”, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 13 (ธันวาคม 2544): 92-115.

³⁷⁴ WIPO), WIPO IP Handbook, Available from: WIPO official website.

³⁷⁵ John Hull, Commercial Secrecy Law and Practice(London: Sweet and Maxwell, 1998), p. 50.

กับข้อเท็จจริงเท่านั้น ไม่สามารถสร้างหลักกฎหมายโดยอาศัยแนวทางจากศาลต่างประเทศได้โดยตรง ดังนั้น การพิจารณาของเขตของหมุ่บุคคลซึ่งโดยปรกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลในแต่ละคดี ซึ่งการปล่อยให้การพิจารณาบทบัญญัติเช่นว่าขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลเพียงอย่างเดียวย่อมทำให้การปรับใช้ตีความบทนิยามความลับทางการค้าเกิดความไม่แน่นอนได้

1.3 ปัญหาในการตีความคำว่า ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

พระราชบัญญัติความลับทางการค้าได้กำหนดให้ ข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองต้องมีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ เมื่อพิจารณาลักษณะของข้อมูลที่มีประโยชน์เชิงพาณิชย์ที่ปรากฏจากความเห็นนักกฎหมายและเหตุผลทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองข้อมูลที่มีประโยชน์เชิงพาณิชย์แล้วสามารถสรุปได้ว่าข้อมูลที่มีประโยชน์เชิงพาณิชย์คือ ข้อมูลที่มีความสำคัญต่อเจ้าของความลับ โดยทำให้เจ้าของความลับได้เปรียบทางการค้าเหนือคู่แข่งที่ไม่ทราบข้อมูล หรือสามารถนำข้อมูลนั้นไปสร้างประโยชน์ทางการค้า

อย่างไรก็ดี ถ้อยคำว่า “มีประโยชน์เชิงพาณิชย์” ดังกล่าวอาจทำให้เกิดการโต้แย้งว่า หมายความว่ารวมถึง ข้อมูลที่ไม่ได้ใช้จริงในการประกอบธุรกิจหรือยังไม่ได้ถูกใช้เพื่อหากำไรได้หรือไม่ ดังเช่น ข้อมูลดังต่อไปนี้

- กรณีที่ข้อมูลความลับนั้นยังไม่ได้ถูกใช้ในการประกอบธุรกิจหรือทำให้ธุรกิจได้กำไรหรือผลประโยชน์ในความเป็นจริง หรือ
- กรณีที่เจ้าของข้อมูลนั้นไม่ใช่ผู้ประกอบการและยังไม่มีแผนการที่จะนำข้อมูลนั้นไปใช้ในทางธุรกิจหรือใช้เพื่อการค้าหากำไร เช่น เป็นเพียงผู้ประดิษฐ์คิดค้น นักวิชาการ หรือเป็นองค์การกุศล

ในขณะที่เมื่อพิจารณาความมุ่งหมายของกฎหมายที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลที่มีคุณค่าและก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมและแนวทางที่ปรากฏในต่างประเทศ ดังเช่นที่ปรากฏใน กฎหมายต้นแบบในการคุ้มครองความลับทางการค้า (UTSA) ของสหรัฐอเมริกา จะพบว่า ไม่จำเป็นที่ข้อมูลต้องถูกใช้อย่างต่อเนื่องในการประกอบธุรกิจ และแม้ปรากฏข้อเท็จจริงว่า โจทก์ไม่ได้ใช้ข้อมูลนั้นในการประกอบธุรกิจขณะเกิดการละเมิด ก็ไม่เป็นเหตุให้ศาลปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองข้อมูลนั้น นอกจากนี้ยังยอมรับว่าคุณค่าทางเศรษฐกิจของข้อมูลนั้นอาจเป็นคุณค่าในทางไม่เกิดผล (Negative Viewpoint) ก็ได้ ดังเช่นกรณี ข้อมูลผลจากการวิจัยที่พิสูจน์ว่า

กระบวนการใดไม่ประสบความสำเร็จ และภายใต้ UTSA มาตรา 1 (4) (i) ยังได้กำหนดองค์ประกอบของนิยามความลับทางการค้า โดยระบุอย่างชัดเจนว่า ข้อมูลต้องมีหรือมีแนวโน้มที่จะมีมูลค่าทางเศรษฐกิจเนื่องไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไป และไม่อยู่ในสถานะที่จะถูกเข้าถึงได้โดยวิธีการอันชอบด้วยกฎหมาย โดยบุคคลอื่นซึ่งจะได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการเปิดเผยหรือใช้ข้อมูลนั้น (derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosure or use...) ³⁷⁶ ดังนั้นแม้ในความเป็นจริงหรือในปัจจุบันไม่ได้มีการนำข้อมูลเหล่านั้นไปใช้ แต่ถ้าเจ้าของข้อมูลสามารถแสดงได้ว่าหากได้มีการใช้ในอนาคต หรือหากได้นำไปใช้จริงในการประกอบธุรกิจ ข้อมูลนั้นอาจสร้างประโยชน์ทางพาณิชย์กรรม เศรษฐกิจ หรืออุตสาหกรรม ก็น่าจะถือได้ว่าข้อมูลนั้นมีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้า อย่างไรก็ตามถ้อยคำตามที่ปรากฏในกฎหมายอาจทำให้เกิดการโต้เถียงเกี่ยวกับประโยชน์เชิงพาณิชย์ของข้อมูลเหล่านั้นได้ ซึ่งการพิจารณาในเรื่องดังกล่าวจะเป็นไปในแนวทางโดยอ้อมขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลในแต่ละคดี

1.4 ปัญหาในการพิจารณามาตรการที่เหมาะสมในการรักษาความลับ

พระราชบัญญัติความลับทางการค้าได้กำหนดให้ผู้ควบคุมความลับทางการค้าต้องจัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาข้อมูลนั้นไว้เป็นความลับ โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ตายตัวว่า มาตรการรักษาความลับที่เหมาะสมเป็นเช่นไร ทั้งไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือกรอบที่ศาลต้องคำนึงถึงในการวินิจฉัยความเหมาะสมของมาตรการรักษาความลับ ซึ่งความเป็นจริงแล้วย่อมเป็นไปได้ยากที่จะกำหนดมาตรการรักษาความลับให้ชัดเจนและตายตัว เนื่องจากมาตรการรักษาความลับย่อมมีวิธีการ และรายละเอียดที่แตกต่างกันในแต่ละขึ้นอยู่กับปัจจัยแวดล้อมและข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี ในส่วนของความเห็นนักกฎหมายก็มีแนวพิจารณาต่างๆกันไป ทั้งที่ให้พิจารณาจาก ประเภทของข้อมูล การให้ความสำคัญกับการรักษาความลับและระดับความระมัดระวังของผู้ประกอบกิจการรายนั้นๆ ในการปฏิบัติต่อข้อมูลความลับ วิธีปฏิบัติในการประกอบกิจการแต่ละประเภทหรือในวงกรานั้นๆ ศักยภาพของเจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับทางการค้าแต่ละรายไป ³⁷⁷ รวมไปถึงการพิจารณาโดยชั่งน้ำหนักระหว่างมูลค่าทางพาณิชย์ของความลับทางการค้าและค่าใช้จ่ายที่ใช้ใน

³⁷⁶ NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, Uniform trade secrets act with 1985 amendments with prefatory note and comments, Available from: <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1980s/utsa85.htm>.

³⁷⁷ วิมาน กฤตพลวิมาน, “มาตรการรักษาความลับทางการค้า”, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 13: 92-115.

การรักษาความลับ โดยปัจจัยทั้งสองควรแปรผันตามกันอย่างเหมาะสม กล่าวคือ หากข้อมูลความลับนั้นอาจก่อให้เกิดมูลค่ามหาศาล มาตรการในการรักษาความลับก็ควรมีความเข้มงวด และสลับซับซ้อนมากตามไปด้วย³⁷⁸

ในขณะที่ในต่างประเทศที่มีการพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าอย่างยาวนานเช่น สหรัฐอเมริกา ได้มีความพยายามจากหลายฝ่ายในการกำหนดและเสนอแนะมาตรการที่เหมาะสมในการใช้รักษาความลับ ไม่ว่าจะที่ปรากฏจากหลักเกณฑ์จากคำพิพากษาของศาล ตำราหรือความเห็นนักกฎหมาย หรือแนวทางหรือข้อเสนอแนะในลักษณะเอกสารเผยแพร่จากกลุ่มผู้ประกอบการ ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ปรากฏมีหลากหลายไม่ว่าจะเป็นหลัก การวิเคราะห์ราคาและผลประโยชน์ของมาตรการรักษาความลับกับตัวข้อมูลความลับ (a cost/benefit analysis)³⁷⁹ การพิจารณาจากมาตรฐานความระมัดระวังในวงการอุตสาหกรรมนั้นๆ³⁸⁰ การพิจารณาจากขนาดขององค์กรธุรกิจ³⁸¹ หรือ การพิจารณาความเหมาะสมของมาตรการรักษาความลับจากมาตรฐานหรือแนวทางข้อปฏิบัติขององค์กรที่เกี่ยวข้องที่มีความน่าเชื่อถือ เช่นที่ปรากฏในคดี DVD Copy Control Associate, Inc v. McLaughlin ของสหรัฐอเมริกา (ดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3) ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า มาตรการในการรักษาความลับโดยการใช้ระบบการเข้ารหัส แบบ 40-bit (a 40-bit encryption system) เพื่อป้องกันการคัดลอกข้อมูลที่บรรจุใน DVD ตามที่โจทก์กล่าวอ้างมีความเหมาะสม เนื่องจากระบบป้องกันดังกล่าวมีคุณสมบัติตามที่ระเบียบการส่งออกสากล (international export regulations) กำหนด³⁸² คดีดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่า แม้ศาลจะไม่ใช่ว่าผู้เชี่ยวชาญด้านเทคนิคเกี่ยวกับระบบรักษาความลับ แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าระบบนั้นสอดคล้องกับมาตรฐานตามที่กฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกำหนด ศาลก็อาจวินิจฉัยได้ว่ามาตรการดังกล่าวมีความเหมาะสมแล้ว

ทั้งนี้ด้วยเหตุผลที่ว่า ศาลในประเทศดังกล่าวมีอำนาจในการสร้างหลักกฎหมายเพื่อปรับเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละคดี (แม้ในมลรัฐที่บังคับใช้กฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้าตาม UTSA ศาลก็มีอำนาจในการสร้างหลักกฎหมายตราบเท่าที่ไม่ขัดแย้งกับหลักที่กฎหมายลาย

³⁷⁸ไชยยศ เหมะรัชตะ, “พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545”, *Chulalongkorn Review* 16 น.62 (มกราคม-มีนาคม 2547): 38-53.

³⁷⁹Lee B. Burgunder, *Legal aspects of managing technology*, Second Edition(Ohio: Thomson Learning, 2004), p. 219.

³⁸⁰Mark R. Halligan, Richard F. Weyand, *The Economic Valuation of Trade Secret Assets*, Available from: <http://www.thetso.com/info/evaluation.html>.

³⁸¹Ibid.

³⁸²ดูคดี DVD Copy Control Associate, Inc v. McLaughlin, Case Nol CV 786804 Sup. Ct., (Jan. 20, 2000).

ลักษณะอักษรได้วางไว้) และได้มีรากฐานการพัฒนาการคุ้มครองความลับทางการค้าเป็นระยะเวลายาวนาน อีกทั้งกลุ่มผู้ประกอบการธุรกิจและนักกฎหมายต่างมีความกระตือรือร้นในการปกป้องคุ้มครองข้อมูลความลับ ซึ่งปัจจัยเหล่านี้เองได้มีส่วนในการสร้างแนวทางในการพิจารณามาตรฐานการรักษาความลับทางการค้าที่เหมาะสม

ตัวอย่างกลุ่มการรวมตัวของนักกฎหมายและหน่วยงานเอกชนที่มีส่วนในการส่งเสริมมาตรฐานการรักษาความลับ เช่น

สมาคมกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแห่งอเมริกา (American Intellectual Property Law Association หรือ AIPLA) ซึ่งประกอบด้วยนักกฎหมายจากทั้งภาคเอกชน ภาคหน่วยงานรัฐ และในวงการการศึกษา ซึ่งทำให้สมาคมดังกล่าวเป็นเสมือนตัวแทนของทั้งฝ่ายปัจเจกบุคคล บริษัท และสถาบันในเรื่องที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งมีบทบาทในการสร้างมาตรฐานทางจริยธรรม ช่วยผลักดันให้มีการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา มีส่วนช่วยในการตีความกฎหมายของศาล และเผยแพร่ข้อมูลผ่านเอกสารตีพิมพ์เผยแพร่ต่างๆ ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้านั้น ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว โดยทำหน้าที่พิจารณาไคร์ครวญ หลักกฎหมาย คำพิพากษา และวิธีปฏิบัติในการคุ้มครองความลับทางการค้า³⁸³

นอกจากนี้ยังปรากฏว่ามีหน่วยงานในรูปแบบของบริษัทเอกชน (The Trade Secret Office Inc.) ที่เสนอให้บริการแก่ผู้ประกอบการในการดูแลจัดการความลับทางการค้า ซึ่งการเสนอบริการในลักษณะดังกล่าวก็ด้วยเหตุผลที่ว่า การพิสูจน์สิทธิในความลับทางการค้าในคดีละเมิดความลับทางการค้าอาจทำได้ยากลำบาก ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายมาก การรอให้มีการละเมิดและต้องอาศัยขั้นตอนการพิสูจน์ในศาลย่อมทำให้เกิดความไม่แน่นอน ซึ่งความล้มเหลวของโจทก์ในการพิสูจน์สิทธิในความลับทางการค้าหรือ กรณีที่โจทก์ไม่อาจแสดงได้ว่าได้ใช้มาตรการในการรักษาความลับอย่างเพียงพอย่อมมีผลให้ศาลยกฟ้อง ด้วยเหตุผลดังกล่าวกลุ่มนักกฎหมายด้านความลับทางการค้าและโปรแกรมซอฟต์แวร์ จึงได้สร้างระบบการตรวจสอบความลับทางการค้า โดยจำลองวิธีการมาจากกรณีของสิทธิบัตรซึ่งต้องมีวิธีการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรก่อนออกหรือปฏิเสธสิทธิบัตร โดยบริษัทเอกชนดังกล่าวนี้เองก็จะสร้างระบบโปรแกรมซอฟต์แวร์เพื่อตรวจสอบความลับทางการค้า โดยใช้หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องเป็นเกณฑ์การทดสอบ จากนั้นหากข้อมูลที่ส่งเข้าตรวจสอบผ่านเกณฑ์ ระบบจะออกใบรับรองสภาพความลับทางการค้า (Trade Secret Certificate) ซึ่งจะมี

³⁸³ American Intellectual Property Law Association. The History of AIPLA(Online). American Intellectual Property Law Association, 2009. Available from: http://www.aipla.org/Content/NavigationMenu/About_AIPLA/History/History.htm. 2009.

หมายเลขกำกับและถูกบันทึกข้อมูลไว้ในฐานข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (Trade Secret Directory) การสร้างระบบดังกล่าวไม่ใช่การจดทะเบียนความลับทางการค้าโดยหน่วยงานของรัฐ หากแต่เป็นการให้บริการของภาคเอกชนซึ่งทำให้เกิดความแน่นอนและความสะดวกต่อหลายสาขาอาชีพ ไม่ว่าจะเป็นเป็นการดำเนินการบัญชีซึ่งทำให้เกิดความสะดวกต่อการติดตามและคิดคำนวณมูลค่าความลับทางการค้าในฐานทรัพย์สินทางบัญชีอย่างหนึ่ง ด้านการธนาคารซึ่งจะทำให้ความลับทางการค้าสามารถนำไปเป็นปัจจัยในการตัดสินใจเกี่ยวกับการปล่อยสินเชื่อหรือการตัดสินใจทางการเงินอื่นๆ ในด้านธุรกิจประกันภัยย่อมสามารถเสนอการประกันภัยในรูปแบบใหม่ๆ แก่ความลับทางการค้า เนื่องจากสามารถคาดการณ์มูลค่าความลับได้แน่นอนขึ้น ในส่วนของการอนุญาตให้ใช้สิทธิเองก็จะเกิดความแน่นอนในการกำหนดข้อมูลในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ในด้านนักกฎหมาย การบันทึกข้อมูลความลับทางการค้าผ่านระบบดังกล่าวย่อมเสมือนเป็นข้อสันนิษฐานขั้นต้นเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้าในการเสนอคดีต่อศาลและทำให้สิทธิของเจ้าของความลับทางการค้ามีความแน่นอน อันจะเป็นการช่วยลดภาระของโจทก์ในการดำเนินคดีละเมิดความลับทางการค้า นอกจากนี้หน่วยงานดังกล่าวยังให้บริการเกี่ยวกับการจัดการข้อมูลและมาตรการในการรักษาความลับแก่องค์กรธุรกิจ เพื่อให้เกิดความแน่นอนว่าข้อมูลนั้นถูกเก็บรักษาไว้อย่างเหมาะสม โดยวิธีการตรวจสอบมาตรการรักษาความลับขององค์กรนั้น (Trade Secret Program Audit Services) การให้บริการฝึกอบรมเกี่ยวกับการจัดการข้อมูลและบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลความลับ (Trade Secret Training) การประเมินการรักษาความลับในองค์กร (Trade Secret Protection Assessments)³⁸⁴ จะเห็นได้ว่าแม้หน่วยงานดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นบริษัทเอกชนที่ให้บริการที่เกี่ยวข้องกับการจัดการดูแลความลับทางการค้าโดยมีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร และไม่ได้เป็นหน่วยงานของรัฐ แต่หน่วยงานในลักษณะเช่นว่าก็มีส่วนช่วยให้เกิดความแน่นอนเกี่ยวกับมาตรการในการรักษาความลับ และอาจใช้อ้างอิงในศาลเมื่อเกิดการละเมิดความลับทางการค้าได้ เพื่อสนับสนุนว่าโจทก์ได้ใช้มาตรการและความพยายามในการรักษาความลับอย่างเพียงพอ

อย่างไรก็ดีในประเทศไทย คดีความลับทางการค้ายังมีน้อย ทั้งกฎหมายความลับทางการค้าไม่ได้ถูกพัฒนาและมีรากฐานอย่างยาวนาน หากถือเป็นเรื่องใหม่สำหรับนักกฎหมาย ทนายความ ผู้ประกอบธุรกิจ หรือแม้แต่กับศาลเอง ประกอบกับผู้ประกอบการภายในประเทศยังไม่ได้ให้ความสำคัญหรือร้อนใจในเรื่องการสร้างมาตรการรักษาความลับของตนเท่าใดนัก ทั้งไม่ปรากฏว่ามีองค์กรหน่วยงาน หรือกลุ่มผู้ประกอบการใดที่กำหนดมาตรฐานหรือแนวทางที่อ้างอิงได้ เท่าที่ปรากฏก็มี

³⁸⁴The Trade Secret Office. Trade secret office overview(Online). The Trade Secret Office, 2004. Available from: <http://www.thetso.com/Info/overview.html>.

เพียงความเห็นนักกฎหมายที่เป็นไปตามแนวทางที่มีในต่างประเทศเท่านั้นซึ่งไม่ได้ปรากฏในจำนวนมากมายนัก

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของคณะกรรมการความลับทางการค้าจะพบว่า ได้กำหนดให้คณะกรรมการฯ มีอำนาจในการเสนอความเห็นเกี่ยวกับนโยบายและมาตรการในการคุ้มครองความลับทางการค้าและนโยบายเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เพื่อนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรี รวมถึงให้คำแนะนำหรือปรึกษาแก่รัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวงและระเบียบตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งจะเป็นสิ่งที่ใกล้เคียงกับอำนาจหน้าที่ในการเข้ามาดูแลรับผิดชอบในการกำหนดมาตรฐานหรือแนวทางของมาตรการรักษาความลับที่เหมาะสม แต่อำนาจของคณะกรรมการฯ ในการเสนอความเห็นเกี่ยวกับนโยบายและมาตรการในการคุ้มครองความลับทางการค้าดังกล่าวนั้นก็ไม่ใช่อำนาจในการกำหนดนโยบายหรือมาตรการในการคุ้มครองความลับทางการค้าโดยตรง อันจะถือได้ว่าเป็นหน่วยงานหรือกลไกที่จะเข้ามาดูแลรับผิดชอบในการกำหนดแนวทางในการพิจารณามาตรการรักษาความลับที่เหมาะสมทีเดียว

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าในปัจจุบัน การพิจารณามาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลเพียงอย่างเดียว โดยไม่ปรากฏหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานที่แน่นอนที่ศาลจะใช้ในการพิจารณามาตรการในการรักษาความลับแต่ละมาตรการว่าเหมาะสมหรือไม่ ซึ่งในทางปฏิบัติ วิธีการรักษาความลับมีมากมายหลายวิธีและในธุรกิจบางประเภทต้องอาศัยความเชี่ยวชาญทางเทคนิคและอาจมีการใช้เทคโนโลยีที่ซับซ้อนในการรักษาความลับนั้น ซึ่งอาจเป็นผลให้การพิจารณาความเหมาะสมของมาตรการรักษาความลับในแต่ละกรณีเป็นเรื่องยุ่งยากและสลับซับซ้อน และจำเป็นต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญอื่นๆ เกี่ยวกับกระบวนการทางเทคนิค เช่น ในด้านที่เกี่ยวข้องกับด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรือวิศวกรรม เป็นต้น ไม่ใช่อาศัยแต่ความรู้ด้านกฎหมายเพียงอย่างเดียว การปล่อยให้การพิจารณาความเหมาะสมของมาตรการรักษาความลับทางการค้าขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจของศาลเพียงอย่างเดียว ในขณะที่ศาลไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญในเรื่องทางเทคนิคหรือเทคโนโลยีรักษาความลับทางการค้าโดยตรง ประกอบกับคำวินิจฉัยของศาลในคดีที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้ามีน้อย ทั้งประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายแบบประมวล ศาลมีหน้าที่เพียงปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเท่านั้น ศาลไม่อาจอาศัยแนวทางที่ปรากฏในศาลต่างประเทศ หรือความเห็นของนักกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้หรือสร้างหลักได้โดยตรงเช่นศาลในระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีที่นอกจากศาลจะมีอำนาจตีความกฎหมายแล้ว

ยังมีอำนาจสร้างกฎหมายได้ด้วย เหตุดังกล่าวย่อมทำให้การบังคับใช้และตีความกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวขาดทิศทางที่แน่นอน

2. ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากปัญหานิยามความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

ปัญหาความไม่แน่นอนและชัดเจนของนิยามความลับทางการค้าตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นไม่ว่าจะเป็น การให้นิยามข้อมูลการค้าที่กว้างขวาง ปัญหาการตีความคำว่า หมุ่บุคคลซึ่งโดยปกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลความลับ ประโยชน์เชิงพาณิชย์ หรือการพิจารณามาตรการรักษาความลับที่เหมาะสม ย่อมส่งผลต่อการวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้า ซึ่งถือเป็นหัวใจสำคัญในการบังคับใช้พระราชบัญญัติความลับทางการค้า และมีผลต่อการดำเนินคดีละเมิดความลับทางการค้าในทุกขั้นตอน เนื่องจากคดีเกี่ยวกับความลับทางการค้ายังมีจำนวนไม่มาก จึงทำให้ไม่มีแนวคำพิพากษาที่แน่นอนชัดเจนในการตีความนิยามความลับทางการค้าและในการวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้า ทั้งการปล่อยให้ปัญหาดังกล่าวขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลเพียงอย่างเดียวย่อมก่อให้เกิดความไม่แน่นอน ทั้งประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบประมวล ศาลมีหน้าที่ปรับใช้ตีความกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเท่านั้น ศาลไม่มีอำนาจสร้างกฎหมายได้ดังเช่นศาลในระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี ศาลไทยจึงไม่อาจสร้างหลักกฎหมายโดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในต่างประเทศได้โดยตรง ซึ่งปัญหาที่ปรากฏในนิยามความลับทางการค้าดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลกระทบดังต่อไปนี้

2.1 ความไม่แน่นอนในการใช้สิทธิของเจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับทางการค้า

ในการเริ่มต้นคดีละเมิดความลับทางการค้า โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับมีหน้าที่ต้องแสดงให้เห็นว่าข้อมูลที่กล่าวอ้างมีตัวตน และมีคุณสมบัติเป็นความลับทางการค้า และสามารถแยกแยะออกจากข้อมูลอื่นๆซึ่งแวดล้อมหรือมีความเกี่ยวข้องแต่ไม่ใช่ข้อมูลที่อาจได้ความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้าได้ หากโจทก์ไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ดังนี้ โจทก์ย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า อย่งไรก็ดีความไม่แน่นอนและปัญหาในการตีความนิยามความลับทางการค้าย่อมทำให้สถานะของโจทก์ในคดีขาดความแน่นอน และประสพกับความยากลำบากในการพิสูจน์ว่าข้อมูลที่กล่าวอ้างนั้นเป็นความลับทางการค้า รวมทั้งการแยกแยะระหว่างข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าออกจากข้อมูลอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานการณ์ที่ข้อมูลความลับที่โจทก์กล่าวอ้างเป็นข้อมูลที่อยู่ในใจ (tacit knowledge, existing only in mind) หรือ เป็นเพียงความคิดในขั้นเริ่มต้น (inchoate idea) ซึ่งโจทก์อาจประสพกับ

ความยากลำบากในพิสูจน์แยกแยะอย่างชัดเจนซึ่งข้อมูลดังกล่าวออกจากข้อมูลความรู้ทั่วไปที่บุคคลสมควรมีสิทธิใช้ได้อย่างอิสระ³⁸⁵ ทั้งนี้กฎหมายก็ไม่ได้กำหนดจำกัดห้ามมิให้ข้อมูลในลักษณะดังกล่าวตกอยู่ภายใต้การคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติความลับทางการค้า หรือกำหนดให้ข้อมูลที่ได้รับความคุ้มครองต้องมีการบันทึกในสื่อบันทึกข้อมูล หรือต้องเป็นข้อมูลที่มีการพัฒนาจนสามารถประยุกต์ใช้จริงได้ อย่างไรก็ตาม การแสดงพยานหลักฐานที่แสดงถึงเพื่อชี้ชัดและการกำหนดของเขตข้อมูลความลับทางการค้าที่ไม่ได้ปรากฏอยู่ในสื่อบันทึกใดๆ หากแต่อยู่ในความทรงจำหรือเป็นการถ่ายทอดผ่านวาจา หรือเป็นเพียงความคิดในขั้นเริ่มต้นอาจทำได้ยากลำบากในทางปฏิบัติ มีเพียงผู้ได้รับทราบความลับและใช้ความลับไปโดยมิชอบเท่านั้นที่รู้อยู่แก่ใจอย่างชัดเจนว่าข้อมูลใดเป็นข้อมูลเขาได้รับมาจากโจทก์และใช้โดยมิชอบ แต่ผู้ละเมิดก็คงไม่ให้ความร่วมมือกับโจทก์อย่างแน่นอน เมื่อโจทก์ไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าได้อย่างชัดเจน ศาลซึ่งอาจมีความระมัดระวังและคำนึงถึงนโยบายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าและสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการใช้ข้อมูลใดๆ ที่เขามีสิทธิใช้โดยชอบ (ที่ไม่ใช่ความลับทางการค้า) ในการประกอบอาชีพหรือประกอบกิจการ ย่อมอาจยกประโยชน์จากความไม่ชัดเจนในข้อกล่าวอ้างของโจทก์แก่จำเลยในคดีและทำให้โจทก์ไม่ประสบความสำเร็จในการดำเนินคดี

2.2 ความไม่แน่นอนในการวินิจฉัยการละเมิดความลับทางการค้า

2.2.1 ความไม่แน่นอนในการกำหนดตัวข้อมูลที่ถูกกระทำละเมิด

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า มาตรา 6 ได้กำหนดให้การละเมิดความลับทางการค้า ได้แก่ การเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของความลับทางการค้า อันมีลักษณะขัดต่อแนวทางปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน ทั้งนี้ ผู้ละเมิดจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการขัดต่อแนวทางปฏิบัติเช่นว่า ซึ่งการกระทำที่มีลักษณะขัดต่อแนวทางปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกันนั้น กฎหมายให้หมายรวมถึงการผิดสัญญา การละเมิดหรือการกระทำในประการที่เป็นการจงใจให้ละเมิดความลับอันเป็นที่ไว้เนื้อเชื่อใจต่อกัน การคิดสินบน การข่มขู่ การฉ้อโกง การลัทธิทรัพย์ การรับของโจร หรือการจารกรรมโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือ วิธีการอื่นใดด้วย

การพิจารณาว่าสิ่งใดมีลักษณะตรงตามที่นิยามความลับทางการค้ากำหนดย่อมส่งผลต่อการวินิจฉัยการละเมิดความลับทางการค้า เนื่องจากในการพิสูจน์ว่าจำเลยละเมิดความลับทางการค้า

³⁸⁵ William van Caenegem, *Intellectual property law and innovation*, pp. 41-42.

โจทก์จำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่ามี การเปิดเผย เอาไป หรือใช้ ซึ่งความลับทางการค้า หากข้อมูลดังกล่าวอ้างไม่อาจกำหนดได้แน่นอนหรือไม่ใช่ความลับทางการค้าแล้ว การกระทำของจำเลยย่อมไม่มีผลเป็นการละเมิดความลับทางการค้า อย่างไรก็ดี ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว เนื่องจากบทนิยามความลับทางการค้ามีความไม่แน่นอนและมีปัญหาในการตีความ ปัญหาดังกล่าวย่อมส่งผลให้การพิจารณาว่า จำเลยในคดีละเมิดความลับทางการค้าหรือไม่เป็นไปได้อย่างลำบากตามไปด้วย

2.2.2 ความไม่สอดคล้องกันระหว่างนิยามความลับทางการค้ากับพฤติการณ์ละเมิดความลับลักษณะที่เป็น “การเอาไป”

เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดให้ข้อมูลการค้าอาจสื่อผ่านวิธีใดๆ และจัดทำไว้ในรูปใดๆ ก็ได้ ดังนั้นข้อมูลที่ได้รับควบคุมครองจึงอาจปรากฏอยู่ในสื่อบันทึกใดๆ ก็ได้ ซึ่งอาจเป็นสื่อที่จับต้องได้ เช่น ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรโดยเป็นข้อความบันทึกในเอกสาร ภาพถ่าย ภาพวาด หรืออาจไม่ได้บันทึกในสื่อที่มีรูปร่างจับต้องได้ เช่น เก็บเป็นแฟ้มข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในคอมพิวเตอร์ หรือแม้กระทั่งอาจตีความให้รวมไปถึงข้อมูลที่ไม่ได้มีการบันทึกไว้ในสื่อบันทึกใดๆ ก็ได้ เช่น เป็นเพียงการถ่ายทอดด้วยวาจาอย่างลับๆ ซึ่งข้อมูลหรือแผนการที่เกิดขึ้นจากความคิดก็ได้ เหล่านี้ย่อมอาจเป็นข้อมูลการค้าภายใต้นิยามตามกฎหมายได้ทั้งสิ้น

ในขณะที่พระราชบัญญัติความลับทางการค้า มาตรา 6 ได้กำหนดให้การกระทำละเมิดความลับได้แก่ การเปิดเผย เอาไป หรือใช้ความลับทางการค้าโดยมิได้รับความยินยอมจากเจ้าของ ซึ่งในส่วนของพฤติการณ์ละเมิดในลักษณะที่เป็นการ “เอาไป” นั้น จะเห็นได้ว่ามีความไม่สอดคล้องกันระหว่างนิยามความลับทางการค้ากับการกำหนดพฤติการณ์การกระทำละเมิดในลักษณะดังกล่าวซึ่งอาจส่งผลให้เกิดปัญหาในการพิสูจน์การกระทำละเมิดและการวินิจฉัยการกระทำละเมิดความลับทางการค้าได้ เนื่องจากถ้อยคำที่กฎหมายใช้ระบุการกระทำละเมิดในลักษณะ “เอาไป” นั้นอาจทำให้เข้าใจได้ว่า ต้องมีการเคลื่อนย้าย หรือทำให้วัตถุแห่งการกระทำเคลื่อนที่จากตำแหน่งเดิม โดยอาจตีความถ้อยคำดังกล่าวโดยเทียบเคียงกับคำว่า เอาไป ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดฐานลักทรัพย์³⁸⁶ ซึ่งการเอาไปภายใต้ความผิดฐานลักทรัพย์นั้น ต้องเป็นการทำร้ายกรรมสิทธิ์และการครอบครองของผู้เป็นเจ้าของ โดยมีลักษณะเป็นการแย่งการครอบครองทรัพย์ และพาทรัพย์นั้นเคลื่อนที่ไปในลักษณะที่เป็นการตัดกรรมสิทธิ์ของผู้เป็น

³⁸⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ผู้ใดเอาทรัพย์ของผู้อื่น หรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์.

เจ้าของตลอดไป³⁸⁷ ซึ่งหากมีการตีความตามแนวทางเช่นว่าย่อมอาจทำให้ตีความการเอาไปในทางจำกัดกับวัตถุประสงค์แห่งการกระทำที่จับต้องได้ และต้องมีการเคลื่อนย้ายข้อมูล โดยการกระทำที่กระทบต่อการครอบครองข้อมูลของเจ้าของเท่านั้น และทำให้ยากลำบากแก่โจทก์ซึ่งต้องการพิสูจน์ว่ามีการกระทำละเมิดโดยการเอาไปซึ่งข้อมูลความลับที่อยู่ในสภาพที่ไม่ได้ถูกบันทึกไว้ในสื่อใดๆ หรือสามารถจับต้องได้

ในทางปฏิบัติหากข้อมูลที่โจทก์กล่าวอ้างได้บันทึกในสื่อบันทึกข้อมูลที่จับต้องได้และสามารถแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนถึงสื่อบันทึกนั้น และปรากฏข้อเท็จจริงว่าจำเลยได้เคลื่อนย้ายไปซึ่งสื่อบันทึกนั้นได้ การพิสูจน์ถึงการละเมิดความลับอาจเป็นไปได้ง่าย เช่น การแสดงให้เห็นว่าเอกสารที่บันทึกข้อมูลนั้นหายไปจากการครอบครองของโจทก์โดยการกระทำของจำเลย ซึ่งกรณีดังกล่าวนอกจากจะเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 แล้วแน่นอนว่าย่อมเป็นการละเมิดความลับทางการค้าตามมาตรา 6 อย่างมีต้องสงสัย

อย่างไรก็ดี โจทก์อาจมีความยากลำบากขึ้นในการพิสูจน์การกระทำในลักษณะที่เป็นการเอาไปในกรณีดังต่อไปนี้ ซึ่งอาจมีปัญหาในการพิจารณาว่ามีการเอาไปซึ่งข้อมูลหรือไม่

- ข้อมูลถูกที่บันทึกไว้ในสื่อบันทึกข้อมูลที่จับต้องได้ เช่น บันทึกไว้ในกระดาษ แต่โจทก์ต้องการพิสูจน์ว่าจำเลยซึ่งเป็นลูกจ้างที่โจทก์ไว้ใจได้แอบลักลอบจดจำข้อมูลนั้นไปโดยโจทก์ไม่ได้อนุญาต ซึ่งการกระทำดังกล่าวก็น่าจะถือเป็นการเอาไปซึ่งความลับทางการค้าโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมจากเจ้าของความลับทางการค้านั้น อันมีลักษณะขัดต่อแนวทางปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน ตามที่มาตรา 6 ได้กำหนดไว้

- ข้อมูลความลับนั้นได้ถูกบันทึกไว้ในลักษณะฐานข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นข้อมูลในลักษณะไม่สามารถจับต้องได้ และจำเลยซึ่งเป็นลูกจ้างของโจทก์หรือคนใกล้ชิดได้คัดลอกข้อมูลนั้นไปใส่อุปกรณ์บันทึกทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยไม่ได้เคลื่อนย้ายหรือทำให้ฐานข้อมูลที่มีอยู่เดิมเปลี่ยนแปลง กรณีเช่นว่าแม้จะไม่มีกรทำให้ข้อมูลเดิมเคลื่อนที่จากตำแหน่งเดิม หรือกระทำการอันเป็นการทำร้ายกรรมสิทธิ์หรือการครอบครองของเจ้าของความลับทางการค้าก็ตาม ก็ น่าจะถือเป็นการเอาไปซึ่งความลับทางการค้าโดยไม่ได้ได้รับความยินยอม จากเจ้าของความลับทางการค้านั้น อันมีลักษณะขัดต่อแนวทางปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน ตามที่มาตรา 6 ได้เช่นกัน

³⁸⁷ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: หจก. จีรัชการพิมพ์, 2550), หน้า 29.

- หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าโจทก์เป็นเจ้าของสูตรปรุงยาพิเศษ ซึ่งโจทก์จะทำการปรุงยาเรียงลำดับการใส่ส่วนผสม และกำหนดเวลาของขั้นตอนผสมแต่ละขั้นเอง โดยมีลูกจ้างคอยนำยาที่ปรุงเสร็จบรรจุเพื่อนำออกจำหน่าย แต่ในขั้นตอนการปรุงยานั้น โจทก์ไม่ปล่อยให้ลูกจ้างเข้าถึงสถานที่ปรุงยาและให้ล่าวงูสูตรและกรรมวิธีความลับนั้น ลูกจ้างของโจทก์หาจึงหว่าล็กลอบแอบมองโดยการเจาะรูห้องหรือด้วยวิธีใดๆก็ตาม เพื่อให้ได้ทราบการปรุงยาของโจทก์และจดจำส่วนผสมและขั้นตอนนั้น โดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ ซึ่งกรณีดังกล่าวไม่ปรากฏว่ามีการเคลื่อนย้ายข้อมูลใดๆจากตำแหน่งเดิม หรือรบกวนการครอบครองข้อมูลของโจทก์แต่อย่างใด แต่การกระทำความผิดดังกล่าวของลูกจ้างน่าจะถือเป็นการเอาไปซึ่งความลับทางการค้าโดยไม่ได้รับความยินยอม จากเจ้าของความลับทางการค้านั้น อันมีลักษณะขัดต่อแนวทางปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน ตามที่มาตรา 6 ได้เช่นกัน

- กรณีโจทก์และทีมงานของโจทก์ปรึกษาหารือเกี่ยวกับแผนการใดแผนการหนึ่งอย่างลับๆ ซึ่งแผนการดังกล่าวเป็นการระดมความคิดจากโจทก์และทีมงาน โดยยังไม่มีฉบับบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จำเลยซึ่งอาจเป็นเลขานุการ หรือลูกจ้างซึ่งไม่ได้รับอนุญาตให้เข้าร่วมรับฟังการประชุมอย่างลับๆนั้น ได้ล็กลอบไม่ว่าโดยวิธีการใดก็ตามแอบฟังแผนการดังกล่าว จะเห็นได้ว่ากรณีดังกล่าวไม่ปรากฏว่ามีการเคลื่อนย้ายข้อมูลใดๆจากตำแหน่งเดิม หรือรบกวนการครอบครองข้อมูลของโจทก์แต่อย่างใด แต่การกระทำความผิดดังกล่าวของลูกจ้างน่าจะถือเป็นการเอาไปซึ่งความลับทางการค้าโดยไม่ได้รับความยินยอม จากเจ้าของความลับทางการค้านั้น อันมีลักษณะขัดต่อแนวทางปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน ตามที่มาตรา 6 ได้เช่นกัน

กรณีต่างๆข้างต้นสะท้อนให้เห็นถึงความไม่สอดคล้องของการพฤติการณ์ละเมิดความลับทางการค้าในลักษณะที่เป็นการเอาไป กับสภาพของความลับทางการค้าตามที่กำหนดไว้ในนิยามซึ่งสามารถถูกลักลอบให้ได้มาโดยวิธีการใดๆที่ไม่ต้องอาศัยการเคลื่อนย้ายสื่อบันทึกข้อมูล หรือ สามารถถูกจดจำได้

ซึ่งหากเปรียบเทียบกับพฤติการณ์ละเมิดความลับในลักษณะที่เป็นการเปิดเผย หรือการใช้ข้อมูลนั้นไม่น่าจะก่อให้เกิดปัญหาการวินิจฉัยพฤติการณ์ละเมิดความลับดังเช่นการเอาไป เนื่องจาก การเปิดเผยนั้นโดยสภาพของการกระทำความผิดดังกล่าวอาจกระทำได้โดยผ่านการเขียนข้อมูลแจ้งให้บุคคลอื่นๆทราบ การประกาศโฆษณา การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์หรือการแจ้งให้บุคคลที่สามทราบด้วยวาจาก็ได้ ซึ่งการเปิดเผยอาจใช้กับข้อมูลที่ไม่ได้มีฉบับบันทึกไว้ในสื่อที่จับต้องได้ก็ได้ หรือกรณีพฤติการณ์ละเมิดความลับทางการค้าโดยการใช้เองนั้นก็สามารปรับใช้กับข้อมูลได้หลายลักษณะ ยกตัวอย่างเช่น การนำข้อมูลที่จดจำไว้โดยทุจริตมาผสมสูตรอาหาร หรือผลิตสินค้า การผสมหรือการผลิตนั้นเองก็ถือเป็นการใช้แล้ว นอกจากนี้ก็เกี่ยวกับการละเมิดความลับทางการค้าโดย

การใช้ขึ้น พระราชบัญญัติความลับทางการค้า มาตรา 12 ยังได้กำหนดข้อสันนิษฐาน ในกรณีที่คุณควบคุมความลับทางการค้าที่ความลับทางการค้านั้นมีลักษณะเป็นกรรมวิธีการผลิตผลิตภัณฑ์ของผู้ละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าเป็นคดีแพ่ง ถ้าผู้ควบคุมความลับทางการค้าแสดงได้ว่าผลิตภัณฑ์ที่ผู้ละเมิดผลิตเหมือนกับผลิตภัณฑ์ที่ผลิตโดยใช้กรรมวิธีการผลิตที่เป็นความลับทางการค้าของตน ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ละเมิดได้ใช้ความลับทางการค้านั้นในการผลิตผลิตภัณฑ์ดังกล่าว เว้นแต่ผู้ละเมิดจะพิสูจน์ให้เห็นเป็นอย่างอื่น ซึ่งข้อสันนิษฐานเช่นว่ายิ่งทำให้การนำสืบพาดพิการณืละเมิดความลับในลักษณะที่เป็นการใช้ขึ้นกระทำได้ง่ายขึ้น

ในขณะที่หากเปรียบเทียบกับกรณีในต่างประเทศนั้น การละเมิดข้อมูลความลับทางการค้าไม่จำกัดว่าต้องมีการเอาไปซึ่งสื่อบันทึกที่จับต้องได้ หรือ ต้องมีการรณกขยไปซึ่งข้อมูลจากเจ้าของความลับ เพียงแต่มีพาดพิการณืใดๆที่กระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลอย่างไม่สุจริตก็เพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นการละเมิดความลับทางการค้าแล้ว ซึ่งการที่ศาลต่างประเทศตีความพาดพิการณืละเมิดไปในแนวทางดังกล่าวก็เนื่องจากลักษณะและสภาพของข้อมูลความลับซึ่งสามารถดำรงอยู่ได้ในหลากหลายรูปแบบนั่นเอง ดังเช่นที่ปรากฏในคดี E.I. Dupont de Nemours & Co. v. Christopher ของสหรัฐอเมริกา ที่ศาลได้วินิจฉัยว่า การกระทำของบริษัทคู่แข่งทางการค้าที่ให้เครื่องบินไปบินอยู่เหนือโรงงานเคมีผลิตภัณฑ์ซึ่งกำลังก่อสร้าง เพื่อถ่ายรูปแบบแปลน โรงงานที่กำลังก่อสร้างเพื่อนำมาวิเคราะห์กรรมวิธีการในการผลิตเป็นการละเมิดความลับทางการค้า³⁸⁸ หรือในคดี Printers and Finishers Ltd. v. Holloway ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงที่ว่าข้อมูลความลับไม่ได้บรรจุอยู่ในเอกสารใดๆ หากแต่ถูกจดจำไปโดยลูกจ้าง ย่อมถือได้ว่ามีเหตุผลเพียงพอในการออกคำสั่งป้องกันการใช้หรือเปิดเผยข้อมูลนั้น³⁸⁹ เช่นเดียวกันในคดี Baker v. Gibbons ซึ่งได้วินิจฉัยว่า บุคคลสามารถถูกจำกัดการใช้ข้อมูลได้ แม้บุคคลนั้นจะได้ข้อมูลมาจากการจดจำโดยปราศจากการบันทึกข้อมูลนั้นในสื่อใดๆ³⁹⁰ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถ้อยคำที่ความตกลง TRIPs และ UTSA ใช้กำหนดเกี่ยวกับพาดพิการณืละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า มักเป็นคำว่า acquire, acquisition หรือ derive ซึ่งน่าจะหมายถึงการกระทำในรูปแบบต่างๆที่กว้างขวางกว่าการเอาไปโดยมีการเคลื่อนย้ายข้อมูล หรือมีการพาดพิการณืเคลื่อนที่ไปจากตำแหน่งเดิม ซึ่งน่าจะรวมถึงการจดจำ หรือการคัดลอกข้อมูลไปโดยไม่สุจริตด้วย

³⁸⁸ คดี E.I. Dupont de Nemours & Co. v. Christopher (1970) 431 F. 2 d 1012, 1016.

³⁸⁹ คดี Printers and Finishers Ltd. v. Holloway (1965) R.P.C. 239 at 255.

³⁹⁰ คดี Baker v. Gibbons (1971) 2 All E.R. 759 at 765.

2.3 การจำกัดสิทธิของบุคคลอย่างไม่เป็นธรรมจากการใช้ข้อมูลความรู้ ความชำนาญและประสบการณ์ ที่บุคคลสมควรมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระ

ความไม่แน่นอนและชัดเจนของนิยามความลับทางการค้าอาจเป็นช่องทางให้โจทก์อาศัยนิยามที่กฎหมายกำหนดกล่าวอ้างความคุ้มครองได้อย่างกว้างขวางในข้อมูลทุกประเภทที่โจทก์มีอยู่ว่าเป็นความลับทางการค้า และอาจมีผลเป็นจำกัดสิทธิในการใช้ข้อมูลที่จำเลยสมควรมีสิทธิใช้อย่างอิสระ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนได้แก่ ความรู้ ความชำนาญและประสบการณ์ แม้ว่าสิ่งเหล่านี้จะเป็นผลที่สั่งสมจากการทำงานก็ตาม แต่อดีตลูกจ้างย่อมมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระในการประกอบอาชีพเมื่อสิ้นสุดสัญญาจ้าง หากแต่นิยามความลับทางการค้าที่กว้างขวางย่อมมีผลให้ขอบเขตข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าซอ้นทับเข้าไปหรือกลืนเอาข้อมูลในส่วนที่เป็นความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ดังกล่าวของอดีตลูกจ้างไปด้วย และมีผลเป็นการกีดกันการแข่งขันทางการค้าได้เนื่องจากมีหลักเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่า อดีตลูกจ้างมีสิทธิและเสรีภาพในการใช้ความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์นั้นในการประกอบอาชีพ ซึ่งถือเป็นเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่ถูกรับรองโดยรัฐธรรมนูญ³⁹¹

ความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ของบุคคลถือเป็นผลลัพธ์จากกระบวนการเรียนรู้เผชิญเหตุการณ์ต่างๆ ฝึกฝน ทำซ้ำ ผ่านการลองผิดลองถูก พัฒนาศักยภาพของบุคคล จนได้คิดตรึงไว้ในความทรงจำ ทำให้สามารถปฏิบัติได้อย่างคล่องแคล่ว และเป็นสิ่งที่ไม่สามารถถูกจำกัดได้ไม่ว่าภายใต้กฎหมายความลับทางการค้าหรือสัญญา³⁹²

แนวทางการแยกแยะความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ ออกจากความลับทางการค้าอาศัยปัจจัยดังต่อไปนี้³⁹³

³⁹¹รัฐธรรมนูญ มาตรา 43 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุขโลก การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

³⁹² สอนชัย สิริวิษณุกุล, “การคุ้มครองความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ของลูกจ้างที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าของนายจ้าง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2543), หน้า 27-31.

³⁹³ เรื่องเดียวกัน หน้า 107-117.

- ความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ เป็นสิ่งที่ได้จากการอบรมและฝึกสอนเพิ่มเติม รวมถึงที่ได้มาจากความสามารถทางสติปัญญาของตนเองจากการมองเห็น ได้ยิน และได้รับประสบการณ์จากการทำงานกับนายจ้าง
- ความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์อาจเป็นข้อมูลทั่วไปทางการค้าที่ไม่ใช่ข้อมูลพิเศษของนายจ้าง ซึ่งในการพิจารณาว่าข้อมูลนั้นเป็นข้อมูลทั่วไปหรือไม่ พิจารณาได้จากข้อเท็จจริงที่ว่า หากลูกจ้างนั้นได้ไปทำงานกับนายจ้างใหม่ย่อมมีโอกาสได้รับความรู้หรือข้อมูลดังกล่าวอีกหรือไม่ หากใช่ย่อมถือได้ว่า ข้อมูลนั้นเป็นข้อมูลทั่วไป
- ธรรมเนียมปฏิบัติในการค้าแต่ละประเภทและแต่ละท้องถิ่นก็เป็นปัจจัยหนึ่งที่อาจแสดงให้เห็นว่าข้อมูลนั้นถือเป็นความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ของลูกจ้างหรือไม่
- ความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์มีลักษณะเป็นความคล่องแคล่ว ความสามารถในการลงมือปฏิบัติและการคิดซึ่งมีลักษณะในเชิงปัญญาที่เป็นนามธรรม ในขณะที่ ความลับทางการค้าต้องมีความเป็นรูปธรรม และต้องสามารถจับต้องได้ในระดับหนึ่ง
- ความคุ้นเคยส่วนตัวและความสัมพันธ์อันดีระหว่างลูกจ้างกับลูกค้า ถือเป็นคุณสมบัติส่วนตัวลูกจ้างและถือเป็นส่วนหนึ่งของความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ของลูกจ้าง
- ข้อมูลที่อยู่ในความทรงจำของลูกจ้าง โดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าลูกจ้างได้ใช้วิธีการที่มิชอบในการทำให้ตนเองจดจำข้อมูลเหล่านี้ได้ มีการจดจำโดยทุจริต หรือไม่ปรากฏหลักฐานว่าได้มีการเบียดบังเอาข้อมูลไปในลักษณะจับต้องได้ หรือมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร ย่อมมีแนวโน้มจะถือว่าเป็นความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ของลูกจ้าง
- ข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าลูกจ้างมีความรู้ความสามารถมากพอที่จะพัฒนาหรือสร้างผลิตภัณฑ์หรือกระบวนการผลิตขึ้นเองโดยนายจ้างไม่ต้องเกี่ยวข้องกับเลย รวมถึงข้อเท็จจริงที่แสดงว่าลูกจ้างได้ทำงานกับนายจ้างมาเป็นระยะเวลาานพอที่จะมีความรู้และประสบการณ์ในด้านการผลิตทั่วไปมากพอที่จะสามารถใช้เป็นต้นทุนทางเทคโนโลยีในการผลิตสินค้าแบบเดียวกับนายจ้างเดิมได้ ข้อเท็จจริงเช่นนี้อาจเป็นสิ่งสนับสนุนว่าข้อมูลนั้นเป็นความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ของลูกจ้าง

อย่างไรก็ดี ในคดีละเมิดความลับทางการค้าระหว่างอดีตนายจ้างกับอดีตลูกจ้าง การพิจารณาแยกแยะระหว่างความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ของอดีตลูกจ้างกับความลับทางการค้า ศาลต้องคำนึงถึงประโยชน์ได้เสียและผลกระทบต่อสิทธิของทั้งอดีตนายจ้างและอดีต

ลูกจ้าง ไม่ใช่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงอย่างเดียว เนื่องจากเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ หากศาลให้ความคุ้มครองสิทธิของโจทก์มากเกินไป โดยตีความข้อมูลความลับทางการค้าอย่างกว้างขวางย่อมกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของจำเลยในการประกอบอาชีพ แต่หากให้ความคุ้มครองกับอดีตลูกจ้างมากเกินไป และตีความสิ่งที่เป็นความลับทางการค้าอย่างคับแคบ ย่อมกระทบต่อสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้า ซึ่งไม่ว่าฝ่ายนายจ้างหรือลูกจ้างก็มีเหตุผลที่สนับสนุนการให้ความคุ้มครองประโยชน์ของแต่ละฝ่ายดังนี้

ด้านอดีตนายจ้าง

- เมื่อนายจ้างได้ใช้กำลัง ค่าใช้จ่ายและเวลาในการพัฒนาหรือทำให้เกิดข้อมูลอันมีคุณค่า นายจ้างย่อมมีสิทธิได้รับผลตอบแทนจากการลงทุนนั้น³⁹⁴
- ความรู้และข้อมูลบางอย่างที่ลูกจ้างมีอยู่เกิดจากการฝึกอบรมที่นายจ้างออกค่าใช้จ่ายเอง นายจ้างควรมีสิทธิควบคุมการใช้ความรู้และข้อมูลนั้น และการฝึกอบรมดังกล่าวมีเป็นผลจากความต้องการที่นายจ้างต้องการให้ลูกจ้างอยู่กับกิจการของตนให้นานและคุ้มค่าที่สุด³⁹⁵

ด้านอดีตลูกจ้าง

- การให้ความคุ้มครองข้อมูลของฝ่ายนายจ้างมากเกินไปย่อมกระทบต่อการเคลื่อนย้ายแรงงาน กล่าวคือ ทำให้ลูกจ้างมีความยากลำบากในการเปลี่ยนงานใหม่ เพื่อแสวงหาผลตอบแทนสูงสุดตามที่ตนพอใจ และเพื่อคุณภาพชีวิตที่ดีกว่า³⁹⁶
- การให้ความคุ้มครองข้อมูลของฝ่ายนายจ้างมากเกินไปย่อมกระทบต่อสวัสดิภาพสังคมโดยรวม กล่าวคือ ความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ของลูกจ้างถูกปิดกั้น ทั้งยังอาจนำไปสู่ปัญหาการแบล็คเมสต์ เนื่องจากลูกจ้างเกรงกลัวการถูกฟ้องคดีละเมิดความลับทางการค้า ส่งผลให้ความรู้ความชำนาญในกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งตกอยู่ในกำมือของบุคคลจำนวนน้อยลงเรื่อยๆ ซึ่งสร้างปัญหาผูกขาดความรู้และเทคโนโลยีในที่สุด³⁹⁷

³⁹⁴ เรื่องเดียวกัน หน้า 100-101.

³⁹⁵ เรื่องเดียวกัน.

³⁹⁶ เรื่องเดียวกัน.

³⁹⁷ เรื่องเดียวกัน.

- การให้ความคุ้มครองข้อมูลของฝ่ายนายจ้างมากเกินไปย่อมกระทบต่อการถ่ายเทข้อมูลข่าวสารโดยอิสระ กล่าวคือ ทำให้การถ่ายเทความรู้และข้อมูลข่าวสารอันเป็นประโยชน์ในสังคมลดลง³⁹⁸

อย่างไรก็ดีพระราชบัญญัติความลับทางการค้าไม่ได้กำหนดข้อจำกัดไว้ชัดเจนว่าข้อมูลใดบ้างที่ไม่อาจได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้า ซึ่งนิยามความลับทางการค้าที่เปิดกว้างย่อมส่งผลเป็นการครอบคลุมข้อมูลเกือบทุกประเภท และรวมไปถึงข้อมูลบางอย่างที่บุคคลอื่นสมควรมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระตามสิทธิเสรีภาพที่ได้รับรองในรัฐธรรมนูญด้วย เช่น กรณีความรู้ความชำนาญ และประสบการณ์ของอดีตลูกจ้าง เป็นต้น ซึ่งเมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ชัดเจน รวมถึงไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าข้อมูลใดบ้างที่ไม่อาจได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้าได้บ้าง ทางปฏิบัติก็ย่อมเป็นดุลพินิจของศาลในแต่ละคดี อย่างไรก็ตามดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า หากปล่อยให้เรื่องดังกล่าวขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลเพียงอย่างเดียวย่อมทำให้เกิดความไม่แน่นอน

2.4 ความไม่แน่นอนต่อความสมบูรณ์ของข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ความลับ

นิยามความลับทางการค้านอกจากจะมีผลต่อการอ้างความคุ้มครองความลับทางการค้าภายใต้พระราชบัญญัติความลับทางการค้าแล้ว ยังมีผลต่อความสมบูรณ์ของข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ความลับ โดยเฉพาะกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาศัยอำนาจต่อรองที่เหนือกว่ากำหนดให้ข้อมูลต่างๆอย่างกว้างขวางให้เป็นความลับทางการค้าโดยอาศัยข้อสัญญา ซึ่งหากปรากฏว่าแท้จริงแล้วข้อมูลที่กล่าวอ้างไม่ได้เป็นความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า ย่อมส่งผลให้ข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ข้อมูลความลับที่ไม่ได้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองความลับทางการค้าจริงๆ ภายใต้พระราชบัญญัติความลับทางการค้านั้น ไม่สามารถบังคับใช้ได้ ทั้งนี้พระราชบัญญัติความลับทางการค้ามีลักษณะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญา ทั้งยังส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมส่วนรวม โดยอาจส่งผลในการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ประกอบกิจการ และจำกัดการแข่งขันทางการค้า อันมิใช่เรื่องของคู่กรณีเพียงอย่างเดียว หากแต่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสังคมส่วนรวม การกำหนดให้สิ่งที่ไม่ใช่ความลับทางการค้าเป็นความลับทางการค้า ย่อมเป็นการตกลงแตกต่างจากบทกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนและย่อมมีผลเป็นโมฆะ ตามมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้บัญญัติให้ การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่

³⁹⁸ เรื่องเดียวกัน.

กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็น โฆษะ
 คังนั้นการพิจารณาแยกแยะความลับทางการค้ากับข้อมูลอื่นๆย่อมมีความสำคัญต่อผลบังคับของ
 ข้อตกลงรักษาความลับนั้น

อย่างไรก็ดีการพิจารณาแยกแยะข้อมูลอื่นๆออกจากความลับทางการค้าอาจเป็นไปได้
 ยากลำบาก โดยเฉพาะในข้อตกลงรักษาความลับที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาสองฝ่ายที่มีอำนาจต่อรอง
 หรือสถานะไม่เท่ากัน ซึ่งคู่กรณีฝ่ายที่มีอำนาจเหนือกว่าอาจพยายามใช้ข้อตกลงนั้นเพื่อจำกัดสิทธิ
 เสรีภาพในการประกอบอาชีพ ประกอบกิจการ หรือการแข่งขันทางการค้าของคู่กรณีที่มีอำนาจ
 ต่อรองน้อยกว่า และพยายามกำหนดคุ้มครองข้อมูลอย่างกว้างขวางโดยอาศัยข้อตกลงรักษา
 ความลับนั้น ซึ่งความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวอาจเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาหลากหลายประเภท
 ซึ่งในที่นี้จะยกตัวอย่างคู่สัญญาสองรูปแบบได้แก่ คู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะนายจ้างกับ
 ลูกจ้าง กับ คู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกับผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ

กรณีความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างนั้น นายจ้างย่อมอยู่ฐานะที่ได้เปรียบและมี
 อำนาจในการเจรจาต่อรองเหนือลูกจ้าง เนื่องจากฐานะทางเศรษฐกิจและ ความสามารถในการ
 กำหนดข้อตกลงต่างๆ ที่เหนือกว่า ซึ่งอาจส่งผลให้ข้อตกลงรักษาความลับระหว่างนายจ้างกับ
 ลูกจ้างมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการใช้ความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ดีตัวของ
 ลูกจ้างอันถือเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพของลูกจ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณี
 การกำหนดข้อจำกัดนั้นให้มีผลหลังสิ้นสุดการจ้างไปแล้ว สำหรับกรณีผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ
 เองก็มักเป็นฝ่ายที่มีอำนาจน้อยกว่าและเป็นฝ่ายเสียเปรียบผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งมักเป็นผู้มีความรู้
 และเทคโนโลยีสูง และมักเป็นผู้ประกอบการในประเทศพัฒนาแล้ว ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญใน
 การกำหนดข้อตกลงในการทำสัญญาเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตนเองในฐานะผู้ทรงสิทธิให้มาก
 ที่สุด ในขณะที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมักเป็นผู้ที่ขาดการพัฒนาทางเทคโนโลยีในด้านนั้นๆ และ
 มีความจำเป็นต้องพึ่งพิงเทคโนโลยีจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งความจำเป็นดังกล่าวย่อมบีบบังคับ
 ให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิต้องยอมรับข้อตกลงบางอย่างที่อาจก่อให้เกิดความเสียเปรียบหรือมีผล
 เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ หรือในการใช้ข้อมูลเพื่อการต่อยอดทาง
 เทคโนโลยี

ทั้งนี้ผลกระทบที่อาจเกิดจากปัญหาของนิยามความลับทางการค้าต่อข้อตกลงทั้งสอง
 ประเภทพิจารณาได้ดังนี้

2.4.1 ข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ความลับระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง

ข้อตกลงระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างที่ห้ามลูกจ้างใช้หรือเปิดเผยข้อมูลความลับทางการค้าของนายจ้างอาจปรากฏในสัญญาจ้างแรงงานหรือแยกเป็นข้อตกลงต่างหากก็ได้ ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวมักถูกกำหนดขึ้นเพื่อห้ามหรือป้องกันมิให้ลูกจ้างใช้หรือเปิดเผยข้อมูลทั้งในระหว่างการทำงานและมักกำหนดให้มีผลภายหลังสิ้นสุดการจ้างด้วย ซึ่งไม่ว่าจะเป็นข้อตกลงรักษาความลับทางการค้าที่ให้มีผลระหว่างสัญญาจ้างมีผลบังคับหรือสัญญาจ้างสิ้นสุดแล้วก็ตาม หากปรากฏว่าข้อมูลที่กำหนดให้เป็นความลับทางการค้าในข้อตกลงรักษาความลับทางการค้าไม่ใช่ความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้าแล้ว ข้อตกลงส่วนที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้านั้นย่อมมีผลเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า นิยามความลับทางการค้าย่อมผลต่อความสมบูรณ์ของข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ความลับระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง หากนายจ้างได้กำหนดข้อตกลงรักษาความลับทางการค้าและกำหนดข้อมูลที่ไม่ใช่ความลับทางการค้าให้เป็นความลับทางการค้า ย่อมถือเป็นการตกลงแตกต่างจากบทนิยามความลับทางการค้า ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้าซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และส่งผลให้ข้อตกลงเช่นว่าเป็นโมฆะ ส่วนที่ว่า การเปิดเผยหรือใช้ข้อมูลของลูกจ้างระหว่างที่สัญญาจ้างยังมีผลบังคับนั้นจะเป็นการละเมิดหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาตามสิทธิของนายจ้างและลูกจ้างต่างหาก เนื่องจากอาจถือได้ว่า การกระทำเช่นว่าของลูกจ้างเป็นการกระทำฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงาน ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 583 ได้กำหนดไว้ภายใต้บรรพ 3 ลักษณะ 6 ว่า ถ้าลูกจ้างจงใจขัดคำสั่งของนายจ้างอันชอบด้วยกฎหมาย หรือละเลยไม่นำพาต่อคำสั่งนั้นเป็นอาจฉิน หรือ กระทำผิดร้ายแรง หรือ กระทำประการใดอันไม่สมควรแก่การปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ลุล่วงไปโดยถูกต้องและสุจริต นายจ้างสามารถไล่ออกลูกจ้างออกได้โดยมิพักต้องบอกกล่าวล่วงหน้าหรือให้สินไหมทดแทน

ตัวอย่างเช่น หากนายจ้างซึ่งเป็นบริษัทฯ ได้ทำข้อตกลงกับนาย ก ลูกจ้างจำกัดการใช้หรือเปิดเผยข้อมูลซึ่งตามข้อตกลงนี้ได้กำหนดให้เป็นความลับทางการค้า หากปรากฏว่าข้อมูลที่นายจ้างกำหนดไม่ได้มีลักษณะเป็นความลับทางการค้าแต่มีลักษณะเป็นทักษะความชำนาญที่มีอยู่อันเกี่ยวกับการวิจัยฯ ซึ่งไม่สมควรถือเป็นความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า ข้อตกลงนั้นย่อมไม่มีผลบังคับ แต่อย่างไรก็ดีการนำข้อมูลต่างๆ หรือใช้ความรู้ความสามารถของตนในการวิจัยพัฒนาในกิจการของตนเอง หรือในกิจการของบุคคลอื่น ระหว่างที่ นาย ก ยังเป็นลูกจ้างในลักษณะที่เป็นการแข่งขันกับนายจ้าง อาจถือเป็นการกระทำผิดหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงานและทำให้นายจ้างมีสิทธิเลิกจ้างนาย ก และหากก่อให้เกิดความเสียหายก็อาจเรียกค่าสินไหมทดแทนได้

ในกรณีที่สิ้นสุดการจ้างแล้วอดีตลูกจ้างย่อมมีสิทธิที่จะใช้ความรู้ความสามารถของตนในการประกอบอาชีพได้อย่างอิสระ ซึ่งสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพนี้ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 และไม่อาจถูกจำกัดได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะซึ่งเป็นไปเพื่อขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ข้อตกลงที่กำหนดห้ามลูกจ้างใช้หรือเปิดเผยความลับทางการค้าภายหลังสิ้นสุดสัญญาจ้างต้องมีขึ้นเพื่อคุ้มครองความลับทางการค้าอย่างแท้จริง การอาศัยบทนิยามความลับทางการค้าที่กว้างขวางกำหนดจำกัดสิทธิในข้อมูลต่างๆ โดยอ้างว่าเป็นความลับทางการค้าย่อมส่งผลให้ข้อตกลงนั้นเป็น โฆษะ เนื่องจากถือเป็นการตกลงแตกต่างจากบทกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้าต้องพิจารณาตามบทนิยามในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า ซึ่งผลประโยชน์โดยชอบธรรมที่อดีตนายจ้างจะอ้างความคุ้มครองย่อมไม่สมควรรวมถึง สิทธิของอดีตลูกจ้างในการใช้ข้อมูลทั่วไป หรือความรู้ ความชำนาญ หรือประสบการณ์ที่อดีตลูกจ้างมีสิทธิใช้ได้อย่างอิสระ เพราะหากปล่อยให้สามารถตีความนิยามความลับทางการค้าที่กว้างขวางให้รวมถึงข้อมูลความรู้ ความชำนาญ ประสบการณ์ หรือข้อมูลที่ถูกเรียนรู้จดจำจนกลายเป็นทักษะติดตัวอดีตลูกจ้างไปแล้วด้วย การตีความเช่นว่าย่อมจะเป็นเครื่องมือให้อดีตนายจ้างสามารถจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรม อันเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ

ดังนั้น ไม่ว่าจะนายจ้างจะเลือกฟ้องบังคับกับลูกจ้าง โดยอาศัยข้อตกลงรักษาความลับทางการค้า (ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ยังมีสัญญาจ้างแรงงานอยู่ หรือสิ้นสุดการจ้างแล้ว) หรือ อ้างความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้าโดยตรง นายจ้างก็มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าข้อมูลที่กล่าวอ้างนั้นเป็นความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า แม้ข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ความลับจะระบุให้ข้อมูลต่างๆเป็นความลับทางการค้าก็ตาม ศาลก็ไม่ถูกผูกพันให้ต้องยึดถือตามที่ข้อตกลงได้กำหนดไว้ กล่าวคือ ข้อตกลงไม่มีผลกำหนดให้ข้อมูลที่ไม่ใช่ความลับทางการค้าเป็นความลับทางการค้าไปได้ ข้อมูลจะเป็นความลับทางการค้าหรือไม่ต้องพิจารณาจากนิยามที่ปรากฏตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้าเท่านั้น ซึ่งหากแท้จริงแล้วข้อมูลที่กล่าวอ้างไม่ใช่ความลับทางการค้า ย่อมถือว่าข้อตกลงนั้นแตกต่างจากกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน และเป็น โฆษะ อย่างไรก็ดี เมื่อนิยามความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้าที่ปรากฏกลับบัญญัติไว้อย่างกว้างขวาง และอาจเป็นเครื่องมือของนายจ้างในการกำหนดให้ข้อมูลต่างๆเป็นความลับทางการค้าได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งอาจรวมถึงความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ติดตัวที่ลูกจ้างสมควรมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระด้วย และทำให้การบังคับใช้และตีความพระราชบัญญัติความลับทางการค้าไม่ได้มีขึ้นเพื่อขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน และสนับสนุนสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพอย่างแท้จริงอันเป็นการสอดคล้องกับ

รัฐธรรมนูญ ทั้งยังอาจทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตที่ชัดเจนและการตีความว่าข้อมูลใดมีคุณสมบัติเป็นความลับทางการค้าหรือไม่ ปัญหาดังกล่าวย่อมส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอนในการพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ความลับระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

2.4.2 ข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ความลับระหว่างผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิให้ใช้สิทธิกับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในความรู้ความชำนาญ (know-how licensing agreement)

สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในไม่ใช่อุทธรณ์สัญญาภายใต้บรรพ 3 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากแต่เป็นสัญญาที่ไม่มีแบบจึงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำนิติกรรมสัญญา (ยกเว้น สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรซึ่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ได้กำหนดให้ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎกระทรวง และผู้ทรงสิทธิบัตรจะกำหนดเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมไม่ได้) ซึ่งภายใต้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิมีประกอบด้วยข้อกำหนดในการรักษาความลับเอาไว้ ซึ่งตัวอย่างข้อกำหนดเกี่ยวกับการรักษาความลับเช่น ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมเคมี ได้กำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่รักษาความลับ โดยให้ถือว่า ข้อมูลข่าวสารอันเป็นความลับหมายรวมถึง ข้อมูลทุกชิ้นเกี่ยวกับกรรมวิธี โรงงาน การพัฒนา ซึ่งเปิดเผยแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยไม่รวมถึง ข้อมูลที่ขณะเปิดเผยหรือหลังจากนั้นได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของสาธารณะ ข้อมูลนั้นได้เป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิใช้สิทธิโดยสมบูรณ์หรือได้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วก่อนมีการเปิดเผย³⁹⁹

ทั้งนี้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิอาจกำหนดข้อตกลงรักษาความลับดังกล่าวให้มีผลทั้งระหว่างที่สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิมีผลบังคับและเมื่อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิสิ้นสุดไปแล้ว โดยอาจกำหนดจำกัดสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการใช้หรือเปิดเผยข้อมูลที่ได้กำหนดภายใต้ข้อตกลงให้เป็นความลับทางการค้า ซึ่งไม่ว่าจะเป็นกรณีใด บทนิยามความลับทางการค้าย่อมเข้ามามีผลต่อการพิจารณาความสมบูรณ์ของข้อตกลงนั้นเช่นเดียวกับกรณีของข้อตกลงรักษาความลับ

³⁹⁹ ชัยยศ วรนนท์ศิริ, “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ: ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายญี่ปุ่น,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), หน้า 232-233.

ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง นอกจากนี้การแบ่งแยกข้อมูลอื่นนอกจากความลับทางการค้าย่อมมีผลต่อการจำกัดสิทธิของผู้ประกอบการฝ่ายที่ได้รับสิทธิในการประกอบกิจการ หรือ การจำกัดแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรม โดยปิดกั้นการใช้ความรู้ที่รับจากการถ่ายทอดเทคโนโลยีตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในการดำเนินกิจการของตนเอง หรือการพัฒนาต่อยอดความรู้เพื่อให้เกิดการพึ่งพาเทคโนโลยีในกิจการของตนเอง

ในขณะที่สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิยังมีผลบังคับอยู่ การกำหนดหน้าที่รักษาความลับแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย มิให้นำข้อมูลที่ได้รับจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิไปเปิดเผยแก่บุคคลภายนอก หรือนำไปใช้ในอวกาศวัตถุประสงค์ที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกำหนดถือเป็นการกำหนดหน้าที่โดยอาศัยหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาซึ่งคู่สัญญาสามารถกำหนดได้ แต่อย่างไรก็ดี การกำหนดข้อตกลงที่ให้ข้อมูลต่างๆเป็นความลับทางการค้าภายใต้ข้อตกลงรักษาความลับนั้นจำเป็นต้องพิจารณาตามบทนิยามความลับทางการค้าตามกฎหมาย เพราะหากข้อมูลนั้นไม่ใช่ความลับทางการค้าตามกฎหมายแล้ว ย่อมถือเป็นการกำหนดแตกต่างจากกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน และทำให้ข้อตกลงส่วนนั้นไม่มีผลบังคับ อย่างไรก็ตาม กรณีที่สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิประกอบด้วยข้อตกลงหลายส่วน และการโมฆะของส่วนที่เกี่ยวกับข้อมูลความลับทางการค้านั้นสามารถแยกออกจากส่วนอื่นได้ การนำข้อมูลของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิไปใช้หรือเปิดเผยโดยไม่ได้รับอนุญาตอาจมีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนข้อสัญญาส่วนอื่นที่คู่สัญญาที่ตกลงกันไว้ ซึ่งคู่สัญญาอาจใช้สิทธิเรียกเสียหายและ ถ้าได้กำหนดให้มีสิทธิเลิกสัญญาก็อาจมีสิทธิเลิกสัญญาได้

ข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ข้อมูลความลับทางการค้าหลังการอนุญาตให้ใช้สิทธิสิ้นสุดก็เช่นเดียวกัน หากข้อมูลนั้นไม่ใช่ความลับทางการค้าตามกฎหมายแล้ว ย่อมถือเป็นการกำหนดแตกต่างจากกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน และทำให้ข้อตกลงส่วนนั้นไม่มีผลบังคับ ในกรณีนี้การพิจารณาแยกแยะข้อมูลอื่นกับความลับทางการค้านั้นย่อมส่งผลต่อการจำกัดการแข่งขันในตลาด และอาจเป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม เนื่องจากอาจส่งผลต่อการจำกัดด้านเทคโนโลยีต่อผู้ได้รับอนุญาตไม่ว่าจะเป็น ด้านการใช้ข้อมูลในการผลิตหรือให้บริการ โดยตรงหรือ การนำข้อมูลนั้นไปใช้เพื่อพัฒนาความรู้ ต่อยอดกรรมวิธี หรือเทคนิคต่างๆ ซึ่งย่อมส่งมีผลทางลบต่อการพัฒนาเทคโนโลยีและความรู้ของผู้ประกอบการในประเทศ เนื่องจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งมักเป็นผู้มีความรู้และเทคโนโลยีสูงและเป็นผู้ประกอบการต่างประชาติ โดยเฉพาะในประเทศพัฒนาแล้วและเป็นฝ่ายที่มีอำนาจเหนือกว่าในการเจรจาต่อรองทำสัญญา อาจอาศัยบทนิยามความลับทางการค้าที่เปิดกว้างกล่าวอ้างโดยอาศัยข้อสัญญาให้ข้อมูลต่างๆเป็นความลับทางการค้าและส่งผลเป็นการจำกัดไม่ให้ผู้รับสิทธิใช้ข้อมูลต่างๆที่ได้จากการอนุญาตให้ใช้สิทธิในการประกอบกิจการของผู้รับสิทธินั้นภายหลังที่สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิสิ้นสุดและเป็นการ

จำกัดสิทธิในการประกอบกิจการและการจำกัดการแข่งขันอันเป็นสิทธิที่ได้รับรองตามรัฐธรรมนูญ ในมาตรา 43 ได้

พิจารณาได้จากตัวอย่างดังต่อไปนี้

ในการอนุญาตให้ใช้สิทธิที่เกี่ยวข้องการผลิตในอุตสาหกรรมเคมีภัณฑ์ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิอาจกำหนดเงื่อนไขห้ามไม่ให้ผู้ได้รับอนุญาตใช้หรือเปิดเผยข้อมูลข่าวสารอันเป็นความลับตามที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกำหนดภายหลังสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิสิ้นสุด โดยได้กำหนดให้ข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าหมายความรวมถึง ข้อมูลทุกชิ้นเกี่ยวกับกรรมวิธี โรงงาน การพัฒนา ซึ่งเปิดเผยแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งในการอนุญาตให้ใช้สิทธินอกจากข้อมูลที่อาจมีการเปิดเผยแก่ผู้ได้รับอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ยังรวมถึง การให้ความช่วยเหลือเกี่ยวกับข่าวสารทางเทคนิค การฝึกอบรมบุคลากร ซึ่งผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิต้องจัดส่งบุคลากรไปยังสถานที่ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเพื่อทำการฝึกอบรมบุคลากรดังกล่าว และผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจำเป็นต้องเปิดเผยความรู้ต่างๆอย่างละเอียด และการส่งวิศวกรเข้ามาให้ความช่วยเหลือ⁴⁰⁰ จะเห็นได้ว่าช่องทางที่ข้อมูลต่างๆจะถูกถ่ายทอดมายังผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมีหลากหลาย และเป็นข้อมูลหลายรูปแบบ การอาศัยข้อตกลงในการจำกัดการใช้ข้อมูลต่างๆ ย่อมรวมไปถึงความรู้ต่างๆที่ถ่ายทอดทั้งต่อผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยตรงและผ่านทางบุคลากรของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ซึ่งข้อมูลเหล่านี้ไม่ใช่ทุกกรณีที่เหมาะสมถูกถือว่าเป็นความลับทางการค้า ซึ่งผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะสามารถกำหนดห้ามการใช้ข้อมูลได้ตามใจชอบ การอาศัยบทนิยามความลับทางการค้าที่กว้างขวางกำหนดให้ข้อมูลเหล่านี้เป็นความลับทางการค้าย่อมมีผลเป็นการจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจ เนื่องจากถือเป็นการปิดกั้นไม่ให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้ใช้ความรู้หรือเทคโนโลยีที่ตนได้เรียนรู้มาจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิเพื่อประกอบกิจการ และใช้เพื่อพัฒนาต่อยอดความรู้เพื่อการพึ่งพาตนเองในอนาคต

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่านิยามความลับทางการค้าที่กว้างขวางย่อมเป็นช่องทางให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีเทคโนโลยีและมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าอาศัยเพื่อกำหนดไว้ในข้อตกลงให้ความคุ้มครองในข้อมูลต่างๆได้อย่างกว้างขวางไม่ว่าจะเป็นความรู้ความชำนาญทางเทคนิคที่มีการถ่ายทอดผ่านบุคลากรของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ข้อมูลความรู้ที่ได้รับจากการฝึกฝนฝึกสอนจากผู้เชี่ยวชาญทางเทคนิคของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ให้สิ่งเหล่านี้เป็นความลับทางการค้าและได้รับความคุ้มครองโดยไม่มีกำหนดระยะเวลา ซึ่งอาจมีผลเป็นการจำกัดสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการใช้

⁴⁰⁰ เรื่องเดียวกัน หน้า 255

ข้อมูลเหล่านั้นอย่างไม่เป็นธรรมภายหลังสิ้นสุดการอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยเป็นปิดกั้นการพัฒนาต่อ ยอดเทคโนโลยีของผู้ประกอบการท้องถิ่น ทำให้บทบาทดังกล่าวเป็นเครื่องมือให้ผู้ประกอบการ ต่างประเทศหวงกันเทคโนโลยีของตน ปิดโอกาสความเจริญก้าวหน้าของผู้ประกอบการรายย่อย หรือ ผู้ประกอบการท้องถิ่น

2.5 ผลในเรื่องการจำกัดการแข่งขันทางการค้าและการเจริญเติบโตด้านเทคโนโลยี

การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทยเป็นไปตามพันธกรณีที่มีตาม ความตกลง TRIPs ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก (WTO) ทั้งนี้แรกเริ่มนั้น ความตกลง TRIPs เกิดจากการผลักดันของประเทศพัฒนาแล้วซึ่งมีความเจริญก้าวหน้าทาง เทคโนโลยี และผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาก็มักเป็นบริษัทของประเทศพัฒนาแล้ว ซึ่ง ประเทศพัฒนาแล้วเหล่านี้ต้องการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศต่างๆ โดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนาให้มีความสอดคล้องกับแนวทางของตนเองแล้ว ดังนั้นจึงไม่อาจ ปฏิเสธได้ว่าความตกลง TRIPs ย่อมมีความโน้มเอียงไปในทางคุ้มครองปกป้องเทคโนโลยีของ ประเทศพัฒนาแล้ว ขณะเดียวกันก็อาจเป็นการอุปสรรคต่อการเข้าถึงและการแพร่กระจายความรู้ และเทคโนโลยีจากประเทศพัฒนาแล้วไปสู่ประเทศกำลังพัฒนาไม่มากนัก⁴⁰¹ ดังนั้นการให้ความ คุ้มครองความลับทางการค้าตามที่กำหนดไว้ในความตกลง TRIPs จึงอาจส่งผลต่อการจำกัดการ แข่งขันทางการค้าและการเจริญเติบโตด้านเทคโนโลยีในประเทศไทยได้

ทั้งนี้ กฎหมายความลับทางการค้าถือเป็นกฎหมายที่มีผลกระทบกว้างไกลถึงในระดับมห ภาค โดยอาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมในด้านต่างๆอันสามารถสรุปได้สามประการดังนี้

ประการแรก ในด้านที่เกี่ยวกับศักยภาพการแข่งขันและการพัฒนาของหน่วยธุรกิจ เนื่องจากแนวคิดในการคุ้มครองความลับทางการค้าที่มีลักษณะเอื้อต่อการค้นคว้าพัฒนาและการ เพิ่มความสามารถทางการแข่งขันแก่บริษัทของประเทศพัฒนาแล้วซึ่งมีความก้าวหน้าและศักยภาพ ทางเทคโนโลยีค่อนข้างสูง โดยเฉพาะลักษณะของความหมายนิยามของความลับทางการค้าที่ กำหนดไว้กว้างขวางยิ่งกว่าลิขสิทธิ์และสิทธิบัตรมาก ทั้งยังมีการคุ้มครองแบบไม่จำกัดระยะเวลา การให้ความคุ้มครองในลักษณะดังกล่าวย่อมส่งผลให้บริษัทข้ามชาติ หรือบริษัทต่างชาติที่มีความ พร้อมและศักยภาพในค้นคว้าพัฒนาเทคโนโลยี และมีความสามารถในการแข่งขันได้รับประโยชน์

⁴⁰¹ Anna Dahlberg and Mipasi Sinjela, *Human right and intellectual property rights: tension and convergence*(The Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 2007), p.4.

จากระบบการคุ้มครองความลับทางการค้าเป็นอย่างมาก โดยสามารถใช้กฎหมายความลับทางการค้าเป็นเครื่องมือในการอ้างความคุ้มครองข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการค้นคว้าพัฒนาและการผลิตต่างๆ และพัฒนาต่อยอดเทคโนโลยีและเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันให้มีมากยิ่งขึ้นไปเรื่อยๆ ในขณะเดียวกัน กฎหมายความลับทางการค้าอาจเป็นอุปสรรคต่อผู้ประกอบการท้องถิ่น โดยเฉพาะบริษัทขนาดเล็ก หรือบริษัทที่มีทุนน้อย ที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะแข่งขันกับบริษัทใหญ่ๆ ได้ โดยไม่สามารถที่จะดำเนินแนวทางตามอย่างหรือพัฒนาเทคโนโลยีให้เท่าเทียมกับบริษัทใหญ่ที่ประสบความสำเร็จมาแล้วได้ เนื่องจากการที่จะคิดค้นหรือพัฒนาสินค้าหรือบริการใหม่ๆ ขึ้นมาเองเป็นสิ่งที่ทำได้ยากลำบาก มีความเสี่ยง หรือต้องอาศัยค่าใช้จ่ายที่สูงมาก⁴⁰²

ประการที่สอง ผลต่อการพัฒนาและถ่ายทอดเทคโนโลยี กล่าวคือ เนื่องจากการคุ้มครองข้อมูลภายใต้กฎหมายความลับทางการค้ามักเป็นทางเลือกของบริษัทที่มีเทคโนโลยีสูงและสลับซับซ้อนมากกว่าการคุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่น เนื่องจากการให้ความคุ้มครองข้อมูลลักษณะและประเภทต่างๆอย่างกว้างขวาง และไม่จำกัดระยะเวลา สิ่งนี้ประเทศกำลังพัฒนาเช่นประเทศไทยต้องให้ความระมัดระวังก็คือ บริษัทต่างชาติที่เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศอาจอาศัยกฎหมายความลับทางการค้าเพื่อคุ้มครองข้อมูลต่างๆอย่างกว้างขวาง ซึ่งการกระทำดังกล่าวอาจมีผลเป็นการกีดกันการพัฒนาและถ่ายทอดเทคโนโลยีมายังประเทศไทยที่ยังมีศักยภาพทางเทคโนโลยีไม่มากนัก นอกจากนี้การคุ้มครองความลับทางการค้ายังอาจไม่ได้มีผลกระทบกับการพัฒนาและถ่ายทอดเทคโนโลยีการผลิตขั้นสูงเท่านั้น ในความเป็นจริงความลับทางการค้าสามารถนำมาใช้กับเทคโนโลยีทุกประเภทและทุกชนิดของขั้นตอนการผลิตและการตลาด ซึ่งรวมถึงภาคการเกษตร และส่วนอื่นๆที่อาจเกี่ยวข้องกับอาชีพของประชากรส่วนใหญ่ในประเทศ ซึ่งปัจจุบันได้มีการลงทุนในส่วนนี้ควบคู่ไปกับการลงทุนในด้านอุตสาหกรรมอย่างต่อเนื่อง ดังนั้นผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากบทบัญญัติในการคุ้มครองความลับทางการค้าคงไม่จำกัดเฉพาะกับภาคธุรกิจของชาวต่างชาติและส่วนของเทคโนโลยีขั้นสูงและอุตสาหกรรมขนาดใหญ่เท่านั้น หากแต่อาจส่งผลกระทบให้เกิดปัญหาการว่างงาน การถูกบังคับกดราคา และการถูกจับให้รวมอยู่ในการผลิตแบบครบวงจร ซึ่งอาจเกิดขึ้นกับภาคธุรกิจอื่นอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้⁴⁰³

ประการสุดท้าย ผลกระทบต่อการแข่งขันของผู้ประกอบการในตลาดเนื่องจากลักษณะการคุ้มครองความลับทางการค้าเอื้อและส่งเสริมต่อการพัฒนาบริษัทที่มีเทคโนโลยีและความสามารถในการแข่งขันสูง ในขณะที่บริษัทที่มีความพร้อมน้อยกว่าหรือไม่มีศักยภาพเท่าเทียมย่อมเสียเปรียบ

⁴⁰²บวรศักดิ์ อวรรณโณ, จิตตภัทร์ เครือวรรณ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่องความลับทางการค้า, โดยศูนย์วิจัยและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่).
เรื่องเดียวกัน

ในการแข่งขันและเป็นผู้ต้องสูญเสียตลาด โดยอาจต้องเปลี่ยนไปทำธุรกิจประเภทอื่นหรือออกจากตลาดไปเลย ผลกระทบที่ตามมาคือ ลักษณะของตลาดที่มีการแข่งขันไม่สมบูรณ์ (imperfect competition) และอาจนำไปสู่การผูกขาดได้ในที่สุด ตัวอย่างของตลาดที่มีผู้แข่งขันน้อยราย (Oligopoly) ได้แก่ ตลาดน้ำอัดลมที่มีผู้แข่งขันรายใหญ่คือ Coca-Cola (Coke) กับ Pepsi ซึ่งสถานะตลาดที่มีผู้แข่งขันน้อยรายย่อมส่งผลกระทบต่อผู้ผลิตรายใหม่และผู้บริโภครายใหม่ โดยทำให้ผู้ผลิตรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ยาก เนื่องจากผู้ผลิตที่อยู่ในตลาดแต่เดิมได้รับการปกป้องคุ้มครองจากกฎหมายและการที่ผู้ผลิตรายใหม่จะสร้างความเชื่อถือในผลิตภัณฑ์ย่อมทำได้ยาก ในขณะที่ผู้บริโภครายใหม่จะเสียประโยชน์เนื่องจาก ตลาดลักษณะดังกล่าวทำให้ผู้ขายมีอำนาจต่อรองมาก (Selleris Market) และมีอำนาจในการกำหนดราคาค่อนข้างสูง ขณะที่ผู้ซื้อจำนวนมากเป็นผู้รับราคานั้นมา (Price Taker)⁴⁰⁴

เนื่องจากโดยสภาพของกฎหมายความลับทางการค้ามีผลกระทบต่อสังคมส่วนรวม และมีลักษณะที่เอื้อต่อการจำกัดการแข่งขันและการพัฒนาเทคโนโลยีอยู่แล้ว ประเทศไทยในฐานะประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งผู้ประกอบการยังต้องอาศัยพึ่งพิงเทคโนโลยีจากต่างประเทศ จึงต้องคำนึงถึงปัญหาการจำกัดการแข่งขันทางการค้าซึ่งอาจเกิดจากการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้านั้น นิยามความลับทางการค้าที่มีความกว้างขวางเกินไป ขาดความชัดเจน และมีปัญหาในการตีความปรับใช้ซึ่งจะทำให้การปรับใช้กฎหมายความลับทางการค้าก่อให้เกิดปัญหาทั้งต่อ สักยภาพการแข่งขัน การพัฒนาของหน่วยธุรกิจ การพัฒนาประเทศโดยรวม โดยเฉพาะในด้านที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีขั้นสูง และกระทบต่อผู้บริโภครายใหญ่ซึ่งเป็นประชากรส่วนใหญ่ในประเทศ การกำหนดนิยามความลับทางการค้าจึงถือเป็นหัวใจสำคัญของการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้า เนื่องจากกฎหมายความลับทางการค้าย่อมเป็นสิ่งที่เชื่อว่าโจทก์มีสิทธิกล่าวอ้างความคุ้มครองในข้อมูลของตนหรือไม่ ซึ่งการวินิจฉัยขอบเขตของข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองย่อมมีผลต่อการกำหนดทิศทางการจำกัดหรือการแพร่กระจายความรู้ต่อสังคมส่วนรวม

การพิจารณานิยามความลับทางการค้าจึงต้องคำนึงถึงประโยชน์ได้เสีย และสร้างสมดุลทั้งต่อประเทศเองขณะเดียวกันก็ต้องไม่มีผลเป็นการปิดกั้นผู้ประกอบการต่างชาติมากเกินไป กล่าวคือ การตีความขยายขอบเขตของนิยามความลับทางการค้าในทางกว้างขวางย่อมสร้างอำนาจผูกขาดจนก่อให้เกิดเป็นสภาพการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมและกลายเป็นอุปสรรคของการพัฒนาความก้าวหน้าของเทคโนโลยีส่วนรวม แต่หากจำกัดขอบเขตของนิยามความลับทางการค้าไว้แคบเกินไปก็จะทำให้เจ้าของความลับทางการค้าเสียหาย และขาดแรงจูงใจในการสร้างสรรค์ผลงาน ทั้งยังอาจเป็นการขัดแย้งกับพันธกรณีที่ประเทศไทยมีอยู่ภายใต้ความตกลง TRIPs อีกด้วย

⁴⁰⁴ เรื่องเดียวกัน.

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าความตกลง TRIPs ได้ทำให้ประเทศสมาชิกมีพันธกรณีที่จะต้องยกระดับมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และอาจก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการเข้าถึงและการแพร่กระจายความรู้และเทคโนโลยีจากประเทศพัฒนาแล้วไปสู่ประเทศกำลังพัฒนา แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นสิ่งที่สังเกตได้ว่าบทบัญญัติบางประการภายใต้ความตกลงดังกล่าวมีลักษณะเป็นไปในทางสนับสนุนการถ่ายโอนเทคโนโลยีและบัญญัติให้สิทธิบางอย่างแก่ประเทศสมาชิก เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นในการดำเนินนโยบายบางประการเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะของประเทศให้เหมาะสมกับระดับการพัฒนาเศรษฐกิจและเทคโนโลยีได้ในระดับหนึ่ง⁴⁰⁵ ดังที่ปรากฏในข้อ 7 และข้อ 8.2 ดังนี้

(ก). ข้อ 7 บททั่วไปและหลักการพื้นฐาน

ภายใต้ข้อ 7 ได้ระบุเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของความตกลง TRIPs ว่า การคุ้มครองและบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาสมควรมีส่วนสนับสนุนและส่งเสริมการคิดค้นใหม่ๆทางเทคโนโลยี รวมถึงการถ่ายโอนและกระจายตัวของเทคโนโลยี เพื่อก่อประโยชน์ร่วมกันแก่ทั้งฝ่ายผู้ผลิตและผู้ใช้ความรู้เกี่ยวกับเทคโนโลยีเหล่านั้น ในลักษณะที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมและเศรษฐกิจ และเพื่อถ่วงดุลระหว่างสิทธิและหน้าที่⁴⁰⁶

(ข). ข้อ 8.2 การควบคุมการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

สาระสำคัญของข้อ 8.2 ภายใต้หัวข้อหลักการ (Principles) มีอยู่ว่า สมาชิกอาจบังคับใช้มาตรการที่เหมาะสม ภายใต้เงื่อนไขที่มาตรการดังกล่าวสอดคล้องกับบทบัญญัติภายใต้ความตกลงนี้ เพื่อป้องกันการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในทางที่ไม่สมควรโดยเจ้าของสิทธิ หรือการอาศัยวิธีการปฏิบัติที่เป็นการจำกัดหรือปิดกั้นทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรมหรือก่อให้เกิดผลในทางลบต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศ⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542(กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2551), หน้า292.

⁴⁰⁶TRIPs PART I GENERAL PROVISIONS AND BASIC PRINCIPLES Article 7 Objectives The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations.

⁴⁰⁷TRIPs Article 8.2 Appropriate measures, provided that they are consistent with the provisions of this Agreement, may be needed to prevent the abuse of intellectual property rights by right holders or the resort to practices which unreasonably restrain trade or adversely affect the international transfer of technology.

เนื้อหาบทบัญญัติข้างต้นสะท้อนให้เห็นแง่มุมหนึ่งของความตกลง TRIPs ในทิศทางที่ส่งเสริมนวัตกรรมใหม่และการถ่ายโอนเทคโนโลยี โดยหลักการดังกล่าวได้ถูกใช้เพื่อกำหนดถ่วงดุลระหว่างสิทธิและหน้าที่ ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวน่าจะสามารถนำมาใช้เพื่ออ้างถึงหรือยืนยันเพื่อใช้เป็นข้อยกเว้นการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ หากเจ้าของสิทธินั้นไม่ได้แสดงให้เห็นว่าสิทธินั้นก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมและเศรษฐกิจ และยังสามารถใช้เพื่อจำกัดการคุ้มครองและจำกัดการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งไม่ส่งเสริมต่อการถ่ายโอนหรือการกระจายตัวของเทคโนโลยีหรือไม่สนับสนุนนวัตกรรมใหม่ๆอีกด้วย และน่าจะเป็นช่องทางให้แต่ละประเทศสามารถอ้างบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อกำหนดมาตรการภายในประเทศเพื่อส่งเสริมการถ่ายโอนเทคโนโลยี และป้องกันกรณีที่อาจส่งผลต่อการจำกัดทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้ อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติ ข้อกำหนดตามข้อ 7 และ 8.2 ไม่ได้เปิดกว้างให้สามารถนำไปใช้อย่างเป็นรูปธรรม และมีผลเป็นการจำกัดสิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น เนื่องจากข้อจำกัดที่ว่า มาตรการที่แต่ละประเทศสมาชิกสามารถกำหนดได้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติในความตกลง TRIPs นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าบทบัญญัติข้างต้นไม่ได้ถูกกำหนดเป็นหลักทั่วไปเพื่อบังคับใช้โดยตรง หากแต่มีขึ้นเพื่อการอธิบายประกอบบทบัญญัติข้อ 30, 31 และ 40 เท่านั้นมากกว่า ซึ่งข้อ 30 และ 31 เป็นข้อกำหนดจำกัดสิทธิของเจ้าของสิทธิบัตร ขณะที่ ข้อ 40 เป็นเรื่องของการป้องกันการปฏิบัติที่มีผลต่อด้านการแข่งขันทางการค้าในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ⁴⁰⁸

การออกกฎหมายเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีตามความตกลงระหว่างประเทศเป็นสิ่งที่จำเป็น เพื่อการยอมรับจากสังคมระหว่างประเทศและเพื่อให้การติดต่อการค้าระหว่างประเทศเป็นไปได้สะดวกยิ่งขึ้น อีกทั้งการสร้างความร่วมมือและการสร้างระบบกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาให้สอดคล้องกับประเทศพัฒนาแล้วย่อมเป็นการจูงใจให้นักลงทุนจากต่างประเทศเข้ามาลงทุนทำธุรกิจในประเทศไทย อย่างไรก็ดี ประเทศไทยในฐานะประเทศกำลังพัฒนาก็ย่อมต้องตระหนักถึงความจำเป็นของการถ่ายทอดและกระจายความรู้และเทคโนโลยีเพื่อการพัฒนาต่อยอดความรู้ของกิจการภายในประเทศและผู้ประกอบการท้องถิ่นด้วย อย่างไรก็ดี การมุ่งคุ้มครองฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่ถ่ายเดียวย่อมก่อให้เกิดผลเสียในบั้นปลาย การสร้างสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้ากับสิทธิของบุคคลอื่นและสังคมที่จะได้รับจากการใช้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์โดยอิสระจึงเป็นสิ่งจำเป็น เนื่องจากความลับทางการค้ามีประโยชน์ในด้านการสร้างแรงจูงใจและเป็นการตอบแทนแก่บุคคล (เจ้าของความลับทางการค้า) ซึ่งได้ใช้

⁴⁰⁸ Anna Dahlberg and Mpsai Sinjela, *Human right and intellectual property rights: tension and convergence*, p 44-45.

ความคิดสร้างสรรค์และและผลิตสิ่งต่างๆ อันส่งผลให้สังคมได้รับประโยชน์จากผลิตภัณฑ์หรือสิ่งประดิษฐ์ดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการได้ใช้ประโยชน์จากผลิตภัณฑ์หรือสิ่งประดิษฐ์นั้นโดยตรงหรือประโยชน์โดยอ้อมจากการต่อยอดความรู้เพื่อพัฒนาผลิตภัณฑ์หรือสิ่งประดิษฐ์ใหม่ๆต่อไป แต่หากกฎหมายให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของความลับทางการค้ามากเกินไป ย่อมเป็นการสร้างการผูกขาดในการหาประโยชน์ให้แก่ผู้เป็นเจ้าของความลับและส่งผลกระทบต่อสังคมและระบบตลาดแบบเสรี ในทางกลับกันหากกฎหมายให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของเจ้าของความลับทางการค้าน้อยเกินไป แม้สังคมจะได้ประโยชน์มากขึ้น แต่ก็อาจเป็นในระยะแรกเท่านั้น เนื่องจากท้ายสุดผลิตภัณฑ์หรือสิ่งประดิษฐ์ใหม่ๆจะออกสู่ตลาดน้อยลง เนื่องจากผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของความลับทางการค้าไม่มีแรงจูงใจในการสร้างสรรค์ผลงาน และท้ายสุดสังคมก็จะได้รับประโยชน์น้อยลงและอาจไม่ได้เลยในที่สุด⁴⁰⁹ การกำหนดนิยามความลับทางการค้าจึงต้องเป็นไปอย่างเหมาะสม เพื่อให้การคุ้มครองความลับทางการค้าสามารถประสานประโยชน์ระหว่างเจ้าของความลับทางการค้ากับสังคมส่วนรวมได้อย่างสมดุล

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴⁰⁹พัลลา ชัยอาษา, “การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), หน้า 104.

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

จากการศึกษาพบปัญหาของบทนิยามความลับทางการค้าในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ในแง่ของความไม่เหมาะสมอันอาจทำให้เกิดอุปสรรคในการวินิจฉัยตีความลดทอนประสิทธิภาพในการคุ้มครองความลับทางการค้า และอาจก่อให้เกิดการจำกัดสิทธิของบุคคลในการใช้ข้อมูลที่สมควรมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระซึ่งได้แก่ ข้อมูลความรู้ ทักษะความชำนาญ และประสบการณ์ และมีผลต่อการจำกัดการแพร่กระจายและพัฒนาความรู้และเทคโนโลยี ดังนี้

1.1 ความไม่เหมาะสมของนิยามความลับทางการค้าอันอาจทำให้เกิดอุปสรรคต่อการวินิจฉัยตีความ และลดทอนประสิทธิภาพในการคุ้มครองความลับทางการค้า

ผลในแง่อุปสรรคต่อการวินิจฉัยตีความ

ปัญหาความลับทางการค้าในส่วนที่เป็นการให้คำจำกัดความข้อมูลการค้าไว้อย่างกว้างขวางจนทำให้เกิดความไม่แน่นอนและไม่ชัดเจน ปัญหาในการตีความถ้อยคำอันเป็นองค์ประกอบของความลับทางการค้าอันได้แก่ หมู่บุคคลซึ่งโดยปกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลความลับ ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของข้อมูลความลับเนื่องจากการเป็นความลับ และปัญหาในการพิจารณามาตรการที่เหมาะสมในการรักษาความลับ ปัญหาที่ปรากฏในนิยามความลับทางการค้าเหล่านี้เป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความไม่เหมาะสมของบทนิยามความลับทางการค้าที่กฎหมายได้กำหนดไว้ และอาจส่งผลกระทบต่ออุปสรรคต่อการวินิจฉัยตีความว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้า

ขณะเดียวกันในส่วนของนิยามความลับทางการค้าและข้อมูลการค้าที่กว้างขวางและขาดความไม่แน่นอน ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อการพิสูจน์ตัวข้อมูลว่าเป็นความลับทางการค้าหรือไม่ เนื่องจากนิยามความลับทางการค้านั้นถูกกำหนดไว้อย่างกว้างขวาง โดยถ้อยคำที่ปรากฏสามารถตีความให้รวมถึงสิ่งใดๆก็ตามที่สามารถสื่อสารให้ปรากฏความหมายได้ แม้กระทั่งเป็นเพียงความคิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ทั้งนี้กฎหมายไม่ได้จำกัดวิธีการในการสื่อความหมายนั้น ดังนั้น

ข้อมูลจึงสามารถสื่อสารโดยผ่านวิธีการใดๆ และอาจรวมถึงการถ่ายทอดข้อมูลด้วยวาจา ทั้งกฎหมายยังได้กำหนดให้ข้อมูลการค้าสามารถอยู่ในรูปใดๆก็ได้ และอาจตีความให้รวมไปถึงข้อมูลที่อยู่ในความทรงจำของบุคคลโดยไม่จำเป็นต้องถูกบันทึกในสื่อบันทึกใดๆ เช่น ข้อมูลที่เป็นผลจากการระดมความคิด และมีการถ่ายทอดกันทางวาจาอย่างลับๆ นอกจากนี้ยังสามารถพิจารณาให้รวมถึงกรณีที่มีข้อมูลอยู่ในขั้นเริ่มต้นพัฒนา และอาจรวมถึงข้อมูลที่เป็นเพียงโครงร่างหรือแผนการเท่านั้น โดยอาจยังไม่มีรายละเอียดที่แน่ชัดพอที่จะสามารถปฏิบัติจริงได้ และข้อมูลเหล่านี้อาจบรรจุไว้ในสื่อบันทึกข้อมูลใดๆ เหล่านี้อาจเข้าข่ายเป็นความลับทางการค้าได้ทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติการพิสูจน์ถึงความมีตัวตนอย่างชัดเจนซึ่งข้อมูลลักษณะดังกล่าวอาจเป็นไปได้ยากลำบากทั้งในการเริ่มต้นคดีความลับทางการค้า และการวินิจฉัยการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า

ในส่วนของความไม่เหมาะสมและชัดเจนของถ้อยคำที่กำหนดองค์ประกอบความลับทางการค้า อันได้แก่ หมู่บุคคลซึ่งโดยปกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลความลับ ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของข้อมูลความลับเนื่องจากการเป็นความลับ รวมถึง ปัญหาที่เกิดจากการขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการพิจารณามาตรการที่เหมาะสมในการรักษาความลับนั้นย่อมก่อให้เกิดอุปสรรคในการตีความและบังคับใช้บทนิยามความลับทางการค้าได้เช่นกัน

ผลในแง่ของประสิทธิภาพในการคุ้มครองความลับทางการค้า

ปัญหาที่ปรากฏในนิยามความลับทางการค้าอันได้แก่ การให้คำจำกัดความข้อมูลการค้าไว้อย่างกว้างขวางจนทำให้เกิดความไม่แน่นอนและไม่ชัดเจน และปัญหาในการตีความถ้อยคำอันเป็นองค์ประกอบของความลับทางการค้าอันได้แก่ หมู่บุคคลซึ่งโดยปกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลความลับ ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของข้อมูลความลับเนื่องจากการเป็นความลับ และปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณามาตรการที่เหมาะสมในการรักษาความลับ เหล่านี้ทำให้เกิดความไม่แน่นอนต่อผู้ที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็น ศาล ทนายความ ผู้ประกอบกิจการ ในการพิจารณาว่าข้อมูลใดเข้าข่ายเป็นความลับทางการค้า รวมทั้งส่งผลต่อความแน่นอนในการใช้สิทธิของเจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับทางการค้า และการวินิจฉัยการละเมิดความลับทางการค้า ซึ่งความไม่แน่นอนนี้ย่อมส่งผลต่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้พระราชบัญญัติความลับทางการค้าอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

ในส่วนของความไม่แน่นอนในการกำหนดตัวข้อมูลที่ถูกกระทำละเมิด และความไม่สอดคล้องกันระหว่างนิยามความลับทางการค้ากับพฤติการณ์ละเมิดความลับลักษณะที่เป็น การเอาไป ยังอาจก่อให้เกิดความยากลำบากของโจทก์ในการนำสืบพฤติการณ์ละเมิดความลับทางการค้า

และอาจทำให้การตีความพฤติการณ์ละเมิดความลับทางการค้าในลักษณะที่เป็นการเอาไปจำกัดแต่เฉพาะกับข้อมูลที่ได้โดยสภาพสามารถเคลื่อนย้ายหรือเคลื่อนที่ได้ หรือต้องมีการกระทำต่อข้อมูลในลักษณะที่เป็นการรบกวนการครอบครองของเจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับทางการค้าเท่านั้น ซึ่งการตีความเช่นว่าย่อมไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายซึ่งมุ่งคุ้มครองข้อมูลความลับในรูปแบบต่างๆอย่างกว้างขวาง และอาจกระทบต่อประสิทธิภาพและเจตนารมณ์ของกฎหมายในการคุ้มครองความลับทางการค้าได้เช่นกัน

นอกจากนี้ นิยามความลับทางการค้าที่บัญญัติครอบคลุมข้อมูลประเภทและลักษณะต่างๆอย่างกว้างขวางและอาจมีผลต่อการจำกัดสิทธิของบุคคลอย่างไม่เป็นธรรมในการใช้ข้อมูลความรู้ ความชำนาญและประสบการณ์ ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้คู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่า ซึ่งได้แก่ ผู้ที่อยู่ในฐานะนายจ้าง หรือผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ สามารถอาศัยนิยามเช่นว่าเป็นเครื่องมือในการกล่าวอ้างโดยอาศัยกฎหมายความลับทางการค้าโดยตรง หรือกำหนดในข้อตกลงให้ข้อมูลอย่างไร้เป็นความลับทางการค้า และส่งผลให้การบังคับใช้พระราชบัญญัติความลับทางการค้าไม่ได้เป็นไปเพื่อควบคุมข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ความลับให้จำกัดอยู่เพียงแก่การคุ้มครองข้อมูลที่สมควรถูกถือว่าเป็นความลับทางการค้าอันเป็นผลประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ที่อยู่ในฐานะนายจ้าง หรือ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ หากแต่เปิดโอกาสให้อดีตนายจ้างหรือผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิแล้วแต่กรณีสามารถอาศัยบทบัญญัติที่เปิดกว้างกล่าวอ้างหรือกำหนดไว้ในข้อตกลงห้ามใช้หรือเปิดเผยข้อมูลอย่างไร้ ภายหลังสิ้นสุดความผูกพันตามสัญญา ซึ่งอาจรวมถึงความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ที่ติดตัวที่อดีตลูกจ้างสมควรมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระ หรือ ข้อมูลความรู้ที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสมควรมีสิทธิใช้ภายหลังสิ้นสุดการอนุญาตให้ใช้สิทธิ เพื่อใช้ในการประกอบกิจการ หรือเพื่อพัฒนาต่อยอดความรู้เพื่อการพึ่งพาตนเองในอนาคต และทำให้การบังคับใช้และตีความพระราชบัญญัติความลับทางการค้าไม่ได้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน และสนับสนุนสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพ การประกอบกิจการ และการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรมอย่างแท้จริง

เหตุที่ประเทศไทยใช้ระบบประมวลกฎหมาย การปล่อยปัญหาดังกล่าวเป็นดุลพินิจของศาลเพียงอย่างเดียวย่อมทำให้เกิดความไม่แน่นอน ในขณะที่คดีที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าที่อาจนำมาเป็นแนวทางในการพิจารณาศึกษายังมีน้อย หากเทียบกับประเทศที่พัฒนาแล้วและมีความก้าวหน้าในการคุ้มครองความลับทางการค้า เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และ ญี่ปุ่น ประเทศไทยซึ่งใช้ระบบกฎหมายแบบประมวล ศาลมีหน้าที่เพียงปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเท่านั้น ไม่สามารถสร้างหลักกฎหมายโดยอาศัยแนวทางจากศาลต่างประเทศได้โดยตรง ดังนั้นการแสวงหาแนวทางแก้ไขไม่ว่าจะ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติความลับทางการค้าเอง

หรือการแสวงหาวิธีการปรับใช้บทบัญญัติที่มีอยู่เพื่อให้เกิดปัญหาน้อยที่สุด โดยอาศัยแนวพิจารณา
ทั้งจากศาลเอง และจากผู้ที่มิบทบาทสำคัญในการเริ่มต้นคดีละเมิดความลับทางการค้าซึ่งได้แก่
เจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับทางการค้าจึงเป็นสิ่งจำเป็น

1.2 ผลต่อการจำกัดสิทธิของบุคคลในการใช้ข้อมูลที่สมควรมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระ

นิยามความลับทางการค้าที่เปิดกว้างดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลอัน
ได้แก่ ลูกจ้าง หรือ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในความรู้ความชำนาญ ในการใช้ข้อมูลที่สมควรมี
สิทธิใช้ประโยชน์ได้ภายหลังสิ้นสุดความผูกพันตามสัญญาแล้ว ซึ่งการจำกัดดังกล่าวอาจเกิดจาก
การกล่าวอ้างนิยามความลับทางการค้าที่กว้างขวางภายใต้พระราชบัญญัติความลับทางการค้า
โดยตรง หรืออาจโดยอาศัยนิยามความลับทางการค้าที่กว้างขวางนั้นเป็นเครื่องมือการกำหนดจำกัด
สิทธิไว้โดยอาศัยข้อสัญญา ในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างอดีตนายจ้างกับอดีตลูกจ้างนั้น นิยาม
ความลับทางการค้าที่กว้างขวางย่อมมีผลให้ขอบเขตข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าซ้อนทับเข้าไป
หรือกลืนเอาข้อมูลในส่วนที่เป็นความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ดังกล่าวของอดีตลูกจ้างไป
ด้วย และมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ประกอบกิจการ และการแข่งขัน โดย
เสรี และเป็นเครื่องมือให้อดีตนายจ้างสามารถอาศัยนิยามความลับทางการค้าที่กว้างขวางมาปิดกั้น
อดีตลูกจ้างในการใช้ข้อมูลเหล่านั้น โดยอิสระในการประกอบอาชีพเมื่อสิ้นสุดสัญญาจ้าง

ในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ นิยาม
ข้อมูลการค้าในลักษณะที่เปิดกว้างเช่นนี้อาจเป็นเครื่องมือให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถกล่าว
อ้างความคุ้มครองในข้อมูลต่างๆ อย่างกว้างขวางในทำนองเกี่ยวกับกรณีอดีตนายจ้าง เพื่อให้ข้อมูล
ต่างๆ ได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้า จนอาจมีผลเป็นการจำกัดสิทธิของผู้ได้รับ
อนุญาตให้ใช้สิทธิในการใช้ข้อมูลส่วนที่เป็นข้อมูลความรู้ที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสมควรมีสิทธิ
ใช้ภายหลังสิ้นสุดการอนุญาตให้ใช้สิทธิ และอาจส่งผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบ
กิจการ และในการแข่งขันโดยเสรีได้

นอกจากนี้หากพิจารณาในแง่ของสังคมส่วนรวมและเศรษฐกิจในประเทศ การจำกัดสิทธิ
เช่นนี้ยังอาจส่งผลกระทบต่อศักยภาพการแข่งขันและการพัฒนาของหน่วยธุรกิจในประเทศ โดยอาจ
ก่อให้เกิดการผูกขาดในเรื่องความรู้และเทคโนโลยีโดยบริษัทข้ามชาติ หรือบริษัทต่างชาติที่มีความ
พร้อมและศักยภาพในค้นคว้าพัฒนาเทคโนโลยีและมีความสามารถในการแข่งขัน และมีผลกระทบ
ทางลบกับผู้ประกอบการท้องถิ่น โดยเฉพาะบริษัทขนาดเล็ก หรือบริษัทที่มีทุนน้อย ที่ไม่อยู่ใน
ฐานะที่จะแข่งขันกับบริษัทใหญ่ๆ ได้ ซึ่งมีความจำเป็นต้องอาศัยความรู้และเทคโนโลยีจาก

ต่างประเทศโดยการถ่ายทอดความรู้และเทคโนโลยีจากนักลงทุนต่างประเทศนั้นไม่ควรพิจารณาแต่ประโยชน์ในระยะสั้น ทั้งนี้อาศัยการถ่ายทอดความรู้และเทคโนโลยีเฉพาะช่วงเวลาที่มีการอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือการร่วมทุนเท่านั้น แต่หากควรอาศัยการเข้ามาลงทุน ร่วมทุน ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าวเป็น โอกาสอันดีให้นักลงทุนในประเทศได้ศึกษาเรียนรู้ และพัฒนาความรู้เทคโนโลยีภายในประเทศ เพื่อการพัฒนาและการพึ่งพาตนเองในระยะยาว โดยไม่ถูกปิดกั้น และจำกัดการใช้ทักษะความรู้เช่นว่าจากนักลงทุนต่างชาติโดยอาศัยกฎหมายความลับทางการค้าที่กว้างขวางเป็นเครื่องมือเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของนักลงทุนต่างชาติเพียงอย่างเดียว การอาศัยค่าแรงและวัตถุดิบราคาถูกเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะทำให้ประเทศไทยสามารถแข่งขันกับประเทศต่างๆ ได้ในปัจจุบัน หากแต่ต้องอาศัยความสามารถในการผลิต ทั้งในด้านอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม เกษตรกรรม ซึ่งต้องอาศัยปัจจัยพื้นฐานที่สำคัญคือ การพัฒนาเทคโนโลยี ความรู้ ความชำนาญใหม่ๆ เพื่อเพิ่มศักยภาพแก่หน่วยธุรกิจต่างๆ ซึ่งในระยะเริ่มแรกของการพัฒนา จำเป็นต้องพึ่งพาความรู้ เทคโนโลยี และความชำนาญจากต่างประเทศ โดยอาศัยการร่วมทุน การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในความรู้ ความชำนาญ และอาศัยความรู้ความชำนาญที่ได้รับจากการศึกษาและฝึกฝนเรียนรู้จากการอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นในการพัฒนาความรู้และเทคโนโลยีของตนเองต่อไป เพื่อให้ผู้ประกอบการในประเทศสามารถพึ่งพาตนเองและแข่งขันกับประเทศอื่นๆ ได้ต่อไปในอนาคต

เพื่อให้เกิดความแน่นอนยิ่งขึ้นในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้า และไม่ให้มีการอาศัยบทบัญญัติที่กล่าวขวงในการอ้างความคุ้มครองต่อข้อมูลอย่างกว้างขวางโดยไม่มีขอบเขต อันจะเป็นการปิดกั้นการใช้สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคล ดำเนินกิจการของผู้ประกอบกิจการท้องถิ่น และผู้ประกอบการรายย่อย และเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาความรู้และเทคโนโลยีของประเทศ จึงจำเป็นต้องแสวงหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นดังกล่าว

1.3 ผลต่อการจำกัดการแพร่กระจายและพัฒนาความรู้และเทคโนโลยี

กฎหมายความลับทางการค้าเป็นกฎหมายที่อาจส่งผลกระทบต่อประเทศในระดับมหภาคได้ โดยอาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมในด้านที่เกี่ยวข้องกับศักยภาพการแข่งขันและการพัฒนาของหน่วยธุรกิจในประเทศ การพัฒนาและถ่ายทอดเทคโนโลยี และการแข่งขันของผู้ประกอบการในตลาด นอกจากนี้ กฎหมายความลับทางการค้ายังมีลักษณะที่เอื้อต่อการจำกัดการแข่งขันและการพัฒนาเทคโนโลยี ประเทศไทยในฐานะประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งผู้ประกอบการยังต้องอาศัยพึ่งพิงเทคโนโลยีจากต่างประเทศ จึงต้องคำนึงถึงปัญหาการจำกัดการแข่งขันทางการค้าซึ่งอาจเกิดจากการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้านั้น นิยามความลับทางการค้าที่มีความกว้างขวางเกินไป และ

ขาดความชัดเจน อาจทำให้การปรับใช้กฎหมายความลับทางการค้าก่อให้เกิดปัญหาทั้งต่อ สักยภาพ การแข่งขัน การพัฒนาของหน่วยธุรกิจ การพัฒนาประเทศโดยรวมโดยเฉพาะในด้านที่เกี่ยวข้องกับ เทคโนโลยีขั้นสูง และกระทบต่อผู้บริโภคซึ่งเป็นประชากรส่วนใหญ่ในประเทศ เนื่องจากการ กำหนดนิยามความลับทางการค้าย่อมเป็นสิ่งที่เชื่อว่าโจทก์มีสิทธิกล่าวอ้างความคุ้มครองในข้อมูล ของตนหรือไม่ ซึ่งการวินิจฉัยขอบเขตของข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองย่อมมีผลต่อการกำหนด ทิศทางการจำกัดหรือการแพร่กระจายความรู้ต่อสังคมส่วนรวม ยิ่งการตีความขยายขอบเขตของ นิยามความลับทางการค้าเป็นไปอย่างกว้างขวางเท่าใดก็ย่อมสร้างอำนาจผูกขาดจนก่อให้เกิดเป็น สภาพการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมและกลายเป็นอุปสรรคของการพัฒนาความก้าวหน้าของเทคโนโลยี ส่วนรวมได้มากเท่านั้น

พันธกรณีที่ประเทศไทยมีอยู่ความตกลง TRIPs ทำให้ประเทศไทยมีความผูกพันที่ต้องให้ ความคุ้มครองความลับทางการค้าภายใต้ความตกลงดังกล่าว ซึ่งการให้ความคุ้มครองเช่นว่านั้นมี ลักษณะเอื้อประโยชน์ต่อกลุ่มผู้ประกอบการที่มีความก้าวหน้าทางความรู้และเทคโนโลยีใน ระดับสูงซึ่งมักอยู่ในประเทศพัฒนาแล้วถือเป็นเรื่องที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งประเทศจำเป็นต้องยอมรับ ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในลักษณะดังกล่าว แต่ในขณะ เดียวกันก็อาจบรรเทาผลกระทบจากปัญหาที่เกิดขึ้นจากการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า ภายใต้นิยามความลับทางการค้าที่กว้างขวางได้ โดยการสร้างสมดุลในการคุ้มครองข้อมูลความลับ ไม่ให้มีมากเกินไปจนกลายเป็นอุปสรรคต่อการเจริญเติบโตทางเทคโนโลยี และปิดกั้นการประกอบ อาชีพ หรือสิทธิในการใช้ข้อมูลอื่นๆที่บุคคลสมควรจะมีสิทธิใช้ได้โดยชอบ และแสวงหาแนวทาง เพื่อให้เกิดความแน่นอนในการวินิจฉัยว่าข้อมูลใดเป็นความลับทางการค้า ซึ่งอาจกระทำโดยการ แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มีอยู่ การใช้หลักกฎหมายอื่นๆเข้ามาสร้างสมดุลและควบคุมการกล่าวอ้าง ความคุ้มครองที่กว้างขวางเกินไป เช่น หลักการรับรองสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ การ ประกอบธุรกิจ และการแข่งขัน โดยเสรีและเป็นธรรมที่ได้รับความรับรองโดยรัฐธรรมนูญ หลักข้อ สัญญาที่ๆไม่เป็นธรรม หลักการจำกัดการแข่งขันทางการค้า และหลักการทำนิติกรรมที่ต้องไม่ขัด ต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

2. ข้อเสนอแนะและแนวทางแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับนิยามความลับทางการค้าตาม พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

เนื่องจากปัญหาที่ได้แสดงมาแล้วในหัวข้อบทสรุป จึงมีความจำเป็นต้องแสวงหาแนว ทางแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากนิยามความลับทางการค้า โดยจำเป็นต้องพิจารณาจากทั้งด้านตัว บทกฎหมาย และผู้ที่เกี่ยวข้องซึ่งไม่ว่าจะเป็นศาล หน่วยงานของรัฐและบุคคลที่เกี่ยวข้อง

2.1 ข้อเสนอแนะและแนวทางแก้ไขปัญหาคำถามที่ไม่เหมาะสมของนิยามความลับทางการค้าอันก่อให้เกิดอุปสรรคในการวินิจฉัยตีความและลดทอนประสิทธิภาพในการคุ้มครองความลับทางการค้า

2.1.1 การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติความลับทางการค้าในส่วนของนิยามข้อมูลการค้า

เพื่อกำหนดกรอบที่ชัดเจนให้เจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับซึ่งอยู่ในฐานะ โจทก์ต้องแสดงให้เห็นถึงข้อมูลที่ต้องการได้รับความคุ้มครองอย่างชัดเจน เป็นการเน้นย้ำว่าข้อมูลที่ต้องการได้รับความคุ้มครองต้องมีตัวตน โดยปรากฏให้เห็นได้อย่างชัดเจนในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง ไม่ใช่เพียงความคิดที่เลื่อนลอยและจับต้องไม่ได้เท่านั้น และเพื่อประโยชน์ในการนำสืบพิสูจน์ถึงข้อมูลความลับเมื่อมีการละเมิด สมควรแก้ไขบทนิยามข้อมูลการค้า จากเดิมที่ระบุว่าหมายถึง “สิ่งที่สื่อความหมายให้รู้ข้อความ เรื่องราว ข้อเท็จจริง หรือสิ่งใด ไม่ว่าจะการสื่อความหมายนั้นจะผ่านวิธีการใดๆ และไม่ว่าจะจัดทำไว้ในรูปใดๆ และให้หมายความรวมถึงสูตร รูปแบบ งานที่ได้รวบรวมหรือประกอบขึ้น โปรแกรม วิธีการ เทคนิค หรือกรรมวิธีด้วย” เป็นดังนี้

“สิ่งที่สื่อความหมายให้รู้ข้อความ เรื่องราว ข้อเท็จจริง หรือสิ่งใด ไม่ว่าจะการสื่อความหมายนั้นจะผ่านวิธีการใดๆ และไม่ว่าจะจัดทำไว้ในรูปของเอกสาร โครงร่าง แผนที่ ภาพวาด ภาพถ่าย ฟิล์ม การบันทึกภาพ หรือเสียง การบันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือจัดเก็บโดยวิธีอื่นใด ในลักษณะที่สามารถอ้างอิงได้ และให้หมายความรวมถึงสูตร รูปแบบ งานที่ได้รวบรวมหรือประกอบขึ้น โปรแกรม วิธีการ เทคนิค หรือกรรมวิธีด้วย”

2.1.2 ข้อเสนอแนะและแนวทางแก้ไขปัญหาคำถามเกี่ยวกับการตีความคำว่า หมู่บุคคลซึ่งโดยปกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลความลับ อันเป็นองค์ประกอบตามบทนิยามความลับทางการค้า

เพื่อให้การพิจารณาสถานภาพความลับของข้อมูลมีความแน่นอนชัดเจนยิ่งขึ้น สมควรกำหนดขอบเขตของบุคคลซึ่งโดยปกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลให้มีความชัดเจน โดยใช้แก้ไขถ้อยคำจากเดิมคือ “หมู่มุ่บุคคลซึ่งโดยปกติต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลความลับ” ซึ่งมีความคลุมเครือว่าหมายถึงกลุ่มบุคคลใด เป็นถ้อยคำซึ่งสอดคล้องกับแนวทางที่ปรากฏของ WIPO และแนวทางของศาลในประเทศระบบคอมมอนลอว์ ดังต่อไปนี้

“...ซึ่งยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้โดยผู้ประกอบกิจการในแขนงเดียวกัน หรือในวงการอุตสาหกรรม หรือในสาขาวิชาชีพเดียวกันหรือที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้การเปิดเผยข้อมูลแก่บุคลากรในกิจการนั้นๆหรือแก่บุคคลอื่น โดยเฉพาะเจาะจง โดยมีการกำหนดหน้าที่หรือมาตรการรักษาความลับแก่บุคคลเหล่านั้นอย่างเพียงพออย่างไม่ทำเป็นเหตุข้อมูลสูญเสียสถานภาพความลับ”

2.1.3 ข้อเสนอแนะและแนวทางแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์อันเป็นองค์ประกอบตามบทนิยามความลับทางการค้า

เพื่อไม่ให้เกิดการโต้แย้งเกี่ยวกับประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของข้อมูล ในกรณีที่ข้อมูลยังไม่ได้ใช้จริงในการประกอบธุรกิจหรือยังไม่ได้ถูกใช้เพื่อหากำไรในขณะที่มีการฟ้องคดี ว่าข้อมูลเหล่านี้ได้รับความคุ้มครองหรือไม่ สมควรแก้ไขบทนิยามความลับทางการค้าในส่วนที่ระบุเกี่ยวกับประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เป็นดังนี้

“...เป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ หรืออาจมีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ เนื่องจากการเป็นความลับ...”

การแก้ไขข้างต้นย่อมทำให้เกิดความชัดเจนว่า ในการพิจารณาคดี ศาลไม่จำเป็นต้องคำนึงว่ามีการใช้หรือวางแผนแน่นอนที่จะใช้ข้อมูลในธุรกิจในขณะที่มีการฟ้องคดีหรือไม่ เพียงแต่หากโจทก์แสดงได้ว่าหากได้มีการใช้ในอนาคต หรือหากได้นำไปใช้จริงในการประกอบธุรกิจ ข้อมูลนั้นอาจสร้างประโยชน์ทางพาณิชย์กรรม เศรษฐกิจ หรืออุตสาหกรรม ก็น่าจะถือได้ว่าข้อมูลนั้นมีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์แล้ว

2.1.4 ข้อเสนอแนะและแนวทางแก้ไขปัญหาในการพิจารณามาตรการที่เหมาะสมในการรักษาความลับ

(ก). การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติความลับทางการค้าในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมาตรการที่เหมาะสมในการรักษาความลับ

เพื่อให้การพิจารณาความเหมาะสมของมาตรการรักษาความลับมีความชัดเจนแน่นอนยิ่งขึ้น สมควรกำหนดเพิ่มเติมไว้ในพระราชบัญญัติความลับทางการค้าให้อำนาจฝ่ายบริหารในการ

ออกกฎหมายลำดับรองในลักษณะของระเบียบเพื่อวางแนวทางในการพิจารณามาตรการรักษาความลับที่เหมาะสม โดยภายใต้ระเบียบเช่นว่านั้นสมควรมีเนื้อหา ดังนี้

“ในการพิจารณาความเหมาะสมของมาตรการรักษาความลับแต่ละมาตรการนั้น ให้คำนึงถึงปัจจัยแวดล้อมต่างๆประกอบกัน ซึ่งรวมถึง

- ประเภทและลักษณะของข้อมูลว่าปรากฏอยู่ในรูปแบบใด และสามารถเข้าถึงหรือสังเกตการณ์ได้โดยวิธีทางใดบ้าง และได้มีการจัดมาตรการป้องกันซึ่งการเข้าถึงเหล่านั้นหรือไม่
- ศักยภาพหรือความเหมาะสมของเจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับทางการค้า
- หลักปฏิบัติเกี่ยวกับการรักษาความลับที่ปรากฏในการประกอบกิจการประเภทนั้นๆหรือในวงการนั้นๆ ของผู้ประกอบการรายอื่น หรือมาตรฐานการรักษาความลับของกลุ่มผู้ประกอบการในวงการนั้น
- มูลค่าทางพาณิชย์ของความลับทางการค้าและค่าใช้จ่ายที่ใช้ในการรักษาความลับ ซึ่งปัจจัยทั้งสองควรแปรผันตามกันอย่างเหมาะสม”

(ข). การเพิ่มเติมบทบาทของคณะกรรมการความลับทางการค้า

เพื่อสร้างแนวทางแก่ผู้ประกอบการธุรกิจในการรักษาความลับให้ได้มาตรฐานและมีประสิทธิภาพ และเพื่อให้ศาลใช้เป็นแนวทางประกอบการพิจารณาความเหมาะสมของมาตรการรักษาความลับ สมควรกำหนดเพิ่มเติมบทบาทของคณะกรรมการรักษาความลับทางการค้าให้มีบทบาทในการวางมาตรฐานในการรักษาความลับ โดยอาศัยอำนาจตาม มาตรา 21 (4)⁴¹⁰ ออกกฎหมายในระดับกฎกระทรวงกำหนดให้คณะกรรมการมีอำนาจในการวางแนวทาง และส่งเสริมเผยแพร่แนวทางในการใช้มาตรการรักษาความลับทางการค้าที่เหมาะสมกับธุรกิจประเภทต่างๆ การกำหนดปัจจัยที่ต้องคำนึงถึงในการจัดมาตรการรักษาความลับให้เหมาะสมกับสภาพความลับและประเภทของกิจการ

การวางมาตรฐานเช่นว่าไม่ได้มีลักษณะเป็นกฎหมายที่มีผลผูกมัดให้ศาลหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตาม หากแต่เป็นการเผยแพร่ให้ข้อมูลแก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง และเป็นการสร้าง

⁴¹⁰ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 21 คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้ (4) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ

แนวทางที่น่าเชื่อถือและมีน้ำหนักพอสำหรับการอ้างอิงและเป็นแนวทางแก่ศาลในการพิจารณาคดี ทำให้เกิดความสะดวกรวดเร็วกว่าในการพิสูจน์ความเหมาะสมในคดีละเมิดความลับทางการค้า ความสะดวกรวดเร็วในการหักล้างว่ามาตรการรักษาความลับของโจทก์ไม่มีประสิทธิภาพ และเป็นการส่งเสริมให้ผู้ประกอบการในการใช้มาตรการรักษาความลับให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

(ค). แนวทางสำหรับเจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับทางการค้า

เจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับทางการค้าควรสร้างมาตรการรักษาความลับอย่างเป็นระบบ และมีรูปแบบที่ชัดเจน เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการรั่วไหลของข้อมูลไปสู่บุคคลภายนอกแล้ว ทำให้การละเมิดความลับทางการค้าเป็นไปได้ยากลำบาก และเมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับความลับทางการค้า สามารถนำสืบพิสูจน์ถึงมาตรการรักษาความลับที่เหมาะสมได้สะดวก

ทั้งนี้มาตรการรักษาความลับไม่จำเป็นต้องกระทำอย่างเด็ดขาดและใช้ค่าใช้จ่ายสูงในทุกกรณี หากต้องคำนึงถึง ประเภทลักษณะและมูลค่าของข้อมูล ขนาดของกิจการและความพร้อมเจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับทางการค้า ธรรมเนียมปฏิบัติและมาตรการที่มีในการประกอบกิจการ ประเภทนั้นๆหรือในวงการธุรกิจนั้น สำหรับธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีขั้นสูงและความลับทางการค้าที่มีมูลค่ามาก การเลือกวิธีการจัดตั้งทีมตรวจสอบเพื่อสังเกตการณ์และทบทวนมาตรการรักษาความลับอย่างสม่ำเสมอตามกำหนดระยะเวลาที่เป็นวิธีหนึ่งที่จะทำให้มาตรการรักษาความลับมีอยู่อย่างต่อเนื่องและได้มาตรฐาน โดยทีมตรวจสอบมักประกอบด้วย ผู้เชี่ยวชาญทางเทคนิคหรือที่มีความชำนาญเกี่ยวกับข้อมูลความลับและมาตรการรักษาความปลอดภัย นักกฎหมาย รวมถึงผู้มีอำนาจบริหารจัดการในธุรกิจนั้นๆ ทีมตรวจสอบจะทำหน้าที่ตรวจสอบและจัดทำบันทึกว่าข้อมูลใดเป็นความลับทางการค้าและจัดให้มีมาตรการในการรักษาความลับที่เหมาะสมกับข้อมูลนั้น การตั้งทีมตรวจสอบจะทำให้เกิดความแน่นอนในการใช้มาตรการที่เหมาะสมกับข้อมูลความลับแต่ละประเภท ช่วยลดความเสี่ยงจากการถูกละเมิดหรือล่วงรู้โดยบุคคลที่ไม่พึงประสงค์ หรือคู่แข่งทางการค้า และหากข้อมูลถูกละเมิดและมีการฟ้องคดีต่อศาล การอ้างอิงถึงรูปแบบการตรวจสอบที่เป็นระบบย่อมเป็นสิ่งสนับสนุนและแสดงให้เห็นว่าเจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับได้ใช้มาตรการที่เหมาะสม และทำให้ง่ายต่อการพิสูจน์ว่าข้อมูลที่กล่าวอ้างนั้นเป็นความลับทางการค้า

2.1.5 การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติความลับทางการค้าในส่วนพหุติการณ์การละเมิดความลับทางการค้าลักษณะที่เป็นการเอาไปเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพข้อมูลความลับทางการค้า

เพื่อให้พฤติการณ์ละเมิดมีความสอดคล้องกับลักษณะและสภาพของข้อมูลความลับทางการค้า สมควรแก้ไขพระราชบัญญัติความลับทางการค้าในส่วนของพฤติการณ์ละเมิดความลับทางการค้า โดยเพิ่มบทขยายความคำว่า เอาไป ให้หมายความรวมถึง การจดจำ หรือการได้ไปซึ่งข้อมูล โดยการคัดลอก หรือโดยวิธีการอย่างใดๆ เพื่อให้ได้รับทราบข้อมูล โดยไม่จำเป็นต้องทำให้ข้อมูลเดิมเคลื่อนย้ายจากที่เดิม

2.1.6 ข้อเสนอแนะและแนวทางสำหรับเจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับทางการค้า

เพื่อให้เจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับสามารถนำสืบถึงข้อมูลที่กล่าวอ้างว่าเป็นความลับทางการค้าได้ง่ายและแน่นอนยิ่งขึ้น เมื่อเกิดกรณีพิพาทเกี่ยวกับความลับทางการค้า ผู้เขียนใคร่เสนอแนะแนวทางดังต่อไปนี้

(ก). การเก็บรักษาข้อมูลความลับ

เจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับควรจัดเก็บข้อมูลความลับอย่างเป็นระบบ และจัดทำไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แผนภาพ ภาพ หรือทำให้ปรากฏในสื่อที่สามารถแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจน เช่น บันทึกไว้ในเอกสาร บันทึกที่สามารถแสดงผลผ่านเครื่องคอมพิวเตอร์ เพื่อประโยชน์ในการพิสูจน์ถึงความมีตัวตนของข้อมูลนั้น

(ข). การแบ่งแยกข้อมูลความลับทางการค้าออกจากข้อมูลทั่วไปของธุรกิจ

เจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับควรคัดเลือกและแบ่งแยกข้อมูลความลับออกจากข้อมูลอื่นๆ ให้ชัดเจน และกำหนดวิธีปฏิบัติ มาตรการรักษาความลับ หรือหน้าที่รักษาความลับแก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง เช่น พนักงาน หรือบุคลากรในสถานประกอบการ ให้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร โดยกำหนดเป็นข้อตกลง และกำหนดรายละเอียดของข้อมูลที่ประสงค์ให้บุคคลเหล่านั้นมีหน้าที่รักษาความลับ ทั้งนี้ไม่ควรมุ่งครอบคลุมข้อมูลทุกชนิดของธุรกิจ หรือกำหนดหน้าที่รักษาความลับแก่ข้อมูลต่างๆอย่างกว้างขวาง เนื่องจากการกระทำเช่นนี้อาจแสดงว่าการกำหนดวิธีปฏิบัติ มาตรการรักษาความลับ หรือหน้าที่รักษาความลับเช่นว่าเสมือนเป็นเพียงรูปแบบ แท้จริงแล้วไม่มีข้อมูลใดหรือมีเพียงบางส่วนเท่านั้นที่มีคุณสมบัติเป็นความลับทางการค้า และอาจทำให้ศาลเห็นว่าเจ้าของหรือผู้ควบคุมความลับไม่สามารถแยกแยะให้เห็นได้อย่างชัดเจนซึ่งข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้ากับข้อมูลทั่วไปของกิจการได้

(ค). การกำหนดข้อตกลงห้ามใช้หรือเปิดเผยความลับต่อบุคลากรและลูกจ้าง

การกำหนดหน้าที่รักษาความลับแก่บุคลากรและลูกจ้างให้มีผลภายหลังสิ้นสุดการจ้าง ผู้ประกอบการควรคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการใช้ข้อมูลความรู้ ความชำนาญ ทักษะ และประสบการณ์ในการประกอบชีพด้วย ข้อตกลงห้ามใช้หรือเปิดเผยความลับนั้นควรมีลักษณะจำกัด และกำหนดอย่างเฉพาะเจาะจงและชัดเจนว่ามุ่งจะคุ้มครองข้อมูลชนิดใด เพื่อที่หากมีคดีขึ้นสู่ศาล ย่อมทำให้การนำสืบถึงข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าเป็นไปได้ง่ายขึ้น และการกำหนดข้อมูลไว้อย่างชัดเจนไว้ในข้อตกลงย่อมเป็นข้อสนับสนุนให้เห็นถึงการแยกแยะข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าออกจากข้อมูลความรู้ ความชำนาญ ทักษะ และประสบการณ์ที่บุคคลสมควรจะมีสิทธิใช้โดยชอบธรรม ที่ชัดเจนยิ่งขึ้น

(ง). การกำหนดข้อตกลงห้ามใช้หรือเปิดเผยความลับต่อผู้ได้รับอนุญาตให้สิทธิ

การกำหนดข้อตกลงห้ามใช้หรือเปิดเผยความลับแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิให้มีผลภายหลังสิ้นสุดการอนุญาตให้ใช้สิทธิในความรู้ความชำนาญไปแล้ว ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิควรคำนึงถึงผลในทางจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบกิจการ หรือการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมด้วย ดังนั้นในการกำหนดข้อตกลงเช่นว่า ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิควรกระทำอย่างรัดกุม และกำหนดข้อมูลที่ต้องการได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้าอย่างเฉพาะเจาะจงและชัดเจน โดยผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิไม่ควรกำหนดโดยใช้ถ้อยคำกว้างๆ เพื่อหวังประโยชน์ในการครอบงำข้อมูลทุกชนิดของตนให้ได้รับความคุ้มครองอย่างความลับทางการค้า โดยเฉพาะข้อมูลส่วนที่เป็นความรู้ ทักษะความชำนาญบางอย่างที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้รับถ่ายทอดจากการให้ความช่วยเหลือทางเทคนิค การฝึกอบรมบุคลากรของผู้ได้รับอนุญาต หรือการบริหารจัดการ ซึ่งข้อมูลความรู้เหล่านี้ไม่สมควรได้รับความคุ้มครองอย่างไม่จำกัดระยะเวลาในฐานะความลับทางการค้า อันจะมีผลจำกัดผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตลอดไป หากแต่เมื่อผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้เก็บเกี่ยวผลประโยชน์จากการร่วมลงทุน ค่าตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิ การอาศัยแรงงานราคาถูกลง และสิทธิประโยชน์ที่ได้รับสำหรับการประกอบกิจการในบางประเภทที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนจากรัฐไปแล้ว ก็สมควรให้ผู้ได้รับอนุญาตให้สิทธิได้ใช้ประโยชน์ข้อมูลที่ได้รับจากการเรียนรู้และถ่ายทอดเหล่านี้เพื่อการพัฒนาเทคโนโลยีของผู้รับอนุญาตเองด้วยในอนาคต และจำกัดการใช้หรือเปิดเผยเฉพาะข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าจริงๆเท่านั้น

2.2 ข้อเสนอแนะและแนวทางแก้ไขปัญหเกี่ยวกับผลต่อการจำกัดสิทธิของบุคคลในการใช้ข้อมูล ที่สมควรมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระ และผลต่อการจำกัดการแพร่กระจายและพัฒนาความรู้และเทคโนโลยี

เพื่อให้เกิดความแน่นอนยิ่งขึ้นในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้า และไม่ให้มีการอาศัยบทบัญญัติที่กล่าวขวางในการอ้างความคุ้มครองต่อข้อมูลอย่างกว้างขวางโดยไม่มีขอบเขต อันจะเป็นการปิดกั้นการใช้สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคล ดำเนินกิจการของผู้ประกอบกิจการท้องถิ่น และผู้ประกอบกิจการรายย่อย และเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาความรู้และเทคโนโลยีของประเทศ ผู้เขียนใคร่เสนอแนะแนวทางดังต่อไปนี้

2.2.1 การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า โดยกำหนดให้นิยามความลับทางการค้าไม่ครอบคลุมถึงข้อมูลความรู้ ความชำนาญและประสบการณ์ ที่บุคคลสมควรมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระ

เพื่อไม่ให้โจทก์อาศัยนิยามความลับทางการค้าที่กว้างขวางจำกัดสิทธิของบุคคลในการใช้ข้อมูลความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ อันมีผลเป็นเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ประกอบกิจการ และการแข่งขันโดยเสรี สมควรกำหนดให้ชัดเจนภายใต้นิยามความลับทางการค้า มาตรา 3 ว่า “ความลับทางการค้าไม่ครอบคลุมถึง ข้อมูลที่เป็นความรู้ ทักษะ ความชำนาญ ประสบการณ์ ที่ผ่านกระบวนการเรียนรู้และกลายเป็นภูมิปัญญาติดตรึงไปกับบุคคล ซึ่งบุคคลมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระ”

นอกจากนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นในการวินิจฉัยแยกแยะข้อมูลความลับทางการค้า ออกจากข้อมูลที่เป็นความรู้ ทักษะ ความชำนาญ ประสบการณ์ สมควรกำหนดคำจำกัดความของข้อมูลความรู้ ทักษะ ความชำนาญ ประสบการณ์ โดยกระทำในรูปของกฎหมายลำดับรองในลักษณะของกฎกระทรวงหรือระเบียบ โดยกำหนดให้หมายถึง “ความถนัด ความคล่องแคล่ว ความสามารถทางฝีมือแรงงาน และเชี่ยวชาญที่ได้รับหรือผ่านกระบวนการเรียนรู้จากประสบการณ์การทำงาน หรือการถ่ายทอดโดยการสอน โดยศาลควรคำนึงประกอบกับศักยภาพในการเรียนรู้ และความเชี่ยวชาญของบุคคลนั้นประกอบด้วย นอกจากนี้ ข้อมูลที่โดยสภาพปกติสามารถจดจำได้เนื่องจากความคุ้นเคย ย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองเช่นกัน” กล่าวคือ หากบุคคลนั้นมีความสามารถสูงหรือมีความเชี่ยวชาญแต่เดิมมากเท่าใด ยังมีโอกาสที่จะสามารถเรียนรู้ข้อมูลต่างๆที่ได้รับจากการทำงาน หรือจากการถ่ายทอดซึ่งแนะนำได้มาก และยังมีแนวโน้มที่จะถือว่าข้อมูล

นั้น ได้กลายเป็นทักษะ ความชำนาญ ประสบการณ์ ที่คิดตรงไปกับบุคคลนั้นและมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระ โดยไม่ถือเป็นความลับทางการค้ายิ่งขึ้นเท่านั้น นอกจากนี้ ข้อมูลที่โดยสภาพปกติสามารถจดจำได้เนื่องจากความคุ้นเคย หรือ ข้อมูลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์อันดีกับบุคคล เช่น ความคุ้นเคยที่มีกับลูกค้าของนายจ้างเดิมเนื่องจากการผูกสัมพันธ์อันดีที่อดีตลูกจ้างมีกับลูกค้า นั้น ก็ไม่ควรตกอยู่ภายใต้คำนิยามความลับทางการค้าเช่นกัน

2.2.2 การเพิ่มเติมพระราชบัญญัติความลับทางการค้า โดยกำหนดให้ บทนิยามความลับทางการค้าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยซึ่งคู่กรณีไม่สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้

เนื่องจากการคุ้มครองความลับทางการค้าอาจส่งผลกระทบต่อสังคมและเศรษฐกิจส่วนรวม และการวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้าภายใต้นิยามความลับทางการค้าย่อมมีความสำคัญ และอาจส่งผลต่อการแพร่กระจายความรู้และเทคโนโลยี การผูกขาดความรู้หรือข้อมูล การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพประกอบกิจการ หรือการปิดกั้นการพัฒนาความรู้ของผู้ประกอบการในประเทศ นอกจากกฎหมายความลับทางการค้ายังได้กำหนดโทษทางอาญาไว้ด้วย ด้วยเหตุดังกล่าว บทนิยามความลับทางการค้าจึงมีลักษณะเป็นบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย และเพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับการทำนิติกรรมระหว่างคู่สัญญาในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความลับทางการค้าสมควรกำหนดเพิ่มเติมว่า “การตกลงใดๆ ให้แตกต่างไปจากบทนิยามความลับทางการค้าภายใต้พระราชบัญญัตินี้ย่อมมีผลเป็น โฆษะ”

2.2.3 แนวทางในการพิจารณาให้ความคุ้มครองความลับทางการค้ากรณีมีข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ความลับ

กรณีที่มีการนำคดีขึ้นสู่ศาล โดยอ้างความคุ้มครองความลับทางการค้าโดยอาศัยข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ความลับ ศาลจำเป็นต้องพิจารณาว่าข้อมูลที่คู่กรณีกล่าวอ้างในสัญญาว่าเป็นความลับทางการค้านั้นเป็นความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้าหรือไม่ ซึ่งหากศาลพิจารณาแล้วปรากฏว่าข้อมูลดังกล่าวไม่ใช่ความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า ข้อตกลงเกี่ยวกับความลับทางการค้านั้นย่อมมีผลเป็น โฆษะ เนื่องจากถือเป็นการตกลงแตกต่างจากกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ทั้งนี้เมื่อพิจารณาลักษณะของกฎหมายความลับทางการค้าจะเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญา ทั้งยังส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมส่วนรวม โดยอาจส่งผลในการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ประกอบกิจการ

และจำกัดการแข่งขันทางการค้า อันมิใช่เรื่องของกลุ่มนี้เพียงอย่างเดียว หากแต่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสังคมส่วนรวม

ดังนั้นในการวินิจฉัยแยกแยะระหว่างข้อมูลอื่นๆกับข้อมูลความลับทางการค้าย่อมส่งผลต่อการบังคับได้ของข้อตกลงรักษาความลับ และการแยกแยะข้อมูลเช่นว่าอาจมีความยากลำบาก โดยเฉพาะในกรณีตัวอย่างดังต่อไปนี้

(ก). ข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ความลับระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง

ในการพิจารณาข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ความลับระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ศาลจะต้องคำนึงถึงสิทธิของอดีตลูกจ้างในการใช้ความรู้ความสามารถของตนในการประกอบอาชีพอย่างอิสระ อันเป็นสิทธิที่รับรองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 และไม่อาจถูกจำกัดได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะซึ่งเป็นไปเพื่อขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ดังนั้นข้อตกลงจะสมบูรณ์และมีผลบังคับได้ต่อเมื่ออดีตนายจ้างพิสูจน์ได้ว่าการจำกัดการเปิดเผยหรือใช้ข้อมูลตามข้อตกลงนั้นเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะที่มีอยู่เพื่อขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้าซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า และมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์อันชอบธรรมของตน ซึ่งได้แก่ ความลับทางการค้า โดยไม่ได้มีขึ้นเพื่อจำกัดการใช้ข้อมูลทั่วไป หรือความรู้ ความชำนาญ หรือประสบการณ์ที่อดีตลูกจ้างมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระ ดังนั้นศาลจึงต้องพิจารณาว่าข้อมูลในอดีตนายจ้างมุ่งจะคุ้มครองเป็นความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้าหรือไม่ และต้องพิจารณาแยกแยะสิ่งที่เป็นความลับทางการค้าออกจากข้อมูลความรู้ ความชำนาญ ทักษะ และประสบการณ์ ที่ลูกจ้างสมควรมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระ ซึ่งแนวทางในการพิจารณาว่าข้อมูลนั้นเป็นความรู้ ความชำนาญ ทักษะ และประสบการณ์ ที่ลูกจ้างสมควรมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระหรือไม่นั้น ศาลอาจพิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้

- ข้อมูลที่มีลักษณะเป็น ความถนัด ความคล่องแคล่ว ความสามารถทางฝีมือแรงงาน และความรู้ที่รับรู้ที่ได้รับหรือผ่านกระบวนการเรียนรู้จากประสบการณ์การทำงาน หรือการถ่ายทอด โดยการสอน การปฏิบัติให้เห็น น่าจะถือเป็นความรู้ ความชำนาญ ทักษะ และประสบการณ์ ที่ลูกจ้างสมควรมีสิทธิใช้ได้โดยอิสระ

- ศักยภาพของบุคคลในการเรียนรู้ หรือความเชี่ยวชาญที่มีแต่เดิม หากบุคคลนั้นมีความสามารถสูงเท่าใดหรือมีความเชี่ยวชาญมากเท่าใด ยังมีโอกาสที่จะสามารถเรียนรู้ข้อมูลต่างๆที่ได้รับจากการทำงาน หรือการถ่ายทอดซึ่งเนาะจนกลายเป็นทักษะ ความชำนาญ ประสบการณ์ติดตัว

ได้มากยิ่งขึ้น หรือหากปรากฏว่าบุคคลมีความรู้ความสามารถมากพอที่จะพัฒนาหรือสร้างผลิตภัณฑ์หรือกระบวนการผลิตขึ้นเองโดยอีกฝ่ายไม่ต้องเกี่ยวข้องด้วยเลย ก็ยังมีแนวโน้มที่จะถือว่าข้อมูลนั้นได้กลายเป็นทักษะ ความชำนาญ ประสบการณ์ของบุคคลนั้นเช่นกัน

- หากอดีตนายจ้างสามารถแสดงว่า ข้อมูลที่กล่าวอ้างมีการระบุหรือกำหนดรายละเอียดได้อย่างชัดเจนในสื่อบันทึกอย่างใดอย่างหนึ่ง อาจเป็นข้อสนับสนุนว่าข้อมูลนั้นเป็นความลับทางการค้ามากกว่าทักษะความชำนาญ ประสบการณ์ หรือความรู้ติดตัว
- ข้อเท็จจริงที่ว่าอดีตลูกจ้างได้มีส่วนในการพัฒนา หรือคิดค้นข้อมูลในอดีตนายจ้างอาจมีส่วนโน้มน้าวให้เห็นว่า ข้อมูลบางอย่างที่อดีตลูกจ้างได้ใช้ในการพัฒนาคิดค้นข้อมูลนั้นเป็นทักษะ ความชำนาญ ประสบการณ์ หรือความรู้ติดตัวอดีตลูกจ้างรายนั้น
- ข้อมูลที่โดยสภาพปรกติสามารถจดจำได้เนื่องจากความคุ้นเคย หรือ ข้อมูลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับบุคคล เช่น ความคุ้นเคยที่มีต่อลูกค้าของอดีตนายจ้าง ไม่ถือเป็นความลับทางการค้า
- ข้อเท็จจริงที่ว่าลูกจ้างได้ทำงานกับนายจ้างมาเป็นระยะเวลาาน อาจแสดงได้ว่าลูกจ้างมีความรู้และประสบการณ์มากพอที่จะสามารถใช้ในการผลิตสินค้าแบบเดียวกับนายจ้างเดิมได้ และข้อมูลนั้นเป็นความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ของลูกจ้าง

ในทางตรงกันข้าม หากข้อมูลที่นายจ้างได้กำหนดว่าเป็นความลับทางการค้า (เช่น ข้อตกลงทำนองว่า ข้อมูลดังต่อไปนี้ให้ถือเป็นความลับทางการค้า 1... 2...) แต่แท้ที่จริงแล้วข้อมูลนั้นไม่มีลักษณะเป็นความลับทางการค้าตามกฎหมาย ย่อมถือเป็นการตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน และมีผลเป็น โฆษณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 อย่างไรก็ดีในส่วนของการรับผิดชอบของลูกจ้างต่อนายจ้างระหว่างที่สัญญาจ้างยังมีผลบังคับนั้น แม้ข้อตกลงในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าอาจไม่สามารถบังคับได้ แต่อาจถือได้ว่าลูกจ้างกระทำการไม่ซื่อสัตย์และกระทำการแข่งขันกับนายจ้างซึ่งนายจ้างอาจมีสิทธิเลิกจ้างได้

(ข). ข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ความลับระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกับผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ

ในการพิจารณาข้อตกลงห้ามเปิดเผยหรือใช้ความลับระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิภายหลังสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในความรู้ความชำนาญสิ้นสุดแล้ว ศาลต้องพิจารณาว่าข้อมูลที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกล่าวอ้างว่าเป็นความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้าหรือไม่ และต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 หากพิจารณาได้ความว่าข้อมูลเป็นความลับทางการค้าภายใต้พระราชบัญญัติความลับทางการค้า ข้อมูลนั้นย่อมได้รับความคุ้มครองโดยไม่จำกัดระยะเวลา ส่วนข้อมูลที่มีลักษณะเป็นความรู้ ทักษะความชำนาญ ประสบการณ์ ที่ผ่านกระบวนการถ่ายทอดจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิและการเรียนรู้ผ่านบุคลากรของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ เช่น ข้อมูลที่ได้รับจากการให้ความช่วยเหลือทางเทคนิค การฝึกอบรมบุคลากร การส่งวิศวกรเข้ามาให้ความช่วยเหลือ อันมีลักษณะทำนองเดียวกับความรู้ ความชำนาญและทักษะที่อดีตลูกจ้างได้รับจากอดีตนายจ้าง ย่อมไม่สมควรถูกถือเป็นความลับทางการค้า เนื่องจากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสมควรมีสิทธิใช้ข้อมูลความรู้ได้เรียนรู้จากการอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นเพื่อฐานในการประกอบกิจการและพัฒนาความรู้ของตนเองต่อไป โดยไม่สมควรถือว่าเป็นความลับทางการค้า ซึ่งหากมีการกำหนดข้อตกลงให้ข้อมูลนั้นเป็นความลับทางการค้า แต่แท้จริงแล้วข้อมูลนั้น ไม่มีลักษณะเป็นความลับทางการค้าตามกฎหมาย ย่อมถือเป็นการตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน และมีผลเป็น โฆษณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151

กรณีดังกล่าวข้างต้นเป็นกรณีของข้อตกลงห้ามใช้หรือเปิดเผยความลับทางการค้าที่เกิดขึ้นภายหลังพระราชบัญญัติความลับทางการค้ามีผลบังคับใช้แล้ว สิ่งที่ต้องคำนึงถึงต่อไปคือหากเป็นกรณีที่ข้อตกลงดังกล่าวเกิดขึ้นก่อนวันที่ 22 กรกฎาคม 2545 ซึ่งกฎหมายความลับทางการค้ามีผลบังคับ และข้อตกลงนั้นยังมีผลต่อเนื่องจนถึงระยะเวลาที่กฎหมายความลับทางการค้ามีผลบังคับ ข้อตกลงที่กำหนดให้ข้อมูลที่ไม่เข้าลักษณะเป็นความลับทางการค้าตามกฎหมายเป็นความลับทางการค้าจะมีผลเป็น โฆษณาหรือไม่และอย่างไร

ในกรณีดังกล่าวหลักทั่วไปในกฎหมายนั้นถือว่า ในทางสามัญและทางธรรมดา กฎหมายทั่วไปที่ประกาศใช้ย่อมมุ่งหมายเพื่ออนาคต ไม่ใช่ประสงค์จะบังคับกับกิจการที่ล่วงไปแล้ว การมีผลย้อนหลังนั้นถือเป็นข้อยกเว้นอันเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น⁴¹¹ กรณีกฎหมายแพ่งก็เช่นกัน โดยมี

⁴¹¹ยศวดี นิลดูหา, “หลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังในระบบกฎหมายไทย : ศึกษากรณีกฎหมายอื่นที่มีใช้กฎหมายที่มีโทษทางอาญา”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทสาขานิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521), หน้า 30.

หลักว่า กฎหมายย่อมไม่มีผลย้อนหลัง เนื่องจากกฎหมายถือเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ และกฎหมายย่อมไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับหรือแก้ไขข้อตกลงซึ่งคู่กรณีได้ทำกันไว้ก่อน และยอมไม่กระทบกระเทือนหรือลบล้างสิทธิซึ่งบุคคลมีอยู่ก่อนแล้ว ข้อวันที่กฎหมายอาจมีผลย้อนหลังได้มีเฉพาะในกรณีที่เป็นเรื่องผลประโยชน์ส่วนรวม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือการใช้เสรีภาพที่เกินขอบเขต⁴¹² อย่างไรก็ดี แม้หลักดังกล่าวจะเป็นหลักทั่วไปที่เป็นที่ยอมรับในระดับสากล แต่หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังที่ปรากฏในประเทศไทยได้ปรากฏชัดเจนในรัฐธรรมนูญเพียงเรื่องผลย้อนหลังที่เป็นโทษทางอาญาเท่านั้น โดยไม่ได้ระบุถึงผลย้อนหลังในเรื่องอื่นไว้ โดยมาตรา 39 แห่งรัฐธรรมนูญได้ระบุว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่ได้ทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้” ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้กำหนดว่า หากเป็นเรื่องอื่นที่มีโทษทางอาญาจะมีผลย้อนหลังได้หรือไม่ และเมื่อพิจารณาจากบทเฉพาะกาลท้ายพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ก็ได้กล่าวเพียงว่า “พระราชบัญญัตินี้ไม่ใช้บังคับแก่การเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่ง ความลับทางการค้าก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ” โดยไม่ได้กล่าวถึงผลต่อนิติกรรม สิทธิ หน้าที่ หรือความรับผิดที่มีขึ้นตามข้อตกลงรักษาความลับที่มีขึ้นก่อนกฎหมายนี้มีผลบังคับแต่อย่างไร

ในขณะที่หากเปรียบเทียบกับกฎหมายอื่นซึ่งได้ระบุไว้อย่างชัดเจน เช่น กรณีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 12 ว่าพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ไม่ใช้บังคับแก่นิติกรรมหรือสัญญาที่ทำขึ้นก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ การบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเช่นว่ายอมเป็นการขจัดปัญหาในการตีความได้ ดังนั้นในกรณีของพระราชบัญญัติความลับทางการค้า เพื่อขจัดปัญหาในการพิจารณาผลบังคับของข้อตกลงรักษาความลับที่เกิดขึ้นก่อนกฎหมายใช้บังคับและกำหนดให้ข้อมูลที่ไม่มิลักษณะเป็นความลับทางการค้าเป็นความลับทางการค้า ก็สมควรบัญญัติผลย้อนหลังของกฎหมายให้ชัดเจนเช่นเดียวกัน ซึ่งในกรณีของข้อตกลงรักษาความลับทางการค้านั้นมิลักษณะเป็นข้อตกลงที่ผูกพันให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติเป็นระยะเวลาต่อเนื่อง ในการกำหนดผลย้อนหลังนั้นเพื่อเป็นการประสานประโยชน์ระหว่างสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญากับประโยชน์ส่วนรวมในส่วนที่เกี่ยวข้องสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการใช้ข้อมูลความรู้ในการประกอบอาชีพ ประกอบกิจการและแข่งขันทางการค้า สมควรกำหนดให้ ข้อตกลงรักษาความลับทางการค้าที่ได้กำหนดข้อตกลงในส่วนของนิยามความลับทางการค้าแตกต่างไปจากกฎหมาย และได้มีการปฏิบัติตามสัญญาเสร็จสิ้นไปแล้ว

⁴¹² ประภาพรธรรม อุดมจรรยา, “กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521), หน้า 152-153.

กฎหมายย่อมไม่มีผลเป็นการยกเลิกและให้คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมสำหรับข้อตกลงในส่วนนั้น อย่างไรก็ตามในส่วน of ข้อตกลงที่ยังไม่ได้มีการปฏิบัติให้เสร็จสิ้นและยังมีผลต่อเนื่องให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามภายหลังพระราชบัญญัติความล้มเหลวการค้าที่มีผลใช้บังคับแล้ว สมควรให้มีผลเป็นโมฆะ เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

เกียรติจิจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญาภาคความผิด. เล่ม 3, พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: จีระรัชการพิมพ์, 2550.

จำปี โสคติพันธุ์. คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545.

จันทร์กระพ้อ ต่อสุวรรณ. ข้อมูลที่มีลักษณะเป็นความลับทางการค้า. วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. 7th Anniversary Current Issue (2004): 268 – 295.

ไชยยศ วรรณทีศิริ. การคุ้มครองความลับทางการค้าในกฎหมายคอมมอนลอว์. บทบัณฑิตย์ 50 (ธันวาคม 2537): 105-110.

ไชยยศ วรรณทีศิริ. ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ: ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายญี่ปุ่น. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2529.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545. Chulalongkorn Review 16, 62 (มกราคม-มีนาคม 2547): 38-53.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545.

ชนพจน เอกโยคยะ. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้า. สำนักอบรมศึกษาแห่งเนติบัณฑิตสภา เอกสารประกอบการบรรยายการอบรมหลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รุ่นที่ 3, 2547.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ จิตตภัทร์ เครือวรรณ. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่องความลับทางการค้า.

โดยศูนย์วิจัยและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537.

ปรีชาติ จารวิจิต. การคุ้มครองความลับทางการค้า. วารสารทนายความ 10 (ธันวาคม 2545): 23-26.

ประภาพรณ อุดมจรรยา. กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, แผนกวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2521.

ประสพสุข บุญเดช. ความลับทางการค้า. วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 5 (ธันวาคม 2545): 29-92.

พิชิตพล เอี่ยมมงคลชัย. กฎหมายความลับทางการค้า. การเงินการธนาคาร 21 (กันยายน 2545): 155-158.

พรชัย ดำเนินวิวัฒน์. กฎหมายการค้าและสิ่งแวดลอมระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

พรชัย ดำเนินวิวัฒน์. พันธกรณีของไทยตามความตกลง TRIPS ว่าด้วยความลับทางการค้า. วารสารนิติศาสตร์ 26 (กันยายน 2539): 458-476.

พีรพล ศรีสิงห์. การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2536.

พัลภา ชัยอาษา. การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2547.

ภัทรา ภาคย์ประเสริฐ. การคุ้มครองบุคคลที่สามที่ได้ความลับทางการค้ามาโดยสุจริต. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2549.

เมธี ศรีอนุสรณ์. กลไกกฎหมายในการป้องกันความลับทางการค้า. วารสารข่าวกฎหมายใหม่ 25 (เมษายน 2547): 417.

ยศวดี นิลคุหา. หลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังในระบบกฎหมายไทย: ศึกษากรณีกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2551.

รุ่งโรจน์ รื่นเรืองวงศ์. ความลับทางการค้า. หลักกฎหมายหลายธุรกิจ ฉบับปฐมฤกษ์ (พฤศจิกายน 2546): 58-60.

ลัดดาวัลย์ สีกาแก้ว. เมื่อข้อมูลทางธุรกิจหายกฎหมายคุ้มครองได้จริงหรือ?. วารสารข่าว กฎหมายใหม่ 25 (เมษายน 2547): 12 - 20.

วิมาน กฤตพลวิมาน. มาตรการรักษาความลับทางการค้า. วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 13 (ธันวาคม 2544): 92-115.

วิมาน เหล่าดุสิต. ความหมายและประเภทของความลับทางการค้าที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง. วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 12 (มิถุนายน 2543): 80-83.

ศักดิ์ดา ธนิตกุล. คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551.

สุพิศ ประณีตพลกรัง. กฎหมายว่าด้วยความลับทางการค้า. กรุงเทพฯ : อินเตอร์, 2546.

สอนชัย สิริราชสกุล. การคุ้มครองความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ของลูกจ้างที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าของนายจ้าง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. 2543.

สอนชัย สิริราชสกุล. หลักกฎหมายความลับทางการค้ากับการจำกัดการแข่งขันทางการค้า. บทบัญญัติ 58 (ธันวาคม 2545): 56-119.

อรพรรณ พันธุ์พัฒนา. คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547.

ภาษาอังกฤษ

Adrian Chandler, and James Halland. Information: protection; ownership & rights. 1st Published. London, Great Britain: Blackstone Press, 1993.

Alison Firth, Shelley Lane, and Yvonne Smyth. Readings in Intellectual Properties. London: Sweet and Maxwell, 1998.

Allison Coleman. The Legal Protection of Trade Secret. London: Sweet and Maxwell, 1992.

American Intellectual Property Law Association. The History of AIPLA(Online). American Intellectual Property Law Association, 2009. Available from: http://www.aipla.org/Content/NavigationMenu/About_AIPLA/History/History.htm. 2009. (2010, January 10)

Anna Dahlberg, and Mipasi Sinjela, Human right and intellectual property rights: tension and convegence. The Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

Charles R. McManis. Intellectual property and unfair competition in a nutshell, Fourth Edition. St.Paul, Minnesota: West Group, 2000.

Christopher Heath. The System of Unfair Competition Prevention in Japan. UK: Kluwer Law International, 2001.

Christopher J Millard. Legal Protection of Computer Programs and Data. London: Sweet and Maxwell, 1959.

Daniel Gervats. The TRIPs agreement drafting history and analysis. London: Sweet and Maxwell Limited, 1998.

Dario A. Machleidt. Japanese Trade Secret Protection: Litigants Can Feel Secure Bringing Misappropriation Claims in Japanese Courts. CASRIP Newsletter(Online). University of Washington, 2008. Available from: <http://www.law.washington.edu/Casrip/Newsletter/default.aspx?year=2008&article=newsv15i1TradeSecret> (2009, December 13)

David Bainbridge. Intellectual property, Third Edition. London: Pitman Publishing 1996.

Deborah E. Bouchoux. Intellectual property: the law of trademarks, copyrights, patents and trade secrets, First Edition, New York: West Legal Studies/Thomson Learning, 2000

Derek J. Mason, Gerald J. Mossinghoff and David A. Oblon. The Economic Espionage Act: Federal Protection for Corporate Trade Secrets(Online). 1999. Available from: <http://www.oblon.com/Pub/economicespionageactII.html> (2009, December 13)

Donald A.Gregory, Charles W. Saber, and Jon D. Grossman. Introduction to Intellectual Property Law. Washington: The Bureau of National Affairs Inc, 1994.

Donald S.Chisum, and Michael A. Jacobs. Understanding intellectual property law. New York: Matthew Bender and Co,Inc., 1996.

Doris Estelle Long, and Anthony D'Amato. A coursebook in intellectual property. Minnesota : West Group St.Paul,,2000.

Earl W. Kintner, and Jack L. Lahr. An Intellectual Property Law Primer. New York: Macmillan Publishing, 1975.

Guy Triton, Richard Davis, Michael Edenborough, James Gratram, Simon Malymicz, and Ashley Rougton. Intellectual Property in Europe (Online). 2008. Available from: <http://www.law.washington.edu/Casrip/Newletter/Default.aspx=newsv15i1TradeSecret> (2009, December 13)

Hiroshi Oda. Japanese commercial law in an area of internationalization, First Edition. London: Graham & Trotman Limited, 1994.

Holly Emrick Svetz. Japan's New Trade Secret Law: We asked for it – Now what have we got?, George Washington Journal of International Law and Economics 26(1992): 413-449.

Industrial law society. Law Commission Consultation Paper No. 150 – “Legislating the Criminal Code: Misuse of Trade Secrets”. Industrial Law Journal(Online), 1998 Available from: <http://ilj.oxfordjournals.org/misc/terms.dtl> (2009, December 20)

John Hull. Commercial Secrecy Law and Practice. London: Sweet and Maxwell, 1998.

Jon Lang. The Protection of Commercial Trade Secrets(Online). 2003. Available from: <http://www.jonlang.com/pdf/EIPR%20Vol%2025%20Issue%2010.pdf> (2009, September 13)

Keith Hodkinson. Protection and exploiting new technology and designs, First Edition. New York: E. & F. N. Spon., 1987.

Lee B. Burgunder. Legal aspects of managing technology, Second Edition. Ohio: Thomson Learning, 2004.

Lionel Bently. and Brad Sherman. Intellectual property law. Second Edition. Oxford; New York : Oxford University Press. 2001.

Margarette Jackson. A Practical Guide to Protecting Confidential Business Information. Thomson Lawbook Co. Sydney, Australia 2003.

Mark R. Halligan. International Protection of Trade Secrets(Online). Available from: <http://tradesecretshomepage.com/intern.html> (2009, November 20)

Mark R Halligan, and Richard F. Weyand. The Economic Valuation of Trade Secret Assets(Online). The Trade Secret Office, Inc, 2000 - 2004. Available from: <http://thetso.com/Info/evaluation.html> (2009, September 13)

Michael Edenbrought. Intellectual property, First Edition. London: Cavendish Publishing, 1995.

Michael Risch. Trade secrets and their history. Marquette Intellectual Property Law Review (Online). US: BNET, 2007. Available from: http://findarticles.com/p/articles/mi_m0CW/is_1_11/ai_n25000985/pg_4 (2009, November 21)

NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. Uniform trade secrets act with 1985 amendments with prefatory note and comments. Available at: <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1980s/utsa85.htm>

NG-Loy Wee Loon. Law of intellectual property of Singapore. 1st reprint, Singapore: Sweet and Maxwell Asia, 2008.

Palida A. Padilla Torres. Overview of International Trade Secret Protection(Online). National Law Center for Inter-American Free Trade, 2001. Available from: <http://www.natlaw.com/pubs/spmxi14.htm> (2009, September 11)

Paul Goldstein. International Intellectual Property Law Cases and Materials. New York: Foundation Press, 2001.

Paul Marett. Intellectual Property Law. London: Sweet and Maxwell, 1996.

Richard Stim. Intellectual property: patents, trademarks and copyrights, 2nd edition. United States: West Thomson Learning, 2002.

Robert Dean. The law of trade secrets, 1st edition. Sydney, Australia: The Law Book Company, 1990.

- Roger E. Schechter. Selected intellectual property and unfair competition statutes, regulations and treaties, First Edition. St. Paul, Minn.: West Public Company, 1995.
- Steven D. Anderman. The interface between intellectual property right and competition policy, 1st published. New York: Cambridge University Press, 2007.
- Talhiya Sheikh (Intern, SMEs Division, WIPO). Trade Secrets and Employee Loyalty. SMEs Division, WIPO, Available from: http://www.wipo.int/sme/en/documents/trade_secrets_employee_loyalty.html (2009, September 11)
- Tatsubumi Sato. Protection of Trade Secret in Japan(Online). 2006. Available from: http://www.ip.courts.go.jp/documents/pdf/thesis/060928_29_1.pdf (2009, December 13)
- Terrence F. MacLaren. Licensing Law Handbook, 2002-2003 ed.. Minnesota: West Group, 2003.
- Teruo Doi. The intellectual property of Japan. U.S.A.: Sijthoff & Nobrdhoff, 1980.
- Teruo Doi, and Warren L. Shattuck. Patent and Know-How Licensing in Japan and the United States. Washington: The University of Washington Press, 1977.
- The Trade Secret Office. Trade secret office overview(Online). The Trade Secret Office, 2004. Available from: <http://www.thetso.com/Info/overview.html>. (2010, January 10)
- Tina Hart, and Linda Fazzani, Intellectual property law, Third Edition. New York: Palgrave Macmillan, 2004.
- US Congressional Record - Senate. Appendix 0: Legislative History – Economic Espionage Act of 1996. Proceedings and Debates of the 104th Congress(Online). US Department of Justice: 1996. Available from: <http://www.justice.gov/criminal/cybercrime/EEAleghist.htm> (2009, December 13)

William Cornish, and David Liewelyn. Intellectual property: patents, copyrights, trademarks and allied Rights, Fifth edition. London: Sweet & Maxwell, 2007.

William van Caenegem. Intellectual property law and innovation. 1st published. Australia: Cambridge University Press. 2007.

WIPO. WIPO IP Handbook. Available from: WIPO official website.

WIPO. Model Provisions on Protection against Unfair Competition(Online). WIPO, 1996. Available from: <http://www.wipo.int/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?bib=22617> (2009, September 13)

WTO, TRIPs Agreement, Available at: WTO Website.

W.R. Cornish. Cases and materials on intellectual property. London: Sweet and Maxwell, 1999.

W.R.Cornish. Intellectual property: patents, copyrights, trademarks and allied rights, Fourth Edition. London. Sweet and Maxwell: a Thomson Company 1999.

Yoshikaza Iwase, Wakako Sekiyama, Anderson Mori & Tomotsune. The Latest Amendments to the Japanese Unfair Competition Prevention Law. JTA Bulletin Issue No. 11(Online). Japan: Japan Trademark Association, (n.d.). Available from: www.jp-ta-jp/pdf/committee/005/JTA/11b.pdf. (2009, December 13)

Yukio Yanagida, Daniel H.Foote, Edward Stokes Johnson, Jr., J. Mark Ramseyer, and Hugh T.Scogin, Jr.. Law and investment in Japan: cases and materials, Second Edition. U.S.A: Harvard University Press, 1994.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวนิออน ลี เกิดเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม พ.ศ. 2527 สำเร็จการศึกษาระดับมัธยมปลาย จากโรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยปีการศึกษา 2550 ได้รับประกาศนียบัตรวิชาความรู้ จากสำนักฝึกอบรมวิชาความรู้แห่งสภาทนายความ รุ่นที่ 27 เนติบัณฑิตไทยสมัยที่ 60 และได้เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2550 ในระหว่างการศึกษาเคยทำงานอยู่บริษัท ดำเนิน สมเกียรติ และบุญมา จำกัด ตั้งแต่ พ.ศ. 2551 - 2553

ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย