

ความรับผิดชอบของผู้บริหารบัณฑิตมหาชนจำกัด



นายปกป้อง ศรีสนิท

สถาบันวิทยบริการ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์

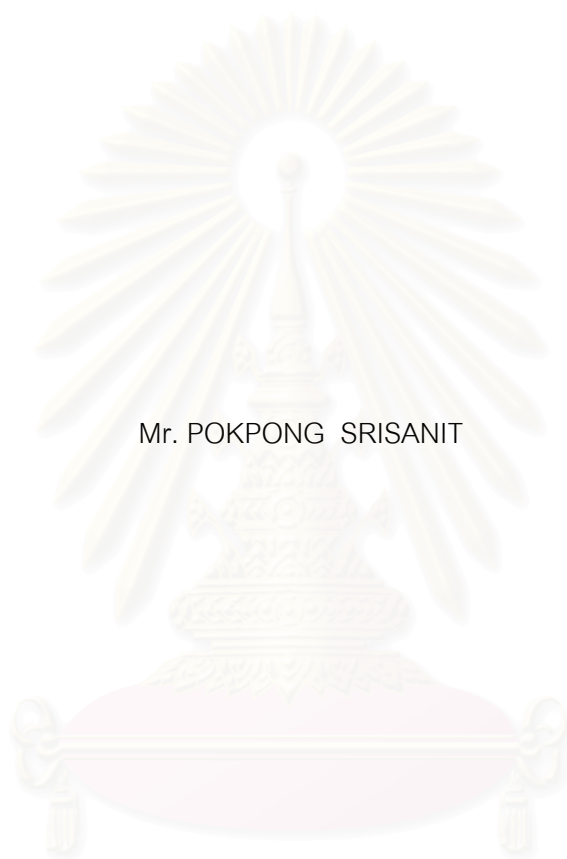
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2544

ISBN 974-03-0268-8

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

LIABILITIES OF EXECUTIVES OF THE PUBLIC COMPANY



Mr. POKPONG SRISANIT

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

Department of Law

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2001

ISBN 974-03-0268-8

ปกป้อง ศรีสนิท : ความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด.

(LIABILITIES OF EXECUTIVES OF THE PUBLIC COMPANY.)

อาจารย์ที่ปรึกษา : รองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล

230 หน้า. ISBN 974-03-0268-8

ผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดประกอบด้วย กรรมการบริษัท และบุคคลผู้รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความสำคัญยิ่งต่อการดำเนินงานของบริษัทมหาชน บริษัทมหาชนที่มีผู้บริหารที่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและด้วยความระมัดระวัง ย่อมจะเป็นผลดีกับบริษัท

การควบคุมผู้บริหารบริษัทมหาชนให้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและด้วยความระมัดระวังสามารถทำได้โดยการกำหนดความรับผิดให้กับผู้บริหารบริษัทมหาชน โดยการกำหนดความรับผิดของผู้บริหารบริษัทมหาชนต้องพิจารณาอย่างเหมาะสม กล่าวคือไม่ผ่อนปรนจนเกินไปจนทำให้เกิดช่องว่างที่ทำให้เกิดการทุจริตและต้องไม่เคร่งครัดจนเป็นอุปสรรคในการทำงานงานวิจัยนี้มุ่งพิจารณาถึงความรับผิดของผู้บริหารบริษัทมหาชนในทุกด้าน ได้แก่ ความรับผิดทางแพ่ง ความรับผิดทางอาญา และความรับผิดทางวินัยทางธุรกิจ

ในประเด็นความรับผิดทางแพ่ง จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดได้เน้นการกำหนดความรับผิดให้กรรมการบริษัท โดยไม่กำหนดความรับผิดให้กับบุคคลผู้รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัทที่ไม่มีฐานะเป็นกรรมการ ดังนั้นจึงสมควรที่จะกำหนดความรับผิดให้กับบุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัทเพิ่มมากขึ้น นอกจากนี้ยังมีบางประเด็นที่สมควรเพิ่มความรับผิดทางแพ่งให้กับผู้บริหารบริษัทเพื่อป้องกันมิให้เกิดช่องทางทุจริตได้

ในประเด็นความรับผิดทางอาญา จากการศึกษาพบว่า ผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่กำหนดโทษทางอาญาหลายฉบับ ทำให้เกิดปัญหาในเรื่องการตีความและการปรับบทกฎหมายหลายประเด็น

ในประเด็นความรับผิดทางวินัยทางธุรกิจ จากการศึกษาพบว่า วินัยทางธุรกิจไม่ใช่กฎหมาย แต่เป็นความรับผิดรูปแบบหนึ่งที่น่ามาใช้ควบคุมความประพฤติผู้บริหารบริษัทได้เป็นอย่างดี การฝ่าฝืนก็จะได้รับสภาพบังคับทางสังคมและสภาพบังคับทางบริหาร

การกำหนดความรับผิดให้กับผู้บริหารบริษัทมหาชนอย่างเหมาะสมย่อมจะส่งผลให้บริษัทมหาชนเป็นบริษัทในความควบคุมกำกับที่ถูกต้อง (Good Corporate Governance) ทำให้นักลงทุนเกิดความมั่นใจ และส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศในภาพรวม

ภาควิชา.....	นิติศาสตร์.....	ลายมือชื่อนิสิท.....
สาขาวิชา.....	นิติศาสตร์.....	ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....
ปีการศึกษา.....	2544.....	ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษารวม.....

4186100534 : MAJOR BUSINESS LAW

KEYWORD : PUBLIC COMPANY / EXECUTIVES.

POKPONG SRISANIT : THESIS TITLE. (LIABILITIES OF EXECUTIVES OF THE PUBLIC COMPANY.) THESIS ADVISOR : ASSOCIATE PROFESSOR PRASIT KOVILAIKOOL, 230 pp. ISBN 974-03-0268-8

The executives of the public company consist of the directors and the executive officers, those are very significant to its successful operation. Their fiduciary and careful performance would lead the public company to its successful goals.

It must be properly considered to set up the appropriate frame of the executives' liabilities so as to control them to perform their duty with honest and care. Thus liabilities must neither be so broad that opens the way for dishonest performance nor so strict that will be obstructed for business performance. The purposes of the study were to consider to the liabilities of the executives of the public company in every aspect of current situation : civil liabilities, criminal liabilities and business disciplinary liabilities.

The finding on civil liabilities was that : The Public Company Act prescribed only the liabilities of the directors without prescription of the liabilities of the other executive officers who were responsible on the operation of the public company but without the status of director. Thus it deemed appropriate to prescribe more liabilities to these executive officers as well as some issues of civil liabilities that should be amended for prevention of dishonesty.

The finding on criminal liabilities was that the executives of the public company were governed under so many criminal laws that caused the problems on interpretation and application.

The finding on business disciplinary liabilities was that although business discipline was not considered as the law, it deemed to be a kind of liability for controlling of executives' behavior and the breach of such must be socially sanctioned and executive sanctioned.

The properly prescription of liabilities to the executives of the public company will create good corporate governance that also confer the investors' confidence and lead to the success of overall economic of the country.

Department..... Student's signature.....

Field of study..... Advisor's signature.....

Academic year.....2001..... Co-advisor's signature.....

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล ที่กรุณาเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์แก่ผู้เขียนจนเขียนวิทยานิพนธ์สำเร็จ

ขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุผานิต เกิดสมเกียรติ ที่กรุณาเป็นประธานในการสอบวิทยานิพนธ์และให้คำปรึกษาผู้เขียนตั้งแต่ชั้นปริญญาตรี ขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ท่านอาจารย์ชัยเกษม นิตสิริ และท่านอาจารย์สมบัติ เดียวอิสระ ที่กรุณาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่ง

ขอขอบคุณเพื่อน พี่ น้อง ทุกคนที่ให้ความช่วยเหลือ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้หากมีประโยชน์บ้างประการใด ขอยกให้ครูอาจารย์ทุกท่านที่ให้ความรู้แก่ผู้เขียน หากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ท้ายสุด วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเกิดขึ้นไม่ได้ หากไม่มีบิดา มารดา ผู้ให้กำเนิด และให้กำลังใจผู้เขียนตลอดมา

นายปกป้อง ศรีสนิท

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2. วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	2
3. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	3
4. ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	3
5. สมมติฐานของการศึกษาวิจัย.....	3
6. วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย.....	3

บทที่ 1 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้บริหารบริษัทกับบริษัทมหาชนจำกัด

1.1 คำจำกัดความ “ผู้บริหาร”	5
1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการกับบริษัทมหาชนจำกัด.....	7
1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงาน ของบริษัทกับบริษัทมหาชนจำกัด.....	15

บทที่ 2 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้บริหารกับบริษัทมหาชนจำกัดตามกฎหมายต่างประเทศ

2.1 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้บริหารกับบริษัทตามกฎหมายประเทศอังกฤษ.....	16
2.2 หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทตามกฎหมายประเทศอังกฤษ.....	17
2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้บริหารกับบริษัทตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา.....	43
2.4 หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทตามกฎหมาย ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	44

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

บทที่ 3 ความรับผิดทางแพ่ง ความรับผิดทางอาญา และความรับผิดทางวินัยทางธุรกิจของ ผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด

3.1 ความรับผิดทางแพ่งของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด.....	60
3.1.1 ความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ให้เป็นไป ตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท และ มติที่ประชุมผู้ถือหุ้น.....	62
3.1.2 ความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่แห่งความ ซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duties).....	74
3.1.3 ความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่แห่งความ ระมัดระวัง (Duty of care).....	85
3.1.4 ความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมาย กำหนดไว้เพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of Interest).....	88
ก) ความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ ตามมาตรา 86.....	89
ข) ความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตาม มาตรา 87.....	94
ค) ความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตาม มาตรา 88.....	99
ง) ความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตาม มาตรา 89	103
จ) ความรับผิดอันเนื่องมาจากการจ่ายค่าตอบแทนกรรมการ ที่มีชอบตามมาตรา 90.....	109
3.1.5 ความรับผิดร่วมกันของกรรมการ.....	112
3.1.6 การให้สัตยาบันสำหรับการกระทำของกรรมการ.....	118

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

3.2 ความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด.....	119
3.2.1 ความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารบริษัทมหาชนตามพระราชบัญญัติ บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535.....	119
ก) ความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ที่ ที่กฎหมายกำหนด.....	119
ข) ความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่ กฎหมายกำหนดไว้เพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of Interest).....	122
ค) ความรับผิดอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต.....	123
ง) ความรับผิดของผู้บริหารร่วมกับบริษัท.....	130
3.2.2 ความรับผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และ ตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535	137
ก) ความรับผิดที่เกี่ยวกับการออกหลักทรัพย์และ การเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน.....	137
ข) ความรับผิดที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดอันไม่เป็นธรรม เกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์.....	138
ค) ความรับผิดอันเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ ที่กฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการเข้าถือหลักทรัพย์ เพื่อครอบงำกิจการ.....	141
ง) ความรับผิดอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต.....	142
จ) ความรับผิดของผู้ร่วมกระทำความผิดกับผู้บริหาร บริษัทหลักทรัพย์.....	144
3.2.3 ความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายพิเศษที่ควบคุมกิจการบางประเภท.....	149
ก) กิจการธนาคารพาณิชย์.....	150
ข) กิจการบริษัทเงินทุน.....	150
ค) กิจการบริษัทหลักทรัพย์.....	150
ง) กิจการบริษัทประกันภัย.....	151

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

3.3 ความรับผิดชอบทางวินัยทางธุรกิจของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด.....153

บทที่ 4 บทวิเคราะห์

4.1 ประเด็นปัญหาในเรื่องความรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชนจำกัด.....162

4.1.1 ประเด็นปัญหาทั่วไป.....162

4.1.2 ประเด็นปัญหาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 86.....174

4.1.3 ประเด็นปัญหาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 87184

4.1.4 ประเด็นปัญหาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 88.....194

4.1.5 ประเด็นปัญหาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 89.....197

4.2 ประเด็นปัญหาในเรื่องความรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชนจำกัด.....200

4.2.1 ในพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่กำหนดโทษทางอาญาให้กับผู้บริหาร
บริษัทมหาชนมักจะมีการกำหนดโทษให้กับ “บุคคลซึ่งรับผิดชอบ
ชอบการดำเนินงานของบริษัท” ควรจะตีความคำว่า “บุคคลซึ่ง
รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท” ให้มีความหมายอย่างไร.....200

4.2.2 การปรับบทความรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นไว้ในพระราชบัญญัติ
หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 กับผู้บริหารบริษัท
มหาชนจำกัด ผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์ และผู้บริหารบริษัท
มหาชนจำกัดที่มีหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์.....204

4.3 ประเด็นปัญหาในเรื่องความรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชน
จำกัด.....210

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....214

รายการอ้างอิง.....226

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....230

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

บริษัทมหาชนจำกัดเป็นองค์กรธุรกิจรูปแบบหนึ่งที่เกิดขึ้นโดยมีความประสงค์ที่จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชน และให้ผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัดอยู่ไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ต้องชำระ เหตุผลที่ผู้ประกอบการเลือกจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัด เพราะเหตุว่า สามารถระดมทุนได้มากโดยการเสนอขายหุ้นให้กับประชาชน ซึ่งในองค์กรธุรกิจรูปแบบอื่น ๆ ไม่สามารถที่จะระดมทุนจากประชาชนในรูปการเสนอขายหุ้นได้ ดังนั้นในกิจการที่ต้องการอาศัยเงินลงทุนสูง ผู้ประกอบการจึงมักเลือกที่จะจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัดขึ้นเพื่อระดมทุนจากประชาชนไปประกอบธุรกิจ โดยการจัดตั้งบริษัทนั้นจะอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 การออกหลักทรัพย์และการเสนอขายหลักทรัพย์ของบริษัทนั้นจะอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ส่วนการดำเนินงานของบริษัทมหาชนจำกัดนั้นอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 ซึ่งก็จะมีบทบัญญัติที่ควบคุมการดำเนินงานของบริษัทมหาชนไว้มากกว่าบริษัทเอกชน เพราะเหตุว่าการดำเนินงานของบริษัทมหาชนจำกัดนั้นมีผลกระทบต่อประชาชนหลายฝ่าย

บริษัทมหาชนจำกัดบริษัทใดต้องการที่จะให้หุ้นของตนมีสภาพคล่องในการเปลี่ยนมือเพื่อระดมทุนจากประชาชนให้มากขึ้นนั้นก็สามารถยื่นขอจดทะเบียนหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ได้ โดยเมื่อได้รับการอนุญาตแล้ว ประชาชนก็สามารถซื้อขายหลักทรัพย์ของบริษัทในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย บริษัทมหาชนที่มีหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์จะอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 โดยมีคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์และคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เป็นผู้ดูแล ซึ่งจะมีการควบคุมที่มากขึ้นจากบริษัทมหาชนทั่ว ๆ ไป เพราะถือว่าบริษัทมหาชนเหล่านี้มีความสำคัญกับระบบเศรษฐกิจของประเทศ

นอกจากนี้หากบริษัทมหาชนจำกัดประกอบธุรกิจที่มีกฎหมายพิเศษควบคุมไว้โดยเฉพาะ เช่น ธุรกิจธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ หรือธุรกิจประกันภัย บริษัทมหาชนเหล่านี้ยังต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายพิเศษเหล่านี้อีกด้วย

ผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดประกอบด้วย กรรมการบริษัท และ บุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท เช่นผู้จัดการบริษัท ผู้บริหารบริษัทถือได้ว่าเป็นบุคคลที่มีความสำคัญมากที่สุด在公司 เพราะบริษัทเป็นนิติบุคคลไม่อาจดำเนินงานได้เอง เว้นแต่จะต้องดำเนินงานโดยผ่านทางผู้บริหารบริษัท ดังนั้น หากผู้บริหารมีความรู้ความสามารถและปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตแล้ว การดำเนินงานของบริษัทมหาชนจำกัดก็จะเป็นไปได้ด้วยดี มีกำไรมาจัดสรรให้ผู้ถือหุ้น ในทำนอง

กลับกันถ้าผู้บริหารไม่มีความรู้ความสามารถหรือปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตเห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัวแล้ว บริษัทก็จะประสบปัญหาขาดทุน บางครั้งอาจถึงขั้นมีหนี้สินล้นพ้นตัว ซึ่งถ้าเหตุการณ์นี้เกิดขึ้นกับบริษัทมหาชนจำกัดที่มีลักษณะการประกอบธุรกิจอันมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ เช่น ธนาคารพาณิชย์หรือบริษัทเงินทุนแล้ว ประเทศอาจประสบปัญหาวิกฤติทางเศรษฐกิจได้ ดังเช่นในอดีตที่ผ่านมา

ความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดนั้น สามารถแบ่งได้เป็นความรับผิดชอบทางแพ่งและความรับผิดชอบทางอาญาและความรับผิดชอบทางวินัยทางธุรกิจ โดยความรับผิดชอบทางแพ่งนั้นเป็นความรับผิดชอบที่ผู้บริหารบริษัทต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับบริษัท ส่วนความรับผิดชอบทางอาญานั้นเป็นกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดโทษให้ผู้บริหารที่ทำผิดบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งมีทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ ส่วนความรับผิดชอบทางวินัยทางธุรกิจไม่ใช่ความรับผิดชอบตามกฎหมาย แต่เป็นความรับผิดชอบสังคมและทางปกครองที่เกิดจากการฝ่าฝืนวินัยทางธุรกิจขององค์กรควบคุมที่กำหนดขึ้น การดำเนินงานของบริษัทมหาชนจำกัดจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายและมีวินัยทางธุรกิจควบคุมหลายฉบับ ดังนั้นจึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาขึ้นในเรื่องของการนำกฎหมายมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงอยู่หลายประการ

ดังนั้นการศึกษาถึงความรับผิดชอบทั้งทางแพ่งทางอาญาและทางวินัยทางธุรกิจของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดโดยศึกษากฎหมายและวินัยทางธุรกิจที่เกี่ยวข้องทุกฉบับ จะช่วยแก้ปัญหาความสับสนในการปรับใช้กฎหมายแต่ละฉบับได้ อีกทั้งยังเป็นแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ให้ผู้บริหารบริษัทมหาชนได้ทราบถึงความรับผิดชอบต่าง ๆ อันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของตน และยังเป็นประโยชน์ต่อหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ควบคุมบริษัทมหาชนจำกัดอีกด้วย

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

- 2.1 เพื่อศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้บริหารกับบริษัทมหาชนจำกัด
- 2.2 เพื่อศึกษาถึงความรับผิดชอบทางแพ่ง ความรับผิดชอบทางอาญา และความรับผิดชอบทางวินัยทางธุรกิจของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด โดยศึกษาถึงกฎหมายและวินัยทางธุรกิจทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง
- 2.3 เพื่อศึกษาถึงปัญหาจากการปรับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางแพ่ง ความรับผิดชอบทางอาญา และความรับผิดชอบทางวินัยทางธุรกิจของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด
- 2.4 เพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางแพ่ง ความรับผิดชอบทางอาญา และความรับผิดชอบทางวินัยทางธุรกิจของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด

3. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

3.1 เป็นการรวบรวมความรับผิดชอบทั้งทางแพ่ง ความรับผิดชอบทางอาญา และความรับผิดชอบทางวินัยทางธุรกิจของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดที่มีอยู่ในกฎหมายหลายฉบับมาพิจารณาอย่างเป็นระบบ

3.2 ทำให้ทราบถึงประเด็นปัญหาในการปรับบทเรื่องความรับผิดชอบทางแพ่ง ความรับผิดชอบทางอาญา และความรับผิดชอบทางวินัยทางธุรกิจ ของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด

3.3 ทำให้ทราบถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาการปรับบทกฎหมายเข้ากับเรื่องความรับผิดชอบทางแพ่ง ความรับผิดชอบทางอาญา และความรับผิดชอบทางวินัยทางธุรกิจของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด

4. ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ศึกษากฎหมายทุกฉบับที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด กล่าวคือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 และกฎหมายพิเศษที่ควบคุมการประกอบกิจการบางประเภท เช่น พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ.2522 พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ.2535 และพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ.2535 โดยจะศึกษาความรับผิดชอบทั้งทางแพ่ง ทางอาญา และทางวินัยทางธุรกิจจากการปฏิบัติผิดหน้าที่ที่กฎหมายและวินัยทางธุรกิจต่างๆ ที่ได้กำหนดไว้

5. สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

สมมติฐานของวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ คือ ด้วยในเรื่องขององค์กรทางธุรกิจในปัจจุบันนี้ เช่น บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับของกฎหมายหลายฉบับ แต่ผลการใช้บังคับกฎหมายไม่ได้บรรลุตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าว อันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายอย่างใหญ่หลวงดังในเหตุการณ์ที่ได้ปรากฏขึ้นในวิกฤติเศรษฐกิจที่ผ่านมา นับแต่ปี พ.ศ. 2540 จึงมีความจำเป็นที่ต้องศึกษาวิเคราะห์เกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้บริหารซึ่งได้ฝ่าฝืนต่อหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริต โดยจะศึกษาความรับผิดชอบทางกฎหมายทั้งทางแพ่ง ทางอาญา และทางวินัยทางธุรกิจ เพื่อให้เกิดบริษัทในความควบคุมกำกับที่ถูกต้อง (Good Corporate Governance)

6. วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้กำหนดวิธีการศึกษาวิจัย คือ

วิธีวิจัยจากเอกสาร (Documentary Research)

- ศึกษาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- ศึกษาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา
- ศึกษาจากบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
- ศึกษาจากพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535
- ศึกษาจากพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535
- ศึกษาจากพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์
ธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ.2522
- ศึกษาจากพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505
- ศึกษาจากพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ.2535
- ศึกษาจากพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535
- ศึกษาจากหนังสือคำอธิบายกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนบริษัทของประเทศไทย
- ศึกษาจากหนังสือคำอธิบายกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนบริษัทของต่างประเทศ
- ศึกษาจากหนังสือคำอธิบายกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัดในประเทศไทย
- ศึกษาจากหนังสือ คำอธิบายกฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศไทย
- ศึกษาจากหนังสือคำอธิบายกฎหมายหลักทรัพย์ของต่างประเทศ
- ศึกษาจากบทความและเอกสารประกอบการสัมมนาที่เกี่ยวข้องกับบริษัทมหาชน
- ศึกษาจากบทความและเอกสารประกอบการสัมมนาที่เกี่ยวข้องกับหลักทรัพย์

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้บริหารบริษัทกับบริษัทมหาชนจำกัด

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดในทุกด้าน ซึ่งต้องศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้บริหารบริษัทกับบริษัทมหาชนเป็นอันดับแรก เพื่อให้ทราบถึงความสัมพันธ์เบื้องต้นในทางกฎหมายของผู้บริหารบริษัทกับบริษัทมหาชนอันจะเป็นฐานในการวิเคราะห์ถึงอย่างละเอียดในบทต่อไป ในบทนี้จะพิจารณาถึง 3 ส่วน คือ คำจำกัดความของคำว่า “ผู้บริหารบริษัท” ความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการกับบริษัทมหาชน และความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัทกับบริษัทมหาชน

1.1 คำจำกัดความ “ผู้บริหารบริษัท”

บริษัทเป็นรูปแบบองค์กรธุรกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกออกมาจากตัวผู้ถือหุ้น โดยมิวัตถุประสงค์ในการหากำไรเพื่อนำมาแบ่งปันกันระหว่างผู้ถือหุ้น โดยผู้ถือหุ้นจะมีความรับผิดชอบจำกัดอยู่เพียงเท่าที่จำนวนค่าหุ้นที่ค้างชำระเท่านั้น

ในการจัดการงานของบริษัทนั้นผู้ถือหุ้นทั้งปวงไม่มีหน้าที่จัดการงานของบริษัทเอง แต่ผู้ถือหุ้นจะเลือกกรรมการขึ้นมาทำหน้าที่จัดการงานของบริษัทให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของบริษัทและมติที่ประชุมของผู้ถือหุ้น ดังนั้นจึงควรศึกษาถึงความหมายของกรรมการบริษัทก่อนในเบื้องต้น

หลวงศรีปริชาธรรมปาฐก กล่าวว่า “กรรมการบริษัท คือ บุคคลที่มีหน้าที่ดำเนินการจัดการบริษัทตามข้อบังคับของบริษัท และตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่นเป็นผู้แทนของบริษัทจัดการตามวัตถุประสงค์ ทางการเงิน บคูลย์ จ่ายเงินปันผลและดอกเบี้ย ทำการจดทะเบียนแจ้งความต่าง ๆ ซึ่งกรรมการบริษัทนั้นอาจจะมีคนเดียวหรือหลายคนก็ได้สุดแล้วแต่ที่ประชุมใหญ่จะกำหนด”¹

ศาสตราจารย์ทวิ เจริญพิทักษ์ กล่าวว่า “กรรมการบริษัท คือ บุคคลที่เข้าดำเนินการกิจการงานของบริษัท ถ้าจะเปรียบเทียบกับทางบ้านเมืองแล้ว ที่ประชุมใหญ่ของบริษัทเปรียบได้กับ ‘สภาผู้แทนราษฎรหรือรัฐสภา’ กรรมการเปรียบเสมือน ‘รัฐมนตรี’ สภากรรมการที่เป็นที่รวมของบรรดากรรมการเปรียบได้กับ ‘คณะรัฐมนตรี’ ”²

¹หลวงศรีปริชาธรรมปาฐก, คำสอนชั้นปริญญาตรีกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทและสมาคม (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2500), หน้า 203 – 204.

²ทวิ เจริญพิทักษ์, คำอธิบายโดยพิศดารกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท พ.ศ. 2504, หน้า 364.

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ กล่าวว่า “กรรมการบริษัทเปรียบเสมือนชีวิตจิตใจของบริษัท การกระทำใดๆ ของบริษัทนั้นเป็นสะท้อนมาจากการตัดสินใจของกรรมการ”³

ศาสตราจารย์โสภณ รัตนกร กล่าวว่า “กรรมการบริษัท คือ ผู้เข้าดำเนินงานบริษัทแทนผู้ถือหุ้น ซึ่งที่ประชุมผู้ถือหุ้นเป็นผู้แต่งตั้ง กรรมการบริษัทดูเหมือนเป็นผู้แทนผู้ถือหุ้นซึ่งต้องทำงานภายใต้การควบคุมของผู้ถือหุ้น แต่เนื่องจากบริษัทเป็นบุคคลแยกจากผู้ถือหุ้นทั้งหลาย กรรมการจึงถือว่าเป็นผู้แทนของบริษัทยิ่งกว่าเป็นผู้แทนหรือตัวแทนของผู้ถือหุ้น”⁴

ท่านชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม กล่าวว่า “กรรมการบริษัทมหาชนจะต้องมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายและข้อบังคับของบริษัทได้กำหนดไว้ และผ่านการเลือกตั้งจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ทั้งมีวาระการดำรงตำแหน่ง ประการสำคัญนอกจากกรรมการจะมีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ยังมีอำนาจหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในวัตถุประสงค์ของหนังสือบริคณห์สนธิ ข้อบังคับและมติที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้นและคณะกรรมการบริษัทด้วย หากกรรมการกระทำผิดหน้าที่ กรรมการอาจต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่บริษัทและผู้ถือหุ้น ทั้งอาจได้รับโทษทางอาญาอีกโสดหนึ่งด้วย”⁵

ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ได้ให้ความหมายของกรรมการไว้ว่า “กรรมการและกรรมการบริหารของบริษัทจดทะเบียนจะต้องเป็นบุคคลที่มีมาตรฐานทางศีลธรรมและจริยธรรมในระดับสูง มีความเชี่ยวชาญและการตัดสินใจทางธุรกิจที่ดี ตลอดจนมีประสิทธิภาพในการดำเนินกิจการของบริษัท ฝ่ายจัดการของบริษัทที่มีประสิทธิภาพย่อมจะดำเนินกิจการทางธุรกิจให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่เหมาะสมและสมเหตุสมผล กรรมการและกรรมการบริหารจะต้องมีและใช้ความซื่อสัตย์ ความระมัดระวัง และความเอาใจใส่เท่าที่พึงคาดหวังได้จากผู้ซึ่งอยู่ในตำแหน่ง กรรมการ ตลอดระยะเวลาที่กรรมการดำรงตำแหน่งดังกล่าวในบริษัท กรรมการและกรรมการบริหารของบริษัทจะต้องหลีกเลี่ยงกิจการหรือกิจกรรมอันอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ระหว่างบริษัทกับกรรมการหรือกรรมการบริหาร นอกจากนี้กรรมการและกรรมการบริหารจะต้องเปิดเผยโดยละเอียดซึ่งการกระทำธุรกิจหรือสัญญาใด ๆ หรือธุรกรรมอื่น ๆ ซึ่งก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ระหว่างกรรมการหรือกรรมการบริหารกับ

³ จิตติ ดิงศภัทย์, “การจัดการและความรับผิดชอบของกรรมการ รวมทั้งการควบคุมบริษัทโดยผู้ถือหุ้น”, วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ฉบับพิเศษ พ.ศ. 2522 หน้า 89.

⁴ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ , 2539) , หน้า 324.

⁵ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม และชัยพล ตราชูธรรม, บริษัทมหาชน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2539) , หน้า 55.

บริษัท ทั้งนี้ในบางกรณีกรรมการหรือกรรมการบริหารอาจต้องได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการด้วย มิฉะนั้นจะไม่ผูกพันบริษัท”⁶

ดังนั้นสรุปได้ว่า กรรมการบริษัท คือ ผู้บริหารบริษัทที่จะต้องรับผิดชอบการดำเนินงานทั้งปวงของบริษัท ซึ่งหากบริษัทใดมีกรรมการที่มีความรู้ความสามารถปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตแล้ว บริษัทก็จะประสบผลสำเร็จในการประกอบกิจการและมีกำไรแบ่งให้ผู้ถือหุ้น ในทำนองกลับกันหากบริษัทใดมีกรรมการที่ไม่มีความรู้ความสามารถหรือปฏิบัติหน้าที่อย่างทุจริตแสวงหาประโยชน์เข้าตนหรือพวกพ้องแล้ว บริษัทก็จะประสบปัญหาขาดทุน จนอาจถึงขั้นล้มละลายและต้องเลิกกิจการไป

นอกจากกรรมการแล้ว ผู้บริหารบริษัทนั้นยังมีความหมายรวมถึง “บุคคลผู้รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท” อีกด้วย บุคคลที่รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัทนั้นอาจมิใช่กรรมการ แต่บุคคลเหล่านี้เป็นพนักงานของบริษัทที่มีส่วนรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท ซึ่งบางครั้งบุคคลเหล่านี้มีอำนาจในการตัดสินใจสูงมากจนอาจมีผลถึงความสำเร็จในการบริหารงานของบริษัท เช่นตำแหน่งผู้จัดการบริษัท หัวหน้าแผนก เป็นต้น ดังนั้นคำว่า “ผู้บริหารบริษัท” นั้นจึงหมายถึง “บุคคลผู้รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท” ด้วย

1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการกับบริษัทมหาชนจำกัด

หากพิจารณาฐานะของกรรมการกับบริษัทมหาชนแล้วนั้น กรรมการบริษัทจะมีฐานะเป็น “ผู้แทนของบริษัท” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70 ซึ่งมีใช้เป็นลูกจ้างของบริษัท แต่เป็นผู้บริหารงานของบริษัทและควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของลูกจ้างของบริษัท⁷ แต่ถ้ากรรมการได้รับค่าตอบแทนรายเดือน อาจถือว่าเป็นลูกจ้างตามความหมายของกฎหมายคุ้มครองแรงงานก็ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 336 / 2525) นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1167 ยังได้บัญญัติให้ “ความเกี่ยวพันระหว่างกรรมการและบริษัทและบุคคลภายนอกนั้น ให้บังคับตามบทบัญญัติว่าด้วยตัวแทน” ดังนั้นกรรมการจึงมีฐานะเสมือนเป็นตัวแทนของบริษัทด้วย⁸ ซึ่งในที่นี้อธิบายได้ว่าหากกรรมการได้กระทำการภายในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทและภายในขอบอำนาจกรรมการแล้ว กิจการนั้นก็ผูกพันบริษัท กรรมการในฐานะผู้แทนบริษัทไม่ต้องรับผิดชอบ

⁶ ตลาตหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, บทบาท หน้าที่และความรับผิดชอบของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน(กรุงเทพมหานคร:ตลาตหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย,2540), หน้า 9 – 10.

⁷ โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2539), หน้า 333.

⁸ เรื่องเดียวกัน

การส่วนตัว แต่ถ้าหากเป็นการกระทำภายในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทแต่เป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจหรือนอกขอบอำนาจกรรมการแล้ว กิจการนั้นจะไม่ผูกพันบริษัท แต่ในกรณีนี้จะนำหลักเรื่องตัวการตัวแทนมาใช้บังคับโดยอนุโลมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1167 กล่าวคือ ถ้าบริษัทให้สัตยาบัน หรือ มีลักษณะเชิงกรรมการออกเป็นตัวแทนแล้ว บริษัทก็ต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอกตามหลักเรื่องตัวการตัวแทน แต่ถ้าหากกรรมการได้กระทำการนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทแล้ว กิจการนั้นจะไม่ผูกพันบริษัท และกรณีนี้บริษัทก็ไม่อาจให้สัตยาบันกับการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ได้

หน้าที่ของกรรมการบริษัทมหาชนจำกัด มีหลายประการดังนี้

1. หน้าที่ในการปฏิบัติตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับ และมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น

หน้าที่นี้บัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85 ซึ่งบัญญัติว่า “ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท” ดังนั้นหน้าที่ประการแรกของกรรมการซึ่งถือได้ว่าเป็นหน้าที่พื้นฐานทั่ว ๆ ไปนั่นคือ กรรมการต้องปฏิบัติงานให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ 4 ประการ คือ

1. กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย กฎหมายในที่นี้คือ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายพื้นฐานของบริษัทมหาชนจำกัด นอกจากนี้กรรมการยังมีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎ ระเบียบอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องอีกด้วย
2. กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ตามวัตถุประสงค์ของบริษัท ทุกบริษัทนั้นจะมีวัตถุประสงค์ของบริษัท สิ่งที่กำหนดอยู่ภายในขอบวัตถุประสงค์นั้นจะเป็นการบ่งบอกถึงสิ่งที่บริษัทสามารถทำได้ สิ่งใดที่ไม่ได้กำหนดไว้ในขอบวัตถุประสงค์ ถือว่าเป็นสิ่งที่บริษัทไม่สามารถทำได้ ดังนั้นกรรมการมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติงานภายในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท
3. กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ตามข้อบังคับของบริษัท ข้อบังคับของบริษัทจะเป็นสิ่งที่กำหนดเงื่อนไขการจัดการภายในของบริษัท กรรมการมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติงานตามข้อบังคับที่บริษัทกำหนดขึ้น
4. กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ตามมติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น มติที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้นถือได้ว่าเป็นนโยบายของบริษัทที่กรรมการต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด เพราะเหตุว่า ผู้ถือหุ้นมีส่วนได้เสียในทรัพย์สินทั้งปวงของบริษัท จึงมีสิทธิที่จะดูแลการดำเนินงานของบริษัท มติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นจึงเปรียบเสมือนนโยบายของผู้ถือหุ้นทั้งปวงที่มอบให้กรรมการไปดำเนินการเพื่อทำให้เกิดประโยชน์สูงสุดกับบริษัท จึงเป็นหน้าที่ของกรรมการที่จะต้องปฏิบัติตามมติที่ที่ประชุมใหญ่ได้มอบไว้

ผลของการที่กรรมการฝ่าฝืนต่อหน้าที่นี้ บริษัทมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการได้ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 85 วรรคสอง อนุมาตรา 1 และถ้าหากบริษัทไม่ดำเนินการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการ ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนที่ยื่นฟ้อง ไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ และหากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้ง ผู้ถือหุ้นนั้นๆ จะนำคดีขึ้นฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทก็ได้

นอกจากนี้ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนรวมกันอาจไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำของกรรมการที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่นี้ก็ได้ (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85 วรรคสอง อนุมาตรา 2)

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นดำเนินการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการแทนบริษัทหรือร้องขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำของกรรมการนั้น ผู้ถือหุ้นจะขอให้ศาลสั่งให้กรรมการที่กระทำฝ่าฝืนต่อหน้าที่นี้ออกจากตำแหน่งก็ได้ (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85 วรรคสาม) แต่ทั้งนี้ผู้ถือหุ้นจะต้องเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำการหรือละเว้นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่อันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85 วรรคสี่)

2. หน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duties)

หน้าที่นี้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85 เช่นเดียวกัน ซึ่งบัญญัติว่า “ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท”

หน้าที่ปฏิบัติงานด้วยความซื่อสัตย์สุจริตนั้นประกอบด้วยหน้าที่หลายประการ เช่น 1) ไม่ค้าแข่งกับบริษัท 2) ไม่แย่งโอกาสของบริษัท 3) ไม่ให้ผลประโยชน์ขัดกับบริษัท 4) ไม่ใช้ความลับของบริษัทค้าหุ้นโดยไม่เป็นธรรม 5) ไม่กดขี่ผู้ถือหุ้นส่วนน้อย 6) หน้าที่เกี่ยวกับการซื้อหรือขายอำนาจในการควบคุมบริษัท⁹

หน้าที่ของกรรมการบริษัทมหาชนจำกัดในข้อนี้ถือว่าเป็นหน้าที่ที่สำคัญยิ่งของกรรมการบริษัท มหาชนจำกัด เพราะเหตุว่า กรรมการบริษัทนั้นเป็นผู้ได้รับมอบหมายด้วยความไว้วางใจให้จัดการทรัพย์สินของบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งโดยหลักแล้ว ทรัพย์สินดังกล่าวนั้นมิใช่เป็นกรรมสิทธิ์ของกรรมการ แต่เป็นทรัพย์สินของบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลแยกต่างหาก

⁹ Harry G. Henn and John R. Alexander , Law of Corporations p. 661. อ้างถึงใน โสภณรัตน์กร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ,2539), หน้า 361.

จากผู้ถือหุ้นหรือกรรมการบริษัท หากกรรมการบริษัทบริหารงานโดยปราศจากความซื่อสัตย์สุจริตแล้ว ก็เป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่ทำให้ทรัพย์สินของผู้อื่นเสียหาย ซึ่งจะต้องมีความรับผิดชอบต่อบริษัทมหาชนจำกัดสำหรับการกระทำความผิดดังกล่าว

ผลของการที่กรรมการฝ่าฝืนต่อหน้าที่นี้ บริษัทมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการได้ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 85 วรรคสอง อนุมาตรา 1 และถ้าหากบริษัทไม่ดำเนินการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการ ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนที่ยุบรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ และหากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้ง ผู้ถือหุ้นนั้นๆ จะนำคดีขึ้นฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทก็ได้

นอกจากนี้ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนรวมกันอาจไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำของกรรมการที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่นี้ก็ได้ (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85 วรรคสอง อนุมาตรา 2)

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นดำเนินการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการแทนบริษัทหรือร้องขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำของกรรมการนั้น ผู้ถือหุ้นจะขอให้ศาลสั่งให้กรรมการที่กระทำฝ่าฝืนต่อหน้าที่นี้ออกจากตำแหน่งก็ได้ (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85 วรรคสาม) แต่ทั้งนี้ผู้ถือหุ้นจะต้องเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำการหรือละเว้นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่อันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85 วรรคสี่)

3.หน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวัง (duty of care)

คือหน้าที่ในการใช้ความรอบคอบในการบริหารงานของบริษัท รวมถึงการแต่งตั้งและควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของบริษัทด้วย กรรมการจะต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่บกพร่องหรือประมาทเลินเล่อ¹⁰

เกณฑ์ในการวัดระดับความระมัดระวังของกรรมการบริษัทเอกชนทั่วไปนั้นมิได้อยู่ด้วยกัน 3 ระดับ ซึ่งพิจารณาได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 659 ในเรื่องระดับความระมัดระวังของผู้รับฝากทรัพย์ ซึ่งนำมาใช้กับเรื่องบริษัทได้โดยผ่านทางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องหุ้นส่วนบริษัท มาตรา 1167 และในเรื่องตัวแทน มาตรา 807 วรรค 2 ซึ่งได้แก่

1.ระดับความระมัดระวังเสมือนเป็นกิจการของตนเอง ซึ่งใช้กับการรับฝากทรัพย์ที่ไม่มีบำเหน็จ ซึ่งเกณฑ์ที่ใช้วัดระดับความระมัดระวังของผู้รับฝากทรัพย์มีเพียงระดับเสมือนเป็นกิจการ

¹⁰ โสภณ รัตนกร,คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2539), หน้า 360.

ของตนเอง ซึ่งหากผู้รับฝากใช้ความระมัดระวังเสมือนกิจการของตนเองแล้ว ก็ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สินที่รับฝาก

2.ระดับความระมัดระวังเสมือนวิญญูชน ซึ่งใช้กับการรับฝากทรัพย์สินที่มีน้ำหนักค่าฝาก ระดับความระมัดระวังของผู้รับฝากจะสูงขึ้นถึงระดับวิญญูชนที่จะพึงปฏิบัติในพฤติการณ์เช่นนั้น ซึ่งถ้าหากผู้รับฝากใช้ความระมัดระวังเทียบเท่าระดับวิญญูชนแล้ว ผู้รับฝากทรัพย์สินก็ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สินที่รับฝาก

3.ระดับความระมัดระวังเสมือนผู้มีวิชาชีพเฉพาะกิจการค้าขายหรืออาชีพอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งใช้กับการรับฝากทรัพย์สินที่ผู้รับฝากเป็นผู้มีวิชาชีพเฉพาะกิจการค้าขายหรืออาชีพอย่างหนึ่งอย่างใด ระดับความระมัดระวังนี้ถือว่าเป็นระดับความระมัดระวังที่สูงที่สุด ดังนั้นหากผู้รับฝากไม่ได้ใช้ความระมัดระวังให้เสมือนผู้ประกอบการวิชาชีพแล้ว ผู้รับฝากจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สินที่รับฝาก

ซึ่งโดยสรุปแล้วกรรมการของบริษัทเอกชนจะต้องมีระดับความระมัดระวังในระดับที่ 3 ซึ่งเป็นระดับที่สูงที่สุด คือ ในระดับผู้ประกอบการวิชาชีพเฉพาะกิจการค้าขายหรืออาชีพอย่างหนึ่งอย่างใด เพราะเหตุว่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1168 ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า “กรรมการต้องใช้ความเอื้อเฟื้อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบการด้วยความระมัดระวัง” ดังนั้นกรรมการจึงถูกคาดหวังให้มีระดับความระมัดระวังสูงถึงระดับบุคคลผู้มีวิชาชีพเฉพาะในกิจการค้าขายหรืออาชีพอย่างหนึ่งอย่างใด

หากพิจารณาถึงกรรมการบริษัทมหาชนจำกัดแล้ว พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ไม่ได้บัญญัติไว้ว่าจะต้องใช้เกณฑ์ใดเป็นหลักในการตัดสินว่ากรรมการบริษัทมหาชนจำกัดได้ใช้ความระมัดระวังเพียงพอหรือไม่ ซึ่งแตกต่างกรรมการบริษัทเอกชนที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1168 ได้บัญญัติไว้ชัดเจน ดังนั้นจึงควรตีความพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 85 ในเรื่องระดับความระมัดระวังของผู้บริหารบริษัทมหาชนให้ไม่ต่ำกว่าผู้บริหารบริษัทเอกชน กล่าวคือระดับความระมัดระวังของผู้บริหารบริษัทมหาชนควรอยู่ในระดับ “ผู้มีวิชาชีพค้าขายผู้ประกอบการด้วยความระมัดระวัง” เพราะเหตุว่ากิจการบริษัทมหาชนเกี่ยวข้องกับประชาชนหลายคน ผู้ถือหุ้นในบริษัทก็มีจำนวนมาก ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองประชาชนส่วนใหญ่ที่เกี่ยวข้องกับบริษัทมหาชน จึงสมควรตีความระดับความระมัดระวังของผู้บริหารบริษัทมหาชนให้อยู่ในระดับที่สูงสุด เท่าเทียมกับผู้บริหารบริษัทเอกชน และหากตีความระดับความระมัดระวังของผู้บริหารบริษัทมหาชนให้อยู่ในระดับแค่ “วิญญูชน” แล้ว ก็จะเกิดผลประหลาดคือ บริษัทเอกชนซึ่งมีประชาชนเข้ามาเกี่ยวข้องน้อยกว่า แต่ระดับความระมัดระวังของผู้บริหารอยู่ในระดับสูงสุด ในขณะที่บริษัทมหาชนมีประชาชนเข้ามาเกี่ยวข้องมากกว่า แต่ระดับความระมัดระวังของผู้บริหารอยู่ในระดับต่ำกว่า

ผลของการที่กรรมการฝ่าฝืนต่อหน้าที่นี้ บริษัทมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการได้ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 85 วรรคสอง อนุมาตรา 1 และถ้าหากบริษัทไม่ดำเนินการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการ ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนที่ยุบรวมกัน ไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ และหากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้ง ผู้ถือหุ้นนั้นๆ จะนำคดีขึ้นฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทก็ได้

นอกจากนี้ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนรวมกันอาจไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำของกรรมการที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่นี้ก็ได้ (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85 วรรคสอง อนุมาตรา 2)

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นดำเนินการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการแทนบริษัทหรือร้องขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำของกรรมการนั้น ผู้ถือหุ้นจะขอให้ศาลสั่งให้กรรมการที่กระทำฝ่าฝืนต่อหน้าที่นี้ออกจากตำแหน่งก็ได้ (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85 วรรคสาม) แต่ทั้งนี้ผู้ถือหุ้นจะต้องเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำการหรือละเว้นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่อันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85 วรรคสี่)

4.หน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะเพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of interest)

หน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะเพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกันนี้ความจริงแล้วก็เป็นหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary duty) ประการหนึ่ง แต่ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษโดยเฉพาะใน 5 มาตรา กล่าวคือ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 86, 87, 88, 89 และ 90 ซึ่งแบ่งหน้าที่ได้เป็น 5 ประเภท ดังนี้

4.1) หน้าที่งดเว้นการประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทมหาชนจำกัด บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 86 วรรคแรกซึ่งบัญญัติว่า **“ห้ามมิให้กรรมการประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท หรือเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นกรรมการของบริษัทเอกชนหรือบริษัทอื่นที่ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ตน หรือประโยชน์ผู้อื่น เว้นแต่จะได้แจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบก่อนที่จะมีมติแต่งตั้ง”** มาตรานี้กำหนดเป็นหน้าที่ของกรรมการที่จะไม่ประกอบธุรกิจแข่งกับบริษัทหรือเข้าไปเป็นผู้มีอำนาจจัดการธุรกิจอื่น ๆ ที่ประกอบกิจการอย่างเดียวกับบริษัท เพราะเหตุว่าการที่กรรมการบริษัทไปประกอบธุรกิจแข่งกับบริษัทนั้นก่อให้เกิดผลประโยชน์ที่ขัดกัน (Conflict of interest) เพราะ โดยสภาพของการทำธุรกิจแบบเดียวกันแล้วย่อมมีการแข่งขันกัน ดังนั้นหากกรรมการไปประกอบธุรกิจอย่างเดียวกับ

ที่บริษัทดำเนินการอยู่แล้วนั้น ก็เป็นไปได้ยากที่กรรมการจะปฏิบัติหน้าที่กรรมการอย่างเต็มที่ ผลของการฝ่าฝืนมาตรา 86 นี้บริษัทมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการ แต่มีอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่บริษัททราบถึงการฝ่าฝืนและไม่เกินสองปีนับแต่วันฝ่าฝืน (มาตรา 86 วรรคสอง) และในกรณีที่บริษัทไม่ใช่สิทธิเรียกร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่ได้จำหน่ายทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ ถ้าบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้งหรืออายุความในการเรียกร้องเหลือน้อยกว่าหนึ่งเดือน ผู้ถือหุ้นจะใช้สิทธิเรียกร้องเพื่อบริษัทก็ได้ (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 86 วรรคสาม) นอกจากนี้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิร้องขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำของกรรมการที่จะไปประกอบกิจการแข่งขันกับบริษัทหรือขอศาลสั่งให้กรรมการพ้นจากตำแหน่งก็ได้ (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 86 วรรคสาม ประกอบกับมาตรา 85 วรรคสอง (2) และวรรคสาม)

4.2) หน้าที่ในการงดเว้นจากการทำธุรกิจอย่างหนึ่งอย่างใดกับบริษัท พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 87 ได้บัญญัติว่า “กรรมการคนใดซื้อทรัพย์สินของบริษัท หรือขายทรัพย์สินให้แก่บริษัทหรือกระทำธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งกับบริษัท ไม่ว่าจะกระทำในนามตนเองหรือของบุคคลอื่น ถ้ามิได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการแล้ว การซื้อขายหรือการกระทำธุรกิจนั้นไม่มีผลผูกพันบริษัท” หน้าที่นี้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันผลประโยชน์ที่ขัดกัน (Conflict of interest) ของกรรมการกับบริษัท เพราะเหตุว่าการซื้อขายทรัพย์สินหรือการกระทำธุรกิจนั้นต่างอยู่บนพื้นฐานของการแสวงหากำไรสูงสุด ดังนั้นหากกรรมการเข้ามาเป็นคู่สัญญาในการซื้อขายทรัพย์สินหรือเข้ามาเป็นคู่สัญญาในการประกอบธุรกิจกับบริษัทแล้ว กรรมการก็จะต้องรักษาผลประโยชน์ของตนเอง และเป็นไปได้ยากที่กรรมการจะรักษาผลประโยชน์ของบริษัทด้วยพร้อมๆ กัน ผลของการฝ่าฝืนมาตรา 87 นี้จะทำให้การซื้อขายหรือการกระทำนั้นไม่มีผลผูกพันบริษัท ซึ่งจะกล่าวถึงผลโดยละเอียดในบทถัดไป

4.3) หน้าที่แจ้งให้บริษัททราบโดยไม่ชักช้าถึงการที่กรรมการมีส่วนได้เสียโดยตรงหรือโดยอ้อมในสัญญาใด ๆ ที่บริษัททำขึ้นระหว่างรอบปีบัญชี และแจ้งให้บริษัททราบถึงการถือหุ้นหรือหุ้นกู้ในบริษัทและบริษัทในเครือ หน้าที่นี้ถูกบัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 88 ซึ่งบัญญัติว่า “ให้กรรมการแจ้งให้บริษัททราบโดยมิชักช้าเมื่อมีกรณีดังต่อไปนี้ (1)มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในสัญญาใด ๆ ที่บริษัททำขึ้นระหว่างรอบปีบัญชี โดยระบุข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา ชื่อของคู่สัญญา และส่วนได้เสียของกรรมการในสัญญา (ถ้ามี) (2)ถือหุ้นหรือหุ้นกู้ในบริษัทและบริษัทในเครือโดยระบุจำนวนทั้งหมดที่เพิ่มขึ้นหรือลดลงในระหว่างรอบปีบัญชี (ถ้ามี)” ในแต่ละปีบริษัทมหาชนจำกัดได้ประกอบธุรกิจมากมาย จึงมีการทำสัญญากับบุคคลต่าง ๆ จำนวนมากเช่นกัน ดังนั้นหากกรรมการบริษัทเข้าไปมีส่วนได้เสียในสัญญาที่บริษัท

ทำขึ้น ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม กรรมการมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งให้บริษัททราบถึงการเข้าไปมีส่วนได้เสียดังกล่าว เพื่อป้องกันผลประโยชน์ที่ขัดกันระหว่างบริษัทกับกรรมการ นอกจากนี้หากกรรมการถือหุ้นในบริษัทหรือบริษัทในเครืออยู่จำนวนเท่าใด กรรมการก็มีหน้าที่แจ้งให้บริษัททราบเช่นเดียวกัน ผลของการฝ่าฝืนมาตรานี้กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ แต่เป็นประเด็นที่น่าศึกษาต่อไปถึงเรื่องความรับผิดชอบของกรรมการ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

4.4) **หน้าที่งดเว้นจากการกู้ยืมเงินจากบริษัท** เป็นหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 89 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า **“ห้ามมิให้บริษัทให้กู้ยืมเงินแก่กรรมการ พนักงานหรือลูกจ้างของบริษัท เว้นแต่ (1) เป็นการให้กู้ยืมเงินตามระเบียบการสงเคราะห์พนักงานและลูกจ้าง หรือ (2) เป็นการให้กู้ยืมเงินตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์ กฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิต หรือกฎหมายอื่น”** มาตรานี้บัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันผลประโยชน์ที่ขัดกัน (Conflict of interest) ของกรรมการกับบริษัทมหาชนจำกัด เพราะเหตุว่าเมื่อมีการทำสัญญาด้วยกันนั้น เจ้าหนี้ก็ต้องการประโยชน์สูงสุดจากสัญญา เช่นเรียกดอกเบี้ยในอัตราที่สูง และใช้สิทธิเรียกร้องทันทีเมื่อหนี้ถึงกำหนด แต่ในขณะเดียวกันลูกหนี้ก็ต้องการกู้ในอัตรดอกเบี้ยต่ำ และพยายามมิให้เจ้าหนี้ใช้สิทธิเรียกร้อง เช่นนี้ถ้ากรรมการเข้ามาเป็นผู้กู้ยืมเงินจากบริษัท และเป็นผู้มีอำนาจทำการแทนบริษัทด้วยแล้ว ย่อมจะทำให้เกิดความขัดแย้งกันของผลประโยชน์ของกรรมการและบริษัท นอกจากนี้ในมาตรา 89 วรรคสองยังได้กำหนดว่าการให้กู้ยืมเงินแก่บุคคลบางประเภทเป็นการให้กู้ยืมเงินแก่กรรมการบริษัท และในมาตรา 89 วรรคสามยังได้ขยายความของคำว่า **“ให้กู้ยืมเงิน”** ให้รวมถึงการที่บริษัทเข้าค้ำประกันกรรมการ หรือรับซื้อหรือซื้อลดตัวเงินจากกรรมการ และการให้หลักประกันเกี่ยวกับเงินที่กู้ยืมกับกรรมการอีกด้วย ผลของการฝ่าฝืนมาตรานี้กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ว่าสัญญากู้ยืมหรือสัญญาค้ำประกันจะมีผลเป็นอย่างไร กฎหมายบัญญัติแต่เพียงโทษทางอาญาไว้ กล่าวคือ ปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือสองเท่าของจำนวนเงินที่ให้กู้ยืม สุดแต่จำนวนใดจะมากกว่ากัน (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 204)

4.5) **หน้าที่งดเว้นจากการรับเงินหรือทรัพย์สินอื่นจากบริษัทนอกเหนือจากค่าตอบแทนตามข้อบังคับของบริษัท** บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 90 ซึ่งบัญญัติว่า **“ห้ามมิให้บริษัทจ่ายเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดให้แก่กรรมการ เว้นแต่จ่ายเป็นค่าตอบแทนตามข้อบังคับของบริษัท”** การที่บริษัทจ่ายเงินให้กับกรรมการบริษัทนอกเหนือจากค่าตอบแทนตามข้อบังคับของบริษัทนั้นย่อมเป็นการก่อให้เกิดผลประโยชน์ที่ขัดกัน เพราะเหตุว่าบริษัทนั้นไม่ต้องการที่จะจ่ายเงินหรือทรัพย์สินของบริษัทนอกเหนือจากการประกอบธุรกิจตามปกติ ผลของการฝ่าฝืนมาตรานี้กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ จึงเป็นประเด็นที่น่าจะศึกษาต่อไป

1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลผู้รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัทกับบริษัทมหาชนจำกัด

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า “ผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด” นั้น หมายถึงกรรมการบริษัทและบุคคลผู้รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัทที่มีใช้กรรมการ เช่น ผู้จัดการ ผู้อำนวยการ หัวหน้าฝ่าย หัวหน้าแผนก เป็นต้น บุคคลผู้รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัทนั้นจะไม่มีฐานะเป็นกรรมการของบริษัท จึงไม่มีฐานะเป็น “ผู้แทนของบริษัท” แต่บุคคลเหล่านี้จะมีฐานะเป็นลูกจ้างของบริษัทตามสัญญาจ้างแรงงาน เพราะเป็นลักษณะที่บริษัทจ้างบุคคลเหล่านี้เข้าทำงานในตำแหน่งต่าง ๆ ในบริษัท ดังนั้นสิทธิหน้าที่ของบุคคลผู้รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัทนั้นจึงอยู่ภายใต้กฎหมายแรงงาน นอกจากนี้ถ้าบุคคลเหล่านี้ไปกระทำการใด ๆ กับบุคคลภายนอกแทนบริษัทแล้ว บุคคลเหล่านี้ก็จะมีความสัมพันธ์กับบริษัทในฐานะตัวแทนบริษัทได้อีกส่วนหนึ่ง



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้บริหารกับบริษัทตามกฎหมายต่างประเทศ

หลักกฎหมายบริษัทมหาชนไทยมีที่มาจากกฎหมายของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา การวิเคราะห์ปัญหาปัญหาเรื่องความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชนตามกฎหมายไทยจำเป็นต้องศึกษาถึงกฎหมายของประเทศดังกล่าวอันเป็นต้นแบบของกฎหมายบริษัทมหาชนไทย อันจะทำให้ทราบถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย แนวทางการตีความกฎหมาย ตลอดจนแนวคำพิพากษาต่าง ๆ เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการปรับใช้กับกฎหมายไทยได้อย่างถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ในบทนี้จะวิเคราะห์ถึงกฎหมายต่างประเทศใน 4 หัวข้อ คือ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้บริหารกับบริษัทตามกฎหมายประเทศอังกฤษ หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทตามกฎหมายประเทศอังกฤษ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้บริหารกับบริษัทตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา และหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

2.1 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้บริหารกับบริษัทตามกฎหมายประเทศอังกฤษ

บริษัทในประเทศอังกฤษนั้นจะมีสองรูปแบบ คือ บริษัทเอกชน (Private company) และบริษัทมหาชน (Public company) ซึ่งในบริษัททั้งสองจะมีกรรมการบริษัทเป็นผู้มีอำนาจในการจัดการบริษัท

เมื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของกรรมการบริษัท กับ บริษัทตามกฎหมายของประเทศอังกฤษแล้ว ในประเทศอังกฤษมีแนวความคิดในเรื่องฐานะของกรรมการบริษัทดังนี้ คือ

ศาล Common Law ของอังกฤษมองว่ากรรมการบริษัทมีฐานะเป็นตัวแทนบริษัทตามกฎหมาย (as agents) ซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีตัวตนสมมติ (Fiction Theory) โดยศาล Common Law ของอังกฤษได้วางหลักมาเป็นเวลานานแล้วว่า "การทำกิจการใด ๆ ของบริษัทนั้นต้องกระทำผ่านทางตัวแทนของบริษัท ซึ่งก็คือกรรมการบริษัท และมีบริษัทเป็นตัวการ" โดยผู้พิพากษา Cairns L.J. ได้วินิจฉัยไว้ในคดี Ferguson v. Wilson (1866) ว่า

" กรรมการของบริษัทเป็นเพียงตัวแทนของบริษัทเท่านั้น โดยสภาพของบริษัทแล้ว บริษัทย่อมไม่สามารถกระทำการใดได้ด้วยตนเอง ทั้งนี้เพราะบริษัทนั้นไม่มีตัวตน บริษัทเพียงแต่กระทำการโดยผ่านทางกรรมการ และในความสัมพันธ์ของกรรมการกับบริษัท ก็เป็นกรณีโดยทั่วไปของตัวการและตัวแทนเท่านั้น กล่าวคือ เมื่อตัวแทนจำต้องรับ

ผิด ก็คือความรับผิดชอบของบรรดากรรมการบริษัท ส่วนในกรณีความรับผิดชอบเฉพาะที่พึงมีต่อ
 ตัวการ ก็ย่อมเป็นความรับผิดชอบที่พึงมีต่อบริษัทนั่นเอง"¹

บางท่านก็มีความเห็นว่ากฎหมายอังกฤษก็ไม่ได้ตระหนักถึงความสำคัญของทฤษฎีใด ๆ
 มากนัก กล่าวคือ นักกฎหมายอังกฤษก็ไม่ได้ยึดมั่นทฤษฎีใดเป็นหลักในใจแต่ประการใด²

ดังนั้นโดยสรุปแล้วนักกฎหมายอังกฤษมีแนวความคิดว่ากรรมการบริษัทมีฐานะเป็น
 ตัวแทนบริษัท (as agents) แต่ก็ไม่ได้ตระหนักถึงความสำคัญของการพิจารณาความสัมพันธ์มาก
 นัก โดยนักกฎหมายอังกฤษไปให้ความสำคัญกับหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัท
 มากกว่า

2.2 หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทตามกฎหมายอังกฤษ

บริษัทก่อนปี ค.ศ. 1844 จะไม่มีการแยกฐานะออกเป็นนิติบุคคล กล่าวคือยังไม่มี การก่อตั้ง
 (Incorporate) ขึ้นเป็นนิติบุคคล ความเป็นบริษัทส่วนมากแล้วจะขึ้นอยู่กับ deed of settlement และ
 มอบทรัพย์สินของบริษัทให้ทรัสต์ (Trustee) กรรมการส่วนมากจะเป็นทรัสต์ ซึ่งศาลอิกวิตตี (Court
 of Equity) ก็ยอมรับหลักการดังกล่าว³

หลังจากที่บริษัทมีการก่อตั้ง (Incorporate) ขึ้นเป็นนิติบุคคลแล้ว จึงเกิดแนวความคิดว่า
 การตีความว่า "กรรมการบริษัทนั้นมีฐานะเป็นทรัสต์" อาจจะไม่เหมาะสม และการที่ศาลเทียบเคียง
 (Analogy) หลักการของทรัสต์มาใช้กับกรรมการบริษัทนั้นอาจไม่เป็นธรรมชาตินัก (Unnatural)
 เพราะเหตุผลสำคัญสองประการ คือ ประการที่หนึ่ง หน้าที่ของกรรมการบริษัทนั้นควรจะมี
 เหมือนกันไม่ว่าบริษัทจะจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลหรือไม่ ประการที่สอง การเทียบเคียงหลักการ
 ของทรัสต์มาใช้กับกรรมการในปัจจุบันนั้นอาจจะเข้มงวดเกินไปและไม่มีประโยชน์ (to be neither
 strictly correct nor invariably helpful)⁴

¹ Gower L.C.B., Gower's Principal of Modern Company Law (London : Stevens & Sons, 1979) pp.146 –147. อ้างถึงใน สมชัย วิชญ์ไพสิฐสกุล, "หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทตามกฎหมายไทย," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 2-3.

² Pollock, Sir Frederick, A First Book of Jurisprudence, 5th edition. (London : Macmillan & Co., Ltd, 1932) p.115. อ้างถึงใน สมชัย วิชญ์ไพสิฐสกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

³ Gower L.C.B., Gower's Principles of Modern Company Law (London : Sweet & Maxwell, 1997), p. 598.

⁴ Ibid.

ในความเป็นจริงแล้วกรรมการบริษัทเป็นตัวแทนของบริษัท (as agents) และในฐานะที่เป็นตัวแทนบริษัทนั้นกรรมการจึงต้องยืนอยู่บนความสัมพันธ์ในทางซื่อสัตย์สุจริตต่อบริษัท (stand in a fiduciary relationship to their principal, which is company) การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริษัทนั้นจะต้องใช้ความรู้ความสามารถและเข้าเสี่ยงเพื่อหาผลกำไรให้บริษัท (must take risks in attempts to earn profits for the company and its member) ในขณะที่หน้าที่ของทรัสต์นั้นจะต้องหลีกเลี่ยงความเสี่ยงที่จะมีขึ้นกับเงินกองทุนของทรัสต์ (to be cautions and avoid risks to the trust fund) หน้าที่ที่แตกต่างกันอย่างมาคนั้นทำให้การเทียบเคียงหลักการของทรัสต์มาใช้กับกรรมการของบริษัทจึงไม่เหมาะสมและเข้มงวดเกินสมควร⁵

ดังนั้นแนวความคิดในปัจจุบันในเรื่องหน้าที่ของกรรมการบริษัทนั้นจะสรุปได้เป็นหลักใหญ่ ๆ 2 ประการ คือ

- 1) หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตแห่งความภักดีและเจตนาสุจริต (Fiduciary duties of loyalty and good faith) และ
- 2) หน้าที่แห่งความระมัดระวังและทักษะความชำนาญ (Duties of care and skill)

หน้าที่ทั้งสองประการดังกล่าวสามารถอธิบายได้ ดังนี้

1. หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตแห่งความภักดีและเจตนาสุจริต (Fiduciary duties of loyalty and good faith)⁶

หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทนี้มีสองประการ คือ

- 1) หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตจากหลักความเป็นธรรมทั่วไป (General Equitable Principle) ซึ่งเกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษ และไม่ได้มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร
- 2) หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory Intervention) ซึ่งเกิดจากฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเข้าเสริมแนวคำพิพากษาของศาล ซึ่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่สำคัญคือ พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1985 (The Company Act 1985)

⁵ Ibid.

⁶ Ibid., pp. 599-640.

1) หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตจากหลักความเป็นธรรมทั่วไป (General Equitable principle)

หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตจากหลักความเป็นธรรมทั่วไปนี้มีที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาลประเทศอังกฤษ ซึ่งศาลพยายามกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทโดยใช้หลักความเป็นธรรม (General Equitable Principle) เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับคู่กรณี และเป็นบรรทัดฐานให้ศาลในคดีต่อมาวินิจฉัยตาม

ก่อนที่จะพิจารณาถึงรายละเอียดของหน้าที่ตามหลักความเป็นธรรมทั่วไปนี้ ควรที่จะพิจารณาถึงหลักเกณฑ์พื้นฐานสี่ข้อของหลักความเป็นธรรมทั่วไปก่อน คือ

1. แม้อำนาจของกรรมการจะแสดงออกในรูปของคณะกรรมการ (board of director) แต่หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตนี้ก็ถูกกำหนดให้เป็นของกรรมการแต่ละคนเป็นเอกเทศ
2. หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตเป็นหน้าที่ของกรรมการต่อบริษัทเท่านั้น เพียงพอที่จะยืนยันได้ว่าโดยทั่วไปแล้ว กรรมการบริษัทไม่มีหน้าที่นี้ต่อผู้ถือหุ้นของบริษัท
3. หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตเป็นหน้าที่ที่ประยุกต์ใช้ได้กับพนักงานบริษัท (officers)
4. หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทจะเกิดขึ้นในวันที่กรรมการบริษัทได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่

กล่าวโดยเฉพาะหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตตามหลักความเป็นธรรมทั่วไป (General Equitable Principle) นั้นมี 4 กรณี คือ

- 1) กรรมการบริษัทมีหน้าที่กระทำการโดยเจตนาสุจริต (Acting in good faith)
- 2) กรรมการบริษัทต้องไม่ใช้อำนาจที่ได้มาให้ต่างจากวัตถุประสงค์ของผู้มอบอำนาจ (Proper Purpose)
- 3) กรรมการบริษัทต้องไม่จำกัดดุลยพินิจของตนเอง (Unfettered discretion)
- 4) กรรมการบริษัทต้องไม่วางตัวในตำแหน่งที่ผลประโยชน์ของตนขัดกับผลประโยชน์ของบริษัท (Conflict of duty and interest)

1) กรรมการบริษัทมีหน้าที่กระทำการโดยเจตนาสุจริต (Acting in good faith)

คดีส่วนใหญ่ที่ศาลจะพิจารณาว่ากรรมการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตหรือไม่ โดยใช้หลักสามัญสำนึก (Common-sense Principle) และต้องพิสูจน์ให้เห็นว่ากรรมการนั้นได้กระทำหน้าที่ในสิ่งที่กรรมการเชื่อว่าสุจริตหรือไม่

กรรมการจะถูกคาดหวังให้กระทำการโดยสุจริต (act bona fide) ในทางที่กรรมการพิจารณาว่าเป็นผลประโยชน์ของบริษัท ซึ่งหลักการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นผลประโยชน์ของบริษัทหรือไม่ นั้นจะใช้ให้กรรมการนั้น ๆ พิจารณาเอง มิใช่ให้ศาลเป็นผู้พิจารณา อาจกล่าวได้ว่า

หลักเกณฑ์การพิจารณาว่ากรรมการได้กระทำเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทหรือไม่นั้นศาลอังกฤษจะใช้หลักเกณฑ์ทางอัตตวิสัย (Subjective test)

ในพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ.1985 (Company act 1985) มาตรา 309 และ มาตรา 719 และในพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency act 1986) มาตรา 187 ได้บัญญัติสาระสำคัญของสมาชิกของบริษัท (Member) และ พนักงานบริษัท (Employee)ไว้ว่า "กรรมการต้องมีความรับผิดชอบในเรื่องหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตในการรักษาผลประโยชน์ต่อพนักงานบริษัทเช่นเดียวกับสมาชิกของบริษัท" (include the interests of the company's employees in general, as well as the interests of the interests of its members) ซึ่งแสดงให้เห็นว่านอกจากกรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตรักษาผลประโยชน์ของบริษัทแล้ว ยังจะต้องรักษาผลประโยชน์ให้พนักงานของบริษัทและสมาชิกของบริษัทอีกด้วย แต่อย่างไรก็ดี ในอนุมาตรา (2) ของมาตราดังกล่าวก็ได้วางหลักว่า "หน้าที่ที่กำหนดในมาตรานี้เป็นหน้าที่ที่กรรมการมีต่อบริษัท และถูกบังคับได้เช่นเดียวกับหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตประการอื่นที่กรรมการมีต่อบริษัท" ซึ่งหมายความว่าพนักงานบริษัท (employee) ไม่สามารถใช้สิทธิบังคับตามมาตราดังกล่าวได้ ดังนั้นจึงมีผู้มีความเห็นว่า "มาตรา 309 นั้นมีลักษณะเป็นการลดความรับผิดชอบของกรรมการต่อผู้ถือหุ้นลงแทนที่จะเป็นการเพิ่มความรับผิดชอบของกรรมการต่อพนักงานบริษัท" (it may be that one effect of section 309 is to dilute directors' accountability to shareholders rather than to strengthen accountability to employee)⁷

กรรมการไม่ได้มีข้อจำกัดว่าจะต้องนำทรัพย์สินไปลงทุนในระยะเวลาสั้นหรือยาวเท่าใด ในทำนองกลับกันกรรมการจะต้องลงทุนทั้งระยะสั้นและระยะยาวเพื่อให้เกิดความสมดุลในการลงทุนทางธุรกิจ

การพิจารณาหน้าที่ของกรรมการนั้นโดยหลักแล้วใช้หลักการอัตตวิสัย (Subjective test) ดังนั้นจึงเกิดผลสรุปสามประการคือ 1) ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของกรรมการเองที่จะแยกแยะว่าอะไรคือผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น 2) ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของกรรมการเองที่จะแยกแยะว่าระยะเวลาใดที่เหมาะสมที่สุดที่จะทำให้ผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นสูงที่สุด และ 3) ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจกรรมการเองที่จะพิจารณาว่าควรลงทุนในระยะเวลาใด จากผลสรุปทั้งสามประการ จึงเป็นการยากที่จะแสดงว่ากรรมการนั้นได้ฝ่าฝืนหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริต เว้นแต่คดีที่กรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่อย่างแย่มาก (egregious) หรือในคดีที่กรรมการได้ทิ้งร่องรอยของกระบวนการคิดไว้ให้ผู้อื่นสามารถหยิบยกขึ้นมาทำทนายการตัดสินใจได้

⁷ Saul D. Harrison & Sons,1995.อ้างถึงใน Gower L.C.B., Gower's Principles of Modern Company Law (London : Sweet & Maxwell,1997), p. 603.

2) กรรมการบริษัทต้องใช้ไม่ใช้อำนาจที่ได้มาให้ต่างจากวัตถุประสงค์ของผู้มอบอำนาจ (Proper Purpose)

แม้ว่ากรรมการจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตที่กรรมการเชื่อว่าเป็นผลประโยชน์ของบริษัท แต่ถ้ากรรมการนั้นๆ ใช้อำนาจแตกต่างจากอำนาจที่ได้รับมา ก็อาจมีความรับผิดได้

ตัวอย่างเช่นในคดี Howard Smith Ltd. v. Ampol Petroleum Ltd. 1974 ซึ่งพิจารณาโดย Privy Council⁸

ในคดีนี้ศาล Privy Council ได้รับเรื่องอุทธรณ์มาจากศาลสูงสุดของรัฐนิวเซาท์เวลส์ (The Supreme Court of New South Wales)

ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ บริษัท Ampol Petroleum Ltd. และ บริษัท Bulkships Ltd. ร่วมกันถือหุ้นในบริษัท R.W. Miller (Holding) Ltd. อยู่ร้อยละ 55 ของหุ้นทั้งหมด โดยบริษัท Ampol และบริษัท Howard Smith แข่งขันที่จะครอบงำกิจการของบริษัท Miller พยานหลักฐานแสดงให้เห็นว่าบริษัท Miller มีความจำเป็นที่จะต้องเพิ่มทุน กรรมการของบริษัท Miller สนใจข้อเสนอของ Howard มากกว่าเพราะให้ราคาที่สูงกว่า กรรมการของบริษัท Miller จึงแก้ปัญหาโดยการออกหุ้นใหม่ให้ Howard Smith โดยมีวัตถุประสงค์สองประการคือ ประการที่หนึ่งเพิ่มทุนของบริษัทตามความจำเป็นที่บริษัทต้องการ และประการที่สองคือ ลดสิทธิการออกเสียงของ Ampol ลงเพื่อให้ Howard Smith ได้ครอบงำกิจการสำเร็จ ในการนี้ Ampol ได้ฟ้องขอให้ศาลพิสูจนถึงความมีผลของการออกหุ้นใหม่ในครั้งนี้⁹

Lord Wilberforce ซึ่งเป็นผู้พิพากษาในคดีนี้ได้วางหลักการคือ “อำนาจของกรรมการที่จะออกหุ้นใหม่นั้นเฉพาะวัตถุประสงค์ที่เหมาะสมคือเมื่อบริษัทต้องการเท่านั้น แต่ถือปฏิบัติแล้วมันค่อนข้างแคบเกินไป การออกหุ้นใหม่เพื่อให้อำนาจใหญ่ขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันเสถียรภาพทางการเงินของบริษัทใหญ่ ๆ ก็อาจพิจารณาได้ว่าเป็นวัตถุประสงค์ที่เหมาะสมเช่นกัน ดังนั้นหากกรรมการเพิ่มทุนเพราะสาเหตุดังกล่าวแล้ว แม้จะมีผลเป็นการลดอำนาจออกเสียงของผู้ถือหุ้นเดิมลง (result was to deprive a shareholder of his voting majority) ก็ไม่เพียงพอจะถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดวัตถุประสงค์ (would not be sufficient to make the purpose improper) แต่จากข้อเท็จจริงในคดีนี้ กรรมการของบริษัท Miller ได้ออกหุ้นใหม่เพียงเพื่อทำลายอำนาจการออกเสียงของผู้ถือหุ้นเดิม (Ampol) เพื่อให้ผู้ถือหุ้นใหม่ (Howard) เข้าครอบงำกิจการ จึงถือว่าวัตถุประสงค์

⁸ Andrew Hicks & S.H. Goo, Case and materials on Company Law (London: Blackstone press limited, 1994), pp.312-315.

⁹ Ibid., p. 313.

ไม่เหมาะสมทันที แม้ว่ากรรมการบริษัท Miller จะไม่ได้มีเหตุจงใจในการทำเช่นนั้นเพื่อได้รับผลประโยชน์ส่วนตัวเลยก็ตาม”¹⁰

ความยากลำบากในเรื่องการพิจารณาว่าวัตถุประสงค์เหมาะสมหรือไม่นั้น จะใช้เกณฑ์ใดในการพิจารณา โดยหลักการแล้ววัตถุประสงค์ของบริษัทจะถูกกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท (Article of association) ด้วยเหตุนี้การพิจารณาว่ากรรมการได้ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ที่เหมาะสมหรือไม่นั้นจึงใช้เกณฑ์ภาวะวิสัย (objective test) โดยพิจารณาจากข้อบังคับของบริษัท (Article of association) โดยใช้วิญญูชนเป็นหลักในการพิจารณา ไม่ได้พิจารณาจากตัวกรรมการเอง ดังเช่นในคดี Howard Smith Ltd. v. Ampol Ltd. 1974 ซึ่งศาลได้พิจารณาอำนาจของกรรมการในการออกหุ้นใหม่โดยใช้ข้อบังคับของบริษัท (Article of association) โดยใช้เกณฑ์ภาวะวิสัย (objective test) นั้นเอง

3) กรรมการบริษัทต้องไม่จำกัดดุลยพินิจของตนเอง (Unfettered discretion)

หลักการนี้มักจะไม่ได้ได้รับความสนใจ แต่แท้จริงแล้วเป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ทั่วไปและจำเป็นต้องกล่าวถึง

ศาลสูงของออสเตรเลีย (The Australian High Court) ได้กล่าวไว้ตอนหนึ่งในคำพิพากษาคดี Thorby v. Goldberg (1964) 112 C.L.R.597, Aus.H.C. ¹¹ ว่า **“ถ้าในเวลาที่เราจะออกความเห็น กรรมการบริษัทได้ให้ความเห็นอย่างสุจริตเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของบริษัทแล้ว (They are bona fide of opinion that it is in the best interests of the company) สัญญานั้น ๆ ก็จะมีผลสมบูรณ์ผูกพันบริษัท และไม่มีเหตุผลใด ๆ ที่จะห้ามกรรมการในการกระทำอะไรก็ตามภายใต้สัญญานั้น ๆ ซึ่งถูกกระทำขึ้นโดยคณะกรรมการ”**

หลักการที่ศาลสูงของออสเตรเลียในคดี Thorby v. Goldberg นั้นได้รับการปรับใช้กับคดี Cobra Estates v. Fulham Football Club (1994) 1BCLC 363,C.A. ¹² ซึ่งมีข้อเท็จจริง คือ กรรมการได้ทำสัญญาปรับปรุงสนามฟุตบอล โดย Club ได้รับเงิน 11 ล้านปอนด์ และกรรมการ Club ทำข้อตกลงว่าจะสนับสนุนแผนการปรับปรุงสนามของ developer ตลอดระยะเวลา 7 ปีข้างหน้า ซึ่งการกระทำดังกล่าวสอดคล้องกับข้อวัตถุประสงค์ของ Club ศาลตัดสินว่า ถ้าบุคคลธรรมดาอาจทำ

¹⁰ Gower L.C.B., Gower's Principles of Modern Company Law (London : Sweet & Maxwell,1997), p.606.

¹¹ Ibid., p.608.

¹² Griffiths, J.B.L.,576. อ้างถึงใน Gower L.C.B.,Gower's Principles of Modern Company Law (London : Sweet & Maxwell,1997), p. 608.

ข้อตกลงสำหรับอนาคตได้ บริษัทก็สามารถทำได้เช่นเดียวกัน การจำกัดดุลยพินิจของกรรมการนั้น อาจทำให้บริษัทเสียโอกาสที่จะเข้าทำสัญญาระยะยาว (long-term contracts) ซึ่งสัญญาดังกล่าวอาจเป็นผลประโยชน์กับบริษัท

4) กรรมการบริษัทต้องไม่วางตัวในตำแหน่งที่ผลประโยชน์ของตนขัดกับผลประโยชน์ของบริษัท (Conflict of duty and interest)

หลักการของหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duty) ประการหนึ่ง คือ กรรมการจะต้องไม่วางตนเองในตำแหน่งที่มีการขัดกันระหว่างหน้าที่ของกรรมการกับผลประโยชน์ส่วนตัวของกรรมการหรือหน้าที่ที่มีต่อคนอื่น (Director must not place themselves in a position in which there is a conflict between their duties to the company and their personal interests or duty to others) โดยเจตนาสุจริตของกรรมการนั้นไม่เพียงแต่ถูกกระทำขึ้น แต่ยังคงได้รับการเห็นอย่างชัดแจ้งว่า มันถูกกระทำขึ้น (Good faith not only be done but must manifestly be seen to be done)

หลักการของ conflict of duty and interest นั้นพิจารณาได้ 3 แง่มุม คือ

ก) ธุรกรรมกับบริษัท (Transactions with the company)

กลางศตวรรษที่ 19 หลักฐานปรากฏชัดแจ้งว่า “ทรัสต์ซึ่งมีตำแหน่งคล้าย กรรมการบริษัท มีความรับผิดชอบในการทำให้เสื่อมค่าซึ่งสัญญาใด ๆ ซึ่งทรัสต์เองทำในนามบริษัทกับสมาชิกทรัสต์คนใดคนหนึ่ง” หลักการนี้ได้รับการถ่ายทอดมาอย่างชัดแจ้งในคดี **Arberdeen Railway Co. v. Blaikie Bros (1843-60) All ER Rep 249, House of Lords**¹³ ซึ่งมีข้อเท็จจริง คือ

บริษัท Arberdeen Railway ทำสัญญาซื้อเก้าอี้จากห้างหุ้นส่วน Blaikie โดยหุ้นส่วนคนหนึ่งของห้างหุ้นส่วน Blaikie เป็นกรรมการของบริษัท Arberdeen Railway ด้วย ต่อมาห้างหุ้นส่วน Blaikie จึงดำเนินการฟ้องเรียกเงินค่าเก้าอี้จากบริษัท Arberdeen Railway บริษัท Arberdeen Railway จึงยกข้อต่อสู้ขึ้นว่า สัญญาซื้อขายเก้าอี้ไม่ผูกพันบริษัท (voidable)

Lord Cranworth L.C. เป็นผู้พิพากษาในคดีนี้ได้พิพากษาว่า

“คดีนี้้นำเราสู่คำถามทั่ว ๆ ไปว่า กรรมการของบริษัทรถไฟจะต้องถูกกันออกมาจากการทำความผูกพันในนามของบริษัทกับตัวของกรรมการเองหรือตัวห้างหุ้นส่วนที่เขาเป็นหุ้นส่วนอยู่หรือไม่ กรรมการคือคนที่ได้รับการมอบหมายหน้าที่ในการจัดการกิจการทั่วไปของบริษัท บริษัทนั้นสามารถกระทำการใด ๆ

¹³ Andrew Hicks & S.H. Goo, Case and materials on Company Law (London: Blackstone press limited, 1994), pp. 332-333.

ได้แต่เฉพาะโดยตัวแทน และหน้าที่ของตัวแทนเหล่านั้นคือการทำให้ผลประโยชน์ของบริษัทสูงที่สุด ตัวแทนเหล่านั้นมีหน้าที่ที่จะต้องปลดปล่อยความซื่อสัตย์สุจริตให้ตัวการ และเป็นหลักสากลที่ว่าไม่มีใครที่มีหน้าที่ดังกล่าวจะได้รับอนุญาตให้ทำความผูกพันที่ผลประโยชน์ส่วนตัวขัดกันหรือเป็นไปได้ที่จะขัดกันกับผลประโยชน์ของคนซึ่งเขาผูกพันตนเพื่อปกป้อง หลักนี้ยึดแน่นเสมอมาอย่างเข้มงวด และไม่ต้องตั้งคำถามด้วยว่า สัญญานั้นๆ เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม นอกจากนี้ยังเป็นไปไม่ได้ที่จะแสดงให้เห็นถึงว่าข้อสัญญาที่ทำขึ้นนั้นเป็นผลดีที่สุกกับบริษัทแล้ว แม้บางทีอาจเกิดเหตุการณ์คือข้อสัญญาที่ทำขึ้นนั้นบริษัทได้รับประโยชน์ดีพอ ๆ กับที่ทำสัญญากับคนอื่น แต่หลักข้อนี้ก็ไม่ได้ผ่อนผันแต่อย่างใด และการกล่าวอ้างเช่นนั้นจะไม่ได้รับอนุญาตให้นำสืบ นาย Blaikie ไม่ได้เป็นเพียงแค่กรรมการบริษัท แต่ในกรณีที่จำเป็นแล้วจะเป็นประธานกรรมการบริษัทด้วย ในตำแหน่งหน้าที่ของเขาดังกล่าวนี้ เขามีหน้าที่ที่จะต้องทำการต่อรองที่ดีที่สุดเพื่อผลประโยชน์ของบริษัท เขาทำสัญญาในนามของบริษัทกับห้างหุ้นส่วนของเขา เพื่อซื้อเก้าอี้จำนวนมากด้วยราคาที่แน่นอน หน้าที่ของกรรมการบริษัทที่เขามีนั่นคือการต่อรองให้ได้รับเก้าอี้เหล็กเหล่านี้ในราคาที่ต่ำที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ แต่ผลประโยชน์ส่วนตัวของเขาจะนำเขาไปในทางที่ตรงกันข้ามทั้งหมดก็คือเขาต้องเจรจาให้ราคาเก้าอี้ให้สูงที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ซึ่งพฤติการณ์ดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่น่ารังเกียจอย่างยิ่ง และข้าพเจ้ายังไม่เห็นแนวทางใดในการป้องกันปัญหาดังกล่าว ท่าน Lord Fullerton เหมือนกับสงสัยว่า หลักการนี้สามารถประยุกต์ใช้ได้กับทั้งบริษัทที่มีกรรมการคนเดียวหรือหลายคนหรือไม่ ข้าพเจ้าเห็นว่าไม่ว่าบริษัทที่มีกรรมการคนเดียวหรือหลายคนก็ไม่ได้ทำให้การประยุกต์ใช้หลักนี้แตกต่างกันออกไป”¹⁴

คำพิพากษาของ Lord Cranworth L.C. ได้สร้างหลัก common Law ที่สำคัญซึ่งสรุปได้ว่า “อันว่าบริษัทนั้นสามารถกระทำการใด ๆ ได้แต่เฉพาะโดยตัวแทน และหน้าที่ของตัวแทนเหล่านั้นคือการทำให้ผลประโยชน์ของบริษัทสูงที่สุด ตัวแทนเหล่านั้นมีหน้าที่ที่จะต้องปลดปล่อยความซื่อสัตย์สุจริตให้ตัวการ และเป็นหลักสากลที่ว่าไม่มีใครที่มีหน้าที่ดังกล่าวจะได้รับอนุญาตให้ทำความผูกพันที่ผลประโยชน์ส่วนตัวขัดกันหรือเป็นไปได้ที่จะขัดกันกับผลประโยชน์ของ

¹⁴ Ibid., pp.332-333.

คนซึ่งเขาผูกพันตนเพื่อปกป้อง หลักนี้ยึดแน่นเสมอมาอย่างเข้มงวด และไม่ต้องตั้งคำถามด้วยว่า สัญญานั้นๆ เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม”¹⁵

ในคดีต่อมานั้นเพิ่มเติมหลักดังกล่าวอีกเล็กน้อยคือ หลักการดังกล่าวไม่ได้ใช้เฉพาะกับธุรกรรมโดยตรงของบริษัทกับกรรมการเท่านั้น แต่ยังใช้กับธุรกรรมที่มีผลประโยชน์ทางอ้อมไม่ว่าจะอยู่ในรูปใดอีกด้วย¹⁶

นอกจากนี้ หลักการที่ห้ามทำธุรกรรมกับบริษัทนั้นยังใช้กับผู้เริ่มก่อการ (Promoter) แต่ภาระหน้าที่ของหลักการนี้ติดอยู่กับกรรมการบริษัทมากกว่า เพราะเหตุว่าผู้เริ่มก่อการสามารถทำธุรกรรมกับบริษัทได้ถ้าเขาได้เปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดให้กับกรรมการอิสระ (Independent director) หรือให้กับผู้ถือหุ้น

หลักการห้ามทำธุรกรรมกับบริษัทนั้นยังปรับใช้กับตัวแทน (agents) หรือบุคคลอื่นที่ไม่ใช่กรรมการด้วย เช่น ที่ปรึกษากฎหมายของบริษัท (Company's solicitor) ในคดี Regal (Hastings) Ltd v. Gulliver (1942) 1 All E.R. 378, (1967) 2 AC 134, House of Lords¹⁷ นาย Garton ซึ่งที่ปรึกษากฎหมายของบริษัท (Company's solicitor) ก็ถูกคาดหมายให้มีหน้าที่นี้เสมอกรรมการบริษัทเช่นกัน เพราะถือว่าเป็นบุคคลที่อยู่ในตำแหน่ง fiduciary position คนหนึ่ง

ประเด็นปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้น ก็คือ “ถ้ากรรมการมีความจำเป็นต้องทำธุรกรรมกับบริษัท กรรมการบริษัทจะต้องปฏิบัติตนอย่างไร”

ประเด็นนี้กฎหมายอังกฤษในระยะแรกค่อนข้างเคร่งครัดในเรื่องการทำธุรกรรมของกรรมการกับบริษัท กล่าวคือ แม้กรรมการจะเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดในธุรกรรมที่กรรมการทำกับบริษัทให้ที่ประชุมกรรมการบริษัททราบโดยกรรมการผู้มีส่วนได้เสียนั้นงดออกเสียง ก็ยังถือว่าไม่เพียงพอที่จะเปิดช่องให้กรรมการทำธุรกรรมกับบริษัทได้ วิธีการเดียวที่เปิดช่องให้กรรมการทำธุรกรรมกับบริษัทได้ ก็คือ กรรมการนั้น ๆ จะต้องขอการรับรองจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นก่อน หรือขอสัตยาบันจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นในภายหลัง

¹⁵ Gower L.C.B., Gower's Principles of Modern Company Law (London : Sweet & Maxwell,1997), p.610.

¹⁶ คดี Transvaal Lands Co. v. New Belgium (Transvaal) Land and Development Co. (1914) 2 Ch. 488, C.A. อ้างถึงใน Gower L.C.B., Gower's Principles of Modern Company Law (London : Sweet & Maxwell ,1997), p.611.

¹⁷ Andrew Hicks & S.H. Goo, Case and materials on Company Law, (London: Blackstone press limited,1994), pp.316-319.

ความจำเป็นที่ต้องได้รับการรับรองจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นก่อนที่กรรมการจะทำธุรกรรมกับบริษัทได้นั้น ได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรใน มาตรา 29 ของ **the first Joint Stock Company Act of 1844** แต่ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวเมื่อปี 1856 ก็ได้มีการตัดบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวออกไป คงเหลือไว้เป็นข้อบังคับให้บริษัทเลือกใช้แทน (article in the optional Table A) ซึ่งข้อบังคับดังกล่าวมีผลว่า “กรรมการคนใดมีส่วนได้เสียโดยตรงหรือโดยอ้อมกับบริษัทในสัญญาที่ทำกับบริษัท (เว้นแต่เป็นผลประโยชน์ในลักษณะที่กรรมการเป็นเพียงผู้ถือหุ้นในบริษัทอื่น) จะถือว่ากรรมการคนนั้นหมดสภาพการเป็นกรรมการและต้องสละจากตำแหน่ง” บทบัญญัตินี้ได้ถูกยกเลิกมาจาก Company Clause Consolidation Act 1845 ซึ่งก็ได้ลอกมาจาก the Municipal Corporations Act 1835 อีกทีหนึ่ง ซึ่งได้รับการวิพากษ์วิจารณ์มากกว่ามีการลงโทษที่รุนแรงไปและปรับใช้ได้ยากลำบากในกรณีของหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ (Public Authorities) และไม่เหมาะสมในการปรับใช้กับการแสวงหากำไรทางธุรกิจแบบบริสุทธิ์ (purely commercial ventures) แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัตินี้ยังคงปรากฏอยู่ใน Table A อยู่

ระหว่างที่บทบัญญัติเรื่องการพ้นจากตำแหน่งของกรรมการที่มีส่วนได้เสียกับบริษัทยังมีผลบังคับใช้อยู่ ได้มีการแก้ไขข้อบังคับกันอย่างมากมาย เพราะเหตุว่าบทบัญญัติที่ให้กรรมการพ้นจากตำแหน่ง (disqualifying rule) นั้นไม่เหมาะสมกับการดำเนินธุรกิจ ดังนั้นในปี 1948 จึงได้มีการตัดบทบัญญัติเรื่องการพ้นจากตำแหน่งไป คงเหลือแต่ให้กรรมการที่ประสงค์จะทำธุรกรรมกับบริษัทนั้นต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นเท่านั้น

ในความเป็นจริงของการดำเนินธุรกิจแล้ว กรรมการมักจะขายและสับสนที่เขยื้อนสัญญาให้ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นพิจารณาสัญญาที่กรรมการมีส่วนได้เสีย ซึ่งก็ต้องใช้เวลานานพอสมควร ประกอบกับความเป็นจริงแล้วสัญญาที่กรรมการมีส่วนได้เสียนั้นมักเกิดขึ้นบ่อยมากเช่น สัญญาที่กรรมการทำขึ้นในนามบริษัท โดยกรรมการคนนั้นเป็นกรรมการของอีกบริษัทหนึ่งที่เป็นคู่สัญญา หรือแม้แต่สัญญาจ้าง (service agreement) ที่กรรมการทำขึ้นกับบริษัท ดังนั้นจึงมีการพยายามแก้ไขข้อบังคับบริษัท (Company's constitution) โดยหลีกเลี่ยงการที่ต้องนำเข้าที่ประชุมผู้ถือหุ้น โดยการแก้ไขข้อบังคับดังกล่าวได้กลายมาเป็นรูปแบบมาตรฐานที่นิยมใช้กัน

เนื่องจากมีการแก้ไขข้อบังคับของบริษัทกันมาก ฝ่ายนิติบัญญัติจึงจำเป็นต้องออกกฎหมายเข้ามาแทรกแซง คือ พระราชบัญญัติบริษัท (the

Company Act 1929 มาตรา 149 ได้บัญญัติว่า “กรรมการมีหน้าที่ต้องแจ้งผลประโยชน์ในสัญญาหรือในร่างสัญญาที่ทำการทำขึ้นกับบริษัทให้ที่ประชุมกรรมการทราบ (to declare their interests in contract or proposed contract with the company at a meeting of the directors.)” ต่อมาในพระราชบัญญัติบริษัทปี ค.ศ. 1948 มาตรา 199 ได้บัญญัติขยายหลักการดังกล่าวให้ใช้กับสัญญา (contract) ธุรกิจกรรม (transaction) หรือการเตรียมการใด ๆ (arrangement) ค้ำ และท้ายสุดในพระราชบัญญัติบริษัทฉบับปัจจุบันปี ค.ศ. 1985 ในมาตรา 317 ได้กำหนดให้หลักการดังกล่าวใช้บังคับกับกรรมการเงา (shadow director) ที่มีส่วนได้เสียกับธุรกิจกรรมของบริษัท และกำหนดโทษปรับให้กรรมการและกรรมการเงาที่ฝ่าฝืนไม่ยอมแจ้งส่วนได้เสียในธุรกิจกรรมอีกด้วย

ผลของพระราชบัญญัติที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกมาแทรกแซงดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นจะใช้บังคับได้เพียงใดนั้น ปรากฏในคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ในคดี **Hely-Hutchinson v. Brayhead Ltd. (1968) 1 Q.B. 549, C.A.** และในคดี **Guinness v. Saunders. (1990) 2 A.C. 663. H.L.** ซึ่งพิพากษาโดย House of Lords ศาลทั้งสองคดีก็วินิจฉัยว่า "ในข้อบังคับบริษัท (Article of Association) ซึ่งมีบทบัญญัติของ Table A 1948 และ 1985 อยู่ ได้บัญญัติว่า ถ้ากรรมการได้เปิดเผยข้อเท็จจริงในเรื่องส่วนได้เสียแล้ว กรรมการอาจมีผลประโยชน์ในธุรกิจกรรมของบริษัทได้และไม่ต้องรับผิดชอบบริษัทในผลประโยชน์ที่กรรมการได้รับจากธุรกิจกรรมที่มีส่วนได้เสียดังกล่าว แต่ในคดีทั้งสองเรื่อง กรรมการบริษัทไม่ได้แจ้งในเรื่องส่วนได้เสียในธุรกิจกรรมของบริษัท ศาลตัดสินว่า ถ้ากรรมการบริษัทไม่แจ้งผลประโยชน์ของเขาแล้ว ธุรกิจกรรมนั้น ๆ จะไม่ผูกพันบริษัท (voidable) และผลประโยชน์ที่กรรมการได้รับนั้นจะต้องคืนให้บริษัทถ้ามีความเป็นไปได้ที่ยังสามารถกลับคืนสู่สถานะเดิมได้" กรณีนี้มีผู้เห็นว่า "คำพิพากษาดังกล่าวคล้ายกับจะอนุมานได้ว่า ถ้ากรรมการแจ้งเรื่องส่วนได้เสียในธุรกิจกรรมแล้ว ธุรกิจกรรมนั้นก็จะไม่กลายเป็นไม่ผูกพันบริษัท (voidable) แม้ว่าไม่ได้ได้รับความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นเลย"¹⁸

Lord Pearson ในคดี **Hely-Hutchinson v. Brayhead Ltd. (1968) 1 Q.B. 549, C.A.** ได้กล่าวว่า "มาตรา 199 ในพระราชบัญญัติบริษัทปี ค.ศ. 1984

¹⁸ Gower L.C.B., Gower's Principles of Modern Company Law (London : Sweet & Maxwell, 1997), p.613.

(ซึ่งปัจจุบันคือพระราชบัญญัติบริษัทบริษัทปี ค.ศ. 1985 มาตรา 317) ไม่ได้บัญญัติผลกระทบกับสัญญาที่กระทำขึ้นโดยฝ่าฝืนมาตรา 199 ไว้ มาตรา 199 บัญญัติไว้แต่เพียงว่ากรรมการมีหน้าที่เปิดเผยข้อเท็จจริงในเรื่องส่วนได้เสียในสัญญาที่ตนมีกับบริษัท และกำหนดค่าปรับสำหรับกรรมการที่ไม่ได้เปิดเผยข้อมูลดังกล่าวไว้ ปัญหาคือ ถ้ากรรมการกระทำสัญญาที่ตนมีส่วนได้เสียกับบริษัท แล้วไม่ได้เปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าว สัญญานั้นจะมีผลประการใด ตกเป็นโมฆะ? (void) ไม่ผูกพันบริษัท? (voidable) หรือยังคงมีผลผูกพันคู่สัญญาอยู่? (still binding on both parties) ข้าพเจ้าคิดว่าคำตอบนั้นหาได้จากหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งก็คือสัญญาจะไม่ผูกพันบริษัทโดยบริษัทมีสิทธิบอกล้างหรือให้สัตยาบัน (voidable at the option of the company)"¹⁹

และในคดี Guinness v. Saunders.(1990) 2 A.C. 663. H.L. ผู้พิพากษา Lord Goff ได้กล่าวว่า "บนหลักการนี้ ข้าพเจ้าไม่เห็นว่าการฝ่าฝืนมาตรา 317 จะมีผลกระทบกับตัวสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างนาย ward กับ Guinness โดยหลักทั่วไปของกฎหมาย (General law) แล้ว ถ้านาย ward ไม่ได้ทำหน้าที่เปิดเผยส่วนได้เสียในสัญญาตามมาตรา 317 แล้ว สัญญานั้นไม่ผูกพันบริษัท (voidable) ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไป (general law) อย่างไม่ต้องสงสัย ดังที่ Lord Pearson ได้กล่าวไว้แล้ว"²⁰

จากที่กล่าวมาแสดงให้เห็นถึงความขัดแย้งระหว่างกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ คือพระราชบัญญัติบริษัท (the Company Act) กับหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้จากแนวคำพิพากษาของศาลที่ศาลอังกฤษหยิบยกขึ้นมาปรับใช้กับคดี ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลไม่ยอมบังคับกฎหมายตามที่สภาประกาศใช้ โดยเห็นว่ากฎหมายที่สภาออกใช้นั้นไม่มีผลบังคับถึงความสมบูรณ์ของสัญญา แต่ศาลกลับบังคับตามข้อบังคับของบริษัท (Article of company) และหลักกฎหมายทั่วไป (General Law) โดยถือว่าถ้ากรรมการไม่แจ้งเรื่องส่วนได้เสียให้ทราบ และเข้าทำสัญญาฝ่าฝืนต่อข้อบังคับของบริษัท ก็จะถือว่าสัญญานั้นไม่ผูกพันบริษัท (voidable) ซึ่งเป็นตัวเลือกให้บริษัทเลือกว่าจะบอกล้างหรือให้สัตยาบัน

¹⁹ Ibid., p. 614.

²⁰ Ibid.

ข) การใช้ทรัพย์สิน, โอกาส หรือ ข้อมูล ของบริษัท (Use of corporate property, opportunity or information)

ต่อเนื่องจากหน้าที่ที่กรรมการบริษัทจะต้องไม่วางตนอยู่ในตำแหน่งที่หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตขัดกับผลประโยชน์ส่วนตน หน้าที่ประการที่สองนี้คือเรื่องของการห้ามกรรมการใช้ทรัพย์สิน โอกาส หรือข้อมูลของบริษัทเพื่อประโยชน์ของตนเองโดยปราศจากการยินยอมของบริษัท

กรรมการจะต้องไม่ใช้ทรัพย์สินของบริษัทแม้ว่าทรัพย์สินนั้นเคยเป็นกรรมสิทธิ์ของกรรมการมาก่อนก็ตาม หลักข้อนี้นี้มักจะถูกมองข้ามในบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นและกรรมการเพียงคนเดียว (one-man company)

หลักการห้ามใช้ทรัพย์สินของบริษัท (corporate property) เพื่อประโยชน์ส่วนตัวนั้นไม่ค่อยมีปัญหาเพราะเหตุว่าสามารถมองเห็นได้เป็นรูปธรรม แต่หลักการห้ามใช้ข้อมูลของบริษัท (corporate information) หรือห้ามใช้โอกาสของบริษัท (corporate opportunity) เพื่อประโยชน์ส่วนตัวนั้นพิจารณาได้ยาก

ตัวอย่างคดีที่ศาลพิจารณาไว้คือ คดี **Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver (1942) 1 All E.R. 378** ซึ่งมีข้อเท็จจริง คือ บริษัท A. เป็นเจ้าของโรงภาพยนตร์แห่งหนึ่ง กรรมการของบริษัท A. ต้องการที่จะซื้อโรงภาพยนตร์อีกสองโรงมาในลักษณะที่ยังประกอบกิจการอยู่ (going concern) ในการนี้กรรมการบริษัท A. จึงตั้งบริษัท B. ขึ้นเพื่อทำสัญญาเช่าโรงภาพยนตร์ทั้งสองจากผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าโรงภาพยนตร์ทั้งสองนั้นตั้งเงื่อนไขไว้สองประการกล่าวคือ ให้กรรมการบริษัท A. ทำสัญญาค้ำประกันสัญญาเช่าเป็นการส่วนตัว หรือมิเช่นนั้น บริษัท B. จะต้องมิทุนที่ได้ชำระแล้วทั้งสิ้นไม่ต่ำกว่า 5,000 ปอนด์ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบริษัท A. ไม่มีเงินถึง 5,000 ปอนด์ที่จะลงทุนในบริษัท B. บริษัท A. จึงถือลงทุนเพียง 2,000 ปอนด์ ส่วนที่เหลืออีก 3,000 ปอนด์นั้น กรรมการบริษัท A. และที่ปรึกษากฎหมายบริษัท A. ได้ร่วมกันลงทุนในบริษัท B. จนทำให้บริษัท B. มีทุนที่ชำระแล้วครบ 5,000 ปอนด์ ตามความต้องการของผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าจึงตกลงทำสัญญาให้บริษัท B. เช่าโรงภาพยนตร์

ต่อมาทั้งบริษัท A. และบริษัท B. ถูกขายไป และหุ้นของบริษัท B. นั้นมีกำไรหุ้นละ 2 ปอนด์ 16 ซิลลิง ผู้ลงทุนรายใหม่ในบริษัท A. จึงฟ้องกรรมการเดิมของบริษัท A. ให้ส่งมอบกำไรต่อหุ้นที่กรรมการเดิมได้รับมาคืนกลับให้บริษัท A.

ในคดีนี้ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ได้พิพากษายกฟ้องบริษัท A. และให้ผลกำไรในการขายหุ้นของบริษัท B. นั้นตกให้แก่กรรมการบริษัท A. โดยให้เหตุผลว่า เงิน 3,000 ปอนด์ที่กรรมการบริษัท A. นำไปลงทุนใน

บริษัท B. นั้นไม่ใช่ทรัพย์สินของบริษัท A. จึงถือไม่ได้ว่ากรรมการบริษัท A. แสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินของบริษัท A. นอกจากนี้ในสภาวะนั้น ๆ บริษัท A. ก็ไม่มีความสามารถที่จะหาเงิน 3,000 บาทมาลงทุนในบริษัท B. ได้ ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์จึงมีมติเป็นเอกฉันท์ยกฟ้องบริษัท A.

ต่อมาคดีขึ้นสู่ศาลสูงสุด คือ House of Lords โดย House of Lords มีมติเป็นเอกฉันท์ให้บริษัท A. ชนะคดี โดยให้กรรมการเดิมของบริษัท A. ชดใช้เงินค่าไรที่ได้จากการขายหุ้นบริษัท B. คืนให้กับบริษัท A. ด้วยเหตุผลสองประการคือ ประการที่หนึ่ง การกระทำของกรรมการนั้นใกล้ชิดกับกิจการของบริษัทที่บริษัทสามารถทำได้ และประการที่สอง การกระทำของกรรมการนั้นเป็นเหตุให้เกิดผลกำไรซึ่งต้องควรตกได้แก่บริษัท A.

ต่อมามีอีกสองคดีที่วินิจฉัยตามคดีดังกล่าว คือ คดี **Industrial Development Consultants v. Cooley (1972) 1 W.L.R. 443** และคดี **Canadian Aero Service v. O'malley (1973) 40 D.L.R. (3d) 371** ซึ่งมีข้อเท็จจริงคล้ายกันคือ บริษัทมีวัตถุประสงค์ในการประมูลงานก่อสร้างใหญ่ ๆ โดยกรรมการบริษัทได้รับทราบข้อมูลว่าจะมีงานก่อสร้าง แต่กรรมการกลับปกปิดและลาออกจากตำแหน่ง จากนั้นจึงเข้ารับงานดังกล่าวเอง ศาลทั้งสองคดีตัดสินว่า ผลประโยชน์ที่กรรมการได้รับนั้นต้องตกเป็นของบริษัท เพราะตอนที่กรรมการได้รับข้อมูลมานั้นยังดำรงตำแหน่งกรรมการอยู่ ดังนั้น การลาออกและไปรับงานจึงเป็นการนำข้อมูลและโอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัทไปหาประโยชน์ของตนเอง จึงต้องคืนผลประโยชน์ที่กรรมการได้รับให้กับบริษัท

ค) การค้าแข่งกับบริษัท (Competing with the company)

ตัวอย่างที่ชัดเจนที่สุดของการขัดกันของหน้าที่กรรมการกับผลประโยชน์ส่วนตัว คือ "การดำเนินธุรกิจแข่งกับบริษัท"

หน้าที่ของนี้ได้รับอิทธิพลมาจากความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้าง (master) กับ ลูกจ้าง (servant) ซึ่งกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันมิให้ลูกจ้างไปทำงานอื่น แม้ว่าจะ เป็นช่วงเวลาว่าง

2) หน้าที่ข้อสัตย์สุจริตจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory Duties)

แม้ว่าหน้าที่ข้อสัตย์สุจริตจากหลักความเป็นธรรมทั่วไป (General Equitable Principle) จะไม่ได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร เพราะหน้าที่ดังกล่าวเป็น Common law ที่ศาลอังกฤษใช้เป็นแนวทางในการพิพากษาคดี แต่ทั้งนี้ฝ่ายนิติบัญญัติของอังกฤษก็ได้แสดงบทบาทในการ

กำหนดหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตเพิ่มเติมจากหลักความเป็นธรรมทั่วไป ซึ่งกฎหมายที่สำคัญที่เข้ามาเสริมหลักความเป็นธรรมทั่วไป คือ พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1985 (The Company Act 1985) มาตรา 310 ถึง มาตรา 347 ซึ่งอธิบายเป็นข้อ 2 ข้อใหญ่ได้ดังนี้

1) พระราชบัญญัติบริษัทมาตรา 310

แต่เดิมนั้นบริษัทอาจกำหนดข้อบังคับให้ยกเว้นความรับผิดชอบของพนักงานบริษัท (officer) จากการฉ้อฉลหรือเจตนาทำให้บริษัทเสียหาย (fraud or wilful default) ได้ แต่บทบัญญัติของมาตรา 310 ได้ว่าข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะ ซึ่งในมาตรา 310 (1) และ (2) ได้บัญญัติว่า

"บทบัญญัติใดซึ่งมีวัตถุประสงค์ยกเว้นความรับผิดชอบของพนักงาน (officer) หรือผู้สอบบัญชี (auditor) ของบริษัทจากความรับผิดใด ๆ ตามหลัก rule of law จากความประมาท (negligence) ผิดนัด (default) ผิดหน้าที่ (breach of duty) ผิดหน้าที่ของความเชื่อใจ (breach of trust) นอกจากที่กำหนดไว้ในอนุมาตรา 3 แล้ว บทบัญญัตินั้น ๆ จะเป็นโมฆะ ไม่ว่าบทบัญญัตินั้นจะอยู่ในรูปของข้อบังคับบริษัท (company article) หรืออยู่ในรูปสัญญาใด ๆ กับบริษัทหรืออยู่ในรูปข้อตกลงอื่นๆ"²¹

ในอนุมาตรา (3) ไม่ได้ห้ามบริษัทซื้อประกันหรือต่ออายุประกันให้พนักงานหรือผู้สอบบัญชีของบริษัทเพื่อประกันความเสียหายที่พนักงานหรือผู้สอบบัญชีทำให้บริษัทเสียหาย เหตุที่กำหนดขึ้นมาเช่นนี้เพราะป้องกันปัญหาในเรื่องความกลัวที่จะเข้ารับตำแหน่งในบริษัท นอกจากนี้ อนุมาตรา (3) ก็ไม่ได้ห้ามบริษัทยอมรับใช้ค่าเสียหายให้พนักงานหรือผู้สอบบัญชีในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการต่อสู้คดีแพ่งและคดีอาญา

2) การบังคับใช้หลัก fair dealing

พระราชบัญญัติบริษัทได้กำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ซึ่งส่วนมากได้รับอิทธิพลมาจากพระราชบัญญัติบริษัทปี ค.ศ. 1980 แต่บทบัญญัติใหม่นี้เพิ่มประสิทธิภาพการบังคับใช้ขึ้นมากกว่าแต่ก่อน ซึ่งหลัก fair dealing นี้สามารถอธิบายในภาพรวมได้ 3 ลักษณะคือ

ประการที่หนึ่ง เพิ่มจำนวนธุรกรรมที่ห้ามกรรมการกระทำ

ประการที่สอง ธุรกรรมบางประเภทที่บริษัทกระทำกับกรรมการจะต้องได้รับการรับรองจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น

ประการที่สาม เพิ่มการเปิดเผยธุรกรรมที่บริษัทได้กระทำกับกรรมการ

²¹ Ibid., p. 623.

จากภาพรวมทั้งหมดนั้นสามารถอธิบายถึงหลัก fair dealing ทั้งหมดได้ 5 ข้อ ดังนี้

ก) การห้ามบริษัทจ่ายภาษีแทนกรรมการ (Tax-free emoluments)

ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน 311 ได้วางหลักการห้ามมิให้บริษัทเสียภาษีแทนกรรมการ เนื่องจากการจ่ายภาษีแทนกรรมการนั้นก็เท่ากับเป็นการจ่ายค่าตอบแทนให้กรรมการวิธีหนึ่ง เพราะการที่กรรมการไม่ต้องเสียภาษีนั่นเท่ากับว่ากรรมการได้รับเงินเท่าจำนวนที่เสียภาษีจากบริษัท ซึ่งโดยหลักแล้วกรรมการเป็นผู้กระทำการแทนบริษัท กรรมการอาจใช้อำนาจของตนสั่งให้บริษัทจ่ายภาษีแทนกรรมการก็ได้ ซึ่งหากกรรมการทำเช่นนั้นก็เท่ากับว่า บริษัทให้ค่าตอบแทนกรรมการในรูปแบบการจ่ายภาษีให้ ซึ่งเป็นการขัดกับหลักความซื่อสัตย์สุจริต

ข) การแจ้งผลประโยชน์ต่อที่ประชุมกรรมการ (declaration of interest)

ในมาตรา 317 บัญญัติว่า

"(1) เป็นหน้าที่ของกรรมการบริษัทที่มีผลประโยชน์ในสัญญาหรือร่างสัญญาของบริษัท ที่จะต้องเปิดเผยผลประโยชน์ดังกล่าวในที่ประชุมกรรมการ

(2) ในกรณีของร่างสัญญานั้น การเปิดเผยเรื่องผลประโยชน์จะต้องกระทำต่อที่ประชุมกรรมการบริษัทที่พิจารณาร่างสัญญานั้นๆ ถ้ากรรมการไม่ได้อยู่ในที่ประชุมร่างสัญญานั้น ๆ กรรมการจะต้องเปิดเผยผลประโยชน์ในสัญญาในการประชุมคราวถัดไป และในกรณีที่กรรมการมีผลประโยชน์ในสัญญาหลังจากที่สัญญาได้ทำขึ้นแล้ว กรรมการต้องเปิดเผยผลประโยชน์ในสัญญาในการประชุมกรรมการครั้งแรกหลังจากที่ตนมีผลประโยชน์ในสัญญา

(3) เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ การที่กรรมการคนหนึ่งส่งหนังสือแจ้งถึงกรรมการกรรมการหลาย ๆ คน ในกรณีต่อไปนี้ คือ (ก) ถ้ากรรมการแจ้งแล้วว่าเขาเป็นสมาชิกของบริษัทหนึ่ง และต่อมาบริษัทได้ไปทำกับบริษัทนั้นๆ หรือ (ข) กรรมการมีผลประโยชน์กับบุคคลเฉพาะที่ทำสัญญากับบริษัทภายหลังที่กรรมการได้ยื่นหนังสือแจ้งดังกล่าวไปแล้ว, ให้ถือว่าเพียงพอแล้วที่จะเป็นการแจ้งเรื่องผลประโยชน์ในสัญญา

(4) อย่างไรก็ตามถ้าหนังสือแจ้งเรื่องผลประโยชน์ไม่ได้ให้กับที่ประชุมกรรมการหรือกรรมการไม่ได้อ่านในที่ประชุม ก็ไม่ถือว่าหนังสือแจ้งดังกล่าวมีผลบังคับ

(5) มาตรการนี้ใช้บังคับกับสัญญาหรือธุรกรรมใด ๆ ที่ทำขึ้นในวันที่ 22 ธันวาคม ค.ศ. 1980 และภายหลังจากนั้นเป็นต้นไป

(6) เพื่อประโยชน์แห่งมาตรการนี้ ธุรกรรมหรือการเตรียมการใด ๆ ในมาตรา 330 (ซึ่งห้ามบริษัทให้กู้ยืมเงินแก่กรรมการ) ที่กระทำระหว่างบริษัทกับกรรมการบริษัท ให้ถือว่าเป็นธุรกรรมที่กรรมการมีผลประโยชน์และต้องแจ้งผลประโยชน์ดังกล่าวต่อที่ประชุมกรรมการ

(7) กรรมการที่ไม่ปฏิบัติตามมาตรการนี้ ต้องระวางโทษปรับ

(8) มาตรการนี้ใช้บังคับกับกรรมการเงา (shadow director) ด้วย

(9) บทบัญญัติแห่งมาตรการนี้ไม่ได้ทำลายหลัก rule of law ใด ๆ ที่ห้ามกรรมการบริษัทจากการมีผลประโยชน์ในสัญญากับบริษัท"²²

จากมาตรา 317 นั้นสรุป²³ ได้ว่า

เป็นหน้าที่ของกรรมการที่มีผลประโยชน์ในสัญญาของบริษัทที่จะต้องแจ้งเรื่องผลประโยชน์ดังกล่าวต่อที่ประชุมกรรมการบริษัท

"สัญญา"(contract) ในความหมายของมาตรา 317 นั้นให้หมายรวมถึง "ธุรกรรม" (transaction) หรือ การเตรียมการใด ๆ (arrangement) ด้วย

การเปิดเผยในมาตรานี้ใช้คำว่า "nature of the director's interest" จึงหมายถึงการเปิดเผยถึง "สาระสำคัญของผลประโยชน์ในสัญญา" กรรมการจึงไม่จำเป็นต้องเปิดเผยถึง "ข้อเท็จจริงทั้งหมด (all material fact)" ของผลประโยชน์ในสัญญาด้วยแต่ประการใด

ประเด็นสำคัญในที่นี้คือ "ในกรณีที่บริษัทมีกรรมการคนเดียว กรรมการจะต้องนำเรื่องที่ดินมีผลประโยชน์แจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบหรือไม่"

²² Andrew Hicks & S.H. Goo, Case and materials on Company Law (London: Blackstone press limited,1994), pp.335-336.

²³ Gower L.C.B., Gower's Principles of Modern Company Law (London : Sweet & Maxwell, 1997), pp.627-630.

คดี **Neptune (vehicle washing equipment) Ltd. v. fitzgerald** ศาลวินิจฉัยว่า กรรมการสามารถแจ้งให้ตนเองทราบได้ โดยกระทำการอย่างเจียม ๆ แต่คดีดังกล่าวก็ยังมีข้อโต้แย้งกันอยู่มากว่า สมควรจะให้กรรมการต้องแจ้งต่อผู้ถือหุ้นหรือไม่ ซึ่งยังเป็นปัญหาที่โต้แย้งกันอยู่

ปัญหาสำคัญอีกประการคือ "ถ้ากรรมการทุกคนทราบถึงส่วนได้เสียอยู่แล้ว กรรมการที่มีผลประโยชน์ในสัญญาจะต้องเปิดเผยอีกหรือไม่"

จะเห็นได้ว่าหากกรรมการทุกคนรู้ถึงส่วนได้เสียของกรรมการคนหนึ่งอยู่แล้ว การเปิดเผยนั้นก็จะเป็นเพียงแง่ทางเทคนิค (purely technical) เท่านั้น กล่าวคือ แม้จะเปิดเผยหรือไม่เปิดเผยก็ไม่มีผลกระทบต่อจิตใจของที่ประชุมกรรมการ

ในคดี **Runciman v. Walter Runcimen plc (1992) BCLC 1084** ศาลพิพากษาว่าศาลมีดุลยพินิจที่จะตัดสินว่าสัญญามีผลสมบูรณ์ แม้กรรมการจะไม่ได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติที่บังคับให้กรรมการต้องเปิดเผยถึงผลประโยชน์ในสัญญาของบริษัท เพราะคดีนี้กรรมการทุกคนได้ทราบถึงผลประโยชน์นั้นๆ ดิอยู่แล้ว

ในมาตรา 317 อนุมาตรา 8 บัญญัติให้ใช้หลักการตามมาตรา 317 กับ "กรรมการเงา" (shadow director) ด้วย

ในมาตรา 317 อนุมาตรา 9 ได้บัญญัติว่าหลักการในมาตรา 317 นี้ไม่ได้ทำลายหลัก rule of law ที่ห้ามกรรมการจากการมีผลประโยชน์ในธุรกรรมของบริษัท

ค) การห้ามจ่ายค่าตอบแทนกรรมการ (Restraints on directors' remuneration)

มาตรา 318 ได้บัญญัติให้ทุกบริษัทเก็บสำเนาของสัญญาจ้างกรรมการ (service agreement) ของกรรมการแต่ละคนไว้ และถ้าสัญญาดังกล่าวไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร ก็ให้บันทึกข้อตกลงไว้ในรูป memorandum โดยสำเนาทั้งหมดต้องถูกเก็บรักษาไว้ในที่เดียวกัน (มาตรา 318 อนุมาตรา 2)

บริษัทต้องแจ้งให้นายทะเบียนทราบว่าสัญญาถูกเก็บไว้ในที่ใด (มาตรา 318 อนุมาตรา 4)

นอกจากนี้สำเนาสัญญาจ้างกรรมการหรือ memorandum จะต้องเปิดเผยให้ผู้ถือหุ้นเข้าตรวจสอบโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย (มาตรา 318 อนุมาตรา 7)

ถ้าผู้ถือหุ้นต้องการเข้าตรวจสอบสัญญาดังกล่าว และทางบริษัทปฏิเสธศาลอาจออกคำสั่งให้ผู้ถือหุ้นเข้าตรวจสอบได้ทันที (มาตรา 318 อนุมาตรา 9) และบริษัทกับเจ้าหน้าที่จะต้องระวางโทษปรับ (มาตรา 318 อนุมาตรา 8) ทาง

ปฏิบัติไม่ค่อยได้มีการบังคับใช้สิทธิเข้าตรวจสอบ (the right of inspection) นี้เท่าใดนักแม้ในบริษัทมหาชนจำกัด²⁴ และในบริษัทเล็ก ๆ ส่วนมากจะไม่มีการทำสัญญาจ้างกรรมการไว้ล่วงหน้า แต่จะใช้วิธีการตกลงกับกรรมการเรื่องค่าตอบแทนให้กรรมการเป็นครั้งคราว²⁵

ในมาตรา 319 ได้บัญญัติห้ามบริษัททำสัญญาจ้างกรรมการที่มีระยะเวลานานกว่า 5 ปี โดยปราศจากสิทธิในการเลิกสัญญา ไม่ว่าสัญญานั้นจะอยู่ภายใต้รูปแบบของ "สัญญาให้บริการ (contract of service)" หรือไม่ เว้นแต่สัญญาดังกล่าว จะได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น และก่อนพิจารณาร่างสัญญาดังกล่าวจะต้องมีการแจ้งให้สมาชิกของบริษัททุกคนตรวจสอบสัญญาก่อนไม่น้อยกว่า 15 วัน (มาตรา 319 อนุมาตรา 5)

นอกจากนี้ยังมีการบัญญัติ code of practice on directors' remuneration ซึ่งปัจจุบันปรากฏอยู่ในภาคผนวกของ Stock Exchange's Listing Rule โดยมีหลักการ 4 ข้อคือ

ประการที่หนึ่ง ได้มีการพยายามแก้ไขปัญหาเรื่องผลประโยชน์ขัดกัน (conflict of interest) ในเรื่องของค่าตอบแทนกรรมการ โดยให้บริษัทจัดตั้ง "คณะกรรมการค่าตอบแทน (Remuneration Committees)" ขึ้น ประกอบด้วย "กรรมการที่ไม่มีอำนาจบริหาร (non-executive directors)" ทั้งหมด มีหน้าที่พิจารณากำหนดนโยบายค่าตอบแทนต่างๆ ไปของทั้งบริษัท และค่าตอบแทนของ "กรรมการบริหาร (executive directors)" คณะกรรมการค่าตอบแทนนี้จะรายงานโดยตรงไปยังที่ประชุมผู้ถือหุ้น โดยไม่ได้รายงานไปที่ประชุมกรรมการ กรรมการคนใดมีส่วนได้เสียในการพิจารณาค่าตอบแทนกรรมการ ก็จะต้องถอนตัวออกจากการพิจารณา

ประการที่สอง ในส่วน B ของ code of practice on directors' remuneration นี้ได้บังคับให้กรรมการเปิดเผยค่าตอบแทนของกรรมการแต่ละคนต่อที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น รวมทั้งรายละเอียดของบำนาญ (pension) ที่ได้รับระหว่างปี ซึ่งแท้จริงแล้วในพระราชบัญญัติบริษัทได้บังคับให้กรรมการเปิดเผยข้อมูลลักษณะนี้บ้างอยู่แล้ว แต่ใน code ดังกล่าวได้บัญญัติเสริมขึ้นอีก

²⁴ Gower L.C.B., Gower's Principles of Modern Company Law (London : Sweet & Maxwell, 1997), p.631.

²⁵ Ibid.

ประการที่สาม ข้อตกลงระยะยาวรูปแบบใหม่ที่บริษัทให้ประโยชน์แก่กรรมการ (new long term incentive scheme) ซึ่งรวมทั้งข้อตกลง share option scheme* จะต้องได้รับการรับรองจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วย ซึ่งหากเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติบริษัทแล้ว ข้อตกลงเรื่อง share option ไม่ต้องได้รับการรับรองจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น

ประการที่สี่ code ได้กำหนดรูปแบบของค่าตอบแทนที่ต้องห้ามจ่ายให้กรรมการใน section C และ D

ง) การห้ามทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่มีสาระสำคัญ (substantial property transaction)

พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1985 มาตรา 320 ถึงมาตรา 322 ได้บัญญัติสาระสำคัญว่า "ธุรกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นสาระสำคัญ (substantial property transaction)" ที่บริษัททำขึ้นกับกรรมการ จะต้องได้รับการรับรอง (approve) ล่วงหน้าจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น

พระราชบัญญัติบริษัท มาตรา 320 ได้บัญญัติว่า

"(1) ภายใต้ข้อยกเว้นในมาตรา 321 บริษัทจะต้องไม่ทำธุรกรรมใด ๆ ซึ่ง

(ก) กรรมการบริษัทหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกรรมการได้รับ หรือจะได้รับทรัพย์สินที่มีใช้ตัวเงินจากบริษัท (non-cash asset) ในมูลค่าที่กฎหมายกำหนด (requisite value) หรือ

(ข) บริษัทได้รับหรือจะได้รับทรัพย์สินที่มีใช้ตัวเงิน (non-cash asset) จากกรรมการหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกรรมการบริษัทในมูลค่าที่กฎหมายกำหนด (requisite value)

เว้นแต่ร่างสัญญา (arrangement) นั้นจะได้รับการ

รับรองล่วงหน้าจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นของบริษัท

(2) เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ มูลค่าที่กฎหมายกำหนด (requisite value) คือ จำนวนมูลค่าของร่างสัญญาที่มีราคาทรัพย์สินเกินกว่า 100,000 ปอนด์

* share option scheme คือ ข้อตกลงที่อนุญาตให้กรรมการขอซื้อหุ้นของบริษัทได้ในอนาคต โดยกำหนดราคาหุ้นคงที่ กรรมการจะได้ประโยชน์จากข้อตกลงดังกล่าว เพราะเมื่ออนาคตหุ้นบริษัทราคาสูงขึ้น กรรมการก็สามารถซื้อหุ้นดังกล่าวได้ในราคาเท่าเดิมที่กำหนดไว้

หรือ เกินกว่าร้อยละ 10 ของทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัท แต่ทั้งนี้จะต้องไม่น้อยกว่า 2,000 ปอนด์

(ก) ยกเว้นแต่ในกรณีที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (ข) มูลค่าสุทธิของทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัทให้พิจารณาจากงบการเงินในรอบปีบัญชีที่ผ่านมา

(ข) ถ้างบการเงินดังกล่าวยังไม่ได้ถูกจัดเตรียม ให้พิจารณาจากจำนวนหุ้นที่เรียกเก็บได้ทั้งหมดของบริษัท (call-up share capital)

(3) เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ และมาตรา 321 และมาตรา 322 ให้บังคับใช้หลักการนี้กับกรรมการเงา (shadow director) ด้วย²⁶

ในมาตรา 320 (1) นั้นบัญญัติห้ามมิให้บริษัททำสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินที่มีมูลค่าที่กฎหมายกำหนด (requisite value) กับกรรมการหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกรรมการ เว้นแต่จะได้รับการรับรองล่วงหน้าจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น มูลค่าที่หมายกำหนด (requisite value) นั้นคือมูลค่าทรัพย์สินที่มีราคาเกิน 100,000 ปอนด์ หรือเกินกว่าร้อยละ 10 ของทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัท แต่ทั้งนี้จะต้องไม่น้อยกว่า 2,000 ปอนด์

ในคดี British Racing Driver's Club Ltd. v. Hextall Erskine & Co. (1996) 3 E.R. 667 at 681 – 682 ศาลได้วินิจฉัยว่า

“แนวคิดเบื้องหลังของมาตรา 320 นี้ คือ ถ้ากรรมการทำสัญญากับบริษัทในเชิงพาณิชย์แล้ว จะมีอันตรายที่ว่าการตัดสินใจของกรรมการอาจถูกรบกวนโดยการขัดกันของผลประโยชน์และความซื่อสัตย์ แม้แต่ในกรณีที่ไม่มี ความทุจริต (dishonesty) ของกรรมการเลยก็ตาม ก็สมควรที่จะให้ผู้ถือหุ้นเป็นผู้ตรวจสอบ”

แต่ทั้งนี้ก็มีข้อยกเว้นอยู่ในมาตรา 321 อยู่บ้าง 2 กรณีคือ กรณีการโอนทรัพย์สินกันในรูปแบบ inter group คือการโอนทรัพย์สินกันระหว่าง holding company และกรณีของการโอนทรัพย์สินระหว่างเด็กกิจการ ที่กรรมการไม่ต้องปฏิบัติตามมาตรา 320 นี้

ในมาตรา 322 ได้บัญญัติว่าผลของธุรกรรมใดที่ขัดมาตรา 320 จะอยู่ภายใต้บังคับของความเป็นธรรมทั่วไป (general equitable principle) กล่าวคือธุรกิจ

²⁶ Andrew Hicks & S.H. Goo, Case and materials on Company Law (London: Blackstone press limited, 1994), p. 336.

รวมถึงกล่าวจะไม่ผูกพันบริษัท (voidable) ซึ่งที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นมีอำนาจรับรองได้

ผลของการฝ่าฝืนมาตรา 320 นี้ ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 322 อนุมาตรา 3 คือ กรรมการที่ฝ่าฝืนจะต้องรับผิดชอบโดยให้ผลกำไรกับบริษัทและรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมในความสูญเสียที่เกิดขึ้นกับบริษัท อย่างไรก็ตามในมาตรา 322 อนุมาตรา 2 บัญญัติว่าถ้ากรรมการได้ชดใช้ค่าเสียหายแล้วตามมาตรา 322 อนุมาตรา 3 บริษัทก็ไม่อาจบอกเลิกสัญญาได้ และในมาตรา 322 อนุมาตรา 5 บัญญัติว่าการฝ่าฝืนมาตรา 320 นั้นถ้าได้กระทำโดยบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับกรรมการ กรรมการก็ไม่ต้องรับผิดชอบภายใต้มาตรา 322 อนุมาตรา 3 ถ้ากรรมการแสดงได้ว่ากรรมการได้ใช้เหตุผลที่เพียงพอ (reasonable step) ที่จะประกันผลประโยชน์ของบริษัทแล้ว และในมาตรา 322 อนุมาตรา 6 ก็ได้บัญญัติว่า บุคคลที่เกี่ยวข้องกับกรรมการก็อาจไม่ต้องรับผิดชอบถ้าแสดงได้ว่าเวลาทำสัญญานั้นเขาไม่รู้ถึงพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการฝ่าฝืนมาตรา 320 นั้น นอกจากนี้ในมาตรา 322 ก็ได้ห้ามกรรมการที่เกี่ยวข้องกับสัญญาดังกล่าวลงคะแนนเสียงในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น แต่ในบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ (listed company) กรรมการที่เกี่ยวข้องกับสัญญาจะถูกห้ามมิให้ลงคะแนนในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นใน Listing Rules para. 11.5 (a)

จ) การห้ามกรรมการกู้ยืมเงินบริษัท (Loans, quasi-loans and credit transaction)

การห้ามมิให้กรรมการกู้ยืมเงินของบริษัทนั้นมีมาตั้งแต่พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1948 แต่ในพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1985 มาตรา 330 ถึงมาตรา 344 ได้ขยายหลักการดังกล่าวออกไปอีก

ในมาตรา 330 อนุมาตรา 2 และ 3 ได้บัญญัติห้ามบริษัทให้กรรมการกู้ยืมเงินหรือให้ประกันใด ๆ (guarantee) รวมทั้งทำสัญญารับใช้ค่าเสียหาย (indemnity) หรือให้หลักประกันเงินกู้ใด ๆ แก่กรรมการบริษัทหรือกรรมการของบริษัท holding company

นอกจากนี้ relevant company ซึ่งหมายถึงบริษัทต่าง ๆ ที่ถือหุ้นอยู่บริษัทมหาชน ยังถูกห้ามมิให้

- (ก) ทำสัญญา “Quasi-Loan”^{*} ให้กับกรรมการของบริษัทหรือกรรมการ
ของ holding company
- (ข) ทำสัญญาให้กู้หรือทำสัญญา “Quasi-Loan” ให้กับบุคคลที่เกี่ยวข้อง
กับกรรมการ
- (ค) ทำสัญญาประกันใด ๆ หรือให้หลักประกันเงินกู้ใด ๆ กับเงินกู้หรือ
quasi-loan ซึ่งทำโดยกรรมการหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกรรมการ

ในมาตรา 330 (4) บัญญัติห้ามบริษัททำสัญญา “credit transaction”^{**}
ให้กับกรรมการหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกรรมการบริษัท

ทั้งนี้ในมาตรา 332 ถึงมาตรา 338 ได้บัญญัติข้อยกเว้นที่บริษัทสามารถให้
กรรมการกู้ยืมเงินได้บางกรณี เช่น เงินกู้จำนวนน้อยที่ไม่เกิน 5,000 ปอนด์
(มาตรา 334) หรือ quasi-loan ระยะสั้นที่ไม่เกิน 5,000 ปอนด์ (มาตรา 332) เงินกู้
ในรูปแบบ intra-group⁼ (มาตรา 333 และมาตรา 336) และเงินกู้ที่เป็นธุรกิจของ
บริษัทที่ไม่เกิน 10,000 ปอนด์ (มาตรา 335)

ในมาตรา 337 ไม่ห้ามบริษัทในการให้เงินกับกรรมการในการปฏิบัติ
หน้าที่อย่างเหมาะสมเพื่อประโยชน์ของบริษัท ซึ่งจะต้องได้รับการรับรองจากที่
ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น

^{*} Quasi-Loan คือ สัญญาที่กรรมการหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกรรมการได้รับผลประโยชน์
ใด ๆ จากบริษัท ซึ่งต่อมาจะต้องมีความรับผิดชอบที่จะต้องชดใช้คืนให้บริษัท ตัวอย่างเช่น บริษัท
มหาชนตกลงว่าจะให้กรรมการยืมเงิน 50,000 ปอนด์ของบริษัทไว้สำหรับเป็นค่าใช้จ่ายใน
การเดินทางทั่วโลกเพื่อธุรกิจของบริษัท (แทนที่จะให้กรรมการออกค่าใช้จ่ายไปก่อนและไล่เบียดจาก
บริษัทในภายหลัง) ถือว่าเป็น Quasi-Loan ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เว้นแต่จะเข้ากรณีของมาตรา 337
กล่าวคือบริษัทสามารถให้เงินทุนกับกรรมการในการปฏิบัติหน้าที่อย่างเหมาะสมได้ แต่ต้องได้รับ
ความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น, ดู Gower L.C.B., Gower's Principles of Modern Company
Law (London : Sweet & Maxwell ,1997), p.638.

^{**} credit transaction คือ สัญญาที่กรรมการหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกรรมการได้รับ
ทรัพย์สินตามสัญญาเช่าซื้อ (hire-purchase) หรือสัญญาซื้อขายเงินผ่อน (conditional sale
agreement)

⁼ intra-group คือ เงินกู้ภายในบริษัทและเงินกู้เพื่อผลประโยชน์ของ holding company

ในมาตรา 341 บัญญัติว่าการฝ่าฝืนมาตรา 330 จะต้องชดใช้ทางแพ่ง ดังเช่นกรณีของการฝ่าฝืนเรื่องการทำธุรกรรมตามมาตรา 320 เช่นเดียวกัน และกรรมการที่ฝ่าฝืนจะต้องระวางโทษทางอาญาเช่นเดียวกัน

(จ) การบังคับให้กรรมการแจ้งผลประโยชน์ในหุ้นหรือหนี้สินของบริษัท²⁷

พระราชบัญญัติบริษัทมาตรา 324 ได้บัญญัติว่าให้กรรมการของบริษัทหรือกรรมการเงาของบริษัทแจ้งให้บริษัททราบถึงผลประโยชน์ในหุ้นหรือหนี้สินของบริษัทหรือของบริษัทลูกหรือของ holding company

2. หน้าที่แห่งความระมัดระวังและทักษะความชำนาญ (Duties of Care and Skill)²⁸

หลัก common Law และหลัก Equity ได้พัฒนาหน้าที่แห่งความระมัดระวังมาเป็นเวลานาน โดยพัฒนามาจากมาตรฐานที่แตกต่างกัน แนวโน้มในปัจจุบันนั้นจะมีการรวมหลักการของ common law และหลัก Equity มาพิจารณาและปรับใช้ร่วมกันในรูปแบบของหลักการของ Common Law

ในอดีตกฎหมายได้แยกความแตกต่างระหว่างหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตและหน้าที่แห่งความระมัดระวังไว้ โดยให้ความสำคัญที่หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต และไม่ค่อยให้ความสำคัญกับหน้าที่แห่งความระมัดระวัง แต่ในปัจจุบันสถานการณ์เริ่มเปลี่ยนแปลงไป ศาลในอังกฤษหรือแม้แต่ศาลในออสเตรเลีย²⁹ ได้ให้ทัศนะว่าความคลุมเครือของหลักความระมัดระวังนั้นเป็นเพียงอดีตเสียแล้ว และศาลได้พัฒนาหลักหน้าที่แห่งความระมัดระวังโดยเทียบเคียงจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติขึ้นใช้กับบริษัทที่มีหนี้สินส่วนตัว นอกจากนี้ศาลยังได้รับอิทธิพลมาจากการพิจารณาถึงบทบาทที่เพิ่มขึ้นของกรรมการที่ไม่มีอำนาจบริหารงาน(non-executive directors) ซึ่งมีความคิดว่ากรรมการที่ไม่มีอำนาจบริหารงานเหล่านี้ไม่ควรถูกพิจารณาเป็นเพียงกรรมการแต่เพียงในนามเท่านั้น

²⁷ Nicholas Bourne, Essential Company Law (London:Cavendish Publishing,1994), p.71.

²⁸ Gower L.C.B., Gower's Principles of Modern Company Law (London : Sweet & Maxwell,1997), pp. 640-644.

²⁹ Stapledon,The AWA Case: Non-executive directors, Auditor, and Corporate Governance Issues in Court, prentice and holland (eds.), and Stapledon, Contemporary Issues in Corporate Governance,(Oxford 1993) อ้างถึงใน Gower L.C.B., Gower's Principles of Modern Company Law (London : Sweet & Maxwell,1997), p.640.

แนวคำพิพากษาของศาลในอดีตตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 จนกระทั่งสุดท้ายใน ค.ศ. 1925 ในคดี *Re v. City Equitable Fire Insurance Co.* ได้วางหลักว่ากรรมการที่ไม่มีอำนาจบริหารงานนั้นไม่มีบทบาทสำคัญกับบริษัทเป็นเพียงหน้าต่างให้กับบริษัทเท่านั้น (a piece of window-dressing aimed at promoting company image) และโดยเฉพาะในคดี *Re v. Cardiff Savings Bank (1892) 2 Ch. 100* ซึ่ง Marquis of Bute ซึ่งมีครอบครัวที่เป็นเจ้าของปราสาท Cardiff ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นประธานธนาคารเมื่อมีอายุได้ 6 เดือน และเข้าร่วมประชุมกรรมการเพียงครั้งเดียวในชีวิต ศาลตัดสินว่าเขาไม่มีความผิดในกรณีทำให้บริษัทเสียหาย แนวความคิดของศาลในสมัยนั้นยังคิดกับหลักอัตตวิสัย (subjective) โดยผู้พิพากษา Romer J. ได้ให้ทัศนะว่า “กรรมการไม่จำเป็นต้องปฏิบัติหน้าที่ของเขาให้มากไปกว่าความชำนาญของคนที่มีความรู้และประสบการณ์เท่ากับเขา” โดยผู้พิพากษาได้รับอิทธิพลมาจากรูปแบบการตัดสินใจทางธุรกิจ (model of corporate decision-making) ที่ว่า “หากผู้ถือหุ้นเลือกกรรมการที่ไร้ประสิทธิภาพ ก็เป็นความคิดของผู้ถือหุ้นเองและความเสียหายก็ตกเป็นប់แก่ผู้ถือหุ้นไป”

หลักการที่ผู้พิพากษา Romer J. ได้ให้ทัศนะไว้นั้น ไม่สามารถปรับใช้ได้กับกรรมการบริหาร (executive directors) เลย เพราะกรรมการบริหารนั้นได้รับค่าตอบแทนสูงและถูกคาดหวังให้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยประสบการณ์ความชำนาญของเขา ดังนั้นกรรมการบริหารสามารถถูกคาดหวังให้พิจารณาระดับความโดยใช้มาตรฐานภาวะวิสัย (objective test) ซึ่งกำหนดไว้ในสัญญาจ้างทำงาน (service contract) ที่ทำขึ้นกับบริษัท และหลักการพิจารณาจากมาตรฐานทางภาวะวิสัยนี้ศาลในคดี *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co. Ltd. (1957) A.C. 555, H.L.* ยังขยายไปใช้กับลูกจ้างของบริษัทอีกด้วย แต่ยังไม่ได้ถูกพัฒนาไปใช้กับกรรมการที่ไม่ได้มีอำนาจบริหารงาน (non-executive directors)

แนวความคิดใหม่ของหลักความระมัดระวังนั้นเริ่มจากคดี *Dorchester Finance Co. v. Stebbing (1989) BCLC 498* ซึ่งผู้พิพากษา Foster J. ได้กล่าวว่า “หลักการที่ผู้พิพากษา Romer J. กล่าวไว้นั้นใช้เฉพาะการพิจารณาถึงทักษะและความชำนาญ (skill) เท่านั้น หน้าที่ในทักษะและความชำนาญ (duty of skill) แยกต่างหากได้จากหน้าที่แห่งความขยันขันแข็ง (duty of diligence) ซึ่งหน้าที่แห่งความขยันขันแข็งพิจารณาได้จากวิญญูชนที่ถูกคาดหวังให้ปฏิบัติงานในฐานะกรรมการ ซึ่งเป็นมาตรฐานทางภาวะวิสัย (objective test) ”

สรุปได้ว่าถ้าเป็นหน้าที่แห่งความขยันขันแข็งแล้วจะต้องพิจารณาโดยใช้เกณฑ์ทางภาวะวิสัย ส่วนถ้าเป็นหน้าที่แห่งทักษะและความชำนาญแล้วให้ใช้เกณฑ์ทางอัตตวิสัย³⁰

³⁰ Barry A K Rider, *The regulation of the British Securities Industry* (London : T.J.Press, 1979), p.117. อ้างถึงใน พิพัฒน์ วุฒิชัยสารานนท์, “หลักความระมัดระวังของกรรมการบริษัท,” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 28.

หลักการเริ่มเปลี่ยนไปในคดี **Norman v. Theodore Goddard (1991)** และคดี **Re D'Jan of London Ltd (1993)** ผู้พิพากษา Hoffman J. รับว่ามาตรฐานในพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (the Insolvency Act 1986) มาตรา 214 ที่กำหนดมาตรฐานทางภาวะวิสัยให้กับกรรมการและกรรมการเงาในกรณีบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัวนั้น เป็นมาตรฐานเดียวกันที่สามารถปรับใช้ได้กับกรรมการบริษัท และหน้าที่แห่งความระมัดระวังนั้นเป็นหน้าที่เดียวกับที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลายมาตรา 214³¹

ประเด็นปัญหาต่อไป คือ “หากกรรมการมอบอำนาจไปให้กรรมการอื่นหรือพนักงานบริษัทแล้ว ต่อมากรรมการอื่นหรือพนักงานทุจริตทำให้บริษัทเสียหาย กรรมการจะต้องมีความรับผิดชอบหรือไม่”

ปัญหานี้ศาลได้ตัดสินไว้ในคดี **Dovey v. Cory (1990) A.C. 477,485,492** ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าประธานกรรมการและผู้จัดการธนาคารฉ้อฉลทำให้บริษัทเสียหาย ศาลพิพากษาว่า “กรรมการร่วมไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะเหตุว่า หากให้กรรมการมีหน้าที่คอยสืบหาการกระทำอันเป็นฉ้อฉลแล้ว การดำเนินธุรกิจก็ไม่อาจดำเนินไปได้ เพราะจะทำให้ไม่มีใครสามารถให้ความไว้วางใจในการทำงานได้เลย และเป็นการทำลายคุณค่าความฉลาดรอบรู้ของแรงงานในบริษัทด้วย นอกจากนี้ กรรมการอาจพึ่งพาข้อมูลจากกรรมการอื่นหรือพนักงานบริษัทในการตัดสินใจต่าง ๆ ได้”³² ดังนั้น หากกรรมการผู้ใดไม่ได้รับทราบข้อมูลถึงการกระทำอันเป็นการฉ้อฉลแล้ว กรรมการผู้นั้นก็ไม่ต้องรับผิดชอบในการฉ้อฉลของบุคคลอื่น

โดยสรุปหลักการของกฎหมายอังกฤษนั้น กรรมการแต่ละคนต้องมีความรับผิดชอบเฉพาะตัว และสามารถพึ่งพาข้อมูลและการกระทำของกรรมการอื่นหรือพนักงานของบริษัทได้ ดังนั้นหากไม่มีพฤติการณ์สงสัยแล้ว กรรมการก็ไม่ต้องรับผิดชอบหากกรรมการอื่นหรือพนักงานทำให้บริษัทเสียหาย แต่ถ้ามีพฤติการณ์สงสัยแล้ว กรรมการก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าว โดยเป็นความรับผิดชอบแบบเป็นส่วนตัว มิใช่ความรับผิดชอบร่วมกับกรรมการหรือพนักงานที่ทำให้เกิดความเสียหาย

³¹ Nicholas Bourne, *Essential Company Law* (London:Cavendish Publishing,1994), p.69.

³² Barry A K Rider,*The regulation of the British Securities Industry* (London : T.J.Press, 1979),p.117. อ้างถึงใน พิพัฒน์ วุฒิชัยสารานนท์, “หลักความระมัดระวังของกรรมการบริษัท,” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 32-35.

2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้บริหารกับบริษัทตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ ดังนั้นแนวการใช้และตีความกฎหมายในส่วนเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกับผู้บริหารบริษัทจึงมีความใกล้เคียงกัน อย่างไรก็ตามประเทศสหรัฐอเมริกาก็มีกฎหมายกำหนดเรื่องหน้าที่ของกรรมการบริษัทแตกต่างออกไปในรายละเอียด ซึ่งกฎหมายดังกล่าวเกิดขึ้นทั้งจากแนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาและกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น และบางกรณีได้สร้างหลักการใหม่ เช่น “หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ” (Business Judgment Rule) ซึ่งเป็นเรื่องที่น่าสนใจศึกษาและนำมาปรับใช้กับประเทศไทยเป็นอย่างยิ่ง

ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกับกรรมการบริษัทในสหรัฐอเมริกานั้นเคยถูกพิจารณาแบบเทียบเคียงโดยให้กรรมการมีหน้าที่แบบเดียวกับทรัสต์ (trustee) กล่าวคือมีหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duty) ซึ่งเป็นหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติงานด้วยความซื่อสัตย์สุจริตอย่างเคร่งครัด ซึ่งส่วนมากแล้วจะมีคดีเกิดขึ้นในรูปแบบของการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ (conflict of interest) และการเข้าทำสัญญากับบริษัทเอง (self dealing) อย่างไรก็ตามในระยะหลังเริ่มมีแนวความคิดว่าความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกับกรรมการบริษัทนั้นไม่ควรจะเทียบเคียงหลักการของทรัสต์มาใช้ เพราะแท้จริงแล้วกรรมการไม่ใช่ทรัสต์ และหน้าที่และความรับผิดชอบก็ไม่เหมือนทรัสต์เสียทีเดียว กรรมการบริษัทถูกคาดหวังและถูกสนับสนุนให้นำธุรกิจเข้าสู่ความเสี่ยงเพื่อหากำไรให้ผู้ถือหุ้น (Directors are expected and indeed encouraged to commit the enterprise to risky ventures in order to maximize the return to shareholders)³³ ในขณะที่ทรัสต์จะถูกกำหนดให้สงวนรักษาและบำรุงทรัพย์สินและอาจต้องรับผิดชอบหากนำทรัพย์สินไปเสี่ยงเพื่อหากำไร (Trustee are usually charged with preservation and maintenance of the assets under their control and may be surcharged if they commit the trust assets to speculative ventures)³⁴ จึงมีแนวความคิดที่จะกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทขึ้นมาใหม่โดยไม่เทียบเคียงกับหลักการของทรัสต์ ซึ่งถือว่าเป็นความสัมพันธ์ที่กำหนดสิทธิหน้าที่ใหม่ขึ้นมาแบบเป็นลักษณะเฉพาะ

กรรมการนี้มีหน้าที่ต่อบริษัท มิใช่เป็นหน้าที่ต่อผู้ถือหุ้นแต่ละคน อย่างไรก็ตามหากกรรมการทำธุรกรรมกับผู้ถือหุ้นโดยตรงหรือกระทำการให้ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของผู้ถือหุ้นเสียหาย กรรมการก็อาจถูกเรียกให้ชดเชยค่าเสียหายต่อผู้ถือหุ้นได้โดยตรง เช่นเดียวกันโดยหลักแล้วผู้ถือหุ้นก็ไม่มีหน้าที่ fiduciary ต่อบริษัทหรือต่อผู้ถือหุ้นคนอื่น

³³ Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell (St.Paul Minn.:West publishing,1987), p.302.

³⁴ Ibid.

ในคดี *Alpert v. 28 Williams St. Corp.*, 63 N.Y. 2d 557-69 ศาลได้กำหนดความสัมพันธ์ของบริษัต์กับกรรมการของกรรมการบริษัทได้อย่างชัดเจน ศาลได้กล่าวตอนหนึ่งว่า

"เพราะเหตุว่าอำนาจในการจัดการกิจการของบริษัทตกเป็นของกรรมการและที่ประชุมผู้ถือหุ้น เขาเหล่านั้นจะต้องปฏิบัติงานด้วยบทบาทที่ซื่อสัตย์สุจริตในฐานะของผู้ดูแลกิจการของบริษัท (guardians of the corporate welfare) ในฐานะนี้เขามีหน้าที่กับผู้ถือหุ้นทั้งหมดที่จะติดยึดกับมาตรฐานแห่งความซื่อสัตย์สุจริตในการปฏิบัติงานด้วยเจตนาสุจริต การกระทำต่าง ๆ ของกรรมการนั้นแม้จะเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายแต่ก็ต้องอยู่ภายใต้บทบังคับที่ว่ากรกระทำดังกล่าว จะต้องไม่ใช่ความได้เปรียบหรือใช้โอกาสความได้เปรียบเพื่อที่จะทำลายผู้ถือหุ้น

หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตนี้ต้องปฏิบัติต่อผู้ถือหุ้นทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นเสียงส่วนมากหรือเสียงส่วนน้อยของผู้ถือหุ้น ยิ่งกว่านั้นความรับผิดชอบทั้งหมด ต้องปลดปล่อยออกมาด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและด้วยวัตถุประสงค์ที่เป็นธรรมและรอบคอบ มีศีลธรรม และมีเจตนาสุจริต (with conscientious fairness, morality and honesty in purpose.) นอกจากนี้ยังต้องมีหน้าที่เปิดเผยข้อมูลในการตัดสินใจที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ส่วนตัวของกรรมการ (obligation of candor) เมื่อมีการฝ่าฝืนหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริต (breach of fiduciary occur) การกระทำนั้นจะถือว่าผิดกฎหมายและผู้ถือหุ้นมีสิทธิที่จะเยียวยาความเสียหาย"³⁵

ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัต์กับพนักงานบริษัทหรือตัวแทนบริษัทที่มีใช้กรรมการนั้นขึ้นอยู่กับตำแหน่งของพนักงานและตัวแทน ผู้จัดการ (a managing officer) อาจถูกกำหนดหน้าที่สำคัญ ๆ เหมือนอย่างกับที่กำหนดให้กรรมการเลยก็ได้ ซึ่งพนักงานบริษัทหรือตัวแทนบริษัทในระดับต่ำลงไปอาจถูกกำหนดหน้าที่ให้น้อยลง

2.4 หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาได้แบ่งหน้าที่ของกรรมการบริษัทออกเป็น 2 ประเภท คือ หน้าที่แห่งความระมัดระวัง (Duty of Care) และหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) หน้าที่ทั้งสองนั้นอยู่ภายใต้หลักการใหญ่ของ Fiduciary Duty ซึ่งเรียกว่า Fiduciary Duties of Care and Loyalty ซึ่งเป็นหน้าที่ที่กำหนดให้กรรมการต้องปฏิบัติต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น (I represents a

³⁵ Dennis J. Block, Nancy E. Barton and Stephen A. Radin, *The Business Judgment Rule Fiduciary Duties of Corporate Directors* (NJ : Prentice Hall Law & Business,1989), p.27.

synthesis of the fiduciary duties of care and loyalty owed by directors to the corporations and the share holder they serve.)³⁶

เมื่อพิจารณาถึงที่มาของกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของกรรมการบริษัทนั้นจะพบว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกาพื้นฐานของหน้าที่กรรมการนั้นมีที่มาจาก Common Law มิใช่มาจากบทบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติ (statute) แต่ต่อมาก็เริ่มมีบทบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติเริ่มเข้ามา กำหนดหน้าที่ของกรรมการบริษัท เช่น ใน State Corporation Act ได้กำหนดหน้าที่ห้ามกรรมการ กู้ยืมเงินหรือห้ามกรรมการจ่ายเงินปันผลเมื่อบริษัทไม่สามารถทำได้ ฯลฯ เพื่อเสริมหน้าที่ที่กำหนด โดย Common Law

นอกจากนี้กฎหมายของรัฐบาลกลาง (Federal Act) ก็เข้ามามีบทบาทสำคัญในการกำหนด หน้าที่เพิ่มเติมให้กรรมการ ตัวอย่างเช่น The Federal Securities Act ซึ่งบัญญัติหน้าที่ของกรรมการ ไว้ใน Rule ข้อ 10b-5 ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ถูกเรียกว่าเป็น "Federal Corporation Law" ซึ่งเกิดขึ้นมาก ในระหว่างปี ค.ศ. 1960s ถึง 1970s ในช่วงนี้เองดูเหมือนเหมือนกับว่าหน้าที่ของกรรมการบริษัทจะถูก กำหนดโดยรัฐบาลกลาง (Federalize) แต่อย่างไรก็ตามท้ายที่สุดศาล Supreme Court of USA ได้ วางแนววินิจฉัยที่ทำให้อำนาจของกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางนั้นลดลง และให้ความสำคัญกับ กฎหมายในระดับมลรัฐมากขึ้น³⁷

1. หน้าที่แห่งความระมัดระวัง (Duty of Care)

กรรมการบริษัทจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท โดยหน้าที่แห่งความระมัดระวังนี้เป็นหน้าที่ดั้งเดิมที่กำหนดไว้ใน Common Law และต่อมาก็มี กฎหมายลายลักษณ์อักษรเข้ามาอธิบายขยายความหน้าที่ดังกล่าวให้ชัดเจนขึ้น

ในเรื่องความระมัดระวังของกรรมการในกฎหมายสหรัฐอเมริกา แยกพิจารณาได้เป็น 4 กรณี คือ

1) มาตรฐานแห่งความระมัดระวัง (Standard of Care)

ในข้อนี้จะพิจารณาว่าจะใช้มาตรฐานใดเป็นเกณฑ์ว่ากรรมการได้ปฏิบัติตนสอดคล้องกับ มาตรฐานนั้น ๆ หรือไม่

กรรมการอาจมีความรับผิดชอบบริษัทได้ถ้าไม่ใช้ความระมัดระวังอย่างเหมาะสมในการ ทำงาน มาตรฐานว่ากรรมการได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเหมาะสมหรือไม่นั้นได้ถูกกำหนดโดยแนว คำพิพากษาของศาลย้อนหลังกลับไปตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 ซึ่งกล่าวได้ว่าเป็น “มาตรฐานทางจารีต

³⁶ Ibid.

³⁷ Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell, (St. Paul Minn : West publishing, 1987), pp. 304-305.

ประเพณี” (tradition standard)³⁸ โดยคดีที่ได้รับการอ้างอิงสูงสุดคือคดี Selheimer v. Manganese Corp. of America 224 A.2d 634 (Pa. 1966) ได้วางมาตรฐานการวินิจฉัยระดับของความระมัดระวัง ซึ่งศาลได้กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า

“ระดับของความขยัน ความระมัดระวัง และทักษะความชำนาญของกรรมการ เทียบจากวิญญูชนจะกระทำภายใต้พฤติการณ์เดียวกันในกิจการทางธุรกิจของเขา” (degree of diligence, care and skill which ordinarily prudent man would exercise under similar circumstances in their personal business affairs)³⁹

นอกจากนี้กฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ได้เข้ามากำหนดมาตรฐานการใช้ความระมัดระวังไว้ใน Revised Model Business Corporation Act มาตรา 8.30 ซึ่งบัญญัติว่า

“หน้าที่ของกรรมการนั้นต้องปลดปล่อยออกมาด้วย (1) เจตนาสุจริต (2) ด้วยความระมัดระวังซึ่งวิญญูชนในภาวะเช่นนั้นจะทำการภายใต้พฤติการณ์เดียวกัน และ (3) ในทางที่เชื่ออย่างมีเหตุผลว่าเป็นผลประโยชน์สูงสุดของบริษัท” (duties must be discharged (1) in good faith; (2) with the care an ordinarily prudent person in a like position would exercise under similar circumstances ; and (3) in a manner he reasonably believes to be in the best interests of the corporation.)⁴⁰

หน้าที่แห่งความระมัดระวังนั้นต้องการให้กรรมการปฏิบัติหน้าที่เสมอเท่าวิญญูชนจะทำการภายใต้พฤติการณ์เดียวกัน ถ้ากรรมการไม่ได้กระทำผิดหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตหรือฝ่าฝืนต่อกฎหมาย กรรมการที่ปฏิบัติหน้าที่สอดคล้องกับมาตรฐานแห่งความระมัดระวัง แม้จะเกิดความ

³⁸ Dennis J. Block, Nancy E. Barton and Stephen A. Radin , The Business Judgment Rule Fiduciary Duties of Corporate Directors (NJ : Prentice Hall Law & Business,1989), p.304.

³⁹ Ibid., p.305.

⁴⁰ Committee on Corporate Laws, Section of Corporation, Banking and Business Law, American Bar Association, Corporate Director’s Guide Book, 33 Bus. Law. 1591,1600 (1978) อ้างถึงใน Dennis J. Block, Nancy E. Barton and Stephen A. Radin, The Business Judgment Rule Fiduciary Duties of Corporate Directors (NJ : Prentice Hall Law & Business,1989), p.28.

เสียหาย กรรมการผู้นั้นจะไม่ต้องรับผิด* ถ้ากรรมการปฏิบัติหน้าที่ได้ต่ำกว่ามาตรฐานความระมัดระวัง แม้ว่าจะไม่ได้เป็นการปฏิบัติหน้าที่แบบมีความผิดเรื่องข้อฉลทุจริต แต่กรรมการผู้นั้นก็ต้องมีความรับผิดชอบฝ่าฝืนต่อหน้าที่ความระมัดระวัง⁴¹

กล่าวโดยสรุปคือ หากบริษัทได้รับความเสียหายจากการกระทำของกรรมการแล้ว และไม่ใช่ว่าเป็นการกระทำที่ทุจริตของกรรมการ กรรมการก็ต้องรับผิดชอบฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งความระมัดระวังก็ต่อเมื่อกรรมการปฏิบัติหน้าที่ได้ต่ำกว่ามาตรฐานวิญญูชนในพฤติการณ์เดียวกันนั้น แต่ถ้าหากกรรมการปฏิบัติหน้าที่ได้สอดคล้องกับมาตรฐานของวิญญูชน กรรมการก็ไม่ต้องมีความรับผิดเลย

การปรับใช้มาตรฐานความระมัดระวังนี้ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ ลักษณะของบริษัท (character of corporation) และเงื่อนไขของธุรกิจ (condition of business)

อย่างไรก็ตามมาตรฐานของความระมัดระวังปรับใช้เฉพาะขั้นตอนของการตัดสินใจเท่านั้น และไม่ปรับใช้กับผลของการตัดสินใจ แม้ว่าผลของการตัดสินใจจะทำให้เกิดความเสียหายอย่างมาก แต่ถ้ากระบวนการตัดสินใจนั้นได้ระดับของมาตรฐานแล้ว กรรมการก็ไม่ต้องมีความรับผิด⁴²

หน้าที่ของความระมัดระวังนี้ไม่ได้กำหนดให้กรรมการต้องสืบหาถึงการปฏิบัติงานผิดพลาดของพนักงานบริษัทหรือบุคคลอื่นที่ได้รับมอบหมายให้จัดการงานของบริษัท โดยศาลในคดี Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co. วางหลักว่า

“กรรมการบริษัทไม่ต้องรับผิดในความสูญหายเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัทอันเป็นผลเนื่องมาจากการละเมิดกฎป้องกันการผูกขาดที่พนักงานบริษัทได้เป็นผู้กระทำขึ้น เพราะ

* Model Business Corporation Act section 8.30 (d) & official comment at 224.

⁴¹ Dooley & Veasey, The Role of the Board in Derivative Litigation : Delaware Law and the Current ALI Proposals Compared, 44 Bus. Law. 503,521 (1989) อ้างถึงใน Dennis J. Block, Nancy E. Barton and Stephen A. Radin, The Business Judgment Rule Fiduciary Duties of Corporate Directors (NJ : Prentice Hall Law & Business, 1989), p.28.

⁴² Hanson, The ALI Corporate Governance Project : Of the Duty of Due care and the Business Judgment Rule, a Commentary, 41 Bus. Law. 1237,1241 (1986) อ้างถึงใน Dennis J. Block, Nancy E. Barton and Stephen A. Radin, The Business Judgment Rule Fiduciary Duties of Corporate Directors, 3rd edition, (NJ : Prentice Hall Law & Business, 1989), p.34.

เหตุว่ากรรมการบริษัทไม่ได้รู้ถึงข้อความจริงนั้น (where the directors had not known) และ ไม่ได้มีฐานที่จะต้องสงสัย (and had no basis to suspect)”

2) มาตรฐานแห่งความผิดที่จะกำหนดให้กรรมการ (Standard of Culpability for imposition of Liability)

เมื่อเราทราบถึงระดับความระมัดระวังแล้วว่าจะต้องใช้เกณฑ์มาตรฐานวิญญูชนในการวัดว่ากรรมการได้ฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งความระมัดระวังหรือไม่ ในประเด็นนี้จะพิจารณาถึงมาตรฐานของความผิดที่กำหนดให้กรรมการต้องรับผิดว่าจะต้องให้กรรมการต้องรับผิดเมื่อกรรมการประมาทเลินเล่อธรรมดา (negligence) หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence)

แนวคำพิพากษาของศาลมักจะไม่ค่อยลงโทษกรรมการที่เพียงตัดสินใจผิดพลาด หรือเป็นเพียงความผิดทั่ว ๆ ไปของกรรมการ โดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าทุจริต มีตัวอย่างคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา เช่น

ในคดี Joy v. North 692 F. 2d 880 (2d Cir.1982) ศาลพิพากษาว่า

“ขณะที่มีการกล่าวกันมากกว่ากรรมการและพนักงานบริษัทจะต้องรับผิดเพราะปฏิบัติหน้าที่โดยประมาท เห็นว่าการกล่าวอ้างดังกล่าวมานั้นคลาดเคลื่อน ในขณะที่คนขับรถยนต์ซึ่งตัดสินใจผิดพลาดจะต้องรับผิดในความเสียหาย แต่พนักงานของบริษัทซึ่งตัดสินใจผิดพลาดจะไม่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดกับบริษัท”⁴³

ในคดี Aronson v. Lewis และคดี Smith v. Van Gorkom 488 A. 2d. 858 (Del.1985) ศาลของรัฐ Delaware ยึดหลักว่ากรรมการจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence)

ในคดี Exposition v. Federal Insurance Co. 864 F.2d 1147 (5th Cir. 1989) ศาลได้พิจารณาโดยใช้กฎหมายของรัฐ Louisiana และกล่าวว่า

“มาตรฐานของความรับผิดในเรื่องความระมัดระวังนั้นอยู่ที่การกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) ถ้าฟังเพียงแต่การประมาทเลินเล่อธรรมดา (negligence) ไม่พอที่จะกำหนดความรับผิดให้พนักงานหรือกรรมการบริษัท”⁴⁴

⁴³ Dennis J. Block, Nancy E. Barton and Stephen A. Radin, The Business Judgment Rule Fiduciary Duties of Corporate Directors (NJ : Prentice Hall Law & Business,1989), p.36.

⁴⁴ Ibid., p.37.

ในคดี *Gearhart Industries, Inc. v. Smith International Inc.* 741 F. 2d. 707 (5th Cir. 1984) ศาลได้ใช้กฎหมาย Texas ตัดสินคดี โดยศาลเห็นว่า ศาลของรัฐ Texas จะไม่กำหนดความรับผิดชอบให้กรรมการที่ไม่ได้มีส่วนได้เสีย เว้นแต่จะมีการกล่าวอ้างว่ากรรมการกระทำการนอกเหนืออำนาจ (*ultra vires*) หรือกล่าวอ้างว่าฉ้อฉล (*fraud*)⁴⁵

ในคดี *Francis v. United Jersey Bank* 432 A. 2d. 814 (N.J. 1981) ศาลตัดสินว่า

“กรรมการไม่เคยเข้าประชุมกรรมการเลย และไม่เคยใช้ความพยายามแม้แต่เพียงเล็กน้อยที่จะกระทำหน้าที่ในฐานะกรรมการ กรรมการจึงมีความรับผิดชอบหน้าที่แห่งความระมัดระวังและต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดกับบริษัท บริษัททำธุรกิจนายหน้าประกันภัยเล็ก ๆ แต่ถือเงินของลูกค้านับล้านเหรียญ ซึ่งลูกค้าให้ความไว้วางใจบริษัท และกรรมการเป็นพิเศษ กรรมการผู้นี้ไม่ทราบอะไรเลยเกี่ยวกับกิจการของบริษัท และไม่เคยอ่านงบการเงินประจำปีของบริษัทเลย ซึ่งถ้ากรรมการได้อ่าน ก็จะพบว่าบริษัทมีกองทุนที่ไม่เหมาะสมอยู่”⁴⁶

นอกจากนี้คดีที่ศาลพิพากษาว่ากรรมการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงอีกนั้น เช่น คดี *Heit v. Bixby* 276 F. Supp. 217 (E.D. Mo. 1967) ซึ่งข้อเท็จจริง คือ กรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่แบบนิ่งเฉยโดยสมบูรณ์ (*absolute indifference*) และในที่สุดก็ไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนเองเลย (*totally abdicated their duties*) ศาลพิพากษาว่ากรรมการต้องรับผิดชอบเพราะประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และในคดี *Hoye v. Meek* 795 F.2nd 893 (10 Cir. 1986) ศาลพิพากษาว่าประธานคณะกรรมการบริษัทได้ย้ายไปยังอีกเมืองหนึ่งและไม่เข้าประชุมคณะกรรมการเลย จะต้องรับผิดชอบในเงิน 1.4 ล้านเหรียญสหรัฐ ในความเสียหายที่เกิดจากการลงทุนของบริษัท ศาลได้เน้นว่า หน้าที่แห่งความระมัดระวังไม่ได้แปรผันไปเพราะเหตุว่ากรรมการย้ายที่อยู่ และไม่ได้แปรผันไปเพราะเหตุว่ากรรมการเกษียณตัวเองจากตำแหน่งจัดการทั้ง ๆ ที่ตนยังคงมีตำแหน่งในคณะกรรมการอยู่

การที่จะถือว่ากรรมการจะต้องรับผิดชอบเมื่อประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นถือว่าเป็นมาตรฐานความผิดที่เป็นธรรม (*well-justified*) เพราะสภาพความเป็นจริงแล้วกรรมการภายนอก (*outside director*) คือบุคคลที่ทำงานให้บริษัทบางครั้งบางคราว (*part time*) จากการศึกษาในปี ค.ศ. 1988 ในประเทศสหรัฐอเมริกา กรรมการมีเวลาทำงานให้บริษัทเฉลี่ยปีละ 111 ชั่วโมง รวมเวลา

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid., p. 38.

เดินทาง หรือ 2 ชั่วโมงกว่าต่อสัปดาห์เท่านั้น⁴⁷ ดังนั้นการกำหนดให้กรรมการจะต้องรับผิดชอบในงานทุกอย่างของบริษัทภายในระยะเวลาการทำงานเพียงเท่านี้จึงไม่เหมาะสม จึงสมควรกำหนดมาตรฐานแห่งความผิดของกรรมการให้อยู่ในระดับประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในปัจจุบัน⁴⁸

3) บทบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่จำกัดความรับผิดชอบของกรรมการ

กฎหมายลายลักษณ์อักษรในสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติหน้าที่เรื่องความระมัดระวังไว้ถึง 42 รัฐในปี ค.ศ. 1985 ซึ่งบทบัญญัติส่วนใหญ่กำหนดให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นสามารถออก Charter Provision เพื่อจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบของกรรมการได้ ตัวอย่างของบทบัญญัติของกฎหมายในลักษณะนี้เช่น the Delaware General Corporate Law ซึ่งอนุญาตให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นออก charter provision เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของกรรมการในความเสียหายที่เป็นตัวเงิน เว้นแต่ 4 กรณีที่ไม่อาจยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบได้ คือ (1) กรรมการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริต (2) การกระทำหรือละเว้นจากการกระทำที่ไม่สุจริตหรือรู้ถึงการละเมิดกฎหมายอยู่แล้ว (3) การจ่ายเงินปันผลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการซื้อหุ้นหรือการไถ่ถอนหุ้นคืนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (4) ธุรกิจที่กรรมการกระทำขึ้นโดยได้รับค่าตอบแทนที่ไม่เหมาะสม⁴⁹

4) แนวคำพิพากษาของศาลในเรื่องหน้าที่แห่งความระมัดระวัง

คดีที่ศาลตัดสินให้กรรมการรับผิดชอบเพราะขาดความระมัดระวังนั้นมีอยู่ไม่มาก เช่น คดี **Francis v. United Jersey Bank 432 A.2d 814 (N. J. 1981)** ซึ่งมีข้อเท็จจริง คือ ลูกชายของผู้ก่อตั้งบริษัทได้ขยักเงินจำนวนมากของบริษัท โดยกระทำการในลักษณะกู้ยืมเงินจากบริษัทโดยไม่มีหลักประกันให้กับตนเองและครอบครัว จนในที่สุดบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัว ลูกชายผู้ก่อตั้งบริษัทมีความรับผิดชอบอย่างแน่นอน แต่คดีมีปัญหาว่า Mrs. Pritchard ซึ่งเป็นภรรยาหม้ายของผู้ก่อตั้งบริษัทซึ่งเป็นกรรมการอยู่ในขณะที่มีการทำสัญญากู้ยืมเงินจากบริษัทจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ ข้อเท็จจริงปรากฏชัดว่า Mrs. Pritchard เป็นคนชรา และ ไม่รู้เรื่องของกิจการบริษัทเลย ซ้ำยังเป็นคนติดสุราและไม่มีความรู้เรื่องธุรกิจ

⁴⁷ Korn / Ferry International, Fifteenth Annual Board of Directors Study 9 (Feb.1988).

⁴⁸ Kennedy, The Standard of Responsibility for Directors, 52 Geo. Wash. L. Rev. 624 633-638 (1984) อ้างถึงใน Dennis J. Block, Nancy E. Barton and Stephen A. Radin, The Business Judgment Rule Fiduciary Duties of Corporate Directors (NJ : Prentice Hall Law & Business,1989), p.39.

⁴⁹ Dennis J. Block, Nancy E. Barton and Stephen A. Radin, The Business Judgment Rule Fiduciary Duties of Corporate Directors (NJ : Prentice Hall Law & Business,1989), p.40.

ชื่อเสียงทางธุรกิจเลย แต่สัญญากู้ยืมเงินที่มีขอบนั้นได้ปรากฏชัดเจนในงบการเงินของบริษัท แต่ Mrs. Pritchard ไม่ใส่ใจและไม่ตรวจสอบด้วย ศาลจึงตัดสินให้ Mrs. Pritchard ชดใช้เงินจำนวน 10,000,000 เหรียญสหรัฐ เพราะเหตุว่าฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งความระมัดระวัง โดยศาลให้เหตุผลว่า "Mrs. Pritchard ไม่เคยใช้ความพยายามแม้แต่เพียงเล็กน้อยที่จะปฏิบัติหน้าที่ความรับผิดชอบในฐานะกรรมการบริษัท" (she never made the slightest effort to discharge any of her responsibilities as a director)⁵⁰

ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ ถ้ากรรมการอายุมาก ป่วย มีที่อยู่ห่างไกลบริษัท หรือ เกียจคร้านในการทำหน้าที่ กรรมการเหล่านั้นควรจะทำอย่างไรให้พ้นจากความรับผิด คำตอบที่ได้สรุปมาจะเห็นว่า "เมื่อบุคคลได้รับที่จะเป็นกรรมการของบริษัทแล้ว บุคคลนั้นย่อมที่จะยอมรับความรับผิดชอบทั้งปวงต่อบริษัท และถ้าเห็นว่าเป็นภาระมากเกินไป วิธีที่เหมาะสมคือ "ลาออก" (resign) มีชีผืนอยู่ในบริษัทและเพิกเฉย การที่กรรมการต่อสู่ว่าตนรับตำแหน่งมาบนความเข้าใจว่าตนเป็นเพียง "Figure Head" และไม่ต้องมีบทบาทหน้าที่สำคัญในบริษัทนั้น เป็นข้อต่อสู้ที่ฟังไม่ขึ้น"

2. หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty)

หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาจะนิยมใช้คำว่า Duty of Loyalty ในขณะที่กฎหมายอังกฤษมักจะนิยมใช้คำว่า Fiduciary Duty และกฎหมายอังกฤษถือว่า Duty of Loyalty เป็นส่วนหนึ่งของ Fiduciary Duty ซึ่งเป็นหน้าที่ในลักษณะกว้าง

หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตตามกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้น แบ่งแยกได้เป็น 3 ลักษณะคือ⁵¹

- 1) กรณีของธุรกรรมที่กรรมการกระทำกับบริษัท (Self-dealing)
- 2) กรณีของกรรมการใช้ประโยชน์จากโอกาสของบริษัท (Usurpation of Corporate Opportunities)
- 3) ค่าตอบแทนของกรรมการ (Executive Compensation)

1) กรณีของธุรกรรมที่กรรมการกระทำกับบริษัท (Self-dealing)

⁵⁰ Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell (St. Paul Minn. : West publishing, 1987), p.308.

⁵¹ Dennis J. Block, Nancy E. Barton and Stephen A. Radin, The Business Judgment Rule Fiduciary Duties of Corporate Directors (NJ:Prentice Hall Law & Business, 1989), pp. 74-90. และ Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell (St. Paul Minn. : West publishing, 1987), p.319.

การที่กรรมการไปทำธุรกรรมกับบริษัทเองนั้นถือว่ามีความอันตรายอย่างมาก เนื่องจากเป็นกรณีของการมีผลประโยชน์ขัดกัน และมีความเป็นไปได้สูงที่บริษัทอาจได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม

รูปแบบของธุรกรรมที่กรรมการทำขึ้นกับบริษัทนั้นไม่ถือว่าเป็นข้อสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่บริษัททำสัญญาขายทรัพย์สินให้กรรมการหรือคู่สมรสของกรรมการ หรือกรรมการทำสัญญาขายทรัพย์สินให้บริษัท หรือสัญญากู้ยืมเงิน หรือสัญญาจ้างทำงานที่บริษัททำขึ้นกับกรรมการ (service agreement)

เมื่อกรรมการทำธุรกรรมกับบริษัทแล้วในอดีตประมาณปี ค.ศ. 1880 Common Law เคยวางหลักว่า "ธุรกรรมจะไม่ผูกพันบริษัทโดยอัตโนมัติ โดยบริษัทสามารถเลือกได้ว่าจะให้สัญญานั้นมีผลหรือไม่"⁵² (Self -dealing transaction were automatically voidable at election of the corporation)

ต่อมาก็เกิดข้อถกเถียงว่าบางกรณีธุรกรรมที่กรรมการทำขึ้นกับบริษัทนั้นเป็นธุรกรรมที่เป็นธรรม (entirely fair) และสมเหตุสมผล (reasonable) ซึ่งในบางครั้งกรรมการให้บริษัทได้ประโยชน์มากกว่าที่บริษัทจะได้รับจากที่อื่น ตัวอย่างเช่น บริษัทขอกู้ยืมเงินจากที่อื่นไม่ได้เนื่องจากมีปัญหาทางการเงิน กรรมการบริษัทจึงให้บริษัทกู้ยืมเงิน ถ้าใช้หลักการของ Common Law แล้ว จะเห็นว่าธุรกรรมการกู้ยืมเงินนี้ก็จะไม่ผูกพันบริษัททันที ทั้ง ๆ ที่เป็นเรื่องที่ควรสนับสนุนการกระทำของกรรมการอย่างยิ่ง

ดังนั้นในปี ค.ศ. 1910 เป็นต้นมา แนวการวินิจฉัยเริ่มเปลี่ยนไปเป็นว่า "ธุรกรรมที่กรรมการบริษัททำขึ้นกับบริษัทนั้นจะมีผลสมบูรณ์ ถ้าได้รับการรับรองจากที่ประชุมกรรมการ โดยที่กรรมการที่มีส่วนได้เสียนั้นจะต้องออกเสียง แต่ทั้งนี้ศาลยังคงมีสามารถเพิกถอนธุรกรรมที่ไม่เป็นธรรม (unfair) หรือฉ้อฉล (fraudulent) ได้ แต่ถ้ากรรมการทั้งหมดมีส่วนได้เสีย กฎหมายถือว่าธุรกรรมนั้นไม่ผูกพันบริษัททันทีโดยไม่ต้องพิจารณาว่าธุรกรรมนั้นเป็นธรรมกับบริษัทหรือไม่ "

ต่อมาในปี ค.ศ. 1960 เป็นต้นมา หลักการวินิจฉัยเริ่มเปลี่ยนไปอีกครั้งหนึ่ง โดยถือว่า "ธุรกรรมที่กรรมการทำขึ้นกับบริษัทนั้นให้มีผลบังคับได้ถ้าได้รับการรับรองจากที่ประชุมกรรมการ โดยไม่ต้องพิจารณาว่ากรรมการทุกคนมีส่วนได้เสียหรือไม่ แต่ศาลยังคงไว้ซึ่งอำนาจในการที่จะ

⁵² Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell (St. Paul Minn.:West publishing,1987), p.319.

เพิกถอนธุรกรรมดังกล่าวได้ถ้าศาลได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเข้มงวดตรวจพบว่าธุรกรรมนั้นไม่เป็นธรรมกับบริษัท (unfair)”⁵³

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1975 เป็นต้นมา รัฐหลายแห่งได้บัญญัติกฎหมาย (statutes) ที่ใช้จัดการกับการกระทำธุรกรรมของกรรมการกับบริษัท ซึ่งต่อมา Revised Model Business Corporation Act (RMBCA) มาตรา 8.31 ได้บัญญัติหลักการในการจัดการกับปัญหาดังกล่าวขึ้นซึ่งสอดคล้องกับ Delaware General Corporation Law มาตรา 144 ซึ่งใน RMBCA มาตรา 8.31 ได้บัญญัติว่า

“ธุรกรรมที่กรรมการทำขึ้นกับบริษัทไม่เป็นการไม่ผูกพันบริษัท ถ้า

- 1) ที่ประชุมกรรมการได้รับรองหรือให้สัตยาบัน โดยที่กรรมการที่มีส่วนได้เสียจะต้องเปิดเผยข้อมูลทั้งหมด และต้องงดออกเสียงลงคะแนน
- 2) ที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้ให้การรับรองหรือให้สัตยาบัน
- 3) ธุรกรรมนั้นเป็นธรรมกับบริษัท (fair)”⁵⁴

ในปัจจุบัน ศาลก็ได้วางแนววินิจฉัยสอดคล้องกับหลักการของ RMBCA มาตรา 8.31 โดยศาลวางแนวทางการเพิกถอนธุรกรรมที่กรรมการกระทำกับบริษัทไว้ ดังนี้

- “1) ถ้าศาลเห็นว่าธุรกรรมนั้นเป็นธรรมกับบริษัท (fair) ศาลก็จะสนับสนุน
- 2) ถ้าศาลเห็นว่าธุรกรรมนั้นเป็นเรื่องของการฉ้อฉล หรือสิ้นเปลืองทรัพย์สินของบริษัท เช่นกรรมการใช้ทรัพย์สินของบริษัทเพื่อประโยชน์ตัวเอง โดยไม่จ่ายค่าตอบแทนให้บริษัท ศาลก็จะเพิกถอนธุรกรรมนั้น ๆ
- 3) ถ้าศาลเห็นว่าธุรกรรมนั้นไม่เกี่ยวกับการฉ้อฉล หรือสิ้นเปลืองทรัพย์สินของบริษัท แต่กรรมการไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นธุรกรรมที่เป็นธรรมกับบริษัท ธุรกรรมนั้นจะมีผลสมบูรณ์ ถ้าได้รับการรับรองจากที่ประชุมกรรมการ โดยกรรมการผู้มีส่วนได้เสียต้องงดออกเสียงในการประชุม หรือได้รับการรับรองจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น”⁵⁵

⁵³ Dennis J. Block, Nancy E. Barton and Stephen A. Radin, The Business Judgment Rule Fiduciary Duties of Corporate Directors (NJ : Prentice Hall Law & Business,1989), p.75.

⁵⁴ Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell, (St. Paul Minn.: West publishing,1987), p.321.

⁵⁵ Ibid., p.320.

มีข้อถกเถียงขึ้นมาว่า หากที่ประชุมกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นรับรองธุรกรรมที่กรรมการทำขึ้นกับบริษัทแล้ว ศาลยังมีอำนาจที่จะตรวจสอบอีกหรือไม่ กรณีนี้มีตัวอย่างคดี **Fliegler v. Lawrence 361 A.2d 218(Del.1976)** มีข้อเท็จจริงคือ บริษัททำสัญญากับกรรมการ และกรรมการนำเข้าที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อขอสัตยาบัน กรรมการนั้นถือหุ้นใหญ่ในที่ประชุมผู้ถือหุ้น และในกฎหมายของรัฐ Delaware ก็ไม่ห้ามผู้ถือหุ้นที่มีส่วนได้เสียลงคะแนน ที่ประชุมผู้ถือหุ้นจึงลงมติให้สัตยาบันสัญญาที่กรรมการทำกับบริษัท ศาลวินิจฉัยว่า “ศาลยังคงมีดุลยพินิจที่จะตรวจสอบสัญญาดังกล่าวอยู่ เพราะไม่มีกฎหมายห้ามศาลในการเข้าตรวจสอบสัญญา” (Nothing in statute remove transaction from judicial scrutiny)⁵⁶

สรุป หลักกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาในการจัดการกับธุรกรรมที่กรรมการทำขึ้นกับบริษัทได้ดังนี้ คือ

- 1) โดยหลักแล้ว หากกรรมการกระทำธุรกรรมขึ้นกับบริษัท จะไม่ผูกพันบริษัท และเป็นทางเลือกของบริษัทว่าจะประสงค์ให้ธุรกรรมนั้น ๆ สมบูรณ์หรือไม่ เว้นแต่ถ้าเป็นธุรกรรมที่เป็นธรรมกับบริษัทแล้ว ตามกฎหมายถือว่าเป็นธุรกรรมที่สมบูรณ์แม้ว่าจะไม่ได้รับการรับรองจากที่ประชุมกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นก็ตาม
- 2) ถ้ากรรมการได้รับการรับรองจากที่ประชุมกรรมการก่อนการทำธุรกรรมหรือได้รับการรับรองจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น โดยที่กรรมการต้องเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดให้ที่ประชุมทราบและงดออกเสียงในมตินั้น ธุรกรรมดังกล่าวก็จะมีผลสมบูรณ์ และหากมีการโต้แย้งให้ศาลพิจารณาธุรกรรมดังกล่าว ศาลมีดุลยพินิจ ดังนี้ คือ
 - 2.1 ถ้าเป็นธุรกรรมที่เป็นธรรมกับบริษัท เช่น กรรมการให้บริษัทที่มีฐานะทางการเงินไม่ดีกู้ยืมเงิน เพราะสถาบันการเงินอื่นไม่ให้กู้ ศาลจะสนับสนุนการกระทำของกรรมการ และจะถือว่าธุรกรรมนั้นสมบูรณ์
 - 2.2 ถ้าเป็นธุรกรรมที่ไม่เป็นธรรมกับบริษัท กล่าวคือ เป็นธุรกรรมที่กรรมการได้ประโยชน์จากธุรกรรมนั้นด้วย เช่น กรรมการขายที่ดินให้บริษัท ศาลจะไม่เพิกถอน เพราะถือว่าได้รับการรับรองจากที่ประชุมกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้ว

⁵⁶ Ibid., pp.322-323.

2.3 ถ้าเป็นธุรกรรมที่ฉ้อฉลหรือเปลืองทรัพย์สินของบริษัท เช่น กรรมการยืมทรัพย์สินของบริษัทไปใช้ส่วนตัว โดยไม่เสียค่าตอบแทน เช่นนี้ ศาลก็ยังคงไว้ซึ่งอำนาจในการตรวจสอบ (คดี Fliegler v. Lawrence)

2) กรณีของกรรมการใช้ประโยชน์จากโอกาสของบริษัท (Usurpation of Corporate Opportunities)

โดยหลักของ Fiduciary Duty แล้ว กรรมการต้องไม่นำความลับที่เป็นผลกำไรของบริษัทไปแข่งขันกับบริษัท หรือนำโอกาสทางธุรกิจซึ่งเป็นของบริษัทไปใช้ส่วนตัว

ปัญหาสำคัญคือ “เมื่อใดที่กรรมการสามารถนำโอกาสทางธุรกิจของบริษัทไปใช้ได้”

กรณีนี้มีหลักการสำคัญ 2 ประการในการวินิจฉัย⁵⁷ คือ

- 1) หลัก “Line of Business test” ให้พิจารณาว่าบริษัทมีผลประโยชน์ในโอกาสนั้นหรือไม่ ถ้ารูปแบบการทำธุรกิจของบริษัทใกล้เคียงกับโอกาสทางธุรกิจนั้น ก็ถือว่าโอกาสนั้นเป็นของบริษัท ที่กรรมการไม่สามารถนำไปใช้หาประโยชน์ส่วนตัว หรือนำไปใช้แข่งขันกับบริษัทได้
- 2) หลัก “fairness test” เมื่อพิจารณาแล้วว่าเป็นโอกาสของบริษัท จะมีพฤติการณ์ใดบ้างที่กรรมการอาจใช้ประโยชน์จากโอกาสของบริษัทนั้นได้

องค์ประกอบอื่น ๆ ที่พิจารณาว่าโอกาสทางธุรกิจเป็นของบริษัทหรือไม่ คือ 1) มีการเจรจากับบริษัทในเรื่องนั้น ๆ ก่อนหรือไม่ 2) โอกาสนั้น ๆ ถูกเสนอให้บริษัทหรือให้กรรมการในฐานะที่เป็นตัวแทนของบริษัทหรือไม่ 3) กรรมการเรียนรู้โอกาสโดยตำแหน่งหน้าที่ของตนหรือไม่ 4) กรรมการใช้ทรัพย์สินหรือสิ่งอำนวยความสะดวกของบริษัทในการเข้าถึงโอกาสนั้นหรือไม่ 5) โอกาสนั้น ๆ สำคัญกับบริษัทอย่างไร⁵⁸

หากใช้หลักเกณฑ์ต่าง ๆ พิจารณาแล้วพบว่า “โอกาสทางธุรกิจนั้นเป็นของบริษัท” กรรมการก็จะต้องไม่ใช่โอกาสทางธุรกิจนั้นเพื่อแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว หรือค้าแข่งกับบริษัท เว้นแต่ บริษัทได้ “สละ” โอกาสดังกล่าวโดยสมัครใจ ซึ่งการสละโอกาสทางธุรกิจต้องได้รับการตรวจสอบจากศาลเพื่อความเป็นธรรม (fairness) กับ เจตนาสุจริต (good faith) กับบริษัท และต้องเปิดเผยและได้รับการรับรองจากกรรมการที่ไม่มีส่วนได้เสีย เหตุผลของการที่บริษัทสละสิทธิในโอกาสทางธุรกิจ เช่น ในสถานการณ์ของบริษัทในขณะนั้นไม่เหมาะสมที่จะขยายกิจการ กรรมการ

⁵⁷ Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell (St. Paul Minn. : West publishing,1987), p.329.

⁵⁸ Ibid., p.330

จึงอาจใช้โอกาสของบริษัทได้ หรือ บริษัทไม่มีความสามารถที่จะทำกิจการนั้น เช่น กิจการอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท หรือบุคคลที่สามต้องการทำสัญญากับกรรมการมิใช่กับบริษัท เป็นต้น⁵⁹

มีบางแนวความคิดเสนอว่า สมควรที่จะใช้ “กฎที่ตายตัว” (rigid rule) ในเรื่องของการที่กรรมการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท กล่าวคือ เมื่อพิจารณาแล้วว่าโอกาสเป็นของบริษัท แม้จะมีเหตุผลต่าง ๆ ที่บริษัทสละสิทธิโดยชอบ เช่น ฐานะทางการเงินไม่พร้อมจะขยายกิจการ กรรมการไม่มีสิทธิที่จะใช้โอกาสนั้น เพราะจะทำให้กรรมการไม่ทุ่มเท และลดความเอาใจใส่ในการทำงานให้บริษัทไป ดังนั้นหากมีพฤติการณ์ที่บริษัทไม่สามารถใช้ประโยชน์ทางธุรกิจได้ กรรมการบริษัทมีทางเลือกเพียงสองทาง คือ ถ้าไม่ให้บริษัทกู้ยืมเงินไปลงทุนในโอกาสทางธุรกิจนั้น กรรมการก็ต้องสละโอกาสทางธุรกิจนั้นไป โดยที่กรรมการไม่มีสิทธิใช้โอกาสของบริษัทเพื่อประโยชน์ส่วนตัว⁶⁰

แนวคำพิพากษาส่วนใหญ่จะไม่เห็นด้วยกับกฎที่ตายตัว เพราะเห็นว่าเข้มงวดเกินความจำเป็น และจะอนุญาตให้กรรมการใช้โอกาสของบริษัทได้ ในกรณีที่บริษัทสละโอกาสโดยได้รับการรับรองจากที่ประชุมกรรมการที่ปราศจากคะแนนเสียงของกรรมการที่มีส่วนได้เสีย และมีเหตุผลอันสมควรในการสละสิทธิ แต่ทั้งนี้ศาลถือแนววินิจฉัยว่า หากข้อเท็จจริงปรากฏว่ากรรมการใช้โอกาสที่เป็นของบริษัทอย่างลับ ๆ แล้ว กรรมการจะพิสูจน์ถึงเจตนาสุจริตของตนยากกว่ากรรมการที่ใช้โอกาสของบริษัทโดยเปิดเผยให้บริษัทรับทราบ⁶¹

การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทนี้มีความรับผิดชอบจากการ BREACH OF FIDUCIARY เช่นเดียวกัน⁶²

โดยสรุปแล้ว การพิจารณาว่ากรรมการมีความรับผิดชอบจากการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทนั้นหรือไม่ ให้พิจารณาก่อนว่าโอกาสทางธุรกิจนั้นเป็นของบริษัทหรือไม่ โดยใช้หลัก LINE OF BUSINESS TEST ถ้าโอกาสนั้นไม่ใช่ของบริษัท กรรมการก็สามารถนำโอกาสนั้นไปหาประโยชน์ส่วนตัวได้ แต่ถ้าโอกาสนั้นเป็นของบริษัท ก็ต้องมาพิจารณาว่ากรรมการสามารถนำโอกาสนั้นไปใช้ได้หรือไม่ โดยใช้หลัก FAIRNESS TEST กล่าวคือ ถ้าบริษัทสละสิทธิโดยชอบและมีเหตุผลสมควร กรรมการก็สามารถใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทได้ และถือว่าเป็นการใช้ที่เป็นธรรม (FAIRNESS) แต่ถ้าบริษัทไม่สละสิทธิหรือกรรมการใช้โอกาสของบริษัทอย่างลับ ๆ ก็ถือว่าเป็นการ

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid., p.331

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

ใช้ที่ไม่เป็นธรรม และกรรมการจะต้องมีความรับผิดชอบติดต่อกันที่ซื่อสัตย์สุจริต (FIDUCIARY DUTY)

3) ค่าตอบแทนของกรรมการ (Executive Compensation)

กรรมการส่วนมากจะดำรงตำแหน่งเป็น พนักงานบริษัท (Corporate Officer) ด้วย หรือไม่ก็ดำรงตำแหน่งเป็น ตัวแทนบริษัท (Agent) และอาจได้รับค่าตอบแทนสำหรับการทำงาน ซึ่งอาจเข้าข่าย Self-dealing (การที่กรรมการทำธุรกรรมกับบริษัทเอง) ได้

ในบริษัทมหาชนจำกัด (Publicly held corporation) มักจะตั้ง “คณะกรรมการค่าตอบแทน” (Compensation Committee) ประกอบด้วยกรรมการจากภายนอก (outside director) ที่จะกำหนดค่าจ้างให้กับกรรมการ ในขณะที่ผู้จัดการอาวุโส (senior management) จะเป็นผู้กำหนดค่าจ้างให้กับพนักงาน (officer) และจะกำหนดให้เงินเดือนกรรมการภายนอก (outside director) ในรูปแบบของค่าธรรมเนียมกรรมการ (Director Fee)

ใน Revised Model Business Corporation Act (RMBCA) มาตรา 8.11 ได้บัญญัติให้คณะกรรมการสามารถตั้งเงินเดือนสำหรับกรรมการได้ โดยจะต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับของมาตรา 8.31 กล่าวคือ จะต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น

โดยสรุป ถ้าเป็นกรณีบริษัทเอกชนทั่ว ๆ ไป คณะกรรมการจะกำหนดค่าตอบแทนกรรมการได้โดยไม่ต้องได้รับการรับรองจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น และถ้าเป็นบริษัทมหาชนจำกัดมักจะมีคณะกรรมการค่าตอบแทน ขึ้นพิจารณาค่าตอบแทนกรรมการด้วย

ปัญหาประการสำคัญ คือ “ในบริษัทมหาชนจำกัดนั้นมักจะกำหนดค่าตอบแทนกรรมการเป็นจำนวนสูงมาก และได้รับการรับรองจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้ว ศาลสามารถสั่งลดค่าตอบแทนที่สูงเกินส่วนได้หรือไม่

โดยปกติศาลมักจะไม่ค่อยเต็มใจที่จะลดค่าตอบแทนที่กำหนดให้กับผู้บริหาร ถ้ามีวิธีการที่แสดงให้เห็นว่ามีการจัดปัญหา Self-dealing แล้ว เช่น ได้รับการรับรองจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น ดังเหตุได้จากคดี **Heller v. Boylan** 29 N.Y. S. 2nd 653 (Sup.ct.1941)⁶³ ซึ่งศาลวางหลักว่า

“ถูกต้องแล้ว, ศาลมีอำนาจที่จะปรับลดการจ่ายค่าตอบแทนกรรมการที่ไม่ปกติ หากเทียบค่าตอบแทนของกรรมการบริษัทของตน กับ ศิลปินวิทย์ ผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา หรือกับประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา ก็ไม่สามารถสร้างหลักหรือมาตรฐานที่แน่นอนได้ ศาลมีความยากลำบากยิ่งที่จะแก้ปัญหาวินิจฉัยเชิงเศรษฐศาสตร์ให้เกิดความแน่นอนตายตัว

⁶³ Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell (St. Paul Minn.:West publishing, 1987), pp.326-327.

กรรมการที่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์ก็จะได้รับค่าตอบแทนที่สมเหตุสมผล (Reasonable Compensation) แต่ค่าตอบแทนที่สมเหตุสมผลนั้นต้องมีใช่เป็นการกระทำทำให้เกิดความสิ้นเปลือง (commit waste) หรือใช้ทรัพย์สินของบริษัทในทางที่มีขอบ (misuse) หรือ หรือใช้ทรัพย์สินของบริษัทอย่างบิดผัน (abuse trust property) หากมีกรณีดังกล่าวขึ้น ศาลสามารถปรับลดค่าตอบแทนได้”

ค่าตอบแทนที่ให้กรรมการนั้นต้องสอดคล้องกับเนื้อหาที่ทำงานที่ทำ มิเช่นนั้นแล้วจะถือว่าเป็น waste ที่ศาลสามารถปรับลดได้ เช่นในคดี **Roger v. Hill 289 U.S. 582 (1933)**⁶⁴ มีข้อเท็จจริงคือผู้บริหารบริษัท American Tobacco Company ได้สร้างสูตรคำนวณค่าตอบแทนกรรมการขึ้นจากผลกำไรที่ได้รับ ในปี ค.ศ. 1929 ประธานบริษัทได้รับค่าตอบแทนมากกว่า 680,000 เหรียญสหรัฐ และในปีถัดไปคือ ค.ศ. 1930 ประธานบริษัทได้รับค่าตอบแทนมากกว่า 1,300,000 เหรียญสหรัฐ ซึ่งเพิ่มขึ้นเกือบ 2 เท่าตัว ศาลสูงสุดของสหรัฐพิจารณาว่า “เป็นการจ่ายค่าตอบแทนที่สูงเกินส่วน จึงอยู่ภายใต้การตรวจสอบ (review) โดยศาล” แม้ในคดีนี้ศาลยอมรับว่าสูตรการคำนวณนี้สมเหตุสมผล (reasonable) และได้รับการรับรองจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้ว จึงมีผลใช้บังคับได้ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1912 อย่างไรก็ตาม บทบาทของศาลในการใช้อำนาจปรับลดค่าตอบแทนกรรมการนั้นยังน้อยมาก เพราะศาลเห็นว่าไม่มีวิธีการจัดปัญหา Self-dealing แล้วโดยให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นรับรอง

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁶⁴ Ibid., pp.327-328.

บทที่ 3

ความรับผิดชอบทางแพ่ง ความรับผิดชอบทางอาญา และความรับผิดชอบทางวินัยทางธุรกิจ ของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด

แนวความคิดพื้นฐานของบริษัทมหาชนจำกัด คือ การที่บริษัทมหาชนจำกัดสามารถระดมทุนจากประชาชนมาใช้ประกอบกิจการได้ ดังนั้น จึงต้องมีกระบวนการคุ้มครองประชาชนที่นำเงินเข้ามาลงทุนในกิจการของบริษัท กฎหมายจึงต้องกำหนดให้กรรมการบริษัทมหาชนต้องมีภาระหน้าที่สูงกว่ากรรมการบริษัทเอกชนทั่วไป เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองประชาชน ดังที่ได้กล่าวมา

สิ่งที่ควบคู่กับภาระหน้าที่ของกรรมการบริษัทมหาชนจำกัดคือความรับผิดชอบของกรรมการ ซึ่งบุคคลที่เป็นกรรมการของบริษัทมหาชนจำกัดมีความจำเป็นที่จะต้องเอาใจใส่ถึงข้อกำหนดของกฎหมายว่ากฎหมายกำหนดให้ตนต้องทำอะไรบ้าง เพื่อจะได้ปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างถูกต้อง มิฉะนั้นอาจทำให้ต้องรับผิดชอบโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ได้

หน้าที่ของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดนั้นมีมากมายดังที่กล่าวไว้แล้วในบทที่ 1 ดังนั้นการที่ผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดไม่ปฏิบัติหน้าที่ ปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ หรือปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตย่อมจะต้องมีความรับผิดชอบทางแพ่ง ความรับผิดชอบทางอาญา และความรับผิดชอบทางวินัยทางธุรกิจ ซึ่งในบทนี้จะแยกพิจารณาความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดทั้ง 3 ด้าน และวิเคราะห์ประเด็นปัญหาต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้น พร้อมทั้งหาคำตอบในประเด็นปัญหานั้น

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹ พิเศษ เสตเสถียร, ความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชน (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2536), หน้า 9-10.

3.1 ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด

เมื่อผู้บริหารปฏิบัติหน้าที่ไม่สอดคล้องกับหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติ ผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดจะมีความรับผิดชอบทางแพ่ง ซึ่งความรับผิดชอบทางแพ่งนี้เป็นความรับผิดที่ผู้บริหารจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับบริษัทเป็นเงินหรือทรัพย์สิน โดยบริษัทซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคลนั้นเป็นผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้บริหาร

ประเด็นปัญหาแรกที่ควรพิจารณาคือ การที่ผู้บริหารไม่ปฏิบัติหน้าที่ให้สอดคล้องกับหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัตินั้น ผู้บริหารจะมีความรับผิดชอบทางแพ่งในฐานใด

เมื่อพิจารณาถึงความรับผิดชอบทางแพ่งแล้ว ตามหลักกฎหมายความรับผิดชอบทางแพ่งจะแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ ความรับผิดฐานผิดสัญญา และความรับผิดฐานละเมิด

ความรับผิดฐานผิดสัญญานั้นเป็นกรณีที่คู่กรณีได้มีการกระทำสัญญาเกิดขึ้นก่อน ไม่ว่าจะ เป็นเอกเทศสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือเป็นสัญญานอกบรรพ 3 ก็ตาม ต่อมา คู่กรณีที่ลงนามในสัญญานั้น ได้กระทำการอันเป็นการผิดสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง คู่สัญญาก็จะมีความรับผิดฐานผิดสัญญา และต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยใช้หลักการของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 222

ความรับผิดฐานละเมิดนั้น เป็นกรณีที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งวางหลักว่า *"ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น"* จะเห็นว่าความรับผิดทางละเมิดนั้น คู่กรณีไม่ได้มีการทำสัญญามาก่อน แต่เป็นลักษณะของการที่ผู้กระทำละเมิดได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้ผู้อื่นเสียหาย ก็จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยใช้หลักการของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 438

เมื่อพิจารณาความรับผิดของผู้บริหารบริษัทนั้นแล้ว สามารถแยกพิจารณาได้ 2 กรณี คือ กรณีผู้บริหารที่มีฐานะเป็นกรรมการบริษัทกรณีหนึ่ง และผู้บริหารที่ไม่ได้มีฐานะเป็นกรรมการบริษัทอีกกรณีหนึ่ง

1) ในกรณีผู้บริหารที่มีฐานะเป็นกรรมการบริษัท จะเห็นได้ว่ากรรมการและบริษัทไม่ได้มีการทำสัญญาใด ๆ ขึ้น หน้าที่ของกรรมการนั้นกำหนดขึ้นโดยกฎหมาย ดังนั้นหากกรรมการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติแล้วจะถือว่ากรรมการจะมีความรับผิดฐานละเมิด เพราะเป็นกรณีที่ผู้บริหารได้กระทำผิดกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำให้บริษัท

เสียหายซึ่งทรัพย์สิน จึงถือว่าเป็นความรับผิดทางแพ่งฐานละเมิด ที่ผู้บริหารต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 438

ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85 วางหลักว่า **"กรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น"** นาย ก.เป็นกรรมการบริษัท ข. จำกัด (มหาชน) ที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้มีมติให้บริษัทเพิ่มทุนโดยการออกหุ้นใหม่ นาย ก. ไม่ยอมปฏิบัติตามมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น ทำให้บริษัทเสียหาย เช่นนี้จะเห็นได้ว่า นาย ก. จงใจกระทำการต่อบริษัทโดยผิดพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85 ทำให้บริษัท ข. เสียหายซึ่งสิทธิในทางทรัพย์สิน นาย ก.จึงต้องมีความรับผิดฐานละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ประกอบกับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85 ซึ่งนาย ก.จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับบริษัท ข. จำกัด

เมื่อพิจารณาว่ากรรมการบริษัทมีความรับผิดฐานละเมิดแล้ว ผลประการหนึ่งก็คือ แม้กรรมการบริษัทจะปฏิบัติหน้าที่ผิดต่อกฎหมาย เช่น ไม่ยอมปฏิบัติตามมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นดังที่กล่าวมา แต่ถ้าไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวแล้ว กรรมการก็ไม่ต้องมีความรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เพราะความรับผิดฐานละเมิดนั้นจะต้องมีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้กระทำจึงจะมีความรับผิด ตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

2) กรณีผู้บริหารที่ไม่มีฐานะเป็นกรรมการบริษัท ตัวอย่างเช่น ผู้จัดการ หรือหัวหน้าฝ่ายต่าง ๆ โดยหลักแล้วบุคคลเหล่านี้ไม่ได้มีฐานะเป็นกรรมการบริษัท ความสัมพันธ์ของบุคคลเหล่านี้กับบริษัทจึงอยู่ในฐานะนายจ้างลูกจ้าง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 575 หรือ ตัวการตัวแทน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 797 ซึ่งถือว่าเป็นความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาตัวแทนแล้วแต่กรณี เช่น บริษัทได้ทำสัญญาจ้างนาย ก.เป็นผู้จัดการบริษัท นาย ก. ก็มีฐานะเป็นลูกจ้างของบริษัทตามสัญญาจ้างแรงงานและมีสิทธิหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 ถึง มาตรา 586 นอกจากนี้หาก นาย ก. ได้รับแต่งตั้งจากบริษัทให้เป็นตัวแทนในการทำสัญญากับบุคคลภายนอกแล้ว นาย ก.ก็จะมีฐานะเป็นตัวแทนบริษัทขึ้นอีกฐานะหนึ่ง ซึ่งนาย ก.จะมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดในฐานะตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 807 ถึง มาตรา 814 ดังนั้นหาก นาย ก.กระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ของตนทำให้บริษัทเสียหาย เช่น นาย ก. ไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการทำให้บริษัทเสียหาย นาย ก.ก็จะมี ความรับผิดฐานผิดสัญญาจ้างแรงงานหรือผิดสัญญาตัวแทนแล้วแต่กรณี โดยถือว่าเป็นความรับผิดตามสัญญา ซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้บังคับให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามหลักของการผิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 222

ในที่นี้จะพิจารณาถึงความรับผิดทางแพ่งของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดที่มีฐานะเป็นกรรมการบริษัทเท่านั้น เพราะความรับผิดทางแพ่งของผู้บริหารบริษัทที่มีฐานะเป็นกรรมการ

นั่นจะถือว่าเป็นความรับผิดชอบตามสัญญาที่พิจารณาได้จากหลักกฎหมายเรื่องจ้างแรงงานและหรือตัวการตัวแทนที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถือว่าเป็นหลักทั่วไป แต่ในกรณีของผู้บริหารบริษัทที่มีฐานะเป็นกรรมการแล้วจะพบว่า ความรับผิดชอบทางแพ่งของกรรมการบริษัทมหาชนจำกัดนั้นจะกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งแบ่งแยกพิจารณาได้ 5 ข้อ ดังนี้

-ความรับผิดชอบเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท และมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น

-ความรับผิดชอบเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duties)

-ความรับผิดชอบเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่แห่งความระมัดระวัง (Duties of Care)

-ความรับผิดชอบเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of Interest)

-ความรับผิดชอบร่วมกันของกรรมการบริษัท

3.1.1 ความรับผิดชอบเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท และมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85 วรรคแรก ได้บัญญัติว่า

"ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท"

จากหลักกฎหมายมาตราดังกล่าวจะพบว่าเป็นหลักกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของกรรมการไว้อย่างชัดเจน และกรรมการที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่ต่าง ๆ เหล่านี้และทำให้บริษัทเสียหาย ก็จะต้องรับผิดชอบละเมิด ซึ่ง สามารถแยกพิจารณาความรับผิดชอบของกรรมการได้เป็นหลายประการดังนี้

ก) ความรับผิดชอบของกรรมการอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติกฎหมายในที่นี้หมายถึงพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดได้กำหนดหน้าที่ให้กรรมการบริษัทปฏิบัติหลายมาตรการ หากกรรมการบริษัทไม่ปฏิบัติตามแล้วทำให้บริษัทเสียหาย กรรมการก็จะต้องมีความรับผิดชอบ ละเมิดและชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้บริษัท หน้าที่ที่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนบัญญัติไว้ คือ

1) หน้าที่เกี่ยวกับการชำระเงินค่าหุ้น พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 37 วรรคสอง บัญญัติให้คณะกรรมการบริษัทต้องมีหนังสือแจ้งให้ผู้จองหุ้นชำระเงินค่าหุ้นเต็มจำนวน ภายในเวลาที่กำหนดไว้ในหนังสือแจ้ง โดยระยะเวลาต้องไม่น้อยกว่า 14 วันนับแต่ได้รับหนังสือแจ้ง และการชำระเงินค่าหุ้นของบริษัทมหาชนต้องเรียกชำระเต็มจำนวนในครั้งเดียว จะเรียกชำระเพียงบางส่วนดังเช่นบริษัทจำกัดไม่ได้

ตัวอย่าง คณะกรรมการบริษัท ก. จำกัด (มหาชน) มีหนังสือแจ้งให้ นาย ข. ชำระเงินค่าหุ้นครั้งหนึ่ง ภายใน 15 วันนับแต่วันได้รับหนังสือแจ้ง นาย ข. จึงชำระเงินค่าหุ้นเพียงครั้งเดียว ซึ่งถือว่าผิดต่อพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 37 วรรคสอง ในกรณีนี้ ถ้าบริษัท ก. จำกัด (มหาชน) ได้รับความเสียหายจากการที่นาย ข. ส่งเงินค่าหุ้นไม่ครบ คณะกรรมการก็จะต้องมีความรับผิดชอบทางแพ่งฐานละเมิด และคณะกรรมการต้องชดใช้ค่าเสียหายให้บริษัท ก. จำกัด (มหาชน)

2) หน้าที่เกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผล พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 115 วรรคสี่ บัญญัติให้คณะกรรมการต้องจ่ายเงินปันผลภายใน 1 เดือนนับแต่วันลงมติโดยคณะกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นให้จ่ายเงินปันผล โดยที่คณะกรรมการจะต้องแจ้งไปยังผู้ถือหุ้น และโฆษณาคำบอกกล่าวการจ่ายเงินปันผลนั้นในหนังสือพิมพ์ติดต่อกัน 3 วันด้วย

ตัวอย่าง ที่ประชุมบริษัท ก. จำกัด (มหาชน) มีมติให้จ่ายเงินปันผลแก่ผู้ถือหุ้นหุ้นละ 100 บาท คณะกรรมการบริษัทไม่ยอมจ่ายเงินให้ผู้ถือหุ้นโดยนำเงินปันผลตั้งเป็นกองทุนสำรองไว้ให้บริษัท เช่นนี้ ผู้ถือหุ้นมีสิทธิเรียกให้บริษัทจ่ายเงินปันผลให้ตนได้ และถ้าบริษัทได้รับความเสียหายจากการที่ผู้ถือหุ้นเรียกให้จ่ายเงินปันผล เช่นต้องเสียดอกเบี้ยให้กับผู้ถือหุ้น คณะกรรมการก็ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายฐานละเมิดให้กับบริษัท เพราะกรรมการบริษัทกระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติไว้

3) หน้าที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งคณะกรรมการชุดใหม่ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด มาตรา 74 บัญญัติว่า ในกรณีที่คณะกรรมการต้องพ้นจากตำแหน่งทั้งคณะ คณะกรรมการที่พ้นจากตำแหน่งยังคงต้องอยู่รักษาการในตำแหน่งเพื่อดำเนินกิจการของบริษัทต่อไปเพียงเท่าที่จำเป็นจนกว่าจะมีคณะกรรมการชุดใหม่เข้ารับหน้าที่ โดยคณะกรรมการชุดเดิมต้องจัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อเลือกตั้งกรรมการชุดใหม่ภายใน 1 เดือนนับแต่วันพ้นจากตำแหน่งโดยส่งหนังสือประชุมให้ผู้ถือหุ้นทราบไม่น้อยกว่า 14 วันก่อนวันประชุม

ตัวอย่าง คณะกรรมการของบริษัท ก. จำกัด (มหาชน) มีจำนวน 5 คน และทุกคนต้องพ้นจากตำแหน่งเมื่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นเลือกตั้งคณะกรรมการใหม่ทุกปี ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 71 ในระหว่างที่คณะกรรมการใหม่ยังไม่ได้รับหน้าที่ คณะกรรมการเดิมยังคงต้องรักษาการอยู่เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อดำเนินกิจการของบริษัทต่อไปเท่านั้น หากในช่วงเวลาดังกล่าวคณะกรรมการเดิมอนุมัติจัดซื้อวัตถุดิบจากพ่อค้ารายเดิมที่เคยค้ากันมาเป็นเวลานาน เพื่อใช้ในกิจการบริษัทก็ถือว่าการกระทำนั้นอยู่ในอำนาจที่คณะกรรมการจะกระทำได้ และมีผลผูกพันบริษัท เพราะเป็นกรณีที่คณะกรรมการกระทำการที่จำเป็นเพื่อดำเนินกิจการของบริษัทต่อไป ในทำนองกลับกัน ถ้าในช่วงเวลาที่รอให้คณะกรรมการชุดใหม่เข้ารับงานนั้น คณะกรรมการชุดเดิมได้กระทำการขยายกิจการของบริษัทขึ้นโดยไม่จำเป็น เช่นนี้ถือว่าเป็นกรณีที่คณะกรรมการชุดเดิมได้กระทำการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งมาตรา 74 ซึ่งหากการกระทำดังกล่าวทำให้บริษัทเสียหาย ต้องสูญเสียทรัพย์สินในการขยายกิจการโดยไม่จำเป็น คณะกรรมการก็ต้องมีความรับผิดชอบแก่ฐานละเมิดต่อบริษัท และจะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้บริษัท

4) **หน้าที่เกี่ยวกับการประชุมคณะกรรมการ** พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 79 บัญญัติให้คณะกรรมการต้องประชุมกันอย่างน้อย 3 เดือนต่อครั้ง ณ ที่ที่อันเป็นที่ตั้งสำนักงานใหญ่ของบริษัทหรือจังหวัดใกล้เคียง เว้นแต่ข้อบังคับของบริษัทจะกำหนดให้ประชุมในที่อื่นได้

ตัวอย่าง กฎหมายกำหนดให้ต้องจัดประชุมคณะกรรมการทั้งหมดขึ้นอย่างน้อย 3 เดือน คณะกรรมการไม่ได้จัดประชุมคณะกรรมการขึ้นเป็นเวลานานเกิน 3 เดือน เพราะเห็นว่าไม่มีเรื่องใดเข้าที่ประชุม ถือว่าคณะกรรมการได้กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 79 ซึ่งหากการเพิกเฉยไม่ยอมจัดให้มีการประชุมคณะกรรมการขึ้นทำให้บริษัทเสียหายแล้ว คณะกรรมการก็ต้องรับผิดชอบหลักเรื่องละเมิด

5) **หน้าที่เกี่ยวกับการเรียกประชุมคณะกรรมการ** พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 81 วรรคสอง และ 82 ได้บัญญัติให้ ประธานกรรมการเป็นผู้เรียกประชุมคณะกรรมการ ถ้ามีกรรมการตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปร้องขอให้เรียกประชุมคณะกรรมการ ประธานกรรมการจะต้องกำหนดวันประชุมขึ้นภายใน 14 วันนับแต่วันที่ได้รับการร้องขอ และการเรียกประชุมคณะกรรมการนั้นประธานกรรมการจะต้องส่งหนังสือนัดประชุมไปยังกรรมการไม่น้อยกว่า 7 วันก่อนวันประชุม เว้นแต่ในกรณีจำเป็นเร่งด่วนเพื่อรักษาสิทธิหรือประโยชน์ของบริษัท ประธานกรรมการจะแจ้งการนัดประชุมโดยวิธีอื่นและกำหนดวันประชุมให้เร็วกว่านั้นก็ได้อีก

ตัวอย่าง คณะกรรมการบริษัท ก. จำกัด (มหาชน) ได้แบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ กรรมการบริหาร (executive director) ซึ่งมีจำนวน 3 คน และกรรมการที่ไม่ได้บริหารงาน (non-

executive director) อีกจำนวน 4 คน รวมเป็นคณะกรรมการทั้งหมด 7 คน กรรมการบริหารทำการเปิดประมูลหาผู้รับเหมามาก่อสร้างตึกสำนักงานสาขาของบริษัท ระหว่างที่ยังไม่คัดเลือกผู้ใด คณะกรรมการที่ไม่ได้บริหารงาน 2 คน เห็นว่ากรรมการบริหารอาจทุจริต จึงยื่นหนังสือถึงประธานกรรมการเพื่อขอให้เรียกประชุมคณะกรรมการขึ้นเพื่อพิจารณาคัดเลือกผู้รับเหมาก่อสร้างอาคารสำนักงานสาขา ประธานกรรมการเห็นว่าไม่จำเป็นจึงไม่ดำเนินการเปิดประชุมคณะกรรมการ เช่นนี้หากกรรมการบริหารทำสัญญาเลือกผู้รับเหมาที่เสนอราคาสูงกว่าท้องตลาด ทำให้บริษัทเสียหาย ประธานกรรมการจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อบริษัท เพราะเหตุว่าประธานกรรมการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 81 วรรคสอง เนื่องจากไม่จัดประชุมคณะกรรมการขึ้นเมื่อกรรมการตั้งแต่ 2 คนร้องขอ ทำให้บริษัทได้รับความเสียหายจากการไม่จัดประชุมดังกล่าว

6) หน้าที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งกรรมการแทนตำแหน่งที่ว่างลง พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 83 วรรคสอง บัญญัติว่า ในกรณีที่ตำแหน่งกรรมการว่างลงจนเหลือน้อยกว่าจำนวนที่เป็นองค์ประชุมได้ กรรมการที่เหลืออยู่จะกระทำการในนามของคณะกรรมการได้ก็แต่เฉพาะการจัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อเลือกตั้งกรรมการแทนตำแหน่งที่ว่างทั้งหมดเท่านั้น การประชุมดังกล่าว จะต้องกระทำภายใน 1 เดือนนับแต่วันที่จำนวนกรรมการว่างลงเหลือน้อยกว่าที่เป็นองค์ประชุม

ตัวอย่าง บริษัทมหาชนจำกัดแห่งหนึ่งมีคณะกรรมการ 5 คน องค์ประชุมของคณะกรรมการนี้ต้องมีไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง คือ ไม่น้อยกว่า 3 คนจึงเป็นองค์ประชุมที่มีมติได้ หากกรรมการบริษัทนี้พ้นจากตำแหน่ง 3 คน เช่น ตาย ลาออก หรือเป็นบุคคลล้มละลาย ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 72 ทำให้เหลือกรรมการไม่ถึงกึ่งหนึ่งที่เป็นองค์ประชุมได้ มาตรา 83 วรรคสอง บัญญัติให้กรรมการที่เหลือมีอำนาจในฐานะคณะกรรมการอยู่เพียงแต่จัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้นเท่านั้น ดังนั้นหากกรรมการที่เหลืออยู่ 2 คนไม่ยอมจัดประชุมผู้ถือหุ้นภายใน 1 เดือนเพื่อเลือกกรรมการใหม่แทนตำแหน่งที่ว่างลง และยังไม่ขึ้นจัดการงานบริษัทในฐานะกรรมการแล้ว หากบริษัทได้รับความเสียหาย กรรมการที่เหลือทั้ง 2 คน ต้องรับผิดชอบต่อบริษัท

7) หน้าที่เกี่ยวกับการจัดประชุมสามัญประจำปี พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 98 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า คณะกรรมการบริษัทมหาชนต้องจัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้นเป็นการประชุมสามัญประจำปี ภายใน 4 เดือนนับแต่วันสิ้นสุดของรอบปีบัญชีของบริษัท หากคณะกรรมการไม่จัดประชุมสามัญประจำปี คณะกรรมการก็จะมีผลขาดอำนาจ

8) **หน้าที่เกี่ยวกับการจัดประชุมตามคำร้องขอของผู้ถือหุ้น** พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน มาตรา 100 บัญญัติว่า ผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชนซึ่งมีหุ้นนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 หรือร้อยละ 20 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด หรือ ผู้ถือหุ้นที่มีจำนวนไม่น้อยกว่า 25 คน ซึ่งมีหุ้นนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 หรือ ร้อยละ 10 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด จะเข้าชื่อกันทำหนังสือขอให้คณะกรรมการบริษัทเรียกประชุมวิสามัญผู้ถือหุ้นเมื่อใดก็ได้ แต่ต้องแจ้งเหตุผลในการที่ขอให้เรียกประชุมไว้ให้ชัดเจนในหนังสือดังกล่าวด้วย ในกรณีเช่นนี้ คณะกรรมการต้องจัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้นขึ้นภายใน 1 เดือนนับแต่วันที่ได้รับหนังสือจากผู้ถือหุ้น

ตัวอย่างที่ 1 บริษัทมหาชนจำกัดแห่งหนึ่งมีหุ้นที่ได้จำหน่ายหมดแล้วทั้งหมด 1,000,000 หุ้น นาย ก. ถือหุ้นอยู่ 200,000 หุ้น นาย ก. สามารถร้องขอให้คณะกรรมการจัดการประชุมวิสามัญผู้ถือหุ้นได้โดยต้องแจ้งเหตุผลในการขอเรียกประชุมให้ชัดเจนในหนังสือดังกล่าวด้วย เมื่อคณะกรรมการได้รับแจ้งแล้ว ไม่ยอมจัดประชุมผู้ถือหุ้นภายใน 1 เดือนนับตั้งแต่วันที่รับหนังสือ ถือว่าคณะกรรมการฝ่าฝืนกฎหมาย และต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับบริษัท

ตัวอย่างที่ 2 ข้อเท็จจริงเดียวกันกับตัวอย่างที่ 1 หาก นาย ก. มีหุ้นอยู่เพียง 199,999 หุ้น นาย ก. ไม่สามารถร้องขอคณะกรรมการให้จัดประชุมวิสามัญได้ เพราะนาย ก. คนเดียวมีหุ้นไม่ถึงร้อยละ 20 นาย ก. จะต้องหาผู้ถือหุ้นรายอื่นอีก 24 คน เข้าชื่อรวมกันขอให้คณะกรรมการจัดประชุมวิสามัญผู้ถือหุ้น

ตัวอย่างที่ 3 ข้อเท็จจริงเดียวกันกับตัวอย่างที่ 1 ถ้า นาย ข. มีหุ้นอยู่เพียง 50,000 หุ้น หรือเท่ากับร้อยละ 5 ของจำนวนหุ้นที่ได้จำหน่ายทั้งหมด หาก นาย ข. ต้องการร้องขอให้คณะกรรมการจัดประชุมวิสามัญผู้ถือหุ้นขึ้น นาย ข. จะต้องหาผู้ถือหุ้นอีก 24 คน เข้าชื่อรวมกันและนับจำนวนหุ้นทั้งหมดของ นาย ข. และผู้ถือหุ้นอีก 24 คนแล้วต้องไม่น้อยกว่า 100,000 หุ้น ซึ่งเท่ากับร้อยละ 10 ของจำนวนหุ้นทั้งหมดที่ได้จำหน่ายแล้ว นาย ข. จึงจะมีสิทธิยื่นขอให้คณะกรรมการจัดประชุมวิสามัญผู้ถือหุ้นได้

จากตัวอย่างที่ 2 และที่ 3 หากนาย ก. หรือ นาย ข. ยื่นขอให้คณะกรรมการจัดประชุมวิสามัญโดยนับจำนวนหุ้นแล้วไม่ครบตามที่กฎหมายบัญญัติ คณะกรรมการมีสิทธิไม่จัดประชุมวิสามัญได้ แม้การไม่จัดประชุมวิสามัญในกรณีเช่นนั้นจะทำให้บริษัทเสียหาย คณะกรรมการก็ไม่ต้องรับผิดชอบ

9) **หน้าที่เกี่ยวกับการจัดทำงบการเงินของบริษัท** พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน มาตรา 112 บัญญัติว่า คณะกรรมการบริษัทจะต้องจัดให้มีการทำงบดุล และบัญชีกำไรขาดทุน ณ วันสิ้นสุดรอบปีบัญชีของบริษัทเสนอต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการประชุมสามัญประจำปีเพื่อพิจารณาอนุมัติ โดยงบดุลและบัญชีกำไรขาดทุนดังกล่าว คณะกรรมการต้องจัดให้ผู้สอบบัญชีตรวจสอบ

คุณและบัญชีกำไรขาดทุนนั้นให้เสร็จก่อนนำเสนอต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้น หากคณะกรรมการไม่จัดให้มีการทำงานการเงินดังกล่าว หรือจัดให้มีแล้วแต่ไม่ได้รับการตรวจสอบจากผู้สอบบัญชีอนุญาต คณะกรรมการจะต้องรับผิดชอบในฐานะละเมิด ทำให้บริษัทเสียหาย

10) หน้าที่เกี่ยวกับการจัดทำรายงานประจำปีของคณะกรรมการ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน มาตรา 114 บัญญัติให้คณะกรรมการบริษัทมหาชนต้องจัดทำรายงานประจำปีของคณะกรรมการ ซึ่งแตกต่างรายงานประจำปีของบริษัท (annual report) โดยต้องมีรายละเอียดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 114 เช่น รายละเอียดที่กรรมการแจ้งต่อบริษัทเกี่ยวกับส่วนได้เสียและการถือหุ้นของบริษัท ผลประโยชน์ตอบแทน หุ้น หุ้นกู้หรือสิทธิประโยชน์อย่างอื่นที่กรรมการได้รับจากบริษัทพร้อมกับระบุชื่อกรรมการซึ่งเป็นผู้ได้รับนั้น เป็นต้น

ตัวอย่างเช่น บริษัทมหาชนจำกัดได้จ้างบริษัทก่อสร้างมาทำตึกสำนักงานของตน ต่อมาบริษัทก่อสร้างดังกล่าวไปซื้อวัสดุจากร้านของ นาย ก. ซึ่งเป็นกรรมการคนหนึ่งในบริษัทมหาชน ถือว่ากรณีนี้ นาย ก. มีส่วนได้เสียในสัญญาก่อสร้างนี้แล้ว² นาย ก. จึงต้องแจ้งให้บริษัททราบถึงส่วนได้เสียตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 88 ซึ่งเมื่อสิ้นปีคณะกรรมการต้องจัดทำรายงานประจำปีของคณะกรรมการที่มีรายละเอียดของการแจ้งเรื่องส่วนได้เสียของ นาย ก. ด้วย หากนาย ก. ได้แจ้งส่วนได้เสียให้คณะกรรมการทราบ และคณะกรรมการไม่ยอมนำเรื่องส่วนได้เสียจัดลงไว้ในรายงานประจำปีของคณะกรรมการ และผลแห่งการกระทำดังกล่าวทำให้บริษัทเสียหาย กล่าวคือไม่รู้ถึงเรื่องส่วนได้เสียของกรรมการ คณะกรรมการต้องรับผิดชอบในฐานะละเมิด

โดยสรุปความรับผิดชอบประการแรกของกรรมการ คือ ความรับผิดชอบจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดหลายมาตราได้บัญญัติหน้าที่ของกรรมการไว้ ซึ่งหากกรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่าฝืนมาตราดังกล่าว และผลของการฝ่าฝืนนั้นทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย กรรมการจะต้องรับผิดชอบในฐานะละเมิดต่อบริษัท และนอกจากนี้บางกรณีอาจต้องรับผิดทางอาญาซึ่งจะได้กล่าวในข้อ 3.2

ข) ความรับผิดของกรรมการอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของบริษัท ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการนั้น นอกจากจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายแล้วยังต้องปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของบริษัทอีกด้วย

² พิเศษ เสตเสถียร, หลักกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด (กรุงเทพมหานคร:นิติธรรม, 2542), หน้า 82.

วัตถุประสงค์ของบริษัท คือ ข้อกำหนดที่ระบุไว้เพื่อให้บุคคลภายนอกทราบว่าเป็นบริษัทประกอบกิจการอะไร และเป็นการวางกรอบให้บริษัทกระทำการภายในวัตถุประสงค์ วัตถุประสงค์จะต้องไม่เป็นการขัดต่อกฎหมายด้วย³

วัตถุประสงค์ของบริษัทมีประโยชน์สองประการ คือ ประการที่หนึ่ง ปกป้องผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น มิให้บริษัทเอาเงินทุนเรือนหุ้นไปใช้นอกวัตถุประสงค์ และ ประการที่สอง ปกป้องผลประโยชน์ของผู้มาติดต่อค้าขายกับบริษัทด้วย เพราะเขาจะทราบได้จากวัตถุประสงค์ว่าบริษัทมีขอบเขตธุรกิจกว้างแคบประการใด⁴

บริษัทมหาชนมีฐานะเป็นนิติบุคคลจึงมีอำนาจกระทำการต่าง ๆ ได้ภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท หรือกิจการที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์นั้น เช่น บริษัทมีวัตถุประสงค์ในการรับทำการขนส่งสินค้าทั่วไปย่อมมีอำนาจขนส่งคนโดยสารด้วย⁵

คำว่า "วัตถุประสงค์" มีขอบเขตเพียงใดยังคงเป็นปัญหาที่ต้องวินิจฉัย ในกฎหมายอังกฤษก็ยังมีควมสับสนอยู่ บางท่านเห็นว่าวัตถุประสงค์ (object) คือ ประเภทของกิจการ เช่น ผลิตรถยนต์ ซึ่งในการดำเนินการตามนี้จะมีอำนาจ (powers) บางอย่างตามมาในตัว เช่น ซื้อที่ดินเพื่อตั้งโรงงาน สร้างโรงงาน ซื้อเครื่องจักร ซื้ออุปกรณ์ไฟฟ้า ซื่อน้ำมัน จ้างพนักงาน เปิดบัญชีกับธนาคาร ฟ้องคดี ฯลฯ แต่ในทางปฏิบัติมักนำส่วนที่เป็นอำนาจนี้มาระบุไว้ในวัตถุประสงค์ของบริษัทเอกชนด้วยเสมอ เพราะเกรงว่าหากขาดไปจะไม่มีอำนาจกระทำ⁶

ในบริษัทมหาชนนั้นไม่มีปัญหาเรื่องวัตถุประสงค์ (object) และอำนาจ (powers) ที่จะกระทำการตามวัตถุประสงค์เท่าใดนัก เนื่องจากพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 42 ได้บัญญัติหลักการเรื่องวัตถุประสงค์ของบริษัทไว้เฉพาะดังนี้

"บริษัทมีอำนาจกระทำการใด ๆ ภายในขอบแห่งวัตถุประสงค์ของบริษัทและถ้ามิได้มีข้อบังคับกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น อำนาจเช่นนี้ให้รวมถึงอำนาจที่จะกระทำการดังต่อไปนี้ด้วย

1. เป็นโจทก์ ร้องทุกข์ ดำเนินการตามกระบวนการพิจารณาใด ๆ ในนามของบริษัท

³ โสภณ รัตนกร, หุ้นส่วน บริษัท (กรุงเทพมหานคร:นิติบรรณาการ, 2541), หน้า 208.

⁴ เรื่องเดียวกัน

⁵ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติบุคคลและความรับผิดชอบของนิติบุคคล (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2543), หน้า 66-67.

⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, นิติกรรมที่ผู้แทนบริษัททำนอกขอบอำนาจ, หน้า 129 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติบุคคลและความรับผิดชอบของนิติบุคคล (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2543), หน้า 67.

2. ซื้อ จัดหา รับ เช่า เช่าซื้อ ถิ่นกรรมสิทธิ์ ครอบครอง ปรับปรุง ใช้ และจัดการโดยประการอื่นซึ่งทรัพย์สินใด ๆ ตลอดจนดอกผลของทรัพย์สินนั้น
3. ขาย โอน จำนอง จำน่า แลกเปลี่ยน และจำหน่ายทรัพย์สินโดยประการอื่น
4. กู้ยืมเงิน ค้ำประกัน ออก โอน และสลักหลังตัวเงินหรือตราสารที่เปลี่ยนมือได้อีก
5. ขอให้ปล่อยชั่วคราวกรรมการพนักงานหรือลูกจ้างที่ถูกดำเนินคดีอาญาในข้อหาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ให้แก่บริษัท
6. ถิ่นหุ้น จัดการบริษัทอื่นหรือบริษัทเอกชน และกระทำธุรกิจเฉพาะอย่างร่วมกันกับบริษัทอื่นหรือบริษัทเอกชน
7. การกระทำอื่นใดที่บุคคลธรรมดาอาจกระทำได้ เว้นแต่โดยสภาพแห่งการกระทำนั้นจะพึงกระทำได้แต่เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น ทั้งนี้ภายในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท"

โดยผลของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 42 จึงทำให้ปัญหาของการตีความวัตถุประสงค์ของบริษัทมหาชนนั้นพิจารณาง่ายขึ้น กล่าวคือ บริษัทมหาชนจำกัดนั้นจควรระบุแต่เพียงวัตถุประสงค์ (OBJECT) ที่แท้จริงเท่านั้น ส่วนอำนาจ (POWERS) นั้นไม่ต้องจดแจ้งด้วย บริษัทก็มีอำนาจกระทำการต่างๆ ได้ทั้งปวงทั้งนี้ภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท

ความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทมหาชนอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ของบริษัทนั้น แยกพิจารณาได้ ดังนี้

1) หากกรรมการได้กระทำการภายในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท กิจการทั้งปวงก็จะมีผลผูกพันบริษัท โดยที่กรรมการก็ไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 70 เช่น บริษัท ก. จำกัด (มหาชน) มีวัตถุประสงค์ในการผลิตและขายรถยนต์ นาย ข. ซึ่งเป็นกรรมการของบริษัท ก. จำกัดทำสัญญาขายรถยนต์จำนวน 50 คันให้กับบริษัท ค. เมื่อ นาย ข. ลงนามในสัญญาแล้ว สัญญาซื้อขายรถยนต์ดังกล่าวก็มีผลผูกพันบริษัท ก. และบริษัท ค. เพราะเป็นการกระทำสัญญาภายใต้วัตถุประสงค์ของบริษัท ก. ดังนี้เมื่อบริษัท ค. ชำระราคาซื้อรถยนต์แล้วแต่ต่อมาบริษัท ก. ไม่สามารถส่งมอบรถยนต์จำนวน 50 คันได้ตามสัญญาเนื่องจากบริษัท ก. ประสบภาวะหนี้สินล้มพันตัว นาย ข. ซึ่งเป็นผู้ลงนามในสัญญาก็ไม่ต้องรับผิดชอบให้ค่าเสียหายให้บริษัท ค. เป็นการส่วนตัว ผู้ที่ต้องรับผิดชอบตามสัญญานี้คือ บริษัท ก. จำกัด ซึ่งเป็นคู่สัญญา แม้ว่าการทำสัญญาขายรถยนต์ของนาย ข. จะทำให้บริษัท ก. ต้องเสียหายกล่าวคือจะต้องถูกเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายก็ตาม นาย ข. ก็ไม่ต้องมีความรับผิดชอบทางแพ่งต่อบริษัท เพราะเหตุว่า นาย ข. ได้ปฏิบัติหน้าที่ตามขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท

2) หากกรรมการกระทำการนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท จะเรียกว่า ULTRA VIRES กิจการดังกล่าวนั้นก็จะมีผูกพันบริษัท บริษัทจะให้สัตยาบันและถือเอาประโยชน์จากกิจการนั้นก็ไม่ได้⁷ เช่น บริษัท ก. มหาชน(จำกัด) มีวัตถุประสงค์ในการผลิตและขายรถยนต์ โดยมีนาย ข. เป็นกรรมการ นาย ข. ทำสัญญาขายรถยนต์ให้กับบริษัท ค. เช่นนี้ถือว่าเป็นการกระทำการนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท ก. โดยหลักการของ ULTRA VIRES แล้ว บริษัท ก. ไม่ต้องผูกพันตามสัญญาดังกล่าวเพราะเป็นสัญญาที่นอกเหนือวัตถุประสงค์ของบริษัท ก. ผู้ที่จะต้องผูกพันตามสัญญานี้คือนาย ข. ซึ่งถือว่าเป็นผู้ทำสัญญา ดังนั้นบริษัท ค. จึงสามารถเรียกร้องให้นาย ข. ส่งมอบรถยนต์ได้ตามสัญญา โดยบริษัท ค. ไม่สามารถเรียกร้องให้บริษัท ก. ส่งมอบรถยนต์ได้

ในกรณีนี้หากเกิดปัญหาขึ้นว่า ถ้าบริษัท ค. ชำระราคาค่ารถยนต์ให้กับบริษัท ก. แล้ว และนาย ข. ซึ่งเป็นกรรมการของบริษัท ก. ก็ได้นำเงินเข้าบัญชีของบริษัท ก. แล้ว จะถือว่าเป็นกรณีที่บริษัท ก. ให้สัตยาบันการทำสัญญาซื้อขายรถยนต์และทำให้บริษัท ก. ต้องผูกพันตามสัญญาซื้อขายรถยนต์หรือไม่

กรณีนี้จะเห็นได้ว่า การทำสัญญาซื้อขายรถยนต์ ระหว่างนาย ข. (ในนามของบริษัท ก.) กับบริษัท ค. นั้นเป็นการทำสัญญาที่อยู่นอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท ก. บริษัท ก. ไม่มีความสามารถที่จะกระทำการขายรถยนต์ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การนำเงินเข้าบัญชีบริษัท ก. จึงไม่ถือเป็นการที่บริษัท ก. ให้สัตยาบันกับการกระทำสัญญาดังกล่าว บริษัท ก. ต้องคืนเงินให้บริษัท ค. ในฐานะลาภมิควรได้ ส่วนสัญญาซื้อขายรถยนต์นั้นจะมีผลผูกพันระหว่างบริษัท ก. กับนาย ข. เท่านั้น หากบริษัท ก. ได้รับความเสียหายจากการที่นาย ข. ซึ่งเป็นกรรมการบริษัทกระทำการนอกขอบวัตถุประสงค์แล้ว บริษัท ก. สามารถเรียกให้นาย ข. ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำการนอกขอบวัตถุประสงค์เช่น บริษัท ก. ถูกฟ้อง และต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี เป็นต้น

ค) ความรับผิดชอบของกรรมการอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับของบริษัท

ข้อบังคับของบริษัทเป็นระเบียบภายในของบริษัท คู่กับหนังสือบริคณห์สนธิซึ่งเป็นระเบียบของบริษัทในส่วนที่เกี่ยวกับบุคคลภายนอก ข้อบังคับของบริษัทโดยปกติจะกล่าวถึงสิ่งต่าง ๆ ต่อไปนี้⁸

- 1) สิทธิต่าง ๆ ของผู้ถือหุ้น
- 2) วิธีการดำเนินงานของบริษัท

⁷ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติบุคคลและความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2543), หน้า 67.

⁸ โสภณ รัตนากร, หุ้นส่วน บริษัท (กรุงเทพมหานคร:นิติบรรณาการ,2541), หน้า 220-221.

- 3) หุ่นของบริษัท การออกหุ้นใหม่ วิธีการ โอนหุ้น และข้อจำกัดในการ โอนหุ้น
- 4) ทุนของบริษัท และการเพิ่มหรือลดทุน
- 5) อำนาจการกู้ยืม
- 6) ที่ประชุมใหญ่ วิธีการประชุมและการลงคะแนน ตลอดจนสถานที่ประชุม
- 7) กรรมการของบริษัท การแต่งตั้งและถอดถอน คุณสมบัติ จำนวน อำนาจหน้าที่ ตลอดจนบำเหน็จ และการประชุมคณะกรรมการ
- 8) เจ้าหน้าที่ตำแหน่งสำคัญของบริษัท ตลอดจนการแต่งตั้งถอดถอน และอำนาจหน้าที่
- 9) เงินปันผล
- 10) เงินทุนสำรอง
- 11) บัญชีของบริษัท และการสอบบัญชี
- 12) เหตุที่จะเลิกบริษัท
- 13) ตราของบริษัท
- 14) การระงับปัญหาหรือข้อพิพาทโดยวิธีการ ประนีประนอมยอมความ หรืออนุญาโตตุลาการ ตลอดจนวิธีดำเนินคดีในศาล และ
- 15) วิธีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับ เป็นต้น

หนังสือบริคณห์สนธิเปรียบเสมือนธรรมนูญการปกครองของบริษัท ในขณะที่ข้อบังคับเปรียบเสมือนกฎหมายภายในของบริษัท โดยสภาพแล้วข้อบังคับจึงต้องไม่ขัดกับหนังสือบริคณห์สนธิ ความจริงก็ไม่อาจวางหลักได้แน่นอนว่า เอกสารทั้งสองฉบับนี้แตกต่างกันอย่างไร เรื่องใดจะต้องกำหนดไว้ในเอกสารฉบับไหนก็ยังไม่แน่นอน มีบางเรื่องเท่านั้นที่กฎหมายกำหนดไว้ชัดว่าต้องอยู่ในหนังสือบริคณห์สนธิ เช่น วัตถุประสงค์ และเงินทุนเรือนหุ้น เป็นต้น ส่วนข้อบังคับมักจะกำหนดเกี่ยวกับเรื่องภายในของบริษัทหรือเรื่องที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ ข้อบังคับเมื่อจดทะเบียนและโฆษณาในราชกิจจานุเบกษาแล้ว กฎหมายถือว่าเป็นอันทราบแก่ประชาชนทั่วไป⁹

ในบริษัทมหาชนจำกัด พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 30 ได้บัญญัติบังคับว่าข้อบังคับของบริษัทมหาชนจำกัดจะต้องมีเรื่องดังต่อไปนี้

- 1) การออกหุ้นและการโอนหุ้น
- 2) การประชุมผู้ถือหุ้น

⁹ โสภณ รัตนากร, หุ้นส่วน บริษัท (กรุงเทพมหานคร:นิติบรรณาการ, 2541), หน้า 222-223.

- 3) จำนวน วิธีการเลือกตั้ง วาระการดำรงตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่งก่อนครบกำหนด ออกตามวาระ การประชุมและอำนาจกรรมการ
- 4) การบัญชี การเงิน และการสอบบัญชี
- 5) การออกหุ้นบุริมสิทธิ (ถ้ามี)
- 6) การแปลงหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญ (ถ้ามี)

ความสำคัญของข้อบังคับของบริษัทมหาชน คือ ในบริษัทเอกชนสามารถกำหนดข้อบังคับแตกต่างไปจากกฎหมายได้หลาย ๆ กรณี แต่ในบริษัทมหาชนนั้นจะกำหนดข้อบังคับให้แตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดไม่ได้¹⁰ เพราะถือว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน การกำหนดข้อบังคับให้ต่างจากพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 จึงตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150

ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 98 บัญญัติว่า "ห้ามมิให้บริษัทให้กู้ยืมเงินแก่กรรมการ" ถ้าบริษัทฝ่าฝืนให้กรรมการกู้ยืมเงิน กรรมการบริษัทจะมีโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือสองเท่าของจำนวนเงินที่ให้กู้ยืม สุดแต่จำนวนใดจะมากกว่ากัน ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน มาตรา 204 ถ้าบริษัทมหาชนจำกัดไปกำหนดในข้อบังคับของบริษัทว่า "บริษัทสามารถให้กรรมการกู้ยืมเงินจากบริษัทได้" เช่นนี้ จะเห็นได้ว่าเป็นข้อบังคับที่ขัดต่อพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 98 ซึ่งเป็นมาตราที่มีโทษทางอาญา จึงถือได้ว่าเป็นข้อบังคับที่ขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงเป็นข้อบังคับที่ตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150

นอกจากนี้ยังมีหลาย ๆ กรณีที่จะต้องบัญญัติไว้ในข้อบังคับเท่านั้น บริษัทมหาชนถึงกระทำการดังกล่าวได้ เช่น การจ่ายเงินปันผลระหว่างกาลโดยคณะกรรมการ เป็นต้น ซึ่งถ้าไม่ได้ระบุไว้ก็จะกระทำไม่ได้¹¹

โดยหลักการแล้วกรรมการต้องปฏิบัติตามข้อบังคับของบริษัท เพราะถือว่าเป็นระเบียบภายในของบริษัท หากกรรมการบริษัทฝ่าฝืนข้อบังคับของบริษัท และทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท กรรมการต้องมีความรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้บริษัทฐานละเมิด

ง) ความรับผิดชอบของกรรมการอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น
มติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นถือว่าเป็นแนวนโยบายของบริษัทที่มอบให้กรรมการนำไปปฏิบัติด้วยเหตุที่ผู้ถือหุ้นเป็นเจ้าของทุนและทรัพย์สินของบริษัททั้งปวง ดังนั้นผู้ถือหุ้นจึงมีอำนาจที่จะ

¹⁰ พิเศษ เสตเสถียร, หลักกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด (กรุงเทพมหานคร:นิติธรรม, 2542), หน้า 19.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 20.

กำหนดแนวทางการนำเงินของตนไปลงทุนเพื่อให้เกิดกำไรสูงสุด กรรมการบริษัทมหาชนจำกัดจึงต้องรับมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นมาปฏิบัติอย่างเคร่งครัด การที่กรรมการบริษัทมหาชนฝ่าฝืนมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น และทำให้บริษัทมหาชนได้รับความเสียหายนั้น กรรมการจะมีความรับผิดชอบทางแพ่งต่อบริษัทฐานละเมิด

มติที่ประชุมผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชนนั้น โดยหลักแล้วยึดหลัก “หนึ่งหุ้นหนึ่งเสียง” (one share one vote) และในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 107 วางหลักว่า “การลงมตินั้นให้ถือคะแนนเสียงข้างมากของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมและออกเสียงลงคะแนน ถ้ามีคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งเสียงเป็นเสียงชี้ขาด และ ในกรณีต่อไปนี้ให้ถือคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน คือ ก) การขายหรือโอนกิจการของบริษัททั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้ผู้อื่น ข) การซื้อหรือรับโอนกิจการของบริษัทอื่นหรือบริษัทเอกชนมาเป็นของบริษัทมหาชน หรือ ค) การทำ แก้วใจ หรือเลิกสัญญาเกี่ยวกับการให้เข้ากิจการของบริษัททั้งหมดหรือแต่บางส่วนที่สำคัญ การมอบหมายให้บุคคลอื่นเข้าจัดการธุรกิจของบริษัท หรือการรวมกิจการกับบุคคลอื่นโดยมีวัตถุประสงค์จะแบ่งกำไรขาดทุนกัน”

ตัวอย่างเช่น ที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัท ก. จำกัด (มหาชน) ได้มีมติให้ซื้อกิจการของบริษัท ข. จำกัดด้วยราคา 10 ล้านบาท เพราะเห็นว่าบริษัท ข. จำกัดทำธุรกิจประเภทเดียวกันกับบริษัท ก. จำกัด (มหาชน) และเป็นบริษัทที่มีศักยภาพที่ดีในการทำธุรกิจ แต่ประสบปัญหาทางการเงินในระยะสั้น โดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นมอบหมายให้นาย ค. ซึ่งเป็นกรรมการบริษัทไปดำเนินการโดยเร็ว นาย ค. เห็นว่าหุ้นของบริษัท ข. จะมีราคาต่ำลงอีก จึงชะลอการซื้อกิจการของบริษัท ข. ไว้เพื่อที่จะได้ราคาที่ถูกลงกว่า 10 ล้านบาท แต่ต่อมาบริษัท ข. กลับมีกิจการดีขึ้น ทำให้ราคาซื้อเพิ่มขึ้นเป็น 12 ล้านบาท เช่นนี้ จะเห็นว่า นาย ค. ซึ่งเป็นกรรมการนั้นได้ฝ่าฝืนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น และทำให้บริษัทต้องเสียหายจำนวน 2 ล้านบาท เช่นนี้ บริษัทมีสิทธิเรียกให้นาย ค. รับผิดชอบฐานละเมิดได้ เพราะเป็นกรณีที่กรรมการบริษัทฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น

หากกรรมการฝ่าฝืนไม่กระทำตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท หรือมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้ว บริษัทมีสิทธิเรียกให้กรรมการชดเชยค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ นอกจากนี้หากบริษัทไม่เรียกร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ และถ้าบริษัทไม่ดำเนินการ ผู้ถือหุ้นนั้น ๆ จะนำคดีฟ้องเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนบริษัทก็ได้ (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 85 วรรคสอง (1)) นอกจากนี้ก่อนที่กรรมการจะกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะขอให้ศาลตั้งระงับการกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ก็ได้ หรือร้องขอให้ศาลตั้ง

ให้กรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่งก็ได้ (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 85 วรรคสอง (2) และวรรคสาม)

3.1.2 ความรับผิดชอบเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary duty)

กรรมการบริษัทมหาชนต้องมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติงานด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ดังที่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 85 ได้วางหลักว่า

“ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท”

หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary duty) ไม่มีคำนิยามในกฎหมายไทย ทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนหรือในกฎหมายอื่น แต่เป็นหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาที่ได้มีการวางรากฐานมาเป็นระยะเวลานาน โดยคำพิพากษาของศาล Common Law และกฎหมายลายลักษณ์อักษร (statutes) ก็ได้บัญญัติเพิ่มเติมหลักการดังกล่าว โดยประวัติความเป็นมาของหลักการ Fiduciary duty เป็นดังนี้

กำเนิดของหลักการ Fiduciary duty หลักการของ Fiduciary duty นี้เริ่มเกิดขึ้นครั้งแรกในกฎหมายโรมันมาจากคำว่า “Fiducia”¹² ซึ่งเป็นถ้อยคำที่กล่าวถึงหลักการในระยะเริ่มแรกของการจ้างงานจ้างนำ กล่าวคือ เจ้าหนี้ผู้รับจ้างหรือจ้างนำจะได้รับทรัพย์สินไป และถ้าลูกหนี้ไม่ได้ใช้เงินภายในกำหนดเวลา ทรัพย์สินก็ตกเป็นสิทธิแก่เจ้าหนี้ทันที ต่อมาก็ได้พัฒนาเป็นหลักการของทรัสต์

หลักการ Fiduciary duty ขยายเข้ามาในประเทศไทยได้อย่างไร เมื่อประเทศอังกฤษถูกโจมตีโดยพระเจ้าวิลเลียมที่หนึ่งเมื่อ ค.ศ. 1066 (ประมาณศตวรรษที่ 11) กฎหมายโรมันได้แผ่ขยายเข้าไปมีอิทธิพลเหนือประเทศอังกฤษ โดยผ่านเข้าไปทาง Chancellor ซึ่งล้วนแต่เป็นพระซึ่งทำ

¹² Black, Henry C. , Black's Law Dictionary (St. Paul Minn : West Publishing,1979), p.563. อ้างถึงใน สมชัย วิชญ์ไพศฐิสกุล, “หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทในกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 14.

หน้าที่เป็นผู้พิพากษาด้วย โดย Chancellor จะตัดสินคดีโดยถวายเป็นความจงรักภักดีต่อองค์สันตะปาปาแห่งกรุงโรม จึงนำอิทธิพลของกฎหมายโรมันเข้ามาในประเทศอังกฤษด้วย¹³

ศาลอิกวิตี (Equity) กำหนดหน้าที่ของทรัสต์โดยนำหลักการ Fiduciary duty ของกฎหมายโรมันมาปรับใช้ ศาล common law ของอังกฤษปฏิเสธไม่รับวินิจฉัยคดีให้กับผู้รับประโยชน์ของทรัสต์แห่งหนึ่ง โดยมองว่าเรื่องทรัสต์และทรัสต์เป็นเรื่องเพื่อฝืนและไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย ผู้รับประโยชน์รายนั้นจึงร้องทุกข์เพื่อขอความเป็นธรรมจากพระมหากษัตริย์ เมื่อร้องทุกข์แล้ว พระมหากษัตริย์ก็มอบหมายให้ Chancellor ออกหมายเรียก (Writ) และทำการวินิจฉัย Chancellor ได้ทำการอุดช่องว่างของ common law โดยการวางหลักอิกวิตี (Equity) ขึ้น โดยยึดหลักการของความเป็นธรรมและช่วยเหลือผู้รับประโยชน์ให้ได้รับความเป็นธรรมจากการกระทำอันมิชอบของทรัสต์ โดย Chancellor ได้นำหลักการของ Fiduciary duty ของโรมันมาวินิจฉัยและวางหลักว่า “ทรัสต์จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary duty)”¹⁴

หลัก Fiduciary duty พัฒนาจากหน้าที่ของทรัสต์มาเป็นหน้าที่ของกรรมการบริษัท เมื่อศาลอิกวิตีได้วางหลักไว้ชัดเจนแล้วว่าทรัสต์ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตตามหลัก Fiduciary duty ต่อมาศาลอังกฤษเริ่มนำหลักการ Fiduciary duty มาใช้บังคับกับกรรมการบริษัทในลักษณะเทียบเคียง โดยคดีสำคัญคือ คดี **Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Bros (1854) 1 macq.H.L.461** และคดี **Regal (Hastings)Ltd. v. Gulliver (1942) All ER 378 H.L.**

ความแตกต่างระหว่างหน้าที่ Fiduciary duty ของทรัสต์ และหน้าที่ Fiduciary duty ของกรรมการบริษัท โดยหลักแล้วทรัสต์เป็นเสมือนผู้ดูแลรักษาทรัพย์สินและนำผลประโยชน์ทั้งปวงให้แก่ผู้รับประโยชน์ ทรัสต์จึงไม่ควรนำทรัพย์สินไปเสี่ยงเพื่อแสวงหาผลกำไรสูงสุด แต่ในขณะที่บริษัทมีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรสูงสุด กรรมการบริษัทจึงอยู่ในฐานะที่จะต้องนำทรัพย์สินของบริษัทเข้าสู่ความเสี่ยงเพื่อนำผลกำไรสูงสุดมาแบ่งให้ผู้ถือหุ้น ดังนั้น หน้าที่ตามหลัก

¹³ Metcafe,O.K., General Principle of English Law (London and Edinbergh : Morriso & Gibb,Ltd,1974),p.41. อ้างถึงใน สมชัย วิชญ์ไพศฐกุล, “หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทในกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 15.

¹⁴ Parker,Devid B.,Mellw,Anthony R., supra note 3 pp.120-121. อ้างถึงใน สมชัย วิชญ์ไพศฐกุล, “หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทในกฎหมายไทย,” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2530), หน้า 17.

Fiduciary duty ของทรัสต์และกรรมการบริษัทจึงมีความแตกต่างกัน ศาลอังกฤษและสหรัฐอเมริกา จึงไม่นำหลัก Fiduciary duty มาใช้บังคับกับกรรมการบริษัทโดยตรง แต่จะเทียบเคียงมาใช้บางกรณีเท่านั้น ซึ่งพิจารณารายละเอียดหน้าที่ Fiduciary duty ที่ศาลอังกฤษและสหรัฐอเมริกาปรับใช้ในปัจจุบันได้ในบทที่ 2

ศาลไทยจะนำหลัก Fiduciary duty มาปรับใช้ตามกฎหมายไทยได้อย่างไร เมื่อพิจารณาจากประวัติความเป็นมาของหน้าที่ Fiduciary duty แล้วจะพบว่ามีที่มาจากกฎหมายโรมัน และมีวิวัฒนาการมาเป็นระยะเวลายาวนาน จนกล่าวได้ว่าหลัก Fiduciary duty เป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” (General Principle of Law) ซึ่งแยกพิจารณาได้ 2 กรณี ดังนี้

หากเป็นกรณีของบริษัทเอกชน เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1168 บัญญัติไว้เพียงว่า “...กรรมการต้องใช้ความเอื้อเพื่อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง...” แต่ไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่ากรรมการบริษัทเอกชนต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ดังนั้นในกรณีของบริษัทเอกชน หากกรรมการบริษัทเอกชนปฏิบัติหน้าที่ฝ่าฝืนต่อหลักการ Fiduciary duty แล้ว ศาลไทยอาจนำหลักการ Fiduciary duty มากำหนดความรับผิดให้กับกรรมการบริษัทเอกชนได้โดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 โดยถือว่าหลักการปฏิบัติหน้าที่โดยซื่อสัตย์สุจริต หรือ Fiduciary duty นั้น เป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่ศาลสามารถยกขึ้นปรับได้ในกรณีไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ และไม่มีจารีตประเพณีหรือกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง

หากเป็นกรณีของบริษัทมหาชนจำกัด เนื่องจากพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 85 ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า “กรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต” ดังนั้นหากกรรมการบริษัทมหาชนจำกัดฝ่าฝืนต่อหน้าที่ Fiduciary duty ศาลไทยสามารถนำหลักการ Fiduciary duty มากำหนดความรับผิดให้กรรมการบริษัทมหาชนได้โดยอาศัยมาตรา 85

ตัวอย่างที่ 1 ของการกระทำของกรรมการบริษัทมหาชนที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต

ข้อเท็จจริง บริษัทเงินทุน น. จำกัด (มหาชน) ประกอบธุรกิจเงินทุนตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 โดยมี นาย ณ. เป็นประธานกรรมการบริหารและกรรมการผู้จัดการใหญ่ ระหว่างวันที่ 12 มีนาคม 2540 ถึง วันที่ 8 กรกฎาคม 2540 บริษัทเงินทุน น. ได้ให้บริษัท 1. ถึง บริษัท 10. กู้ยืมเงินโดยไม่มีหลักประกัน (clean loan) และไม่มี การประเมินฐานะทางการเงินของบริษัทลูกหนี้ โดยบริษัททั้งสิบแห่งมีทุนจดทะเบียนบริษัทละไม่เกิน 1 ล้านบาท และทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้วเฉลี่ยบริษัทละประมาณ 2 แสนกว่าบาทเท่านั้น ดังรายละเอียดในตาราง

ชื่อบริษัทลูกหนี้	จำนวนเงินที่บริษัทเงินทุน น. ให้กู้ยืม (ล้านบาท)	ทุนจดทะเบียน (ล้านบาท)	ทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้ว (ล้านบาท)
บริษัท 1.	869.9	1	0.25
บริษัท 2.	731.63	1	0.25
บริษัท 3.	425.29	1	0.25
บริษัท 4.	408.37	1	0.25
บริษัท 5.	368.14	1	0.25
บริษัท 6.	534.96	1	0.25
บริษัท 7.	169.39	1	0.25
บริษัท 8.	421.8	0.1	0.1
บริษัท 9.	296.91	1	1
บริษัท 10.	133.89	0.5	0.5
รวม	4360.36	-	-

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบริษัททั้งสิบนำเงินทั้งหมดไปลงทุนในตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งหากได้ผลกำไรมากก็จะนำเงินบางส่วนมาชำระหนี้คืนให้บริษัทเงินทุน น. และผลกำไรก็เป็นของบริษัททั้งสิบ ซึ่งมีการกล่าวอ้างว่านาย ณ. มีส่วนได้เสียอยู่ในบริษัททั้งสิบด้วย แต่ความเป็นจริงแล้วในช่วงเวลาดังกล่าวประเทศไทยประสบภาวะวิกฤติทางเศรษฐกิจ ทำให้หุ้นในตลาดหลักทรัพย์ตกลงอย่างต่อเนื่อง บริษัททั้งสิบจึงขาดทุนบริษัทหลายร้อยล้านบาท จนมีหนี้สินล้นพ้นตัว และไม่สามารถชำระต้นเงินคืนให้กับบริษัทเงินทุน น. ได้ หนี้ทั้งหมดจำนวน 4360.36 ล้านบาท จึงกลายเป็นหนี้ที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ (non performance loan) จำนวนมหาศาลของบริษัทเงินทุน น. จำกัด¹⁵

วินิจฉัย การที่นาย ณ. ซึ่งเป็นประธานกรรมการบริหารและกรรมการผู้จัดการใหญ่บริษัทเงินทุน น. จำกัด พิจารณานอมนัดเงินกู้ให้บริษัททั้งสิบโดยไม่มีหลักประกันและไม่มีการประเมินสถานะทางการเงินของบริษัททั้งสิบโดยรู้ถึงทุนจดทะเบียนและวัตถุประสงค์ของบริษัททั้งสิบ และมีส่วนจัดตั้งบริษัททั้งสิบขึ้นเพื่อเป็นฐานในการนำเงินจากบริษัทเงินทุน น. ไปลงทุนในตลาดหลักทรัพย์เพื่อผลประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น เช่นนี้ถือได้ว่านาย ณ. ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการบริษัทโดยทุจริต และเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน

¹⁵ ถนนนักลงทุน, “บริษัทกระดาษ...ปริศนาของ “บง.นิธิภัทร””, กรุงเทพธุรกิจ (26 ธันวาคม 2542) : 8-9.

จำกัดมาตรา 85 ทำให้บริษัทเงินทุน น. ได้รับความเสียหาย เนื่องจากหนี้เงินกู้ทั้งหมดจำนวน 4360.36 ล้านบาท กลายเป็นหนี้ที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ (non performance loan) นาย ก. จึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับบริษัทเงินทุน น. จำกัด

ตัวอย่างที่ 2 ของการกระทำของกรรมการบริษัทมหาชนที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต

ข้อเท็จจริง ธนาคาร B. มีฐานะเป็นบริษัทมหาชนจำกัด ประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์รับฝากเงินและให้กู้ยืมเงิน โดยมี นาย ก. เป็นประธานกรรมการผู้จัดการใหญ่ของธนาคาร นาย ก. อนุมัติเงินกู้ให้กับบุคคลดังต่อไปนี้

- 1) นาย ก. อนุมัติเงินกู้ให้กับนาย ค. จำนวน 3,202 ล้านบาท เพื่อให้ นาย ค. นำไป Take over บริษัทจดทะเบียนสองแห่ง โดยธนาคาร B. รับจำนองที่ดินเป็นประกัน 914 ล้านบาท ซึ่งราคาสูงเกินจริง¹⁶
- 2) นาย ก. อนุมัติเงินกู้ให้กับ บริษัท ซ. จำกัด จำนวน 1,658 ล้านบาท เพื่อให้บริษัท ซ. นำไป Take over บริษัทต่างประเทศสามแห่ง โดยธนาคาร B. รับจำนองที่ดินราคาประเมิน 969 ล้านบาท แต่ธนาคารแห่งประเทศไทยตรวจสอบพบในเวลาต่อมาว่าราคาที่ดินจริงแล้วราคาเพียง 26 ล้านบาท¹⁷

วินิจฉัย

การที่นาย ก. อนุมัติเงินกู้ให้กับ นาย ค. จำนวน 3,202 ล้านบาท และบริษัท ซ. จำนวน 1,658 ล้านบาท เป็นการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการผู้จัดการใหญ่ธนาคาร B. จำกัด โดยในการปฏิบัติหน้าที่ของดังกล่าว นาย ก. ต้องใช้ความซื่อสัตย์สุจริตตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85 แต่การที่นาย ก. อนุมัติให้กู้ทั้ง ๆ ที่รู้ยู่ว่าราคาที่ดินที่จำนองมีราคาสูงเกินจริงมาก ถือได้ว่านาย ก. ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการโดยทุจริต ทำให้บริษัทเสียหาย กล่าวคือ เป็นการแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับผู้อื่น ซึ่งหากให้อนุมัติเงินกู้ให้ นาย ค. และบริษัท ซ. ไป ธนาคาร B. อาจได้รับความเสียหายเนื่องจากธนาคาร B. ไม่สามารถบังคับเอาหลักประกันได้ ดังนั้นจึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 85 เป็นละเมิด และต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับธนาคาร B.

¹⁶ ฉัฐวุฒิ รุ่งวงษ์, ไครปด้น Bank B.B.C. (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์บุคแบงก์), หน้า 104-110.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 127-128.

ตัวอย่างที่สามของการกระทำของกรรมการบริษัทมหาชนที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต

คำพิพากษาฎีกาที่ 1369 / 2538 วินิจฉัยว่า

“ขณะเกิดเหตุโจทก์เป็นรัฐวิสาหกิจและจำเลยเป็นพนักงานของโจทก์จึงมีฐานะเป็นพนักงานรัฐวิสาหกิจ ส่วนที่มีการเปลี่ยนแปลงฐานะของโจทก์ภายหลังหรือไม่ก็หาเป็นเหตุให้มีผลลบด้านฐานะโจทก์และฐานะความรับผิดชอบของจำเลยในขณะเกิดเหตุไม่ จึงไม่มีผลกระทบต่ออำนาจฟ้องของโจทก์และไม่เป็นสาระหรือประโยชน์แก่คดีที่พึงพิจารณาวินิจฉัย

หนังสือมอบอำนาจเป็นหนังสือยืนยันของเขตอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นพนักงานของจำเลย และรับรองอำนาจหน้าที่ของจำเลยในฐานะเป็นผู้แทนนิติบุคคลของโจทก์ต่อบุคคลภายนอกเป็นการทั่วไป ส่วนหมัดกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของผู้แทนดังกล่าวอีกชั้นหนึ่งเป็นข้อจำกัดอำนาจเป็นการภายใน หนังสือมอบอำนาจจึงไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหน้าที่และฐานะของจำเลย หรือเป็นการเพิกถอนยกเลิกรากฎดังกล่าวไม่

ลูกหนี้ยื่นขอสินเชื่อในรูปแบบของการกู้เบิกเงินเกินบัญชีซึ่งเกินอำนาจอนุมัติของจำเลย แทนที่จำเลยจะเสนอขออนุมัติจากคณะกรรมการธนาคารโจทก์ตามระเบียบ กลับอนุมัติในรูปแบบเลขหมุน / โฉน หรือเงินฝาก เป็นการจงใจหาวิธีการหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามระเบียบและวัตถุประสงค์ในรูปสินเชื่อที่แท้จริงโดยทุจริต เมื่อเจ้าหน้าที่ของโจทก์ได้ตรวจสอบแล้วทักท้วงว่ารูปแบบสินเชื่อดังกล่าวเป็นการให้กู้และแก้ไข แทนที่จำเลยจะแก้ไขปฏิบัติเป็นรูปเงินกู้ตามข้อทักท้วงและขออนุมัติตามระเบียบให้ถูกต้องตามความจริง จำเลยกลับเปลี่ยนแปลงเป็นรูปตัวสัญญาใช้เงินอันเป็นวิธีการเลี่ยงไม่ยอมปฏิบัติตามที่ทักท้วงและไม่ปฏิบัติตามระเบียบที่กำหนดไว้ให้ถูกต้องอีก ทั้งยังมีการเพิ่มจำนวนสินเชื่อที่เกินอำนาจหลายครั้งหลายหน ซ้ำซ้ำว่าเพื่อเอื้อประโยชน์กันแก่ลูกหนี้เป็นเจตนาทุจริต

จำเลยฎีกาว่า โจทก์ไม่เสียหายโดยอ้างว่ามีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้และได้มีการชำระหนี้ทั้งหมดแล้ว โดยได้ยกขึ้นอ้างตั้งแต่ชั้นอุทธรณ์ตลอดมาและมีพยานเอกสารประกอบ ซึ่งโจทก์มิได้โต้แย้ง พอรับฟังเป็นคุณแก่จำเลยได้ว่าเป็นความจริง แต่เมื่อตั้งแต่จำเลยให้ลูกหนี้กู้ยืมไป ลูกหนี้มิได้ชำระหนี้ตามกำหนดเวลาตลอดมา จนกระทั่งจำเลยพ้นจากตำแหน่งแล้วตลอดถึงขณะที่โจทก์ฟ้องคดี ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่โจทก์ย่อมมีอยู่จริงก่อนแล้วตั้งแต่จำเลยกระทำความผิด การเปลี่ยนตัวลูกหนี้และมีการชำระหนี้แล้วภายหลังเป็นเพียงการชำระหนี้ที่ล่าช้าและมีได้เกิดจากการดำเนินการของจำเลย ไม่อาจรับฟังเป็นข้อลบด้านความเสียหายและไม่ช่วยให้อำนาจฟ้องจากการกระทำผิดนั้นได้”

ในคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้มีข้อเท็จจริงโดยย่อคือ โจทก์เป็นบริษัทจำกัดประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ โดยรัฐและหรือหน่วยงานของรัฐถือหุ้นในบริษัทโจทก์เกินกว่าร้อยละ 50 โจทก์จึงมีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ จำเลยเป็นกรรมการผู้จัดการใหญ่ธนาคารโจทก์ จึงมีฐานะเป็นพนักงานรัฐวิสาหกิจด้วย เนื่องจากโจทก์ทำสัญญาจ้างจำเลยเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2518 จำเลยมีอำนาจหน้าที่จัดการกิจการและทรัพย์สินของโจทก์ โดยมีอำนาจอนุมัติให้สินเชื่อแก่ลูกค้าโจทก์ตามประเพณีปฏิบัติของธนาคารพาณิชย์ เช่นการให้กู้ยืมเงิน การเบิกเงินเกินบัญชี การให้สินเชื่อเพื่อการส่งออก การซื้อลดตั๋วเงิน การเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต การทำสัญญาทรัสต์รีซีท ฯลฯ โดยจำเลยมีอำนาจอนุมัติให้สินเชื่อภายใต้ระเบียบและมติที่คณะกรรมการโจทก์กำหนด คือ การอนุมัติให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้โดยมีหลักทรัพย์ประกันค้ำกับสินเชื่อ จำเลยมีอำนาจอนุมัติได้รายละเอียดไม่เกิน 15 ล้านบาท การอนุมัติให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้ที่มีหลักทรัพย์เป็นประกันไม่ค้ำกับสินเชื่อหรือมีเพียงบุคคลค้ำประกัน จำเลยมีอำนาจอนุมัติได้รายละเอียดไม่เกิน 5 ล้านบาท การอนุมัติให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้ที่ไม่มีหลักประกัน (clean loan) จำเลยมีอำนาจอนุมัติได้รายละเอียดไม่เกิน 2 ล้านบาท

ระหว่างเดือนกันยายน 2525 ถึงเดือนกรกฎาคม 2526 บริษัท G.S.P. ไฟแนนซ์ จำกัด และบริษัท G.S.P. อินเตอร์เนชั่นแนล แบงก์ จำกัด ซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ที่เกาะฮ่องกง ได้ขอกู้เงินจากธนาคารโจทก์ในรูปของการเบิกเงินเกินบัญชี โดยจำเลยทราบดีว่าการกู้ยืมเงินดังกล่าวเป็นจำนวนเงินที่เกินอำนาจของตน แทนที่จำเลยจะนำเข้าที่ประชุมคณะกรรมการโจทก์ (board of directors) พิจารณาอนุมัติการกู้เบิกเงินเกินบัญชีดังกล่าว จำเลยกลับเปลี่ยนแปลงการให้กู้เบิกเงินเกินบัญชีเป็นการอนุมัติในรูปแบบเช็คเมนต์ / โฉน กล่าวคือนำเงินของธนาคารโจทก์ไปฝากไว้ในบัญชีของบริษัท G.S.P. ไฟแนนซ์ จำกัด และบริษัท G.S.P. อินเตอร์เนชั่นแนล แบงก์ จำกัด ซึ่งเป็นการหลีกเลี่ยงการขอความยินยอมจากที่ประชุมคณะกรรมการตามระเบียบที่จำเลยควรต้องกระทำ โดยจำนวนเงินที่จำเลยอนุมัติให้บริษัทลูกหนี้กู้ในรูปแบบเช็คเมนต์ / โฉน เพื่อปกปิดการทำสัญญากู้ มีทั้งหมดดังนี้

วันที่	จำนวนเงินที่จำเลยนำเงินเข้าบัญชีของลูกค้าบริษัท G.S.P. ไฟแนนซ์ (บาท)	จำนวนเงินที่จำเลยนำเงินเข้าบัญชีของลูกค้าบริษัท G.S.P. อินเตอร์เนชั่นแนล แบงก์ (บาท)
15 กันยายน 2525	69,150,000	69,150,000
9 ธันวาคม 2525	-	276,600,000
30 มิถุนายน 2526	230,500,000	230,500,000 กับอีก 155,250,000 ที่อนุมัติโดยสาขาในนิวยอร์ก

ต่อมาเจ้าหน้าที่ของสาขาโจทก์ที่นิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ทักท้วง โดยยืนยันว่า รูปแบบเพลชเมนต์/ โฉน เป็นรูปแบบการให้กู้ และทักท้วงให้แก้ไข จำเลยก็ยังไม่ยอมนำเข้าที่ประชุมคณะกรรมการ แต่กลับเปลี่ยนรูปแบบไปเป็นตั๋วสัญญาใช้เงินเพื่อปกปิดการทำสัญญาผู้ที่แท้จริง

ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษาในประเด็นกฎหมายอาญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ มาตรา 8 โดยพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว 5 กรรม และจำคุกจำเลยกรรมละ 5 ปี เป็นจำคุก รวม 25 ปี แต่ลดโทษให้จำเลยเพราะเคยประกอบคุณงามความดีมาก่อน คงเหลือจำคุกจำเลย 20 ปี

ศาลฎีกาพิจารณาในประเด็นนี้ว่า "ในปัญหาที่จำเลยฎีกาว่า จำเลยให้สินเชื่อบริษัทในรูปของเพลชเมนต์/ โฉน แล้วสืบเนื่องเปลี่ยนแปลงต่อมาเป็นการขายลดตั๋วสัญญาใช้เงินเป็นการอนุมัติสินเชื่อในรูปอื่นมิใช่การให้กู้ยืมเงิน จึงไม่เกินอำนาจของจำเลยนั้น ข้อเท็จจริงที่โจทก์จำเลยนำสืบรับตรงกันฟังเป็นยุติได้ว่า สินเชื่อบริษัทเริ่มต้นโดยลูกหนี้ยื่นขอในรูปแบบของการกู้เบิกเงินเกินบัญชีซึ่งเกินอำนาจอนุมัติของจำเลย แต่จำเลยอนุมัติโดยให้สินเชื่อในรูปแบบที่เรียกว่า เพลชเมนต์/ โฉน คือนำเงินไปฝากในบัญชีของลูกหนี้และต่อมามีเจ้าหน้าที่แห่งประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศที่สาขาของโจทก์ตั้งอยู่นั้นได้มาตรวจสอบแล้วทักท้วงว่า ไม่ถูกต้อง เพราะวิธีการดังกล่าวเป็นการให้กู้ จำเลยจึงเปลี่ยนแปลงรูปแบบมาเป็นรูปตั๋วสัญญาใช้เงิน ข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้นนี้ชี้ชัดอยู่ในตัวว่าความจริงแล้วเจตนาของลูกหนี้ที่แท้จริงคือสินเชื่อในรูปกู้ แต่เนื่องจากวงเงินกู้สูงเกินอำนาจจำเลยที่จะอนุมัติได้ จำเลยแทนที่จะเสนอขออนุมัติจากคณะกรรมการธนาคารโจทก์ตามระเบียบ จำเลยกลับอนุมัติในรูปเพลชเมนต์/ โฉน หรือเงินฝากเสียเอง ซึ่งเห็นได้ชัดว่าเป็นการจงใจหาวิธีการหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามระเบียบและวัตถุประสงค์ในรูปสินเชื่อที่แท้จริงโดยทุจริตและเจตนาทุจริตของจำเลยดังกล่าวนี้แสดงออกเด่นชัดยิ่งขึ้นเมื่อเจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่สาขาของโจทก์ตั้งอยู่ได้ทักท้วงโดยยืนยันว่า รูปแบบเพลชเมนต์/ โฉน หรือเงินฝากที่ปรากฏเป็นการให้กู้และให้แก้ไข จำเลยแทนที่จะแก้ไขปฏิบัติเป็นรูปเงินกู้ตามข้อทักท้วงและขออนุมัติตามระเบียบให้ถูกต้องตามความจริง จำเลยกลับดำเนินการเปลี่ยนแปลงเป็นรูปตั๋วสัญญาใช้เงินอันเป็นวิธีการเลี่ยงไม่ยอมปฏิบัติที่ทักท้วงและไม่ปฏิบัติตามระเบียบที่กำหนดไว้ให้ถูกต้อง อีกทั้งปรากฏด้วยว่ามีการเพิ่มจำนวนสินเชื่อที่เกินอำนาจดังกล่าวนี้หลายครั้งหลายหน เจตนาของจำเลยที่ปรากฏชี้ชัดว่าเพื่อเอื้อประโยชน์กันแก่ลูกหนี้เป็นเจตนาทุจริตชัดเจนปราศจากข้อสงสัย ข้อแก้ตัวต่าง ๆ ตามที่จำเลยยกขึ้นเป็นเหตุฎีกาว่าการกู้ยืมรายพิพาทเป็นสินเชื่อในรูปตั๋วสัญญาใช้เงินและจำเลยมีอำนาจอนุมัตินั้นไม่อาจเปลี่ยนแปลงข้อเท็จจริง

ที่ชี้ชัดว่า เป็นเพียงวิธีการหลีกเลี่ยงแก้ตัวของจำเลยในการกระทำฝ่าฝืนระเบียบโดยจงใจเพื่อเอื้อประโยชน์แก่ลูกหนี้ดังวินิจฉัยมาข้างต้น ฎีกาจำเลยข้อนี้ฟังไม่ขึ้นเช่นกัน”

คำพิพากษาฎีกาฉบับนี้วินิจฉัยแต่ประเด็นความรับผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐมาตรา 8 ซึ่งบัญญัติลงโทษพนักงานรัฐวิสาหกิจที่ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต บทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ มาตรา 8 ดังกล่าว คล้ายกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 157 อย่างมาก ในคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้จำเลยยกข้อต่อสู้หลายประเด็น แต่มีข้อต่อสู้ทางอาญาที่สำคัญอยู่ 2 ประเด็นคือ จำเลยต่อสู้ว่าตนไม่ทุจริต และจำเลยต่อสู้ว่าธนาคาร โจทก์ไม่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของจำเลย ในประเด็นแรกนั้นศาลวินิจฉัยอย่างชัดเจนว่าพฤติการณ์ของจำเลยแสดงออกชัดเจนว่าจำเลยมีเจตนาทุจริต แต่ในประเด็นที่สองนั้นศาลวินิจฉัยว่า แม้ธนาคาร โจทก์ไม่เสียหาย เพราะจำเลยได้เปลี่ยนตัวลูกหนี้และมีการชำระหนี้ให้ธนาคาร โจทก์จนครบแล้ว แต่จำเลยก็ไม่พ้นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ มาตรา 8 เพราะมาตราดังกล่าวไม่คำนึงว่าจะมีความเสียหายเกิดขึ้นหรือไม่ เพียงแต่จำเลยปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตก็เพียงพอที่จะต้องรับโทษแล้ว ดังนั้นหากไม่มีพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ มาตรา 8 จำเลยคงไม่ต้องรับโทษในทางอาญา เพราะเหตุว่า ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 353 ไม่อาจลงโทษจำเลยได้เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 353 มีองค์ประกอบสำคัญคือ ธนาคาร โจทก์ต้องได้รับความเสียหาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1859 / 2528 และที่ 2481 / 2528) หรือในทำนองเดียวกัน หากโจทก์ไม่ใช่รัฐวิสาหกิจ เป็นเพียงธนาคารเอกชนทั่วไป จำเลยก็คงไม่ต้องรับโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ มาตรา 8 และไม่ต้องรับโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 353 ด้วย

หากพิจารณาประเด็นความรับผิดทางแพ่งแล้วจะเห็นได้ว่าจำเลยกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary duty) เนื่องจากจำเลยทราบดีว่าตนมีอำนาจอนุมัติเงินกู้ในวงเงินไม่เกินระเบียบและมติที่คณะกรรมการกำหนด และระเบียบดังกล่าวก็ถูกกำหนดขึ้นเพื่อเป็นกรอบในการปฏิบัติหน้าที่ของจำเลยเพื่อป้องกันมิให้จำเลยทุจริต โดยการอนุมัติเงินกู้เกินวงเงินในระเบียบนั้นต้องให้คณะกรรมการเป็นผู้พิจารณา แต่จำเลยกลับฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามระเบียบและอนุมัติเงินกู้ให้กับบริษัทลูกหนี้เกินอำนาจของตน โดยไม่ขออนุมัติจากคณะกรรมการและปกปิดการอนุมัติเงินกู้ให้เป็นรูปแบบเพลซเมนต์ / โฉน กล่าวคือนำเงินไปฝากในบัญชีลูกหนี้และให้ลูกหนี้นำไปใช้เสมือนหนึ่งการกู้ยืม พฤติการณ์ที่จำเลยฝ่าฝืนระเบียบทั้ง ๆ ที่จำเลยได้ทราบถึงระเบียบ

ดังกล่าวเป็นอย่างดีและหาช่องทางหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามระเบียบ ถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมสื่อเจตนาทุจริตนอกจากนี้ข้อเท็จจริงในฎีกายังแสดงให้เห็นพฤติกรรมสื่อเจตนาทุจริตอีกประการหนึ่งคือ เมื่อจำเลยถูกทักท้วง แทนที่จำเลยจะนำเรื่องดังกล่าวไปที่ประชุมคณะกรรมการพิจารณาตามระเบียบ แต่จำเลยกลับเปลี่ยนรูปแบบการกู้ยืมเป็นรูปแบบตัวสัญญาใช้เงิน ดังนั้นทั้งสองพฤติกรรมแสดงให้เห็นว่าจำเลยปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต กล่าวคือเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายแก่ตนเองหรือผู้อื่น แม้ข้อเท็จจริงไม่อาจนำสืบได้ว่าจำเลยได้รับประโยชน์จากการกระทำได้กล่าวอย่างไร ก็ถือได้ว่าจำเลยมีเจตนาทุจริตแล้ว ส่วนข้อกล่าวอ้างของจำเลยว่าจำเลยไม่ได้อนุมัติให้กู้ เพราะลูกหนี้ไม่ได้ทำสัญญากู้กับโจทก์ ข้อกล่าวอ้างดังกล่าวศาลฎีกาไม่รับฟังด้วยเหตุว่าพฤติกรรมต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นเพลชเมนต์/ โฉน หรือการรับตัวสัญญาใช้เงิน ล้วนแต่เป็นการอนุมัติให้ลูกหนี้กู้โดยเกินอำนาจทั้งสิ้น เพราะเป็นการทำนิติกรรมอื่น ๆ อ่างพรงการทำสัญญากู้นั่นเอง

เหตุการณ์ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1369 / 2538 นี้ เกิดขึ้นในขณะที่ธนาคาร โจทก์มีฐานะเป็นบริษัทจำกัด แต่ถ้าเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นในปัจจุบัน ซึ่งธนาคารทั้งหมดเป็นบริษัทมหาชนจำกัด จำเลยก็จะต้องมีความรับผิดชอบละเมิดเพราะฝ่าฝืนต่อหน้าที่ซึ่งอสังค์สุจริตที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 85 และจำเลยต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้ธนาคาร โจทก์ นอกเหนือจากโทษทางอาญาที่ได้รับ

ในคำพิพากษาศาลฎีกาลบับนี้ยังมีประเด็นอีก 2 ประเด็นที่จำเลยต่อสู้ไว้ ซึ่งเป็นประโยชน์ในการศึกษาถึงขอบอำนาจของผู้บริหารบริษัทมหาชน จึงขอยกขึ้นวิเคราะห์ด้วย ณ ที่นี้คือ

1) ประเด็นเรื่องหนังสือมอบอำนาจ จำเลยต่อสู้ว่าโจทก์ได้มอบอำนาจให้จำเลยเป็นกรรมการผู้จัดการใหญ่ตามหนังสือมอบอำนาจที่จำเลยนำมาแสดง ซึ่งการมอบอำนาจดังกล่าวเท่ากับเป็นการลบล้างมติที่ประชุมคณะกรรมการเรื่องขอบเขตอำนาจของจำเลยในการอนุมัติเงินกู้ และให้จำเลยมีอำนาจอนุมัติเงินกู้โดยไม่มีข้อจำกัด ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า **“หนังสือที่โจทก์มอบอำนาจเป็นการทั่วไปแก่จำเลยนั้นเพื่อก่อนติดสัมพันธ์กับบุคคลภายนอก กล่าวคือเป็นหนังสือยืนยัน รับรองอำนาจหน้าที่ของจำเลยในฐานะเป็นผู้แทนนิติบุคคลของโจทก์ต่อบุคคลภายนอกเป็นการทั่วไป ส่วนมติของคณะกรรมการเรื่องข้อกำหนดขอบเขตอำนาจการใช้อำนาจของผู้แทนเป็นข้อจำกัดอำนาจเป็นการภายใน หนังสือมอบอำนาจจึงไม่มีผลเป็นการเพิกถอนมติที่ประชุมคณะกรรมการดังกล่าว ตรงกันข้ามมติของที่ประชุมคณะกรรมการเป็นข้อจำกัดอำนาจของจำเลยในหนังสือมอบอำนาจอีกชั้นหนึ่งเป็นการภายใน ฎีกาจำเลยข้อนี้จึงฟังไม่ขึ้น”** ในประเด็นนี้จำเลยพยายามนำสืบให้ศาลเห็นว่าแม้มีข้อจำกัดอำนาจของจำเลยตามมติที่ประชุมคณะกรรมการอยู่จริง แต่ต่อมาเมื่อ

จำเลยได้รับมอบอำนาจเป็นการทั่วไปตามหนังสือมอบอำนาจแล้ว หนังสือมอบอำนาจย่อมขัดต่อมติของที่ประชุมคณะกรรมการเรื่องขอเขตอำนาจของจำเลย จึงต้องถือตามหนังสือมอบอำนาจซึ่งเป็นเอกสารที่ออกฉบับล่าสุด แต่ศาลฎีกาวินิจฉัยไว้อย่างชัดเจนว่า หนังสือมอบอำนาจและข้อกำหนดขอเขตการใช้อำนาจของจำเลยมิได้ขัดกันแต่อย่างใด เพราะหนังสือมอบอำนาจเป็นการแสดงออกต่อบุคคลภายนอกว่าจำเลยเป็นตัวแทนโจทก์ ส่วนอำนาจของจำเลยมีเพียงใด จะอนุมัติเงินกู้ได้เท่าไร จะซื้อทรัพย์สินแทนบริษัทได้ในวงเงินเท่าใด ก็ต้องขึ้นอยู่กับระเบียบข้อบังคับของโจทก์อีกชั้นหนึ่ง

2) ประเด็นเรื่อง “ความเสียหายแก่โจทก์” จำเลยต่อสู้อีกประเด็นหนึ่งว่า “โจทก์ไม่ได้รับความเสียหาย เพราะต่อมามีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้และโจทก์ได้รับชำระหนี้ทั้งหมดแล้ว” ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “การเปลี่ยนตัวลูกหนี้และการชำระหนี้ภายหลัง เป็นเพียงการชำระหนี้ที่ล่าช้าและมีได้เกิดจากการดำเนินการของจำเลย ไม่อาจรับฟังเป็นข้อปล้ำงความเสียหายและไม่ช่วยให้จำเลยนั้นพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิดได้” ศาลฎีกากล่าวว่าในคดีอาญาแล้วแม้โจทก์จะได้รับชำระหนี้ก็ไม่มีผลเป็นการปล้ำงความผิดที่ได้กระทำไว้แล้ว เพราะพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ มาตรา 8 ไม่มีองค์ประกอบเรื่องความเสียหายไว้ ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 353 มีองค์ประกอบเรื่องความเสียหาย และถ้าไม่มีความเสียหายจำเลยก็ไม่ต้องรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 353 ((คำพิพากษาฎีกาที่ 1859 / 2528 และที่ 2481 / 2528)) แต่หากพิจารณาในความรับผิดทางแพ่งแล้ว จากหลักกฎหมายแพ่งกำหนดว่าจำเลยจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้โจทก์ก็ต่อเมื่อโจทก์ได้รับความเสียหาย ดังนั้นหากพิจารณาประเด็นคดีแพ่งในคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ พบว่าจำเลยอาจไม่ต้องรับผิดฐานละเมิด เพราะโจทก์ไม่ได้รับความเสียหาย โดยถือหลักเกณฑ์ดังนี้คือ

ถ้าหากจำเลยเปลี่ยนตัวลูกหนี้และชำระหนี้ให้เต็มจำนวนพร้อมดอกเบี้ย จำเลยมีความรับผิดชอบฐานละเมิดแต่อาจไม่ต้องรับชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เพราะความเสียหายของโจทก์ได้รับการเยียวยาแล้ว

ถ้าหากจำเลยเปลี่ยนตัวลูกหนี้แต่ชำระหนี้ไม่เต็มจำนวนหรือชำระหนี้เต็มจำนวนแต่ไม่ให้ดอกเบี้ย จำเลยต้องรับผิดชอบฐานละเมิดและชดใช้ค่าสินไหมทดแทนบางส่วนจนเต็มจำนวนความเสียหายที่โจทก์ได้รับ

ถ้าหากจำเลยไม่เปลี่ยนตัวลูกหนี้และไม่ยอมชำระหนี้เลย จำเลยต้องมีความรับผิดชอบชดใช้เงินต้นพร้อมดอกเบี้ยให้โจทก์ทั้งหมดเต็มความเสียหาย

สรุป จากตัวอย่างทั้งสามเป็นเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการสถาบันการเงิน ไม่ว่าจะ เป็นธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุน ซึ่งสรุปได้ว่า หากกรรมการบริษัทปฏิบัติหน้าที่สถาบันการเงิน และอนุมัติให้เงินกู้โดยเกินอำนาจของตนเอง ทั้ง ๆ ที่ตนรู้ถึงขอบอำนาจของตนเป็นอย่างดี และ

สร้างธุรกรรมรูปแบบอื่นมาปกปิดการให้กู้ยืมเงิน ถือได้ว่าการทจริตทำให้บริษัทมหาชนเสียหาย ตามที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1369/2538 ที่ได้วางหลักไว้ในตัวอย่างที่ 3 แต่ถ้าแม้ไม่ได้อนุมัติเงินกู้เกินวงเงินของตนเอง แต่เป็นการอนุมัติเงินกู้โดยทราบถึงการประเมินราคาที่ดินที่ต่ำเกินจริง และยังอนุมัติให้กู้ทั้ง ๆ ที่รู้ถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นในภายหน้าก็ถือว่าเป็นการจงใจให้เกิดความเสียหาย และเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตเช่นกันในตัวอย่างที่ 2 และถ้าเป็นกรณีของการอนุมัติเงินกู้ให้บริษัทลูกหนี้ที่กรรมการบริษัทมหาชนมีส่วนก่อตั้งบริษัทเหล่านั้นขึ้นเพื่อเป็นฐานในการดึงเงินจากบริษัทมหาชนไปใช้ลงทุนในตลาดหลักทรัพย์ โดยบริษัทลูกหนี้มีทุนจดทะเบียนต่ำมาก และไม่มีหลักประกัน และไม่มีการประเมินสถานะทางการเงินของบริษัทลูกหนี้เลย ถือได้ว่าเป็นการจงใจให้บริษัทเสียหายเช่นกัน และเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ดังเช่นตัวอย่างที่ 1

หากกรรมการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตแล้ว บริษัทมีสิทธิเรียกให้กรรมการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ นอกจากนี้หากบริษัทไม่เรียกร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ และถ้าบริษัทไม่ดำเนินการ ผู้ถือหุ้นนั้น ๆ จะนำคดีฟ้องเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนบริษัทก็ได้ (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 85 วรรคสอง (1)) นอกจากนี้ก่อนที่กรรมการจะกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริต ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ก็ได้ หรือร้องขอให้ศาลสั่งให้กรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่งก็ได้ (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 85 วรรคสอง (2) และวรรคสาม)

3.1.3 ความรับผิดชอบเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่แห่งความระมัดระวัง (Duty of Care)

หน้าที่แห่งความระมัดระวังเกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของศาลในกลุ่มประเทศ Common Law และได้รับการพัฒนาต่อมาจนกระทั่งในสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติหน้าที่ดังกล่าวเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้น คือ Revised Model Business Corporation Act มาตรา 8.30 ซึ่งหลายรัฐได้รับไปบัญญัติเป็นกฎหมายของตน

ประเทศไทยมีการรับหลักการของหน้าที่แห่งความระมัดระวังไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1168 ที่กำหนดให้กรรมการบริษัทเอกชนต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท และต่อมาก็ได้มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 85 ซึ่งบัญญัติว่า

“ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมายวัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท”

แม้กฎหมายไทยจะบัญญัติหน้าที่แห่งความระมัดระวังไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด แต่ตัวอย่าง คำอธิบาย และ การตีความหน้าที่แห่งความระมัดระวังก็ยังไม่มีความชัดเจนนัก คดีที่ขึ้นสู่การวินิจฉัยของศาลฎีกาก็ยังมีน้อย ซึ่งตัวอย่างและแนวการวินิจฉัยตีความหน้าที่แห่งความระมัดระวังต้องศึกษาเทียบกับหลักกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ

ตัวอย่างที่ 1 ของการที่กรรมการกระทำการฝ่าฝืนหน้าที่แห่งความระมัดระวัง

นาย A. เป็นกรรมการบริษัทมหาชน ได้ยักยอกเงินจำนวนมากของบริษัท โดยกระทำการในลักษณะกู้ยืมเงินจากบริษัทโดยไม่มีหลักประกันให้กับตนเองและครอบครัว จนในที่สุดบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัว นาย A. มีความรับผิดชอบอย่างแน่นอนตามหลักของการฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary duty) แต่คดีมีปัญหาว่า นาง B. ซึ่งเป็นภรรยาหม้ายของผู้ก่อตั้งบริษัทซึ่งเป็นกรรมการอยู่ในขณะที่มีการทำสัญญากู้ยืมเงินจากบริษัทจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ ข้อเท็จจริงปรากฏชัดว่านาง B. เป็นคนชรา และ ไม่รู้เรื่องของกิจการบริษัทเลย ซ้ำยังเป็นคนติดสุราและไม่มีชื่อเสียงทางธุรกิจเลย แต่สัญญากู้ยืมเงินที่มีชอมนั้นได้ปรากฏชัดเจนในงบการเงินของบริษัท แต่ นาง B. ไม่ใส่ใจและไม่ตรวจดูด้วย

หากพิจารณาแล้วจะพบว่านาง B. ดำรงตำแหน่งกรรมการบริษัทมหาชนจำกัด นาง B. จึงต้องมีหน้าที่แห่งความระมัดระวัง (Duty of care) ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 85 ดังนั้น นาง B. จะต้องปฏิบัติหน้าที่กรรมการโดยใช้ความระมัดระวังมิให้บริษัทได้รับความเสียหายการที่นาง B. ละเลยไม่สนใจกิจการของบริษัทและไม่ตรวจดูงบการเงินของบริษัท จึงถือว่าเป็นกรณีที่นาง B. มีความรับผิดชอบละเมิดเพราะกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งความระมัดระวัง ซึ่งถ้าหาก นาง B. ใช้ความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยก็จะพบว่ามีกรรมการอื่นของบริษัททุจริตยักยอกเงินของบริษัท และนาง B. ก็สามารถใช้อำนาจกรรมการดำเนินการแก้ไขปัญหาลดความเสียหายให้กับบริษัทได้

ตัวอย่างดังกล่าวเทียบเคียงจากคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาในคดี **Francis v. United Jersey Bank 432 A.2d 814 (N. J. 1981)** ซึ่งในคดีนั้น ศาลตัดสินให้ นาง B. ชดใช้เงินจำนวน 10,000,000 เหรียญสหรัฐ เพราะเหตุว่าฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งความระมัดระวัง โดยศาลให้เหตุผลว่า "นาง B. ไม่เคยใช้ความพยายามแม้แต่เพียงเล็กน้อยที่จะปฏิบัติหน้าที่ความรับผิดชอบในฐานะ

กรรมการบริษัท" (she never made the slightest effort to discharge any of her responsibilities as a director)¹⁸

ตัวอย่างที่ 2 ของการที่กรรมการกระทำการฝ่าฝืนหน้าที่แห่งความระมัดระวัง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2191 / 2541 มีข้อเท็จจริง คือ จำเลยที่ 1 และที่ 3 เป็นกรรมการผู้จัดการใหญ่ธนาคารโจทก์ต่างวาระกัน โดยมีหน้าที่ดูแลกิจการทั้งหมดของธนาคารโจทก์ จำเลยที่ 2 ที่ 5 ที่ 6 และที่ 7 เป็นกรรมการของธนาคารโจทก์ จำเลยที่ 1 และที่ 3 ได้ปล่อยสินเชื่อให้กู้ยืมเงิน ค่าประกันและอวัลตัวเงินไม่เป็นไปตามระเบียบปกติของธนาคาร กล่าวคือไม่ได้เรียกหลักประกัน หรือเรียกหลักประกันไม่คุ้ม หรือไม่ตรวจสอบฐานะของลูกหนี้ ในหนี้จำนวน 28 ราย โดยอีกทั้งยังไม่ได้เร่งรัดติดตามหนี้สิน ทำให้ธนาคารโจทก์เสียหาย ซึ่งมีมูลค่าประมาณ 2,308,937,247.29 ล้านบาท จำเลยที่ 1 และที่ 3 จึงต้องรับผิดชอบละเมิดต่อธนาคารโจทก์

ประเด็นที่น่าสนใจในคำพิพากษานี้คือจำเลยที่ 2 ที่ 5 ที่ 6 และที่ 7 จะต้องร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 1 และที่ 3 ในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับธนาคารโจทก์หรือไม่

ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “จำเลยที่ 2 ที่ 5 ที่ 6 และที่ 7 เป็นกรรมการของโจทก์มีหน้าที่ต้องดูแลการบริหารกิจการของโจทก์มิให้เสียหาย กลับปล่อยให้มีการให้สินเชื่อโดยหลักประกันไม่คุ้ม เมื่อหนี้ถูกจัดเป็นหนี้เสียก็ได้เร่งรัดติดตามหนี้ แม้ธนาคารแห่งประเทศไทยจะแจ้งให้มีการแก้ไขข้อผิดพลาดในการปฏิบัติงานดังกล่าว จำเลยที่ 2 ที่ 5 ที่ 6 และที่ 7 ก็ทำได้ดำเนินการใดเพื่อแก้ไขไม่ ดังนั้นเมื่อตามพฤติการณ์ควรจะรู้ข้อปัญหาดังกล่าว หรือโดยสามัญสำนึกของวิญญูชนผู้ประกอบการค้าเช่นนั้นควรจะพึงรู้ได้ แต่มิได้กระทำการใดเพื่อปกป้องความเสียหายอันจะเกิดแก่โจทก์ จึงถือได้ว่าจำเลยที่ 2 ที่ 5 ที่ 6 และที่ 7 มิได้ใช้ความเอื้อเพื่อสอดส่องในการประกอบกิจการของโจทก์ จะอ้างว่าการไม่รับรู้การบริหารงานของโจทก์หรือมิได้มาทำงานเป็นประจำดี เพื่อปิดความรับผิดชอบของตนหาได้ไม่”

คำพิพากษาศาลฎีกานี้เป็นตัวอย่างการที่กรรมการฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งความระมัดระวัง กล่าวคือ เมื่อจำเลยที่ 2, 5, 6 และ 7 ดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการของบริษัท ดังนั้นจึงต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท การที่จำเลยที่ 1 และที่ 3 ซึ่งเป็นกรรมการผู้จัดการใหญ่ของบริษัทกระทำละเมิดต่อบริษัท โดยการปล่อยสินเชื่อโดยไม่มีหลักประกัน หรือหลักประกันไม่คุ้ม หรือไม่ตรวจสอบฐานะของลูกหนี้ จำเลยที่ 2, 5, 6 และ 7 ในฐานะกรรมการบริษัทเมื่อทราบเรื่องดังกล่าวจากธนาคารแห่งประเทศไทยแล้ว ก็สมควรที่จะดำเนินการแก้ไขเพื่อ

¹⁸ Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell (St. Paul Minn.: West publishing, 1987), p.308.

ป้องกันมิให้บริษัทเสียหาย แต่จำเลยที่ 2, 5, 6 และ 7 ก็มีได้กระทำการใด ๆ อันเป็นหน้าที่ของตนที่
ต้องกระทำ จำเลยที่ 2, 5, 6 และ 7 จึงต้องร่วมรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัท

แท้จริงแล้วคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2191 / 2541 นี้ ศาลได้วินิจฉัยโดยอาศัยหลักการของ
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1168 เพราะบริษัทที่ได้รับความเสียหายเป็นบริษัทเอกชน
แต่กรณีนี้สามารถยกเป็นตัวอย่างของกรรมการบริษัทมหาชนฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งความระมัดระวัง
ได้ เพราะในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 85 ก็ได้บัญญัติให้กรรมการบริษัทมหาชน
จำกัดต้องปฏิบัติหน้าที่แห่งความระมัดระวัง เช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์มาตรา 1168

หากกรรมการฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งความระมัดระวังแล้ว บริษัทมีสิทธิเรียกให้กรรมการ
ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ นอกจากนี้หากบริษัทไม่เรียกร้อง ผู้ถือหุ้น
คนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็น
หนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ และถ้าบริษัทไม่ดำเนินการ ผู้ถือหุ้นนั้น ๆ จะนำคดีฟ้อง
เรียกร้องค่าสินไหมทดแทนบริษัทก็ได้ (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 85 วรรคสอง (1))
นอกจากนี้ก่อนที่กรรมการจะกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งความระมัดระวัง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือ
หลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะขอให้ศาลสั่งระงับ
การกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ก็ได้ หรือร้องขอให้ศาลสั่งให้กรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่งก็ได้
(พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 85 วรรคสอง (2) และวรรคสาม)

3.1.4 ความรับผิดชอบเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดเพื่อป้องกัน ผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of interest)

หน้าที่ที่กฎหมายกำหนดเพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกันบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ
บริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 86, 87, 88, 89 และ 90 ซึ่งแท้จริงแล้วหน้าที่ที่บัญญัติไว้ทั้งสี่มาตรา ก็
คือหลักการของ Fiduciary Duty ที่กำหนดโดยคำพิพากษาของศาลและกฎหมายลายลักษณ์อักษร
ของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา

เหตุใดพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ต้องบัญญัติมาตรา 86, 87, 88, 89
และ 90 ไว้อีก ทั้ง ๆ ที่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85 ได้บัญญัติไว้แล้ว
ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริษัทจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต”

จะเห็นว่าในมาตรา 85 เป็นการกล่าวถึงหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตโดยทั่วไปแบบกว้างๆ
ซึ่งน่าจะถือว่าเป็น “บททั่วไป” ส่วนในมาตรา 86 ถึงมาตรา 90 นั้นเป็น “บทเฉพาะ” ที่บัญญัติขึ้นเพื่อ
ความชัดเจนและแน่นอน โดยไม่ต้องไปสืบค้นถึงที่มาและแปลความคำว่า “ความซื่อสัตย์สุจริต” อีก
ผู้ร่างจึงมีวัตถุประสงค์ที่จะบัญญัติมาตรา 86 ถึงมาตรา 90 ไว้เป็นหน้าที่เฉพาะให้กรรมการต้อง

ปฏิบัติ ดังนั้นสรุปได้ว่าหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 85 และหน้าที่ที่ กำหนดกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกันตามมาตรา 86 ถึงมาตรา 90 นั้น คือหลักการแห่ง FIDUCIARY DUTY ที่ได้รับอิทธิพลจากคำพิพากษาศาลฎีกาและกฎหมายลายลักษณ์อักษรของ ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาตนเอง แต่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85 นั้นถือ ได้ว่าเป็น “บททั่วไป” ส่วนมาตรา 86 ถึงมาตรา 90 นั้นเป็น “บทเฉพาะ” ที่กำหนดขึ้นเพื่อความ ชัดเจนและลดปัญหาการตีความคำว่า “ซื่อสัตย์สุจริต”

ก) ความรับผิดชอบเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 86

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 86 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้กรรมการประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการ ของบริษัท หรือเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้าง หุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นกรรมการของบริษัทเอกชนหรือบริษัทอื่นที่ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่าง เดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท ไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ตน หรือประโยชน์ ผู้อื่น เว้นแต่จะได้แจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบก่อนที่จะมีมติแต่งตั้ง

ในกรณีที่กรรมการคนใดฝ่าฝืนบทบัญญัติวรรคหนึ่ง บริษัทจะเรียกค่าสินไหมทดแทนใน การที่บริษัทได้รับความเสียหายจากกรรมการคนนั้นก็ได้ ทั้งนี้ต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ บริษัททราบถึงการฝ่าฝืนและไม่เกินสองปีนับแต่วันฝ่าฝืน

ในกรณีที่บริษัทไม่ใช้สิทธิเรียกร้องตามวรรคสอง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้น รวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการ เรียกร้องก็ได้ ถ้าบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้ง หรืออายุ ความตามวรรคสองเหลือน้อยกว่าหนึ่งเดือน ผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะใช้สิทธิเรียกร้องนั้นเพื่อบริษัทก็ได้ และให้นำมาตรา 85 วรรคสอง (2) และวรรคสามมาใช้บังคับโดยอนุโลม”

มาตรา 86 นี้บัญญัติขึ้นตามหลักการของกฎหมาย Common Law ซึ่งใช้ชื่อว่า **Usurpation of Corporate Opportunities**¹⁹ หรือ การแย่งชิงโอกาสทางธุรกิจของบริษัท ซึ่งเป็นหลักการหนึ่ง ของหลัก Duty of Loyalty ที่ศาล Common Law ได้วางหลักการขึ้นเพื่อป้องกันมิให้เกิดผล ประโยชน์ที่ขัดกัน

¹⁹ Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell (St. Paul Minn.: West publishing,1987), p.329.

ในมาตรา 86 กฎหมายได้บัญญัติห้ามกรรมการกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดใน 3 กรณีนี้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อผลประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่นก็ตาม คือ

- 1) ห้ามกรรมการประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท
- 2) ห้ามกรรมการเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญที่ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท
- 3) ห้ามกรรมการเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดที่ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท
- 4) ห้ามกรรมการเข้าเป็นกรรมการของบริษัทเอกชนหรือบริษัทมหาชนที่ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท

ข้อสังเกตประการที่หนึ่ง คือ กรรมการบริษัทจะถูกห้ามมิให้เข้าไปดำรงตำแหน่งต่าง ๆ อย่างหนึ่งอย่างใดใน 4 ข้อที่กล่าวมา เนื่องด้วยเหตุผลที่ว่ากรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตต่อบริษัท โดยคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของบริษัท หากกรรมการกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดใน 4 ประการแล้วก็เท่ากับว่ากรรมการกำลังดำเนินการค้าแข่งกับบริษัทแล้ว ซึ่งจะถือว่าผลประโยชน์ของกรรมการจะขัดต่อผลประโยชน์ของบริษัททันที (Conflict of interest) กล่าวคือ หากกรรมการพยายามใช้ความรู้ความสามารถทำธุรกิจของตนอย่างเต็มที่แล้ว ก็ย่อมจะทำให้ธุรกิจส่วนตัวของกรรมการเจริญก้าวหน้าและมาแข่งขันกับธุรกิจของบริษัท และแย่งตลาดธุรกิจของบริษัทไป ทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย ซึ่งถือว่าผลประโยชน์ส่วนตัวของกรรมการขัดกับผลประโยชน์ของบริษัท

ข้อสังเกตประการที่สอง คือ มาตรา 86 นี้ห้ามกรรมการกระทำการ 4 ประการดังที่กล่าวมา แต่มาตรา 86 นี้ไม่ได้ห้ามกรรมการเข้าถือหุ้นของบริษัทที่มีสภาพอย่างเดียวกันและแข่งขันกับบริษัท และไม่ได้ห้ามกรรมการเข้าเป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดของห้างหุ้นส่วนจำกัดที่มีสภาพอย่างเดียวกันและแข่งขันกับบริษัท เพราะการถือหุ้นในบริษัทหรือเข้าเป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนนั้นเป็นการนำเงินมาลงทุนเพื่อหวังผลกำไรแต่เพียงอย่างเดียว โดยกรรมการมิได้มีอำนาจจัดการองค์การธุรกิจนั้นให้ดำเนินงานแข่งขันกับบริษัทที่ตนเองเป็นกรรมการอยู่ ดังนั้นจึงถือได้ว่าการเข้าถือหุ้นในบริษัทหรือการเข้าเป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นไม่เป็นการแข่งขันกับบริษัท และไม่ถือว่าผลประโยชน์ของกรรมการขัดกับผลประโยชน์ของบริษัท ตัวอย่างเช่น นาย ก. เป็นกรรมการบริษัท ข. จำกัด (มหาชน) ซึ่งประกอบธุรกิจก่อสร้าง นาย ก. สามารถเข้าถือหุ้นในบริษัท ค. จำกัด (มหาชน) ที่ประกอบธุรกิจก่อสร้างได้เช่นเดียวกัน โดยไม่ต้องห้ามตามมาตรา 86 เพราะเหตุว่า การที่นาย ก. เข้าถือหุ้นในบริษัท ค. จำกัด

(มหาชน) นั้น เป็นกรณีที่ นาย ก. นำเงินมาลงทุนเพื่อหวังผลกำไรจากบริษัท ค. แต่เพียงอย่างเดียว โดย นาย ก. ไม่มีอำนาจเข้าจัดการหรือวางนโยบายบริษัท ค. ให้ประกอบกิจการแข่งขันบริษัท ค. ได้ ดังนั้นพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 86 จึงไม่ห้ามการที่นาย ก. เข้าถือหุ้นบริษัท ค. ที่มีสภาพอย่างเดียวกันและดำเนินธุรกิจแข่งขันกับบริษัท ข. แต่ทั้งนี้ หากต่อมานาย ก. ได้รับเลือกเป็นกรรมการบริษัท ค. ถือว่าเป็นกรณีที่ผลประโยชน์ของนาย ก. ขัดกับผลประโยชน์ของบริษัท ข. ทั้งนี้ เพราะเหตุว่า เมื่อนาย ก. เป็นกรรมการของบริษัท ค. นาย ก. ย่อมมีอำนาจหน้าที่จัดการบริษัท ค. นาย ก. จึงต้องใช้ความพยายามเต็มที่ที่จะบริหารงานบริษัท ค. ให้เกิดผลกำไรสูงสุดตามหน้าที่ที่มีต่อบริษัท ค. การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการแข่งขันกับบริษัท ข. ซึ่งนาย ก. ก็เป็นกรรมการอยู่ด้วย ซึ่งถือว่าเป็นกรณีของผลประโยชน์ของนาย ก. ขัดกับผลประโยชน์ของบริษัท ข. ที่ตนเองเป็นกรรมการอยู่ก่อน

ข้อสังเกตประการที่สาม คือ มาตรา 86 ห้ามกรรมการประกอบกิจการอันมีสภาพเดียวกับกิจการของบริษัทและเป็นการแข่งขันกับบริษัท กิจการที่กรรมการถูกห้ามมิให้ทำตามมาตรา 86 นี้ จะต้องเข้าลักษณะทั้งสองประการ คือ (1) เป็นกิจการที่มีสภาพเดียวกับกิจการของบริษัท และ (2) เป็นการแข่งขันกับบริษัท หากไม่ครบทั้งสององค์ประกอบแล้ว กรรมการก็สามารถประกอบกิจการนั้น ๆ ได้ เพราะมาตรา 86 นี้ถือว่าเป็น “ข้อจำกัดสิทธิของกรรมการ” ซึ่งโดยหลักการตีความกฎหมายแล้วถือว่า “กฎหมายที่มีลักษณะเป็นข้อจำกัดสิทธิของบุคคลต้องตีความโดยเคร่งครัด”²⁰

ตัวอย่างที่หนึ่ง บริษัท ก. จำกัด (มหาชน) ประกอบธุรกิจโรงพยาบาลเอกชนอยู่ในจังหวัดสุราษฎร์ธานี โดยนาย ข. เป็นกรรมการของบริษัท ก. หากต่อมานาย ข. ไปเปิดโรงพยาบาลเอกชนที่จังหวัดเชียงใหม่ เช่นนี้ ถือได้ว่านาย ข. ประกอบกิจการอันมีสภาพเดียวกันกับบริษัท ก. แล้ว แต่นาย ข. ก็สามารถกระทำได้โดยไม่เข้าข้อห้ามตามมาตรา 86 เพราะลักษณะการประกอบธุรกิจของนาย ข. ไม่เป็นการแข่งขันกับบริษัท ก. ที่นาย ข. เป็นกรรมการอยู่แต่อย่างใด เนื่องจากกลุ่มลูกค้าของกิจการนั้นเป็นคนละกลุ่มกัน ข้อเท็จจริงเดียวกัน หาก นาย ข. ไปเปิดโรงพยาบาลเอกชนในจังหวัดสุราษฎร์ธานีหรือจังหวัดใกล้เคียงแล้ว จะเห็นว่ากรณีนี้เข้าลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 86 แล้ว เพราะเป็นกรณีที่นาย ข. ประกอบกิจการสภาพอย่างเดียวกับบริษัท ก. ที่ตนเป็นกรรมการอยู่ และลักษณะการประกอบธุรกิจนั้นมีสภาพเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท ก. เนื่องจากกลุ่มลูกค้าของบริษัท ก. และกิจการของนาย ข. เป็นกลุ่มเดียวกันหรือใกล้เคียงกัน

²⁰ ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย (กรุงเทพมหานคร: หจก.ชวนพิมพ์, 2539), หน้า 439.

ตัวอย่างที่สอง นาย ก. เป็นกรรมการของบริษัท A (มหาชน) และ บริษัท B จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทเอกชน โดยบริษัท A (มหาชน) จำกัด ทำเสื้อผ้าส่งออกต่างประเทศ ในขณะที่บริษัท B จำกัด ทำเสื้อผ้าขายตลาดภายในประเทศ²¹ เช่นนี้ถือว่า นาย ก. ซึ่งเป็นกรรมการของบริษัท A เข้าเป็นกรรมการของบริษัทเอกชนอื่นที่ประกอบกิจการมีสภาพอย่างเดียวกันกับบริษัทตนแล้ว แต่นาย ก. ก็สามารถเป็นกรรมการทั้งสองบริษัทได้ไม่ต้องห้ามตามมาตรา 86 เพราะเหตุว่า กิจการของบริษัท B ไม่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท A ที่นาย ก. เป็นกรรมการอยู่

ตัวอย่างที่สาม นาย ข. เป็นกรรมการของบริษัทท่า (มหาชน) และบริษัททวย (มหาชน) ซึ่งเป็นบริษัทในเครือ โดยบริษัทท่าผลิตกล่องสำหรับบรรจุอาหารสำเร็จรูป ส่วนบริษัททวยผลิตป้ายติดกล่อง เช่นนี้ นาย ข. สามารถเป็นกรรมการของทั้งสองบริษัทได้ ไม่ต้องห้ามตามมาตรา 86 เพราะเป็นบริษัทที่ไม่ได้แข่งขันกัน แต่ทำธุรกิจที่มีสภาพเสริมกันและกัน²²

ข้อสังเกตประการที่สี่ คือ ผลของมาตรา 86 เป็นการห้ามมิให้กรรมการบริษัทมหาชนเป็นกรรมการของบริษัทเอกชนหรือบริษัทมหาชนอื่นที่ประกอบกิจการมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกันอีกต่อไป²³ ซึ่งหากเป็นกรณีของกรรมการบริษัทเอกชนแล้ว กรรมการสามารถดำรงตำแหน่งกรรมการในบริษัทเอกชนอื่นได้โดยไม่มีกฎหมายห้ามไว้แต่อย่างใด เพราะเหตุว่าบริษัทมหาชนเป็นบริษัทที่สามารถระดมทุนได้จากประชาชน ดังนั้น ทรัพย์สินส่วนใหญ่จึงเป็นของประชาชนหลายคน จึงต้องมีกฎหมายห้ามมิให้กรรมการไปประกอบกิจการแข่งขันกับบริษัทมหาชนที่ตนเป็นกรรมการอยู่ เพื่อมิให้ทรัพย์สินและกิจการที่เป็นของมหาชนได้รับความเสียหาย

ข้อสังเกตประการสุดท้าย คือ หากกรรมการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตามมาตรา 86 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 86วรรค 2 และ วรรค 3 ได้กำหนดให้บริษัทมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากกรรมการได้ โดยต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่บริษัททราบถึงการฝ่าฝืนและไม่เกินสองปีนับแต่วันฝ่าฝืน ในกรณีที่บริษัทไม่ใช่สิทธิเรียกร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการก็ได้ ถ้าบริษัทไม่ดำเนินการตามผู้ถือหุ้นเรียกร้องภายในหนึ่งเดือนนับแต่ที่ผู้ถือหุ้นแจ้ง หรืออายุความเหลือน้อยกว่า 1 เดือน ผู้ถือหุ้นจะดำเนินการฟ้องคดีแทนบริษัทก็ได้ แต่ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่บริษัทฟ้องเรียกค่าเสียหายเองหรือผู้ถือหุ้นฟ้องเรียกค่าเสียหายแทนบริษัท โจทก์ต้องพิสูจน์ถึงความ

²¹ สุชาติ สัตตบุศย์, กฎหมายสำหรับผู้ถือหุ้นและกรรมการบริษัทมหาชนจำกัด (กรุงเทพมหานคร : บริษัท เอส.เอ. 21 จำกัด, 2537), หน้า 119.

²² เรื่องเดียวกัน

²³ เรื่องเดียวกัน

เสียหายที่บริษัทได้รับว่าการที่กรรมการไปค้าแข่งกับบริษัทนั้นทำให้บริษัทได้รับความเสียหายอย่างไร มิใช่ว่าอาศัยแต่เพียงเหตุที่กรรมการไปค้าแข่งกับบริษัทแล้วก็สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากกรรมการได้ทันที²⁴ นอกจากนี้ มาตรา 86 วรรคสามได้บัญญัติให้นำมาตรา 85 วรรคสอง(2) และวรรคสามมาใช้ด้วย กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนที่มีหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสามารถร้องขอให้ศาลสั่งให้กรรมการระงับการประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการค้าแข่งกับบริษัทได้ หรือขอให้ศาลสั่งให้กรรมการออกจากตำแหน่งได้เช่นกัน

ตัวอย่างเช่น บริษัท ก. จำกัด(มหาชน) ประกอบธุรกิจขายอุปกรณ์สำนักงาน โดยมีนาย ข. เป็นกรรมการ หาก นาย ข. เปิดร้านประกอบธุรกิจขายเครื่องใช้ในสำนักงานอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการค้าแข่งกับบริษัท ก. เช่นนี้ บริษัท กรรมการ และผู้ถือหุ้น มีสิทธิดำเนินการดังต่อไปนี้

1. ถ้ากรรมการบริษัท ก. ทราบเรื่องที่นาย ข. ค้าแข่งกับบริษัท กรรมการก็สามารถใช้สิทธิเรียกร้องในนามบริษัท ก. ให้นาย ข. ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้บริษัทได้ โดยกรรมการต้องฟ้องคดีภายใน 1 ปีนับแต่ที่กรรมการรู้* แต่ต้องไม่เกินสองปีนับแต่วันที่ นาย ข. กระทำการค้าแข่งกับบริษัท ก. (มาตรา 86 วรรคสอง)

2. หากกรรมการทราบเรื่องที่นาย ข. ค้าแข่งกับบริษัท แต่กรรมการไม่ดำเนินการเรียกร้องเพราะกรรมการต่างเป็นเพื่อนสนิทกับนาย ข. ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนที่มีหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดสามารถแจ้งให้กรรมการดำเนินการฟ้องคดีเรียกค่าสินไหมทดแทนให้กับบริษัทได้ (มาตรา 86 วรรคสาม)

3. หากกรรมการไม่ยอมดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นเรียกร้องตามข้อ 2 ภายในหนึ่งเดือน ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนสามารถใช้สิทธิฟ้องศาลแทนบริษัทเรียกให้นาย ข. ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้บริษัท ก. ได้ (มาตรา 86 วรรคสาม)

4. ในกรณีที่อายุความหนึ่งปี หรือสองปี จะหมดลงภายในหนึ่งเดือน ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนที่มีหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละ 5 ก็ไม่สามารถแจ้งให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องได้ทันที ผู้ถือหุ้นดังกล่าวก็สามารถใช้สิทธิฟ้องศาลแทนบริษัทเรียกให้นาย ข. ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้บริษัท ก. ได้ (มาตรา 86 วรรคสาม)

5. ผู้ถือหุ้นสามารถร้องขอให้ศาลสั่งให้กรรมการพ้นจากตำแหน่งได้ (มาตรา 86 วรรคสาม บัญญัติให้นำมาตรา 85 วรรคสอง (2) และวรรคสามโดยอนุโลม)

²⁴ พิเศษ เสตเสถียร, ความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชน (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2536), หน้า 13.

* กรรมการมีฐานะเป็นผู้แทนของบริษัท เมื่อกรรมการทราบ ก็ถือว่าบริษัททราบด้วย

ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 มาตรา 99 ได้บัญญัติหน้าที่ของกรรมการที่ห้ามประกอบกิจการอันมีสภาพแบบเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทไว้เหมือนกับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 86 นี้ ซึ่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 มาตรา 99 บัญญัติว่า “ในกรณีที่กรรมการคนใดฝ่าฝืนบทบัญญัติวรรคหนึ่ง บริษัทจะเรียกค่าสินไหมทดแทนในการที่บริษัทได้รับความเสียหายจากกรรมการคนนั้นก็ได้ หรือโดยมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นซึ่งประกอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุม บริษัทจะเข้าถือเอากิจการที่กรรมการคนนั้นได้กระทำไปโดยลำพังตนเองเสมือนว่าเป็นกิจการที่กระทำในนามของบริษัทก็ได้ ทั้งนี้ต้องฟ้องคดีภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่บริษัททราบถึงการฝ่าฝืนและไม่เกินสองปีนับแต่วันฝ่าฝืน” สังเกตได้ว่าพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 มาตรา 99 ได้กำหนดบทลงโทษที่รุนแรงกว่าพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 86 กล่าวคือ ในกฎหมายเก่า เมื่อกรรมการฝ่าฝืนโดยกระทำการค้าแข่งกับบริษัท บริษัทมีสิทธิเลือกใช้วิธีการเยียวยาความเสียหายได้สองวิธี คือ 1. ใช้สิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการผู้ฝ่าฝืน หรือ 2. บริษัทขอมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นที่ประกอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นที่เข้ามาประชุมและดำเนินการเข้าถือเอากิจการที่กรรมการกระทำการไปโดยลำพังให้เป็นกิจการของบริษัทก็ได้ โดยต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่บริษัททราบถึงการฝ่าฝืนและไม่เกินสองปีนับแต่วันฝ่าฝืน แต่เมื่อเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ที่ใช้บังคับในปัจจุบันแล้วจะพบว่า หากกรรมการค้าแข่งกับบริษัท บริษัทมีวิธีการเยียวยาความเสียหายทางเดียวคือ ใช้สิทธิเรียกให้กรรมการที่ฝ่าฝืนชดเชยค่าเสียหายให้บริษัท โดยบริษัทไม่สามารถเข้าถือเอากิจการที่กรรมการกระทำไปโดยลำพังเข้าเป็นกิจการของบริษัทได้เหมือนแต่ก่อน เหตุผลที่มีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวเพราะมีแนวความคิดว่าการที่ให้บริษัทเข้าถือเอากิจการของกรรมการเป็นของบริษัทนั้นเป็นวิธีการเยียวยาความเสียหายที่รุนแรงเกินไป อีกทั้งบริษัทก็มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้เต็มจำนวนอยู่แล้ว²⁵

ข) ความรับผิดชอบเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 87

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 87 บัญญัติว่า

²⁵ บัญชีเปรียบเทียบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันกับร่างกฎหมายที่เสนอใหม่, เอกสารอัดสำเนาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 593-596 / 2534 ตอนที่ 1 เล่มที่ 3005 หน้า 49-50.

“กรรมการคนใดซื้อทรัพย์สินของบริษัท หรือขายทรัพย์สินให้แก่บริษัทหรือกระทำธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งกับบริษัท ไม่ว่าจะกระทำในนามของตนหรือของบุคคลอื่น ถ้ามิได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการแล้ว การซื้อขายหรือกระทำธุรกิจนั้นไม่มีผลผูกพันบริษัท”

หลักกฎหมายมาตรานี้ได้รับอิทธิพลมาจากหลัก Common Law ซึ่งศาล House of Lord ของอังกฤษเป็นศาลแรกที่วางหลักการดังกล่าวไว้ ในคดี **Arberdeen Railway Co. v. Blaikie Bros (1843-60) All ER Rep 249, House of Lords**²⁶ ซึ่งข้อเท็จจริงและคำพิพากษาทั้งหมดอยู่ในบทที่ 2 โดย คำพิพากษาของ Lord Cranworth L.C. ได้สร้างหลัก common Law ที่สำคัญซึ่งสรุปได้ว่า

“อันว่าบริษัทนั้นสามารถกระทำกรใด ๆ ได้แต่เฉพาะโดยตัวแทน และหน้าที่ของตัวแทนเหล่านั้นคือการทำให้ผลประโยชน์ของบริษัทสูงที่สุด ตัวแทนเหล่านั้นมีหน้าที่ที่จะต้องปลดปล่อยความซื่อสัตย์สุจริตให้ตัวการ และเป็นหลักสากลที่ว่าไม่มีใครที่มีหน้าที่ดังกล่าวจะได้รับอนุญาตให้ทำความผูกพันที่ผลประโยชน์ส่วนตัวขัดกันหรือเป็นไปได้ที่จะขัดกันกับผลประโยชน์ของคนที่เขาผูกพันตนเพื่อปกป้อง หลักนี้ยึดมั่นเสมอมาอย่างเข้มงวด และไม่ต้องตั้งคำถามด้วยว่า สัญญานั้นๆ เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม”²⁷

มาตรา 87 ได้บัญญัติขึ้นตามแนวทางของหลักกฎหมาย Common Law ดังกล่าว โดยได้บัญญัติห้ามกรรมการบริษัทมหาชนทำธุรกรรมกับบริษัทด้วยเหตุผลที่ว่าหากอนุญาตให้กรรมการทำธุรกรรมกับบริษัทแล้ว จะเข้าลักษณะของผลประโยชน์ของกรรมการขัดกับผลประโยชน์ของบริษัท (Conflict of Interest) และเป็นการยากยิ่งที่กรรมการจะปฏิบัติอย่างสุจริตได้ ตัวอย่างเช่น กรรมการบริษัททำสัญญาขายที่ดินแปลงหนึ่งให้บริษัทมหาชน ในการเจรจาต่อรองสัญญาซื้อขายนั้น หากพิจารณาผลประโยชน์ส่วนตัวของทางฝ่ายกรรมการแล้วจะพบว่ากรรมการต้องการขายที่ดินให้ได้ราคาสูงที่สุดเท่าที่จะทำได้ แต่ในขณะเดียวกันหากพิจารณาถึงผลประโยชน์ของบริษัทแล้วจะพบว่าบริษัทต้องการได้ที่ดินที่ราคาต่ำที่สุดเท่าที่จะทำได้ ดังนั้น ผลประโยชน์ของกรรมการจะขัดกับผลประโยชน์ของบริษัทมหาชน ซึ่งหากกรรมการยึดถือผลประโยชน์ของบริษัทเป็นสำคัญ และทำสัญญาซื้อขายที่ดินด้วยราคาถูกและเป็นธรรม ก็จะไม่เกิดปัญหาแต่อย่างใด แต่

²⁶ Andrew Hicks & S.H. Goo, Case and materials on Company Law (London:Blackstone press limited,1994), pp.332-333.

²⁷ Gower L.C.B. , Gower's Principles of Modern Company Law (London : Sweet & Maxwell,1997), p.610.

ความเป็นจริงแล้ว กรรมการย่อมคำนึงผลประโยชน์ส่วนตนด้วย และอาจทำสัญญาขายที่ดินในราคาที่สูงเพื่อให้ตนเองได้ประโยชน์ ดังนั้นเพื่อเป็นการตัดปัญหาดังกล่าวพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดจึงได้บัญญัติห้ามมิให้กรรมการเข้าทำธุรกรรมใด ๆ กับบริษัทตามแนวทางกฎหมาย Common Law เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาการขัดกันของผลประโยชน์ (Conflict of Interest)

มาตรา 87 บัญญัติห้ามมิให้กรรมการกระทำการ 3 กรณี คือ

- 1) ห้ามกรรมการซื้อทรัพย์สินของบริษัท ตัวอย่างเช่น บริษัทต้องการขายทรัพย์สินเก่าที่ไม่ได้ใช้งานแล้ว ถ้าไม่ได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการแล้ว กรรมการก็ไม่มีสิทธิซื้อทรัพย์สินดังกล่าว เพื่อป้องกันผลประโยชน์ที่ขัดกัน
- 2) ห้ามกรรมการขายทรัพย์สินให้บริษัท ตัวอย่างเช่น บริษัทต้องการซื้อที่ดินเพื่อขยายโรงงานเพิ่มเติม ถ้าไม่ได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการแล้ว กรรมการก็ไม่มีสิทธิขายที่ดินของตนเองให้บริษัท เพื่อป้องกันผลประโยชน์ที่ขัดกัน
- 3) ห้ามกรรมการกระทำธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งกับบริษัท หากเปรียบเทียบกับกฎหมาย Common Law แล้วจะพบว่า คำว่า “**กระทำธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งกับบริษัท**” มีความหมายกว้างกว่า “การประกอบธุรกิจซื้อขายสินค้าหรือให้บริการเป็นปกติธุระ” กล่าวคือ มาตรการนี้ห้ามกรรมการกระทำธุรกรรมกับบริษัททุกประเภท แม้ว่ากรรมการจะทำธุรกรรมกับบริษัทเพียงครั้งเดียว และไม่กระทำธุรกิจเป็นปกติธุระ เพราะเหตุว่าการทำธุรกรรมกับบริษัทแม้แต่เพียงครั้งเดียวก็เป็นกรณีของผลประโยชน์ที่ขัดกันได้ ตัวอย่างเช่น บริษัทมหาชนต้องการจ้างเหมาทาสีอาคารสำนักงาน หากกรรมการรับเหมางานดังกล่าวเองโดยไม่ได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการ แม้กรรมการจะไม่มีอาชีพรับเหมาทาสีอาคารเป็นปกติธุระ ก็ถูกห้ามมิให้กระทำตามความหมายของมาตรา 87 นี้เช่นกัน เพราะการทำสัญญารับเหมาดังกล่าวก็เป็นกรณีให้เกิดผลประโยชน์ที่ขัดกันได้

มาตรานี้บัญญัติห้ามมิให้กรรมการกระทำธุรกรรมกับบริษัททั้งในนามของตนเองและในนามของบุคคลอื่นด้วย ตัวอย่างของการทำธุรกรรมในนามบุคคลอื่น เช่น บริษัทมหาชน A ซื้อทรัพย์สินจากบริษัทมหาชน B โดยนาย ก. เป็นกรรมการทั้งสองบริษัท เช่นนี้ หากพิจารณาจากบริษัท A แล้วจะพบว่า การที่ นาย ก. เป็นกรรมการบริษัท A และทำสัญญาซื้อทรัพย์สินกับบริษัท B นั้น เป็นกรณีที่นาย ก. กำลังเข้าทำธุรกรรมกับบริษัท A ในนามของบริษัท B ซึ่งเป็นการที่นาย ก.

เข้าทำธุรกรรมกับบริษัท A ในนามของบุคคลอื่น (บริษัท B)²⁸ ซึ่งถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นกรณีต้องห้ามตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 เช่นเดียวกัน

บางกรณีกรรมการมีความจำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ที่จะต้องทำธุรกรรมกับบริษัทเช่นบริษัทประสบปัญหาขาดสภาพคล่องอย่างหนัก และบริษัทขอกู้ยืมเงินจากที่อื่นไม่ได้เนื่องจากมีปัญหาทางการเงิน กรรมการบริษัทจึงให้บริษัทกู้ยืมเงิน หรือในบางครั้งกรรมการให้บริษัทได้ประโยชน์มากกว่าที่บริษัทจะได้รับจากที่อื่น เช่นธุรกรรมที่เป็นธรรม (entirely fair) และสมเหตุสมผล (reasonable) กรรมการก็สามารถทำธุรกรรมดังกล่าวได้ โดยกฎหมายเปิดช่องไว้ว่าต้องได้รับความยินยอมจากที่ประชุมกรรมการ ซึ่งกรรมการที่จะออกเสียงลงคะแนนได้นั้นต้องมีใช้กรรมการที่มีส่วนได้เสียกับธุรกรรมดังกล่าวด้วย (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 80 วรรคสาม)

หน้าที่ของกรรมการตามมาตรา 87 นี้บัญญัติขึ้นในลักษณะเป็นหน้าที่ที่ต้องงดเว้นจากการกระทำ หากกรรมการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนไม่ได้กำหนดความรับผิดไว้ชัดเจนดังเช่นที่กำหนดไว้ในมาตรา 86 แต่การที่กรรมการฝ่าฝืนมาตรา 87 โดยกระทำธุรกรรมกับบริษัทขึ้น กรรมการก็จะต้องมีความรับผิดตามหลักละเมิด เพราะเป็นการจงใจปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่าฝืนกฎหมาย และทำให้บริษัทเสียหาย และผลของธุรกรรมนั้นก็จะมีผลคือไม่มีผลผูกพันบริษัทตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 87 ซึ่งบริษัทโดยที่ประชุมคณะกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นสามารถให้สัตยาบันรับเอาธุรกรรมนั้นได้ ซึ่งตามหลักกฎหมาย Common Law ใช้คำว่า ไม่ผูกพัน (voidable) และให้เป็นทางเลือกของที่ประชุมผู้ถือหุ้นว่าจะรับเอาสัญญานั้นไว้หรือไม่ (voidable at the option of the company)²⁹ ตัวอย่างเช่น นาย ก. ทำสัญญาให้เช่าอาคารชุดกับบริษัท ข. ที่ตนเป็นกรรมการอยู่ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการ เช่นนี้ สัญญาเช่าดังกล่าวไม่มีผลผูกพันบริษัท ถ้าต่อมาที่ประชุมคณะกรรมการไม่เห็นด้วยกับการเช่าอาคารชุดดังกล่าวเพราะเห็นว่าราคาแพงเกินกว่าท้องตลาดมาก ที่ประชุมคณะกรรมการก็สามารถปฏิเสธสัญญาเช่าดังกล่าวได้โดยสัญญาเช่าไม่มีผลผูกพันบริษัท ข. นาย ก. ก็ไม่สามารถเรียกค่าเช่าหรือค่าเสียหายได้ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 87 แต่ถ้าที่ประชุมคณะกรรมการเห็นด้วยกับสัญญาเช่าดังกล่าว ที่ประชุมคณะกรรมการก็สามารถให้สัตยาบันได้ โดยเมื่อที่ประชุมคณะกรรมการให้สัตยาบันแล้ว สัญญา

²⁸ พิเศษ เสตเสถียร และวิรัช ไตรพิทยากุล, ข้อปฏิบัติและห้ามปฏิบัติของกรรมการและผู้บริหารบริษัทจดทะเบียน (กรุงเทพมหานคร:บริษัทเพื่อนพิมพ์จำกัด), หน้า 12 และ สุราษดี สัตตบุษย์, กฎหมายสำหรับผู้ถือหุ้นและกรรมการบริษัทมหาชนจำกัด (กรุงเทพมหานคร:บริษัท เอส.เอ. 21 จำกัด, 2537), หน้า 119-120.

²⁹ Gower L.C.B. , Gower's Principles of Modern Company Law (London : Sweet & Maxwell, 1997), p. 614.

เช่าก็มีผลผูกพันบริษัทตามหลักเรื่องตัวแทน โดยการให้สัตยาบัน (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน มาตรา 87 ประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 823)

ประเด็นปัญหาที่สำคัญ คือ บริษัทสามารถให้สัตยาบันโดยปริยายได้หรือไม่ ตัวอย่างเช่น นาย ก. เป็นกรรมการบริษัท ข. จำกัด (มหาชน) ที่ประกอบธุรกิจการเกษตร นาย ก. ขายปุ๋ยเคมี ให้กับบริษัท ข. จำกัด 5 แสนตัน เพื่อใช้ในกิจการของบริษัท ข. โดยไม่ได้รับความยินยอมจาก คณะกรรมการบริษัท ข. เช่นนี้ ถือว่าสัญญาซื้อปุ๋ยเคมี 5 แสนตัน “ไม่มีผลผูกพันบริษัท” เพราะเป็นกรณีที่นาย ก. ซึ่งเป็นกรรมการกระทำการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 หากต่อมาข้อเท็จจริงปรากฏว่า บริษัท ข. รับเอาปุ๋ยเคมีทั้ง 5 แสนตันมาใช้ในกิจการของบริษัท จะถือว่า “เป็นกรณีของการที่บริษัท ข. ให้สัตยาบันกับสัญญาซื้อปุ๋ยเคมีได้หรือไม่”

หากพิจารณาแล้วจะเห็นว่าพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าการกระทำของกรรมการที่ฝ่าฝืนมาตรา 87 มีผลคือ “ไม่ผูกพันบริษัท” กล่าวคือ การกระทำดังกล่าวไม่ตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด บริษัทโดยคณะกรรมการของบริษัทจึงมีสิทธิปฏิเสธสัญญาดังกล่าวได้ เมื่อคณะกรรมการปฏิเสธไม่รับเอาสัญญาดังกล่าว บริษัทก็ไม่ต้องผูกพันตามสัญญานั้น ๆ และไม่ต้องรับผิดชอบตามสัญญา แต่กรณีดังกล่าว บริษัทมิได้ปฏิเสธสัญญาซื้อปุ๋ยเคมี กลับรับเอาปุ๋ยเคมีไปใช้ในกิจการของบริษัท จึงเท่ากับว่าบริษัทให้สัตยาบันกับการกระทำดังกล่าวโดยปริยายแล้ว ดังนั้น บริษัทจึงต้องผูกพันตามสัญญา และชดใช้ราคาค่าปุ๋ยให้กับนาย ก. ผู้ขายด้วย

กรณีนี้เทียบได้กับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 419/2501, 1078/2495, 1630/2509, 131-146/2518, 1448/2520, 2546/2520, 3324/2524, 1642/2527, 9085/2539³⁰ ซึ่งวินิจฉัยโดยใช้หลักการตัวการตัวแทน และบริษัทจำกัด ไว้ในแนวทางเดียวกันว่า “กรรมการบริษัทกระทำการโดยปราศจากอำนาจหรือนอกอำนาจแล้ว บริษัทเข้ารับเอาประโยชน์จากการกระทำดังกล่าว ถือว่าเป็นการให้สัตยาบันโดยปริยาย ซึ่งบริษัทต้องผูกพันตามกับการกระทำที่กรรมการได้กระทำไป” โดยในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 419 / 2501 ซึ่งเป็นคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับแรกที่วางแนวทางการวินิจฉัยดังกล่าว ได้วินิจฉัยว่า “กรรมการบริษัทเอกชนกระทำการนอกอำนาจที่กำหนดไว้ในข้อบังคับ เช่น กรรมการบริษัทเอกชนไปทำสัญญารับเหมาก่อสร้างกับบุคคลที่สามโดยลงชื่อไม่ครบตามข้อบังคับของบริษัท แต่ต่อมาบริษัทเข้ารับเอาทรัพย์สินนั้น ไปใช้ในกิจการของบริษัท ถือได้ว่าบริษัทให้สัตยาบันโดยปริยายกับการกระทำที่ปราศจากอำนาจนั้นแล้ว บริษัทจึงต้องผูกพันตามสัญญา และชดใช้ราคาค่าซื้อทรัพย์สินดังกล่าว”

³⁰ โสภณ รัตนกร, หุ้นส่วน-บริษัท (กรุงเทพมหานคร:นิติบรรณาการ), หน้า 352.

ค) ความรับผิดชอบเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามมาตรา 88

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 88 บัญญัติว่า

“ให้กรรมการแจ้งให้บริษัททราบโดยมิชักช้าเมื่อมีกรณีดังต่อไปนี้

- (1) มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในสัญญาใด ๆ ที่บริษัททำขึ้นระหว่างรอบปีบัญชี โดยระบุข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา ชื่อของคู่สัญญา และส่วนได้เสียของกรรมการในสัญญานั้น (ถ้ามี)
- (2) ถือหุ้นหรือหุ้นกู้ในบริษัทและบริษัทในเครือโดยระบุจำนวนทั้งหมดที่เพิ่มขึ้นหรือลดลงในระหว่างรอบปีบัญชี (ถ้ามี)”

ในกฎหมายอังกฤษ คือ พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1985 (The Company Act 1985) มาตรา 317 ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เข้ามาเสริมกฎหมาย common law ก็ได้บัญญัติหลักการไว้คล้ายกับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 88 (1) ซึ่งมีสาระสำคัญ³¹ คือ เป็นหน้าที่ของกรรมการที่มีผลประโยชน์ใน “สัญญา” ของบริษัทที่จะต้องแจ้งเรื่องผลประโยชน์ดังกล่าวต่อที่ประชุมกรรมการบริษัท โดยคำว่า “สัญญา”(contract) ในความหมายของมาตรา 317 นั้นให้หมายรวมถึง “ธุรกรรม” (transaction) หรือ “การเตรียมการใด ๆ” (arrangement) ด้วย

นอกจากนี้ในพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1985 ของอังกฤษ (The Company Act 1985) มาตรา 324 ได้บัญญัติหลักการไว้คล้ายกับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 88 (2) กล่าวคือ ให้กรรมการของบริษัทหรือกรรมการเงาของบริษัทแจ้งให้บริษัททราบถึงผลประโยชน์ในหุ้นหรือหนี้สินของบริษัทหรือของบริษัทลูกหรือของ holding company³²

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 88 (1) บัญญัติให้กรรมการแจ้งเรื่องส่วนได้เสียให้บริษัททราบ ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ กรรมการต้องแจ้งให้ที่ประชุมกรรมการทราบ หรือต้องแจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบ ทางปฏิบัติ คือ กรรมการต้องแจ้งเรื่องส่วนได้เสียในสัญญาของบริษัทให้ที่ประชุมกรรมการทราบ เนื่องด้วยเหตุผล 2 ประการ คือ

- 1) เพราะที่ประชุมกรรมการเป็นเสมือนผู้แทนของบริษัท ดังนั้น การที่ที่ประชุมกรรมการทราบย่อมหมายถึงบริษัทได้รับทราบด้วย

³¹Gower L.C.B. , Gower's Principles of Modern Company Law (London : Sweet & Maxwell,1997), pp. 627-630.

³² Nicholas Bourne, Essential Company Law (London : Cavendish Publishing,1994), p.71.

- 2) นอกจากนี้หากเปรียบเทียบกับกฎหมายอังกฤษแล้วก็จะพบว่ากฎหมายอังกฤษบัญญัติไว้ชัดเจนว่า “กรรมการต้องเปิดเผยผลประโยชน์ในสัญญาหรือร่างสัญญาต่อที่ประชุมกรรมการ” ดังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1985 ของอังกฤษ (The Company Act 1985) มาตรา 317 (1) ที่ว่า “เป็นหน้าที่ของกรรมการบริษัทที่มีผลประโยชน์ในสัญญาหรือร่างสัญญาของบริษัท ที่จะต้องเปิดเผยผลประโยชน์ดังกล่าวในที่ประชุมกรรมการ”³³

การแจ้งเรื่องส่วนได้เสียนี้ให้รวมถึงเรื่อง “ส่วนได้เสียโดยตรง” และส่วนได้เสียโดยอ้อม” ในสัญญาที่บริษัททำขึ้นด้วย

ตัวอย่างของเรื่องส่วนได้เสียโดยตรง เช่น นาย ก. เป็นกรรมการบริษัทมหาชน ข. และถือหุ้นอยู่ในบริษัทรับเหมาก่อสร้าง ค. จำกัดด้วย ในกรณีที่ประชุมกรรมการบริษัทมหาชน ข. จะทำสัญญาจ้างบริษัทรับเหมาก่อสร้าง ค. ให้สร้างอาคารของบริษัท เช่นนี้ นาย ก. ต้องเปิดเผยให้ที่ประชุมกรรมการทราบว่า นาย ก. ถือหุ้นอยู่ในบริษัทรับเหมาก่อสร้าง ค. ด้วย และถือหุ้นอยู่เป็นจำนวนเท่าใด เพื่อให้ที่ประชุมกรรมการทราบก่อนตัดสินใจทำสัญญา

ตัวอย่างของเรื่องส่วนได้เสียโดยอ้อม เช่น นาย ก. เป็นกรรมการบริษัทมหาชน ข. และบริษัทมหาชน ข. กำลังทำสัญญาจ้างบริษัท ค. มารับเหมาก่อสร้างอาคารของบริษัท ซึ่งบริษัท ค. นั้นโดยปกติแล้วจะสั่งซื้อวัสดุก่อสร้างจากบริษัทส่วนตัวของนาย ก. อยู่เป็นประจำ เช่นนี้ถือได้ว่า นาย ก. มีส่วนได้เสียโดยอ้อมในสัญญาที่บริษัททำขึ้นแล้ว นาย ก. ต้องแจ้งเรื่องส่วนได้เสียดังกล่าวให้ที่ประชุมกรรมการทราบก่อนการตัดสินใจทำสัญญา³⁴ กล่าวคือต้องแจ้งว่าบริษัท ค. ซื้อวัสดุก่อสร้างจากบริษัทส่วนตัวของตนเป็นปกติ

เมื่อเทียบเคียงตามพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1985 (The Company Act 1985) มาตรา 317 ของอังกฤษ การเปิดเผยเรื่องส่วนได้เสียนี้ให้หมายถึงการเปิดเผยถึง "nature of the director's interest" ซึ่งหมายถึงการเปิดเผยถึง "สาระสำคัญของผลประโยชน์ในสัญญา" กรรมการจึงไม่จำเป็นต้องเปิดเผยถึง "ข้อเท็จจริงทั้งหมด (all material fact)" ของผลประโยชน์ในสัญญาด้วยแต่

³³ Andrew Hicks & S.H. Goo, Case and materials on Company Law (London: Blackstone press limited, 1994), pp.335-336.

³⁴ พิเศษ เสตเสถียร, หลักกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด, (กรุงเทพมหานคร:นิติธรรม, 2542), หน้า 82.

ประการใด³⁵ เพราะเหตุว่าการเปิดเผยดังกล่าวเป็นวิธีการเพื่อให้ที่ประชุมกรรมการรับทราบและเพื่อใช้เป็นข้อมูลประกอบการตัดสินใจว่าควรจะทำสัญญากับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่กรรมการของบริษัทเข้าไปมีส่วนได้เสียหรือไม่เท่านั้น

ประเด็นปัญหาที่ควรพิจารณาคือ หากที่ประชุมกรรมการทราบเรื่องส่วนได้เสียของกรรมการบางคนในสัญญาที่บริษัททำขึ้นอยู่แล้ว กรรมการที่มีส่วนได้เสียจะต้องแจ้งให้บริษัททราบอีกหรือไม่

ในอังกฤษเคยมีคดีหนึ่งที่ศาลตัดสินว่า การที่คณะกรรมการทุกคนได้ทราบเรื่องส่วนได้เสียของกรรมการบางคนอยู่แล้ว กรรมการที่มีส่วนได้เสียก็ไม่ต้องเปิดเผยอีก คือในคดี *Runciman v. Walter Runcimen plc* (1992) BCLC 1084 ศาลพิพากษาว่าศาลมีดุลยพินิจที่จะตัดสินว่าสัญญามีผลสมบูรณ์ แม้กรรมการจะไม่ได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติที่บังคับให้กรรมการต้องเปิดเผยถึงผลประโยชน์ในสัญญาของบริษัท เพราะคดีนี้กรรมการทุกคนได้ทราบถึงผลประโยชน์นั้นๆ คืออยู่แล้วจะเห็นได้ว่าหากกรรมการทุกคนรู้ถึงส่วนได้เสียของกรรมการคนหนึ่งอยู่แล้ว การเปิดเผยนั้นก็เพียงแต่ทางเทคนิค (purely technical) เท่านั้น กล่าวคือแม้จะเปิดเผยหรือไม่เปิดเผยก็ไม่มีผลกระทบต่อตัดสินใจของที่ประชุมกรรมการ

เมื่อพิจารณากฎหมายไทยแล้วเห็นว่าพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 88 (1) ไม่ได้บัญญัติไว้ว่ากรณีที่คณะกรรมการทั้งหมดรู้ถึงส่วนได้เสียของกรรมการบางคนในสัญญาของบริษัทแล้ว กรรมการที่มีส่วนได้เสียจะต้องแจ้งให้ที่ประชุมทราบอีกหรือไม่ ดังนั้น จึงต้องตีความว่า แม้คณะกรรมการทุกคนรู้ถึงส่วนได้เสียดังกล่าวเป็นอย่างดีแล้ว กรรมการที่มีส่วนได้เสียก็ยังมีหน้าที่แจ้งให้ที่ประชุมกรรมการทราบอยู่ แม้จะเป็นเพียงเรื่องทางเทคนิคก็ตาม เพราะเป็นการป้องกันตนเองจากการถูกดำเนินคดีอาญาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 203 ซึ่งต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท ส่วนความรับผิดทางแพ่งนั้นกรรมการที่ไม่แจ้งตามมาตรา 88 (1) ก็จะไม่ต้องรับผิดฐานละเมิด เพราะเหตุว่าเมื่อคณะกรรมการทุกคนทราบถึงส่วนได้เสียในสัญญาของกรรมการบางคนแล้วยังคงทำสัญญาอยู่ แสดงว่าบริษัทไม่ได้รับความเสียหายจากการที่กรรมการที่มีส่วนได้เสียไม่ยอมแจ้งตามมาตรา 88 (1) ส่วนผลของสัญญาที่ทำขึ้นนั้นก็ถือว่ามีผลสมบูรณ์เพราะหากคณะกรรมการทุกคนทราบถึงส่วนได้เสียในสัญญาของกรรมการบางคนดีแล้ว และยังทำสัญญากับกรรมการคนนั้นอีก ก็ถือว่าเป็นกรณีที่ “คณะกรรมการยินยอม” ตามมาตรา 87 แล้ว

ในมาตรา 88 (2) บัญญัติให้ กรรมการต้องแจ้งให้บริษัททราบถึงการถือหุ้นหรือหุ้นกู้ในบริษัทหรือบริษัทในเครือ โดยต้องระบุจำนวนทั้งหมดที่เพิ่มขึ้นหรือลดลงในระหว่างรอบปีบัญชี

³⁵ Gower L.C.B. , *Gower's Principles of Modern Company Law* (London : Sweet & Maxwell,1997), pp. 627-630.

คำว่า “บริษัทในเครือ” ไม่มีนิยามไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน แต่มีกฎกระทรวงพาณิชย์กำหนดถึงการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับบริษัทในเครือในรายงานประจำปีของคณะกรรมการบริษัทมหาชน ไว้ว่า

“บริษัทในเครือ” หมายความว่า บริษัทมหาชนจำกัดบริษัทหนึ่ง ซึ่งมีความสัมพันธ์กับบริษัทเอกชนหรือบริษัทมหาชนจำกัดบริษัทใดบริษัทหนึ่ง หรือหลายบริษัทในลักษณะดังต่อไปนี้

(1) บริษัทหนึ่งมีอำนาจควบคุมเกี่ยวกับการแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการซึ่งมีอำนาจจัดการทั้งหมดหรือโดยส่วนใหญ่ของอีกบริษัทหนึ่ง

(2) บริษัทหนึ่งถือหุ้นในอีกบริษัทหนึ่งเกินกว่าร้อยละห้าสิบของหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้ว”

นอกจากนี้ในกรณี (ก) บริษัทมหาชนและ/หรือบริษัทในเครือบริษัทเดียวหรือหลายบริษัท หรือ (ข) บริษัทมหาชนและ/หรือบริษัทในเครือในลำดับชั้นแรกและ/หรือชั้นต่อ ๆ ไปบริษัทเดียวหรือหลายบริษัท เข้าถือหุ้นบริษัทใดมีจำนวนรวมกันเกินกว่าร้อยละห้าสิบของหุ้นที่จำหน่ายออกแล้ว ก็ถือว่าบริษัทนั้นเป็นบริษัทในเครือด้วย ซึ่งเป็นการนับรวมถึงการถือหุ้นในบริษัทต่อไปเป็นทอด ๆ ด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่าแนวทางการพิจารณาตามกฎกระทรวงฉบับนี้ค่อนข้างกว้างขวางมาก³⁶

ผลของการฝ่าฝืนมาตรา 88 นี้พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนดังเช่นการฝ่าฝืนมาตรา 86 หรือ 87 แต่สามารถพิจารณาได้ดังนี้

1) ผลต่อสัญญาที่สร้างขึ้น พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 88 ไม่ได้บัญญัติว่า หากกรรมการไม่แจ้งเรื่องส่วนได้เสียในสัญญาแล้ว จะทำให้สัญญามีผลเป็นอย่างไร ในกรณีนี้พิจารณาได้ว่า

1.1 หากเป็นกรณีส่วนได้เสียในสัญญาลักษณะที่กรรมการเข้าทำสัญญากับบริษัทเอง และกรรมการที่มีส่วนได้เสียไม่ยอมแจ้ง ผลของสัญญาก็ต้องพิจารณาตามมาตรา 87 กล่าวคือ สัญญาที่สร้างขึ้นจะไม่ผูกพันบริษัท เพราะถือว่า “ที่ประชุมคณะกรรมการไม่ยินยอมให้กรรมการที่มีส่วนได้เสียเข้าทำสัญญาด้วย” ตัวอย่างเช่น นาย ก. เป็นกรรมการบริษัท ข. จำกัด(มหาชน) ได้ส่งตัวแทนเข้าทำสัญญากับบริษัท ข. จำกัด นาย ก. ต้องมีหน้าที่แจ้งว่าตนมีส่วนได้เสียในสัญญาดังกล่าว หากไม่แจ้งเรื่องส่วนได้เสียในสัญญาต่อที่ประชุมคณะกรรมการและที่ประชุมคณะกรรมการก็ไม่ทราบเรื่องส่วนได้เสียในสัญญาจึงอนุมัติทำสัญญากับนาย ก. ผ่านทางตัวแทน เช่นนี้จะเห็น

³⁶ พิเศษ เสตเสถียร และวิรัช ไตรพิทยากุล, ข้อปฏิบัติและห้ามปฏิบัติของกรรมการและผู้บริหารบริษัทจดทะเบียน (กรุงเทพมหานคร : บริษัทเพื่อนพิมพ์จำกัด) หน้า 14-15.

ได้ว่า สัญญาที่บริษัททำขึ้นกับนาย ก. นั้นไม่มีผลผูกพันบริษัท เพราะเป็นกรณีที่ “ที่ประชุมคณะกรรมการไม่ยินยอมให้นาย ก. เข้าทำสัญญาด้วย”^{*} ตามมาตรา 87 และนอกจากนี้ นาย ก. ยังต้องรับผิดทางแพ่งฐานละเมิด เพราะจงใจปกปิดไม่กระทำตามหน้าที่ทำให้บริษัทเสียหาย และรับผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน มาตรา 203 อีกด้วย

1.2 หากเป็นกรณีส่วนได้เสียในสัญญาลักษณะที่ไม่ใช่ลักษณะที่กรรมการเข้าทำสัญญากับบริษัท และกรรมการที่มีส่วนได้เสียไม่ยอมแจ้ง และคณะกรรมการได้ทำสัญญาไป ผลของสัญญาที่ทำขึ้นก็มีผลสมบูรณ์ โดยไม่ต้องพิจารณาตามมาตรา 87 ตัวอย่างเช่น นาย ก. เป็นกรรมการบริษัท ข. และเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในบริษัท ค. ที่จะเข้าทำสัญญากับบริษัท ข. นาย ก. ไม่ยอมแจ้งเรื่องส่วนได้เสียในสัญญาให้ที่ประชุมคณะกรรมการทราบที่ประชุมคณะกรรมการจึงตัดสินใจทำสัญญากับบริษัท ค. เช่นนี้ สัญญาที่ทำขึ้นมีผลสมบูรณ์ เพราะกรณีนี้ไม่ใช่กรณีที่ถือว่ากรรมการเข้าทำสัญญากับบริษัทเองตามมาตรา 87 ดังนั้นผลของสัญญาที่บริษัท ข. ทำขึ้นกับบริษัท ค. จึงมีผลสมบูรณ์ ส่วนนาย ก. นั้นก็ต้องรับผิดทางแพ่งฐานละเมิด และรับผิดโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 203

- 2) **ผลต่อความรับผิดทางแพ่งของกรรมการ** ปรับบทความรับผิดได้เข้ากับความรับผิดฐานละเมิด กล่าวคือกรรมการจงใจปกปิดข้อมูลเรื่องส่วนได้เสียในสัญญาหรือเรื่องหุ้นที่ตนเองถืออยู่ โดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายและทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย จึงต้องรับผิดฐานละเมิด แต่ทั้งนี้ต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายให้ได้ว่าการที่กรรมการไม่เปิดเผยข้อมูลเรื่องส่วนได้เสียหรือเรื่องหุ้นนั้นทำให้บริษัทเสียหายอย่างไร กล่าวคือถ้าที่ประชุมคณะกรรมการรู้อยู่แล้วว่ากรรมการคนใดมีส่วนได้เสีย ก็ถือว่าบริษัทไม่ได้ได้รับความเสียหายแต่อย่างใด จึงไม่ต้องรับผิด
- 3) **ผลต่อความรับผิดทางอาญาของกรรมการ** นอกจากนี้พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัดมาตรา 203 ยังได้กำหนดโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาทให้กับกรรมการบริษัทที่ฝ่าฝืนไม่ยอมเปิดเผยข้อมูลเรื่องส่วนได้เสียในสัญญาหรือเรื่องหุ้น หรือเปิดเผยข้อมูลไม่ครบถ้วน หรือเปิดเผยข้อมูลอันเป็นเท็จอีกด้วย

ง) ความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 89

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 89 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้บริษัทให้กู้ยืมเงินแก่กรรมการ พนักงานหรือลูกจ้างของบริษัท เว้นแต่

^{*} กรณีนี้ถือได้ว่า “ไม่รู้ว่ามีส่วนได้เสียก็เลยยินยอมทำสัญญา ถ้ารู้ว่ามีส่วนได้เสียอาจไม่ยินยอมทำสัญญา”

- (1) เป็นการให้กู้ยืมตามระเบียบการสงเคราะห์พนักงานและลูกจ้าง หรือ
- (2) เป็นการให้กู้ยืมเงินตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์ กฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิต หรือกฎหมายอื่น
- การให้กู้ยืมเงินดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นการให้กู้ยืมเงินแก่กรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้างของบริษัทตามวรรคหนึ่ง
- (ก) การให้กู้ยืมเงินแก่คู่สมรส หรือบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของกรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้าง
- (ข) การให้กู้ยืมเงินแก่ห้างหุ้นส่วนสามัญที่กรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้าง คู่สมรส หรือบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของกรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้างนั้น เป็นหุ้นส่วนอยู่
- (ค) การให้กู้ยืมเงินแก่ห้างหุ้นส่วนจำกัดที่กรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้าง คู่สมรสหรือบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของกรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้างนั้น เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบ
- (ง) การให้กู้ยืมเงินแก่บริษัทอื่น หรือบริษัทเอกชนที่กรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้าง คู่สมรส หรือบุตรของกรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้างนั้น ถือหุ้นร่วมกันเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนหุ้นทั้งหมดของบริษัทอื่นหรือบริษัทเอกชนนั้น
- การให้กู้ยืมเงินตามวรรคหนึ่ง หมายความว่ารวมถึงการค้ำประกัน การรับซื้อหรือซื้อลดตัวเงิน และการให้หลักประกันเกี่ยวกับเงินที่กู้ยืมด้วย”

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 89 นี้คล้ายกับพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1985 มาตรา 330 ถึง มาตรา 334 (The Company Act 1985) ของประเทศอังกฤษ

โดยหลักการที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 89 นั้นได้บัญญัติไว้ในลักษณะห้าม “บริษัท” แต่โดยแท้จริงแล้วก็คือการห้าม “กรรมการ” นั้นเอง เพราะเหตุว่าบริษัทจะทำธุรกรรมได้ก็แต่โดยผ่านทางกรรมการบริษัทเท่านั้น เหตุผลของการห้ามมิให้กรรมการกู้ยืมเงินจากบริษัทนั้นมี 2 ประการคือ

1) การอนุญาตให้กรรมการกู้ยืมเงินจากบริษัทเป็นกรณีที่ทำให้เกิดผลประโยชน์ขัดกัน กล่าวคือ หากกรรมการกู้ยืมเงินจากบริษัทมหาชนจำกัดแล้ว เมื่อพิจารณาทางด้านกรรมการในฐานะผู้กู้ กรรมการย่อมต้องการดอกเบี้ยที่ต่ำที่สุด แต่ในขณะเดียวกันทางด้านผู้ให้กู้แล้วบริษัทต้องการดอกเบี้ยในอัตราที่สูงที่สุด หรือในกรณีที่หนี้ถึงกำหนดชำระ กรรมการไม่ต้องการให้บริษัททวงหนี้ แต่ในขณะเดียวกันบริษัทต้องการทวงหนี้จากกรรมการผู้กู้ ดังนั้นกรรมการจึงไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่เพื่อรักษาผลประโยชน์ให้บริษัทในกรณีนี้ได้อย่างเต็มที่ เนื่องจากผลประโยชน์ส่วนตนไปขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัทมหาชนที่ตนเองเป็นผู้แทนอยู่

2) การอนุญาตให้กรรมการกู้ยืมเงินจากบริษัทอาจเป็นการเปิดช่องทางให้กรรมการทุจริต ใช้อำนาจของตนถ่ายเทเงินจากบริษัทไปใช้ในกิจการของตน ทำให้ผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหาย เนื่องจากกรรมการมีอำนาจทำการแทนบริษัท กรรมการอาจต้องการทรัพย์สินของบริษัทไปใช้ในกิจการของตนเองอันเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ซึ่งอรรถุจจริต และวิธีการถ่ายเทเงินไปใช้เป็นประโยชน์ส่วนตัวนั้นมีหลายวิธี เช่น ยักยอกเงินของบริษัทไปตรง ๆ เลย ซึ่งวิธีการดังกล่าวค่อนข้างเสี่ยงต่อการถูกตรวจสอบ โดยผู้สอบบัญชีหรือผู้ถือหุ้น และเสี่ยงต่อการถูกดำเนินคดีอาญาฐานยักยอกทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 352 ดังนั้นวิธีการที่กระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายและมีผลเป็นการถ่ายเทเงินของบริษัทไปโดยทุจริตได้ ก็คือ การกู้ยืมเงินจากบริษัทไปโดยทำสัญญากู้ไว้กับบริษัท เช่นนี้ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายเพราะกรรมการไม่ได้ยักยอกเงินของบริษัทไปตรง ๆ แต่วิธีการกู้ยืมเงินไปจากบริษัทนั้นมีผลเป็นการถ่ายเทเงินไปจากบริษัทโดยทุจริตได้เช่นเดียวกัน กล่าวคือ เมื่อถึงกำหนดชำระหนี้ กรรมการก็ไม่ยอมติดตามทวงหนี้สินที่ตนเองกู้ไป ก็มีผลทำให้หนี้สินกลายเป็นหนี้เสีย และกรรมการก็ได้รับเงินทั้งหมดไปในที่สุด ดังนั้นวิธีการป้องกันมิให้กรรมการกระทำการทุจริตถ่ายเทเงินจากบริษัทมหาชนได้ก็คือ การปิดช่องทางดังกล่าว โดยการกำหนดข้อห้ามไว้ตั้งแต่ต้นว่า “ห้ามมิให้กรรมการกู้ยืมเงินจากบริษัท” ซึ่งเป็นการป้องกันมิให้กรรมการใช้วิธีการกู้ยืมเงินเป็นวิธีการถ่ายเททรัพย์สินจากบริษัทไปใช้ในกิจการของตนโดยทุจริตอีกต่อไป

ข้อห้ามตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 89 ไม่เพียงแต่ห้ามกรรมการกู้ยืมเงินจากบริษัท แต่ยังได้บัญญัติห้ามพนักงาน หรือลูกจ้างของบริษัทมหาชนกู้ยืมเงินจากบริษัทอีกด้วย

การห้ามกรรมการ พนักงาน หรือ ลูกจ้างของบริษัทกู้ยืมเงินจากบริษัทตามมาตรา 89 นี้มีข้อยกเว้นอยู่สองกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 89 วรรคแรก (1) คือ ถ้าเป็นการให้กู้ยืมเงินตามระเบียบการสงเคราะห์พนักงานและลูกจ้าง กรรมการ พนักงานหรือลูกจ้างก็สามารถกู้ยืมเงินจากบริษัทได้ หรือเป็นกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 89 วรรคแรก (2) คือ ถ้าเป็นการให้กู้ยืมเงินตามกฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ กฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิต หรือกฎหมายอื่น กรรมการ พนักงาน หรือ ลูกจ้างก็สามารถกู้ยืมเงินจากบริษัทได้ โดยเหตุผลที่กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 89 วรรคแรก (1) และ (2) นั้นเนื่องมาจากการกู้ยืมเงินทั้งสองประเภทไม่ได้มีลักษณะที่ก่อให้เกิด Conflict of Interest เพราะเหตุว่าการกู้ยืมเงินตามระเบียบสงเคราะห์พนักงาน หรือการกู้ยืมเงินในฐานะที่บริษัทมหาชนเป็นธนาคารพาณิชย์นั้นเป็นการกู้ยืมเงินตามระเบียบแบบแผนที่กำหนดไว้ชัดเจนล่วงหน้า บริษัทมหาชนจำกัดซึ่งเป็นเจ้าหนี้ไม่สามารถให้สิทธิพิเศษใด ๆ กับกรรมการได้เลย ดังนั้นการกู้ยืมเงินตาม (1) (2) จึงไม่เข้ากรณีของผลประโยชน์ของกรรมการขัดกับผลประโยชน์ของบริษัทมหาชนที่กรรมการเป็นผู้แทนอยู่ จึงสามารถทำได้ ไม่เหมือนกับการ

กู้ยืมเงินต่างๆ ไปซึ่งไม่มีระเบียบกำหนดไว้และอาศัยการเจรจาทำสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ เป็นสำคัญ จึงมีโอกาสดังกล่าวที่กรรมการ พนักงานหรือลูกจ้างจะใช้สิทธิพิเศษของตนในการเจรจาทำ สัญญากู้ยืมได้

ในมาตรา 89 วรรคสอง (ก) ยังได้บัญญัติหลักการเพิ่มเติมว่า การให้กู้ยืมกับ คู่สมรสของ กรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้าง และ บุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของกรรมการ พนักงาน หรือ ลูกจ้าง ให้ถือว่าเป็นการให้กู้ยืมเงินแก่กรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้างด้วย

คำว่า “คู่สมรส” หมายถึงสามีหรือภรรยาที่จดทะเบียนสมรสกันถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้น หากบริษัทให้กู้ยืมแก่สามีหรือภรรยาออกกฎหมายของกรรมการบริษัท สัญญากู้ยืมดังกล่าว ก็เป็นผลและไม่ถูกห้ามตามมาตรา 89 วรรคสอง (ก) นี้

คำว่า “บุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ” นั้นหมายถึงบุตรที่มีอายุไม่ถึง 20 ปีบริบูรณ์ ของ กรรมการ พนักงาน ลูกจ้าง เหตุที่ถือว่าการที่บริษัทให้บุตรของกรรมการที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะกู้ยืม เงิน เสมือนว่าเป็นกรณีให้กรรมการผู้นั้น เพราะว่าบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะยังไม่มีอำนาจจัดการ ทรัพย์สินของตนเอง ผู้ปกครองต้องจัดการเรื่องทรัพย์สินให้ตามกฎหมาย ดังนั้นการให้บุตรที่ยัง ไม่บรรลุนิติภาวะกู้ยืมเงิน ก็เท่ากับเป็นการที่กรรมการ พนักงาน ลูกจ้าง ได้ใช้เงินจำนวนดังกล่าว ด้วย ทั้งนี้มาตรา 89 ไม่ได้ห้ามบุตรที่บรรลุนิติภาวะของกรรมการ พนักงาน ลูกจ้าง กู้ยืมเงินจาก บริษัท แต่การกู้ยืมดังกล่าวกรรมการจะต้องเปิดเผยข้อมูลเรื่องส่วนตัวเสียของบุตรให้ที่ประชุม กรรมการทราบก่อนตัดสินใจให้กู้ตามมาตรา 88 ด้วย

ในมาตรา 89 วรรคสอง (ข) ยังให้ถือว่า การที่บริษัทให้กู้ยืมเงินกับห้างหุ้นส่วนสามัญที่ กรรมการ พนักงานหรือลูกจ้าง คู่สมรส หรือบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะเป็นหุ้นส่วนอยู่ เป็นการให้ กู้ยืมเงินแก่กรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้างด้วย

ในมาตรา 89 วรรคสอง (ค) ยังให้ถือว่าการที่บริษัทให้กู้ยืมเงินกับห้างหุ้นส่วนจำกัดที่ กรรมการ พนักงานหรือลูกจ้าง คู่สมรส หรือบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความ รับผิดชอบ เป็นการให้กู้ยืมเงินแก่กรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้างด้วย

ในมาตรา 89 วรรคสอง (ง) ยังให้ถือว่าการที่บริษัทให้กู้ยืมเงินกับบริษัทเอกชนหรือบริษัท มหาชนที่บริษัทเข้าถือหุ้นเกินกว่ากึ่งหนึ่ง ให้ถือว่าเป็นการที่บริษัทให้กู้กับ กรรมการ พนักงาน ลูกจ้างด้วย

ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน มาตรา 89 วรรคท้าย ให้คำนิยามของคำว่า “การให้กู้ยืม เงิน” ให้หมายความถึงกรณีการที่บริษัทเข้าค้ำประกันหนี้เงินกู้ให้กับกรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้าง ด้วย และรวมถึงการรับซื้อหรือซื้อลดตั๋วเงิน และการให้หลักประกันเกี่ยวกับเงินที่กู้ยืมด้วย เพราะ เหตุว่าลักษณะของการเข้าค้ำประกัน รับซื้อหรือซื้อลดตั๋วเงิน หรือการให้หลักประกันเกี่ยวกับเงินกู้ นั้นก็เป็นลักษณะที่บริษัทมีสถานะเป็นเจ้าของหนี้ของกรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้างเช่นกัน ตัวอย่างเช่น นาย ก. เป็นกรรมการบริษัท ข. จำกัด (มหาชน) ได้กู้ยืมเงินจากธนาคารมา 2 ล้านบาท

ถ้า นาย ก. ประสงค์ให้บริษัท ข. เข้าค้าประกันสัญญาผู้ดังกล่าว นาย ก. ไม่สามารถทำได้ เนื่องจากต้องห้ามตามมาตรา 89 วรรคท้าย เพราะลักษณะดังกล่าวเสมือนว่าบริษัท ข. กลายเป็นเจ้าหนี้ และ นาย ก. เป็นลูกหนี้นั่นเอง

การที่กรรมการทำสัญญาเกี่ยวกับบริษัทมหาชนนั้นแท้จริงแล้วก็เข้าลักษณะของการที่กรรมการทำธุรกิจกับบริษัทตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 เช่นเดียวกัน ซึ่งตามหลักการของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 กรรมการสามารถกระทำธุรกิจกับบริษัทได้ ถ้าได้รับความยินยอมจากที่ประชุมคณะกรรมการ แต่มาตรา 89 ได้บัญญัติห้ามไว้เด็ดขาดโดยไม่มีข้อยกเว้น ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่า กรรมการบริษัทคนหนึ่งจะทำสัญญากู้ยืมเงินจากบริษัท โดยขอรับความยินยอมจากที่ประชุมกรรมการ หรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นตามมาตรา 87 เพื่อให้สัญญาผู้ยืมเงินมีผลสมบูรณ์ได้หรือไม่

ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 87 และมาตรา 89 ซึ่งแยกพิจารณา ได้ดังนี้

1) หากเป็นกรณีที่กรรมการทำสัญญากู้ยืมเงินกับบริษัท จะเห็นว่าเข้าลักษณะของการทำธุรกิจกับบริษัทที่สามารถขออนุญาตจากที่ประชุมกรรมการได้ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 และก็เข้าลักษณะของการกู้ยืมที่ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 89 ด้วย ดังนั้นจึงต้องบังคับตามมาตรา 89 ซึ่งถือว่าเป็นบทห้ามโดยเคร่งครัด กล่าวคือกรรมการไม่สามารถขอความยินยอมจากที่ประชุมกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อขอการรับรองสัญญาผู้ยืมที่ต้องห้ามตามมาตรา 89 ได้ เหตุที่พิจารณามาตรา 89 ว่ากรรมการไม่อาจขอความยินยอมจากที่ประชุมกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นรับรองสัญญาผู้ยืมได้นั้นเพราะเหตุว่า ทั้งมาตรา 87 และมาตรา 89 เป็นบทบัญญัติในลักษณะห้ามกรรมการทั้งสิ้น ซึ่งเป็นบทบัญญัติในลักษณะเดียวกัน แต่มีการบัญญัติที่ต่างกัน คือบทบัญญัติในมาตรา 87 อนุญาตให้กรรมการขอความยินยอมจากที่ประชุมคณะกรรมการได้ แต่ในมาตรา 89 ห้ามบทบัญญัติเช่นนั้นไม่ ดังนั้นจึงต้องตีความบทบัญญัติมาตรา 89 ให้มีผลแตกต่างไปจากมาตรา 87 จึงถือว่ามาตรา 89 เป็นบทบังคับเด็ดขาดที่กรรมการไม่อาจขออนุญาตจากที่ประชุมกรรมการและที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้

2) หากเป็นกรณีที่พนักงานหรือลูกจ้างกู้ยืมเงินจากบริษัท กรณีนี้ไม่เข้าลักษณะกรรมการกระทำธุรกิจอย่างหนึ่งอย่างใดกับบริษัทที่ต้องห้ามตามมาตรา 87 เพราะมาตรา 87 ห้ามเฉพาะกรรมการ แต่ไม่ห้ามพนักงานหรือลูกจ้างทำธุรกิจกับบริษัท แต่การที่พนักงานหรือลูกจ้างกู้ยืมเงินจากบริษัทนั้นเข้าลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 89 ดังนั้นพนักงานหรือลูกจ้างกู้ยืมเงินจากบริษัทไม่ได้

หากกรรมการฝ่าฝืนมาตรา 89 โดยทำสัญญากู้ยืมเงินจากบริษัทไป ผลของการฝ่าฝืนมาตรา 89 นี้พิจารณาได้ 3 ประเด็น กล่าวคือ

- 1) **ผลต่อสัญญากู้** ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 89 ไม่ได้บัญญัติว่ากรรมการที่ฝ่าฝืนกู้ยืมเงินจากบริษัทไปแล้ว ผลของสัญญากู้จะเป็นเช่นใด ตกเป็นโมฆะ โมฆียะหรือไม่ผูกพันตามกฎหมาย กรณีนี้ต้องถือว่า “การที่กรรมการฝ่าฝืนมาตรา 89 โดยเข้าทำสัญญากู้ยืมเงินจากบริษัทนั้น สัญญากู้จะตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150” เพราะถือว่าเป็นการทำนิติกรรมที่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 89 และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 89 นี้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เหตุที่ถือว่าพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 89 เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยก็เพราะว่า “การที่กรรมการฝ่าฝืนมาตรานี้จะต้องได้รับโทษทางอาญาตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 204” จึงสามารถเทียบเคียงได้กับกรณีของพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 ที่กำหนดโทษทางอาญาคือจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ สำหรับเจ้าหนี้เงินกู้ที่เรียกดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปีไว้ และศาลฎีกาในคดีที่ 136/2507, ที่ 261/2516, ที่ 816/2518, ที่ 5781/2533, ที่ 567/2536, ที่ 1913/2537 และที่ 4690/2540 ก็ได้วินิจฉัยไว้แล้วว่าเจ้าหนี้ที่ฝ่าฝืนเรียกดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปีนั้น ศาลถือว่าดอกเบี้ยมีผลตกเป็นโมฆะทั้งหมด ลูกหนี้จะกินเฉพาะแต่เงินต้นเท่านั้น และเหตุที่ดอกเบี้ยเป็นโมฆะทั้งหมดก็เพราะการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราเป็นเรื่องต้องห้ามชัดแจ้งตามกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพราะกฎหมายดังกล่าวมีบทกำหนดโทษทางอาญา จึงถือว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนั้นการที่กรรมการกู้ยืมเงินจากบริษัททำให้ผลของสัญญากู้เป็นโมฆะและบริษัทเรียกเงินคืนได้ฐานลามกมิควรได้
- 2) **ผลในเรื่องความรับผิดชอบทางแพ่งของกรรมการ** กรรมการที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 89 นี้จะต้องรับผิดชอบทางแพ่งฐานละเมิด เพราะเป็นกรณีของการจงใจทำผิดกฎหมายและทำให้บริษัทมหาชนจำกัดได้รับความเสียหาย โดยในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 91 (4) ได้บัญญัติว่าให้กรรมการทุกคนรับผิดชอบอย่าง “ลูกหนี้ร่วม” แต่ทั้งนี้บริษัทต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายที่ได้รับจากการที่กรรมการฝ่าฝืนมาตรา 89 มิเช่นนั้นกรรมการที่ฝ่าฝืนก็ไม่ต้องรับผิดชอบ
- 3) **ผลในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของกรรมการ** ที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 89 จะต้องได้รับโทษทางอาญา คือ ปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือสองเท่าของจำนวนเงินที่ให้กู้ยืม แล้วแต่ว่าจำนวนใดจะมากกว่ากัน

จ) ความรับผิดชอบเนื่องมาจากการจ่ายค่าตอบแทนกรรมการที่มีชอบตามมาตรา 90

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 90 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้บริษัทจ่ายเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดให้แก่กรรมการ เว้นแต่จ่ายเป็นค่าตอบแทนตามข้อบังคับของบริษัท

ในกรณีที่ข้อบังคับของบริษัทไม่ได้กำหนดไว้ การจ่ายค่าตอบแทนตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งประกอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นซึ่งเข้ามาประชุม”

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 90 เป็นบทบัญญัติสุดท้ายในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด ที่กำหนดขึ้นเพื่อป้องกันผลประโยชน์ที่ขัดกันของกรรมการและบริษัท ซึ่งตามกฎหมายประเทศอังกฤษก็มีบทบัญญัติในลักษณะนี้ที่เรียกว่า **Restraints on directors' remuneration** ส่วนกฎหมายสหรัฐอเมริกาเรียกว่า **Executive Compensation** ซึ่งล้วนแต่มีเจตนารมณ์เดียวกัน คือ “การห้ามมิให้บริษัทจ่ายค่าตอบแทนให้กับกรรมการ เว้นแต่จะได้รับการยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นก่อน” การห้ามบริษัทนั้นก็เปรียบเสมือนกับการห้ามกรรมการ เพราะการตัดสินใจของบริษัทก็มาจากคณะกรรมการนั่นเอง เหตุที่ต้องห้ามมิให้บริษัทจ่ายค่าตอบแทนให้กรรมการนั้น เพราะว่า หากอนุญาตให้บริษัทจ่ายค่าตอบแทนให้กับกรรมการได้ตามที่บริษัทต้องการแล้ว ก็จะทำให้เกิดกรณี Conflict of Interest ทันที เนื่องจากผู้พิจารณาค่าตอบแทนนั้นก็คือกรรมการบริษัทที่ทำหน้าที่ตัดสินใจแทนบริษัท ส่วนผู้รับค่าตอบแทนนั้นก็คือกรรมการบริษัทนั่นเอง จึงอาจเกิดกรณีที่กรรมการกำหนดค่าตอบแทนให้ตนเองสูงเกินสมควรและทำให้บริษัทเสียหายได้ ดังนั้นจึงต้องมีบทบัญญัติที่ห้ามบริษัทจ่ายค่าตอบแทนให้กรรมการ และโอนอำนาจการกำหนดเรื่องค่าตอบแทนกรรมการไปให้กับที่ประชุมผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัท โดยกฎหมายไทยตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 90 ได้กำหนดจำนวนเสียงข้างมากที่รับรองค่าตอบแทนของกรรมการไว้สูงถึงสองในสามของจำนวนเสียงทั้งหมดที่เข้ามาประชุม

ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 90 ได้กำหนดหลักเกณฑ์พิจารณาเรื่องค่าตอบแทนกรรมการไว้ดังนี้

- 1) โดยหลักแล้วห้ามคณะกรรมการอนุมัติจ่ายเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดให้แก่กรรมการแต่ละคน เพราะป้องกันมิให้เกิด Conflict of Interest ตัวอย่างเช่น ในบริษัทมหาชนแห่งหนึ่ง คณะกรรมการจะอนุมัติเงินโบนัสพิเศษให้กับคณะกรรมการทุกคนไม่ได้ ต้องห้ามตามมาตรา 90

- 2) กรรมการจะได้รับเงินจากบริษัทได้เพียงทางเดียว คือ “ค่าตอบแทนกรรมการ” ซึ่งค่าตอบแทนกรรมการนี้ส่วนมากจะกำหนดอยู่ในข้อบังคับของบริษัท ซึ่งตามกฎหมายแล้วข้อบังคับของบริษัทนั้นก็ได้รับการพิจารณาแล้วจากที่ประชุมจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัด (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน มาตรา 35 (1)) และการแก้ไขข้อบังคับของบริษัทมหาชนก็ต้องกระทำโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นที่มีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นที่มาประชุมและมีสิทธิออกเสียง (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน มาตรา 31) จึงเป็นที่แน่นอนว่าประเด็นเรื่องค่าตอบแทนกรรมการตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทนั้นต้องได้รับการรับรองจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นเสมอ
- 3) ในกรณีที่ข้อบังคับของบริษัทมหาชนไม่ได้กำหนดเรื่องค่าตอบแทนกรรมการไว้ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 90 วรรคสองได้กำหนดให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นที่มีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมพิจารณาลงมติว่าสมควรจะให้ค่าตอบแทนกรรมการหรือไม่ และจำนวนเท่าใด

จากที่กล่าวมาทั้ง 3 ข้อ จะเห็นได้ว่าการที่กฎหมายกำหนดให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติกำหนดเรื่องค่าตอบแทนกรรมการนั้น เพราะต้องการขจัดปัญหา Conflict of Interest โดยกำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงของบริษัทเป็นผู้มีอำนาจกำหนดจำนวนค่าตอบแทนให้กรรมการ

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลเคยปรับลดค่าตอบแทนกรรมการที่สูงเกินส่วน แม้ว่าค่าตอบแทนกรรมการนั้นจะได้รับการรับรองจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้วก็ตาม ในคดี **Roger v. Hill 289 U.S. 582 (1933)**³⁷ มีข้อเท็จจริงคือ ผู้บริหารบริษัท American Tobacco Company ได้สร้างสุทธค่านวนค่าตอบแทนกรรมการขึ้นจากผลกำไรที่ได้รับ ในปี ค.ศ. 1929 ประธานบริษัทได้รับค่าตอบแทนมากกว่า 680,000 เหรียญสหรัฐ และในปีถัดไปคือ ค.ศ. 1930 ประธานบริษัทได้รับค่าตอบแทนมากกว่า 1,300,000 เหรียญสหรัฐ ซึ่งเพิ่มขึ้นเกือบ 2 เท่าตัว ศาลสูงสุดของสหรัฐพิจารณาว่า “เป็นการจ่ายค่าตอบแทนที่สูงเกินส่วน จึงอยู่ภายใต้การตรวจสอบ (review) โดยศาล” แม้ในคดีนี้ศาลยอมรับว่าสุทธการค่านวนนี้สมเหตุสมผล (reasonable) และได้รับการรับรองจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้ว จึงมีผลใช้บังคับได้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1912

³⁷ Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell (St. Paul Minn.: West publishing, 1987), pp.327-328.

กรณีนี้หากพิจารณาตามกฎหมายไทยแล้วจะพบว่าศาลไม่น่าจะมีอำนาจมาปรับลดค่าตอบแทนที่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นพิจารณามาแล้วได้ เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 90 ได้วางหลักการป้องกันไม่ให้เกิด Conflict of Interest ไว้แล้วโดยให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นเป็นผู้กำหนดค่าตอบแทนศาลจึงไม่น่าจะมีอำนาจวินิจฉัยจำนวนค่าตอบแทนกรรมการ อีกทั้งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดไม่ได้มีบทบัญญัติใด ๆ ที่ให้อำนาจผู้ถือหุ้นบางรายยกคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อพิจารณาเรื่องค่าตอบแทนกรรมการที่สูงเกินส่วน ในขณะที่มาตรา 86 มาตรา 86 มีบทบัญญัติที่ให้ผู้ถือหุ้นบางส่วนมีสิทธิฟ้องต่อศาลแทนบริษัท ดังนั้น ผู้ถือหุ้นเสียงข้างน้อยที่ไม่เห็นด้วยกับค่าตอบแทนกรรมการที่สูงเกินส่วนนั้น จึงไม่มีสิทธิฟ้องศาลแทนบริษัทให้ศาลกำหนดค่าตอบแทนกรรมการในอัตราใหม่ เนื่องจากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้

คณะกรรมการที่ฝ่าฝืนมาตรา 90 กล่าวคือจ่ายเงินหรือทรัพย์สินให้กรรมการนอกจากที่กำหนดในข้อบังคับและไม่ได้รับการรับรองจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นนั้น จะมีผลทางกฎหมายดังต่อไปนี้

- 1) ผลในเรื่องการจ่ายเงิน หากคณะกรรมการฝ่าฝืนมาตรา 90 และจ่ายเงินให้กรรมการแต่ละคน การจ่ายเงินดังกล่าวจะสมบูรณ์หรือไม่ และบริษัทจะเรียกเงินคืนได้หรือไม่ หากพิจารณาแล้วจะเห็นว่ากรณีที่คณะกรรมการอนุมัติจ่ายเงินให้กรรมการโดยฝ่าฝืนมาตรา 90 นั้น มาตรา 90 ไม่ได้บัญญัติผลไว้ว่าการจ่ายเงินดังกล่าวจะมีผลอย่างไร จะตกเป็นโมฆะ หรือไม่ผูกพันบริษัท และบริษัทจะเรียกคืนได้หรือไม่ กรณีนี้จะเห็นได้ว่า การจ่ายเงินให้กรรมการนั้นก็เข้าลักษณะของการทำธุรกิจกับบริษัท (self-dealing) ตามที่ต้องห้ามตามมาตรา 87 นั่นเอง แต่ในกรณีนี้ที่ประชุมคณะกรรมการได้เป็นผู้อนุมัติจ่ายเอง จึงถือว่าที่ประชุมคณะกรรมการได้ยินยอมแล้ว การจ่ายเงินนั้นจึงมีผลผูกพันบริษัท ซึ่งบริษัทไม่สามารถเรียกคืนได้ อีกทั้งการฝ่าฝืนมาตรา 90 นี้ไม่ได้กำหนดโทษทางอาญาไว้สำหรับกรรมการที่ฝ่าฝืนดังเช่นกรณีของมาตรา 89 ที่กล่าวมา จึงไม่ถือว่ามาตรา 90 เป็นกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนั้น การจ่ายเงินให้กรรมการโดยไม่ได้รับความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นนั้นจึงน่าจะสมบูรณ์ตามมาตรา 87 แต่บริษัทสามารถเรียกเงินทั้งหมดพร้อมกับค่าเสียหายคืนได้จากกรรมการแต่ละคนฐานละเมิด และกรรมการทุกคนต้องรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมด้วยตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 91 (5)
- 2) ผลในเรื่องความรับผิดทางแพ่ง กรรมการต้องมีความรับผิดฐานละเมิด เพราะเป็นการจงใจฝ่าฝืนกฎหมายทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย และในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 91 (5) ยังได้บัญญัติให้กรรมการทุกคนต้องรับผิดชอบอย่าง “ลูกหนี้ร่วม” สำหรับการกระทำที่ฝ่าฝืนมาตรา 90 นี้ด้วย

3.1.5 ความรับผิดชอบร่วมกันของกรรมการ

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 91 บัญญัติว่า

“กรรมการต้องรับผิดชอบร่วมกันเพื่อความเสียหายใด ๆ อันเกิดขึ้นแก่บริษัทในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) การเรียกให้ผู้ถือหุ้นชำระเงินค่าหุ้น หรือโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินให้แก่บริษัทโดยไม่ปฏิบัติตามมาตรา 37 หรือ มาตรา 38
- (2) การนำเงินค่าหุ้นไปใช้จ่ายหรือจำหน่ายทรัพย์สินที่ได้รับชำระเป็นค่าหุ้นของบริษัทโดยฝ่าฝืนมาตรา 43
- (3) การดำเนินการใด ๆ โดยฝ่าฝืนมาตรา 85
- (4) การให้กู้ยืมเงินโดยฝ่าฝืนมาตรา 89
- (5) การจ่ายเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดให้แก่กรรมการโดยไม่ปฏิบัติตามมาตรา 90
- (6) การจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นโดยฝ่าฝืนมาตรา 115 หรือการรับผิดตามมาตรา 118 เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าได้กระทำการโดยสุจริตและอาศัยหลักฐาน หรือรายงานทางการเงินที่ประธานกรรมการหรือเจ้าหน้าที่การเงินของบริษัท หรือผู้สอบบัญชีของบริษัทรับรองว่าถูกต้องแล้ว
- (7) การไม่จัดทำหรือเก็บรักษาบัญชี ทะเบียน หรือเอกสารของบริษัทตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้กระทำการอันสมควรเพื่อมิให้มีกรณีฝ่าฝืนแล้ว”

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 92 บัญญัติว่า

“กรรมการไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 91 ในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) พิสูจน์ได้ว่าตนมิได้ร่วมกระทำกิจการนั้น ๆ หรือกิจการดังกล่าวได้กระทำไปโดยมิได้อาศัยมติของที่ประชุมคณะกรรมการ
- (2) ได้คัดค้านในที่ประชุมคณะกรรมการโดยปรากฏในรายงานการประชุมหรือได้ทำเป็นหนังสือยื่นต่อประธานที่ประชุมภายในสามวันนับแต่สิ้นสุดการประชุม”

โดยหลักการเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดแล้ว หากกรรมการบริษัทคนใดกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่แล้ว กรรมการคนนั้นก็จะต้องมีความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต่อบริษัท กรรมการบริษัทอื่นๆ ที่ไม่ได้ร่วมกระทำละเมิดก็ไม่ต้องรับผิดชอบด้วย แต่เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริษัทนั้นจะดำเนินการในรูปแบบของ “คณะกรรมการ” ซึ่งประกอบด้วยกรรมการหลายคนรวมกันและดำเนินการโดยผ่านทาง “มติของคณะกรรมการ” พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 91 จึงบัญญัติบทสันนิษฐานความรับผิดชอบของกรรมการไว้ โดยบัญญัติว่าหากเกิดเหตุการณ์ใด เหตุการณ์หนึ่งใน มาตรา 91 (1) ถึง (7) ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่ากรรมการทุกคนต้องร่วมรับผิดชอบ

ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัท โดยกรรมการแต่ละคนมีข้อต่อสู้ให้ตนเองพ้นจากความรับผิดได้ 4 กรณีดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 92 (1) และ (2) กล่าวคือ กรรมการที่ต้องการจะให้ตนเองพ้นความรับผิดต้องพิสูจน์ว่า

- 1) ตนมิได้ร่วมกระทำการนั้น ๆ หรือ
- 2) กิจการนั้นๆ ได้กระทำไปโดยมิได้อาศัยมติของที่ประชุมคณะกรรมการ หรือ
- 3) ตนได้คัดค้านในที่ประชุมคณะกรรมการโดยปรากฏในรายงานการประชุม หรือ
- 4) ตนได้ทำหนังสือยื่นต่อประธานที่ประชุมภายในสามวันนับแต่สิ้นสุดการประชุม

อย่างใดอย่างหนึ่ง มิเช่นนั้นแล้ว กรรมการที่ไม่ได้ยกข้อต่อสู้ตามมาตรา 92 ก็จะต้องบทสันนิษฐานความรับผิดตามมาตรา 91 และรับผิดร่วมกันทั้งคณะ

ตัวอย่างที่หนึ่ง บริษัท ก. จำกัด (มหาชน) มีกรรมการ 7 คนรวมขึ้นเป็นคณะกรรมการของบริษัท คือ นายหนึ่ง นายสอง นายสาม นายสี่ นายห้า นายหก และนายเจ็ด โดยในการประชุมคณะกรรมการครั้งหนึ่ง นายหนึ่ง นายสอง นายสาม นายสี่ นายห้า นายหก เข้าร่วมประชุม ส่วนนายเจ็ดได้ลาประชุมโดยยื่นหนังสือลาประชุมล่วงหน้า ที่ประชุมคณะกรรมการมีมติให้บริษัทซื้อรถยนต์ให้นายหนึ่ง 1 คันราคา 1 ล้านบาทเนื่องจากนายหนึ่งไปเจรจาร่วมทุนกับบริษัทต่างชาติเป็นผลสำเร็จ โดยนายสอง นายสาม นายสี่ นายห้า ลงมติเห็นชอบ ส่วนนายเจ็ดได้คัดค้านในที่ประชุมโดยปรากฏในรายงานการประชุม ส่วนนายหนึ่งงออกเสียงเนื่องจากตนมีส่วนได้เสีย เช่นนี้จะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่คณะกรรมการกระทำการฝ่าฝืนมาตรา 90 ที่ห้ามมิให้บริษัทจ่ายเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดให้แก่กรรมการ โดยมาตรา 91 (5) ได้บัญญัติเป็นข้อสันนิษฐานไว้ว่าให้คณะกรรมการทุกคนต้องรับผิดต่อบริษัทในฐานะลูกหนี้ร่วม แต่กรณีนี้นายหกสามารถยกข้อต่อสู้ตามมาตรา 92 (2) ขึ้นต่อสู้ว่าตนได้คัดค้านในที่ประชุมกรรมการโดยปรากฏในรายงานการประชุมเพื่อให้ตนหลุดพ้นความรับผิดได้ ส่วนนายเจ็ดก็สามารถยกข้อต่อสู้ตามมาตรา 92 (1) ขึ้นต่อสู้ว่าตนไม่ได้เข้าประชุมในวันที่มีมติดังกล่าว ซึ่งถือว่าเป็นกรณีที่ตนไม่ได้ร่วมทำกิจการนั้นๆ ดังนั้น โดยผลของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 91 มติของคณะกรรมการดังกล่าวทำให้นายหนึ่ง นายสอง นายสาม นายสี่ และนายห้าต้องร่วมรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัท กล่าวคือต้องชดเชยราคารถยนต์ให้กับบริษัท ส่วนนายหกไม่ต้องร่วมรับผิดด้วยเพราะได้คัดค้านในที่ประชุมโดยปรากฏในรายงานการประชุม(มาตรา 92 (2)) และนายเจ็ดก็ไม่ต้องร่วมรับผิดด้วยเพราะนายเจ็ดไม่ได้เข้าประชุม จึงถือว่าไม่ได้ร่วมกระทำการดังกล่าว (มาตรา 92 (1))

ตัวอย่างที่สอง ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 37 วรรคสามได้วางหลักว่าบริษัทไม่สามารถนำเงินค่าหุ้นที่ค้างชำระมาหักกลบหนี้กับหนี้ของบริษัทได้ และในมาตรา 91 (1) ได้บัญญัติว่า การเรียกให้ผู้จองหุ้นชำระเงินค่าหุ้น หรือโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินให้แก่บริษัทโดยไม่

ปฏิบัติตามมาตรา 37 นั้นเป็นความรับผิดชอบร่วมกันของกรรมการทุกคน ในบริษัทรุ่งเรืองจำกัด (มหาชน) มีกรรมการบริษัท 5 คน คือ นาย ก. นาย ข. นาย ค. นาย ง. และนาย จ. โดยนาย ก. และนาย ข. ทำสัญญาในนามบริษัทรุ่งเรืองจ้าง นาย ฉ. ตกแต่งอาคารสำนักงานของบริษัทเป็นเงิน 5 แสนบาท ต่อมา นาย จ. มาซื้อหุ้นจากบริษัทรุ่งเรืองจำกัดมูลค่า 5 แสนบาท นาย ก. และนาย ข. จึงแสดงเจตนาในนามบริษัทโดยนำหุ้นที่บริษัทรุ่งเรืองเป็นหนี้ค่าตกแต่งสำนักงาน 5 แสนบาทมาหักกลบกับเงินค่าหุ้นที่นาย ฉ. ค้างชำระอยู่ ชุกรกรรมหักกลบแบบนี้มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพราะมาตรา 37 นั้นมิใช่กฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน เนื่องจากไม่มีโทษทางอาญา กำหนดไว้* ดังนั้นบริษัทรุ่งเรืองจึงไม่สามารถเรียกให้นาย ฉ. ชำระค่าหุ้นได้อีกเนื่องจากหนี้ได้ถูกหักกลบไปหมดแล้ว เช่นนี้คณะกรรมการของบริษัทรุ่งเรืองจำกัดทั้งหมดจะต้องมีความรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้กับบริษัทรุ่งเรืองตามบทสันนิษฐานในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 91 (1) แต่ทั้งนี้จะเห็นว่า นาย ค. นาย ง. และนาย จ. สามารถยกข้อต่อสู้ตามมาตรา 91 (1) มาปฏิเสธให้ตนเองหลุดพ้นจากความรับผิดได้ โดยสามารถยกข้อต่อสู้ได้ว่า “การแสดงเจตนาหักกลบแบบนี้ไม่ได้กระทำโดยอาศัยมติของที่ประชุมกรรมการ” เป็นการกระทำส่วนตัวของ นาย ก. และ นาย ข.

กิจการที่ถือว่ากรรมการทุกคนต้องร่วมรับผิดชอบนั้นมีอยู่ 7 กรณีในมาตรา 91 (1) ถึง (7) คือ

- 1) การเรียกให้ผู้จองหุ้นชำระเงินค่าหุ้น หรือโอนกรรมสิทธิ์ ทรัพย์สินให้แก่บริษัทโดยไม่ปฏิบัติตามมาตรา 37 หรือมาตรา 38
- 2) การนำเงินค่าหุ้นไปใช้จ่ายหรือจำหน่ายทรัพย์สินที่ได้รับชำระเป็นค่าหุ้นของบริษัทโดยฝ่าฝืนมาตรา 43
- 3) การดำเนินการใด ๆ โดยฝ่าฝืนมาตรา 85 เช่น การที่กรรมการคนหนึ่งฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต กระทำการโดยทุจริตแล้วยกยอกเงินของบริษัทไปเป็นของตน กฎหมายสันนิษฐานว่าให้คณะกรรมการทุกคนร่วมรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัท แต่กรณีนี้กรรมการที่ไม่ได้ทุจริต อาจพิสูจน์ได้ว่า “คนไม่ได้ร่วมกระทำการนั้น ๆ” เพื่อให้ตนเองหลุดพ้นจากความรับผิดได้ จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของมาตรา

* กรณีนี้เมื่อเปรียบเทียบพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 37 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และ วรรคสาม แล้วจะเห็นได้ชัดว่าพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 37 วรรคสามมิใช่กฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน การฝ่าฝืนหักกลบแบบนี้จึงไม่ทำให้นิติกรรมเป็นโมฆะ เทียบกับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 37 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ถือว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนเพราะพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 192 และมาตรา 195 ได้กำหนดโทษทางอาญาไว้ให้กับคณะกรรมการที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมาตรา 37 วรรคหนึ่งและวรรคสอง

91 นั้นค่อนข้างเป็นบทสันนิษฐานที่รุนแรงและผลึกภาระการพิสูจน์ให้กับกรรมการแต่ละคนที่จะต้องพิสูจน์เพื่อให้ตนเองพ้นผิดเป็นราย ๆ ไป ถ้ากรรมการไม่สามารถพิสูจน์ถึงความบริสุทธิ์ของตนได้ กฎหมายก็จะถือว่ากรรมการทุกคนนั้นต้องร่วมรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้บริษัท ซึ่งต่างจากคดีแพ่งทั่ว ๆ ไปที่โจทก์ต้องมีหน้าที่นำสืบถึงความผิดหรือความทุจริตของจำเลย นักกฎหมายบางท่านให้ทัศนะว่าเหตุที่กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานและผลึกภาระการนำสืบไปให้กรรมการแต่ละคนนั้นก็เพื่อต้องการคุ้มครองประโยชน์ของผู้ถือหุ้น ซึ่งทำให้กรรมการนอกจากจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและซื่อสัตย์แล้ว ยังต้องพิจารณาความประพฤติของกรรมการอื่นๆ ก่อนเข้ากับตำแหน่งอีกด้วย³⁸

- 4) การให้กู้ยืมเงินโดยฝ่าฝืนมาตรา 89 ดังที่กล่าวมาแล้วในมาตรา 89 ว่าห้ามมิให้บริษัทให้กรรมการ พนักงาน หรือผู้ถือหุ้นกู้ยืมเงิน ดังนั้นหากกรรมการคนใดให้พนักงาน กู้ยืมเงิน และต่อมาหนี้เงินกู้ยืมนั้นกลายเป็นหนี้สูญ ทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย กรรมการทุกคนก็จะต้องร่วมรับผิดชอบด้วย โดยกรรมการอื่นสามารถต่อสู้ตามมาตรา 92 ได้
- 5) การจ่ายเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดให้แก่กรรมการโดยไม่ปฏิบัติตามมาตรา 90 ดังที่ได้ยกตัวอย่างแล้วใน ตัวอย่างที่สอง
- 6) การจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นโดยฝ่าฝืนมาตรา 115 หรือการรับผิดตามมาตรา 118 เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่ากระทำการโดยสุจริตและอาศัยหลักฐาน หรือรายงานทางการเงินที่ประธานกรรมการหรือเจ้าหน้าที่การเงินของบริษัท หรือผู้สอบบัญชีรับรองว่าถูกต้องแล้ว ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 115 วรรคหนึ่งวางหลักว่า “...ในกรณีบริษัทยังมียอดขาดทุนสะสมอยู่ ห้ามมิให้จ่ายเงินปันผล” หากคณะกรรมการได้พิจารณางบการเงินจากผู้สอบบัญชีแล้วเห็นว่า งบการเงินของบริษัทแสดงว่าบริษัทไม่มียอดขาดทุนสะสมแล้ว และในปีนั้นบริษัทมีกำไร จึงนำเรื่องเข้าที่ประชุมผู้ถือหุ้นรับรองให้จ่ายเงินปันผล ที่ประชุมผู้ถือหุ้นก็รับรองให้จ่ายเงินปันผล แต่ต่อมาปรากฏว่าผู้สอบบัญชีทำรายงานผิด บริษัทยังมียอดขาดทุนสะสมอยู่ เช่นนี้ คณะกรรมการต้องมีความรับผิดชอบร่วมกันทั้งคณะตามมาตรา 91 (6) แต่คณะกรรมการทั้งคณะยกข้อต่อสู้ให้หลุดพ้นความรับผิดชอบได้ โดยยกข้อต่อสู้ว่าคณะกรรมการกระทำโดยสุจริตและอาศัยหลักฐาน หรือรายงานทางการเงินที่ผู้สอบบัญชีรับรองแล้ว ดังนั้น จะเห็นว่าข้อต่อสู้ที่ว่า “คณะกรรมการได้กระทำการโดยสุจริตและอาศัยหลักฐานหรือ

³⁸ สุชาติ สัตตบุศย์, กฎหมายสำหรับผู้ถือหุ้นและกรรมการบริษัทมหาชนจำกัด (กรุงเทพมหานคร:บริษัท เอส.เอ. 21 จำกัด, 2537), หน้า 122-123.

รายงานทางการเงินที่ประธานกรรมการหรือเจ้าหน้าที่การเงินของบริษัท หรือผู้สอบบัญชีรับรองว่าถูกต้องแล้ว” นั้น เป็นข้อต่อสู้ร่วมกันของคณะกรรมการ มิใช่ข้อต่อสู้เฉพาะตัวของกรรมการแต่ละคนดังที่บัญญัติในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 92 (1) และ (2) ซึ่งในกรณีนี้กรรมการก็ยังมีสิทธิยกข้อต่อสู้เฉพาะตัวตามมาตรา 92 (1) (2) ขึ้นต่อสู้ได้อยู่เช่นกัน

- 7) การไม่จัดทำหรือเก็บรักษาบัญชี ทะเบียน หรือเอกสารของบริษัทตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้กระทำการอันสมควรเพื่อมิให้มีการฝ่าฝืนแล้ว ตัวอย่างเช่น หากคณะกรรมการไม่จัดเก็บสมุดบัญชีผู้ถือหุ้นให้เรียบร้อยทำให้สูญหายไป คณะกรรมการทั้งคณะต้องมีความรับผิดชอบร่วมกัน โดยในอนุमतรานี้ได้บัญญัติข้อต่อสู้เฉพาะตัวของกรรมการแต่ละคนไว้ว่า กรรมการอาจต่อสู้ได้ว่าตนได้กระทำการอันสมควรเพื่อป้องกันไม่ให้มีการฝ่าฝืนแล้ว

หากพิจารณาเปรียบเทียบความรับผิดชอบร่วมกันของกรรมการบริษัทมหาชนจำกัดตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 91 และ 92 กับความรับผิดชอบร่วมกันของกรรมการบริษัทเอกชนตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1168 แล้ว มีข้อที่น่าสังเกตดังนี้

- 1) กฎหมายกำหนดให้กรรมการบริษัทมหาชนร่วมรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมใน 7 กรณี (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 91 (1) ถึง (7)) ซึ่งมากกว่า กรณีของกรรมการบริษัทเอกชนที่กฎหมายกำหนดให้รับผิดชอบร่วมกันเพียง 4 กรณี (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1168 วรรคสอง (1) ถึง (4))
- 2) กฎหมายกำหนดให้กรรมการบริษัทมหาชนทุกคนต้องร่วมรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วม เมื่อมีกรรมการคนหนึ่งคนใดกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต หรือหน้าที่แห่งความระมัดระวัง (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 91 (3)) ในขณะที่กฎหมายกำหนดให้กรรมการบริษัทเอกชนรับผิดชอบเป็นส่วนตัว เมื่อกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต หรือหน้าที่แห่งความระมัดระวัง (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1168 วรรคแรก)
- 3) ในกรณีที่กฎหมายกำหนดความรับผิดชอบร่วมกันของกรรมการนั้น กฎหมายกำหนดให้กรรมการบริษัทมหาชนสามารถข้อต่อสู้ให้พ้นความรับผิดได้ 4 กรณี (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน มาตรา 92 (1)และ (2)) ในขณะที่กฎหมายไม่อนุญาตให้กรรมการบริษัทเอกชนยกข้อต่อสู้ใด ๆ เลย (ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1168 วรรคสอง) ตัวอย่างเช่น กรณีที่กรรมการจ่ายเงินปันผลไม่ถูกต้องด้วยกฎหมาย เช่น

คณะกรรมการบริษัทมหาชนจำกัดจ่ายเงินปันผลให้ผู้ถือหุ้น ทั้ง ๆ ที่บริษัทไม่มีกำไร กรรมการบริษัทมหาชนทุกคนต้องมีความรับผิดชอบร่วมกันตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 91 (6) กรณีนี้หาก นาย ก. เป็นกรรมการบริษัทมหาชนคนหนึ่งได้คัดค้านในที่ประชุมว่าบริษัทไม่สามารถจ่ายเงินปันผลได้และปรากฏในรายงานการประชุม นาย ก. สามารถยกข้อต่อสู้ได้ว่าตนคัดค้านการกระทำดังกล่าวแล้ว เป็นผลทำให้ นาย ก. ไม่ต้องรับผิดชอบกับกรรมการคนอื่น ๆ ข้อเท็จจริงเดียวกันนี้ ถ้าเป็นกรณีของบริษัทเอกชนแล้ว นาย ก. แม้จะได้คัดค้านในที่ประชุมว่าไม่เห็นด้วยในการจ่ายเงินปันผลและปรากฏในรายงานการประชุม แต่นาย ก. ก็ต้องรับผิดชอบกับกรรมการทุกคน โดยไม่มีข้อต่อสู้ใด ๆ เลย เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้กำหนดข้อต่อสู้ของกรรมการบริษัทเอกชนไว้ดังเช่นพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน นาย ก. จึงต้องร่วมรับผิดชอบกับกรรมการคนอื่นทุกคนอย่างลูกหนี้ร่วม โดยต้องชดใช้เงินปันผลทั้งหมดคืนให้แก่บริษัท แต่กรณีนี้หลังจากที่กรรมการทุกคนชดใช้ค่าเสียหายให้บริษัทแล้ว ในเรื่องความรับผิดชอบระหว่างกรรมการเองนั้น ศาลน่าจะเข้ามามีบทบาทกำหนดความรับผิดชอบในระหว่างกรรมการได้ โดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 432 โดยอาจจะกำหนดให้กรรมการทุกคนที่ลงมติให้เงินปันผลนั้นต้องรับผิดชอบเฉลี่ยกัน ส่วนนาย ก. นั้นไม่ต้องรับผิดชอบ เนื่องจากได้คัดค้านในที่ประชุมแล้ว³⁹

นอกจากกรรมการต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อบริษัทมหาชนดังที่ได้กล่าวมาแล้ว กรรมการยังมีความรับผิดชอบร่วมกันต่อผู้ถือหุ้นของบริษัทและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับบริษัทอีกด้วย เว้นแต่กรรมการจะพิสูจน์ว่าตนไม่ได้มีส่วนในการกระทำความผิดนั้นด้วย โดยความรับผิดชอบร่วมกันของกรรมการต่อผู้ถือหุ้นนั้นบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 94 กล่าวคือ

- 1) การแจ้งข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความอันควรต้องแจ้งเกี่ยวกับฐานะการเงินและผลการดำเนินงานของบริษัทในการเสนอขายหุ้น หุ้นกู้หรือตราสารการเงินของบริษัท
- 2) การแสดงข้อความหรือลงรายการในเอกสารที่ยื่นต่อนายทะเบียนโดยข้อความหรือรายการนั้นเป็นเท็จ หรือไม่ตรงกับบัญชีทะเบียน หรือเอกสารของบริษัท
- 3) การจัดทำบุคคลและบัญชีกำไรขาดทุน รายงานการประชุมผู้ถือหุ้น หรือรายงานการประชุมคณะกรรมการอันเป็นเท็จ

³⁹ ปกป้อง ศรีสนิท, “ความรับผิดชอบของกรรมการที่ไม่ได้บริหารงาน”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 30 ฉบับที่ 2 หน้า 289-290.

3.1.6 การให้สัตยาบันสำหรับการกระทำของกรรมการ

ตามที่ได้กล่าวมาทั้งหมดแล้วว่าการกระทำของกรรมการอาจมีความรับผิดชอบทางแพ่งได้หลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็น “ความรับผิดชอบเป็นส่วนตัวต่อบริษัท” หรือ “ความรับผิดชอบร่วมกันทั้งคณะต่อบริษัท” หรือ “ความรับผิดชอบร่วมกันทั้งคณะต่อผู้ถือหุ้นหรือบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับบริษัท” แต่ทั้งนี้ เมื่อผู้ถือหุ้นมีมติอนุมัติหรือให้สัตยาบันแล้ว กรรมการก็ไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้น ๆ ต่อบริษัท ผู้ถือหุ้น หรือเจ้าหน้าที่ของบริษัท แม้ว่าต่อมาจะมีการเพิกถอนมตินั้นก็ตาม ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 95 ซึ่งบัญญัติว่า

“กรรมการคนใดกระทำการใดที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติให้อำนาจอนุมัติหรือให้สัตยาบันแล้ว แต่ต่อมาจะมีการเพิกถอนมตินั้น กรรมการคนนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้นต่อบริษัท ผู้ถือหุ้น หรือเจ้าหน้าที่ของบริษัท”

ตัวอย่างเช่น คณะกรรมการบริษัท ก. จำกัด (มหาชน) ได้มีมติเลือกบริษัท ข. เป็นผู้ชนะการประมูลก่อสร้างโรงงานแห่งใหม่ของบริษัท โดยเหตุที่เลือกบริษัท ข. เพราะคณะกรรมการทุกคนได้รับเงินสินบนจากบริษัท ข. ทั้ง ๆ ที่บริษัท ค. มีประวัติการทำงานที่ดีกว่า และเสนอราคาที่ถูกกว่า เช่นนี้จะเห็นว่าเป็นกรณีที่คณะกรรมการบริษัท ก. กระทำการโดยฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต ทำให้บริษัท ก. ได้รับความเสียหายจากการที่ต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงในการสร้างโรงงาน จึงต้องมีความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 85 และต้องรับผิดชอบร่วมกันแบบลูกหนี้ร่วมตามมาตรา 91 (3) เช่นนี้ หากต่อมาที่ประชุมผู้ถือหุ้นอนุมัติเห็นชอบด้วยการจ้างบริษัท ข. คณะกรรมการบริษัท ก. ทุกคนก็จะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบที่ และไม่ต้องชดเชยค่าเสียหายให้บริษัท ก. แต่อย่างใด แม้ว่าต่อมาจะปรากฏว่ามีการเพิกถอนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นก็ตาม

หากเปรียบเทียบกับกรณีของบริษัทเอกชนแล้ว ถ้าเสียงข้างมากของที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติอนุมัติหรือให้สัตยาบันแล้ว คณะกรรมการอาจต้องถูกผู้ถือหุ้นที่คัดค้านฟ้องร้องให้ชดเชยค่าเสียหายได้อีก โดยผู้ถือหุ้นที่คัดค้านมีสิทธิฟ้องกรรมการได้ภายใน 6 เดือนนับแต่วันที่ที่ประชุมได้อนุมัติหรือให้สัตยาบัน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1170)

3.2 ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด

ความรับผิดชอบทางแพ่งมีผลเป็นการป้องกันการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบได้ในระดับหนึ่ง กล่าวคือให้ผู้บริหารชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้บริษัท ส่วนความรับผิดชอบอาญานั้นมีโทษจำคุก และโทษปรับ ซึ่งจะมีผลเป็นการป้องกันมิให้ผู้บริหารบริษัทมหาชนปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบได้เป็นอย่างดี

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติที่กำหนดความผิดของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดแล้วจะพบว่า มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งหมด 3 ส่วน คือ

- 1) พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535
- 2) พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535
- 3) กฎหมายพิเศษที่ควบคุมกิจการบางประเภท เช่น พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ ธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535

3.2.1 ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารบริษัทมหาชนตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดได้บัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาไว้ในหมวด 17 ด้วยเรื่อง “บทกำหนดโทษ” ตั้งแต่มาตรา 191 ถึงมาตรา 222 ซึ่งสามารถแบ่งประเภทของความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชนได้เป็น 3 ส่วนดังนี้

ก) ความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ทั่ว ๆ ไปที่กฎหมายกำหนด

ความรับผิดประเภทนี้บัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดโทษให้กับคณะกรรมการเท่านั้น โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 195, 196, 197, 202 และมาตรา 207

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 195 บัญญัติว่า **“คณะกรรมการบริษัทใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 37 วรรคสอง มาตรา 74 มาตรา 79 มาตรา 83 วรรคสอง มาตรา 96 วรรคสาม มาตรา 98 วรรคหนึ่ง มาตรา 100 มาตรา 101 มาตรา 105 วรรคสาม มาตรา 112 มาตรา 113 มาตรา 115 วรรคสี่ มาตรา 151 หรือมาตรา 183 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท”**

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 196 บัญญัติว่า **“คณะกรรมการบริษัทใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 39 มาตรา 40 มาตรา 150 มาตรา 157 หรือมาตรา 182 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท”**

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 197 บัญญัติว่า “คณะกรรมการบริษัทใดฝ่าฝืน มาตรา 43 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 202 บัญญัติว่า “ประธานคณะกรรมการบริษัท หรือผู้ได้รับมอบหมายผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 81 วรรคสอง หรือมาตรา 82 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 207 บัญญัติว่า “คณะกรรมการบริษัทใดแสดง รายการตามมาตรา 114 (3) (4) หรือ (5) ไม่ครบถ้วน หรือไม่ตรงกับความจริง ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท”

ในกฎหมายที่กำหนดความรับผิดในส่วนนี้จะเป็น “บทลงโทษ” โดยจะอ้างถึง “บท บังคับ” หลาย ๆ บท

ตัวอย่างเช่น ในมาตรา 196 เป็น “บทลงโทษ” ที่อ้างถึง “บทบังคับ” ตามมาตรา 39 กล่าวคือ คณะกรรมการใดไม่ปฏิบัติตามบทบังคับตามมาตรา 39 คือ ไม่ดำเนินการขอจดทะเบียน บริษัทภายในสามเดือนนับแต่ประชุมจัดตั้งบริษัท คณะกรรมการก็ถือว่ากระทำความผิดตามมาตรา 196 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท

ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 81 วรรคสอง วางหลักให้ “ประธาน คณะกรรมการต้องเรียกประชุมคณะกรรมการเมื่อมีกรรมการบริษัท 2 คนร้องขอ” ส่วนมาตรา 202 ได้วางหลักว่า “ถ้าประธานคณะกรรมการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 81 วรรคสอง ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 1 หมื่นบาท” เห็นว่ามาตรา 81 วรรคสองเป็น “บทบังคับ” ให้ประธานคณะกรรมการต้อง ปฏิบัติ ส่วนมาตรา 202 เป็น “บทลงโทษ” ที่กำหนดโทษทางอาญาไว้สำหรับประธานกรรมการที่ ฝ่าฝืนมาตรา 81 วรรคสองที่เป็นบทบังคับ

ประเด็นที่น่าสนใจคือ ความรับผิดอาญาในส่วนนี้ต้องการเจตนาหรือไม่

มีข้อพิจารณาว่าความผิดในส่วนนี้ส่วนใหญ่เป็นความรับผิดเพราะจากการบกพร่องต่อ หน้าทีในทางธุรการ ทางทะเบียน หรือทางเอกสารต่าง ๆ ดังนั้น จึงมีแนวความคิดได้สองแนวทาง ว่าความรับผิดประเภทนี้จะถือว่าเป็นความรับผิดอาญาประเภททั่วไปที่ต้องการเจตนาตามประมวล

กฎหมายอาญามาตรา 59 หรือว่าเป็น “ความรับผิดโดยเด็ดขาด” (Strict liability)⁴⁰ ที่ไม่ต้องการเจตนาหรือประมาทก็มีความผิด

ความรับผิดโดยเด็ดขาดนั้นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนว่า “บุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาแม้ไม่มีเจตนาหรือประมาท” ตัวอย่างของความรับผิดโดยเด็ดขาดที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดเจน เช่น ความผิดลหุโทษ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 104 หรือในพระราชบัญญัติศุลกากร (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2482 มาตรา 16

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 104 บัญญัติว่า “การกระทำความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายนี้ แม้กระทำโดยไม่มีเจตนาก็เป็นความผิด เว้นแต่ตามบทบัญญัติความผิดนั้นจะมีความบัญญัติให้เห็นเป็นอย่างอื่น”

พระราชบัญญัติศุลกากร (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2469 มาตรา 16 บัญญัติว่า “การกระทำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27 และมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2469 นั้น ให้ถือว่าเป็นความผิดโดยมิพักต้องคำนึงว่าผู้กระทำความผิดมีเจตนาหรือกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่”

ความผิดอาญาในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนในส่วนนี้ไม่ถือว่าเป็นความผิดลหุโทษ เพราะไม่ว่าจะเป็น มาตรา 195, 196, 197, 202 หรือมาตรา 207 ล้วนแต่มีโทษปรับเกินหนึ่งพันบาททั้งสิ้น* และในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดก็ไม่ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ความผิดทางอาญาในมาตราเหล่านี้เป็นความรับผิดโดยเด็ดขาดที่ไม่ต้องการเจตนาหรือประมาท ดังนั้น จึงถือว่าผู้บริหารที่กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนในมาตราเหล่านี้จะต้องรับผิดทางอาญาก็ต่อเมื่อกระทำโดยเจตนา ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคแรกที่บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา”

หากผู้บริหารบริษัทมหาชนกระทำความผิดอาญาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนในมาตรา 195, 196, 202 และมาตรา 207 แล้ว (เว้นแต่มาตรา 197) ผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดสามารถชำระค่าปรับในอัตราอย่างสูงแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ก่อนศาลพิจารณาได้ เมื่อชำระค่าปรับแล้วจะมีผลให้คดีอาญาลดลงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 37 และสิทธินำคดีอาญามาฟ้องย่อมระงับลงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 39

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 37 บัญญัติว่า “คดีอาญาลดลงดังต่อไปนี้”

⁴⁰ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 214 – 215.

*ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 102 บัญญัติว่า “ความผิดลหุโทษ คือความผิดซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับเช่นว่ามานี้ด้วยกัน”

- (1) ในคดีที่มีโทษปรับสถานเดียว เมื่อผู้กระทำความผิดยินยอมเสียค่าปรับในอัตราอย่างสูง สำหรับความผิดนั้นแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ ก่อนศาลพิจารณา
- (2) ในคดีความผิดที่เป็นลหุโทษ หรือความผิดที่มีอัตราโทษไม่สูงกว่าความผิดลหุโทษ หรือคดีอื่นที่มีโทษปรับสถานเดียว อย่างสูงไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือความผิดต่อ กฎหมายภาษีอากรซึ่งมีโทษปรับอย่างสูงไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท เมื่อผู้ต้องหาชำระ ค่าปรับตามที่พนักงานสอบสวนได้เปรียบเทียบ
- (3) ในคดีความผิดที่เป็นลหุโทษ หรือความผิดที่มีอัตราโทษไม่สูงกว่าความผิดลหุโทษ หรือคดีที่มีโทษปรับสถานเดียวอย่างสูงไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท ซึ่งเกิดใน กรุงเทพมหานคร เมื่อผู้ต้องหาได้ชำระค่าปรับตามที่นายตำรวจประจำท้องที่ตั้งแต่ ตำแหน่งสารวัตรขึ้นไป หรือนายตำรวจชั้นสัญญาบัตรผู้ทำการในตำแหน่งนั้น ๆ ได้ เปรียบเทียบแล้ว
- (4) ในคดีซึ่งเปรียบเทียบได้ตามกฎหมายอื่น เมื่อผู้ต้องหาได้ชำระค่าปรับตามค่า เปรียบเทียบของพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว”

ในกรณีที่ผู้บริหารกระทำความผิดตามมาตรา 197 กล่าวคือ คณะกรรมการบริษัทได้ฝ่าฝืน ต่อหน้าที่ในมาตรา 43 กล่าวคือนำเงินค่าจองหุ้นไปใช้จ่ายก่อนที่จะจดทะเบียนบริษัท โดยไม่ได้รับการอนุมัติจากที่ประชุมจัดตั้งบริษัท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 197 คณะกรรมการที่กระทำความผิดย่อมไม่สามารถชำระค่าปรับใน อัตราอย่างสูงได้ เพราะเหตุว่าความผิดในมาตรา 197 เป็นความผิดที่มีโทษจำคุก จึงไม่สามารถ ชำระค่าปรับให้คดีอาญาเลิกกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 37 ได้ คณะกรรมการจึงต้องถูกดำเนินคดีส่งฟ้องศาล และให้ศาลเป็นผู้พิจารณากำหนดโทษ เหตุที่ กฎหมายกำหนดโทษจำคุกกับคณะกรรมการในกรณีฝ่าฝืนมาตรา 43 นั้นเพราะพฤติการณ์มาตรา 43 นั้นเป็นเรื่องสำคัญ และน่าจะเป็นแนวทางที่สื่อถึงเจตนาทุจริตของคณะกรรมการ

ข) ความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อป้องกัน ผลประโยชน์ที่ขัดกัน (Conflict of Interest)

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน ได้บัญญัติหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อป้องกัน ผลประโยชน์ที่ขัดกันของกรรมการกับบริษัทมหาชนไว้ในมาตรา 86, 87, 88, 89, 90 ดังที่ได้อธิบาย โดยละเอียดแล้วในบทที่ 3 หัวข้อที่ 3.1 โดยผู้บริหารที่ฝ่าฝืนมาตราดังกล่าวก็จะต้องมีความรับผิด ทางแพ่งฐานละเมิด และการฝ่าฝืนบางมาตราก็จะต้องได้รับโทษทางอาญา

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด ได้กำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้บริหารที่กระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อป้องกันผลประโยชน์ที่ขัดกัน (Conflict of Interest) เพียง 2 มาตรา คือ มาตรา 203 ได้กำหนดโทษสำหรับกรรมการที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 88 และในมาตรา 204 ได้กำหนดโทษสำหรับกรรมการที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 89

มาตรา 203 บัญญัติว่า “กรรมการบริษัทใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 88 หรือปฏิบัติตามไม่ครบถ้วน หรือไม่ตรงกับความเป็นจริง ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท”

ในมาตรา 203 ได้กำหนดโทษอาญาสำหรับกรรมการที่มีส่วนได้เสียในสัญญาของบริษัท และไม่ยอมแจ้งเรื่องส่วนได้เสียต่อที่ประชุมคณะกรรมการ และกรณีที่กรรมการไม่ยอมแจ้งเรื่องหุ้นของบริษัทที่ตนถืออยู่ต่อที่ประชุมคณะกรรมการ

มาตรา 204 บัญญัติว่า “กรรมการ กรรมการผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งมีอำนาจกระทำการแทนบริษัทผู้ใด กระทำการใด ๆ อันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 89 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือสองเท่าของจำนวนเงินที่หักยืม สุดแต่จำนวนใดจะมากกว่า”

ในมาตรา 204 ได้กำหนดโทษทางอาญาสำหรับกรรมการ กรรมการผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งมีอำนาจกระทำการแทนบริษัทที่ได้อนุมัติเงินกู้ให้กับกรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้างของบริษัท อันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 89 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือสองเท่าของจำนวนที่ให้กู้ยืม โดยพิจารณาว่าจำนวนใดจะมากกว่ากัน

ในมาตรา 89 นั้นได้บัญญัติห้าม “บริษัท” แต่ในมาตรา 204 นั้นกำหนดโทษทางอาญากับกรรมการที่กระทำการแทนบริษัท ดังนั้นจึงถือได้ว่ามาตรา 89 นั้นมีผลเป็นการห้ามกรรมการ หรือบุคคลใดก็ตามที่มีอำนาจกระทำการแทนบริษัท ซึ่งหากกรรมการหรือบุคคลที่มีอำนาจกระทำการแทนบริษัทฝ่าฝืนแล้ว ก็จะมีผลความรับผิดทางแพ่ง และได้รับโทษทางอาญา

“บุคคลซึ่งมีอำนาจกระทำการแทนบริษัท” นั้นอาจไม่ใช่กรรมการ อาจเป็นหัวหน้าแผนกการเงินที่มีอำนาจอนุมัติจ่ายเงินก็ได้

เป็นที่น่าสังเกตว่า กรรมการที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกันในกรณีอื่นๆ เช่น การฝ่าฝืนไปค้าแข่งกับบริษัทตามมาตรา 86 การฝ่าฝืนทำธุรกิจกับบริษัทตามมาตรา 87 หรือฝ่าฝืนอนุมัติค่าตอบแทนให้ตนเองตามมาตรา 90 นั้น กฎหมายไม่กำหนดความรับผิดทางอาญาไว้ ทั้งๆ ที่เป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกันเช่นเดียวกัน

ค) ความรับผิดทางอาญาอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด ได้บัญญัติความรับผิดทางอาญาในกรณีผู้บริหารปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตไว้ในมาตรา 214 มาตรา 215 และมาตรา 216 ซึ่งแยกพิจารณา ดังนี้

1) พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 214 บัญญัติว่า “**กรรมการหรือผู้ชำระบัญชีของบริษัทใด โดยทุจริต แสดงออกซึ่งความเท็จหรือปกปิดความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นในเรื่องฐานะการเงินของบริษัทนั้น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท**”

มาตรานี้บัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันมิให้กรรมการ หรือผู้ชำระบัญชีของบริษัททุจริต แจ้งความเท็จหรือปกปิดข้อเท็จจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้น ในประเด็นเรื่องฐานะทางการเงินของบริษัท เพราะคณะกรรมการได้รับความไว้วางใจของผู้ถือหุ้นให้ปฏิบัติงานรักษาผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น ดังนั้นการแจ้งข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบนั้น เท่ากับเป็นการทำลายความไว้วางใจที่ผู้ถือหุ้นมีอยู่

2) พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 215 บัญญัติว่า “**บุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัทใด กระทำการหรือไม่กระทำการเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อตนเองหรือผู้อื่นอันเป็นการเสียหายแก่บริษัทนั้น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท**”

ในมาตรา 215 นี้แยกองค์ประกอบความผิดทางอาญาได้ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก ได้แก่

- 1 บุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัทมหาชนใด
- 2 กระทำการหรือไม่กระทำการ
- 3 อันเป็นการเสียหายแก่บริษัทนั้น

องค์ประกอบภายใน ได้แก่

- 1 เจตนาธรรมดา
- 2 เจตนาพิเศษ เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อตนเองหรือผู้อื่น

ตัวอย่างที่หนึ่ง นาย ก. เป็นกรรมการธนาคาร ข. จำกัด (มหาชน) นาย ก. อนุมัติเงินกู้ให้กับบริษัท ค. จำกัด 100 ล้านบาท โดยนาย ก. ไม่เรียกหลักประกัน และไม่ตรวจสอบฐานะทางการเงินของบริษัท ค. เลย โดยนาย ก. ได้รับเงินร้อยละ 1 จากการอนุมัติเงินกู้ดังกล่าว ปรากฏว่าบริษัท ค. ขาดทุนมาตลอด 5 ปี และไม่สามารถชำระหนี้คืนได้ เช่นนี้ถือได้ว่า นาย ก. มีความผิดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 215 นี้ เพราะนาย ก. เป็นบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัท ข. (มหาชน) และได้กระทำการไป อันมีผลให้บริษัทมหาชน ข. ได้รับความเสียหาย เนื่องจากบริษัท ข. ไม่ได้รับเงินคืน และการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยเจตนา

ประกอบกับเจตนาทุจริต เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่ไม่ควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับนาย ก. เอง จึงต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 5 หมื่นบาท

ตัวอย่างที่สอง นาย ก. เป็นกรรมการธนาคาร ข. จำกัด (มหาชน) นาย ก. อนุมัติเงินกู้ให้กับบริษัท ค. จำกัด 100 ล้านบาท โดยไม่เรียกหลักประกัน เพราะเห็นว่าบริษัท ค. มีแนวโน้มที่จะทำกำไรจำนวนมาก ต่อมาบริษัท ค. ล้มละลาย และไม่สามารถใช้เงินคืนได้ กรณีนี้ นาย ก. จะมีความผิดทางอาญาหรือไม่ หากพิจารณาพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 215 แล้วจะพบว่า นาย ก. เป็นบุคคลที่รับผิดชอบการดำเนินงานธนาคาร ข. แล้ว และการอนุมัติเงินกู้ให้บริษัท ค. เป็นการกระทำให้ธนาคาร ข. ได้รับความเสียหาย เนื่องจากบริษัท ค. ไม่สามารถชำระเงินคืนได้ และเป็นการกระทำโดยเจตนาของนาย ก. แต่นาย ก. ไม่มีความผิดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 215 เนื่องจาก นาย ก. ขาดเจตนาทุจริต เพราะนาย ก. ไม่ได้แสวงหาประโยชน์ที่ไม่ควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่นเลย แม้การอนุมัติเงินกู้ดังกล่าวจะเกิดจากความประมาทของนาย ก. ที่ตรวจสอบฐานะทางการเงินของบริษัท ค. ไม่ดีพอ แต่นาย ก. ก็ไม่มีความผิดเพราะมาตรา 215 เป็นความผิดที่ต้องการเจตนาพิเศษ

ตัวอย่างที่สาม นาย ก. เป็นกรรมการธนาคาร ข. จำกัด (มหาชน) อนุมัติเงินกู้ให้กับบริษัท ค. จำกัด 100 ล้านบาทโดยเรียกหลักประกันคือที่ดินราคา 150 ล้านบาท และได้รับค่าตอบแทนจากการอนุมัติให้กู้จากบริษัท ค. อีกร้อยละ 1 ของจำนวนเงินกู้ ต่อมาบริษัท ค. ล้มละลายและไม่สามารถชำระหนี้ได้ นาย ก. ก็ไม่ต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 215 นี้ เพราะแม้ว่ากรณีดังกล่าว นาย ก. ได้ปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตจริงแต่ธนาคาร ข. ก็ไม่ได้รับความเสียหาย เนื่องจากมีหลักประกันคุ้มครองความเสียหายแล้ว

ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 215 นี้ มีองค์ประกอบคล้ายกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 353 มาก โดยประมวลกฎหมายอาญามาตรา 353 บัญญัติว่า

“ผู้ใดได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย กระทำผิดหน้าที่ของตนด้วยประการใด ๆ โดยทุจริต จนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินของผู้นั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

แม้ว่าองค์ประกอบความผิดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 215 และประมวลกฎหมายอาญามาตรา 353 จะคล้ายกันมาก แต่ก็มีข้อสังเกตที่ควรพิจารณาดังนี้

1. ความผิดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 215 เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ส่วนความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 353 เป็นความผิดอาญาต่อส่วนตัว (ความผิดอัน

ยอมความได้) ดังนั้นการดำเนินคดีอาญาจึงต้องแตกต่างกันกล่าวคือ เมื่อผู้บริหารบริษัทมหาชนทุจริตกระทำให้เกิดความเสียหายกับบริษัทมหาชนจำกัดแล้ว หากจะดำเนินคดีอาญาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 215 สามารถทำได้โดยการกล่าวโทษต่อพนักงานปกครองหรือตำรวจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยบุคคลใดก็ได้เป็นผู้กล่าวโทษ โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้เสียหายเป็นใครหรือมาร้องทุกข์หรือไม่ แต่หากจะดำเนินคดีอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 353 แล้ว จะต้องกระทำโดยการที่บริษัทเข้าร้องทุกข์เจ้าพนักงานปกครองหรือตำรวจ เพราะความผิดตามมาตรา 353 นี้บริษัทเป็น “ผู้เสียหายที่แท้จริง” และกรณีนี้ กรรมการคนอื่นๆ ก็มีสิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 5 (3) เข้าร้องทุกข์ต่อพนักงานปกครองหรือตำรวจก็ได้เช่นเดียวกัน ในฐานะเป็น “ผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหาย” หากบริษัท หรือ กรรมการไม่ร้องทุกข์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 2 (7) แล้ว พนักงานสอบสวนก็ไม่มีอำนาจสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 121 วรรคสอง และพนักงานอัยการก็ไม่มีอำนาจฟ้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 120

ปัญหาที่เกิดขึ้นสำหรับการดำเนินคดีตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 353 คือ หากบริษัทและกรรมการ ไม่ยอมร้องทุกข์ เพราะกรรมการเป็นเพื่อนกับกรรมการที่ทุจริต ผู้ถือหุ้นสามารถร้องทุกข์ให้ดำเนินคดีตามมาตรา 353 ได้หรือไม่

กรณีนี้น่าจะเทียบได้กับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 53 / 2521 ซึ่งวินิจฉัยว่า “**กรรมการบริษัทเอกชนร่วมกับบุคคลอื่นยกยอทรัพย์ของบริษัทอันเป็นความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 352 กรรมการอื่นไม่ยอมฟ้องคดีอาญา ผู้ถือหุ้นเป็นผู้เสียหายฟ้องกรรมการหรือบุคคลอื่นที่กระทำคามผิดได้**”

และนอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 115 / 2535 วินิจฉัยยืนตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาก่อน โดยวินิจฉัยว่า “**ผู้ถือหุ้นซึ่งมีประโยชน์ได้เสียร่วมกับบริษัทย่อมได้รับความเสียหายโดยนิตินัย มีสิทธิฟ้องกรรมการเป็นคดีอาญารฐานยกยอทรัพย์ได้**”

มีคำพิพากษาศาลฎีกาอีกฉบับหนึ่งที่วินิจฉัยต่างออกไปคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6328-30 / 2531 วินิจฉัยว่า “**จำเลยเป็นลูกจ้างบริษัทตำแหน่งผู้จัดการฝ่ายขาย มิใช่ผู้แทนนิติบุคคล เมื่อจำเลยยกยอ บริษัทย่อมเป็นผู้เสียหาย โจทก์เป็นผู้ถือหุ้นมิใช่ผู้เสียหาย**”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6328-30 / 2531 นี้มิได้ขัดกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 53 / 2521 และ 115 / 2535 แต่อย่างใด เพราะคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6328 – 30 / 2531 ผู้กระทำความผิดมิใช่กรรมการบริษัท เป็นเพียงพนักงานบริษัทตำแหน่งผู้จัดการฝ่ายขาย จึงมีฐานะเป็นเพียงลูกจ้างของบริษัทเท่านั้น เมื่อพนักงานบริษัทไปยกยอทรัพย์ของบริษัท ผู้เสียหายในคดีนี้จึงมี “บริษัท” ใน

ฐานะเป็นผู้เสียหายที่แท้จริงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) และ “กรรมการบริษัท” ในฐานะผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (3) เท่านั้น ผู้ถือหุ้นจึงไม่ใช่ผู้เสียหายในความผิดที่พนักงานบริษัทชกออกทรัพย์ของบริษัท แต่ข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 53 / 2521 และ 115 / 2535 นั้นมีข้อเท็จจริงต่างออกไปคือ ทั้งสองคดีนั้น กรรมการบริษัทเป็นผู้กระทำความผิดฐานชกออกทรัพย์สินของบริษัทเอง ดังนั้นผู้เสียหายในคดีดังกล่าวคือ “บริษัท” ในฐานะผู้เสียหายที่แท้จริงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) และ “กรรมการอื่น ๆ ของบริษัท” ในฐานะผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหาย นอกจากนี้ศาลฎีกายังขยายหลักออกไปว่า “ผู้ถือหุ้น” ก็เป็นผู้เสียหายที่แท้จริงในคดีนี้อีกคนหนึ่งด้วย เพราะเหตุว่า ผู้ถือหุ้นมีประโยชน์ได้เสียในทรัพย์สินของบริษัท ย่อมได้รับความเสียหายจากการที่กรรมการชกออกทรัพย์สินของบริษัทนั่นเอง อีกทั้งเป็นการตีความกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม กล่าวคือ หากศาลฎีกาไม่ถือว่าผู้ถือหุ้นเป็นผู้เสียหายในความผิดที่กรรมการชกออกทรัพย์สินของบริษัทแล้ว กรรมการที่กระทำความผิดก็จะหลุดพ้นจากการดำเนินคดีอาญา เพราะเหตุว่า กรรมการอื่น ๆ ที่ไม่ได้กระทำความผิดคงไม่ดำเนินคดีอาญากับพวกพ้องของตนอย่างแน่นอน

จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 53 / 2521 และ 115 / 2535 ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว น่าจะเทียบเคียงกับกรณีที่กรรมการบริษัทมหาชนจำกัดกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 353 ได้ กล่าวคือ หากกรรมการบริษัทมหาชนจำกัดกระทำการโดยทุจริตทำให้บริษัทมหาชนเสียหายอันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 353 แล้ว ผู้เสียหายที่จะดำเนินคดีอาญาโดยการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีได้นั้น นอกจากจะมี “บริษัท” และ “กรรมการ” อื่นแล้ว ยังน่าจะรวมถึง “ผู้ถือหุ้น” ของบริษัทมหาชนจำกัดอีกด้วย เพราะเหตุว่า ผู้ถือหุ้นเป็นผู้มีประโยชน์ได้เสียในทรัพย์สินของบริษัท ย่อมได้รับความเสียหายในกรณีที่กรรมการทุจริตต่อหน้าที่และทำให้บริษัทเสียหาย อีกทั้งถ้าไม่เปิดโอกาสให้ผู้ถือหุ้นเป็นผู้เสียหายดำเนินคดีได้แล้ว ก็เป็นการยากที่บริษัทหรือกรรมการจะดำเนินคดีกับกรรมการที่ทุจริต เนื่องจากการเป็นพวกพ้องสนิทสนมกัน แต่ทั้งนี้ยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยออกมาชัดเจนว่าผู้ถือหุ้นเป็นผู้เสียหายในกรณีที่กรรมการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 353

2. โทษที่กำหนดในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน มาตรา 215 นั้นมีเพียงโทษปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท แต่ในขณะที่โทษที่กำหนดในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 353 มีโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท และหากผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลผู้มีวิชาชีพหรือธุรกิจอันเป็นที่ไว้วางใจของประชาชนแล้ว ก็จะต้องได้รับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 354 คือจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งถือว่าโทษตามประมวลกฎหมายอาญานั้นมีโทษหนักกว่าพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดอย่างมาก

3. ความผิดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 215 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 353 มีที่มาจากประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน มาตรา 266 ซึ่งกำหนดเป็นความผิดฐาน “Untreue”⁴¹ หรือแปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า “Breach of Confidence” ซึ่งขอยกคำอธิบายความผิดฐานดังกล่าวในหนังสือ Manual of German Law หน้า 115 มาไว้ ณ ที่นี้

“...this offence consists in the abuse of the powers of a representative to the detriment of property of the person represented. It may be committed by abusing to dispose of another person’s property, or by pledging another person’s credit, or by neglecting an obligation to care for the interests of another person’s property. ...”

แปลเป็นภาษาไทยได้ว่า “ความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่ประกอบขึ้นจากการใช้อำนาจโดยบิดผันของผู้แทนที่จะทำให้ทรัพย์สินของบุคคลที่แต่งตั้งเสียหาย อาจจะเป็นการกระทำโดยจำหน่ายทรัพย์สินของผู้อื่น หรือนำไปเป็นหลักประกัน หรือเพิกเฉยต่อหน้าที่ที่จะต้องดูแลรักษาทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ในทรัพย์สินของผู้อื่น”

นอกจากนี้กฎหมายเยอรมันยังกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะกระทำความผิดฐานนี้ไว้ และยังกำหนดกรณีการกระทำความผิดที่มีผลกระทบต่อของสังคม (welfare of the people) ไว้ในวรรคสอง⁴²

เมื่อพิจารณากฎหมาย Common Law แล้วจะพบว่ากฎหมาย Common Law ได้มีความผิดลักษณะดังกล่าวเช่นเดียวกัน โดยเป็นความผิดลักษณะหนึ่งในความผิดฐาน “Theft”⁴³ โดยจำเลยจะมีความผิดฐานดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนหน้าที่ที่เรียกว่า “Fiduciary Obligation”^{*} ซึ่งกฎหมายอังกฤษได้มีหลักในการพิจารณาว่าจำเลยกระทำผิดต่อ Fiduciary Obligation หรือไม่ คือ พิจารณาว่า จำเลยมี an obligation to deal with in a particular way หรือไม่ ถ้าจำเลยมี an obligation to deal with in a particular way และกระทำทุจริตต่อผู้อื่น จำเลยจะมีความผิดฐาน Theft แต่ถ้าจำเลยไม่มี an obligation to deal with in a particular way จำเลยจะไม่มี ความผิดฐาน Theft

⁴¹ Manual of German Law p.115. อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 (กรุงเทพมหานคร:เนติบัณฑิตยสภา, 2532), หน้า 2911.

⁴² Manual of German Law Volume 2, 1952, p.115.

⁴³ J.C. Smith & Brian Hogan, Criminal Law (ELBS Butterworths, 1992), pp. 5048-509.

* ความหมายเดียวกับ “Fiduciary Duty”

Smith & Hogan ได้ยกตัวอย่างไว้ในหนังสือ Criminal Law หน้า 508-509 ดังนี้

“ในกรณีที่ ก. ให้ ข. ยืมเงิน โดย ข. ไม่มีเจตนาที่จะคืนเงินตั้งแต่แรก ข. รับเงินไว้โดยไม่มี *an obligation to deal with in a particular way*. แม้ ข. ไม่คืนเงินให้ ก. ข. ก็ไม่มีความผิดฐาน *Theft*

ในกรณีที่ ก. จ้าง ข. ให้ทำงานบางอย่าง โดย ก. ให้เงินล่วงหน้าต่อ ข. เป็นค่าจ้าง แม้ ข. จะไม่มีเจตนาที่จะทำงานนั้น ๆ เลย ข. ก็จะไม่มีความผิดฐาน *Theft* เพราะ ข. รับเงินไว้โดยไม่มี *an obligation to deal with in a particular way*. แต่อาจมีความผิดฐานฉ้อโกง (*Obtaining Money by Deception*) แต่ถ้าเป็นกรณีที่ ก. จ้าง ข. ให้ก่อสร้างบ้าน และ ก. ให้เงิน ข. เพื่อนำไปซื้อวัสดุก่อสร้าง ข. นำเงินไปใช้ทำให้ ก. เสียหาย เช่นนี้ ข. จะมีความผิดฐาน *Theft* เพราะ ข. รับเงินดังกล่าวโดยมี *an obligation to deal with in a particular way* โดย ข. มี *Fiduciary Obligation* ต่อเงินจำนวนดังกล่าว

ในกรณีที่นายจ้างมอบเงินให้เลขานุการไปซื้อตัวเครื่องบิน ถ้าเลขานุการนำเงินไปใช้ให้เสียหายแก่นายจ้าง เลขานุการมีความผิดฐาน *Theft* เพราะเลขานุการรับเงินมาโดยมี *an obligation to deal with in a particular way* ที่จะนำเงินไปซื้อตัวเครื่องบินเท่านั้น”

เมื่อเปรียบเทียบหลักกฎหมายเยอรมันและกฎหมาย Common Law กับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 353 ของไทยแล้วจะพบว่า กฎหมายต่างประเทศนั้นตีความ คำว่า “Breach of Confidence” หรือ “Fiduciary Obligation” ให้รวมถึงกรณีลูกจ้างหรือตัวแทนรับเงินจากนายจ้างหรือตัวการด้วย แต่มาตรา 353 ของไทยนั้นศาลฎีกาได้ตีความว่าจำเลยจะผิดตามมาตรา 353 ได้ นั้น จำเลยจะต้องมี “อำนาจในการจัดการทรัพย์สินด้วย” เช่นฎีกาที่ 2343/2514 และที่ 155/2517 ได้วินิจฉัยว่า “ลูกจ้างรับเงินไว้แทนนายจ้าง ไม่มีหน้าที่จัดการเงินนั้น ๆ ต้องส่งมอบเงินให้นายจ้างอย่างเดียว ลูกจ้างไม่ผิดมาตรา 353 ผิดเพียงฐานยกยอก มาตรา 352” ซึ่งศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ มีความเห็นว่า ลูกจ้างน่าจะผิดมาตรา 353 นี้ด้วย⁴⁴

ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 353 นั้นนอกจากจะเป็นกรณีที่เบียดบังเอาประโยชน์จากทรัพย์สินของผู้อื่นแล้วยังรวมถึงกรณีที่ทำให้ทรัพย์สินของผู้อื่นขาดประโยชน์ที่ควรได้อีกด้วย⁴⁵ กล่าวคือถ้ากรรมการทุจริตและกระทำการยกยอกเอาทรัพย์สินของบริษัทไป กรรมการก็จะมี ความผิดตามมาตรา 352 และมาตรา 353 ด้วย แต่ถ้าเป็นกรณีที่กรรมการทุจริตและทำให้ทรัพย์สินของบริษัทเสียหาย แต่ไม่ถึงขั้นยกยอก กรรมการจะมีความผิดเฉพาะมาตรา 353

⁴⁴ จิติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2532), หน้า 2911.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2912.

กล่าวโดยสรุป การที่ผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดจะกระทำโดยทุจริตให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทมหาชนจำกัด หากจะดำเนินคดีอาญากับผู้บริหารดังกล่าวสามารถกระทำได้ 2 วิธี คือ กล่าวโทษตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 215 ซึ่งเป็นวิธีการดำเนินงานที่ง่ายกว่า แต่มีบทลงโทษที่เบากว่า อีกวิธีหนึ่งคือร้องทุกข์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 353 ซึ่งเป็นวิธีดำเนินการที่ง่ายกว่า เพราะต้องกระทำโดย “ผู้เสียหาย” แต่ก็มีบทลงโทษที่รุนแรงกว่ามาก

ง) ความรับผิดชอบของผู้บริหารร่วมกับบริษัท

ความรับผิดชอบของผู้บริหารร่วมกับบริษัทนั้นบัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 222 บัญญัติว่า

“ในกรณีที่บริษัทเป็นผู้กระทำความผิดและถูกลงโทษตามพระราชบัญญัตินี้ กรรมการซึ่งรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิดนั้น หรือซึ่งมิได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้น ต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย”

ในกฎหมายบริษัทมหาชนฉบับเก่า คือ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 จะกำหนดความรับผิดชอบของกรรมการร่วมกับบริษัทไว้ว่า *“หากบริษัทเป็นผู้กระทำความผิด ให้ถือว่ากรรมการบริษัทต้องระวางโทษเช่นเดียวกันกับบริษัท เว้นแต่กรรมการจะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดนั้น”*

ปัญหาที่ต้องพิจารณาประการแรกคือ ความรับผิดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 222 ถือว่าเป็นความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) หรือไม่

ความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability)⁴⁶ ซึ่งถือว่าเป็นความรับผิดเด็ดขาดประเภทหนึ่ง ซึ่งศาลฎีกาเคยวินิจฉัยโดยใช้หลักการดังกล่าวบางเรื่อง ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 990 / 2508 วินิจฉัยว่า “จำเลยที่ 1 เป็นบรรณาธิการหนังสือพิมพ์ฉบับที่โจทก์นำมาฟ้อง จึงต้องรับผิดเป็นตัวการในการที่หนังสือพิมพ์จำเลยลงข่าวหมิ่นประมาทโจทก์ตาม พ.ร.บ. การพิมพ์ พ.ศ. 2484 มาตรา 48 วรรคสอง แม้จำเลยที่ 1 จะไม่ได้ลงข่าวนี้ โดยมอบหมายให้จำเลยที่ 2 เป็นผู้ดำเนินการแทนก็ตาม จำเลยที่ 1 หาพยานไม่ได้”

⁴⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 221.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยไว้ชัดเจนว่า พ.ร.บ.การพิมพ์ มาตรา 48 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติของความรับผิดเพื่อการกระทำของผู้อื่น กล่าวคือหนังสือพิมพ์จำเลยเป็นผู้กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท พ.ร.บ.การพิมพ์ มาตรา 48 วรรคสองบัญญัติให้บรรณาธิการต้องร่วมรับผิดด้วย ดังนั้น เมื่อจำเลยที่ 1 มีฐานะเป็นบรรณาธิการหนังสือพิมพ์จำเลย จำเลยที่ 1 จึงต้องรับผิดด้วยตาม พ.ร.บ. การพิมพ์ จำเลยที่ 1 ไม่อาจปฏิเสธได้ว่า ตนไม่ได้กระทำการหมิ่นประมาท เพราะหลักของความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นนั้น ไม่ได้พิจารณาจาก “การกระทำ” แต่พิจารณาจาก “ฐานะ” ของบุคคล⁴⁷

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1604 / 2522 วินิจฉัยว่า “ช.รับจ้างขนแร่ของบริษัทเกินจำนวนใบอนุญาตให้ขนกว่าร้อยละ 5 บริษัทต้องรับผิดในการกระทำของลูกจ้าง ตาม พ.ร.บ. แร่ พ.ศ. 2510 มาตรา 10 ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2516 มาตรา 8 ช.ขนแร่ของตนรวมไปกับแร่ของบริษัท ถือว่าการขนแร่เป็นความผิดที่ผู้รับใบอนุญาตต้องรับผิดเป็นตัวการด้วย และถือเป็นแร่ผิดกฎหมายทั้งหมดตามมาตรา 110 ต้องริบตามตรา 154 ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2516 มาตรา 39 ไม่ว่าจะมีส่วนผู้ถูกลงโทษหรือไม่”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1604 / 2522 นี้เป็นการที่ลูกจ้างกระทำความผิด พ.ร.บ.แร่ ได้บัญญัติให้นายจ้างต้องรับผิดด้วย ดังนั้นแม้ว่านายจ้างไม่มีการกระทำ ก็ต้องรับผิดทางอาญาเพราะฐานะที่ตนเป็นนายจ้าง

เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 222 ไม่ใช่หลักการของความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) เพราะเหตุผล 2 ประการ คือ

1) ความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นจะต้องเป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้บุคคลหนึ่งต้องรับผิดในการกระทำของอีกบุคคลหนึ่ง เพราะเหตุที่บุคคลนั้นมีฐานะที่กฎหมายกำหนดไว้ ถือว่าเป็นความรับผิดเพราะฐานะของตน มิใช่รับผิดเพราะการกระทำของตน แต่ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 222 บัญญัติให้กรรมการที่รู้เห็นเป็นใจกับการกระทำของบริษัทเท่านั้นที่ต้องรับผิด ดังนั้นกรรมการจึงต้องรับผิดไม่ใช่เพราะฐานะของตน แต่ต้องรับผิดเพราะการกระทำของตน คือ การรู้เห็นเป็นใจในที่บริษัทกระทำความผิด

2) ความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นจะไม่เปิดโอกาสให้จำเลยพิสูจน์การกระทำของตนเลย เพราะถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยมีฐานะที่กฎหมายกำหนดแล้ว จำเลยก็ต้องรับผิด แต่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 222 กรรมการมีโอกาสพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้มีส่วนรู้เห็นเป็นใจในการที่บริษัทกระทำความผิด

ดังนั้นพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 222 จึงไม่ใช่หลักความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น จึงไม่อาจนำหลักดังกล่าวมาวินิจฉัยกับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 222 ได้ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 222 เป็นบทสันนิษฐานความรับ

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน

ผิดที่กำหนดขึ้นเพื่อป้องกันอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ มิให้ผู้บริหารบริษัทใช้บริษัทมหาชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดอาญา

ประเด็นที่ต้องพิจารณาประเด็นต่อไป คือ **รูปแบบของบทสันนิษฐานที่กฎหมายกำหนดให้กรรมการบริษัทมหาชนต้องรับผิดชอบร่วมกับบริษัทมหาชนมีกี่รูปแบบ**

ในกรณีนี้กฎหมายพิเศษต่าง ๆ ได้กำหนดรูปแบบของบทสันนิษฐานความรับผิดทางอาญาของกรรมการเชื่อมโยงไว้กับความรับผิดทางอาญาของบริษัทไว้ 3 ประเภท⁴⁸ คือ

1) เป็นบทบัญญัติให้กรรมการบริษัทต้องรับผิดทางอาญาโดยเด็ดขาด

กรณีนี้เมื่อบริษัทกระทำความผิด กฎหมายกำหนดให้กรรมการบริษัทต้องรับผิดทางอาญาทันทีโดยไม่มีทางพิสูจน์ให้ตนหลุดพ้นความรับผิดได้เลย เช่น พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 26 วรรค 2 บัญญัติว่า "...ในกรณีที่นิติบุคคลกระทำความผิดตามมาตรา นี้ ให้ผู้ดำเนินกิจการสถานบริการนั้นร่วมรับผิดกับนิติบุคคลด้วย" หรือ พระราชบัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด สมาคม และมูลนิธิ พ.ศ. 2499 มาตรา 25 บัญญัติว่า "ในกรณีที่บริษัทจำกัดใดกระทำความผิดตามมาตรา 7 ถึงมาตรา 24 กรรมการของบริษัทนั้นหรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัทนั้น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท"

ตัวอย่างเช่น บริษัท ก. กระทำความผิดตามมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด สมาคม และมูลนิธิ พ.ศ. 2499 กล่าวคือ บริษัท ก. ไม่ทำใบหุ้นมอบให้เป็นที่คู่มือแก่ผู้ถือหุ้น บริษัท ก. ต้องรับโทษทางอาญาตามมาตรา 8 คือระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท และโดยผลของมาตรา 25 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว กรรมการทุกคนของบริษัท ก.จะต้องรับโทษปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท โดยกรรมการของบริษัท ก. ไม่อาจพิสูจน์ได้เลยว่าตนไม่ทราบเรื่องการที่ไม่ออกใบหุ้นดังกล่าว เพราะมาตรา 25 เป็นบทบัญญัติที่เป็นความรับผิดโดยเด็ดขาด

2) เป็นการบัญญัติให้กรรมการบริษัทจะต้องรับผิดทางอาญาโดยข้อสันนิษฐาน และให้กรรมการบริษัทนำสืบแก้ตัวได้

กรณีนี้เป็นกรณีที่เมื่อบริษัทมีความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายพิเศษแล้ว กฎหมายพิเศษเหล่านั้นจะมีบทสันนิษฐานให้กรรมการบริษัทจะต้องรับผิดชอบร่วมกับบริษัท แต่จะมีข้อยกเว้นที่เปิดโอกาสให้กรรมการมีสิทธิพิสูจน์แก้ตัวว่าตนมิได้รู้เห็นหรือยินยอมในการกระทำนั้น ๆ เช่น

⁴⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ความรับผิดของผู้บริหารกิจการทางแพ่งและทางอาญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2539), หน้า 42-44.

พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 101 บัญญัติว่า “ในกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิด และถูกลงโทษตามพระราชบัญญัตินี้ให้ถือว่าผู้แทนของนิติบุคคล กรรมการทุกคน และผู้รับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้นต้องระวางโทษเช่นเดียวกับนิติบุคคลนั้นด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้รู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดนั้น หรือได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้นแล้ว”

ตัวอย่างเช่น บริษัท ค. ไม่ส่งเงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคมมีความผิดตามพระราชบัญญัติประกันสังคมและต้องรับโทษ โดยผลของมาตรา 101 กรรมการทุกคนของบริษัท ค. จะถูกสันนิษฐานให้ต้องรับผิดร่วมกับบริษัท ค. ในความผิดดังกล่าว ถ้ากรรมการไม่พิสูจน์ว่าตนมิได้รู้เห็นเป็นใจ กรรมการก็ต้องรับผิดทางอาญา แต่ถ้ากรรมการพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้รู้เห็นเป็นใจ หรือได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดแล้ว กรรมการนั้น ๆ ก็จะหลุดพ้นจากความรับผิดทางอาญา บทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้เป็นการวางข้อสันนิษฐานและผลกฏการการ พิสูจน์ให้ฝ่ายจำเลยเป็นฝ่ายนำสืบให้หลุดพ้นจากความรับผิดทางอาญา

3) เป็นการบัญญัติว่ากรรมการบริษัทจะต้องรับโทษร่วมกับบริษัทก็ต่อเมื่อโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ากรรมการคนนั้น ๆ มีส่วนผิดอยู่ด้วย

กรณีนี้เมื่อบริษัทกระทำความผิดอาญาแล้ว กรรมการจะไม่ต้องรับผิดทางอาญาด้วย แต่ถ้าโจทก์ประสงค์ให้กรรมการต้องรับผิดด้วยแล้ว โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ากรรมการผู้นั้นมีส่วนผิดอยู่ด้วย ถ้าโจทก์สามารถนำสืบความผิดของกรรมการได้ กรรมการบริษัทที่จะต้องรับผิดทางอาญาร่วมกับบริษัท แต่ถ้าโจทก์ไม่สามารถนำสืบความผิดของกรรมการบริษัทได้ กรรมการบริษัทก็ไม่ต้องรับผิดทางอาญา เช่นตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 283 ได้บัญญัติว่า “ในกรณีที่บริษัทหลักทรัพย์ใดกระทำความผิดตาม มาตรา 92 ... ถ้าพิสูจน์ได้ว่าการกระทำความผิดของบริษัทหลักทรัพย์เกิดจากการสั่งการ การกระทำการ หรือไม่สั่งการ หรือไม่กระทำการอันเป็นหน้าที่ที่ต้องกระทำของกรรมการ ผู้จัดการหรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัทหลักทรัพย์นั้น ผู้ใดผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ตัวอย่างเช่น บริษัท ข. เป็นบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ได้กระทำความผิดตาม มาตรา 92 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 กรรมการบริษัท ข. จะต้องรับผิดหรือไม่ขึ้นอยู่กับว่าโจทก์สามารถนำสืบได้หรือไม่ว่ากรรมการคนนั้น ๆ เป็นผู้สั่งการให้บริษัทกระทำความผิดตาม มาตรา 92 หรือไม่ ถ้าโจทก์พิสูจน์ได้ กรรมการผู้นั้นก็ต้องรับผิดทางอาญาตาม มาตรา 283 แต่ถ้าโจทก์ไม่อาจพิสูจน์ได้ว่ากรรมการผู้นั้นเป็นผู้สั่งการ กรรมการก็ จะไม่มีความรับผิดทางอาญา แต่จะรับผิดทางแพ่งหรือไม่เป็นอีกกรณีหนึ่ง

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 ที่บัญญัติให้กรรมการร่วมรับผิดชอบกับบริษัทนั้นเป็นบทสันนิษฐานความรับผิดชอบประเภทที่ 2 กล่าวคือ เป็นการบัญญัติให้กรรมการบริษัทจะต้องรับผิดชอบทางอาญาโดยข้อสันนิษฐาน กล่าวคือกรรมการมีสิทธิพิสูจน์ให้ตนเองหลุดพ้นได้ว่า ตนไม่มีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิด ส่วนในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 222 เป็นบทสันนิษฐานความรับผิดชอบประเภทที่ 3 กล่าวคือ เป็นการบัญญัติว่ากรรมการบริษัทจะต้องรับโทษร่วมกับบริษัทก็ต่อเมื่อโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ากรรมการคนนั้น ๆ มีส่วนผิดอยู่ด้วย

ประเด็นต่อไปที่ต้องพิจารณาคือ อะไรคือเหตุผลในการบัญญัติกฎหมายในลักษณะกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดชอบให้กับผู้บริหารต้องรับผิดชอบร่วมกับบริษัทมหาชน

1) เหตุผลในเชิงป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ

เหตุผลในข้อนี้เป็นเหตุผลที่สำคัญที่สุดในการบัญญัติกฎหมายพิเศษมาลงโทษกรรมการบริษัทด้วยในกรณีที่บริษัทมีความผิดทางอาญา เพราะเหตุว่ามีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจมากขึ้น มีการตั้งบริษัทมหาชนขึ้นมาและใช้บริษัทนั้นประกอบอาชญากรรมในรูปแบบต่าง ๆ ซึ่งถ้าไม่มีกฎหมายพิเศษเหล่านี้แล้ว บริษัทมหาชนก็จะต้องรับผิดชอบทางอาญาไป ในขณะที่กรรมการบริษัทกลับไม่มีความผิดทางอาญา จากหลักที่ว่า "การแสดงความเจตนาของบริษัทย่อมแสดงออกทางกรรมการบริษัท" ย่อมสะท้อนให้เห็นว่าการที่บริษัทกระทำความผิดอาญานั้น แท้จริงแล้วก็มีเจตนามาจากกรรมการบริษัทนั่นเอง การปล่อยให้กรรมการบริษัทพ้นความรับผิดทางอาญาย่อมจะเป็นการส่งเสริมให้มีการตั้งบริษัทมหาชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดกันมากขึ้น ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมายพิเศษเหล่านี้ให้กรรมการบริษัทต้องรับผิดชอบร่วมกับบริษัทด้วยในกรณีที่บริษัทกระทำความผิดอาญาตามกฎหมายพิเศษ เพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามมิให้มีการใช้บริษัทเป็นเครื่องมือในการประกอบอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ

2) เหตุผลในเชิงการนำสืบพยานหลักฐาน

คดีอาญาที่บริษัทกระทำความผิดนั้น ส่วนมากแล้วพยานหลักฐานต่าง ๆ จะอยู่ในความครอบครองของกรรมการ การที่ปล่อยให้โจทก์เป็นผู้นำพยานหลักฐานมาสืบความผิดของกรรมการย่อมเป็นการยากที่จะเอาผิดกับกรรมการบริษัทได้ เพราะกรรมการก็จะทำลายพยานหลักฐานต่าง ๆ ก่อนที่จะมีเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปตรวจสอบ ดังนั้น การนำหลักการวางบทสันนิษฐานโดยผลึกภาระการพิสูจน์ให้กับกรรมการบริษัทย่อมเป็นวิธีการอย่างหนึ่งที่จะช่วยให้นางกรรมการผู้กระทำผิดกฎหมายมาลงโทษได้ กล่าวคือ กรรมการบริษัทจะต้องหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์เองว่าตนไม่ได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิดนั้น ๆ แต่ทั้งนี้หลักการกำหนดข้อสันนิษฐานความ

รับผิดชอบทางอาญาก็จะขัดกับหลักการที่ว่า “ไม่ควรลงโทษ เว้นแต่ผู้ถูกลงโทษจะมีส่วนผิด ดังนั้นเมื่อมีความจำเป็นที่ต้องลงโทษกันจริง ๆ แล้ว ก็ควรจะลงโทษสถานเบาเท่านั้นเช่น โทษปรับ⁴⁹

ประเด็นต่อไปที่ต้องพิจารณา คือ การบัญญัติบทสันนิษฐานความรับผิดชอบทางอาญาเหล่านี้จะเป็นบทกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 33 วรรคแรก บัญญัติว่า "ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด" ในขณะที่กฎหมายพิเศษเหล่านี้จะวางบทสันนิษฐานโดยเด็ดขาดให้กรรมการต้องรับผิดชอบโดยไม่มีข้อแก้ตัว หรือวางบทสันนิษฐานแบบเปิดให้กรรมการมีโอกาสสืบแก้ตัวให้หลุดพ้นข้อกล่าวหา ดังนั้น ประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณาคือ "การวางบทสันนิษฐานลักษณะดังกล่าวจะเป็นการขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมาตรา 33 วรรคแรกหรือไม่" ซึ่งถ้าหากพิจารณาแล้วว่าบทกฎหมายพิเศษเหล่านี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ บทกฎหมายเหล่านี้ก็มีผลเป็นอันใช้ไม่ได้ไปโดยผลของรัฐธรรมนูญมาตรา 6* แต่ถ้าหากบทกฎหมายพิเศษเหล่านี้ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ บทกฎหมายเหล่านี้ก็ใช้บังคับได้

ในประเด็นเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ ได้เคยมีคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ต.2/2494** วินิจฉัยเกี่ยวกับข้อสันนิษฐานทางอาญา ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับการวินิจฉัยกฎหมายพิเศษเหล่านี้ได้ กล่าวคือ ในคดีนั้นจำเลยกล่าวอ้างว่าพระราชบัญญัติการพนัน มาตรา 6 ที่วางหลักว่า "ผู้อยู่ในวงพนันให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเล่นการพนันด้วย" ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญในขณะนั้นได้มีหลักการเช่นเดียวกับในมาตรา 33 ฉบับปัจจุบันคือ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยไม่ได้กระทำความผิด คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่า "พระราชบัญญัติการพนัน มาตรา 6 ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ เพราะเหตุว่า ข้อสันนิษฐานที่ว่าจำเลยไม่มีความผิดนั้นยังคงมีผลอยู่เนื่องจากโจทก์ยังคงมีภาระการพิสูจน์อยู่ว่าจำเลยอยู่ในวงพนัน จึงไม่ใช่เป็นการผลักภาระการพิสูจน์ให้กับจำเลยเสียทั้งหมด"

⁴⁹ Wayne R. LaFave and Austin W.scott Jr, Criminal Law (St. Paul Minn.: West Publishing , 1972), p. 228. อ้างถึงใน เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2542), หน้า 222.

* รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 6 บัญญัติว่า "รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้"

** ถ้าเกิดปัญหานี้ขึ้นในปัจจุบัน ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยปัญหาดังกล่าว เพราะเป็นปัญหาที่ว่าบทกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

เมื่อพิจารณากฎหมายพิเศษที่บัญญัติข้อสันนิษฐานให้กรรมการรับผิดชอบร่วมกับบริษัท จะเห็นได้ว่าน่าจะไม่ใช่ขัดต่อรัฐธรรมนูญตามแนวการวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ต.2/2494 เพราะเหตุว่าโจทก์ยังคงมีหน้าที่นำสืบว่าจำเลยเป็นกรรมการของบริษัท

เมื่อมีการร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนฉบับปัจจุบัน คือ ฉบับ พ.ศ. 2535 มีการถกเถียงกันว่าบทบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบของกรรมการร่วมกับบริษัทตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2521 นั้น เป็นบทบัญญัติที่รุนแรงไป และไม่เหมาะสมกับบรรยากาศการลงทุน ทำให้มีผู้จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทมหาชนน้อยราย ที่ประชุมจึงมีมติให้แก้ไขข้อความใหม่⁵⁰ และกำหนดหลักการเรื่องความรับผิดชอบของกรรมการร่วมกับบริษัทแบบใหม่ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 222 โดยกำหนดข้อสันนิษฐานใหม่ให้ฝ่ายโจทก์มีภาระการพิสูจน์มากขึ้นกว่ากฎหมายเดิม และมีผลเป็นการผ่อนคลายความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทมหาชน และเพิ่มบรรยากาศการลงทุน และเป็นการจูงใจให้มีผู้จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทมหาชนมากขึ้น*

ตัวอย่างเช่น ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 นั้น หากบริษัทกระทำความผิดอาญาและถูกลงโทษตามพระราชบัญญัตินี้ กฎหมายให้ถือว่ากรรมการบริษัททุกคนจะต้องรับผิดชอบร่วมกับบริษัทด้วย กล่าวคือ โจทก์มีหน้าที่นำสืบแต่ประการเดียวว่าจำเลยมีฐานะเป็นกรรมการบริษัท ซึ่งเป็นการนำสืบที่ง่าย เพราะเป็นการนำสืบถึงฐานะของบุคคล เพียงเท่านั้นจำเลยก็ต้องรับผิดชอบร่วมกับบริษัทแล้ว โดยจำเลยมีสิทธินำสืบต่อสู้ว่าตนไม่ได้มีส่วนรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิดของบริษัท แต่ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 นั้น ข้อเท็จจริงเดียวกันคือ ถ้าบริษัทมหาชนกระทำความผิดและถูกลงโทษตามพระราชบัญญัตินี้ โจทก์จะต้องมีหน้าที่นำสืบ 2 ประการคือ ประการที่หนึ่ง โจทก์ต้องนำสืบว่าจำเลยเป็นกรรมการบริษัท และประการที่สอง โจทก์จะต้องนำสืบว่าจำเลยรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิด หรือ ไม่ได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้น อย่างใดอย่างหนึ่ง หากโจทก์พิสูจน์ได้ จำเลยก็ต้องรับผิดชอบ หากโจทก์พิสูจน์ไม่ได้ จำเลยก็ไม่ต้องรับผิดชอบ โดยจำเลยมีข้อต่อสู้หลายประการ เช่น จำเลยมิใช่กรรมการ จำเลยไม่รู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิด หรือ จำเลยได้ป้องกันมิให้ความผิดนั้นเกิดแล้ว

⁵⁰ พิเศษ เสตเสถียร, ความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชน (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2536), หน้า 18-19.

* สอดคล้องกับเหตุผลสำคัญในการประกาศใช้พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 คือ การผ่อนคลายระเบียบปฏิบัติ เพื่อสนับสนุนให้มีผู้จัดตั้งบริษัทมหาชนมากขึ้น อันจะเป็นการส่งเสริมการลงทุน และพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ

สรุปได้ว่าความรับผิดชอบของกรรมการร่วมกับบริษัทมหาชนตามกฎหมายปัจจุบันนี้ ได้ผ่อนคลายบทสันนิษฐานความผิดจากกฎหมายเก่า อันจะเป็นผลดีต่อบรรยากาศการลงทุนในภาพรวม แต่ทั้งนี้เหตุผลที่สำคัญในการบัญญัติพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 222 มาลงโทษกรรมการบริษัท คือ ต้องการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ มิให้กรรมการบริษัทใช้บริษัทเป็นเครื่องมือในการประกอบอาชญากรรมทางเศรษฐกิจอันจะมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจในภาพรวม แต่เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าหากบัญญัติกฎหมายลักษณะดังกล่าวให้เข้มงวดมากเกินไป ก็จะมีผลต่อบรรยากาศการลงทุนในประเทศ นักลงทุนต่างๆ โดยเฉพาะนักลงทุนต่างประเทศคงไม่กล้าที่จะมาลงทุนในประเทศไทย เพราะเกรงว่าจะต้องได้รับโทษทางอาญาตามบริษัทที่ตนเองตั้งขึ้นด้วย ดังนั้นจึงเป็นความยากลำบากยิ่งที่จะสร้างดุลยภาพระหว่างการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเศรษฐกิจกับบรรยากาศการลงทุนในประเทศให้เหมาะสม ไม่ขาดเกินไปทางใดทางหนึ่ง ถ้าหากกฎหมายเหล่านี้ไม่สามารถนำกรรมการที่กระทำความผิดมาลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพ ก็จะทำให้เกิดอาชญากรรมทางเศรษฐกิจมากขึ้น แต่ในขณะเดียวกันถ้าหากมีกฎหมายเข้มงวดเกินไปก็จะมีผลต่อบรรยากาศในการลงทุน นักลงทุนต่างประเทศเมื่อศึกษากฎหมายไทยเบื้องต้นแล้วก็คงจะไม่กล้ามาลงทุนในประเทศไทย

3.2.2 ความรับผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

นอกจากความรับผิดทางอาญาที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติมหาชนจำกัดแล้ว ผู้บริหารบริษัทมหาชนยังต้องมีความรับผิดตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 อีกด้วย ซึ่งบัญญัติอยู่ในหมวด 12 ว่าด้วยบทกำหนดโทษ

ก) ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการออกหลักทรัพย์และการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน

ความรับผิดในส่วนนี้บัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 268 ถึง 281 ความผิดในส่วนนี้บัญญัติเพื่อลงโทษบุคคลที่ออกหลักทรัพย์หรือเสนอขายหลักทรัพย์ที่ไม่ได้ดำเนินการตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 32 ถึงมาตรา 89

คุณสมบัติสำคัญที่ทำให้บริษัทมหาชนจำกัดแตกต่างจากบริษัทเอกชนจำกัดคือ บริษัทมหาชนจำกัดสามารถออกหลักทรัพย์และเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชนได้ ในขณะที่บริษัทเอกชนไม่อาจเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชนได้ โดยเหตุที่กระบวนการออกหลักทรัพย์และการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชนนั้นเป็นกระบวนการที่มีผลกระทบต่อประชาชนหลายคนและกระทบถึงความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาด

หลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 จึงกำหนดบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นตอนและควบคุมให้การออกหลักทรัพย์ และการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชนที่กระทำโดยบริษัทมหาชนทุกบริษัท ต้องได้รับการอนุมัติจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) และดำเนินการตามขั้นตอนที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 หมวด 2 และหมวด 3 มาตรา 32 ถึงมาตรา 89 ดังนั้นหากผู้จัดตั้งบริษัท กรรมการบริษัทมหาชน หรือบริษัทมหาชนใดฝ่าฝืนไม่ดำเนินการตามมาตรา 32 ถึงมาตรา 89 ก็จะต้องได้รับโทษที่บัญญัติไว้ในมาตรา 268 ถึงมาตรา 281 ซึ่งกฎหมายกำหนดโทษไว้ก่อนข้างรุนแรง เพราะเป็นกรณีที่กระทบกระเทือนถึงตลาดทุนซึ่งเป็นระบบเศรษฐกิจของประเทศ ตัวอย่างเช่นในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 268 กำหนดโทษสำหรับผู้ขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน โดยไม่ได้รับอนุญาตไว้คือโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับเป็นเงินไม่เกินสองเท่าของราคาขายของหลักทรัพย์ทั้งหมดที่ผู้ขายได้เสนอขาย แต่เงินค่าปรับต้องไม่น้อยกว่าห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

จ) ความรับผิดทางอาญาที่เกี่ยวกับการกระทำอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์บัญญัติความรับผิดที่เกี่ยวกับการกระทำอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ไว้ในมาตรา 296 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 238 มาตรา 239 มาตรา 240 มาตรา 241 หรือมาตรา 243 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับเป็นเงินไม่เกินสองเท่าของผลประโยชน์ที่บุคคลนั้นๆ ได้รับไว้ หรือพึงจะได้รับเพราะการกระทำฝ่าฝืนดังกล่าว แต่ทั้งนี้ค่าปรับดังกล่าวต้องไม่น้อยกว่าห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 296 นี้เป็น “บทลงโทษ” ของการฝ่าฝืนมาตรา 238, 239, 240, 241, 243 ซึ่งถือว่าเป็น “บทห้าม” โดยผู้ที่ฝ่าฝืนบทห้ามทั้งห้ามาตรานี้จะได้รับโทษเช่นเดียวกันคือ จะได้รับโทษตามมาตรา 296 นี้

ในมาตราที่เป็น “บทห้าม” ทั้งห้ามาตรานั้นเป็นมาตราที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันมิให้เกิด “การกระทำอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์”

การกระทำที่ไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์มี 3 ลักษณะใหญ่ ๆ⁵¹ คือ

⁵¹ พิเศษ เสตเสถียร, กฎหมายหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2539), หน้า 142.

-การสร้างข่าวหรือข้อมูลที่ไม่ถูกต้อง บัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 238, 239 และ 240

-Insider Trading บัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 241

-การสร้างราคาหลักทรัพย์ บัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 243 (1) หรือที่เรียกกันว่า “การปั่นหุ้น”

1) การสร้างข่าวหรือข้อมูลที่ไม่ถูกต้อง

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 238 ได้บัญญัติห้ามมิให้บริษัทหลักทรัพย์ ผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินกิจการของบริษัทหลักทรัพย์ บริษัทที่ออกหลักทรัพย์ หรือผู้มีส่วนได้เสียในหลักทรัพย์ บอกกล่าวข้อความอันเป็นเท็จหรือข้อความใด ให้ผู้อื่นสำคัญผิดในข้อเท็จจริงเกี่ยวกับฐานะทางการเงิน ผลการดำเนินงาน ราคาซื้อขายหลักทรัพย์ของบริษัทที่มีหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ หากกรรมการบริษัทหลักทรัพย์ หรือผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์คนอื่น ๆ ได้กระทำการบอกกล่าวข้อความเท็จ เกี่ยวกับสถานะทางการเงินของบริษัทจดทะเบียน ก็จะต้องมีความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 238 ประกอบกับมาตรา 296

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 239 ได้บัญญัติห้ามมิให้บริษัทหลักทรัพย์ หรือผู้บริหารบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ หรือผู้มีส่วนได้เสียในหลักทรัพย์ กระทำการแพร่ข่าว (Dissemination) ไม่ว่าจะเปิดเผยข่าวแก่สื่อมวลชน หรือทำเอกสารเผยแพร่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงใด อันอาจทำให้บุคคลอื่นเข้าใจว่าหลักทรัพย์ใดจะมีราคาสูงขึ้นหรือลดลง เว้นแต่จะเป็นการแพร่ข่าวในข้อเท็จจริงที่ได้แจ้งไว้กับตลาดหลักทรัพย์แล้ว ผู้ใดฝ่าฝืนก็จะต้องรับโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 239 ประกอบกับมาตรา 296

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 240 บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใด แพร่ข่าวอันเป็นความเท็จให้เลื่องลือ จนอาจทำให้บุคคลอื่นเข้าใจว่าหลักทรัพย์ใดจะมีราคาสูงขึ้นหรือลดลง โดยมาตรากำหนดความผิดไว้กว้างสำหรับ “ผู้ใด” ก็ได้ที่แพร่ข่าวอันเป็นเท็จให้เลื่องลือว่าหลักทรัพย์ใดจะมีราคาสูงขึ้นหรือลดลง หากกรรมการบริษัทมหาชนจำกัดกระทำการดังกล่าวก็จะต้องรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 240 ประกอบกับมาตรา 296

2) Insider Trading

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 241 ห้ามมิให้บุคคลใดทำการซื้อขาย เสนอซื้อ เสนอขาย หรือชักชวนบุคคลใดให้ซื้อขายหลักทรัพย์ที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ โดยอาศัยข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญต่อการเปลี่ยนแปลงราคาที่ยังไม่ได้เปิดเผยต่อ

สาธารณชนและตนได้ล่วงรู้มาในตำแหน่งหรือฐานะเช่นนั้น และในวรรคสองก็ได้บัญญัติถึงนิยามคำว่า “บุคคลใด” ซึ่งรวมถึงกรรมการ ผู้จัดการ ผู้รับผิดชอบการดำเนินงาน หรือผู้สอบบัญชีของบริษัทที่มีหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ด้วย

การกระทำความผิดในมาตรา 241 นี้ถือว่าเป็นการเอาเปรียบผู้ซื้อขายอื่นในตลาดหลักทรัพย์ และเป็นการทำลายหลัก Fairness ของการซื้อขายหลักทรัพย์

ตัวอย่างเช่น กรรมการบริษัทจดทะเบียนแห่งหนึ่ง ทราบข้อมูลภายในของบริษัทของตนเอง และกระทำการซื้อขายหุ้นของบริษัทโดยอาศัยข้อมูลที่ตนเองล่วงรู้มาโดยอาศัยตำแหน่งของกรรมการ เช่นนี้ถือได้ว่าเป็น Insider Trading ที่เป็นการเอาเปรียบบุคคลภายนอก และจะต้องรับโทษตามมาตรา 241 ประกอบกับมาตรา 296

นอกจากนี้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 242 ได้บัญญัติโทษเพิ่มเติมของบุคคลที่กระทำการใช้ข้อมูลภายในไว้ โดยบัญญัติให้สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มีสิทธิเรียกให้ผู้ฝ่าฝืนมาตรา 241 ส่งมอบผลประโยชน์จากการซื้อขายหลักทรัพย์นั้น ๆ ให้สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์อีกด้วย เพื่อป้องกันมิให้บุคคลที่ฝ่าฝืนได้รับประโยชน์จากการกระทำที่ผิดกฎหมาย

กรณีมาตรา 242 นี้มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า มาตรา 242 เป็นโทษริบทรัพย์สินทางอาญาหรือไม่

เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าโทษอาญาฐานริบทรัพย์สินนั้นประมวลกฎหมายอาญามาตรา 35 วางหลักไว้ว่า “ทรัพย์สินที่ริบให้ตกเป็นของแผ่นดิน” อีกทั้งองค์กรที่มีอำนาจสั่งริบนั้นก็ ได้แก่ “ศาล” ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 32 , 33 , 34 แต่เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 241 วรรคสองแล้วจะเห็นว่า ทรัพย์สินที่ริบนั้นให้ตกเป็นของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ โดยไม่ได้นำเข้ากระทรวงการคลังอันจะมีผลให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นของแผ่นดินแต่อย่างใด นอกจากนี้มาตรา 242 ยังไม่ได้บัญญัติให้ศาลเป็นผู้ออกคำสั่งริบ แต่บัญญัติให้สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เป็นผู้มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 241 ส่งมอบเงินหรือทรัพย์สินให้เท่านั้น ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงไม่น่าจะถือว่าบทบัญญัติในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 242 เป็นโทษทางอาญาฐานริบทรัพย์สิน แต่น่าจะถือว่าเป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิทางแพ่งแก่สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ในการที่จะมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 241 ส่งมอบทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ให้สำนักงาน

ดังนั้นหากกรรมการบริษัทมหาชนใดได้กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 241 โดยการใช่ Insider Trading มาค้าขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์แล้ว กรรมการคนดังกล่าวจะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาตามมาตรา 241 ประกอบกับมาตรา 296 อีกทั้งจะต้องถูกสำนักงานคณะกรรมการกำกับ

หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ใช้สิทธิทางแพ่งเรียกให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ที่ได้รับจากการค้าหลักทรัพย์ดังกล่าวให้กับสำนักงานอีกด้วย

3) การสร้างราคาหลักทรัพย์ (การปั่นหุ้น)

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 243 (1) ได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการซื้อขายหลักทรัพย์โดยตกลงกับบุคคลอื่นอันเป็นการอำพรางบุคคลทั่วไปว่าขณะใดขณะหนึ่งได้มีการซื้อขายหลักทรัพย์ดังกล่าวเป็นจำนวนมาก อันไม่ตรงต่อสภาพปกติของตลาด

บทบัญญัติในมาตรานี้เป็นบทบัญญัติป้องกันปัญหาให้ผู้ค้าหลักทรัพย์กระทำการปั่นหุ้นเพื่อให้บุคคลทั่วไปสับสนหลงผิดในราคาซื้อขายหุ้นที่แท้จริง อันเป็นผลทำให้ตลาดหลักทรัพย์เกิดความปั่นป่วนและได้รับความเสียหาย

ค) ความรับผิดทางอาญาอันเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการเข้าถือหลักทรัพย์เพื่อครอบงำกิจการ

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์บัญญัติความผิดฐานนี้ไว้ในมาตรา 298 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 246 มาตรา 247 มาตรา 248 มาตรา 249 มาตรา 251 มาตรา 252 มาตรา 253 มาตรา 254 มาตรา 255 หรือมาตรา 256 หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดตามมาตรา 247 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังมีได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง หรือทั้งจำทั้งปรับ”

บทบัญญัติมาตรา 246 มาตรา 247 มาตรา 248 มาตรา 249 มาตรา 251 มาตรา 252 มาตรา 253 มาตรา 254 มาตรา 255 และมาตรา 256 เป็น “บทห้าม” ส่วนมาตรา 298 นี้ “เป็นบทลงโทษ”

โดยบทบัญญัติในมาตรา 246 มาตรา 247 มาตรา 248 มาตรา 249 มาตรา 251 มาตรา 252 มาตรา 253 มาตรา 254 มาตรา 255 และ มาตรา 256 เป็นบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อให้ “การเสนอซื้อหลักทรัพย์จากประชาชน” (Tender offer) โดยมีเจตนาเพื่อครอบงำกิจการ (Take Over) บริษัทมหาชนหรือบริษัทที่มีหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ได้กระทำขึ้นโดยเปิดเผยและมีการเปิดเผยข้อมูลอย่างเพียงพอเพื่อให้ประชาชนทั่วไปประชาชนทั่วไปที่เป็นผู้ถือหุ้นรายย่อยสามารถตัดสินใจขายหุ้นได้โดยถูกต้อง⁵² ทำนองเดียวกับ “การเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน” ที่ต้องมีกฎหมายหลักทรัพย์กำหนดขั้นตอนและวิธีการต่าง ๆ โดยเปิดเผยให้ประชาชนทราบก่อนทำการขายให้ประชาชน

⁵² พิเศษ เสตเสถียร, กฎหมายหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (กรุงเทพมหานคร:นิติธรรม, 2539), หน้า 124.

บทบัญญัติความรับผิดทางอาญาในส่วนนี้มีความเกี่ยวข้องกับผู้บริหารบริษัทมหาชน กล่าวคือถ้าผู้บริหารบริษัทมหาชนซื้อหรือขายหลักทรัพย์เกินกว่าร้อยละห้าของหลักทรัพย์ของบริษัททั้งหมด หรือ กระทำการซื้อหลักทรัพย์เพื่อครอบงำกิจการบริษัท (Take over) โดยไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 246 มาตรา 247 มาตรา 248 มาตรา 249 มาตรา 251 มาตรา 252 มาตรา 253 มาตรา 254 มาตรา 255 และมาตรา 256 ผู้บริหารบริษัทมหาชนนั้นก็จะต้องได้รับโทษทางอาญาตามมาตรา 298 ซึ่งมีโทษค่อนข้างสูง เพราะมีทั้งโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินห้าแสนบาท นอกจากนี้ยังมีโทษปรับเป็นรายวันอีกด้วย กล่าวคือถ้าผู้บริหารยังปฏิบัติไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดจะต้องถูกปรับอีกวันละหนึ่งหมื่นบาท จนกว่าจะปฏิบัติได้ถูกต้อง โดยเป็นที่น่าสังเกตว่าการปรับอีกวันละหนึ่งหมื่นบาทนี้ไม่มีเพดานขั้นสูงไว้ ดังนั้น トラบใดถ้าผู้บริหารยังปฏิบัติไม่สอดคล้องกับกฎหมายแล้ว ก็ยังต้องเสียค่าปรับเป็นรายวันตามกฎหมาย

ง) ความรับผิดทางอาญาอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต

ถ้าเป็นกรณีที่ผู้บริหารบริษัทมหาชนทั่วไปกระทำการโดยทุจริตและทำให้บริษัทมหาชนได้รับความเสียหาย ผู้บริหารบริษัทมหาชนก็ต้องรับผิดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 215 ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่ถ้าเป็นกรณีที่ผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต และทำให้บริษัทจดทะเบียนได้รับความเสียหายนั้น มีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 313

มาตรา 313 บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัทหรือนิติบุคคลที่มีหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ หรือหลักทรัพย์ซื้อขายในศูนย์ซื้อขายหลักทรัพย์ใด ฝ่าฝืนมาตรา 307 มาตรา 308 มาตรา 309 หรือ มาตรา 311 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับเป็นเงินสองเท่าของราคาทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่บุคคลดังกล่าวได้กระทำการฝ่าฝืนในมาตรานั้น ๆ แล้วแต่กรณี แต่ทั้งนี้ค่าปรับดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่าห้าแสนบาท”

มาตรา 307 บัญญัติว่า “ กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใดตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินของนิติบุคคลดังกล่าวหรือทรัพย์สินที่นิติบุคคลดังกล่าวเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย กระทำผิดหน้าที่ของตนด้วยประการใด ๆ โดยทุจริตจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินของนิติบุคคลนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท”

มาตรา 311 บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใดตามพระราชบัญญัตินี้ กระทำการหรือไม่กระทำการเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควร

ได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อตนเองหรือผู้อื่นอันเป็นการเสียหายแก่นิติบุคคลนั้น ต้องระวางโทษ จำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท”

ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 307 และมาตรา 311 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดโทษสำหรับผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์ที่ทุจริตและทำให้บริษัทหลักทรัพย์ได้รับความเสียหาย ส่วนมาตรา 313 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดโทษสำหรับผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนที่ทุจริตและทำให้บริษัทจดทะเบียนเสียหาย ส่วนผู้บริหารบริษัทมหาชนทั่วไปถ้าทุจริตและทำให้บริษัทมหาชนเสียหายจะต้องรับโทษตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตร 215

หากเปรียบเทียบความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดในกรณีปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตและทำให้บริษัทเสียหายทั้งสามกรณีแล้วจะพบว่าถ้าเป็นกรณีผู้บริหารบริษัทมหาชนทั่วไป จะได้รับโทษเพียงปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 215 และถ้าเป็นผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์จะได้รับโทษจำคุกห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนถึงหนึ่งล้านบาท ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 307 และมาตรา 311 แต่ถ้าเป็นผู้บริหารของบริษัทจดทะเบียนแล้วจะได้รับโทษจำคุกห้าปีถึงสิบปี และปรับเป็นเงินสองเท่าของราคาทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่ผู้บริหารได้รับจากการกระทำโดยการฝ่าฝืนดังกล่าว โดยที่ค่าปรับนั้นจะต้องไม่น้อยกว่าห้าแสนบาท ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 313 ซึ่งจะเห็นได้ว่าผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนจะถูกระวางโทษหนักที่สุด เพราะการดำเนินงานของบริษัทจดทะเบียนนั้นกระทบกระเทือนต่อประชาชนเป็นจำนวนมาก เพราะประชาชนทั่วไปสามารถเข้ามาซื้อหลักทรัพย์ของบริษัทจดทะเบียนได้ง่ายในตลาดหลักทรัพย์ ดังนั้นหากผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนทุจริตทำให้บริษัทเสียหายแล้ว ผลกระทบก็จะเกิดขึ้นกับประชาชนส่วนใหญ่ กฎหมายจึงต้องกำหนดโทษไว้สูงสุด

มีประเด็นที่น่าสนใจ คือ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 307 และมาตรา 311 มีความแตกต่างกันอย่างไร

ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิต ฟองซิเออร์ พ.ศ.2522 ก็ได้มีบทบัญญัติที่เหมือนกับบทบัญญัติทั้งสอง โดยบัญญัติอยู่ในมาตรา 75 ตรีและ 75 สัตต

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติทั้งสองนั้นล้วนแต่เป็นบทบัญญัติที่เอาผิดกับผู้บริหารบริษัทที่ทุจริตและทำให้บริษัทได้รับความเสียหายด้วยกันทั้งสองบท และโทษนั้นก็เท่ากัน แต่ลักษณะถ้อยคำมีความแตกต่างกันบ้าง คือ

1) ในมาตรา 307 นั้นมีลักษณะการบัญญัติถ้อยคำคล้ายกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 353 ซึ่งได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อที่ 3.1 ว่ามีที่มาจากประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันมาตรา 266

ซึ่งกำหนดเป็นความผิดฐาน “Untreue”⁵³ หรือแปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า “Breach of Confidence” ส่วนในมาตรา 311 นั้นคล้ายกับพระราชบัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด สมาคม และมูลนิธิ พ.ศ. 2499 มาตรา 41

2) ในมาตรา 307 นั้นบัญญัติเอาโทษกับกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลที่รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัทที่ได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินของบริษัท ส่วนในมาตรา 311 นั้นบัญญัติเอาโทษกับกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลที่รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัททุกคน โดยไม่คำนึงว่าผู้บริหารเหล่านั้นได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินของบริษัทหรือไม่ หากพิจารณาบุคคลต่าง ๆ ในบริษัทมหาชนแล้วจะพบว่ามีความแตกต่าง ๆ ดังนี้ คือ กรรมการบริหาร (executive director) กรรมการที่ไม่มีอำนาจบริหาร (non-executive director) กรรมการอิสระ (independent director) ผู้จัดการ (manager) และบุคคลที่มีอำนาจดำเนินงานของบริษัทอื่น ๆ ดังนั้น หากกรรมการบริหาร (executive director) ผู้จัดการ (manager) และบุคคลที่มีอำนาจดำเนินงานของบริษัทอื่น ๆ กระทำการโดยทุจริตและทำให้บริษัทเสียหายแล้วจะต้องรับโทษตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 307 และมาตรา 311 เพราะถือว่าเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินของบริษัท แต่ถ้ากรรมการที่ไม่มีอำนาจบริหาร (non-executive director) กรรมการอิสระ (independent director) กระทำการโดยทุจริตและทำให้บริษัทเสียหายแล้วจะต้องรับโทษตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 311 แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น เพราะกรรมการที่ไม่มีอำนาจบริหารงาน หรือกรรมการอิสระ ไม่ได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินของบริษัท และไม่มีอำนาจจัดการทรัพย์สินของบริษัท

จ) ความรับผิดชอบของผู้ร่วมกระทำผิดกับผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 314 ได้บัญญัติว่า

“ผู้ใดก่อให้เกิดกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใดตามพระราชบัญญัตินี้ หรือผู้สอบบัญชี กระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 287 มาตรา 306 มาตรา 307 มาตรา 308 มาตรา 309 มาตรา 310 มาตรา 311 หรือมาตรา 312 ไม่ว่าจะด้วยการใช้สิ่ง ขู่ข่มขู่ จ้าง หรือด้วยวิธีอื่นใด ต้องระวางโทษดังที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ”

มาตรา 314 นี้เป็นบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของผู้ใช้ให้ผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ ซึ่งโดยหลักการแล้ว “ผู้ใช้” ตามประมวลกฎหมายอาญาหมายถึง ผู้ก่อให้เกิดผู้อื่นซึ่งไม่มีเจตนากระทำความผิดได้กระทำความผิด ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด

⁵³ Manual of German Law p.115. อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 (กรุงเทพมหานคร:เนติบัณฑิตยสภา,2532), หน้า 2911.

และถ้าความผิดที่ใช้ยังไม่ได้กระทำลง ผู้ใช้ต้องระวางโทษหนึ่งในสามของความผิดสำเร็จ ถ้าความผิดที่ใช้ได้กระทำลงสมเจตนาของผู้ใช้แล้ว ผู้ใช้ต้องระวางโทษเสมือนตัวการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84

เมื่อพิจารณาความผิดทางอาญาของผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 287 มาตรา 306 มาตรา 307 มาตรา 308 มาตรา 309 มาตรา 310 มาตรา 311 หรือมาตรา 312 จะเห็นว่าเป็นความผิดที่กำหนดขึ้นเฉพาะสำหรับบุคคลที่มีคุณสมบัติเป็นผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์เท่านั้น อันได้แก่ กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลที่รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท ดังนั้นหากมีบุคคลธรรมดาที่ไม่มีคุณสมบัติดังกล่าวใช้ให้บุคคลที่มีคุณสมบัติพิเศษเหล่านี้กระทำความผิด บุคคลที่ใช้ก็ไม่อาจเป็น “ผู้ใช้” ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 84 ได้ เนื่องจากบุคคลที่ไม่มีคุณสมบัติพิเศษนี้ไม่อาจเป็น “ตัวการ” ร่วมกับผู้กระทำความผิดได้ จึงไม่อาจรับโทษเสมือนตัวการได้นั่นเอง แต่ต้องรับโทษฐานเป็นผู้สนับสนุน เพราะการใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดก็เป็นการสนับสนุนผู้อื่นให้กระทำความผิดอยู่ในตัว⁵⁴ แต่ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 314 นี้ ได้บัญญัติยกเว้นหลักการของประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าว กล่าวคือ หากผู้ใดใช้ให้ผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์ไปกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์แล้ว ผู้ใช้ต้องระวางโทษในมาตราที่ผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์ไปกระทำความผิดด้วย โดยกรณีนี้ไม่ใช่การรับโทษเสมือนตัวการตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 84 วรรคสอง แต่เป็นการรับโทษเพราะการกระทำของตนเองโดยผลของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 314

ตัวอย่างที่หนึ่ง นาย ก. ใช้ให้นาย ข. ซึ่งเป็นผู้จัดการบริษัทหลักทรัพย์ให้ยกยอกทรัพย์ของบริษัทหลักทรัพย์ ต่อมานาย ข. ได้ไปยกยอกทรัพย์ของบริษัทหลักทรัพย์เป็นเงินหนึ่งล้านบาท เช่นนี้หากพิจารณาแต่หลักเรื่องผู้ใช้ในประมวลกฎหมายอาญาแล้วจะพบว่า นาย ข. ต้องรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 308 โดยนาย ก. ไม่อาจรับโทษฐาน “ผู้ใช้” ตามมาตรา 308 ได้เนื่องจากนาย ก. ไม่มีคุณสมบัติพิเศษเป็นผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์ นาย ก. จึงรับโทษได้เพียงฐานเป็น “ผู้สนับสนุน” ตามมาตรา 308 เท่านั้น แต่กรณีนี้หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 314 แล้วจะพบว่า นาย ข. รับโทษตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 308 ฐานยกยอกทรัพย์บริษัทหลักทรัพย์

⁵⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 465-466. และ จิตติ ดิงศักดิ์, กฎหมายอาญา ภาค 1 (กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา, 2529), หน้า 437, 439, 495, 496. และ จิตติ ดิงศักดิ์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 (กรุงเทพมหานคร:เนติบัณฑิตยสภา), 2536 หน้า 1463.

และ นาย ก. จะต้องรับโทษตามมาตรา 308 ประกอบกับมาตรา 314 ในฐานะเป็นผู้ใช้ให้ผู้บริหาร กระทำความคิด โดยไม่ต้องปรับบทประมวลกฎหมายอาญา

นอกจากนี้ตามตัวอย่างดังกล่าว นาย ข.ยังต้องรับโทษฐานยกยอกทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 352 อีกบทหนึ่งด้วย และนาย ก. จะต้องรับโทษฐานเป็นผู้ใช้ให้ผู้อื่นยกยอกทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 352 ประกอบกับมาตรา 84 ต้องรับโทษเสมือนตัวการ ยกยอกทรัพย์อีกบทหนึ่งด้วย เพราะความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 352 มีตัวการร่วม กระทำความคิดได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3595 / 2532) จึงมีผู้ใช้ได้เช่นเดียวกัน สรุปแล้ว นาย ก. และ นาย ข. กระทำความคิดกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท ต้องลงโทษ “บทเฉพาะ” ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 308

ตัวอย่างที่สอง นาย ก. ใช้ให้นาย ข. ซึ่งเป็นผู้จัดการบริษัทหลักทรัพย์ไปยกยอกทรัพย์ของบริษัทหลักทรัพย์ หากนาย ข. ไม่ยอมยกยอกทรัพย์ นาย ข. ก็ยังไม่มีมีความผิดฐานใดเลย เพราะ ยังไม่ได้ลงมือกระทำความผิด กรณีนี้นาย ก. ผู้ใช้จะมีความผิดฐานใดหรือไม่ เพียงใด

กรณีนี้แยกพิจารณาได้ 3 ประเด็นดังนี้

1) นาย ก. ไม่ต้องรับผิดฐานผู้ใช้ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 314 เพราะเหตุว่า ในมาตรา 314 ประสงค์จะลงโทษผู้ใช้ ในกรณีที่ผู้บริหารได้ลงมือกระทำความผิดแล้วเท่านั้น เนื่องจากในมาตรา 314 บัญญัติว่า “ผู้ใดก่อให้เกิด... ผู้จัดการ...กระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา...ต้องระวางโทษ...” ดังนั้นหากผู้จัดการยังไม่ได้ลงมือกระทำความผิด ผู้ใช้ก็ไม่ต้องรับผิดตามมาตรา 314 เพราะขาดองค์ประกอบที่ว่า “กระทำความผิด”

2) นาย ก. ไม่ต้องรับโทษหนึ่งในสามฐานเป็นผู้ใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ตามมาตรา 308 ประกอบกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 84 เนื่องจาก หากพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 84 แล้วจะเห็นได้ว่านาย ก. ไม่ใช่ “ผู้ใช้” ในความหมายของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 84 วรรคสองเพราะนาย ก. ไม่มีคุณสมบัติเป็นผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์ ไม่อาจรับโทษเสมือนตัวการได้ จึงไม่อาจเป็นผู้ใช้ได้ ดังนั้นเมื่อนาย ก. ไม่อาจเป็นผู้ใช้ตามมาตรา 308 ได้แล้ว หากความผิดที่ใช้ไม่ได้กระทำลง นาย ก. ก็ไม่ต้องรับโทษหนึ่งในสามของมาตรา 308⁵⁵

3) นาย ก. ไม่ต้องรับโทษสองในสามฐานเป็นผู้สนับสนุนให้ผู้จัดการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 308 ประกอบกับประมวลกฎหมายอาญา

⁵⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 466.

มาตรา 86 เนื่องจาก นาย ข. ซึ่งเป็นผู้จัดการยังไม่ได้ลงมือกระทำความผิด แม้นาย ก. จะเป็นผู้สนับสนุน ก็ไม่มีความผิด เพราะการกระทำความผิดที่นาย ก. สนับสนุนนั้นยังไม่เกิดขึ้น

4) นาย ก. ต้องรับโทษหนึ่งในสามฐานเป็นผู้ใช้ให้นาย ข.กระทำความผิดฐานยกยอทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 352 ประกอบกับมาตรา 84 วรรคสอง เพราะแม้ว่านาย ข. จะไม่ได้ลงมือยกยอ นาย ก. ซึ่งเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดฐานยกยอก็ต้องรับโทษหนึ่งในสามของโทษที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 352 แล้ว

ดังนั้นโดยสรุป ในกรณีที่นาย ข. ไม่ไปกระทำการยกยอทรัพย์ตามที่นาย ก. ได้ใช้ นาย ก. ก็รับโทษเพียงหนึ่งในสามของโทษที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 352

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 315 บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่กรรมการหรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใดตามพระราชบัญญัตินี้ หรือผู้สอบบัญชีกระทำความผิดตามที่บัญญัติในมาตรา 287 มาตรา 306 มาตรา 307 มาตรา 308 มาตรา 309 มาตรา 310 มาตรา 311 หรือมาตรา 312 ไม่ว่าก่อนหรือขณะกระทำความผิด ต้องระวางโทษดังที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ เว้นแต่ผู้นั้นมิได้รู้ถึงการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้น”

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 315 นี้เป็นบทบัญญัติที่กำหนดโทษให้กับ “ผู้สนับสนุน” ผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์ในการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 86 เรื่อง “ผู้สนับสนุน” แล้ว มีข้อสังเกต 2 ประการ คือ

1) พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 315 บัญญัติให้ผู้สนับสนุนผู้บริหารกระทำความผิดต้องรับโทษเท่ากับผู้ลงมือกระทำความผิด ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 86 บัญญัติให้ผู้สนับสนุนต้องรับโทษสองในสามของโทษที่ผู้ลงมือกระทำความผิดได้รับ

2) ถ้อยคำที่ว่า “...เว้นแต่ผู้นั้นมิได้รู้ถึงการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้น” คำว่า “ผู้นั้น” หมายถึง “ผู้สนับสนุน” มิใช่หมายถึง “ผู้บริหารบริษัท” ดังนั้นไม่ว่าผู้บริหารบริษัทที่กระทำความผิดจะรู้หรือไม่รู้ถึงการสนับสนุนของผู้สนับสนุน ผู้สนับสนุนก็ต้องรับโทษเท่ากับผู้บริหารบริษัท โดยกรณีนี้ไม่ต้องปรับบทกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 86 เรื่องผู้สนับสนุน เพราะเหตุว่า พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 315 ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนแล้ว

ตัวอย่างเช่น นาย ข. เป็นผู้จัดการบริษัทหลักทรัพย์ที่กำลังจะล้มละลาย นาย ก. เป็นผู้ถือหุ้นบริษัทดังกล่าว นาย ข. ยักย้ายถ่ายเททรัพย์สินให้พ้นไปจากการบังคับคดีอันเป็นความผิดตาม

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 310 และเป็นความผิดฐานโกงเจ้าหนี้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 350 นาย ก. ช่วยเหลือนาย ข. กระทำการดังกล่าว เช่นนี้ นาย ข. มีความผิดตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 310 และประมวลกฎหมายอาญามาตรา 350 ส่วนนาย ก. ซึ่งเป็นผู้สนับสนุนต้องรับโทษตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 310 เต็มอัตราโทษโดยผลของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 315 แต่นาย ก. รับโทษสองในสามของโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 350 ฐานโกงเจ้าหนี้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 86

นอกจากนี้ยังมีประเด็นความรับผิดชอบของผู้ร่วมกระทำความผิดกับผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์ อีกประเด็นหนึ่ง คือ เรื่อง การเปรียบเทียบปรับ ซึ่งบัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 317 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า

“ความผิดตามมาตรา 268 มาตรา 269 มาตรา 270 มาตรา 271 มาตรา 272 มาตรา 273 มาตรา 274 มาตรา 275 มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 281 มาตรา 282 มาตรา 283 มาตรา 284 มาตรา 285 มาตรา 286 มาตรา 287 มาตรา 290 มาตรา 291 มาตรา 292 มาตรา 293 มาตรา 294 มาตรา 295 มาตรา 296 มาตรา 297 มาตรา 298 มาตรา 299 และมาตรา 300 ให้คณะกรรมการเปรียบเทียบความผิดที่รัฐมนตรีแต่งตั้งมีอำนาจเปรียบเทียบได้”

มาตรา 317 ได้กำหนดฐานความผิดไว้ 30 มาตรา ที่ให้อำนาจคณะกรรมการเปรียบเทียบปรับผู้บริหารบริษัทได้ เมื่อเปรียบเทียบปรับและผู้ต้องหาได้ชำระค่าปรับภายในกำหนดเวลาแล้วคดีอาญาก็เลิกกัน (พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 317 วรรค 3) และทำให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับลง (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 39 (3)) โดยไม่ต้องส่งฟ้องศาล

ปัญหาว่า หากมีตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนร่วมกระทำผิดกับผู้บริหารบริษัทตามฐานความผิดที่มาตรา 317 กำหนด คณะกรรมการมีอำนาจเปรียบเทียบปรับตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนหรือไม่

ปัญหานี้สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้มีหนังสือ ที่ กลต. ต. 2036 / 2542 ลงวันที่ 16 ธันวาคม 2542 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อขอความเห็นในปัญหาข้อกฎหมายดังกล่าว

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 9) ได้พิจารณาปัญหาตามข้อหาดังกล่าวแล้วมีความเห็นว่า คณะกรรมการมีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้เฉพาะผู้ใช้และผู้สนับสนุนให้ผู้บริหารกระทำ ความผิด แต่กรณีให้ผู้ก่อให้ผู้บริหารกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 314 หรือผู้ให้การช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้บริหารกระทำ ความผิดตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์มาตรา 315 นั้นเป็นบทบัญญัติพิเศษที่แตกต่างจากเรื่องผู้ใช้

และผู้สนับสนุนตามประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้นเมื่อพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 317 ไม่ได้บัญญัติให้คณะกรรมการมีอำนาจเปรียบเทียบปรับผู้กระทำความผิดตาม มาตรา 314 และมาตรา 315 ด้วย คณะกรรมการจึงไม่มีอำนาจเปรียบเทียบปรับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 314 และมาตรา 315 ได้ ต้องส่งเรื่องให้พนักงานอัยการฟ้องศาล*

ต่อมาคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะที่ 3 และคณะที่ 11 ร่วมกันพิจารณาประเด็นปัญหาดังกล่าวสรุปได้ว่า คณะกรรมการมีอำนาจเปรียบเทียบผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 314 และมาตรา 315 ได้ แม้มาตรา 317 ไม่ได้กำหนดฐานความผิด เพราะเหตุว่ามาตรา 314 และมาตรา 315 มิใช่มาตราที่กำหนดฐานความผิดใหม่ เป็นเพียงมาตราที่กำหนดโทษให้กับผู้ใช้และผู้สนับสนุนให้มากขึ้นกว่าปกติเท่านั้น ดังนั้นการตีความฐานความผิด 30 ฐานในมาตรา 317 จึงต้องหมายถึง ตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน ด้วย เมื่อคณะกรรมการมีอำนาจเปรียบเทียบผู้กระทำความผิด ก็ย่อมมีอำนาจเปรียบเทียบตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุนด้วย ดังนั้น คณะกรรมการจึงมีอำนาจเปรียบเทียบผู้กระทำความผิดตามมาตรา 314 และมาตรา 315 ได้นอกจากนี้หากตีความว่าคณะกรรมการมีอำนาจเปรียบเทียบผู้กระทำความผิด แต่ไม่มีอำนาจเปรียบเทียบผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนตามมาตรา 314 และ 315 แล้ว อาจเกิดผลที่ผิดปกติ เพราะจะทำให้ผู้ลงมือกระทำความผิดได้รับการเปรียบเทียบปรับและไม่ต้องถูกส่งฟ้องศาล แต่ผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนกระทำความผิดร้ายแรงพอ ๆ กัน ต้องถูกส่งฟ้องโดยไม่อาจเปรียบเทียบปรับได้**

3.2.3 ความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายพิเศษที่ควบคุมกิจการบางประเภท

ในส่วนนี้จะวิเคราะห์ถึงความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด ในกรณีที่บริษัทมหาชนจำกัดนั้นเป็นกิจการพิเศษที่มีความสำคัญอย่างยิ่งกับระบบเศรษฐกิจของประเทศ ซึ่งถ้าหากมีการใช้กฎหมายอาญากับผู้บริหารบริษัทเหล่านี้ย่อมมีประสิทธิภาพแล้ว ก็จะมีผลเป็นการป้องกันอาชญากรรมทางเศรษฐกิจได้ หากไม่สามารถใช้กฎหมายอาญากับผู้บริหารเหล่านี้ย่อมมีประสิทธิภาพแล้ว ก็จะเป็นช่องทางให้ผู้บริหารทุจริต และเป็นผลให้ระบบเศรษฐกิจของประเทศได้รับการกระทบกระเทือน

กิจการพิเศษที่มีความสำคัญกับระบบเศรษฐกิจและมีกฎหมายควบคุมเฉพาะนั้น ได้แก่ ธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุน บริษัทหลักทรัพย์ และบริษัทประกันภัย

* สรุปจากบันทึกสรุปข้อเท็จจริง เรื่อง ขอรื้อปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการเปรียบเทียบตามมาตรา 317 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, มีนาคม 2544

** สรุปจากบันทึกเรื่องอำนาจในการเปรียบเทียบตามมาตรา 317 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เมษายน 2544

ก) กิจการธนาคารพาณิชย์

ธนาคารพาณิชย์ทุกธนาคารได้จดทะเบียนเป็นบริษัทมหาชนจำกัด และโดยเหตุที่กิจการธนาคารพาณิชย์เป็นกิจการที่สำคัญต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ ดังนั้นการที่ผู้บริหารธนาคารพาณิชย์กระทำความผิดอาญา จึงมีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจในภาพรวม กฎหมายจึงต้องบัญญัติความผิดและวิธีการดำเนินการกับผู้บริหารธนาคารพาณิชย์เหล่านี้เป็นพิเศษเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้น

พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 ไม่ได้บัญญัติโทษไว้กับผู้บริหารธนาคารพาณิชย์ไว้เป็นการเฉพาะ แต่มีมาตรา 46 นว ได้วางหลักว่ากรณีที่ผู้บริหารธนาคารพาณิชย์กระทำความผิดในหมวด 12 ประมวลกฎหมายอาญา หรือในพระราชบัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ฯ หรือในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน ให้ธนาคารแห่งประเทศไทยเป็นผู้เสียหายที่มีอำนาจร้องทุกข์ดำเนินคดีแทนธนาคารพาณิชย์ได้

นอกจากนี้ในพระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 มาตรา 46 ทศ ยังได้ให้อำนาจธนาคารแห่งประเทศไทยสั่งยึดอายัดทรัพย์สินของผู้บริหารไว้ชั่วคราวก่อนฟ้องศาล และมีอำนาจร้องขอต่อศาลอาญาให้ศาลมีคำสั่งห้ามผู้บริหารออกนอกราชอาณาจักรอีกด้วย

ข) กิจการบริษัทเงินทุน

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 ได้มีกฎหมายกำหนดความรับผิดของผู้บริหารบริษัทเงินทุนไว้เป็นพิเศษ ในมาตรา 74 ถึงมาตรา 75 อัญญา นอกเหนือจากความรับผิดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดและพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ทั้งนี้บทบัญญัติในมาตรา 74 ถึงมาตรา 75 อัญญา นั้น มีความคล้ายกับความผิดในประมวลกฎหมายอาญาลักษณะทรัพย์สินเป็นอย่างมาก แต่มีบทกำหนดโทษที่รุนแรงกว่า

ค) กิจการบริษัทหลักทรัพย์

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ตั้งแต่มาตรา 302 ถึงมาตรา 310 ได้กำหนดความรับผิดของผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์ไว้เป็นพิเศษนอกเหนือจากความรับผิดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดและพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ทั้งนี้บทบัญญัติในมาตรา 302 ถึงมาตรา 310 มีความคล้ายกับประมวลกฎหมายอาญาลักษณะทรัพย์สินเป็นอย่างมาก แต่มีบทกำหนดโทษที่รุนแรงกว่า

ง) กิจการบริษัทประกันภัย

กิจการประกันภัยแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ การประกันชีวิต และการประกันวินาศภัย ซึ่งในแต่ละประเภทก็มีกฎหมายควบคุมอยู่คือ พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ.2535 และพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ.2535 ซึ่งพระราชบัญญัติทั้งสองก็ไม่ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดชอบไว้ให้ผู้บริหารโดยเฉพาะ มีเพียงบทบัญญัติในลักษณะที่เมื่อผู้บริหารบริษัทประกันภัยกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ให้กรรมการประกันภัยเป็นผู้เสียหาย มีอำนาจร้องทุกข์ดำเนินคดี (พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 มาตรา 109 และพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 มาตรา 115) เหมือนที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 และนอกจากนี้กรรมการประกันภัยยังมีอำนาจยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้บริหาร และมีอำนาจร้องขอต่อศาลอาญาให้ศาลสั่งห้ามมิให้ผู้บริหารออกนอกราชอาณาจักร (พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 มาตรา 110 และพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 มาตรา 116)

เมื่อศึกษาถึงกฎหมายพิเศษที่ควบคุมกิจการ 4 ประเภท กล่าวคือ ธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุน บริษัทหลักทรัพย์ บริษัทประกันภัย แล้วจะพบว่า บทกำหนดโทษกับผู้บริหารกิจการทั้ง 4 ประเภทนั้นมีลักษณะที่คล้ายกัน และแยกพิจารณาลักษณะบทกำหนดโทษได้ 2 แบบ กล่าวคือ

1) บทกำหนดโทษในกฎหมายพิเศษของธนาคารพาณิชย์ กับ บริษัทประกันภัย

มีลักษณะที่คล้ายกันคือไม่มีการบัญญัติความผิดเป็นพิเศษให้ผู้บริหารบริษัท แต่จะมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจหน่วยงานที่ควบคุมกำกับดูแล คือธนาคารแห่งประเทศไทย และกรมการประกันภัย มีอำนาจเป็นผู้เสียหายในความผิดที่ผู้บริหารบริษัททำขึ้นตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

นอกจากนี้หน่วยงานของรัฐดังกล่าวยังมีอำนาจสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้บริหารเป็นการชั่วคราวก่อนฟ้องศาลอีกด้วย ซึ่งเป็นบทบัญญัติเสริมเรื่องวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 254 และมาตรา 266 ที่อนุญาตให้โจทก์ใช้วิธีการชั่วคราวยึดหรืออายัดทรัพย์สินไว้ได้เฉพาะเมื่อฟ้องคดีแพ่งแล้วเท่านั้น

2) บทกำหนดโทษของบริษัทเงินทุน กับบริษัทหลักทรัพย์

ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ.2522 มาตรา 74 ถึง 75 อนุรัฐ และในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 302 ถึงมาตรา 310 ได้บัญญัติความรับผิดชอบของผู้บริหารไว้ โดยเลียนมาจากความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา เช่น ในมาตรา 75 ตรี (พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ.2522) และมาตรา 307(พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และ

ตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535) มีถ้อยคำคล้ายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 353 หรือในมาตรา 75 จัตวา (พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ.2522) และมาตรา 308 (พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535) มีถ้อยคำคล้ายกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 352 เป็นต้น

จากพระราชบัญญัติทั้งสองที่ควบคุมกิจการบริษัทเงินทุน และบริษัทหลักทรัพย์นั้น มีประเด็นที่เป็นข้อสังเกตอยู่สามประเด็น คือ

1) แม้ถ้อยคำจะคล้ายกัน แต่โทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายพิเศษนั้นจะรุนแรงกว่าโทษตามประมวลกฎหมายอาญาเป็นอย่างมาก

2) ความผิดตามพระราชบัญญัติกฎหมายพิเศษนี้จะเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ในขณะที่ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาจะเป็นความผิดต่อส่วนตัว ดังนั้นการดำเนินคดีจะต้องมีความแตกต่างกัน คือ หากต้องการดำเนินคดีตามประมวลกฎหมายอาญานั้นต้องมีผู้เสียหายฟ้อง หรือร้องทุกข์ดำเนินคดี แต่ถ้าต้องการดำเนินคดีตามกฎหมายพิเศษเหล่านี้ ไม่จำเป็นต้องมีผู้เสียหายก็ได้ มีเพียงผู้กล่าวโทษแล้วพนักงานสอบสวนก็มีอำนาจดำเนินคดีได้

3) หากผู้บริหารบริษัทเงินทุนหรือบริษัทหลักทรัพย์กระทำความผิดจะต้องรับโทษทั้งตามกฎหมายพิเศษ และต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญาด้วย โดยเป็นเรื่อง “กรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท” ให้ลงโทษบทเฉพาะโดยไม่ต้องอ้างประมวลกฎหมายอาญามาตรา 90⁵⁶

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁵⁶ ดู เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, ถาม-ตอบกฎหมายอาญาภาคความผิด (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 1-7.

3.3 ความรับผิดชอบทางวินัยทางธุรกิจของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด

จากที่กล่าวมาแล้วว่าหากผู้บริหารบริษัทมหาชนกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอันฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ผู้บริหารอาจมีความรับผิดชอบแพ่ง และความรับผิดชอบต่ออาญา ซึ่งความรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญานั้นมีผลเป็นการควบคุมความประพฤติของผู้บริหารบริษัทมหาชนให้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและด้วยระมัดระวังรักษาผลประโยชน์สูงสุดให้บริษัท

ในความเป็นจริงแล้วการวางหลักการเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการและผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดลงในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดนั้นเป็นเรื่องยากลำบาก เพราะการดำเนินกิจการบริษัทมหาชนจำกัดนั้นเป็นเรื่องที่มีรายละเอียดมากและเปลี่ยนแปลงไปตามกระแสธุรกิจ หากจะกำหนดหน้าที่ให้กับผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดให้เข้มงวดเกินไป ก็อาจเกิดความไม่คล่องตัวในการดำเนินธุรกิจ ดังที่เคยเกิดปัญหาขึ้นเมื่อครั้งมีการยกเลิกพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวเป็นกฎหมายที่วางกฎเกณฑ์ในลักษณะที่รัดกุมเกินไป ไม่สอดคล้องกับการดำเนินธุรกิจบริษัทมหาชน ทำให้มีการยกเลิกกฎหมายดังกล่าวและประกาศใช้พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบันที่มีกฎเกณฑ์ที่ผ่อนคลายกว่า และสอดคล้องกับการดำเนินธุรกิจปัจจุบัน ในทำนองกลับกัน หากปล่อยไว้และควบคุมความประพฤติของผู้บริหารบริษัทมหาชนในลักษณะผ่อนปรน ก็จะเป็นการเปิดช่องทางให้ผู้บริหารบริษัทมหาชนทุจริตและทำให้บริษัทมหาชนเสียหาย อันจะส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศได้

วิธีการประนีประนอมปัญหาความเข้มงวดเกินไปของระบบกฎหมาย กับปัญหาช่องทางให้ผู้บริหารทุจริตและประพฤติมิชอบนั้น คือ การกำหนด “วินัยทางธุรกิจ” ขึ้นแทนที่จะบัญญัติเป็นกฎหมาย โดยวินัยทางธุรกิจ คือ แนวทางปฏิบัติที่ดีของกรรมการและผู้บริหารบริษัทที่องค์กรต่างๆ ที่มีหน้าที่ควบคุมบริษัทไม่ว่าจะเป็นสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) หรือ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เพื่อให้กรรมการและผู้บริหารบริษัทมหาชนปฏิบัติตามแนวทางดังกล่าว เพื่อให้บริษัทเป็นบริษัทในความควบคุมกำกับดูแลที่ดี (Good Corporate Governance) อันจะเป็นผลดีกับบริษัทและระบบเศรษฐกิจในภาพรวม

ในต่างประเทศก็ได้มีการกำหนดวินัยทางธุรกิจเช่นเดียวกัน ในรูปของ code of best practice เช่นในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นรูปของ “Business Roundtable by Deloitte & Touche Review”⁵⁷ ประเทศอังกฤษเป็นรูปของ “Hampel Committee”⁵⁸ เป็นต้น

ในประเทศไทย วินัยทางธุรกิจที่สำคัญได้บัญญัติขึ้นในรูปแบบของ “ข้อพึงปฏิบัติที่ดี”(Code of Best Practice) หรือ “แนวทางปฏิบัติที่ดี” (Best Practice Guidelines) ซึ่งปัจจุบัน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยได้บัญญัติวินัยทางธุรกิจออกมา 2 ฉบับ คือ

- 1) ข้อพึงปฏิบัติที่ดีสำหรับกรรมการบริษัทจดทะเบียน (Code of Best Practice for Directors of Listed Companies)⁵⁹
- 2) แนวทางปฏิบัติที่ดีของคณะกรรมการตรวจสอบ (Best Practice Guidelines for Audit Committee)⁶⁰

วินัยทางธุรกิจที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรทั้งสองฉบับใช้บังคับเฉพาะกับบริษัทจดทะเบียน (Listed Company) เท่านั้น กล่าวคือ ใช้บังคับกับบริษัทที่มีหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ เพราะเหตุว่าตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยเป็นองค์กรกำกับดูแลบริษัทมหาชนที่จดทะเบียนเท่านั้น ในที่นี้จะพิจารณาถึงแต่ ข้อพึงปฏิบัติที่ดีสำหรับกรรมการบริษัทจดทะเบียน (Code of Best Practice for Directors of Listed Companies) เนื่องจากเป็นการศึกษาถึงความรับผิดชอบของผู้บริหาร ซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับข้อพึงปฏิบัติดังกล่าว ส่วน แนวทางปฏิบัติที่ดีของคณะกรรมการตรวจสอบ (Best Practice Guidelines for Audit Committee) นั้น เป็นวินัยทางธุรกิจที่กำหนดขึ้นสำหรับคณะกรรมการที่ไม่มีอำนาจบริหาร ซึ่งไม่ถือว่าเป็นผู้บริหารของบริษัทมหาชนจำกัด จึงไม่นำมาวิเคราะห์ในบทนี้

⁵⁷ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, การเสริมสร้าง good corporate governance ของ บริษัท จดทะเบียน ใน ประเทศไทย ใน www.sec.or.th/download/goodcg/goodcg.html

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน

⁵⁹ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, ข้อพึงปฏิบัติที่ดีสำหรับกรรมการบริษัทจดทะเบียน (Code of Best Practice for Directors of Listed Companies), (กรุงเทพมหานคร : บุญศิริการพิมพ์, 2542)

⁶⁰ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, แนวทางปฏิบัติที่ดีของคณะกรรมการตรวจสอบ (Best Practice Guidelines for Audit Committee) (กรุงเทพมหานคร : บุญศิริการพิมพ์, 2542)

ในข้อพึงปฏิบัติที่ดีสำหรับกรรมการบริษัทจดทะเบียน ข้อ 1 ได้บัญญัติเรื่อง “องค์ประกอบของคณะกรรมการ” (Board Composition) ไว้ โดยในข้อ 1.1 บัญญัติว่า กรรมการบริษัทจดทะเบียนควรประกอบด้วย

- 1.1.1 กรรมการที่เป็นผู้บริหาร (Executive Director) ซึ่งหมายถึงกรรมการที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจการบริหารงานประจำหรือกรรมการผู้มีอำนาจลงนามผูกพันบริษัท
- 1.1.2 กรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหาร (Non-Executive Director) แบ่งได้เป็น
 - กรรมการที่เป็นอิสระ (Independent Director) หมายถึง กรรมการจากภายนอกที่ไม่ได้มีตำแหน่งเป็นผู้บริหารหรือพนักงานประจำของบริษัท ไม่ได้เป็นกรรมการบริหารหรือกรรมการผู้มีอำนาจลงนามผูกพันบริษัท และเป็นอิสระจากผู้ถือหุ้นรายใหญ่ ผู้บริหาร และผู้ที่เกี่ยวข้อง สามารถทำหน้าที่คุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นทุกรายอย่างเท่าเทียมกันและสามารถช่วยเหลือไม่ให้เกิดรายการที่มีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ระหว่างบริษัทกับบุคคลที่เกี่ยวข้องกัน
 - กรรมการจากภายนอกอื่น (Outside Director) หมายถึง กรรมการจากภายนอกที่ไม่ได้มีตำแหน่งเป็นผู้บริหารหรือพนักงานประจำของบริษัท ไม่เป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นรายใหญ่ แต่อาจเป็นตัวแทนจากผู้ที่มิได้มีผลประโยชน์หรือมีส่วนได้เสียกับบริษัท เช่น ลูกค้า ซัพพลายเออร์ หรือเจ้าหน้าที่ เป็นต้น

และในข้อ 1.2 บัญญัติว่า คณะกรรมการควรประกอบด้วย กรรมการที่เป็นอิสระ (Independent Director) และกรรมการจากภายนอกอื่น (Outside Director) ในจำนวนที่เพียงพอที่จะสามารถสร้างกลไกเพื่อถ่วงดุลอำนาจภายในคณะกรรมการของบริษัท ไม่ให้บุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลใดมีอำนาจเหนือการตัดสินใจของคณะกรรมการบริษัท

ในข้อ 1.3 บัญญัติว่า ประธานกรรมการ (Chairman) ควรเลือกมาจากกรรมการที่เป็นอิสระ และไม่ควรเป็นบุคคลเดียวกับกรรมการผู้จัดการ (Managing Director) เพื่อให้มีการแบ่งแยกหน้าที่ในการกำหนดนโยบายการกำกับดูแลและการบริหารงานประจำ

เมื่อพิจารณาข้อ 1.3 แล้ว หากบริษัทจดทะเบียนแห่งหนึ่งมีประธานกรรมการ ที่เป็นกรรมการผู้จัดการด้วย ประธานกรรมการและกรรมการผู้จัดการนั้นก็มิมีความรับผิดชอบและทางอาญา เพราะพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน หรือกฎหมายอื่นๆ ก็ไม่ได้บัญญัติห้ามไว้ แต่บริษัทดังกล่าวอาจไม่ได้รับความน่าเชื่อถือจากสังคม เนื่องจากปฏิบัติขัดต่อวินัยทางธุรกิจที่กำหนดไว้ในข้อพึงปฏิบัติที่ดีสำหรับกรรมการบริษัทจดทะเบียน

ในข้อพึงปฏิบัติที่ดีสำหรับกรรมการบริษัทจดทะเบียนข้อ 2 ได้กำหนดเรื่อง “บทบาทหน้าที่ และความรับผิดชอบของคณะกรรมการ” (Roles and Responsibilities of Director) โดย

เป็นแนวทางปฏิบัติของคณะกรรมการนอกเหนือจากที่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนได้กำหนดไว้ มีทั้งหมด 9 ข้อ คือ

2.1 กรรมการต้องมีความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ที่จะเป็นประโยชน์ต่อการดำเนินธุรกิจ มีความสนใจในกิจการของบริษัทที่ตนเองเป็นกรรมการ มีความตั้งใจ และมีจริยธรรม (Honesty and Integrity)

2.2 กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท และมีความรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้น โดยสม่ำเสมอ (Accountability to Shareholder)

ในข้อนี้เป็นบทบัญญัติที่คล้ายพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85 ที่กำหนดหน้าที่ให้กับกรรมการบริษัทมหาชน

2.3 คณะกรรมการมีหน้าที่กำหนดนโยบายและทิศทางการดำเนินงานของบริษัท (Direct) และกำกับควบคุมดูแล (Monitor and Supervise) ให้ฝ่ายจัดการดำเนินการให้เป็นตามนโยบายที่กำหนดไว้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล เพื่อเพิ่มมูลค่าทางเศรษฐกิจสูงสุดให้แก่กิจการและความมั่งคั่งสูงสุดแก่ผู้ถือหุ้น (Maximize Economic Value and Shareholders' Wealth)

2.4 คณะกรรมการควรติดตามการดำเนินกิจการของบริษัทตลอดเวลาและควรได้รับรู้ถึงการปฏิบัติตามกฎหมายและข้อกำหนดในสัญญาที่เกี่ยวข้องของบริษัท และควรกำชับให้ฝ่ายจัดการบอกกล่าวเรื่องที่สำคัญของบริษัท เพื่อให้การดำเนินกิจการของบริษัทเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

ในข้อนี้เป็นบทบัญญัติในเรื่องหน้าที่แห่งความระมัดระวัง (Duty of Care) ที่ไม่มีบัญญัติขยายความเพิ่มเติมจากพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 85

2.5 คณะกรรมการควรดำเนินการให้บริษัทจดทะเบียนมีระบบการควบคุมภายใน (Internal Control) และการตรวจสอบภายใน (Internal Audit) ที่มีประสิทธิผล

2.6 กรรมการที่เป็นอิสระและกรรมการจากภายนอกอื่นควรพร้อมที่จะใช้ดุลยพินิจของตนเองอย่างเป็นอิสระในการพิจารณากำหนดกลยุทธ์ การบริหารงาน การใช้ทรัพยากร การ

แต่งตั้งกรรมการ และการกำหนดมาตรฐานการดำเนินงาน ตลอดจนพร้อมที่จะคัดค้านการกระทำของกรรมการอื่น ๆ หรือฝ่ายจัดการในกรณีที่มีความเห็นขัดแย้งในเรื่องที่มีผลกระทบต่อความเท่าเทียมกันของผู้ถือหุ้นทุกราย

2.7 ในกรณีที่จำเป็น คณะกรรมการอาจแสวงหาความเห็นทางวิชาชีพจากที่ปรึกษาภายนอกเกี่ยวกับการดำเนินงานด้วยค่าใช้จ่ายของบริษัท

2.8 คณะกรรมการควรจัดให้มีเลขานุการบริษัท (Company Secretary) เพื่อช่วยดูแลกิจกรรมต่าง ๆ ของคณะกรรมการ และช่วยให้คณะกรรมการและบริษัทปฏิบัติตามเป็นไปตามกฎหมายและระเบียบข้อบังคับที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ

2.9 คณะกรรมการควรจัดให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับจรรยาบรรณทางธุรกิจ (Code of Corporate Conduct) จริยธรรมทางธุรกิจ จริยธรรมของกรรมการ ผู้บริหารและพนักงาน (Code of Ethics) เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติภายในองค์กร

ในข้อพึงปฏิบัติที่ดีสำหรับกรรมการบริษัทจดทะเบียน ข้อ 4 ได้กำหนดเรื่อง “การดำรงตำแหน่งกรรมการ” (Holding the Director Position) 3 ข้อดังนี้

4.1 กรรมการควรใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาถึงจำนวนบริษัทที่เหมาะสมในการที่ตนจะรับตำแหน่งเป็นกรรมการในขณะใดขณะหนึ่ง และควรแน่ใจว่าตนมีเวลาอย่างเพียงพอในการเข้าร่วมประชุมคณะกรรมการเพื่อติดตามการดำเนินงานของบริษัท

ในข้อ 4.1 นี้ หากพิจารณาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 86 แล้วจะพบว่ามาตรา 86 ห้ามกรรมการไปเป็นกรรมการในบริษัทอื่นที่มีสภาพการทำธุรกิจอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับบริษัท โดยมาตรา 86 ไม่ได้ห้ามการที่กรรมการบริษัทมหาชนไปเป็นกรรมการบริษัทอื่น ๆ แต่การที่กรรมการบริษัทมหาชนไปเป็นกรรมการบริษัทอื่น ๆ หลายบริษัทนั้นย่อมทำให้เวลาในการปฏิบัติงานของบริษัทมหาชนลดลง และอาจทำงานได้ไม่มีประสิทธิภาพ ดังนั้นตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยจึงวางหลักการไว้ในข้อพึงปฏิบัติที่ดีสำหรับกรรมการบริษัทจดทะเบียนข้อ 4.1 กรณีนี้แม้กรรมการบริษัทมหาชนฝ่าฝืนข้อพึงปฏิบัติดังกล่าว กรรมการก็ไม่ได้มีความรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญา เพราะไม่ได้ฝ่าฝืนมาตรา 86 แต่อาจต้องมีความรับผิดชอบทางวินัยทางธุรกิจได้

4.2 กรรมการผู้จัดการของบริษัทจดทะเบียนควรดำรงตำแหน่งกรรมการผู้จัดการของบริษัทจดทะเบียนเพียงแห่งเดียว เพื่อให้มีเวลาเพียงพอในการดูแลการดำเนินธุรกิจของบริษัทจดทะเบียนนั้นๆ ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้

ในข้อ 4.2 นี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้ห้ามการที่กรรมการบริษัทมหาชนไปเป็นกรรมการผู้จัดการบริษัทอื่น แต่ข้อพึงปฏิบัติที่ดีสำหรับกรรมการบริษัทจดทะเบียนเห็นว่าการที่กรรมการบริษัทจดทะเบียนไปเป็นกรรมการผู้จัดการบริษัทจดทะเบียนอื่นนั้น เท่ากับกรรมการคนดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่ฝ่ายจัดการบริษัททั้งสองแห่ง ซึ่งไม่มีเวลาเพียงพอในการดูแลกิจการของบริษัทจดทะเบียนได้

4.3 กรรมการไม่ควรรับเป็นกรรมการในบริษัทที่ก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์กับบริษัทจดทะเบียนที่ตนดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการอยู่

ในข้อพึงปฏิบัติที่ดีสำหรับกรรมการบริษัทจดทะเบียน ข้อที่ 5 ได้กำหนดเรื่อง “ค่าตอบแทนกรรมการ” (Directors’ Remuneration) ไว้ 3 ข้อดังนี้

5.1 บริษัทควรกำหนดนโยบายค่าตอบแทนกรรมการและกรรมการบริหารไว้อย่างชัดเจนและโปร่งใส และค่าตอบแทนกรรมการต้องได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น

ในข้อนี้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 90 ที่กำหนดว่าค่าตอบแทนกรรมการต้องได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น โดยในมาตรา 90 ได้กำหนดรายละเอียดลงไปว่าต้องได้รับคะแนนเสียงสองในสามของผู้ถือหุ้นทั้งหมดที่เข้ามาประชุม

5.2 กรรมการหรือกรรมการเฉพาะเรื่องที่ได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่และความรับผิดชอบเพิ่มขึ้น ควรได้รับค่าตอบแทนที่เหมาะสมกับหน้าที่และความรับผิดชอบที่ได้รับมอบหมายเพิ่มขึ้นนั้น

5.3 บริษัทควรเปิดเผยจำนวนเงินเบี้ยประชุมและค่าตอบแทนต่างๆ ที่บริษัทจ่ายให้แก่กรรมการในรายงานประจำปีของบริษัท

ในข้อ 5.3 นี้ไม่ได้มีบัญญัติไว้พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด แต่ข้อพึงปฏิบัติที่ดีสำหรับกรรมการบริษัทจดทะเบียนข้อนี้ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายอังกฤษ คือพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1985 และจาก code of practice on directors' remuneration ซึ่งปัจจุบันปรากฏอยู่ในภาคผนวกของ Stock Exchange's Listing Rule โดยปรากฏหลักการดังกล่าวในส่วน B ของ code of practice on directors' remuneration ซึ่งบัญญัติบังคับให้กรรมการเปิดเผยค่าตอบแทน

ของกรรมการแต่ละคน ต่อที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น รวมทั้งรายละเอียดของบำนาญ (pension) ที่ได้รับระหว่างปี⁶¹

ในข้อพึงปฏิบัติที่ดีสำหรับกรรมการบริษัทจดทะเบียนข้อ 7 ได้กำหนดเรื่อง “การรายงานข้อมูล” (Reporting) 3 ข้อ ดังนี้

7.1 คณะกรรมการมีหน้าที่รับผิดชอบต่อการรายงานข้อมูลทางการเงิน (Financial Report) และข้อมูลทั่วไป (Non-Financial Report) ต่อผู้ถือหุ้นและผู้ลงทุนทั่วไปอย่างถูกต้อง ครบถ้วน และโปร่งใส มีคำอธิบายอย่างมีเหตุผล พร้อมตัวเลขสนับสนุนทั้งในด้านผลการดำเนินงาน นโยบาย และแนวโน้มในอนาคต ตลอดจนผลสำเร็จและอุปสรรคของกิจการ

7.2 ข้อมูลทางการเงิน (Financial Report)

7.2.1 คณะกรรมการควรมีความเข้าใจอย่างดีและไม่แทรกแซงวัตถุประสงค์และมาตรฐานการปฏิบัติงานทางวิชาชีพของผู้สอบบัญชีของบริษัท

7.2.2 ในกรณีที่ผู้สอบบัญชีของบริษัทจดทะเบียนถอนตัวหรือถูกถอดถอน บริษัทควรแจ้งเหตุแห่งการถอนตัวหรือถอดถอนนั้นต่อสำนักงานคณะกรรมการหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

7.2.3 คณะกรรมการควรจัดทำรายงานแสดงถึงความรับผิดชอบของคณะกรรมการต่อการจัดทำและการเปิดเผยถึงความรับผิดชอบของคณะกรรมการต่อการจัดทำและการเปิดเผยรายงานทางการเงินของกิจการ (Statement of Directors' Responsibilities) เสนอไว้ในรายงานประจำปีควบคู่กับการเงินที่ตรวจสอบโดยผู้สอบบัญชี รายงานควรครอบคลุมเรื่องดังนี้

- ข้อกำหนดของกฎหมายที่กำหนดให้คณะกรรมการของบริษัทต้องจัดให้มีการจัดทำงบการเงินเพื่อแสดงถึงฐานะการเงินและผลการดำเนินงานในรอบปีที่ผ่านมาที่เป็นจริงและสมเหตุสมผล (True and Fair Presentation)
- ความรับผิดชอบของคณะกรรมการบริษัทในการจัดการให้มีข้อมูลทางบัญชีที่ถูกต้อง ครบถ้วนและเพียงพอเพื่อที่จะดำรงรักษาไว้ซึ่งทรัพย์สินของบริษัท และเพื่อให้ทราบจุดอ่อนเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการทุจริตหรือมีการดำเนินการที่ผิดปกติ

⁶¹ Gower L.C.B. , Gower's Principles of Modern Company Law (London : Sweet & Maxwell,1997), p.631.

- ให้คำยืนยันว่าบริษัทได้ถือปฏิบัติตามมาตรฐานการบัญชีที่รับรองโดยทั่วไป ใช้นโยบายบัญชีที่เหมาะสมและถือปฏิบัติโดยสม่ำเสมอ ตลอดจนได้มีการพิจารณาถึงความสมเหตุสมผลและอย่างรอบคอบในการจัดทำงบการเงินของบริษัท

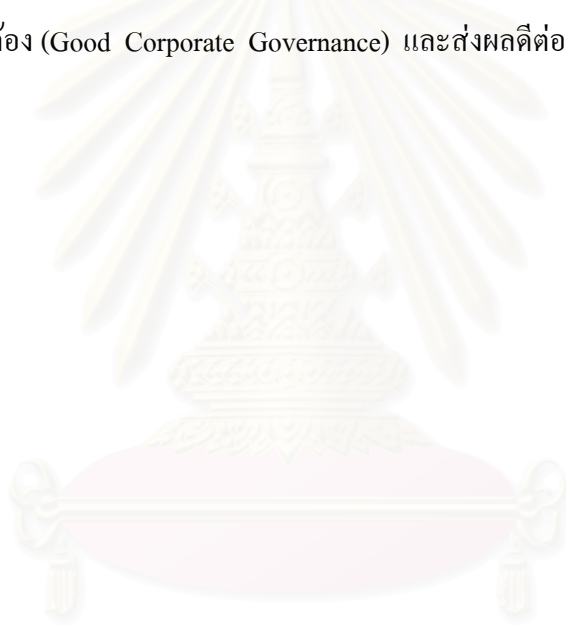
7.3 คณะกรรมการควรเปิดเผยการปฏิบัติตามข้อพึงปฏิบัติที่ดีสำหรับกรรมการบริษัทจดทะเบียน (Code of Best Practice) พร้อมทั้งระบุเหตุผลที่ไม่สามารถปฏิบัติได้ในรายงานประจำปีของบริษัท

จากที่กล่าวมาทั้งหมดนั้นเป็นบทบัญญัติเรื่องวินัยทางธุรกิจ ซึ่งตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยได้กำหนดขึ้นเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติให้ผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนได้ปฏิบัติตามเพื่อให้บริษัทมีความน่าเชื่อถือและเป็นบริษัทภายใต้การควบคุมที่ดี (Good Corporate Governance) อันเป็นผลให้เกิดความมั่นใจกับทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นผู้ถือหุ้น ผู้ลงทุน และผู้เกี่ยวข้องทั่วไป โดยวินัยทางธุรกิจเหล่านี้ โดยเนื้อแท้แล้วไม่ใช่กฎหมาย จึงสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขให้สอดคล้องกับกระแสการดำเนินธุรกิจได้เป็นอย่างดี

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 4 บทวิเคราะห์

ในบทนี้จะวิเคราะห์ถึงประเด็นปัญหาในเรื่องความรับผิดชอบทางแพ่ง ความรับผิดชอบทางอาญา และความรับผิดชอบทางวินัยทางธุรกิจของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด ตามลำดับ โดยนำประเด็นปัญหาที่ไม่สามารถแก้ไขโดยการตีความกฎหมายหรือประเด็นปัญหาที่เป็นช่องโหว่ของกฎหมายมาวิเคราะห์และเสนอแนวทางแก้ไข ไม่ว่าจะป็นวิธีแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย หรือกฎระเบียบ แนวทางปฏิบัติต่าง ๆ เพื่อให้มีผลเป็นการควบคุมความประพฤติของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดให้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและรักษาผลประโยชน์ของบริษัท ซึ่งจะทำให้บริษัทมหาชนมีสภาพเป็นบริษัทในความควบคุมกำกับที่ถูกต้อง (Good Corporate Governance) และส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศในภาพรวม



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

4.1 ประเด็นปัญหาในเรื่องความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด

4.1.1 ประเด็นปัญหาทั่วไป

ก) พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบให้กับกรรมการบริษัทแต่ไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้กับพนักงานของบริษัท สมควรที่จะกำหนดหน้าที่ต่าง ๆ ของกรรมการให้รวมถึงพนักงานของบริษัทด้วยหรือไม่ อย่างไร

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85, 86, 87, 88 ได้บัญญัติหน้าที่ไว้สำหรับกรรมการบริษัทมหาชนจำกัด โดยในมาตรา 85 ได้กำหนดหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต และหน้าที่แห่งความระมัดระวัง ส่วนในมาตรา 86 ถึงมาตรา 88 เป็นหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน (ในมาตรา 89 และ 90 เป็นหน้าที่ที่กำหนดขึ้นเพื่อห้ามบริษัท จึงไม่นำมาพิจารณาในที่นี้) ซึ่งหากกรรมการบริษัทไม่กระทำการหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติก็จะต้องมีความรับผิดชอบทางแพ่งฐานละเมิด และต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้กับบริษัท แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าในมาตรา 85, 86, 87, 88 ไม่ได้กล่าวถึงพนักงานของบริษัทเลย ทั้ง ๆ ที่พนักงานของบริษัทบางตำแหน่งนั้นเป็นตำแหน่งที่มีความสำคัญยิ่งต่อบริษัทมหาชน ดังเช่น ผู้จัดการบริษัท หัวหน้าฝ่าย หัวหน้าแผนก เพราะเป็นผู้ปฏิบัติงานให้สอดคล้องกับนโยบายที่คณะกรรมการได้วางไว้ หากพนักงานบริษัทปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต หรือไม่ระวังรักษาประโยชน์ของบริษัทมหาชนจำกัดแล้ว ก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นกับบริษัทได้เป็นอย่างมากเช่นเดียวกัน จึงสมควรที่จะศึกษาถึงขอบเขตหน้าที่และความรับผิดชอบของพนักงานบริษัทมหาชนในตำแหน่งต่าง ๆ และความจำเป็นที่จะเพิ่มเติมหน้าที่และความรับผิดชอบของพนักงานบริษัทในบางตำแหน่งที่สำคัญให้คล้ายคลึงกับความรับผิดชอบของกรรมการบริษัท

ความจำเป็นที่จะต้องขยายหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duty) หน้าที่แห่งความระมัดระวัง (Duty of Care) และหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of Interest) ให้ไปถึงพนักงานที่มีอำนาจบริหารงาน

เหตุที่ต้องขยายหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการให้รวมถึงผู้บริหารอื่น ๆ ในบริษัทมหาชนจำกัดด้วย ก็เพราะผู้บริหารอื่น ๆ ในบริษัทมหาชนที่ไม่ใช่กรรมการนั้น มีหน้าที่บริหารงานของบริษัท

และหากผู้บริหารเหล่านี้กระทำการโดยทุจริตแล้ว บริษัทย่อมได้รับความเสียหายไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าที่ กรรมการกระทำ

ตำแหน่ง “ผู้จัดการ” มีฐานะเป็นพนักงานของบริษัท หากผู้จัดการบริษัทเป็นกรรมการบริษัท อยู่ด้วย ก็จะถูกเรียกว่า “กรรมการผู้จัดการ” ซึ่งตำแหน่งดังกล่าวมี 2 ฐานะ คือ เป็นกรรมการ และเป็น พนักงานด้วย จึงสามารถปรับบทหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทมหาชนตามพระราชบัญญัติ บริษัทมหาชนมาตรา 85, 86, 87, 88 มาใช้กับ “กรรมการผู้จัดการ” ได้ แต่ถ้าหาก “ผู้จัดการบริษัท” ไม่ได้เป็นกรรมการบริษัทอยู่ด้วย ผู้จัดการบริษัทนั้นก็จะมิมีฐานะเดียวคือฐานะเป็น “พนักงานของ บริษัท” ซึ่งหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้จัดการบริษัทนั้นจะมีอยู่ตามสัญญาจ้างแรงงาน และ สัญญา ตัวแทน (เฉพาะในกรณีที่ผู้จัดการได้รับมอบหมายจากบริษัทให้ทำนิติกรรมแทนบริษัท) โดยไม่อาจ ปรับบทพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 85, 86, 87, 88 มาใช้บังคับได้

เมื่อพิจารณาถึงหน้าที่ของ “ผู้จัดการ” ตามสัญญาจ้างแรงงานแล้วจะพบว่าหน้าที่และความรับผิดชอบดังกล่าวถูกกำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 583 ซึ่งบัญญัติว่า

“ ถ้าลูกจ้างจงใจขัดคำสั่งของนายจ้างอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี หรือละเลยไม่นำพาต่อคำสั่ง เช่นว่านั้นเป็นอาชญากรรมก็ดี ละทิ้งการงานไปเสียก็ดี กระทำความผิดอย่างร้ายแรงก็ดี หรือทำประการอื่น อันไม่สมแก่การปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ลุล่วงไปโดยถูกต้องและสุจริตก็ดี ท่านว่านายจ้างจะไล่ออกโดย มิพักต้องบอกกล่าวล่วงหน้าหรือให้สินไหมทดแทนก็ได้”

เมื่อพิจารณาถึงหน้าที่ของ “ผู้จัดการ” ตามสัญญาตัวแทนแล้ว จะพบว่า ผู้จัดการต้องมีหน้าที่ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 807 ถึงมาตรา 814 กล่าวคือต้องปฏิบัติ หน้าที่โดยสุจริต (มาตรา 810) และด้วยความระมัดระวัง (มาตรา 807 วรรคสอง) เป็นต้น

จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องจ้างแรงงานตามมาตรา 583 และเรื่องตัวแทนตาม มาตรา 807 ถึงมาตรา 814 จะพบว่าในมาตราดังกล่าวได้กำหนดความรับผิดชอบให้ผู้จัดการบริษัทที่มีฐานะ เป็นลูกจ้างบริษัทและตัวแทนของบริษัทต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนตามสัญญาจ้างแรงงานและ สัญญาตัวแทนในกรณีที่ผู้จัดการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duty) และหน้าที่แห่งความ ระมัดระวัง (Duty of Care) ดังนั้นหากผู้จัดการบริษัทมหาชนได้กระทำการโดยฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่ง ความซื่อสัตย์สุจริตหรือหน้าที่แห่งความระมัดระวังแล้ว ก็อาจต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้

บริษัทตามสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาตัวแทน โดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ แต่หากผู้จัดการกระทำการที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of Interest) ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 86, 87 หรือ 88 แล้ว กรณีนี้ไม่อาจกำหนดให้ผู้จัดการรับผิดชอบต่อบริษัทโดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องจ้างแรงงานมาตรา 583 และเรื่องตัวแทนตามมาตรา 807 ถึงมาตรา 814 ได้ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติกรณีดังกล่าวไว้ และกรณีนี้ก็ไม่อาจกำหนดให้ผู้จัดการรับผิดชอบต่อบริษัทโดยอาศัยพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 86, 87, 88 ได้ เพราะในมาตราดังกล่าวไม่ได้กำหนดหน้าที่ดังกล่าวให้กับพนักงานของบริษัทมหาชน

ตัวอย่างเช่น นาย ก. เป็นผู้จัดการบริษัท ข. จำกัด (มหาชน) ที่ประกอบธุรกิจขายอาหารสัตว์ นาย ก. ไปประกอบกิจการขายอาหารสัตว์อันมีสภาพเดียวกับบริษัท ข. และเป็นการค้าแข่งกับบริษัท ข. เช่นนี้ นาย ก. ไม่มีฐานะเป็นกรรมการบริษัท ข. จึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อบริษัท ข. ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 86 ที่บัญญัติห้ามกรรมการค้าแข่งกับบริษัทมหาชน และนาย ก. ก็ไม่ต้องรับผิดชอบต่อบริษัท ข. ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 583 ด้วย เนื่องจากมาตรา 583 ไม่ได้กำหนดเรื่องการห้ามค้าแข่งไว้ แต่ในข้อเท็จจริงเดียวกัน ถ้าหากนาย ก. ดำรงตำแหน่งเป็น “กรรมการผู้จัดการบริษัท ข. จำกัด (มหาชน)” แล้ว นาย ก. จะต้องรับผิดชอบต่อบริษัท ข. ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 86 ทั้งนี้ ทั้ง ๆ ที่ทั้งสองกรณีนั้นเป็นกรณีของการดำรงตำแหน่ง “ผู้จัดการ” เหมือนกัน และมีความรับผิดชอบบริหารงานบริษัทเหมือนกัน

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องจ้างแรงงานและเรื่องตัวแทนได้กำหนดหน้าที่พนักงานบริษัทมหาชนไว้เพียงส่วนเดียว คือ หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต และหน้าที่แห่งความระมัดระวัง ซึ่งไม่เพียงพอที่จะควบคุมความประพฤติของพนักงานบริษัทมหาชนที่มีตำแหน่งบริหารงาน เพื่อเป็นการควบคุมความประพฤติของพนักงานบริษัทที่มีตำแหน่งผู้บริหาร ดังเช่น ผู้จัดการ ให้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความถูกต้องและซื่อสัตย์สุจริต จึงสมควรที่จะขยายหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต หน้าที่แห่งความระมัดระวัง และหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน ให้ครอบคลุมไปถึงตำแหน่งพนักงานของบริษัทที่มีตำแหน่งบริหารด้วย

กฎหมายสหรัฐอเมริกาได้กำหนดตำแหน่งของพนักงาน (officer) ไว้เช่นเดียวกัน โดยใน Tradition Corporate Statutes ได้กำหนดให้ทุกบริษัทต้องมีพนักงาน (officer) 4 คน¹ คือ

1. President
2. Vice-president
3. Secretary
4. Treasurer

ใน Revised Model Business Corporation Act , section 8.40 (a) ได้บัญญัติว่า “แต่ละบริษัทต้องมีพนักงาน (officer) ตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือแต่งตั้งโดยคณะกรรมการ”

อำนาจหน้าที่ของพนักงาน(officer) ในกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้นโดยปกติจะกำหนดขึ้นโดยข้อบังคับของบริษัท (Corporate bylaws) ซึ่งแตกต่างกันไปตามแต่ละบริษัท แต่โดยส่วนใหญ่แล้วจะมีหน้าที่ดังนี้

1. President มีฐานะเป็น the principal executive officer of corporation และอยู่ภายใต้การควบคุมของคณะกรรมการ president จะมีหน้าที่ให้คำแนะนำ (supervise) และควบคุม (control) ธุรกิจและกิจการของบริษัท โดย president จะเป็นคนที่ทำสัญญาต่าง ๆ ให้บริษัท
2. Vice-president มีหน้าที่กระทำการแทน President ในกรณีที่ President ไม่อยู่ ตาย หรือไร้ความสามารถ และยังมีหน้าที่รับรองหุ้น หรือเอกสารต่าง ๆ ของบริษัท
3. Secretary มีหลายหน้าที่คือ เก็บบันทึกรายงานการประชุมผู้ถือหุ้นและกรรมการ ทำให้เอกสารต่าง ๆ สอดคล้องกับข้อบังคับของบริษัท ทำหน้าที่เป็น Custodian ของบริษัท บันทึกและเก็บตราประทับบริษัท (Seal) เก็บทะเบียนชื่อที่อยู่ของผู้ถือหุ้น ลงนามรับรองหุ้นและการโอนหุ้นของบริษัทพร้อมกับ President หรือ Vice-president
4. Treasurer มีหน้าที่รับผิดชอบเงินและกองทุนทั้งหมดของบริษัท ทำหน้าที่รับจ่ายเงินของบริษัท ตำแหน่ง Treasurer อาจถูกเรียกประกันในการปฏิบัติหน้าที่ของตน

¹ Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell (St. Paul Minn.:West publishing,1987), p.234-235.

บริษัทอาจกำหนดตำแหน่งพนักงานที่มีชื่อเรียกอื่น ๆ ได้เช่น executive officer, chief operating officer, comptroller, general manager, cashier, loan officer

นอกจากนี้ Statutes มักจะกำหนดให้คณะกรรมการ (Board of Director) สามารถมอบอำนาจหน้าที่ให้กับพนักงาน (officer) นอกเหนือจากที่กำหนดไว้แล้วก็ได้

ในกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้กำหนดหน้าที่ของพนักงาน (officer) ไว้ใน common law โดย Common Law Standard ได้กำหนดให้พนักงาน (officer) และ ตัวแทน (agent) ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบ ดังนี้

“พนักงาน (Officer) และ ตัวแทน (Agent) ต้องมีความซื่อสัตย์ในระดับสูง มีเจตนาสุจริต และมีความซื่อสัตย์ (high degree of honesty , good faith and diligent) เนื่องจากพนักงาน (officer) และตัวแทน (Agent) ได้รับค่าตอบแทนจากบริษัท และมักจะเป็นการจ้างแรงงานแบบเต็มเวลา (full time employee) โดยที่พนักงาน (officer) ต้องกระทำเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทแต่ผู้เดียว และ ต้องให้ “การตัดสินใจทางธุรกิจที่ไม่น้อฉล” (uncorrupt business judgment)ต่อบริษัท โดยที่พนักงาน (officer) ต้องแจ้งความขัดแย้งของผลประโยชน์ที่ตนมีในสัญญาของบริษัทให้บริษัททราบ”²

นอกจากนี้ใน Revised Model Business Corporation Act, section 8.42 ยังได้บัญญัติมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงาน (officer) ว่าเหมือนกับมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (director) ด้วย โดยที่พนักงาน (officer) ในตำแหน่งที่มีความสำคัญน้อยลงอาจถูกกำหนดให้มีหน้าที่และความรับผิดชอบที่น้อยกว่า แต่อย่างไรก็ตามคดีส่วนมากมักจะสร้างมาตรฐานหน้าที่และความรับผิดชอบของพนักงาน (officer) ไว้ในระดับสูง ³

หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต หน้าที่แห่งความระมัดระวัง และหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกันนั้นเป็นหน้าที่ที่กำหนดให้กรรมการบริษัทมหาชนจำกัด ตามมาตรา 85 ถึงมาตรา 88 (ส่วนในมาตรา 89 และมาตรา 90 นั้นเป็นหน้าที่ของบริษัท จึงไม่นำมาพิจารณาในที่นี้) ซึ่งกำหนดจากพื้นฐานที่ว่ากรรมการเป็นผู้บริหารบริษัท และมีอำนาจตัดสินใจแทนบริษัท ดังนั้นหาก

² Ibid.

³ Ibid.

กรรมการไม่สุจริต หรือไม่ระมัดระวัง หรือมีผลประโยชน์ขัดกับผลประโยชน์ของบริษัทแล้ว ก็อาจทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย ดังนั้นเมื่อพนักงานอื่น ๆ ที่ไม่ใช่กรรมการและมีอำนาจบริหารหรือมีอำนาจตัดสินใจแทนบริษัท ได้กระทำการไม่สุจริต หรือไม่ระมัดระวัง หรือมีผลประโยชน์ขัดกับผลประโยชน์ของบริษัทแล้ว ก็ควรที่จะต้องกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบให้กับพนักงานเหล่านั้นด้วย

ควรรายงานหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการให้ไปถึงพนักงานในระดับใด

จากที่กล่าวมาแล้วว่าสมควรรายงานหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการให้รวมถึงพนักงานของบริษัทมหาชนด้วย เพื่อเป็นการควบคุมความประพฤติพนักงานที่มีตำแหน่งสำคัญ ๆ ให้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต อันจะเป็นผลดีต่อบริษัท แต่ทั้งนี้ประเด็นที่ต้องศึกษาต่อไปคือ ควรจะรายงานหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการให้ไปถึงพนักงานในระดับใด เพราะถ้ารายงานหน้าที่เหล่านี้ไปถึงพนักงานทุกคน อาจไม่จำเป็นเพราะพนักงานบางคนเป็นเพียงฝ่ายปฏิบัติงานโดยแท้ เช่น พนักงานธุรการ พนักงานเอกสาร ซึ่งไม่มีอำนาจบริหารหรือตัดสินใจแทนบริษัทเลยแม้แต่น้อย อีกทั้งจะเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของพนักงานเหล่านี้จนเกินไป เพราะเหตุว่าหน้าที่ที่กำหนดให้กรรมการบริษัทมหาชนนั้นเป็นหน้าที่ในลักษณะจำกัดสิทธิของบุคคล เช่น การห้ามค้าแข่งกับบริษัท เป็นต้น

พนักงานในตำแหน่งที่ควรจะถูกกำหนดหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต หน้าที่แห่งความระมัดระวัง และหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน คือ พนักงานที่มีอำนาจบริหาร มีอำนาจตัดสินใจแทนบริษัท และการตัดสินใจนั้นมีผลได้เสียกับบริษัท เพื่อเป็นการสอดคล้องกับภาระหน้าที่ของกรรมการบริษัท และเพื่อไม่กระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของพนักงานในระดับล่างจนเกินไป และเพื่อให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนในบทกำหนดโทษมาตรา 215 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 307, 311, 313 จึงควรแก้ไขพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 85 ถึงมาตรา 88 โดยเพิ่มเติมคำว่า “บุคคลผู้รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท” ลงในมาตราดังกล่าว เพื่อให้หน้าที่ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85 ถึงมาตรา 88 ได้ครอบคลุมไปถึงพนักงานบริษัทในตำแหน่งบริหารที่ไม่ได้มีฐานะเป็นกรรมการด้วย โดยกฎหมายที่แก้ไขใหม่อาจเป็นดังนี้

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85 วรรคแรก

“ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการและบุคคลผู้รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท”

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 86

“ห้ามมิให้กรรมการและบุคคลผู้รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัทประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท หรือเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นกรรมการของบริษัทเอกชนหรือบริษัทอื่นที่ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท ไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ตน หรือประโยชน์ผู้อื่น เว้นแต่จะได้แจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบก่อนที่จะมีมติแต่งตั้ง

ในกรณีที่กรรมการและบุคคลผู้รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัทคนใดฝ่าฝืนบทบัญญัติวรรคหนึ่ง บริษัทจะเรียกค่าสินไหมทดแทนในการที่บริษัทได้รับความเสียหายจากกรรมการและบุคคลคนนั้นก็ได้ ทั้งนี้ต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่บริษัททราบถึงการฝ่าฝืนและไม่เกินสองปีนับแต่วันฝ่าฝืน

ในกรณีที่บริษัทไม่ใช่สิทธิเรียกร้องตามวรรคสอง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ ถ้าบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้ง หรืออายุความตามวรรคสองเหลือน้อยกว่าหนึ่งเดือน ผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะใช้สิทธิเรียกร้องนั้นเพื่อบริษัทก็ได้ และให้นำมาตรา 85 วรรคสอง (2) และวรรคสามมาใช้บังคับโดยอนุโลม”

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 87

“กรรมการและบุคคลผู้รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัทคนใดซื้อทรัพย์สินของบริษัท หรือขายทรัพย์สินให้แก่บริษัทหรือกระทำธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งกับบริษัท ไม่ว่าจะกระทำในนามของตนหรือของบุคคลอื่น ถ้ามิได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการแล้ว การซื้อหรือกระทำธุรกิจนั้นไม่มีผลผูกพันบริษัท”

ข) “หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) คืออะไร และควรจะบัญญัติขึ้นในกฎหมายไทยหรือไม่

หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) เป็นหลักกฎหมายสหรัฐอเมริกาที่กำหนดขึ้นไว้เป็นเกราะคุ้มกันผู้บริหารบริษัทเพื่อป้องกันมิให้ผู้บริหารต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัท หากการตัดสินใจนั้นเป็นไปด้วยความสุจริต ปราศจากการขัดกันของผลประโยชน์ ใช้

ความระมัดระวังดีพอ และเชื่อว่าเป็นผลประโยชน์สูงสุดของบริษัท แม้ต่อมาการตัดสินใจนั้นจะทำให้บริษัทได้รับความเสียหายก็ตาม หลักการนี้เกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาที่ต้องพิจารณาความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัท ศาลจึงกำหนดขอบเขตของตนเองโดยสร้างหลักการตัดสินใจทางธุรกิจขึ้น ให้มีผลว่า ศาลจะตรวจสอบแต่เพียงว่าผู้บริหารได้กระทำหน้าที่ถูกต้องตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ ส่วนดุลยพินิจของผู้บริหารว่าจะตัดสินใจอย่างไรและการตัดสินใจนั้นจะทำให้บริษัทเสียหายอย่างไร ศาลจะไม่เข้าไปและต้องดุลยพินิจของผู้บริหาร หากดุลยพินิจนั้นเป็นไปโดยสุจริต และใช้ความระมัดระวังดีพอ เพราะผู้บริหารบริษัทย่อมมีดุลยพินิจอย่างอิสระและเป็นผู้ที่มีสิทธิอย่างเต็มที่ที่จะตัดสินใจแทนบริษัท

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าหลักการตัดสินใจทางธุรกิจเกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาจนถือปฏิบัติเป็น common law ต่อมาสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติ Revised Model Business Corporation Act (RMBCA) ขึ้น และใน RMBCA ได้บัญญัติหลักการหน้าที่แห่งความระมัดระวังไว้ใน section 8.30 a แต่ก็ไม่ได้กล่าวถึงหลักการตัดสินใจทางธุรกิจไว้แต่อย่างใด จนกระทั่งถึงปัจจุบัน RMBCA ก็ไม่ได้กล่าวถึงหลักการตัดสินใจทางธุรกิจเลย แต่หลักการตัดสินใจทางธุรกิจก็ได้รับการยอมรับและนำมาใช้อย่างแพร่หลายโดยศาลสหรัฐอเมริกาในรูปของ common law ต่อมา “สถาบันกฎหมายอเมริกัน” (The American Law Institute) ได้ให้คำนิยามของ “หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ” ไว้ใน Tentative section 4.01 (c) ซึ่งนิยามดังกล่าวถือว่าเป็นหลักที่นักกฎหมายนำมาใช้อย่างแพร่หลายในปัจจุบัน คือ

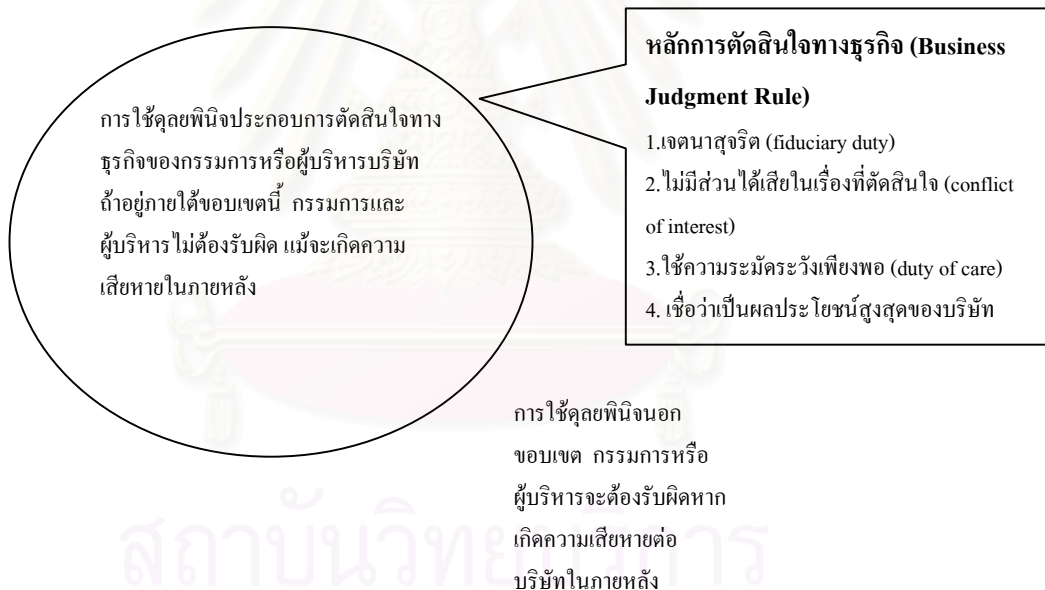
“กรรมการหรือพนักงานซึ่งทำการตัดสินใจทางธุรกิจด้วย (1) เจตนาสุจริต และ (2) ไม่มีส่วนได้เสียในการตัดสินใจนั้น และ (3) ได้รับแจ้งข้อมูลที่เหมาะสมเกี่ยวกับเรื่องที่ทำกรตัดสินใจนั้น และ (4) เชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่ากรตัดสินใจดังกล่าวจะเป็นผลประโยชน์สูงสุดของบริษัท แล้ว กรรมการหรือพนักงานผู้นั้นไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย”

จากนิยามดังกล่าวสามารถแยกพิจารณาได้ว่า กรรมการหรือผู้บริหารบริษัทไม่ต้องรับผิดชอบในการตัดสินใจทางธุรกิจของตนก็ต่อเมื่อ

- 1) ได้กระทำการโดยสุจริต
- 2) ไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่ตัดสินใจนั้น
- 3) มีความระมัดระวังดีพอ กล่าวคือศึกษาข้อมูลอย่างเหมาะสมและเพียงพอก่อนตัดสินใจ

4) มีความเชื่อโดยสุจริตว่าการตัดสินใจดังกล่าวเป็นผลประโยชน์สูงสุดของบริษัท

ดังนั้นสรุปได้ว่า หากกรรมการหรือผู้บริหารบริษัทได้ตัดสินใจทางธุรกิจโดยกระทำการครบองค์ประกอบทั้งสี่ข้อแล้ว แม้อต่อมาการตัดสินใจดังกล่าวทำให้บริษัทขาดทุน และได้รับความเสียหายมากเท่าใด กรรมการหรือผู้บริหารก็ไม่ต้องมีความรับผิดชอบต่อบริษัท เพราะถือว่าได้ตัดสินใจภายใต้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจแล้ว ในทำนองกลับกันหากกรรมการหรือผู้บริหารตัดสินใจทางธุรกิจโดยไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของหลักทั้งสี่ข้อ เช่น ตัดสินใจทางธุรกิจโดยมีส่วนร่วมได้เสียในเรื่องที่ตัดสินใจ และต่อมาการตัดสินใจดังกล่าวทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย เช่นขาดทุน กรรมการหรือผู้บริหารจะต้องมีความรับผิดชอบต่อบริษัท และไม่อาจอ้างหลักการตัดสินใจทางธุรกิจมาป้องกันการตัดสินใจของตนได้ โดยสามารถสรุปหลักการตัดสินใจทางธุรกิจกับหน้าที่ของกรรมการและผู้บริหารบริษัทเป็นแผนภาพได้ดังนี้



ตัวอย่างที่หนึ่ง คณะกรรมการบริษัท A. จำกัด ได้กระทำการแต่งตั้ง นาย B. เป็นผู้จัดการบริษัท A. จำกัด โดยคณะกรรมการได้ทำการตัดสินใจด้วยความเชื่อสุจริตและไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่ตัดสินใจ และได้ใช้ความระมัดระวังศึกษาประวัติของ นาย B. อย่างดีพอ และเห็นว่า นาย B. เป็นผู้มีความรู้ความสามารถ และคณะกรรมการเห็นตรงกันว่าการตั้งนาย B. เป็นผู้จัดการบริษัทจะเป็นดีที่สุดต่อบริษัท ต่อมานาย B. เกิดทุจริตต่อหน้าที่และยกยอกเงินของบริษัทไป เช่นนี้ ประเด็นที่

ต้องวินิจฉัยคือ คณะกรรมการบริษัทต้องรับผิดชอบบริษัทหรือไม่ กรณีนี้เห็นได้ว่า คณะกรรมการบริษัทไม่ต้องรับผิดชอบต่อบริษัท แม้ว่าการตัดสินใจทางธุรกิจของตนจะทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย แต่จะเห็นได้ว่าการตัดสินใจทางธุรกิจดังกล่าว เกิดขึ้นภายใต้หลักเกณฑ์ทั้งสิ้นของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ คณะกรรมการจึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อการตัดสินใจเลือกนาย B. เป็นผู้จัดการ

ตัวอย่างที่สอง นาย A. เป็นกรรมการผู้จัดการบริษัท B. จำกัด ซึ่งประกอบกิจการขายอุปกรณ์สำนักงาน นาย A. เห็นว่าสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าของบริษัทกำลังได้รับความนิยมในตลาด จึงตัดสินใจผลิตโต๊ะทำงานรูปแบบใหม่ขึ้นจำหน่าย โดยการตัดสินใจดังกล่าวได้กระทำโดยสุจริต ไม่มีส่วนได้เสีย และใช้ความระมัดระวังศึกษาข้อมูลอย่างดีพอ และเชื่อว่าการตัดสินใจดังกล่าวเป็นผลดีกับบริษัท ปรากฏว่าต่อมามียอดขายโต๊ะทำงานลดลง และทำให้บริษัทขาดทุนจำนวนหลายสิบล้านบาท เช่นนี้เห็นได้ว่าการตัดสินใจของ นาย A. เป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหายหลายสิบล้านบาท แต่ นาย A. ไม่ต้องรับผิดชอบต่อบริษัท เพราะนาย A. ได้ตัดสินใจภายใต้กรอบของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ

ตัวอย่างที่สาม นาย A. เป็นกรรมการ บริษัท B. จำกัด นาย A. ได้เสนอเรื่องให้ที่ประชุมกรรมการลงมติซื้อหุ้นของบริษัท C. ซึ่งเป็นบริษัทที่มีปัญหาทางการเงิน เพราะบริษัท C. เป็นบริษัทที่ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่เป็นญาติของนาย A. โดยนาย A. แสดงให้ที่ประชุมคณะกรรมการเห็นว่าการดำเนินงานทางธุรกิจของบริษัท C. กำลังจะดีขึ้นและจะทำให้บริษัท B. มีกำไรต่อหุ้นสูงขึ้นโดยไม่แจ้งเรื่องส่วนได้เสียของตนในบริษัท C. ให้ที่ประชุมคณะกรรมการทราบ ปรากฏว่าต่อมามีบริษัท C. ล้มละลาย และบริษัท B. ได้รับความเสียหายเป็นอย่างมาก เช่นนี้ นาย A. ไม่อาจอ้างหลักการตัดสินใจทางธุรกิจมาคุ้มครองการตัดสินใจของตนเองได้ เพราะการตัดสินใจทางธุรกิจดังกล่าวเป็นการกระทำที่นาย A. มีส่วนได้เสียในการตัดสินใจ จึงเป็นการตัดสินใจภายนอกกรอบของหลักการ Business Judgment Rule ส่วนกรรมการคนอื่นอาจอ้างหลักการ Business Judgment Rule มาคุ้มครองการตัดสินใจของตนเองได้ ถ้ากรรมการพิสูจน์ได้ว่าตนตัดสินใจโดยสุจริต ไม่มีส่วนได้เสียในการตัดสินใจ และเชื่อข้อมูลของ นาย A. โดยใช้ความระมัดระวังดีพอ

ตัวอย่างที่สี่ นายแวน กอร์คอม (Mr. Van Gorkom) ดำรงตำแหน่งหัวหน้าผู้บริหาร (Chief Executive Officer) ของบริษัท Trans Union Corp. ซึ่งเป็นบริษัทมหาชน (Publicly Held Corporation) โดยนายแวนเป็นเจ้าของหุ้น 75,000 หุ้น จากจำนวนหุ้นทั้งหมด 20 ล้านหุ้น นายแวนใกล้จะเกษียณจึงเสนอขายหุ้นให้บริษัทด้วยราคา 55 เหรียญสหรัฐต่อหุ้น ซึ่งในระหว่างนั้นหุ้นของบริษัทขายกันที่ราคา

24 ถึง 39 เหยียดสหรัฐ ฝ่ายจัดการของบริษัทได้ศึกษาว่าสถานะทางการเงินของบริษัทในปัจจุบันสามารถซื้อหุ้นที่ราคา 55 เหยียดได้หรือไม่ ต่อมาเจ้าหน้าที่การเงินของบริษัทรายงานว่ากระแสเงินสดของบริษัทอาจไม่พอซื้อหุ้นที่ราคา 55 เหยียดสหรัฐ นายแวนได้ติดต่อผู้เชี่ยวชาญทางการเงินที่มีชื่อเสียงและคุ้นเคยกันกับนายแวน (ราชาเทคโอเวอร์) เสนอซื้อหุ้นบริษัทที่ราคา 55 เหยียดสหรัฐ ในทันที โดยปราศจากการสอบสวนมูลค่าของบริษัท และปราศจากการหาผู้ซื้อหุ้นหลาย ๆ คน ต่อมานายแวนได้ตัดสินใจขอการรับรองการซื้อหุ้นจากที่ประชุมคณะกรรมการบริษัท โดยมีสมาชิกฝ่ายจัดการคัดค้าน ด้วยเหตุผลที่ว่าปราศจากการประเมินราคาที่เหมาะสม คณะกรรมการบริษัทได้รับเรื่องพิจารณาด่วนภายใน 3 วัน และมีมติรับรองการซื้อขายหุ้นดังกล่าวอย่างรวดเร็ว เรื่องเข้าสู่การพิจารณาของ Delaware Supreme Court และศาลมีคำพิพากษาว่า

“กรรมการบริษัทไม่มีข้อมูลอย่างเพียงพอเกี่ยวกับมูลค่าหุ้นของบริษัท ดังนั้นกรรมการจึงไม่อาจได้รับความคุ้มครองจากหลัก Business Judgment Rule ได้”

ศาลได้สรุปว่ากรรมการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่แห่งความระมัดระวัง (Duty of Care) จึงเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross Negligence)

จะเห็นได้ว่าในตัวอย่างที่สี่นี้ คณะกรรมการไม่อาจอ้างหลัก Business judgment Rule มาคุ้มครองการตัดสินใจของตนเองได้ เพราะการตัดสินใจทางธุรกิจดังกล่าว คณะกรรมการได้กระทำไปโดยปราศจากความระมัดระวัง เป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งความระมัดระวัง จึงเป็นการตัดสินใจทางธุรกิจภายใต้กรอบของหลักการ Business Judgment Rule

เมื่อพิจารณากฎหมายไทยในเรื่องหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) แล้ว จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณา คือ “กฎหมายไทยมีหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) อยู่หรือไม่ และถ้าไม่มีแล้วจะมีความจำเป็นหรือไม่ที่จะต้องบัญญัติเพิ่มเติมหลักการดังกล่าวในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน หรือแม้แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องบริษัทจำกัด”

กฎหมายไทยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน ไม่มีการบัญญัติหลักการตัดสินใจทางธุรกิจไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพียงแต่บัญญัติหน้าที่ของกรรมการบริษัทไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนตั้งแต่มาตรา 85 ถึงมาตรา 90 เท่านั้น

เมื่อพิจารณาแล้วหลักการตัดสินใจทางธุรกิจไม่มีความจำเป็นที่ต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1) พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนสามารถปรับใช้กับหลักการตัดสินใจทางธุรกิจได้โดยครบถ้วนแล้วโดยไม่ต้องไปบัญญัติหลักการดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรเพิ่มเติม เพราะเหตุว่าพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนตั้งแต่มาตรา 85 ถึงมาตรา 90 ก็ได้บัญญัติหน้าที่ของกรรมการบริษัทมหาชนไว้แล้ว ซึ่งหน้าที่ในมาตราดังกล่าวก็คือกรอบของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) นั่นเอง กล่าวคือ ถ้ากรรมการตัดสินใจทางธุรกิจภายใต้กรอบแห่งหน้าที่ในมาตรา 85 ถึงมาตรา 90 แล้ว แม้เกิดความเสียหายกับบริษัท กรรมการก็ไม่ต้องมีความรับผิดแต่อย่างใด แต่ถ้ากรรมการตัดสินใจทางธุรกิจนอกกรอบแห่งหน้าที่ในมาตรา 85 ถึง มาตรา 90 และต่อมาบริษัทได้รับความเสียหาย กรรมการก็ต้องรับผิดต่อบริษัท จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติหลักการตัดสินใจทางธุรกิจไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนอีก

2) ในกฎหมายสหรัฐอเมริกาในรูปแบบของ Statutes เอง ก็ไม่มีการบัญญัติหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ดังเช่นใน Revised Model Business Corporation Act (RMBCA) ซึ่งเป็นกฎหมายต้นแบบที่รัฐต่าง ๆ ได้นำไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในรัฐของตน ก็ไม่มีการกล่าวถึงหลักการตัดสินใจทางธุรกิจไว้ มีเพียงแต่ “สถาบันกฎหมายอเมริกัน” (The American Law Institute) ได้ให้คำนิยามของ “หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ไว้ใน Tentative section 4.01 (c) เท่านั้น ซึ่งก็ไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย ดังนั้นในสหรัฐอเมริกาจึงปล่อยให้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจเป็นแนวคำพิพากษาของศาล และเป็นแนวการวินิจฉัยในเรื่องความรับผิดของกรรมการ โดยไม่ต้องบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร

แม้เหตุผลทั้งสองข้อจะทำให้ไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติหลักการตัดสินใจทางธุรกิจเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายไทยอีก แต่ทั้งนี้ควรจะมีการกล่าวถึงหลักการดังกล่าวไว้การวิจัย ตำราทางวิชาการ รายงานทางวิชาการ ต่าง ๆ เพื่อเป็นแนวทางให้ผู้ใช้กฎหมายได้ทราบถึงหลักการตัดสินใจทางธุรกิจและสามารถกำหนดความรับผิดของกรรมการได้อย่างถูกต้องว่า การตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการที่ต่อมาเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหายนั้น กรณีใดบ้างที่กรรมการต้องมีความรับผิดต่อบริษัท และกรณีใดบ้างที่กรรมการไม่ต้องมีความรับผิดต่อบริษัท ไม่ใช่ว่าการตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการที่ทำให้บริษัทเสียหายทุกกรณีที่กรรมการต้องมีความรับผิดต่อบริษัท

4.1.2 ประเด็นปัญหาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 86

ก) พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 86 ได้บัญญัติห้ามกรรมการกระทำการที่แบบเดียวกับบริษัท แต่ถ้ากรรมการแจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบก่อนที่จะมีมติแต่งตั้งกรรมการ กรรมการก็สามารถดำเนินธุรกิจแบบเดียวกับบริษัทต่อไปได้ ถ้าในกรณีที่บริษัทมีมติแต่งตั้งกรรมการไปแล้ว และต่อมากรรมการกระทำการที่แบบเดียวกับบริษัท กรรมการจะขอความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้หรือไม่

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 86 ได้บัญญัติหน้าที่ของกรรมการในเชิงห้ามกรรมการกระทำการค้าแข่งกับบริษัท โดยถือว่าการกระทำอันเป็น “การค้าแข่งกับบริษัท” นั้น มี 4 ลักษณะคือ

- 1) การประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการบริษัท
- 2) การเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญที่ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการบริษัท
- 3) การเข้าเป็นหุ้นส่วนประเภทหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัดที่ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการบริษัท
- 4) การเข้าเป็นกรรมการของบริษัทเอกชนหรือบริษัทมหาชนอื่นที่ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการบริษัท

ถ้ากรรมการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งใน 4 ข้อ ถือว่าทำผิดต่อหน้าที่และต้องมีความรับผิดชอบละเมิด และต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับบริษัท โดยมาตรา 86 วรรคสองและวรรคสามได้กำหนดวิธีการเรียกชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของบริษัทและผู้ถือหุ้นไว้

มาตรา 86 วรรคแรก บัญญัติข้อยกเว้นไว้ในตอนท้ายว่า “เว้นแต่จะได้แจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบก่อนที่จะมีมติแต่งตั้ง” หมายถึงหากกรรมการกระทำการค้าแข่งกับบริษัทอย่างหนึ่งอย่างใดใน 4 ข้ออยู่แล้ว ก่อนที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการ ถ้ากรรมการแจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบในเรื่องที่ตนค้าแข่งกับบริษัท และที่ประชุมผู้ถือหุ้นยอมรับและยังมีมติแต่งตั้งเป็นกรรมการ ก็เท่ากับว่าที่ประชุมผู้ถือหุ้นยินยอมให้กรรมการสามารถกระทำการค้าแข่งกับบริษัทต่อไปได้ การกระทำการค้า

แข่งของกรรมการหลังจากนั้นจึงไม่มีความรับผิดชอบละเมิด ตามหลักที่ว่า “ความยินยอมไม่เป็นละเมิด” (Volenti non fit injuria)⁴

ตัวอย่างเช่น บริษัท ก. (จำกัด) มหาชน ประกอบธุรกิจผลิตเครื่องใช้ไฟฟ้า ในการประชุมใหญ่สามัญประจำปี ที่ประชุมผู้ถือหุ้นบริษัท ก. จำกัด (มหาชน) กำลังลงมติเลือกกรรมการบริษัททั้งหมดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 71 วรรคหนึ่ง โดยนาย ข. ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นคนหนึ่งได้แจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบแล้วว่าตนเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญที่ประกอบธุรกิจเครื่องใช้ไฟฟ้าเช่นเดียวกัน แต่เนื่องจากนาย ข. เป็นผู้มีความรู้ความสามารถ ที่ประชุมผู้ถือหุ้นจึงลงมติแต่งตั้งนาย ข. ให้เป็นกรรมการทั้ง ๆ ที่ทราบว่านาย ข. เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนที่ประกอบธุรกิจเครื่องใช้ไฟฟ้าเหมือนกัน เช่นนี้ ถือได้ว่าที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัท ก. ยินยอมให้นาย ข. กระทำการค้าแข่งกับบริษัท ก. แล้ว บริษัทหรือผู้ถือหุ้นจึงไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากนาย ข. เพราะกระทำการค้าแข่งกับบริษัท ก. ได้

ในกรณีกลับกัน ถ้ากรรมการบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งได้รับแต่งตั้งจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น แล้วต่อมาไปกระทำธุรกิจแบบเดียวกับบริษัท เช่นนี้กรรมการสามารถขอความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อที่จะไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 86 ได้หรือไม่

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 86 ปัจจุบัน ไม่ได้เปิดช่องทางให้กรรมการมาขอความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือที่ประชุมคณะกรรมการในภายหลัง จึงตีความได้ว่ากรณีที่กรรมการบริษัทได้รับแต่งตั้งจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้ว ต่อมาไปกระทำธุรกิจแบบเดียวกับบริษัท ก็ไม่อาจขอความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือที่ประชุมคณะกรรมการได้

หากพิจารณาจากกฎหมายสหรัฐอเมริกา ในเรื่องนี้ได้บัญญัติขึ้นในชื่อของ “การแย่งชิงโอกาสของบริษัทบริษัท” (Usurpation of Corporate Opportunities) กล่าวคือประกอบด้วย 2 ส่วน คือ กรรมการต้องไม่นำความลับที่เป็นผลกำไรของบริษัทไปแข่งขันกับบริษัท (Competing with the company) และ ห้ามนำโอกาสทางธุรกิจซึ่งเป็นของบริษัทไปใช้ส่วนตัว (Use of corporate property, opportunity or information)

⁴ ดู จิตติ ดิงศภัทย์, มูลแห่งหนี้ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), หน้า 175-177. และ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2541), หน้า 21.

ในกฎหมายสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้กรรมการสามารถนำโอกาสทางธุรกิจของบริษัทไปใช้ได้
ในบางกรณี โดยใช้หลักการวินิจฉัย 2 ประการ⁵ คือ

- 1) หลัก **“Line of Business test”** ให้พิจารณาว่าบริษัทมีผลประโยชน์ในโอกาสนั้นหรือไม่
ถ้ารูปแบบการทำธุรกิจของบริษัทใกล้เคียงกับโอกาสทางธุรกิจนั้น ก็ถือว่าโอกาสนั้นเป็น
ของบริษัท ที่กรรมการไม่สามารถนำไปใช้หาประโยชน์ส่วนตัว หรือนำไปใช้แข่งขันกับ
บริษัทได้
- 2) หลัก **“fairness test”** เมื่อพิจารณาแล้วว่าเป็นโอกาสของบริษัท จะมีพฤติการณ์ใดบ้างที่
กรรมการอาจใช้ประโยชน์จากโอกาสของบริษัทนั้นได้

องค์ประกอบอื่น ๆ ที่พิจารณาว่าโอกาสทางธุรกิจเป็นของบริษัทหรือไม่ คือ 1) มีการเจรจากับ
บริษัทในเรื่องนั้น ๆ ก่อนหรือไม่ 2) โอกาสนั้น ๆ ถูกเสนอให้บริษัทหรือให้กรรมการในฐานะที่เป็น
ตัวแทนของบริษัทหรือไม่ 3) กรรมการเรียนรู้โอกาสโดยตำแหน่งหน้าที่ของตนหรือไม่ 4) กรรมการ
ใช้ทรัพย์สินหรือสิ่งอำนวยความสะดวกของบริษัทในการเข้าถึงโอกาสนั้นหรือไม่ 5) โอกาสนั้น ๆ
สำคัญกับบริษัทอย่างไร⁶

หากใช้หลักเกณฑ์ต่าง ๆ พิจารณาแล้วพบว่า “โอกาสทางธุรกิจนั้นเป็นของบริษัท” กรรมการก็
จะต้องไม่ใช่โอกาสทางธุรกิจนั้นเพื่อแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว หรือค้าแข่งกับบริษัท เว้นแต่ บริษัท
ได้ “สละ” โอกาสดังกล่าวโดยสมัครใจ ซึ่งการสละโอกาสทางธุรกิจต้องได้รับการตรวจสอบจากศาล
เพื่อดูความเป็นธรรม (fairness) กับ เจตนาสุจริต (good faith) กับบริษัท และต้องเปิดเผยและได้รับการ
รับรองจากกรรมการที่ไม่มีส่วนได้เสีย เหตุผลของการที่บริษัทสละสิทธิในโอกาสทางธุรกิจ เช่น ใน
สถานการณ์ของบริษัทในขณะนั้นไม่เหมาะสมที่จะขยายกิจการ กรรมการจึงอาจใช้โอกาสของบริษัท
ได้ หรือ บริษัทไม่มีความสามารถที่จะทำกิจการนั้น เช่น กิจการอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท
หรือบุคคลที่สามต้องการทำสัญญากับกรรมการมิใช่กับบริษัท เป็นต้น⁷

⁵ Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell (St. Paul Minn.:West publishing,1987), p.329.

⁶ Ibid., p.330.

⁷ Ibid.

มีบางแนวความคิดในอเมริกาเสนอว่า สมควรที่จะใช้ “กฎที่ตายตัว” (rigid rule) ในเรื่องของการที่กรรมการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท กล่าวคือ เมื่อพิจารณาแล้วว่าโอกาสเป็นของบริษัท แม้จะมีเหตุผลต่าง ๆ ที่บริษัทสละสิทธิโดยชอบ เช่น ฐานะทางการเงินไม่พร้อมจะขยายกิจการ กรรมการไม่มีสิทธิที่จะใช้โอกาสนั้น เพราะจะทำให้กรรมการไม่ทุ่มเท และลดความเอาใจใส่ในการทำงานให้บริษัทไป ดังนั้นหากมีเหตุการณ์ที่บริษัทไม่สามารถใช้ประโยชน์ทางธุรกิจได้ กรรมการบริษัทมีทางเลือกเพียงสองทาง คือ ถ้าไม่ให้บริษัทกู้ยืมเงินไปลงทุนในโอกาสทางธุรกิจนั้น กรรมการก็ต้องสละโอกาสทางธุรกิจนั้นไป โดยที่กรรมการไม่มีสิทธิใช้โอกาสของบริษัทเพื่อประโยชน์ส่วนตัว⁸

แนวคำพิพากษาของศาลในอเมริกาส่วนใหญ่จะไม่เห็นด้วยกับกฎที่ตายตัว เพราะเห็นว่าเข้มงวดเกินความจำเป็น และจะอนุญาตให้กรรมการใช้โอกาสของบริษัทได้ ในกรณีที่บริษัทสละโอกาสโดยได้รับการรับรองจากที่ประชุมกรรมการที่ปราศจากคะแนนเสียงของกรรมการที่มีส่วนได้เสีย และมีเหตุผลอันสมควรในการสละสิทธิ แต่ทั้งนี้ศาลถือแนววินิจฉัยว่า หากข้อเท็จจริงปรากฏว่ากรรมการใช้โอกาสที่เป็นของบริษัทอย่างลับ ๆ แล้ว กรรมการจะพิสูจน์ถึงเจตนาสุจริตของตนยากกว่ากรรมการที่ใช้โอกาสของบริษัทโดยเปิดเผยให้บริษัทรับทราบ⁹ การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทนี้มีความรับผิดชอบจากการ BREACH OF FIDUCIARY เช่นเดียวกัน

โดยสรุปแล้ว ในสหรัฐอเมริกา การพิจารณาว่ากรรมการมีความรับผิดชอบจากการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทนั้นหรือไม่ ให้พิจารณาก่อนว่าโอกาสทางธุรกิจนั้นเป็นของบริษัทหรือไม่ โดยใช้หลัก LINE OF BUSINESS TEST ถ้าโอกาสนั้นไม่ใช่ของบริษัท กรรมการก็สามารถนำโอกาสนั้นไปหาประโยชน์ส่วนตัวได้ แต่ถ้าโอกาสนั้นเป็นของบริษัท ก็ต้องมาพิจารณาว่ากรรมการสามารถนำโอกาสนั้นไปใช้ได้หรือไม่ โดยใช้หลัก FAIRNESS TEST กล่าวคือ ถ้าบริษัทสละสิทธิโดยชอบและมีเหตุผลสมควร กรรมการก็สามารถใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทได้ และถือว่าเป็นการใช้ที่เป็นธรรม (FAIRNESS) แต่ถ้าบริษัทไม่สละสิทธิหรือกรรมการใช้โอกาสของบริษัทอย่างลับ ๆ ก็ถือว่าเป็นการใช้ที่ไม่เป็นธรรม และกรรมการจะต้องมีความรับผิดชอบต่อน้ำที่ซื้อสัตย์สุจริต (BREACH OF FIDUCIARY DUTY)

หากนำหลักการของ “Usurpation of Corporate Opportunities” ในกฎหมายสหรัฐอเมริกา มาเทียบเคียงกับกฎหมายไทยแล้ว จะพบว่ากฎหมายสหรัฐอเมริกายอมให้กรรมการกระทำธุรกิจแบบ

⁸ Ibid., p.331

⁹ Ibid.

เดียวกับบริษัทได้ในบางกรณี โดยใช้หลักเกณฑ์ 2 อย่างในการพิจารณา คือ **Line of Business test** และ **fairness test**

ตัวอย่างเช่น บริษัท ก. จำกัด (มหาชน) ประกอบธุรกิจผลิตเครื่องใช้ไฟฟ้าหลายประเภท นาย ข. เป็นกรรมการบริษัทดังกล่าวอยู่ หากนาย ข. ใช้โอกาสที่ตนเป็นกรรมการบริษัท ก. และเรียนรู้ระบบงานของเครื่องใช้ไฟฟ้า และไปตั้งห้างหุ้นส่วนผลิตเครื่องทำน้ำอุ่นขึ้นมา โดยที่บริษัท ก. ยังไม่ได้ผลิตเครื่องทำน้ำอุ่น หากพิจารณาตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาแล้ว จะต้องใช้หลัก Line of Business test มาพิจารณาเป็นอันดับแรกว่า การผลิตเครื่องทำน้ำอุ่นถือว่าเป็นธุรกิจประเภทเดียวกับบริษัท ก. หรือไม่ เช่นนี้จะพบว่าการทำเครื่องทำน้ำอุ่นถือว่าเป็นธุรกิจประเภทเครื่องใช้ไฟฟ้าเหมือนกันและเป็นประเภทเดียวกันกับธุรกิจของบริษัท ก. จึงอยู่ใน Line of Business เดียวกัน จากนั้นจึงต้องมาพิจารณาว่า นาย ข. ได้รับความยินยอมจากที่ประชุมคณะกรรมการหรือไม่ ถ้านาย ข. ได้รับความยินยอมจากที่ประชุมคณะกรรมการให้ทำการผลิตเครื่องทำน้ำอุ่นได้ เพราะบริษัท ก. ยังไม่มีความสามารถทางการเงินเพียงพอในการขยายกิจการไปผลิตเครื่องทำน้ำอุ่นในตอนนี้ ถือได้ว่า การทำธุรกิจของนาย ข. เป็นธรรมกับบริษัท ก. แล้ว และถือว่านาย ข. สามารถกระทำการผลิตเครื่องทำน้ำอุ่นในนามห้างหุ้นส่วนได้ โดยไม่ต้องรับผิดชอบกับบริษัท ก.

ข้อเท็จจริงเดียวกัน หากพิจารณาตามกฎหมายไทย คือ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 86 แล้ว จะพบว่า นาย ข. ไม่อาจขอความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือที่ประชุมกรรมการได้ เพราะมาตรา 86 ไม่เปิดช่องให้ทำได้ ดังนั้น จึงสมควรที่จะแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 86 โดยเพิ่มเติมคำว่า “หรือได้รับความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น” ลงในตอนท้ายของมาตรา 86 ด้วยเหตุผลดังนี้

- 1) เพื่อเปิดโอกาสให้กรรมการบริษัทมหาชนสามารถขอความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น และไปดำเนินธุรกิจของตัวเองอันมีสภาพอย่างเดียวกับบริษัทมหาชนได้
- 2) เพื่อเปิดโอกาสให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้พิจารณาอย่างเต็มที่ว่าสถานะของบริษัทมหาชนในขณะนั้นสมควรที่จะขยายกิจการ หรือสมควรให้ผู้อื่นไปดำเนินธุรกิจ
- 3) หากกฎหมายไม่เปิดช่องทางให้กรรมการที่มีความจำเป็นต้องประกอบธุรกิจแบบเดียวกับบริษัท กรรมการก็จะประกอบธุรกิจอย่างลับ ๆ และค้าแข่งกับบริษัทอย่างไม่เปิดเผย ซึ่งจะเป็นผลเสียมากกว่า การที่กฎหมายยอมเปิดช่องให้กรรมการมาขอความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นในกรณีจำเป็นต้องดำเนินธุรกิจส่วนตน

เหตุที่ต้องให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นเป็นผู้ให้ความยินยอมเพราะจะได้เป็นการสอดคล้องกับมาตรา 86 เดิม ที่บัญญัติให้กรรมการแจ้งต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นก่อนมีมติแต่งตั้ง อีกทั้งการที่กรรมการค้าแข่งกับบริษัทนั้นเป็นเรื่องสำคัญที่กระทบกระเทือนผลกำไรของบริษัท จึงสมควรให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นเป็นผู้ตัดสินใจ ในขณะที่กฎหมายสหรัฐอเมริกาพิจารณาหลัก Fairness Test โดยให้ที่ประชุมคณะกรรมการเป็นผู้ให้ความยินยอม โดยที่กรรมการที่มีส่วนได้เสียต้องงดออกเสียง

ในร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. ... ฉบับที่คณะรัฐมนตรีเสนอสภานิติบัญญัติแห่งชาติให้พิจารณารับหลักการในวาระแรก เมื่อ พ.ศ. 2534 นั้น ได้มีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะที่เปิดช่องให้กรรมการสามารถขอความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อไปกระทำธุรกิจแบบเดียวกับบริษัทได้ โดยต้องได้รับคะแนนเสียงสองในสามของเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นที่เข้ามาประชุม ซึ่งร่างดังกล่าวสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้รับหลักการไว้โดยมีข้อความ ดังนี้

“มาตรา 87 ห้ามมิให้กรรมการประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท หรือเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นกรรมการของบริษัทเอกชนหรือบริษัทอื่นที่ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท ไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ตน หรือประโยชน์ผู้อื่น เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งประกอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุม”¹⁰

แต่ในชั้นกรรมาธิการได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขดังที่ปรากฏในมาตรา 86 ปัจจุบัน

โดยสรุปแล้ว ควรแก้ไขมาตรา 86 โดยเปิดช่องทางให้กรรมการสามารถกระทำธุรกิจแบบเดียวกับบริษัท ได้ 2 กรณี กล่าวคือ กรณีแรก ในกรณีที่บุคคลใดได้ประกอบธุรกิจแบบเดียวกับบริษัทมาก่อนแล้ว ก็ให้บุคคลนั้นแจ้งที่ประชุมผู้ถือหุ้นให้รับทราบก่อนมีมติแต่งตั้งบุคคลนั้นเป็นกรรมการ กรณีที่สอง คือ ในกรณีที่กรรมการบริษัทมหาชนได้รับแต่งตั้งแล้ว ต่อมาไปประกอบธุรกิจแบบเดียวกับบริษัท ก็เปิดโอกาสให้กรรมการมาขอความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้ ซึ่งหากที่ประชุมผู้ถือหุ้นยินยอม กรรมการก็สามารถกระทำนั้น ๆ ได้โดยไม่ต้องมีความรับผิดชอบต่อบริษัท แต่ถ้าหากที่ประชุมผู้ถือหุ้นไม่ยินยอม ก็มีผลเป็นการห้ามกรรมการกระทำธุรกิจดังกล่าว และหากกรรมการฝ่าฝืนกระทำ ก็จะต้องมีความรับผิดชอบต่อบริษัทตามมาตรา 86 ซึ่งการเพิ่มช่องทางให้กรรมการมาขอความ

¹⁰ รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 31 ถึง 33 เล่มที่ 11 พ.ศ. 2534 หน้า 353.

ยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นในกรณีที่มีความจำเป็นต้องไปกระทำธุรกิจแบบเดียวกับบริษัทนั้น ย่อมเป็นผลดีคือเป็นการสนับสนุนให้กรรมการแจ้งข้อเท็จจริงทั้งปวงของธุรกิจของตนให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบ เพื่อให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นพิจารณาอย่างเต็มที่ว่าจะอนุญาตให้กรรมการกระทำธุรกิจนั้น ๆ หรือไม่ ดีกว่าการปิดทรางไว้ไม่ยอมให้กรรมการมาขอรับความยินยอม ซึ่งจะทำให้กรรมการแอบที่จะกระทำธุรกิจค้าแข่งกับบริษัทแบบลับ ๆ โดยไม่เปิดเผยให้บริษัททราบ และเป็นการเสียหายกับบริษัทมากกว่า

ข) พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 86 ได้บัญญัติห้ามกรรมการประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท (Competing with Company) เท่านั้น แต่ไม่ได้กล่าวถึงการที่กรรมการใช้ออกลาสของบริษัทไปแสวงหาประโยชน์ส่วนตน (Use of corporate property, opportunity or information) สมควรที่จะมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 86 โดยบัญญัติห้ามกรรมการใช้ออกลาสของบริษัทไปแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวหรือไม่

“การแย่งชิงโอกาสของบริษัทบริษัท” (Usurpation of Corporate Opportunities) ประกอบด้วย 2 ส่วน คือ กรรมการต้องไม่ค้าแข่งกับบริษัท (Competing with the company) และ ห้ามนำโอกาสทางธุรกิจซึ่งเป็นของบริษัทไปใช้ส่วนตัว (Use of corporate property, opportunity or information) ซึ่งในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดได้บัญญัติไว้กรณีเดียวคือ กรณีของการค้าแข่งกับบริษัท (Competing with the company) ที่ได้กล่าวแล้วในข้อ 4.1.2 ก) ส่วนในกรณีของการนำโอกาสทางธุรกิจซึ่งเป็นของบริษัทไปใช้ส่วนตัว (Use of corporate property, opportunity or information) ไม่ได้มีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน ซึ่งการที่กรรมการได้นำโอกาสทางธุรกิจของบริษัทไปใช้ส่วนตัว ย่อมก่อให้เกิดผลเสียหายต่อบริษัทอย่างมาก

ตัวอย่างเช่น นาย ก. เป็นกรรมการผู้จัดการบริษัท ข. จำกัด (มหาชน) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการรับเหมาก่อสร้าง ต่อมา นาย ก. เห็นว่าตนเองมีความรู้ความสามารถที่จะทำธุรกิจรับเหมาก่อสร้างได้จึงขอลาออกจากบริษัทและไปตั้งบริษัทรับเหมาก่อสร้างขึ้นเอง และได้รับเหมางานของลูกค้าที่ตนเองเคยติดต่อไว้เมื่อเป็นกรรมการผู้จัดการบริษัท ข. และได้รับผลกำไรไปเป็นจำนวนมาก เช่นนี้ ถือได้ว่านาย ก. ได้นำโอกาสทางธุรกิจซึ่งเป็นของบริษัท ข. ไปแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว (Use of corporate property, opportunity or information) ซึ่งหากพิจารณาถึงกฎหมายไทยในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน มาตรา 86 แล้ว บริษัท ข. ไม่สามารถเรียกให้นาย ก. ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนฐานละเมิดได้ เพราะมาตรา 86 บัญญัติห้ามกรณีที่กรรมการไปประกอบธุรกิจแบบเดียวกับบริษัทในขณะที่ดำรงตำแหน่ง

กรรมการอยู่เท่านั้น แต่กรณีนี้ นาย ก. ได้ลาออกจากบริษัท ข. แล้ว และนำโอกาสทางธุรกิจของบริษัท ข. ที่ตนเองได้รับมาไปแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 86 จึงไม่ครอบคลุมกรณีดังกล่าว

เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดกรรมการหรือผู้บริหารใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทไปแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวภายหลังจากที่พ้นจากตำแหน่งแล้ว ทางปฏิบัติบริษัทต่าง ๆ มักจะมีการทำสัญญากับกรรมการหรือผู้บริหารในตำแหน่งสำคัญ ๆ ในรูปแบบของสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาอื่น ๆ โดยมีข้อสัญญาว่าห้ามกรรมการหรือผู้บริหารประกอบอาชีพแบบเดียวกันกับบริษัทหลังจากลาออกจากบริษัท ซึ่งการทำสัญญาในรูปแบบดังกล่าวเป็นลักษณะของการจำกัดสิทธิของกรรมการหรือผู้บริหารอย่างมาก ซึ่งสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับก่อนข้างรุนแรงและจะอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 5 ซึ่งวางหลักการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับได้ตามกฎหมายโดยต้องคำนึงถึงระยะเวลาและขอบเขตของสถานที่ในการห้ามประกอบอาชีพด้วย หากกรรมการหรือผู้บริหารฝ่าฝืน ก็จะต้องมีความรับผิดชอบตามสัญญาเป็นกรณี ๆ ไปตามแต่ข้อตกลงในสัญญา

บริษัทมหาชนใดไม่มีการทำสัญญาในรูปแบบดังกล่าวไว้กับกรรมการหรือผู้บริหาร และต่อมากรรมการหรือผู้บริหารได้ลาออกและนำข้อมูลของบริษัทไปหาประโยชน์ส่วนตัว บริษัทนั้นก็ไม่สามารถเรียกร้องให้กรรมการหรือผู้บริหารรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ ซึ่งเป็นช่องว่างของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน มาตรา 86

ตัวอย่างคดีที่ศาลอังกฤษพิจารณาเรื่องการห้ามกรรมการใช้โอกาสของบริษัทไปเป็นประโยชน์ส่วนตัว คือ คดี *Industrial Development Consultants v. Cooley* (1972) 1 W.L.R. 443 และคดี *Canadian Aero Service v. O'malley* (1973) 40 D.L.R. (3d) 371 ซึ่งมีข้อเท็จจริงคล้ายกันคือ บริษัทมีวัตถุประสงค์ในการประมูลงานก่อสร้างใหญ่ ๆ โดยกรรมการบริษัทได้รับทราบข้อมูลว่าจะมีงานก่อสร้าง แต่กรรมการกลับปกปิด และลาออกจากตำแหน่ง จากนั้นจึงเข้ารับงานดังกล่าวเอง ศาลทั้งสองคดีตัดสินว่า ผลประโยชน์ที่กรรมการได้รับนั้นต้องตกเป็นของบริษัท เพราะตอนที่กรรมการได้รับข้อมูลมานั้นยังดำรงตำแหน่งกรรมการอยู่ ดังนั้น การลาออกและไปรับงานจึงเป็นการนำข้อมูลและโอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัทไปหาประโยชน์ของตนเอง จึงต้องคืนผลประโยชน์ที่กรรมการได้รับให้กับบริษัท

นอกจากนี้ศาลอังกฤษยังได้ขยายหลักการห้ามใช้โอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัทไปใช้หาประโยชน์ส่วนตัวในกรณีที่กรรมการไม่มีเจตนาจะแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวด้วย คือ ในคดี *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver* (1942) 1 All E.R. 378 ซึ่งมีข้อเท็จจริงคือ บริษัท A. เป็นเจ้าของโรง

ภาพยนตร์แห่งหนึ่ง กรรมการของบริษัท A. ต้องการที่จะซื้อโรงภาพยนตร์อีกสองโรงมาในลักษณะที่ยังประกอบกิจการอยู่ (going concern) ในการนี้กรรมการบริษัท A. จึงตั้งบริษัท B. ขึ้นเพื่อทำสัญญาเช่าโรงภาพยนตร์ทั้งสองจากผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าโรงภาพยนตร์ทั้งสองนั้นตั้งเงื่อนไขไว้สองประการกล่าวคือ ให้กรรมการบริษัท A. ทำสัญญาค้ำประกันสัญญาเช่าเป็นการส่วนตัว หรือมีเช่นนั้น บริษัท B. จะต้องมียุทธที่ได้ชำระแล้วทั้งสิ้นไม่ต่ำกว่า 5,000 ปอนด์ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบริษัท A. ไม่มีเงินถึง 5,000 ปอนด์ที่จะลงทุนในบริษัท B. บริษัท A. จึงถือลงทุนเพียง 2,000 ปอนด์ ส่วนที่เหลืออีก 3,000 ปอนด์นั้น กรรมการบริษัท A. และที่ปรึกษากฎหมายบริษัท A. ได้ร่วมกันลงทุนในบริษัท B. จนทำให้บริษัท B. มีทุนที่ชำระแล้วครบ 5,000 ปอนด์ ตามความต้องการของผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าจึงตกลงทำสัญญาให้บริษัท B. เช่าโรงภาพยนตร์

ต่อมาทั้งบริษัท A. และบริษัท B. ถูกขายไป และหุ้นของบริษัท B. นั้นมีกำไรหุ้นละ 2 ปอนด์ 16 ซิลลิง ผู้ลงทุนรายใหม่ในบริษัท A. จึงฟ้องกรรมการเดิมของบริษัท A. ให้ส่งมอบกำไรต่อหุ้นที่กรรมการเดิมได้รับมาคืนกลับให้บริษัท A.

ในคดีนี้ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ได้พิจารณายกฟ้องบริษัท A. และให้ผลกำไรในการขายหุ้นของบริษัท B. นั้นตกได้แก่กรรมการบริษัท A. โดยให้เหตุผลว่า เงิน 3,000 ปอนด์ที่กรรมการบริษัท A. นำไปลงทุนในบริษัท B. นั้นไม่ใช่ทรัพย์สินของบริษัท A. จึงถือไม่ได้ว่ากรรมการบริษัท A. แสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินของบริษัท A. นอกจากนี้ในสภาวะนั้น ๆ บริษัท A. ก็ไม่มีความสามารถที่จะหาเงิน 3,000 บาทมาลงทุนในบริษัท B. ได้ ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์จึงมีมติเป็นเอกฉันท์ยกฟ้องบริษัท A.

ต่อมาคดีขึ้นสู่ศาลสูงสุด คือ House of Lords โดย House of Lords มีมติเป็นเอกฉันท์ให้บริษัท A. ชนะคดี โดยให้กรรมการเดิมของบริษัท A. ชดใช้เงินกำไรที่ได้จากการขายหุ้นบริษัท B. คืนให้กับบริษัท A. ด้วยเหตุผลสองประการคือ

ประการที่หนึ่ง การกระทำของกรรมการนั้นใกล้เคียงกับกิจการของบริษัทที่บริษัทสามารถทำได้ และประการที่สอง การกระทำของกรรมการนั้นเป็นเหตุให้เกิดผลกำไรซึ่งสมควรตกได้แก่บริษัท A.

ในคดีดังกล่าว จะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่กรรมการใช้โอกาสของบริษัทในการเข้าไปถือหุ้นบริษัท B. และผลของการใช้โอกาสของบริษัท A. นั้นทำให้กรรมการได้รับผลกำไรจากหุ้นมา ศาล House of Lords จึงพิพากษาให้คืนผลประโยชน์ทั้งหมดให้บริษัท A. ส่วนกรรมการก็ได้เฉพาะเงินต้น 3,000

ปอนด์ขึ้นไป ซึ่งความจริงแล้วในคดีนี้ กรรมการของบริษัท A. ไม่ได้มีเจตนาทุจริตที่จะนำโอกาสทางธุรกิจของบริษัทไปแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวเลย แต่การที่ตนต้องออกเงินส่วนตัวลงทุนในบริษัท B. นั้นเพื่อที่ความต้องการให้บริษัท A. สามารถเช่าโรงภาพยนตร์ได้สมตามเจตนาของบริษัท A. เท่านั้น

สรุปได้ว่าศาลอังกฤษเคร่งครัดอย่างมากในกรณีของการที่กรรมการใช้โอกาสของบริษัทและได้รับผลประโยชน์ส่วนตัวตอบแทน กล่าวคือ ไม่ว่าในกรณีของกรรมการทุจริตนำประโยชน์ของบริษัทไปแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว อย่างเช่นในคดี *Industrial Development Consultants v. Cooley* (1972) 1 W.L.R. 443 และคดี *Canadian Aero Service v. O'malley* (1973) 40 D.L.R. (3d) 371 หรือในกรณีกรรมการไม่มีเจตนาทุจริตแต่มีความจำเป็นต้องลงทุนในโอกาสทางธุรกิจของบริษัทที่ตนเป็นกรรมการอยู่และต่อมาได้รับผลกำไรกลับมา อย่างเช่นในคดี *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver* (1942) 1 All E.R. 378 เช่นนี้ศาลอังกฤษถือว่าเป็นการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทที่ไม่เป็นธรรมกับบริษัททั้งสิ้น ซึ่งกรรมการต้องคืนผลกำไรที่ได้รับทั้งหมดคืนให้กับบริษัท

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 86 ได้ห้าม กรรมการค้าแข่งกับบริษัทที่ตนดำรงตำแหน่งกรรมการ (Competing with the company) เท่านั้น จึงมีความจำเป็นที่ต้องเพิ่มเติมพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 86 โดยขยายข้อห้ามตามมาตรา 86 ให้ครอบคลุมถึงการที่กรรมการหรือผู้บริหารได้นำโอกาสทางธุรกิจของบริษัทไปใช้ประโยชน์ส่วนตัว (Use of corporate property, opportunity or information) ด้วย เพื่อบัญญัติหน้าที่ของกรรมการและผู้บริหารให้ครบหลักเกณฑ์ในเรื่อง “การแย่งชิงโอกาสของบริษัทบริษัท” (Usurpation of Corporate Opportunities) ที่ประกอบด้วย 2 ส่วน คือ กรรมการต้องไม่ค้าแข่งกับบริษัท (Competing with the company) และกรรมการต้องห้ามมิให้นำโอกาสทางธุรกิจซึ่งเป็นของบริษัทไปใช้ส่วนตัว (Use of corporate property, opportunity or information) นอกจากนี้การเพิ่มเติมมาตรา 86 ดังกล่าวจะมีผลเป็นการควบคุมความประพฤติของกรรมการและผู้บริหารบริษัทให้มีความซื่อสัตย์สุจริตต่อบริษัท กล่าวคือ แม้ว่าภายหลังจากที่ลาออกจากตำแหน่งกรรมการหรือผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดแล้ว และสามารถไปประกอบอาชีพค้าแข่งกับบริษัทมหาชนที่ตนเคยดำรงตำแหน่งอยู่ได้ ก็ควรที่จะเริ่มธุรกิจด้วยตนเองหรือประกอบธุรกิจด้วยความรู้ความสามารถของตนเอง และไม่ควรมำข้อมูลหรือโอกาสทางธุรกิจของบริษัทที่ตนเคยดำรงตำแหน่งอยู่มาแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว ซึ่งไม่เป็นธรรมกับบริษัทมหาชนอย่างยิ่ง

จากประเด็นปัญหาในข้อ 4.1.2 ก) และข้อ ข) ที่กล่าวมา ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดในมาตรา 86 ให้มีข้อความเป็นดังนี้ คือ

“ห้ามมิให้กรรมการและบุคคลผู้รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท กระทำการดังต่อไปนี้ คือ

1) ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท หรือเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นกรรมการของบริษัทเอกชนหรือบริษัทอื่นที่ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท ไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ตน หรือประโยชน์ผู้อื่น

2) ใช้ข้อมูลหรือโอกาสทางธุรกิจซึ่งเป็นของบริษัทไปใช้เป็นประโยชน์ส่วนตัว

เว้นแต่จะได้แจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบก่อนที่จะมีมติแต่งตั้ง หรือได้รับความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น”

4.1.3 ประเด็นปัญหาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87

ก) พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 87 บัญญัติห้ามกรรมการซื้อหรือขายทรัพย์สินกับบริษัท หรือกระทำธุรกิจกับบริษัท แต่กรณีที่กรรมการทำธุรกรรมกับบริษัทโดยไม่ได้กระทำในรูปแบบกระทำธุรกิจ จะถือว่าอยู่ในบังคับของข้อห้ามตามมาตรา 87 ด้วยหรือไม่

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 ได้บัญญัติห้ามกรรมการกระทำการ 3 ประการ คือ

- 1) ซื้อทรัพย์สินจากบริษัท
- 2) ขายทรัพย์สินให้บริษัท
- 3) กระทำธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งกับบริษัท

เหตุผลเพราะ การกระทำทั้งสามประการนั้นก่อให้เกิดผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of Interest) ซึ่งอาจเป็นช่องทางให้กรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตและใช้อำนาจของตนเอาเปรียบบริษัทได้ กฎหมายไม่ต้องการที่จะให้เกิดเหตุการณ์ที่ผลประโยชน์ของบริษัทขัดกันกับผลประโยชน์ของกรรมการ กฎหมายจึงห้ามกรรมการกระทำการดังกล่าว เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากที่ประชุมคณะกรรมการแล้ว

การซื้อหรือขายทรัพย์สินกับบริษัทนั้นเป็นกรณีการทำธุรกรรมที่อยู่ในข้อห้ามของมาตรา 87 อย่างชัดเจน ส่วนกรณีของการทำธุรกิจกับบริษัทนั้นอาจมีปัญหาในการตีความว่า “การกระทำอย่างไรที่ถือว่าเป็นการทำธุรกิจกับบริษัทที่ต้องห้ามตามมาตรา 87 ”

คำว่า “ธุรกิจ” ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ได้ให้ความหมายไว้ว่า “การงานประจำเกี่ยวกับอาชีพค้าขาย หรือกิจการอย่างอื่นที่สำคัญ และที่ไม่ใช่ราชการ”

ดังนั้น คำว่า “กระทำธุรกิจกับบริษัท” จึงหมายถึง “การกระทำการงานประจำเกี่ยวกับอาชีพค้าขาย หรือกิจการอย่างอื่นที่สำคัญกับบริษัท”

หากตีความคำว่า “กระทำธุรกิจกับบริษัท” ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 แล้ว โดยความเข้าใจของนักธุรกิจหรือประชาชนทั่วไปแล้ว ก็ย่อมต้องถือตามความหมายของพจนานุกรมเป็นสำคัญ กล่าวคือ ถ้าหากกรรมการบริษัทมหาชนทำธุรกรรมกับบริษัทในเชิงธุรกิจ ธุรกรรมก็จะเข้ากรณีต้องห้ามมิให้กระทำตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 แต่ถ้ากรณีที่กรรมการกระทำธุรกรรมกับบริษัททั่ว ๆ ไปที่ไม่ใช่ในเชิงธุรกิจ ธุรกรรมนั้นอาจไม่เข้าข้อห้ามตามมาตรา 87 ก็ได้ ซึ่งโดยแท้จริงแล้ว หลักการของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 87 นั้นมีที่มาจากหลักกฎหมายของอังกฤษในเรื่อง “Transactions with the company” และหลักกฎหมายสหรัฐอเมริกาในเรื่อง “Self-dealing” ที่ห้ามกรรมการบริษัทกระทำธุรกรรมทุกประเภทกับบริษัทที่ตนเป็นกรรมการอยู่ ไม่ว่าจะ เป็นรูปแบบเชิงธุรกิจหรือไม่ก็ตาม ดังที่ปรากฏชัดเจนในคำกล่าวของ Lord Cranworth L.C. ที่พิพากษาคดี *Arberdeen Railway Co. v. Blaikie Bros (1843-60) All ER Rep 249, House of Lords*¹¹ ซึ่งสรุปความได้ว่า

“อันว่าบริษัทนั้นสามารถกระทำการใด ๆ ได้แต่เฉพาะโดยตัวแทน และหน้าที่ของตัวแทนเหล่านั้นคือการทำให้ผลประโยชน์ของบริษัทสูงที่สุด ตัวแทนเหล่านั้นมีหน้าที่ที่จะต้องปลดปล่อยความซื่อสัตย์สุจริตให้ตัวการ และเป็นหลักสากลที่ไม่มีใครที่มีหน้าที่ดังกล่าวจะได้รับอนุญาตให้ทำความผูกพันที่ผลประโยชน์ส่วนตัวขัดกันหรือเป็นไปได้ที่จะขัดกันกับผลประโยชน์ของคนซึ่งเขาผูกพัน

¹¹ Andrew Hicks & S.H. Goo, *Case and materials on Company Law* (London: Blackstone press limited, 1994), pp.332-333.

ตนเพื่อปกป้อง หลักนี้ยึดแน่นเสมอมาอย่างเข้มงวด และไม่ต้องตั้งคำถามด้วยว่า สัญญานั้นๆ เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม”

ตัวอย่างที่หนึ่ง นาย ก. เป็นกรรมการบริษัท ข. จำกัด (มหาชน) ซึ่งทำกิจการโรงแรม นาย ก. ได้ทำสัญญาเช่ารถยนต์กับร้านเช่ารถยนต์ที่เป็นกิจการของนาย ก. เอง เพื่อนำมาใช้ในการรับส่งลูกค้าของโรงแรม เช่นนี้เห็นได้ชัดว่านาย ก. ซึ่งเป็นกรรมการบริษัท ข. ได้ “กระทำธุรกิจ” กับบริษัท ข. โดยไม่ได้ความยินยอมจากคณะกรรมการ เพราะนาย ก. ประกอบธุรกิจให้เช่ารถยนต์อยู่ด้วย จึงต้องห้ามตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 และผลของการทำสัญญาเช่าดังกล่าวก็จะไม่มีผลผูกพันบริษัท ข.

ตัวอย่างที่สอง นาย ก. เป็นกรรมการบริษัท ข. จำกัด (มหาชน) ทำธุรกิจโรงแรม นาย ก. ไม่ได้ประกอบอาชีพค้าขาย หรือประกอบธุรกิจอื่นเลย นาย ก. มีที่ดินติดทะเลอยู่แปลงหนึ่ง จึงทำสัญญาให้บริษัท ข. เช่าที่ดินของตนเพื่อสร้างโรงแรมโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมของคณะกรรมการ เช่นนี้เห็นได้ว่าถ้าตีความตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานและตามความเข้าใจของนักธุรกิจและประชาชนทั่วไปแล้วอาจพิจารณาได้ว่า การทำสัญญาให้เช่าที่ดินริมทะเลนั้น นาย ก. ไม่ได้ “กระทำธุรกิจ” กับบริษัท ข. เพราะนาย ก. ไม่ได้เป็นผู้ประกอบธุรกิจในการให้เช่าที่ดินเป็นอาชีพของตน แต่หากตีความตามหลักการของกฎหมายอังกฤษในเรื่อง “**Transactions with the company**” และหลักกฎหมายสหรัฐอเมริกาในเรื่อง “**Self-dealing**” ที่เป็นเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 แล้วจะเห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่กรรมการกระทำธุรกรรมกับบริษัท ซึ่งถ้าไม่ได้ได้รับความยินยอมจากที่ประชุมคณะกรรมการแล้ว ธุรกรรมดังกล่าวไม่มีผลผูกพันบริษัทแต่อย่างใด

ดังนั้น ในกรณีของนักธุรกิจหรือประชาชนทั่วไปที่ไม่ได้ศึกษาเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 อาจมีความเข้าใจคำว่า “**กระทำธุรกิจกับบริษัท**” ในความหมายที่ผิด หรือแม้แต่ในกรณีของกรรมการบริษัทมหาชนอาจทราบเจตนารมณ์ของมาตรา 87 เป็นอย่างดี แต่อาศัยการตีความมาตรา 87 และทำธุรกรรมกับบริษัทที่ไม่ใช่เชิงธุรกิจเพื่อผลประโยชน์ของตนเอง ดังนั้น เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาในการตีความว่า “กระทำธุรกิจ” กับบริษัท และเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดกรรมการบริษัทใช้ช่องว่างดังกล่าวตีความมาตรา 87 เพื่อผลประโยชน์ของตนเอง ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรที่จะมีการแก้ไขถ้อยคำในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 โดยแก้ไขคำว่า “**กระทำธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งกับบริษัท**” และแทนที่ด้วยคำว่า “**กระทำธุรกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดกับบริษัท**” เพื่อให้สอดคล้องกับ

เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 และหลักการ “**Transactions with the company**” ของกฎหมายอังกฤษและหลักการ “**Self-dealing**” ของกฎหมายสหรัฐอเมริกา ที่ต้องการห้ามกรรมการบริษัทมหาชนทำธุรกรรมกับบริษัทในทุกกรณีไม่ว่าจะเป็นการทำธุรกรรมกับบริษัทในเชิงธุรกิจหรือไม่ก็ตาม

นอกจากนี้หากแปลความคำว่า “**Transaction**” ตามกฎหมายอังกฤษและสหรัฐอเมริกาแล้ว พจนานุกรมศัพท์นิติศาสตร์อังกฤษ-ไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน คำว่า Transaction มีความหมายว่า “**ธุรกรรม**” จึงสมควรใช้คำว่า “**ธุรกรรม**” แทนคำว่า “**ธุรกิจ**” ในมาตรา 87

ข) ในกรณีที่กรรมการบริษัทมหาชนคนหนึ่งกระทำธุรกรรมกับบริษัท และขอความยินยอมจากคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 หากกรรมการทุกคนเป็นผู้มีส่วนได้เสียในธุรกรรมนั้น กรรมการบริษัทมหาชนที่ประสงค์ทำธุรกรรมนั้นจะขอความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้หรือไม่

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 ได้เปิดช่องทางให้กรรมการบริษัทมหาชนทำธุรกรรมกับบริษัทได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการแล้ว แต่ในการพิจารณาให้ความยินยอมดังกล่าวนี้ กรรมการที่ออกเสียงลงคะแนนทุกคนต้องเป็นผู้ที่ไม่ได้มีส่วนได้เสียในธุรกรรมที่เข้าสู่อการพิจารณาของที่ประชุมคณะกรรมการ เพราะพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 80 วรรคสามได้บัญญัติว่า “**กรรมการคนหนึ่งมีเสียงหนึ่งในการลงคะแนน เว้นแต่กรรมการซึ่งมีส่วนได้เสียในเรื่องใดไม่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในเรื่องนั้น ถ้าคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งเสียงเป็นเสียงชี้ขาด**”

ตัวอย่างเช่น บริษัทมหาชนแห่งหนึ่งมีกรรมการบริษัท 5 คน คือ นาย ก. นาย ข. นาย ค. นาย ง. และ นาย จ. ปรากฏว่านาย จ. มีความประสงค์จะทำสัญญาซื้อที่ดินจากบริษัท เพื่อไปประกอบกิจการร้านอาหารส่วนตัว เช่นนี้ตามมาตรา 87 นาย ก. ต้องขอความยินยอมจากที่ประชุมกรรมการก่อนทำสัญญาซื้อที่ดิน หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในที่ประชุมกรรมการนั้น นาย ค. และนาย ง. มีส่วนได้เสียในสัญญาซื้อที่ดินดังกล่าว เพราะเหตุว่า นาย ค. และนาย ง. เข้าร่วมลงทุนในร้านอาหารกับนาย จ. ด้วย การลงคะแนนเสียงของคณะกรรมการบริษัทในมติที่ว่าควรขายที่ดินให้นาย จ. หรือไม่นั้น ผู้มีสิทธิลงคะแนนจะมีเพียง นาย ก. และ นาย ข. เท่านั้น เพราะไม่มีส่วนได้เสียในธุรกรรมที่พิจารณาโดยที่นาย ค. และนาย ง. และนาย จ. ไม่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 80 วรรคสาม เพราะเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาซื้อขายที่ดินที่กำลังพิจารณาอยู่ ดังนั้น

หากนาย ก. และนาย ข. เห็นด้วย นาย ง. ก็สามารถทำการซื้อที่ดินจากบริษัทได้ หากไม่เห็นด้วย ก็ไม่อาจทำการซื้อที่ดินจากบริษัทได้

หากเกิดกรณีที่กรรมการบริษัททุกคนเป็นผู้มีส่วนได้เสียในธุรกรรมที่กำลังพิจารณาอยู่ที่ประชุมคณะกรรมการก็ไม่อาจมีมติให้ความยินยอมกับการที่กรรมการคนหนึ่งทำธุรกรรมกับบริษัทได้ กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่ากรรมการที่มีความประสงค์จะทำธุรกรรมกับบริษัทจะต้องขอความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น เพราะเหตุว่าผู้ถือหุ้นทุกคนมีส่วนร่วมเป็นเจ้าของทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัท ดังนั้นในกรณีที่กรรมการจะทำธุรกรรมที่ผลประโยชน์ของกรรมการขัดกับผลประโยชน์ของบริษัทนั้น จึงสมควรที่จะเป็นหน้าที่ของผู้ถือหุ้นที่จะเป็นผู้ให้ความเห็นชอบ

ตัวอย่างเช่น จากตัวอย่างที่แล้ว หากนาย ก. นาย ข. นาย ค. และนาย ง. ทุกคนต่างมีส่วนได้เสียในสัญญาขายที่ดินของบริษัทให้กับ นาย จ. กล่าวคือ นาย ก. นาย ข. นาย ค. นาย ง. ต่างร่วมลงทุนในกิจการร้านอาหารของนาย จ. ทุกคน เช่นนี้ หากนาย จ. นำเรื่องการซื้อที่ดินของบริษัทเข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมคณะกรรมการ ที่ประชุมคณะกรรมการก็ไม่อาจลงมติยินยอมให้บริษัทขายที่ดินให้กับนาย จ. ได้ นาย จ. นำจะนำเรื่องดังกล่าวเข้าที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นได้ เพื่อให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นพิจารณาว่าสมควรขายที่ดินให้นาย จ. ซึ่งเป็นกรรมการบริษัทหรือไม่ ซึ่งหากที่ประชุมผู้ถือหุ้นยินยอม นาย จ. ก็สามารถซื้อที่ดินจากบริษัทได้

เมื่อพิจารณากฎหมายสหรัฐอเมริกาแล้วจะเห็นว่าการที่กรรมการกระทำธุรกรรมกับบริษัทนั้นกฎหมายเปิดช่องให้ขอรับความยินยอมได้จากที่ประชุม 2 แห่ง คือ ที่ประชุมคณะกรรมการ หรือที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ดังนั้นหากได้รับความยินยอมจากที่ประชุมแห่งใดแห่งหนึ่งแล้ว กรรมการก็สามารถทำธุรกรรมกับบริษัทได้ โดยใน Revised Model Business Corporation Act (RMBCA) มาตรา 8.31 ได้บัญญัติไว้สอดคล้องกับ Delaware General Corporation Law มาตรา 144 ซึ่งใน RMBCA มาตรา 8.31 ได้บัญญัติว่า

“ธุรกรรมที่กรรมการทำขึ้นกับบริษัทไม่เป็นการไม่ผูกพันบริษัท ถ้า

- 1) **ที่ประชุมกรรมการได้รับรองหรือให้สัตยาบัน โดยที่กรรมการที่มีส่วนได้เสียจะต้องเปิดเผยข้อมูลทั้งหมด และต้องงดออกเสียงลงคะแนน**
- 2) **ที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้ให้การรับรองหรือให้สัตยาบัน**

3) *ธุรกรรมนั้นเป็นธรรมกับบริษัท (fair)*¹²

เมื่อพิจารณากฎหมายตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 แล้ว กฎหมายไทยไม่เปิดโอกาสให้กรรมการที่มีความประสงค์จะทำธุรกรรมกับบริษัทสามารถขอความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้ ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าควรจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 87 โดยเพิ่มเติมข้อความว่าเป็นว่า “... ถ้าไม่ได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการ หรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้ว...” โดยมีเหตุผลในการเพิ่มเติมดังนี้

- 1) เป็นการป้องกันมิให้เกิดปัญหาที่ไม่อาจแก้ไขได้ (Dead lock) เพราะหากกรรมการทุกคนมีส่วนได้เสียในธุรกรรมที่บริษัททำขึ้นกับกรรมการแล้ว คณะกรรมการก็ไม่อาจลงมติให้ความยินยอมได้ ก็จะเกิดปัญหาที่ไม่อาจแก้ไขได้ (Dead lock) ขึ้น
- 2) เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายต่างประเทศที่เป็นรากฐานความคิดเรื่องการกำหนดหน้าที่ของกรรมการบริษัทเพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน (conflict of interest)
- 3) การให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นพิจารณาว่าสมควรอนุญาตให้บริษัททำธุรกรรมกับกรรมการหรือไม่ นั้น ไม่ได้ทำให้หลักการของบริษัทในการควบคุมกำกับที่ดี (Good Corporate Governance) เสื่อมเสียไปแต่อย่างใด เพราะมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นย่อมมีความสำคัญกว่ามติของที่ประชุมกรรมการ เนื่องจากกฎหมายกำหนดไว้ว่าคณะกรรมการย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 85) และการที่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นพิจารณาอนุญาตให้บริษัททำธุรกรรมกับกรรมการได้แล้วนั้น ย่อมมีน้ำหนักกว่าการที่ที่ประชุมคณะกรรมการมีมติให้ความยินยอมเสียอีก เมื่อกฎหมายให้อำนาจที่ประชุมคณะกรรมการให้ความยินยอมในกรณีที่บริษัททำธุรกรรมกับกรรมการได้แล้วเหตุใดจึงไม่ให้อำนาจที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีอำนาจพิจารณาด้วย

ก) ควรมีการกำหนดให้การทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินอันเป็นสาระสำคัญ (substantial property transaction) ที่กรรมการกระทำกับบริษัท ต้องได้รับความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือไม่ อย่างไร

¹² Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations in a nutshell* (St. Paul Minn.:West publishing,1987), p.321.

ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 ได้เปิดโอกาสให้กรรมการทำธุรกรรมกับบริษัทได้ ไม่ว่าธุรกรรมนั้นจะมีสาระสำคัญเพียงใด หรือมีมูลค่าสูงเพียงใดก็ตาม แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าต้องได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการก่อน

ในกฎหมายอังกฤษ คือ พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1985 มาตรา 320 ถึงมาตรา 322 ได้บัญญัติหลักการที่แตกต่างออกไปจากกฎหมายไทย โดยมีสาระสำคัญว่า "ธุรกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นสาระสำคัญ (substantial property transaction) ที่บริษัททำขึ้นกับกรรมการ จะต้องได้รับการรับรอง (approve) ล่วงหน้าจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น" โดยหลักดังกล่าวปรากฏชัดเจนในพระราชบัญญัติบริษัท (The Company Act 1985) มาตรา 320 ซึ่งได้บัญญัติว่า

"(1) ภายใต้ข้อยกเว้นในมาตรา 321 บริษัทจะต้องไม่ทำธุรกรรมใด ๆ ซึ่ง

(ก) กรรมการบริษัทหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกรรมการได้รับหรือจะได้รับทรัพย์สินที่มีไม่ใช่ตัวเงินจากบริษัท (non-cash asset) ในมูลค่าที่กฎหมายกำหนด (requisite value) หรือ

(ข) บริษัทได้รับหรือจะได้รับทรัพย์สินทรัพย์สินที่มีไม่ใช่ตัวเงิน(non-cash asset) จากกรรมการหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกรรมการบริษัทในมูลค่าที่กฎหมายกำหนด (requisite value)

เว้นแต่ร่างสัญญา (arrangement) นั้นจะได้รับการรับรองล่วงหน้าจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นของบริษัท

(2) เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ มูลค่าที่กฎหมายกำหนด (requisite value) คือ จำนวนมูลค่าของร่างสัญญาที่มีราคาทรัพย์สินเกินกว่า 100,000 ปอนด์ หรือ เกินกว่าร้อยละ 10 ของทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัท แต่ทั้งนี้จะต้องไม่น้อยกว่า 2,000 ปอนด์

(ก) ยกเว้นแต่ในกรณีที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (ข) มูลค่าสุทธิของทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัทให้พิจารณาจากงบการเงินในรอบปีบัญชีที่ผ่านมา

(ข) งบการเงินดังกล่าวยังไม่ได้ถูกจัดเตรียม ให้พิจารณาจากจำนวนหุ้นที่เรียกเก็บได้ทั้งหมดของบริษัท (call-up share capital)

(3) เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ และมาตรา 321 และมาตรา 322 ให้บังคับใช้หลักการนี้กับ กรรมการเงา (*shadow director*) ด้วย”¹³

ในกรณีทั่ว ๆ ไปกรรมการบริษัทในอังกฤษอาจทำธุรกรรมกับบริษัทได้โดยได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการ แต่ถ้าหากกรรมการทำธุรกรรมที่มีสาระสำคัญ (*substantial property transaction*) กับบริษัท เช่น ในกรณีธุรกรรมที่มีราคาทรัพย์สินเกินกว่า 100,000 ปอนด์ขึ้นไป หรือ เกินกว่าร้อยละ 10 ของทุนของบริษัท ธุรกรรมจะมีผลสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นก่อนทำธุรกรรมนั้น ๆ ตามพระราชบัญญัติบริษัทมาตรา 320 โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายอังกฤษในเรื่องนี้ปรากฏในคำพิพากษาศาลในคดี **British Racing Driver’s Club Ltd. v. Hextall Erskine & Co. (1996) 3 E.R. 667 at 681 – 682** ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า

“แนวคิดเบื้องหลังของมาตรา 320 นี้ คือ ถ้ากรรมการทำสัญญากับบริษัทในเชิงพาณิชย์แล้ว จะมิอันตรายที่ว่าการตัดสินใจของกรรมการอาจถูกรบกวนโดยการขัดกันของผลประโยชน์และความซื่อสัตย์ แม้แต่ในกรณีที่ไม่มี ความทุจริต (*dishonesty*) ของกรรมการเลยก็ตาม ก็สมควรที่จะให้ผู้ถือหุ้นเป็นผู้ตรวจสอบ”

ผลของการที่กรรมการฝ่าฝืนทำธุรกรรมกับบริษัทที่เกี่ยวกับทรัพย์สินอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ถือหุ้นนั้น ในพระราชบัญญัติบริษัทของอังกฤษ มาตรา 320 บัญญัติให้อยู่ภายใต้บังคับของความเป็นธรรมทั่วไป (*general equitable principle*) กล่าวคือธุรกรรมดังกล่าวจะกลายเป็นไม่ผูกพันบริษัท (*voidable*) ซึ่งที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นมีอำนาจให้สัตยาบันได้

ในปัจจุบัน หากเป็นบริษัทจดทะเบียนในประเทศไทย ตลาดหลักทรัพย์ได้กำหนดมาตรการในการคุ้มครองประโยชน์ของผู้ลงทุน ที่เรียกว่า “การเข้าทำรายการที่เกี่ยวข้องกัน” กล่าวคือ ห้ามบริษัทจดทะเบียนทำรายการที่เกี่ยวข้องกัน เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทซึ่งต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าร้อยละ 75 ของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง โดยไม่นับส่วนของผู้ถือหุ้นที่มีส่วนได้เสีย โดย “รายการที่เกี่ยวข้องกัน” คือ การได้มาหรือจำหน่ายสินทรัพย์ การออกหุ้นใหม่ การให้ความช่วยเหลือทางการเงิน ฯลฯ ที่เข้าข่ายผลประโยชน์ขัดกัน (*conflict of interest*)

¹³ Andrew Hicks & S.H. Goo, *Case and materials on Company Law* (London: Blackstone press limited, 1994), p. 336.

ระหว่างบริษัทจดทะเบียน กับ ผู้บริหาร ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ และบุคคลที่เกี่ยวข้อง¹⁴ แต่ในขณะที่บริษัทมหาชนอื่น ๆ ที่ไม่ใช่บริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์สามารถทำรายการที่เกี่ยวข้องกันนี้กับกรรมการหรือผู้บริหารได้โดยอาศัยความยินยอมของที่ประชุมคณะกรรมการเท่านั้น

ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าสมควรที่จะมีการเพิ่มเติมหลักการของ “ธุรกรรมที่มีสาระสำคัญ” (substantial property transaction) ในพระราชบัญญัติบริษัทของประเทศไทยมาตรา 320 และหลักการ “รายการที่เกี่ยวข้องกัน” ตามมาตรการของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ให้ใช้บังคับกับบริษัทมหาชนทุกบริษัท โดยเพิ่มเติมพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 87 วรรคสองให้มีข้อความว่า “...ธุรกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินที่กรรมการหรือผู้รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัททำขึ้นกับบริษัท ที่มีมูลค่าตามจำนวนที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา จะมีผลผูกพันบริษัทก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น”

ตัวอย่างเช่น ถ้ามีพระราชกฤษฎีกากำหนดว่า “ถ้ากรรมการกระทำธุรกรรมกับบริษัทมหาชนในมูลค่าทรัพย์สินเกินกว่า 1 ล้านบาท ต้องได้รับความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น” หาก นาย ก. เป็นกรรมการบริษัทมหาชนแห่งหนึ่ง และนาย ก. ทำสัญญาซื้อที่ดินจากบริษัทในราคา 9 แสนบาท เช่นนี้ นาย ก. ขอความยินยอมจากคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 87 วรรคแรก สัญญาซื้อขายที่ดินก็จะมีผลผูกพันกับบริษัท แต่ถ้าหากนาย ก. ทำสัญญาซื้อที่ดินจากบริษัทในราคา 1 ล้านบาทแล้ว นาย ก. นอกจากจะต้องขอความยินยอมจากคณะกรรมการแล้ว นาย ก. จะต้องนำเรื่องเข้าที่ประชุมผู้ถือหุ้นให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นพิจารณาอนุญาตอีกด้วย สัญญาซื้อขายจึงจะมีผลผูกพันบริษัทมหาชน แต่ถ้าบริษัทมหาชนนี้เป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ การทำธุรกรรมดังกล่าวเข้าข่ายของ “รายการที่เกี่ยวข้องกัน” ดังนั้นนาย ก. จะทำสัญญาซื้อที่ดินจากบริษัทได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นที่มีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าร้อยละ 75 เท่านั้น โดยไม่คำนึงว่าราคาที่ดินจะเป็นจำนวนเท่าใด

จากตัวอย่างจะเห็นได้ว่าในกรณีธุรกรรมที่มีมูลค่าไม่มาก คณะกรรมการเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจว่าสมควรทำธุรกรรมนั้นกับกรรมการบริษัทหรือไม่ ส่วนกรณีธุรกรรมที่มีสาระสำคัญ (substantial property transaction) กล่าวคือเป็นธุรกรรมที่มีมูลค่าสูง ก็จะเป็นหน้าที่ของที่ประชุมผู้ถือหุ้น

¹⁴ พิเศษ เสตรเสถียร, กฎหมายหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539), หน้า 59-60.

หุ้นเป็นผู้พิจารณาว่าสมควรอนุญาตให้กรรมการกระทำธุรกรรมดังกล่าวกับบริษัทหรือไม่ แต่ถ้าเป็นกรณีบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แล้ว ก็จะต้องขอความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นทุกกรณี ตามมาตรการของตลาดหลักทรัพย์ โดยเหตุผลของการเพิ่มเติมมาตรา 87 วรรคสอง คือ

- 1) ธุรกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินอันเป็นสาระสำคัญที่กรรมการทำขึ้นกับบริษัทนั้นมีมูลค่าสูงจนมีผลกระทบต่อถึงสินทรัพย์ทั้งหมดของบริษัท ควรจะกำหนดให้เป็นหน้าที่ของที่ประชุมผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงเป็นผู้พิจารณา นอกจากนี้ จากคำกล่าวตอนหนึ่งในคำพิพากษาศาลอังกฤษในคดี **British Racing Driver's Club Ltd. v. Hextall Erskine & Co. (1996) 3 E.R. 667 at 681 – 682** สรุปได้ว่า ควรจะต้องมีกฎหมายแบบพระราชบัญญัติบริษัทของอังกฤษมาตรา 320 การที่กรรมการทำธุรกรรมกับบริษัทที่มีมูลค่าทรัพย์สินเป็นสาระสำคัญ ต้องได้รับความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นก่อน แม้ว่ากรรมกรนั้น ๆ จะไม่ทุจริตเลยก็ตาม แต่ก็สมควรให้ผู้ถือหุ้นที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงของบริษัทเป็นผู้ตัดสินใจ มิใช่ให้ที่ประชุมคณะกรรมการมาตัดสินใจ
- 2) หากเปิดโอกาสให้คณะกรรมการร่วมกันให้ความยินยอมได้ตามมาตรา 87 ปัจจุบัน โดยผู้ถือหุ้นไม่มีอำนาจพิจารณา ก็อาจเป็นช่องทางให้คณะกรรมการทั้งคณะรวมตัวกันทุจริตก่อให้เกิดความเสียหายให้กับบริษัท หรือยักยอกเงินของบริษัทไปได้โดยง่าย
- 3) จำนวนมูลค่าของธุรกรรมที่ถือว่ามีราคาสูงจนเป็นสาระสำคัญนั้น กฎหมายอังกฤษกำหนดธุรกรรมที่มีมูลค่าตั้ง 100,000 ปอนด์ขึ้นไป หรือร้อยละ 10 ของทุนของบริษัท แต่ในกรณีของการเพิ่มเติมมาตรา 87 วรรคสามในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดมูลค่าของทรัพย์สินในรูปของพระราชกฤษฎีกา เพื่อให้คล่องตัวในการแก้ไขมูลค่าของทรัพย์สินที่เปลี่ยนแปลงไป เพราะเหตุว่าสถานการณ์ทางธุรกิจปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วมาก และมูลค่าของธุรกรรมที่ถือว่าเป็นสาระสำคัญตอนพิจารณาร่างกฎหมายอาจไม่เป็นสาระสำคัญในอนาคตก็ได้
- 4) การที่ไม่นำมาตรการของตลาดหลักทรัพย์เรื่อง “รายการที่เกี่ยวข้องกัน” มาบัญญัติในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนและให้มีผลใช้กับบริษัทมหาชนทุกประเภทนั้น เพราะเหตุว่า มาตรการเรื่อง “รายการที่เกี่ยวข้องกัน” นั้นค่อนข้างเข้มงวด เพื่อคุ้มครองผู้ลงทุนในตลาดหลักทรัพย์ กล่าวคือจะทำรายการที่เกี่ยวข้องกันได้ต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของผู้ถือหุ้น แต่ขณะที่บริษัทมหาชนที่ไม่ได้จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์นั้น จะเกี่ยวข้องกับประชาชนจำนวนน้อยกว่า จึงควรกำหนดในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน แต่เพียงว่าการทำธุรกรรมที่มีจำนวนเงินสูงเป็นสาระสำคัญต้องได้รับความยินยอมจากที่

ประชุมผู้ถือหุ้น และถ้าบริษัทมหาชนใดเป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ก็จะต้องถูกบังคับตามมาตรการเรื่อง “รายการที่เกี่ยวข้องกัน” อีกชั้นหนึ่ง

โดยสรุป เมื่อพิจารณาประเด็นปัญหาต่าง ๆ ในมาตรา 87 ในข้อ 4.1.3 ก) ข) ค) และ ง) แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าควรจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 87 โดยให้มีข้อความดังนี้ คือ

“กรรมการหรือบุคคลผู้รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัทคนใดซื้อทรัพย์สินของบริษัทหรือขายทรัพย์สินให้แก่บริษัทหรือกระทำธุรกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งกับบริษัท ไม่ว่าจะกระทำในนามตนเองหรือของบุคคลอื่น ถ้ามิได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้ว การซื้อขายหรือการทำธุรกรรมนั้น ไม่มีผลผูกพันบริษัท

ธุรกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินที่กรรมการหรือผู้รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัททำขึ้นกับบริษัท ที่มีมูลค่าตามจำนวนที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา จะมีผลผูกพันบริษัทก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น”

4.1.4 ประเด็นปัญหาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 88

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 88 ได้วางหลักการให้กรรมการต้องแจ้งให้บริษัททราบถึงส่วนได้เสียโดยตรงหรือโดยอ้อมในสัญญาใด ๆ ที่บริษัททำขึ้นระหว่างรอบปีบัญชี และแจ้งให้บริษัททราบถึงจำนวนหุ้นหรือหุ้นกู้ของบริษัทหรือบริษัทในเครือที่เพิ่มขึ้นหรือลดลงระหว่างรอบปีบัญชี เพื่อขจัดปัญหา conflict of interest และเป็นการเปิดเผยข้อมูลของกรรมการให้ผู้ถือหุ้นทราบก่อนตัดสินใจลงมติต่าง ๆ

ประเด็นปัญหาในมาตรา 88 นี้ คือ “กรรมการต้องแจ้งให้บริษัททราบเรื่องส่วนได้เสียในสัญญาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 88 (1) เมื่อใด”

ในกรณีของการบังคับให้กรรมการแจ้งเรื่องการถือหุ้นหรือหุ้นกู้ของบริษัทตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 88 (2) นั้น ตีความได้จากถ้อยคำในมาตรา 88 (2) ได้ว่ากฎหมายบังคับให้กรรมการแจ้งเมื่อสิ้นรอบปีบัญชี เพราะมาตรา 88 (2) ต้องการให้คณะกรรมการและผู้ถือหุ้นได้ทราบถึงจำนวนหุ้นที่เพิ่มขึ้นหรือลดลงของกรรมการบริษัท แต่กรณีของการแจ้งเรื่องส่วนได้เสียในสัญญาของบริษัทนั้น หากกรรมการมีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่บริษัททำขึ้น กรรมการต้องแจ้ง

ให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบเมื่อใด กล่าวคือ ต้องแจ้งก่อนที่ประชุมผู้ถือหุ้นพิจารณาสัญญานั้น ๆ หรือต้องแจ้งระหว่างที่ประชุมผู้ถือหุ้นพิจารณา หรือหลังที่ประชุมผู้ถือหุ้นพิจารณาสัญญานั้น ๆ แล้ว กรณีนี้ มาตรา 88 (1) ไม่ได้บัญญัติไว้และไม่อาจตีความจากถ้อยคำในมาตรา 88 (1) ได้ ตัวอย่างเช่น นาย ก. เป็นกรรมการบริษัทมหาชนจำกัดแห่งหนึ่ง นาย ก. มีส่วนได้เสียในสัญญาที่บริษัทมหาชนทำขึ้นกับบริษัท ข. กล่าวคือ นาย ก. เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท ข. ที่เข้ามาทำสัญญากับบริษัทมหาชน เช่นนี้ นาย ก. จะต้องแจ้งว่าตนมีส่วนได้เสียในบริษัท ข. เมื่อใด นาย ก. จะแจ้งเรื่องส่วนได้เสียในสัญญาหลังจากที่ที่ประชุมกรรมการพิจารณาแล้วได้หรือไม่

เมื่อพิจารณากฎหมายอังกฤษคือ พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1985 (The Company Act 1985) ก็ได้บัญญัติหลักการนี้ไว้ในเรื่อง“การแจ้งผลประโยชน์ต่อที่ประชุมกรรมการ” (declaration of interest) ไว้ในมาตรา 317 (1)และ(2) ซึ่งบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า

"(1) เป็นหน้าที่ของกรรมการบริษัทที่มีผลประโยชน์ในสัญญาหรือร่างสัญญาของบริษัท ที่จะต้องเปิดเผยผลประโยชน์ดังกล่าวในที่ประชุมกรรมการ

(2) ในกรณีของร่างสัญญานั้น การเปิดเผยเรื่องผลประโยชน์จะต้องกระทำต่อที่ประชุมกรรมการบริษัทที่พิจารณาร่างสัญญานั้นๆ ถ้ากรรมการไม่ได้อยู่ในที่ประชุมร่างสัญญานั้น ๆ กรรมการจะต้องเปิดเผยผลประโยชน์ในสัญญาในการประชุมคราวถัดไป และในกรณีที่กรรมการมีผลประโยชน์ในสัญญาหลังจากที่สัญญาได้ทำขึ้นแล้ว กรรมการต้องเปิดเผยผลประโยชน์ในสัญญาในการประชุมกรรมการครั้งแรกหลังจากที่ตนมีผลประโยชน์ในสัญญา"¹⁵

โดยสรุป พระราชบัญญัติบริษัทของอังกฤษมาตรา 317 บังคับให้กรรมการต้องเปิดเผยเรื่องส่วนได้เสียในสัญญาต่อที่ประชุมคณะกรรมการได้ 3 ระยะ คือ

- 1) กรรมการที่มีส่วนได้เสียในสัญญาต้องเปิดเผยเรื่องส่วนได้เสียในที่ประชุมกรรมการขณะที่มีการพิจารณาสัญญานั้น ๆ อยู่ เพื่อให้ที่ประชุมคณะกรรมการได้ทราบเรื่องส่วนได้เสียและนำมาประกอบการตัดสินใจได้ว่าควรจะทำสัญญาดังกล่าวหรือไม่
- 2) ถ้ากรรมการไม่อยู่ในที่ประชุมคณะกรรมการ กรรมการที่มีส่วนได้เสียต้องแจ้งให้ที่ประชุมทราบในการประชุมคราวถัดไป

¹⁵ Andrew Hicks & S.H. Goo, Case and materials on Company Law (London: Blackstone press limited, 1994), pp.335-336.

- 3) ถ้ากรรมการมีส่วนได้เสียหลังจากที่ที่ประชุมคณะกรรมการได้ทำสัญญาขึ้นแล้ว กรรมการที่มีส่วนได้เสียต้องแจ้งให้ที่ประชุมคณะกรรมการทราบในการประชุมคณะกรรมการครั้งแรกหลังจากที่มีส่วนได้เสียในสัญญา

ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 88 (1) โดยกำหนดเวลาให้ชัดเจนว่ากรรมการหรือผู้บริหารบริษัทต้องแจ้งเรื่องส่วนได้เสียในสัญญาให้ที่ประชุมคณะกรรมการทราบเมื่อใด ดังเช่นในพระราชบัญญัติบริษัท มาตรา 317 ของประเทศอังกฤษ เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติที่ดีให้กรรมการที่อาจมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำขึ้นกับบริษัท และเป็นป้องกันมิให้กรรมการที่มีส่วนได้เสียในสัญญาหลบหนีไม่แจ้งเรื่องส่วนได้เสียให้ที่ประชุมคณะกรรมการทราบ และเพื่อให้การทำงานของกรรมการบริษัทมหาชนเป็นไปอย่างโปร่งใส และตรวจสอบได้ตามหลัก Transparency¹⁶ อันจะเป็นผลให้บริษัทมหาชนเป็นบริษัทในการกำกับดูแลที่ดี (good corporate governance) โดยผู้เขียนเห็นว่าควรแก้ไขพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 88 (1) ให้มีข้อความดังนี้

“ให้กรรมการแจ้งให้บริษัททราบโดยมิชักช้าเมื่อมีกรณีดังต่อไปนี้

- (1) มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในสัญญาใด ๆ ที่บริษัททำขึ้นระหว่างรอบปีบัญชี โดยระบุข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา ชื่อของคู่สัญญา และส่วนได้เสียของกรรมการหรือในสัญญานั้น (ถ้ามี) โดยการเปิดเผยดังกล่าวจะต้องกระทำต่อที่ประชุมคณะกรรมการบริษัทที่พิจารณาร่างสัญญานั้น ถ้ากรรมการผู้มีส่วนได้เสียไม่ได้อยู่ในที่ประชุมร่างสัญญานั้น กรรมการจะต้องเปิดเผยผลประโยชน์ในสัญญาในการประชุมคราวถัดไป และถ้ากรรมการมีส่วนได้เสียในสัญญาหลังจากที่สัญญาได้ทำขึ้นแล้ว กรรมการต้องเปิดเผยผลประโยชน์ในสัญญาในการประชุมกรรมการครั้งแรกหลังจากที่ตนมีผลประโยชน์ในสัญญา
- (2) ถือหุ้นหรือหุ้นกู้ในบริษัทและบริษัทในเครือโดยระบุนานทั้งหมดที่เพิ่มขึ้นหรือลดลงในระหว่างรอบปีบัญชี (ถ้ามี)”

¹⁶ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, การเสริมสร้าง good corporate governance ของบริษัทจดทะเบียนในประเทศไทย ใน [www. sec.or.th/download/goodcg/goodcg.html](http://www.sec.or.th/download/goodcg/goodcg.html)

4.1.5 ประเด็นปัญหาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 89

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 89 ได้บัญญัติห้ามมิให้บริษัทให้กรรมการ ผู้บริหาร บริษัท หรือพนักงานของบริษัทกู้ยืมเงินจากบริษัท เพื่อป้องกันผลประโยชน์ที่ขัดกัน (conflict of interest) และป้องกันมิให้กรรมการ ผู้บริหารบริษัท หรือพนักงานของบริษัทยักย้ายถ่ายเทเงินของบริษัท โดยทุจริตโดยใช้การทำสัญญาเป็นเครื่องมือ แต่มีข้อยกเว้นอยู่ใน มาตรา 89 (1) และ (2) ที่บริษัท สามารถให้กู้เงินแก่กรรมการ ผู้บริหารและพนักงานได้ เพราะกรณีมาตรา 89 (1) และ (2) นั้นเป็นการ กู้ยืมเงินที่ได้มีการจัดปัญหาผลประโยชน์ที่ขัดกัน (conflict of interest) แล้ว กล่าวคือ เป็นการกู้เงิน ตามระเบียบการสงเคราะห์พนักงานหรือลูกจ้าง หรือการกู้ยืมเงินตามแบบธนาคารที่มีระเบียบการกู้ยืม กำหนดไว้ล่วงหน้าอย่างชัดเจน

มาตรา 89 วางกรอบของการห้ามกู้ยืมเงินไว้ค่อนข้างเคร่งครัด ตัวอย่างเช่นในมาตรา 89 วรรค สองที่บัญญัติขยความว่าการให้กู้ยืมเงินกับบุคคลใกล้ชิดกับกรรมการหรือพนักงานบริษัท ก็ถือว่าการ ให้กู้ยืมกับกรรมการหรือพนักงานด้วย และในมาตรา 89 วรรคสามก็ได้ขยความคำว่า “การ ให้กู้ยืมเงิน” ให้มีความหมายรวมถึงการค้ำประกัน การรับซื้อหรือซื้อลดตัวเงิน และการให้ หลักประกันเกี่ยวกับเงินที่กู้ยืมด้วย

ตัวอย่างเช่น กรรมการบริษัทมหาชนแห่งหนึ่งไปกู้เงินจากธนาคารพาณิชย์แห่งหนึ่ง โดย กรรมการไม่สามารถหาผู้ค้ำประกันได้ กรรมการจะให้บริษัทเข้าค้ำประกันสัญญาผู้ดังกล่าวไม่ได้ เพราะเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 89 เพราะเห็นได้ว่าผลของการทำสัญญาค้ำประกันดังกล่าวไม่ต่าง จากการทำสัญญาผู้ เพราะเมื่อกรรมการผิคนัดไม่ชำระหนี้ให้ธนาคารเจ้าหนี้ บริษัทมหาชนก็จะมี หน้าที่ตามสัญญาค้ำประกันที่ต้องชำระเงินแทนกรรมการ ซึ่งไม่ต่างอะไรกับการที่บริษัทมหาชนให้ กรรมการกู้ยืมเงินเลย หรือแม้แต่การทำสัญญารับซื้อตัวเงินหรือซื้อลดตัวเงิน ก็เป็นรูปแบบของการให้ กรรมการได้รับเงินจากบริษัท ที่มาตรา 89 วรรคสามได้ห้ามไว้เช่นกัน

เมื่อพิจารณามาตรา 89 ทั้งหมดแล้วจะพบว่า กฎหมายได้ห้ามบริษัททำธุรกรรมกับกรรมการ หรือพนักงานใน 4 กรณี คือ

- 1) ห้ามกรรมการหรือพนักงานทำสัญญากับบริษัท
- 2) ห้ามบริษัทค้ำประกันให้กรรมการหรือพนักงาน
- 3) ห้ามบริษัทรับซื้อตัวเงินหรือรับซื้อลดตัวเงิน
- 4) ห้ามบริษัทให้หลักประกันกับเงินที่กู้ยืม

แต่มีการทำสัญญาอยู่ลักษณะหนึ่งที่มีผลให้เกิดผลประโยชน์ที่ขัดกัน (conflict of interest) และมีผลลักษณะเดียวกับการที่กรรมการกู้เงินจากบริษัท แต่มาตรา 89 ไม่ได้ห้ามไว้ ซึ่งอาจเป็นช่องทางให้กรรมการหรือผู้บริหารทุจริตและชักยอกเงินจากบริษัทได้ สัญญาดังกล่าวคือ **“credit transaction”**

ลักษณะของการทำสัญญา credit transaction เช่น กรรมการของบริษัทมหาชนแห่งหนึ่งต้องการซื้อรถยนต์ราคา 10 ล้านบาท แต่ไม่มีเงินสด จะทำสัญญากู้เงินกับบริษัทมหาชนก็ไม่ได้เพราะต้องห้ามตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 89 ช่องทางที่จะนำเงินบริษัทมาใช้ได้ก็คือ ให้บริษัทมหาชนซื้อรถยนต์คันดังกล่าวให้ และให้บริษัทมหาชนทำสัญญา credit transaction กับกรรมการ โดยกรรมการก็จะผ่อนชำระทุกงวดจนกระทั่งเต็มราคา โดยอาจทำสัญญา credit transaction ในรูปแบบสัญญาเช่าซื้อ หรือสัญญาซื้อขายเงินผ่อนก็ได้ โดยสัญญาดังกล่าวก็เสมือนเป็นการที่บริษัทให้เงินกรรมการไปใช้ก่อนเช่นเดียวกับสัญญากู้ยืมเงิน แต่ไม่ต้องห้าม เพราะมาตรา 89 ไม่ได้บัญญัติห้ามบริษัททำสัญญา credit transaction กับกรรมการหรือพนักงาน

อาจมีผู้มองว่ากรณีนี้น่าจะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 อยู่แล้ว กล่าวคือการที่กรรมการทำสัญญา credit transaction กับบริษัทต้องได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการจึงจะมีผลผูกพันบริษัท จึงไม่น่าที่จะต้องกำหนดห้ามการทำสัญญา credit transaction ไว้ในมาตรา 89 อีก แต่กรณีนี้จะเห็นได้ว่าการข้อห้ามตามมาตรา 87 และมาตรา 89 เป็นข้อห้ามที่อยู่ต่างระดับกัน กล่าวคือ การห้ามทำธุรกรรมกับบริษัทตามมาตรา 87 นั้น คณะกรรมการบริษัทอาจให้ความยินยอมได้ แต่ในขณะที่การห้ามให้กู้ยืมเงินตามมาตรา 89 เป็นข้อห้ามอย่างเคร่งครัดที่คณะกรรมการไม่อาจให้ความยินยอมได้แต่อย่างใด ดังนั้น หากกรรมการทำสัญญา credit transaction โดยได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการแล้ว สัญญานั้นก็มีผลผูกพันบริษัท ไม่ต้องห้ามตามมาตรา 89 ทั้ง ๆ ที่เป็นสัญญาในลักษณะเดียวกับสัญญากู้ยืมเงินจากบริษัท

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรมีการเพิ่มเติมพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 89 วรรคสาม ให้ข้อห้ามตามมาตรา 89 รวมถึงการห้ามมิให้บริษัททำสัญญา credit transaction กับกรรมการหรือพนักงานของบริษัทด้วย เพื่อเป็นการป้องกันมิให้กรรมการหรือผู้บริหารทุจริตทำสัญญา credit transaction กับบริษัท และนำเงินบริษัทมหาชนมาใช้เป็นประโยชน์ส่วนตัว และเป็นการเสริมข้อห้ามในมาตรา 89 ให้รัดกุมและครอบคลุมพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่มีผลให้กรรมการได้รับประโยชน์ใน

ลักษณะสัญญากู้ยืมเงินจากบริษัท อีกทั้งเพื่อให้เป็นการสอดคล้องกับหลัก fairness¹⁷ ที่บังคับให้กรรมการดำเนินงานด้วยความสุจริตและไม่แสวงหาประโยชน์ให้ตนเองหรือผู้อื่น ซึ่งเป็นข้อหนึ่งใน “หลักการของบริษัทในการควบคุมกำกับดูแลที่ดี” (good corporate governance) โดยอาจแก้ไขพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 89 วรรคสามให้มีข้อความดังนี้ คือ

“การให้กู้ยืมเงินตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การค้าประกัน การรับซื้อหรือซื้อลดตัวเงิน และ การให้หลักประกันเกี่ยวกับเงินที่กู้ยืมด้วย และการทำสัญญาลักษณะ credit transaction ด้วย

หากพิจารณากฎหมายต่างประเทศคือกฎหมายอังกฤษก็ได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติบริษัท (The Company Act 1985) ในมาตรา 330 (4) โดยบัญญัติห้ามบริษัททำสัญญา “credit transaction” ให้กับกรรมการหรือนุคคลที่เกี่ยวข้องกับกรรมการบริษัท โดยคำว่าสัญญา “credit transaction” คือ สัญญาที่กรรมการหรือนุคคลที่เกี่ยวข้องกับกรรมการได้รับทรัพย์สินตามสัญญาเช่าซื้อ (hire-purchase) หรือสัญญาซื้อขายเงินผ่อน (conditional sale agreement)¹⁸

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁷ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, การเสริมสร้าง good corporate governance ของบริษัทจดทะเบียนในประเทศไทย ใน [www. sec.or.th/download/goodcg/goodcg.html](http://www.sec.or.th/download/goodcg/goodcg.html)

¹⁸ Gower L.C.B., Gower's Principles of Modern Company Law (London : Sweet & Maxwell,1997), p. 638.

4.2 ประเด็นปัญหาในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด

ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดมีบัญญัติอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ กล่าวคือ ประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และกฎหมายพิเศษที่ควบคุมบางกิจการเช่น พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 เป็นต้น ซึ่งกฎหมายอาญาทั้งหมดที่กล่าวมามีเจตนารมณ์ที่จะควบคุมความประพฤติของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดให้ปฏิบัติหน้าที่อย่างซื่อสัตย์สุจริต และกำหนดโทษทั้งจำและปรับกับผู้บริหารที่ทุจริตทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย

แม้จะมีกฎหมายหลายฉบับมากำหนดความรับผิดชอบทางอาญาให้กับผู้บริหารที่ทุจริต แต่ความเป็นจริงแล้วผู้บริหารก็ยังอาศัยช่องว่างของกฎหมายและกระทำความผิดอยู่มาก อีกทั้งแม้การกระทำ ความผิดบางอย่างจะมีหลักฐานปรากฏอย่างแน่นชัด แต่ก็ไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้บริหารเหล่านั้นได้ เนื่องจากมีปัญหาเรื่องสภาพบังคับของกฎหมาย ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือวิกฤติเศรษฐกิจที่ผ่านมา นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2540

ในหัวข้อนี้จึงขอยกประเด็นปัญหาความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารบริษัทมหาชนในปัจจุบัน เพื่อวิเคราะห์และหาทางออก ไม่ว่าจะในรูปของการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย หรือการสร้างมาตรการต่างๆ เพื่อป้องกันมิให้มีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจเหล่านี้เกิดขึ้นโดยง่าย และเพื่อเป็นการใช้กฎหมาย อาญาสร้างบริษัทในความควบคุมกำกับที่ถูกต้อง (Good Corporate Governance) เสริมกับการใช้หลักกฎหมายแพ่ง

4.2.1 ในพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่กำหนดโทษทางอาญาให้กับผู้บริหารบริษัทมหาชนมักจะมีข้อกำหนดโทษให้กับ “บุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท” ควรจะตีความคำว่า “บุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท” ให้มีความหมายอย่างไร

ในพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่กำหนดโทษทางอาญาให้กับผู้บริหารบริษัทมหาชนมักจะกำหนดโทษให้กับบุคคลสามประเภท คือ กรรมการ ผู้จัดการ และบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัท ตัวอย่างเช่น

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 308 บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใดตามพระราชบัญญัตินี้

ครอบครองทรัพย์สินซึ่งเป็นของนิติบุคคลดังกล่าวหรือซึ่งนิติบุคคลดังกล่าวเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย เบียดบังเอาทรัพย์สินนั้นเป็นของตนเองหรือบุคคลที่สามโดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท”

นอกจากนี้ยังมีถ้อยคำดังกล่าวปรากฏอยู่ในมาตรา 306 , 307, 309, 310, 311, 312, 313, 314 อีกด้วย

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 มาตรา มาตรา 75 จัตวา บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัท ครอบครองทรัพย์สินซึ่งเป็นของบริษัทหรือซึ่งบริษัทเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย เบียดบังเอาทรัพย์สินนั้นเป็นของตนเองหรือบุคคลที่สามโดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท”

นอกจากนี้ยังมีถ้อยคำดังกล่าวปรากฏอยู่ในมาตรา 75ทวิ, 75 ตริ, 75 เบญจ, 75 ฉ, 75 สัตต, 75 ฎฐ, 75 ทศ, 75 เอกาทศ อีกด้วย

ในพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่กล่าวถึงมักจะเป็นส่วนที่กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาให้กับผู้บริหารบริษัทที่ทุจริต โดยบัญญัติโทษไว้สูงกว่าโทษที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาทั่วไป ตัวอย่างเช่น ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 308 ที่ได้กล่าวมาแล้ว มีองค์ประกอบความผิดคล้ายกับความผิดฐานขักขอกทรัพย์ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 352 นั้นเอง แต่บทบัญญัติในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 308 กำหนดโทษหนักขึ้นจากโทษในความผิดฐานขักขอกตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 352 โดยโทษตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์มาตรา 308 คือจำคุกตั้งแต่ห้าถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนถึงหนึ่งล้านบาท ส่วนโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 352 คือจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ อาจกล่าวได้ว่าในมาตราที่บัญญัติไว้ในกฎหมายพิเศษเหล่านี้เป็น “บทเฉพาะ”¹⁹ เพื่อลงโทษผู้บริหารบริษัทมหาชนที่ทุจริต ส่วนประมวลกฎหมายอาญาถือได้ว่าเป็น “บททั่วไป”²⁰ และหากผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนทำการขักขอกทรัพย์ของบริษัทจดทะเบียนก็จะต้องผิดทั้งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 352 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 308 เป็นการ

¹⁹ ดู เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, ถาม-ตอบกฎหมายอาญาภาคความผิด (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 8-19.

²⁰ เรื่องเดียวกัน

กระทำความผิด “กรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท” ลงโทษตามบทเฉพาะคือพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 308

กฎหมายพิเศษที่กำหนดเป็น “บทเฉพาะ” เหล่านี้ มักจะกำหนดความรับผิดไว้กับบุคคลสามประเภท คือ กรรมการ ผู้จัดการ และบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัท โดยคำว่า “กรรมการ” และ “ผู้จัดการ” นั้นไม่มีปัญหาเรื่องการตีความ เพราะเป็นตำแหน่งทางธุรกิจที่กำหนดไว้ อย่างชัดเจน และนำสืบได้ง่าย ส่วนคำว่า “บุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท” จะมีปัญหาในการตีความว่าหมายถึงบุคคลใด

หากตีความคำว่า “บุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท” ในความหมายอย่างกว้าง โดยตีความให้รวมถึงพนักงานทุกคนในบริษัท เพราะถือว่าพนักงานทุกคนมีส่วนรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัทมหาชนทั้งสิ้น ซึ่งหากพนักงานคนใดทุจริต ก็จะต้องได้รับโทษทางอาญาตามกฎหมายพิเศษที่กำหนดไว้ซึ่งหนักขึ้นกว่าโทษของการกระทำความผิดโดยทุจริตตามประมวลกฎหมายอาญา จะทำให้มีผลเป็นการป้องปรามอาชญากรรมได้เป็นอย่างมาก เหตุผลของการตีความตามแนวทางนี้ คือ บริษัทมหาชนภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติพิเศษเหล่านี้เป็นบริษัทที่มีความสำคัญกับระบบเศรษฐกิจของประเทศ ไม่ว่าจะเป็นบริษัทเงินทุน บริษัทหลักทรัพย์ หรือบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ดังนั้นพนักงานในบริษัทมหาชนเหล่านี้ทุกคนจึงสมควรที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตอย่างสูง และหากทุจริตก็จะต้องได้รับโทษสูงกว่าพนักงานบริษัททั่วไป

หากตีความคำว่า “บุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท” ในความหมายอย่างแคบให้หมายถึงพนักงานทำหน้าที่เป็นผู้บริหารจริง ๆ กล่าวคือมีอำนาจในการตัดสินใจแทนบริษัท จะทำให้พนักงานอื่น ๆ ในบริษัทไม่ได้รับผลกระทบจากกฎหมายพิเศษเหล่านี้ โดยพนักงานอื่นที่ไม่ใช่ผู้บริหาร หากทุจริตต่อบริษัท ก็จะต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาทั่วไปเหมือนพนักงานในบริษัทอื่น ๆ ส่วนพนักงานที่มีตำแหน่งเป็นผู้บริหารหากทุจริตก็จะต้องรับโทษตามกฎหมายพิเศษเหล่านี้

ผู้เขียนเห็นว่าควรตีความคำว่า “บุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท” ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 306 , 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314 และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ มาตรา 75 ทวิ, 75 ตริ, 75 จัตวา, 75 เบญจ, 75 ฉ, 75 สัตต, 75 อัฏฐ, 75 ทศ, 75 เอกาทศ ตามความหมายอย่างแคบด้วยเหตุผลดังนี้

- 1) ผู้บริหารเป็นผู้มีโอกาสกระทำการทุจริตได้ง่ายกว่าพนักงานอื่น ๆ เพราะมีข้อมูลและวิธีการดำเนินงานของบริษัทครบถ้วน จึงสมควรลงโทษผู้บริหารให้หนักกว่าพนักงานอื่น ๆ
- 2) เจตนารมณ์ของกฎหมายพิเศษที่กำหนดโทษทางอาญาเหล่านี้ต้องการลงโทษเฉพาะผู้บริหารบริษัทมหาชน สังเกตได้จากถ้อยคำในกฎหมายพิเศษเหล่านี้จะใช้คำว่า “กรรมการ ผู้จัดการ และบุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท” ดังนั้นจึงต้องตีความคำว่า “บุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท” ให้มีลักษณะสอดคล้องกับคำว่า “กรรมการ” และ “ผู้จัดการ” กล่าวคือหมายถึงเฉพาะบุคคลที่มีอำนาจบริหารงานบริษัทตัดสินใจแทนบริษัท และการตัดสินใจนั้นมีผลได้เสียต่อบริษัท ดังเช่น กรรมการ หรือผู้จัดการบริษัทกระทำเท่านั้น เพราะหากกฎหมายต้องการให้มาตราเหล่านี้ใช้บังคับกับพนักงานทุกคนในบริษัท มาตราเหล่านี้น่าจะใช้คำว่า “กรรมการ และบุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท”
- 3) การกำหนดให้บทบัญญัติในกฎหมายพิเศษเหล่านี้บังคับกับพนักงานทุกคนโดยถือว่าพนักงานบริษัทมหาชนจำกัดทุกคนเป็น “บุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท” ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิของพนักงานบริษัทมหาชนเกินสมควร ในขณะที่พนักงานในบริษัทเอกชน กระทำผิดจะถูกระวางโทษเพียงที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา ส่วนพนักงานบริษัทมหาชนจะต้องถูกระวางโทษตามกฎหมายอาญาและตามกฎหมายพิเศษเพิ่มขึ้น ทั้ง ๆ ที่ลักษณะการทำงานของพนักงานนั้นเหมือนกัน
- 4) เนื่องจากตำแหน่งผู้บริหารในบริษัทมหาชนต่าง ๆ อาจกำหนดไว้แตกต่างกันตามประเภทบริษัท การดำเนินธุรกิจ และประเพณีการค้าขาย อย่างเช่น ในธนาคารพาณิชย์อาจมีตำแหน่ง กรรมการผู้จัดการใหญ่ ในขณะที่บริษัทมหาชนอื่น ๆ อาจไม่มีตำแหน่งดังกล่าว แต่อาจกำหนดตำแหน่งกรรมการผู้อำนวยการ ซึ่งก็มีตำแหน่งเป็นผู้บริหารเช่นกัน ดังนั้นกฎหมายพิเศษเหล่านี้จึงไม่อาจบัญญัติตำแหน่งผู้บริหารบริษัทไว้ทั้งหมดได้ จึงเปิดช่องทางไว้โดยบัญญัติคำว่า “บุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท” ให้ความหมายรวมถึงผู้บริหารบริษัทมหาชนในตำแหน่งต่าง ๆ ทุกตำแหน่ง

4.2.2 การปรับบทความรับผิดชอบทางอาญาที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 กับผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด ผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์ และผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดที่มีหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 เป็นบทบัญญัติที่กำกับดูแล “ตลาดทุน” ทั้งระบบ โดยแบ่งเป็น 4 เรื่องใหญ่ ๆ คือ

- 1) การกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ โดยในเรื่องการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์นั้นพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์บัญญัติให้ตั้ง “สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์” หรือที่เรียกว่า “ก.ล.ต.” เพื่อดูแลระบบตลาดทุนทั้งระบบ โดยบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 8 ถึงมาตรา 31
- 2) การออกหลักทรัพย์ของบริษัทและการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน ในเรื่องการออกหลักทรัพย์ของบริษัทและการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชนนั้นบัญญัติไว้ในมาตรา 32 ถึงมาตรา 89 โดยบัญญัติหลักการว่าบริษัทมหาชนใดจะออกหลักทรัพย์และเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชนต้องขออนุญาตจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ก่อน โดยมาตรา 32 ถึงมาตรา 89 นี้บัญญัติใช้กับบริษัทมหาชนทุกบริษัท
- 3) ธุรกิจหลักทรัพย์ ในเรื่องธุรกิจหลักทรัพย์นั้นบัญญัติในมาตรา 90 ถึงมาตรา 152 ซึ่งบัญญัติควบคุมเฉพาะบริษัทที่ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ เช่น นายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ เป็นต้น
- 4) ตลาดหลักทรัพย์ ในเรื่องตลาดหลักทรัพย์นั้นบัญญัติในมาตรา 153-203 ซึ่งเป็นการก่อตั้ง “ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย” และควบคุมบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์

ดังนั้น บริษัทมหาชนประเภทต่าง ๆ เช่น บริษัทมหาชนทั่วไป บริษัทหลักทรัพย์ บริษัทจดทะเบียน จะอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แตกต่างกัน กล่าวคือ ถ้าเป็นบริษัทมหาชนจำกัดทั่ว ๆ ไปจะอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ในส่วนที่ 1 และ 2 เท่านั้น ถ้าเป็นบริษัทมหาชนจำกัดที่เป็นบริษัทหลักทรัพย์ด้วย ก็จะอยู่

ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ในส่วนที่ 1 2 3 และ 4 ถ้าเป็นบริษัทมหาชนจำกัดที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ก็จะอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ในส่วนที่ 1 2 และ 4

ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์หมวด 12 เรื่องบทกำหนดโทษ ได้กำหนดโทษทางอาญาไว้ตั้งแต่มาตรา 268 ถึงมาตรา 317 โดยแบ่งได้เป็น 3 ส่วนใหญ่ ๆ ซึ่งสอดคล้องกับเนื้อหาของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ทั้งหมด กล่าวคือ

ในส่วนของบทกำหนดโทษของการออกหลักทรัพย์ของบริษัทและการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชนนั้นบัญญัติไว้ในมาตรา 268 ถึงมาตรา 281 ตัวอย่างเช่นในมาตรา 268 บัญญัติว่า **“ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 32 มาตรา 33 หรือมาตรา 34 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับเป็นเงินไม่เกินสองเท่าของราคาขายของหลักทรัพย์ทั้งหมดซึ่งผู้นั้นได้เสนอขาย แต่ทั้งนี้เงินค่าปรับต้องไม่น้อยกว่าห้าแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”** ซึ่งการฝ่าฝืนมาตรา 32 ก็คือการที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมหาชนเสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ต่อประชาชนหรือบุคคลใดโดยไม่ได้รับอนุญาตจาก ก.ล.ต.

ในส่วนของบทกำหนดโทษที่เกี่ยวกับธุรกิจหลักทรัพย์นั้นบัญญัติไว้ในมาตรา 282 ถึงมาตรา 289 ตัวอย่างเช่น ในมาตรา 289 บัญญัติว่า **“ผู้ใดประกอบธุรกิจหลักทรัพย์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีตามมาตรา 90 ...ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงห้าปี และปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงห้าแสนบาทและปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลายังฝ่าฝืนอยู่”**

ในส่วนของบทกำหนดโทษที่เกี่ยวกับตลาดหลักทรัพย์นั้นบัญญัติไว้ในมาตรา 290 ถึงมาตรา 291

ประเด็นปัญหา คือ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 306 ถึงมาตรา 312 จะใช้บังคับกับผู้บริหารบริษัทมหาชนประเภทใด กล่าวคือบริษัทมหาชนทั่ว ๆ ไปที่ออกและเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน หรือบริษัทหลักทรัพย์ หรือบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์

ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 306 ถึงมาตรา 312 มีข้อที่น่าสังเกตว่าถ้อยคำคล้ายกับประมวลกฎหมายอาญามาก ตัวอย่างเช่นในมาตรา 306 คล้ายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 341 เรื่องฉ้อโกง ในมาตรา 309 คล้ายกับมาตรา 358 เรื่องทำให้เสียทรัพย์ นอกจากนี้ทุกมาตรายังกำหนดโทษให้กับบุคคลสามประเภทคือ “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใดตามพระราชบัญญัตินี้” ซึ่งไม่อาจทราบได้ว่าคำว่า “นิติบุคคลตาม

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์” หมายถึง บริษัทมหาชนทั่ว ๆ ไป บริษัทหลักทรัพย์ หรือบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ จึงขอยกพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 306 ถึงมาตรา 312 มาวิเคราะห์ดังนี้

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 306 บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใด ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยทุจริต หลอกลวงด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จแก่ประชาชนหรือด้วยการปกปิดความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งแก่ประชาชน และโดยการหลอกลวงดังว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากประชาชนผู้ถูกหลอกลวง หรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ประชาชนผู้ถูกหลอกลวง หรือบุคคลที่สามทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท”

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 307 บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใด ตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินของนิติบุคคลดังกล่าวหรือทรัพย์สินที่นิติบุคคลดังกล่าวเป็นเจ้าของ รวมอยู่ด้วย กระทำผิดหน้าที่ของตนด้วยประการใด ๆ โดยทุจริตจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินของนิติบุคคลนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท”

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 308 บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใด ตามพระราชบัญญัตินี้ ครอบครองทรัพย์สินซึ่งเป็นของนิติบุคคลดังกล่าว หรือซึ่งนิติบุคคลดังกล่าวเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย เบียดบังเอาทรัพย์สินนั้นเป็นของตนหรือบุคคลที่สามโดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท”

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 309 บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใด ตามพระราชบัญญัตินี้ เอาไปเสีย ทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งทรัพย์สินอันนิติบุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ดูแลหรือ

ที่อยู่ในความครอบครองของนิติบุคคลนั้นถ้าได้กระทำเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี และปรับไม่เกินห้าแสนบาท”

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 310 บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใด ตามพระราชบัญญัตินี้ รู้ว่าเจ้าหน้าที่ของนิติบุคคลดังกล่าว หรือเจ้าหน้าที่ของบุคคลอื่นซึ่งจะใช้สิทธิของเจ้าหน้าที่นิติบุคคลนั้นบังคับการชำระหนี้จากนิติบุคคล ใช้หรือน่าจะใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลให้ชำระหนี้

- (1) ย้ายไปเสีย ซ่อนเร้น หรือโอนไปให้แก่ผู้อื่นซึ่งทรัพย์สินของนิติบุคคลนั้น หรือ
- (2) แกล้งให้นิติบุคคลนั้นเป็นหนี้ซึ่งไม่เป็นความจริง

ถ้าได้กระทำเพื่อมิให้เจ้าหน้าที่ได้รับชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท”

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 311 บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใด ตามพระราชบัญญัตินี้ กระทำการหรือไม่กระทำการเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรรได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อตนเองหรือผู้อื่นอันเป็นการเสียหายแก่นิติบุคคลนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท”

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 312 บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใด ตามพระราชบัญญัตินี้ กระทำหรือยินยอมให้กระทำการดังต่อไปนี้

- (1) ทำให้เสียหาย ทำลาย เปลี่ยนแปลง ตัดทอน หรือปลอมบัญชีเอกสาร หรือหลักประกันของนิติบุคคลดังกล่าว หรือที่เกี่ยวกับนิติบุคคลดังกล่าว
- (2) ลงข้อความเท็จหรือไม่ลงข้อความสำคัญในบัญชีหรือเอกสารของนิติบุคคลหรือที่เกี่ยวกับนิติบุคคลนั้น หรือ
- (3) ทำบัญชีไม่ครบถ้วน ไม่ถูกต้อง ไม่เป็นปัจจุบันหรือไม่ตรงต่อความเป็นจริง

ถ้ากระทำหรือยินยอมให้กระทำเพื่อลงโทษนิติบุคคลดังกล่าวหรือผู้ถือหุ้นขาดประโยชน์อันควรได้ หรือลงโทษบุคคลใด ๆ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท”

ผู้เขียนเห็นว่า ในมาตรา 306 ถึงมาตรา 312 น่าจะใช้บังคับกับผู้บริหารบริษัทมหาชนที่เป็นบริษัทหลักทรัพย์ซึ่งประกอบธุรกิจหลักทรัพย์เท่านั้น โดยไม่ใช้บังคับกับผู้บริหารบริษัทมหาชนทั่วไป และไม่ใช้กับผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ เพราะเหตุว่า

1) คำว่า “นิติบุคคลตามพระราชบัญญัตินี้” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 306 ถึงมาตรา 312 นั้น ไม่ควรจะตีความให้หมายรวมถึง บริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ เพราะหากพิจารณาพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 313* แล้วจะพบว่า มาตรา 313 ได้บัญญัติลงโทษกรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ไว้แล้ว โดยการอ้างอิงถึงการกระทำความผิดในมาตรา 307 มาตรา 308 มาตรา 309 และมาตรา 311 ดังนั้นจึงตีความได้ว่ามาตรา 306 ถึงมาตรา 312 ไม่อาจนำมาใช้กับผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนได้ หากผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนกระทำการเข้าองค์ประกอบความผิดในมาตรา 307 ก็ต้องลงโทษผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนนั้นตามมาตรา 313 ประกอบมาตรา 307 และหากผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนกระทำการเข้าองค์ประกอบความผิดในมาตรา 306 ก็ไม่อาจลงโทษผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนตามมาตรา 306 ได้ เพราะมาตรา 313 ไม่ได้อ้างอิงการกระทำความผิดตามมาตรา 306 ไว้

2) คำว่า “นิติบุคคลตามพระราชบัญญัตินี้” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 306 ถึงมาตรา 312 นั้น ไม่ควรจะตีความให้หมายรวมถึงบริษัทมหาชนทั่ว ๆ ไปที่ออกหลักทรัพย์และเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน เพราะเหตุว่ามาตรา 306 ถึงมาตรา 312 บัญญัติขึ้นเป็นบทเฉพาะเพื่อลงโทษทางอาญา

* พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 313 บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัทหรือนิติบุคคลที่มีหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ หรือหลักทรัพย์ซื้อขายในศูนย์ซื้อขายหลักทรัพย์ใด ผ่าฝืนมาตรา 307 มาตรา 308 มาตรา 309 หรือมาตรา 311 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับเป็นเงินสองเท่าของราคาทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่บุคคลดังกล่าวได้กระทำการฝ่าฝืนในมาตรานั้น ๆ แล้วแต่กรณี แต่ทั้งนี้ค่าปรับดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่าห้าแสนบาท”

ผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์ซึ่งสอดคล้องกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 มาตรา 75 ทวิ, 75 ตริ, 75 เบญจ, 75 ฉ, 75 สัตต, 75 อัฏฐ ที่บัญญัติขึ้นเพื่อลงโทษทางอาญากับผู้บริหารบริษัทเงินทุน โดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับบริษัทหลักทรัพย์ก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เมื่อปี พ.ศ. 2535 และเมื่อประกาศใช้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 จึงมีการแก้ไขให้ธุรกิจหลักทรัพย์มาอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

4.3 ประเด็นปัญหาในเรื่องความรับผิดชอบทางวินัยทางธุรกิจของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 เรื่องความรับผิดชอบทางวินัยทางธุรกิจของกรรมการและผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดว่ามีที่มาจากข้อกำหนดต่าง ๆ ที่ไม่ใช่กฎหมาย และไม่มีสภาพบังคับในทางแพ่งและทางอาญา แต่เป็นข้อกำหนดที่ออกโดยองค์กรต่าง ๆ ที่ทำหน้าที่ดูแลการดำเนินงานบริษัทมหาชน ข้อกำหนดดังกล่าวเช่น “ข้อพึงปฏิบัติที่ดีสำหรับกรรมการบริษัทจดทะเบียน” (Code of Best Practice for Directors of Listed Companies) หรือ “แนวทางปฏิบัติที่ดีของคณะกรรมการตรวจสอบ” (Best practice Guidelines for Audit Committee) ที่ออกโดยตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ซึ่งเป็นการกำหนดหลักการปฏิบัติที่ดีให้กับผู้บริหารบริษัทให้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังผลประโยชน์ของบริษัทมหาชน เหตุที่ต้องกำหนดวินัยทางธุรกิจเช่นนี้ขึ้นก็เพื่อเป็นการประนีประนอมหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชน โดยไม่ต้องกำหนดหน้าที่ของผู้บริหารให้เคร่งครัดถึงขั้นเป็นหน้าที่ตามกฎหมายที่ฝ่าฝืนและจะต้องมีความรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญา และไม่ได้ปล่อยปละละเลยการปฏิบัติงานของผู้บริหารบริษัทจนไม่มีการควบคุมความประพฤติผู้บริหารบริษัทมหาชน ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าหากมีแนวคิดในเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชนใหม่เกิดขึ้น ช่องทางหนึ่งที่จะกำหนดให้กรรมการหรือผู้บริหารบริษัทมหาชนปฏิบัติได้ก็คือการกำหนดเป็นวินัยทางธุรกิจ เพื่อเป็นแนวทางให้กรรมการและผู้บริหารปฏิบัติตาม

ประเด็นปัญหาในเรื่องวินัยทางธุรกิจ คือ เรื่อง สภาพบังคับ (enforcement) ของการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามวินัยทางธุรกิจ

โดยหลักการแล้ววินัยทางธุรกิจไม่ใช่กฎหมาย สภาพบังคับของวินัยทางธุรกิจจึงไม่ใช่สภาพบังคับทางแพ่งที่บังคับให้ผู้บริหารชดเชยค่าสินไหมทดแทน และไม่ใช่สภาพบังคับทางอาญาที่บังคับให้ผู้บริหารต้องถูกระวางโทษจำคุกหรือปรับหรือโทษอื่น ๆ ในทางกฎหมายอาญา ดังนั้น หากกรรมการหรือผู้บริหารบริษัทมหาชนไม่ปฏิบัติตามวินัยทางธุรกิจเหล่านี้ จะมีสภาพบังคับอย่างไร

ในที่นี้สามารถแบ่งสภาพบังคับของการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามวินัยทางธุรกิจได้ออกเป็น 2 กรณีคือ

1) **สภาพบังคับทางสังคม** หากกรรมการบริษัทมหาชนไม่ปฏิบัติตามวินัยทางธุรกิจที่กำหนดโดยองค์กรกำกับดูแลเช่น ก.ล.ต. หรือ ตลาดหลักทรัพย์ สภาพบังคับแรกก็คือสภาพบังคับทางสังคม กล่าวคือ บริษัทนั้น ๆ ก็จะไม่ได้รับการเชื่อถือของสังคม และหากเป็นบริษัทจดทะเบียนด้วยแล้ว หุ้นของบริษัทนั้น ๆ ในตลาดหลักทรัพย์ก็อาจไม่ได้รับความนิยม อันจะส่งผลเสียต่อยอดขายหรือผลประกอบการของบริษัทได้ แม้ว่าสภาพบังคับทางสังคมจะมีใช้สภาพบังคับทางกฎหมายและอาจไม่มีผลเป็นรูปธรรม และแม้ว่ากรรมการหรือผู้บริหารจะไม่ปฏิบัติตามก็ไม่ทำให้กรรมการหรือผู้บริหารมีความรับผิดชอบแต่อย่างใด แต่สภาพบังคับทางสังคมก็มีผลในเชิงนามธรรมและเชิงจิตวิทยาต่อการลงทุนและความเชื่อถือขององค์กรในการประกอบธุรกิจอยู่ไม่น้อยเช่นกัน

2) **สภาพบังคับทางบริหาร** หากกรรมการหรือผู้บริหารบริษัทไม่ปฏิบัติตามวินัยทางธุรกิจที่กำหนดขึ้นได้ นอกจากจะต้องถูกสภาพบังคับทางสังคมในขั้นแรกแล้ว การฝ่าฝืนวินัยทางธุรกิจที่สำคัญ อาจถูกสภาพบังคับทางบริหารจากองค์กรกำกับดูแล บังคับให้บริษัท กรรมการ หรือผู้บริหารต้องปฏิบัติตามได้ด้วย ตัวอย่างสภาพบังคับทางปกครอง เช่น

ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยได้กำหนดวินัยทางธุรกิจขึ้นในชื่อของ “แนวทางปฏิบัติที่ดีของคณะกรรมการตรวจสอบ” (Best Practice Guidelines for Audit Committee) โดยออกเมื่อเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2542 โดยวินัยทางธุรกิจดังกล่าวได้กำหนดให้บริษัทจดทะเบียนควรมี “คณะกรรมการตรวจสอบ” (Audit Committee) ขึ้นโดยประกอบด้วยกรรมการที่เป็นอิสระ (Independence Director) อย่างน้อย 3 คน มีหน้าที่สำคัญ²¹ คือ

- 1) ช่วยสอบทางรายงานทางการเงินของบริษัทให้ถูกต้องและเปิดเผย
- 2) สอบทานให้บริษัทมีระบบการควบคุมและตรวจสอบภายในที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ
- 3) พิจารณาคัดเลือกและเสนอแต่งตั้งผู้สอบบัญชีของบริษัท รวมถึงพิจารณาเสนอคำตอบแทนของผู้สอบบัญชี
- 4) พิจารณาการเปิดเผยข้อมูลของบริษัทในกรณีที่เกิดรายการเกี่ยวโยงกันรายการที่อาจมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ให้มีความถูกต้องและครบถ้วน

²¹ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, แนวทางปฏิบัติที่ดีของคณะกรรมการตรวจสอบ (Best Practice Guidelines for Audit Committee) (กรุงเทพมหานคร:บุญศิริการพิมพ์,2542), หน้า 13-15.

- 5) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่คณะกรรมการบริษัทมอบหมายและคณะกรรมการตรวจสอบเห็นชอบด้วย เช่น ทบทวนนโยบายการบริหารทางการเงินและการบริหารความเสี่ยง ทบทวนการปฏิบัติตามจรรยาบรรณทางธุรกิจของผู้บริหาร ทบทวนร่วมกับผู้บริหารของบริษัทในรายงานสำคัญ ๆ ที่ต้องเสนอต่อสาธารณชนตามที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ รายงานและการวิเคราะห์ของฝ่ายบริหาร เป็นต้น
- 6) จัดทำรายงานกิจกรรมของคณะกรรมการตรวจสอบโดยเปิดเผยไว้ในรายงานประจำปีของบริษัท

โดยที่ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยต้องการที่จะให้บริษัทจดทะเบียนทุกบริษัทได้จัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบ (Audit Committee) ขึ้นเพื่อถ่วงดุลอำนาจคณะกรรมการบริหาร ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยจึงได้กำหนดสภาพบังคับว่า “หากบริษัทจดทะเบียนใดไม่จัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบขึ้นภายในวันที่ 31 ธันวาคม 2542 ตลาดหลักทรัพย์จะพิจารณาดำเนินการขึ้นเครื่องหมาย NP ใน 3 เดือนแรกนับจากวันที่ครบกำหนด และขึ้นเครื่องหมาย SP ใน 3 เดือนถัดไป และเข้าข่ายเพิกถอนอีก 3 เดือน หากยังไม่จัดตั้งก็จะเพิกถอนจากตลาดหลักทรัพย์”²²

จะเห็นได้ว่าการที่บริษัทจดทะเบียนบริษัทใดไม่ปฏิบัติตามวินัยทางธุรกิจในเรื่องของ “แนวทางปฏิบัติที่ดีของคณะกรรมการตรวจสอบ” (Best Practice Guidelines for Audit Committee) ที่ตลาดหลักทรัพย์กำหนดขึ้น โดยไม่จัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบขึ้นภายในวันที่ 31 ธันวาคม 2542 นั้น นอกจากจะต้องถูกสภาพบังคับทางสังคมพิจารณาแล้วว่าเป็นบริษัทที่อาจมีระบบการบริหารและการตรวจสอบกำกับดูแลที่ไม่ดีพอ ไม่มีความน่าเชื่อถือพอที่จะลงทุน ยังจะต้องถูกสภาพบังคับทางการปกครองคือ การขึ้นป้าย NP ป้าย SP และร้ายแรงที่สุดคือการเพิกถอนออกจากตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งมาตรการดังกล่าวถือได้ว่าเป็นมาตรการทางปกครองที่บริษัทที่ฝ่าฝืนจะต้องได้รับโทษสูงสุดคือถูกเพิกถอนจากตลาดหลักทรัพย์ โดยเมื่อถูกเพิกถอนแล้ว บริษัทก็ยังคงสภาพเป็นบริษัทมหาชนอยู่ และกรรมการหรือผู้บริหารก็ไม่มีควมรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญาแต่อย่างใด เพราะมาตรการทางปกครองที่ถือว่าเป็นสภาพบังคับทางวินัยทางธุรกิจนั้นไม่ใช่กฎหมาย

ดังนั้น วินัยทางธุรกิจถือว่าเป็นอีกมาตรการหนึ่งในการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบให้กรรมการและผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด แม้จะไม่มีสภาพบังคับในทางแพ่งและทางอาญากับ

²² สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, การเสริมสร้าง good corporate governance ของบริษัทจดทะเบียนในประเทศไทย ใน www.sec.or.th/download/goodcg/goodcg.html

กรรมการและผู้บริหารบริษัท แต่ก็มีสภาพบังคับทางสังคมและทางการปกครองที่ช่วยเสริมสร้างให้ กรรมการและผู้บริหารบริษัทต้องตระหนักถึงและปฏิบัติตามวินัยทางธุรกิจ เพื่อให้บริษัทมีการ บริหารงานและการกำกับดูแลที่ดี อันจะเป็นผลให้เกิดบริษัทในการควบคุมกำกับดูแลที่ถูกต้องต่อไป (Good Corporate Governance)



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุป

ผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดมีหน้าที่และความรับผิดชอบตามกฎหมายหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2505 เป็นต้น โดยหน้าที่และความรับผิดชอบส่วนใหญ่ มีพื้นฐานจากหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duty) หน้าที่แห่งความระมัดระวัง (Duty of Care) และหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of Interest) หากผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่จะต้องมีความรับผิดชอบทั้งทางแพ่ง ทางอาญา และทางวินัยทางธุรกิจ

กฎหมายประเทศอังกฤษที่บังคับใช้ในเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทนั้น แบ่งเป็น 2 ประเภท คือ common law ที่เกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของศาล และพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1985 (The Company Act 1985) โดยพื้นฐานแล้ว ศาลจะวางหลักการ common law กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบให้กับผู้บริหารบริษัท โดยมีพระราชบัญญัติบริษัทบัญญัติหลักการเสริมหน้าที่และความรับผิดชอบต่าง ๆ เช่น หน้าที่ห้ามกรรมการกระทำธุรกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินที่มีสาระสำคัญ (substantial property transaction) ตามพระราชบัญญัติบริษัทมาตรา 320 ถึง 322 หน้าที่ที่จะต้องแจ้งเรื่องผลประโยชน์ในสัญญาของบริษัทต่อที่ประชุมกรรมการ (declaration of interest) ตามพระราชบัญญัติบริษัทมาตรา 317 โดยหากกรรมการฝ่าฝืนก็จะต้องมีความรับผิดชอบทางแพ่งต้องชดเชยค่าเสียหาย และทางอาญา ต้องรับโทษปรับ

ตามกฎหมายอังกฤษมีการพิจารณาประเด็นของการทำธุรกรรมของกรรมการกับบริษัท (transaction with the company) อย่างมาก โดยในอดีตศาลเห็นว่าเป็นเรื่องต้องห้ามอย่างยิ่ง และธุรกรรมจะไม่ผูกพันบริษัท (voidable) โดยไม่คำนึงว่าธุรกรรมดังกล่าวเป็นธรรมกับบริษัทหรือไม่ ตัวอย่างคดีสำคัญที่สะท้อนให้เห็นแนวคิดดังกล่าวคือ คดี Arberdeen Railway Co. v. Blaikie Bros 1843-1860 House of Lords เห็นว่าการที่กรรมการทำธุรกรรมกับบริษัทนั้นเป็นไปได้ยากที่กรรมการจะรักษาผลประโยชน์ของบริษัทและของตนเองไปได้พร้อม ๆ กัน แต่ต่อมากรรมการเริ่มทำธุรกรรมกับบริษัทมากขึ้น และบางกรณีธุรกรรมบางอย่างก็เป็นธรรมกับบริษัท จึงมีการพยายามแก้ไขข้อบังคับบริษัทให้บริษัททำธุรกรรมกับกรรมการได้ พระราชบัญญัติบริษัทจึงบัญญัติหลักการเสริมช่องว่างดังกล่าว โดยกำหนดหน้าที่ให้กรรมการต้องแจ้งเรื่องส่วนได้เสียในธุรกรรม

ให้ที่ประชุมคณะกรรมการก่อนจะทำธุรกรรมกับบริษัท ธุรกรรมจึงจะมีผลผูกพันบริษัท ส่วนธุรกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินอันเป็นสาระสำคัญ (substantial property transaction) นั้น นอกจากต้องเปิดเผยเรื่องส่วนได้เสียกับบริษัทแล้ว ยังต้องได้รับความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยตามพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1985 มาตรา 320 ถึงมาตรา 322

นอกจากนี้กฎหมายลายลักษณ์อักษร (statutes) ได้บัญญัติหลักการเสริม common law อีกหลายเรื่อง เช่น การห้ามบริษัทกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบของพนักงานบริษัท (มาตรา 310) การห้ามบริษัทจ่ายภาษีแทนกรรมการ (tax-free emoluments) ในมาตรา 311 การแจ้งผลประโยชน์ต่อที่ประชุมกรรมการ (declaration of interest) ในมาตรา 317 การห้ามจ่ายค่าตอบแทนกรรมการ (restraints on directors' remuneration) ในมาตรา 318 ถึงมาตรา 319 การห้ามทำธุรกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นสาระสำคัญ (substantial property transaction) ในมาตรา 320 ถึงมาตรา 322 การห้ามกรรมการกู้ยืมเงิน (loans, quasi-loans and credit transaction) ในมาตรา 330 ถึงมาตรา 334 การบังคับให้แจ้งผลประโยชน์ในหุ้นหรือหนี้สินของบริษัท ในมาตรา 324

หน้าที่แห่งความระมัดระวังตามกฎหมายอังกฤษนั้นมีแนวความคิดว่าผู้บริหารบริษัทต้องมีความระมัดระวังในการปฏิบัติงาน โดยในอดีตใช้หลักการอัตวิสัย (subjective test) ในการพิจารณาว่ากรรมการต้องรับผิดชอบหรือไม่ แต่แนวคิดใหม่เริ่มเปลี่ยนไปโดยมีแนวคิดในการใช้หลักภาวะวิสัย (objective test) มาใช้พิจารณาความรับผิดชอบของกรรมการบริษัท โดยถือว่าหากกรรมการไม่ใช้ความระมัดระวังในระดับวิญญูชน ก็จะมีควมรับผิดชอบ

กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาโดยพื้นฐานแล้วคล้ายกับกฎหมายอังกฤษ ไม่ว่าจะเป็นแนวคำพิพากษาที่วางหลัก common law ในเรื่องหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต และหน้าที่แห่งความระมัดระวัง นอกจากนี้แนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐยังได้สร้าง "หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ" (Business Judgment Rule) ขึ้น เพื่อเป็นแนวทางกำหนดความรับผิดชอบให้กับผู้บริหารบริษัท โดยถือว่าผู้บริหารบริษัทที่สุจริต ใช้ความระมัดระวังดีพอ และมีความเชื่อโดยสุจริตว่าการตัดสินใจของตนจะทำให้บริษัทได้รับประโยชน์สูงสุด ผู้บริหารก็จะไม่ต้องรับผิดชอบ แม้ต่อมาการตัดสินใจดังกล่าวทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย หลักการตัดสินใจทางธุรกิจนี้ไม่ได้ขัดแย้งกับหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต และหน้าที่แห่งความระมัดระวัง และหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกันแต่อย่างใด เพราะผู้บริหารที่จะได้รับความคุ้มครองตามหลักดังกล่าวจะต้องไม่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต หน้าที่แห่งความระมัดระวัง และต้องไม่มีผลประโยชน์ขัดกับบริษัท

โดยทั่วไปกฎหมายสหรัฐอเมริกากำหนดหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต และหน้าที่แห่งความระมัดระวังคล้ายกับกฎหมายอังกฤษ แต่จะใช้ชื่อแตกต่างออกไป โดยสหรัฐจะเรียกว่า "Duty

of Loyalty" และ "Duty of Care" ซึ่งหน้าที่ทั้งสองสังเคราะห์รวมกันเรียกว่า "Fiduciary duty of care and loyalty"

สำหรับกฎหมายลายลักษณ์อักษร (statutes) ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีบัญญัติไว้เป็นต้นแบบกฎหมาย (Model Law) ที่บัญญัติขึ้นเพื่อให้รัฐต่าง ๆ ใช้เป็นต้นแบบในการไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในรัฐตน โดย Model Law ในเรื่องนี้คือ Revised Model Business Corporation Act หรือเรียกย่อว่า RMBCA

ในเรื่องหน้าที่แห่งความระมัดระวัง กฎหมายสหรัฐพิจารณาใน 2 ลักษณะคือ "มาตรฐานแห่งความระมัดระวัง"(standard of care) ซึ่งสรุปจากแนวคำพิพากษาและกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ว่าจะต้องใช้หลักวิญญูชนในการพิจารณา ส่วนอีกเรื่องหนึ่งคือ "มาตรฐานแห่งความผิดที่จะกำหนดให้กรรมการ" (standard of culpability for imposition of liability) นั้นส่วนใหญ่จะถือแนวทางว่า กรรมการจะต้องรับผิดชอบเมื่อประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) เช่นในคดี Aronson v. Lewis คดี Smith v. Van Gorkom คดี Exposition v. Federal insurance เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีคดีที่ศาลตัดสินว่า ข้ออ้างที่กรรมการยกขึ้นอ้างว่าตนเป็นกรรมการแต่เพียงในนาม และไม่มีอำนาจบริหาร และไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น เป็นข้ออ้างที่ฟังไม่ขึ้น เพราะหากกรรมการมีปัญหาที่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ กรรมการก็จะต้องลาออกจากกรรมการ มิใช่ดำรงตำแหน่งอยู่และไม่ปฏิบัติหน้าที่ ดังเช่นที่ศาลพิพากษาไว้ในคดี Francis v. United Jersey Bank 1981

ในเรื่องหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (duty of loyalty) กฎหมายสหรัฐพิจารณาใน 3 แง่มุมคือ

1) ชุกรกรรมที่กรรมการกระทำกับบริษัท(self-dealing) ในอดีตกฎหมายสหรัฐถือว่าชุกรกรรมที่กรรมการทำกับบริษัทไม่ผูกพันบริษัท โดยเป็นทางเลือกของผู้ถือหุ้นว่าจะให้ชุกรกรรมมีผลผูกพันหรือไม่ เช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษ ต่อมามีการเปลี่ยนแนวความคิดให้ผ่อนปรนขึ้น โดยสรุปคือถ้าชุกรกรรมเป็นธรรมกับบริษัท (fair) หรือได้รับการรับรองจากคณะกรรมการที่กรรมการที่มีส่วนได้เสียออกเสียง หรือได้รับการรับรองจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น ชุกรกรรมก็จะมีผลสมบูรณ์

2) การห้ามกรรมการใช้ประโยชน์จากโอกาสของบริษัท (Usurpation of Corporate Opportunity) กฎหมายสหรัฐใช้ 2 แนวทางในการวินิจฉัยคือ หลัก "line of business test" ซึ่งพิจารณาว่าโอกาสทางธุรกิจนั้นเป็นของบริษัทหรือไม่ และหลัก "fairness test" ซึ่งพิจารณาว่าพฤติการณ์ใดบ้างที่กรรมการสามารถนำโอกาสทางธุรกิจของบริษัทไปใช้ได้ เช่นพฤติการณ์ที่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นอนุญาตแล้ว เป็นต้น

3) ค่าตอบแทนกรรมการ (Executive Compensation) ในบริษัทมหาชนในสหรัฐอเมริกา (Publicly Held Corporation) มักจะตั้ง "คณะกรรมการค่าตอบแทน" (Compensation Committee) กำหนดค่าตอบแทนให้กรรมการ เพื่อป้องกันผลประโยชน์ที่ขัดกัน

ในเรื่องความรับผิดของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดตามกฎหมายไทยแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ

1. ความรับผิดทางแพ่งของกรรมการตามกฎหมายไทย

จากการวิจัยพบว่าพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนได้กำหนดหน้าที่และความรับผิดให้กับกรรมการบริษัทมหาชนไว้ในมาตรา 85 ถึงมาตรา 92 โดยมีพื้นฐานมาจากหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duty) หน้าที่แห่งความระมัดระวัง (Duty of Care) ตามหลักกฎหมายอังกฤษและสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนได้นำหลักการป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of Interest) ที่เป็นส่วนหนึ่งของหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duty) มากำหนดไว้เป็นเอกเทศในมาตรา 86 ,87,88,89 และมาตรา 90 อีกด้วย โดยผู้เขียนเรียกหน้าที่ในมาตรา 86 ถึงมาตรา 90 นี้ว่า "หน้าที่ที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันผลประโยชน์ที่ขัดกัน" (Conflict of Interest)

เมื่อกรรมการบริษัทมหาชนฝ่าฝืนหน้าที่ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด กรรมการจะมีความรับผิดทางแพ่งฐานละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 เพราะเป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย และทำให้บริษัทมหาชนได้รับความเสียหาย โดยความรับผิดทางแพ่งของกรรมการในกรณีฝ่าฝืนหน้าที่ตามกฎหมายมี 5 กรณีคือ

1) ความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท และมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85

2) ความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duty) นอกจากหลักการของหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตที่กำหนดไว้เฉพาะในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 86 ถึง 90 แล้ว ศาลไทยสามารถนำหลักความซื่อสัตย์สุจริตมาปรับใช้ได้โดยผ่านทางพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85 ประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป

3) ความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่แห่งความระมัดระวัง (Duty of Care) ในกฎหมายไทยมีการบัญญัติหน้าที่แห่งความระมัดระวังไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน มาตรา 85 แต่แนวคำพิพากษาฎีกาในเรื่องนี้จะมีแต่ที่วินิจฉัยไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1168 คือ ฎีกาที่ 2191 / 2541 ได้วินิจฉัยความรับผิดของกรรมการที่ไม่มีอำนาจบริหารงานต้องรับผิดชอบใส่ค่าสินไหมทดแทนให้บริษัท เพราะฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งความระมัดระวัง กล่าวคือไม่สนใจการดำเนินงานของบริษัท หากข้อเท็จจริงในคำพิพากษานี้เกิดขึ้นกับบริษัทมหาชนจำกัด ก็ น่าจะนำมาเป็นแนวทางในการวินิจฉัยได้เช่นกัน โดยอ้างอิงพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 85

4) ความรับผิดชอบเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of interest) พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดกำหนดไว้ในมาตรา 86 ถึงมาตรา 90 ซึ่งแท้จริงแล้วก็คือหลักการของหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duty) รูปแบบหนึ่ง แต่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรต่างหากอีกส่วนหนึ่งเพื่อความชัดเจน กล่าวได้ว่าพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 85 เป็น "บททั่วไป" ส่วนมาตรา 86 ถึง 90 เป็น "บทเฉพาะ"

ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 86 ห้ามกรรมการประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท ซึ่งกรรมการจะถูกห้ามก็ต่อเมื่อครอบงำประกอบทั้งสองประการ คือต้องเป็นลักษณะกระทำกิจการสภาพเดียวกับบริษัทและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทด้วย เพราะบางกรณีกรรมการอาจทำกิจการสภาพเดียวกับบริษัทแต่ไม่มีลักษณะแข่งขันกับบริษัทก็ได้ หรือทำนองกลับกัน ซึ่งกรณีดังกล่าวก็ไม่ต้องห้ามตามมาตรา 86 ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 มาตรา 99 ได้บัญญัติหลักการห้ามแข่งขันกับกิจการของบริษัทไว้เช่นกัน แต่ในกฎหมายเก่ามีบทลงโทษที่รุนแรงกว่า กล่าวคือ นอกจากจะเรียกค่าเสียหายได้แล้ว บริษัทยังสามารถเข้าถือเอากิจการที่กรรมการค้าแข่งกับบริษัทมากเป็นกิจการของบริษัทได้อีกด้วย ซึ่งมาตรา 86 ของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนฉบับปัจจุบันได้ยกเลิกหลักการเข้าถือเอากิจการ เพราะเป็นบทลงโทษที่รุนแรงเกินไปและบริษัทก็มีสิทธิเรียกค่าเสียหายอยู่แล้ว

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 ห้ามกรรมการซื้อขายทรัพย์สินหรือทำธุรกิจกับบริษัท มาตรานี้ได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมายอังกฤษเรื่อง "transaction with company" และหลักกฎหมายอเมริกาเรื่อง "self-dealing" มาตรา 87 มีข้อยกเว้นให้กรรมการทำธุรกรรมกับบริษัทได้เมื่อได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการ โดยผลของการฝ่าฝืนมาตรา 87 คือธุรกรรมไม่ผูกพันบริษัท แต่บริษัทสามารถให้สัตยาบันได้โดยเทียบเคียงกับหลักการตัวการตัวแทน และหลักการบริษัทจำกัดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และแนวคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยเรื่องดังกล่าว

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 88 ให้กรรมการแจ้งเรื่องส่วนได้เสียในสัญญาให้บริษัททราบ ในพระราชบัญญัติบริษัทของอังกฤษมาตรา 324 ได้บัญญัติหลักการคล้าย ๆ กัน โดยกรรมการต้องแจ้งเรื่องผลประโยชน์ในสัญญาของบริษัทให้ที่ประชุมคณะกรรมการทราบ เพื่อให้คณะกรรมการนำมาใช้ประกอบการตัดสินใจเข้าทำสัญญา และหากที่ประชุมคณะกรรมการทราบเรื่องส่วนได้เสียในสัญญาของกรรมการบางคนอยู่แล้ว กรรมการที่มีส่วนได้เสียก็น่าจะต้องแจ้งให้ที่ประชุมทราบอีกเพื่อให้เป็นหลักฐานปรากฏในที่ประชุมและเพื่อป้องกันไม่ให้ถูกดำเนินคดีอาญาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 203 ซึ่งระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท ผลของการไม่แจ้งเรื่องส่วนได้เสียในสัญญาสามารถแยกพิจารณาได้สามประเด็นคือ ผลต่อสัญญาที่สร้างขึ้น ผลต่อความรับผิดชอบทางแพ่ง และผลต่อความรับผิดชอบทางอาญา

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 89 ห้ามกรรมการ พนักงาน ลูกจ้างกู้ยืมเงินจากบริษัท หลักการดังกล่าวนี้คล้ายกับพระราชบัญญัติบริษัทของอังกฤษมาตรา 330 ถึงมาตรา 334 โดยมีข้อยกเว้นคือ สามารถกู้ได้เมื่อมีระเบียบว่าด้วยการสงเคราะห์พนักงานและลูกจ้าง หรือเป็นการกู้ยืมตามกฎหมายธนาคารพาณิชย์ นอกจากนี้แม้ผู้กู้จะขอความยินยอมจากคณะกรรมการตามมาตรา 87 ก็ไม่อาจทำสัญญากู้จากบริษัทได้ เพราะมาตรา 89 เป็นบทบังคับเด็ดขาด ผลของการฝ่าฝืนมาตรา 89 ทำให้สัญญากู้ตกเป็นโมฆะ เพราะเป็นการทำสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายความสงบ ๑ นอกจากนี้ผู้กู้ยังต้องมีความรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญาอีกด้วย

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 90 บัญญัติห้ามบริษัทจ่ายค่าตอบแทนกรรมการ เว้นแต่เป็นการจ่ายตามข้อบังคับของบริษัทหรือได้รับความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นซึ่งมีคะแนนไม่น้อยกว่าสองในสามของผู้ถือหุ้นที่เข้าประชุม มีที่มาจากหลักกฎหมายอังกฤษคือ restraint on directors' remuneration และหลักกฎหมายอเมริกาเรื่อง Executive Compensation ผลของการที่กรรมการฝ่าฝืนมาตรา 90 คือ การจ่ายเงินไม่เป็นโมฆะ และไม่มีโทษทางอาญา แต่กรรมการต้องร่วมรับผิดชอบทางแพ่งต่อบริษัทมหาชน และต้องรับผิดชอบอย่างถูกหนี่ร่วมด้วยตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 91 (5)

ในเรื่องความรับผิดชอบร่วมกันของกรรมการในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 91 โดยหลักแล้วความรับผิดชอบฐานละเมิดเป็นความรับผิดชอบส่วนตัว หากกรรมการคนใดฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัว แต่มีพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 91 (1) ถึง (7) ได้กำหนดความรับผิดชอบร่วมกันให้กรรมการ กล่าวคือ หากเกิดกรณี (1) ถึง (7) ใดๆอย่างหนึ่ง คณะกรรมการทั้งคณะต้องร่วมรับผิดชอบ แต่กรรมการคนใดพิสูจน์ตามมาตรา 92 ได้ ก็จะหลุดพ้นความรับผิดชอบ การพิสูจน์ตามมาตรา 92 เช่น คนได้คัดค้านในที่ประชุมกรรมการ หรือได้ทำหนังสือคัดค้านเป็นต้น

กรรมการบริษัทมหาชนจำกัดอาจมีความรับผิดชอบทางแพ่งได้หลายรูปแบบ แต่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 95 ได้บัญญัติวิธีการให้กรรมการหลุดพ้นความรับผิดชอบทางแพ่งได้ ถ้าที่ประชุมผู้ถือหุ้นอนุมัติหรือให้สัตยาบัน แม้ต่อมาจะมีการเพิกถอนมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นก็ตาม

2. ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดตามกฎหมายไทย

แบ่งเป็น 3 ส่วน คือ ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และกฎหมายควบคุมกิจการบางประเภท เช่น พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535

ความรับผิดชอบทางอาญาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน มาตรา 195 , 196 , 197 , 202 , 207, เป็นความรับผิดชอบที่ต้องการเจตนา เพราะความผิดเหล่านี้ไม่ใช่ความผิดหลุโทษ เพราะมีโทษปรับเกิน 1,000 บาท และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนก็ไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าเป็นความรับผิดชอบที่ไม่ต้องการเจตนา

ความรับผิดทางอาญาอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน บัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 203 และมาตรา 204 โดยกำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 88 และมาตรา 89 เท่านั้น ส่วนการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในมาตราอื่น เช่นมาตรา 86 , มาตรา 87 และมาตรา 90 ไม่มีความรับผิดทางอาญา

ความรับผิดทางอาญาอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 214 และมาตรา 215 ซึ่งกำหนดโทษปรับไม่เกิน 5 หมื่นบาท โดยพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 215 คล้ายกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 353 เป็นอย่างมาก หากกรรมการทุจริตและบริษัทมหาชนหรือคณะกรรมการไม่ร้องทุกข์ดำเนินคดี ผู้ถือหุ้นสามารถร้องทุกข์ให้ดำเนินคดีกับกรรมการได้ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 215 และประมวลกฎหมายอาญามาตรา 353 โดยเทียบเคียงแนวคำพิพากษาฎีกาที่ตัดสินเกี่ยวกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 352 แต่มีข้อสังเกตคือ โทษตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 215 จะเบากว่าแต่จะเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ในขณะที่โทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 353 จะรุนแรงกว่าแต่เป็นความผิดอาญาส่วนตัว

ความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารร่วมกับบริษัทบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 222 ซึ่งบัญญัติว่า เมื่อใดบริษัทต้องรับผิดทางอาญา กรรมการที่รู้เห็นเป็นใจ หรือไม่ได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกัน ไม่ให้ความผิดเกิดขึ้นต้องร่วมรับผิดทางอาญาคด้วย

นอกจากความรับผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนแล้วยังมีความรับผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งแบ่งได้เป็นความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการออกหลักทรัพย์และการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน ในมาตรา 268 ถึง มาตรา 281 ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำความผิดไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ ในมาตรา 296 ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กำหนดกำหนดเกี่ยวกับการเข้าถือหลักทรัพย์เพื่อครอบงำกิจการ ในมาตรา 298 และความรับผิดอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ในมาตรา 313 มาตรา 307 และมาตรา 311 โดยในมาตรา 307 และมาตรา 311 บัญญัติถ้อยคำไว้คล้ายคลึงกันแต่มีความแตกต่างกันในบางประเด็น และความรับผิดของผู้ร่วมกระทำความผิดกับผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์ ในมาตรา 314 และมาตรา 315 ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของหลักผู้ใช้และผู้สนับสนุน ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 84 และมาตรา 86

นอกจากนี้ยังมีความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายพิเศษที่ควบคุมกิจการบางประเภทอีกด้วย ซึ่งกฎหมายพิเศษเหล่านี้มุ่งควบคุมบริษัทมหาชนที่ประกอบกิจการที่มีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ เช่น ธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุน บริษัทหลักทรัพย์ บริษัทประกันชีวิต บริษัทประกันวินาศภัย เป็นต้น กฎหมายพิเศษเหล่านี้กำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้บริหารไว้หนักกว่าโทษตามประมวลกฎหมายอาญาและตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด และบางกรณีก็

กำหนดให้องค์กรของรัฐ เช่น ธนาคารแห่งประเทศไทย กรรมการประกันภัย เป็นผู้เสียหายในการดำเนินคดีกับผู้บริหารแทนบริษัทมหาชนอีกด้วย

3. ความรับผิดชอบทางวินัยทางธุรกิจของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด

นอกจากความรับผิดทางแพ่งและทางอาญาแล้ว ความรับผิดชอบทางวินัยทางธุรกิจก็เป็นอีกส่วนหนึ่งที่เข้ามามีบทบาทกำหนดความประพฤติของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดได้ โดยผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดที่ฝ่าฝืนต่อวินัยทางธุรกิจอาจไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายทางแพ่ง หรือถูกดำเนินคดีอาญา แต่จะต้องรับผิดชอบทางวินัยทางธุรกิจซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อชื่อเสียงของบริษัทมหาชนและตัวผู้บริหารเอง โดยวินัยทางธุรกิจในปัจจุบันที่ปรากฏคือ ข้อพึงปฏิบัติที่ดีสำหรับกรรมการบริษัทจดทะเบียน (Code of Best Practice for Director of Listed Company) หรือแนวทางปฏิบัติที่ดีของคณะกรรมการตรวจสอบ (Best Practice Guidelines for Audit Committee) ที่ออกโดยตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

ข้อเสนอแนะ

1. ข้อเสนอแนะในประเด็นความรับผิดทางแพ่งของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนกำหนดหน้าที่และความรับผิดให้กรรมการบริษัท แต่ไม่ได้กำหนดหน้าที่และความรับผิดให้กับพนักงานบริษัท จึงสมควรเพิ่มเติมหน้าที่และความรับผิดให้กับพนักงานบริษัทมหาชนจำกัด เพราะเหตุว่า พนักงานบริษัทมีความผูกพันกับบริษัทตามสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาตัวแทน ซึ่งหากพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตก็ต้องรับผิดชอบตามสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาตัวแทน ซึ่งตามสัญญาจ้างแรงงานและตามสัญญาตัวแทนก็ได้กำหนดหน้าที่และความรับผิดให้ในระดับหนึ่ง กล่าวคือหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และด้วยความระมัดระวัง แต่ประมวลกฎหมายแพ่งไม่ได้กล่าวถึงหน้าที่ที่ป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน (conflict of interest) ทั้ง ๆ ที่พนักงานบางตำแหน่ง เช่น ผู้จัดการบริษัท เป็นตำแหน่งที่มีความสำคัญและมีอำนาจตัดสินใจแทนบริษัทเช่นเดียวกับกรรมการบริษัท แต่พนักงานเหล่านี้สามารถกระทำการที่ผลประโยชน์ส่วนตนขัดกับผลประโยชน์ของบริษัทได้โดยไม่มี ความรับผิด เช่น ผู้จัดการบริษัทสามารถกระทำการค้าแข่งกับบริษัทได้โดยไม่มี ความผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด แต่การกำหนดขยายหน้าที่และความรับผิดของกรรมการให้รวมถึงพนักงานนั้นควรจะกำหนดให้รวมถึงเฉพาะพนักงานที่มีหน้าที่ในทางบริหารงาน มีอำนาจตัดสินใจแทนบริษัท และการตัดสินใจนั้นมีส่วนได้เสียกับบริษัทมหาชนเท่านั้น เช่น ตำแหน่งผู้จัดการบริษัท ผู้อำนวยการบริษัท เพื่อให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 215 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 307, 311 และมาตรา 313 ที่กำหนดความรับผิดทางอาญาให้กับบุคคลที่รับผิดชอบการ

ดำเนินงานของบริษัท โดยไม่ควรขยายหน้าที่ทั้งหมดให้กับพนักงานหรือตัวแทนทุกคนในบริษัทมหาชน ดังนั้นจึงควรเพิ่มเติมพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 85 มาตรา 86 มาตรา 87 ให้ใช้บังคับกับบุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัทมหาชนด้วย

จากการศึกษาพบว่า หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ดังกล่าวไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรตามกฎหมายไทย เพราะเหตุว่าพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 85 ถึงมาตรา 90 ได้บัญญัติหน้าที่ไว้ให้กับกรรมการบริษัทแล้ว และหน้าที่ดังกล่าวก็คือกรอบของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจนั่นเอง กล่าวคือหากกรรมการบริษัทมหาชนตัดสินใจทางธุรกิจภายใต้การปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 85 ถึงมาตรา 90 แม้การตัดสินใจดังกล่าวจะทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย กรรมการบริษัทก็ไม่ต้องมีความรับผิด ในทำนองกลับกัน หากกรรมการบริษัทตัดสินใจทางธุรกิจโดยฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 85 ถึงมาตรา 90 และต่อมาบริษัทได้รับความเสียหาย กรรมการต้องรับผิดชอบและต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน

ควรที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 86 โดยเปิดโอกาสให้ผู้ถือหุ้นมีอำนาจตัดสินใจว่าสมควรให้กรรมการมีสิทธิประกอบธุรกิจค้าแข่งกับบริษัทหรือไม่ โดยให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีอำนาจพิจารณาทั้งให้ความยินยอมก่อนตั้งกรรมการและให้ความยินยอมเมื่อกระทำการฝ่าฝืนมาตรา 86 มาแล้ว เพื่อเปิดช่องทางให้กรรมการแจ้งข้อเท็จจริงในเรื่องผลประโยชน์ของตนที่ขัดต่อผลประโยชน์ของบริษัทให้บริษัทได้รับทราบ นอกจากนี้ควรที่จะมีการเพิ่มเติมพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 86 ให้กรรมการมีหน้าที่ที่จะต้องไม่นำโอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัทไปใช้ประโยชน์ส่วนตัว (Use of Corporate Property, Opportunity or Information) ด้วย

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 บัญญัติห้ามกรรมการซื้อหรือขายทรัพย์สินหรือกระทำธุรกิจกับบริษัท เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคณะ ดังนั้นเพื่อไม่ให้เกิดความสับสนว่าการทำธุรกรรมกับบริษัทรูปแบบใดเป็นการกระทำธุรกิจกับบริษัทหรือไม่ จึงควรแก้ไขพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 โดยใช้คำว่า "ห้ามกรรมการทำธุรกรรมกับบริษัท" แทนคำว่ากระทำธุรกิจกับบริษัท เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่กำหนดขึ้นเพื่อป้องกันผลประโยชน์ที่ขัดกัน นอกจากนี้พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 เปิดช่องทางให้กรรมการทำธุรกรรมกับบริษัทได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการ โดยคณะกรรมการที่มีส่วนได้เสียในธุรกรรมนั้น ๆ ต้องห้ามออกเสียงลงคะแนนตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 80 หากคณะกรรมการทุกคนเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามธุรกรรมที่พิจารณา คณะกรรมการก็ไม่อาจให้ความยินยอมตามมาตรา 87 ได้โดยผลของมาตรา 80 ดังนั้นจึงควรเป็นหน้าที่ของที่ประชุมผู้ถือหุ้นที่เป็นผู้มีส่วนได้เสียในบริษัทเป็นผู้พิจารณาให้ความยินยอมว่าสมควรให้กรรมการทำธุรกรรมกับบริษัทหรือไม่ แต่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 ไม่ได้เปิดช่องทางให้เรื่องเข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ดังนั้นจึงควรที่จะเพิ่มเติมมาตรา 87 ว่ากรรมการจะทำธุรกรรมกับ

บริษัทได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้น ท้ายสุดพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 87 ให้อำนาจคณะกรรมการบริษัทมหาชนในการให้ความยินยอมกับกรรมการในกรณีที่กรรมการทำธุรกรรมกับบริษัทในธุรกรรมทุกประเภท ไม่ว่าธุรกรรมนั้นจะมีมูลค่าสูงเพียงใด อำนาจทั้งหมดในการให้ความยินยอมให้กรรมการทำธุรกรรมกับบริษัทจะตกอยู่ที่คณะกรรมการเท่านั้น จึงควรที่จะกำหนดขอบการใช้อำนาจของคณะกรรมการบริษัทมหาชนในการให้ความยินยอมตามมาตรา 87 โดยกำหนดว่าหากเป็นกรณีที่กรรมการทำธุรกรรมกับบริษัทในมูลค่าที่เป็นสาระสำคัญ (substantial property transaction) ตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาจะต้องให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นยินยอม จึงจะมีผลผูกพันบริษัท

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 88 (1) กำหนดให้กรรมการต้องแจ้งให้บริษัททราบเรื่องส่วนได้เสียในสัญญาของบริษัท แต่ไม่ได้กำหนดไว้ว่ากรรมการต้องแจ้งเมื่อใด ทำให้เป็นช่องทางให้กรรมการทุจริตได้ ในพระราชบัญญัติบริษัทของอังกฤษ ค.ศ. 1985 มาตรา 317 ได้กำหนดระยะเวลาของการเปิดเผยเรื่องส่วนได้เสียในสัญญาให้กรรมการทราบเป็น 3 ระยะ ดังนั้นจึงควรเพิ่มเติมพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 88 โดยกำหนดระยะเวลาที่บังคับให้กรรมการต้องเปิดเผยส่วนได้เสียในสัญญาของบริษัท

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 89 ไม่ได้ห้ามบริษัททำสัญญากับกรรมการ พนักงานหรือลูกจ้าง ในลักษณะ Credit transactions ดังนั้นจึงควรเพิ่มเติมพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 89 วรรคท้ายโดยเพิ่มนิยามของคำว่า "การให้กู้ยืมเงิน" ให้หมายความรวมถึงการทำสัญญาในลักษณะ Credit transactions ด้วย

2. ข้อเสนอแนะในประเด็นความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด

ในพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่กำหนดทางอาญาให้กับผู้บริหารบริษัทมหาชนมักจะกำหนดโทษทางอาญาให้กับ "บุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท" เช่นในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 306,307,308,310,311,312,313,314 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ มาตรา 75 ทวิ,ตรี,จัตวา,เบญจ,ฉ, สัตต, อัฏฐ, ทศ, เอกาทศ เป็นต้น โดยบทบัญญัติเหล่านี้จะเป็น "บทเฉพาะ" ที่กำหนดโทษผู้บริหารบริษัทมหาชนให้สูงขึ้นจากฐานความผิดในประมวลกฎหมายอาญา การตีความคำว่า "บุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท" มีความสำคัญมาก หากตีความกว้างไปจะทำให้พนักงานทุกคนในบริษัทมหาชนต้องรับโทษหนักตามบทเฉพาะ หากตีความแคบไปก็จะทำให้ผู้บริหารหลุดพ้นจากความรับผิดตามบทเฉพาะนี้ได้ จากการศึกษาพบว่าควรตีความคำว่า "บุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท" ให้หมายถึง บุคคลผู้มีอำนาจในทางบริหารงานบริษัท มีอำนาจตัดสินใจแทนบริษัท และการตัดสินใจนั้นมีผลได้เสียต่อบริษัทเท่านั้น เพราะผู้บริหารเหล่านี้ย่อมรู้ข้อมูลในบริษัทและมีโอกาสกระทำการทุจริตได้ง่ายกว่าพนักงานที่ไม่ได้บริหารงาน และเป็น การตีความคำว่า "บุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท" ให้สอดคล้องกับคำว่า กรรมการ

ผู้จัดการ ซึ่งเป็นบุคคลที่กฎหมายเหล่านี้ต้องการลงโทษ เหตุที่ต้องบัญญัติคำว่า "บุคคลซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัท" แทนที่จะระบุตำแหน่งทางบริหารลงในกฎหมาย เพราะประเพณีขององค์กรแต่ละบริษัทแตกต่างกัน เช่นในบริษัทมหาชนที่เป็นธนาคารพาณิชย์จะมีตำแหน่งผู้จัดการใหญ่ แต่ในบริษัทมหาชนอื่นอาจมีแต่ผู้อำนวยการ เป็นต้น จึงต้องใช้คำอย่างกว้างที่ครอบคลุมพนักงานในตำแหน่งบริหารงานบริษัททั้งหมด

การปรับบทความรับผิดชอบทางอาญาที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ยังมีประเด็นปัญหาที่น่าสนใจ เพราะเหตุว่า พระราชบัญญัติหลักทรัพย์เป็นพระราชบัญญัติที่ควบคุมตลาดทุนทั้งระบบ ซึ่งมีเรื่องเกี่ยวข้องอยู่ 4 เรื่องใหญ่ ๆ คือ การกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (มาตรา 8 ถึงมาตรา 31) การออกหลักทรัพย์และการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน (มาตรา 32 ถึงมาตรา 89) ธุรกิจหลักทรัพย์ (มาตรา 90 ถึงมาตรา 152) ตลาดหลักทรัพย์ (มาตรา 153 ถึงมาตรา 203) ดังนั้นบริษัทมหาชนประเภทต่าง ๆ เช่น บริษัทมหาชนทั่วไป บริษัทหลักทรัพย์ บริษัทจดทะเบียน (listed company) จะอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ในมุมมองที่แตกต่างกันออกไป ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ ในหมวด 12 เรื่องบทกำหนดโทษ ได้แยกแยะฐานความผิดให้สอดคล้องกับเนื้อเรื่องที่พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ต้องการควบคุม ในมาตรา 306 ถึงมาตรา 312 ได้กำหนดโทษให้ "ผู้บริหารนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์" จึงเกิดปัญหาวานิติบุคคลตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์หมายถึงบริษัทมหาชนประเภทใด จากการศึกษาแล้วพบว่าควรตีความ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ มาตรา 306 ถึง มาตรา 312 ให้ใช้บังคับเฉพาะผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์เท่านั้น โดยไม่ปรับใช้กับผู้บริหารบริษัทมหาชนทั่วไป หรือบริษัทจดทะเบียน เพราะเหตุว่า มาตรา 306 ถึงมาตรา 312 ไม่สามารถปรับใช้กับผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนได้เพราะมาตรา 313 ได้บัญญัติให้ใช้กับผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนอยู่แล้ว อีกทั้งการตีความดังกล่าวยังเป็น การตีความที่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 ในมาตรา 75 ทวิ, ตริ, เบญจ, ฉ, สัตต, อัฐ ที่เคยเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์ในอดีตอีกด้วย

3. ข้อเสนอแนะในประเด็นความรับผิดชอบทางวินัยทางธุรกิจของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด

วินัยทางธุรกิจไม่ใช่กฎหมาย ผู้ฝ่าฝืนจึงไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญา แต่วินัยทางธุรกิจเป็นบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติงานของผู้บริหารให้บริษัทเป็นบริษัทที่มีการควบคุมกำกับดูแลที่ดี (Good Corporate Governance) ซึ่งจะทำให้บริษัทเป็นบริษัทที่น่าเชื่อถือ และมีผลประโยชน์ที่ดี ประเด็นปัญหาของวินัยทางธุรกิจคือ หากผู้บริหารฝ่าฝืนวินัยทางธุรกิจจะเกิดผลอย่างไร

จากการศึกษาแล้วพบว่า หากผู้บริหารบริษัทมหาชนฝ่าฝืนวินัยทางธุรกิจแล้วจะมีสภาพบังคับ 2 ประการ คือ 1. สภาพบังคับทางสังคม จะทำให้บริษัทขาดความน่าเชื่อถือ มีผลต่อจิตวิทยาการลงทุนของนักลงทุน และทำให้ผลประโยชน์การไม่ตี 2. สภาพบังคับทางบริหาร เป็นการใช้

อำนาจทางบริหารขององค์กรที่ควบคุมบริษัทมหาชนสั่งการให้บริษัทมหาชนกระทำการตามวินัยทางธุรกิจที่องค์กรกำหนดหรือยอมรับ เช่นตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยได้กำหนดแนวทางวินัยทางธุรกิจไว้ หากบริษัทจดทะเบียนใดไม่ปฏิบัติตามโดยไม่ตั้งกรรมการตรวจสอบขึ้นภายในกำหนดระยะเวลา บริษัทจดทะเบียนนั้นก็จะถูกขึ้นป้าย NP ป้าย SP และถูกเพิกถอนจากตลาดหลักทรัพย์ในที่สุด

ข้อเสนอแนะทั้งหมดเป็นผลมาจากการวิเคราะห์ถึงความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดในทุกมุมมอง ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดชอบทางแพ่ง ความรับผิดชอบทางอาญา และความรับผิดชอบทางวินัยทางธุรกิจ ซึ่งเป็นการพิจารณาถึงความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดในองค์กรรวม เพื่อหาแนวทางตีความกฎหมาย หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อให้ผู้บริหารบริษัทมหาชนปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ปราศจากผลประโยชน์ขัดกัน และระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท อันจะทำให้บริษัทมหาชนเป็นบริษัทในการควบคุมกำกับดูแลที่ดี (Good Corporate Governance) ซึ่งจะส่งผลดีกับระบบเศรษฐกิจของประเทศในภาพรวม กล่าวคือทำให้บริษัทมีความน่าเชื่อถือในสายตาของนักลงทุนทั้งชาวไทยและชาวต่างชาติ และไม่เปิดช่องทางให้ผู้บริหารทุจริตแสวงหาผลประโยชน์ให้ตนเองหรือพวกพ้องดังเช่นวิกฤติเศรษฐกิจที่ผ่านมา แต่ทั้งนี้การวางแนวทางความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชนจะต้องพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบเพื่อทำให้กฎหมายทุกฉบับสอดคล้องกันและมีความยืดหยุ่นต่อสถานการณ์เศรษฐกิจปัจจุบัน กล่าวคือ จะต้องไม่กำหนดหลักเกณฑ์ของกฎหมายให้เข้มงวดเกินไปจนทำลายบรรยากาศการลงทุน จนไม่มีผู้ใดกล้าเข้ารับตำแหน่งผู้บริหารบริษัทมหาชน และจะต้องไม่กำหนดหลักเกณฑ์ของกฎหมายให้ผ่อนปรนเกินไปจนทำให้ผู้บริหารบริษัทมหาชนอาศัยช่องว่างกระทำการทุจริตแสวงหาประโยชน์ให้ตนเองหรือพวกพ้อง

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. ถาม-ตอบกฎหมายอาญาภาคความผิด. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.
- จิตติ ดิงศักดิ์. กฎหมายอาญาภาค 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2529.
- จิตติ ดิงศักดิ์. กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2536.
- จิตติ ดิงศักดิ์. กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2532.
- จิตติ ดิงศักดิ์. มูลแห่งหนี้. กรุงเทพมหานคร: เรือนแก้วการพิมพ์, 2526.
- จิตติ ดิงศักดิ์. การจัดการและความรับผิดชอบของกรรมการ รวมทั้งการควบคุมบริษัทโดยผู้ถือหุ้น. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ฉบับพิเศษ (2522)
- ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม และ ชัยพล ตราชูธรรม. บริษัทมหาชน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2539.
- ณัฐวุฒิ รุ่งวงษ์. ไครปส์ Bank B.B.C.. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์บุคเบงค์.
- ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. บทบาทหน้าที่และความรับผิดชอบของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน. กรุงเทพมหานคร: ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2540.
- ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. ข้อพึงปฏิบัติที่ดีสำหรับกรรมการบริษัทจดทะเบียน(Code of Best Practice for Directors of Listed Companies). กรุงเทพมหานคร: บุญศิริการพิมพ์, 2542.
- ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. แนวทางปฏิบัติที่ดีของคณะกรรมการตรวจสอบ (Best Practice Guidelines for Audit Committee). กรุงเทพมหานคร: บุญศิริการพิมพ์, 2542.
- ถนนนักร้อง. บริษัทกระด้าง...ปริศนาของ “บง. นิธิภัทร”. หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ (26 ธันวาคม 2542) : 8-9.
- ทวี เจริญพิทักษ์. คำอธิบายโดยพิสดารกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท. (ม.ป.ท.):2504.

- ธานีรินทร์ ทรัพย์วิเชียร และวิชา มหาคุณ. การตีความกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร: ชวนพิมพ์, 2539.
- ปกป้อง ศรีสนิท. ความรับผิดชอบของกรรมการที่ไม่ได้บริหารงาน. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 30 ฉบับที่ 2 มิถุนายน 2543.
- ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติบุคคลและความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.
- พิพัฒน์ วุฒิชัยสารานนท์. หลักความระมัดระวังของกรรมการบริษัท. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.
- พิเศษ เสตเสถียร. ความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2536.
- พิเศษ เสตเสถียร. หลักกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542.
- พิเศษ เสตเสถียร. กฎหมายหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539.
- พิเศษ เสตเสถียร และวิรัช ไตรพิทยากุล. ข้อปฏิบัติและข้อห้ามปฏิบัติของกรรมการและผู้บริหารบริษัทจดทะเบียน. กรุงเทพมหานคร: บริษัทเพื่อนพิมพ์จำกัด.
- ไพจิตร ปุญญพันธุ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2541.
- รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ. ครั้งที่ 31 ถึงครั้งที่ 33 เล่มที่ 11 พ.ศ. 2534.
- สมชัย วิชญไพสิฐสกุล. หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทตามกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. บัญชีเปรียบเทียบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันกับร่างกฎหมายที่เสนอใหม่. เอกสารอัดสำเนา เรื่องเสร็จที่ 593-596/2534 ตอน 1 เล่ม 3005 หน้า 49-50.
- สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. “การเสริมสร้าง Good Corporate Governanceของบริษัทจดทะเบียนในประเทศไทย.”
ใน www.sec.or.th/download/goodcg/goodcg.html เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม 2544.
- สุธาบดี สัตตบุศย์. กฎหมายสำหรับผู้ถือหุ้นและกรรมการบริษัทมหาชนจำกัด. กรุงเทพมหานคร: บริษัท เอส เอ 21 จำกัด, 2537.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. ความรับผิดชอบของผู้บริหารกิจการทางแพ่งและทางอาญา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2539.

โสภณ รัตนกร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2539.

โสภณ รัตนกร. หุ้นส่วนบริษัท. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2541.

หลวงศรีปรีชาธรรมปาฐก. คำสอนชั้นปริญญาตรีกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทและสมาคม พุทธศักราช 2500. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2500.

ภาษาอังกฤษ

Black, Henry C.. Black's Law dictionary. St Paul minn : West Publishing, 1979.

Block, Dennis J., Barton, Nancy E. and Radin Stephen A.. The Business judgment Rule Fiduciary Duties of Corporate Directors. NJ:Prentice Hall Law,1989.

Bourne, Nicholas. Essential Company Law. London : Cavendish Publishing,1994.

Committee on Corporate Law,Section of Corporation,Banking and Business Law,American Bar Association, Corporate Director Guide Book,33 Bus. Law,1978.

Dooley & Veasey. "The Role of The Board in Derivative Litigation : Delaware Law and the Current ALI Proposal Compared." 44 Bus. Law 503,521, 1989.

Gower L.C.B.. Gower's Principal of Modern Company Law. London : Stevens & Sons,1979.

Gower L.C.B.. Gower's Principal of Modern Company Law. London : Sweet & Maxwell,1997.

Hamilton, Robert W. The Law of Corporations in a Nutshell. St. Paul Minn.: West Publishing, 1987.

Hanson. "The ALI Corporation Governance Project : of The Duty of Care and The Business Judgment Rule." a Commentary,41 Bus. Law 1237,1241, 1986.

Henn, Harry G. and Alexander, John R.. Law of Corporations. (n.d.)

Hicks, Andrew and Goo, S.H.. Case and Materials on Company Law. London : Blackstone press Limited,1994.

Kennedy. The Standard of Responsibility of Directors.52 Geo.Wash L. Rev,1984.

Korn / Ferry International. Fifteen Annual Board of Directors. Study 9., 1988.

Lafave, Wayne R. and Scott, Austin W.. Criminal Law. St.Paul minn. : West Publishing,1972.

Manual of German Law. Volume 2 (n.d.) : 1952.

Metcafe, O.K. General Principle of English Law. London and Edinbergh : Morriso & Gibb Ltd.,1974.

Pollock, Sir Frederick. A First Book of Jurisprudence. London : Macmillan, 1932.

Rider, Barry A.K.. The regulation of The British Securities Industry. London :TJ.Press ,1979.

Smith, J.C. and Hogan, Brian. Criminal Law. ELBS Butterworths,1992.

Stapledon. "Contemporary Issues in Corporate Governance." Oxford 1993.

Stapledon. The AWA Case : Non-executive Director, Auditor and Corporate Governance Issue in the Court. Oxford : Prentice and Holland, 1993.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายปกป้อง ศรีสนิท เกิดเมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2520

ประวัติการศึกษา

สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปีการศึกษา 2539 เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 50 ปีการศึกษา 2540 ศึกษาต่อในระดับปริญญาโท ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปีการศึกษา 2541

ประวัติการทำงาน

พ.ศ. 2541 นิติกร 3 กรมบัญชีกลาง กระทรวงการคลัง

พ.ศ. 2542 อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย