

บทที่ 3

กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความลับทางการค้า

3.1 หลักการคุ้มครองความลับทางการค้าตามข้อตกลง TRIPs

3.1.1 ที่มาของความตกลง TRIPs

การเจรจาการค้าพหุภาคีรอบโตเกียว (Tokyo Round) ในปี พ.ศ.2516 – 2522 ประเทศพัฒนาแล้วบางประเทศได้มีความพยายามให้มีการจัดทำประมวลว่าด้วยการต่อต้านสินค้าปลอมแปลง (Anti-counterfeiting Code) ขึ้น เนื่องจากการปลอมแปลงและลอกเลียนแบบสินค้าในทรัพย์สินทางปัญญาก่อให้เกิดการบิดเบือนและเป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรี แต่ความพยายามดังกล่าวก็ไม่ประสบความสำเร็จ ต่อมา ในการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย (Uruguay Round) ในปี พ.ศ.2529²⁷ ประเทศพัฒนาแล้วก็ประสบความสำเร็จในการผลักดันประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเข้าสู่การเจรจา การเจรจารอบอุรุกวัยในช่วงแรกเป็นไปอย่างยากลำบาก สาเหตุหนึ่งเป็นเพราะการเจรจาในประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานี้เอง เนื่องจากประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนามีความเห็นและแนวคิดที่ต่างกัน เรื่องสิทธิบัตรเป็นประเด็นหนึ่งที่ประเทศต่าง ๆ มีความเห็นขัดแย้งกันมาก ในขณะที่สหรัฐอเมริกาต้องการให้มีการคุ้มครองการประดิษฐ์ในทุกสาขาเทคโนโลยี แต่กลุ่มประชาคมยุโรปต้องการให้ยกเว้นการประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพ ส่วนประเทศกำลังพัฒนายังคัดค้านในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรยาโรคะ

จากความขัดแย้งดังกล่าว ส่งผลให้การเจรจาดำเนินไปอย่างล่าช้า จนกระทั่งวันที่ 20 ธันวาคม พ.ศ.2534 ได้มีการเสนอร่างกรรมสารสุดท้ายรวบรวมผลการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย (Draft Final Act Embodying the Result of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiation) หรือ Dunkel Draft และนำไปสู่ข้อสรุปในการเจรจารอบอุรุกวัยได้สำเร็จ โดยประเทศภาคีของข้อตกลง GATT ได้ร่วมลงนามรับรองกรรม

²⁷ สำนักเจรจาการค้าพหุภาคี, กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, 2548

สารสุดท้ายในวันที่ 15 เมษายน พ.ศ.2537 เพื่อจัดตั้งองค์การการค้าโลก และเพิ่มเติมในเรื่องต่าง ๆ ในประเด็นการเจรจาไปในภาคผนวกของข้อตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก ซึ่งข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPs) ก็ได้ถูกเพิ่มเข้าเป็นภาคผนวก 1C ของข้อตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกดังกล่าว (Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization) และได้กำหนดพันธกรณีแก่ประเทศสมาชิกในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยได้กำหนดความคุ้มครองขั้นต่ำสุดในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเทศ โดยครอบคลุมเรื่องต่างๆ โดยสรุปได้ ดังนี้

- การใช้บังคับสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาในแต่ละประเทศ
- การระงับข้อพิพาทด้านทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศสมาชิก
- ระยะเวลาปรับตัวในช่วงการนำระบบใหม่มาใช้

ตามข้อบังคับของความตกลง TRIPs แบ่งออกเป็น 7 หมวด โดยมี 70 มาตรา ซึ่งในส่วนที่สำคัญ คือ หมวดที่ 2 ว่าด้วยเรื่องบรรทัดฐาน ขอบเขต และการใช้มีรายละเอียดดังนี้

1. ลิขสิทธิ์ (Copyrights) (มาตรา 9-14)
2. สิทธิที่เกี่ยวข้อง เรื่องเครื่องหมายการค้า (Trademarks) มาตรา 15-21
3. การระบุแหล่งผลิต (Geographical Indications) มาตรา 22-24
4. การออกแบบทางด้านอุตสาหกรรม (Industrial Design) มาตรา /25-26
5. ข้อบังคับเรื่องสิทธิบัตร (Patents) 27-34
6. การวางผังของแผงวงจรรไฟฟ้า (Layout of Integrated Circuits) 35-38
7. การคุ้มครองข้อมูลลับ (Protection of Undisclosed Information) หรือสูตรการผลิต หรือความลับทางการค้า
8. การควบคุมการต่อต้านการแข่งขัน (Control of Anti-Competitive in Contractual License)

หลักการพื้นฐานของข้อตกลง TRIPs

(1) หลักปฏิบัติเยี่ยงคนในชาติ (National Treatment)

หลักปฏิบัติเยี่ยงคนในชาติภายใต้ข้อตกลง TRIPs นี้มีบัญญัติไว้ใน Article 3 กล่าวคือ ภายใต้ข้อตกลง TRIPs ประเทศภาคีสมาชิกจะต้องปฏิบัติต่อคนของชาติอื่น เช่นเดียวกับที่ปฏิบัติต่อคนในชาติของตน คือต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติระหว่างคนในชาติ

และคนต่างชาติไม่ว่าประเทศใด ๆ ในประเทศภาคีสมาชิก ซึ่งในทางทรัพย์สินทางปัญญานั้นก็จะต้องมีการให้ความคุ้มครองต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของคนต่างชาติในประเทศภาคีสมาชิกไม่น้อยไปกว่าที่ให้แก่นักในชาติ

(2) หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (Most-Favored-Nation Treatment – MFN)

หลักนี้บัญญัติไว้ใน Article 4 ของข้อตกลง TRIPs โดยมีหลักการสำคัญคือ หากประเทศภาคีสมาชิกหากประเทศใดให้สิทธิพิเศษแก่คนในชาติของประเทศภาคีสมาชิกอื่น คนในชาติของประเทศภาคีสมาชิกประเทศอื่น ๆ ที่เหลือจะถือว่าได้รับสิทธิพิเศษนั้นด้วยโดยทันทีและโดยไม่มีเงื่อนไข²⁸

ขอบเขตและวัตถุประสงค์

(1) เป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

ข้อตกลง TRIPs มิได้กำหนดกฎเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไว้ตายตัว แต่ข้อตกลง TRIPs มีลักษณะเป็นมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard) ซึ่งกำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกจะต้องให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญาไม่น้อยไปกว่าที่ได้กำหนดไว้ แต่ละประเทศอาจให้ความคุ้มครองสูงกว่ามาตรฐานของ TRIPs ก็ได้ ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขคือต้องไม่ขัดต่อหลักการและข้อกำหนดในข้อตกลง TRIPs โดยข้อตกลง TRIPs มิได้กำหนดว่าประเทศต่าง ๆ จะต้องใช้วิธีการใดในการปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำดังกล่าว ดังนั้นประเทศต่าง ๆ จึงมีอิสระในการที่จะตัดสินใจว่าจะใช้วิธีการใดในการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ข้อตกลง TRIPs

นอกจากนี้ข้อตกลง TRIPs ยังมีความสัมพันธ์กับอนุสัญญาระหว่างประเทศอื่น ๆ เช่น อนุสัญญากรุงปารีส อนุสัญญากรุงเบิร์น ในลักษณะที่เป็นมาตรการเสริมเพื่อให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เช่น บทบัญญัติใน Article 2 ของ TRIPs ซึ่งกำหนดให้มีการนำเอาบทบัญญัติบางส่วนของอนุสัญญากรุงปารีสมาใช้บังคับ และยังกำหนดว่าข้อตกลง TRIPs จะไม่มีผลต่อพันธกรณีที่ประเทศภาคีสมาชิกมีต่อกันอยู่แล้ว ภายใต้อนุสัญญากรุงปารีส อนุสัญญากรุงเบิร์น และอนุสัญญากรุงโรม เป็นต้น

²⁸ นิชฌาน หัสรังค์, การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรกับการเข้าถึงยารักษาโรคของประเทศไทยในกรอบของข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551

(2) เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและปัจเจกชน

ข้อตกลง TRIPs มีวัตถุประสงค์หลักในการที่จะสร้างความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ในระยะยาวของสังคมกับการให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกชนผู้ทำการประดิษฐ์คิดค้น

การสร้างสรรค์และประดิษฐ์คิดค้นก่อให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี หากปราศจากการให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์คิดค้นแล้ว นักประดิษฐ์คิดค้นก็จะขาดแรงจูงใจในการสร้างสรรค์สิ่งใหม่ ๆ ดังนั้นข้อตกลง TRIPs จึงสร้างหลักประกันในการให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์คิดค้นใหม่ ๆ โดยผู้ประดิษฐ์คิดค้นสามารถมั่นใจได้ว่า ถ้าตนได้คิดค้นสิ่งประดิษฐ์ขึ้นมาแล้วด้วยการลงทุนลงแรง ก็จะได้รับผลตอบแทนคุ้มค่าและเหมาะสม เมื่อมีหลักประกันเช่นนี้แล้ว ก็จะทำให้เกิดแรงจูงใจให้มีการประดิษฐ์คิดค้นสิ่งต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้น และส่งผลให้เกิดการพัฒนาและเกิดความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีต่อไป

นอกจากการให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์คิดค้นและผลประโยชน์ของปัจเจกชนแล้ว ข้อตกลง TRIPs ยังก่อให้เกิดการเรียนรู้และถ่ายทอดเทคโนโลยีสู่สาธารณะ เนื่องจากเงื่อนไขในการขอรับความคุ้มครองภายใต้ข้อตกลง TRIPs นี้กำหนดให้ผู้ประดิษฐ์คิดค้นจะต้องมีการเปิดเผยรายละเอียด วิธีการ กลไกของสิ่งประดิษฐ์และเทคนิคในการประดิษฐ์ซึ่งบุคคลอื่นสามารถนำไปศึกษาค้นคว้าเพิ่มเติมได้แม้ยังอยู่ในระหว่างอายุการให้ความคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์นั้นก็ตาม และเมื่อสิ่งประดิษฐ์นั้นสิ้นอายุในการคุ้มครอง บุคคลใด ๆ ก็สามารที่จะนำสิ่งประดิษฐ์นั้นไปใช้ประโยชน์ได้โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทนใด ๆ อีกทั้ง ยังมีความยืดหยุ่นในการบังคับใช้และตีความ เพื่อให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถปรับแต่งหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการที่จะมุ่งเพื่อประโยชน์สูงสุดแก่สังคมได้อีกด้วย

ภาคีสมาชิกของข้อตกลง TRIPs

ภาคีสมาชิกของข้อตกลง TRIPs นี้ ก็คือสมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization) จำนวน 157 ภาคีสมาชิก นั่นเอง ประเทศไทยเป็น 1 ในประเทศสมาชิกเมื่อวันที่ 1 มกราคม 2538²⁹

²⁹ http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm

3.1.2 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าของ TRIPS

ความตกลง TRIPS ได้รับรองสิทธิในความลับทางการค้าเพื่อป้องกันมิให้ผู้อื่นกระทำการบางประการเกี่ยวกับข้อมูลนั้น ระหว่างการเจรจาหลายฝ่ายรอบอุรุกวัย หรือ GATT นั้น ประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศที่กำลังพัฒนาได้มีการเจรจาและอภิปรายเกี่ยวกับการนำเอาบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลที่ยังไม่ถูกเปิดเผยเพื่อนำเข้าไปรวมไว้ในข้อตกลง TRIPS ด้วย ทั้งนี้ประเทศที่พัฒนาแล้วดังเช่นสหรัฐอเมริกาต้องการนำประเด็นเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญามาเป็นหัวข้อที่ใช้ในการ “ต่อรองแลกเปลี่ยน” กับการเปิดเสรีสินค้าเกษตรตามข้อเรียกร้องของประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งเป็นการแลกเปลี่ยนสำคัญ (The Grand Bargain) ของการเจรจารอบอุรุกวัย โดยต้องการให้ประเทศที่กำลังพัฒนาทั้งหลายให้ความคุ้มครองด้านทรัพย์สินทางปัญญาที่แต่ละประเทศจะได้รับผลประโยชน์ในการเจรจาไม่เท่าเทียมกัน โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาและประเทศกำลังพัฒนาน้อยที่สุด ประเด็นดังกล่าวว่าประเทศพัฒนาแล้วนำโดยสหรัฐอเมริกาและประชาคมยุโรปได้พยายามสร้างแรงกดดันในระดับการเจรจาการค้าสองฝ่ายเพื่อเป็นการบีบบังคับประเทศเล็กๆ เนื่องจากเหตุผลประการสำคัญที่ประเทศที่พัฒนาแล้วส่วนใหญ่ต้องขาดดุลทางการค้าอันเป็นผลมาจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศกำลังพัฒนาที่มีผลกระทบโดยตรงต่อสินค้าของตนเอง ซึ่งประเทศที่พัฒนาแล้วจะมองว่าการคุ้มครองข้อมูลที่ยังไม่เปิดเผยนั้นจะเป็นส่วนที่สำคัญประการหนึ่งของข้อตกลงดังกล่าว

แต่สำหรับประเทศที่กำลังพัฒนาเห็นว่าข้อมูลที่ยังมิได้ถูกเปิดเผย ไม่ควรจะถูกถือว่าเป็นเรื่องของทรัพย์สินทางปัญญา โดยเห็นว่าควรจะนำเรื่องดังกล่าวออกจากข้อตกลง TRIPS เรียกร้องให้มีการจัดระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศขึ้นใหม่ อันจะก่อให้เกิดระบบความยุติธรรมในการค้าระหว่างประเทศและเพื่อให้มุ่งเน้นต่อระบบการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศตนเท่านั้น เห็นได้ว่าประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่มีความเห็นว่าการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญานั้นไม่ได้มีส่วนช่วยต่อการพัฒนาระบบเศรษฐกิจการค้าภายในประเทศตน แต่การให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญากลับจะเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาประเทศเพราะประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่เห็นว่าการลอกเลียนแบบด้านการประดิษฐ์รวมถึงเทคโนโลยีต่างๆ จากประเทศที่พัฒนาแล้วจะเป็นการส่งผลดีต่อประเทศที่กำลังพัฒนาในการพัฒนาศักยภาพภายในประเทศ

ของตน โดยประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศยังมีแนวคิดและความคิดเห็นว่าการ
สร้างสรรค์ทางปัญญานั้นถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของมรดกของมนุษยชาติที่สืบทอดกันมา³⁰

อย่างไรก็ดีท้ายที่สุดก็มีการยอมรับให้บรรจุมูลค่าทางการค้าเข้าเป็นส่วนหนึ่งของ
ข้อตกลง TRIPs และขณะเดียวกันความตกลง TRIPs ก็ได้อ้างอิงถึงอนุสัญญากรุงปารีส
ในวรรคแรกของข้อ 39 ว่า การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามความตกลงนี้มี
วัตถุประสงค์เพื่อให้การป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมตามอนุสัญญากรุงปารีสมี
ประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ซึ่งข้อความดังกล่าวได้แสดงถึงความคาบเกี่ยวระหว่างการคุ้มครอง
ความลับทางการค้ากับหลักกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

มาตรา 39 ของข้อตกลง TRIPs³¹ หมวด 2 การคุ้มครองข้อมูลที่ยังไม่ถูกเปิดเผย

1. เพื่อให้เกิดความมั่นใจในการให้ความคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพต่อการแข่งขัน ที่
ไม่เป็นธรรมดังที่ระบุไว้ในมาตรา 10 ทวิ ของอนุสัญญากรุงปารีส (1967) ประเทศภาคี
สมาชิกจะต้องให้การคุ้มครองข้อมูลที่ยังไม่ถูกเปิดเผยตามวรรค 2 รวมทั้งข้อมูลที่ต้อง
ยื่นต่อหน่วยงานของรัฐ ตามวรรค 3 ด้วย

2. บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลจะสามารถปกป้องข้อมูลที่ถูกกฎหมายภายใต้การ
ควบคุมเพื่อมิให้ถูกนำไปเปิดเผย การเข้าถึง หรือการใช้โดยบุคคลอื่นซึ่งมิได้รับการ
ยินยอมในลักษณะที่ขัดต่อแนวปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน

(ก) เป็นข้อมูลความลับในลักษณะที่ซึ่งไม่เป็นที่รู้จักกันทั่วไป หรือไม่สามารถ
เข้าถึงได้โดยง่าย โดยบุคคลที่อยู่ในวงธุรกิจเดียวกันที่ปกติแล้วจะต้องใช้
ข้อมูลดังกล่าว ไม่ว่าข้อมูลนั้นจะเป็นข้อมูลโดยลำพังของตัวมันเองหรือ
เป็นส่วนร่วมประกอบเป็นส่วนหนึ่งของส่วนประกอบอื่นก็ตาม

(ข) เป็นข้อมูลที่ซึ่งผู้ที่มีคุณค่าในเชิงพาณิชย์อันเนื่องมาจากการเป็นความลับ
ของข้อมูลดังกล่าว และ

(ค) เป็นข้อมูลที่ซึ่งผู้เป็นเจ้าของโดยชอบ โดยกฎหมายหรือผู้ควบคุมข้อมูล
จะต้องพยายามจัดเก็บข้อมูลดังกล่าวไว้เป็นความลับตามขั้นตอนอัน
สมควร

³⁰ จีรัฐยา โสกา, ความตกลงเกี่ยวกับความลับทางการค้าภายใต้ต้องการการค้าโลก : สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548, หน้า 11

³¹ Trips Agreement

3. กรณีที่ประเทศภาคีสมาชิกกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตให้มีการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ ยา หรือผลิตภัณฑ์เคมีทางการเกษตรที่ใช้สารเคมีชนิดใหม่ โดยกำหนดให้มีการยื่นข้อมูล หรือผลการสอบที่ยังมิได้ถูกเปิดเผยต่อหน่วยงานของรัฐแล้ว หน่วยงานของรัฐดังกล่าว จะต้องใช้ความพยายามในการที่จะป้องกันมิให้มีการนำข้อมูลเหล่านั้นไปใช้ในเชิง พาณิชย์ในลักษณะที่ไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมด้วย นอกจากนี้ประเทศภาคีสมาชิก จะต้องให้การคุ้มครองต่อการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวไว้ด้วย เว้นแต่ในกรณีที่ทำเป็นเพื่อ ปกป้องสาธารณะชนซึ่งจะสามารถทำได้โดยที่อย่างน้อยต้องจัดให้มีขั้นตอนทำให้มั่นใจ ได้ว่าข้อมูลดังกล่าวจะไม่ถูกนำไปใช้ในเชิงพาณิชย์ในลักษณะที่ก่อให้เกิดความไม่เป็น ธรรมไว้ด้วย

สาระสำคัญขององค์ประกอบของการละเมิดความลับทางการค้าข้อ 39³²

หลักทั่วไป

(1) การละเมิดความลับทางการค้าตามข้อ 39 ของความตกลง TRIPS แยกเป็น องค์ประกอบได้ ดังนี้

- 1) มีการละเมิดโดยการเปิดเผย (disclosed to) เอาไป (acquired by) หรือ นำไปใช้ (used) โดยผู้อื่นซึ่งการกรำดังกล่าวจะต้องปราศจากความยินยอม จากผู้ที่ควบคุมข้อสนเทศ (information) นั้น โดยถูกต้องตามกฎหมาย คำว่า ผู้ควบคุมโดยถูกต้องตามกฎหมาย (lawfully within control) คือ เจ้าของ ข้อสนเทศดังกล่าวซึ่งจะต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไปเช่น ในเรื่อง ลิขสิทธิ์ จะเห็นได้ชัดเจนว่าหากลูกจ้างค้นพบสิ่งประดิษฐ์ในทางการที่จ้าง ขึ้นมาด้วยตนเองแล้วสิ่งนั้นย่อมเป็นทรัพย์สิน (ลิขสิทธ์) ของลูกจ้าง เว้น แต่สัญญาจ้างจะระบุให้เป็นของนายจ้างแต่ถ้าลูกจ้างค้นพบความลับ ทางการค้าขึ้นมาเพราะการศึกษาทดลองหรือวิจัยของบริษัทที่ตนทำงานอยู่ และมีสัญญากันว่าลูกจ้างนั้น จะรักษาความลับดังกล่าว เช่นนี้ บริษัทผู้ว่า จ้างย่อมเป็นเจ้าของความลับนั้นอย่างไรก็ดี เป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมาย ความลับทางการค้าของประเทศที่ใช้ระบบ Common Law มิได้กำหนด คุณสมบัติเฉพาะของผู้ที่จะเป็นเจ้าของความลับ คงเป็นเรื่องของการพิสูจน์ ซึ่งจะต้องทำให้ศาลเชื่อได้ว่าผู้ที่อ้างว่ามีการละเมิดความลับทางการค้า เป็นเจ้าของความลับดังกล่าว เพื่อให้มีฐานะเป็นโจทก์หรือผู้เสียหายในคดี

³² อ้างแล้ว น. 469-475

ได้ (locus standing) สำหรับความตกลง TRIPS ในเรื่องนี้ ก็คงระบุเพียงว่า ผู้ที่จะเป็นผู้เสียหายได้จะต้องเป็นผู้ที่ควบคุมข้อสนเทศที่เป็นความลับ โดยถูกต้องตามกฎหมายเพื่อให้เป็นคำกว้างๆ สุดแต่ภาคีแต่ละภาคีจะพิจารณานิยามความหมายตามความเหมาะสม เช่น ตัวแทน (agent) หรือผู้ที่ได้รับใบอนุญาตตามความตกลง (licensing agreement) ก็อาจจะรวมอยู่ในความหมายของคำว่า “เจ้าของ” หรือ “ผู้ควบคุม”

- 2) สำหรับวิธีการที่จะถือว่าเป็นการกระทำผิดนั้นคงมีเพียง 3 วิธี คือเปิดเผยเอาไป หรือนำไปใช้ ซึ่งในกรณีของทรัพย์สินอื่นอาจมีวิธีการล่วงละเมิดได้มากกว่านี้แต่สำหรับความลับทางการค้าทั้ง 3 วิธีน่าจะครอบคลุมวิธีการล่วงละเมิดสิทธิได้แล้ว

(2) การละเมิดตามข้อ (1) ข้างต้น จะต้องกระทำ “ในลักษณะที่ขัดต่อแนวปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่ตรงต่อกัน” (in a manner contrary to honest commercial practices) ซึ่งเชิงอรรถได้ขยายความต่อว่า หมายถึง “อย่างน้อยที่สุด แนวทางปฏิบัติ เช่น การละเมิดสัญญาการละเมิดความลับและการจงใจละเมิด และรวมถึงการได้ข้อสนเทศที่ไม่พึงเปิดเผยโดยบุคคลที่สามซึ่งรู้หรือโดยประมาทเลินเล่อไม่รู้ว่ามาได้มาซึ่งข้อสนเทศเกี่ยวข้องกับแนวทางปฏิบัติเช่นนั้น” และหากกล่าวโดยรวมแล้ว ถ้อยคำดังกล่าวคงมีหลักการเดียวกับคำว่า “Misappropriation” หรือ “Improper means” ในกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบ Common Law มาก แต่ความตกลง TRIPS กลับใช้คำว่า “Honest Commercial Practices” เพื่อให้มีความหมายกลางๆ ที่ทั้งฝ่าย Common Law หรือประชุมคมยุโรปต่างก็ยอมรับได้ เทคนิคในการร่างสนธิสัญญาหรือความตกลงเช่นนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เห็นว่าสนธิสัญญาหรือความตกลงนั้น เป็นผลมาจากการเจรจาที่สามารถระดมยอมทำทีของทุกๆ ฝ่ายแล้ว โดยมีให้เห็นว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายชนะ และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายแพ้ นอกจากนั้นก็เพื่อให้สนธิสัญญาหรือความตกลงมีลักษณะสมดุล (balanced) ต่อทำทีของทุกฝ่าย ถึงแม้ว่าตามความเป็นจริงแล้ว ข้อบทที่เขียนจะมีความมุ่งหมายที่จะสะท้อนแนวทางหรือทำทีของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งออกมาก็ตาม และการตีความสนธิสัญญาหรือความตกลงดังกล่าว ก็จะต้องตีความไปตามนั้น ซึ่งถือว่าตีความโดยสุจริต (in good faith) แล้ว เพราะเป็นไปตามเจตนาของผู้ร่าง การที่จะตีความเป็นอย่างอื่นอาจจะกลับทำให้เป็น ไม่สุจริต (in bad faith) แม้จะไม่ใช่ทุจริต ก็เป็นไปได้

(3) ลักษณะของข้อสนเทศนั้นจะต้อง ไปเปิดเผย ซึ่งหมายถึง เป็นความลับ(secret) และมีคุณค่าเชิงพาณิชย์ (commercial value) การที่จะทราบว่าสิ่งใดเป็นความลับหรือไม่นั้น สำหรับศาลในสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาว่าเจ้าของความลับจะต้องมีมาตรการป้องกันมิให้ความลับล่องรู้ไปสู่บุคคลอื่นที่มีได้รับอนุญาตโดยจะต้องใช้ความระมัดระวังอย่างสมเหตุสมผล (Reasonable Precaution) ในอันที่จะต้องรักษาความลับไว้ เช่น ให้นำบุคคลเฉพาะบางคนเท่านั้น ที่สามารถเข้าถึงข้อมูลที่เป็นความลับได้ตามหลัก Need – to –know หรือการมีระบบรักษาความปลอดภัย การใช้ความระมัดระวังในขั้นนี้บางครั้งก็อาจต้องเสียค่าใช้จ่ายสูง ซึ่งคงจะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป เคยมีตัวอย่าง E.I. du Pont de Nemours & Co., Ltd. v. Christopher ซึ่งจำเลยได้ถ่ายภาพทางอากาศของโรงงานทำ Methanol ของโจทก์ เพื่อค้นหากระบวนการผลิตที่เป็นความลับ ศาลเห็นว่าเป็นการละเมิดความลับทางการค้าแล้วเพราะหากจะต้องบังคับให้โจทก์ต้องสร้างหลังคาปิดโรงงานให้มีมิดชิด ย่อมจะทำให้โจทก์เสียค่าใช้จ่ายโดยไม่สมเหตุผล ในศาลอังกฤษก็เคยมีคดี Saltman Engineering v. Campbell Co. ที่ตัดสินว่าข้อสนเทศที่เป็นความลับจะต้องไม่เป็นทรัพย์สินของสาธารณะและสิ่งที่สาธารณชนรู้แล้ว

อีกคำหนึ่งที่ต้องทำความเข้าใจ คือ คำว่า “คุณค่าในเชิงพาณิชย์”อันที่จริงในเรื่องของข้อสนเทศที่จะได้รับความคุ้มครองนั้น จะต้องมียุทธศาสตร์ (value) ซึ่งอาจไม่เป็นตัวเงิน (financial) ก็ได้ แต่คงต้องมีคุณค่าที่จะใช้ (use value) คือใช้ประโยชน์ในการประกอบหรือมีจะนั้นก็คือ มีคุณค่าในลักษณะผูกขาด (monopoly) ที่เจ้าของความลับเท่านั้นที่ล่องรู้ และหากล่องรู้ไปแล้วก็จะทำให้คู่แข่งสามารถนำไปผลิตสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกัน ซึ่งเป็นการแย่งตลาดของเจ้าของความลับไป อันเป็นการทำให้เจ้าของความลับสูญเสียประโยชน์ (ในทางธุรกิจหรือที่เป็นตัวเงิน) นั่นเอง

3.1.3 ข้อยกเว้นในการละเมิดความลับทางการค้าตามข้อตกลง TRIPs

ข้อยกเว้นของการคุ้มครองข้อสนเทศที่ยังไม่ถูกเปิดเผย ซึ่งถูกระบุเอาไว้ภายใต้ข้อตกลง TRIPs คือ หากภาคีใดกำหนดเงื่อนไขว่าเจ้าของความลับดังกล่าวต้องนำผลการทดสอบหรือข้อมูลที่เป็นความลับ ไปแจ้งให้ทางราชการทราบก่อนที่จะดำเนินการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ยาหรือเคมีภัณฑ์ทางเกษตรซึ่งใช้สารเคมีตัวใหม่แล้ว ภาคีนั้นก็สามารถกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวได้ แต่จะต้องรักษาความลับนั้นไว้ เว้นแต่เป็นกรณีที่ทำเป็นเพื่อคุ้มครองสาธารณชนหรือจะต้องมีมาตรการที่ความลับนั้นจะไม่ถูกนำไปใช้ในเชิง

พาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งความลับดังกล่าวนั้นจะต้องได้มาโดยความพยายามเป็นอย่างมากด้วย³³

3.2 หลักการคุ้มครองความลับทางการค้าของประเทศอังกฤษ

3.2.1 ที่มา

ความลับทางการค้าในประเทศอังกฤษเกิดขึ้นในต้นศตวรรษที่ 19 ประมาณ ปี ค.ศ. 1800 แล้วจึงมีการพัฒนาตามความที่ต้องมีการเปลี่ยนแปลงทางธุรกิจ การแข่งขันทางการค้า การแข่งขันทางเทคโนโลยีรวมไปถึงการจ้างแรงงาน สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ล้วนแต่ผลักดันให้มีกฎหมายที่เกี่ยวกับความลับทางการค้า เพื่อที่จะให้ความคุ้มครองธุรกิจและข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าต่าง ๆ ต่อไป

หลักกฎหมายว่าด้วยความคุ้มครองความลับทางการค้าของประเทศอังกฤษเกิดขึ้นจากแนวบรรทัดฐานของศาล เริ่มจากข้อเท็จจริงในคดีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของเจ้าของข้อมูลอันมีที่มาจากหลักกฎหมายว่าด้วยการละเมิดความไว้วางใจ (The Law of Breach of Confidence) คดีส่วนมากที่เกิดขึ้นในยุคนี้มักเป็นคดีที่เกี่ยวกับสิทธิบัตรยา เนื่องจากยังเป็นยุคที่ยังมีการใช้ยาที่มีตามธรรมชาติ ประชาชนยังไม่มีความรู้และการศึกษาที่เพียงพออีกทั้งผู้ผลิตยาก็มีเรื่องของผลประโยชน์ที่เป็นเงินจำนวนมากเข้ามาเกี่ยวข้อง

คดีที่ถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นเกี่ยวกับความลับทางการค้า ได้แก่ คดี Prince Albert v. Strange (1849) ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีมีว่า จำเลยพิมพ์เผยแพร่รูปภาพเจ้าชายอัลเบิร์ตและพระนางวิกตอเรีย ซึ่งรูปเหล่านี้นายบราวน์ช่างพิมพ์หลวงได้รับมอบให้ทำการจัดพิมพ์เป็นส่วนตัว นายมิดเดิลตันลูกจ้างของนายบราวน์ทำการพิมพ์รูปเกินจำนวนที่ได้รับคำสั่งจึงนำรูปที่เกินนี้ไปมอบแก่บุคคลอื่นและมีการขายต่อ ๆ มาจนถึงจำเลย ศาลชั้นต้นพิพากษาห้ามจำเลยพิมพ์รูปดังกล่าว ศาลอุทธรณ์พิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น โดยให้เหตุผลว่า การจัดพิมพ์รูปไม่แตกต่างจากการพิมพ์รูปที่พิมพ์จากแม่พิมพ์ ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิในรูปพิมพ์อันเป็นทรัพย์สิน โจทก์

คดี Morrison v. Moat (1851) ซึ่งคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า การที่เจ้าของร้านบอกให้ผู้เป็นหุ้นส่วนทราบถึงสูตรลับในการปรุงอาหาร โดยความไว้วางใจต่อกัน เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนนำไปเปิดเผยให้บุตรชายทราบ บุตรชายของผู้เป็นหุ้นส่วนนั้นต้องถูกสั่งห้ามมิ

³³ อ้างแล้ว น. 35

ให้ได้รับประโยชน์จากการใช้สูตรลับอันได้มาจากการผิคน้ำที่ต่อความไวเนื้อเชื้อใจต่อกัน

จากทั้งสองคดีนี้เห็นได้ว่าเป็นการผิคน้ำที่ต่อความไว้วางใจ หน้าที่แห่งความไวเนื้อเชื้อใจต่อกันและการผิคน้ำซึ่งมีรากฐานของหลักแห่งความยุติธรรม(equity) ที่จำเป็นจะต้องให้ความคุ้มครอง

คดีที่มีความสำคัญและเป็นบรรทัดฐานของการละเมิดความไว้วางใจ คือ คดี Coco V. A. N. Clark (Engineering) Ltd. (1969) ซึ่งคดีนี้ Megarry J. ได้วางหลักกฎหมายไว้ว่า

“การละเมิดความไว้วางใจต้องมีองค์ประกอบดังนี้

- 1) ข้อมูลดังกล่าวต้องมีคุณสมบัติเพียงพอที่จะเป็นความลับ
- 2) ต้องมีการบอกให้บุคคลอื่นทราบ โดยบุคคลนั้นมีหน้าที่ที่ต้องเก็บรักษาไว้เป็นความลับ
- 3) ต้องมีการใช้ข้อมูลดังกล่าวโดยมิได้รับอนุญาต อันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เป็นเจ้าของ”

การคุ้มครองความลับทางการค้าในอังกฤษนั้น จึงถือได้ว่ามีที่มาจากหลักกฎหมายว่าด้วยการละเมิดความไว้วางใจ (The Law of Breach of Confidence) โดย F.Gurry (1984) ได้สรุปแนวคำพิพากษาคดี Breach of Confidence เกี่ยวกับเงื่อนไขสำคัญที่เป็นตัวชี้วัดความสัมพันธ์อันก่อให้เกิดความไว้วางใจ 3 ประการ

- 1) ในการเปิดเผยข้อมูล ผู้เปิดเผยจะต้องแสดงให้เห็นให้ผู้รับข้อมูลทราบว่าข้อมูลนั้น เป็นข้อมูลลับ หรือถูกเก็บไว้ว่าเป็นความลับ ซึ่งคนทั่วไปไม่สามารถล่วงรู้ได้
- 2) ผู้มอบความลับต้องระบุให้ผู้รับข้อมูลมีภาระหน้าที่ที่จะต้องเก็บรักษาข้อมูลดังกล่าวไว้เป็นความลับเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการที่บุคคลทั้งสองได้มาสัมพันธ์กัน โดยผู้รับข้อมูลจะนำข้อมูลไปใช้ประโยชน์อย่างอื่น ๆ นอกเหนือจากที่มุ่งประสงค์ในการก่อให้เกิดความสัมพันธ์กันนั้นไม่ได้ และหน้าที่นี้ยังเชื่อมโยงไปยังบุคคลที่สาม ที่ได้รับข้อมูลนั้นไปโดยไม่รู้ถึงฐานะความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทั้งสองนั้นด้วย
- 3) ในกรณีที่มีการละเมิดความไว้วางใจ ผู้มอบความลับต้องมีภาระพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าการกระทำอันขัดต่อหน้าที่ของผู้รับข้อมูลพิพาท โดยผู้รับข้อมูลได้นำข้อมูลนั้นไปแสวงหาประโยชน์อย่างอื่น เป็นการนอกเหนือไปจากที่ได้เข้ามามีความสัมพันธ์ต่อกัน

จากหลักทั้งสามประการจะเห็นได้ว่า หนี้หรือหน้าที่ของผู้รับข้อมูลที่เกิดขึ้นจากการที่มีความสัมพันธ์ (Relationship) อยู่ต่อผู้เปิดเผยข้อมูลก่อนเป็นพื้นฐานแตกต่างกับในกรณีที่บุคคลเข้ามาครอบครองหรือบุกรุกที่ดินตนเอง แม้ถึงว่าบุคคลผู้นั้นจะไม่มีนิติสัมพันธ์หรือความสัมพันธ์ใดๆ กับเจ้าของที่ดินมาก่อนเลย สิทธิอำนาจของเจ้าของที่ดินเช่นนี้ย่อมเป็นที่ทราบกันดีว่า เกิดจากอำนาจกรรมสิทธิ์ ที่กฎหมายรับรองให้มีอำนาจทำได้และสามารถใช้อำนาจกรรมสิทธิ์ยื่น หรือต่อสู้บุคคลได้ทั่วไป เว้นแต่บุคคลอื่นนั้นจะมีสิทธิดีกว่า จะเห็นได้ว่าอำนาจของเจ้าของที่ดินเกิดจากตัวที่ดินเป็นฐาน

นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้เปิดเผยหรือเจ้าของความลับทางการค้ากับผู้รับข้อมูลเกิดขึ้นเพราะเหตุที่เขาทั้งสองมีกิจกรรมอันใดอันหนึ่งเป็นต้นเหตุให้ต้องมีสัมพันธ์กัน เช่น ความเป็นนายจ้าง ลูกจ้าง ความเป็นผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้าง เป็นต้น หากปราศจากสิ่งซึ่งความสัมพันธ์เบื้องต้นดังกล่าวแล้ว ก็ไม่มีทางที่จะก่อให้เกิดภาระหน้าที่ในระหว่างเขาทั้งสองได้ และเมื่อพิจารณาเลยไปถึงบุคคลที่สามก็เช่นเดียวกัน หากว่าบุคคลที่สามนั้นเป็นบุคคลภายนอกผู้สุจริตจึงไม่มีภาระหน้าที่ตกติดตัวบุคคลที่สามนี้ในเวลาที่เขาได้รับข้อมูลนั้นมาอีกต่อหนึ่งนี่จึงเป็นที่มาแนวคิดที่ว่า กฎหมายความลับทางการค้าไม่ใช่สิทธิในทรัพย์สิน หรือทรัพย์สิน

ผลของแนวคิดดังกล่าวในอีกด้านหนึ่ง ในคดีอาญา ศาลอังกฤษจึงเห็นว่า ความลับทางการค้าไม่ใช่ทรัพย์สินที่จะเป็นวัตถุแห่งการกระทำในทางอาญา เช่น การขโมย (Theft) คือ คำพิพากษาในคดี Oxford V. Moss (1979) 68 Cr. App. R. 183 แต่อย่างไรก็ตามผลของการตีความว่า ความลับทางการค้าไม่ใช่ทรัพย์สินนั้น มีผลมาจากการที่ The English Theft Act มาตรา 4 (1) ให้นิยามของทรัพย์สินไว้ ซึ่งทำให้ความลับทางการค้าอยู่นอกเหนือความหมายของนิยามนี้ (Coleman 1992,99)

จากหลักดังกล่าวอาจสรุปได้ดังนี้ ข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองต้องมีลักษณะของการเป็นความลับมีคุณสมบัติที่จะได้รับความไว้วางใจ ข้อมูลนั้นได้มาจากสถานะที่ก่อให้เกิดหน้าที่ที่เก็บรักษาไว้เป็นความลับ ไม่เป็นข้อมูลที่รู้กันอยู่แล้วโดยทั่วไปในสาธารณะและมีการใช้ข้อมูลนั้น โดยไม่ได้รับอนุญาตก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่เป็นเจ้าของข้อมูล เป็นต้น เมื่อมีลักษณะดังกล่าวแล้ว ผู้ที่ได้รับข้อมูลต่อไป คือ ผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ ซึ่งมีหน้าที่จะไม่นำข้อมูลดังกล่าวที่ได้จากเจ้าของความลับทางการค้าไปใช้หรือทำประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาต

3.2.2 การบังคับใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองความลับทางการค้าของประเทศอังกฤษ

เนื่องจากการที่ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Common Law ทำให้การคุ้มครองความลับทางการค้าจึงยังไม่เคยมีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การตัดสินใจคดีต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าตั้งแต่อดีตมาจนปัจจุบันในกรณีของประเทศอังกฤษนั้น จึงเป็นการปรับใช้หลักความสัมพันธ์อันเป็นที่ไว้วางใจ (Law of Confidence) ว่า เมื่อใดจึงจะเกิดความสัมพันธ์ที่ก่อให้เกิดภาระหน้าที่แก่อีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้รับการเปิดเผย การปรับข้อเท็จจริงในคดีเข้ากับข้อกำหนดความลับทางการค้า ดังนั้นจึงยังไม่มีกฎหมายเฉพาะในการปกป้องคุ้มครองความลับทางการค้า แต่จะใช้ในรูปแบบของสัญญา หรือ ภายใต้ความคุ้มครองตามหลักกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) ซึ่งประเทศส่วนใหญ่ในสหภาพยุโรปก็ใช้ความคุ้มครองเรื่องความลับทางการค้าในลักษณะเดียวกัน

3.3 หลักการคุ้มครองความลับทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา

3.3.1 ที่มา

ระยะเริ่มแรก ประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับกฎหมายความลับทางการค้ามาจากประเทศอังกฤษที่มีการวางแนวความคิดการคุ้มครองข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าจากคำพิพากษาของศาลมาเป็นแนวทางในการวินิจฉัยพิพากษาคดี เพราะประเทศสหรัฐอเมริกาในขณะนั้นยังไม่มีหลักกฎหมายความลับทางการค้าใช้ของตนเอง ต่อมาศาลมลรัฐต่างๆ และรัฐบาลกลาง จึงมีการพัฒนาคดีเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองต่อข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้ารวมทั้งวางแนวการพิจารณาพิพากษาคดีว่าข้อมูลอันเป็นความลับนั้นควรมีลักษณะอย่างไร

ต้นศตวรรษที่ 20 ประเทศสหรัฐอเมริกามีการทำให้กฎหมายของแต่ละมลรัฐมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมากขึ้นในรูปแบบของ “คำอธิบายกฎหมายเฉพาะเรื่อง” (Restatement) จึงเกิดคำอธิบายกฎหมายเฉพาะเรื่องละเมิด (Restatement of Tort) ซึ่ง The Restatement of Tort, Section 757 Comment B. กำหนดคุณสมบัติของข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองไว้ว่า ต้องเป็นข้อมูลที่มีการซื้อขายต่อเนื่องหรือตั้งใจ ใช้อย่างต่อเนื่องในทางธุรกิจ มิใช่เป็นข้อมูลที่ตั้งใจหรือสามารถใช้ได้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น

ปี ค.ศ.1979 มีการตั้งคณะกรรมการขึ้นมา เรียกว่า The National Conference of Commissioners on Uniform State Law เพื่อดำเนินการจัดทำกฎหมายแม่แบบเกี่ยวกับความลับทางการค้า โดยมีชื่อว่า Uniform Trade Secrets Act--UTSA พระราชบัญญัติความลับทางการค้าแม่แบบนี้ มี 43 มลรัฐจากจำนวน 50 มลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา รับเอาหลักการบางส่วนไปใช้มากกว่า 20 ปีมาแล้ว ส่วนมลรัฐที่เหลือให้ความคุ้มครองตามกฎหมายคอมมอนลอว์ผ่านกระบวนการทางแพ่ง โดยในพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติถึงการกระทำที่ถือว่าการละเมิดความลับทางการค้าไว้ โดยในส่วนของกรกระทำต้องเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ (Improper Means) และมีผลเป็นการได้มาโดยวิธีการที่ไม่ชอบซึ่งความลับทางการค้าของผู้อื่น (Misappropriation)พระราชบัญญัตินี้มิได้คำนึงถึงความสัมพันธ์อันเป็นที่ไว้วางใจเป็นพื้นฐานหากการคุ้มครองมุ่งไปที่การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายที่ทำให้บุคคลได้ไป ซึ่งความลับทางการค้าของผู้อื่น ไม่ว่าผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้ากับผู้กระทำการนั้น ๆ จะมีความสัมพันธ์กันหรือไม่อย่างไร

3.3.2 การบังคับใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองความลับทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในปัจจุบันเนื่องจากกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกามีหลักการเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่แตกต่างจากกฎหมายของประเทศไทยมากนัก ไม่ว่าจะเป็นลิขสิทธิ์ ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายทางการค้าและความลับทางการค้าด้วย อีกทั้งประเทศสหรัฐอเมริกามีส่วนในการก่อให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไปยังประเทศต่างๆ อีกด้วย ซึ่งกฎหมายพื้นฐานของสหรัฐอเมริกาในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา (U.S. Constitution, Article. I, § 8 cl.3) ซึ่งจะให้อำนาจรัฐสภา (Congress) ทั้งนี้ เพื่อส่งเสริมความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และศิลปะที่เป็นประโยชน์ (Useful Arts) โดยให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ในงานเขียน (Writing) และการค้นพบ (Discoveries) แก่ผู้ประพันธ์ (Authors) และผู้ประดิษฐ์ (Inventors) ภายในเวลาที่จำกัด³⁴

สำหรับการคุ้มครองความลับทางการค้าในสหรัฐอเมริกานั้น จะมีกฎหมายหลักที่เกี่ยวข้องอยู่ 2 เรื่อง ได้แก่ The Uniform Trade Secrets Act (UTSC) และ The Economic Espionage Act of 1996 (EEA) นอกจากนั้นจะเป็น คำพิพากษาของศาล ที่เป็นไปตาม

³⁴ สุรพล คงลาภ, การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในสหรัฐอเมริกา, ไฟล์ข้อความ <http://elib.coj.go.th/Article/intellectual4.pdf>, 12 มกราคม 2556

หลักของกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) รวมถึงข้อตกลงระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ซึ่งสามารถทำการตกลงห้ามแข่งขัน และห้ามเปิดเผยข้อมูลก็ได้ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Freedom of Contract)

3.3.3 กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

The Uniform Trade Secrets Act (UTSC)

The Uniform Trade Secrets Act (UTSC) ซึ่งบัญญัติในปี ค.ศ. 1979 โดยคณะกรรมการร่างกฎหมาย The Uniform Law Commission (ULC) จากการประชุมระดับชาติของคณะกรรมการนิติการกฎหมายของรัฐ (The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) และแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1985 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างกรอบทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าสำหรับอุตสาหกรรมและรวบรวมประมวลกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรฐานและแนวทางการกระทำที่เป็นการเบียดบังความลับทางการค้าที่เกิดขึ้นภายในของแต่ละรัฐ มีการประกาศใช้เป็นกฎหมายในรัฐและโคลัมเบีย เพอร์โตริโกและหมู่เกาะเวอร์จินของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งปัจจุบันแต่ละรัฐนำไปปรับใช้และออกเป็นกฎหมายภายในของแต่ละรัฐเอง หรือบางรัฐก็อาจพัฒนากฎหมายความลับทางการค้าของตนเอง

โดยความหมายของความลับทางการค้าตามที่ The Uniform Trade Secrets Act ได้บัญญัติเอาไว้ใน โดย Section 1 (4) ให้คำนิยามเกี่ยวกับคำว่า ความลับทางการค้า หมายถึง ข้อมูล รวมถึงสูตร (Formula) รูปแบบ (Pattern) งานที่ได้รวบรวมหรือประกอบขึ้น (Compilation) โปรแกรม (Program) วิธีการ (Device or Method) เทคนิค (Technique) หรือ กระบวนการ (Process) ซึ่งเกิดมูลค่าทางเศรษฐกิจด้วยตัวเองจากการไม่ได้เป็นที่รู้จักโดยทั่วไป และไม่ได้ถูกค้นคว้าได้ โดยง่าย โดยวิธีการที่เหมาะสม โดยบุคคลอื่น ซึ่งจะได้รับมูลค่าทางเศรษฐกิจจากการเปิดเผยหรือการใช้ และมีความพยายามที่เหมาะสมภายใต้สถานการณ์ที่จะรักษาความลับของตน เห็นได้ว่า ข้อมูลการค้าอาจอยู่ในรูปแบบใดก็ได้ ทั้งเอกสารภาพถ่าย วิดีโอ วีซีดี ไมโครฟิล์ม ฐานข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือจดจำไว้ในสมองมนุษย์และมีความหมายกว้างรวมถึงข้อมูลทางอุตสาหกรรม (Industrial or Manufacturing Information) วิธีการให้บริการ (Method of Service) หรือเทคนิคการผลิตสินค้า (Know-How)

บุคคลผู้มีสิทธิในความเป็นเจ้าของความลับทางการค้า อาจหมายถึง บุคคลธรรมดา บริษัทในทางกฎหมายธุรกิจ ทรัสต์ในทางกฎหมายธุรกิจห้างหุ้นส่วน สมาคมร่วมค้า

รัฐบาล หน่วยงานย่อย หรือองค์กรรัฐบาล หรือองค์กรนิติบุคคลหรือองค์การทางการค้าอื่น ซึ่งอาจได้มาโดย

1) ผู้ได้มาซึ่งความลับทางการค้าโดยการสร้างสรรค์งาน ตามหลักแล้วผู้สร้างสรรค์ย่อมเป็นเจ้าของสิทธิในความลับทางการค้าที่ตนสร้างสรรค์ขึ้นอาจเป็นการสร้างสรรค์รายเดียวหรือหลายรายร่วมกัน ทั้งนี้ การสร้างสรรค์อาจมาจากการสร้างสรรค์งาน โดยอิสระ ซึ่งเป็นการสร้างสรรค์โดยไม่อยู่ภายใต้สัญญาจ้าง หรือการควบคุมใด ๆ การสร้างสรรค์งานในฐานะลูกจ้างอาจเป็นไปตามสัญญาจ้างแรงงานลูกจ้างย่อมเป็นผู้สร้างสรรค์ จึงเป็นเจ้าของความลับทางการค้าในข้อมูลความลับที่ตนได้ทำขึ้น การสร้างสรรค์งานในฐานะผู้รับจ้างซึ่งข้อมูลความลับทางการค้าจะเป็นของนายจ้าง

2) ผู้ได้มาซึ่งความลับทางการค้าโดยการโอน เนื่องจากความลับทางการค้าสามารถโอนให้แก่กันได้ เพียงแต่การโอนสิทธิความลับทางการค้าถ้าจะให้มีความถูกต้องและสมบูรณ์ ผู้รับโอนจะต้องรับหน้าที่และกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิครอบครองในตัวสิทธินั้น ๆ แต่ความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีตัวตน ไม่มีรูปร่างเป็นการยากที่จะเข้าครอบครองได้อย่างเห็นได้ชัด ทั้งนี้ ผู้โอนยังคงมีสิทธิในความลับทางการค้านั้นอยู่และมีโอกาสเสี่ยงที่ผู้โอนจะทำการโอนหรือโยกย้ายความลับทางการค้าเช่นว่านั้นไปให้ผู้รับโอนที่สุจริตคนอื่นเพื่อผลตอบแทนอีกได้ จากการพิจารณาคดีของศาลในปัญหาดังกล่าวเห็นว่า ผู้ซื้อหรือผู้รับ โอนรายแรกมีสิทธิในการครอบครองสิทธิในความลับทางการค้า และผู้ซื้อหรือผู้รับ โอนรายถัดมาต้องไปฟ้องร้องต่อศาลและเรียกค่าเสียหายจากผู้ขายหรือผู้โอนเนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ อย่างไรก็ตาม ความลับทางการค้าอาจถือเป็นทรัพย์สินส่วนบุคคลจึงสามารถโอนให้แก่กันได้โดยอิสระ ซึ่งสิทธิในความลับทางการค้าโดยการ โอนสามารถทำได้ทางสัญญาและจะมีผลสมบูรณ์ โดยไม่ต้องจดทะเบียน แต่ทั้งนี้ผู้โอนและผู้รับ โอนควรลงนามในสัญญาให้เป็นที่ยอมรับก่อนการเปิดเผยความลับทางการค้าให้ผู้อื่นทราบ เพื่อป้องกันความลับทางการค้ารั่วไหล

มีคำพิพากษาในคดี Ruckelshaus v. Monsanto Co. 467 U.S.(1984) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายไว้ว่า ความลับทางการค้านั้นสามารถตกทอดทางมรดกได้ยกให้ได้ หรืออนุญาตให้ใช้สิทธิโดยมีข้อจำกัดได้ และนอกจากนี้ผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้ายังสามารถควบคุมการใช้สิทธิของผู้ที่ได้รับอนุญาตหรือของผู้โอนและผู้รับ โอนได้ด้วย

The Uniform Trade Secrets Act บัญญัติการกระทำที่ถือว่าเป็นการละเมิดความลับทางการค้า จะต้องเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ (Improper Means) และเป็นการได้มาโดยวิธีการที่ไม่ชอบ ซึ่งความลับทางการค้าของผู้อื่น (Misappropriation) โดยให้คำนิยามใน Section 1 ว่า วิธีการอันมิชอบ รวมถึง การขโมย การดัดสินบน หรือ โกงผิดสัญญาหรือชักนำให้มีการผิดหน้าที่ในการรักษาความลับหรือการโจรกรรมโดยทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีอื่น ๆ การกระทำที่ถือเป็นการได้มาโดยวิธีการที่ไม่ชอบ ซึ่งความลับทางการค้าของผู้อื่นนั้น หมายความว่า

- 1) การได้มาซึ่งความลับของบุคคลอื่น โดยบุคคลผู้ซึ่งรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าความลับทางการค้านั้นได้มาโดยวิธีการอันมิชอบ หรือ
- 2) การเปิดเผย หรือใช้ความลับทางการค้าของบุคคลอื่น โดยไม่ได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยนัยจากบุคคลผู้ซึ่ง
 - (1) ใช้วิธีการอันมิชอบเพื่อให้ได้มาซึ่งความลับทางการค้า หรือ
 - (2) ในเวลาที่มีการเปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้านั้นรู้หรือมีเหตุอันควรจะรู้ได้ถึงความลับทางการค้าของบุคคลนั้น
 - ก. ได้มาจากหรือโดยผ่านบุคคลซึ่งได้ใช้วิธีการอันมิชอบเพื่อให้ได้มาซึ่งความลับทางการค้านั้น
 - ข. ได้มาภายใต้สภาพการณ์ใด ๆ ที่ก่อให้เกิดหน้าที่ที่ตนในการรักษาความลับหรือจำกัดการใช้ความลับนั้น หรือ
 - ค. ได้มาจากหรือผ่านบุคคลซึ่งมีหน้าที่ต่อบุคคลอื่นที่จะรักษาความลับหรือจำกัดการใช้ความลับทางการค้านั้น หรือ
- 3) ก่อนการเปลี่ยนแปลงในหน้าที่การงาน ได้รู้ หรือมีเหตุอันควรที่จะได้รู้ว่าข้อมูลนั้นเป็นความลับทางการค้าและการได้ล่วงรู้ข้อมูลนั้นมาโดยบังเอิญหรือโดยความผิดพลาดหรือโดยสำคัญผิด

เนื่องจาก The Uniform Trade Secrets Act ไม่คำนึงถึงหลักการความสัมพันธ์อันไว้วางใจเป็นพื้นฐานแต่มุ่งที่จะคุ้มครองไปที่การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ทำให้ได้ไป ซึ่งความลับทางการค้าของผู้อื่นไม่ว่าผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้ากับผู้กระทำการเช่นนั้นจะมีความสัมพันธ์กันหรือไม่ ทั้งนี้ ตามคำวิจารณ์ของคณะกรรมการถึง

วิธีการที่เหมาะสม (Proper) หมายความว่า หากมีการกระทำดังกล่าวต่อไปนี้ไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยวิธีการที่ไม่เหมาะสม โดยวิธีการที่เหมาะสม หมายถึง

1) การค้นพบ โดยบังเอิญ หรือการค้นพบ โดยอิสระ โดยตนเอง (Discovery by Independent Invention) และการค้นพบนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

2) การค้นพบ โดยการทำให้วิศวกรรมย้อนกลับ (Reverse Engineering) คือ การนำผลิตภัณฑ์ที่มีอยู่แล้วมาตรวจสอบย้อนกลับ เพื่อหาวิธีการที่ใช้ในการพัฒนาผลิตภัณฑ์นั้น ทั้งนี้ การทำให้วิศวกรรมย้อนกลับจะชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อการได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์ที่มีอยู่แล้วนั้นต้องเป็นการได้มาโดยวิธีการที่เป็นธรรมและสุจริต

3) การค้นพบ โดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของความลับทางการค้า (Discovery Under a License from the Owner of the Trade Secrets) เช่น การค้นพบความลับ-ทางการค้าที่ได้จากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ทำกับเจ้าของความลับทางการค้า

4) สิ่งที่สงวนไว้สำหรับใช้ต่อสาธารณชนหรือแสดงต่อสาธารณชน (Observation of the Item in Public Use or on Public Display) เช่น การสังเกตการณ์จากผลงานที่ใช้หรือแสดงในที่สาธารณะ

5) การที่ได้รับความลับทางการค้าจากสิ่งตีพิมพ์ที่เผยแพร่สู่สาธารณชนไปแล้ว (Obtaining the Trade Secret from Published Literature) เช่น การได้มาซึ่งความลับทางการค้าจากสื่อสิ่งพิมพ์

6) การกระทำความผิดของบุคคลที่สาม ซึ่งเป็นบุคคลอื่นที่ได้รับความลับทางการค้ามาจากบุคคลอื่น โดยวิธีการที่ไม่ชอบ หรือผิดหลักการความสัมพันธ์ที่ไว้วางใจต่อกันก็ตาม หากรับรู้โดยสุจริตบุคคลนั้นก็ไม่มีหน้าที่จะต้องรับผิดชอบ

The Economic Espionage Act of 1996 (EEA) หรือกฎหมายจารกรรมทางเศรษฐกิจ

The Economic Espionage Act of 1996 (EEA) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกโดยรัฐบาลกลางวางหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองความลับทางการค้า ทั้งยังกำหนดโทษทางอาญาไว้ด้วยความลับทางการค้าที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายนี้จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงเสียก่อนว่า เจ้าของข้อมูลนั้นจะต้องมีมาตรการในการรักษาความลับนั้นด้วย เช่น มีข้อสัญญาห้ามเปิดเผยความลับ (Non-Disclosure and Confidentiality Agreement) ข้อ

สัญญาห้ามแข่งขัน (Non-Compete Agreement) การกำหนดชั้นความลับ การกำหนดรหัสผ่านตลอดจนมีโปรแกรมป้องกันการลักข้อมูล (Password and Firewall) เป็นต้น

กฎหมายจารกรรมทางเศรษฐกิจ Section 1839 ให้คำจำกัดความของความลับทางการค้าว่า หมายถึง รูปแบบและประเภททั้งหมดของธุรกิจทางการเงิน วิทยาศาสตร์ เทคนิค เศรษฐกิจ หรือวิศวกรรมรวมทั้ง แบบแผน การรวบรวม เครื่องมือ โปรแกรม สูตร การออกแบบ ต้นแบบ วิธีการเทคนิค กระบวนการ ขั้นตอน โปรแกรม หรือรหัส ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบที่จับต้องได้หรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นการเก็บรวบรวมหรือบันทึกทั้งทางกายภาพ อิเล็กทรอนิกส์ กราฟิกภาพถ่าย หรือลายลักษณ์อักษร เพียงแต่ข้อมูลนั้นต้องมีคุณสมบัติ ดังนี้ เจ้าของจะต้องมีมาตรการที่เหมาะสม เพื่อเก็บเป็นความลับของข้อมูลดังกล่าว และข้อมูลมีมูลค่าทางเศรษฐกิจโดยตัวเองจากการไม่ได้เป็นที่รู้จักโดยทั่วไป และไม่ได้ค้นคว้าได้อย่างง่ายดาย

ความหมายของคำว่า ความลับทางการค้าตามกฎหมายจารกรรมทางเศรษฐกิจนั้นมีความหมายที่กว้างกว่า The Uniform Trade Secrets Act แต่ยังคงซึ่งหลักการอันเดียวกัน คือ เจ้าของความลับจะต้องมีมาตรการที่เหมาะสมในการรักษาข้อมูลให้เป็นความลับ ซึ่งอาจจะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่องว่าจะมีมาตรการรักษาความลับในรูปแบบใดและข้อมูลนั้นต้องข้อมูลที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ เนื่องจากการที่สาธารณชนไม่สามารถรับรู้ได้โดยทั่วไป หรือจากการใช้วิธีที่เหมาะสม การคุ้มครองมูลค่าทางเศรษฐกิจอาจดูจากความลับทางการค้าประเภทเดียวกันที่อยู่ในท้องตลาด มูลค่าทางการตลาดของความลับทางการค้าก็เป็นได้

กฎหมายจารกรรมทางเศรษฐกิจ Section 1831 กล่าวถึงการกระทำละเมิดความลับทางการค้าที่จะถือว่าเป็นการกระทำความผิดทางอาญาตามกฎหมายนี้ คือ

โดยทั่วไปผู้ใดมุ่งหมายหรือรู้ว่าการกระทำความผิดใด ๆ จะมีประโยชน์ต่อรัฐบาลต่างประเทศ การใช้เป็นเครื่องมือของต่างประเทศหรือตัวแทนของต่างประเทศมีเจตนา

1) ลักขโมยหรือยักขอกโดยปราศจากอำนาจ เอาไป นำไปหรือปกปิด หรือโดยฉ้อฉล ใช้กลอุบาย หรือหลอกลวงให้ได้ไป ซึ่งความลับทางการค้า

2) กระทำโดยไม่มีอำนาจ คัดลอก ทำสำเนา ร่าง วาด ถ่ายข้อมูลส่งข้อมูล คาว์โนลด์ อีพโทลด์ เปลี่ยนแปลง ทำลาย ถ่ายสำเนา จำลอง ส่งสัญญาณมอบส่งให้ ส่งไปรษณีย์ ติดต่อสื่อสาร หรือถ่ายทอดซึ่งความลับทางการค้า

3) รับมา ซื้อมา หรือ ครอบครองความลับทางการค้า โดยรู้ว่าเป็นความลับที่ถูกต้อง โหมยหรือ ยักยอก หรือได้มาหรือแปลงโดยไม่มีอำนาจ

4) พยายามกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในข้อ 1) ถึงข้อ 3)

5) สมคบกับบุคคลอื่นคนเดียวหรือหลายคนเพื่อกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในข้อ 1) ถึง ข้อ 3) และบุคคลอื่นหรือหลายคนเช่นว่านั้น ได้กระทำการตามความมุ่งหมายที่ สมคบกัน

ส่วนของการรับโทษหากว่ามีการกระทำที่เป็นการละเมิดความลับทางการค้าดังกล่าว แล้วนั้นจะต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 500,000 ดอลลาร์จำคุกไม่เกิน 15 ปี หรือปรับ ส่วนองค์การใดกระทำความผิดตามที่กำหนด ปรับไม่เกิน 10,000,000 ดอลลาร์

ถ้ากระทำโดยเจตนาหรือรู้ว่าการกระทำผิดจะเป็นประโยชน์ต่อรัฐบาลต่างประเทศ เครื่องมือของต่างประเทศ ตัวแทนของต่างประเทศจะได้รับโทษหนักขึ้น ถ้ากระทำโดย เจตนา แปลง ความลับทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับหรือรวบรวมอยู่ในผลิตภัณฑ์ซึ่งผลิต สำหรับหรือวางจำหน่ายระหว่างรัฐหรือการค้ากับต่างประเทศ เพื่อประโยชน์ด้าน เศรษฐกิจของบุคคลอื่นนอกจากเจ้าของและความลับทางการค้านั้นและการกระทำนั้นทำ ให้เจ้าของความลับทางการค้าเสียหายจะมีโทษหนักขึ้นอีก

ลิขสิทธิ์มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
Copyright © by Chiang Mai University
All rights reserved