



ปัญหาการโอนความดับทางการค้า กรณีการควบบริษัท

โดย

นายสุวัฒน์ ภักดีธรรม

การค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญา

นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

ปีการศึกษา 2554

อธิการบดีของมหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

ปัญหาการโอนความลับทางการค้า กรณีการควบบริษัท

โดย

นายวุฒ ภัคดิธรรม

การค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญา

นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

ปีการศึกษา 2554

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

TRANSFER OF TRADE SECRETS: MERGER AND ACQUISITION

BY

MR. WASUWAT PHAKDEETHAM

**AN INDEPENDENT STUDY SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE
REQUIREMENTS FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS**

GRADUATE SCHOOL OF LAW

ASSUMPTION UNIVERSITY

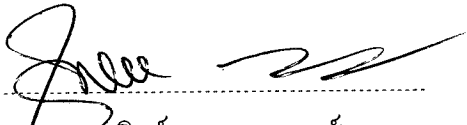
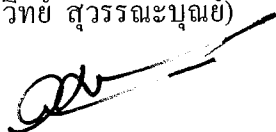
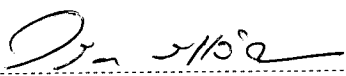
DECEMBER 2011

ชื่อเรื่องการค้า : ปัญหาการโอนความลับทางการค้า
(TRANSFER OF TRADE SECRETS: MERGER AND
ACQUISITION)
ชื่อผู้เขียน : นายสุวิทย์ ภัคศิธรรม
ชื่อปริญญา : นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายธุรกิจ)
ที่ปรึกษาการค้า : ดร.วริยา ถ้ำเลิศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ อนุมัติให้การค้นคว้าอิสระฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต


..... ผู้อำนวยการบัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์
(รองศาสตราจารย์ ธรรมนูญ โปษะบุตร)

คณะกรรมการสอบการค้า


..... ประธานกรรมการ
(ดร.ชาญวิทย์ สุวรรณะบุญย์)

..... กรรมการ
(นายวุฒิพงษ์ เวชยานนท์)

..... กรรมการ
(ดร.วริยา ถ้ำเลิศ)

ชื่อเรื่องการค้นคว้าอิสระ : การโอนความลับทางการค้า กรณีการควบบริษัท
ชื่อผู้เขียน : นายวสุวัต ภัคดิธรรม
ชื่อปริญญา : นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายธุรกิจ)
ที่ปรึกษาการค้นคว้าอิสระ : ดร.วริยา ล้ำเลิศ

บทคัดย่อ

การค้นคว้าอิสระในครั้งนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาสภาพปัญหาเกี่ยวกับการโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัท เพื่อแสดงให้เห็นถึงความเสี่ยง และผลกระทบที่อันจะเกิดกับความลับทางการค้าจากการควบบริษัท โดยได้มีการศึกษา วิเคราะห์ และเปรียบเทียบกับบทบัญญัติกฎหมาย บทความ หนังสือทางวิชาการ แนวทางคำพิพากษา อันเกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าในต่างประเทศ เพื่อนำมาบทสรุปของการศึกษามาใช้เสนอแนะแนวทางการปฏิบัติในการโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัท และกำหนดมาตรการป้องกันและรักษาสถานภาพของความลับทางการค้า ให้เกิดความชัดเจนและมีความเหมาะสมมากขึ้น

จากการศึกษาพบว่า การโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัทนั้น มีปัญหาในเรื่องของสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้า เนื่องจากการขั้นตอนก่อนการควบบริษัทนั้น จะต้องมีการเจรจา และแลกเปลี่ยนข้อมูล กันระหว่างกลุ่มผู้ถือหุ้น และพนักงานที่เกี่ยวข้องของแต่ละบริษัท การรับรู้ความลับทางการค้าของบุคคลดังกล่าว จึงก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้าโดยตรงมากขึ้นแตกต่างกันตามแต่ละประเภทของการควบบริษัท ซึ่งปัญหาดังกล่าวในประเทศไทยยังไม่ค่อยให้ความสำคัญมากนัก จึงอาจเกิดเป็นข้อพิพาทนำคดีสู่ศาลภายหลังจากที่ควบบริษัทไปแล้วเป็นจำนวนมาก

ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้น โดยให้บริษัทที่ประสงค์จะดำเนินการควบบริษัทต่อกัน ทำจะต้องข้อตกลงต่อกันเพื่อที่จะรักษาสถานภาพของความลับทางการค้าก่อนที่จะมีการควบบริษัท โดยเป็นการทำข้อตกลงกันระหว่างผู้ถือหุ้น และพนักงานที่เกี่ยวข้อง ก่อนที่จะดำเนินการควบบริษัทหรือในขั้นตอนของการเจรจานั้นเอง ซึ่งในต่างประเทศเรียกข้อตกลงดังกล่าวว่า “Non disclosure agreement” หรือ “Confidential agreement” นั้นเอง โดยในการทำข้อตกลงดังกล่าวนี้ จะเป็นแนวทางการปฏิบัติในการ โอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัท เพื่อเป็นมาตรการในการรักษาสถานภาพของความลับทางการค้า ให้เกิดความชัดเจนและมีความเหมาะสมมากขึ้น

Independent Study Title : Transfer of Trade Secrets: Merger and Acquisition
Author Name : Mr. Wasuwat Phakdeetham
Degree : Master of Laws (Business Law)
Academic Year : 2011
Advisory : Dr. Wariya Lamlert

ABSTRACT

The objective of this independent study is to study the problems pertaining to transfer of trade secrets in case merger and acquisition. This study focuses on revealing ambiguity, risks and effects of transfer of trade secrets in case merger and acquisition. In this research, comparative study and analysis of legal provisions, law textbook, academic publication and judgments relating to trade secrets protection under foreign jurisdiction are made in order to provide guidance the practice of transfer of trade secrets in case merger and acquisition and create prophylactic to maintain the status of trade secrets clearly and suitability

The result obtained from the study show transfer of trade secrets in case merger and acquisition have a problem about status of the confidentiality of trade secrets. Due process before the amalgamation need to be negotiated and share information among the shareholders and employees involved of each company. Perceptions of trade secrets of such person make a risk to the confidentiality of trade secrets directly depending on the kind of the amalgamation. This problem in Thailand is not received attention that may be make many the dispute to the court after the amalgamation

In an effort to solve aforementioned problem, the companies that intends to complete the amalgamation have to make a agreement for maintain status of the confidentiality of trade secrets prior to the amalgamation. It is an agreement between the shareholders and employees involved of each company that the abroad call this agreement “Non disclosure agreement” or “Confidential agreement”. It will be the practice of transfer of trade secrets in case merger and acquisition for being prophylactic to maintain the status of trade secrets clearly and suitability.

กิตติกรรมประกาศ

การค้นคว้าอิสระฉบับนี้สำเร็จได้ ด้วยความกรุณาของ ดร.วริยา ล้ำเลิศ อาจารย์ที่ปรึกษา การค้นคว้าอิสระ ซึ่งได้ให้คำปรึกษา ข้อชี้แนะ และความช่วยเหลือในหลายสิ่งหลายอย่าง จนกระทั่งสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงมา ณ ที่นี้

ขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ญัฐพงศ์ โปษกะบุตร ผู้อำนวยการบัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ ดร.ชาญวิทย์ สุวรรณะบุญย์ ประธานกรรมการสอบการ ค้นคว้าอิสระ และอาจารย์วุฒิพงษ์ เวชยานนท์ กรรมการสอบการค้นคว้าอิสระ ที่ให้ความกรุณาใน การแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ ของงานวิจัยฉบับนี้ ตลอดจนขอขอบคุณ คณาจารย์ เลขานุการ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ ที่ให้ความสะดวกในด้านอำนวยความสะดวก และ ประสานงานในการทำรายการค้นคว้าอิสระให้ผู้ศึกษาตลอดมา

นอกจากนี้ผู้ศึกษาขอขอบคุณบรรณารักษ์ห้องสมุดมหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์ บรรณารักษ์ ห้องสมุดมหาวิทยาลัยรามคำแหง และบรรณารักษ์ห้องสมุดมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และขอ กราบขอบพระคุณ บุคคลในครอบครัว ได้แก่ คุณพ่อ คุณแม่ พี่และน้อง ซึ่งสนับสนุนผู้ศึกษาใน ทุก ๆ ด้าน ทั้งได้ให้กำลังใจ และโอกาสแก่ผู้ศึกษาที่จะได้ศึกษาเล่าเรียนจนสำเร็จการศึกษา ตลอดจนเพื่อนจากโรงเรียนอัสสัมชัญ บางรัก และเพื่อนจากธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ที่ให้ ความช่วยเหลือและสนับสนุนผู้ศึกษาเป็นอย่างดีด้วย

ท้ายนี้ผู้ศึกษาขอขอบพระคุณ และกล่าวสรรเสริญ เอกองค์อัลลอฮ์ ผู้ทรงเมตตาและปราณี ที่ทรงเมตตาให้ผู้ศึกษามีสติปัญญา ความสามารถ และโอกาสที่ดี ในการจัดทำรายการค้นคว้าอิสระให้ สำเร็จลุล่วงมาด้วยดี แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้ศึกษาขอน้อมรับไว้ แต่เพียงผู้เดียว

วสุวัต ภัคดีธรรม

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ฉ
กิตติกรรมประกาศ.....	ซ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	2
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	3
1.4 ขอบเขตการศึกษา.....	3
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
บทที่ 2 แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับความลับทางการค้า และการควบบริษัท.....	5
2.1. ทฤษฎีเกี่ยวกับความลับทางการค้า.....	5
2.1.1 ความหมายของความลับทางการค้า.....	5
2.1.2 ลักษณะทั่วไป และลักษณะแห่งสิทธิของความลับทางการค้า.....	6
2.1.3 การคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทย.....	13
2.1.4 การโอนความลับทางการค้า.....	24
2.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการควบบริษัท.....	28
2.2.1 รูปแบบของการควบกิจการ.....	28
2.2.2 ประเภทของการควบบริษัท.....	29
2.2.3 วิธีการของการควบรวมบริษัท.....	30

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

2.3. ปัญหาการโอนความลับทางการค้า ในกรณีการควบบริษัท.....	40
บทที่ 3 แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับความลับทางการค้า และการควบบริษัท	
ในต่างประเทศ.....	42
3.1 การคุ้มครองความลับทางการค้าตามความตกลงระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศ.....	42
3.1.1 ความร่วมมือระหว่างประเทศ ในการคุ้มครองความลับทางการค้า ตามความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights หรือ TRIPs).....	42
3.1.2 การคุ้มครองความลับทางการค้าในต่างประเทศ.....	49
3.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการควบบริษัทในต่างประเทศ.....	67
3.2.1 การควบรวมบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	67
3.2.2 การควบรวมบริษัทในประเทศอังกฤษ.....	71
3.3 การโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัทในต่างประเทศ.....	76
3.3.1 การโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัท ในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	76
3.3.2 การโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัท ในประเทศอังกฤษ.....	77
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาการโอนความลับทางการค้า กรณีการควบบริษัท.....	79
4.1 วิเคราะห์ปัญหาสถานการณ์ภาพของความลับทางการค้า ภายหลังการควบบริษัท.....	79

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

4.2	วิเคราะห์ปัญหาการโอนความลับทางการค้าจากการควบบริษัท.....	86
บทที่ 5	บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	89
5.1	บทสรุป.....	89
5.2	ข้อเสนอแนะ.....	92
บรรณานุกรม		98
ประวัติผู้เขียน		102

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา

ความลับทางการค้า (Trade Secret) ปัจจุบันได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ซึ่งมีผลบังคับเป็นกฎหมายตั้งแต่วันที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ.2545 เป็นต้นมา

ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 หมวด 1 ว่าด้วยเรื่องการคุ้มครองความลับทางการค้า มาตรา 5 วรรคสอง ได้บัญญัติถึงสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้าไว้ว่า เจ้าของความลับทางการค้ามีสิทธิที่จะเปิดเผยเอาไป หรือใช้ ซึ่งความลับทางการค้า ซึ่งสิทธินี้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของเจ้าของความลับทางการค้าที่จะกระทำได้นอกจากนี้แล้วยังมีสิทธิที่จะอนุญาตให้บุคคลเปิดเผย เอาไป หรือใช้ ซึ่งความลับทางการค้า อันเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิในความลับทางการค้าด้วย หรือแม้กระทั่งการโอนความลับทางการค้าก็ย่อมมิได้ตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง และวรรคสามของมาตราดังกล่าว ซึ่งการโอนความลับทางการค้าย่อมก่อให้เกิดผลทางกฎหมายเนื่องจากความเคลื่อนไหวในสิทธิของสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการโอนความลับทางการค้าได้แก่เจ้าของความลับทางการค้า ผู้โอน และผู้รับโอน ซึ่งปัญหาในการโอนความลับทางการค้านั้นมีอยู่หลายประการ ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวถึงปัญหาการโอนความลับทางการค้า ในกรณีการควบบริษัทเข้าด้วยกัน

แม้ว่าวิกฤติเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นกับประเทศไทยนับตั้งแต่ปี พ.ศ.2540 จะปรับตัวในทิศทางบวกแล้วในปัจจุบัน แต่สิ่งที่กำลังก่อตัวเป็นวิกฤตครั้งใหม่คือ ภาวะการแข่งขันที่ทวีความรุนแรงมากขึ้นเรื่อยๆ อันเนื่องมาจากการเปิดเสรีทางการค้า เพื่อตอบสนองนโยบายหลักขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization) ซึ่งประเทศไทยเป็นหนึ่งในสมาชิก อีกทั้งประเทศไทยได้เปิดตลาดเสรีในรูปแบบของสัญญาทวิภาคี (Free Trade Agreement) กับหลายประเทศ เช่น จีน อินเดีย เป็นต้น ซึ่งนับว่าเป็นเรื่องสำคัญที่ภาคธุรกิจในประเทศต้องพยายามปรับตัว กับการแข่งขันเสรีทางการค้าที่เข้ามาอย่างรวดเร็วจากต่างประเทศ

การควบกิจการ (Merger & Acquisitions) จึงถือเป็นกลยุทธ์ที่สำคัญอย่างยิ่งประการหนึ่งเพื่อความอยู่รอด และเติบโตทางธุรกิจ ซึ่งได้เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายในประเทศตลอดช่วงเวลากว่าทศวรรษที่ผ่านมา บริษัทไทยขนาดใหญ่ กลาง เล็ก เป็นจำนวนมากเลือกใช้กลยุทธ์ในการรวมตัวกัน เพื่อให้สามารถแข่งขันกับบริษัทขนาดใหญ่ หรือบริษัทข้ามชาติอื่นๆ ได้ และยังเป็นการขยาย

ธุรกิจเพื่อสร้างผลกำไรสูงสุดให้แก่กิจการอีกด้วย ด้วยเหตุนี้การควบกิจการในประเทศไทย จึงมีให้เห็นในทุกภาคธุรกิจเกือบทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นภาคธุรกิจการค้า การเงิน การธนาคาร การสื่อสาร โทรคมนาคม การบริการ การบันเทิง ฯลฯ ซึ่งผู้เขียนจะอธิบายถึงประเภทของการควบรวมกิจการ วิธีการ และผลของการควบกิจการ ต่อไปในงานวิจัยนี้

การควบกิจการนั้นมีหลายประเภท เช่นการได้มาซึ่งหุ้น การซื้อทรัพย์สิน โดยการควบกิจการ หรือบริษัทในประเภทนี้ไม่มีกฎหมายรับรอง เป็นเพียงวิธีที่ปฏิบัติกันทั่วไป โดยการควบบริษัทประเภทนี้ สิทธิ และหน้าที่จะไม่โอนไปยังบริษัทที่ได้กระทำการควบรวม บริษัทจะได้ไปเพียงอำนาจในการบริหารเท่านั้น ส่วนการควบกิจการ หรือบริษัทที่มีกฎหมายรับรองนั้นคือ การควบบริษัทตามประมวลแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 ซึ่งการควบลักษณะดังกล่าว บริษัทใหม่ที่เกิดจากการควบรวมจะได้ไปซึ่งสิทธิ หน้า และทรัพย์สินของบริษัทเดิมโดยผลของกฎหมาย

การควบบริษัทถือได้ว่าเป็นขั้นตอนหนึ่งของการธุรกิจร่วมกัน ซึ่งจะต้องมีการเจรจาแลกเปลี่ยนข้อมูลการค้าต่อกัน ซึ่งหนึ่งในนั้นคือข้อมูลความลับทางการค้าด้วย โดยเมื่อมีการควบบริษัทกันแล้ว ความลับทางการค้าจะถูกโอนไปยังบริษัทใหม่ที่เกิดขึ้น หรือบริษัทเดิมที่ยังคงอยู่ หรือยังคงอยู่กับบริษัทเดิมผู้เป็นเจ้าของ แล้วแต่กรณี แต่ไม่ว่าในกรณีใดก็ตามก็ไม่สามารถหลีกเลี่ยงการทราบถึงข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าต่อกันได้ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาว่าสถานภาพของความลับทางการค้านั้นยังคงเป็นความลับอยู่หรือไม่ โดยหากสูญเสียการเป็นความลับก็จะทำให้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 อีกต่อไป

จากปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าการโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัทนั้น มีความไม่ชัดเจนต่อสถานภาพของความลับทางการค้าในการคงการเป็นความลับ ซึ่งจะทำให้การสูญเสียการเป็นความลับ และทำให้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นปัญหาสำคัญที่ควรทำการศึกษาวิจัย เพื่อเป็นข้อมูลในการค้นคว้า โดยอาจเป็นประโยชน์ต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง และอาจเป็นแนวทางในการเยียวยาปัญหา หรือแนวทางปฏิบัติต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

การวิจัยครั้งนี้ มีจุดประสงค์ ดังต่อไปนี้

1. เพื่อศึกษาถึงทฤษฎีเกี่ยวกับความลับทางการค้า ในเรื่องความหมาย ลักษณะ สิทธิ ความคุ้มครอง และการโอน ในประเทศไทย และในต่างประเทศ อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ

2. เพื่อศึกษาถึงทฤษฎีเกี่ยวกับการควบบริษัท ในเรื่องของลักษณะ และประเภทการควบกิจการ วิธีการดำเนินการ ตลอดจนผลของการควบบริษัท ในประเทศไทย และในต่างประเทศ อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ
3. เพื่อศึกษา และวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับ ความไม่ชัดเจนในการ โอนความลับทางการค้า และสถานภาพของความลับทางการค้า หลังจากได้มีการ โอนความลับทางการค้าในกรณีการควบบริษัท
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางวิธีปฏิบัติ ตลอดจนแนวทางในการเยียวยาแก้ไขปัญหา ในการโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัท เพื่อความชัดเจนในการ โอน และรักษาสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้า

1.3 สมมุติฐานของการวิจัย

การควบบริษัทนั้นมีหลายประเภทได้แก่ การได้มาซึ่งหุ้น การซื้อทรัพย์สิน หรือการควบบริษัทที่มีกฎหมายรับรอง คือการควบบริษัท ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 โดยในการควบบริษัทจะต้องมีการเจรจา และมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางธุรกิจต่อกัน ซึ่งรวมไปถึงข้อมูลความลับทางการค้าด้วย โดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการรับรู้ความลับทางการค้าต่อกันในกรณีการควบบริษัทก็คือ กลุ่มผู้ถือหุ้น และพนักงานที่เกี่ยวข้องของแต่ละบริษัท ดังนั้นเมื่อมีการเปิดเผยและรับรู้ถึงความลับทางการค้าต่อกันแล้ว จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้า ที่จะถูกโอนไปยังบริษัทใหม่ที่เกิดขึ้น หรือบริษัทเดิมที่ยังคงอยู่ หรือยังคงอยู่กับบริษัทเดิมผู้เป็นเจ้าของ แล้วแต่กรณี จึงมีประเด็นปัญหาที่ต้องวิเคราะห์ว่าการ โอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัทนั้น ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้ามากน้อยเพียงใด ทำให้สูญเสียการเป็นความลับไปหรือไม่อย่างไร รวมไปถึงการหามาตรการในการป้องกัน และแก้ไขปัญหที่เหมาะสม เพื่อให้เกิดเป็นแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจน และรักษาสถานภาพของความลับทางการค้าไว้ภายหลังจากการควบบริษัทต่อไป

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การวิจัยในครั้งนี้ จะศึกษาปัญหาสถานภาพของความลับทางการค้า ภายหลังจากการ โอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัท โดยจะเน้นการตีความ และการปรับใช้กฎหมาย ทั้งในประเทศ และต่างประเทศ เป็นส่วนใหญ่ โดยเฉพาะการ โอนความลับทางการค้ากรณีควบบริษัท

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

งานวิจัยนี้มีลักษณะเป็นการศึกษาวิจัยจากตำรา และเอกสารทางวิชาการที่เกี่ยวข้อง เช่น บทความทางวิชาการ อนุสัญญา และตัวบทกฎหมาย ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ โดยนำมาเรียบเรียงให้เป็นระบบ เพื่อใช้ในการศึกษาในเรื่องการโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัท ประกอบกับเป็นแนวทางในการเยียวยาปัญหา และแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 เพื่อให้ทราบ และเข้าใจถึงทฤษฎีเกี่ยวกับความลับทางการค้า ในเรื่องความหมาย ลักษณะ สิทธิ ความคุ้มครอง และการโอน ในประเทศไทย และในต่างประเทศ อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ

1.6.2 เพื่อให้ทราบ และเข้าใจ ถึงทฤษฎีเกี่ยวกับการควบบริษัท ในเรื่องของลักษณะ และประเภทการควบกิจการ วิธีการดำเนินการ ตลอดจนผลของการควบบริษัท ในประเทศไทย และในต่างประเทศ อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ

1.6.3 เพื่อให้เข้าใจ และสามารถวิเคราะห์ปัญหา ความไม่ชัดเจนในการโอนความลับทางการค้า และสถานการณ์ของความลับทางการค้า หลังจากได้มีการโอนความลับทางการค้าในกรณีการควบบริษัท

1.6.4 เพื่อให้ได้เรียนรู้ และสามารถ เสนอแนะแนวทางวิธีปฏิบัติ ตลอดจนแนวทางในการเยียวยาแก้ไขปัญหา ในการโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัท เพื่อความชัดเจนในการโอน และรักษาสถานการณ์เป็นความลับของความลับทางการค้า

บทที่ 2

แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับความลับทางการค้า และการควบบริษัท

2.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับความลับทางการค้า

2.1.1 ความหมายของความลับทางการค้า

ความลับทางการค้า (Trade secrets) คือความลับประเภทหนึ่งซึ่งหมายถึงข้อสนเทศหรือข้อมูลที่ยังไม่เปิดเผย (Undisclosed Information) และมีคุณค่าในเชิงพาณิชย์ อาจเป็นความรู้เกี่ยวกับวิธีการผลิตสินค้าที่เป็นรายละเอียดปลีกย่อย (Technical know – how) เช่น สูตรลับเกี่ยวกับส่วนผสมอาหาร หรือเครื่องดัด วิธีการควบคุมคุณภาพ เป็นต้น หรืออาจเป็นข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจ เช่น บัญชีรายชื่อลูกค้า ประวัติการชำระหนี้ของลูกค้า กลยุทธ์การส่งเสริมการขาย เป็นต้น¹

โดยทั่วไปแล้วความลับทางการค้าต้องเป็นข้อมูลการค้า (Trade information) ซึ่งยังไม่รู้กันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว เช่น คู่แข่งทางการค้าที่เป็นผู้ผลิตสินค้าประเภทเดียวกัน เป็นต้น

ความลับทางการค้าอาจจำแนกได้เป็นสองลักษณะดังนี้

1. ความลับทางการค้าด้านอุตสาหกรรม

เป็นข้อมูลการค้าที่เกี่ยวข้องกับลักษณะเทคนิคของการผลิต เช่น ความลับในกระบวนการผลิต ความลับเกี่ยวกับสูตรทางเคมี ข้อมูลผลการวิจัย เป็นต้น ซึ่งข้อมูลเหล่านี้อาจเป็นข้อมูลที่ไม่อยู่ในเงื่อนไข หรือหลักเกณฑ์ที่จะขอความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรได้ หรืออาจขอความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรได้ แต่ผู้เป็นเจ้าของมีความประสงค์จะรักษาความลับทางการค้าดังกล่าวไว้²

¹ ยรรยง พวงราช “ทรัพย์สินทางปัญญา: ความหมาย ขอบเขต ความเป็นมา และความสำคัญ,” บทบัญญัติ 18 (มีนาคม 2541): 28–29.

² สันติ รัตนสุวรรณ, สาระสำคัญพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545, ใน <http://www.ipthailand.org/index.html>, (last visited 15 July 2011).

2. ความลับทางการค้าด้านพาณิชย์

เป็นข้อมูลการค้าเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจดังเช่น ข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าที่จะจำหน่ายให้กับลูกค้า ข้อมูลเกี่ยวกับรายละเอียดราคาบัญชีรายชื่อประเภทลูกค้า เป็นต้น³

กรณีที่จะพิจารณาว่าข้อมูลทางการค้าใดนั้นมีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ นั้น อาจพิจารณาจากลักษณะของข้อมูลทางการค้านั้นๆ ว่าเป็นข้อมูลที่พร้อมจะนำไปใช้ในการผลิตออกจำหน่าย หรือเป็นข้อมูลที่ใกล้จะนำไปใช้ในเชิงธุรกิจในระยะเวลาอันใกล้ (Near Market or Commercial Spin – Off) หรือไม่ หรืออาจเป็นข้อมูลการค้าที่ได้มีการใช้ผลิตสินค้า หรือใช้ในธุรกิจแล้วก็ได้ ทั้งนี้อาจสรุปได้ว่าข้อมูลการค้าใดจะพิจารณาว่ามีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากเป็นความลับนั้นก็คือ ข้อมูลการค้าที่ผู้เป็นเจ้าของ (หรือผู้ควบคุม) กำลังจะใช้ หรือใช้แล้วนั่นเอง ส่วนตัวอย่าง⁴

2.1.2 ลักษณะทั่วไป และลักษณะแห่งสิทธิของความลับทางการค้า

ความลับทางการค้านั้นเป็นข้อมูลชนิดหนึ่งซึ่งใช้เพื่อประโยชน์ในทางพาณิชย์กรรม และอุตสาหกรรม โดยเป็นข้อมูลที่มีขอบเขตในเรื่องของการคุ้มครองอยู่บนพื้นฐานแห่งความสัมพันธ์ในทางความลับ และรวมไปถึงบุคคลที่สามที่รับรู้ความลับนั้นอีกทอดหนึ่ง ซึ่งกรณีการควบคุมบริษัทนั้น ถือได้ว่าเป็นกรณีที่บุคคลที่สามที่รับรู้ความลับนั้น ในทางหนึ่งซึ่งผู้เขียนจะกล่าวโดยละเอียดต่อไป

1. ลักษณะทั่วไปของความลับทางการค้านั้นคือ

ลักษณะเฉพาะที่มีความสำคัญของข้อมูลที่จะถือได้ว่าเป็นความลับทางการค้านั้นต้องมีอยู่ ไม่ว่าจะเป็นคุณค่าของข้อมูลดังกล่าวที่ต้องเป็นประโยชน์ในทางอุตสาหกรรม หรือพาณิชย์กรรม ความใหม่ในข้อมูลอาจไม่จำเป็นต้องใหม่ถึงขนาดระดับเดียวกับสิทธิบัตร แต่ข้อมูลนั้นต้องไม่ใช่ข้อมูลที่รู้จักกันโดยทั่วไป และลักษณะทั่วไปของความลับทางการค้าที่ถือได้ว่าเป็นความสำคัญที่สุด คือข้อมูลนั้นยังคงต้องเป็นความลับอยู่ โดยจะกล่าวถึงรายละเอียดดังนี้

³ สันติ รัตนสุวรรณ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 1-2.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1-2.

⁵ พิรพล ศรีสิงห์, “การให้คุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536) หน้า 21.

1) มีคุณค่า (Genuine Value)

โดยหลักการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายแก่สิ่งใด โดยเฉพาะการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ทางสติปัญญาแล้ว งานสิ่งนั้นๆ หรือข้อมูลนั้นๆ จะต้องเป็นประโยชน์ หรือเกิดผลแก่ส่วนรวมด้วย สำหรับความลับทางการค้านั้น ข้อมูลนั้นต้องมีประโยชน์ต่ออุตสาหกรรม หรือพาณิชย์กรรม หรืออย่างน้อย ก็สามารถใช้ในการดำเนินธุรกิจของผู้เป็นเจ้าของได้ด้วย ส่วนสังคมก็จะเป็นผู้รับประโยชน์ทางอ้อมจากข้อมูลที่มีค่า⁶

2) มีความใหม่ (Novelty)

ในประเด็นเรื่องของความใหม่ในความลับทางการค้านี้ ยังเป็นที่ถกเถียงกัน ในหมิ่นกกฎหมายว่าจำเป็นหรือไม่ ที่ความลับทางการค้านั้นจะต้องมีความใหม่ เนื่องจากว่าความใหม่ของความลับทางการค้าจะพิจารณาเพียงแต่ว่าไม่มีหรือไม่เป็นที่รู้กันอยู่ในหมู่คนทั่วไป หรือหมู่ผู้แข่งขันเอง และมีได้หมายความว่าสิ่งที่เป็นความลับทางการค้านั้นไม่เป็นที่รับรู้ในบุคคลอื่นนอกจากผู้เป็นเจ้าของ เพราะการจำกัดสิทธิในความลับทางการค้านั้นมีอยู่เพียงว่าห้ามนำไปใช้โดยมิชอบ หรือเปิดเผยโดยไม่ชอบ หรือโดยเข้าถึงความลับทางการค้าโดยวิธีการที่ไม่เหมาะสม หรือรู้โดยมิชอบเท่านั้น ดังนั้นความลับทางการค้าจึงเป็นข้อมูลที่มีอยู่แล้ว แต่ผู้คนทั่วไปไม่รู้ว่าเป็นอะไร จึงถือได้ว่าเป็นสิ่งใหม่คือความรู้ใหม่นั้นเอง แต่สิ่งนั้นไม่อาจนำไปจดสิทธิบัตรได้ เพราะไม่เข้าองค์ประกอบที่สำคัญของสิทธิบัตร แต่ก็อาจได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นความลับทางการค้าได้

โดยหากพิจารณาตามหลักของ Restatement of Torts ของสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่า กฎหมายสิทธิบัตรนั้นเป็นการให้รางวัลแก่ผู้ประดิษฐ์ ซึ่งคิดค้นทรัพย์สินที่ไม่มีขึ้นจริงให้มีขึ้น ผิดกับกฎหมายความลับทางการค้า ซึ่งมุ่งคุ้มครองให้กับการกระทำที่ละเมิดความซื่อสัตย์ ฝ่าฝืนความไว้วางใจต่อกัน และลงโทษผู้ที่ล่วงรู้ หรือเปิดเผยความลับของผู้อื่นโดยมิชอบ ดังนั้นระดับความใหม่ของความลับทางการค้า จึงต่ำกว่าของสิทธิบัตรแน่นอน⁷

3) เป็นข้อมูลที่เป็นความลับ (Secrecy)

ข้อมูลที่จะเป็นความลับทางการค้านั้น จะต้องมีลักษณะที่สำคัญคือ ต้องเป็นความลับที่มีอยู่จริง เป็นความลับที่คู่แข่งไม่อาจรู้ได้ หรืออาจไม่สนใจที่จะรับรู้ และเป็นความลับพอสมควร จากความสำคัญของการที่จะต้องเป็นความลับของความลับทางการค้านั้นเอง ที่ทำให้เห็นได้ชัดเจนว่าวัตถุแห่งสิทธิของความลับทางการค้าอยู่ที่ความลับนั่นเอง เพราะฉะนั้น

⁶ พริพล ศรีสิงห์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 70 – 71.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 72 -73.

ตราใบที่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องความคุ้มครองนี้ ยังดำรงไว้ซึ่งสถานะที่เป็นความลับอยู่ สิทธิเรียกร้องตามกฎหมายก็ยังคงอยู่ควบคู่กันไปด้วยตราใบที่ยังเป็นความลับอยู่⁸

2. ลักษณะแห่งสิทธิของความลับทางการค้า

ความลับทางการค้านอกจากจะเป็นข้อมูลทางเทคนิคที่มีลักษณะทั่วไปที่ได้อธิบายในหัวข้อที่ผ่านมาแล้วนั้น ความลับทางการค้ายังมีลักษณะสำคัญในตัวเอง คือลักษณะแห่งสิทธิ ซึ่งลักษณะสิทธิในความลับทางการค้านั้นเป็นสิทธิตามกฎหมายที่เจ้าของความลับทางการค้าจะได้รับความรับรอง คุ้มครอง สิทธิในความลับทางการค้าของตน โดยจะกล่าวถึงลักษณะแห่งสิทธิของความลับทางการค้า ดังต่อไปนี้

1) ความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สิน

ความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” และ “ทรัพย์สิน” นั้น จะมีลักษณะที่สำคัญอยู่ 2 ประการคือ

1. “ทรัพย์สิน” คือวัตถุที่มีรูปร่าง ส่วน “ทรัพย์สิน” คือวัตถุที่มีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างก็ได้
2. วัตถุที่มีรูปร่าง หรือไม่มีรูปร่างนั้น ต้องอาจมีราคาได้ และต้องอาจถือเอาได้

“ทรัพย์สิน” และ “ทรัพย์สิน” จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ทั้ง 2 ประการดังกล่าว หากขาดหลักเกณฑ์ข้อใดข้อหนึ่งไปก็จะเป็น “ทรัพย์สิน” และ “ทรัพย์สิน” ไม่ได้⁹

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 บัญญัติความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” ว่าหมายความรวมถึงวัตถุที่มีรูปร่าง และไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ แม้ว่ากฎหมายจะเน้นว่าทรัพย์สินเป็นวัตถุ (ไม่ว่าจะมีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างก็ตาม) แต่ในความจริงทรัพย์สินหาได้มีความหมายถึงตัววัตถุ หากแต่หมายความถึงสิทธิทางกฎหมาย กล่าวคือเป็นสิทธิทางกฎหมายที่เจ้าของอาจใช้เพื่อกีดกันผู้อื่นมิให้เข้ามาเกี่ยวข้องกับสิ่งที่ตน¹⁰

⁸ พืชรพล ศรีสิงห์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 67 – 69.

⁹ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพฯ พรินติ้ง กรุ๊ป 2540), หน้า 4.

¹⁰ จักกฤษณ์ ควพจน์, กฎหมายสิทธิบัตร แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), หน้า 2 – 5.

นักกฎหมายส่วนใหญ่มีความเห็นพ้องต้องกันว่า ความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่ง โดยยกเอาลักษณะของทรัพย์สินที่ถือว่าสามารถที่จะมีราคา และอาจถือเอาได้ และมีความเป็นลักษณะของทรัพย์สิน คือมีการตกทอดทางมรดกได้ สามารถครอบครองได้ ยกให้ได้ หรือสามารถยกให้ใช้สิทธิโดยมีข้อจำกัดได้ เป็นทรัพย์สินที่ได้รับรองโดยผลของกฎหมาย ถึงเป็นทรัพย์สินที่สัมผัสไม่ได้ก็ตาม และนอกจากนี้แล้วเจ้าของยังสามารถควบคุมการใช้สิทธิของทั้งผู้ไม่ได้รับอนุญาต และผู้รับอนุญาต หรือของผู้โอน และผู้รับโอนได้¹¹

2) ความลับทางการค้าเป็นสิทธิตามกฎหมายชนิดหนึ่ง

การจะพิจารณาว่าสิ่งใดจะเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาถึงลักษณะแห่งสิทธินั้นเป็นอย่างไร เป็นสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่ มีบทบัญญัติตามกฎหมายให้ความคุ้มครองโดยตรง หรืออาจมีคำพิพากษาของศาล หรือมีหลักการทั่วไปของกฎหมายประเทศนั้นที่ให้การรับรองไว้ สำหรับประเทศอเมริกาและอังกฤษ ได้ให้ความคุ้มครอง และรับรองความลับทางการค้า โดยถือว่าเป็นสิทธิชนิดหนึ่งที่กฎหมายจะต้องให้ความรับรองคุ้มครอง เมื่อผู้ใดที่กระทำการโดยไม่ชอบต่อความลับทางการค้าของผู้อื่นแล้ว ก็ย่อมถูกฟ้องร้องโดยอ้างถึงมูลเหตุตามกฎหมายลักษณะละเมิดได้นอกจากการบังคับตามหลักของสัญญา¹²

3) ความลับทางการค้าเป็นสิทธิทางทรัพย์สิน

ในความเป็นจริงแล้ว ลักษณะแห่งสิทธิของความลับทางการค้าถือได้ว่าเป็นทรัพย์สิน (Property) ที่มีความหมายถึงวัตถุที่ไม่มีรูปร่างเท่านั้น มิได้ถือเป็นทรัพย์สินแต่อย่างใด เนื่องจากความลับทางการค้า เป็นสิทธิทางทรัพย์สิน (Property right) ของเจ้าของในอันที่จะใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้าของตนที่ประดิษฐ์คิดค้นขึ้นมา โดยไม่จำเป็นต้องบันทึกไว้เป็นข้อมูลทางการค้า

สิ่งเหล่านี้อาจจะมิใช่วัตถุมีรูปร่างถือเป็นทรัพย์สิน แต่เป็นสิ่งที่มีความลับและมีราคาและถือเอาได้ ซึ่งถือว่าเป็นทรัพย์สิน และในความเป็นทรัพย์สินจริงๆ แล้วคือวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น ดังนั้นบรรดาสิทธิต่างๆ จึงมิได้อยู่ในความหมายของคำว่าทรัพย์สิน เพียงแต่ทรัพย์สินถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สิน ดังนั้นสิทธิต่างๆ ที่พึงมีพึงได้ของบุคคล อำนาจของบุคคลในอันที่จะอ้างสิทธิต่อ

¹¹ พิรพล ศรีสิงห์, เรื่องเดิม, หน้า 76 – 77.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 79 -80.

บุคคลอื่น รวมถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นถือได้ว่าเป็นสิทธิในทรัพย์สิน ซึ่งความลับทางการค้าก็เป็นทรัพย์สินทางปัญญา จึงถือได้ว่าเป็นสิทธิในทรัพย์สินด้วย

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินหรือในหลักกฎหมายจารีตประเพณีของอังกฤษเรียกว่า สิทธิในทรัพย์สิน ซึ่งผู้ทรงสิทธิสามารถจำหน่าย จ่าย โอน หรือก่อให้เกิดภาระติดพันใดๆ ได้ ยกเว้นสิทธิบางประเภทที่กฎหมายห้ามโอน เช่น ธรรมสิทธิ (Moral right) ในกฎหมายลิขสิทธิ์¹³

ส่วนนักกฎหมายบางท่านไม่เห็นด้วยว่าความลับทางการค้า เป็นสิทธิในทรัพย์สิน โดยให้ความเห็นว่าความลับทางการค้าเป็นสิทธิทั่วไปที่ได้การรับรองเอาไว้ตามกฎหมายพิเศษเท่านั้น อย่างไรก็ตามก็ผู้เขียนว่าในเมื่อความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สิน สิทธิในความลับทางการค้าย่อมเป็นสิทธิในทรัพย์สินเช่นเดียวกัน

4) ความลับทางการค้าเป็นสิทธิเด็ดขาด

ลักษณะที่ถือเป็นสิทธิเด็ดขาดคือ เป็นสิทธิที่ได้รับรองคุ้มครองตามกฎหมาย ที่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินสามารถใช้อ้างยับยั้งบุคคลทั่วไป ได้ว่าไม่มีสิทธิที่จะมาแสวงหาผลประโยชน์ หรือใช้ประโยชน์ ในความลับทางการค้าของตนโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่ได้รับอนุญาต สิทธิในความลับทางการค้าจึงเป็นสิทธิที่มีต่อบุคคลทั่วไป ซึ่งผู้ทรงสิทธิเหล่านี้อาจใช้สิทธิของตนต่อผู้ใดก็ได้

สิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิในทางปฏิเสธ หรือ นิเสธสิทธิ (Negative Rights) เนื่องจากกฎหมายไม่ได้ให้อำนาจแก่ผู้ทรงสิทธิในอันที่จะใช้ประโยชน์ในการประดิษฐ์แต่เพียงผู้เดียว กฎหมายเพียงแต่ให้สิทธิแก่ผู้ทรงสิทธิ ในอันที่จะกีดกันผู้อื่นจากการใช้ประโยชน์ในการประดิษฐ์เท่านั้น มีข้อสังเกตในประเด็นนี้ว่ากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา มิได้ให้อำนาจผู้ทรงสิทธิที่จะใช้ผลงานทางปัญญาของตน สิทธิที่จะแสวงหาผลประโยชน์จากผลงานดังกล่าว เป็นสิทธิที่ผู้ทรงสิทธิมีอยู่แล้ว สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเพียงแต่ทำให้ผู้ทรงสิทธิมีอำนาจที่จะกีดกันผู้อื่นมิให้ทำการใช้ประโยชน์ในผลงานของตนเท่านั้น ซึ่งก็มีผลโดยปริยายว่าผู้ทรงสิทธิจะมีอำนาจแต่ผู้เดียวในการนำเอาผลงานของตนไปแสวงหาประโยชน์ในทางใดทางหนึ่ง¹⁴

¹³ วิมาน กฤตพลวิมาน, “มาตรการรักษาความลับทางการค้า,” วารสารกฎหมายสุโขทัย ธรรมาธิราช 13, 2 (ธันวาคม 2544): 96 – 97.

¹⁴ พีรพล ศรีสิงห์, เรื่องเดิม, หน้า 84 – 89.

แต่ในการใช้ประโยชน์จากผลงานทางปัญญาที่ตนมีสิทธิตามกฎหมายนั้น ผู้ทรงสิทธิจะต้องกระทำภายใต้ขอบเขตของกฎหมายเท่านั้น กล่าวคือผู้ทรงสิทธิจะใช้สิทธิของตนโดยฝ่าฝืนกฎหมายใดมิได้ และก็จะใช้สิทธิของตนโดยไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิของผู้อื่นด้วย¹⁵

5) ความลับทางการค้าไม่ใช่สิทธิแต่ผู้เดียว

ความลับทางการค้ามีลักษณะแห่งสิทธิที่แตกต่างออกไปจากทรัพย์สินอื่นคือ ลักษณะแห่งสิทธิที่แม้เป็นเจ้าของทรัพย์สินแต่ก็ไม่มีสิทธิแต่ผู้เดียวอย่างแท้จริงในทรัพย์สินของตน เนื่องจากลักษณะโดยทั่วไปของความลับทางการค้านั้น อาจถูกพบได้ไม่ว่าเป็นการพบโดยอิสระ (Independent Discovery) หรือกรณีของการศึกษาย้อนกลับ (Reverse Engineering) ซึ่งอาจเหมือนกันกับความลับทางการค้าของผู้อื่นที่มีอยู่ก่อนแล้ว หรือยังไม่มีเกิดขึ้นพร้อมๆ กันได้

ดังนั้นความลับทางการค้าจึงไม่สามารถที่จะให้สิทธิแก่ผู้เป็นเจ้าของคนเดียวที่จะห้ามบุคคลอื่นค้นพบ หรือสร้างสรรค์ความลับที่เหมือนกับของตนได้ ทั้งที่ตนมีสิทธิเด็ดขาดอยู่ก็ตาม แต่เป็นเรื่องของความเด็ดขาดต่อการใช้หรือการเรียนรู้ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งการดำเนินการฟ้องร้องหาถูกละเมิดเท่านั้น¹⁶

6) ความลับทางการค้าเป็นสิทธิที่ไม่ถูกจำกัดระยะเวลา

ในกรณีความลับทางการค้านั้น วัตถุแห่งประสิทธิคือ “ความลับ” ไม่ได้อยู่ที่ตัวงานเหมือนดังเช่นทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ ดังนั้นตราบใดที่ผู้เป็นเจ้าของความลับนั้นยังคงรักษาความลับทางการค้าไว้ได้โดยตลอดแล้ว สิทธิในความลับทางการค้าก็ยังคงมีอยู่ และไม่มีข้อจำกัดแห่งระยะเวลาเลย และจะไม่ตกเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินด้วย แต่ถ้าเมื่อใดที่ความลับถูกเปิดเผยออกไป วัตถุแห่งสิทธิที่จะให้กฎหมายคุ้มครองก็ย่อมจะไม่มีอยู่ต่อไป จึงอาจกล่าวได้ว่าความลับทางการค้าเป็นสิทธิที่ไม่อาจถูกจำกัดด้วยระยะเวลา หรือมีการกำหนดระยะเวลาเอาไว้ได้¹⁷

7) ความลับทางการค้า เป็นทรัพย์สินทางปัญญานิดหนึ่ง

ทรัพย์สินทางปัญญาต้องเป็นผลงานทางปัญญาของบุคคล สิ่งที่ไม่ได้เกิดจากการสร้างสรรค์ทางปัญญาหากแต่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติย่อมไม่ใช่ทรัพย์สินทางปัญญา

¹⁵ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, เรื่องเดิม, หน้า 2 – 5.

¹⁶ พิรพล ศรีสิงห์, เรื่องเดิม, หน้า 89 – 90.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 90 – 91.

นอกจากสิ่งที่มีได้เกิดจากสติปัญญาของมนุษย์ หากจากเป็นผลงานของเครื่องจักร เช่น ผลการคำนวณของเครื่องคิดเลข ผลการพยากรณ์อากาศของคอมพิวเตอร์ เป็นต้น ย่อมไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญา อย่างไรก็ตามสิ่งที่เกิดจากการสร้างสรรค์ของบุคคลหาได้มีสถานภาพเป็นทรัพย์สินทางปัญญาไปทั้งหมดไม่ เฉพาะแต่ผลงานที่เข้าเกณฑ์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่านั้น จึงจะมีสถานภาพเป็นทรัพย์สินทางปัญญา ส่วนผลงานทางปัญญาที่ไม่เข้าเกณฑ์ของกฎหมายจะไม่ตกเป็นสิทธิของผู้สร้างสรรค์หรือผู้ประดิษฐ์ หากแต่มีฐานะเป็นทรัพย์สินสาธารณะ (Public Domain) ที่บุคคลอื่นอาจนำไปใช้ได้โดยเสรี ไม่ถือว่าผิดกฎหมายหรือผิดศีลธรรมแต่ประการใด เช่นคำศัพท์ต่างๆ ล้วนเป็นผลงานทางปัญญาของบุคคลทั้งสิ้น แต่เนื่องจากคำศัพท์ไม่มีลักษณะเข้าเกณฑ์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย จึงไม่อาจได้รับความคุ้มครองในฐานะทรัพย์สินทางปัญญา

เหตุที่สมควรแสดงได้ว่าความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาได้แก่ความลับทางการค้าเกิดจากการสร้างสรรค์ด้วยสติปัญญา เป็นข้อมูลที่เกิดจากความรู้ความชำนาญ ความสามารถความพยายามของบุคคลต่างๆ ที่ประดิษฐ์คิดค้นจนค้นพบข้อมูลที่ถือเป็นความลับทางการค้าขึ้นมาได้ แม้ว่าในบางกรณีความลับทางการค้าอาจเกิดจากการค้นพบโดยบังเอิญก็ตาม ก็ต้องถือว่าเป็นงานอันเกิดจากมันสมอง และสติปัญญาด้วย¹⁸

ลักษณะพิเศษอีกอย่างหนึ่งของความลับทางการค้าก็คือ ความลับทางการค้าจะแตกต่างหากจากตัวทรัพย์สินอันเป็นผลงานสร้างสรรค์เช่น เป็นเทคนิคของการนำเอาเทคโนโลยีมาสร้างสรรค์ในการผลิตเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

8) ความลับทางการค้าเป็นสิทธิทางอุตสาหกรรม

ในขอบเขตของความลับทางการค้า มีสิทธิหนึ่งที่เป็นสิ่งสำคัญ ที่แสดงให้เห็นว่าเป็นความลับทางการค้าก็คือ สิทธิในทางอุตสาหกรรม (Industrial Right) ซึ่งในความตกลงระหว่างประเทศนั้น มีเรื่องของการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในทางอุตสาหกรรม ทั้งนี้เห็นได้จากอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (Paris Convention on Industrial Property) ตามอนุสัญญานี้ได้กำหนดนิยาม หรือขอบเขตของสิทธิชนิดนี้เอาไว้ และอนุสัญญานี้ถือว่าการกระทำที่เป็นแข่งขัน และขัดต่อประเพณีทางอุตสาหกรรมและการค้า เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม¹⁹

¹⁸ พืรพล ศรีสิงห์, เรื่องเดิม, หน้า 92 – 93.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 96 – 97.

2.1.3 การคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทย

ตามที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าความลับทางการค้า เป็นข้อมูลข่าวสารประการหนึ่งที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก หลายๆประเทศมีความคิดมีที่จะให้คุ้มครองแก่ข้อมูลดังกล่าว เพราะข้อมูลนี้จะมีค่ามหาศาลอันนับเป็นทรัพย์สินของเจ้าของข้อมูล หากมีการเปิดเผยหรือใช้โดยไม่ได้รับความยินยอมย่อมก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ นอกจากนี้ข้อมูลดังกล่าวมักจะมีการบอกกล่าวเฉพาะบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกัน ไม่ว่าทางใดทางหนึ่ง การที่ผู้รับรู้ข้อมูลนั้นฉกฉวยใช้ประโยชน์ของข้อมูลย่อมจะเป็นการไม่เหมาะสม ความลับทางการค้าเป็นความรู้ความคิดที่เกิดขึ้นจากสมองของมนุษย์ เช่นเดียวกับทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property) อื่นๆ เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หรือเครื่องหมายทางการค้า ซึ่งความรู้หรือความคิดบางอย่าง ก็มีลักษณะคาบเกี่ยวกันที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้น เช่น ความคิดเกี่ยวกับรูปแบบของการจัดรายการ โทรทัศน์ หากได้ผ่านพ้นจากการเป็นเพียงความคิด (Idea) จนเป็นการแสดงออก (Expression) งานนั้นก็อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ หรือในเรื่องของความรู้ (Know how) ถ้าได้มีการดำเนินการตามขั้นตอนต่อไป ก็จะได้รับคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร²⁰

การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทยนั้น เดิมมีการให้ความคุ้มครองอยู่ในระดับหนึ่งโดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่ แต่ก็ไม่สามารถให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าเทียมกับต่างประเทศ ดังนั้นเมื่อประเทศไทยเข้าร่วมเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) จึงมีพันธกรณีที่จะต้องผูกพันโดยทำการตราพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ขึ้น

1. การคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทย ก่อนตราพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545

ประเทศไทยนั้นเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ศาลจึงมีอาจใช้หลักยุติธรรม (Equity) ขยายขอบเขตไปให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าอันเป็นสิ่งที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดเจน²¹ การคุ้มครองความลับทางการค้าจึงต้องพิจารณาตาม

²⁰ ไชยยศ วรรณทัตศิริ “การคุ้มครองความลับทางการค้าในกฎหมายคอมมอนลอว์,” บทบัญญัติ 11 (ธันวาคม 2537): 105.

²¹ ประสพสุข บุญเดช, “ความลับทางการค้า,” วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 5 (ธันวาคม 2545): หน้า 29.

กฎหมายที่มีอยู่นั้นคือ ประมวลกฎหมายอาญา และประมวลกฎหมายแพ่งในเรื่องสัญญาและละเมิด ดังนั้นการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าจึงยังไม่มีประสิทธิภาพสมบูรณ์ และยังคงคลุมถึงสิทธิในความลับทางอุตสาหกรรม (Industrial Secret) และสิทธิในความลับทางธุรกิจ (Business Secret) อันเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในความลับทางการค้า

โดยการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าทางอาญา เป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ลักษณะ 11 หมวด 2 ว่าด้วยความผิดฐานเปิดเผยความลับ มาตรา 322, 323, และ 324 โดยเฉพาะในมาตรา 323 มีขอบเขตกว้างไม่จำกัดเฉพาะความลับทางการค้าเท่านั้น แต่รวมถึงการเปิดเผยความลับที่เจ้าของความลับประสงค์จะปกปิดไม่ให้คนอื่นได้รู้ แต่จำกัดบุคคลผู้กระทำความผิดเฉพาะเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ตามกฎหมาย หรือตามสัญญาในฐานะที่ประกอบอาชีพเป็น แพทย์ คนจำหน่ายยา เกษกร นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล ทนายความ นักบวช หรือผู้สอบบัญชี โดยรวมถึงบุคคลผู้เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพ หรือผู้รับการอบรมในอาชีพดังกล่าว แต่ทั้งนี้การเปิดเผยความลับนั้นจะต้องเป็นเหตุที่อาจเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดด้วย จึงจะเป็นความผิด²²

ส่วนมาตรา 324 มีขอบเขตจำกัดเฉพาะแต่การเปิดเผย หรือใช้ความลับเกี่ยวกับอุตสาหกรรมการค้าในวิทยาศาสตร์ของผู้อื่น โดยไม่รวมถึงความลับในเชิงพาณิชย์กรรมที่ไม่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรม²³ และความลับในธุรกิจบริการที่ไม่เกี่ยวข้องกับการผลิตสินค้า แต่เทคนิคหรือกลวิธีในการผลิตสินค้า อาจถือว่าเป็นนิมิตในวิทยาศาสตร์ได้²⁴

ส่วนการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าทางแพ่ง เป็นไปตามกฎหมายลักษณะสัญญาซึ่งหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าเจ้าของธุรกิจผู้มีความลับทางการค้าในครอบครองได้ทำสัญญากับลูกจ้าง หรือผู้ร่วมทุนไม่ให้เปิดเผยความลับทางการค้าที่ได้ล่วงรู้มาขณะที่ทำงานกับนายจ้าง หรือระหว่างที่มีการร่วมลงทุน ก็สามารถฟ้องร้องได้หากมีการละเมิดข้อสัญญารักษาความลับ²⁵

ในส่วนของการคุ้มครองทางแพ่งกรณีที่ไม่มีการทำสัญญารักษาความลับนั้นนักกฎหมายส่วนใหญ่มีแนวความคิดว่า สามารถนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาปรับใช้ฐานกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ ในกรณีที่มีการก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของข้อมูล หรือผู้มีสิทธิในข้อมูล

²² ประสพสุข บุญเดช, เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

²³ ขวัญเรือน เพชขุนทด, “ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า,” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 123.

²⁴ ประสพสุข บุญเดช, เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

ตามกฎหมาย โดยบุคคลดังกล่าวสามารถดำเนินการเรียกร้องให้มีการชดเชยค่าเสียหายได้²⁶ ทั้งนี้ เนื่องจากการเข้าถึงความลับทางการค้าโดยวิธีมิชอบเปิดเผย หรือใช้ความลับโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของความลับ อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าของความลับ มีลักษณะเป็นการกระทำละเมิดตามที่กฎหมายลักษณะละเมิดได้กำหนดไว้²⁷

2. การคุ้มครองความลับทางการค้า ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 นั้นมีบทมาตรายู่ทั้งสิ้น 39 มาตรา โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น 6 หมวด

หมวดที่ 1 การคุ้มครองความลับทางการค้า (มาตรา 5 – 10)

หมวดที่ 2 การพิจารณาคดีเกี่ยวกับความลับทางการค้า (มาตรา 11 – 14)

หมวดที่ 3 การดูแลความลับทางการค้าโดยหน่วยงานของรัฐ (มาตรา 15)

หมวดที่ 4 คณะกรรมการความลับทางการค้า (มาตรา 27 – 30)

หมวดที่ 5 บทกำหนดโทษ (มาตรา 31 – 38)

และมีบทเฉพาะกาลในมาตรา 39

โดยในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงการคุ้มครองความลับทางการค้า ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ในเรื่องความหมายของความลับทางการค้า ผู้มีสิทธิได้รับความคุ้มครองความลับทางการค้า การได้มาซึ่งสิทธิในความลับทางการค้า สิทธิของเจ้าของความลับทางการค้า การละเมิดสิทธิและข้อยกเว้นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า ซึ่งจะเป็นฐานของการวิเคราะห์ต่อไปในงานวิจัยนี้

1) ความหมายของคำว่าความลับทางการค้า ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 มาตรา 3 ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ความลับทางการค้า” ไว้ว่า “ข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคล ซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าวโดยเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ เนื่องจากการเป็นความลับ และเป็นข้อมูลที่ถูกผู้ครอบครองความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ”

²⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2527), หน้า 438 – 439.

²⁷ ภัทรา ภาคย์ประเสริฐ, “การคุ้มครองบุคคลที่สามที่ได้รับความลับทางการค้ามาโดยสุจริต,” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 168.

จากคำจำกัดความดังกล่าว จะเห็นได้ว่าความลับทางการค้านั้นถือได้ว่าเป็นข้อมูลการค้า (Trade information) อย่างหนึ่ง ซึ่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ได้ให้คำจำกัดความของ “ข้อมูลการค้า” ไว้ในมาตรา 3 ว่า “สิ่งที่สื่อความหมายให้รู้ข้อความ เรื่องราว ข้อเท็จจริง หรือสิ่งใด ไม่ว่าการสื่อสารความหมายนั้นจะผ่านวิธีการใดๆ และไม่ว่าจะจัดทำไว้ในรูปใดๆ และให้ความหมายรวมถึงสูตร รูปแบบ งานที่ได้รวบรวมหรือประกอบขึ้น โปรแกรม วิธีการ เทคนิค หรือวิธีด้วย” ซึ่งข้อมูลการค้าจึงเป็นจุดเริ่มต้นที่จะนำไปสู่การพิจารณาว่าเป็นความลับทางการค้าทางการค้าหรือไม่²⁸

ข้อมูลการค้าที่ถือได้ว่าเป็นความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 มาตรา 3 นั้นจะต้องมีองค์ประกอบสามอย่างนี้

1. เป็นข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว

เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาว่าข้อมูลการค้านี้ ยังเป็นความลับอยู่หรือไม่ โดยไม่ถึงกับต้องเป็นความลับสุดขั้ว เพียงแต่ยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว ก็เข้าองค์ประกอบตามข้อนี้แล้ว สำหรับในส่วนบุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว อาจอธิบายในภาพกว้างได้ว่าเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องในวงการ หรือธุรกิจ นั้นๆ ไม่ว่าจะเป็นในด้านการผลิต ซื่อขาย ตลอดจนผู้บริโภค หรือบุคคลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง²⁹

2. เป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

การมีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์นี้ เนื่องจากการเป็นความลับของข้อมูลการค้านั่นเอง โดยจะเป็นประโยชน์ในลักษณะใดก็ขึ้นอยู่กับลักษณะเฉพาะ หรือประเภทของความลับทางการค้า เช่นอาจเป็นประโยชน์ในด้าน การเพิ่มศักยภาพการแข่งขัน หรือเป็นฐานในการรองรับในการพัฒนาให้ดีขึ้น, ประโยชน์ด้านการกรรมวิธี หรือกระบวนการผลิต เป็นต้น³⁰

กรณีที่จะพิจารณาว่าข้อมูลใดมีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่นั้น อาจพิจารณาจากลักษณะของข้อมูลการค้าเหล่านั้นๆ ว่าเป็นข้อมูลที่พร้อมจะสามารถนำไปใช้ในการ

²⁸ สุพิศ ประณีตพลกรัง, กฎหมายว่าด้วยความลับทางการค้า (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท, 2546), หน้า 21.

²⁹ ประสพสุข บุญเดช, พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545, (กรุงเทพมหานคร: เซเวน พรินติ้ง กรุ๊ป, 2545), หน้า 21.

³⁰ สุพิศ ประณีตพลกรัง, เรื่องเดียวกัน, หน้า 22 -23.

ผลิตสินค้าส่งออก จำหน่าย หรือเป็นข้อมูลที่ใกล้เคียงนำไปใช้ในเชิงธุรกิจ ในระยะเวลาอันใกล้ (Near market หรือ Commercial spin off) หรือไม่ หรืออาจเป็นข้อมูลการค้าที่ที่ได้มีการใช้ผลิตสินค้า หรือใช้ในธุรกิจแล้วก็ได้

3. เป็นข้อมูลการค้าซึ่งผู้ควบคุมความลับทางการค้า ได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ เช่นการทำสัญญาห้ามเปิดเผยข้อมูล การใช้มาตรการควบคุมให้รู้เห็นความลับทางการค้าได้เฉพาะพนักงานที่เกี่ยวข้อง โดยพนักงานอื่นไม่สามารถเข้าถึงข้อมูล การเก็บข้อมูลมีการระบุชั้นความลับหรือมีรหัสผ่านเข้าสู่ข้อมูล เป็นต้น³¹

2) ผู้มีสิทธิได้รับความคุ้มครองความลับทางการค้า

บุคคลที่มีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 คือ เจ้าของความลับทางการค้า (Owner of the trade secret) และผู้ควบคุมความลับทางการค้า (controller the secret)

(1) เจ้าของความลับทางการค้า (Owner of the trade secret)

มาตรา 3 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ได้บัญญัติถึงความหมายไว้ว่า เจ้าของความลับทางการค้า หมายความว่า ผู้ค้นพบ คิดค้น รวบรวม หรือสร้างสรรค์ ข้อมูลการค้าที่เป็นความลับทางการค้า โดยไม่ได้เป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าของผู้อื่น หรือผู้มีสิทธิโดยชอบในผลการทดสอบหรือข้อมูลการค้าที่เป็นความลับทางการค้า และให้หมายความรวมถึงผู้รับโอนสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย ซึ่งเจ้าของความลับทางการค้าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ โดยอาจแบ่งเป็น 3 ประเภทนี้³²

1. ผู้ค้นพบ คิดค้น รวบรวม หรือสร้างสรรค์ข้อมูลการค้าที่เป็นความลับทางการค้า โดยไม่ได้เป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าของผู้อื่น บุคคลในประเภทนี้คือ บุคคลผู้ค้นพบความลับทางการค้าด้วยตนเองตามวิधिปกติ

2. ผู้มีสิทธิโดยชอบในผลการทดสอบ หรือข้อมูลการค้าที่เป็นความลับทางการค้า บุคคลประเภทที่ 2 นี้คือ นายจ้างหรือบริษัทที่มอบหมายหรือมีคำสั่ง ให้ทางลูกจ้างหรือพนักงานของตนทำการศึกษาวิจัย จนได้ข้อมูลการค้าที่เป็นความลับทางการค้าจากผลงานที่ทำในทางการที่จ้างนั้น

³¹ สุพิศ ประณีตพลกรัง, เรื่องเดียวกัน, หน้า 24.

³² ประสพสุข บุญเดช, เรื่องเดิม, หน้า 34 – 35.

อย่างไรก็ตามการที่ลูกจ้าง หรือพนักงานบริษัทค้นพบ หรือคิดค้น ข้อมูลการค้าที่เป็นความลับทางการค้าได้ในขณะที่ทำงานให้กับนายจ้างตามหน้าที่ ลูกจ้างหรือพนักงานดังกล่าวเป็นเจ้าของความลับทางการค้านั้น เพราะถือว่าเป็นทรัพย์สินส่วนบุคคล และสนับสนุนให้มีการประดิษฐ์คิดค้นส่วนบุคคลด้วย เว้นแต่จะมีข้อสัญญาโดยชัดแจ้งว่าให้ความลับทางการค้านั้นเป็นของนายจ้าง

3. ผู้รับโอนสิทธิในความลับทางการค้า พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ได้บัญญัติเรื่องการความลับทางการค้าไว้ในมาตรา 5 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม สรุปได้ว่าความลับทางการค้าสามารถโอนให้แก่กันได้ และการโอนที่ไม่ใช่ทางมรดกต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอน และผู้รับโอน ถ้าไม่กำหนดระยะเวลาในสัญญาโอนไว้ ให้ถือว่าเป็นการโอนมีกำหนดระยะเวลา 10 ปี เมื่อมีการโอนความลับทางการค้าโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ผู้รับโอนสิทธิในความลับทางการค้า ย่อมมีฐานะเป็นเจ้าของความลับทางการค้า

(2) ผู้ควบคุมความลับทางการค้า (Controller of the trade secret)

ผู้ควบคุมความลับทางการค้า ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 มาตรา 3 หมายความว่า เจ้าของความลับทางการค้า และให้หมายความรวมถึงผู้ครอบครองควบคุม หรือดูแลรักษาความลับทางการค้าด้วย

ความหมายของผู้ควบคุมความลับทางการค้าดังกล่าวข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่ามีความหมายอย่างกว้าง รวมถึงเจ้าของความลับทางการค้า ผู้ครอบครอง ควบคุม หรือดูแลรักษาความลับทางการค้า ทั้งนี้ในบางครั้งเจ้าของความลับทางการค้าอาจไม่ได้นำความลับทางการค้าของตนไปใช้ในการประกอบธุรกิจแต่เพียงผู้เดียว แต่อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิโดยเสียค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม ผู้ได้รับอนุญาตนั้นถือว่าเป็นผู้ควบคุมความลับทางการค้าด้วย

ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ จึงอยู่ในฐานะของผู้ครอบครอง ควบคุม หรือดูแลรักษาความลับทางการค้าด้วย นอกจากนี้ผู้ควบคุมความลับทางการค้าที่มิใช่เจ้าของความลับทางการค้าอาจเป็น หุ้นส่วนที่ร่วมลงทุน หรือบรรดาลูกจ้างของเจ้าของความลับทางการค้า

3) การได้มาซึ่งสิทธิในความลับทางการค้า

ความหมายของเจ้าของความลับทางการค้า ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ทำให้ทราบถึงการได้มาซึ่งสิทธิในความลับทางการค้าโดยผู้ที่จะเป็นเจ้าของข้อมูลใดๆ อันเป็นความลับทางการค้าได้จะต้องเป็นบุคคลดังนี้³³

³³ ไชยยศ เหมะรัชตะ, เรื่องเดิม, หน้า 389 – 399.

(1) ผู้ทำให้เกิดข้อมูล

ผู้ทำให้เกิดข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าได้แก่ ผู้ค้นพบ ค้นคิด รวบรวม หรือสร้างสรรค์ข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้า ย่อมเป็นเจ้าของข้อมูล อย่างไรก็ตามต้องไม่ได้เกิดจากการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าของผู้อื่น เช่น ไม่ได้ลักลอบนำเอาข้อมูลของผู้อื่นมาดัดแปลงแล้วแอบอ้างว่าเป็นการค้นคิด หรือสร้างสรรค์ของตน เป็นต้น

(2) ผู้มีสิทธิโดยชอบ

นอกจากเจ้าของความลับทางการค้าแล้ว ในบางกรณีบุคคลอื่นอาจมีสิทธิในข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าได้ด้วยเช่นกัน อาทิเช่น ผู้มีสิทธิโดยชอบในผลการทดสอบหรือข้อมูลการค้าที่เป็นความลับทางการค้านั้น ซึ่งอาจเกิดจากขึ้นได้ด้วยสิทธิภายใต้สัญญาจ้าง เช่น ลูกจ้างที่ได้ทดลองคิดค้นสูตรที่เป็นความลับทางการค้าตามหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากบริษัทนั้น สูตรดังกล่าวย่อมเป็นผลงานวิจัยภายใต้สัญญาจ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในหน้าที่แห่งสัญญาจ้างต้องเป็นของนายจ้าง ดังนั้นบริษัทผู้เป็นนายจ้างย่อมเป็นผู้มีสิทธิโดยชอบในผลการทดลองอันได้มาซึ่งสูตรการผลิตอันเป็นข้อมูลการค้าที่บริษัทประสงค์จะให้เป็นความลับทางการค้าเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ เป็นต้น

(3) ผู้รับโอนสิทธิ

สิทธิในความลับทางการค้านั้นสามารถโอนได้ไม่ว่าทางมรดก หรือทางสัญญา เนื่องจากข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ดังนั้นผู้รับโอนสิทธิย่อมถือว่าเป็นเจ้าของความลับทางการค้า อย่างไรก็ตาม การรับโอนสิทธิโดยทางสัญญาจะต้องทำให้ถูกต้องตามแบบแห่งนิติกรรมตามที่พระราชบัญญัติความลับทางการค้า มาตรา 5 วรรคสามกำหนดไว้ มิฉะนั้นการโอนนั้นตกเป็นโมฆะ กล่าวคือการโอนสิทธิในความลับทางการค้าโดยทางสัญญาจะต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอน และผู้รับโอน และถ้าไม่ได้กำหนดระยะเวลาในสัญญาโอนถือว่าการโอนมีกำหนดระยะเวลา 10 ปี

ความลับทางการค้านั้นตามกฎหมายจะได้รับความคุ้มครองตราบเท่าที่ยังเป็นความลับอยู่ ดังนั้นสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้าจึงมีอยู่ตลอดตราบใดที่ความลับนั้นยังไม่มีเปิดเผย และความลับทางการค้าจะได้รับความคุ้มครองโดยไม่ต้องจดทะเบียนแต่อย่างใด

4) สิทธิของเจ้าของความลับทางการค้า

ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 มาตรา 5 ได้บัญญัติถึงสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้า ดังนี้

“ความลับทางการค้าที่ซ่อนอยู่ในอินเทอร์เน็ต”

เจ้าของความลับทางการค้ามีสิทธิที่จะเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้า หรืออนุญาตให้บุคคลอื่นเปิดเผยเอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้า โดยกำหนดเงื่อนไขอย่างไรก็ตามเพื่อรักษาความลับทางการค้าดังกล่าวให้เป็นความลับต่อไปก็ได้

การโอนความลับทางการค้าตามวรรคหนึ่งซึ่งมิใช่ทางมรดกต้องทำเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอน ถ้าไม่ได้กำหนดระยะเวลาในสัญญาโอนให้ถือว่าเป็นการโอนมีกำหนดระยะเวลาสิบปี”

จะเห็นได้ว่ามาตราที่รับรองสิทธิในความลับทางการค้าว่าเป็นทรัพย์สิน และเพื่อความชัดเจน จึงอนุญาตให้มีการโอนได้โดยทางมรดกหรือทางนิติกรรม และเจ้าของความลับทางการค้า ยังมีสิทธิที่จะเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้า หรืออนุญาตให้ผู้อื่นกระทำการดังกล่าว โดยมีเงื่อนไขให้มีการรักษาความลับทางการค้าต่อไปได้ จากบทบัญญัตินี้จะเห็นได้ว่าสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้า นั้น สามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเภทดังนี้

1. สิทธิในความเป็นเจ้าของความลับทางการค้า

เจ้าของความลับทางการค้ามีสิทธิที่จะเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าใดๆ ในข้อมูลซึ่งเป็นความลับทางการค้า นั้น ซึ่งเป็นสิทธิโดยชอบธรรมของการใช้สิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินของตนตามกฎหมาย³⁴

2. สิทธิในการโอนความลับทางการค้า

เจ้าของความลับทางการค้ามีสิทธิในการที่จะโอนความลับทางการค้าที่ตนเป็นเจ้าของได้ ซึ่งจะกล่าวไว้โดยละเอียดต่อไปในหัวข้อ ความหมายและประเภทของการโอนความลับทางการค้า

3. สิทธิในการอนุญาตให้ใช้สิทธิในความลับทางการค้า

เจ้าของความลับทางการค้ามีสิทธิที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่นเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าของตนเองได้ โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างไรก็ตามเพื่อรักษาความลับทางการค้าให้เป็นความลับทางการค้าต่อไป นอกจากนี้การอนุญาตให้ใช้ความลับทางการค้า จะมีการตกลงให้มีการจ่ายค่าตอบแทนเพื่อการเปิดเผย และอนุญาตให้ใช้ความลับทางการค้าหรือไม่ก็ได้³⁵

³⁴ ไซยศ เหมะรัชตะ, เรื่องเดิม, หน้า 400.

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 400.

5) การละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 มาตรา 6 ได้บัญญัติ การกระทำที่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าไว้ดังนี้

“การละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่การกระทำที่เป็นการเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าโดยมิได้รับความยินยอมจากเจ้าของความลับทางการค้า อันมีลักษณะขัดต่อแนวทางการปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน ทั้งนี้ ผู้ละเมิดจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าการกระทำความดังกล่าว เป็นการขัดแนวทางปฏิบัติเช่นนั้น

การกระทำที่มีลักษณะขัดต่อแนวทางการปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกันตามวรรคหนึ่ง หมายความว่ารวมถึงการผิสัญญาหรือการกระทำในประการที่เป็นแรงจูงใจให้ละเมิดความลับอันเป็นที่ไว้น่าเชื่อถือต่อกัน การดัดสินบน ช่มชู้ การฉ้อโกง การลักทรัพย์ การรับของโจร หรือการจารกรรม โดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือวิธีการอื่นใดด้วย”

จะเห็นได้ว่าการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 นั้นได้แก่การกระทำที่เป็นการเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของความลับทางการค้านั้น ซึ่งมีลักษณะขัดต่อแนวทางการปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน และผู้ละเมิดต้องรู้ หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าการกระทำนั้นขัดต่อแนวทางการปฏิบัติดังกล่าว

6) ข้อยกเว้นการละเมิดสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้า

ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 มาตรา 7 ได้บัญญัติให้การกระทำบางอย่างต่อข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้า ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการในความตกลงตาม TRIPS โดยบัญญัติว่า

“การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้แก่ความลับทางการค้า มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า

(1) การเปิดเผยหรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าโดยบุคคลที่ได้รับความลับทางการค้านั้นมาโดยนิติกรรม โดยไม่รู้หรือ ไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าการค้านั้น คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้มาโดยการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าของบุคคลอื่น

(2) การเปิดเผยหรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าโดยหน่วยงานรัฐซึ่งดูแลรักษาความลับทางการค้านั้นในกรณีดังนี้

ก. ในกรณีจำเป็นเพื่อคุ้มครองสุขภาพหรือความปลอดภัยของสาธารณชน หรือ

ข. ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นซึ่งมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าและในกรณีดังกล่าว หน่วยงานรัฐซึ่งดูแลรักษาความลับทางการค้านั้น หรือหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องซึ่งได้ความลับทางการค้านั้นไป ได้ดำเนินการตามขั้นตอนเพื่อคุ้มครองความลับทางการค้าดังกล่าวจากการนำไปใช้ในเชิงพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรม

(3) การค้นพบอิสระ ซึ่งได้แก่ การค้นพบความลับทางการค้าของผู้อื่นโดยผู้ค้นพบได้ใช้วิธีการประดิษฐ์ หรือจัดทำขึ้นด้วยความรู้ความชำนาญของผู้ค้นพบนั่นเอง

(4) การทำวิศวกรรมย้อนกลับ ซึ่งได้แก่ การค้นพบความลับทางการค้าของผู้อื่นโดยผู้ค้นพบได้ทำการประเมินและศึกษาวิเคราะห์ผลิตภัณฑ์ที่เป็นที่รู้จักกันทั่วไป เพื่อค้นคว้าหาวิธีที่ผลิตภัณฑ์นั้นได้รับการประดิษฐ์ จัดทำ หรือพัฒนา แต่ทั้งนี้บุคคลซึ่งทำการประเมิน และศึกษาวิเคราะห์ดังกล่าวจะต้องได้ผลิตภัณฑ์เช่นนั้นมาโดยวิธีสุจริต

การกระทำตาม (4) ไม่อาจถูกยกขึ้นกล่าวอ้างได้ ถ้าบุคคลซึ่งทำวิศวกรรมย้อนกลับดังกล่าวได้ทำสัญญากับเจ้าของความลับทางการค้า หรือผู้ขายผลิตภัณฑ์ที่ทำวิศวกรรมย้อนกลับไว้เป็นอย่างอื่นโดยชัดแจ้ง”

จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ สามารถอธิบายถึงความหมายของข้อยกเว้นการกระทำที่ไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าได้ดังต่อไปนี้

(1) การเปิดเผย หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้า โดยบุคคลที่ได้รับการความลับทางการค้านั้นมาโดยทางนิติกรรม โดยไม่รู้หรือ ไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าความลับทางการค้านั้น คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้มาโดยการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าของบุคคลอื่น

ข้อยกเว้นนี้เป็นการคุ้มครองการได้มาซึ่งความลับทางการค้า โดยการกระทำทางการค้าโดยชอบด้วยกฎหมาย และบุคคลผู้ใดได้รับความลับทางการค้านั้นมาไม่ได้ใช้วิธีการที่ไม่ซื่อสัตย์ หรือไม่ได้ประมาทเลินเล่อในการไม่ระมัดระวังถึงความไม่ซื่อสัตย์ในวิธีการดังกล่าว³⁶

(2) การเปิดเผย หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าโดยหน่วยงานของรัฐซึ่งดูแลความลับทางการค้านั้นในกรณีดังนี้

ก. ในกรณีจำเป็นเพื่อคุ้มครองสุขภาพอนามัยหรือความปลอดภัยของสาธารณชน

ข้อยกเว้นกรณีนี้ ต้องเป็นการกระทำของหน่วยงานรัฐ และต้องมีหน้าที่ดูแลรักษาความลับทางการค้าดังกล่าวด้วย เช่น กระทรวงสาธารณสุขซึ่งมีหน้าที่ดูแล

³⁶ ประสพสุข บุญเดช, “การคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทย,” บทบัญญัติ 5 (ธันวาคม 2545): 20.

ผลิตภัณฑ์ฯ เป็นต้น การเปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าจะต้องทำในกรณีจำเป็นเพื่อคุ้มครองสุขภาพอนามัย หรือความปลอดภัยของสาธารณชน ซึ่งเป็นการคุ้มครองสาธารณชนด้วยจึงจะเข้าข้อยกเว้นนี้

ข. ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นซึ่งมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าและในกรณีดังกล่าว หน่วยงานรัฐซึ่งดูแลรักษาความลับทางการค้านั้น หรือหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องซึ่งได้ความลับทางการค้านั้นไป ได้ดำเนินการตามขั้นตอนเพื่อคุ้มครองความลับทางการค้าดังกล่าวจากการนำไปใช้ในเชิงพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรม

ข้อยกเว้นในกรณีนี้ มีหลักการที่สำคัญเกี่ยวกับ ข้อ ก. โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ยกตัวอย่างเช่น เกิดโรคระบาดทำให้ปศุสัตว์ในประเทศล้มตายจำนวนมาก และกำลังแพร่กระจายไปทั่วทุกภาคของประเทศ โดยวัคซีนรักษาโรคดังกล่าวซึ่งผลิตจากต่างประเทศไม่เพียงพอ กระทรวงสาธารณสุขซึ่งดูแลรักษาสูตรวัคซีนป้องกันโรคดังกล่าวของบริษัทต่างประเทศ อาจใช้สูตรดังกล่าวผลิตวัคซีนแจกจ่ายให้ผู้ประกอบอาชีพปศุสัตว์ทั่วประเทศใช้ป้องกันโรคนี้โดยไม่คิดมูลค่าก็ได้ แต่ทั้งนี้กระทรวงสาธารณสุขต้องดำเนินการคุ้มครองวัคซีนดังกล่าวไม่ให้บริษัทอื่นที่จะผลิตวัคซีนขายในท้องตลาดด้วย³⁷

(3) การค้นพบโดยอิสระ (Independent Discovery) คือการค้นพบความลับทางการค้าที่ซ้ำกับความลับทางการค้าของผู้อื่นซึ่งมีอยู่ก่อนแล้ว ผู้ค้นพบคนใหม่ก็ยังมีสิทธิในความลับทางการค้านี้ได้ แต่จะต้องเป็นการค้นพบโดยชอบด้วยกฎหมาย และใช้ความรู้ความสามารถความชำนาญของผู้ค้นพบนั่นเอง เพราะความลับทางการค้านั้นไม่เหมือนสิทธิบัตรที่จดทะเบียนไว้แล้ว เจ้าของความลับทางการค้าจึงไม่ได้รับความคุ้มครองในการผูกขาดที่จะผลิตสินค้าของตนได้โดยลำพัง³⁸

(4) การทำวิศวกรรมย้อนกลับ ได้แก่การค้นพบความลับทางการค้าของผู้อื่น โดยผู้ค้นพบได้ทำการประเมินและศึกษาวิเคราะห์ผลิตภัณฑ์ที่เป็นที่รู้จักกันทั่วไป เพื่อค้นคว้าหาวิธีในการประดิษฐ์ จัดทำ หรือพัฒนา แต่ทั้งนี้บุคคลซึ่งทำการดังกล่าวจะต้องได้ผลิตภัณฑ์นั้นมาโดยวิธีที่สุจริต

การทำวิศวกรรมย้อนกลับ (Reverse Engineering) เป็นการแยกส่วนประกอบหรือส่วนผสมของสินค้าโดยวิธีย้อนรอย เพื่อหาข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้า ซึ่งประเทศต่างๆ ที่มีการคุ้มครองความลับทางการค้ายอมรับหลักการนี้ว่าเป็นข้อยกเว้น ไม่เป็นการละเมิดสิทธิใน

³⁷ ประสพสุข บุญเดช, เรื่องเดิม, หน้า 22 – 23.

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

ความลับทางการค้า เพราะเมื่อความลับทางการค้าถูกใช้ในตลาดแล้ว เจ้าของความลับทางการค้าจะต้องรับความเสี่ยงภัยจากการถูกเปิดเผยความลับ และการแข่งขันทางการค้านั้น³⁹

2.1.4 โอนความลับทางการค้า

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง ที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สิน ดังนั้นเจ้าของความลับทางการค้า จึงมีสิทธิที่จะจำหน่าย จ่าย โอนความลับทางการค้าของตนได้ และผู้รับโอนความลับทางการค้า ก็ย่อมได้มาซึ่งความลับทางการค้าดังกล่าว ซึ่งในหัวข้อนี้จะศึกษาถึงความหมายของการโอนความลับทางการค้า และประเภทของความลับทางการค้า ทั้งทางนิติกรรม และโดยผลของกฎหมาย

1. ความหมายของการโอนความลับทางการค้า

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ไม่ได้บัญญัติถึงความหมายของการโอนความลับทางการค้าทางการค้าไว้ เพียงแต่ในมาตรา 5 วรรคหนึ่งว่า “ความลับทางการค้า ย่อมโอนให้แก่กันได้” และมาตรา 5 วรรคสามว่า “การโอนความลับทางการค้าตามวรรคหนึ่งซึ่งมิใช่มรดก ต้องทำเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอน ถ้าไม่ได้กำหนดระยะเวลาในสัญญาโอนให้ถือว่าเป็นการโอนมีกำหนดระยะเวลาสิบปี”

จากการประมวลความหมายของคำที่เกี่ยวข้องซึ่งปรากฏในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 และพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน ประกอบกับพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 โดยภาพรวมแล้ว อาจทำให้เข้าใจได้ว่า การโอนความลับทางการค้าหมายถึงการที่เจ้าของความลับทางการค้าผู้โอน ได้มอบความเป็นเจ้าของความลับทางการค้าให้แก่ผู้รับโอนความลับทางการค้า โดยมีการแสดงเจตนาเสนอ และสนองตรงกันทั้งสองฝ่าย ทั้งนี้ไม่ว่าจะมีค่าตอบแทนในการนี้หรือไม่ก็ตาม นอกจากการโอนความลับทางการค้าจะเกิดขึ้นได้จากการกระทำหรือการแสดงเจตนาของผู้โอน และผู้รับโอนในลักษณะเป็นนิติกรรมแล้ว ยังสามารถเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายได้อีกด้วย เช่นกรณีความลับทางการค้าเป็นมรดกตกทอดไปสู่ทายาทของผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้า ตามประมวลแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 เรื่องมรดก ประกอบกับนัยของมาตรา 5 วรรคหนึ่ง และสาม แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 เป็นต้น

³⁹ ประสพสุข บุญเดช, เรื่องเดิม หน้า 23 – 24.

2. วิธีการโอนความลับทางการค้า

จากบทบัญญัติมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 สามารถกล่าวได้ว่าการโอนความลับทางการค้านั้น นอกจากจะเกิดขึ้นโดยการตกทอดทางมรดกแล้ว เจ้าของความลับทางการค้ายังมีสิทธิที่จะโอนความลับทางการค้าโดยทางนิติกรรมสัญญาได้เหมือนดังเช่นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นๆ

ในการศึกษารายละเอียดของการโอนความลับทางการค้า ผู้เขียนขอแยกศึกษาเป็น 2 หัวข้อคือ

1. การโอนโดยทางนิติกรรม
2. การโอนโดยผลของกฎหมาย ซึ่งจะศึกษาเฉพาะ 2 กรณี ได้แก่ โดยทางมรดก และโดยการควบบริษัท

1) การโอนความลับทางการค้าโดยนิติกรรม

การโอนความลับทางการค้าโดยทางนิติกรรมนั้นคือ การที่เจ้าของความลับทางการค้าใช้สิทธิในความเป็นเจ้าของของตนที่มีอยู่ตามกฎหมายในการจำหน่าย จ่าย โอน สิทธิความลับทางการค้าของตนให้แก่ผู้รับโอน ไม่ว่าจะเป็นการโอนโดยมีค่าตอบแทน หรือไม่มีค่าตอบแทน หรือมีกำหนดระยะเวลาหรือไม่ก็ตาม

หากศึกษาเทียบเคียงระหว่างพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 และตามประมวลแพ่งและพาณิชย์แล้ว จะเห็นได้ว่าเมื่อความลับทางการค้าถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินเจ้าของความลับทางการค้า จึงมีสิทธิอันชอบธรรมตามกฎหมายที่จะจำหน่าย จ่าย โอน ความลับทางการค้า โดยทางนิติกรรมสัญญาได้เช่นเดียวกับทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ การทำนิติกรรมเกี่ยวกับความลับทางการค้านั้นได้แก่สัญญาที่ระบุไว้ในบรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญาแห่งตามประมวลแพ่งและพาณิชย์เช่น ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ เหล่านี้ก็ถือเป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดสิทธิเช่นกัน ดังนั้นเมื่อเกิดปัญหาเกิดขึ้นแต่พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ไม่มีบทบัญญัติที่สามารถนำมาปรับใช้แก่กรณีได้โดยตรงแล้ว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าจะต้องนำบทบัญญัติของตามประมวลแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในฐานะบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งตามประมวลแพ่งและพาณิชย์

อนึ่งกรณีที่เจ้าของความลับทางการค้าทำพินัยกรรมให้ความลับทางการค้าดังกล่าวตกเป็นสิทธิของผู้รับพินัยกรรมแล้ว โดยทั่วไปเมื่อเจ้าของความลับทางการค้าจําเริญถึงแก่ความตาย ความลับทางการค้านั้นย่อมตกทอดแก่ผู้รับพินัยกรรมตามประมวลแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1603 ประกอบกับมาตรา 1673 ซึ่งเป็นการแสดงเจตนากำหนดเผื่อตายในเรื่องของความลับ

ทางการค้า ของเจ้าของความลับทางการค้า เจ้ามรดกตามประมวลแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1646 ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีที่ความลับทางการค้าดังกล่าวตกทอดไปยังผู้รับพันยกรรมเป็นการโอนความลับทางการค้า โดยทางนิติกรรม มิใช่โดยผลของกฎหมาย

ลักษณะทั่วไปอันเป็นสาระสำคัญของนิติกรรมการโอนความลับทางการค้า

(1) คู่สัญญาในนิติกรรมการโอนความลับทางการค้า

นิติกรรมการโอนความลับทางการค้านี้ โดยทั่วไปจะมีการทำสัญญาโอนความลับทางการค้า โดยเป็นสัญญา 2 ฝ่าย กล่าวคือฝ่ายเจ้าของสิทธิในความลับทางการค้าซึ่งได้แก่เจ้าของความลับทางการค้า เป็นผู้โอนฝ่ายหนึ่ง กับฝ่ายซึ่งเป็นผู้รับโอนอีกฝ่ายหนึ่ง

ก. บุคคลผู้มีสิทธิโอนความลับทางการค้า

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 มาตรา 5 วรรคสอง ได้บัญญัติสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้าไว้ดังนี้ “เจ้าของความลับทางการค้ามีสิทธิที่จะเปิดเผย เอาไป หรือใช้ ซึ่งความลับทางการค้า หรืออนุญาตให้บุคคลอื่นเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้า...” แม้จะมีได้บัญญัติถึงสิทธิในการ โอนความลับทางการค้าไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่บทบัญญัติวรรคหนึ่ง และวรรคสามของมาตราดังกล่าวซึ่งบัญญัติถึงการ โอนความลับทางการค้าไว้ว่า ความลับทางการค้า ย่อมโอนให้แก่กันได้ (มาตรา 5 วรรคหนึ่ง) และการโอนความลับทางการค้าซึ่งมิใช่มรดก ต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอน และผู้รับโอน (มาตรา 5 วรรคสาม) ทำให้พิจารณาได้ว่า นอกจากเจ้าของความลับทางการค้าจะมีสิทธิตามมาตรา 5 วรรคสองแล้ว ยังมีสิทธิที่จะ โอนความลับทางการค้าได้ด้วย ประกอบกับเจ้าของความลับทางการค้าเป็นผู้มีทรัพย์สินในความลับทางการค้า ในทำนองเดียวกับผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามประมวลแพ่งและพาณิชย์ ย่อมชอบที่จะจำหน่าย จ่าย โอน ความลับทางการค้า ซึ่งเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งได้ ตามเจตนาของตน

ดังนั้นผู้มีสิทธิโอนความลับทางการค้าได้จึงต้องอยู่ในฐานะ “เจ้าของความลับทางการค้า” ตามคำนิยามในมาตรา 3

ข. ผู้รับโอนความลับทางการค้า

ผู้รับโอนความลับทางการค้า หมายถึงบุคคลซึ่งเป็นผู้สัญญาฝ่ายหนึ่งที่ได้รับโอนความลับทางการค้า จากเจ้าของความลับทางการค้า ภายใต้กำหนดหรือเงื่อนไขที่ได้ระบุไว้ในสัญญาโอน ซึ่งผู้รับโอนอาจเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้ และจะมีจำนวนเท่าใดก็ได้ ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญาที่สมัครใจเข้าทำสัญญาต่อกัน

เมื่อคู่สัญญาได้ทำการ โอนความลับทางการค้าแล้ว ผู้โอนซึ่งเดิมเป็นเจ้าของความลับทางการค้า จะหมดสิทธิในความลับทางการค้าของตนได้โอนไปให้แก่ผู้รับโอน ในขณะที่เดียวกันผู้รับโอนย่อมถือได้ว่าเป็นเจ้าของความลับทางการค้าตามคำนิยามศัพท์ ใน

มาตรา 3 ที่ได้บัญญัติว่า “เจ้าของความลับทางการค้า....ให้หมายความรวมถึง ผู้รับโอนสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย” จึงมีสิทธิในความลับทางการค้าที่ได้รับโอนมาเช่น เปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้า อันเป็นสิทธิพื้นฐานของเจ้าของความลับทางการค้า ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 5 วรรคสอง การที่ผู้รับโอนมีสิทธิในความลับทางการค้าดังกล่าว

(2) วัตถุประสงค์สัญญาโอนความลับทางการค้า

วัตถุประสงค์สัญญาโอนความลับทางการค้า ได้แก่ ความลับทางการค้าที่คู่สัญญามุ่งประสงค์จะทำการโอนต่อกันตามสัญญานั้นเอง และเมื่อความลับทางการค้าซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมการโอน เป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่มีลักษณะพิเศษ คือการที่ความลับทางการค้ายังคงเป็นความลับอยู่ การส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาคือ ข้อมูลความลับทางการค้านั้นจึงต้องมีการดูแลรักษาความลับที่เข้มงวด โดยจะเปิดเผยได้เฉพาะระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น

(3) แบบของสัญญาโอนความลับทางการค้า

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 มาตรา 5 วรรคสาม บัญญัติให้การโอนความลับทางการค้าซึ่งมิใช่ทางมรดกต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอน เมื่อการโอนความลับทางการค้าโดยการทำเป็นสัญญา อันเป็นการโอนโดยทางนิติกรรมประเภทหนึ่ง จึงต้องทำเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอนตามมาตรา 15 ซึ่งถือว่าเป็นแบบของสัญญาโอนด้วย ถ้ามิได้ทำตามแบบเช่นนี้แล้ว การโอนความลับทางการค้าย่อมตกเป็นโมฆะ ตามประมวลแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152

2) การโอนความลับทางการค้าโดยผลของกฎหมาย

การโอนความลับทางการค้าโดยผลของกฎหมายนี้ เป็นกรณีที่เกิดเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็จะเป็นผลให้มีการโอนไปซึ่งความลับทางการค้า ดังนั้นการโอนประเภทนี้จึงเป็นการโอน โดยไม่ต้องอาศัยเจตนาของผู้โอน และผู้รับโอน ซึ่งผู้เขียนจะขออธิบายถึงการโอนความลับทางการค้า โดยผลของกฎหมายเฉพาะ 2 กรณีกล่าวคือ

กรณีแรก การโอนโดยทางมรดก

กรณีที่สอง การโอนกรณีการควบบริษัท

1. การโอนความลับทางการค้าโดยทางมรดก

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 มาตรา 5 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ความลับทางการค้านั้นย่อมโอนให้แก่กันได้” และมาตรา 5 วรรคสามบัญญัติว่า “การโอนความลับทางการค้า ตามวรรคหนึ่ง ซึ่งมีไม่มรดก ต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอน ถ้าไม่ได้กำหนดระยะเวลาในสัญญาโอน ให้ถือว่าเป็นการโอนมีกำหนดระยะเวลาสิบปี”

บทบัญญัติของมาตรา 5 วรรคหนึ่ง และวรรคสามข้างต้น มิได้บัญญัติถึงการโอนความลับทางการค้าโดยมรดกไว้อย่างชัดเจน เนื่องจากความในวรรคหนึ่ง เป็นเพียงบัญญัติรับรองถึงการโอนความลับทางการค้าโดยทั่วไปว่าความลับทางการค้านั้นย่อมโอนให้กันได้เท่านั้น โดยมีได้กล่าวถึงการโอนโดยทางมรดกไว้โดยเฉพาะเจาะจง ส่วนความในวรรคสาม ก็เพียงกล่าวถึงแบบของการโอนความลับทางการค้าซึ่งมิใช่ทางมรดก มิได้กล่าวถึงการโอนทางมรดกแต่อย่างใด ถึงกระนั้นก็ดี การที่วรรคสามดังกล่าวบัญญัติว่า “การโอนความลับทางการค้าตามซึ่งมิใช่มรดก ต้องทำเป็นหนังสือ....” ทำให้ตีความบทบัญญัติในวรรคหนึ่งได้ว่า ความลับทางการค้านั้นย่อมโอนให้กันได้โดยทางอื่นซึ่งมิใช่ทางมรดก นอกจากนี้ยังมีการโอนโดยทางมรดกได้ด้วยเช่นกัน

เมื่อพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 มิได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ หรือวิธีการในการ โอนความลับทางการค้าโดยทางมรดก หรือการรับมรดกความลับทางการค้าไว้แต่อย่างใด จึงต้องนำบทบัญญัติประมวลแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 เรื่องมรดก มาใช้บังคับกับการโอนความลับทางการค้าโดยทางมรดก หรือการรับมรดกความลับทางการค้าดังกล่าว

2. การโอนความลับทางการค้าในกรณีการควบบริษัท (ควบกิจการ)

การโอนความลับทางการค้ากรณีนี้เกิดจากการควบบริษัทซึ่งเป็นการโอนโดยผลของกฎหมาย มิได้เกิดจากเจตนาเสนอสนองของกลุ่มเช่นเดียวกับการทำสัญญาโอน ซึ่งเป็นการโอนโดยนิติกรรม ดังนั้นผู้เขียนขอกล่าวถึงทฤษฎีเกี่ยวกับการควบบริษัทเป็นการ อธิบาย

2.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการควบบริษัท

2.2.1 รูปแบบของการควบกิจการ

การควบกิจการนั้นแบ่งออกเป็น 3 รูปแบบใหญ่ๆ ซึ่งทุกรูปแบบเหล่านี้เกิดขึ้นในประเทศไทยแล้วทั้งสิ้น⁴⁰

1. การควบกิจการบริษัทในแนวนอน (Horizontal Mergers)

เป็นการควบรวมบริษัทเข้าด้วยกันกับอีกบริษัทหนึ่ง เพื่อผลประโยชน์ทางด้านการผลิต หรือการตลาด ซึ่งบริษัทที่ควบรวมเข้ากันนั้นเป็นผู้ผลิต หรือผู้ขายที่มีผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกัน หรือบริการในทำนองเดียวกัน ตัวอย่างของการควบกิจการในรูปแบบนี้คือ การรวมกิจการ

⁴⁰ กิตติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์, การควบรวมกิจการ โอกาสของธุรกิจไทย (กรุงเทพมหานคร: ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2553), หน้า 5.

ในอดีตระหว่าง บริษัท การบินไทย จำกัด กับบริษัท เดินอากาศไทย จำกัด หรือการควบกิจการระหว่าง ธนาคารทหารไทย จำกัด มหาชน กับบริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ในปี 2547

2. การควบรวมกิจการบริษัทในแนวดิ่ง (Vertical Mergers)

หมายถึงการที่บริษัทที่มีฐานะ หรือระดับขั้นการผลิตที่แตกต่างกันแต่อยู่ในสายธุรกิจเดียวกันมารวมกิจการกัน เช่นกรณีตัวอย่างของเจ้าแก้งกิจการประมง เข้าซื้อกิจการต่อเรือ ทำให้ผู้ซื้อสามารถนำเรือที่ต่อมาใช้ในกิจกรรมประมงของตนได้

3. การควบกิจการบริษัท โดยการรวมตัวระหว่างบริษัทซึ่งไม่มีความสัมพันธ์ต่อกัน ไม่ว่าในฐานะผู้ซื้อ ผู้ขาย หรือคู่แข่งกัน ในตลาดเดียวกัน

ตัวอย่างของการรวมกิจการในรูปแบบนี้ เช่น การที่บริษัท ปูนซีเมนต์ เข้าไปซื้อกิจการบริษัทผลิตยาง เป็นต้น

2.2.2 ประเภทของการควบบริษัท

ในกรณีที่บริษัทตั้งแต่สองบริษัทขึ้นไป ควบรวมกันเป็นบริษัทเดียว หากพิจารณาจากความแตกต่างของบริษัทที่คงเหลืออยู่ หลังจากการควบแล้วอาจแบ่งแยกการควบบริษัทได้เป็น 2 ประเภทดังนี้

1. การควบบริษัทที่เกิดเป็นบริษัทใหม่ภายหลังการควบ (Consolidation หรือ Amalgamation)⁴¹

เป็นการรวมกิจการของบริษัทตั้งแต่ 2 บริษัทขึ้นไปให้เป็นกิจการเดียวกัน เป็นการรวมทรัพย์สิน และหนี้สินทั้งหมด โดยภายหลังการรวมกิจการ บริษัทเดิมจะสิ้นสภาพไปเกิดเป็นบริษัทใหม่ ใช้ชื่อใหม่ มีการออกหุ้นใหม่ ผู้ถือหุ้นของบริษัทเดิมจะได้รับหุ้นสามัญของบริษัทใหม่ แทนหุ้นสามัญของบริษัทเดิม เช่น บริษัท A กับ บริษัท B รวมกิจการเข้าด้วยกัน และจดทะเบียนเป็นบริษัท C ถือเป็น Consolidation หรือ Amalgamation

⁴¹ ชัยสิทธิ์ ตราฐธรรม และชัยพล ตราฐธรรม, บริษัทมหาชน (กรุงเทพมหานคร: 21 เซนจูรี, 2537), หน้า 145.

2. การควบรวมที่ไม่เกิดเป็นบริษัทใหม่ภายหลังการควบ (Merger)

เป็นการรวมกิจการของบริษัทตั้งแต่ 2 บริษัทขึ้นไปให้เป็นกิจการเดียวกัน เป็นการรวมทรัพย์สิน และหนี้สินทั้งหมด โดยภายหลังการรวมกิจการแล้ว ไม่มีบริษัทใหม่เกิดขึ้น เพียงแต่มีบริษัทเหลืออยู่เพียงบริษัทเดียวเท่านั้น ดังนั้นการโอนแบบ Consolidation หรือ Amalgamation กับ Merger จึงต่างกันตรงที่ Consolidation หรือ Amalgamation มีบริษัทใหม่เกิดขึ้น ภายหลังจากการควบรวมกิจการ แต่ Merger ไม่มีบริษัทใหม่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามก็มีความเห็นที่แตกต่างกันไปว่า แม้ภายหลังการควบรวมกิจการจะมีบริษัทใหม่เกิดขึ้นก็ถือว่าเป็น Merger

การควบบริษัททั้งสองประเภท ทำให้บริษัทที่เหลืออยู่ หรือเกิดขึ้นใหม่ภายหลังการควบบริษัท รับโอนไปซึ่งทรัพย์สิน และหนี้สินของบริษัทที่ถูกควบเข้ากัน ซึ่งการโอนดังกล่าวเป็นการโอนโดยผลของกฎหมาย

2.2.3 วิธีการของการควบรวมบริษัท

ในด้านกฎหมายแล้ว จากการศึกษาวิจัยจะพบว่า การควบรวมกิจการในประเทศไทย จะมีรูปแบบดังต่อไปนี้

1. การได้มาซึ่งหุ้น (Share Acquisition) อันประกอบด้วยการซื้อหุ้น (Share Purchase) และการแลกหุ้น (Share Swap)
2. การได้มาซึ่งสินทรัพย์หรือกิจการ (Asset or Business Acquisition)
3. การควบบริษัท ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด (Amalgamation) และ
4. การควบกิจการที่มีกฎหมายพิเศษอื่นๆ รองรับไว้โดยเฉพาะ เช่น การควบรวมสถาบันการเงิน และบริษัทประกันชีวิตหรือประกันภัย เป็นต้น

1. การได้มาซึ่งหุ้น (Share Acquisition)

การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการเป็นรูปแบบของการรวมกิจการโดยที่กิจการแห่งหนึ่งเข้าไปซื้อหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงของกิจการอีกแห่งหนึ่งทั้งหมดหรือบางส่วนโดยกิจการที่เข้าไปซื้อหุ้นนั้นอาจจะเข้าไปมีส่วนร่วมในการบริหารหรือไม่ก็ตาม⁴² แต่การได้มาซึ่งหุ้นในบริษัทเป้าหมายมิได้ทำให้สิทธิและหน้าที่ของบริษัทเป้าหมายเปลี่ยนแปลงไป อนึ่งการได้มาดังกล่าวอาจทำได้วิธี

⁴² สมเดช โรจน์คุริเสถียร, “การรวมกิจการ (Business Combinations),” วารสารภาษีอากร 20 (สิงหาคม 2544): 42-52.

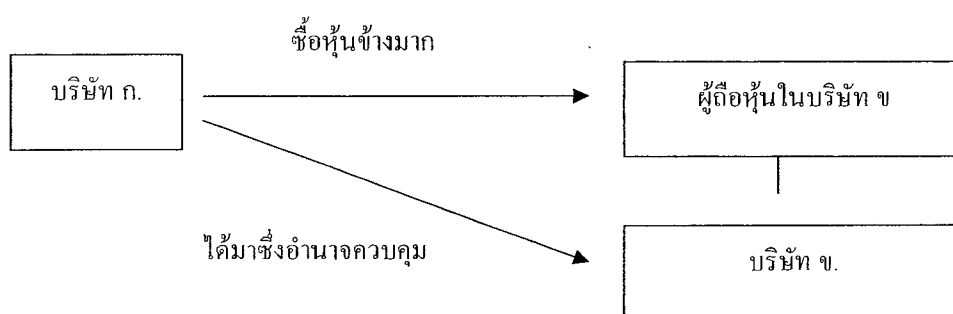
หุ้นแลกหุ้น (Share Swap) ระหว่างสองกิจการก็ได้ การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการจึงอาจแสดงด้วยสูตรอย่างง่ายดังนี้

$$\text{บริษัท ก} + \text{บริษัท ข} = \text{บริษัท ก และ บริษัท ข}$$

การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการนั้น สามารถแบ่งวิธีการออกเป็น 2 วิธีใหญ่ๆ คือ

1) การซื้อหุ้น (Share Purchase)

การได้มาซึ่งกิจการโดยการซื้อหุ้นเป็นวิธีที่แพร่หลายที่สุดในปัจจุบันนี้ เนื่องจากเป็นวิธีที่ค่อนข้างตรงไปตรงมาและเป็นวิธีที่รวดเร็วที่สุด⁴³ วิธีนี้เป็นกรณีที่บริษัทหนึ่งได้เข้าซื้อหุ้นในอีกบริษัทหนึ่งซึ่งเป็นบริษัทเป้าหมาย (Target Company) โดยมีวัตถุประสงค์ขั้นสุดท้ายเพื่อให้ได้มาซึ่งหุ้นในจำนวนเพียงพอที่จะทำให้บริษัทผู้ซื้อนั้นมีคะแนนเสียงข้างมากในบริษัทเป้าหมาย และสามารถเข้าไปควบคุมบริหารจัดการในบริษัทเป้าหมายได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นลักษณะของการเข้ามามีอำนาจควบคุมในบริษัทเป้าหมายซึ่งมีผลกระทบต่อการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างด้านการบริหารจัดการภายในของบริษัทและยังอาจรวมถึงการเปลี่ยนแปลงนโยบายต่าง ๆ ในบริษัทเป้าหมายได้อีกด้วย การซื้อหุ้นสามารถแสดงได้จากแผนภาพอย่างง่าย ดังนี้



บริษัทที่เป็นเป้าหมายของการซื้อหุ้นเพื่อครอบงำกิจการอาจอยู่ในรูปของบริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งวิธีการมีลักษณะดังต่อไปนี้

⁴³ ชรินทร์ สัจจญาณ, “การควบกิจการ (merger) และการเข้าครอบงำกิจการ (take over),” *Tax & Business Law* 3 (มิถุนายน 2540): 39-44.

(1) การซื้อหุ้นในบริษัทจำกัด

กรณีนี้อาจเป็นการที่ผู้ถือหุ้นเดิมตกลงขายหุ้นที่ตนถืออยู่ให้แก่ผู้ซื้อซึ่งอาจเป็นผู้ถือหุ้นเดิมรายอื่นหรือบุคคลภายนอก โดยทั้งสองฝ่ายมีความตั้งใจและเต็มใจที่จะซื้อขายหุ้นกัน วิธีนี้อีกนัยหนึ่งเรียกว่า การครอบงำกิจการแบบเป็นมิตร (Friendly Takeover) หรืออาจเกิดจากการที่ผู้ที่ประสงค์จะเข้าครอบงำกิจการเข้าซื้อหุ้นเพิ่มทุนในบริษัทเป้าหมายก็ได้

ในการซื้อหุ้นในบริษัทจำกัด ผู้ซื้อและผู้ขายอาจตกลงกันได้เพียงแต่ทำสัญญาซื้อขายหุ้น (Share Sale and Purchase Agreement) และทำการโอนหุ้นเท่านั้น (หากเป็นหุ้นชนิดระบุชื่อลงในใบหุ้น ผู้โอนและผู้รับโอนจะต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือพร้อมลายมือชื่อพยานอย่างน้อยหนึ่งคน มิฉะนั้นจะตกเป็นโมฆะ) และการโอนหุ้นจะเสร็จสมบูรณ์ใช้ยื่นต่อบุคคลภายนอกได้ เมื่อมีการจดทะเบียนการโอนนั้นลงในสมุดทะเบียนผู้ถือหุ้นแล้ว แต่ทั้งนี้ ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายมีข้อควรระวังด้วยว่าการโอนหุ้นนั้นมิใช่ข้อจำกัดหรือเงื่อนไขใด ๆ ในข้อบังคับของบริษัทหรือไม่ เช่น บางบริษัทอาจกำหนดเงื่อนไขว่าห้ามโอนหุ้น โดยมีได้รับอนุญาตจากกรรมการบริษัทก่อน หรือจะต้องโอนให้ผู้ถือหุ้นด้วยกันก่อน ถ้าไม่มีผู้ถือหุ้นรับโอนจึงโอนให้บุคคลภายนอกได้ (Right of First Refusal) ซึ่งถ้าบริษัทใดวางเงื่อนไขไว้เช่นนี้ ผู้ถือหุ้นและผู้ที่จะรับโอนหุ้นทุกคนก็จะต้องปฏิบัติตาม มิฉะนั้น การโอนหุ้นก็อาจไม่มีผลสมบูรณ์ได้⁴⁴

(2) การซื้อหุ้นในบริษัทมหาชนจำกัด

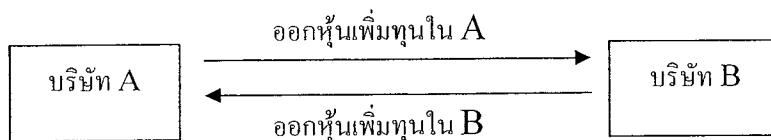
บริษัทมหาชนจำกัดเป็นรูปแบบนิติบุคคลที่มีกฎหมายรองรับไว้เป็นพิเศษ และมีความแตกต่างจากบริษัทจำกัดอยู่หลายประการ อีกทั้งกฎหมายหลักทรัพย์ยังได้กำหนดให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นนิติบุคคลที่อยู่ภายใต้กำกับดูแลของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ในหลายเรื่อง ดังนั้น กฎหมายพื้นฐานที่ต้องนำมาพิจารณาสำหรับกรณีการได้มาซึ่งหุ้นในบริษัทมหาชนจำกัดได้แก่ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 อย่างไรก็ดี โปรดสังเกตว่าตามประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ.53/2545 เรื่องหลักเกณฑ์เงื่อนไข และวิธีการในการเข้าถือหลักทรัพย์เพื่อครอบงำกิจการมิได้บัญญัติรวมถึงการได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทมหาชนจำกัดที่มีได้มีหุ้นจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ดังนั้น บริษัทมหาชนจำกัดที่มีได้มีหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ จึงไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของประกาศฉบับนี้

⁴⁴ ประกาศ อวยชัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2530).

บทบัญญัติพื้นฐานภายใต้ พ.ร.บ. พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนที่มักนำมาปรับใช้กับกรณีของการซื้อหุ้นในบริษัทมหาชน คือ บทบัญญัติเกี่ยวกับการโอนหุ้น (มาตรา 57 และ 58) การชำระค่าหุ้น (มาตรา 35 อนุมาตรา (5)) การซื้อหุ้นคืนโดยบริษัทมหาชน (มาตรา 66/1(1) และ (2) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พ.ร.บ. พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544) การแปลงหนี้เป็นทุนในการปรับโครงสร้างหนี้ของบริษัทมหาชน (มาตรา 54/1) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พ.ร.บ. พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544 นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายอื่นที่ต้องนำมาพิจารณาประกอบได้แก่ พ.ร.บ. พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และประกาศอื่นๆ ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตาม พ.ร.บ. พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ฯ เช่น ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ เรื่องการรายงานการได้มาหรือจำหน่ายหลักทรัพย์ของกิจการ (ประกาศ กจ. 58/2545) เป็นต้น ซึ่งหลักเกณฑ์เหล่านี้จะกล่าวต่อไปในบทที่ 3 ของรายงานการวิจัยฉบับนี้

2) การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการโดยการแลกหุ้น (Share Swap)

การแลกหุ้น (Share Swap) สามารถทำได้หลายวิธี โดยทั่วไปวิธีที่เป็นที่นิยมได้แก่กรณีที่บริษัทผู้ซื้อทำการเสนอซื้อหุ้นของบริษัทเป้าหมาย แต่เนื่องจากบริษัทผู้ซื้อหุ้นไม่ต้องการชำระค่าหุ้นเป็นเงินสดจึงออกหุ้นของตนให้แทน โดยบริษัทผู้ซื้อจะออกหุ้นสามัญเพิ่มทุนให้แก่บริษัทเป้าหมายเพื่อเป็นการตอบแทนการชำระค่าหุ้นของบริษัทเป้าหมาย ซึ่งในกรณีนี้จะต้องมีการกำหนดอัตราส่วนในการชำระค่าหุ้นระหว่างบริษัทผู้ซื้อและบริษัทเป้าหมาย เช่น กำหนดให้ หุ้นสามัญเพิ่มทุนของบริษัทผู้ซื้อจำนวน 1 หุ้นมีมูลค่าตอบแทนการชำระราคาหุ้นสามัญของบริษัทเป้าหมายจำนวน 3 หุ้น เป็นต้น การแลกหุ้นสามารถแสดงได้จากแผนภาพอย่างง่าย ดังนี้

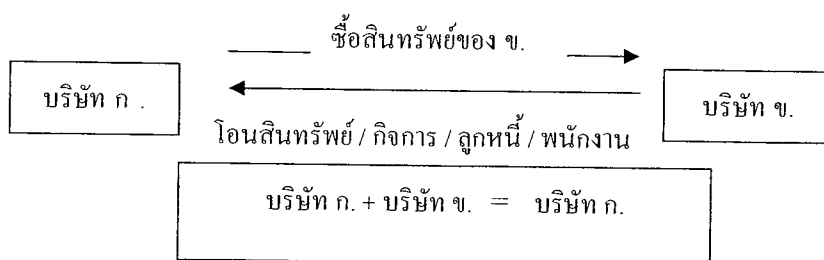


ตัวอย่างของการใช้วิธีการหุ้นแลกหุ้นในประเทศไทย ก็คือ กรณีของบริษัท ทรานซ จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ในปัจจุบันได้นำหุ้นซึ่งผู้ถือ

หุ้นเดิมสละสิทธิการจองซื้อหุ้นเพิ่มทุนก่อนที่บริษัทจะเป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ไป แลกกับหุ้นของบริษัทอื่นๆ โดยคณะกรรมการบริษัทมีมติให้นำหุ้นไปจัดสรรตามที่เห็นสมควร⁴⁵

2. การได้มาซึ่งสินทรัพย์ของกิจการ (Asset or Business Acquisition)

การได้มาซึ่งสินทรัพย์ของกิจการ เป็นรูปแบบของการรวมกิจการ โดยกิจการแห่งหนึ่งเข้าไปซื้อสินทรัพย์ของกิจการอีกแห่งหนึ่งไม่ว่าทั้งหมดหรือในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Substantial part of assets) ซึ่งกิจการที่มีการจำหน่ายสินทรัพย์ออกไปอาจจะยังคงดำรงอยู่ต่อไป หรือเลือกที่จะเลิกกิจการไปก็ได้ โดยกรณีที่ยังคงดำรงอยู่ต่อไปนั้น ไม่ทำให้สิทธิ หน้าที่ของบริษัทผู้ขายตกทอดไปยังบริษัทผู้ซื้อ⁴⁶ ซึ่งการได้มาซึ่งสินทรัพย์ของกิจการจึงอาจแสดงด้วยแผนภาพและสูตรอย่างง่าย ดังนี้



กรณีจากภาพข้างต้นได้แก่ การที่บริษัท ก. เข้าซื้อกิจการทั้งหมดของบริษัท ข. และต่อมาบริษัท ข. ได้เลิกกิจการไป ผลจากการได้มาซึ่งกิจการในรูปแบบนี้ทำให้เหลือเพียงบริษัท ก. อยู่เพียงบริษัทเดียว เป็นต้น โดยหน้าที่และความรับผิดชอบของบริษัท ข. ผู้ขายที่มีอยู่กับบุคคลภายนอกไม่ตกทอดไปยังบริษัท ก. ผู้ซื้อแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม กรณีอาจเป็นไปได้ว่า บริษัทผู้ขายจำหน่ายเพียงสินทรัพย์บางส่วนของตนให้แก่บริษัทผู้ซื้อ โดยที่ภายหลังจากการขาย บริษัทผู้ขายยังคงประกอบกิจการในส่วนอื่นต่อไปอีกก็ได้ ซึ่งอาจแทนได้ด้วยสูตรอย่างง่ายดังนี้

$$\text{บริษัท ก.} + \text{บริษัท ข.} = \text{บริษัท ก. และบริษัท ข.}$$

⁴⁵ เพียงพนอ บุญกล้า, “ภาษีอากรในการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ,” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 34.

⁴⁶ กิตติพงษ์ อรุณพัฒน์พงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 8.

ในประเทศไทย การซื้อสินทรัพย์ของกิจการเป็นรูปแบบที่มีการนำมาใช้มากพอสมควร โดยปกติการได้มาโดยวิธีนี้มักจะเป็นการซื้อสินทรัพย์ของกิจการทั้งที่อยู่ในรูปของทรัพย์สินที่มีรูปร่าง เช่น โรงงาน เครื่องจักร ที่ดิน อุปกรณ์สำนักงานต่าง ๆ และทรัพย์สิน และทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างต่าง ๆ ได้แก่ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า Technical Know-How ต่าง ๆ เป็นต้น⁴⁷ ตัวอย่างของการซื้อสินทรัพย์ของกิจการที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้แก่ กรณีบริษัท เวสเทิร์น ดิจิตอล (ประเทศไทย) จำกัด เข้าซื้อกิจการ โรงงานผลิต Hard Disk Drive จากบริษัท ฟูจิตส์ (ประเทศไทย) จำกัด ในปี 2544 โดยหลังจากนั้น บริษัท ฟูจิตส์ (ประเทศไทย) จำกัด ก็ยังคงประกอบกิจการในด้านอื่นๆ ของตนเองต่อไป

3. การควบบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535

สำหรับประเทศไทยมีนิติบุคคลที่เป็นบริษัทอยู่ 2 ประเภทคือ บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด

โดยบริษัทจำกัดเป็นบริษัทที่ตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยทุนของบริษัทจะแบ่งเป็นหุ้น ซึ่งมีมูลค่าเท่าๆกัน และผู้ถือหุ้นจะรับผิดชอบไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือ บริษัทจำกัดเป็นนิติบุคคลมีสิทธิ และความรับผิดชอบแตกต่างหากจากบรรดาผู้ถือหุ้นของบริษัท

ในส่วนของบริษัทมหาชนจำกัดนั้น เป็นบริษัทที่ตั้งขึ้นตาม พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 โดยมีความประสงค์ที่จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชน ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ซึ่งต่างจากบริษัทจำกัด ที่ไม่สามารถเสนอขายหุ้นต่อประชาชนตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ได้ ผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชนจำกัดก็ยังคงรับผิดชอบไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ตนยังไม่ได้ส่งใช้ให้ครบ และบริษัทมหาชนจำกัดเป็นนิติบุคคลมีสิทธิ และความรับผิดชอบแตกต่างหากจากบรรดาผู้ถือหุ้นของบริษัท

ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 ได้บัญญัติกรณีควบบริษัทไว้เฉพาะการควบบริษัทที่เกิดเป็นบริษัทใหม่ภายหลังการควบ (Consolidation หรือ Amalgamation) ส่วนการควบบริษัทที่ไม่เกิดเป็นบริษัทใหม่ภายหลังการควบ (Merger) กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ ดังนั้นการควบบริษัทในประเทศไทยจึงมีประเภทเดียวคือ การควบ

⁴⁷ กัลยา ห่มั่นสวัสดิ์, “การซื้อหุ้นเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการจัดการในบริษัท,” วิทยานพนธ์หมั่นหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), หน้า 142.

บริษัทที่เกิดเป็นบริษัทใหม่ภายหลังการควบ ซึ่งรายละเอียดการควบบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ พ.ร.บ.บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มีรายละเอียดดังนี้

1) การควบบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้บริษัทจำกัดตั้งแต่ 2 บริษัทขึ้นไปอาจควบเข้ากันเป็นบริษัทเดียวกันได้ หากที่ประชุมของแต่ละบริษัทมีมติพิเศษเห็นชอบ โดยบริษัทจะต้องนำมติพิเศษดังกล่าวไปจดทะเบียนภายใน 14 วัน นับแต่วันลงมติ และส่งคำบอกกล่าวไปยังบรรดาผู้ซึ่งบริษัทรู้ว่าเป็นเจ้าหนี้ของบริษัทด้วยจดหมายลงทะเบียนไปรษณีย์ บอกให้ทราบรายการที่ประสงค์จะควบบริษัทเข้าด้วยกัน และขอให้เจ้าหนี้ผู้มีข้อความอย่างหนึ่งอย่างใดในการควบบริษัทเข้าด้วยกันนั้นส่งคำคัดค้านภายใน 6 เดือนนับแต่วันที่บอกกล่าว ถ้าไม่มีการคัดค้านภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว ก็ถือว่าไม่มีข้อคัดค้าน แต่ถ้าเจ้าหนี้คนใดคัดค้าน บริษัทจะควบเข้ากันไม่ได้จนกว่าจะได้ใช้หนี้ หรือ ได้ให้ประกันเพื่อหนี้รายนั้นแล้ว

เมื่อบริษัทควบกันเมื่อใดต่างบริษัทจะต้องนำความไปจดทะเบียนภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ควบเข้ากัน และบริษัทที่ได้ตั้งใหม่ด้วยการควบกันนั้น ก็ต้องจดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่ การฝ่าฝืนไม่จดทะเบียนดังกล่าวบริษัทย่อมมีความผิดตามพ.ร.บ.กำหนดความกำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด สมาคมและมูลนิธิ พ.ศ.2499 มาตรา 13 ซึ่งมีโทษปรับสำหรับบริษัทไม่เกิน 20,000.-บาท และกรรมการบริษัทหรือบุคคลใดซึ่งต้องรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัทนั้นมีความผิดตามมาตรา 25 มีโทษปรับไม่เกิน 50,000.-บาท

เมื่อจดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่แล้ว บริษัทเดิมจะมีอันสิ้นสภาพไปเกิดเป็นบริษัทใหม่ที่จดทะเบียนดังกล่าว บริษัทใหม่นี้ยอมรับโอนสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบของบริษัทเดิมไปทั้งหมดเช่น บริษัทเดิมเป็นเจ้าหนี้บริษัทอื่น บริษัทใหม่จะรับสิทธิเป็นเจ้าหนี้แทน นอกจากนี้ผู้ถือหุ้นของบริษัทเดิมก็กลายเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทใหม่ และที่สำคัญทุนเรือนหุ้นของบริษัทเดิมก็กลายเป็นทุนเรือนหุ้นของบริษัทใหม่ ฉะนั้นทุนเรือนหุ้นของบริษัทใหม่จะต้องเท่ากับทุนเรือนหุ้นของบริษัทเดิมที่ควบเข้ากันรวมกัน

2) การควบบริษัทมหาชนจำกัดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535

การควบบริษัทมหาชนจำกัดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 อาจเป็นการควบบริษัทมหาชนจำกัดด้วยกัน หรือเป็นการควบบริษัทมหาชนกับบริษัทเอกชน (บริษัทจำกัด) ก็ได้ โดยถ้าเป็นกรณีการควบบริษัทมหาชน กับบริษัทมหาชนเข้าด้วยกันจะต้องมีมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นของแต่ละบริษัทที่เห็นชอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนเสียง

ทั้งหมดของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมและมีสิทธิออกเสียงและลงคะแนน แต่ถ้าเป็นกรณีการควบบริษัทมหาชนเข้ากับบริษัทเอกชน ทางบริษัทมหาชนจะต้องมีมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยคะแนนเสียงดังกล่าว ส่วนทางด้านบริษัทเอกชนจะต้องมีมติพิเศษและปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาแล้วตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์

การควบบริษัทดังกล่าวหากมีผู้ถือหุ้นบริษัทมหาชนคัดค้านการควบบริษัท บริษัทจะต้องจัดให้มีผู้มาซื้อหุ้นของผู้ถือหุ้นดังกล่าวในราคาซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ครั้งสุดท้ายก่อนวันที่มีมติให้ควบบริษัท และในกรณีที่ไม่มีราคาซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ให้ใช้ราคาตามผู้ประเมินอิสระที่ทั้งสองฝ่ายแต่งตั้งขึ้นเป็นผู้กำหนด ถ้าผู้ถือหุ้นนั้นไม่ยอมขายภายใน 14 วัน นับแต่วันได้รับคำเสนอขอซื้อ ให้บริษัทดำเนินการควบบริษัทต่อไป และให้ถือว่าผู้ถือหุ้นดังกล่าวเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทที่ควบกันแล้ว

เมื่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชนลงมติเห็นชอบกับการควบบริษัทแล้ว บริษัทจะต้องมีหนังสือแจ้งการลงมติดังกล่าว ไปยังเจ้าหน้าที่ของบริษัทที่บริษัททราบภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นลงมติโดยกำหนดเวลาให้ส่งคำคัดค้านภายใน 2 เดือน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งมตินั้น และให้บริษัทโฆษณามติในทางหนังสือพิมพ์ภายในกำหนดระยะเวลา 14 วัน นับแต่วันลงมติในที่ประชุมผู้ถือหุ้น ถ้ามีการคัดค้านจะควบบริษัทไม่ได้จนกว่าจะได้ชำระหนี้แก่เจ้าหน้าที่คัดค้านนั้น

3) ผลอันเกิดจากการควบบริษัท

เมื่อมีการควบบริษัท บริษัทใหม่ที่เกิดขึ้นจากการควบบริษัท ไม่ว่าจะเป็นการควบบริษัทจำกัดด้วยกัน หรือบริษัทมหาชนด้วยกัน หรือระหว่างบริษัทมหาชน กับบริษัทจำกัด ย่อมก่อให้เกิดผล 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก บริษัทเดิมสิ้นสภาพจากการเป็นนิติบุคคล

ประการที่สอง บริษัทใหม่ที่เกิดขึ้นจะได้ไปซึ่งสิทธิ หน้าที่ ทรัพย์สิน และความรับผิดชอบของบริษัทเดิม

(1) บริษัทเดิมสิ้นสภาพจากการเป็นนิติบุคคล

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาตรา 152 บัญญัติไว้ชัดเจนว่า “เมื่อนายทะเบียนรับจดทะเบียนควบบริษัทแล้ว ให้บริษัทเดิมหมดสภาพจากการเป็นนิติบุคคล และให้นายทะเบียนหมายเหตุไว้ในทะเบียน” จะเห็นได้ว่า บริษัทเดิมที่ควบเข้ากันนั้นหมดสภาพการเป็นนิติบุคคล เมื่อนายทะเบียนได้รับจดทะเบียนการควบบริษัท โดยนายทะเบียนจะหมายเหตุไว้ในทะเบียน

ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้บัญญัติไว้ชัดเจน ให้บริษัทเดิมสิ้นสภาพการเป็นนิติบุคคล แต่อาจตีความได้ว่าบริษัทเดิม ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ ได้หมดสภาพการเป็นนิติบุคคลไปเมื่อการบริษัทมีผลสมบูรณ์เช่นเดียวกัน เนื่องจากในทางปฏิบัติการควบบริษัทจำกัด ได้มีการจดหมายเหตุไว้ในทะเบียนเช่นเดียวกับบริษัทมหาชน⁴⁸

(2) บริษัทเกิดขึ้นใหม่บริษัทใหม่ที่เกิดขึ้นจะได้ไปซึ่งสิทธิ หน้าที่ ทรัพย์สิน และความรับผิดชอบของบริษัทเดิม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1241 บัญญัติว่า “การได้ควบเข้ากันแล้วเมื่อใด ต่างบริษัทต่างนำความไปจดทะเบียนภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ควบเข้ากัน และบริษัทจำกัดอัน ได้ตั้งขึ้นใหม่ด้วยควบเข้ากันนั้น ก็ต้องจดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1243 บัญญัติว่า “บริษัทใหม่นี้ย่อมได้ไปทั้งสิทธิ และความรับผิดชอบบรรดาที่มีอยู่แก่บริษัทเดิมอัน ได้มาควบเข้ากันทั้งสิ้น”

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 153 บัญญัติว่า “บริษัทที่ควบเข้ากัน และจดทะเบียนแล้วย่อมได้ไปทั้ง ทรัพย์สิน หนี้สิน สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของบริษัทเหล่านั้นทั้งหมด”

แม้บทบัญญัติของกฎหมาย 2 ฉบับ จะแตกต่าง แต่มีความหมายเหมือนกัน แต่ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนกว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นเมื่อมีการจดทะเบียนควบบริษัทย่อมเกิดบริษัทใหม่ขึ้น และสิ่งที่บริษัทใหม่รับจากบริษัทเดิม มีดังนี้

ก. สิทธิ

สิทธิอาจแบ่งออกได้ 2 ประเภท คือทรัพย์สินสิทธิ และบุคคลสิทธิ⁴⁹

1. ทรัพย์สินสิทธิ คือสิทธิที่มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นทรัพย์สินหรือเป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์สิน หรืออาจกล่าวได้ว่า ทรัพย์สินสิทธิเป็นสิทธิที่ไยยันแก่บุคคลทั่วไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1298 บัญญัติให้ทรัพย์สินสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือกฎหมายอื่นเท่านั้น ทรัพย์สินสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่นกรรมสิทธิ สิทธิครอบครอง ภาระจำยอม สิทธิอาศัย

⁴⁸ ปิยนันท์ สุวรรณวิสูตร, เรื่องเดิม, หน้า 39.

⁴⁹ บัญญัติ สุชีวะ, เรื่องเดิม, หน้า 52 – 57.

สิทธิเก็บกิน สิทธิจำนอง สิทธิจำนำ เป็นต้น ส่วนทรัพย์สินที่ก่อตั้งตามกฎหมายอื่น เช่น ลิขสิทธิ์ เครื่องการค้า สิทธิบัตร ความลับทางการค้า เป็นต้น

ทรัพย์สินบางอย่างกฎหมายได้บัญญัติห้ามโอนทรัพย์สินให้แก่บุคคลอื่นโดยชัดแจ้ง เช่น สิทธิอาศัย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1404 ความว่า “สิทธิอาศัยนั้นจะโอนกันไม่ได้แม้โดยทางมรดก ทรัพย์สินบางอย่างกฎหมายให้ระงับสิ้นไปเมื่อผู้ทรงสิทธิตายเช่นความระงับสิ้นไปของสิทธิเก็บกินได้บัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1418 วรรคสี่ ความว่า “ถ้าผู้ทรงสิทธิเก็บกินถึงแก่ความตายท่านว่าสิทธินั้นย่อมสิ้นไปเสมอ

2. บุคคลสิทธิ คือ สิทธิที่มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นการกระทำ หรืองดเว้นการกระทำ อาจกล่าวได้ว่าบุคคลสิทธิเป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือบุคคล หรือเป็นสิทธิที่บังคับเอาแก่ตัวบุคคลให้กระทำการ หรือมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หากบุคคลนั้นไม่กระทำการหรือการกระทำการนั้น เจ้าหนี้ต้องฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลบังคับตามสิทธิเท่าที่สภาพแห่งหนี้จะเปิดช่องให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 บุคคลใช้สิทธิบังคับได้แต่เฉพาะลูกหนี้ทายาท หรือผู้สืบสิทธิของลูกหนี้เท่านั้น

บุคคลสิทธิอาจเกิดขึ้นได้โดยนิติกรรม เช่นสิทธิตามสัญญาเช่า สิทธิตามสัญญาจะซื้อจะขาย สิทธิตามสัญญากู้ยืม เป็นต้น ในกรณีมีการควบบริษัท บุคคลสิทธิในฐานะที่บริษัทเดิมเป็นนายจ้างไม่โอนไปยังบริษัทใหม่⁵⁰

บุคคลสิทธิอาจเกิดได้โดยนิติเหตุ กล่าวคือละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรรได้ เช่น เมื่อมีการละเมิดขึ้นกับบริษัทเดิมก่อนควบบริษัท บริษัทใหม่มีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากบริษัทเดิม เป็นต้น

ข. หน้าที่และความรับผิดชอบ

ในกรณีที่บริษัทเดิมมีหน้าที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ โดยการกระทำ หรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยหลักกฎหมายในเรื่อง การควบบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 บริษัทใหม่ต้องกระทำหรืองดเว้นการกระทำดังกล่าวแทนบริษัทเดิม

ในกรณีที่บริษัทเดิมมีความรับผิดชอบต่อบุคคลอื่น ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดชอบที่เกิดจากมูลสัญญา ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง หรือลากมิควรรได้ หรือความรับผิดชอบที่มีมูลมาจาก

⁵⁰ บัญญัติ สุชีวะ, เรื่องเดิม, หน้า 63.

บทบัญญัติของกฎหมาย เมื่อควบบริษัทแล้วบริษัทใหม่ที่เกิดจากการควบบริษัทต้องรับผิดชอบคู่กัน
 แทนบริษัทเดิม

ความรับผิดชอบที่เกิดสัญญา เช่นการชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาของบริษัทเดิม การชำระเงินกู้คืนให้แก่ผู้ให้กู้ตามที่บริษัทเดิมได้กู้ยืมเงินจากผู้ให้กู้ การชำระเงินตามตั๋วเงินซึ่งบริษัทเดิมต้องชำระแก่คู่สัญญาในตัวเงิน

ความรับผิดชอบที่เกิดจากมูลละเมิด เช่นลูกจ้างของบริษัทเดิมได้ขับรถยนต์ไปชน นาย ก.บาดเจ็บ เมื่อควบบริษัทแล้ว บริษัทใหม่ที่เกิดจากการควบบริษัทย่อมต้องรับผิดชอบค่าเสียหายให้แก่ นาย ก.

ความรับผิดชอบของบริษัทเดิมที่มีมูลจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เช่นความรับผิดชอบในค่าภาษีอากร ที่บริษัทเดิมค้างชำระตามประมวลรัษฎากร ความรับผิดชอบในเงินที่ค้างชำระซึ่งบริษัทเดิมต้องส่งเข้ากองทุนทดแทนตามกฎหมายแรงงาน

ค. ทรัพย์สิน

ทรัพย์สิน หมายถึงทรัพย์สินมีรูปร่าง และไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือได้ ไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ เมื่อมีการควบบริษัททรัพย์สินของบริษัทเดิมย่อมโอนไปยังบริษัทใหม่ที่เกิดจากการควบบริษัท

สำหรับสังหาริมทรัพย์บริษัทใหม่ย่อมรับ โอนกรรมสิทธิ์ได้ทันทีโดยผลของกฎหมาย เช่น โต๊ะ เก้าอี้ คอมพิวเตอร์ ของบริษัทเดิม เป็นต้น

สำหรับอสังหาริมทรัพย์ เช่น ที่ดิน อาคารสำนักงานของบริษัทเดิมบริษัทใหม่ย่อมรับโอนกรรมสิทธิ์โดยผลของกฎหมาย แต่บริษัทใหม่ต้องไปดำเนินการแก้ไขทางทะเบียนให้อสังหาริมทรัพย์นั้นปรากฏชื่อของบริษัทใหม่เป็นเจ้าของทางทะเบียน มิฉะนั้น บริษัทใหม่ไม่อาจจะยกกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ได้กรรมสิทธิ์มาโดยสุจริตเสียค่าตอบแทน และได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้วตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง

2.3 ปัญหาการโอนความลับทางการค้าในกรณีการควบบริษัท

รูปแบบในการโอนความลับทางการค้า พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 บัญญัติไว้ว่า “การโอนความลับทางการค้าตามวรรคหนึ่ง ซึ่งมีใช้ทางมรดก ต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอน และผู้รับโอน” ทำให้เข้าใจได้ว่ากฎหมายยกเว้นเฉพาะการโอนความลับทางการ

ค้าโดยผลของกฎหมายกรณีทางมรดกเท่านั้นที่ไม่ต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอน และผู้รับโอน แต่ในการโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัทก็เป็นอีกกรณีที่แตกต่างออกไป

การควบบริษัทในประเทศไทยนั้นมีหลายประเภท ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ ประเภทแรกการควบบริษัทแบบไม่มีกฎหมายรับรอง หรือการควบบริษัทในลักษณะ -ของการ Take over คือ การได้มาซึ่งหุ้น การได้มาซึ่งทรัพย์สิน กับประเภทที่สองการควบบริษัทแบบมีกฎหมายรับรอง หรือการควบลักษณะ Merger และ Consolidation เช่น การควบบริษัท ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 เป็นต้น ซึ่งภายหลังการจากการควบบริษัทแล้ว ความลับทางการค้าซึ่งเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง จะถูกโอนไปยังบริษัทใหม่ที่เกิดขึ้น หรือบริษัทที่ยังคงอยู่ โดยอาศัยผลของกฎหมายตามประมวลแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1243 หรือ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาตรา 153 แล้วแต่กรณี หรือยังคงอยู่กับเจ้าของเดิมในกรณีควบบริษัทลักษณะ Take over ดังนั้นในการโอนความลับทางการค้าจึงไม่มีการทำเป็นหนังสือระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน หรือยังคงอยู่กับบริษัทเดิมผู้เป็นเจ้าของ

โดยการควบบริษัทไม่ว่าในลักษณะใดก็ตาม จะต้องมีการขั้นตอนในการเจรจา และแลกเปลี่ยนข้อมูลการค้าต่อกันเป็นส่วนหนึ่งในการประกอบการตัดสินใจ ซึ่งรวมไปถึงข้อมูลความลับทางการค้าด้วย อาทิเช่น บัญชีรายชื่อลูกค้า ประวัติการชำระหนี้ของลูกค้า สูตรลับเกี่ยวกับส่วนผสมอาหาร เครื่องดื่ม เป็นต้น หรือการควบบริษัทอาจเป็นเหตุให้บริษัทหนึ่งได้รับรู้ถึงความลับทางการค้าของอีกบริษัทหนึ่ง เช่นการควบบริษัทลักษณะ Take Over ซึ่งเป็นเหตุให้แต่ละบริษัทล่วงรู้ถึงความลับทางการค้าต่อกัน จึงส่งผลกระทบต่อสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้า จึงมีประเด็นที่ต้องวิเคราะห์คือ การทราบถึงข้อมูลความลับทางการค้าต่อกันทำให้เกิดความเสี่ยงต่อสถานภาพของความลับทางการค้าภายหลังการควบบริษัทมากน้อยเพียงใด ทำให้สูญเสียการเป็นความลับหรือไม่ และมีแนวทางแก้ไขปัญหอย่างไร เนื่องจากหากสูญเสียการเป็นความลับ ก็ไม่อาจที่จะได้ความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ต่อไป

บทที่ 3

แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับความลับทางการค้า

และการควบบริษัท ในต่างประเทศ

3.1 การคุ้มครองความลับทางการค้าตามความตกลงระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศ

ในปัจจุบันการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศต่างๆ จะมีความสอดคล้องกันมากขึ้นกว่าในอดีต แต่ในทางปฏิบัติการให้ความคุ้มครองในแต่ละประเทศนั้น ย่อมมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับว่าประเทศนั้นให้ความสำคัญกับสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้ามากน้อยเพียงใด ในหลายประเทศให้ความสำคัญกับนโยบายสาธารณะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของลูกจ้าง หรือผู้ประกอบการรายย่อย หรือผู้ประกอบการท้องถิ่น หรือบางประเทศที่มีการกำกับดูแลการถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งเชื่อว่ามีผลต่อการจำกัดการแข่งขันในประเทศ อันมีผลเป็นการถ่วงดุลให้ความเข้มงวดในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าลดลง⁵¹

3.1.1 ความร่วมมือระหว่างประเทศในการคุ้มครองความลับทางการค้า ตามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights หรือ TRIPs)

1. ความเป็นมา

บทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าถูกบรรจุไว้ภายใต้หมวด 7 เรื่องความคุ้มครองข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผย (Protection of Undisclosed Information) ซึ่งการให้ความคุ้มครองข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผยตามความตกลง TRIPs นี้มีความเกี่ยวข้องกับอนุสัญญากรุงปารีส โดยถือว่า การคุ้มครองดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมซึ่งเป็นไปตามหลักการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม ที่ปรากฏในอนุสัญญา (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) ซึ่งการกำหนดให้ความลับทางการค้าเป็นสิ่งที่อยู่ใน

⁵¹ Terrence F. MacLaren, Licensing Law Handbook, 2002-2003 ed. (Minnesota: West Group, 2003), p.8-9.

ความหมายของทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งได้รับการคุ้มครองภายใต้ความตกลง TRIPs นี้ถือเป็นครั้งแรกในความตกลงพหุภาคีที่ยอมรับว่าข้อสนทศประเภทดังกล่าวเป็นทรัพย์สินทางปัญญา⁵²

การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าภายใต้ความตกลง TRIPs ตั้งอยู่บนพื้นฐานความรอมชอมระหว่างแนวความคิดของประเทศในระบบซิวิล ลอว์ และ ประเทศในระบบคอมมอน ลอว์ กล่าวคือ ประเทศในระบบซิวิล ลอว์จะให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าภายใต้หลักกฎหมายแข่งขันทางการค้าและหลัก “แนวปฏิบัติที่สุจริตทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม” ซึ่งปรากฏในอนุสัญญากรุงปารีส ขณะที่ประเทศในระบบคอมมอน ลอว์ ให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าภายใต้หลักสัญญา (กรณีที่คุณกรณีมีความสัมพันธ์โดยสัญญาต่อกัน) และหลักทรัพย์สิน (ในกรณีที่มีการละเมิดความลับทางการค้าโดยบุคคลภายนอก) ด้วยความแตกต่างทางแนวคิดของประเทศในสองระบบดังกล่าว ทำให้ความคิดริเริ่มของสหรัฐอเมริกาที่ให้บริการคุ้มครองความลับทางการค้าเข้าเป็นส่วนหนึ่งของความตกลง TRIPs ถูกโต้แย้งจากประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศ โดยประเทศผู้โต้แย้งอ้างการให้ความคุ้มครองตามหลักการของประเทศในระบบซิวิล ลอว์ว่า ความลับทางการค้าไม่ใช่ทรัพย์สิน จึงไม่อาจเป็นทรัพย์สินทางปัญญาได้ ดังนั้นย่อมไม่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองตามความตกลง TRIPs อย่างไรก็ตามท้ายสุดก็มีการยอมรับให้บริการคุ้มครองความลับทางการค้าเข้าเป็นส่วนหนึ่งของความตกลง TRIPs และขณะเดียวกันความตกลง TRIPs ก็ได้อ้างอิงถึงอนุสัญญากรุงปารีสไว้ในวรรคแรกของข้อ 39 ว่า การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามความตกลงนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมตามอนุสัญญากรุงปารีสมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ซึ่งข้อความดังกล่าวได้แสดงถึงความคาบเกี่ยวระหว่างการคุ้มครองความลับทางการค้ากับหลักกฎหมายแข่งขันทางการค้า⁵³

2. สาระสำคัญของความตกลง TRIPs ข้อ 39

ภายใต้ความตกลง TRIPs ข้อ 39 ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) ให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลที่ไม่เปิดเผย และข้อมูลเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาและเคมีภัณฑ์ทางการเกษตรที่ได้ยื่นต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อป้องกันไม่ให้ข้อมูลดังกล่าวถูกนำไปใช้ในลักษณะขัดต่อแนวทางปฏิบัติเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน หรือใช้ในเชิงพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรม

⁵² พรชัย ด่านวิวัฒน์, กฎหมายการค้าและสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 20 – 24.

⁵³ Paul Goldstein, International Intellectual Property Law Cases and Materials (New York: Foundation Press, 2001), p. 548–549.

โดยความตกลง TRIPs ได้กำหนดระยะเวลาให้ประเทศสมาชิกตรากฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้าออกมาบังคับใช้ภายใน 5 ปีนับแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2538⁵⁴

โดยสาระสำคัญของ TRIPs หมวด 7 ข้อ 39 ได้กำหนดให้บุคคลธรรมดา และ นิติบุคคลมีสิทธิได้รับการคุ้มครองในข้อสนเทศที่อยู่ในความครอบครองของตน โดยชอบด้วยกฎหมาย จากการเปิดเผย (disclosed) ได้มา (acquired) หรือใช้ (used) โดยบุคคลอื่น โดยปราศจากความยินยอม โดยพฤติการณ์อันขัดต่อแนวปฏิบัติทางพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า

1. ข้อสนเทศนั้น ไม่ว่าจะเป็นตัวข้อมูลทั้งหมด หรือส่วนใดที่แน่นอนอันประกอบเป็นข้อมูลนั้นหรือองค์ประกอบของข้อมูลนั้น เป็นความลับในลักษณะที่ไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไป หรือไม่สามารถเข้าถึงได้ในหมู่บุคคล

2. ข้อสนเทศนั้นมีคุณค่าเชิงพาณิชย์ อันเนื่องมาจากเป็นความลับ

3. ผู้ควบคุมดูแลข้อสนเทศโดยชอบด้วยกฎหมายได้ใช้ขั้นตอนที่เหมาะสมกับสถานะแวดล้อมในการรักษาความลับ

ในกรณีที่ประเทศสมาชิกกำหนดให้การเสนอผลทดสอบ หรือข้อมูลใดอันเป็นความลับซึ่งข้อมูลนั้นต้องใช้ความอดทนอย่างมากในการคิดค้น เป็นเงื่อนไขหนึ่งในการอนุญาตให้จำหน่ายผลิตภัณฑ์ทางเภสัชกรรม หรือผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับสารเคมีทางการเกษตร ซึ่งใช้สารเคมีตัวใหม่ ประเทศสมาชิกต้องปกป้องข้อสนเทศนั้นจากการใช้เชิงพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรมและป้องกันไม่ให้มีการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว ยกเว้นกรณีจำเป็นเพื่อปกป้องสาธารณสุข หรือมิฉะนั้นก็ต้องมีมาตรการที่จะทำให้แน่ใจได้ว่าข้อมูลได้รับการคุ้มครองจากการใช้ในเชิงพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรม ภายใต้ข้อ 39 ยังปรากฏข้อความอ้างอิงถึงอนุสัญญากรุงปารีสว่า เพื่อให้ความมีประสิทธิภาพในการป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามที่กำหนดไว้ภายใต้อนุสัญญากรุงปารีส ค.ศ. 1967 ข้อ 10 ทวิ ความตกลงนี้ได้กำหนดประเทศสมาชิกจะต้องให้ความคุ้มครองข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผยและข้อมูลที่เสนอต่อรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐ การอ้างอิงถึงข้อ 10 ทวิ ของอนุสัญญากรุงปารีสนี้เป็นการวางกรอบวัตถุประสงค์การคุ้มครองให้ชัดเจน และเพื่อให้การพิจารณาความหมายของคำว่า “การแข่งขันไม่เป็นธรรม” ให้เป็นไปตามข้อ 10 ทวิของอนุสัญญาดังกล่าวไปแล้ว โดยประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกไม่จำเป็นต้องเป็นสมาชิกของอนุสัญญาปารีสแต่อย่างไร⁵⁵

⁵⁴ ธนพจน เอกโยคยะ, “หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้า,” เอกสารประกอบการบรรยายการอบรมหลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, สำนักอบรมศึกษาแห่งเนติบัณฑิตสภา กรุงเทพมหานคร, 16 กรกฎาคม 2547.

⁵⁵ พรชัย ด้านวิวัฒน์, เรื่องเดิม, หน้า 25

ความตกลง TRIPs ข้อ 39 ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกมีกฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้าเท่านั้น ไม่ได้ระบุเฉพาะเจาะจงว่าต้องให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าทางอาญาคด้วย ซึ่งหากความตกลง TRIPs ประสงค์เช่นนั้นแล้วก็ควรระบุให้มีการละเมิดความลับทางการค้าเป็นความผิดอาญาคด้วยดังเช่นกรณีข้อ 3 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยการปราบปรามการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ค.ศ. 1988 ที่ระบุให้การฟอกเงินเป็นความผิดทางอาญาในบรรดารัฐสมาชิก ยิ่งไปกว่านั้นองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization หรือ WIPO) ก็ยืนยันว่าหากกระบวนการทางแพ่งรวดเร็วและมีประสิทธิภาพแล้วการลงโทษทางอาญาคก็ไม่จำเป็น นอกจากนี้การพิสูจน์เจตนาทางอาญาคอาจทำให้การลงโทษไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควร⁵⁶

3. นิยามความลับทางการค้า

ภายใต้ความตกลง TRIPs ได้ใช้ถ้อยคำเรียกความลับทางการค้าว่า “ข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผย” หรือ Undisclosed Information เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่ซ้ำกับที่ปรากฏภายใต้ระบบกฎหมายใดๆ ซึ่งมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าการใช้ถ้อยคำดังกล่าวอาจทำให้เข้าใจผิดได้ว่าข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองต้องไม่เป็นที่เปิดเผยต่อผู้ใดเลย ซึ่งเป็นไปไม่ได้ในความเป็นจริง เพราะหากตีความเช่นว่าย่อมทำให้ข้อมูลดังกล่าวไม่สามารถถูกใช้งานได้ในทางปฏิบัติ ทั้งนี้ตามหลักอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ความลับทางการค้าย่อมสามารถเปิดเผยได้หากแต่เปิดเผยในวงจำกัด และภายใต้เงื่อนไขบางประการ⁵⁷

ข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผย หรือความลับทางการค้าตามที่กำหนดไว้ในความตกลง TRIPs คือ ข้อมูลที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ข้อสนเทศนั้นเป็นความลับในลักษณะที่ไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไป หรือสามารถเข้าถึงได้ในหมู่นุคคลซึ่งโดยปกติมักเกี่ยวข้องกับข้อสนเทศนั้น คำว่า “ข้อสนเทศ” (information) ยอมรับความอย่างกว้าง โดยครอบคลุมข้อมูลทุกประเภท คราบเท่าที่ข้อมูลนั้นสามารถระบุได้ชัดแจ้ง (identifiable) ในทางกลับกันหากเป็นกรณีที่ไม่สามารถระบุข้อสนเทศได้อย่างชัดแจ้ง บุคคลย่อมไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายต่อข้อมูลดังกล่าวและไม่สามารถบังคับตามสิทธิได้⁵⁸

⁵⁶ พรชัย คำนวณวิวัฒน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 23 - 24

⁵⁷ Daniel Gervats, *The TRIPs agreement drafting history and analysis* (London: Sweet and Maxwell, 1998), p. 185.

⁵⁸ Ibid.

(2) ข้อเสนอเช่นนั้นก็มีคุณค่าเชิงพาณิชย์ อันเนื่องจากการเป็นความลับ กล่าวคือ ข้อเสนอเช่นนั้นต้องก่อให้เกิดความได้เปรียบเหนือคู่แข่งรายอื่น ข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าคู่แข่งหรือบุคคลอื่นพยายามให้ได้มาซึ่งข้อเสนอดังกล่าวก็ถือเป็นหลักฐานเบื้องต้นที่แสดงคุณค่าของข้อเสนอเช่นนั้น⁵⁹

(3) บุคคลผู้ควบคุมดูแลข้อเสนอโดยชอบด้วยกฎหมายได้ใช้ขั้นตอนที่เหมาะสมกับภาวะแวดล้อมในการรักษาความลับ ซึ่งรายละเอียดของขั้นตอนดังกล่าวขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ หลักเบื้องต้นได้แก่ การกำหนดให้บุคคลที่ได้รับข้อมูลอยู่ภายใต้หน้าที่ในการรักษาความลับ เช่น ในกรณีลูกจ้าง กฎหมายภายในย่อมเป็นตัวกำหนดว่าเพียงสัญญาจ้างแรงงานถือเป็นการรักษาความลับที่เพียงพอหรือไม่ ปัญหาที่มักเกิดขึ้นคือ เมื่อลูกจ้างไปทำงานกับคู่แข่งทางการค้า เมื่อสิ้นสุดสัญญาจ้าง ในทางปฏิบัติเจ้าของความลับจะได้รับคำแนะนำให้ทำสัญญาการรักษาความลับกับบุคคลใดๆ ที่ได้รับทราบข้อเสนอเช่นนั้น ซึ่งรวมถึงลูกจ้างด้วย เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตน⁶⁰ สำหรับคำว่า “ผู้ควบคุมดูแลข้อเสนอโดยชอบด้วยกฎหมาย” นั้นเป็นการใช้อ้อยคำอย่างกว้าง สุดแล้วแต่ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศจะพิจารณานิยามความหมายตามความเหมาะสม ซึ่งอาจหมายรวมถึง ตัวแทน หรือ ผู้ได้รับอนุญาตตามสัญญาให้ใช้สิทธิแล้วแต่กรณี⁶¹

4. นิยามความลับทางการค้าตามข้อกำหนดต้นแบบในการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (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 ดังนั้น

⁵⁹ Daniel Gervats, op.cit., p.185.

⁶⁰ Ibid., p. 186.

⁶¹ พรชัย ดำนวิวัฒน์, เรื่องเดิม, หน้า 29.

การศึกษาข้อกำหนดต้นแบบนี้ย่อมเพิ่มความเข้าใจความตกลง TRIPS ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความลับทางการค้า⁶²

2) สารสำคัญ

ข้อกำหนดแม่แบบได้ระบุว่าการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมได้แก่ การกระทำหรือความประพฤติใดๆ ในทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม ซึ่งขัดแย้งกับแนวปฏิบัติที่สุจริต ซึ่งบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นย่อมมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทน ข้อกำหนดดังกล่าวได้ยกตัวอย่างการกระทำที่ถือเป็นการแข่งขันไม่เป็นธรรมไว้หลายประการ และในส่วนของการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าได้บรรจุอยู่ในข้อ 6 ซึ่งได้กำหนดให้ การกระทำหรือปฏิบัติใดๆ ในทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรมอันเป็นผลให้มีการเปิดเผย ได้มา หรือใช้ข้อมูลความลับ โดยปราศจากความยินยอมจากบุคคลซึ่งครอบครองความลับนั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย (The right holder) และขัดกับแนวปฏิบัติเชิงพาณิชย์ที่สุจริต ย่อมถือเป็นการแข่งขันไม่เป็นธรรม

3) นิยามความลับทางการค้า

ข้อกำหนดแม่แบบได้กำหนดว่า ข้อมูลความลับต้องไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไปในอุตสาหกรรมเฉพาะที่เกี่ยวข้อง (Particular industry) หรือโดยคู่แข่ง มีคุณค่าเชิงพาณิชย์เนื่องจากเป็นความลับ และผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายได้ใช้มาตรการรักษาความลับที่เหมาะสม จะเห็นได้ว่าข้อความดังกล่าวสอดคล้องกับตามที่ความตกลง TRIPS ได้กำหนดไว้

อย่างไรก็ดี ก็ยังมีความยากลำบากในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการแยกแยะระหว่าง ทักษะความชำนาญ ความรู้ และประสบการณ์ที่ลูกจ้างได้มาโดยชอบระหว่างทำงานกับความลับทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรมของนายจ้างระหว่างที่สัญญาจ้างมีผลบังคับ แม้ไม่มีข้อตกลงระบุให้ลูกจ้างรักษาความลับ แต่ลูกจ้างมีหน้าที่กระทำด้วยความซื่อสัตย์สุจริตต่อนายจ้าง และเมื่อสัญญาจ้างสิ้นสุดลง ลูกจ้างต้องไม่เปิดเผยความลับทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับกิจการของนายจ้างซึ่งได้ทราบมาระหว่างการจ้าง ขณะเดียวกันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าลูกจ้างย่อมมีสิทธิพื้นฐานในการใช้หรือแสวงหาประโยชน์ซึ่งทักษะความชำนาญ ประสบการณ์และความรู้ที่ได้มาจากการทำงานครั้งก่อนในการหาเลี้ยงชีพ

⁶² Margarette Jackson, A Practical Guide to Protecting Confidential Business Information (Sydney, Australia: Thomson Lawbook Co, 2003), p. 274 – 275.

แม้การใช้หรือแสวงหาประโยชน์นั้นจะได้รับความคุ้มครอง หรือพัฒนามาจากความลับทางการค้าก็ตาม เมื่อสภาวะปัจจุบันมีการเคลื่อนย้ายแรงงานสูง นายจ้างยังมีความต้องการควบคุมจำกัดการใช้ข้อมูลโดยอดีตลูกจ้างมากขึ้น โดยอาศัยวิธีการต่างๆ เช่น การทำสัญญา หรือข้อตกลงที่กำหนดหน้าที่ห้ามลูกจ้างเปิดเผยหรือใช้ข้อมูลความลับของนายจ้างภายหลังสิ้นสุดสัญญาจ้าง ซึ่งกฎหมายความลับทางการค้าได้พยายามที่จะทำให้เกิดความสมดุลในการแข่งขันทางการค้าโดย ในด้านหนึ่ง คือ การสนับสนุนการประดิษฐ์คิดค้น สร้างสรรค์ และปกป้องบริษัทที่ลงทุนในกิจกรรมดังกล่าว ขณะที่อีกด้านหนึ่งก็ต้องการส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรมและอิสระในการประกอบอาชีพของลูกจ้าง

แนวทางที่องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization หรือ WIPO) ได้วางไว้เพื่อจำแนกประเภทข้อมูลที่มีคุณสมบัติเป็นความลับทางการค้ามีดังต่อไปนี้

(1) ความลับทางการค้าในการผลิต หรืออุตสาหกรรม (Manufacturing or industrial secrets) ความลับประเภทนี้มักเกี่ยวข้องกับข้อมูลทางเทคนิคเล็กๆ เช่น กรรมวิธีการผลิต สูตรเคมี แบบแปลน ผลิตภัณฑ์ต้นแบบ ซึ่งข้อมูลเหล่านี้บางครั้งอาจขอรับสิทธิบัตรได้ หากมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายสิทธิบัตรกำหนด

(2) ความลับทางพาณิชย์ (Commercial secrets) ซึ่งรวมถึง วิธีการขายสินค้า วิธีการจัดจำหน่าย สัญญา แผนการหรือรายละเอียดเกี่ยวกับธุรกิจ รายละเอียดข้อตกลงเรื่องราคา ประวัติและรายละเอียดของลูกค้า กลยุทธ์การโฆษณา รายชื่อผู้ขายวัตถุดิบ หรือรายชื่อลูกค้า

ขอบเขตของสิ่งที่จะเป็นความลับทางการค้าได้นั้นถูกกำหนดไว้อย่างกว้างขวาง ซึ่งในที่สุดแล้วการวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้าขึ้นอยู่กับสภาวะการณ์และข้อเท็จจริงในแต่ละคดี คู่มือขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกได้วางแนวทางในการพิจารณาว่าข้อมูลเป็นความลับทางการค้าหรือไม่จากปัจจัยดังต่อไปนี้

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

การพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้าจะพิจารณาทั้งทางอัตวิสัย (subjective) และภาวะวิสัย (objective) ในทางอัตวิสัยนั้นผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องต้องมีความเอาใจใส่ในการเก็บรักษาข้อมูลให้เป็นความลับ แม้จะไม่มีกำหนดหน้าที่ตามสัญญารักษาความลับ

แต่ผู้ประกอบการก็ต้องแสดงให้เห็นความตั้งใจที่จะให้ข้อมูลนั้นเป็นความลับ และบ่อยครั้งก็จำเป็นต้องกำหนดมาตรการในการรักษาความลับ ในบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา และญี่ปุ่น ความพยายามของเจ้าของข้อมูลในการรักษาความลับเป็นปัจจัยพื้นฐานสำคัญที่ศาลใช้ในการวินิจฉัยว่าข้อมูลเป็นความลับทางการค้าหรือไม่

ในทางภาวะวิสัยนั้น ข้อมูลต้องเป็นที่ล่วงรู้โดยกลุ่มบุคคลจำกัด และต้องไม่เป็นที่รับรู้โดยทั่วไปโดยผู้ชำนาญการหรือคู่แข่งในสาขานั้นๆ ข้อพิสูจน์ที่สำคัญและมีน้ำหนักที่สุดในการแสดงให้เห็นว่าข้อมูลนั้นเป็นที่รู้จักอย่างจำกัดเพียงไรคือ มาตรการในการรักษาความลับ และหน้าที่ตามข้อตกลงในการรักษาความลับ แม้กระทั่งแบบคำขอรับสิทธิบัตรก็เป็นความลับทางการค้าได้ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเผยแพร่โดยสำนักสิทธิบัตร ส่วนข้อมูลที่ปรากฏอยู่ในสิ่งตีพิมพ์เผยแพร่ หรือสามารถเข้าถึงได้โดยอิสระย่อมไม่เป็นความลับทางการค้า อย่างไรก็ตาม ข้อมูลที่ได้รับความคุ้มครองไม่จำเป็นต้องเป็นความลับโดยเด็ดขาด การบอกกล่าวให้หุ้นส่วนทางธุรกิจรับทราบข้อมูลย่อมไม่ทำให้ข้อมูลสูญเสียสถานภาพความลับ หากปรากฏว่ายังมีการรักษาความลับอยู่ นอกจากนี้ปัจจัยในการพิจารณาสถานภาพความลับยังต้องพิจารณาจากภาพรวมข้อมูลทั้งหมดว่าส่วนสาระสำคัญของข้อมูลเป็นความลับหรือไม่ ความจำเป็นที่ลูกจ้างต้องได้รับข้อมูลนั้นเพื่อให้สามารถปฏิบัติงานได้อย่างมีประสิทธิภาพและข้อเท็จจริงที่ว่า การจำกัดให้ข้อมูลล่วงรู้เฉพาะกลุ่มผู้บริหารระดับสูงหรือปล่อยให้ล่วงรู้ในระดับล่างด้วย

3.1.2 การคุ้มครองความลับทางการค้าในต่างประเทศ

การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในต่างประเทศนั้น ประเทศอังกฤษถือได้ว่าเป็นประเทศแรกที่เริ่มมีการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า โดยมีหลายประเทศที่รับแนวความคิด และแนวทางปฏิบัติในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้ามาใช้ ซึ่งรวมไปถึงประเทศสหรัฐอเมริกา ที่มีการพัฒนาการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าอย่างกว้างขวาง และเป็นรูปแบบในกฎหมายหลายประเภท

1. กฎหมายความลับทางการค้า ประเทศสหรัฐอเมริกา

1) คำนิยามความลับทางการค้า

คำนิยามตาม Restatement of Torts

คำนิยามนี้ได้ถูกกำหนดโดย Committee on Torts of The American Law Institute, set out in section 757, comment b, ของ Restatement of Torts. (1939) โดยให้คำนิยามว่า

ความลับทางการค้าอาจประกอบด้วยสูตร แบบเครื่องมือ หรือการรวบรวมข้อมูลซึ่งใช้ในธุรกิจของบุคคล และซึ่งทำให้บุคคลนั้นมีโอกาสได้ประโยชน์เหนือคู่แข่ง ซึ่งไม่รู้หรือใช้สิ่งนั้น ความลับทางการค้าอาจเป็นสูตร สำหรับส่วนผสมทางเคมีกระบวนการผลิตกระบวนการกระทำหรือรักษาวัตถุแบบแผน สำหรับเครื่องจักร หรือเครื่องกลอื่น หรือเป็นบัญชีรายชื่อลูกค้า ความลับทางการค้าต้องไม่ใช่ข้อมูลสารสนเทศที่เกี่ยวกับเหตุการณ์เดียว หรือซึ่งเกิดขึ้นเพียงสั้นๆ ในการประกอบธุรกิจ ความลับทางการค้าต้องเป็นกระบวนการ หรือเครื่องมือที่ใช้โดยสม่ำเสมอในการประกอบธุรกิจ ซึ่งโดยปกติจะเกี่ยวกับการผลิตสินค้า⁶³

คำนิยามตาม The Uniform of Trade secrets Act

ความหมายของความลับทางการค้าปรากฏในมาตรา 1 ของข้อย่อที่ 4 ความว่า

“ความลับทางการค้าหมายถึง ข้อมูลสารสนเทศ ซึ่งรวมสูตรแบบ การรวบรวมโปรแกรม เครื่องมือ วิธีการ เทคนิค หรือกระบวนการซึ่ง

1. อาจมีหรือมีคุณค่าทางเศรษฐกิจในตัวเอง เพราะการที่ไม่เป็นที่รู้จักกันทั่วไป และไม่สามารถจะหยั่งทราบได้อยู่แล้วโดยวิธีการที่เหมาะสมโดยบุคคลอื่น ซึ่งจะได้คุณค่าทางเศรษฐกิจจากการเปิดเผย หรือใช้ข้อมูลนั้นและ
2. เป็นสิ่งซึ่งได้มาด้วยความพยายามพอควรภายใต้สถานการณ์ที่จะคงให้สิ่งนั้นเป็นความลับ⁶⁴

เมื่อพิจารณาถึงคำนิยาม หรือความหมายดังกล่าวตามกฎหมายที่ใช้ในสหรัฐอเมริกาแล้วจะเห็นได้ว่า การให้คำนิยามของ Restatement กับ Uniform Act จะแตกต่างกัน บ้าง กล่าวคือคำนิยามของ Uniform Act จะพยายามให้ความหมายหรือคำจำกัดความที่กว้างครอบคลุมมากกว่าของ Restatement แม้ว่า Restatement จะให้ความสำคัญกับคำนิยามว่าต้องเป็นการใช้อย่างต่อเนื่องในทางธุรกิจก็ตาม แต่ลักษณะและชนิดของนิยามของ Uniform Act จะกว้างขวางกว่าโดยให้ความคุ้มครองรวมทั้งแก่ใจทักที่ยังมิได้มีโอกาสหรือได้ใช้ความลับทางการค้าเลยด้วย

⁶³ Roger M. Milgrim, *Milgrim on Trade secrets*, Volume 1, p.2 – 14, แปลโดยรองศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ดร.จิตต์ภัทร์ เครือวรรณ, ใน รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องความลับทางการค้า, ศูนย์วิจัยและพัฒนากฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 267.

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 270.

นอกจากนี้คำนิยามนี้ยังรวมไปถึงข้อมูลทางธุรกิจที่มีคุณค่าในเชิงลบด้วย เช่น ผลการวิจัยซึ่งพิสูจน์ว่ากรรมวิธีที่แน่นอนที่ยังมิได้กระทำจริงๆ สามารถมีคุณค่าต่อคู่แข่งกันได้หรือข้อมูลสารสนเทศในเชิงปฏิเสธ (Negative information) ที่ได้จากการวิจัย และยังไม่ได้นำมาใช้ อาจไม่ได้รับความคุ้มครองในศาลที่ถือตาม Restatement แต่กลับได้รับความคุ้มครองในศาลที่ถือตาม Uniform Act ได้⁶⁵

แต่นอกจากนี้แล้วใจความสำคัญของหลักการที่จะให้ความคุ้มครองแก่ความลับทางการค้าจะเหมือนกัน กล่าวคือ สิ่งที่จะประกอบเป็นความลับทางการค้าได้ จะต้องประกอบด้วยลักษณะที่สำคัญ 3 ประการคือ

1. Secrecy (เป็นความลับ)
2. Novelty (มีความใหม่)
3. Value (Genuine value) (มีคุณค่า)

คำนิยามตามกฎหมายของมลรัฐ

เมื่อ Uniform of Trade secrets Act ได้รับการอนุมัติจาก The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws เมื่อ 9 สิงหาคม 1979 และนำไปใช้เป็นแบบอย่าง เพื่อให้แต่ละรัฐนำไปเลือกพิจารณาบังคับใช้ในรัฐของตนในกฎหมายความลับทางการค้า แต่ละรัฐก็ได้บัญญัตินิยามรวมทั้งเนื้อหาของความลับทางการค้าเอาไว้คล้ายคลึงกันกับ Uniform Act ทั้งสิ้น แต่ก็มีบางรัฐที่แตกต่างออกไปในรายละเอียดบ้าง เช่น รัฐ Connecticut ได้บัญญัติเพิ่มว่า “drawing, cost data or customer list...” เข้าไปในบทบัญญัติด้วย และรัฐ California ได้แก้ไขใหม่ในข้อ 1 ของข้อย่อย 4 มาตรา 1 ของ Uniform of Trade secrets Act ว่า

“derives independent economic value, actual or potential from not being generally know to public or to other persons who can obtain economic value from its disclosure or use, and...” ซึ่งในบทนิยามของ Uniform Act มิได้ระบุค่าที่ได้ขีดเส้นใต้เอาไว้ ทั้งนี้เพื่อให้ชัดเจนมากขึ้น

โดยในส่วนข้อ 2 ของข้อย่อยที่ 4 ของมาตรา 1 ของ Uniform Act นั้น ทุกรัฐได้นำไปใช้เหมือนกันหมด⁶⁶

คำนิยามตามพระราชบัญญัติการจารกรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Espionage Act หรือ EEA)

⁶⁵ Roger M. Milgrim, เรื่องเดียวกัน, หน้า 270.

⁶⁶ Roger M. Milgrim, Milgrim on Trade secrets, Volume.3 Appendix AA, p. 3.

EEA ให้นิยามความลับทางการค้าไว้ในข้อ 1839 ว่าหมายถึง ข้อมูลทุกรูปแบบและทุกประเภทที่เกี่ยวกับทางการเงิน ธุรกิจ วิทยาศาสตร์ เรื่องทางเทคนิค เศรษฐกิจ หรือวิศวกรรม รวมถึง แบบ แผนการ การรวบรวม เครื่องมือที่ได้รับทางการตั้งโปรแกรมไว้ (program device) สูตร การออกแบบ ผลิตภัณฑ์ต้นแบบ วิธีการ เทคนิค กรรมวิธี กระบวนการ โปรแกรม หรือรหัส ไม่ว่าจะมียุโรปรับหรือไม่ และไม่ว่าจะมีการเก็บบรรจุ รวบรวม บันทึกจดจำไว้ทางกายภาพ ทางอิเล็กทรอนิกส์ ทางกราฟฟิค ทางกายภาพ หรือทางลายลักษณ์อักษรไว้หรือไม่อย่างไร ซึ่งเจ้าของข้อมูลได้จัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมในการรักษาความลับทางการค้า และข้อมูลนั้นมีหรืออาจมีมูลค่าทางเศรษฐกิจในตัวเอง เนื่องจากไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไป และไม่สามารถเข้าถึงได้ผ่านวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมายโดยสาธารณชน

ใน EEA ความใหม่ หรือการประดิษฐ์คิดค้น (novelty or inventiveness) ไม่ได้เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นความลับทางการค้า แต่ในบางกรณีนั้น ความใหม่ หรือการประดิษฐ์คิดค้นดังกล่าวอาจถูกนำมาใช้พิจารณา ในกรณีวินิจฉัยว่าแยกแยะระหว่างความลับทางการค้ากับข้อมูลที่เป็นความรู้ทั่วไป ความชำนาญ ประสบการณ์

2) การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับแนวความคิดในการคุ้มครองความลับทางการค้ามาจากประเทศอังกฤษ โดยใช้หลักกฎหมายตามคำพิพากษา โดยในระยะแรกนั้นสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีหลักกฎหมายในเรื่องความลับทางการค้าเป็นของตนเอง เนื่องจากระบบกฎหมายยังไม่พัฒนาเพียงพอ ในการวินิจฉัยข้อพิพาทเรื่องความลับทางการค้า จึงได้นำคำตัดสินของศาลอังกฤษมาอ้างอิง และปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดี ขณะเดียวกันนั้นศาลในแต่ละมลรัฐก็พยายามที่จะสร้างกฎหมายขึ้นเอง เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ทางสังคม และอุตสาหกรรมที่เปลี่ยนแปลงไป⁶⁷ จนกระทั่งใน ค.ศ.1939 ได้มีการรวบรวมหลักกฎหมายขึ้นในชื่อของ Restatement (first) of Torts โดยได้อาศัยหลักกฎหมายละเมิดเป็นแนวทางในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า ซึ่งในเวลาต่อมาช่วงปีค.ศ.1995 แนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับหลักการแข่งขันทางการค้าการคุ้มครองความลับทางการค้า จึงได้บรรจุไว้ใน Restatement (Third) of Unfair Competition แม้ว่า Restatement ทั้งสองจะไม่มี ความผูกพันอย่างกฎหมาย แต่ก็มีผลอย่างมากต่อการวินิจฉัยคดีของศาลในแต่ละมลรัฐ⁶⁸

⁶⁷ Donald S.Chisum and Michael A.Jacobs, Understanding intellectual property law (New York: Matthew Bender and Co,Inc, 1996), p.3-7.

⁶⁸ Lee B.Burgunder, Legal aspects of managing technology (Ohio:Thomson Learning, 2004), p 202

แต่ในอีกด้านหนึ่งใน ช่วงปี ค.ศ.1985 ก็มีการจัดทำกฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับความลับทางการค้าขึ้นมา (The Uniform Trade Secrets Act หรือ UTSA) เพื่อเป็นแบบอย่างให้มลรัฐต่างๆ ได้นำไปบัญญัติกฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้าในรัฐของตนเอง แม้ว่าในแต่ละมลรัฐส่วนใหญ่จะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรตามกฎหมายต้นแบบแล้ว แต่ Restatement (First) of Torts ก็ยังคงมีบทบาทในคดีความลับทางการค้าอยู่ โดยใช้ประกอบ และส่งเสริมที่กำหนดไว้ใน UTSA⁶⁹

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความลับทางการค้า

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ความลับทางการค้าถือได้ว่ามีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (Intangible Asset) แต่การคุ้มครองความลับทางการค้าแตกต่างจากทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ซึ่งได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายของรัฐบาลกลางเป็นลายลักษณ์อักษร ในขณะที่ความลับทางการค้าไม่มีกฎหมายของรัฐบาลกลางกำหนดความรับผิดชอบแพ่งไว้ หากแต่การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าทางแพ่งนั้นขึ้นอยู่กับกฎหมายแต่ละมลรัฐ สิทธิในความลับทางการค้ามีความแน่นอนน้อยกว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นที่มีกฎหมายของรัฐบาลกลางสนับสนุนความมีอยู่ของสิทธินั้นอยู่แล้ว ในขณะที่ความลับทางการค้าไม่สามารถอาศัยข้อสันนิษฐานเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิของตนได้ โดยเมื่อมีการละเมิดเกิดขึ้น ย่อมเป็นการละเมิดของเจ้าของความลับทางการค้าในการพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของความลับทางการค้านั้น หรือพิสูจน์ว่าข้อมูลที่กล่าวอ้างเป็นความลับทางการค้า ซึ่งต้องกระทำโดยการฟ้องร้องดำเนินคดีกล่าวคือ สิทธิในความลับทางการค้าไม่มีความแน่นอนจนกว่าจะมีข้อพิพาทเกิดขึ้นและมีคำพิพากษา⁷⁰

การคุ้มครองความลับทางการค้ามีอยู่ 2 ระดับด้วยกัน คือ

1. ระดับมลรัฐ

เป็นการคุ้มครองทางแพ่งโดยอาศัยหลักกฎหมายตามคำพิพากษาศาล และกฎหมายมลรัฐ (State Laws) ซึ่งมีสองลักษณะคือ หนึ่งการคุ้มครองความลับทางการค้าตามกฎหมายลักษณะสัญญา การให้ความคุ้มครองในกรณีนี้จะเป็นผลได้ต่อเมื่อคู่กรณีได้มีการตกลงในการรักษาความลับทางการค้า หรือตกลงว่าจะไม่เปิดเผยความลับ และสองการคุ้มครองความลับทางการค้า ซึ่งได้แก่กฎหมายลายลักษณ์อักษรในกรณีที่มลรัฐนั้น ได้บัญญัติตามกฎหมายต้นแบบในการคุ้มครองความลับทางการค้า (USTA) ทั้งนี้หลักกฎหมายตาม USTA มีผลอยู่เหนือหลัก

⁶⁹ ฟิรพล ศรีสิงห์, เรื่องเดิม หน้า 6 – 11.

⁷⁰ Mark R.halligan, Richard F.Weyand, The Economic Valuation of Trade Secret Asset at <http://www.thetso.com/info/evaluation.html>, (last visited 20 September 2011).

กฎหมายคอมมอน ลอว์ และ Restatement of Torts ในมลรัฐที่ไม่ได้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร บังคับใช้ ประกอบกับหลักกฎหมายตามคำพิพากษา

2. ในระดับส่วนกลาง

เป็นการคุ้มครองทางอาญาตามพระราชบัญญัติการจารกรรมทางเศรษฐกิจ หรือ The Economic Espionage Act (EEA) ซึ่งเป็นกฎหมายส่วนกลางที่กำหนดโทษสำหรับการกระทำความผิดต่อความลับทางการค้าในบางกรณี

การคุ้มครองความลับทางการค้าทางแพ่งในปัจจุบัน เป็นการใช้กฎหมาย ต้นแบบในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า (USTA) ประกอบกับหลักกฎหมายตามคำพิพากษา ใน Restatement of Torts (1939) และหลักกฎหมายตามคำพิพากษา ส่วนการคุ้มครองความลับทางการค้าทางอาญาเป็นไปตามกฎหมายส่วนกลางคือพระราชบัญญัติการจารกรรมทางเศรษฐกิจ หรือ The Economic Espionage Act (EEA)

1) หลักกฎหมายตามคำพิพากษา

หลักกฎหมายประเภทนี้เป็นรากฐานที่สำคัญต่อการพัฒนาการคุ้มครองความลับทางการค้า โดยมีบทบาทในการวินิจฉัยคดีในช่วงระยะแรก และมีอิทธิพลต่อหลักใน Restatement of Torts และ USTA ในปัจจุบันหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษานั้นยังมีอิทธิพลต่อแนวทางในการวินิจฉัยคดีของศาลในหลายมลรัฐที่ไม่ได้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรในการคุ้มครองความลับทางการค้า แต่แม้ว่าในมลรัฐที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้า หลักกฎหมายตามคำพิพากษาก็ยังถูกนำมาใช้เพื่อเสริมกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วย

หลักกฎหมายตามคำพิพากษาที่นำมาใช้ในคดีละเมิดความลับทางการค้าคือหลักความยุติธรรม และหลักว่าด้วยความละเมิดความไว้วางใจ (Law of Breach of Confidence) ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากคำพิพากษาของศาลอังกฤษ ประกอบกับหลักกฎหมายยุติธรรมซึ่งเกิดจากความพยายามของศาลในแต่ละมลรัฐ ในการสร้างหลักกฎหมายขึ้นมา เพื่อให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่หลากหลาย และความสัมพันธ์ทางอุตสาหกรรมที่มีความซับซ้อนมากขึ้น โดยมีตัวอย่างของคดีที่สำคัญในช่วงแรก ดังนี้

คดี Taylor V Blanchard ในปี ค.ศ.1866 ศาลมลรัฐ Massachusetts ได้มีการวินิจฉัยว่าสาธารณชนไม่มีสิทธิในความลับทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ และสัญญาจำกัดการเปิดเผยความลับก็ไม่ถือเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และได้กำหนด

คุณสมบัติของความลับทางการค้าว่า แม้ข้อมูลมิได้เป็นที่รู้จักต่อสาธารณชน แต่ถ้ามีบุคคลจำนวนหนึ่งล่วงรู้ ก็อาจถือได้ว่าไม่มีคุณสมบัติเพียงพอที่จะเป็นความลับ⁷¹

คดี Vickery V Welch ในปี ค.ศ.1837 โดยศาลมลรัฐ Massachusetts วินิจฉัยว่าหน้าที่รักษาความลับตามสัญญาสามารถมีได้ และไม่ถือว่าหน้าที่ดังกล่าวเป็นการจำกัดทางการค้าอย่างไม่มีเหตุผลสมควร⁷²

2) Restatement (First) of Torts 1939

Restatement (First) of Torts 1939 จัดทำโดยหน่วยงาน The American Law Institute (ALI) เป็นการรวบรวมหลักเกณฑ์จากคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายละเมิด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล และเพื่อให้การพิจารณาคดีของศาล แต่ละมลรัฐมีความสอดคล้องกัน Restatement ไม่ได้มีฐานะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และไม่ได้มีสภาพบังคับอย่างกฎหมาย หากแต่มีอิทธิพลต่อการวินิจฉัยของศาล และมีส่วนทำให้คำวินิจฉัยของศาลในแต่ละมลรัฐเป็นเอกภาพ หลักกฎหมายใน Restatement of Torts ได้ถูกอ้างอิงโดยศาลที่ไม่ได้นำ USTA มาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร หรือแม้แต่มลรัฐที่มีการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรในการคุ้มครองความลับทางการค้าบังคับใช้แล้ว คำพิพากษาซึ่งเกิดก่อนการบังคับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร และตัดสินตาม Restatement of Torts ก็ยังมีคุณค่าในการอธิบายให้เหตุผลทางกฎหมายอยู่ เว้นแต่ว่าเป็นการจัดแย้งกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน⁷³

เนื้อหาใน Restatement of Torts ประกอบด้วยหลักกฎหมายคำพิพากษา ซึ่งมีพื้นฐานมาจากหลักจริยธรรมทางการค้า ซึ่งมีความยืดหยุ่น และสามารถปรับเข้ากับสถานการณ์ และเปิดโอกาสให้ศาลสามารถหาเหตุผลมาสนับสนุนคำวินิจฉัยของตนในแต่ละคดีได้ และหลักกฎหมายละเมิดมุ่งปกป้องบุคคลจากการถูกรบกวนจากผู้อื่นโดยมิชอบ

การคุ้มครองความลับทางการค้าถูกกำหนดไว้ในข้อ 375 ซึ่งได้กำหนดให้บุคคลที่เปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าของผู้อื่นต้องรับผิดชอบหากปรากฏข้อเท็จจริงดังนี้

1. ได้ค้นพบความลับนั้น โดยวิธีการอันมิชอบ
2. การเปิดเผย หรือการใช้นั้น เป็นการละเมิดความไว้วางใจที่มีต่อบุคคลผู้เปิดเผยความลับหรือ

⁷¹ คดี Taylor V Blanchard, 95 Am. Dec.203, 95 Mass.307 (1866).

⁷² คดี Vickery V Welch 36 Mass.523 (1866).

⁷³ Donald S.Chisum and Michael A.Jacobs, Understanding intellectual property law (New York: Matthew Bender and Co.Inc, 1996), p.3 – 9.

3. ได้ทราบข้อมูลนั้นจากบุคคลที่สาม โดยรู้ว่าข้อมูลนั้นเป็นความลับ และบุคคลที่สามนั้นได้ค้นพบความลับโดยวิธีการอันมิชอบ หรือการเปิดเผยของบุคคลที่สามนั้น เป็นการละเมิดต่อความไว้วางใจที่บุคคลที่สามมีต่อผู้อื่น

4. ได้ทราบข้อมูลโดยรู้ว่าเป็นความลับ และการเปิดเผยต่อคนนั้นเกิดจากความผิดพลาด

แม้หลักการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าภายใต้ Restatement of Torts ส่วนใหญ่จะเป็นที่ยอมรับโดยศาล แต่บางหลักการก็ไม่ยอมที่ยอมรับในวงกว้าง ได้แก่

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

2. ความพยายามของ Restatement of Torts ในการจัดแนวคิดเรื่องทรัพย์สินออกจากหลักกฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้า หากแต่อย่างหน้าที่ทั่วไปในการปฏิบัติด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อสนับสนุนการคุ้มครองความลับทางการค้าแทน ซึ่งในความเป็นจริงแนวคิดเรื่องทรัพย์สินนั้นมีอิทธิพลต่อการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าอย่างมาก โดยได้ถูกยกขึ้นเป็นเหตุผลสนับสนุนการให้ความคุ้มครองข้อมูลความลับในหลายบริบท⁷⁴

3. เนื้อหาบางส่วน of Restatement of Torts ยังขาดความแน่นอน เช่นการที่ Restatement of Torts เน้นถึงความคิดทั่วไปและเป็นอัตวิสัยเช่น แนวความคิดเรื่องสภาพที่เป็นความลับพอสมควร (Relative Secrecy) และมาตรฐานที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปเกี่ยวกับจริยธรรม และความประพฤติที่เป็นธรรมทางการค้า ซึ่งเปิดกว้างให้ศาลตีความปรับใช้หลักดังกล่าวไปในแนวทางที่ต่างกันจนอาจทำให้เกิดความไม่แน่นอน⁷⁵

3. กฎหมายต้นแบบในการคุ้มครองความลับทางการค้า (The Uniform Trade Secret Act หรือ USTA)

กฎหมายต้นแบบในการคุ้มครองความลับทางการค้า (USTA) จัดทำขึ้นโดย The National Conference of Commissioners on Uniform State Law ในปี ค.ศ.1979 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะขจัดความสับสนและความไม่แน่นอนในการปรับใช้หลักกฎหมายที่เกิดจาก

⁷⁴ Donald S.Chisum and Michael A.Jacobs, Ibid., p.12.

⁷⁵ Ibid, p.12.

คำพิพากษา เพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพในการคุ้มครองความลับทางการค้า⁷⁶ ในปี ค.ศ.2010 มลรัฐต่างๆในสหรัฐอเมริกา 46 รัฐ ได้นำ USTA มาบัญญัติเป็นกฎหมายบังคับใช้ในประเทศของตน ศาลในมลรัฐที่บังคับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรตามแบบ USTA ต้องคำนึงถึงหลักความเป็นเอกภาพตามที่ USTA ได้กำหนดไว้ โดยในการตัดสินคดีละเมิดความลับทางการค้านั้นต้องคำนึงถึงแนวคำวินิจฉัยคดีละเมิดความลับทางการค้าของศาลในมลรัฐอื่นที่บังคับใช้ USTA ด้วย⁷⁷

เนื้อหาของ USTA เป็นหลักกฎหมายที่ได้จากคำพิพากษาในมลรัฐต่างๆ โดยนำมากำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร อันประกอบด้วยหลักเกณฑ์เรื่องนิยามความลับทางการค้าตามที่ได้กล่าวไปแล้ว เรื่องละเมิดความลับ การเยียวยาความเสียหาย และอายุความในการฟ้องคดี ซึ่งหลายๆหลักการที่ปรากฏมีความสอดคล้องกับที่ปรากฏใน Restatement of Torts โดย USTA ได้นำมาปรับปรุงให้ชัดเจนขึ้น⁷⁸

USTA มาตรา 1 การละเมิดความลับทางการค้า (misappropriation of trade secrets) ได้แก่การกระทำดังนี้

- 1) การได้มาซึ่งความลับทางการค้าโดยวิธีการมิชอบ หรือได้มาจากบุคคลอื่น โดยมีเหตุอันควรรู้ว่าบุคคลนั้นได้ความลับทางการค้ามาโดยมิชอบ
- 2) การเปิดเผย หรือใช้ความลับทางการค้า โดยมีเหตุอันควรรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดหน้าที่รักษาความลับ
- 3) การเปิดเผย หรือใช้ความลับทางการค้าที่ได้มาจากบุคคลอื่น โดยมีเหตุอันควรรู้ว่าบุคคลอื่นนั้นได้ความลับทางการค้ามาโดยวิธีการมิชอบ
- 4) การใช้ หรือเปิดเผยความลับทางการค้าที่ได้รับเปิดเผยจากบุคคลอื่น โดยมีเหตุอันควรรู้ว่าความลับทางการค้านั้น บุคคลอื่นได้เปิดเผยแก่ตนโดยละเมิดความไว้เนื้อเชื่อใจที่บุคคลอื่นนั้นมีต่อบุคคลอีกคนหนึ่ง⁷⁹

4. พระราชบัญญัติการจารกรรมทางเศรษฐกิจ (The Economic Espionage Act หรือ EEA)

⁷⁶ National Conference of Commissioners on Uniform State Law, Uniform Trade secret act with 1985 amendments with prefatory note and comment, at <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1980s/utsa.85.htm>, (last visited 21 September 2011).

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Donald S.Chisum and Michael A.Jacobs, op.cit. p.13.

⁷⁹ Lee B.Burgunder, Legal aspects of managing technology (Ohio: Thomson Learning, 2004), p.205.

รัฐบาลกลางได้ตราพระราชบัญญัติการจารกรรมทางเศรษฐกิจ (The Economic Espionage Act หรือ EEA) ในปี ค.ศ.1996 เพื่อกำหนดให้การจารกรรมความลับทางการค้าเป็นความผิดทางอาญา กฎหมายนี้เกิดขึ้นเนื่องจากสภาวะเศรษฐกิจของสหรัฐอเมริกาอาศัยพึ่งพิงมูลค่าของข้อมูล และทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมาเป็นระยะเวลาต่อเนื่อง พิจารณาได้จากข้อเท็จจริงที่บริษัทสหรัฐอเมริกา มักเลือกที่จะตั้งฐานการผลิตในต่างประเทศ และอาศัยการอนุญาตให้ใช้สิทธิในข้อมูลอันมีค่าของตนเพื่อสนับสนุนการเจริญเติบโต ในการอนุญาตให้ใช้ข้อมูลนั้นแม้บริษัทจะพยายามปกป้องความลับทางการค้าของตนมากเพียงไร แต่เทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารและคอมพิวเตอร์ก้าวหน้า ทำให้การถ่ายทอด ส่งผ่าน หรือเปิดเผยข้อมูลไปใช้โดยมิชอบได้ง่ายขึ้น การคุ้มครองความลับทางการค้า จึงไม่ใช่เพียงเรื่องการบังคับทางแพ่งในระดับมลรัฐ และไม่ใช่เรื่องภาคเอกชนเท่านั้น ด้วยเหตุดังกล่าวมานี้จึงมีความจำเป็นที่ต้องออกกฎหมายอาญาบังคับในระดับประเทศ⁸⁰

EEA มีวัตถุประสงค์เพื่อต่อต้านการโจรกรรมความลับทางการค้า โดยเฉพาะที่ใช้เทคโนโลยีขั้นสูง กฎหมายดังกล่าวมีฐานะเป็นกฎหมายอาญาของรัฐส่วนกลางมีผลใช้บังคับกับทุกมลรัฐ เอกชนไม่ว่าเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลไม่สามารถฟ้องคดีโดยอาศัยกฎหมายดังกล่าวได้⁸¹ ผู้มีอำนาจในการฟ้องคดีคือ กระทรวงยุติธรรม ดังนั้นจำนวนคดีตามกฎหมายดังกล่าวจึงมีจำกัด นอกจากนี้กระทรวงยุติธรรมยังมีดุลพินิจอย่างมากในการพิจารณาว่าควรสอบสวนการกระทำในกรณีใดบ้าง⁸²

โดย EEA ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับความลับทางการค้าไว้สองลักษณะคือ

1) การจารกรรมทางเศรษฐกิจ (economic espionage) ซึ่งเป็นการกระทำผิดต่อความลับทางการค้า โดยมีเจตนา หรือรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นประโยชน์แก่รัฐต่างประเทศ องค์การต่างประเทศ (foreign instrumentality) หรือตัวแทนต่างประเทศ ทั้งนี้ประโยชน์ที่เกิดแก่รัฐต่างประเทศนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นประโยชน์ทางพาณิชย์⁸³

2) การโจรกรรมความลับทางการค้า (theft of trade secret) ซึ่งเป็นความผิดที่กระทำต่อความลับทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับ หรือรวมอยู่ในผลิตภัณฑ์ที่ผลิตกันที่ผลิตขึ้น หรือมีไว้สำหรับการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ หรือการพาณิชย์ต่างประเทศ เพื่อให้บุคคลหนึ่งนอกจากเจ้าของ

⁸⁰ Lee B. Burgunder, Ibid., p.224–225.

⁸¹ Richard Stim, Intellectual property: patent, trademarks and copyrights 2nd ed. (United States: West Thomson Learning, 2002), p.226–227.

⁸² Lee B. Burgunder, op.cit., p.226.

⁸³ Economic Espionage Act of 1996 18 section 1831.

ความลับได้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจ และมีเจตนาหรือรู้ว่าการกระทำให้เจ้าของความลับเสียหาย⁸⁴ กรณีที่สองนี้ถือเป็นบทกำหนดโทษกับการกระทำผิดต่อความลับทางการค้าเป็นกรณีทั่วไป

3) การโอนความลับทางการค้า

ในเรื่องของการโอนความลับทางการค้าในสหรัฐอเมริกา นั้น ไม่มีการระบุเป็นลายลักษณ์อักษร ใน Uniform Trade Secret Act, Restatement of Tort หรือ The Economic Espionage Act ถึงรูปแบบ และวิธีการปฏิบัติในการโอนความลับทางการค้า มีเพียงคำพิพากษาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการ โอนความลับทางการค้าไว้ ซึ่งผู้เขียนขอยกตัวอย่างดังนี้

ในคดี See Painton & Co. V Boums Inc ในปี ค.ศ.1971 และคดี Dr Milles Co V John D. Park & Son Co. ในปี ค.ศ.1911 ได้มีการวินิจฉัยว่าความลับทางการค้ามีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง และสามารถโอนถ่ายกันได้อย่างสมบูรณ์แบบ⁸⁵

หนึ่งในหลักการพื้นฐานที่ต้องถือปฏิบัติในการ โอนความลับทางการค้าคือ ในการทำธุรกรรมที่ถูกต้อง และถือได้เป็นการ โอนที่สมบูรณ์แบบนั้น ผู้รับโอนจะต้องเข้าครอบครองความลับทางการค้านั้นด้วย แต่ปัญหาที่ตามมาคือการเข้าครอบครองความลับทางการค้า ซึ่งถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างนั้นกระทำไม่ได้โดยง่าย ดังนั้นความลับทางการค้าที่ถูกโอนขายไป และผู้โอนยังคงรักษาความลับทางการค้าไว้อยู่ จึงเป็นความเสี่ยงที่ผู้โอนอาจ โอนความลับทางการค้าเดียวกับที่ได้โอนไปก่อนหน้านี้แล้ว แก่บุคคลที่สามที่มาทีหลังโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนได้⁸⁶ โดยในความเป็นจริงได้มีการนำข้อพิพาทลักษณะนี้เรียกร้องต่อศาลเป็นจำนวนมาก

ในคดี Navistar International Transportation Co. V State Board of Equalization ในปี ค.ศ.1994 ได้มีการวินิจฉัยว่าการ โอนความลับทางการค้าซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างโดยทางนิติกรรมสัญญา ต้องชำระภาษีในลักษณะเดียวกับทรัพย์สินปกติทั่วไป โดยไม่ได้รับการยกเว้นภาษีเหมือนทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างอย่างอื่น เช่น ลิขสิทธิ์ และ สิทธิบัตร⁸⁷ จากตัวอย่างในคดีนี้จะเห็นได้ว่าการ โอนความลับทางการค้าจะต้องทำเป็นนิติกรรมสัญญา โดยในการทำสัญญาในการ

⁸⁴ Economic Espionage Act of 1996 18 section 1832.

⁸⁵ คดี See Painton & Co. V Boums Inc., 442 F.2d 216 (2d Cir.1971) และคดี Dr Milles Co V John D. Park & Son Co. 200 U.S.373 (1911)

⁸⁶ Roger M. Milgrim, op.cit., p 121.

⁸⁷ คดี Navistar International Transportation Co. V State Board of Equalization (no.S032195, 1994), 8 Cal.4th , p.868.

โอนนั้น ผู้โอน และผู้รับโอน จะต้องลงนามในสัญญาเป็นสำคัญด้วย⁸⁸ เมื่อมีการโอนความลับทางการค้าแล้ว เจ้าของเดิมหรือผู้โอนจะหมดสิทธิในความลับทางการค้านั้น โดยทันที นั้นหมายถึง ผู้โอนจะต้องไม่เข้ามาข้องเกี่ยวหรือใช้ข้อมูลอันเป็นความลับอีก ในสหรัฐอเมริกานั้นมีข้อพิพาทลักษณะนี้เป็นจำนวนมากเช่น หลังจากที่ผู้โอนดำเนินการโอนความลับทางการค้าของตนแล้ว ผู้โอนยังคงดำเนินการโอนความลับทางการค้าให้ผู้อื่นอีก ซึ่งศาลได้วางหลักในการโอนความลับทางการค้าอย่างชัดเจนแล้ว ว่าการโอนความลับทางการค้ามีลักษณะเป็นการโอนที่ถาวร และเจ้าของความลับทางการค้าสามารถดำเนินการโอนได้เพียงครั้งเดียว⁸⁹

โดยในส่วนของผู้รับโอนจะได้รับสิทธิในความลับทางการค้าที่ได้รับโอนมา โดยสามารถเก็บรักษาเป็นความลับ หรือใช้ หรือเผยแพร่ให้เป็นความรู้สาธารณะได้ทั้งสิ้น หรือนำไปจดทะเบียนเป็นสิทธิบัตรก็ได้⁹⁰ แต่ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อตกลงกันระหว่างคู่สัญญาซึ่งมักมีการทำข้อตกลงในการรักษาข้อมูลความลับทางการค้าไว้ (Non disclosure agreement)

2. กฎหมายความลับทางการค้า ประเทศสหรัฐอเมริกา

1) กำนิยามความลับทางการค้า

ตามประวัติความเป็นมาประเทศอังกฤษนั้น ไม่มีการรวบรวมหลักกฎหมายความลับทางการค้าไว้เป็นหมวดหมู่ หรือเป็นระบบลายลักษณ์อักษรดังเช่นสหรัฐอเมริกา แม้ว่าอังกฤษจะได้พัฒนากฎหมายความลับทางการค้ามาก่อนสหรัฐอเมริกาก็ตาม แต่จะพบว่าค่านิยมต่างๆของความลับ หรือข้อมูลที่จะได้รับการคุ้มครองโดยศาลอังกฤษนั้น จะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน โดยองค์ประกอบสำคัญของสิ่งที่จะถือว่าเป็นความลับทางการค้าได้นั้น จะถูกรวบรวมจากที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลอังกฤษ ซึ่ง Aaron N.Wise ผู้เขียนตำรากฎหมายเกี่ยวกับความลับทางการค้า ได้สรุปไว้ดังนี้

(1) ข้อมูลที่สามารถนำมาปรับใช้ได้เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับอุตสาหกรรม, พาณิชยกรรม, วิทยาศาสตร์, การเงิน, การปกครอง และการจัดการองค์กรธุรกิจ หรือแบบข้อมูลในการทำสัญญา

⁸⁸ Freeadvice staff, Can I transfer a trade secret to another party?, at http://law.freeadvice.com/intellectual_property/trade_secrets/transfer_trade_secrets.htm, (last visited 30 September 2011).

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid.

(2) ข้อมูลนั้นจะต้องเป็นความลับ (secrecy) ไม่ว่าจะเป็นความลับโดยเด็ดขาด หรือความสัมพันธ์ก็ตาม กล่าวคือข้อมูลนั้นจะต้องไม่ใช่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไปต่อสาธารณชนส่วนใหญ่ หรือผู้ชำนาญการเกี่ยวกับข้อมูลนั้นเป็นส่วนใหญ่หรือต่อผู้คนทั่วไปหรือคู่แข่ง

(3) ผู้เป็นเจ้าของข้อมูลนั้นจะต้องแสดงว่าเขาได้กระทำการโดยเต็มใจที่จะคุ้มครองข้อมูลให้เป็นความลับอยู่เสมอ เช่น มีมาตรการในการรักษาความลับ, มีการกำหนด บทบัญญัติเรื่องการรักษาความลับไว้ในข้อสัญญา โดยจำกัดจำนวนผู้รับรู้ หรือจำกัดสถานที่ และ เวลาในการเปิดเผย

(4) ข้อมูลนั้นจะต้องสามารถใช้เป็นประโยชน์ในอุตสาหกรรม และพาณิชย์ กรรมได้

(5) เจ้าของข้อมูลจะต้องมีส่วนได้ส่วนเสียในข้อมูลนั้น, มีความสามารถทางกฎหมายที่จะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายเพราะสิ่งเหล่านี้คือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของผู้เป็นเจ้าของ⁹¹

จากบทสรุปข้างต้น หากนำมาพิจารณากับประวัติความเป็นมาของคำพิพากษาของศาลอังกฤษ จะเห็นได้ว่าศาลได้วางหลักของนิยาม หรือความหมายของความลับทางการค้า ซึ่งมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันอยู่แทบทั้งสิ้น ดังนี้

(1) จะต้องเป็นข้อมูลที่เป็นความลับเช่นเดียวกัน โดยข้อมูลลับในประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีการยกตัวอย่างเช่น แบบ วิธี ฯลฯ แต่ของอังกฤษจะไม่ระบุว่าข้อมูลนั้นเป็นอย่างไรเพียงแค่ให้เหตุผลว่าเป็น เกี่ยวกับอะไรเท่านั้น เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับวิทยาศาสตร์, อุตสาหกรรม หรือพาณิชย์กรรม เป็นต้น

(2) ในอังกฤษจะมุ่งเน้นว่าข้อมูลนั้นจะต้องให้เจ้าของข้อมูลมีส่วนได้ส่วนเสียอยู่ด้วย แม้ในสหรัฐอเมริกาจะไม่มุ่งเน้นจุดนี้เท่าอังกฤษก็ตาม ทั้งนี้เพราะศาลอังกฤษจะถือว่าการละเมิดต่อข้อมูลอันเป็นความลับต่อผู้อื่น เป็นการทำผิดต่อความไว้วางใจต่อกัน⁹²

(3) ความลับทางการค้าจะต้องเป็นสิ่งที่ผู้เป็นเจ้าของได้ใช้ความพยายามในการดำรงรักษาให้เป็นความลับอยู่เสมอ ลักษณะเช่นนี้ก็สอดคล้องกันกับที่ปรากฏใน Uniform of Trade Act ข้อ 4 (ii) อีกด้วย อันแสดงให้เห็นว่าข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้านั้นจะต้องมีคุณค่า จนมีผลทำให้ผู้เป็นเจ้าของต้องให้การดูแลรักษาเป็นอย่างดี

⁹¹ Aaron N.Wise, Trade secrets and know how throughout the world, vol.2, Roger M.Milgrim, *Milgrim on Trade secrets* volume.4 Appendix R, p.55

⁹² Donald S.Chisum and Michael A.Jacobs, op.cit., p.3-8.

2) การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า

ในประเทศอังกฤษนั้นไม่มีบทบัญญัติในเรื่องเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่การให้ความคุ้มครองข้อมูลอันเป็นความลับชนิดต่าง ๆ นั้น ศาลจะถือว่าเป็นวัตถุแห่งสิทธิที่จะต้องให้ความคุ้มครองตามหลักของ Law of Confidence (หลักของความไว้วางใจต่อกัน) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายชนิดหนึ่งของกฎหมายคอมมอนลอว์ ของอังกฤษ

หลักของความไว้วางใจนี้มีหลักการทางกฎหมายที่สามารถอธิบายได้ดังนี้

ความไว้วางใจเป็นเรื่องที่แสดงถึงการกำหนดฐานะที่เป็นความสัมพันธ์ของความใกล้ชิด หรือความไว้วางใจต่อกันในเรื่องของความลับระหว่างบุคคล 2 คน ขึ้นไปโดยฝ่ายหนึ่งได้เปิดเผยเรื่องราวของตนทั้งที่เป็นความลับ และไม่เป็นให้อีกฝ่ายหนึ่งได้ทราบ

เดิมมีความเข้าใจผิดที่ว่าความไว้วางใจ เป็นหน้าที่บังคับได้แต่เพียงหลักกฎหมายสัญญา (Promise) เท่านั้น จึงมีการยอมรับความไว้วางใจเป็นข้อความของสัญญา (Contract) แต่ในปัจจุบันความเข้าใจนี้ขัดแย้งขึ้นแล้ว ด้วยการที่ศาลได้หยิบยกเอาหลักความยุติธรรม (Equity) มาบังคับกับความไว้วางใจด้วย ศาลได้ยืนยันว่าความมีอยู่อย่างอิสระของความไว้วางใจปรากฏอยู่ในฐานะที่เป็นรากฐานทางกฎหมายชนิดหนึ่งต่างหากไปจากสัญญา

(1) ลักษณะของเงื่อนไขของความไว้วางใจที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

ความไว้วางใจจะถูกบังคับตามกฎหมายได้ก็แต่เพียงโดยผ่านทาง การฟ้องคดีเรื่องการผิดต่อความไว้วางใจ (Breach of Confidence) เพื่อที่จะก่อตั้งเหตุแห่งการฟ้องที่แสดงว่า บุคคลผู้ได้เปิดเผยข้อมูล (The confider) ไปยังผู้อื่นหรือผู้รับข้อมูล (The confidant) นั้น ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไข 3 ประการเพื่อแสดงถึงความสัมพันธ์ที่ไว้วางใจกันอันเป็นเหตุแห่งข้อพิพาทแห่งคดีแล้วคือ

ก. ผู้เปิดเผยข้อมูล ต้องแสดงให้เห็นว่าข้อมูล ที่ได้รับบอกให้ทราบนั้นเป็นความลับ ทั้งนี้โดยความลับนั้นสาธารณชนไม่อาจเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้ และต้องไม่ใช่สาธารณสมบัติ หรือความรู้สาธารณะ

ข. ผู้เปิดเผยข้อมูลต้องแสดงให้เห็นว่าผู้รับข้อมูล ทราบว่าเขามีหน้าที่รักษาข้อมูลที่ได้รับมาให้เป็นความลับอยู่ตลอดไป ภายใต้ความสัมพันธ์ระหว่างกันที่มีวัตถุประสงค์อันจำกัดในการเปิดเผยความลับทางการค้าเอาไว้ วัตถุประสงค์ในการจำกัดดังกล่าวนี้ จะเป็นตัวบ่งบอกถึงความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี

ค. ผู้เปิดเผยข้อมูล จะต้องแสดงเหตุที่จะขอความช่วยเหลือจากศาล เพื่อที่จะบังคับแก่ความลับนั้น โดยต้องแสดงว่าผู้รับข้อมูลได้กระทำผิดต่อหน้าที่ และได้ใช้ข้อมูลโดยไม่ได้รับมอบหมาย โดยใช้ข้อมูลสำหรับวัตถุประสงค์อื่นๆ

ในการบังคับใช้หลัก Law of confidence เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้เปิดเผยความลับนั้น ศาลจะใช้อำนาจโดยพิจารณาบนมาตรฐานของประโยชน์สาธารณะ ประกอบด้วย ซึ่งหมายความว่า เมื่อข้อมูลได้ถูกบอกกล่าวว่าเป็นความลับเพื่อวัตถุประสงค์อันจำกัด ข้อมูลนั้นก็ควรถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นๆ หากเป็นไปตามที่ตกลงแล้วความลับก็ไม่ควรจะถูกเปิดเผยไม่ว่าด้วยประการใดๆทั้งสิ้น แต่การตกลงกันดังกล่าวนี้จะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณะด้วย⁹³

(2) ที่มาของหลักกฎหมาย (Source of jurisdiction) ที่ใช้บังคับกับความลับทางการค้า

จากลักษณะของข้อมูลที่เป็นความลับซึ่งจะได้รับความคุ้มครองโดยถือว่าเป็น Confidential information หรือ Undisclosed information ที่ยอมรับกันในอังกฤษนี้แล้ว จะพบว่าหลักกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับข้อมูลลับนี้ จะมีอยู่หลายทางด้วยกัน โดยหลักกฎหมายที่ศาลใช้เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาคดีละเมิดต่อความลับทางการค้านั้นยังเป็นเรื่องที่ขัดแย้งกันอยู่ และหาความแน่นอนไม่ได้ บางศาลเลือกใช้หลักสัญญา (Contract), หลักยุติธรรม (Equity) หรือหลักทรัพย์สิน (Property) เป็นแนวทางในการพิจารณาให้โจทก์ได้รับการเยียวยา (Remedies) ในบางคดีศาลอาจใช้หลักทั้งสามข้างต้นเป็นหลักในการพิจารณาก็ได้

การที่จะกำหนดให้รู้ว่าศาลใช้หลักกฎหมายใดเป็นแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ถือว่าเป็นเรื่องที่สำคัญมาก เพราะหลักกฎหมายจะเป็นแนวทางให้รู้ว่าโจทก์จะได้รับการเยียวยาอย่างไร หากศาลจะให้ได้โจทก์ได้รับการเยียวยาตามหลักสัญญา ศาลจะให้โจทก์ได้รับค่าเสียหาย และให้จำเลยกระทำการ หรือละเว้นกระทำการ หากให้โจทก์ได้รับการเยียวยาตามหลักยุติธรรม ศาลจะให้จำเลยกระทำการ หรือละเว้นกระทำการ หรือให้โจทก์ได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการสูญเสียประโยชน์ ส่วนในหลักทรัพย์สิน การเยียวยาศาลจะให้จำเลยกระทำการ หรือละเว้นกระทำการ และให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายแทนการให้จำเลยกระทำการ หรือละเว้นกระทำการ หรือให้โจทก์ได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการสูญเสียประโยชน์

หลักสัญญา (Contract)

หลักของสัญญาที่ศาลอังกฤษได้นำมาใช้พิจารณาในคดีที่เกี่ยวกับความลับทางการค้า มีข้อที่น่าพิจารณาดังนี้

⁹³ Francis Gurry, Breach of confidence (Oxford: Clarendon Press, 1984), p.5.

1. กรณีมีข้อตกลงโดยชัดแจ้ง (Express terms)

โดยหลักกฎหมายทั่วไป ศาลย่อมจะบังคับให้เป็นไปตามหนึ่งแห่งความลับที่คู่สัญญาทำไว้ต่อกันโดยชัดแจ้งในสัญญา ทั้งนี้ไม่ว่าสัญญานั้นจะทำด้วยวาจา หรือทำเป็นหนังสือก็ตาม เช่น ในคดีระหว่าง Litholite Ltd V Travis and Insulator Ltd ((1913) 30 RPC 266, 532)⁹⁴ ศาลได้พิพากษาให้จำเลยทั้งสองต้องรับผิดชอบเพื่อการใช้ และเปิดเผยข้อมูลโดยละเมิดต่อข้อตกลงโดยชัดแจ้งในสัญญา บริการที่ทำเป็นหนังสือ และในคดีระหว่าง Portal V Hine ((1887) 4 TLR 330)⁹⁵ ศาลสั่งห้ามจำเลยมิให้ตีพิมพ์ข้อมูลเผยแพร่โดยละเมิดข้อตกลงโดยชัดแจ้งที่ทำด้วยวาจาในสัญญาบริการ

2. กรณีมีข้อตกลงโดยปริยาย (Implied terms)

เป็นที่น่าสังเกตว่าศาลจะตัดสินคดีตามหลักสัญญานั้น สัญญาที่เกี่ยวข้องไม่จำเป็นว่าจะต้องมีข้อตกลงที่แสดงออกโดยชัดแจ้งเสมอไปหรือไม่ กล่าวคือศาลอาจใช้วิธีอนุมานเอาโดยปริยายก็ได้ว่ามีข้อตกลงเช่นนั้นอยู่ในสัญญา แต่ถ้ามิใช่เหตุจำเป็น เพื่อให้หนี้กรรมนั้นเกิดผลอันคู่สัญญามีได้ตกลงกันไว้โดยชัดแจ้ง และเป็นผลที่หากไม่มีเสียแล้วจะทำให้สัญญานั้นไร้ผล ศาลจะถือเอาโดยปริยายว่าคู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ในเรื่องข้อตกลงแห่งความลับทางการค้า⁹⁶

หลักยุติธรรม (Equity)

ในคดีละเมิดต่อความลับนั้น หลักความยุติธรรมมีบทบาทเด่นชัดอยู่ 2 ประการคือ ประการแรกมีบทบาทในการเสริมหลักกฎหมายอื่นที่ศาลใช้ในกรณีที่มีสัญญา ประการที่สองในกรณีที่บุคคลที่สามได้ข้อมูลลับจากจำเลยโดยละเมิดต่อหนึ่งแห่งความลับที่จำเลยมีอยู่กับโจทก์ ศาลจะใช้หลักยุติธรรมสั่งห้ามบุคคลที่สามมิให้ใช้ข้อมูลลับนั้นโดยมิชอบได้

สำหรับการใช้หลักยุติธรรมต่อบุคคลที่ 3 ที่ได้กระทำการเปิดเผยความลับ หรือเข้าถึงความลับของโจทก์นั้นจะพิจารณาดังนี้

กรณีที่ 1 เวลาที่บุคคลที่สามนั้นได้รับข้อมูลนั้นเขาทราบดีว่าเป็นการได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือทราบว่าผู้เปิดเผยข้อมูลแก่ตนกระทำการเปิดเผยข้อมูลโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีนี้ศาลอาจถือว่าเขามีความผิด ณ เวลานั้นแล้ว เพราะเหตุว่าเขารับรู้ข้อเท็จจริงแห่งการกระทำความผิดของเขาแล้ว

⁹⁴ คดี Robb V Green (1895) 2 QB 1; 315, Francis Gurry, "Breach of confidence", p.28.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ คดี Lamb V Evans (1893) 1 Ch.218, 229 per Bowen Lj., Francis Gurry, "Breach of confidence", p.29.

กรณีที่ 2 ณ เวลาที่เขาได้รับรู้ข้อมูลนั้นเขาไม่รู้โดยบริสุทธิ์ ซึ่งหมายความว่าเขาไม่ทราบว่ามีบุคคลที่ 2 ได้เปิดเผยความลับให้แก่เขาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือกรณีวิศวกรรมย้อนหลัง หรือการค้นพบโดยอิสระด้วยตนเอง กรณีนี้ศาลจะใช้หลักความยุติธรรมมาพิจารณาแก่การกระทำของจำเลย และเป็นการช่วยให้ความเป็นธรรมแก่โจทก์ด้วยวิธีการที่แตกต่างกันไป เช่นหากโจทก์ได้มีหนังสือเตือนไปให้แก่จำเลยได้ทราบว่าเขาได้กระทำการละเมิด ศาลจะถือว่า ณ เวลาที่จำเลยผู้กระทำการละเมิดโดยสุจริตนี้ได้ทราบหนังสือเตือนแล้วนั้น เป็นเวลาที่จำเลยจะต้องรับผิดชอบแล้ว หากยังคงกระทำการต่อไป

หลักทรัพย์สิน (Property)

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าความลับทางการค้าได้รับการยอมรับจากศาล และนักกฎหมายจำนวนมากว่ามีฐานะเป็นทรัพย์สิน อย่างไรก็ตามการคุ้มครองข้อมูลลับที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นความลับทางการค้านี้ จะต้องพิจารณาอย่างระมัดระวังมาก หากนำคำว่าทรัพย์สินมาใช้ในเรื่อง เพราะทรัพย์สินอาจถูกนำมาอธิบายถึงสิทธิของเจ้าของความลับที่มีอยู่ตามสัญญา ซึ่งเป็นอิสระจากสิทธิในสัญญา และหลักยุติธรรม และไม่อยู่ในลักษณะแห่งสิทธิตามกฎหมายเลย

ยังไม่อาจกล่าวได้อย่างเต็มที่ว่าศาลยอมรับทุกคนแล้วเมื่อเทียบกับหลักสัญญา แต่การที่ศาลยอมรับว่าผู้เป็นเจ้าของข้อมูลลับมีสิทธิในทางทรัพย์สินตามกฎหมายนั้น ก็เป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ผู้ที่นำเอาความลับทางการค้าไปใช้นั้นอาจมีความผิดฐานลักทรัพย์ ทั้งนี้ ศาลจะพิจารณาจากเหตุผลประกอบดังนี้

1. บุคคลใดที่สิทธิในทรัพย์สินต้องสูญเสียไปเพราะการกระทำนี้
2. ข้อมูลที่สูญเสียไปนั้นเป็นข้อมูลลับด้วยหรือไม่
3. บุคคลที่ได้ลักลอบเอาความลับไปนั้นสามารถใช้โดยไม่ถูกจำกัด

ได้หรือไม่⁹⁷

หลักกฎหมายละเมิด

กฎหมายละเมิดไม่เพียงพอแต่มีอิทธิพลในเบื้องต้นต่อการพิจารณาคดีละเมิดต่อความไว้วางใจในอังกฤษ กฎหมายละเมิดยังมีบทบาทในการคุ้มครองต่อความลับทางการค้าในสองลักษณะคือ

ลักษณะแรก ถ้าหลักที่ว่า ความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินเป็นหลักกฎหมายที่มั่นคงแล้ว การใช้หรือเปิดเผยความลับทางการค้าโดยไม่ชอบ ก็ถือว่าเป็นการทำละเมิดต่อความลับทางการค้าของผู้อื่นได้

⁹⁷ Francis Gurry, op.cit., p.52-53.

ลักษณะที่สอง ถ้าหากศาลยังไม่ยอมรับว่าความลับทางการค้าเป็นการกระทำละเมิดต่อทรัพย์สินได้แล้ว การใช้กฎหมายละเมิดจะเป็นเพียงการใช้ “ถ้อยคำ” ว่า “โดยละเมิด” เพื่ออธิบายถึงการกระทำของจำเลยเพื่อความสะดวกในการฟ้องร้องคดีเท่านั้น⁹⁸

ในส่วนของความรับผิดของบุคคลที่สามนั้น ศาลจะใช้กฎหมายละเมิดพิจารณาการกระทำของบุคคลที่สาม โดยให้หลักกว่าเป็นการเข้าแทรกแซงต่อสัญญาของโจทก์ โดยคู่สัญญาที่ถูกละเมิดต่อสัญญา จะต้องแสดงว่าเขาได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดดังกล่าว แม้ว่ากฎหมายละเมิดจะไม่ได้มีขอบเขต หรือหลักเกณฑ์ที่ความรับผิดตามสัญญาก็ตาม การที่บุคคลที่สามได้เข้าไปเปิดเผยข้อมูลตามสัญญาถือว่าเป็นการละเมิดต่อหนี้ตามสัญญาจึงต้องมีความรับผิด⁹⁹

3) การโอนความลับทางการค้า

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วว่าในประเทศอังกฤษนั้นไม่มีบทบัญญัติในเรื่องเกี่ยวกับของความคุ้มครองความลับทางการค้าไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งการโอนความลับทางการค้าก็ไม่มีบทบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกัน โดยอาศัยแนวทางตามคำพิพากษาเป็นวิธีปฏิบัติในการโอน ซึ่งผู้เขียนขออธิบายดังนี้

ดังที่กล่าวมาว่าความลับทางการค้ามีลักษณะเป็นทรัพย์สิน ซึ่งเป็นประเภททรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (Intangible Asset) ดังนั้นพื้นฐานที่สำคัญในการโอนความลับทางการค้าคือ ผู้โอนจะต้องเป็นผู้ครอบครองความลับทางการค้านั้นก่อนที่จะมีการโอน และผู้รับโอนจะต้องเข้าครอบครองด้วย จึงจะเป็นการโอนที่สมบูรณ์¹⁰⁰

การโอนทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศอังกฤษนั้น ถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของการทำธุรกรรมขนาดใหญ่ ซึ่งจะต้องมีการเจรจาต่อรองในการซื้อขาย และการเตรียมเอกสารสัญญาในการโอน ซึ่งในทางปฏิบัติทั่วไปผู้ซื้อจะเป็นผู้เตรียมการในขั้นตอนนี้¹⁰¹ ดังนั้นการโอน

⁹⁸ Francis Gurry, Ibid, p.56

⁹⁹ ดูคดี Goldsell V Goldman (1914) 2 ch.603, Francis Gurry, “Breach of confidence”, p.290.

¹⁰⁰ HM Revenue & customs, Intangible assets: company reorganisations: transfer of UK trade, at <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/cirdmanual/cird42060.htm>, (last visited 8 September 2011).

¹⁰¹ Intellectual Property office, Identifying, protecting and transferring your assets, at <http://www.businesslink.gov.uk/bdotg/action/detail?itemId=1084712722&type=RESOURCES>, (last visited 11 October 2011).

ความลับทางการค้าซึ่งถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง จะต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอนด้วย

โดยหลังจากทำการโอนแล้วผู้โอนจะหมดสิทธิในความลับทางการค้าที่ได้โอนไปโดยทันที ผู้โอนจะไม่สามารถใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้านั้นได้อีก โดยผู้รับโอนจะได้รับสิทธิในความลับทางการค้าทั้งหมดจากผู้โอน โดยผู้รับโอนสามารถใช้ความลับทางการค้า หรือจะปล่อยให้เป็นที่รู้สาธารณะ หรือโอนให้แก่บุคคลอื่นก็ได้ แต่ทั้งนี้ต้องขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่ได้ตกลงกันตามหนังสือสัญญาการโอนความลับทางการค้านั้นด้วย ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อตกลงที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ ซึ่งในการเจรจาธุรกิจกันคู่สัญญาจะมีการทำข้อตกลงไม่เปิดเผยข้อมูลความลับทางการค้าต่อบุคคลภายนอกไว้ (Confidential agreement)¹⁰²

3.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการควบบริษัทในต่างประเทศ

3.2.1 การควบรวมบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีรูปแบบการปกครองแบบสหพันธรัฐ (Federation of States) และในแต่ละมลรัฐก็มีกฎหมายของตน (State laws) ที่นำมาปรับใช้อย่างเป็นอิสระแยกต่างหากจากกฎหมายในระดับประเทศ (Federal laws) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกมาโดยมีผลบังคับทั่วประเทศ¹⁰³ ในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบรวมกิจการในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีที่มาจากทั้งสองแหล่งดังกล่าว ดังต่อไปนี้

1. State Corporation Statutes¹⁰⁴

กฎหมายบริษัทของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น เป็นกฎหมายในระดับมลรัฐ มลรัฐแต่ละแห่งต่างก็มีบทบัญญัติกฎหมายลักษณะบริษัท ซึ่งกล่าวถึงกฎเกณฑ์ในการควบรวมกิจการของบริษัทที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของมลรัฐนั้น กฎหมายในส่วนนี้ของหลายมลรัฐก็มีทั้งลักษณะที่เหมือนกันบ้างหรือแตกต่างกันบ้าง ดังนั้น หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง จึงได้เล็งเห็นถึงปัญหา

¹⁰² Intellectual Property office, Ibid.

¹⁰³ Burnham, William, Introduction to the law and legal system of the United States 2nd ed. (United States: Westgroup, 1999), p. 1.

¹⁰⁴ Solomon, Lewis D. and Palmiter, Alan R., Corporations: Examples and Explanations, 2nd ed. (New York: Little Brown Company, 1994), p. 9.

และอุปสรรคในความแตกต่างเหล่านี้ และพยายามที่จะทำให้กฎหมายของมลรัฐทั้งหลายอยู่ในรูปแบบเดียวกัน

ในปี ค.ศ. 1950 คณะกรรมการกฎหมายลักษณะบริษัทของสมาคมเนติบัณฑิตอเมริกัน (American Bar Association) ได้ออก Model Business Corporation Act (MBCA) เพื่อให้มลรัฐทั้งหลายใช้เป็นแนวทางในการออกกฎหมายลักษณะบริษัทของตน ซึ่งในขณะนั้นมีมลรัฐจำนวน 36 แห่งนำเอา MBCA มาใช้เป็นพื้นฐานในการร่างกฎหมายลักษณะบริษัทของตนเอง จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1984 ได้มีการปฏิรูปและแก้ไข MBCA ในสาระสำคัญขึ้นใหม่เรียกว่า (Revised Model Business Corporation Act หรือ RMBCA) ซึ่งต่อมาในปี ค.ศ. 1993 มลรัฐจำนวน 16 แห่งได้ออกกฎหมายลักษณะบริษัทของตนโดยใช้พื้นฐานจาก RMBCA ในขณะที่ยังมีมลรัฐอื่นอีกจำนวนมากที่นำเอาบทบัญญัติต่าง ๆ ของ RMBCA มาใช้ในการแก้ไขกฎหมายในมลรัฐของตน

2. กฎหมายระดับประเทศ (Federal Law)

ไม่พบว่าในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีกฎหมายลักษณะบริษัทที่เป็นกฎหมายระดับประเทศ (Federal Corporation Statute) แต่อย่างใด แม้กระนั้นก็ตาม สหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติกฎหมายในระดับประเทศที่ควบคุมถึงการซื้อขายหุ้น ของบริษัทมหาชนขนาดใหญ่ (Large Public Corporations) ที่มีการเสนอขายหุ้นหรือหลักทรัพย์อื่นใดให้แก่ประชาชน¹⁰⁵ กฎหมายที่เกี่ยวข้องในส่วนนี้ได้แก่ The Securities Exchange Act of 1934 และ The Williams Act of 1968 เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติอื่นที่เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดทางการค้า เช่น Sherman Act เป็นต้น

รูปแบบและวิธีการในการควบรวมกิจการภายใต้กฎหมายสหรัฐอเมริกา

การควบรวมกิจการในประเทศสหรัฐอเมริกามีรูปแบบและวิธีการคล้ายคลึงกับการควบรวมกิจการที่เกิดขึ้นในประเทศไทย¹⁰⁶ โดยอาจแบ่งได้เป็น 3 รูปแบบ คือ (1) การควบกิจการ (Merger) และการรวมกิจการ (Consolidation) หรือที่รวมกันเรียกว่า Statutory merger or consolidation (2) การซื้อทรัพย์สินของกิจการ (Asset Acquisition) และ (3) การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ (Stock Acquisition)

¹⁰⁵ Solomon, Lewis D. and Palmiter, Alan R., Ibid., p. 10.

¹⁰⁶ อรพรรณ พนัสพัฒนา, “การได้มาซึ่งกิจการของผู้อื่นตามกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา,” วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 16 (ตุลาคม 2538): 10-15.

1) การควบกิจการ และการรวมกิจการ (Statutory Merger and Consolidation)

การควบกิจการ และการรวมกิจการในลักษณะนี้นั้น เป็นการควบรวมกิจการตามขั้นตอนและรูปแบบที่กำหนดไว้ในกฎหมายบริษัทหรือกฎหมายการควบรวมกิจการของแต่ละมลรัฐ โดยทุกมลรัฐต่างมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบรวมกิจการไว้ ซึ่งการควบรวมในลักษณะนี้ สิทธิ หน้าที่ และทรัพย์สิน จะโอนไปยังบริษัทใหม่ที่เกิดขึ้น หรือบริษัทที่ยังคงอยู่ภายหลังการควบรวมกัน

การควบกิจการ (Merger) ภายใต้กฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีรูปแบบที่ไม่แตกต่างกัน กล่าวคือ เป็นการรวมตัวกันขององค์กรทางธุรกิจภายใต้ข้อกำหนดของกฎหมาย ในการควบกิจการนี้ องค์กรทางธุรกิจหนึ่งจะถูกกลืนหายไปอยู่ในองค์กรธุรกิจอีกหน่วยหนึ่ง องค์กรทางธุรกิจที่คงอยู่จะเรียกว่า Surviving Corporation และองค์กรทางธุรกิจที่คงอยู่นี้ก็จะเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ธุรกิจ และหนี้สิน ตลอดจนความรับผิดชอบต่างๆ ขององค์กรทางธุรกิจที่ถูกกลืนโดยผลของกฎหมาย

การควบกิจการนี้จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการขององค์กรธุรกิจทั้งสององค์กรที่จะควบเข้าด้วยกันนั้น และจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ถือหุ้นของแต่ละองค์กรด้วย

การรวมกิจการ (Consolidation) มีลักษณะทำนองเดียวกันกับการควบกิจการข้างต้น กล่าวคือ เป็นการรวมตัวกันขององค์กรทางธุรกิจภายใต้ข้อกำหนดของกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทซึ่งจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการขององค์กรทางธุรกิจทั้งสอง และจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ถือหุ้นขององค์กรธุรกิจทั้งสองนั้นด้วย ลักษณะประการสำคัญของการรวมกิจการที่แตกต่างจากการควบกิจการ คือ ในการรวมกิจการนี้องค์กรทางธุรกิจที่รวมกันทั้งสององค์กรจะถูกกลืนหายไปทั้งคู่ และหลังจากการรวมกิจการ แล้วจะมีองค์กรทางธุรกิจใหม่เกิดขึ้นแทนที่ซึ่งองค์กรธุรกิจอันใหม่นี้จะมีสถานะเป็นทายาทในการรับทรัพย์สิน ธุรกิจ หนี้สิน ตลอดจนความรับผิดชอบต่างๆ ขององค์กรธุรกิจสององค์กรเดิมที่ถูกกลืนหายไป¹⁰⁷

2) ขั้นตอนในการควบกิจการ และการรวมกิจการ

ทุกมลรัฐต่างมีกฎหมายบริษัทหรือกฎหมายการควบกิจการแตกต่างกันไป ซึ่งอาจสรุปหลักการที่สำคัญที่แต่ละมลรัฐมีลักษณะร่วมกัน ดังนี้

(1) ชนิดของการควบรวมกิจการ แต่ละมลรัฐต่างมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบกิจการ (Merger) และการรวมกิจการ (Consolidation) และมลรัฐส่วนใหญ่ต่างมีข้อกำหนด

¹⁰⁷ อรรถพรณ พนัสพัฒนา, เรื่องเดียวกัน, หน้า 10-15.

เกี่ยวกับการควบกิจการที่อยู่ในกลุ่มเดียวกัน (Short form merger) ซึ่งเป็นการควบกิจการที่ไม่มีข้อยุ่งยาก เช่น การควบกิจการกับบริษัทย่อยของตนเอง เป็นต้น¹⁰⁸

(2) มติของคณะกรรมการ ทุกลมรัฐต่างกำหนดให้การควบรวมกิจการนี้ ต้องได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการของทั้งสองกิจการก่อนที่จะเสนอแผนการควบรวมกิจการต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้น สำหรับจำนวนเสียงในมติของคณะกรรมการนั้นแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ แม้ว่ามลรัฐส่วนใหญ่กำหนดให้ใช้เพียงเสียงข้างมาก โดยมติของคณะกรรมการยังต้องเป็นไปตามข้อบังคับของบริษัทอีกด้วย¹⁰⁹

(3) มติของผู้ถือหุ้นของแต่ละบริษัท การควบรวมกิจการในบางลักษณะ อาจไม่จำเป็นต้องใช้มติของผู้ถือหุ้น Model Business Corporation Act (MBCA) และกฎหมายของมลรัฐเกือบทุกรัฐกำหนดให้การควบรวมกิจการประเภท Short-form ระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกนั้นไม่จำเป็นต้องได้รับมติของผู้ถือหุ้นแต่ประการใด นอกจากนี้มลรัฐส่วนใหญ่กำหนดให้ไม่ต้องได้รับมติผู้ถือหุ้นของบริษัทผู้จะซื้อในกรณีที่การควบกิจการนั้นไม่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในข้อบังคับบริษัทของบริษัทผู้จะซื้อ สำหรับจำนวนคะแนนเสียง การส่งคำบอกกล่าวเรียกประชุม ฯลฯ นั้น แตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐและขึ้นอยู่กับข้อบังคับของบริษัทด้วย¹¹⁰

(4) สิทธิในการขายหุ้นคืน หลายมลรัฐมีกฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นที่คัดค้านการควบรวมกิจการสามารถขายหุ้นคืนแก่บริษัทได้ในราคาที่เป็นธรรม แต่ราคาที่เป็นธรรมคือราคาอะไรนั้นเป็นเรื่องที่ต้องตีความในชั้นศาล สิทธิดังกล่าวเรียกว่า dissenters' right หรือ appraisal right¹¹¹

(5) การล้มเลิกการควบรวมกิจการ หลายมลรัฐอนุญาตให้บริษัทเลิกล้มการควบรวมกิจการได้แม้จะได้รับมติจากผู้ถือหุ้น แต่ทั้งนี้ต้องก่อนที่จะมีการยื่นเอกสารต่อหน่วยงานทางทะเบียน¹¹²

(6) การยื่นเอกสารต่อหน่วยงานทางทะเบียน ทุกลมรัฐกำหนดรูปแบบพิธีการของการควบรวมกิจการ อันได้แก่ การยื่นเอกสารที่กำหนดต่อหน่วยงานทางทะเบียน¹¹³

¹⁰⁸ Matthew Bender, Corporate Acquisitions and Mergers: Chapter 5B Summary of Acquisition Methods. 5B.01, at www.lexis.com/research, (last visited 17 October 2011).

¹⁰⁹ Del. Code Ann. tit. 8, 251(b); N.Y. Bus. Corp. Law 902(a) (McKinney).

¹¹⁰ Matthew Bender, op.cit.

¹¹¹ Matthew Bender, Ibid.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibid.

(7) วันที่มีผล หลายมตรัฐกำหนดไว้อย่างเข้มงวดถึงวันที่มีผลในการควบรวมกิจการ เช่น วันที่ 30 ของการยื่นเอกสาร แต่หลายมตรัฐเปิดโอกาสให้บริษัทสามารถกำหนดวันที่มีผลในการควบรวมกิจการได้เอง ซึ่งมีประโยชน์อย่างมากต่อบริษัทในการวางแผนภาษี¹¹⁴

(8) Short-Form Mergers มตรัฐโดยมากกำหนดขั้นตอนการควบรวมกิจการที่รวดเร็วและง่ายไว้โดยเฉพาะเพื่อการควบรวมกิจการของบริษัทแม่และบริษัทลูก ซึ่งในกรณีดังกล่าวอาจไม่จำเป็นต้องได้มติจากผู้ถือหุ้น¹¹⁵

3.2.2 การควบรวมบริษัทในประเทศอังกฤษ

รูปแบบของการควบรวมกิจการในประเทศอังกฤษนั้นคล้ายคลึงกับรูปแบบของการควบกิจการที่มีอยู่ในประเทศไทย กล่าวคือ เป็นการควบรวมกิจการโดยวิธีการ โอนหุ้น การซื้อสินทรัพย์ ซึ่งการควบรวมในลักษณะนี้สิทธิหน้าที่ ความรับผิดชอบ และทรัพย์สิน จะไม่ถูกโอนไปยังบริษัทที่ทำการควบรวม และการควบกิจการโดยผลของกฎหมาย (Amalgamation) และการรวมกิจการเข้าด้วยกันโดยวิธีที่เรียกว่า “consolidation” ซึ่งการควบรวมในลักษณะนี้สิทธิหน้าที่ ความรับผิดชอบ และทรัพย์สิน จะถูกโอนไปยังบริษัทใหม่ที่เกิดขึ้น

ในประเทศอังกฤษการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของบริษัทอยู่ภายใต้กฎหมายหลายฉบับ โดยกฎหมายที่สำคัญคือ Companies Act 1985 (CA 1985) โดยทั่วไปแล้ว CA 1985 ใช้บังคับทั้งบริษัทจำกัด และบริษัทมหาชน เว้นแต่มาตราที่ระบุให้ใช้เฉพาะกับบริษัทประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ แต่หากบริษัทล้มละลาย หลักการควบกิจการจะเป็นไปตาม Insolvency Act 1986 (IA 1986) นอกจากพระราชบัญญัติหลักทั้งสองดังกล่าวแล้ว ยังมีกฎหมายลำดับรองลงมาที่สำคัญคือ City Code on Takeovers and Mergers.

นอกจากนี้หากเป็นกรณีของบริษัทในตลาดหลักทรัพย์จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของ Financial Services Act (FSA) และอาจมีประเด็นที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับ Fair Trading Act 1973 หากเป็นการครอบงำกิจการที่อาจทำให้เกิดการผูกขาดทางเศรษฐกิจ¹¹⁶

เนื่องจากกฎระเบียบในการควบรวมกิจการในรูปแบบต่าง ๆ ข้างต้นที่ใช้บังคับกับบริษัทมหาชนจะเคร่งครัดกว่าบริษัทเอกชน จึงจะขอลำดับถึงกฎระเบียบที่ใช้บังคับกับบริษัทมหาชนก่อน ดังต่อไปนี้

¹¹⁴ Matthew Bender, Ibid.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Dine Janet, Company Law (Basingstoke London: Palgrave, 2001), p. 106.

1. การควบรวมกิจการของบริษัทมหาชน

ก่อนอื่นคงต้องมาทำความเข้าใจก่อนว่า ในแง่ของบริษัทมหาชนนั้น การเข้าซื้อหุ้นเพื่อครอบงำกิจการนั้นถือเป็นวิธีการในการควบรวมกิจการประเภทหนึ่ง ดังนั้นจึงต้องทำความเข้าใจกับหลักการของการเข้าครอบงำกิจการ (Takeover) ด้วย ตามนัยของบริษัทมหาชนนั้น คำว่า “ครอบงำ” หรือ “Control” นั้น ได้แก่การที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดถือหุ้นตั้งแต่ 30% ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงของอีกบริษัทหนึ่ง ทั้งนี้ กฎหมายอังกฤษที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของการควบรวมบริษัทไม่ได้มีคำจำกัดความคำว่า “ควบรวม” ไว้แต่อย่างใด การควบรวมกิจการจึงมีความหมายแสดงนัยของธุรกรรมที่เกี่ยวข้อง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วได้แก่ การที่บริษัทหนึ่งซื้อหุ้นหรือซื้อสินทรัพย์ของบริษัทหนึ่งโดย

อย่างไรก็ดี เนื่องจากอิทธิพลของ E.C. Directives กฎหมายอังกฤษได้มีการปรับเปลี่ยนเพิ่มเติมนัยของการควบรวมกิจการรวมไปถึงกรณี 3 กรณีดังต่อไปนี้

1) กรณีที่บริษัทมหาชนแห่งหนึ่งเสนอจะโอนกิจการสินทรัพย์ และหนี้สินของตนทั้งหมดไปยังบริษัทมหาชนอีกบริษัทหนึ่ง (ซึ่งจัดตั้งขึ้นมาเพื่อการรับโอนโดยเฉพาะ) ทั้งนี้ โดยที่หุ้นของบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่นี้ ถือโดยผู้ถือหุ้นของบริษัทที่ทำการ โอนกิจการ สินทรัพย์ และหนี้สินทั้งหมดดังกล่าว

2) กรณีที่บริษัทมหาชนตั้งแต่สองบริษัทขึ้นไปโอนกิจการทั้งหมดของตนไปยังบริษัทใหม่ที่จัดตั้งขึ้น ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นบริษัทเอกชนหรือมหาชนก็ตาม โดยที่บริษัทที่โอนรับหุ้นของบริษัทใหม่เป็นค่าตอบแทน ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นจำนวนหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนก็ตาม

3) กรณีที่บริษัทมหาชนเสนอจะแบ่งกิจการของตนออกเป็นส่วนๆ ให้แก่บริษัทเดียวหรือหลายบริษัทที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อการรับโอนกิจการส่วนต่างๆ ดังกล่าว ทั้งนี้โดยที่ผู้ถือหุ้นของบริษัทที่ได้หุ้นของบริษัทที่จัดใหม่เพื่อการรับโอนดังกล่าว ทั้งนี้ไม่ว่าเป็นจำนวนหุ้นทั้งหมด หรือบางส่วนก็ตาม

กฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการควบรวมกิจการของบริษัทมหาชน

1) The City Code on Takeovers and Mergers (the “City Code”)

การควบรวมกิจการโดยส่วนใหญ่จะเกิดขึ้นจากการที่บริษัทหนึ่งเข้าซื้อหุ้นทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ของอีกบริษัทหนึ่ง อนึ่งในการนี้จะต้องมีการทำการเสนอซื้อ และโดยมากราคาที่เสนอจะเป็นราคาที่สูงกว่าราคาหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ การเสนอซื้อจะเสนอโดยใช้เงินสด หรือแลกเปลี่ยนการสิ่งอื่นก็ได้ (in kind)

กฎหมายอังกฤษที่ควบคุมการควบรวมกิจการมีหลายฉบับ ประเภททั้งที่ออกเป็น พ.ร.บ. และระเบียบต่างๆ ตลอดจนข้อกำหนดใน The City Code ซึ่งเป็นข้อปฏิบัติที่

สำคัญ ทั้งนี้เพราะในทางปฏิบัติมีการปฏิบัติตามกันอย่างเคร่งครัด แม้ว่า The City Code ไม่ได้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายแต่อย่างใด กล่าวคือ ใครจะเลือกปฏิบัติตามหรือไม่ก็ได้

หลักใหญ่ๆ ของ The City Code คือ (i) ต้องการให้ผู้ถือหุ้นได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคกัน ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นหุ้นประเภทเดียวกันหรือไม่ก็ตาม (ii) ความต้องการของตลาดในหุ้นของผู้ซื้อและผู้ขายต้องเป็นไปตามจริง (iii) ผู้บริหารของบริษัทที่จะถูกซื้อจะต้องไม่ทำการใด ๆ อันมีผลให้การเสนอซื้อนั้นถูกรบกวนโดยผู้ถือหุ้น ไม่ยินยอมด้วย

บทบัญญัติใน City Code on Takeovers and Mergers ได้รับการบังคับโดย Takeover Panel ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดย Governor of the Bank of England และกลุ่มองค์กรที่กำหนดไว้ เช่น The Association of British Insurers, The British Bankers' Association, The Institute of Chartered Accountants in England and Wales เป็นต้น City Code ดังกล่าวมีบทบัญญัติหลักที่ครอบคลุมเรื่องต่อไปนี้

(1) คำเสนอควบบริษัท ซึ่งเป็นเอกสารที่ต้องได้รับการจัดทำด้วยความละเอียดรอบคอบ ต้องมีรายละเอียดที่เพียงพอให้ผู้ถือหุ้นทำการตัดสินใจได้อย่างถูกต้อง (properly informed decision) เป็นต้น

(2) การครอบงำกิจการโดยการเข้าถือหุ้นเพียงบางส่วน (Partial Bids) เนื่องจากในทางปฏิบัติการครอบงำกิจการอาจทำได้โดยการถือหุ้นไม่ถึงร้อยละ 50 หลักการของ City Code จะกำหนดให้ต้องทำการเสนอขายหุ้น (mandatory bid) เมื่อมีหุ้นถึงร้อยละที่กำหนด เช่น ร้อยละ 30

(3) Insider Dealing โดย Panel สามารถลงประกาศการทำ insider dealing นอกจากนี้ยังมีโทษทางอาญาตาม the Criminal Justice Act 1993

(4) การคาดการณ์กำไรให้สูงเกินจริง ในกรณีนี้ Panel สามารถกำหนดให้มีการเผยแพร่คำแก้ไขการคาดการณ์กำไรให้ถูกต้องได้

(5) ยุทธวิธีของกรรมการบริษัท (tactic of directors) Panel สามารถเข้าจัดการในกรณีที่บริษัททราบการเสนอควบกิจการ หากกรรมการของบริษัทใช้เทคนิคใดๆ เพื่อมิให้เกิดการควบกิจการ โดยไม่ได้รับการพิจารณาจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น เช่น อาจเพื่อกำหนดอำนาจของกรรมการในบริษัทไว้

2) การเสนอซื้อหลักทรัพย์

ข้อกำหนดเรื่องการเสนอซื้อจะนำมาใช้ต่อเมื่อมีการเสนอซื้อหุ้น 30% ขึ้นไป (กล่าวคือ เมื่อถึงจุดที่อาจจะ “ควบคุม” บริษัทใด ๆ ทั้งนี้ไม่ว่าเป็นการเสนอซื้อโดยคนคนเดียว หรือการร่วมกันซื้อโดยหลายบุคคล (Acting in Concert) ข้อกำหนดจะถูกนำมาใช้เช่นกัน หากว่าจะมีการซื้อหุ้นระหว่าง 30%-50% ของหุ้นทั้งหมดของบริษัท การเสนอซื้อจะต้องระบุผลตอบแทน

เป็นเงินสดหรือสิ่งตอบแทนอื่นที่ใช้แทนเงินสด ทั้งนี้ ราคาจะต้องไม่ต่ำกว่าราคาสูงสุดที่ผู้เสนอซื้อได้เคยซื้อหุ้นในรอบเวลา 12 เดือน นับตั้งแต่วันที่ผู้เสนอซื้อนั้น ๆ เข้าข่ายต้องทำการเสนอซื้อตามระเบียบเรื่องการเสนอซื้อหุ้นดังกล่าว

3) การถูกบังคับซื้อ

ขั้นแรกผู้เสนอซื้อต้องถูกบังคับให้ซื้อหุ้นทั้งหมดของบริษัทหรือหุ้นทั้งหมดในประเภทนั้น ๆ ดังนั้น หากผู้เสนอซื้อได้ซื้อหรือถูกบังคับให้ซื้อหุ้น 90% ขึ้นไปในบริษัท (“Compulsory Purchase Trigger Point”) ผู้เสนอซื้อหุ้นต้องส่งคำเสนอให้ผู้ถือหุ้นที่เหลืออยู่ ทั้งนี้ หุ้นจำนวน 90% ดังกล่าวจะต้องได้มาในระหว่างระยะเวลา 4 เดือนนับแต่มีการเสนอซื้อครั้งแรก และต้องมีการส่งคำเสนอภายใน 2 เดือนนับจากจุด Compulsory Purchase Trigger Point

4) ผลของการส่งคำเสนอซื้อ

เมื่อได้ส่งคำเสนอซื้อแล้ว ผู้เสนอซื้อต้องซื้อหุ้นทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขเดียวกันกับที่เสนอไป อย่างไรก็ตาม ผู้ถือหุ้นที่เหลือมีสิทธิจะขอให้ศาลสั่งไม่ให้ผู้เสนอซื้อใช้สิทธิซื้อนี้ได้

5) ค่าตอบแทนที่ต้องชำระล่วงหน้า 6 สัปดาห์ หลังการออกคำเสนอซื้อ ผู้เสนอซื้อต้องชำระค่าตอบแทนค่าหุ้นให้แก่บริษัท โดยบริษัทต้องเก็บรักษาเงินสดดังกล่าวแทนผู้ถือหุ้นที่ไม่ประสงค์จะรับการเสนอซื้อ โดยจะเก็บไว้เป็นเวลา 12 ปี หรือจนกว่าจะมีการเลิกบริษัท จากนั้นก็นำเงินสดดังกล่าวไปชำระให้แก่ศาล

6) คำขอให้ศาลลดจำนวนหุ้นที่ถูกต้องบังคับซื้อลง

หากผู้เสนอซื้อไม่สามารถซื้อหุ้นเพิ่มได้ตามข้อกำหนด Compulsory Purchase Trigger Point ดังกล่าวข้างต้น ผู้เสนอซื้ออาจจะขอให้ศาลลดจำนวนหุ้นที่ต้องซื้อลงมาได้ ทั้งนี้ ศาลจะอนุมัติต่อเมื่อผู้เสนอซื้อได้แสดงให้เห็นถึงความจำเป็นและข้อเท็จจริงที่ว่าตนเองได้เสนอซื้อในราคาที่สมเหตุสมผลและเหมาะสมแล้ว

7) สิทธิผู้ถือหุ้นข้างน้อยในการบังคับให้ผู้เสนอซื้อซื้อหุ้น

สิทธิดังกล่าวนี้ เป็นข้อกำหนดที่ให้สิทธิผู้ถือหุ้นข้างน้อยที่ต้องการให้ผู้เสนอซื้อซื้อหุ้นของตนแม้ว่าผู้เสนอซื้อได้ซื้อถึงกำหนด 90% ตามกฎหมายกำหนดแล้วก็ตาม ทั้งนี้ ต้องซื้อในราคาและเงื่อนไขเดียวกันกับที่ผู้เสนอซื้อได้เสนอให้ผู้ถือหุ้นรายอื่น ๆ หรือในเงื่อนไขที่ผู้เสนอซื้อและผู้ถือหุ้นจะได้ตกลงกัน

2. คำสั่งศาลให้ควมรวมกิจการ

วิธีการควมรวมกิจการโดยคำสั่งศาล เป็นกรณีที่ผู้ถือหุ้นต้องตกลงกับเจ้าหนี้ เพื่อจะได้ไม่ต้องเลิกบริษัทไปเนื่องจากมีหนี้สินล้นพ้นตัว กรณีนี้ ศาลจะต้องพิจารณาว่าสิทธิของ

ทั้งผู้ถือหุ้นและเจ้าหนี้จะไม่กระทบการตกลงกันระหว่างทั้งสองฝ่ายจะต้องได้รับอนุมัติโดยเสียงของทั้งสองฝ่ายจำนวน 75% ขึ้นไป

3. ข้อกำหนดเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อเท็จจริง

1) กฎหมายบริษัทของอังกฤษกำหนดให้บุคคลผู้ได้มาซึ่ง “สิทธิ” ใดๆ จำนวนรวม 3% หรือมากกว่าของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดต้องแจ้งให้บริษัทรับทราบถึงการได้มาซึ่งสิทธิดังกล่าวภายใน 2 วัน นับแต่การได้มาซึ่ง “สิทธิ” ดังกล่าว จากนั้น การได้มาซึ่งหุ้นที่เพิ่มขึ้นทุก ๆ 1% ผู้ถือหุ้นดังกล่าว นอกจากนั้น บริษัทก็ต้องแจ้งให้ตลาดหลักทรัพย์ทราบโดยมิชักช้า

2) ข้อกำหนดการเปิดเผยข้อมูลโดยบุคคลที่จะเข้าครอบงำกิจการ การดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับหุ้นระหว่างผู้เสนอซื้อ และผู้เสนอขายทั้งสองฝ่ายจะต้องแจ้งให้ UKLA และ Takeover Panel ทราบทุกวัน

3) ข้อกำหนดการเปิดเผยข้อมูลการได้หุ้นทุก ๆ 1% ในระหว่างที่มีการเสนอซื้อหุ้นบุคคลที่เสนอซื้อหุ้นดังกล่าวต้องแจ้งให้กับ Takeover Panel ทราบถึงการได้มาซึ่งหุ้นทุก 1%

4. หลักการควบกิจการตามมาตรา 425

หลักการควบกิจการตามมาตรา 425 ของ The Companies Act นั้น ใช้กันทั้งบริษัทเอกชน จำกัด และบริษัทมหาชน CA มาตรา 425 กำหนดหลักการเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างภายในของบริษัท ไม่ว่าจะเป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของผู้ถือหุ้น หรือโครงสร้างของเจ้าหนี้ของบริษัท โดยความตกลง (compromise or arrangement) หนึ่งในกรณีที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของบริษัทซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 425 คือกรณีของการควบบริษัท หลักการนี้ใช้บังคับอย่างกว้างขวางกับการก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของโครงสร้างบริษัท (Reconstruction) ด้วยวิธีการใดๆ เช่น โดย Amalgamation, โดยการโอนสินทรัพย์ของกิจการ เป็นต้น

นอกจากนี้ในกรณีที่ทำ takeover offer (CA มาตรา 428 กำหนดว่าหมายถึง การทำคำเสนอเพื่อซื้อหุ้นทั้งหมดของบริษัท หรือหุ้นทั้งหมดในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งหรือหลายกลุ่มของบริษัท) ผู้เสนอซื้อหุ้น (the offeror) หากเข้าทำการซื้อหุ้นหรือมีความตกลงจะซื้อหุ้นแล้วรวมมูลค่าไม่น้อยกว่า 9 ใน 10 ส่วน ผู้เสนอซื้อหุ้นมีสิทธิที่จะแจ้งแก่ผู้ถือหุ้นส่วนน้อยที่เหลือว่าผู้เสนอซื้อหุ้นประสงค์จะซื้อหุ้นส่วนที่เหลือนั้นด้วยเพิ่มอีกก็ได้ (buy out by offeror ใน CA มาตรา 429 ซึ่งแก้ไขโดย FSA 1986 Schedule 12) และหากผู้เสนอซื้อหุ้นไม่ทำการเสนอซื้อส่วนน้อยดังกล่าว ผู้ถือหุ้นส่วนน้อยที่เหลือนี้ก็สามารถแจ้งให้ผู้เสนอซื้อดังกล่าวรับซื้อหุ้นของตนได้ (CA มาตรา 430A ซึ่งแก้ไขโดย FSA 1986 Schedule 12)

3.3 การโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัทในต่างประเทศ

3.3.1 การโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกา

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าความลับทางการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกา ถือเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง ดังนั้นผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าจึงมีสิทธิที่จะจำหน่าย จ่าย โอน ความลับทางการค้าของตนได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ในการโอนที่สำคัญคือ ผู้รับโอนจะต้องเข้าครอบครองความลับทางการค้านั้น และในการโอนจะต้องทำเป็นหนังสือระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน ตามที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น

แต่ในกรณีของการควบบริษัทตามหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกานั้นมีวิธีการโอนที่แตกต่างออกไป กล่าวคือการรวมกิจการบริษัททั้งแบบ Consolidation และ Merger นั้นจะทำให้สิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบ และทรัพย์สิน ของบริษัทเดิมโอนไปยังบริษัทใหม่ที่เกิดขึ้นจากการรวมกิจการแบบ Consolidation หรือบริษัทที่คงอยู่ต่อมาภายหลังการรวมกิจการแบบ Merger¹¹⁷ โดยผลของกฎหมาย ความลับทางการค้าซึ่งเป็นทรัพย์สินจึงโอนไปยังบริษัทใหม่หรือบริษัทที่คงอยู่โดยผลของกฎหมาย ดังนั้นการควบกิจการบริษัทในลักษณะนี้จึงไม่มีการทำเป็นหนังสือระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน

ส่วนการควบกิจการในลักษณะการซื้อทรัพย์สินของกิจการ (Asset Acquisition) และการได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ (Stock Acquisition) หรือเรียกว่าการควบกิจการลักษณะ Take over ซึ่งการควบรวมในสองลักษณะนี้ไม่ได้เป็นการทำให้บริษัทที่ถูกควบรวมไปนั้นสิ้นสภาพนิติบุคคล โดยสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบ และทรัพย์สิน จะไม่ถูกโอนไปยังบริษัทที่ได้กระทำการควบรวม เป็นเพียงการได้ไปซึ่งอำนาจในการบริหารเท่านั้น ความลับทางการค้าจึงไม่ถูกโอนไปยังบริษัทที่ได้กระทำการควบรวม ดังนั้นเจ้าของความลับทางการค้าเดิมนั้นยังคงความเป็นเจ้าของอยู่

การควบบริษัทไม่ว่าจะเป็นในลักษณะ Merger หรือ Consolidation จะต้องมีการขั้นตอนในการเจรจา และแลกเปลี่ยนข้อมูลความลับทางการค้าต่อกัน เพื่อเป็นส่วนในการตัดสินใจก่อนดำเนินการควบกิจการ เป็นเหตุให้ล่วงรู้ความลับทางการค้าต่อกัน หรือการควบรวมกิจการในลักษณะการซื้อทรัพย์สินของกิจการ (Asset Acquisition) และการได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ (Stock Acquisition) ก็เช่นกัน โดยบริษัทที่ดำเนินการควบรวมได้เข้าไปบริหารบริษัทที่ถูกควบรวมนั้น ก็เป็นเหตุให้ได้ทราบถึงข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้า ซึ่งการทราบถึงข้อมูลความลับทางการค้าต่อกันนั้น อาจส่งผลกระทบต่อสถานภาพของความลับทางการค้าภายหลังจากควบบริษัทแล้ว ซึ่งประเด็นนี้เกิดเป็นข้อพิพาทนำคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีมาตรการใน

¹¹⁷ ปิยนันท์ สุวรรณวิสูตร, เรื่องเดิม, หน้า 30.

การให้ความคุ้มครองสถานภาพการเป็นความลับทางการค้า โดยให้บริษัทที่ประสงค์จะดำเนินการควบกิจการทำข้อตกลงในการรักษาความลับทางการค้า (Non disclosure agreement)¹¹⁸ ซึ่งจะทำข้อตกลงกันก่อนที่จะมีการควบกิจการกัน และส่วนมากเนื้อหาของความสำคัญจะเกี่ยวกับเรื่องของการตกลงที่จะไม่เปิดเผย และรักษาข้อมูลความลับทางการค้าที่ได้ดำเนินการโอนกัน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรักษาสถานภาพของการเป็นความลับ และป้องกันความเสียหายที่จะเกิดกับความลับทางการค้าภายหลังการควบบริษัทนั่นเอง

3.3.2 การโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัทในประเทศอังกฤษ

การโอนความลับทางการค้าในประเทศอังกฤษนั้นมีลักษณะคล้ายคลึงกันกับประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือความลับทางการค้าถือเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (Intangible Asset) และเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง ดังนั้นผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าจึงมีสิทธิที่จะจำหน่าย จ่าย โอน ความลับทางการค้าของตนได้ โดยมีหลักเกณฑ์ในการโอนที่สำคัญคือ ในการโอนความลับทางการค้าจะต้องทำเป็นหนังสือระหว่างผู้โอน และผู้รับโอน¹¹⁹ โดยผู้โอนจะต้องเป็นผู้ครอบครองความลับทางการค้า ตามที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น

โดยการโอนความลับทางการค้ากรณีการควบรวมกิจการในประเทศอังกฤษนั้น ก็มีลักษณะที่เป็นปัญหาเหมือนกับในประเทศสหรัฐอเมริกาเช่นเดียวกัน กล่าวคือการควบกิจการที่มีกฎหมายรับรอง (Amalgamation) สิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบ และทรัพย์สิน จะถูกโอนไปยังบริษัทใหม่โดยผลของกฎหมาย ความลับทางการค้าซึ่งเป็นทรัพย์สินจึงโอนไปยังบริษัทใหม่หรือบริษัทที่คงอยู่โดยผลของกฎหมาย ดังนั้นการควบกิจการบริษัทในลักษณะนี้จึงไม่มีการทำเป็นหนังสือระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน

เช่นเดียวกับการควบกิจการในลักษณะการซื้อทรัพย์สินของกิจการ (Asset Acquisition) และ การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ (Stock Acquisition) ซึ่งการควบกิจการทั้งสองลักษณะนี้ไม่ก่อให้เกิดบริษัทใหม่ขึ้น และไม่ทำให้บริษัทที่ถูกควบรวมไปสิ้นสภาพนิติบุคคลไป โดยสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบ และทรัพย์สิน จะไม่ถูกโอนไปยังบริษัทที่ได้กระทำการควบรวม เป็นเพียงการได้ไปซึ่งอำนาจในการบริหารเท่านั้น ดังนั้นความลับทางการค้าซึ่งเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งจึงไม่ถูกโอนไปยังบริษัทที่ทำการควบรวม

¹¹⁸ John holl, Legal Contracts that Protect Your Trade Secret, at <http://www.chillingeffects.org/tradesecret/resource.cgi?ResourceID=88>, (last visited 22 October 2011).

¹¹⁹ Paul Maret, How to Transfer Intangible Assets to a Corporation, at http://www.ehow.com/how_8485305_transfer-intangible-assets-corporation.html, (last visited 22 October 2011).

ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัทก็มีลักษณะเช่นเดียวกันกับในประเทศสหรัฐอเมริกาคือ เนื่องจากการรับรู้ถึงข้อมูลความลับทางการค้าต่อกันจึงส่งผลกระทบต่อสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้าภายหลังการควบบริษัท ซึ่งเกิดเป็นข้อพิพาทนำคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก ประเทศอังกฤษจึงมีมาตรการในการคุ้มครองสถานภาพของความลับทางการค้า โดยให้บริษัทที่ประสงค์จะดำเนินการควบบริษัททำข้อตกลงในการรักษาความลับทางการค้า (Confidential agreement) โดยจะทำข้อตกลงกันก่อนดำเนินการควบกิจการกัน และเนื้อหาใจความสำคัญจะเกี่ยวกับเรื่องของการตกลงที่จะไม่เปิดเผย และรักษาข้อมูลความลับทางการค้าที่ได้ดำเนินการโอนกัน ทั้งนี้เพื่อเป็นการรักษาสถานภาพของการเป็นความลับเอาไว้ต่อไป

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการโอนความลับทางการค้า กรณีการควบบริษัท

ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ปัจจุบันการควบบริษัทนั้นเป็นที่นิยมกันอย่างแพร่หลาย เนื่องจากเป็นกลยุทธ์การตลาดที่สำคัญอย่างยิ่งประการหนึ่ง เพื่อความอยู่รอด และเติบโตทางธุรกิจ โดยบริษัทไทยขนาดใหญ่ กลาง เล็ก เป็นจำนวนมากเลือกใช้กลยุทธ์ในการรวมตัวกันนี้ เพื่อให้สามารถแข่งขันกับบริษัทขนาดใหญ่ หรือบริษัทข้ามชาติอื่นๆ ได้ ซึ่งการควบบริษัทนั้นมีหลายประเภทได้แก่ การได้มาซึ่งหุ้น การซื้อทรัพย์สิน หรือการควบบริษัทที่มีกฎหมายรับรอง คือการควบบริษัท ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535

โดยภายหลังจากการควบบริษัทเรียบร้อยแล้ว ความลับทางการค้าจะถูกโอนไปยังบริษัทใหม่ที่เกิดขึ้น หรือบริษัทที่ยังคงอยู่ หรือยังคงอยู่กับบริษัทเดิมผู้เป็นเจ้าของ แล้วแต่กรณี แต่ก่อนที่จะทำการควบบริษัทกันนั้น บริษัทที่ประสงค์จะทำการควบจะต้องมีการเจรจาแลกเปลี่ยนข้อมูลต่างๆ เพื่อเป็นการประกอบในการตัดสินใจ ซึ่งรวมไปถึงข้อมูลความลับทางการค้าด้วย หรือการควบบริษัทอาจเป็นเหตุให้บริษัทหนึ่งได้รับรู้ถึงความลับทางการค้าของอีกบริษัทหนึ่ง ดังนั้นเมื่อมีการทราบถึงข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าของกันและกัน จึงเป็นการส่งผลกระทบต่อสถานะภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้าโดยตรง ในเรื่องของการคงไว้ซึ่งการเป็นความลับ ซึ่งผู้เขียนขอวิเคราะห์ปัญหาการโอนความลับทางการค้า กรณีการควบบริษัทดังต่อไปนี้

4.1 วิเคราะห์ปัญหาสถานะภาพของความลับทางการค้า กรณีการควบบริษัท

ตามที่ได้กล่าวไปว่าการควบบริษัทในประเทศไทยนั้นมีหลายประเภท ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ ประเภทแรกการควบบริษัทแบบไม่มีกฎหมายรับรอง หรือการควบบริษัทในลักษณะ -ของการ Take over คือ การได้มาซึ่งหุ้น การได้มาซึ่งทรัพย์สิน ซึ่งมีทั้งในลักษณะที่เต็มใจ (Friendly) และไม่เต็มใจ (Unfriendly) ในการควบรวม กับประเภทที่สองการควบบริษัทแบบมีกฎหมายรับรอง หรือการควบลักษณะ Merger และ Consolidation เช่น การควบบริษัท ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 เป็นต้น ซึ่งภายหลังจากการควบบริษัทแล้ว ความลับทางการค้าจะถูกโอนไปยังบริษัทใหม่ที่เกิดขึ้น หรือบริษัทที่ยังคงอยู่ ไปโดยอาศัยผลของกฎหมาย ซึ่งไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน หรือยังคงอยู่กับบริษัทเดิมผู้เป็นเจ้าของ แล้วแต่กรณีตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2

ลักษณะการควบบริษัทในประเทศไทยนั้นค่อนข้างที่จะมีรูปแบบที่คล้ายคลึงกับประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษอยู่มาก กล่าวคือ ประเทศทั้ง 2 มีรูปแบบการควบบริษัท 3 รูปแบบ คือ

1. การควบกิจการ (Merger) และการรวมกิจการ (Consolidation) หรือที่รวมกันเรียกว่า Statutory merger or consolidation
2. การซื้อทรัพย์สินของกิจการ (Asset Acquisition) และ
3. การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ (Stock Acquisition)

โดยหลักการโอนความลับทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ ก็มีรูปแบบเหมือนกันกับพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 คือต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอนเป็นสำคัญด้วย แต่ในกรณีของการควบบริษัทนั้นรูปแบบในการโอนความลับทางการค้านั้นจะแตกต่างกันออกไป โดยหากเป็นลักษณะการควบบริษัทแบบ Merger และ Consolidation บริษัทใหม่ที่เกิดขึ้นใหม่ หรือบริษัทที่ยังคงอยู่ ไปโดยอาศัยผลของกฎหมาย หรือหากควบบริษัทแบบ การได้มาซึ่งหุ้น หรือการได้มาซึ่งทรัพย์สิน ทรัพย์สินจะไม่ถูกโอนกรรมสิทธิ์ไปยังบริษัทที่ดำเนินการควบ ดังนั้นการโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัท จึงไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน เช่นเดียวกันกับประเทศไทย

แต่ไม่ว่าจะควบบริษัทในลักษณะใดก็ตาม จะต้องมีการมีขั้นตอนในการเจรจา และแลกเปลี่ยนข้อมูลการค้าต่อกันเป็นส่วนหนึ่งในการประกอบการตัดสินใจ ซึ่งรวมไปถึงข้อมูลความลับทางการค้าด้วย อาทิเช่น บัญชีรายชื่อลูกค้า ประวัติการชำระหนี้ของลูกค้า กลยุทธ์ในการค้าขาย สูตรลับเกี่ยวกับส่วนผสมอาหาร เครื่องดื่ม เป็นต้น หรือการควบบริษัทอาจเป็นเหตุให้บริษัทหนึ่งได้รับรู้ถึงความลับทางการค้าของอีกบริษัทหนึ่ง เช่นการควบบริษัทลักษณะ Take Over โดยบุคคลที่เจรจาแลกเปลี่ยนข้อมูลความลับทางการค้า รวมถึงการรับรู้ซึ่งข้อมูลความลับทางการค้าก็คือ กลุ่มผู้ถือหุ้น และพนักงานที่เกี่ยวข้องของแต่ละบริษัทนั่นเอง ซึ่งการรับรู้ความลับทางการค้าของกลุ่มผู้ถือหุ้น และพนักงานที่เกี่ยวข้อง จึงส่งผลกระทบต่อสถานภาพการเป็นความลับของข้อมูลความลับทางการค้าโดยตรง ดังนั้นผู้เขียนจึงขอวิเคราะห์ปัญหาสถานภาพของความลับทางการค้า ภายหลังจากการควบบริษัทโดยไม่ขอแยกประเภทของการควบบริษัท ดังนี้

ความลับทางการค้านั้นเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง โดยมีลักษณะทั่วไปที่สำคัญอยู่ 3 ประการตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 คือ

1. มีคุณค่า (Genuine Value)
2. มีความใหม่ (Novelty)
3. เป็นข้อมูลที่เป็นความลับ (Secrecy)

โดยลักษณะทั่วไปที่สำคัญที่สุดก็คือ ข้อมูลนั้นยังคงต้องเป็นความลับอยู่ ซึ่งข้อมูลที่จะเป็นความลับนั้นจะต้องมีลักษณะที่สำคัญคือ จะต้องเป็นความลับที่มีอยู่จริง เป็นความลับที่คู่แข่งไม่อาจรู้ได้ หรืออาจไม่สนใจที่จะรับรู้ และเป็นความลับพอสมควร หรือตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ได้ระบุว่า “เป็นข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว”

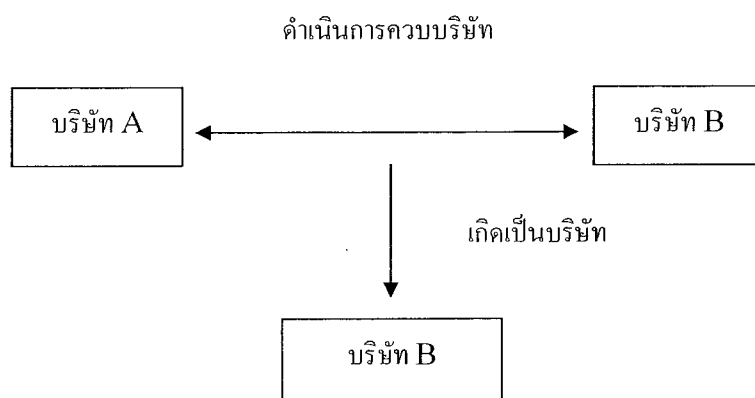
การที่จะพิจารณาว่าข้อมูลการค้านี้ยังเป็นความลับอยู่หรือไม่นั้น ไม่ถึงกับต้องเป็นความลับสุดยอด เพียงแต่ยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว ก็เพียงพอประกอบตามข้อนี้แล้ว สำหรับในส่วนของบริษัทซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว อาจอธิบายในภาพกว้างได้ว่าเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องในวงการ หรือธุรกิจ นั้นๆ ไม่ว่าจะเป็นในด้านการผลิต ซื้อมาขาย คู่แข่ง ตลอดจนผู้บริโภค หรือบุคคลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

โดยหลักของการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็น หลักตามคำพิพากษา, Restatement (First) of Torts 1939, กฎหมายต้นแบบในการคุ้มครองความลับทางการค้า (The Uniform Trade Secret Act หรือ USTA) และพระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเศรษฐกิจ (The Economic Espionage Act หรือ EEA) จะถือเรื่องของการคงสถานะของการเป็นความลับของข้อมูลเป็นเรื่องที่สำคัญ โดยข้อมูลความลับทางการค้านั้นจะต้องไม่เป็นข้อมูลที่รู้จักกันโดยทั่วไป เช่นเดียวกันกับประเทศอังกฤษที่ให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าโดยใช้หลักสัญญา (Contract), หลักยุติธรรม (Equity), หลักกฎหมายละเมิด และหลักทรัพย์สิน (Property) ก็ จะเน้นให้ความสำคัญว่าข้อมูลนั้นยังคงต้องเป็นความลับอยู่ เป็นข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป

ดังนั้นในกรณีของการควบบริษัทแบบ Merger และ Consolidation ซึ่งจะต้องมีการเจรจา และแลกเปลี่ยนข้อมูลความลับทางการค้า หรือการควบบริษัทในลักษณะ Take over ที่เป็นเหตุให้ได้รับทราบข้อมูลอันเป็นความลับ โดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการรับรู้ข้อมูลความลับทางการค้าก็คือ กลุ่มผู้ถือหุ้น และพนักงานที่เกี่ยวข้องของแต่ละบริษัท ดังนั้นเมื่อบุคคลดังกล่าวได้รับรู้ถึงข้อมูลความลับทางการค้า จึงก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อสถานภาพการเป็นความลับของข้อมูลความลับทางการค้า โดยเมื่อพิจารณาจากคุณสมบัติของการเป็นข้อมูลที่เป็นความลับ (Secrecy) ที่ว่าการที่จะพิจารณาว่าข้อมูลการค้านี้ยังเป็นความลับอยู่หรือไม่นั้น ให้พิจารณาว่าข้อมูลความลับทางการค้านั้น ต้องไม่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคล ซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว สำหรับในส่วนของบริษัทซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว อธิบายได้ในภาพกว้างได้ว่าเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องในวงการ หรือธุรกิจ นั้นๆ ไม่ว่าจะเป็นในด้านการผลิต ซื้อมาขาย คู่แข่ง ตลอดจนผู้บริโภค หรือบุคคลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

จึงพิจารณาได้ว่าความสัมพันธ์ของบริษัทที่ได้ดำเนินการควบบริษัทกันกล่าวคือ กลุ่มผู้ถือหุ้น และพนักงานที่เกี่ยวข้องของแต่ละบริษัทนั่นเอง มีความสัมพันธ์เป็นบุคคลภายนอก หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกันในวงการธุรกิจต่อกัน ดังนั้นการที่กลุ่มผู้ถือหุ้น และพนักงานที่เกี่ยวข้องของแต่ละบริษัทได้รับทราบถึงความล้มเหลวทางการค้าต่อกัน จึงก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อสถานการณ์เป็นความล้มเหลวของความล้มเหลวทางการค้าภายหลังการควบบริษัทได้ ซึ่งต้องแยกพิจารณาตามแต่ละข้อเท็จจริงต่อไปว่ามีการผลกระทบมากน้อยเพียงใด ถึงขนาดที่จะสูญเสียการเป็นความล้มเหลวทางการค้าเลยหรือไม่ แต่กรณีที่ชัดเจนที่สุดคือ หากการควบบริษัทนั้นไม่สำเร็จการเปิดเผยข้อมูลความล้มเหลวทางการค้าต่อกันจะส่งผลกระทบโดยตรงต่อสถานการณ์ความล้มเหลวทำให้สูญเสียการเป็นความล้มเหลวไป และเมื่อความล้มเหลวทางการค้าได้สูญเสียการเป็นความล้มเหลว ซึ่งถือได้ว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งในการที่จะได้รับความคุ้มครอง ความล้มเหลวทางการค้านั้นก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความล้มเหลวทางการค้า พ.ศ.2545 อีกต่อไป ปัญหาในลักษณะนี้ก็เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ ด้วยเช่นกัน ซึ่งผู้เขียนขอยกตัวอย่างการโอนความล้มเหลวความล้มเหลวทางการค้าการควบบริษัท แต่ละประเภทพร้อมพิจารณาความเสี่ยงด้วยดังนี้

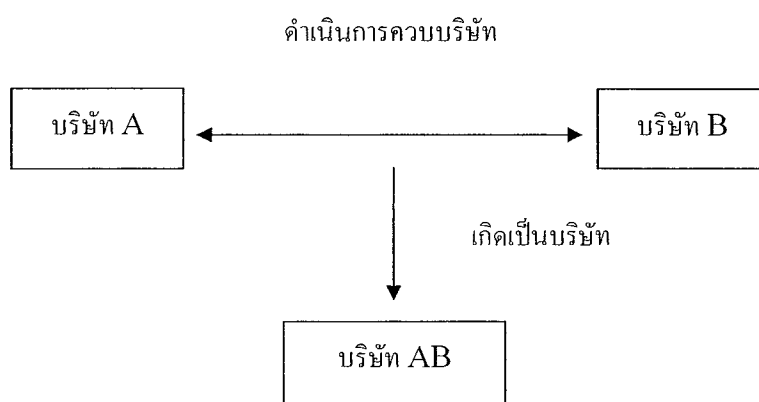
ตัวอย่างที่ 1 (กรณีการควบบริษัทในรูปแบบ Merger A+B = B)



กรณีจากภาพข้างต้น บริษัท A และ บริษัท B ได้ดำเนินการตกลงที่จะควบบริษัทกันในรูปแบบ Merger จนเกิดเป็นบริษัท B ซึ่งบริษัท A จะสืบทอดไปทันที โดยสิทธิ หน้าที่ และทรัพย์สิน ของบริษัท A จะถูกโอนไปยังบริษัท B โดยผลของกฎหมาย ซึ่งรวมไปถึงความล้มเหลวทางการค้าด้วย การควบบริษัทในลักษณะนี้บริษัท A และ บริษัท B ซึ่งก็คือ กลุ่มผู้ถือหุ้น และพนักงานที่เกี่ยวข้องของบริษัท A และบริษัท B จะต้องมีการเจรจาแลกเปลี่ยนข้อมูลต่อกัน และทราบถึงข้อมูลความล้มเหลวของกันและกัน เช่นเทคโนโลยีในการผลิตสินค้า หรือสูตรลับเกี่ยวกับส่วนผสมอาหาร เครื่องดื่ม เป็นต้น

การโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัทในลักษณะนี้ จะมีความเสี่ยงน้อยมาก เนื่องจากเมื่อการควบบริษัทสมบูรณ์แล้ว ความลับทางการค้าจะถูกโอนไปเป็นเป็นกรรมสิทธิ์ของ บริษัท B ผู้เดียว โดยบริษัท A จะขาดสิทธิในความลับทางการค้าของตนโดยทันที โดยการควบ บริษัทในลักษณะนี้จะเกิดความเสี่ยงต่อสถานภาพความลับทางการค้าในขั้นตอนของการเจรจา แลกเปลี่ยนข้อมูลต่อกันก่อนที่จะควบบริษัทเท่านั้น

ตัวอย่างที่ 2 (กรณีการควบบริษัทในรูปแบบ Merger $A+B = AB$)

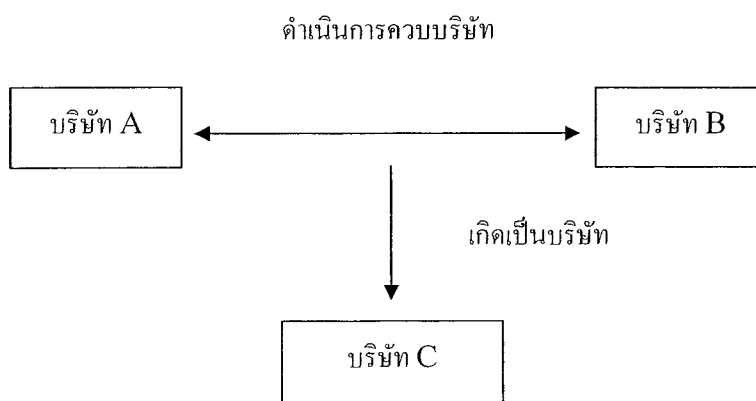


กรณีจากภาพข้างต้น บริษัท A และ บริษัท B ได้ดำเนินการตกลงที่จะควบบริษัทกันในรูปแบบ Merger จนเกิดเป็นบริษัท AB ซึ่งจะบริหารโดยผู้บริหารของทั้งสองบริษัท โดยบริษัท A และ บริษัท B จะสัณสภาพไปทันที โดยสิทธิ หน้าที่ และทรัพย์สิน ของบริษัท A และบริษัท B จะถูกโอนไปยังบริษัท AB โดยผลของกฎหมาย ซึ่งรวมไปถึงความลับทางการค้าด้วย การควบบริษัทในลักษณะนี้ กลุ่มผู้ถือหุ้น และพนักงานที่เกี่ยวข้องของบริษัท A และบริษัท B จะต้องมีการเจรจา แลกเปลี่ยนข้อมูลต่อกัน และทราบถึงข้อมูลความลับของกันและกัน เช่นเทคโนโลยีในการผลิตสินค้า หรือสูตรลับเกี่ยวกับส่วนผสมอาหาร เครื่องดื่ม เป็นต้น จึงเป็นการส่งผลกระทบต่อ สถานภาพของความลับทางการค้าที่ได้ถูกโอนไปยังบริษัท AB โดยตรง

การโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัทในลักษณะนี้ จะมีความเสี่ยงมากกว่า การควบบริษัทในรูปแบบของ $A+B = B$ เนื่องจากเมื่อการควบบริษัทสมบูรณ์แล้ว ความลับทางการค้า จะถูกโอนไปเป็นเป็นกรรมสิทธิ์ของบริษัท AB หรืออาจอธิบายให้เข้าใจโดยง่ายว่า เป็นการถือ กรรมสิทธิ์ร่วมกันระหว่างบริษัท A และบริษัท B โดยมีกลุ่มผู้ถือหุ้น และพนักงานที่เกี่ยวข้อง ของ ทั้ง 2 บริษัท เป็นผู้ดำเนินการต่อในนามของบริษัท AB ดังนั้นการที่กลุ่มผู้บริหาร และพนักงานที่ เกี่ยวข้องของทั้ง 2 บริษัท ได้รับรู้ถึงความลับทางการค้าต่อกัน จึงเกิดความ ไม่ชัดเจน และความ เสี่ยงต่อสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้าโดยตรง ซึ่งไม่เหมือนกับกรณีการควบ

บริษัทในรูปแบบของ $A+B = B$ ซึ่งภายหลังการควบบริษัทกรรมสิทธิ์ในความล้มเหลวทางการค้าจะตกเป็นของบริษัท B เพียงผู้เดียวจึงเกิดความชัดเจนกว่า

ตัวอย่างที่ 2 (กรณีการควบบริษัทในรูปแบบ Consolidate $A+B = C$)



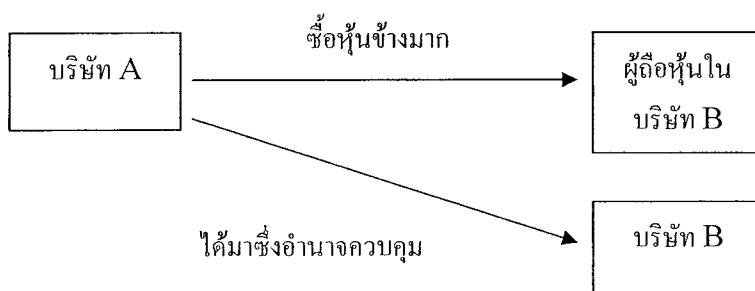
กรณีจากภาพข้างต้น บริษัท A และ บริษัท B ได้ดำเนินการตกลงที่จะควบบริษัทกันในรูปแบบ Consolidate จนเกิดเป็นบริษัท C โดยบริษัท A และ บริษัท B จะสิ้นสภาพไปทันที โดยสิทธิ หน้าที่ และทรัพย์สิน ของบริษัท A และบริษัท B จะถูกโอนไปยังบริษัท C โดยผลของกฎหมาย ซึ่งรวมไปถึงความล้มเหลวทางการค้าด้วย การควบบริษัทในลักษณะนี้ กลุ่มผู้ถือหุ้น และพนักงานที่เกี่ยวข้องของบริษัท A และบริษัท B จะต้องมีการเจรจาแลกเปลี่ยนข้อมูลต่อกัน และทราบถึงข้อมูลความล้มเหลวของกันและกัน เช่นเทคโนโลยีในการผลิตสินค้า หรือสูตรลับเกี่ยวกับส่วนผสมอาหาร เครื่องดื่ม เป็นต้น โดยบริษัท C ที่เกิดขึ้นใหม่อาจจะถูกบริหารจัดการโดย กลุ่มผู้ถือหุ้นบางส่วนของแต่ละบริษัท จึงเป็นการส่งผลกระทบต่อสถานภาพของความล้มเหลวทางการค้าที่ได้ถูกโอนไปยังบริษัท C โดยตรง

การโอนความล้มเหลวทางการค้ากรณีการควบบริษัทในลักษณะนี้ จะมีความเสี่ยงค่อนข้างสูง เนื่องจากการรับรู้ถึงข้อมูลความล้มเหลวทางการค้าของการควบบริษัทในลักษณะนี้ ค่อนข้างที่จะกว้างกว่าการควบบริษัทในรูปแบบของ $A+B = AB$ คือกลุ่มผู้ถือหุ้นผู้เป็นเจ้าของเดิม คือ บริษัท A และ บริษัท B และกลุ่มผู้ถือหุ้นของบริษัท C ซึ่งโดยทั่วไปก็คือผู้ถือหุ้นใน บริษัท A และ บริษัท B บางส่วน โดยอาจมีผู้ถือหุ้นใหม่ด้วย รวมไปถึงพนักงานผู้เกี่ยวข้องทั้งหมดด้วย ดังนั้นหากไม่มีมาตรการในการควบคุมแล้ว จะส่งผลกระทบต่อสถานภาพของความล้มเหลวทางการค้าเป็นอย่างมาก

กรณีนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ การควบบริษัทในลักษณะ Merger หรือ Consolidation ก็ทำให้เกิดปัญหาในเรื่องของสถานภาพการเป็นความล้มเหลวทางการค้า จนเกิดเป็นข้อพิพาทนำคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก โดยในลักษณะของการโอนก็จะ

เหมือนกับในประเทศไทยคือ ทรัพย์สินจะถูกโอนไปโดยผลของกฎหมาย จึงไม่มีการทำหนังสือระหว่างผู้โอน และผู้รับ โอน ซึ่งในหนังสือดังกล่าวจะมีข้อตกลงต่างๆ เพื่อเป็นการรักษาสถานภาพของความลับทางการค้าไว้ภายหลังมีการโอน

ตัวอย่างที่ 2 (กรณีการควบบริษัทในลักษณะการ Take Over)



กรณีจากภาพข้างต้น บริษัท A ได้ซื้อหุ้นข้างมากไปจาก บริษัท B ทำให้ได้มาซึ่งอำนาจควบคุมหรืออำนาจบริหารในบริษัท B กรณีนี้ความลับทางการค้าของบริษัท B จะไม่ถูกโอนไปยังบริษัท A โดยความลับทางการค้ายังคงเป็นกรรมสิทธิ์ของบริษัท B แต่การที่บริษัท A ได้ไปซึ่งอำนาจบริหารในบริษัท B เป็นเหตุให้บริษัท A ซึ่งก็คือ กลุ่มผู้ถือหุ้น และพนักงานที่เกี่ยวข้องของบริษัท A ได้ทราบความลับทางการค้าของบริษัท B อาทิเช่น บัญชีรายชื่อลูกค้า แผนการตลาด สูตรลับเกี่ยวกับส่วนผสมอาหาร เครื่องดื่ม ของบริษัท B เป็นต้น กรณีนี้จึงมีความเสี่ยงต่อสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้าค่อนข้างมาก

เช่นเดียวกันกับในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ ปัญหาความไม่ชัดเจนของสถานภาพความลับทางการค้าภายหลังจากการเข้า Take over ก็มีการ โดยเฉพาะในกรณีของการเข้า Take over ก็มีการในลักษณะ Unfriendly หรือไม่เป็นมิตร มีข้อพิพาทและน่าคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก หากเปรียบเทียบตามตัวอย่างภาพข้างต้น กล่าวคือ การที่บริษัท A ได้เข้า Take over บริษัท B โดยบริษัท B ไม่ได้มีเจตนา หรือต้องการที่จะควบบริษัทกับบริษัท A แล้วการที่บริษัท A ได้นำความลับทางการค้าของบริษัท B ไปใช้หรือ ให้ใช้ หรือเผยแพร่ต่อบุคคลภายนอก จึงส่งผลกระทบต่อความลับทางการค้าของบริษัท B ทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท B

จากตัวอย่างข้างต้นไม่ว่าจะเป็นการควบบริษัทในลักษณะ Take Over หรือการควบบริษัทในลักษณะ Merger หรือ Consolidate จะเห็นได้ว่าก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้าภายหลังการควบบริษัททั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นในประเทศไทย หรือในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ แต่ปัจจุบันในประเทศไทยนั้นยังไม่ค่อยที่จะให้

ความสำคัญต่อสถานภาพของความลับทางการค้าภายหลังการควบบริษัทเท่าใดนัก โดยมากจะให้ความสำคัญในเรื่องการรูปแบบการโอนมากกว่า ซึ่งการไม่ให้ความสำคัญในเรื่องนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาลงมาหลังจากได้มีการควบบริษัทไปแล้ว

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นแล้วว่า ปัญหาเกี่ยวกับสถานภาพของความลับทางการค้าภายหลังการควบบริษัท เป็นประเด็นข้อพิพาทที่นำคดีขึ้นสู่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ เป็นจำนวนมาก โดยส่วนมากจะเป็นข้อพิพาทในเรื่องของความไม่ชัดเจนของสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้าภายหลังการควบบริษัท อาทิเช่น เจ้าของเดิมยังคงใช้ หรือ ให้ใช้ หรือ โอน ซึ่งความลับทางการค้าที่ได้มีการโอนไปก่อนหน้านี้แล้ว หรือการนำความลับทางการค้าที่ได้รับรู้จากอีกบริษัทนำไปใช้ประโยชน์เกินสิทธิที่ได้รับ จากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจำนวนมากนี้ ทำให้ทั้งสองประเทศข้างต้นได้กำหนดแนวทางปฏิบัติ รูปแบบ และมาตรการในการคุ้มครองความลับทางการค้าขึ้น โดนในการโอนความลับทางการค้า กรณีการควบบริษัท ในประเทศสหรัฐอเมริกา หรือประเทศอังกฤษ จะต้องมีการทำข้อตกลงกันระหว่างคู่สัญญา เพื่อให้สถานภาพของความลับทางการค้าภายหลังการควบบริษัทให้เกิดความชัดเจนมากขึ้น และลดข้อพิพาทที่เป็นคดีขึ้นสู่ศาลลง ตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3

ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกข้อตกลงดังกล่าวนี้ว่า “Non disclosure agreement” และในประเทศอังกฤษเรียกว่า “Confidential agreement” โดยข้อตกลงดังกล่าวจะเป็นข้อตกลงกันระหว่างผู้โอน และผู้รับโอนความลับทางการค้า โดยส่วนมากเนื้อหาใจความสำคัญจะเกี่ยวกับเรื่องของการตกลงที่จะไม่เปิดเผย และรักษาข้อมูลความลับทางการค้าที่ได้ดำเนินการโอนกัน ทั้งนี้เพื่อเป็นการรักษาสถานภาพของการเป็นความลับ และป้องกันความเสียหาย ของความลับทางการค้าภายหลังการโอน ซึ่งผู้เขียนจะเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหานี้ในข้อเสนอแนะบทที่ 5 ต่อไป

4.2 วิเคราะห์ปัญหาการโอนความลับทางการค้าจากการควบบริษัท

ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 ว่า ในการโอนความลับทางการค้า จะต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอนเป็นสำคัญ ตามมาตรา 5 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 บัญญัติว่า “การโอนความลับทางการค้าตามวรรคหนึ่ง ซึ่งมีใช้ทางมรดก ต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอน...”

แต่ว่าในการควบบริษัท ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 บริษัทใหม่จะได้ไปซึ่งสิทธิ หน้าที่ และทรัพย์สินของบริษัทเดิมโดยผลของกฎหมาย ดังนั้นความลับทางการค้าซึ่งเป็นทรัพย์สินของบริษัทเดิมก็ย่อมโอนมายังบริษัทใหม่ด้วยทั้งหมด ส่วนการควบบริษัทลักษณะการ ได้มีซึ่งหุ้น การ ได้มาซึ่งทรัพย์สิน หรือที่เรียกว่า

ลักษณะ Take over สิทธิ หน้าที และทรัพย์สินของบริษัทที่ถูก Take over จะไม่ถูกโอนไปยังบริษัทที่ดำเนินการ Take over แต่ในทางปฏิบัติการที่บริษัทที่ Take over จะได้อำนาจในการบริหารของบริษัทที่ถูก Take over ซึ่งเป็นเหตุให้ทราบถึงความลับทางการค้าได้ ดังนั้นการโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัท จึงไม่ได้มีการทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอนแต่อย่างใด

หนังสือการโอนความลับทางการค้านั้นนอกจากจะเป็นการแสดงเจตนาที่จะโอนความลับทางการค้าต่อกันแล้ว โดยทั่วไปจะมีการกำหนดข้อตกลงอื่นอีกระหว่างผู้โอน และผู้รับโอน อาทิ เช่น การห้ามมิให้ผู้รับโอน ทำสัญญาโอนความลับทางการค้าต่อบุคคลภายนอก, ห้ามทำสัญญาให้บุคคลภายนอกใช้สิทธิความลับทางการค้า หรือมิให้เผยแพร่ความลับทางการค้าต่อบุคคลภายนอก โดยเป็นการตกลงในลักษณะมีกำหนดระยะเวลา แต่การโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัทไม่มีการทำเป็นหนังสือระหว่างผู้โอน และผู้รับโอน เนื่องจากความลับทางการค้าอันอาศัยผลของกฎหมายในการโอนแทนการทำเป็นหนังสือ จึงทำให้สถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้าภายหลังการควบบริษัทไม่ชัดเจน ดังนั้นบริษัทที่จะดำเนินการควบบริษัทกันนั้น จึงต้องมีการทำข้อตกลงการที่จะไม่เปิดเผยความลับทางการค้า (Non disclosure agreement) เพื่อเป็นการเป็นการรักษาสถานภาพของการเป็นความลับ และป้องกันความเสียหาย ของความลับทางการค้า ภายหลังการ โอนตามที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 4.2 ข้างต้น

แต่ในการทำข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวนี้อาจเป็นการจำกัดสิทธิของผู้โอน หรือผู้รับโอนจนเกินไป ซึ่งอาจเกิดข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาล ศาลอาจวินิจฉัยว่าข้อกำหนดดังกล่าวตกเป็นโมฆะ และไม่มีผลบังคับ เนื่องจากเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ได้ เพราะเป็นการจำกัดสิทธิผู้รับโอนซึ่งเป็นเจ้าของความลับทางการค้า หรือศาลอาจวินิจฉัยว่าข้อตกลงนี้เป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ได้

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 5 บัญญัติว่า “ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวข้องการประกอบธุรกิจ การค้าหรือวิชาชีพซึ่งไม่เป็นโมฆะ แต่เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่พึงคาดหมายได้ตามปกติ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ในการวินิจฉัยข้อตกลงตามวรรคหนึ่งทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่พึงคาดหมายได้หรือไม่ ให้วิเคราะห์ถึงขอบเขตในด้านพื้นที่ และระยะเวลาของการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ รวมทั้งความสามารถและโอกาสในการประกอบอาชีพการงาน หรือการทำนิติกรรม

ในรูปแบบอื่น หรือกับบุคคลอื่นของผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ประกอบกับทางได้เสียทุกอย่าง อันชอบที่กฎหมายของคู่สัญญาด้วย”

เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าว เป็นข้อตกลงจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้รับ โอน ซึ่งเป็นนิติกรรม ที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้า ในกรณีที่ศาลเห็นว่าข้อตกลงดังกล่าวไม่เป็น โฆษะ แต่เป็น ข้อตกลงที่ทำให้ผู้รับ โอนถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ ตามปกติ ศาลย่อมมีอำนาจที่จะวินิจฉัยให้ข้อตกลงนี้มีผลบังคับใช้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควร แก่กรณีเท่านั้น

ดังนั้นในกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าข้อตกลงดังกล่าว เป็นการจำกัดสิทธิของผู้โอน หรือผู้รับ โอนจนเกินไป โดยขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 หรือวินิจฉัยว่าข้อตกลงนี้เป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ทำให้ข้อตกลงดังกล่าวตกเป็น โฆษะ ก็ จะส่งผลต่อสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้าตามหัวข้อ 4.1 โดยทันที

จากการที่ได้วิเคราะห์ และศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการโอนความลับทางการค้ากรณีการควบ บริษัท ผู้เขียนเห็นว่าในเรื่องของรูปแบบการ โอนที่ไม่ได้ทำเป็นหนังสือระหว่างผู้โอนและผู้รับ โอน ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 มาตรา 5 วรรคสามนั้น ไม่ได้เป็นปัญหาแต่ อย่างใด เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าเจตนารมณ์ของมาตรา 5 วรรคสามดังกล่าว มุ่งเน้นถึงการ โอน ความลับทางการค้าโดยทางนิติกรรมที่จะต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับ โอน อัน ถือว่าเป็นแบบนิติกรรม ซึ่งถ้ามิได้ทำตามแบบเช่นนี้แล้วนิติกรรมการโอนความลับทางการค้านั้น ย่อมตกเป็น โฆษะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 แต่การควบบริษัทเป็นเหตุให้ บริษัทได้ไปซึ่งความลับทางการ ซึ่งเป็นการได้ไปโดยผลของกฎหมาย จึงไม่ต้องทำตามแบบของ นิติกรรมตามมาตรา 5 วรรคสามข้างต้น

แต่การ โอนโดยไม่ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับ โอนนั้น แม้จะไม่เป็นปัญหา ในขั้นตอนของการ โอนก็ตาม แต่อาจจะก่อให้เกิดเป็นปัญหาต่อสถานภาพของความลับทางการค้า ภายหลังจากการควบบริษัทได้ เนื่องจากการควบบริษัทไม่ว่าในลักษณะใดก็ตามไม่สามารถ หลีกเลี่ยงที่จะต้องมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลความลับทางการค้า หรือเป็นเหตุให้ทราบ โดยบุคคลที่ เกี่ยวข้องกับการรับรู้ความลับทางการค้าคือ กลุ่มผู้ถือหุ้น และพนักงานที่เกี่ยวข้องของแต่ละบริษัท ดังนั้นการรับรู้ของบุคคลดังกล่าวจึงก่อให้เกิดเป็นความเสี่ยงต่อสถานภาพของการเป็นความลับ ของความลับทางการค้าโดยตรง เนื่องจากการ โอนในกรณีทั่วไปจะมีการทำข้อตกลงระหว่าง คู่สัญญา ซึ่งรวมถึงการตกลงที่จะข้อตกลงการที่จะไม่เปิดเผยความลับทางการค้าไว้ในหนังสือการ โอนด้วย เพื่อที่จะรักษาสถานภาพของการเป็นความลับของความลับทางการค้าภายหลังจากการ โอน ต่อไปด้วย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ในปัจจุบันสภาพเศรษฐกิจและการค้าได้ขยายตัวและเจริญก้าวหน้าขึ้นอย่างรวดเร็ว เป็นผลให้เกิดการแข่งขันกันอย่างมากในการประกอบธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการประกอบธุรกิจรูปแบบบริษัทจำกัด ซึ่งบริษัทใหญ่มักจะมีความได้เปรียบบริษัทที่มีขนาดเล็ก เพราะสามารถระดมทุนจากแหล่งเงินทุนต่างๆ ได้มากกว่า มีโอกาสคัดเลือกบุคลากรที่มีคุณภาพมากยิ่งขึ้น ด้วยเหตุผลดังกล่าวบริษัทต่างๆ จึงได้พยายามขยายกิจการของตนให้มีขนาดใหญ่ขึ้น ซึ่งอาจทำได้โดยขยายกิจการภายในของตนเอง หรือโดยขยายกิจการออกไปโดยรวมกิจการกับบริษัทอื่น โดยวิธีการรวมกิจการกับบริษัทอื่นอาจแบ่งออกได้ดังนี้

1. การได้มาซึ่งหุ้น (Share Acquisition) อันประกอบด้วยการซื้อหุ้น (Share Purchase) และการแลกหุ้น (Share Swap)
2. การได้มาซึ่งสินทรัพย์หรือกิจการ (Asset or Business Acquisition)
3. การควบบริษัท ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด (Amalgamation) และ
4. การควบกิจการที่มีกฎหมายพิเศษอื่นๆ รองรับไว้โดยเฉพาะ เช่น การควบรวมสถาบันการเงิน และบริษัทประกันชีวิตหรือประกันภัย เป็นต้น

ภายหลังจากมีการดำเนินการควบบริษัทแล้ว จะส่งผลต่อทรัพย์สินของบริษัทที่ถูกควบรวม โดยทรัพย์สินดังกล่าวจะถูกโอนไปยังบริษัทที่เกิดขึ้นใหม่ หรือบริษัทเดิมที่ยังคงอยู่ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1243 บัญญัติว่า “บริษัทใหม่นี้ย่อมได้ไปทั้งสิทธิ และความรับผิดชอบบรรดาเมื่ออยู่กับบริษัทเดิมอันได้มาควบเข้ากันทั้งสิ้น” และ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 153 บัญญัติว่า “บริษัทที่ควบเข้ากัน และจดทะเบียนแล้วย่อมได้ไปทั้งทรัพย์สิน หนี้สิน สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของบริษัทเหล่านั้นทั้งหมด” หรือยังคงอยู่กับบริษัทเดิมผู้เป็นเจ้าของ ในกรณีของการควบบริษัทในลักษณะของการ Take over เนื่องจากบริษัทที่ดำเนินการ Take over จะได้ไปเพียงซึ่งอำนาจในการบริหารของบริษัทที่ถูก Take over เท่านั้น โดยสิทธิ หน้าที่ และทรัพย์สิน ไม่ได้มีการโอนไปแต่อย่างใด

ดังนั้นการควบบริษัทจึงส่งผลต่อความลับทางการค้าด้วยในเรื่องของการโอนด้วยเช่นกัน เนื่องจากนักกฎหมายส่วนใหญ่ก็มีความเห็นพ้องต้องกันว่า ความลับทางการค้ามีสถานะเป็น

ทรัพย์สิน โดยยกเอาลักษณะของทรัพย์สินที่ถือว่าสามารถที่จะมีราคา และอาจถือเอาได้ และมีความเป็นลักษณะของทรัพย์สิน คือมีการตกทอดทางมรดกได้ สามารถครอบครองได้ ยกให้ได้ หรือสามารถยกให้ใช้สิทธิโดยมีข้อจำกัดได้ เป็นทรัพย์สินที่ได้รับรองโดยผลของกฎหมาย ถึงเป็นทรัพย์สินที่สัมผัสไม่ได้ก็ตาม และนอกจากนี้แล้วเจ้าของยังสามารถควบคุมการใช้สิทธิของทั้งผู้ไม่ได้รับอนุญาต และผู้รับอนุญาต หรือของผู้โอน และผู้รับโอนได้

โดยหลักเกณฑ์ในการโอนความลับทางการค่านั้น พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 มาตรา 5 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “ความลับทางการค่านั้นย่อมโอนให้แก่กันได้” และมาตรา 5 วรรคสามบัญญัติว่า “การโอนความลับทางการค้า ตามวรรคหนึ่ง ซึ่งมีใช้มรดก ต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอน ถ้าไม่ได้กำหนดระยะเวลาในสัญญาโอน ให้ถือว่าเป็นการโอนมีกำหนดระยะเวลาสิบปี” จะเห็นได้ว่าการโอนความลับทางการค้าที่มีใช้ทางมรดก จะต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอน แต่ในกรณีการโอนความลับทางการค้า กรณีการควบบริษัทนั้นแตกต่างออกไปโดยไม่ต้องทำเป็นหนังสือในการโอน เนื่องจากในเรื่องการโอนทรัพย์สินกรณีการควบบริษัทจะโอนโดยอาศัยผลของกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1243 และ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 153

นอกจากนี้ความลับทางการค้ายังถือว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งด้วยเช่นกัน โดยทรัพย์สินทางปัญญาที่รู้จักกันแพร่หลายแล้วในปัจจุบันมีอยู่ 3 ประเภทหลักๆคือ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า ต่อมาเมื่อปี พ.ศ.2545 วงการทรัพย์สินทางปัญญาได้เกิดนวัตกรรมใหม่เกี่ยวกับกฎหมายความลับทางการค้า เนื่องมาจากขอบเขตพันธกรณีของไทยภายใต้ ข้อตกลงขององค์การการค้าโลก ตามข้อตกลงขององค์การการค้าโลกเรื่องการคุ้มครองข้อมูลที่ยังไม่ถูกเปิดเผยได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องมีการคุ้มครองความลับทางการค้า ด้วยเหตุนี้ทำให้ประเทศไทยต้องตราพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545

ซึ่งการตราพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของข้อมูลอันเป็นความลับ ซึ่งการคุ้มครองความลับทางการค่านั้นจะได้รับความคุ้มครองก็ต่อเมื่อมีคุณสมบัติดังนี้

1. มีคุณค่า (Genuine Value)
2. มีความใหม่ (Novelty)
3. เป็นข้อมูลที่เป็นความลับ (Secrecy)

จากคุณสมบัติทั้ง 3 ประเภทนี้ คุณสมบัติที่สำคัญที่สุดของความลับทางการค้าที่จะได้รับความคุ้มครองคือ การเป็นข้อมูลที่เป็นความลับ (Secrecy) โดยพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ได้ระบุว่า “เป็นข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่นุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว” ซึ่งหมายความว่าข้อมูลความลับทางการค้า

จะต้องเป็นความลับ แต่ไม่ถึงขนาดเป็นข้อมูลความลับสุดยอด (Absolute secrecy) เพียงแต่ต้องไม่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว ก็ถือได้ว่าเป็นข้อมูลที่เป็นความลับแล้ว ส่วนที่ว่าบุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว ก็สามารถอธิบายให้เข้าใจโดยง่ายว่าเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องกับวงการนั้นๆ ไม่ว่าจะเป็นการผลิต ซื้อมาขาย คู่แข่งทางการค้า ตลอดจนผู้บริโภค เป็นต้น

กรณีการควบบริษัทไม่ว่าจะเป็นในลักษณะ Merger หรือ Consolidation จะต้องมีการเจรจา และแลกเปลี่ยนข้อมูลความลับทางการค้า หรือการควบบริษัทในลักษณะ Take over ที่เป็นเหตุให้ล่วงรู้หรือ นำไปใช้ ซึ่งข้อมูลอันเป็นความลับ บุคคลที่มีบทบาทในการเจรจาแลกเปลี่ยนข้อมูล หรือรับรู้ความลับทางการค้าต่อกันคือ กลุ่มผู้ถือหุ้น และพนักงานที่เกี่ยวข้องของแต่ละบริษัทนั่นเอง จึงมีประเด็นปัญหาว่า การรับรู้ข้อมูลความลับทางการค้าของ กลุ่มผู้ถือหุ้น และพนักงานที่เกี่ยวข้อง ส่งผลสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้าภายหลังควบบริษัท เช่นไร และสูญเสียการเป็นความลับหรือไม่ โดยเมื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของบริษัทที่ประสงค์จะควบรวมกัน จะเห็นได้ว่าความสัมพันธ์ของบริษัทดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นบุคคลภายนอก หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกันในวงการธุรกิจ

ดังนั้นการที่ กลุ่มผู้ถือหุ้น และพนักงานที่เกี่ยวข้องแต่ละบริษัทได้รับทราบถึงความลับทางการค้าต่อกัน จึงก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้า ภายหลังการควบบริษัทได้ตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 4 ซึ่งต้องแยกพิจารณาตามแต่ละข้อเท็จจริงต่อไปว่า มีการผลกระทบมากน้อยเพียงใด ถึงขนาดที่จะสูญเสียการเป็นความลับทางการค้าเลยหรือไม่ แต่กรณีที่ชัดเจนที่สุดคือหากการควบบริษัทนั้นไม่สำเร็จ การเปิดเผยข้อมูลความลับทางการค้าต่อกันจะส่งผลกระทบโดยตรงต่อสถานภาพการความลับทำให้สูญเสียการเป็นความลับไป และเมื่อความลับทางการค้าได้สูญเสียการเป็นความลับ ซึ่งถือได้ว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งในการที่จะได้รับความคุ้มครอง ความลับทางการค้านั้นก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 อีกต่อไป จึงควรที่จะมีการกำหนดมาตรการในการคุ้มครอง และป้องกันสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้า ควบคู่กันกับการควบบริษัทด้วย

แต่ปัจจุบันในประเทศไทยนั้นยังไม่ค่อยที่จะให้ความสำคัญต่อสถานภาพของความลับทางการค้าภายหลังการควบบริษัทเท่าใดนัก โดยมากจะให้ความสำคัญในเรื่องการรูปแบบการโอนมากกว่า ซึ่งการไม่ให้ความสำคัญในเรื่องนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาขึ้นภายหลังจากได้มีการควบบริษัทไปแล้วโดยปัญหาในลักษณะนี้ก็เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ เป็นข้อพิพาทนำคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก

จากการที่ได้ศึกษาปัญหาการโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัทนั้น จะเห็นได้ว่าในเรื่องของรูปแบบการโอนโดยไม่ได้ทำเป็นหนังสือระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 มาตรา 5 วรรคสามนั้น ไม่ได้เป็นปัญหาเนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าเจตนารมณ์ของมาตรา 5 วรรคสามดังกล่าว น่าจะมุ่งเน้นถึงการโอนความลับทางการค้าโดยทางนิติกรรมว่าจะต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอน อันถือว่าเป็นแบบนิติกรรม ซึ่งถ้ามิได้ทำตามแบบเช่นนี้แล้วนิติกรรมการโอนความลับทางการค้านั้นย่อมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 แต่การควบบริษัทเป็นเหตุให้บริษัทได้ไปซึ่งความลับทางการค้า ซึ่งเป็นการได้ไปโดยผลของกฎหมาย จึงไม่ต้องทำตามแบบของนิติกรรมตามมาตรา 5 วรรคสามข้างต้น

แต่การโอนโดยไม่ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอนนั้น แม้จะไม่ใช่ปัญหาในขั้นตอนของการโอนก็ตาม แต่การโอนในลักษณะนี้ทำให้เกิดเป็นปัญหาต่อสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้าภายหลังการควบบริษัท เนื่องจากการควบบริษัทไม่ว่าในลักษณะใดก็ตามไม่สามารถหลีกเลี่ยงที่จะต้องมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลความลับทางการค้า หรือเป็นเหตุให้ทราบถึงข้อมูลความลับทางการค้าต่อกัน ซึ่งก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้าโดยตรง ซึ่งการโอนในกรณีทั่วไปจะมีการทำข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา ซึ่งรวมถึงการตกลงที่จะรักษาสถานภาพการเป็นความลับทางการค้าไว้ในหนังสือการโอนด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะ

ปัญหาการโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัทนั้นสามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่าการโอนความลับทางการค้าในกรณีการควบบริษัทลักษณะ Merger หรือ Consolidation ซึ่งไม่มีการทำเป็นหนังสือการโอนระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน เนื่องจากความลับทางการค้าจะถูกโอนไปโดยอาศัยผลของกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1243 และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 153 ส่วนการควบบริษัทในลักษณะของการ Take over นั้น สิทธิหน้าที่ และทรัพย์สิน จะไม่ถูกโอนไปยังบริษัทที่ดำเนินการ Take over จึงไม่มีการทำหนังสือการโอนความลับทางการค้ากันแต่อย่างใด ดังนั้นการโอนการความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัทซึ่งไม่มีการทำเป็นหนังสือระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน จึงไม่เป็นการขัดต่อพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 มาตรา 5 วรรคสาม ดังนั้นในรูปแบบของการโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัทจึงไม่ปัญหาแต่อย่างใด

แต่จากการที่ไม่ต้องทำเป็นหนังสือในการโอนนี้เอง ที่ทำให้เกิดปัญหาในภายหลังต่อสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้าภายหลังการควบบริษัท เนื่องจากการควบ

บริษัทไม่ว่าจะในลักษณะใด ก็ไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงการล่วงรู้ความลับทางการค้าต่อกันได้ ซึ่งทำให้เกิดความเสี่ยงต่อสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้า และอาจทำให้ไม่ได้รับความคุ้มครองในภายหลัง ซึ่งในหนังสือการโอนระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนนั้น จะมีข้อตกลงกัน เพื่อที่จะรักษาสถานภาพการเป็นความลับไว้

จากประเด็นดังกล่าวข้างต้นในประเทศไทยยังไม่ค่อยให้ความสำคัญกับสถานภาพของความลับทางการค้าภายหลังการควบบริษัทเท่าไรนัก ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติและการพิพาทกันในอนาคตได้ โดยข้อพิพาทในลักษณะนี้เกิดขึ้นแล้วเป็นจำนวนมากในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ ผู้เขียนเห็นว่าจึงควรมีการกำหนดแนวทางปฏิบัติในการโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัท และมาตรการในการรักษาสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้าไว้ เพื่อให้เกิดความชัดเจน และลดปัญหาข้อพิพาทต่างๆที่จะเกิดขึ้น ดังนี้

5.2.1 สถานภาพของความลับทางการค้า กรณีการควบบริษัท

การโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัทนั้น ไม่มีการทำเป็นหนังสือในการโอนระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน จึงทำให้เกิดความเสี่ยงต่อสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้า ตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ดังนั้นก่อนที่จะดำเนินการควบรวมบริษัทกันนั้น จะต้องทำข้อตกลงกันเพื่อที่จะรักษาสถานภาพของการเป็นความลับภายหลังมีการควบบริษัทต่อไป

ซึ่งตามที่กล่าวมาแล้วว่าปัญหาเกี่ยวกับสถานภาพของความลับทางการค้าภายหลังการควบบริษัท เป็นประเด็นข้อพิพาทที่น่าคิดขึ้นสู่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ เป็นจำนวนมากจากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจำนวนมากนี้ ทำให้เกิดรูปแบบและแนวทางปฏิบัติ ซึ่งเกิดจากแนวทางตามคำพิพากษาของศาล และความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่ว่า ในการโอนความลับทางการค้า กรณีการควบบริษัท ในประเทศสหรัฐอเมริกา หรือประเทศอังกฤษ จะมีการทำข้อตกลงกันระหว่างคู่สัญญา เพื่อให้สถานภาพของความลับทางการค้าภายหลังการควบบริษัทให้เกิดความชัดเจนมากขึ้น และลดข้อพิพาทที่เป็นคดีขึ้นสู่ศาลลง โดยในประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกข้อตกลงดังกล่าวนี้ว่า “Non disclosure agreement” และในประเทศอังกฤษเรียกว่า “Confidential agreement” โดยข้อตกลงดังกล่าวจะเป็นข้อตกลงกันระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนความลับทางการค้า โดยส่วนมากเนื้อหาใจความสำคัญจะเกี่ยวกับเรื่องของการตกลงที่จะไม่เปิดเผย และรักษาข้อมูลความลับทางการค้าที่ได้ดำเนินการ โอนกัน ทั้งนี้เพื่อเป็นการรักษาสถานภาพของการเป็นความลับ และป้องกันความเสียหายที่จะเกิดกับความลับทางการค้า ภายหลังการควบบริษัท ดังนั้นการโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัทในประเทศไทย ก็ควรที่จะมี

การทำข้อตกลง “Non disclosure agreement” หรือ “Confidential agreement” กันระหว่างบริษัทที่จะดำเนินการควบรวมกันด้วย เพื่อไม่ให้ความลับทางการค้านั้นสูญสิ้นการเป็นความลับไป ดังนี้

1. การทำบันทึกข้อตกลงรักษาสถานภาพความลับทางการค้า กรณีการควบบริษัท ลักษณะ Merger หรือ Consolidation

การควบบริษัทในลักษณะนี้ก่อนที่จะมีการควบบริษัทกัน จะต้องมีการเจรจาแลกเปลี่ยนข้อมูล ซึ่งรวมถึงข้อมูลความลับทางการค้าด้วย เพื่อเป็นการประกอบการตัดสินใจก่อนการควบบริษัท โดยการแลกเปลี่ยนข้อมูลนี้โดยส่วนมากจะทำกันระหว่างผู้ถือหุ้น และพนักงานที่เกี่ยวข้องของแต่ละบริษัท ดังนั้นการรับรู้ถึงความลับทางการค้าต่อกัน จึงส่งผลกระทบต่อสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้าที่ถูกโอนไปโดยผลของกฎหมายภายหลังการควบบริษัท โดยเฉพาะในกรณีที่มีการแลกเปลี่ยนแล้วในภายหลังไม่สามารถควบบริษัทกันได้ ดังนั้นในกรณีนี้บริษัทที่ประสงค์จะดำเนินการควบกิจการกัน ควรที่จะมีมาตรการที่จะควบคุมในการรักษาสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้า ซึ่งมาตรการดังกล่าวคือการทำบันทึกข้อตกลงต่อกันเพื่อที่จะรักษาสถานภาพของความลับทางการค้าก่อนที่จะมีการควบบริษัท โดยเป็นการทำข้อตกลงกันระหว่างผู้ถือหุ้น และพนักงานที่เกี่ยวข้อง โดยรายละเอียดในข้อตกลงอาจจะมีลักษณะว่า กำหนดความลับทางการค้าที่จะเปิดเผย, การห้ามเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก, ห้ามใช้, ห้ามอนุญาตให้ใช้ หรือ ห้ามโอนต่อไปยังบุคคลภายนอก เป็นต้น

โดยส่วนของการตกลงที่จะเปิดเผย และรับรู้ข้อมูลความลับทางการค้าต่อกันนั้น ควรที่จะมีการกำหนดระดับของการเปิดเผย และรับรู้ให้เหมาะสมด้วยกล่าวคือ ควรมีการแบ่งระดับในการเปิดเผย และรับรู้ข้อมูลความลับทางการค้าเอาไว้ อาทิเช่น ความเหมาะสมในการเปิดเผย และรับรู้ของผู้ถือหุ้นแต่ละคนให้เหมาะสม รวมไปถึงระดับความเหมาะสมของพนักงานผู้เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งมาตรการเหล่านี้ก็ควรที่จะระบุไว้ในข้อตกลงด้วยเช่นกัน

การทำข้อตกลงในกรณีการควบบริษัทในรูปแบบ Merger $A+B = B$ การควบบริษัทในลักษณะนี้ จะต้องทำข้อตกลงกันก่อนที่จะมีการเจรจาและแลกเปลี่ยนข้อมูลกัน โดยข้อตกลงจะมีผลจนกว่าการควบบริษัทจะเสร็จสมบูรณ์ เนื่องจากเมื่อการดำเนินการควบบริษัทเสร็จสมบูรณ์แล้วความลับทางการค้าจะถูกโอนไปเป็นของบริษัท B บริษัท B จึงมีสิทธิในความลับทางการค้าแต่เพียงบริษัทเดียว ทั้งนี้ข้อตกลงระหว่าง บริษัท A และ บริษัท B ทำขึ้นเพื่อปกป้องสถานภาพความลับทางการค้าของทั้งสองบริษัทในกรณีที่การควบบริษัทไม่สำเร็จ ซึ่งหากการควบบริษัทไม่สำเร็จข้อตกลงจะยังคงผูกพันทั้งสองบริษัทต่อไปเช่นเดียวกันกับการควบบริษัททุกประเภท

การทำข้อตกลงในกรณีการควบบริษัทในรูปแบบ Merger $A+B = AB$ และกรณีการควบบริษัทในรูปแบบ Consolidate $A+B = C$ ตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 4 แล้วว่าการควบ

บริษัทในลักษณะนี้มีความเสี่ยงค่อนข้างสูง เนื่องจากกลุ่มผู้ถือหุ้น และพนักงานผู้เกี่ยวข้องในบริษัทใหม่ที่เกิดขึ้นไม่ได้มาจากบริษัทเดียว การรับรู้ถึงข้อมูลความลับทางการค้าค่อนข้างที่จะกว้างขวาง การควบบริษัทในทั้งสองลักษณะนี้ จึงจะต้องทำข้อตกลงกันก่อนที่จะมีการเจรจาและแลกเปลี่ยนข้อมูลกัน โดยข้อตกลงจะมีผลผูกพันและบังคับใช้ไปโดยตลอดทั้งในกรณีที่ควบบริษัทสำเร็จ และไม่สำเร็จ

2. การทำบันทึกข้อตกลงรักษาสถานภาพความลับทางการค้า กรณีการควบบริษัท ลักษณะ Take over

การควบบริษัทในลักษณะนี้คือ การได้มาซึ่งหุ้น หรือการได้มาซึ่งทรัพย์สิน ซึ่งมีทั้งในลักษณะที่เป็นมิตร (Friendly) และไม่เป็นมิตร (Unfriendly) ซึ่งไม่ว่าในลักษณะใดสิทธิหน้าที่ และทรัพย์สิน จะไม่ถูกโอนไปยังบริษัทที่ดำเนินการ Take over แต่จะได้ไปซึ่งอำนาจในการบริหารของบริษัทที่ถูก Take over จึงเป็นเหตุให้ล่วงรู้, นำไปใช้ หรือเปิดเผยต่อสาธารณะ ซึ่งความลับทางการค้าของบริษัทที่ถูก Take over โดยในทางปฏิบัติแล้วผู้ที่ล่วงรู้, นำไปใช้ หรือเปิดเผยต่อสาธารณะ ซึ่งความลับทางการค้านั้นคือ กลุ่มผู้ถือหุ้นของบริษัทที่ดำเนินการ Take over นั้นเอง ทำให้เกิดความเสียดังต่อสถานภาพการเป็นความลับทางการค้า และก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทที่ถูก Take over ดังนั้นก่อนที่จะมีการ Take over บริษัททั้งสองหรือมากกว่านั้นควรที่จะทำบันทึกข้อตกลงกัน เพื่อที่จะรักษาสถานภาพของความลับทางการค้า โดยอาจเป็นข้อตกลงในลักษณะการยอมเปิดเผยความลับต่อบริษัทที่ดำเนินการ Take over และกำหนดขอบเขตสิทธิเหนือความลับทางการค้าอย่างชัดเจนต่อไป ทั้งนี้ควรมีการกำหนดระดับของการรับรู้ข้อมูลความลับทางการค้าของผู้ถือหุ้นแต่ละคน และพนักงานที่เกี่ยวข้องให้เหมาะสมด้วยเช่นกัน

ดังนั้นการโอนความลับทางการค้ากรณีการควบบริษัททุกลักษณะในประเทศไทย ควรที่จะมีการทำบันทึกข้อตกลงในการรักษาสถานภาพความลับทางการค้าไปควบคู่กับการควบบริษัทด้วย ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนต่อสถานภาพของความลับทางการค้าภายหลังการควบบริษัท และไม่ให้เกิดการสูญสิ้นการเป็นความลับเกิดขึ้น โดยในเรื่องของข้อตกลงในบันทึกกันระหว่างบริษัทที่จะดำเนินการควบรวมกันนั้น จะขึ้นอยู่กับคู่สัญญาทั้งสองว่าจะตกลงกันในเรื่องใดบ้าง แต่ทั้งนี้ข้อตกลงพื้นฐานที่ควรจะต้องมีในบันทึกคือ

- 1) การให้นิยามความลับทางการค้าไว้ในสัญญา (Definitions)
- 2) การระบุประเภทหรือชนิดของความลับทางการค้าที่จะทำข้อตกลงกัน (Identification of Confidential Information) และควรที่จะระบุให้ละเอียด ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนและครอบคลุม

- 3) การจัดการข้อมูลอันเป็นความลับ (Handling of Confidential Information)
อาทิเช่น

- การตกลงเปิดเผยข้อมูลความลับต่อกันระหว่างคู่สัญญา
- ระบุการรับ และรักษาข้อมูลความลับทางการค้า (receive and maintain the Confidential Information in confidence)
- การรักษาสถานภาพการเป็นความลับ โดยไม่เปิดเผยข้อมูลต่อบุคคลภายนอก หรืออาจจำกัดขอบเขตในการเผยแพร่ไว้
- ขอบเขตการอนุญาตให้ใช้ หรือทำซ้ำ ข้อมูลความลับทางการค้า

4) อนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นกับคู่สัญญาควรมีข้อตกลงที่จะแก้ไขปัญหาด้วยอนุญาโตตุลาการมากกว่านำข้อพิพาทสู่ศาล เนื่องจากวิธีการสืบสวนโดยศาลนั้นอาจจะต้องมีการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับต่อบุคคลภายนอก ซึ่งเสี่ยงต่อสถานภาพของการเป็นความลับ ดังนั้นการกำหนดการกำหนดการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการ จึงเป็นการคุ้มครองสถานภาพของความลับทางการค้าด้วย

5.2.2 การทำบันทึกข้อตกลงในการรักษาสถานภาพความลับทางการค้า ภายหลังการควบบริษัท

จากที่ได้กล่าวไปข้างต้นว่า บริษัทที่ประสงค์ที่จะดำเนินการควบบริษัทกันนั้น จะต้องมีการทำข้อตกลงการที่จะไม่เปิดเผยความลับทางการค้าที่เรียกว่า “Non disclosure agreement” หรือ “Confidential agreement” เพื่อเป็นการเป็นการรักษาสถานภาพของการเป็นความลับ และป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับความลับทางการค้า ภายหลังการควบบริษัทยังคงมีประเด็นที่ต้องควรระวังอีกดังนี้

การทำข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวนี้อาจเป็นการจำกัดสิทธิของผู้โอน หรือผู้รับโอนจนเกินไป จนอาจทำให้เกิดเป็นข้อพิพาทนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล โดยศาลอาจวินิจฉัยว่าข้อกำหนดดังกล่าวตกเป็นโมฆะ และไม่มีผลบังคับ เนื่องจากเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ได้ เพราะเป็นการจำกัดสิทธิผู้รับโอนซึ่งเป็นเจ้าของความลับทางการค้า ซึ่งเป็นนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้า หรือศาลอาจวินิจฉัยว่าข้อตกลงนี้เป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ได้ เนื่องจากเป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้รับโอนถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ศาลย่อมมีอำนาจที่จะวินิจฉัยให้ข้อตกลงนี้มีผลบังคับใช้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 5

ดังนั้นในการทำบันทึกข้อตกลงที่จะไม่เปิดเผยความลับทางการค้าที่เรียกว่า “Non disclosure agreement” หรือ “Confidential agreement” จึงต้องระมัดระวังในข้อตกลงในแต่ละข้อมิให้เป็นการจำกัดสิทธิของผู้โอน หรือผู้รับโอนจนเกินไป โดยขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 หรือเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ซึ่งหากไม่ระมัดระวังอาจทำให้ข้อตกลงดังกล่าวตกเป็นโมฆะ ก็จะส่งผลกระทบต่อสถานภาพการเป็นความลับของความลับทางการค้าโดยทันที

บรรณานุกรม

หนังสือ

บัญญัติ สุชีวะ. คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน. กรุงเทพมหานคร: กรุงสยาม พรินต์ติ้ง กรุ๊ป, 2540.
จักรกฤษณ์ ควรพจน์. กฎหมายสิทธิบัตร แนวความคิดและบทวิเคราะห์. พิมพ์ครั้งที่ 2.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544.

ไชยยศเหมาวัชระ. ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม,
2550.

สุพิศ ประณีตพลกรัง. กฎหมายว่าด้วยความลับทางการค้า. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2546.

ประสพสุข บุญเดช. พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545. กรุงเทพมหานคร: เซเว่น พรินต์ติ้ง
กรุ๊ป, 2545.

กิตติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์. การรวบรวมกิจการ โอกาสของธุรกิจไทย 2553. ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2553.

ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม และชัยพล ตราชูธรรม. บริษัทมหาชน. กรุงเทพมหานคร: 21 เซนจูรี, 2537.

ประกาศ อวยชัย. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท.
กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2530.

กิตติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์. การรวบรวมกิจการ โอกาสธุรกิจไทย. กรุงเทพมหานคร: ตลาดหลักทรัพย์
แห่งประเทศไทย, 2553.

พรชัย ดำเนวิวัฒน์. กฎหมายการค้าและสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

Terrence F.MacLaren. Licensing Law Handbook. 2002-2003 ed. Minnesota: West Group, 2003.

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

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

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

Roger M. Milgrim. Milgrim on Trade secrets. Volume.3 Appendix AA.

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

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

Aaron N. Wise. Trade secrets and know how throughout the world. vol.2. Roger M. Milgrim.

Milgrim on Trade secrets. volume.4 Appendix R.

Francis Gurry. Breach of confidence. Oxford: Clarendon Press, 1984.

Burnham, William. Introduction to the law and legal system of the United State. 2nd ed. United States: Westgroup, 1999.

Solomon, Lewis D. and Palmiter, Alan R. Corporations: Examples and Explanations. 2nd ed. New York: Little Brown Company, 1994.

บทความ

ยรรยง พวงราช. ทรัพย์สินทางปัญญา: ความหมาย ขอบเขต ความเป็นมา และความสำคัญ. บทบัญญัติ 18 (มีนาคม 2541): 28-29.

วิมาน กฤตพลวิมาน. มาตรการรักษาความลับทางการค้า. วารสารกฎหมายสู่ไทยธรรมราช 13 (กุมภาพันธ์ 2544): 96-97.

ไชยยศ วรรณทีศิริ. การคุ้มครองความลับทางการค้าในกฎหมายคอมมอนลอว์. บทบัญญัติ 9 (ธันวาคม 2537): 105.

ประสพสุข บุญเดช. การคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทย. บทบัญญัติ 14 (ธันวาคม 2545): 20.

สมเดช โรจน์คุรีเสถียร. การรวมกิจการ (Business Combinations). วารสารภาษีอากร 20 (สิงหาคม 2544): 42-52.

อรพรรณ พันธุ์พัฒนา. การได้มาซึ่งกิจการของผู้อื่นตามกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา. วารสารกฎหมายจุฬาฯ. 16 (ตุลาคม 2538): 10-15.

ธนพจน เอกโชคยะ. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้า. เอกสารประกอบการบรรยายการอบรมหลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา กรุงเทพมหานคร. 16 กรกฎาคม 2547.

ชรินทร์ สัจจญาณ. การควบกิจการ (merger) และการเข้าครอบงำกิจการ (take over). Tax & Business Law 3 (มิถุนายน 2540): 31-44.

วิทยานิพนธ์

พีรพล ศรีสิงห์. “การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536.

ขวัญเรือน เพชรขุนทด. “ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

ภัทรา ภาคย์ประเสริฐ. “การคุ้มครองบุคคลที่สามที่ได้รับความลับทางการค้ามาโดยสุจริต.” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

เพียงพณ บุญกล้า. “ภาษีอากรในการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.

กัลยา หมั่นสวัสดิ์. “การซื้อหุ้นเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการจัดการในบริษัท.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534.

ปิยนันท์ สุวรรณวิสูตร. “ปัญหากฎหมายในการรวมกิจการบริษัท.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

สกนธ์ ร่มเย็น. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา: ศึกษากรณีความบริษัท.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540.

วิจัย

Roger M.Milgrim. Milgrim on Trade secrets. Volume 1. p.2 – 14 แปลโดยรองศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ดร.จิตติภัทร์ เครือวรรณ. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง ความลับทางการค้า. ศูนย์วิจัยและพัฒนากฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533.

Website

สันติ รัตนสุวรรณ. สาระสำคัญของพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2549, ใน <http://www.ipthailand.org/index.html>. (last visited 19 July 2011).

WTO. TRIPs Agreement. At <http://www.wto.org>. (last visited 12 October 2011).

Mark R.halligan and Richard F.Weyand. The Economic Valuation of Trade Secret Asset. At <http://www.thetso.com/info/evaluation.html>. (last visited 19 October 2011).

National Conference of Commissioners on Uniform State Law. Uniform Trade secret act with 1985 amendments with prefatory note and comment. At <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1980s/utsa 85.htm>. (last visited 22 October 2011).

HM Revenue & custom. Intangible assets: company reorganisations: transfer of UK trade. At <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/cirdmanual/cird42060.htm>. (last visited 8 October 2011).

Intellectual Property office, Identifying, protecting and transferring your assets, At <http://www.businesslink.gov.uk/bdotg/action/detail?itemId=1084712722&type=RESOURCES>. (last visited 11 October 2011).

Matthew Bender. Corporate Acquisitions and Mergers: Chapter 5B Summary of Acquisition Methods. 5B.01. At www.lexis.com/research. (last visited 17 October 2011).

John Holl. Legal Contracts that Protect Your Trade Secret. At [http://www.chillingeffects.org/tradesecret/resource.cgi?ResourceID=88](http://www.chillingeffects.org/tradeseecret/resource.cgi?ResourceID=88). (last visited 22 October 2011).

Paul Marlet. How to Transfer Intangible Assets to a Corporation. At http://www.ehow.com/how_8485305_transfer-intangible-assets-corporation.html. (last visited 22 October 2011).

ประวัติผู้เขียน

- ชื่อ-สกุล : นายวสุวัต ภัคดีธรรม
- วันเดือนปีเกิด : 28 กันยายน 2525
- สถานที่เกิด : กรุงเทพมหานคร
- วุฒิการศึกษา : สำเร็จการศึกษา ปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต
จากมหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ ปีการศึกษา 2544
- ประวัติการทำงาน : พ.ศ. 2551 - ปัจจุบัน
เจ้าหน้าที่กำกับคดี ฝ่ายประนอมหนี้นครหลวง
ธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน)

