

การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทย

1. บทบัญญัติของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้า

เมื่อได้สำรวจและพิจารณาเนื้อหาของความลับทางการค้ากับบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่บังคับใช้อยู่ในขณะนี้แล้ว พบว่ามีบทบัญญัติกฎหมายที่กล่าวถึงความลับทางการค้าในแง่ของหน้าที่ที่ผู้เป็นเจ้าของจะต้องกระทำตามกฎหมาย และมีบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิแก่ผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าอยู่เพียงเล็กน้อย ซึ่งจะขอนำมาประกอบการศึกษาเพื่อให้ปรากฏชัดแจ้งในสภาพของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังนี้ คือ

1.1 กฎหมายที่มีเนื้อหาในทางสารบัญญัติ (substantive law)

ประมวลกฎหมายอาญา

ในประมวลกฎหมายอาญานี้บทบัญญัติที่จะขอนำมากล่าวถึงมี อยู่ 2 มาตรา อันเป็นความผิดในลักษณะที่ 11 ซึ่งเกี่ยวกับเสรีภาพ และชื่อเสียงโดยอยู่ในหมวดที่ 2 คือ

มาตรา 324 ซึ่งบัญญัติว่า

ผู้ใดโดยเหตุที่ตนมีตำแหน่งหน้าที่วิชาชีพหรืออาชีพอันเป็นที่ไว้วางใจล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่นเกี่ยวกับอุตสาหกรรม การค้นพบ หรือการนิมิตทางวิทยาศาสตร์ เปิดเผย หรือใช้ความลับนั้น เพื่อประโยชน์ตนเองหรือผู้อื่นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ¹

¹ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร, ประมวลกฎหมายอาญา: หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ (กรุงเทพมหานคร; สำนักพิมพ์นิติธรรม) 2535, หน้า 137.

จากการศึกษา พบว่า บทบัญญัติในมาตรานี้เป็นบทบัญญัติเพียงมาตราเดียวในกฎหมายทั้งหมดที่บัญญัติถึงความลับทางการค้าและการให้ความคุ้มครองในทางอาญาต่อการกระทำ ความผิดในความลับทางการค้าของผู้เป็นเจ้าของไว้อย่างค่อนข้างชัดเจน เพราะกล่าวถึงชนิดความลับทางการค้าที่เกี่ยวกับอุตสาหกรรม (Industrial secret, Manufacturer secret), การค้นพบ (Invention) หรือการนิมิตในทางวิทยาศาสตร์ (Scientific patent) ซึ่งจัดเป็นประเภทหรือชนิดหนึ่งของความลับทางการค้าที่ตั้งที่ใดกล่าวมาแล้วในบทนิยามข้างต้น

แต่เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความลับทางการค้าที่ระบุในมาตรานี้จะเห็นว่ามีเพียง 3 ชนิดเท่านั้น ไม่รวมถึงความลับทางการค้าในงานพาณิชย์กรรม (Commercial secret) หรือชนิดอื่น ๆ ซึ่งได้รับความคุ้มครองว่าเป็นความลับทางการค้าในต่างประเทศด้วย ดังนั้นความลับทางการค้าที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ จึงมีน้อยมากและไม่สามารถครอบคลุมไปถึงความลับทางการค้าทุกชนิดหรือดังที่ปรากฏเช่นในต่างประเทศได้

ส่วนในมาตรา 323 นั้นเป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงบุคคลที่มีความสัมพันธ์ที่จะต้องรักษาความลับของผู้อื่นแล้วเปิดเผยความลับนั้น ๆ ไปทำให้ผู้อื่นต้องได้รับความเสียหาย ดังที่บัญญัติว่า

มาตรา 323 ผู้ใดล่วงรู้หรือได้มา ซึ่งความลับทางการค้าของผู้อื่นโดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็นแพทย์ เกษษกร คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความหรือผู้สอบบัญชี หรือโดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพนั้น แล้วเปิดเผยความลับนั้นในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้รับการศึกษาอบรมในวิชาชีพดังกล่าวในวรรคแรก เปิดเผยความลับของผู้อื่นอันตนได้ล่วงรู้หรือได้มาในการศึกษาอบรมนั้น ในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน²

²ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร, ประมวลกฎหมายอาญา: หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม) 2535, หน้า 136.

จากการศึกษาพบว่าความคิดในมาตรานี้เป็นเรื่องของการเปิดเผยความลับทาง การค้า ที่ได้มาในหน้าที่หรือจากอาชีพซึ่งองค์ประกอบภายนอกความผิดฐานนี้คือ การเปิดเผย ความลับของผู้อื่น

ที่ผู้กระทำได้ล่วงรู้หรือได้มาโดยเหตุที่ตนเป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่... หรือโดย เหตุที่เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพดังกล่าวนั้น ข้อที่ควรจะต้องสังเกตคือผู้กระทำผิดนี้ กฎหมายจำกัดเฉพาะบุคคลที่มีหน้าที่หรืออาชีพที่กฎหมายระบุไว้เท่านั้น³ การกระทำของความ ผิดฐานนี้คือ การเปิดเผย กล่าวคือการนำไปแจ้งแก่บุคคลอื่นต่อไป ซึ่งอาจจะเป็นการแจ้งข้อ เท็จจริงที่ยังไม่รู้กันหรือการยืนยันข้อเท็จจริงที่รู้กันแล้วอย่างเลา ๆ⁴ และในกรณีที่ผู้กระทำเชื่อ ว่าข้อเท็จจริงที่รู้กันแล้ว หรืออาจเป็นข้อเท็จจริงที่เจ้าของไม่ประสงค์ที่จะเก็บไว้เป็นความลับผู้ กระทำย่อมขาดเจตนา⁵

ส่วนความคิดตามที่บัญญัติในมาตรา 323 วรรค 2 นี้เป็นความผิดฐานเปิดเผย ความลับที่ได้มาจากการศึกษาอบรมซึ่งองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้คือ การที่ผู้ได้รับ การศึกษาอบรมในอาชีพแพทย์ ฯลฯ เปิดเผยความลับของผู้อื่นอันตนได้ล่วงรู้หรือได้มาในการศึกษา อบรมนั้น⁶ สิ่งที่กระทำความผิดต่อก็คือ ความลับของผู้อื่นอันตนได้ล่วงรู้หรือได้มาในการศึกษา อบรมนั้น ส่วนองค์ประกอบภายในอยู่ที่เจตนาโดยผู้กระทำจะต้องรู้ว่าเป็นความลับของผู้อื่นอันตน ได้ล่วงรู้ หรือได้มาในการศึกษาอบรมและผู้กระทำต้องการเปิดเผยซึ่งความลับของผู้อื่นนั้น⁷

ข้อสังเกต ความคิดตามประมวลกฎหมายอาญานมาตรานี้ไม่ได้ระบุ ความลับ ที่ถูกเปิดเผยนั้น เป็นความลับชนิดใดบ้าง จึงต้องเข้าใจกฎหมายโดยการศึกษาตีความว่าเป็นความลับ ทุกชนิดที่เกิดจากความสัมพันธ์ในทางความลับต่อกัน (confidential information)

³ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) 2535, หน้า 126.

⁴เรื่องเดียวกัน.

⁵เรื่องเดียวกัน.

⁶เรื่องเดียวกัน, หน้า 127.

⁷เรื่องเดียวกัน.

พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ.2522 และพระราชบัญญัติยา พ.ศ.2510

ความลับทางการค้ามีหลายชนิดที่ผู้เป็นเจ้าของจะต้องเปิดเผยต่อรัฐ ตามนโยบายของกฎหมายที่มุ่งในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภค และคุ้มครองสวัสดิภาพและอนามัยของประชาชน ดังนั้นผู้ที่เป็นเจ้าของความลับทางการค้าจึงจะต้องทำการเปิดเผยความลับทางการค้าของตนเสียก่อน เพื่อที่จะให้ได้รับอนุญาตมาทำสินค้าที่ต้องการทำออกจำหน่ายได้ ความลับชนิดนี้ คือความลับในเรื่องของการผลิตอาหารและยา ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ.2522 และพระราชบัญญัติ พ.ศ.2510 ดังนี้คือ

พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ.2522

ในพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้บุคคลใดก็ตามที่จะทำการ ผลิตอาหารจะต้องยื่นคำขอตั้งโรงงานผลิตอาหาร และคำขอขึ้นทะเบียนตำรับอาหารต่อสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา (อ.ย.) เสียก่อนตามที่ปรากฏใน มาตรา 31 และ 35 ของพระราชบัญญัตินี้ โดยผู้ที่ยื่นคำขอจะต้องเปิดเผยรายละเอียดของสิ่งต่อไปนี้ด้วย อาทิเช่น

...

(2) ชื่อและปริมาณของวัตถุดิบอันเป็นส่วนประกอบของอาหาร

...

(6) ผลการตรวจวิเคราะห์อาหารจากส่วนราชการหรือสถาบันตามที่กำหนด⁸ จะเห็นได้ว่าก่อนที่จะได้รับอนุญาตดังกล่าว จะต้องมีการเปิดเผยรายละเอียด

ของสินค้าหรือวัตถุดิบที่จะนำมาใช้ในการผลิตอาหารโดยอาจจะต้องมีการใช้เทคนิคพิเศษ หรือ เครื่องจักรพิเศษ หรือกระบวนการพิเศษอันเป็นความลับทางการค้าด้วย จึงเท่ากับว่าจะต้องมีการเปิดเผยความลับทางการค้าพร้อมกันไปด้วย เพียงแต่เป็นการเปิดเผยต่อหน่วยงานของราชการ ซึ่งในต่างประเทศแล้วโดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาจะไม่ถือว่าเป็นการเปิดเผยความลับทางการค้า ยกเว้นแต่บางเรื่องที่จะต้องเปิดเผยต่อสาธารณชนทั่วไปให้ได้รับรู้เท่านั้น ซึ่งกรณีเช่นนี้ก็ถือว่าความลับดังกล่าวนี้เป็นความลับที่เปิดเผยแล้ว

⁸พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ.2522 มาตรา 31 และ 35

พระราชบัญญัติยา พ.ศ.2510⁹

ในพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นเช่นเดียวกับหลักการในพระราชบัญญัติอาหาร กล่าวคือในมาตรา 12 บัญญัติให้บุคคลที่ประสงค์จะทำการผลิตขายหรือ ...ซึ่งยาแผนปัจจุบันจะต้องขออนุญาตเสียก่อน และในการยื่นคำขออนุญาตนี้ต้องแสดงหลักฐานประกอบ อาทิเช่น ผลของการตรวจวิเคราะห์ยา สูตร หรือส่วนผสมต่าง ๆ เช่นเดียวกับเรื่องของอาหาร อันมีผลเป็นการทำให้ต้องมีการเปิดเผยรายละเอียดออกไปต่อรัฐเช่นเดียวกัน ซึ่งอาจเป็นผลเสียต่อการเปิดเผยต่อความลับทางการค้าได้เป็นจำนวนมากทีเดียวหากไม่มีการเก็บรักษาด้วยวิธีพิเศษ

สำหรับความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติอาหารและยาที่กล่าวมาข้างต้นนี้ จากการศึกษาค้นคว้าเมื่อได้ยื่นคำขอ พร้อมแสดงรายละเอียดแล้วไม่ปรากฏว่าเป็นการเปิดเผยสู่สาธารณชนแต่อย่างใด ...ดังนั้นจึงต้องถือว่ากฎหมายประสงค์ที่จะให้ความลับดังกล่าวเป็นความลับอยู่ต่อไป มิฉะนั้นแล้วก็จะทำให้ผู้เป็นเจ้าของต้องได้รับความเสียหายเป็นอย่างมาก

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2535¹⁰

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร เป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่มีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับกฎหมายความลับทางการค้า ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 และ 3 และเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2535 แล้วก็จะพบว่ามีการกำหนดให้ผู้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรเปิดเผยรายละเอียด เกี่ยวกับข้อมูลของการประดิษฐ์หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่จะยื่นคำขอรับสิทธิบัตรด้วย และจะต้องมีการประกาศโฆษณาข้อความดังกล่าวตามมาตรา 28 ทั้งนี้ ยกเว้นในกรณีที่คำขอรับสิทธิบัตรเกี่ยวกับการประดิษฐ์นั้นเป็นความลับที่จะต้องรักษาไว้ เพื่อความมั่นคงของประเทศก็จะได้มีการปกปิดสาระสำคัญ เอาไว้และจะไม่มีการประกาศโฆษณารายละเอียดของการประดิษฐ์ข้อมูลเหล่านี้และถือเป็นความลับอยู่ตามที่ปรากฏในมาตรา 23 ของ พ.ร.บ. สิทธิบัตรดังกล่าว

⁹พระราชบัญญัติยา พ.ศ.2510 มาตรา 12

¹⁰พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2535 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 109 ตอน 34

จะเห็นได้ว่าในกฎหมายสิทธิบัตร และคำขอรับสิทธิบัตรบางฉบับคำขอ นั้นอาจจะเป็นเรื่องของความลับทางการค้าได้ด้วย อาทิเช่น "คำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ถังไฟเบอร์-กลาส ด้วยกรรมวิธีเสริมขดลวดแรงดันสูง" คำขอนี้ก่อนที่จะได้รับสิทธิบัตรแล้วแน่นอนว่ากรรมวิธีดังกล่าวยังไม่มีบุคคลใดได้รับรู้มาก่อนเลยจึงเป็นกรรมวิธีที่สามารถเป็นคุณสมบัติของความลับทางการค้าได้ แต่การที่ผู้เป็นเจ้าของกรรมวิธีดังกล่าวเลือกที่จะขอรับความคุ้มครอง โดยระบบของการจดทะเบียนสิทธิบัตร ทั้งนี้ก็เนื่องจากว่ากรรมวิธีดังกล่าวมีความอ่อนไหวต่อการเรียนรู้ด้วยวิธีการทดลองศึกษาย้อนกลับ (reverse engineering) เป็นอย่างมากหรือง่ายต่อเรียนรู้จากคู่แข่งทางการค้าที่สามารถซื้อผลิตภัณฑ์เหล่านี้ที่จำหน่ายในตลาดแล้วมาผ่าทดลองก็อาจจะพบกรรมวิธีดังกล่าวได้ อันทำให้ความลับทางการค้าต้องสูญสิ้นไปในที่สุด

ข้อสังเกตสำหรับการจดทะเบียนสิทธิบัตรในประเทศไทยนั้น จะมีการประกาศโฆษณาคำขอรับสิทธิบัตรก่อนตั้งแต่เมื่อเจ้าหน้าที่รับคำขอแล้ว แต่ในสหรัฐอเมริกา จะเก็บรักษาไว้เป็นความลับ จนกว่าสิทธิบัตรจะได้รับการประกาศออกมาแล้ว (บรรพตฺานบทที่ 3 ในเรื่องการสูญสิ้นไปของความลับทางการค้า ประกอบด้วย)

อย่างไรก็ตาม การนำเสนอภาพของความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายสิทธิบัตรกับความลับทางการค้า ก็เพื่อแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ในลักษณะแห่งสิทธิและลักษณะทั่วไปที่ใกล้ชิดต่อกันเป็นอย่างดี

1.2 สำหรับบทบัญญัติที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับกฎหมายวิธีสบัญญัติที่สมควรศึกษาประกอบด้วย
นั้น มีปรากฏดังนี้ คือ

บทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีแบบลับ (Hearing in camera)

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีของไทยนั้นได้กำหนดบทบัญญัติในส่วนของการพิจารณาคดีลับไว้ทั้งในวิธีพิจารณาความแพ่งและวิธีพิจารณาความอาญา ทั้งนี้โดย

วิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 36 วรรค 2 บัญญัติว่า "ในคดีเรื่องใดเพื่อความเหมาะสมหรือเพื่อคุ้มครองสาธารณประโยชน์ ถ้าศาลเห็นสมควรจะห้ามมิให้มีการเปิดเผยซึ่งข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมต่าง ๆ ทั้งหมด หรือแต่บางส่วนแห่งคดีซึ่งปรากฏจากคำคู่ความหรือแถลงการณ์ของความคู่ความ หรือจากคำพยานหลักฐานที่ได้สืบมาแล้ว ศาลจะสั่งดังต่อไปนี้ก็ได้

(ก) ห้ามประชาชนเข้าฟังการพิจารณาทั้งหมด หรือแต่บางส่วนแล้วดำเนินการพิจารณาโดยไม่เปิดเผย

(ข) ห้ามมิให้ออกโฆษณาข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมต่าง ๆ เช่นว่านั้น"¹¹

วิธีพิจารณาความอาญา

มาตรา 177 บัญญัติว่า "ศาลมีอำนาจสั่งให้พิจารณาเป็นการลับตามสมควร โดยผลการหรือโดยคำร้องของกลุ่มความฝ่ายใด แต่ต้องเพื่อประโยชน์แห่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันความลับอันเกี่ยวกับความปลอดภัยของประเทศ มิให้ล่วงรู้ถึงประชาชน"¹²

บทบัญญัติที่เกี่ยวกับ ภาระการพิสูจน์และการกำหนดหน้าที่นำสืบ

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และวิธีพิจารณาความอาญาของไทย กำหนดในเรื่องของภาระการพิสูจน์และหน้าที่นำสืบเอาไว้ดังนี้

ในคดีแพ่ง:

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 บัญญัติว่า:-

"ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง กล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใด ๆ เพื่อสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของพยาน ให้หน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงนั้นตกอยู่กับคู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้าง...."¹³

ดังนั้นหน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงตามมาตรานี้ก็คือ หน้าที่นำสืบก่อนและภาระการพิสูจน์คดีนั่นเอง¹⁴

¹¹ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 36 วรรค 2

¹²ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 177

¹³ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 84 วรรค 9

¹⁴ศาสตราจารย์ เจริญธรรม ลัดพลี, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม) 2535, หน้า 26.

ในคดีอาญา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 174 บัญญัติว่า "ก่อนนำพยานเข้าสืบ
 โจทก์มีอำนาจเปิดคดี เพื่อให้ศาลทราบคดีโจทก์ คือแถลงถึงลักษณะของฟ้อง อีกทั้งพยาน
 หลักฐานที่จะนำสืบเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยเสร็จแล้วให้โจทก์นำพยานเข้าสืบ..."¹⁵

ดังนั้นในคดีอาญา เมื่อโจทก์มีหน้าที่นำสืบก่อนแล้ว ภาระการพิสูจน์คดีตามที่โจทก์กล่าว
 อ้างในฟ้องจึงต้องเป็นภาระของโจทก์¹⁶ เสมอ

1.3 บทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการเยียวยา

คำสั่งศาล

ในกรณีที่เกิดความเสียหายขึ้นแก่ความลับทางการค้าของผู้ใดผู้หนึ่งแล้ว นอก
 จากจะยื่นคำฟ้องเพื่อขอเรียกค่าเสียหาย หรือขอให้ศาลดำเนินการกับบุคคลดังกล่าวได้แล้ว ผู้ยื่น
 ก็ยังสามารถที่จะยื่นคำร้องเพื่อขอความคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษา (Preliminary
 Injunction) เพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้จำเลยกระทำการหรืองดเว้นกระทำการหรือปฏิบัติตามคำ
 สั่งใด ๆ ก่อนที่ความเสียหายจะบังเกิดแก่ความลับทางการค้าของโจทก์หรือก่อนที่จะเกิดความ
 เสียหายที่มากยิ่งขึ้นไปอีกได้ ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 254,
 255 (ในกรณีธรรมดา) หรือมาตรา 266 (ในกรณีฉุกเฉิน¹⁷)

ค่าเสียหาย

มูลเหตุแห่งข้อพิพาทเกี่ยวกับความลับทางการค้านั้นเกิดจาก 2 กรณีใหญ่ ๆ คือ

1) กรณีที่ผิดสัญญา (Breach of contract)

การผิดสัญญาเกิดขึ้นได้ทั้งกรณีที่มีสัญญาตกลงในเรื่องของความลับทางการ
 ค้าต่อกันแล้วอีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตาม ถือว่าเป็นการผิดสัญญาโดยตรงและกรณีที่ 2 เป็นการผิด

¹⁵ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 174

¹⁶ศาสตราจารย์ เรืองธรรม ลัดพลี, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 23.

¹⁷ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 254, 255 และ 266

สัญญาโดยปริยาย ก็คือแม้มีข้อสัญญาอยู่ต่อกันก็ตาม แต่อาจจะไม่ได้ระบุในส่วนของภาระหน้าที่ตามสัญญา เช่นในส่วนที่เกี่ยวกับการรักษาความลับทางการค้าต่อกันเอาไว้ก็จะต้องถือเอาโดยปริยายตามลักษณะหน้าที่ที่คู่สัญญามีต่อกันว่า ในฐานะแห่งความสัมพันธ์นี้ ได้แสดงให้เห็นถึงเจตนาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่ต้องกระทำด้วย กรณีพิพาทสัญญาโดยปริยายนี้ก็เช่น กรณีของลูกจ้างที่ต้องมีหน้าที่ในการดูแลรักษาความลับของนายจ้างอยู่แล้ว ถือเป็นหน้าที่โดยข้อสัตย์ในลักษณะของความสัมพันธ์ (fiduciary duty) ต่อกัน หรือกรณีของผู้นำใบอนุญาตใช้สิทธิ (Licensor) กับผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensee) กรณีของผู้ฝึกสอนกับผู้รับการฝึกสอน (Trainee) เหล่านี้เป็นต้น ถึงแม้ว่าจะไม่มีข้อตกลงต่อกันไว้โดยชัดแจ้งก็สามารถที่จะอนุมานรับเข้ากับหลักของการมีข้อตกลงโดยปริยายได้ทั้งสิ้น

เมื่อพิพาทสัญญาแล้วผู้ถูกละเมิดต่อสัญญาก็สามารถที่จะเรียกร้องให้ผู้ที่เกี่ยวข้องพิพาทสัญญาชดเชยค่าเสียหายให้ได้โดยอาศัยบทบัญญัติในเรื่องของการเรียกร้องค่าเสียหายในการพิพาทสัญญาทั่ว ๆ ไป กล่าวคือ อาศัยบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 และ 223 เท่านั้น และกรณีที่คู่สัญญาตกลงในเรื่องค่าเสียหายเอาไว้ หากปรากฏว่าค่าเสียหายนั้น (ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของเบี้ยปรับหรือไม่ก็ตาม) มีการกำหนดเอาไว้สูงเกินควรศาลมีอำนาจที่จะลดเบี้ยปรับเหล่านี้ให้ต่ำลงมาได้¹⁸ (ตาม บ.พ.พ. มาตรา 383)¹⁹

อย่างไรก็ตาม ในบทบัญญัติของกฎหมายไทยก็ยังกำหนดในเรื่องของการเรียกค่าเสียหายในกรณีพิเศษเอาไว้ก็คือ หากมีการกระทำพิพาทสัญญาความลับทางการค้าแล้วเป็นเหตุให้ผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าต้องได้รับความเสียหายที่มากขึ้นกว่าปกติอันเนื่องมาจากการที่ถูกละเมิดต่อสัญญาหรือพิพาทสัญญาของจำเลยแล้ว ศาลสามารถที่จะกำหนดค่าเสียหายที่เป็นพิเศษได้ อาทิเช่น ค่าขาดกำไร, หรือหากโจทก์ได้ทำสัญญาเพื่ออนุญาตให้ผู้อื่นเอาความลับทางการค้าของตนไปใช้ประโยชน์ไว้ แต่จำเลยกระทำการเปิดเผยความลับทางการค้าเสียก่อนทางใด ความลับนี้ไม่อาจเป็นความลับที่มีอยู่ได้ต่อไป บุคคลอื่นก็ยกเลิกสัญญาที่ตกลงกันไว้ ทำให้โจทก์ได้

¹⁸ ค.พ.พิพาทกษาศึกษาที่ 1981/2511 (ประชุมใหญ่) เบี้ยปรับคือค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่คู่สัญญาตกลงกำหนดกันไว้ล่วงหน้า, สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ "สัญญา", (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม), 2533, หน้า 71.

¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383

รับความเสียหาย ผู้เป็นโจทก์ก็มีสิทธิเรียกร้องเพื่อให้ค่าในส่วนที่ขาดหายไปนี้ได้ด้วย เหล่านี้เป็นต้น

2) กรณีละเมิด (Breach of appropriation)

ในกรณีที่มีการกระทำละเมิดนั้นในเรื่องของความลับทางการค้าแล้วอาจเกิดขึ้นได้ 2 ประการคือ

2.1) กรณีที่ไม่มีสัญญาต่อกัน

บุคคลอาจมีความเกี่ยวเนื่องสัมพันธ์กัน แต่อาจจะไม่มีสัญญาในเรื่องของการรักษาความลับทางการค้าต่อกันเลย แล้วกระทำการเปิดเผยหรือทำให้ความลับของผู้อื่นต้องสูญเสียประโยชน์ไปโดยการใดซึ่งความลับทางการค้าโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็สามารถที่จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายละเมิดได้ หากการกระทำของเขาต้องด้วยบทบัญญัติของกฎหมายละเมิดซึ่งศาลย่อมพิจารณากำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งการละเมิดตามมาตรา 438 บ.พ.พ.²⁰

2.2) กรณีการกระทำของบุคคลที่สาม

ความลับทางการค้านั้นอาจถูกล้วงรู้และนำไปใช้โดยมิชอบหรือเปิดเผยโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยบุคคลที่สามหรือบุคคลอื่นใดที่ได้มีโอกาสรับรู้ความลับนี้ไปหรือโดยการเปิดเผยของผู้ที่มีความสัมพันธ์กับผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้ามาก่อนหรือโดยการค้นพบด้วยตนเอง ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือโดยกระทำ reverse engineering (ศึกษาย้อนกลับ) โดยวิธีการที่ไม่สุจริตเหล่านี้เป็นต้น กรณีเช่นนี้ทำให้ความลับทางการค้าต้องถูกเปิดเผยออกไปและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้า ด้วยเป็นอย่างมาก

กรณีเช่นนี้ทำให้ผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าสามารถที่จะเรียกค่าเสียหายด้วยเหตุแห่งการกระทำละเมิด ต่อผู้กระทำการละเมิดความลับทางการค้าของตนได้เช่นเดียวกัน โดยอาศัยหลักการตามมาตรา 420

อย่างไรก็ตาม กรณีการกระทำละเมิดของบุคคลที่ 3 นี้จะต้องเข้าเงื่อนไขของกฎหมายด้วย คือ บุคคลนั้นจะต้องกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ปัญหาจะเกิดขึ้นคือ กรณีของการค้นพบโดยอิสระและการศึกษาย้อนกลับนั้น ผู้กระทำพาไปโดยมีเจตนารู้อยู่แล้ว

²⁰ ปรคตูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 438

ว่าตนเองต้องการรู้ว่า ความลับทางการค้าในทรัพย์สินที่ตนกำลังทดลอง ศึกษาย้อนกลับอยู่หรือศึกษา คอยู่ว่าสิ่งนี้หรือสิ่งนั้นเป็นอะไรและทำไปโดยผู้เป็นเจ้าของมิได้อนุญาตด้วย จึงเป็นการจงใจ กระทำอยู่แล้ว และเมื่อค้นพบแล้ว เขาก็สามารถที่จะเข้าถึงความลับนั้น ๆ ได้ อีกทั้งเอามาใช้ ประโยชน์ได้ เพราะเหตุว่า ผู้เป็นเจ้าของความลับนั้นไม่มีสิทธิทางกฎหมายที่จะไป ห้ามหรือหวง กั้นการกระทำของบุคคลที่เข้าช้อยกเว้นของกฎหมายเหล่านั้นได้

แต่อย่างไรก็ตามหากมีข้อเท็จจริงประกอบว่า บุคคลที่ค้นคว้าศึกษาย้อนกลับนี้ได้รับ การว่าจ้าง เพื่อทำการศึกษาจากบริษัทคู่แข่งของผู้เป็นเจ้าของความลับ ก็อาจที่วินิจฉัยได้ว่า การกระทำของเขา เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นละเมิดได้ โดยอาศัยหลักของ กฎหมายตัวแทนมาพิจารณาประกอบ

กล่าวโดยสรุปคือ การเรียกค่าสินไหมทดแทนในกรณีละเมิดนี้มีปัญหาที่สมควรจะ ต้องพิจารณาเป็นสำคัญว่า "ในเรื่องของการกระทำละเมิดนั้นต้องเป็นการกระทำต่อสิทธิหรือทรัพย์สิน ของผู้เป็นเจ้าของ และต้องเป็นทรัพย์สินหรือสิทธิที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายด้วย อีกทั้งผู้เป็น เจ้าของต้องมีสิทธิห้ามมิให้บุคคลอื่น กระทำละเมิดต่อทรัพย์สินหรือสิทธิของตนได้อีกด้วย หากไม่ ปรากฏว่าเป็นสิทธิที่กฎหมายให้ความคุ้มครองเอาไว้ หรือเป็นสิทธิที่ผู้เป็นเจ้าของไม่สามารถหวง กั้นได้ตามกฎหมายแล้ว ก็ไม่สามารถที่จะนำเอามาใช้พิจารณาการกระทำของผู้ใช้หรือเปิดเผย ความลับทางการค้าโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เลย ซึ่งประเด็นนี้จะกล่าวโดยละเอียดในตอนต่อไป

โทษทางอาญา (Criminal penalty)

โทษทางอาญา ในกฎหมายความลับทางการค้าตามประมวลกฎหมายอาญาของ ไทยมาตรา 323, 324 ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้นก็บัญญัติในเรื่องโทษทางอาญา (criminal penalty) กับผู้กระทำการละเมิดต่อความลับทางการค้าเอาไว้ด้วย โดยกำหนดให้มีอัตราโทษ จากคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็นอัตราโทษขั้นต่ำอันมีผล ให้มีการยอมความต่อกันได้ (มาตรา 325)

จึงเห็นได้ว่ากฎหมายไทยในขณะนี้ได้บัญญัติโทษทางอาญาไว้รองรับการกระทำ ความผิดฐานเปิดเผยความลับของผู้อื่นเอาไว้แล้ว เช่นเดียวกับกับโทษที่กำหนดในกฎหมายความลับ ทางการค้าของประเทศอื่น ๆ ด้วย

จากลักษณะและรายละเอียดของบทบัญญัติของกฎหมายไทยประการต่าง ๆ ดัง กล่าวข้างต้นทั้งหมดในส่วนที่หนึ่งนี้จะทำให้สามารถมองเห็นสภาพที่มีอยู่ของบทบัญญัติที่ให้ความคุ้ม

ครองต่อความล้มเหลวทางการค้าของไทย ได้ชัดเจนยิ่งขึ้นและเพียงพอที่จะนำไปวิเคราะห์ เทียบเคียง กับกฎหมายความล้มเหลวทางการค้าของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ผ่านมา เพื่อให้ได้เห็นสภาพและปัญหาของการบังคับใช้กฎหมายความล้มเหลวทางการค้าของไทยที่ชัดเจนยิ่งขึ้น และเป็นแนวทางเพื่อสรุปผลการวิจัยต่อไปด้วย

2. ปัญหาและข้อวิจารณ์

จากการศึกษาถึงบทบัญญัติของกฎหมายทั้งในกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติเปรียบ เทียบกับต่างประเทศแล้ว ทำให้สามารถเข้าใจถึงสภาพของการให้ความคุ้มครองแก่ความล้มเหลว ทางการค้าในประเทศไทยได้แจ่มชัดยิ่งขึ้น และพบว่ามมีปัญหาที่สมควรที่จะยกขึ้นมากล่าวในวิทยานิพนธ์ ฉบับนี้อยู่หลาย ๆ ประการที่อาจจะเกิดขึ้นได้หากมีการนำเหตุแห่งข้อพิพาทเกี่ยวกับความล้มเหลว ทางการค้าขึ้นสู่การพิจารณาตัดสินของศาลเพื่อขอรับความคุ้มครอง ดังนี้คือ

1. ปัญหาของเรื่องของสภาพแห่งสิทธิ
2. ปัญหาเรื่องข้อจำกัดของบทบัญญัติของกฎหมายสารบัญญัติ
3. สภาพบังคับทางกฎหมายไทย

นอกจากนี้ผลการศึกษาข้างชี้ให้เห็นถึงความคล้ายคลึงและเหมือนกันทั้งในวิธีการบังคับ ตามกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองต่อความล้มเหลวทางการค้าอยู่หลายประการของไทยและต่างประเทศ โดยเฉพาะในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติ ซึ่งโดยหลักการแล้วจะมีความใกล้เคียงต่อกันเป็นอย่างมาก และผู้เขียนคาดว่าจะไม่เป็นอุปสรรคต่อการให้ความคุ้มครอง อย่างไรก็ตามอาจจะมียา ยละเอียดบางประการที่แตกต่างกันไปบ้าง ซึ่งผู้เขียนจะได้ตั้งเป็นข้อสังเกตเอาไว้ เพื่อเป็นแนว ทางให้กับผู้ที่ศึกษาต่อไปในที่นี้ด้วย

ปัญหาและข้อสังเกตที่ได้จากการศึกษาที่อาจจะก่อให้เกิดปัญหาและเป็นอุปสรรคต่อการ ให้ความคุ้มครองต่อความล้มเหลวทางการค้าโดยละเอียดที่ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์และวิจารณ์เป็นลำดับ ไปด้วย ดังนี้

1. ปัญหาของเรื่องของสภาพแห่งสิทธิ

ผลจากการศึกษาพบว่า ความล้มเหลวทางการค้าเป็นสิทธิเด็ดขาด (absolute right) ที่ได้รับการรับรองไว้ทั้งในกฎหมายของไทยและต่างประเทศแล้ว ผู้ที่เป็นเจ้าของสิทธิ

จึงสามารถที่จะได้รับความคุ้มครอง ตามกฎหมายโดยสมบูรณ์และเด็ดขาด สามารถที่จะโต้แย้งบุคคลอื่นที่จะมารบกวนหรือใช้หรือเปิดเผยความลับทางการค้าของตนเองได้ โดยอาศัยสภาพบังคับแห่งกฎหมายไทยใน 2 ลักษณะ คือ

- 1) สภาพบังคับตามมูลเหตุแห่งกฎหมายละเมิด
- 2) สภาพบังคับตามหลักกฎหมายสัญญา

แต่อย่างไรก็ตามก่อนที่จะกล่าวถึงในรายละเอียดของสภาพบังคับตามกฎหมายทั้งสองประการนี้ ผู้เขียนพบว่า ยังมีนักกฎหมายไทยหลาย ๆ ท่านอยู่เช่นกันที่ยังไม่ยอมรับว่า ความลับทางการค้าเป็นสิทธิเด็ดขาด (absolute right) ได้ ทั้งนี้เพราะเห็นว่าความลับทางการค้าเป็นเพียง สิทธิสัมพันธ์ (relative right)²¹ อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์ในทางความลับต่อกัน (confidential relationship) เท่านั้น ดังนั้น สิทธิระหว่างคู่สัญญาจึงเป็นเพียงแค่บุคคลสิทธิที่สามารถจะใช้อ้างอิงัน ระหว่างคู่สัญญากันเท่านั้น ไม่สามารถที่จะใช้อ้างอิงต่อบุคคลทั่วไปได้เลย

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ผลที่ได้จากการศึกษาค้นคว้าข้างชัดเจนว่าความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งเพราะเป็นสิ่งที่มีความและมีราคา และถือเอาได้ตามบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²² และเป็นทรัพย์สินที่ไม่อาจสัมผัสหรือมีรูปร่างให้มองเห็นได้ เป็น intangible property²³ ที่ได้รับความคุ้มครองโดยผลทางกฎหมาย แต่ไม่ใช่ทรัพย์สินสิทธิ เพราะสิทธินี้ไม่ได้มีตัวทรัพย์สินที่จับต้องได้เป็นวัตถุแห่งสิทธิ

ด้วยเหตุนี้ความลับทางการค้าจึงไม่จำเป็นต้องเกิดจากความสัมพันธ์ต่อกันในทางความลับ (confidence) เท่านั้น เพราะความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินที่เมื่อผู้ใดก็ตามเป็น

²¹Dr.Rongphol Charoenphandu, "Legislative Reform and Technology transfer: and overview of the problems in Thailand"

²²คูคตี Ferroline corp. คดี Godefroy Mfg. Co, คดี Cincinnati Bell Foundry co. ที่กล่าวถึงในบทที่ 3 ข้อ 2.1 และรายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องการให้ความคุ้มครองแก่ความลับทางการค้าที่ได้กล่าวมาแล้วประกอบด้วย

²³มรว.เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์ชัยฤทธิ์) พ.ศ.2497, หน้า 147.

เจ้าของก็สามารถครอบครอง หรือแสวงหาผลประโยชน์ได้เลย ความลับทางการค้าจึงแตกต่าง หากจากความสัมพันธ์กันระหว่างผู้เป็นเจ้าของความลับกับผู้ที่ได้รับการเปิดเผยความลับทางการค้าให้ทราบ หากเข้าใจว่าสิทธิในความลับทางการค้าเป็นสิทธิที่เกิดจากความสัมพันธ์ต่อกันในความลับแต่เพียงอย่างเดียวแล้ว จะไม่สามารถอธิบาย กรณีที่ผู้เป็นเจ้าของความลับมิได้เปิดเผยความลับให้ผู้ใดได้ทราบเลย เพราะในกรณีนี้ไม่มีความสัมพันธ์ตามสัญญาหรือตามหน้าที่ที่ต้องไว้วางใจต่อกันเกิดขึ้นตามหลัก Law of confidence เลย และด้วยเหตุนี้เองที่ความลับอาจมีทั้งการเปิดเผยอันก่อให้เกิดความสัมพันธ์ และทั้งที่ไม่เปิดเผยที่ไม่มีความสัมพันธ์จึงทำให้นักกฎหมายและศาลในอังกฤษและอเมริกายังไม่สามารถที่จะใช้หลักกฎหมายหลักหนึ่งหลักใดอธิบายเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ความลับทางการค้าให้เป็นที่แน่นอน ชัดเจนลงไปทางทฤษฎีกฎหมายได้ ยืนยันว่าความลับทางการค้าเป็นสิทธิเด็ดขาด (absolute right) ดังเช่นที่ปรากฏในความเห็นของนักกฎหมายที่ต่าง ๆ ที่กล่าวมาแล้วว่าลักษณะของความเป็นทรัพย์สินที่ไม่จำเป็นต้องเกิดจากความสัมพันธ์ จึงน่าที่จะเป็นความเห็นที่ถูกต้องแล้ว

แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนใคร่ขอกล่าวไว้ว่า เมื่อความลับทางการค้าเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองโดยผลของกฎหมายแล้ว ดังนั้นจึงจะต้องมีกฎหมายรับรองเอาไว้เท่านั้นว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้าบ้าง ความลับนั้น ๆ จึงจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายและถือเป็นสิทธิเด็ดขาด (absolute right) อันจะมีผลให้ผู้เป็นเจ้าของใช้อำยันบุคคลต่าง ๆ ได้เต็มที่ เพราะฉะนั้นหากปรากฏว่าความลับใดที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติรับรองเอาไว้ ความลับทางการค้านั้น ๆ ก็ไม่อาจที่จะเป็นสิทธิตามกฎหมายได้อีกเช่นเดียวกัน เราอาจที่จะถือว่าความลับที่คู่สัญญามีต่อกันตามสัญญาเป็นกรณีเช่นนี้ได้ (หากปรากฏว่า ข้อตกลงที่ระบุชนิดของความลับนั้นไม่มีการรับรองโดยผลของกฎหมายเอาไว้) ข้อสัญญานี้เห็นได้จาก ข้อสัญญาระหว่างผู้เป็นเจ้าของ Know how ที่มักที่จะเขียนเป็นข้อสัญญาไว้เสมอว่าให้เป็นความลับและผู้ที่จะได้รับอนุญาตให้ใช้จะต้องรักษาความลับนี้ไว้ทั้ง ๆ ที่จริง ๆ แล้ว หากเป็นสิทธิเด็ดขาดแล้ว แม้ไม่ได้ระบุไว้ในสัญญาก็สามารถที่จะบังคับได้ตามกฎหมายโดยผลของกฎหมายอยู่แล้ว ดังเช่น กรณีลิขสิทธิ์แม้ผู้ทำสัญญาจะไม่ระบุว่า ห้ามกระทำการละเมิดก็ไม่ได้หมายความว่าผู้รับสัญญาจะละเมิดได้ ทั้งนี้เนื่องจากสิทธิของลิขสิทธิ์และสิทธิบัตรเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองโดยผลของกฎหมายอยู่แล้วโดยเป็นสิทธิเด็ดขาดนั่นเอง

ผลจากลักษณะของสภาพแห่งสิทธิของความลับทางการค้าที่กล่าวมาแล้วนั้น จึงอาจที่จะก่อให้เกิดผลในความรับผิดชอบทางกฎหมายต่างกันได้ กล่าวคือ หากผู้ที่ล่วงรู้ความลับไปจาก

เจ้าของความลับทางการค้า และเป็นความลับทางการค้าที่ได้รับการรับรองโดยผลของกฎหมายแล้ว ก็จะทำให้บุคคลนั้น (ซึ่งรวมทั้งบุคคลที่ 3 ที่ได้รับความลับมาจากบุคคลอื่นอีกทอดหนึ่งด้วย) ต้องมีความรับผิดชอบตามมูลละเมิดได้ ทั้งนี้เพราะสิทธิที่จะฟ้องร้องเหตุมูลละเมิดนั้นจะต้องเป็นสิทธิเด็ดขาดเท่านั้น²⁴ และเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย²⁵ ดังนั้นสิทธิโดยเด็ดขาดของความลับทางการค้าในกฎหมายไทยที่จะสามารถนำมาฟ้องร้องโดยมูลละเมิดได้คือ สิทธิในความลับทางการค้าที่กำหนดไว้ในมาตรา 323 และ 324 เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม อาจมีนักกฎหมายบางท่านโต้แย้งว่า ความลับทางการค้าไม่ถือว่าเป็นสิทธิเด็ดขาดได้ถึงแม้ว่า จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 323 และ 324 ก็ตาม โดยนักกฎหมายฝ่ายนี้จะโต้แย้งว่าในมาตรา 323 และ 324 มิได้บัญญัติว่า ความลับเหล่านี้เป็นความลับทางการค้า คงบัญญัติแต่เพียงว่าเป็นความลับเท่านั้น และระบุนิยามของความลับที่ค่อนข้างจะชัดเจน ไว้เพียง 3 ชนิด ในมาตรา 324

จากความเห็นเช่นนี้ เมื่อพิจารณาประกอบกันผลที่ได้จากการศึกษาแล้ว พบว่าความลับทางการค้ามีหลาย ๆ ชนิดและหลายประเภท ดังที่กล่าวมาในบทนิยามของวิทยานิพนธ์นี้แล้ว และรวมถึงความลับที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 323 และ 324 ทั้งหมดด้วย นอกจากนี้เมื่อพิจารณาประกอบกับคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองว่าเป็นความลับทางการค้าด้วยแล้ว ความลับที่ปรากฏในมาตรา 323 และ 324 ก็ถือเป็นความลับทางการค้าได้ เช่นเดียวกับที่ต่างประเทศให้ความคุ้มครองแล้วทั้งสิ้น และเป็นเช่นเดียวกับที่ปรากฏใน Restatement of Torts และ Uniform Act รวมทั้งจากคำพิพากษาของศาลอังกฤษที่ได้ศึกษามาแล้วด้วย ดังนั้นจึงไม่อาจที่จะปฏิเสธได้ว่าความลับตามมาตรา 323 และ 324 เป็นความลับที่ไม่ใช่ความลับทางการค้าแต่อย่างใดได้เลย การอ้างเช่นนั้นเป็นการอ้างโดยไม่มีเหตุผลเช่นเดียวกัน

นอกจากนี้แล้วหากจะพิจารณาคำพิพากษาหรือความเห็นของนักนิติศาสตร์ไทยหลายท่านก็ยังคงเคยให้คำอธิบายสิทธิบางประการที่ไม่ปรากฏในบทบัญญัติของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือ

²⁴ พจน์ บุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา) พ.ศ. 2525 หน้า 5.

²⁵ รัชฎ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา) พ.ศ. 2522 หน้า 29.

กฎหมายอาญาว่าเป็นสิทธิที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไทยอีกด้วย อาทิ เรื่องของ กู๊ดวิลล์ (Goodwill)²⁶ หรือสิทธิที่จะรวมตัวกันเป็นองค์กรในรูปของกิจการร่วมค้า (Joint venture) ซึ่งไปปรากฏอยู่ในประมวลรัษฎากร แต่ก็ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายได้เช่นเดียวกัน แม้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายอาญาจะมีได้บัญญัติลักษณะ เช่นนี้ไว้มาก่อนก็ตาม

เพราะฉะนั้นการอ้างว่ากฎหมายอาญามีได้ระบุว่า ความลับดังกล่าวในมาตรา 323 และ 324 เป็นความลับทางการค้าจึงไม่น่าจะเป็นการใช้และตีความโดยชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าในหลักของกฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัดก็ตาม แต่การตีความโดยเคร่งครัดของกรณีนี้คือ ตีความเฉพาะว่าความลับทางการค้าที่ปรากฏในมาตรา 323 และ 324 เท่านั้น ที่เป็นความลับทางการค้าที่จะได้รับความคุ้มครอง จะถูกต้องมากกว่าการตีความว่า กฎหมายไม่ได้บัญญัติว่าเป็นความลับทางการค้าจึงไม่เป็นความลับทางการค้าซึ่งไม่ได้ให้เหตุผลในทางกฎหมายรับรองแต่อย่างใดเลยทั้งสิ้น นอกจากนี้ยังมีสิทธิอยู่มากมายในสิทธิตามกฎหมายไทย ที่ไม่ได้ให้คำอธิบายไว้เลยว่าเป็นอะไร...ได้แก่อะไรบ้าง เช่น สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (right to privacy) ก็ไม่มีบัญญัติไว้ว่ากฎหมายฉบับใดว่าเป็นอะไร แต่เราสามารถรับรู้ได้ว่าเป็นสิทธิที่ได้รับความรับรองในประเทศเสรีนิยม เพื่อให้ประชาชนสามารถมีอิสระในการดำรงชีวิต ไม่ถูกตรวจสอบควบคุมจากบุคคลอื่น หรือถูกวิพากษ์วิจารณ์ โดยไม่ต้องด้วยกฎหมายนั่นเอง เหล่านี้เป็นต้น

2. ปัญหาเรื่องข้อจำกัดของบทบัญญัติกฎหมายไทย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าลักษณะแห่งสิทธิของความลับทางการค้าที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของไทยนั้นจะต้องเป็นความลับที่กฎหมายให้การรับรองเอาไว้ เท่านั้น ดังนั้นเมื่อได้ศึกษาถึงเนื้อหาของบทบัญญัติในกฎหมายไทยแล้ว จะมีเพียงที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 323 และ 324 เท่านั้น ที่อยู่ในขอบเขตของบทบัญญัติเรื่องของความลับทางการค้าที่กฎหมายรับรองไว้ แต่บทบัญญัติในมาตรา 323 และ 324 ยังมีข้อจำกัดของการกำหนดความสัมพันธ์ในทางความลับระหว่างผู้เป็นเจ้าของกับผู้ที่ได้รับการเปิดเผยความลับอยู่จึงส่งผลให้

²⁶ดูคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 3324-3325/2526 และหมายเหตุท้ายฎีกาอ้างโดย รองศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ดร.จิตตภัทร์ เจริญวรรณ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องความลับทางการค้า, หน้า 284.

ไม่สามารถบังคับเข้ากับความลับทางการค้าได้ทุกประเภทและโดยการกระทำความคิดของบุคคลทุกคนได้ ดังเหตุผลนี้คือ

1) ข้อจำกัดในเรื่องของชนิดความลับ

ในมาตรา 323 นั้นจะให้ความคุ้มครองต่อความลับทางการค้าได้หลายประเภท และกว้างขวางมากไปกว่า มาตรา 324 เพราะระบุความลับที่ได้รับความคุ้มครองรวมถึงความลับในทางพาณิชย์กรรม (commercial secrets) ไว้ด้วยเช่นในเรื่องของความลับของทนายความ หรือบัญชี หรือของนายแพทย์ เป็นต้น ในขณะที่ในมาตรา 324 มิได้บัญญัติคลุมถึงไว้โดยมีเพียงแต่ความลับ 3 ประเภทเท่านั้น คือความลับทางการค้าในงานอุตสาหกรรม การค้นพบหรือการนิมิตในทางวิทยาศาสตร์

2) ข้อจำกัดในเรื่องของความสัมพันธ์ในทางความลับ

จากการศึกษาพบว่าทั้งในมาตรา 323 และ 324 นั้นต่างมีข้อจำกัดแห่งความสัมพันธ์ทางความลับกันด้วย โดยจะต้องมีความสัมพันธ์ตามความไว้วางใจต่อกัน ตามหลักของ Law of confidence เช่นเดียวกัน เพราะฉะนั้นจากลักษณะเช่นนี้จึงทำให้เกิดปัญหาขึ้นว่า บทบัญญัติมาตรา 323 จำกัดความสัมพันธ์ต่อบุคคลที่จะรู้ความลับและเปิดเผยความลับไว้น้อยกว่ามาตรา 324 แม้จะให้ความคุ้มครองต่อความลับได้มากกว่า²⁷ ผู้ที่จะมีความผิดตามมาตรา 323 จะต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายระบุไว้เท่านั้น ส่วนผู้ที่จะมีความผิดตามมาตรา 324 เป็นใครก็ได้ที่เกี่ยวข้องในความลับทั้ง 3 ชนิด ที่ได้รับความไว้วางใจจากเจ้าของความลับตามที่กฎหมายบัญญัติเอาไว้

จากลักษณะข้อจำกัดของบทบัญญัติกฎหมาย ทั้ง 2 ประการนี้ จึงส่งผลให้เกิดปัญหาขึ้นมาว่า บุคคลที่รับรู้ความลับไปจากผู้เป็นเจ้าของ โดยที่ไม่ได้รับอนุญาตหรือรับรู้ไปจากการเปิดเผยโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือโดยผิดต่อสัญญาของบุคคลที่ได้รับการเปิดเผยความลับมาอีกทอดหนึ่งนั้นจะมีความผิดตามมาตรา 323 ด้วยหรือไม่ เช่น นาย A เป็นวิศวกรที่ไม่มีที่ไม่มีใครเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับบริษัท B ซึ่งประกอบกิจการเป็นผู้สอบบัญชี ให้นำเอาความลับของบริษัท B ไปเปิดเผย เขาจะต้องรับผิดตามมาตรา 323 นี้หรือไม่ ทั้งนี้เพราะเมื่อพิจารณาว่า อาชีพวิศวกรมิได้

²⁷ รองศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ดร.จิตตภัทร์ เครือวรรณ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่องความลับทางการค้า, หน้า 280.

อยู่ในมาตรา 323 และไม่มีความสัมพันธ์กับบริษัท B ด้วย เขาจึงไม่ต้องรับโทษทางอาญา ตาม มาตราที่ฐานเปิดเผยความลับ... แต่อาจจะได้รับโทษฐานลักทรัพย์หรือไม่ต้องดูที่ลักษณะของการ กระทำความผิดต่อไป และข้อจำกัดของทั้ง 2 มาตรา นี้ จึงส่งผลให้ ไม่สามารถให้ความคุ้มครอง แก่บุคคลที่เป็นเจ้าของความลับทางการค้าเกี่ยวกับความลับในมาตรา 324 ที่มีได้เปิดเผยให้บุคคล อื่นทราบแล้วมีผู้นำไปใช้ให้ต้องรับผิดชอบนี้ได้ เพราะไม่มีลักษณะของการที่จะแสดงถึงความไว้วางใจ เพราะฉะนั้นความผิดในมาตรา 323 และ 324 จึง จะต้องเป็นผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ที่ ต้องเปิดเผยความไว้วางใจต่อกันไม่มากนักทั้งสิ้น

กรณีนี้เมื่อศึกษา เทียบเคียงกับกฎหมายของต่างประเทศแล้วจะพบว่าในการให้ ความคุ้มครองจะไม่ถูกจำกัดด้วยลักษณะ เช่นนี้เพราะในบทบัญญัติ Restatement of Torts และ Uniform of Trade secret Act ได้ระบุการกระทำความผิดเอาไว้ โดยเฉพาะใน Uniform of Trade secrets Act ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า วิธีการที่มีชอบ (Improper means)²⁸ หมายถึงอะไรบ้างหรือ รวมทั้งการได้ความลับทางการค้าไปโดยไม่ถูกต้องหรือโดยการลักขโมย (misappropriation)²⁹ หมายความว่าอย่างไรบ้าง โดยไม่ได้กล่าวจำกัดว่าต้องมี confidential information ต่อกันมาก่อนแต่อย่างไร จึงเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ยืดหยุ่นต่อการ กำหนดควาวิญฉัยของศาลที่จะให้ความคุ้มครองต่อความลับทางการค้าได้ดีกว่า

ลักษณะแห่งข้อจำกัดเช่นนี้ เนื่องจากบทบัญญัตินี้ถูกยกร่างและใช้บังคับเป็นกฎหมาย เป็นเวลานานถึง 37 ปีแล้ว ลักษณะของเทคโนโลยีจึงเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมาก และซับซ้อน มากยิ่งขึ้น บทบัญญัติที่มีอยู่จึงไม่เพียงพอ ขณะที่บทบัญญัติในมาตรา 273-275 ได้รับการนำไปบัญญัติ เป็นกฎหมายพิเศษแล้วในเรื่องของ เครื่องหมายการค้าและบทบัญญัติในเรื่องของอุตสาหกรรมและการ นิคมิตทางวิทยาศาสตร์ ก็ได้รับการบัญญัติเป็นกฎหมายพิเศษตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตรแล้วเช่น เดียวกัน แต่บทบัญญัติในมาตรา 323 และ 324 ที่เหลืออยู่ยังมิได้รับการปรับปรุงแต่อย่างใด

²⁸Uniform of Trade secrets Act มาตรา 1(1) [ภาคผนวกที่ 1]

²⁹Uniform of Trade secret Act มาตรา 1(2) [ภาคผนวกที่ 1]

3. ปัญหาในเรื่องของสภาพบังคับตามกฎหมาย

1) สภาพบังคับตามมูลละเมิด

จากลักษณะของความลับทางการค้าที่ได้รับความคุ้มครองแต่เฉพาะที่บัญญัติในกฎหมายไว้แล้วเท่านั้นที่เป็นสิทธิเด็ดขาด (absolute right) ที่ส่งผลให้ผู้เป็นเจ้าของความลับสามารถที่จะดำเนินการกับผู้กระทำละเมิดต่อความลับของตนให้รับผิดชอบทางแพ่งได้ โดยอาศัยสิทธิตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น เนื่องจากว่าความรับผิดชอบตามกฎหมายความลับทางการค้าจะยกเว้นให้บุคคลที่ได้กระทำการค้นคว้าโดยลำพังตนเองหรือศึกษาย้อนกลับ และสามารถค้นพบความลับได้ แม้เขาเหล่านั้นจะมีความจงใจที่จะเรียนรู้ความลับของผู้อื่นก็ตามแต่ก็ไม่ต้องรับผิด เพราะผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าไม่สามารถที่จะไปจำกัดสิทธิห้ามบุคคลดังกล่าวนี้ได้ เนื่องจากว่าเขาไม่มี exclusive right ต่อบุคคลเหล่านั้นเอง เขาจึงมีสิทธิตามกฎหมายที่จะบังคับกับผู้กระทำละเมิดเฉพาะบุคคลที่ตนมีสิทธิทางกฎหมายที่จะได้รับความคุ้มครองเท่านั้น

เพราะฉะนั้นการที่บุคคลที่ 3 ผู้สุจริตได้รับความลับทางการค้าไปจากบุคคลที่ผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าที่ได้เปิดเผยให้ทราบ จึงไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายละเมิดเลย

ข้อที่น่าสังเกตคือ เนื่องจากว่าความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่ง ดังนั้นเมื่อบุคคลที่ 3 ที่ไม่สุจริตได้ความลับทางการค้าของโจทก์ไป โจทก์ผู้เป็นเจ้าของย่อมสามารถที่จะเรียกร้องโดยอาศัยหลักเรื่องลาภมิควรได้ (Unjust Enrichment) เรียกทรัพย์และผลกำไรที่ได้จากการเอาความลับไปใช้ประโยชน์แล้วได้อีกด้วย

แต่อย่างไรก็ตามสภาพบังคับกฎหมายละเมิดของไทยไม่ได้เปิดช่องให้ศาลมีอำนาจที่จะอาศัยหลักความยุติธรรมมาพิจารณาได้ 2 ประการดังเช่นในอังกฤษที่ศาลเอ็กควิตี้ (Equity) กระทำในกรณีละเมิดที่จะแยกเป็น 2 พฤติการณ์ คือ (1) กรณีที่ผู้กระทำละเมิดไม่รู้ว่าตนเองได้ทะเลาะเมิดต่อความลับทางการค้าของผู้อื่นอยู่ (innocent third party) ก็ไม่ต้องรับผิดชอบในการเปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าของผู้อื่น ก่อนที่ตนเองจะได้รับหนังสือเตือน (notice) ให้ทราบถึงการกระทำผิดและยุติการกระทำต่อไปเสีย (2) หากผู้กระทำละเมิดทราบแต่ต้นแล้วว่าตนเองกำลังทะเลาะเมิดอยู่ ก็จะมีคามผิดโดยละเมิดทันที³⁰

³⁰บรรพตดู บทที่ 4 ในเรื่องของรากฐานทางกฎหมายละเมิดที่บังคับใช้กับความลับทางการค้าในอังกฤษ

จึงเห็นว่าศาลต่างประเทศสามารถให้ความยุติธรรมต่อผู้เป็นเจ้าของ ความลับทางการค้าและผู้กระทำละเมิดในกรณีการกระทำละเมิดของบุคคลที่ 3 ผู้สุจริตได้ดีกว่า ของไทย เพราะบทบัญญัติของไทยนั้นศาลจะบังคับเพียงแต่ให้ผู้สุจริตดังกล่าว ยุติการกระทำ การต่อไปที่จะเป็นการเปิดเผยความลับหรือขอให้คืนทรัพย์สินตามหลักการสมควรได้เท่านั้น จึงเป็นการให้ ความยุติธรรมแก่โจทก์ฝ่ายเดียวส่วนผู้ละเมิดโดยสุจริตจะไม่ได้รับความยุติธรรมโดยการเลือกใช้ ราคาค่าเสียหายแล้วสามารถใช้ความลับทางการค้าได้ต่อไปอีก ดังเช่นในกฎหมายอเมริกา* ที่ ได้ศึกษามาแล้ว

แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องการกำหนดค่าเสียหายนั้นจากการศึกษาพบว่า การ กำหนดค่าเสียหายจากมูลละเมิด ตามบทบัญญัติของไทยไม่มีการกำหนดในเรื่องของค่าเสียหาย ที่เป็นการลงโทษ (punitive damages) เอาไว้ ดังเช่นในสหรัฐอเมริกาสำหรับกรณี บุคคลที่ลักลอบใช้ความลับทางการค้าของผู้อื่น โดยมีเจตนาร้าย (wilful and malicious misappropriation) ตามที่กำหนดไว้ใน Uniform Act มาตรา 3(2) แต่อย่างไรก็ตาม การ กำหนดค่าเสียหาย ตามมูลละเมิดนั้นผู้เป็นเจ้าของความลับสามารถเรียกร้องได้ตามมาตรา 438 เท่านั้น

แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติไทยแล้ว มาตรา 438 เปิดโอกาสให้ศาลใช้ ดุลยพินิจตีความเพื่อกำหนดเป็นค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้เช่นเดียวกัน³¹ แต่สำหรับผู้เขียน แล้วเห็นว่า การกำหนดค่าเสียหายที่ผ่านมา มิใช่เป็นค่าเสียหายเพื่อเป็นการลงโทษ (punitive damages) ตามความหมายของสหรัฐอเมริกาแต่อย่างไร เป็นแต่เพียงกำหนดค่าเสียหายให้ สมควรกับพฤติการณ์และการร้ายแรงแห่งละเมิดตามมาตรา 438 เท่านั้น เพราะสภาพบังคับตาม กฎหมายไทยไม่มีสภาพบังคับให้กระทำเช่นนั้นได้

*โปรดดูหลักการชดเชยค่าเสียหาย และสภาพบังคับของละเมิดในสหรัฐอเมริกาในบทที่ 4 ข้อ 2

³¹พจน์ บุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา) 2525, หน้า 531 และคู่มือพิพากษาศาลฎีกา ที่ 64/2501, 336/2475 ประกอบด้วย

2) สภาพบังคับตามสัญญา

สำหรับในเรื่องของสภาพบังคับตามกฎหมายสัญญานั้น ผู้เขียนเห็นว่าจะไม่เป็นปัญหาต่อการบังคับใช้ของศาลแต่อย่างใด เพราะหลักในการเรื่องของเรียกค่าเสียหายตามสัญญาจะมีปรากฏอยู่แล้วในเรื่องของสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 222 และ 223 ถ้าคู่สัญญากดงกันในเรื่องค่าเสียหาย (ไม่ว่าจะอยู่ในรูปเบี้ยปรับหรือไม่ก็ตาม) หากการกำหนดนี้สูงเกินไป ศาลมีอำนาจลดเบี้ยปรับให้ต่ำลงมาได้³² ตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 383³³

อย่างไรก็ตาม กรณีของสภาพบังคับตามกฎหมายสัญญาอาจจะต้องพิจารณาหรืออาจถูกจำกัดด้วยกรณีของ (1) การตกลงกันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพกันเกินควร เช่น ห้ามผู้ที่ได้รับการเปิดเผยความลับทางการเปิดเผยหรือใช้ความลับนั้นตลอดชีวิตของตน เป็นต้น หรือห้ามนางานที่เหมือนหรือคล้ายคลึงที่ต้องอาศัยความลับ เช่น เดียวกันกับโจทก์มาเป็นกรรมวิธีในการผลิต เป็นต้น กรณีเช่นนี้ศาลอาจพิจารณาโดยจำกัดเพราะถือเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือขัดต่อประเพณีของการค้าที่เป็นธรรมได้

ที่กล่าวมาทั้งหมดนี้เป็นปัญหาที่ผู้เขียนคาดว่าอาจจะเกิดขึ้นได้จากการบังคับใช้กฎหมายความลับทางการค้าในอนาคต แต่อย่างไรก็ตามผลที่ได้จากการศึกษาอีกประการที่อาจจะไม่เป็นปัญหาแต่สมควรที่จะตั้งเป็นข้อสังเกตเอาไว้ก็คือ

ข้อสังเกต

1. เรื่องของการร้องขอคำสั่งศาล

การฟ้องคดีความลับทางการค้า ในปัจจุบันนี้อาจอาศัยสภาพการเยียวยาเพื่อบรรเทาความเสียหายให้แก่ผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าโดยการขอความคุ้มครองจากศาลได้ 2 ประการคือ ประการแรก การขอความคุ้มครองชั่วคราวโดยวิธีธรรมดา (มาตรา 254, 255)

³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1981/2511 (ประชุมใหญ่) ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าเบี้ยปรับก็คือค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่คู่สัญญากดงกันไว้ล่วงหน้า, สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ "สัญญา" (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม) 2533, หน้า 71.

³³ โปรดดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 ประกอบด้วย

ประการที่สอง การขอความคุ้มครองชั่วคราวโดยวิธีฉุกเฉิน ตามมาตรา 260 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

แต่เมื่อพิจารณาจากสภาพของความลับทางการค้าแล้ว หากมีการดำเนินการคุ้มครองชั่วคราว โดยวิธีธรรมดาซึ่งโจทก์จะต้องยื่นคำร้องดังกล่าวนี้พร้อมกับคำฟ้อง และศาลจะจัดการนำส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องให้แก่จำเลยตามวิธีปกติแห่งการส่งหมายทั่วไป และนัดทำการไต่สวนคำร้องแล้ว อาจจะเป็นการกระทำที่ไม่ทันต่อการให้ความคุ้มครองได้ เพราะความลับอาจถูกจำเลยเปิดเผยออกไปแล้ว หรือเปิดเผยออกไปในทางอนึ่งที่จะเป็นการเสียหายแก่โจทก์ที่มากเกินไปกว่าจะทำให้ โจทก์สามารถปกป้องความลับมิให้ล่วงไปถึงผู้อื่นได้อีกต่อไปแล้ว

ดังนั้น การขอความคุ้มครองชั่วคราวในศาลของไทย สำหรับคดีที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อความลับทางการค้านั้น จำเป็นต้องใช้วิธีฉุกเฉินเท่านั้น เพื่อให้ทันต่อการคุ้มครองได้ นอกจากนี้ข้อที่น่าสังเกตอีกประการหนึ่งสำหรับในเรื่องของการคำสั่งศาลคือ คำสั่งศาลเป็นเรื่องของดุลยพินิจที่อยู่บนพื้นฐานของความสามารถในการทำให้ศาลเข้าใจ การอธิบายถึงเหตุผลและความจำเป็นในการที่จะต้องขอความคุ้มครองโดยวิธีฉุกเฉิน และอีกประการหนึ่งขึ้นอยู่กับว่าความรู้ความเข้าใจต่อความลับทางการค้าของศาลด้วย หากศาลเห็นความสำคัญสำหรับคดีความลับทางการค้าแล้ว ศาลอาจมีข้อกำหนดหรือระเบียบที่เพียงพอแก่การพิจารณาคดีและออกคำสั่งศาลที่เหมาะสมกับสภาพของการที่จะต้องรักษาความลับเอาไว้ด้วย

2. ในเรื่องของการกำหนดหน้าที่นำสืบและภาระการพิสูจน์ (burden of proof) และข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย

ผลที่ได้จากการศึกษาที่น่าสนใจประการหนึ่งคือในเรื่องความลับทางการค้านั้น แม้ว่าภาระการพิสูจน์จะตกเป็นหน้าที่ของโจทก์ดังเช่นเดียวกับในคดีทั่ว ๆ ไป แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างยิ่งพยายามให้ความเป็นธรรม แก่ผู้เป็นเจ้าของความลับให้มากขึ้นโดยการผ่อนปรนให้โจทก์มีภาระการพิสูจน์แต่เพียงส่วนหนึ่ง เช่น พิสูจน์แต่เพียงว่า โจทก์เป็นเจ้าของความลับทางการค้า จำเลยเป็นผู้กระทำการใช้หรือเปิดเผยความลับทางการค้าของโจทก์ โดยจำเลยเป็นผู้มีโอกาสดูอยู่ในวิสัยที่จะใช้หรือได้รับความลับทางการค้าของโจทก์ หลังจากนั้นแล้วศาลจะให้จำเลยเป็นผู้มีหน้าที่พิสูจน์แก่ เช่นว่าตนเองได้ความลับทางการค้ามาอย่างไร ไม่ได้ทำการใช้หรือเปิดเผยของโจทก์ แต่อาจได้มาจากบุคคลอื่น เป็นต้น

การที่ศาลได้อาศัยหลักความยุติธรรมมาใช้ในการกำหนดภาระการพิสูจน์ และกำหนดหน้าที่นำสืบเช่นนี้ เนื่องจากโดยลักษณะของคดีความลับทางการค้าจึงมีความยากลำบากในการที่จะพิสูจน์ทุกประการซึ่งเป็นไปตามหลักการนำสืบคดีในกรณีที่ฟ้องเป็นอาญาทั่วไป เพราะความลับทางการค้าจะมีลักษณะที่เป็นความลับ จึงทึ่งจึงอาจดูได้จากลักษณะภายนอกของสินค้าเท่านั้น เช่น ลักษณะของสินค้าที่ใกล้เคียงกัน ซึ่งจะทำให้ต้องอาศัยกรรมวิธีเดียวกันเท่านั้น ในขณะที่จำเลยไม่เคยมีบุคลากรหรือรู้มาก่อนเลย เพิ่งจะมาทำสินค้าเช่นเดียวกับโจทก์เมื่อถูกจ้างโจทก์คนก่อนออกไปทำงานกับจำเลยเท่านั้น ตัวอย่างเหล่านี้แสดงให้เห็นว่า ศาลจำเป็นต้องอาศัยหลักของการรับฟังพยานแวดล้อมมาช่วยในการพิจารณาคดีความลับทางการค้าด้วยเป็นอย่างมาก ซึ่งหากในการรับฟังพยานในคดีอาญาทั่วไปแล้ว ศาลจะรับฟังเพียงคำให้การโจทก์แต่เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องรับฟังพยานจำเลย ก็ได้

นอกจากนี้แล้วคดีความลับทางการค้าจำเป็นต้องพิจารณาโดยรวดเร็วและสะดวกต่อการนำสืบคดี ดังนั้นจึงควรที่จะมีการกำหนดข้อสันนิษฐานทางกฎหมายมาช่วยในการพิจารณาคดีและให้เป็นคุณแก่ผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าหรือไม่ เพราะหากพิจารณาเทียบกับในคดีละเมิดลิขสิทธิ์แล้วยังมีการกำหนดข้อสันนิษฐานทางกฎหมายเอาไว้ในมาตรา 28 ด้วย³⁴ โดยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่างานที่ฟ้องร้องเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ และในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร ก็ยังมีการกำหนดเป็นข้อสันนิษฐานเอาไว้ก่อนเช่นเดียวกันว่าจำเลยได้ใช้กรรมวิธีของผู้ทรงสิทธิบัตร เพราะสินค้าที่ออกมาเหมือนของโจทก์ซึ่งได้รับความคุ้มครองแต่เพียงผู้เดียวจากสิทธิบัตรนั่นเอง สาเหตุที่กฎหมายทั้งสองฉบับสามารถตั้งข้อสันนิษฐานไว้ได้ก็เนื่องจากลักษณะของสิทธิเด็ดขาดและเป็นสิทธิแต่ผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิบัตรและผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นนั่นเอง แต่สำหรับความลับทางการค้าแล้วน่าที่จะมีการตั้งเป็นข้อสันนิษฐานเอาไว้ได้ เช่น

1. ผู้ใดใช้หรือเปิดเผยความลับทางการค้า ที่เปิดเผยต่อรัฐตามหน้าที่แห่งกฎหมาย เมื่อเกิดมีความเสียหายขึ้นต่อความลับดังกล่าวให้ถือว่าผู้ใช้หรือเปิดเผยนั้นเป็นผู้ได้มาหรือใช้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย
2. ผู้ใดโดยเหตุที่ตามมิได้ระกอบอาชีพหรือมีหน้าที่อันเกี่ยวข้องกันกับความลับทางการค้าเปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้า ซึ่งมีบุคคลอื่นเป็นเจ้าของอยู่ให้สันนิษฐานว่าเป็นผู้

³⁴ดูพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 มาตรา 28



ไว้หรือเปิดเผยความลับทางการค้าของผู้อื่นโดยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เว้นแต่จะพิสูจน์ให้เห็นได้เป็นอย่างอื่น เหล่านี้เป็นต้น

อย่างไรก็ตามในเรื่องของการตั้งข้อสันนิษฐานทางกฎหมายนี้ไม่ปรากฏว่ามี การกล่าวถึงในการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่ความลับทางการค้าของต่างประเทศแต่อย่างใด คงมีแต่เพียงการรับฟังพยานแวดล้อมและผลกระทบบางประการให้เป็นหน้าที่ของ จาเลยเท่านั้น เพื่อให้ความยุติธรรมแก่คดี ดังที่กล่าวมาแล้ว

3. นอกจากนี้แล้ว ผลของการศึกษาพบว่าในเรื่องมาตรการในการให้ ความคุ้มครองแก่ความลับทางการค้าด้วยกฎหมายวิธีบัญญัติโดย เฉพาะในเรื่องของบทบัญญัติในการพิจารณา คดีลับและการเก็บรักษาเอกสารในสำนวนคดีนั้น บทบัญญัติในส่วนนี้ของไทยมีเพียงพอและไม่ น้อยไปกว่าที่ศาลต่างประเทศให้ความคุ้มครองแล้ว ดังนั้นหากมีผู้นำคดีความลับทางการค้า เข้าสู่ การพิจารณาคดีของศาลไทยในขณะนี้ ศาลสามารถอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายวิธีบัญญัติที่มีอยู่ในขณะนี้ เป็นมาตรการในการให้ความคุ้มครองได้ทันที

แต่อย่างไรก็ตามผลที่ได้จากการศึกษาพบลักษณะที่สามารถสรุปได้ว่า การเปิดเผยความลับทางการค้าในศาลไม่ถือว่าทำให้ความลับทางการค้าต้องสูญเสียไป ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้พิจารณาเป็นคดีลับ แสดงว่าโจทก์ประสงค์ที่จะเก็บรักษาไว้เป็นความลับหรือดูแลรักษา ความลับเอาไว้เป็นอย่างดีเพียงพอ ตามที่ปรากฏใน Restatement comment b มาตรา 757 ขณะเดียวกันการเปิดเผยต่อศาล ก็เป็นการเปิดเผยต่อรัฐซึ่งไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะทำการเปิดเผย ความลับอยู่แล้ว จึงไม่น่าจะถือว่าเป็นการเปิดเผยความลับทางการค้าแต่อย่างใด ปัญหาที่จะเกิดขึ้นคือหากปรากฏว่าศาลไม่อนุญาตให้พิจารณาลับหรือไม่ปรากฏว่าโจทก์ขอให้พิจารณาลับแล้ว จะถือว่าความลับเปิดเผยหรือไม่ เพราะอาจมีบุคคลที่รับรู้ข้อมูลได้หลาย ๆ คน เนื่องจากไม่ถูก จำกัดการเปิดเผยหรือจำกัดการรับรู้เอาไว้

กรณีเช่นนี้ ผู้เขียนถือว่าเป็นข้อเท็จจริงที่ควรจะได้รับพิจารณาเป็นกรณีไป เพราะอาจมีข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันได้ เช่น หากโจทก์ขอให้ศาลพิจารณาลับ แล้วศาลไม่อนุญาต เพราะถือว่าเป็นความลับที่เปิดเผยแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการพิจารณาในศาลถือเป็นการเปิดเผยความลับหรือไม่อีกต่อไป แต่ถ้าหากปรากฏว่าโจทก์ไม่เคยขอให้พิจารณาคดีลับเลย ก็ อาจเป็นเงื่อนไขหนึ่งที่ศาลจะพิจารณาว่าโจทก์ไม่ใส่ใจต่อการดูแลและระมัดระวังรักษาความลับของ ตนเองอย่างเพียงพอได้