ความรับผิดในทางกฎหมายของกรรมการเงาต่อบริษัทจำกัด : ศึกษากรณีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์

ธราทิพย์ ปิยเธียรสวัสดิ์

DPU

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
พ.ศ. 2552

LEGAL LIABILITY OF SHADOW DIRECTOR TO THE COMPANY: CASE STUDY OF CONFLICT OF INTEREST

TARATIP PIYATIANSAWAT

DPU

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School, Dhurakij Pundit University

2009

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลุล่วงลงได้ด้วยความกรุณาอย่างยิ่งของ รองศาสตราจารย์ พินิจ ทิพย์มณี อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ซึ่งได้กรุณาให้คำแนะนำ ความช่วยเหลือรวมทั้งแนวความคิดต่าง ๆ ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วยดีตลอดมา ผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้ และผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์ รองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ อาจารย์วุฒิพงษ์ เวชยานนท์ เป็นอย่างสูงที่ได้สละเวลาอันมีค่าของท่านในการให้เกียรติเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และให้คำแนะนำ ชี้แนะแนวทางรวมถึงข้อคิดเห็นต่าง ๆ อันเป็นประโยชน์ต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนกระทั่งสำเร็จสมบูรณ์ตามความมุ่งหมาย

อนึ่ง ผู้ศึกษาขอขอบคุณ คุณนิษณา คำประสิทธิ์ ที่ได้ให้ความช่วยเหลือด้านการตรวจแปลเอกสารภาษาอังกฤษ และเพื่อน ๆ พี่ ๆ ทุกคนที่ได้ให้ความช่วยเหลือ คำแนะนำ และให้กำลังใจแก่ผู้ศึกษาตลอดมา ซึ่งผู้ศึกษาขออภัยที่มิได้กล่าวนามไว้ ณ ที่นี้ด้วย

ท้ายนี้ ผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณบิดามารดา และครอบครัวที่ได้อุปการะให้ความช่วยเหลือสนับสนุนในทุก ๆ ด้าน รวมทั้งเป็นกำลังใจที่ดีเสมอมา อนึ่ง คุณค่าของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้หากเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาและพัฒนากฎหมายต่อไปในอนาคต ผู้ศึกษาขอมอบความดีนี้ให้แก่บิดามารดา ครอบครัวและท่านอาจารย์ทุกท่านที่ให้ความรู้และความกรุณาแก่ผู้ศึกษาด้วยดียิ่ง ตลอดมา

ธราทิพย์ ปิยเธียรสวัสดิ์

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย..... ฆ

บทคัดย่อภาษาอังกฤษ..... จ

กิตติกรรมประกาศ..... ช

สารบัญตาราง..... ฎ

บทที่

1. บทนำ..... 1

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา..... 1

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา..... 4

1.3 สมมติฐานของการศึกษา..... 5

1.4 ขอบเขตของการศึกษา..... 5

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา..... 6

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ..... 6

1.7 นิยามศัพท์..... 7

2. แนวความคิด หลักเกณฑ์ และทฤษฎีเพื่อนำมาวิเคราะห์และปรับใช้กับบทบาท หน้าที่ และความรับผิดของกรรมการเงากรณีมีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ต่อบริษัท..... 8

2.1 ทฤษฎีว่าด้วยความเป็นนิติบุคคลของบริษัท..... 11

2.2 ความเป็น “ผู้แทน” กับ “ตัวแทน” ของนิติบุคคล..... 15

2.3 ผู้ถือหุ้น..... 19

2.3.1 ลักษณะทั่วไปของผู้ถือหุ้น..... 19

2.3.2 สิทธิหน้าที่และความรับผิดของผู้ถือหุ้น..... 22

2.3.3 หลักการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้น..... 25

2.3.4 หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท (Lifting or Piercing The Corporate Veil)..... 26

2.3.5 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัท..... 28

2.3.6 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับผู้ถือหุ้น..... 29

2.4 กรรมการบริษัท..... 30

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

2.4.2 ความสัมพันธ์ของกรรมการและผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด..... 33

2.5 หลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ (Conflict of interest)..... 34

3. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดของกรรมการเงา (Shadow director) กรณีความขัดกันระหว่างผลประโยชน์ตามกฎหมายบริษัทของต่างประเทศ..... 38

3.1 ประเทศอังกฤษซึ่งมีบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับกรรมการเงา..... 38

3.1.1 ประเภทของกรรมการบริษัท..... 38

3.1.2 การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริษัทและกรรมการเงากับหลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์..... 47

3.2 ประเทศที่มิได้มีบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับกรรมการเงา..... 63

3.2.1 ประเทศสิงคโปร์..... 64

3.2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐเดลาแวร์..... 64

3.2.3 ประเทศเยอรมัน..... 65

4. วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกรรมการเงา (Shadow director) ในกรณีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ต่อผลประโยชน์ของบริษัทจำกัด..... 66

4.1 ปัญหาการฟ้องคดีและความรับผิดของกรรมการเงาต่อบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์..... 68

4.1.1 กรณีบริษัทเป็นผู้ฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงา..... 68

4.1.2 กรณีบริษัทเป็นผู้ฟ้องร้องดำเนินคดีแก่บุคคลอื่นซึ่งเป็นกรรมการเงา..... 78

4.2 ปัญหาการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของกรรมการเงาต่อผลประโยชน์ของบริษัท..... 81

4.2.1 ปัญหาการนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับแก่กรรมการเงา..... 83

4.2.2 แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการขัดกันระหว่างผลประโยชน์..... 92

4.3 ปัญหาในการวินิจฉัยหรือข้อสันนิษฐานการเป็นกรรมการเงา..... 97

4.3.1 กรณีผู้ถือหุ้นซึ่งเข้ามามีอำนาจครอบงำกรรมการโดยเป็นกรรมการเงา..... 98

4.3.2 กรณีบุคคลอื่นซึ่งเข้ามามีอำนาจครอบงำกรรมการโดยเป็นกรรมการเงา.... 104

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ..... 108

5.1 บทสรุป..... 108

5.2 ข้อเสนอแนะ..... 113

บรรณานุกรม..... 119

ภาคผนวก..... 126

ภาคผนวก ก The Companies Act 2006 (c.46)..... 127

ภาคผนวก ข The Companies Act of Singapore 1994 (Chapter 50)..... 139

ภาคผนวก ค The Delaware Constitution of 1897 (Title 8 – Corporations) 144

ภาคผนวก ง The Private Limited Companies Act 1980 of Germany (GmbHG 1980)..... 146

ประวัติผู้เขียน..... 148

สารบัญตาราง

ตารางที่ หน้า

5.1 แนวทางแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดของกรรมการเงา..... 114

5.2 แนวทางแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับกรณีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์..... 115

DPU

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความรับผิดในทางกฎหมายของกรรมการเงาต่อบริษัทจำกัด: ศึกษากรณีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์
ชื่อผู้เขียน	ธราทิพย์ ปิยเธียรสวัสดิ์
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ พินิจ ทิพย์มณี
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2552

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาวิเคราะห์เกี่ยวกับบทบาท หน้าที่และความรับผิดของผู้ถือหุ้นหรือบุคคลใด ๆ ซึ่งมีอิทธิพลโดยแท้จริงและคอยครอบงำบงการกรรมการบริษัทอยู่ฉากหลังเพื่อให้กรรมการบริหารจัดการกิจการในนามบริษัทอันเอื้อเฟื้อประโยชน์แก่บุคคลเหล่านั้นและพวกพ้องซึ่งขัดแย้งและก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ของบริษัท ทั้งนี้ เพื่อนำผลทางกฎหมายที่ได้จากการศึกษาไปใช้เป็นแนวทางแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทให้มีความครอบคลุมยิ่งขึ้น เพื่อให้สมกับเจตนารมณ์ทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นบางส่วนโดยเฉพาะผู้ถือหุ้นส่วนน้อยได้อย่างแท้จริง อนึ่งหากพิจารณาตามกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษพบว่ามีการให้คำนิยามถึงบุคคลที่มีลักษณะดังกล่าวว่าเป็น “กรรมการเงา” (Shadow director)

จากการศึกษาพบว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทในปัจจุบันนั้นไม่สามารถนำมาใช้บังคับเพื่อฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นหรือบุคคลอื่นใดที่มีเจตนาทุจริตซึ่งใช้อำนาจเข้าแทรกแซงและควบคุมการบริหารจัดการงานของกรรมการโดยกระทำตนเป็นกรรมการเงาให้ต้องรับผิดต่อบริษัทในกรณีเกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ได้

ผู้ศึกษาได้เสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดในทางกฎหมายของกรรมการเงาต่อบริษัทในกรณีเกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ดังต่อไปนี้ กล่าวคือ บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ของกรรมการอันพึงมีต่อบริษัทนั้น ควรนำมาใช้บังคับแก่กรรมการเงาผู้ซึ่งตามพฤติการณ์มีอำนาจควบคุมหรือครอบงำกรรมการบริษัทให้ปฏิบัติตามคำสั่งของตนในการกำหนดนโยบายหรือการดำเนินงานของบริษัทไม่ว่าอิทธิพลดังกล่าวจะสืบเนื่องจากการเป็นผู้ถือหุ้นหรือได้รับมอบอำนาจตามสัญญาหรือการอื่นใดก็ตามด้วย ทั้งนี้ควรนำหลักการให้สิทธิในการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นในนามบริษัท (Derivative Action) และหลักการไม่คำนึงถึงสภาพความเป็นนิติบุคคล (Piercing the Corporate Veil) มาปรับใช้ในมาตรา 1169 เพื่อให้บริษัทหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใด

สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีแก่บุคคลดังกล่าวให้ต้องรับผิดต่อบริษัทในฐานะที่เป็นผู้บงการและอยู่เบื้องหลังการบริหารจัดการงานของกรรมการบริษัทโดยแท้จริง

DPU

Thesis Title	Legal Liability of Shadow Director to the Company: Case Study of Conflict of Interest
Author	Taratip Piyatiansawat
Thesis Advisor	Associate Professor Pinit Tipmanee
Department	Law
Academic Year	2009

ABSTRACT

This thesis is aimed at analysis of roles, duties and responsibilities of any shareholder or person having actual influence and controlling power upon the company's director but not openly acting as a director in order to instruct the company's director to manage the company's business in favour of such person or their associates which are seen as conflict of interest and to the detriment of the company. The findings of this study may be used as a guideline for reviewing and amending the Civil and Commercial Code Book 3 Title 22 regarding partnership and company to comprehensively cover this subject as required by the objective of law to effectively protect the company's and shareholders' interest; especially the minority shareholders. In addition, The Companies Act 2006 (c.46) of England also expressly provides the definition for those above mentioned shareholder or person as Shadow director.

Findings indicate that the present Commercial and Civil Code Book 3 Title 22 regarding partnership and company can not be applied as a basis for brining an action against the shareholder or any other person exercising, in bad faith, influence and power as a shadow director to interfere and control the director's management, to be liable for the company in case of conflict of interest.

The researcher has proposed solutions to legal liability of shadow director for the company in case of conflict of interest as follows: the provisions relating to duties of the director against the company should be applied to shadow director; a person, de facto, having control power upon the company's director to act in management of the company business in compliance with his direction or instruction whether such influence results from the fact that he is a shareholder or authorized by contractual obligation or otherwise. Furthermore, basic principle of

allowing the shareholder to bring an action on behalf of the company (Derivative Action) and of disregarding the Corporate Entity (Piercing the Corporate Veil) should be considered for applying for Section 1169 to enable the company or any shareholder to bring an action against such person and demand for liability for the company as a de facto director.

DPU

บทที่ 1
บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เมื่อได้จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทแล้ว ย่อมถือได้ว่าบริษัทมีฐานะเป็นนิติบุคคล[1] โดยมีสภาพบุคคลตามกฎหมายเสมือนหนึ่งเป็นบุคคลอีกคนหนึ่ง[2] แยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นทั้งหลาย (Separate of Legal Entity) และมีสิทธิ หน้าที่ ความรับผิด ตลอดจนความสามารถในการทำนิติกรรมต่าง ๆ ได้ในนามตนเองด้วย แต่ทั้งนี้เนื่องจากบริษัทเป็นบุคคลสมมุติในทางกฎหมายไม่มีสมองหรือแขนขาเฉกเช่นบุคคลธรรมดา บริษัทจึงไม่สามารถบริหารจัดการกิจการด้วยตนเองได้ ดังนั้น การแสดงออกซึ่งความประสงค์และการประกอบกิจการต่าง ๆ ของบริษัท จำต้องแสดงออกโดยผ่านผู้แทนของบริษัท[3] ซึ่งได้แก่ กรรมการของบริษัท โดยกรรมการบริษัทจะเป็นผู้แสดงความประสงค์ของบริษัทและมีอำนาจกระทำการแทนในนามบริษัทโดยถือเสมือนหนึ่งเป็นการกระทำของบริษัทและมีผลผูกพันบริษัทนั้น

หากพิเคราะห์หลักกฎหมายจะพบว่าบทบาทหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมและการบริหารจัดการงานของบริษัทจะมี 2 ส่วนสำคัญ คือ ส่วนที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นและส่วนของกรรมการบริษัท โดยทั้งสองส่วนนี้ล้วนมีความสัมพันธ์กันและเป็นส่วนที่แสดงออกซึ่งความประสงค์และเป็นผู้ทำกิจการต่าง ๆ แทนบริษัท กล่าวคือ

ในการบริหารจัดการงานของบริษัทนั้นจะเป็นหน้าที่ของกรรมการบริษัท[4] โดยถือว่ากรรมการนั้นเป็นผู้แทนของบริษัท มิใช่เป็นผู้แทนหรือตัวแทนของผู้ถือหุ้นเพราะบริษัทได้มีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นแล้ว ดังนั้นหากกรรมการทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท บริษัทย่อมฟ้องร้องเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนแก่กรรมการได้[5]

---

[1] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 65 ประกอบมาตรา 1111.

[2] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 67.

[3] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70 วรรคสอง.

[4] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1144.

[5] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169.

ในขณะที่ผู้ถือหุ้นทั้งหลายถือเป็นฝ่ายลงทุนโดยเป็นผู้ให้ทุนแก่บริษัทในการดำเนินกิจการเพื่อความประสงค์ประกอบธุรกิจการค้า ซึ่งผู้ถือหุ้นนั้นไม่ได้มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการกิจการของบริษัทโดยตรงดังเช่นกรรมการ ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดหน้าที่และความรับผิดของผู้ถือหุ้นให้แตกต่างไปจากกรรมการ โดยกำหนดให้ ผู้ถือหุ้นมีความรับผิดจำกัดเพียงจำนวนเท่าที่ตนลงหุ้นในบริษัทเท่านั้น[6] ดังนั้นผู้ถือหุ้นจึงไม่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของกรรมการบริษัทเป็นการส่วนตัวอีกหากว่าตนได้ชำระมูลค่าหุ้นที่ตนถือครบถ้วนแล้ว นอกจากนั้นผู้ถือหุ้นยังคงมีสิทธิได้รับเงินปันผลและสิทธิในการควบคุมการดำเนินงานของบริษัทโดยทางอ้อมด้วย กล่าวคือมีสิทธิเข้าร่วมประชุมและสิทธิออกเสียงในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น[7] เพื่อกำหนดนโยบายของบริษัทหรือมีมติให้บริษัทดำเนินการหรือไม่ดำเนินการใด ๆ ภายในกรอบของกฎหมายในวาระต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงการแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการ[8] ด้วย รวมถึงสิทธิฟ้องขอให้เพิกถอนมติของที่ประชุมใหญ่ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนข้อบังคับและกฎหมาย[9] สิทธิฟ้องร้องกรรมการผู้ปฏิบัติงานให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท[10] เป็นต้น ทั้งนี้เหนือ สิ่งอื่นใดกรรมการจำต้องบริหารจัดการกิจการตามข้อบังคับของบริษัทและอยู่ภายใต้การครอบงำของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นทั้งปวง[11] ด้วย

อย่างไรก็ตามแม้จะมีการแบ่งแยกหน้าที่และความรับผิดระหว่างผู้ถือหุ้นและกรรมการอันพึงมีต่อบริษัทไว้อย่างชัดเจนแล้วก็ดี แต่เนื่องจากการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ให้สิทธิเฉพาะแต่ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเท่านั้นที่จะมีอำนาจแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการบริษัท รวมถึงการบริหารจัดการกิจการของกรรมการบริษัทจำต้องอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่แห่งผู้ถือหุ้นทั้งปวงนั้น ทำให้ในสภาพความเป็นจริงคงปฏิเสธไม่ได้ว่าผู้ถือหุ้นนั้นถือเป็นผู้มีอิทธิพลเหนือกรรมการบริษัทและมีอำนาจควบคุมครอบงำการบริหารจัดการกิจการงานของกรรมการบริษัทได้โดยแท้จริง และเมื่อเกิดสถานการณ์ใดก็ตามที่ผู้ถือหุ้นมีผลประโยชน์ส่วนตัวขัดกันต่อผลประโยชน์ของบริษัท ซึ่งหากผู้ถือหุ้นนั้นคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนตนเป็นสำคัญ ผู้ถือหุ้นนั้นย่อมแสวงหาโอกาสที่จะกระทำการใด ๆ เพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่ตนและพวกพ้อง แต่ทั้งนี้เนื่องจากว่าผู้ถือหุ้นเองนั้นไม่ได้มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการกิจการบริษัทโดยตรงเฉกเช่นเดียวกับกรรมการ ดังนั้นผู้ถือหุ้นจึงจำเป็นต้องอาศัยกรรมการผู้ซึ่งมีอำนาจหน้าที่บริหารจัดการกิจการ

---

[6] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096.

[7] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1176 และมาตรา 1182.

[8] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1151.

[9] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1195.

[10] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169.

[11] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1144.

โดยผู้ถือหุ้นนั้นจะคอยบงการการกระทำต่าง ๆ ของกรรมการอยู่ฉากหลัง[12] เพื่อให้กรรมการกระทำการใด ๆ หรือทำสัญญาในนามบริษัทให้เอื้อประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นคนนั้นและพวกพ้องอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ของบริษัท แต่ทั้งนี้ผู้ถือหุ้นนั้นย่อมจำกัดความรับผิดในความเสียหายแก่บริษัทเพราะตนอยู่ในฐานะผู้ถือหุ้นมิใช่ฐานะกรรมการ

ทั้งนี้หากพิจารณาตามกฎหมายบริษัท (The Companies Act 2006 (c.46)) ของประเทศอังกฤษพบว่าได้ให้คำนิยามของผู้ถือหุ้นในลักษณะดังกล่าวว่าเป็น "กรรมการเงา (Shadow director)[13]" ซึ่งก็คือ บุคคลซึ่งกรรมการมักจะคุ้นเคยหรือเคยชินกับการปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำแนะนำของบุคคลเหล่านั้นอยู่เสมอ โดยบุคคลเหล่านั้นมักจะเป็นผู้ถือหุ้นเสียงส่วนใหญ่ซึ่งจะคอยบงการการกระทำหรือการตัดสินใจในการบริหารงานต่าง ๆ ของกรรมการอยู่หลังฉากหรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นบุคคลที่มีอิทธิพลอย่างแท้จริง (a real influence) เหนือกิจการหรือการบริหารงานของกรรมการบริษัท รวมถึงบุคคลที่ให้คำแนะนำหรือแนวทางการดำเนินงานแก่คณะกรรมการของบริษัทอยู่เป็นประจำด้วย แต่ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องถึงกับว่าบุคคลเหล่านี้จะต้องครอบงำกรรมการไปในทุก ๆ เรื่องของบริษัท หรือทำให้คณะกรรมการต้องอยู่ภายใต้การควบคุมจนไม่มีอำนาจในการตัดสินใจใด ๆ ด้วยตนเองเลย

จากประเด็นปัญหาดังกล่าว เนื่องด้วยบริษัทจำกัดนั้นถือได้ว่าเป็นองค์กรธุรกิจที่มีขนาดเล็กเมื่อเทียบกับบริษัทมหาชน ดังนั้นจึงมีความเป็นไปได้ที่ผู้ถือหุ้นจะเข้ามามีอิทธิพลและสามารถครอบงำการบริหารงานของกรรมการได้เป็นอย่างมาก ซึ่งหากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ลักษณะ 22 ในส่วนของบริษัทอันเกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดกรณีเกิดการขัดกันผลประโยชน์ต่อบริษัทขึ้นจะพบว่ามีบทบัญญัติเฉพาะแต่กรณีกรรมการมีผลประโยชน์ขัดกันกับผลประโยชน์ของบริษัทเท่านั้น กล่าวคือ การกำหนดหน้าที่ของกรรมการที่มีต่อบริษัทไว้ว่ากรรมการหรือผู้แทนของกรรมการจะต้องใช้ความเอื้อเฟื้อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขาย ผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง[14] และห้ามมิให้กรรมการหรือผู้แทนของกรรมการประกอบการค้าขายใด ๆ อันมีสภาพเป็นอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับการค้าขายของบริษัทนั้น ไม่ว่าทำเพื่อประโยชน์ตนหรือเพื่อประโยชน์ผู้อื่น หรือไปเข้าหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างค้าขายอื่นซึ่งประกอบกิจการมีสภาพเป็นอย่างเดียวกันและแข่งขันกับกิจการของบริษัท โดยมิได้รับความยินยอมของที่ประชุมใหญ่

---

[12] John H Farrar, Nigel E Furey, Brenda M Hannigan and Philip Wylie. (1991). **Farrar's Company Law**. p. 341 (อ้างถึงใน โสภณ รัตนากร, 2551 : 414)

[13] The Companies Act 2006 (c.46), s.251 (1) In the Companies Acts "Shadow director", in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act….

[14] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 วรรคหนึ่ง.

ของผู้ถือหุ้น[15] อันเป็นการสะท้อนถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิและรักษาผลประโยชน์ของบริษัทเกี่ยวกับหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดหน้าที่และข้อห้ามไว้แต่เฉพาะกรรมการเท่านั้น ทำให้ไม่สามารถนำมาใช้บังคับให้ครอบคลุมถึงผู้ถือหุ้นซึ่งมีอิทธิพลและอยู่เบื้องหลังในการสั่งการต่าง ๆ ให้กรรมการบริหารงานหรือทำสัญญาในนามบริษัทเพื่อเอื้อเฟื้อผลประโยชน์แก่บุคคลเหล่านั้นอันขัดแย้งต่อผลประโยชน์ของบริษัทได้ ทั้ง ๆ ที่ผู้ถือหุ้นนั้นถือเป็นผู้บงการและทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทโดยแท้จริงก็ตาม

ประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาคือ กรณีดังกล่าวถือเป็นช่องว่างทางกฎหมายให้ผู้ถือหุ้นที่มีเจตนาทุจริตกระทำตัวเป็นกรรมการเงา เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเพื่อแสวงหาประโยชน์ต่อตนเองและพวกพ้องหรือไม่ และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนั้นถือได้ว่ามีบทบัญญัติที่จะนำมาปรับใช้ให้ครอบคลุมเพียงพอที่จะบังคับแก่บุคคลผู้ที่มีเจตนาทุจริตซึ่งอยู่เบื้องหลังในการสั่งการเพื่อให้กรรมการบริษัทกระทำการใด ๆ หรือทำสัญญาในนามบริษัทอันเอื้อเฟื้อผลประโยชน์ต่อบุคคลเหล่านั้นและพวกพ้องซึ่งขัดแย้งและก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ของบริษัทหรือไม่เพียงใด เพราะเหตุดังกล่าวอาจส่งผลให้เจตนารมณ์ทางกฎหมายถูกบิดเบือนไปโดยมิอาจคุ้มครองผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นบางส่วนโดยเฉพาะผู้ถือหุ้นส่วนน้อยได้อย่างแท้จริง

จากที่กล่าวมาข้างต้น เพื่อประโยชน์ทางวิชาการผู้ศึกษาเห็นว่าควรศึกษา ค้นคว้า และวิเคราะห์ถึงบทบาท หน้าที่ และความรับผิดของกรรมการเงาต่อบริษัทกรณีผลประโยชน์ขัดกัน ทั้งนี้จำเป็นต้องศึกษาเชื่อมโยงถึงบทบาทหน้าที่ของผู้ถือหุ้นและกรรมการ รวมทั้งพิจารณาถึงปัญหาในการฟ้องคดีของบริษัทต่อกรรมการเงาในกรณีที่กรรมการเงามีผลประโยชน์ขัดกันกับผลประโยชน์ของบริษัทด้วยว่ามีข้อจำกัดหรือไม่ เพียงใด โดยทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศเพื่อนำมาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายของไทยให้มีความเหมาะสมต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดและสภาพปัญหาเกี่ยวกับบทบาท หน้าที่และความรับผิดของกรรมการเงาต่อบริษัทจำกัดในกรณีที่ผลประโยชน์ของกรรมการเงาขัดกันกับผลประโยชน์ของบริษัท

1.2.2 เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิและรักษาผลประโยชน์ของบริษัท ในกรณีที่ผลประโยชน์ของกรรมการเงาขัดกันกับผลประโยชน์ของบริษัท

---

[15] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 วรรคสามและสี่.

1.2.3 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบและวิเคราะห์ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทที่ใช้บังคับในปัจจุบันว่ามีบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิและรักษาผลประโยชน์ของบริษัทในกรณีที่ผลประโยชน์ของกรรมการเงาขัดกันกับผลประโยชน์ของบริษัทหรือไม่ เพียงใด โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายและแนวคำพิพากษาของต่างประเทศ

1.2.4 เพื่อศึกษาและค้นหามาตรการทางกฎหมายมาใช้เป็นแนวทางสำหรับการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทที่ใช้บังคับในปัจจุบันให้มีความครอบคลุมและเหมาะสม เพื่อคุ้มครองสิทธิและรักษาผลประโยชน์ของบริษัทในกรณีที่เกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของกรรมการเงากับผลประโยชน์ของบริษัท

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทที่ใช้บังคับในปัจจุบันมิได้มีบทบัญญัติถึงบทบาท หน้าที่และความรับผิดของกรรมการเงา (Shadow director) กรณีเกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ต่อบริษัท อันทำให้เกิดปัญหาในการฟ้องร้องดำเนินคดีของบริษัทต่อบุคคลดังกล่าวซึ่งถือเป็นบุคคลที่มีอิทธิพลโดยแท้จริงและคอยบงการให้กรรมการบริหารจัดการกิจการบริษัทเพื่อเอื้อเฟื้อประโยชน์แก่บุคคลเหล่านั้นและพวกพ้องซึ่งขัดแย้งและก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ของบริษัท

จึงจำเป็นต้องศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นและเสนอแนะแนวทางแก้ไขเพื่อปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายให้มีความครอบคลุมและเหมาะสมต่อไป

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาวิจัยครั้งนี้ ได้ทำการศึกษามาตรการในการคุ้มครองสิทธิและรักษาผลประโยชน์ของบริษัท โดยมุ่งเน้นถึงบทบาท หน้าที่ และความรับผิดในกรณีที่ผลประโยชน์ของกรรมการเงาขัดกันกับผลประโยชน์ของบริษัทตามกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันซึ่งได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง โดยขอบเขตของการศึกษาเริ่มจากการศึกษาแนวคิดและสภาพปัญหาเกี่ยวกับบทบาท หน้าที่และความรับผิดของกรรมการเงาต่อบริษัทในกรณีที่ผลประโยชน์ของกรรมการเงาขัดกันกับผลประโยชน์ของบริษัท จากนั้นศึกษามาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิและรักษาผลประโยชน์ของบริษัทในกรณีที่ผลประโยชน์ของกรรมการเงาขัดกันกับผลประโยชน์ของบริษัท โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ประเทศอังกฤษว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ เพียงใดที่จะนำมาใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท

ของประเทศไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันให้มีความเหมาะสมเพื่อคุ้มครองสิทธิและรักษาผลประโยชน์สูงสุดแก่บริษัทจำกัด

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาข้อมูลโดยวิจัยเอกสาร (Documentary Research) กล่าวคือ เป็นการใช้วิธีการศึกษาโดยการค้นคว้าและวิเคราะห์ข้อมูลทั้งภาษาไทยและภาษา ต่างประเทศในรูปแบบของตำรากฎหมาย หนังสือ บทความ และเอกสารต่าง ๆ เพื่อนำมาวิเคราะห์ในเชิงคุณภาพ เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบาท หน้าที่ และความรับผิดของกรรมการเงากรณีเกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ต่อบริษัท เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษาของศาล วิทยานิพนธ์ ซึ่งเอกสารทั้งหมดนี้จะได้นำมาประมวลเป็นข้อมูลเพื่อวิเคราะห์หาข้อสรุปและนำมาใช้เป็นแนวทางแก้ปัญหากฎหมายที่มุ่งศึกษา รวมทั้งเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิดและสภาพปัญหาเกี่ยวกับบทบาท หน้าที่และความรับผิดของกรรมการเงาต่อบริษัทจำกัดในกรณีที่ผลประโยชน์ของกรรมการเงาขัดกันกับผลประโยชน์ของบริษัท

1.6.2 ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิและรักษาผลประโยชน์ของบริษัทในกรณีที่เกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของกรรมการเงากับผลประโยชน์ของบริษัท

1.6.3 ทำให้ทราบถึงผลการวิเคราะห์กฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทว่ามีบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิและรักษาผลประโยชน์ของบริษัทในกรณีที่ผลประโยชน์ของกรรมการเงาขัดกันกับผลประโยชน์ของบริษัท หรือไม่ เพียงใด โดยศึกษาเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

1.6.4 ทำให้สามารถนำมาตรการทางกฎหมายที่ได้จากการศึกษาวิเคราะห์ไปใช้เป็นแนวทางสำหรับการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทให้มีความเหมาะสม เพื่อคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของบริษัทในกรณีที่เกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของกรรมการเงากับผลประโยชน์ของบริษัท

1.7 นิยามศัพท์

"กรรมการเงา" หมายความถึง บุคคลใด ๆ ซึ่งตามพฤติการณ์มีอำนาจควบคุมและครอบงำกรรมการบริษัท และกรรมการบริษัทมักจะปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำแนะนำของบุคคลเหล่านั้นในการกำหนดนโยบายหรือการดำเนินงานของบริษัท ไม่ว่าอิทธิพลดังกล่าวจะสืบเนื่องจากการเป็นผู้ถือหุ้นหรือได้รับมอบอำนาจตามสัญญาหรือการอื่นใดก็ตาม

อย่างไรก็ตามกรณีไม่อาจจะถือได้ว่าบุคคลนั้นเป็นกรรมการเงา เพียงเพราะเหตุผลแค่ว่ากรรมการบริษัทได้ปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำแนะนำที่บุคคลนั้นได้ให้แก่กรรมการในฐานะที่เป็นผู้เชี่ยวชาญชำนาญในวิชาชีพตามวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น ๆ พึงปฏิบัติ

DPU

บทที่ 2
แนวความคิด หลักเกณฑ์ และทฤษฎีเพื่อนำมาวิเคราะห์และปรับใช้กับบทบาท หน้าที่และความรับผิดของกรรมการเงากรณีมีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ต่อบริษัท

การประกอบธุรกิจในปัจจุบันได้มีรูปแบบองค์กรในการดำเนินธุรกิจให้เจ้าของ ผู้เป็นหุ้นส่วน ผู้ประกอบการ หรือผู้ร่วมลงทุนได้พิจารณาเลือกหลากหลายรูปแบบ เช่น การประกอบธุรกิจแบบเจ้าของรายเดียว (Sole Proprietorships) ห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนจำกัด (Partnership) บริษัทจำกัด (Limited Company) กิจการร่วมค้า (Joint Venture) บริษัทข้ามชาติ (Multinational Corporation) หรือบริษัทมหาชนจำกัด (Public Company) เป็นต้น โดยหลักการเบื้องต้นในการพิจารณาว่าจะเลือกจัดตั้งองค์กรธุรกิจรูปแบบใดนั้นขึ้นอยู่กับเจ้าของหรือหุ้นส่วนในการที่จะพิจารณาเลือกตามวัตถุประสงค์และความเหมาะสมในการประกอบธุรกิจของตนในแต่ละประเภท ทั้งนี้เพราะรูปแบบขององค์กรทางธุรกิจแต่ละประเภท ย่อมสะท้อนถึงบทบาท หน้าที่ และความรับผิดของตัวนิติบุคคล ผู้ถือหุ้น หุ้นส่วน กรรมการ รวมถึงผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องแต่ละฝ่ายแตกต่างกันออกไป

หากพิจารณาถึงการให้ความหมายของคำว่า “บริษัท” (Corporation) ในกฎหมายของต่างประเทศและกฎหมายของประเทศไทยนั้นจะเห็นได้ว่ามีการให้ความหมายหรือคำนิยามที่แตกต่างกัน ดังนี้

ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ “บริษัท” หมายถึง องค์การที่บุคคลหลายคนเข้าร่วมกิจการกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะประกอบกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่พระราชกำหนดหรือกฎหมายให้อำนาจทำได้ ซึ่งองค์กรนี้มีสภาพนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ที่มาร่วมกัน โดยสามารถที่จะมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินต่าง ๆ หรือก่อหนี้ผูกนิติสัมพันธ์ ตลอดจนมีสิทธิที่จะดำเนินคดีหรือถูกฟ้องคดีในนามของตนเองได้ สำหรับบริษัทจำกัดนั้นจะมีความผูกพันเช่นเดียวกับห้างร้านและจำกัดความรับผิดดังที่ระบุไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ และข้อบังคับของบริษัท[16]

---

[16] R.E.G. perrins, F.C.A and A Jeffreys. (1975). **Ranking & Spicer’s Company Law**. p. 1.

ส่วนภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา “บริษัท” หมายถึง องค์การนิติบุคคลที่ประกอบด้วยบุคคลหนึ่งหรือหลายคนมาร่วมกัน โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะดำเนินธุรกิจตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ต่อเนื่องกันโดยไม่เปลี่ยนแปลง[17]

สำหรับประเทศไทยไม่ได้กำหนดความหมายของคำว่า “บริษัท” ไว้โดยตรงอย่างเช่นกฎหมายต่างประเทศ แต่ทั้งนี้กฎหมายของประเทศไทยได้แบ่งรูปแบบบริษัทออกเป็น 2 ประเภท คือ บริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัด โดยหากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012[18] ประกอบกับมาตรา 1096[19] และมาตรา1097[20] และตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาตรา 15[21] แล้ว อาจให้ความหมายคำว่า “บริษัท” หมายถึง การรวมกลุ่มของบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปสำหรับบริษัทจำกัด และตั้งแต่ 15 คนขึ้นไปสำหรับบริษัทมหาชนจำกัด ตกลงเข้าร่วมลงทุนเพื่อประกอบกิจการค้าขายร่วมกัน โดยมีการแบ่งทุนออกเป็นหุ้น แต่ละหุ้นมีมูลค่าเท่า ๆ กัน ผู้ถือหุ้นแต่ละคนมีสิทธิที่จะได้รับผลกำไรอันเป็นผลตอบแทนที่ได้จากการดำเนินงานของบริษัท และมีความรับผิดจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าเท่านั้น[22] ซึ่งข้อแตกต่างระหว่างบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัดที่สำคัญคือ แนวคิดในการจัดตั้งบริษัทจำกัดนั้นมีความมุ่งหมายให้มีการระดมทุนเพื่อดำเนินธุรกิจในวงแคบ กล่าวคือ เป็นการลงทุนกันระหว่างบุคคลกลุ่มเล็ก ๆ สำหรับการประกอบกิจการขนาดกลางหรือขนาดย่อม ดังนั้นกฎหมายจึงบัญญัติห้ามมิให้บริษัทจำกัดชี้ชวนให้ประชาชนซื้อหุ้นของบริษัทจำกัด ซึ่งจะแตกต่างกับแนวคิดในการจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัดที่ต้องการให้มีการระดมทุนจากประชาชนโดยการให้บริษัทมหาชนจำกัดต้องประกาศ

---

[17] ปิติพงศ์ อาชามงคล. (2544). **ขอบเขต ผล และการบังคับใช้สัญญาผู้ถือหุ้น**. หน้า 6.

[18] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 บัญญัติว่า “อันว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำกิจการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น.”

[19] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 บัญญัติว่า “อันว่าบริษัทจำกัดนั้น คือบริษัทประเภทซึ่งตั้งขึ้นด้วยแบ่งทุนเป็นหุ้นมีมูลค่าเท่า ๆ กัน โดยมีผู้ถือหุ้นต่างรับผิดจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือ.”

[20] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1097 บัญญัติว่า “บุคคลใด ๆ ตั้งแต่สามคนขึ้นไปจะเริ่มก่อการและตั้งเป็นบริษัทจำกัดก็ได้ โดยเข้าชื่อกันทำเป็นหนังสือบริคณห์สนธิและกระทำการอย่างอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้.”

[21] พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 15 บัญญัติว่า “บริษัทมหาชนจำกัด คือ บริษัทประเภทซึ่งตั้งขึ้นด้วยความประสงค์ที่จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชน โดยผู้ถือหุ้นมีความรับผิดจำกัดไม่เกินจำนวนค่าหุ้นที่ต้องชำระ และบริษัทดังกล่าวได้ระบุความรับผิดเช่นนั้นไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ”.

[22] จิรจิตร ช่วยศรียัง. (2548). **บริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นรายเดียว**. หน้า 17.

และชี้ชวนให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการลงทุนโดยการซื้อหุ้นได้โดยผ่าน ตลาดทุน (Capital Market) ซึ่งเป็นแหล่งหรือศูนย์กลางในการจัดหาเงินทุน เพื่อนำมาใช้ในการดำเนินธุรกิจ ซึ่งมักจะเป็นกิจการที่มีขนาดใหญ่และมีความสำคัญต่อเศรษฐกิจของประเทศ

หากพิจารณาเฉพาะในส่วนของบริษัทจำกัด (Limited Company) นั้น ถือได้ว่ามีลักษณะพิเศษ 3 ประการ ดังนี้

1. บริษัทเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น กล่าวคือ เมื่อจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทแล้ว ย่อมถือว่าบริษัทมีสภาพบุคคลโดยเป็นนิติบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดขึ้นแยกต่างหากจาก ผู้ถือหุ้น โดยทั้งบริษัทและผู้ถือหุ้นต่างก็มีสิทธิหน้าที่ ความรับผิด ตลอดจนทรัพย์สิน และหนี้สินต่าง ๆ แยกต่างหากจากกัน ซึ่งบริษัทนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งและต้องดำเนินกิจการต่าง ๆ ภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ดังกล่าว ทั้งนี้ เนื่องจากบริษัทเป็นบุคคลสมมุติในทางกฎหมาย ไม่ได้มีสมองหรือแขนขาที่จะกระทำการต่าง ๆ ได้ด้วยตนเองอย่างเช่นบุคคลธรรมดา ดังนั้น การแสดงออกซึ่งความประสงค์ของบริษัท จำต้องกระทำโดยผ่านผู้แทนนิติบุคคล ซึ่งก็คือ กรรมการบริษัท และจากการที่บริษัทเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น ดังนั้น แม้ผู้ถือหุ้นของบริษัทจะล้มละลาย ตายจากไป หรือเปลี่ยนตัวกันไปเรื่อย ๆ ก็ไม่กระทบถึงความเป็นอยู่ของบริษัท เว้นแต่จำนวนผู้ถือหุ้นจะเหลือน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด และการแยกต่างหากจากกันของผู้ถือหุ้นและบริษัทนี้เองเป็นเหตุให้มีการกล่าวกันว่าผู้ถือหุ้นเป็นผู้ลงทุนหรือเป็นเจ้าของบริษัท ทั้งที่ตามกฎหมายทั่วไปโดยแท้จริงแล้วไม่ถือว่าบริษัทเป็นทรัพย์สินที่ผู้ถือหุ้นจะมีกรรมสิทธิ์ได้ และจะกล่าวว่าผู้ถือหุ้นเป็นเจ้าของทรัพย์สินในบริษัทก็ไม่ได้ด้วยเช่นกัน เพราะทรัพย์สินนั้นย่อมเป็นของบริษัทซึ่งมีสภาพบุคคลแยกต่างหากออกจากผู้ถือหุ้นแล้ว ในขณะที่ผู้ถือหุ้นนั้นแท้จริงแล้วถือเป็นเพียงเจ้าของหุ้นในบริษัทซึ่งมีสิทธิและผลประโยชน์ต่าง ๆ ในฐานะผู้ถือหุ้นเท่านั้น[23]

2. ผู้ถือหุ้นรับผิดจำกัด กล่าวคือ ในการจัดตั้งบริษัทนั้น หากมองในด้านการลงทุนจะแบ่งเงินลงทุนออกเป็นหุ้นซึ่งแต่ละหุ้นมีมูลค่าหุ้นละเท่า ๆ กัน โดยผู้ที่นำเงินมาลงทุนในการซื้อหุ้นของบริษัทนั้นจะเรียกว่าผู้ถือหุ้นของบริษัท ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้วางหลักเกณฑ์ให้ผู้ถือหุ้นต่างมีความรับผิดจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือเท่านั้น ดังนั้นหากผู้ถือหุ้นได้ชำระค่าหุ้นที่ตนถือครบถ้วนแล้ว ย่อมไม่ต้องรับผิดในการชำระหนี้สินของบริษัทอีก ซึ่งข้อดีจากการจำกัดความรับผิดย่อมมีส่วนสนับสนุนและจูงใจให้ผู้สนใจที่จะลงทุนกล้าที่จะนำเงินมาลงทุนในบริษัท เพราะไม่ต้องกลัวว่าทรัพย์สินอื่น ๆ ของผู้ลงทุนนั้นจะตกอยู่ภายใต้ความรับผิดในการชำระหนี้ของบริษัทด้วย ทำให้บริษัทสามารถระดมทุนโดยการขายหุ้นได้อย่างคล่องตัวรวมทั้งมีเงินทุนหมุนเวียนไปดำเนินกิจการโดยมิต้องเสียดอกเบี้ยด้วย

---

[23] โสภณ รัตนากร. (2551). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วน บริษัท**. หน้า 208.

3. หุ้นเป็นหน่วยลงทุนย่อยในบริษัท กล่าวคือ สืบเนื่องจากหลักความรับผิดจำกัดของผู้ถือหุ้นข้างต้น จึงได้มีการแบ่งความรับผิดของผู้ถือหุ้นออกเป็นส่วน ๆ โดยการแบ่งการถือหุ้นหรือการลงทุนในบริษัทออกเป็นหน่วยย่อย ๆ คือ แบ่งเป็นหุ้น โดยหุ้นแต่ละหุ้นนั้นจะต้องกำหนดมูลค่าไว้เท่า ๆ กัน และในการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทก็จะต้องจดทะเบียนกำหนดไว้ด้วยว่า หุ้นของบริษัทมีมูลค่าที่จดทะเบียนหุ้นละเท่าใด ซึ่งมูลค่าที่จดทะเบียนนี้เป็นการกำหนดไว้ตายตัว ถือว่าเป็นราคากลางหรือราคาพาร์ (Par value) ซึ่งกฎหมายกำหนดมิให้มูลค่าหุ้นแต่ละหุ้นต่ำกว่าห้าบาท[24] แต่เวลาซื้อขายหุ้นกันจริงอาจต่ำกว่าหรือสูงกว่าราคาพาร์ก็ได้[25]

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะพิเศษของบริษัทจำกัดดังที่กล่าวมาแล้ว สิ่งที่ควรจะศึกษาต่อไป คือ หลักการและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับบริษัทจำกัด ดังนี้

2.1 ทฤษฎีว่าด้วยความเป็นนิติบุคคลของบริษัท

ทฤษฎีเกี่ยวกับความเป็นนิติบุคคลของบริษัทนี้ได้มีแนวความคิดกล่าวถึงในแง่มุมที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ ทฤษฎีเกี่ยวกับความเป็นนิติบุคคลของบริษัทนั้นมีมาตั้งแต่สมัยโรมัน ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายศาสนา (Canon law) และกฎหมายพาณิชย์ในสมัยแรกเริ่ม โดยถือกันว่าบริษัทเกิดขึ้นโดยอำนาจของรัฐและเป็นบุคคลสมมุติไม่ใช่ของจริง เป็นเพียงบุคคลตามกฎหมาย (Legal person) มีตัวตนตามกฎหมาย (juristic entity) ซึ่งกลายมาเป็นแนวความคิดของ ทฤษฎีสมมุติ หรือทฤษฎีตัวตน (Fiction หรือ Entity Theory) ซึ่งถือว่าบริษัทเป็นบุคคล โดยเป็นเรื่องของจินตนาการเป็นการสมมุติ ไม่ใช่เป็นของจริงแต่เกิดขึ้นเพราะผลการรับรองทางกฎหมาย คือ เป็นเพียงบุคคลหรือมีตัวตนทางกฎหมาย (Legal person or Entity) เท่านั้น และเกิดเป็นบุคคลขึ้นคนเดียวเดี่ยว ๆ ตามที่กฎหมายสร้างขึ้นมาต่างหากจากผู้ถือหุ้น โดยการแบ่งสถานภาพออกจากบุคคลธรรมดา ซึ่งนิติบุคคลนั้นจะมีสิทธิ หน้าที่ และได้รับการปฏิบัติเสมือนเป็นบุคคลคนหนึ่ง ทั้ง ๆ ที่ความจริงแล้วนิติบุคคลดังกล่าวไม่มีความเป็นอยู่ของสภาพบุคคลที่แท้จริงเลย เพียงแต่ถือว่าเป็นบุคคลที่กฎหมายสมมุติขึ้นเพื่อให้มีสิทธิและหน้าที่เสมือนบุคคลธรรมดาเท่านั้น[26] โดยที่ให้บริษัทมีสิทธิหน้าที่และความรับผิด รวมถึงมีความสามารถกระทำการต่าง ๆ ได้เพราะมีกฎหมายให้อำนาจนั่นเอง ซึ่งจากทฤษฎีนี้เองที่ให้อำนาจรัฐในการรับรองให้บริษัทมีสภาพบุคคล ทำให้รัฐมองว่ารัฐย่อมมีความ ชอบธรรมที่จะเข้าไปควบคุมดูแลบริษัทได้ และเมื่อบริษัทเกิดเป็นบุคคลขึ้นโดยกฎหมายจึงต้องมีความสามารถตามที่กฎหมาย

---

[24] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1117.

[25] โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 209.

[26] Nicholas H.D. Foster. (2000). **Company Law Theory in Comparative Perspective: England and France, American Journal of Comparative Law**. p. 6 (อ้างถึงใน จิรจิตร ช่วยศรียัง, 2548 : 26)

กำหนด กล่าวคือ บริษัทจะต้องระบุวัตถุประสงค์ของตนให้ปรากฏในหนังสือบริคณห์สนธิเพื่อเป็นกรอบหรือข้อจำกัดว่าบริษัทมีความสามารถทำการค้าหรือประกอบกิจการชนิดใดได้บ้าง

ในส่วนของประเทศอังกฤษนั้น จากปรากฏการณ์แต่เดิมที่ว่า การจัดตั้งบริษัทจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยพระบรมราชานุญาต (Royal Charter) หรือโดยรัฐสภาออกกฎหมายตั้งบริษัทเป็นราย ๆ ไปเท่านั้น ทำให้การเกิดขึ้นของบริษัทโดยวิธีนี้จึงเป็นเสมือนรัฐให้สัมปทานแก่บริษัทเพื่อทำการค้าในกิจการบางอย่าง โดยรัฐจะต้องเข้าไปควบคุมดูแลด้วย[27] จึงเป็นที่มาของทฤษฎีที่เรียกว่าทฤษฎียึดอำนาจของรัฐ (Fiat หรือ Concession Theory) ซึ่งเน้นถึงความเป็นนิติบุคคลว่าเกิดขึ้นโดยอำนาจของรัฐ และเป็นทฤษฎีที่ยึดถือปรัชญาเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยถือว่ารัฐเท่านั้นที่เป็นที่มาของสภาพนิติบุคคลและถือว่ารัฐเท่านั้นที่มีอยู่อย่างแท้จริง ส่วนนิติบุคคลถือว่าเกิดขึ้นต่อเมื่อมีกฎหมายให้ความยินยอมโดยอำนาจของรัฐนั้น และสภาพความเป็นนิติบุคคลจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายของรัฐนั้นกำหนดไว้ด้วย[28] อันเป็นผลให้เกิดแนวความคิดที่ว่า บริษัทต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ ซึ่งมีการแปลอำนาจของบริษัทโดยเคร่งครัดว่าคงมีอยู่ตามที่ได้รับอนุญาตจากรัฐเท่านั้น รวมตลอดถึงการจัดตั้ง การดำเนินการของบริษัทก็ต้องทำให้ถูกต้องตามระเบียบแบบแผนที่กฎหมายกำหนดไว้แต่อย่างไรก็ตามแนวความคิดตามทฤษฎีนี้ได้เสื่อมลงไป เมื่อต่อมามีแนวความคิดที่ว่าบริษัทเกิดขึ้นได้โดยการจดทะเบียน

ทฤษฎีที่สนับสนุนแนวความคิดที่ว่าบริษัทเกิดขึ้นได้โดยการจดทะเบียนนั้น คือ ทฤษฎีที่เห็นว่านิติบุคคลได้เกิดขึ้นจริงและดำรงฐานะจริง (Realistic หรือ Organic Theory) โดยถือว่านิติบุคคลเป็นเรื่องที่กฎหมายได้ให้ความรับรองแก่การรวมตัวกันของคณะบุคคล หรือกลุ่มผลประโยชน์ซึ่งเกิดขึ้นแล้วและมีอยู่ตามความเป็นจริง และเมื่อมีการรับรองเป็นบุคคลต่างหากขึ้นมาก็ต้องให้สิทธิและคุณลักษณะต่าง ๆ ดังเช่นบุคคลธรรมดาแก่บริษัทเหล่านั้นด้วย[29] โดยถือว่าผู้แทนของนิติบุคคลเป็นส่วนหนึ่งของนิติบุคคลนั้นทำให้ไม่อาจแยกผู้แทนนิติบุคคลออกจากนิติบุคคลนั้นได้ ดังนั้นสถานภาพและฐานะของนิติบุคคลจึงไม่ใช่สิ่งที่สมมุติขึ้นตามกฎหมาย หากแต่เป็นการประกอบเข้ากันโดยมีเจตนาแท้จริงของตนเอง ทฤษฎีนี้เป็นการสะท้อนให้เห็นถึงการวางรากฐานในการยอมรับสภาพนิติบุคคลทางกฎหมายโดยการจดทะเบียน ซึ่งนักนิติศาสตร์ที่สนับสนุนทฤษฎีนี้ ได้แก่ Maitland และ Gierke[30] ทั้งนี้ถือเป็นแนวความคิดสมัยใหม่ด้วยที่ว่าบริษัทมิได้มีไว้เพียงเพื่อดูแลผลประโยชน์ของบริษัทเองเท่านั้นแต่จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น ลูกจ้างและเจ้าหนี้ของบริษัทด้วย

---

[27] โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 259.

[28] Nicholas H.D. Foster. Op.cit. p. 6-, 7 (อ้างถึงใน จิรจิตร ช่วยศรียัง, 2548 : 26)

[29] โสภณ รัตนากร. หน้าเดิม.

[30] W. Friedmann. (1967). **Legal Theory**. pp. 556-557.

และเมื่อทฤษฎีนี้ถือว่าบริษัทเป็นบุคคลที่แท้จริงซึ่งเกิดขึ้นโดย การกระทำร่วมกันของกลุ่มบุคคลที่มีความประสงค์ตรงกัน บริษัทจึงมีความสามารถกระทำการต่าง ๆ ได้ดังเช่นบุคคลธรรมดานั้น ทำให้สอดคล้องกับทฤษฎี Political Theory ซึ่งถือว่าบริษัทเป็นสถาบันทางสังคม รัฐจึงมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปแทรกแซงเพื่อประโยชน์ของสังคม โดยทฤษฎี Political Theory นี้เห็นว่าฝ่ายบริหารของบริษัทไม่ได้มีหน้าที่เพียงเพิ่มพูนผลกำไรสำหรับผู้ถือหุ้นเท่านั้น แต่จะต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อลูกจ้างและเจ้าหนี้ของบริษัทตลอดจนสังคมส่วนรวมด้วย ซึ่งเป็นความเห็นที่ตรงกันข้ามกับแนวคิดทฤษฎีที่ว่าบริษัทเกิดขึ้นจากสัญญาหรือการต่อรอง (Contractual Theory)

ทั้งนี้ สำหรับทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลเกิดขึ้นเพราะผลของสัญญาหรือเพราะมีนิติสัมพันธ์ต่อกันที่จะเกิดสัญญา (Contractual Theory หรือ Nexus of Contract) นั้นเห็นว่า ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทเกิดขึ้นจากสัญญาซึ่งเกี่ยวโยงกันของบุคคลหลายฝ่าย ภายใต้แนวความคิดที่ว่าบริษัทประกอบด้วยการรวมตัวกันของหน่วย (Units) เล็ก ๆ คือ ระหว่างผู้ถือหุ้นกันเอง ระหว่างผู้ถือหุ้นกับผู้บริหาร ลูกจ้าง และเจ้าหนี้หรือผู้มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องอื่นๆในกิจการของบริษัท หรือแม้แต่ระหว่างผู้ถือหุ้นกับรัฐก็ตาม โดย “สัญญา” ในที่นี้มิได้มีความหมายแน่นอนตามกฎหมายลักษณะสัญญา แต่หมายถึงการสมัครใจเข้าร่วมกิจกรรมโดยยอมรับกฎเกณฑ์หรือหลักปฏิบัติต่าง ๆ ที่ใช้กับบริษัท โดยไม่ต้องมาตกลงทำสัญญากันในเรื่องต่าง ๆ เป็นการเฉพาะเรื่องอีก เช่น เป็นที่ยอมรับกันว่ากรรมการของบริษัทมีหน้าที่เป็นผู้ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary duties) หรือ ผู้ถือหุ้นจะรับผิดจำกัดจำนวน[31] เป็นต้น โดยทฤษฎีนี้มีแนวความคิดคล้ายกับทฤษฎี Aggregate Theory ซึ่งถือว่าบริษัทเป็นบุคคลรวม ๆ ของบุคคลตามธรรมชาติ[32] คือเท่ากับว่าเป็นการปฏิเสธการดำรงอยู่ของบริษัทที่แยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นหรือผู้ก่อตั้งบริษัทนั่นเองดังที่ผู้พิพากษา Frank Easterbrook และศาสตราจารย์ Daniel Fischel กล่าวว่า[33] “การทำสัญญาเพื่อก่อตั้งบริษัทอาจทำขึ้นได้หลายรูปแบบ อาจจะเป็นรูปแบบการเจรจาต่อรอง หรืออาจจะเป็นสัญญาที่มีแบบฟอร์มแน่นอนตายตัวก็ได้” โดยทฤษฎีนี้เน้นในเรื่องความสมัครใจเป็นสาระสำคัญ จึงทำให้ไม่เห็นด้วยกับการออกกฎหมายมาควบคุมบริษัท แม้กรณีที่มีความจำเป็นต้องออกกฎหมายก็จะต้องจำกัดอยู่เฉพาะที่จำเป็นโดยแท้จริงเท่านั้น และสนับสนุนให้ผู้ที่เกี่ยวข้องได้มีส่วนในการต่อรองด้วย อันสะท้อนให้เห็นว่าทฤษฎีนี้ค่อนข้างจะยึดติดกับอดีตในสมัยที่คนเรายังมีอิสระและเสรีภาพในการทำสัญญาได้อย่างเต็มที่ ซึ่งจะไม่ตรง

---

[31] โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 260.

[32] แหล่งเดิม. หน้า 258.

[33] Michael J. Phillips. (1994). **The Real Entity Theory of The Corporation**. p.5-6 (อ้างถึงใน จิรจิตร ช่วยศรียัง, 2548 : 27)

กับความเป็นจริงในปัจจุบันที่การทำสัญญามักขึ้นอยู่กับอำนาจในการเจรจาต่อรองของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายเป็นสำคัญ

จากแนวทฤษฎีว่าด้วยความเป็นนิติบุคคลของบริษัทข้างต้นนี้เองได้สะท้อนให้เห็นถึงพื้นฐานความเชื่อและแนวความคิดของแต่ละประเทศที่แตกต่างกัน โดยตามกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกานั้นได้ยอมรับหลักความเป็นนิติบุคคลตามทฤษฎีสมมุติหรือทฤษฎีตัวตน (Fiction หรือ Entity Theory) คือ บริษัทนั้นไม่ใช่เกิดจากการรวมกลุ่มของบุคคลซึ่งร่วมกันลงทุนและดำเนินงานของบริษัทแต่เพียงอย่างเดียว แต่ถือว่าบริษัทนั้นเป็นการรวมตัวกันก่อตั้งบริษัทขึ้นมาโดยเป็นบุคคลสมมุติทางกฎหมาย และมีสถานะแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นของบริษัท ซึ่งเป็นความเห็นที่แตกต่างจากทฤษฎี Aggregate Theory ที่นำมาใช้กับห้างหุ้นส่วน โดยถือว่าห้างหุ้นส่วนเกิดจากการรวมกลุ่มของบุคคลที่ร่วมกันประกอบกิจการนั้น โดยห้างหุ้นส่วนไม่มีตัวตนแยกต่างหากจากผู้ที่เป็นหุ้นส่วน ดังนั้น ห้างหุ้นส่วนจึงไม่มีสภาพนิติบุคคล เพราะห้างหุ้นส่วนเกิดจากสัญญาระหว่างผู้ที่เป็นหุ้นส่วนด้วยกัน[34] นอกจากนี้ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกายังถือว่าบริษัทมีฐานะเสมือนเป็นบุคคลสมมุติตามกฎหมายภายใต้ทฤษฎียึดอำนาจของรัฐ (Fiat หรือ Concession Theory) และทฤษฎีนิติบุคคลได้เกิดขึ้นจริงและดำรงฐานะจริง (Realistic หรือ Organic Theory) ด้วยที่เห็นว่าความเป็นบริษัทนี้ คือกลุ่มผลประโยชน์ตามกฎหมายที่เกิดขึ้นจริง[35]

ในขณะที่ประเทศในแถบภาคพื้นยุโรป ซึ่งใช้ระบบประมวลกฎหมาย ยึดถือความเป็นนิติบุคคลของบริษัทตามทฤษฎีตัวตน (The Entity Theory) ซึ่งได้รับอิทธิพลดั้งเดิมมาจากกฎหมายโรมัน และกฎหมายศาสนา (Cannon law) โดยถือว่าองค์กรธุรกิจไม่ว่าจะเป็นห้างหุ้นส่วน หรือบริษัท ย่อมมีสภาพเป็นนิติบุคคล มีตัวตนแยกต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้น องค์กรธุรกิจเหล่านั้นเป็นบุคคลที่สมมุติขึ้นตามกฎหมายไม่ใช่เป็นเพียงการรวมกลุ่มของบุคคลซึ่งร่วมลงทุนและดำเนินงานกันเท่านั้น ดังนั้นห้างหุ้นส่วนและบริษัทของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายส่วนใหญ่จึงมีสภาพและฐานะเป็นนิติบุคคลทั้งสิ้น ยกเว้นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันซึ่งยอมรับทฤษฎีตัวตนเฉพาะแต่บริษัทเท่านั้น ส่วนห้างหุ้นส่วนทั้งหลายนั้นถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่มีตัวตนไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคล แต่เป็นเพียงการรวมกลุ่มของผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหลายเท่านั้น[36]

ส่วนตามกฎหมายของประเทศไทยได้ยึดถือตามทฤษฎีสมมุติ (fiction theory) โดยถือว่านิติบุคคลอาศัยอำนาจของรัฐและกระบวนการนิติบัญญัติ ทำให้มีผลทางกฎหมายมารองรับฐานะ

---

[34] เสาวนีย์ อัศวโรจน์. (2530). **คำอธิบายหลักกฎหมายธุรกิจเปรียบเทียบ**. หน้า 15-16.

[35] Harry G. Henn. (1970). **Handbook of the law of Corporations and Other Business Enterprises**. p. 107.

[36] Ibid. p. 108.

และสภาพของนิติบุคคล ซึ่งโดยทั่วไปแล้วมีหลักเกณฑ์และองค์ประกอบของนิติบุคคลดังนี้ คือ ชื่อ (name) วัตถุประสงค์ (objective) ขอบอำนาจหน้าที่ของนิติบุคคล (scope of duty and power) ผู้แทน (representative) อำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้แทน (scope of power, duty and responsibility of representative) เงินทุนหรือทรัพย์สิน (capital or property) วิธีการดำเนินงาน (administration) การดำเนินงานที่มีลักษณะต่อเนื่อง (continuity) และภูมิลำเนา (domicile) เป็นต้น ซึ่งสิ่งเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าเป็นสิ่งที่กฎหมายรองรับหรือให้อำนาจนั่นเอง[37] และการจดทะเบียนบริษัทย่อมมีผลทำให้บริษัทนั้นมีสภาพบุคคลโดยมีฐานะเป็นนิติบุคคลมีตัวตนตามที่กฎหมายกำหนดขึ้นแยกต่างหากออกจากผู้ถือหุ้น ผลที่ตามมาคือ ทำให้บริษัทสามารถมีสิทธิและหน้าที่แยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นในขณะเดียวกัน ผู้ถือหุ้นก็มีความรับผิดแยกต่างหากจากบริษัทได้เช่นกัน โดยไม่ต้องรับผิดในหนี้สินของบริษัท และในส่วนทรัพย์สินของบริษัทก็แยกต่างหากจากทรัพย์สินของผู้ถือหุ้น และบริษัทอาจดำเนินคดีในนามของตนเองได้ด้วย นอกจากนี้บริษัทอาจมีชีวิตอยู่ตลอดไปเพราะไม่ต้องประสบกับปัญหาโรคภัยไข้เจ็บหรือความสามารถบกพร่องหรือความชราภาพอย่างบุคคลธรรมดา และที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ เมื่อมีการแยกผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นออกจากกันแล้ว ผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นซึ่งมีอยู่ในบริษัทโดยเฉพาะอย่างยิ่งหุ้นก็ย่อมโอนได้โดยง่ายยิ่งกว่าผลประโยชน์ในกิจการค้ารูปแบบอื่น[38]

2.2 ความเป็น “ผู้แทน” กับ “ตัวแทน” ของนิติบุคคล

เมื่อเราได้ศึกษาทฤษฎีว่าด้วยความเป็นนิติบุคคลของบริษัทแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศไทยได้รองรับฐานะและสภาพความเป็นนิติบุคคล กล่าวคือ บริษัทนั้นถือเป็นนิติบุคคลต่างหากแยกออกจากผู้ถือหุ้น และเนื่องจากบริษัทเป็นเพียงบุคคลสมมุติในทางกฎหมาย ดังนั้นการแสดงออกซึ่งความประสงค์ของบริษัทจึงจำต้องกระทำโดยผ่านผู้แทนนิติบุคคล ซึ่งก็คือกรรมการบริษัท โดยกระทำภายในขอบแห่งอำนาจหน้าที่และวัตถุประสงค์ที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมาย ข้อบังคับ หรือ ตราสารจัดตั้งบริษัท ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจเบื้องต้นถึงความเป็น “ผู้แทน” กับ “ตัวแทน” ของนิติบุคคลก่อนว่ามีความแตกต่างกันอย่างไร

คำว่า “ผู้แทน” และ “ตัวแทน” ของนิติบุคคลนั้น มีความหมายที่แตกต่างกัน อันส่งผลถึงการกระทำของผู้แทนและตัวแทนของนิติบุคคลให้มีความรับผิดที่แตกต่างกันไปด้วย กล่าวคือ “ผู้แทน” คือ บุคคลผู้แสดงเจตนาและกระทำการใด ๆ หรือแสดงออกซึ่งความประสงค์แทนนิติบุคคล

---

[37] ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. (2549). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติบุคคล และความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล**. หน้า 13-14.

[38] โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 258.

ภายในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น ๆ ที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมาย ข้อบังคับ หรือตราสารจัดตั้งนิติบุคคล เพราะฉะนั้นกิจการที่ผู้แทนกระทำการแทนนิติบุคคลจึงมีสภาพเสมือนหนึ่งนิติบุคคลนั้นได้ดำเนินการดังกล่าวด้วยตนเอง ทำให้ผลแห่งการกระทำของผู้แทนนิติบุคคลย่อมผูกพันนิติบุคคลนั้น โดยผู้แทนไม่ต้องรับผิดเป็นส่วนตัวหากได้กระทำการภายในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น ๆ แล้ว ซึ่งแม้ว่ากิจการที่ผู้แทนได้กระทำการแทนนิติบุคคลจะมีสภาพเหมือนตัวการตัวแทน แต่อย่างไรก็ตาม ผู้แทนก็ไม่ใช่ตัวแทนนิติบุคคล หากแต่ถือว่าผู้แทนนิติบุคคลมีสภาพเป็นตัวการหรือตัวนิติบุคคลนั้นเอง ดังจะเห็นได้จากแนวคำพิพากษาฎีกาซึ่งวินิจฉัยว่า กรรมการบริษัทจำกัดไม่ใช่ตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไปของบริษัทจึงไม่อยู่ในบังคับมาตรา 801 กรรมการจึงมอบอำนาจให้ผู้อื่นลงชื่อในสัญญาเช่าซื้อแทนบริษัทได้ ไม่ใช่เป็นการตั้งตัวแทนช่วง[39] แต่ทั้งนี้ในบางกรณีการดำเนินกิจการของนิติบุคคลนั้นหาจำต้องแสดงเจตนาโดยผู้แทนนิติบุคคลเสมอไปไม่ เพราะผู้แทนของนิติบุคคลอาจจะแต่งตั้ง “ตัวแทน” เพื่อกระทำนิติกรรมต่างๆแทนผู้แทนก็ได้หรือมิฉะนั้นนิติบุคคลอาจถือเอาประโยชน์หรือให้สัตยาบันจากการกระทำของตัวแทนอันส่งผลให้ต้องรับผิดจากการกระทำของตัวแทนด้วยก็ได้[40]

แนวความคิดของระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) ถือว่าผู้กระทำการแทนนิติบุคคล คือ “ตัวแทน” (Agent) ของนิติบุคคลนั้น เพราะมองว่าการก่อตั้งนิติบุคคลเป็นการสร้างสภาพบุคคลใหม่แยกต่างหากจากบุคคลธรรมดาและแยกต่างหากจากผู้กระทำการแทนด้วย นิติบุคคลจึงต้องมีสภาพบุคคลเป็นของตนเอง ส่วนผู้แทนนิติบุคคลก็ต้องมีสภาพบุคคลเป็นของตนเองเช่นกัน ดังนั้น ผู้กระทำการแทนนิติบุคคลจึงได้แก่ตัวแทนของนิติบุคคลนั้นมิใช่ผู้แทนนิติบุคคล ดังเช่นตามกฎหมายของประเทศอังกฤษที่ถือว่ากรรมการเป็นตัวแทน (Agent) ของบริษัท และบริษัทย่อมผูกพันในกิจการที่ตัวแทนได้กระทำภายในอำนาจหน้าที่ของตัวแทนในนามของบริษัท บริษัทต้องรับผิดในการกระทำละเมิดและความรับผิดทางอาญาที่ตัวแทนได้กระทำภายในขอบเขตของการจ้างงาน หรือภายในขอบอำนาจหน้าที่ ซึ่งหลักการนี้เป็นหลักการของบริษัทที่ถือว่าบริษัทเป็นบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นและกรรมการ[41]

ขณะที่ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) นั้น ถือว่าผู้กระทำการแทนนิติบุคคล คือ “ผู้แทน” (Representative) ซึ่งเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ในการแสดงความประสงค์ของนิติบุคคล และ

---

[39] กุศล บุญยืน. (2541). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ตัวแทนและนายหน้า.** หน้า 4.

[40] ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล. เล่มเดิม. หน้า 102.

[41] Geoffrey Morse , Enid A. Marshall , Richard Morris and Letitia Crabb. (1991). **Charlesworth & Morse Company law**. p. 2.

แม้ผู้แทนจะมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากนิติบุคคล แต่ผู้แทนก็ทำหน้าที่เป็นเสมือนหนึ่งเป็นอวัยวะ (Organ) ที่สำคัญเป็นส่วนหนึ่งส่วนเดียวกันกับนิติบุคคลนั้น ฉะนั้น นิติบุคคลย่อมไม่อาจแยกออกจากผู้แทนของนิติบุคคลได้ ในขณะเดียวกันผู้แทนก็ไม่อาจจะแบ่งแยกตนเองออกจากนิติบุคคลได้เช่นกัน ด้วยเหตุนี้เองเมื่อผู้แทนนิติบุคคลกระทำการใด ๆ ต่อบุคคลภายนอก นิติบุคคลนั้นจึงไม่อาจจะอ้างว่าผู้แทนนิติบุคคลนั้นกระทำการไปโดยปราศจากอำนาจ และนิติบุคคลนั้นย่อมต้องผูกพันรับผิดในนิติกรรมนั้นเสมอ ซึ่งหลักการนี้เรียกว่า ทฤษฎีองคาพยพ (The Organic Theory)[42]

ส่วนกฎหมายของประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ถือว่ากรรมการเป็น “ผู้แทน” ของนิติบุคคล[43] โดยการกระทำหน้าที่เป็นผู้แทนนิติบุคคลหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลนั้น ซึ่งหากได้กระทำการภายในขอบแห่งอำนาจหน้าที่หรือวัตถุประสงค์ที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมาย ข้อบังคับ หรือตราสารจัดตั้งแล้วเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น นิติบุคคลนั้นย่อมต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย ในทางกลับกัน ถ้าความเสียหายที่เกิดแก่บุคคลอื่นนั้นเกิดจากการกระทำที่ไม่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์หรืออำนาจหน้าที่ของนิติบุคคล ผู้แทนนิติบุคคลหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลที่ได้เห็นชอบให้กระทำการนั้นหรือได้เป็นผู้กระทำการดังกล่าวย่อมต้องร่วมกันรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลผู้ได้รับความเสียหายนั้น[44] ทั้งนี้ความเกี่ยวพันระหว่างนิติบุคคลกับผู้แทนของนิติบุคคลและระหว่างนิติบุคคลหรือผู้แทนของนิติบุคคลกับบุคคลภายนอก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยตัวแทนมาใช้บังคับโดยอนุโลม[45]

อย่างไรก็ตามแม้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะถือว่ากรรมการเป็น “ผู้แทน” ของนิติบุคคล และให้นำบทบัญญัติว่าด้วย “ตัวแทน” มาใช้บังคับแก่ความเกี่ยวพันระหว่างบริษัทกับกรรมการและระหว่างบริษัทหรือกรรมการกับบุคคลภายนอกนั้น[46] มีข้อสังเกตของศาสตราจารย์ทวี เจริญพิทักษ์ ให้ความเห็นว่า[47] “เมื่อกรรมการบริษัทมีฐานะเป็น “ผู้แทน” ของนิติบุคคล ไม่ใช่ “ตัวแทน” ของนิติบุคคล ดังนั้น การนำกฎหมายว่าด้วยตัวแทนมาใช้บังคับนั้นย่อมนำมาปรับใช้เฉพาะเท่าที่ไม่ขัดต่อสภาพหรือความเป็นจริงของการเป็นตัวแทน” ทั้งนี้เพราะฐานะของกรรมการ

---

[42] โสภณ รัตนากร และ เกริก วณิกกุล. (2534). **วิวัฒนาการในหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำนอกขอบที่วัตถุประสงค์ของนิติบุคคล.** หน้า 134.

[43] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70.

[44] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 76.

[45] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 77.

[46] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1167.

[47] ทวี เจริญพิทักษ์. (2504). **คำอธิบายโดยพิสดารกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท**. หน้า 264.

กับบริษัทนั้น ยังไม่ถือว่าเป็นตัวการตัวแทนกันตามความหมายของกฎหมายว่าด้วยตัวการตัวแทน โดยชัดแจ้ง ดังนั้นผู้แทนจึงไม่ใช่ตัวแทนของนิติบุคคล เพียงแต่กิจการที่กรรมการซึ่งเป็นผู้แทนทำแทนนิติบุคคลนั้นมีสภาพเหมือนตัวการตัวแทน กรรมการจึงคล้ายเป็นตัวแทนและบริษัทคล้ายเป็นตัวการ ดังนั้น กรรมการย่อมมีหน้าที่และความรับผิดในฐานะตัวแทนต่อบริษัทที่เป็นตัวการ กล่าวคือ กรรมการบริษัทย่อมมีสองฐานะ คือ เป็นผู้แทนนิติบุคคลและเป็นเสมือนตัวแทนบริษัท[48]

ทั้งนี้ ผู้ศึกษามีความเห็นว่ากฎหมายประเทศไทยซึ่งยึดถือความเป็นนิติบุคคลของบริษัทตามทฤษฎีสมมุติ โดยถือว่าอำนาจรัฐและกระบวนการนิติบัญญัติก่อให้เกิดผลทางกฎหมายมารองรับฐานะและสภาพบุคคลของบริษัทซึ่งเป็นบุคคลสมมุติทางกฎหมายเพื่อให้มีสิทธิ หน้าที่และความรับผิดเสมือนเป็นบุคคลหนึ่ง อีกทั้งให้ความประสงค์ของบริษัทนั้นแสดงออกโดยผ่านผู้แทนบริษัท ซึ่งคือ กรรมการบริษัท ดังนั้น จะเห็นได้ว่าเมื่อกรรมการถือเป็นผู้แทนบริษัท ย่อมมีอำนาจอิสระในการปฏิบัติงานในนามของบริษัทได้ภายใต้ขอบอำนาจแห่งตน โดยมิต้องได้รับมอบหมายอำนาจจากบริษัทหรือมิต้องให้บริษัทเป็นผู้สั่งการให้กระทำเหมือนดังเช่นกรณีตัวการมอบอำนาจหรือมีคำสั่งให้ตัวแทนกระทำการแต่อย่างใดไม่ เพราะกรรมการกระทำในฐานะเป็นผู้แทนของบริษัทตามมาตรา 70 มิใช่ในฐานะตัวแทนของบริษัท ซึ่งมีข้อสังเกตว่าที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 77 บัญญัติว่า “ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยว่าด้วยตัวแทนมาใช้บังคับแก่ความเกี่ยวพันระหว่างนิติบุคคลกับผู้แทนของนิติบุคคล และระหว่างนิติบุคคลหรือผู้แทนของนิติบุคคลกับบุคคลภายนอกโดยอนุโลม” ทั้งในส่วนของบริษัทจำกัด มาตรา 1167 บัญญัติให้ “ความเกี่ยวพันกันในระหว่างกรรมการและบริษัทและบุคคลภายนอกนั้น ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติว่าด้วยตัวแทน” นั้นเนื่องมาจากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกับผู้แทนบริษัทบัญญัติไว้โดยตรง อีกทั้งตามหลักกฎหมายว่าด้วยตัวการตัวแทนในเรื่องตัวแทนจะต้องมีบุคคลสามฝ่ายเกี่ยวข้องกัน คือ ตัวการ ตัวแทนและบุคคลภายนอก โดยเกิดขึ้นจาก 2 สัญญา คือสัญญาตัวแทนและสัญญาที่ตัวแทนทำกับบุคคลภายนอก[49] ดังนั้นจะเห็นได้ว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพื่อประโยชน์ที่จะพิเคราะห์ถึงฐานะหรือสิทธิหน้าที่ของบุคคลสามฝ่ายระหว่างกรรมการ บริษัทและบุคคลภายนอกซึ่งเกี่ยวพันกันโดยนำกฎหมายตัวแทนมาปรับใช้ กล่าวคือในระหว่างบุคคลสองฝ่ายคือบริษัทกับบุคคลภายนอกนั้น กรรมการถือเป็นผู้แทน[50] หรือตัวบริษัท แต่ถ้าเป็นกรณีที่ต้องพิเคราะห์ถึงฐานะของบุคคลสามฝ่าย คือ กรรมการ บริษัทและบุคคลภายนอกแล้ว

---

[48] จริยาพร ด่านศิริ. (2544). **การนำกฎหมายตัวแทนมาใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท กรรมการบริษัท และบุคคลภายนอก**. หน้า 95-98.

[49] กุศล บุญยืน. เล่มเดิม. หน้า 2.

[50] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70 ประกอบมาตรา 1144.

กรรมการย่อมถือเป็นตัวแทนของบริษัท[51] ซึ่งเป็นตัวการ ดังนั้น หากกรรมการซึ่งเป็นตัวแทนของบริษัทได้บริหารจัดการกิจการ ทำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทและบุคคลภายนอก บริษัทซึ่งเป็นตัวการย่อมต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกในกิจการที่กรรมการได้กระทำไปภายในขอบอำนาจแห่งฐานตัวแทน[52] แต่ถ้ากรรมการได้กระทำไปโดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนือขอบอำนาจก็ดี กรรมการย่อมต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกโดยลำพังตนเองไม่ผูกพันบริษัท เว้นแต่บริษัทจะได้ให้สัตยาบันแก่การนั้น[53] ส่วนกรรมการจะต้องรับผิดต่อบริษัทหรือไม่ เพียงใดนั้น จะต้องพิจารณาว่าการกระทำของกรรมการนั้นได้กระทำโดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหรือไม่ โดยหากกรรมการกระทำโดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจและทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย กรรมการก็ย่อมต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย[54] ทั้งนี้แต่อย่างไรก็ตามการนำบทบัญญัติว่าด้วยตัวแทนมาใช้บังคับนั้นจึงต้องนำมาใช้บังคับโดยอนุโลมเฉพาะเท่าที่ไม่ขัดต่อสภาพหรือความเป็นจริงของการเป็นผู้แทนบริษัทของกรรมการบริษัทด้วย เช่น กรณีที่ไม่มีข้อบังคับบริษัทกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น กรรมการไม่จำต้องถูกจำกัดอำนาจตามมาตรา 801 ซึ่งเป็นบทบัญญัติจำกัดอำนาจของตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไป ดังนั้นกรรมการของบริษัทจึงมีอำนาจฟ้องคดีแทนบริษัทได้โดยมิต้องได้รับมอบอำนาจอีก เพราะถือว่ากรรมการทำในฐานะเป็นผู้แทนบริษัทจึงไม่ต้องอยู่ในบังคับของมาตรา 801 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้กับตัวการตัวแทนและขัดกับสภาพความเป็นผู้แทนของกรรมการบริษัท หรือหากข้อบังคับของบริษัทกำหนดให้การใดจะกระทำได้นั้นต้องกระทำโดยคณะกรรมการบริษัททุกคน ดังนั้น คณะกรรมการอาจจะมอบอำนาจให้กรรมการผู้หนึ่งผู้ใดเป็นตัวแทนของคณะกรรมการทั้งหมดกระทำการดังกล่าวต่อบุคคลภายนอกก็ได้ ย่อมถือว่ากรรมการผู้นั้นเป็นตัวแทนของบริษัทโดยผ่านการมอบอำนาจจากคณะกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนของบริษัทนั่นเอง

2.3 ผู้ถือหุ้น

2.3.1 ลักษณะทั่วไปของผู้ถือหุ้น

"ผู้ถือหุ้น" เป็นบุคคลที่เข้ามาลงทุนเพื่อประกอบกิจการร่วมกันในบริษัท ซึ่งอาจจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะได้รับส่วนแบ่งกำไรจากกิจการค้าของบริษัทนั้น ซึ่งส่วนแบ่งกำไรที่ผู้ถือหุ้นได้รับจะอยู่ในรูปของเงินปันผล กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นเป็นผู้ที่

---

[51] กุศล บุญยืน. เล่มเดิม. หน้า 5.

[52] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1167 ประกอบมาตรา 820.

[53] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1167 ประกอบมาตรา 823.

[54] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1167 ประกอบมาตรา 812.

สมัครใจเข้ามาร่วมในกิจการของบริษัท โดยมุ่งประสงค์ต่อการได้ผลตอบแทนทางด้านกำไรเป็นสำคัญ คนทั่วไปอาจมองว่าผู้ถือหุ้นนั้นคือเจ้าของบริษัท ทั้งนี้เพราะบริษัทอาจไม่ได้มีการแยกระหว่างผู้ลงทุนกับผู้บริหารออกจากกัน ดังนั้นผู้ถือหุ้นอาจจะเป็นกรรมการบริหารงานบริษัทด้วย ย่อมทำให้ผู้ถือหุ้นมีฐานะเป็นกรรมการหรือผู้บริหารอีกฐานะหนึ่งนอกเหนือจากฐานะของผู้ลงทุน ซึ่งในความเป็นจริงแล้วถ้าผู้ถือหุ้นนั้นถือหุ้นส่วนใหญ่ มีเสียงข้างมากและมีอำนาจในการควบคุมการดำเนินงานของบริษัทตามที่ตนต้องการได้ ก็อาจจะพออนุโลมเรียกว่าผู้ถือหุ้นผู้นั้นเป็นเจ้าของบริษัทได้แม้ในทางกฎหมายมิอาจถือเช่นนั้นได้ก็ตาม นอกจากนั้นสำหรับบริษัทใหญ่ ๆ หรือบริษัทมหาชน ปัจจุบันได้มีแนวความคิดที่แยกผู้ถือหุ้นและผู้บริหารหรือกรรมการของบริษัทออกจากกัน จึงมักจะถือว่าผู้ถือหุ้นเป็นเพียงผู้ลงทุนในบริษัทเท่านั้น ส่วนอำนาจหน้าที่ในการบริหารงานเป็นอำนาจหน้าที่ของผู้บริหารหรือกรรมการบริษัท

ลักษณะทั่วไปของผู้ถือหุ้น แบ่งออกเป็น 4 ประการ กล่าวคือ

1) ความเป็นเจ้าของหุ้น จากแนวคิดทฤษฎีความเป็นนิติบุคคลนั้น เมื่อบริษัทได้จดทะเบียนย่อมมีสภาพเป็นนิติบุคคลอันเป็นบุคคลสมมุติทางกฎหมายแยกต่างหากออกจากผู้ถือหุ้น ดังนั้นบริษัทย่อมมีทุนหรือทรัพย์สินเป็นของตนเองได้ โดยตามโครงสร้างของบริษัทนั้นจะมีการแบ่งทุนออกเป็นหน่วยเล็กๆ ซึ่งแต่ละหน่วยเรียกว่า “หุ้น” โดยกฎหมายกำหนดให้มูลค่าของหุ้นแต่ละหุ้นนั้นต้องเท่ากันและมิให้ต่ำกว่าราคาหุ้นละห้าบาท[55] ซึ่งบุคคลใดที่สามารถมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้ก็สามารถที่จะถือหุ้นได้ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ตาม ดังนั้นบริษัทหนึ่งก็อาจถือหุ้นในอีกบริษัทหนึ่งได้เช่นกัน ทั้งนี้ ผู้ถือหุ้นสามารถเป็นเจ้าของหรือได้มาซึ่งหุ้นโดย 3 ประการ ดังต่อไปนี้

(1) ได้มาในขณะที่มีการตั้งบริษัทหรือเพิ่มทุนของบริษัท กล่าวคือ อาจเป็นผู้ที่เข้าชื่อซื้อหุ้นเมื่อบริษัทอยู่ระหว่างก่อตั้งหรือเป็นผู้ที่บริษัทออกหุ้นให้เป็นการตอบแทนแรงงานหรือทรัพย์สิน หรือเป็นผู้ซื้อหุ้นจากบริษัทเมื่อบริษัทออกหุ้นใหม่ตอนเพิ่มทุน ก็ได้

(2) ได้มาโดยการรับโอนจากผู้ถือหุ้นเดิมของบริษัทหรือเป็นผู้ซื้อหุ้นต่อจากผู้ถือหุ้นเดิม รวมถึงเป็นผู้ถือหุ้นโดยได้รับมรดกด้วย

(3) ได้มาในฐานะใดฐานะหนึ่ง เช่น เป็นกรรมการ หรือพนักงาน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ

สำหรับเหตุผลในความต้องการเป็นเจ้าของหุ้นของแต่ละบุคคลอาจแตกต่างกันไป เช่น อาจเพื่อหวังจะได้เงินปันผล ในขณะที่บางคนอาจซื้อไว้เพื่อขายต่อเอากำไรหรือเพื่อให้ได้เป็นผู้ถือหุ้น ส่วนใหญ่จะได้เข้าบริหารกิจการของบริษัทเสียเอง เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องของ

---

[55] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 และ 1117.

ความเป็นเจ้าของหุ้นนั้น มีข้อพึงสังเกต คือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1143 ได้บัญญัติห้ามมิให้บริษัทจำกัดนั้นถือหุ้นในบริษัทตนเอง หรือรับจำนำหุ้นของตนเองก็ไม่ได้ ซึ่งถือเป็นบทบัญญัติที่ยกเว้นหลักทั่วไปของนิติบุคคลที่มีความสามารถถือครองทรัพย์สินซึ่งรวมถึงการเป็นเจ้าของหุ้นของบริษัทตนเองด้วย

2) การจัดการบริษัทด้วยคะแนนเสียงข้างมาก แม้ผู้ถือหุ้นจะเป็นเจ้าของหุ้นและอาจถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของความเป็นเจ้าของบริษัทก็ตาม แต่กฎหมายให้สิทธิผู้ถือหุ้นเพียงแค่ดูแลครอบงำการบริหารจัดการของคณะกรรมการบริษัทให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ข้อบังคับและหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทโดยผ่านทางมติที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้นเท่านั้น ซึ่งจำต้องลงมติด้วยคะแนนเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์และหากการใดที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นมติพิเศษ ที่ประชุมใหญ่ต้องลงมติในเรื่องนั้นโดยคะแนนเสียงข้างมากไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นที่มาประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน[56]

ทั้งนี้เหตุผลสำคัญประการหนึ่งที่กฎหมายให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิเพียงครอบงำการบริหารจัดการงานของกรรมการบริษัท โดยมิได้ให้อำนาจผู้ถือหุ้นในการเข้ามาบริหารจัดการงานในบริษัทด้วยตนเองเพราะโดยสภาพผู้ถือหุ้นนั้น แม้จะถือเป็นเจ้าของหุ้นแต่ก็มีความรับผิดอย่างจำกัด กล่าวคือ รับผิดเพียงไม่เกินกว่าจำนวนมูลค่าหุ้นที่ตนเองถืออยู่เท่านั้น ดังนั้นหากให้ผู้ถือหุ้นเข้ามาบริหารจัดการบริษัทในขณะที่ตนนั้นรับผิดอย่างจำกัด จึงอาจเกิดความไม่เป็นธรรมต่อบุคคลภายนอกได้ เพราะผู้ถือหุ้นนั้นอาจจะบริหารงานโดยมิได้คำนึงถึงผลเสียหายที่อาจเกิดขึ้นเท่าที่ควร เพราะอย่างไรก็ตามตนก็รับผิดจำกัดเพียงจำนวนที่ตนถือหุ้นอยู่เท่านั้น ดังคำกล่าวที่หลวงศรีปรีชาธรรมปาฐก ได้อธิบายไว้ว่า[57]

“เพราะผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดนั้น ต้องรับผิดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตน ยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้นที่ตนถือเท่านั้น เมื่อผู้ถือหุ้นนั้นมีความรับผิดในจำนวนเงินที่แน่นอน ไม่ต้องรับผิดร่วมกับผู้ถือหุ้นอื่นๆ ผู้ถือหุ้นจึงไม่มีสิทธิในการจัดการบริษัท แต่มีสิทธิในการดูแลครอบงำการงานที่กรรมการของบริษัทจัดการ โดยการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมผู้ถือหุ้นเท่านั้น”

3) ความเสมอภาคของผู้ถือหุ้นในบริษัท ผู้ถือหุ้นทุกคนที่ถือหุ้นในบริษัทย่อมมีสิทธิและความเสมอภาคเท่าเทียมกัน กล่าวคือ มีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้น หมายความว่า ไม่ว่าจะถือหุ้นมากน้อยเพียงใดก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากหรือผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย แต่ละคนก็ย่อมมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกันตามประเภทและจำนวนของหุ้น และการที่บริษัทจะกำหนดให้ตัด

---

[56] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1194.

[57] หลวงศรีปรีชาธรรมปาฐก. (2520). **คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยห้างหุ้นส่วนบริษัทและสมาคม**. หน้า 156 (อ้างถึงใน ปิติพงศ์ อาชามงคล, 2544 : 18)

สิทธิพื้นฐานดังกล่าวของผู้ถือหุ้นโดยที่กฎหมายมิได้ให้อำนาจไว้ การนั้นย่อมถือว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน บริษัทจึงไม่สามารถกระทำได้

4) หลักระหว่างผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากที่มีอำนาจควบคุมผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย โดยหลักกฎหมายแล้วการมีกรรมสิทธิ์ในหุ้นของผู้ถือหุ้นนั้น มิได้ก่อให้เกิดหน้าที่ดูแลรักษาผลประโยชน์ระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกัน แต่การเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากหรือเป็นผู้มีอำนาจควบคุมกิจการบริษัทนั้นจะต้องมีหน้าที่ในลักษณะเป็นตัวแทนแก่ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยด้วย เช่น การใช้อำนาจควบคุมทิศทางของการจัดการหรือจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เกี่ยวเนื่องกับทรัพย์สินของผู้ถือหุ้นข้างน้อยหรือหน้าที่ดูแลผลประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นข้างน้อย เพราะว่าผู้ถือหุ้นข้างน้อยมีส่วนได้เสียในทรัพย์สินเดียวกับผู้ถือหุ้นข้างมากเช่นกัน

นอกเหนือจากลักษณะทั่วไปของผู้ถือหุ้นดังกล่าวข้างต้นแล้วนั้นมีข้อสังเกตว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้มีการบัญญัติถึงคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นไว้เป็นสาระสำคัญว่าจะต้องมีลักษณะอย่างไรเมื่อเทียบกับกรณีที่มีการกำหนดคุณสมบัติของกรรมการโดยหากกรรมการมีคุณสมบัติไม่ตรงตามที่กฎหมายกำหนด ย่อมไม่ถือว่าการเป็นกรรมการหรือสภาพของการเป็นกรรมการย่อมสิ้นสุดลง ในขณะที่ส่วนของผู้ถือหุ้นนั้นมิได้มีการกำหนดคุณสมบัติพิเศษไว้ โดยพิจารณาได้จากผู้ถือหุ้นสามารถที่จะโอนหุ้นของตนเองได้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบริษัท เว้นแต่จะมีการระบุไว้ในข้อบังคับของบริษัทไว้เป็นอย่างอื่น[58] หรือหากแม้ผู้ถือหุ้นตายหรือล้มละลาย บริษัทก็ไม่จำต้องเลิกไปและหุ้นนั้นก็ย่อมตกทอดไปยังทายาทหรือผู้มีสิทธิตามกฎหมายต่อไปได้ ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าถ้าบุคคลใดมีความสามารถตามกฎหมายก็สามารถเป็นผู้ถือหุ้นได้เพราะกฎหมายไม่ได้ถือคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นไว้เป็นสาระสำคัญ เว้นแต่ในกรณีที่การตั้งบริษัทเฉพาะกิจเพื่อการใดโดยเฉพาะเจาะจง บริษัทอาจกำหนดถึงคุณสมบัติโดยเฉพาะของผู้ถือหุ้นไว้เป็นกรณีพิเศษเพื่อเหตุผลบางอย่างก็ย่อมทำได้ เช่น บริษัทอาจกำหนดคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นหรือข้อจำกัดการโอนหุ้นเพื่อคัดเลือกเอาแต่บุคคลที่ไว้วางใจได้เท่านั้นมาเป็นผู้ถือหุ้นเพื่อเป็นการรักษาความลับของบริษัท เป็นต้น

2.3.2 สิทธิหน้าที่และความรับผิดของผู้ถือหุ้น

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าถึงแม้ผู้ถือหุ้นจะเป็นเจ้าของหุ้นในบริษัท แต่หากว่าถือโดยเคร่งครัดแล้วผู้ถือหุ้นก็หาใช่เจ้าของทรัพย์สินในบริษัทซึ่งถือเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นไม่ เพราะบริษัทย่อมมีสภาพบุคคลเป็นอีกคนหนึ่งแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นจึงเป็นเพียงเจ้าของหุ้นซึ่งเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งที่อาจจำหน่ายจ่ายโอนได้ และมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดในฐานะ

---

[58] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1129.

ผู้ถือหุ้นบางประการเกี่ยวกับบริษัทเท่านั้น ทั้งนี้ย่อมเป็นไปตามหนังสือบริคณห์สนธิ ข้อบังคับของบริษัทและตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.3.2.1 สิทธิของผู้ถือหุ้น นอกเหนือจากสิทธิจะได้รับเงินปันผลเมื่อบริษัทมีกำไรและที่ประชุมใหญ่อนุมัติให้จ่ายเงินปันผลตามส่วนซึ่งผู้ถือหุ้นได้ส่งเงินค่าหุ้นได้แล้วนั้น ผู้ถือหุ้นยังมีสิทธิในการควบคุมการดำเนินงานของบริษัทด้วย กล่าวคือ

1) สิทธิเข้าร่วมประชุมและสิทธิออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น รวมถึงสิทธิในการเรียกประชุม ซึ่งถือเป็นสิทธิที่สำคัญที่สุดของผู้ถือหุ้น เพราะหากผู้ถือหุ้นสามารถควบคุมครอบงำการดำเนินงานของกรรมการให้อยู่ในแนวทางที่เกิดประสิทธิภาพแก่บริษัท ผู้ถือหุ้นย่อมบรรลุวัตถุประสงค์ของการลงทุน คือผลสำเร็จของการดำเนินกิจการและย่อมได้รับเงินปันผลจากผลกำไรของบริษัทที่เกิดจากการบริหารจัดการดังกล่าว กล่าวคือ กรรมการบริษัทซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการงานจะต้องปฏิบัติตามมติของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น อันถือเป็นสิทธิที่ผู้ถือหุ้นจะเข้าตรวจสอบ วางแนวนโยบายต่าง ๆ ซึ่งเรียกได้ว่าเป็นสิทธิในการครอบงำดูแลกิจการรวมถึงควบคุมการดำเนินงานการบริหารจัดการของกรรมการบริษัทโดยผู้ถือหุ้นนั้น

สิทธิออกเสียงลงมติของผู้ถือหุ้นในเรื่องสำคัญต่อการดำเนินกิจการบริษัท เช่น การแต่งตั้งถอดถอนกรรมการ การเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อบังคับของบริษัทหรือหนังสือบริคณห์สนธิ การเพิ่มทุนลดทุน การควบรวมกิจการ หรือการลงมติให้เลิกบริษัท เป็นต้น อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตสำหรับ ผู้ถือหุ้นและบริษัทว่า สิทธิออกเสียงลงคะแนนนั้นจะต้องเป็นสิทธิที่สมบูรณ์ด้วย กล่าวคือ ต้องดำเนินการตามวิธีที่ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย เช่น วิธีการส่งหนังสือเชิญประชุม การจัดประชุมใหญ่ องค์ประชุม การมอบฉันทะ เป็นต้น ทั้งนี้หากผู้ถือหุ้นคนใดมีส่วนได้เสียเป็นพิเศษในข้ออันใดซึ่งที่ประชุมจะลงมติ กฎหมายบัญญัติห้ามมิให้ผู้ถือหุ้นคนนั้นออกเสียงลงคะแนนด้วย ในข้อนั้น มิฉะนั้นอาจถือเป็นมติของที่ประชุมใหญ่อันผิดระเบียบซึ่งศาลอาจเพิกถอนมติดังกล่าวได้หากมีการร้องขอ[59]

2) สิทธิตรวจดูรายงานการประชุมกรรมการและรายงานการประชุมผู้ถือหุ้น รวมถึงสิทธิในการซักถามและขอดูเอกสารต่างๆ เพื่อรับทราบข้อมูลต่าง ๆ ของบริษัท อันอาจเป็นประโยชน์ต่อการวางแนวนโยบายหรือการคาดการณ์การลงทุนต่อไปในอนาคต ตลอดจนเพื่อตรวจสอบดูแลการทำงานของคณะกรรมการบริษัท

3) สิทธิฟ้องขอให้เพิกถอนมติของที่ประชุมใหญ่ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนข้อบังคับหรือกฎหมาย และ

---

[59] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1185 ประกอบมาตรา 1195.

4) สิทธิฟ้องกรรมการผู้ปฏิบัติงานให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท เมื่อบริษัทไม่ยอมฟ้องร้องดำเนินคดี และถ้ากรรมการทำให้บริษัทหรือผู้ถือหุ้นเสียหายเป็นส่วนตัวแล้ว ผู้ถือหุ้นก็อาจฟ้องร้องดำเนินคดีในนามตนเองหรือในนามของบริษัทก็ได้ด้วย

2.3.2.2 หน้าที่และความรับผิดของผู้ถือหุ้น โดยทั่วไปผู้ถือหุ้นคงมีหน้าที่และความรับผิดจำกัดเพียงแต่ต้องชำระค่าหุ้นตามจำนวนที่ยังชำระไม่ครบเท่านั้น ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ถือหุ้นมีหน้าที่และความรับผิด ดังนี้

1) ผู้ถือหุ้นต้องชำระค่าหุ้นจนเต็มจำนวน ผู้ถือหุ้นที่เข้าชื่อซื้อหุ้นในขณะบริษัทอยู่ระหว่างจัดตั้งหรือไม่ว่าจะซื้อหุ้นตอนไหนหรือซื้อจากใครก็ตาม ถ้าหุ้นนั้นยังชำระราคาไม่ครบถ้วน ผู้ถือหุ้นก็มีความผูกพันที่จะต้องรับผิดชำระค่าหุ้นให้แก่บริษัทจนครบถ้วน แต่หากหุ้นนั้นชำระราคาครบถ้วนแล้ว ผู้ถือหุ้นก็หมดภาระในการที่จะต้องชำระค่าหุ้นนั้นอีกต่อไป ทั้งนี้กรณีการเรียกเงิน ค่าหุ้นค้างชำระนั้น บริษัทจะต้องใช้สิทธิโดยสุจริต มิฉะนั้น ผู้ถือหุ้นอาจปฏิเสธไม่ชำระค่าหุ้น ค้างชำระดังกล่าวได้ เช่น กรณีกรรมการเรียกให้ชำระค่าหุ้นเฉพาะผู้ถือหุ้นบางคนเท่านั้นเป็นต้น และผู้ถือหุ้นจะต้องรับผิดใช้เงินค่าหุ้นเฉพาะหุ้นที่ตนเป็นผู้ถือโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ถ้าหุ้นนั้นรับโอนมาโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย การโอนนั้นย่อมเป็นโมฆะ ผู้รับโอนหุ้นนั้นก็ไม่ต้องรับผิดชำระเงินค่าหุ้นที่ค้างชำระอยู่ และแม้ผู้รับโอนจะได้แสดงให้ผู้อื่นหลงผิดว่าตนเป็นผู้ถือหุ้นบริษัทก็ไม่มีสิทธิเรียกให้ผู้รับโอนชำระค่าหุ้นนั้นได้

2) ผู้ถือหุ้นจะหักเงินค่าหุ้นกับหนี้ของบริษัทไม่ได้ หุ้นของบริษัทอาจเป็นหุ้นที่ออกให้เพื่อแทนคุณแรงงานหรือแลกกับทรัพย์สินอันเป็นการชำระด้วยสิ่งอื่นนอกเหนือจากเงินก็ได้ แต่ส่วนใหญ่หุ้นของบริษัทมักจะเป็นหุ้นที่ชำระด้วยเงิน ซึ่งผู้ถือหุ้นจะต้องชำระเป็นตัวเงินจนครบมูลค่าของหุ้น แม้ในกรณีที่บริษัทรับหุ้นมาแล้วขายไม่ได้ ผู้ถือหุ้นก็ยังคงมีหน้าที่ต้องชำระเงินค่าหุ้นนั้นอยู่ และถึงแม้บริษัทจะเป็นหนี้ผู้ถือหุ้นอยู่ ผู้ถือหุ้นจะขอให้หักหนี้นั้นกับค่าหุ้นที่ตนจะต้องชำระแก่บริษัท ก็ไม่ได้เช่นกัน เพราะกฎหมายมุ่งจะให้เงินค่าหุ้นนั้นเป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้ของบริษัทว่า ทุนเรือนหุ้นของบริษัทจะมีตามที่บริษัทได้จดทะเบียนไว้ เพราะฉะนั้นหากยอมให้ผู้ถือหุ้นหักหนี้ของบริษัทกับเงินค่าหุ้นก็เท่ากับเป็นการยอมให้บริษัทลดทุนโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง อันอาจจะส่งผลกระทบและเกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้ถือหุ้นรายอื่นและบุคคลภายนอกด้วย

3) ความรับผิดของผู้ถือหุ้นในหุ้นที่โอนไปแล้ว

(1) ความรับผิดในเงินค่าหุ้นต่อบริษัท ความรับผิดของผู้ถือหุ้นที่จะต้องชำระค่าหุ้นให้บริษัทจนครบถ้วนนั้น ย่อมสิ้นสุดลงเมื่อผู้ถือหุ้นได้โอนหุ้นไปให้ผู้อื่นโดยชอบแล้ว แม้หุ้นนั้นจะยังชำระราคาไม่ครบถ้วนก็ตาม ก็ถือว่าเป็นความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นคนใหม่จะต้อง

ชำระค่าหุ้นค้างชำระให้แก่บริษัทต่อไป และแม้ว่า ผู้ถือหุ้นคนใหม่จะไม่สามารถชำระค่าหุ้นนั้นได้ บริษัทก็จะเรียกให้ผู้ถือหุ้นเดิมชำระค่าหุ้นนั้นอีกไม่ได้แล้ว เพราะผู้ถือหุ้นเดิมไม่ได้อยู่ในฐานะเป็นผู้ถือหุ้น นั้นแล้ว ทั้งนี้เพราะความรับผิดนั้นเกิดขึ้นโดยการเป็นผู้ถือหุ้น เมื่อบริษัทยอม ให้มีการโอนหุ้นและรับเอาผู้อื่นเข้ามาถือหุ้นแทนแล้ว ผู้ถือหุ้นเดิมก็ย่อมจะพ้นความรับผิดไปทันที

(2) ความรับผิดต่อเจ้าหนี้ของบริษัท แม้ผู้ถือหุ้นที่โอนหุ้นไปแล้วจะไม่ต้องรับผิดต่อบริษัทอีกก็ตาม แต่ผู้ถือหุ้นที่โอนหุ้นไปแล้วอาจยังคงต้องรับผิดในเงินค่าหุ้นที่ยังไม่ได้ชำระต่อเจ้าหนี้ของบริษัทได้[60] ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้ผู้ถือหุ้นโอนหุ้นไปให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อหนีความรับผิดในเงินค่าหุ้นที่ตนยังชำระไม่ครบ อันอาจจะทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบเมื่อผู้รับโอนหุ้นไม่อยู่ในฐานะที่จะชำระเงิน ค่าหุ้นนั้นให้แก่เจ้าหนี้ของบริษัทได้

2.3.3 หลักการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้น

การที่บริษัทมีสภาพนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น ซึ่งมีผลทำให้บริษัทมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดเป็นของตนเอง สามารถครอบครองทรัพย์สิน ติดต่อทำธุรกิจ ทำสัญญากับบุคคลภายนอกหรือแม้กระทั่งทำกับผู้ถือหุ้นเองก็ได้ รวมทั้งมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีหรืออาจถูกฟ้องคดีก็ได้ด้วยและสามารถดำรงสภาพนิติบุคคลได้เสมอแม้ว่าจะมีการเปลี่ยนตัวผู้ถือหุ้นก็ตาม ทำให้เกิดแนวความคิดเรื่องหลักการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้นขึ้น กล่าวคือผู้ถือหุ้นแต่ละคนจะมีความรับผิดจำกัดเฉพาะเท่ากับจำนวนหุ้นที่ตนได้ลงไว้เท่านั้น กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นถือหุ้นไว้เป็นจำนวนเท่าใดก็ต้องรับผิดชอบที่จะจ่ายเงินตามจำนวนหุ้นที่ตนถือเท่านั้น และในกรณีที่บริษัทไปก่อหนี้สินขึ้น หนี้สินที่บริษัทก่อขึ้นก็ถือเป็นหนี้สินของบริษัทซึ่งมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากตัวผู้ถือหุ้น ดังนั้นบริษัทจะมาบังคับชำระหนี้ดังกล่าวเอาจากผู้ถือหุ้นไม่ได้ โดยผู้ถือหุ้นนั้นไม่ต้องรับผิดเป็นการส่วนตัวและไม่มีความรับผิดต่อบุคคลภายนอกด้วย เว้นแต่ผู้ถือหุ้นยังชำระค่าหุ้นที่ตนถือไม่ครบซึ่งกรณีนี้เจ้าหนี้บริษัทอาจเรียกให้ผู้ถือหุ้นส่งชำระเงินค่าหุ้นที่ค้างชำระก็ได้โดยใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้คือบริษัท

จากผลทางกฎหมายดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการเบื้องต้นของกฎหมายบริษัท คือ “หลักการดำรงรักษาทุน” กล่าวคือ บริษัทจะต้องดำรงรักษาทุนไว้เพื่อเป็นหลักประกันในการดำเนินกิจการและเป็นหลักประกันในการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ของบริษัทอีกด้วย อันสะท้อนถึงความน่าเชื่อถือที่จะดำเนินธุรกิจกับบริษัทดังกล่าวโดยดูจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 ที่กำหนดให้ผู้ถือหุ้นต้องชำระเงินเต็มตามจำนวนหุ้นที่จองไว้ การจ่ายเงินปันผลต้องจ่ายจากกำไรของบริษัท การห้ามบริษัทออกหุ้นที่มี

---

[60] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1133.

มูลค่าต่ำกว่ามูลค่าที่ตราไว้ (Par value) การห้ามบริษัทเป็นเจ้าของหุ้นหรือรับจำนำหุ้นของตนเอง และการลดทุนของบริษัทต้องดำเนินการภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติ เป็นต้น จึงพอสรุปได้ว่า บริษัทเป็นองค์กรธุรกิจที่ต้องจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลเสมอ ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกหลายราย มาร่วมลงทุนกัน โดยมีการแบ่งทุนออกเป็นหน่วย ๆ เรียกว่าหุ้น โดยแต่ละหุ้นจะมีมูลค่าเท่า ๆ กัน และสมาชิกที่ร่วมลงทุนนั้นเรียกว่าผู้ถือหุ้น ซึ่งจะมีความรับผิดจำกัดเท่ากับจำนวนหุ้นที่ตนถือไว้เท่านั้น ดังนั้นหากผู้ถือหุ้นชำระค่าหุ้นที่ตนถือครบถ้วนแล้ว ผู้ถือหุ้นย่อมไม่ต้องรับผิดเป็นการส่วนตัวต่อหนี้สินของบริษัทอีก

2.3.4 หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท (Lifting or Piercing the Corporate Veil)

จากหลักการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้นที่ให้ผู้ถือหุ้นแต่ละคนมีความรับผิดจำกัดเท่ากับจำนวนหุ้นที่ตนได้ลงไว้ในบริษัทเท่านั้น ทำให้เมื่อกรรมการบริหารจัดการงานให้บริษัทได้รับความเสียหาย ผู้ถือหุ้นนั้นก็ไม่ต้องรับผิดเป็นการส่วนตัวต่อบริษัท หรือในกรณีที่บริษัทไปก่อหนี้สินหรือสร้างความเสียหายขึ้นย่อมถือว่าเป็นหนี้สินหรือความรับผิดของบริษัทซึ่งมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากตัวผู้ถือหุ้นแล้ว ดังนั้นบริษัทหรือบุคคลภายนอกนั้นจะบังคับให้ผู้ถือหุ้นชำระหนี้ดังกล่าวแทนบริษัทไม่ได้ เว้นแต่ผู้ถือหุ้นนั้นจะยังชำระค่าหุ้นที่ตนถือไม่ครบถ้วนซึ่งในกรณีนี้เจ้าหนี้ของบริษัทอาจใช้สิทธิเรียกร้องได้เฉพาะแต่เงินค่าหุ้นที่ผู้ถือหุ้นค้างชำระเท่านั้นแต่จะเรียกให้ผู้ถือหุ้นรับผิดนอกเหนือจากนั้นมิได้ หลักการดังกล่าวนี้เองทำให้การจัดตั้งนิติบุคคลในรูปบริษัทจำกัดได้รับความนิยมอย่างแพร่หลายในหมู่ผู้ประกอบธุรกิจและผู้ลงทุนซึ่งร่วมกันจัดตั้งบริษัทเพื่อจำกัดความรับผิดชอบของตนอันเป็นไปตามผลของกฎหมายซึ่งเป็นการรวมตัวกันเพื่อวัตถุประสงค์ที่สำคัญประการหนึ่งคือให้ผู้ร่วมลงทุนทราบถึงขอบเขตความรับผิดของตน[61] ทำให้ในบางกรณีบุคคลผู้มีเจตนาไม่สุจริต ย่อมอาศัยประโยชน์จากการตั้งบริษัทเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวโดยมิชอบหรือเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดทางกฎหมายต่อบริษัทหรือบุคคลภายนอก กล่าวคือการใช้สิทธิเกี่ยวกับสภาพนิติบุคคลของบริษัทไปในทางที่ไม่ถูกต้อง โดยจัดตั้งบริษัทเพื่อให้รับผิดแทนตนนั่นเอง

ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้ประเทศในระบบกฎหมายจารีตประเพณีและประเทศในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรในหลายประเทศ จึงนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทมาพิจารณาโดยมีชื่อเรียกว่า Lifting or Piercing the Corporate Veil ซึ่งหมายถึง การยกหรือเจาะม่านหรือเปิดฉากของบริษัทซึ่งมีสภาพนิติบุคคลออกไป เพื่อพิจารณาไปถึงบุคคลที่อยู่เบื้องหลังบริษัท

---

[61] นิวิษฐชัย สำเนาพันธุ์. (2529). **ความรับผิดของผู้ถือหุ้นและกรรมการของบริษัทภายใต้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทจำกัด**. บทนำ หน้า 14.

และใช้บริษัทเป็นเครื่องบังหน้า หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า Disregarding the Corporate Entity ซึ่งหมายถึง การไม่คำนึงถึงสภาพความเป็นตัวตนของบริษัท นั่นคือ ไม่ถือว่าบริษัทมีตัวตนหรือมี สภาพบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น[62] ซึ่งการใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทนั้น จะมีผลทางกฎหมายที่สำคัญ คือ จะถือว่าบริษัทเป็นบุคคลคนเดียวกันกับผู้ถือหุ้น ดังนั้นผู้ถือหุ้นหรือกรรมการของบริษัทซึ่งเป็นบุคคลที่อยู่เบื้องหลังบริษัทและใช้สภาพนิติบุคคลของบริษัทเป็นหุ่นเชิด เครื่องกำบังหรือม่านบังหน้า เพื่อกระทำการอันใดเป็นประโยชน์ส่วนตัวโดยมิชอบ โดย ไม่สุจริต ฉ้อฉล หรือเพื่อหลีกเลี่ยงหน้าที่หรือความรับผิดตามกฎหมายที่ตนเองควรจะเป็นผู้มีหน้าที่หรือความรับผิดนั้น หรือใช้บริษัทกระทำการโดยมีวัตถุประสงค์ที่มิชอบอื่นใด จะต้องร่วมรับผิดกับบริษัทโดยไม่จำกัดจำนวนในหนี้สินทั้งหมดที่บริษัทของตนได้ก่อขึ้นด้วย และมีผลทำให้ผู้ถือหุ้น มิอาจอ้างการจำกัดความรับผิดได้ โดยผู้ถือหุ้นต้องรับผิดต่อบริษัทเกินกว่าที่เขาต้องจ่ายเงินค่าหุ้น หรือผู้ถือหุ้นต้องรับผิดนอกเหนือจากที่ตนได้ตกลงว่าจะจ่ายเงินค่าหุ้นของตนตามมูลค่าหุ้นที่ตนถือให้แก่เจ้าหนี้ของบริษัทโดยตรง ทั้งนี้ถือเป็นการพิจารณาหาตัวผู้ต้องรับผิดชอบโดยแท้จริง ซึ่งหลักการดังกล่าวถือเป็นหลักที่ผ่อนคลายความเข้มงวดของหลักสภาพนิติบุคคลที่เคร่งครัดว่าบริษัทมีสภาพนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นโดยเด็ดขาด และเป็นข้อยกเว้นในบางกรณีของหลักความรับผิดโดยจำกัดจำนวนตามมูลค่าหุ้นที่ผู้ถือหุ้นถืออยู่ในบริษัท ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อบุคคลภายนอก โดยเมื่อใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทนี้แล้วมิได้ทำให้บริษัทสิ้นสภาพนิติบุคคลไป กล่าวคือ บริษัทยังคงประกอบกิจการได้ตามปกติ เพียงแต่จะพิจารณาไปถึงบุคคลที่อยู่เบื้องหลังบริษัทซึ่งใช้บริษัทเป็นเครื่องกำบังหรือเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดโดยมิชอบและเป็นบุคคลที่ควรจะต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกเป็นการส่วนตัวอย่างแท้จริง ซึ่งถือเป็นการขยายความรับผิดของบุคคลดังกล่าวออกไป เช่น ผู้ถือหุ้นหรือกรรมการที่ไม่สุจริตจะต้องร่วมรับผิดเป็นส่วนตัวโดยไม่จำกัดจำนวนในหนี้สินทั้งหมดของบริษัท[63] โดยถือว่ามิได้เป็นบุคคลแยกต่างหากจากบริษัท ทั้งนี้พิจารณาจากวัตถุประสงค์หรือเจตนาของบุคคลซึ่งซ่อนอยู่เบื้องหลังบริษัท ซึ่งจะทำให้บุคคลผู้มีเจตนาไม่สุจริตไม่อาจแสวงหาประโยชน์โดยอ้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับสภาพนิติบุคคลเป็นเกราะกำบังหรือเชิดบริษัทนั้นกระทำการแทนตนได้และไม่อาจหลีกเลี่ยงความรับผิดทางแพ่งส่วนตัวเพื่อให้บริษัทซึ่งตนเชิดตั้งขึ้นต้องรับผิดแทนตนได้

ในประเทศอังกฤษมีการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทมาผ่อนคลายหลักที่ถือว่าบริษัทเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น โดยมีทั้งบทบัญญัติทางกฎหมายและการตีความของศาลซึ่งมีผลทำให้ผู้ถือหุ้นหรือกรรมการต้องร่วมรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวนในบรรดา

---

[62] แหล่งเดิม. หน้า 11.

[63] แหล่งเดิม. หน้า 15-16.

หนี้สินของบริษัทเสมือนว่าเป็นบุคคลคนเดียวกับบริษัทนั้น ทั้งนี้เพื่อป้องกันการกระทำอันไม่เป็นธรรมหรือเอาเปรียบ ฉ้อฉลหลอกลวงของผู้ถือหุ้นหรือกรรมการนั้น

สำหรับในประเทศไทยมีการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทมาใช้บังคับอยู่บ้างในรูปของบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติห้ามการค้าขายกับชนชาติเป็นศัตรู พุทธศักราช 2460 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2521 เป็นต้น และ แม้ในอดีตจะมีการนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้แต่ก็ยังคงเป็นแนวทางที่ไม่ค่อยมีบทบาทสำคัญกว้างขวางมากนักเนื่องจากหลักการดังกล่าวมิได้มีกฎหมายบัญญัติโดยชัดแจ้งและศาลส่วนใหญ่มักจะยึดถือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1015 ที่ถือว่าบริษัทเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้ถือหุ้นอย่างเคร่งครัด อย่างไรก็ตามเห็นได้ว่าในปัจจุบันแนวคำพิพากษาของศาล[64] ได้มีการนำหลักการดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาคดีด้วยเช่นกัน[65]

2.3.5 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัท

แนวคิดทางกฎหมายนั้นบริษัทเป็นองค์กรธุรกิจที่ประกอบด้วยสมาชิกหลายรายที่เข้ามาร่วมลงทุนกันโดยการเข้าซื้อหุ้นที่ออกจำหน่ายโดยบริษัทนั้นเองเพื่อหวังผลตอบแทนในรูปเงินปันผลจากกำไรของบริษัท และเมื่อบริษัทได้รับการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลเสมือนเป็นอีกบุคคลหนึ่งแยกออกจากผู้ถือหุ้นโดยผลของกฎหมายที่รับรองสถานะและสิทธิเท่าที่พึงมีได้ในนิติบุคคลดังกล่าว ทำให้ผู้ถือหุ้นที่ซื้อหุ้นไปนั้นจะจำกัดความรับผิดของตนเองไว้เพียงไม่เกินจำนวนหุ้นที่ตัวเองถือเท่านั้น ดังนั้นความสัมพันธ์พื้นฐานของบริษัทและผู้ถือหุ้นจึงไม่เกี่ยวข้องโดยตรงต่อกัน ความรับผิดที่เกิดขึ้นโดยบริษัทย่อมไม่ผูกพันต่อผู้ถือหุ้น เพราะถือว่าบริษัทมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นแล้วนับตั้งแต่จดทะเบียนจัดตั้งบริษัท ผู้ถือหุ้นมีนิติสัมพันธ์กับบริษัทในเชิงความรับผิดเพียงมูลหนี้เท่าที่ตนมีอยู่ต่อบริษัท คือการชำระค่าหุ้นให้ครบถ้วนตามจำนวนที่ตนถือเท่านั้น ในขณะที่บริษัทก็มีนิติสัมพันธ์ต่อผู้ถือหุ้นในการจ่ายผลตอบแทน คือ เงินปันผล

---

[64] คำพิพากษาฎีกาที่ 7104/2546 โดยวินิจฉัยให้กรรมการในฐานะผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัทหากการกระทำนั้นกรรมการได้กระทำไปโดยไม่มีกฎหมายสนับสนุนให้กระทำเช่นนั้นได้ ต้องถือว่ากรรมการกระทำต่อผู้เสียหายโดยผิดกฎหมายอันเป็นการละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งกรรมการบริษัทในฐานะตัวแทนของบริษัทและในฐานะส่วนตัวร่วมกันทำละเมิดต่อโจทก์ บริษัทและกรรมการในฐานะส่วนตัวจึงต้องรับผิดร่วมกัน.

[65] พิชัย พันภัย. (2550, สิงหาคม). “ศาลไทยไม่ยอมรับหลัก Piercing the Corporate Veil จริงหรือ.” **วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์, 2, 8**. หน้า 27-50.

ให้แก่ผู้ถือหุ้นในกรณีที่บริษัทมีกำไรและมีมติให้จ่ายเงินปันผลแก่ผู้ถือหุ้นตามสัดส่วนของการถือหุ้นในบริษัทที่ผู้ถือหุ้นพึงจะได้รับเท่านั้น[66]

แต่อย่างไรก็ตามอาจถือได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัทนั้นเกิดขึ้นจากการที่ผู้ถือหุ้นถือหุ้น ซึ่งหุ้นนั้นเป็นตัวก่อให้เกิดสิทธิบางประการในการเข้าครอบงำกิจการของบริษัท และการตกลงระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นเองอาจก่อให้เกิดความผูกพันบางประการทำให้บริษัทต้องดำเนินการตามมติของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นนั้นด้วย เช่น การมีมติให้บริษัทเพิ่มทุนหรือลดทุน ซึ่งมติดังกล่าวเกิดจากการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นผ่านคะแนนเสียงที่ลงตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นมติพิเศษ หากมติดังกล่าวเป็นมติที่ออกมาภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทแล้วย่อมผูกพันให้บริษัทต้องปฏิบัติตาม แม้ว่าโดยหลักผู้ถือหุ้นจะเป็นเพียงแค่ผู้ลงทุนเพื่อหวังเงินปันผลอันเกิดจากการดำเนินงานให้เป็นไปในแนวทางที่ก่อให้เกิดผลกำไรแก่บริษัทและการดำเนินการของบริษัทจะเป็นหน้าที่ของกรรมการซึ่งถือเป็นผู้แทนนิติบุคคลก็ตาม ผลดังกล่าวย่อมเป็นบทพิสูจน์ได้ว่าแม้โดยหลักทั่วไป ผู้ถือหุ้นไม่มีหน้าที่ต่อบริษัทและไม่มีหน้าที่ต่อผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง เพราะผู้ถือหุ้นมิใช่เป็นตัวแทนของบริษัทและมิใช่เป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นด้วยกันเองทั้งมิใช่เจ้าของทรัพย์สินในบริษัทก็ตาม แต่ในต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) ถือว่าผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ซึ่งมักมีอำนาจควบคุมการบริหารงานของบริษัทนั้น ไม่อาจใช้คะแนนเสียงส่วนใหญ่ของตนลงมติให้เป็นที่เสียหายแก่บริษัทหรือผู้ถือหุ้นอื่นได้ แม้ว่าจะมีความเห็นอีกทางหนึ่งว่าสิทธิในการลงคะแนนเสียงเป็นสิทธิในทางทรัพย์สินซึ่งผู้ถือหุ้นอาจใช้ในทางใด ๆ เพื่อประโยชน์ส่วนตัวของตนได้ก็ตาม แต่ก็เห็นได้ว่าผู้ถือหุ้นมีหน้าที่ต้องลงคะแนนเสียงโดยสุจริตเพื่อประโยชน์โดยรวมของบริษัท ผู้ถือหุ้นซึ่งมีเสียงข้างมากจะใช้เสียงข้างมากเพื่อลงมติในทางฉ้อฉลหรือเบียดบังเอาทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์ของบริษัทหรือที่ควรตกได้แก่ผู้ถือหุ้นส่วนน้อยมาเป็นของตนมิได้ อันแสดงให้เห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกับผู้ถือหุ้นนั้นเป็นไปในเชิงต่างฝ่ายต่างเอื้อประโยชน์ต่อกัน

2.3.6 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับผู้ถือหุ้น

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับผู้ถือหุ้นนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายมิได้มีข้อกำหนดใดกำหนดถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับผู้ถือหุ้นไว้โดยตรง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นแต่ละคนย่อมเป็นเอกเทศต่อกัน ไม่มีพันธะใด ๆ ต่อกัน เพราะผู้ถือหุ้นแต่ละคนเข้ามาร่วมลงทุนโดยมีวัตถุประสงค์เพียงแค่หวังผลตอบแทนในรูปของเงินปันผลจากบริษัทที่ตนเข้าถือหุ้นเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดีหากผู้ถือหุ้นแต่ละคนมุ่งในผลประโยชน์ของตนโดยขาดความสัมพันธ์อันดี

---

[66] ปิติพงศ์ อาชามงคล. เล่มเดิม. หน้า 44.

ต่อกันแล้ว บริษัทก็อาจจะดำเนินกิจการไปคนละแนวทางเดียวกันและผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นก็อาจไม่มีทางที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่แต่ละคนคาดหวังไว้เช่นนั้นได้

กฎหมายจึงได้กำหนดบทบัญญัติขึ้นเพื่อควบคุมบริษัทแต่มีผลโดยทางอ้อมให้ผู้ถือหุ้นแต่ละคนนั้นยังคงมีความสัมพันธ์ต่อกันในเชิงตัวแทนกันอยู่บ้างในบางประการ ซึ่งการใช้สิทธินั้นบางครั้งมิได้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธินั้นแต่เพียงผู้เดียว แต่ในทางกลับกันการใช้สิทธินั้นเป็นการใช้เพื่อประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นทั้งหมด ซึ่งเป็นการก่อประโยชน์ร่วมกัน อาทิเช่น การใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากกรรมการของบริษัทในกรณีที่กรรมการผู้นั้นเป็นผู้ทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท หรือการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนในเรื่องใดที่เกิดประโยชน์แก่บริษัทโดยตรง แม้ว่า ผู้ถือหุ้นอื่นใดจะมิได้ใช้สิทธินั้นด้วยก็พึงเห็นได้ว่าสิทธิที่ใช้ไปนั้นก็ใช้ไปเพื่อผู้ถือหุ้นทั้งหลาย ด้วยเช่นกัน นอกเหนือจากความสัมพันธ์ที่มีอยู่ตามกฎหมายแล้ว ผู้ถือหุ้นแต่ละคนโดยอิสระแห่งตน ที่มีอยู่ย่อมสามารถเข้าทำความตกลงกับผู้ถือหุ้นอื่นในการเข้าผูกพันกันในความสัมพันธ์ระหว่าง ผู้ถือหุ้นด้วยกันเองว่าจะเป็นประการใด ตราบใดที่ผู้ถือหุ้นนั้นมีความสามารถจะเข้าทำความตกลงนั้นได้ เช่น สัญญาผู้ถือหุ้น ดังนั้นความสัมพันธ์ของผู้ถือหุ้นจึงเกิดขึ้นได้ไม่ว่าจะโดยผลของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือโดยผลแห่งข้อตกลงในลักษณะเชิงสัญญาก็ได้เช่นเดียวกัน

2.4 กรรมการบริษัท

2.4.1 ฐานะทางกฎหมายของกรรมการ

ในส่วนของบริษัทจำกัดนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1144 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการจัดการบริษัทจำกัดไว้ว่า ให้บริษัทจำกัดมีกรรมการคนหนึ่งหรือหลายคนก็ได้จัดการใด ๆ ตามข้อบังคับของบริษัท และภายในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทตามที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิด้วย ทั้งนี้การจัดการนั้นกรรมการจะต้องดำเนินการภายใต้การครอบงำของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นทั้งปวง โดยฐานะตามกฎหมายของกรรมการบริษัท มีแนวความคิดเห็นที่แตกต่างกันออกไป ดังนั้นการที่จะกำหนดฐานะที่แน่นอนตายตัวของกรรมการบริษัทที่พึงมีความสัมพันธ์กับบริษัทว่าจะเป็นไปในฐานะใดนั้นดูค่อนข้างยากที่จะกำหนดได้[67] อย่างไรก็ตามอาจจำแนกแนวความคิดทางกฎหมายของฐานะกรรมการออกเป็น 2 ฐานะ คือ

[67] Geoffrey Morse. (1983). **Charlesworth and Cain Company Law**. p. 366.

2.4.1.1 กรรมการในฐานะเป็นตัวแทนตามกฎหมาย (as agents) เป็นแนวความคิดทางกลุ่มประเทศในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) สืบเนื่องมาจากความคิดที่เชื่อในทฤษฎีสมมุติ หรือทฤษฎีตัวตน (Fiction หรือ Entity Theory) ที่ว่าบริษัทย่อมมีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นของบริษัท และผู้แทนของบริษัทก็ต้องมีสภาพบุคคลเป็นของตนเองแยกจากบริษัทด้วยเช่นกัน ดังนั้น ผู้กระทำการแทนบริษัทจึงได้แก่ตัวแทนของบริษัทไม่ใช่ผู้แทนของบริษัทนั้น ดังจะเห็นได้จากแนวคำพิพากษาของศาลประเทศอังกฤษคดี Forguson v. Wilson ซึ่งท่านผู้พิพากษา Cairns L.J. ได้วินิจฉัยไว้ว่า[68]

"กรรมการของบริษัท เป็นเพียงตัวแทนของบริษัทเท่านั้น โดยสภาพของบริษัทแล้ว บริษัทย่อมไม่สามารถกระทำการใดได้ด้วยตนเอง ทั้งนี้เพราะบริษัทนั้นไม่มีตัวตน บริษัทเพียงแต่กระทำการโดยผ่านทางกรรมการ และในความสัมพันธ์ของกรรมการกับบริษัท ก็เป็นกรณีโดยทั่วไปของตัวการและตัวแทนเท่านั้น กล่าวคือ เมื่อตัวแทนจำต้องรับผิด ก็คือความรับผิดของบรรดากรรมการบริษัท ส่วนในกรณีความรับผิดเฉพาะที่พึงมีต่อตัวการเท่านั้นแล้ว ก็ย่อมเป็นความรับผิดที่พึงมีต่อบริษัทนั่นเอง"

ดังนั้น จึงถือได้ว่าบริษัทย่อมมีฐานะเป็นตัวการสามารถกระทำการต่าง ๆ ได้โดยผ่านทางกรรมการบริษัทซึ่งถือเป็นตัวแทนของบริษัทนั้น ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลได้วางแนวคำพิพากษาคล้ายคลึงกับประเทศอังกฤษว่า กรรมการของบริษัทย่อมถือเสมือนหนึ่งว่าเป็นตัวแทนของบริษัท[69]เช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นที่แตกต่างกันว่า เนื่องจากบริษัทไม่อาจมองเห็นตัวตนได้ และเป็นบุคคลที่สมมุติให้มีขึ้น ดังนั้นบริษัทจำต้องกระทำการต่าง ๆ โดยอาศัยมนุษย์เป็นเครื่องมือ บรรดาธุรกิจและกิจการทั้งปวงของบริษัทย่อมตกเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการบริษัทซึ่งบรรดาผู้ถือหุ้นได้เลือกขึ้นมา ดังนั้น หากจะพิจารณากันโดยเคร่งครัดกรรมการบริษัทเหล่านั้นความจริงแล้วไม่น่าจะเข้าอยู่ในความหมายการเป็นตัวแทนของบริษัท ทั้งนี้เพราะเหตุผลว่า แม้กรรมการที่ประกอบเข้าอยู่ในรูปคณะกรรมการบริษัทจะกระทำกิจการใด ๆ ในนามและเพื่อประโยชน์ของบริษัท โดยไม่จำต้องรับผิดต่อบรรดาสัญญาต่างๆซึ่งเป็นของบริษัทที่ตนได้เข้ากระทำไปภายในขอบอำนาจดังเช่นบุคคลผู้เป็นตัวแทนก็ตาม แต่จะเห็นได้ว่ากรรมการบริษัทกลับเป็นผู้ที่สามารถเข้าควบคุมบริหารงานของบริษัทได้ ในขณะที่โดยทั่วไปแล้วย่อมไม่มีตัวแทนผู้ใดที่จะสามารถเข้าทำการควบคุมบุคคลผู้เป็นตัวการได้ นอกเหนือไปจากนั้นไม่เพียงแต่การที่เหล่ากรรมการบริษัทจะต้องกระทำกิจการต่าง ๆ ในนามและเพื่อประโยชน์ของบริษัทแล้วเท่านั้น

---

[68] Gower L.C.B. (1979). **Gower's Principles of Modern Company Law**. p. 139.

[69] Knepper, William E. (1978). **Liability of Corporate Officers and Directors**. p. 13 (อ้างถึงใน สมชัย วิชญไพศิฐสกุล, 2530 : 4).

หากบริษัทปราศจากคณะกรรมการบริษัท หรือผู้ที่มีอำนาจตามหน้าที่ที่จะกระทำการในลักษณะเช่นเดียวกับคณะกรรมการบริษัทเสียแล้ว บริษัทก็ไม่สามารถที่จะกระทำการได้แต่ประการใด ฉะนั้นเมื่อพิจารณาถึงแนวความคิดดังกล่าวจึงมีลักษณะที่คล้ายกับจะถือว่า กรรมการบริษัทมีฐานะเสมือนเป็นผู้แทนของบริษัทเสียมากกว่า[70]

2.4.1.2 กรรมการในฐานะเป็นผู้แทนตามกฎหมาย (as representative) เป็นแนวความคิดทางกลุ่มประเทศในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) ซึ่งเชื่อในทฤษฎีองคาพยพ (Organic Theory) ว่าแม้บริษัทจะมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามคงปฏิเสธไม่ได้ว่าแท้จริงแล้วนั้นสภาพบุคคลที่เกิดขึ้นเป็นเพียงสิ่งที่กฎหมายสมมุติขึ้น บริษัทไม่มีตัวตนแท้จริงที่จะสามารถแสดงออกซึ่งความประสงค์ได้ด้วยตนเองเหมือนดังเช่นบุคคลธรรมดา ดังนั้นการแสดงออกของบริษัทจึงจำเป็นต้องมีผู้ที่ทำหน้าที่ในการแสดงความประสงค์และกระทำการนั้นแทนบริษัท ซึ่งก็คือ “ผู้แทน” (Representative) และถือว่าผู้แทนทำหน้าที่เป็นเสมือนหนึ่งอวัยวะ (Organ) ที่สำคัญเป็นส่วนหนึ่งส่วนเดียวกันกับ นิติบุคคลนั้น ทำให้บริษัทย่อมไม่อาจแยกออกจากผู้แทนของบริษัทได้ ในขณะเดียวกับผู้แทนก็ไม่อาจแบ่งแยกตนเองออกจากบริษัทได้เช่นกัน

ในส่วนของประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 70 ได้ถือว่ากรรมการเป็นผู้แทนของบริษัท แต่เนื่องมาจากการที่ไม่มีบทบัญญัติกำหนดไว้เป็นการเฉพาะเพื่อการใช้บังคับในส่วนที่เกี่ยวด้วยผู้แทน เป็นผลทำให้มาตรา 1167 ต้องวางหลักให้ความเกี่ยวพันระหว่างกรรมการและบริษัทและบุคคลภายนอกนั้นให้บังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน กล่าวคือ การบัญญัติกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ก็เพียงมีผลทำให้กรรมการซึ่งมีฐานะเป็นผู้แทนของบริษัทตามกฎหมายนั้นเป็นเสมือนหนึ่งตัวแทนของบริษัทเท่านั้น หาใช่ตัวแทนโดยแท้จริงไม่[71]ดังนั้น ถ้ากรรมการปฏิบัติงานและก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น บริษัทก็ต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายตามมาตรา 76 และในฐานะที่กรรมการเป็นเสมือนหนึ่งตัวแทนของบริษัทเมื่อกรรมการปฏิบัติงานไปตามอำนาจหน้าที่ บริษัทย่อมต้องรับผิดชอบในการกระทำของกรรมการในฐานะที่บริษัทเป็นเสมือนหนึ่งตัวการด้วย ส่วนกรรมการนั้นไม่ต้องรับผิดเป็นการส่วนตัว เช่น กรณีที่กรรมการบริษัทลงลายมือชื่อในเช็คประทับตราของบริษัท โดยไม่ได้ให้กรรมการอีกคนหนึ่งลงลายมือชื่อด้วยตามข้อบังคับของบริษัท แต่เมื่อบริษัทยอมรับว่าเป็นการออกเช็คเพื่อค้ำประกันเงินกู้ของบริษัท จึงเท่ากับว่าเป็นการที่บริษัทในฐานะเป็นเสมือนตัวการได้ให้สัตยาบันต่อการกระทำของกรรมการซึ่งเป็นเสมือนตัวแทนของบริษัทแล้ว ดังนั้นกรรมการบริษัทย่อมไม่ต้องรับผิดเป็นส่วนตัว

---

[70] สมชัย วิชญไพศิฐสกุล. เล่มเดิม. หน้า 5.

[71] โสภณ รัตนากร . เล่มเดิม. หน้า 376.

และบริษัทย่อมต้องรับผิดตามเช็คนั้น ทั้งนี้ตามมาตรา 1167 ประกอบด้วยมาตรา 823 นอกจากนี้ การกระทำของกรรมการซึ่งเกินอำนาจตามข้อบังคับของบริษัทนั้น บริษัทก็อาจให้สัตยาบันได้ทำนองเดียวกับตัวการให้สัตยาบันการกระทำที่เกินอำนาจของตัวแทนหรือบริษัทอาจต้องรับผิดเพราะการเชิดให้กรรมการเป็นตัวแทนด้วยก็ได้เช่นกัน

2.4.2 ความสัมพันธ์ของกรรมการและผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด

ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) เนื่องจากให้ความสำคัญว่านิติบุคคลคือภาวะที่กฎหมายให้มีสภาพบุคคลและถือว่านิติบุคคลเป็นเพียงกลไกและรูปแบบในการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ จึงถือว่าความรับผิดและสิทธิหน้าที่ของบริษัทแยกออกจากกรรมการและผู้ถือหุ้นของบริษัทอย่างเด็ดขาด ดังนั้น กรรมการและผู้ถือหุ้นไม่ต้องรับผิดในหนี้สินของบริษัท คือมองสภาพนิติบุคคลเหมือนม่านหรือฉากที่ปิดบุคคลต่าง ๆ ที่รวมกันเป็นนิติบุคคลไว้ ดังนั้นบุคคลต่าง ๆ จึงไม่ต้องผูกพันต่อกันตามสิทธิและหน้าที่ของบริษัท ผู้ถือหุ้นและกรรมการจึงไม่ต้องรับผิดในหนี้สินของบริษัทเป็นส่วนตัว[72]

ส่วนในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) บริษัทมีสภาพนิติบุคคล ในขณะเดียวกันมีกรรมการเป็นผู้แทนของบริษัท ส่วนผู้ถือหุ้นก็ถือว่ามีสภาพบุคคลของตนเองอยู่ด้วย ดังนั้นจึงอาจถือได้ว่ากรรมการและผู้ถือหุ้นเป็นบุคคลที่มีสองฐานะ คือในฐานะส่วนตัวและฐานะเพื่อบริษัท ซึ่งฐานะทั้งสองฐานะจะกระทำหน้าที่ขัดแย้งต่อกันไม่ได้ มิฉะนั้นย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่ออีกฐานะหนึ่ง และการพิจารณาความรับผิดในหนี้สินของบริษัทว่ากรรมการและผู้ถือหุ้นจะต้องรับผิดเป็นส่วนตัวหรือไม่ เพียงใดนั้น ต้องพิจารณาตามหลักธรรมดา กล่าวคือ หลักที่ว่าผู้กระทำและผู้สั่งผู้ใช้ให้กระทำการใดๆจะต้องรับผิดชอบในผลแห่งการนั้น ๆ[73]

ในส่วนของกฎหมายประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติให้อำนาจในการบริหารจัดการงานบริษัทเป็นของกรรมการซึ่งถือเป็นผู้แทนของบริษัทต้องจัดการตามข้อบังคับบริษัทและอยู่ภายใต้การครอบงำของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นทั้งปวง ซึ่งที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นนั้นจะกำหนดนโยบายและวางกฎเกณฑ์ข้อบังคับต่าง ๆ ในบริษัท รวมถึงมีอำนาจแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการบริษัทด้วย จะเห็นได้ว่าโดยความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการและผู้ถือหุ้นนั้นมิได้มีความสัมพันธ์กันโดยตรง กล่าวคือ กรรมการถือเป็นผู้แทนของบริษัท มิใช่ผู้แทนหรือตัวแทนของผู้ถือหุ้น ส่วนผู้ถือหุ้นก็มีหน้าที่และความรับผิดจำกัดเพียงชำระค่าหุ้นให้ครบถ้วนตามจำนวนที่ตน

---

[72] ชัยนันท์ งามขจรกุลกิจ. (2531). **ความรับผิดของนิติบุคคลและความรับผิดของกรรมการนิติบุคคลต่อบุคคลภายนอก: ศึกษากรณีบริษัท**. หน้า 31-32.

[73] แหล่งเดิม.

ถือเท่านั้น และไม่ต้องรับผิดเป็นการส่วนตัวในความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นจากการกระทำของกรรมการหรือของบริษัท แต่อย่างไรก็ตามคงจะปฏิเสธไม่ได้ว่าการที่กฎหมายให้อำนาจผู้ถือหุ้นในการแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการและการกระทำต่างๆของกรรมการต้องอยู่ภายใต้การครอบงำของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นทั้งปวงนั้น ทำให้ผู้ถือหุ้นอาจเข้ามามีอิทธิพลต่อการบริหารจัดการกิจการของกรรมการบริษัทได้เป็นอย่างมาก

2.5 หลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ (Conflict of interest)

จากหลักการ แนวคิดและทฤษฎีต่าง ๆ ย่อมเป็นที่ตระหนักดีว่า หากรัฐมนตรีหรือผู้นำของรัฐเป็นผู้มีส่วนได้เสียระหว่างผลประโยชน์ส่วนตน (personal interest) ขัดกับผลประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์สาธารณะ (public interest) กล่าวคือ การได้หรือการเสียประโยชน์อันหนึ่งย่อมได้แก่การเสียหรือการได้ประโยชน์อีกอันหนึ่ง ทำให้เกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ ซึ่งหากผู้นำหรือผู้บริหารรัฐนั้นเลือกคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนตัวมากกว่าผลประโยชน์สาธารณะ บุคคลนั้นย่อมต้องอาศัยโอกาสในตำแหน่งหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจจากประชาชนมาแสวงหาประโยชน์ส่วนตนโดยมิชอบอันนำไปสู่การกระทำที่ไม่สมควรหรือเป็นการทุจริตคอรัปชั่นและบิดเบือนการใช้อำนาจนั้นในทางที่มิควร (abuse of power) ในที่สุดย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศนั้นอย่างเลี่ยงไม่ได้[74] ดังนั้น หากเปรียบรัฐเป็นเสมือนหนึ่งบริษัท รัฐสภาหรือสภาผู้แทนราษฎรย่อมเปรียบเสมือนเป็นที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาย่อมเปรียบเสมือนเป็นกรรมการของบริษัท ในทางกลับกัน หากมองในรูปของบริษัท เมื่อมีการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดแล้ว ย่อมถือว่าบริษัทเป็นบุคคลสมมติในทางกฎหมาย ดังนั้น การแสดงออกถึงความประสงค์และการประกอบกิจการต่าง ๆ ของบริษัทจำต้องแสดงออกโดยผ่านผู้แทนของบริษัทซึ่งได้แก่ กรรมการของบริษัท โดยกรรมการจะเป็นผู้แสดงความประสงค์หรือมีอำนาจกระทำการแทนบริษัทถือเสมือนหนึ่งเป็นการกระทำของบริษัทเอง ดังนั้นหากกรรมการมีผลประโยชน์ส่วนตัวขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัทแล้ว ย่อมทำให้กรรมการมีฐานะเสมือนหนึ่งสวมหมวกสองใบมี 2 ฐานะ กล่าวคือ ฐานะหนึ่งต้องรักษาผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นส่วนรวม ในขณะที่อีกฐานะหนึ่งกลับย่อมต้องการแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเองและพวกพ้อง ซึ่งหากกรรมการบริษัทนั้นเลือกที่จะคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนตนเป็นสำคัญ ย่อมอาจนำมาซึ่งการใช้อำนาจหน้าที่ในการดำรงตำแหน่งกรรมการบริหารกิจการโดยทุจริตมิชอบ ท้ายที่สุดบริษัทนั้นย่อมได้รับความเสียหายและไม่ได้รับผลประโยชน์เท่าที่ควรจะ

---

[74] เฉลิมพล นาคสุวรรณ. (2547). **การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ: ศึกษาเฉพาะกรณีตำแหน่งหน้าที่รัฐมนตรี**. หน้า 7.

ได้อย่างแท้จริง หลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์จึงเป็นการสะท้อนถึงการคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นให้พึงได้รับประโยชน์สูงสุดจากการบริหารจัดการกิจการของบริษัทโดยผ่านกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนของบริษัท

การให้คำนิยามของการขัดกันระหว่างผลประโยชน์นั้นเป็นไปในแนวทางที่คล้ายคลึงกัน คือ เป็นความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวมในการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่นั้น ๆ แต่อย่างไรก็ตามมีความเห็นที่เหลื่อมล้ำกันอยู่บ้างในแง่ที่ว่าการขัดกันระหว่างผลประโยชน์นั้นมีความหมายเหมือนกันหรือแตกต่างกันกับคำว่าผลประโยชน์ทับซ้อนมากน้อยเพียงใด

ท่านสมบัติ พฤฒิพงศภัค ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำสำนักประธานศาลฎีกา มีความเห็นว่า[75] "หลักผลประโยชน์ขัดกันหรือหลักการขัดกันซึ่งผลประโยชน์" คือหลักที่ว่าหากบุคคลใดมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับเรื่องหรือผลประโยชน์ใด บุคคลนั้นไม่ควรเข้าไปเกี่ยวข้องหรือตัดสินใจในเรื่องหรือผลประโยชน์นั้น ผลก็คือเมื่อบุคคลใดมีผลประโยชน์หลายอย่าง และผลประโยชน์เหล่านั้นขัดแย้งกัน บุคคลนั้นจึงไม่ควรเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องหรือตัดสินใจในเรื่องหรือผลประโยชน์นั้นเลย ไม่ว่าจะมีเหตุผลดีหรือเหมาะสมเพียงใดก็ตาม มีนัยต่างจาก "ผลประโยชน์ ทับซ้อน" ซึ่งเป็นกรณีบุคคลใดมีผลประโยชน์หลายอย่างทับซ้อนกันอยู่โดยผลประโยชน์หลายอย่างนั้นอาจจะไม่ได้ขัดแย้งกัน ดังนั้นบุคคลผู้มีผลประโยชน์ทับซ้อนจึงอาจเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องหรือตัดสินใจได้ในเรื่องหรือผลประโยชน์นั้นได้แต่จะต้องให้เหตุผลที่สมควรทำให้ประชาชนหรือ ผู้มีส่วนได้เสียเข้าใจและเป็นที่เชื่อถือได้"

ยุทธ วรฉัตรธาร ประธานคณะกรรมการและกรรมการตรวจสอบ (กรรมการอิสระ) มีความเห็นว่า[76] "การขัดกันระหว่างผลประโยชน์มีความหมายเดียวกับความขัดแย้งทางผลประโยชน์และผลประโยชน์ทับซ้อน คือ การขัดกันระหว่างความต้องการส่วนบุคคลกับความต้องการของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือส่วนรวม หรือการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวมนั่นเอง ผลประโยชน์ส่วนตัวในที่นี้หมายถึงผลประโยชน์ของผู้บริหารรวมถึงญาติหรือ ผู้กำกับดูแลองค์กรที่มีอำนาจตัดสินใจและมีความรับผิดชอบต่อองค์กร"

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะใช้คำว่าผลประโยชน์ขัดกันหรือผลประโยชน์ทับซ้อนก็มักจะถูกตีความไปในทิศทางเดียวกันว่าเป็นสิ่งที่ขัดกันระหว่างความต้องการใช้อำนาจในตำแหน่ง

---

[75] สมบัติ พฤฒิพงศภัค. (2549, มิถุนายน). "หลักผลประโยชน์ขัดกันหรือผลประโยชน์ทับซ้อน." **วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์, 1, 6**. หน้า 119-123.

[76] ยุทธ วรฉัตรธาร. (2550, มีนาคม). "หายนะจากผลประโยชน์ทับซ้อน." **Money and Wealth (M&W) นิตยสารเพื่อการบริหารการเงินส่วนบุคคล, 4, 47**. หน้า 88.

หน้าที่เพื่อผลประโยชน์หลักขององค์กรอันเป็นความต้องการส่วนรวมกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่เพื่อเอื้อเฟื้อหรือแสวงหาประโยชน์เพื่อความต้องการส่วนตน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การทำหน้าที่ใด ๆ ของกรรมการควรต้องยึดถือผลประโยชน์ของบริษัทเท่านั้น มิใช่หนึ่งธุรกรรมมีหลายผลประโยชน์อันอาจทำให้เกิดความขัดกันหรือความทับซ้อนระหว่างผลประโยชน์ของบริษัทกับผลประโยชน์อื่น ๆ ได้ ซึ่งการขัดกันระหว่างผลประโยชน์และผลประโยชน์ทับซ้อนนั้นย่อมนำมาซึ่งความเสียหายแก่บริษัท เพราะบริษัทย่อมไม่ได้รับผลประโยชน์เท่าที่ควรจะได้หรือการแสวงหาผลประโยชน์นั้นอาจนำมาซึ่งความเสียหายแก่บริษัทได้ไม่มากก็น้อย แต่ทั้งนี้การพิจารณาถึงความขัดกันระหว่างผลประโยชน์กับผลประโยชน์ทับซ้อนอาจมีนัยที่แตกต่างกันในแง่ที่ว่าความเหมาะสมในการที่บุคคลผู้มีตำแหน่งหน้าที่นั้นจะเข้าไปมีส่วนได้เสียหรือแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองหรือพวกพ้องนั้นเป็นสิ่งที่ควรกระทำได้มากน้อยเพียงใดเท่านั้นเอง ซึ่งหากพิจารณาถึงผลประโยชน์ขัดกันและผลประโยชน์ทับซ้อนนั้นจะเห็นได้ว่ามีองค์ประกอบสำคัญที่เข้ามาเกี่ยวข้องและควรนำมาใช้ในการพิจารณาเกี่ยวกับผลประโยชน์ขัดกันและผลประโยชน์ทับซ้อนมี 3 ประการ คือ

1. เป็นผู้มีหน้าที่และความรับผิดชอบตามตำแหน่งราชการสาธารณะ หรือมีหน้าที่และบทบาทที่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางวิชาชีพซึ่งจำต้องปฏิบัติงานให้มีความเป็นกลาง โดยยึดถือผลประโยชน์สาธารณะหรือผลประโยชน์ส่วนรวมเป็นสำคัญเหนือกว่าผลประโยชน์ส่วนตัว

2. การมีผลประโยชน์ส่วนตัวเกี่ยวเนื่อง ทับซ้อนหรือขัดแย้งกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่เพื่อผลประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งอาจเป็นทั้งตัวเงิน และมิใช่ตัวเงินก็ได้ และอาจเป็นไปเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่นก็ได้

3. มีการเข้ามาแทรกแซงการใช้ดุลยพินิจอย่างเป็นกลาง กล่าวคือ สภาพความขัดแย้งดังกล่าวได้เข้ามีบทบาทและอิทธิพลต่อการตัดสินใจหรือแทรกแซงการใช้ดุลยพินิจที่เป็นกลางของผู้ดำรงตำแหน่งนั้น ๆ จนทำให้มีการตัดสินใจเบี่ยงเบนออกจากมาตรฐานวิชาชีพหรือมาตรฐานการปฏิบัติงานนั้น

เมื่อได้พิจารณาถึงลักษณะหน้าที่ที่จะต้องหลีกเลี่ยงการมีผลประโยชน์ขัดกันต่อบริษัทของกรรมการบริษัท (Conflict of Interests) แล้วจะเห็นได้ว่า โดยแท้จริงแล้ว กรรมการมีหน้าที่ย่อย ๆ อยู่ 2 ประการที่ประกอบเป็นหลักการดังกล่าว กล่าวคือ (1) หน้าที่ที่จะต้องไม่อาศัยตำแหน่งกรรมการบริษัทเพื่อรับเอาผลประโยชน์ เช่น การทุจริต (Bribery) โดยใช้ตำแหน่งหน้าที่เรียกร้องเอาผลประโยชน์หรือรับสินบน หรือการใช้ทรัพย์สินของบริษัทเพื่อประโยชน์ส่วนตน (Using Public Property For Private Advantage) และ (2) หน้าที่ต้องไม่ก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่บรรดาทรัพย์สินของกรรมการเอง เช่น การใช้ข้อมูลความลับที่ได้รับมาเกี่ยวด้วยการเป็นกรรมการบริษัท การรู้ข้อมูลภายใน (Inside

Information) เพื่อแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเอง หรือการเป็นผู้มีส่วนได้เสียในธุรกิจของตนเอง (Self-dealing) ในเมื่อกรรมการมิได้รับความยินยอมจากบริษัท

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของประเทศไทยแม้เจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวนั้นได้กำหนดหน้าที่และบัญญัติห้ามไว้สำหรับกรรมการหรือผู้แทนกรรมการเพื่อป้องกันมิให้กรรมการมีผลประโยชน์ได้เสียหรือขัดแย้งต่อผลประโยชน์ของบริษัทเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของบริษัทก็ตาม แต่หากพิเคราะห์ตามสภาพความเป็นจริงในปัจจุบันแล้วจะพบว่าบริษัทจำกัดซึ่งถือได้ว่าเป็นองค์กรธุรกิจที่มีขนาดเล็กเมื่อเทียบกับบริษัทมหาชน จึงมีความเป็นไปได้ที่จะมีบุคคลซึ่งกรรมการมักจะปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำแนะนำของบุคคลเหล่านี้อยู่เสมอ โดยบุคคลเหล่านี้ส่วนใหญ่มักเป็นผู้ถือหุ้นซึ่งจะคอยบงการการกระทำหรือการตัดสินใจในการบริหารงานต่าง ๆ ของกรรมการอยู่หลังฉาก[77] หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นบุคคลที่มีอิทธิพลอย่างแท้จริง (a real influence) เหนือกิจการหรือการบริหารงานของกรรมการบริษัท รวมถึงบุคคลที่ให้คำแนะนำหรือแนวทางการดำเนินงานแก่คณะกรรมการของบริษัทอยู่เป็นประจำ ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องถึงกับว่าบุคคลเหล่านี้จะต้องครอบงำกรรมการไปในทุก ๆ เรื่องในบริษัท หรือทำให้คณะกรรมการต้องอยู่ภายใต้การควบคุมจนไม่มีอำนาจในการตัดสินใจใด ๆ ด้วยตนเองเลยก็ได้ ซึ่งในทางกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษ (The Companies Act 2006 (c.46)) เรียกบุคคลเหล่านี้ว่า “กรรมการเงา” (Shadow director) ซึ่งจะเข้ามามีอิทธิพลและสามารถครอบงำการบริหารงานของกรรมการได้เป็นอย่างมาก รวมถึงการรับรู้ถึงความเป็นไปในการบริหารจัดการกิจการและอยู่เบื้องหลังในการสั่งการต่าง ๆ ให้กรรมการบริหารงานหรือทำสัญญาเพื่อเอื้อผลประโยชน์แก่บุคคลเหล่านั้นอันขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัทด้วย ดังนั้นจึงเป็นปัญหาสำคัญที่ควรจะต้องพิจารณาว่าสามารถนำหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ (Conflict of interests) ของกรรมการต่อบริษัทมาใช้บังคับแก่บุคคล เหล่านี้ซึ่งเป็นกรรมเงาด้วยได้หรือไม่ เพียงใด

---

[77] John H Farrar , Nigel E Furey , Brenda M Hannigan and Philip Wylie. (1991). **Farrar’s Company Law.** p. 341.

บทที่ 3
มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดของกรรมการเงา (Shadow director) กรณีความขัดกันระหว่างผลประโยชน์ตามกฎหมายบริษัทของต่างประเทศ

แม้ว่านานาอารยประเทศจะมีรากฐานแนวความคิดเกี่ยวกับหลักการมีสภาพความเป็นนิติบุคคลของบริษัทที่แตกต่างกันออกไปอันเป็นผลมาจากทฤษฎีความเชื่อตามพื้นฐานของระบบกฎหมายที่แตกต่างกันดังที่ได้กล่าวมาในบทที่ 2 แล้วก็ตาม แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปของประเทศทั้งหลายในปัจจุบันว่า เมื่อบริษัทได้รับการจดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคลแล้ว บริษัทย่อมมีสภาพบุคคลแยกต่างหากออกจากผู้ถือหุ้น ทำให้เกิดผลทางกฎหมายที่ตามมา คือ บริษัทย่อมมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดเป็นของตนเอง ทั้งนี้การกระทำต่างๆของบริษัทจำต้องแสดงออกโดยผ่านบุคคลธรรมดาซึ่งเรียกว่า “กรรมการบริษัท” (director) อันทำหน้าที่หลักสำคัญประการหนึ่ง คือ การบริหารจัดการกิจการเพื่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดแก่บริษัทนั้น ๆ

3.1 ประเทศอังกฤษซึ่งมีบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับกรรมการเงา

3.1.1 ประเภทของกรรมการบริษัท

โดยหลักทั่วไปตามกฎหมายบริษัทในประเทศอังกฤษได้พิจารณาแบ่งแยกกรรมการบริษัทออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ กรรมการโดยนิตินัย (De jure director) และกรรมการโดยพฤตินัย (De facto director) และมีข้อสังเกตว่าตั้งแต่ปี 1985 เป็นต้นมาในกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษ (The Companies Act 1985) ได้มีการบัญญัติให้คำนิยามถึงคำว่า “กรรมการเงา” (Shadow director) และให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับกรรมการมาใช้บังคับแก่กรรมการเงาด้วย

กรรมการโดยนิตินัย (De jure director) ได้แก่ กรรมการที่มีกฎหมายรับรองสิทธิของกรรมการเหล่านี้ไว้ กล่าวคือ สิทธิของกรรมการเกิดจากการที่กฎหมายบัญญัติให้การรับรองว่าบุคคลซึ่งจะเป็นกรรมการบริษัทได้นั้นจะต้องมีคุณสมบัติอย่างไร และเมื่อดำรงตำแหน่งกรรมการแล้วจะมีสิทธิและหน้าที่ต่อบริษัทอย่างไร มากน้อยเพียงใด รวมถึงการแต่งตั้งถอดถอนกรรมการบริษัทออกจาก ตำแหน่งและการกำหนดความรับผิดของกรรมการในกรณีที่ทำให้บริษัทหรือบุคคล

ภายนอกได้รับความเสียหายด้วย ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายในแต่ละประเทศนั้น ๆ ว่าจะบัญญัติรองรับสิทธิดังกล่าวของกรรมการไว้อย่างไร ซึ่งข้อสังเกตเกี่ยวกับการเป็นกรรมการโดยนิตินัย (De jure director) นั้น อาจพิจารณาได้ตามลักษณะดังต่อไปนี้[78]

1. เป็นผู้ซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งกรรมการบริษัทตามที่กฎหมายบริษัทเกี่ยวกับการแต่งตั้งกรรมการบริษัทนั้นได้ระบุไว้
2. เป็นผู้ซึ่งได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นของบริษัท
3. เป็นผู้ซึ่งไม่ขาดคุณสมบัติของการเป็นกรรมการบริษัท และ
4. เป็นผู้ซึ่งยังไม่พ้นจากตำแหน่งในบริษัท

เมื่อพิจารณาได้ดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ย่อมถือว่าบุคคลนั้นเป็นกรรมการโดยนิตินัยของบริษัท ซึ่งจะเป็นผู้แสดงออกซึ่งความประสงค์ของบริษัทและมีอำนาจในการตัดสินใจบริหารจัดการกิจการงานในบริษัท ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละประเทศและข้อบังคับของแต่ละบริษัทว่าจะมีการให้อำนาจและรองรับสิทธิตลอดจนหน้าที่และความรับผิดต่าง ๆ แก่กรรมการโดยนิตินัยของบริษัทนั้นไว้มากน้อยเพียงใด นอกจากกรรมการโดยนิตินัย (De jure director) ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว อาจจะมีบุคคลอีกจำพวกหนึ่งที่กระทำการเสมือนหนึ่งเป็นกรรมการบริษัทแต่หาได้เป็นกรรมการโดยนิตินัยที่ได้รับการแต่งตั้งและมีกฎหมายรองรับสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ของการเป็นกรรมการนั้นไม่ กล่าวคือ บุคคลจำพวกนี้จะกระทำการบริหารจัดการกิจการงานบริษัทเฉกเช่นเดียวกับกรรมการบริษัททุกประการ รวมถึงมีอำนาจในการตัดสินใจและแสดงตนให้เป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่าเป็นกรรมการบริษัทด้วย เพียงแต่ว่ามิได้รับการแต่งตั้งให้เป็นกรรมการบริษัทและไม่มีรายชื่อปรากฏอยู่ในบัญชีรายชื่อคณะกรรมการของบริษัทเท่านั้นเอง ซึ่งตามกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษจะเรียกบุคคลดังกล่าวว่าเป็น “กรรมการโดยพฤตินัย” (De facto director)

กรรมการโดยพฤตินัย (De facto director) ศาลต่างประเทศได้ยอมรับมาเป็นระยะเวลาพอสมควรแล้วว่า แม้บุคคลนั้นจะมิได้รับแต่งตั้งให้เป็นกรรมการบริษัท แต่อย่างไรก็ตามอาจถือว่าบุคคลนั้นเป็นกรรมการของบริษัทก็ได้ ทั้งนี้วัตถุประสงค์เพื่อให้มีความครอบคลุมถึงการกำหนดความรับผิดหรือการจำกัดความรับผิดแก่บุคคลเหล่านั้นไว้ในบริบทปกติที่กำหนดถึงคุณสมบัติและการขาดคุณสมบัติของการเป็นกรรมการบริษัทไว้ด้วยเช่นเดียวกัน โดยบุคคลที่กระทำการเป็นกรรมการบริษัทถึงแม้ว่าจะไม่เคยได้รับการแต่งตั้งให้เป็นกรรมการบริษัทเลยก็ตาม มักจะเป็นที่รู้จักกันทั่วไปในนามของ “กรรมการโดยพฤตินัย หรือกรรมการโดยแท้จริง” (as “de facto” director) ซึ่งองค์ประกอบที่จำเป็นอันจะนำมาใช้ในการพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นกรรมการโดยพฤตินัยหรือไม่นั้น คือ บุคคลนั้นจะต้องมีการแสดงออกหรือกระทำการเป็นกรรมการหรือกระทำการเฉกเช่นเดียวกับ

---

[78] Stephen Mayson , Derek French and Christopher Ryan on. (2002 - 2003). **Company law**. p. 457.

การเป็นกรรมการโดยเปิดเผย ทั้งนี้องค์ประกอบดังกล่าวจะแตกต่างหรือตรงกันข้ามกับกรรมการเงา (Shadow director) ซึ่งจะเป็นบุคคลที่บงการอยู่เบื้องหลังให้กรรมการบริษัทกระทำการต่าง ๆ ในการบริหารจัดการกิจการงานเพื่อประโยชน์ของตน

การพิจารณาว่าการกระทำเช่นใดจึงจะถือได้ว่าเป็นกรรมการโดยพฤตินัย (De facto director) นั้น ในคดี Re Hydrodan (Corby) Ltd [1994] 2 B.C.L.C. 180, 183. ท่านผู้พิพากษา Millett J. ได้ให้ข้อพิจารณาดังนี้[79]

"กรรมการโดยพฤตินัยหรือกรรมการโดยแท้จริงนั้นเป็นบุคคลที่สันนิษฐานได้ว่ากระทำการเฉกเช่นเดียวกับกรรมการบริษัท และกล่าวอ้างรวมถึงกระทำการเป็นกรรมการบริษัท ถึงแม้ว่าจะไม่เคยได้รับการแต่งตั้งโดยแท้จริงเลยก็ตาม การเป็นกรรมการโดยพฤตินัยในบริษัทนั้นจำเป็นต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าบุคคลนั้นได้ปฏิบัติหน้าที่และกระทำการโดยมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับบริษัท ซึ่งการกระทำการนั้นต้องเป็นหน้าที่ที่สามารถปฏิบัติได้เฉพาะผู้เป็นกรรมการบริษัทเท่านั้น ทั้งนี้ ไม่เพียงพอที่จะแสดงได้ว่าบุคคลนั้นเป็นกรรมการโดยพฤตินัย หากพิสูจน์ได้เพียงว่าเขามีความสัมพันธ์กับการจัดการงานหรือปฏิบัติงานเกี่ยวข้องกับธุรกิจของบริษัทอันเป็นหน้าที่ที่สามารถจะปฏิบัติได้แม้มีตำแหน่งต่ำกว่าคณะกรรมการบริหาร"

คำจำกัดความดังกล่าวนี้ได้ถูกนำมาปรับใช้ในคดี Secretary of State for Trade and Industry v Morrell [1996] B.C.C.229. แต่อย่างไรก็ตามได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์โดยท่านผู้พิพากษา Lloyd J.ในคดี Re Richborough Furniture Ltd. [1996] 1 B.C.L.C.507. ว่าหลักการนี้จำเป็นต้องมีองค์ประกอบอื่น ๆ ด้วยนอกเหนือจากการปฏิบัติหน้าที่และกระทำการโดยมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับบริษัทดังที่ ท่านผู้พิพากษา Millett J. ได้ให้คำจำกัดความไว้ ซึ่งตัวอย่างองค์ประกอบของการกระทำที่จำเป็นต้องนำมาประกอบการพิจารณา เช่น การที่จะให้บุคคลบางคนมีความรับผิดอย่างกรรมการ เช่น กรณีของกรรมการโดยพฤตินัยนั้น ศาลจะต้องพิจารณาพยานหลักฐานโดยชัดแจ้งว่าบุคคลนั้นเป็นบุคคล คนเดียวกับบุคคลที่มีอิทธิพลในการควบคุมชี้นำการบริหารจัดการกิจการงานของบริษัทอย่างแท้จริง หรือถ้ามีบุคคลอื่นเป็นกรรมการโดยแท้จริงอยู่แล้ว หากการกระทำของบุคคลนั้นเทียบเท่ากับเป็นการชี้นำหรือออกคำสั่งให้กรรมการอื่น ๆ กระทำหรือปฏิบัติตามก็อาจถือได้ว่าบุคคลผู้นั้นเป็นกรรมการโดยพฤตินัย[80]

แต่อย่างไรก็ตามข้อพิจารณาประกอบนี้ดูเหมือนว่าถ้าหากยังไม่ปรากฏชัดเจนว่าการกระทำของบุคคลนั้นจะสามารถอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของกรรมการ หรือเพราะบุคคลนั้นมีความสามารถอื่น เช่น เป็นผู้ถือหุ้น หรือเป็นผู้ให้คำปรึกษาชำนาญทางวิชาชีพ เป็นต้น บุคคลเหล่านั้น

---

[79] Geoffrey Morse. (1983). **Charlesworth and Cain Company Law**. p. 267.

[80] Ibid.

ย่อมจะต้องได้รับประโยชน์จากข้อสงสัยนั้น กล่าวคือ อาจยังไม่ถือได้ว่าบุคคลเหล่านั้นเป็นกรรมการโดยพฤตินัยนั่นเอง ทั้งนี้ ข้อพิสูจน์ดังกล่าวได้รับการยอมรับและนำมาปรับใช้ในคดี Secretary of State for Trade and Industry v Laing [1996] 2 B.C.L.C. 324. กับคำอธิบายที่ว่าแม้ว่าการกระทำบางอย่างที่ไม่ปกติธรรมดาจะสามารถอนุมานได้ว่าเป็นการกระทำที่เทียบเท่ากับหรือเสมือนหนึ่งเป็นการกระทำของกรรมการโดยพฤตินัยก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าบุคคลนั้นจะต้องแสดงออกหรือทำหน้าที่เป็นกรรมการเช่นนั้นเสมอไป ซึ่งกรรมการโดยพฤตินัยนั้นสามารถสิ้นสุดการเป็นกรรมการตามความเป็นจริงได้โดยง่าย เพียงแค่ยุติการกระทำการหรือการแสดงตนเป็นกรรมการเช่นนั้นเท่านั้น ส่วนความคิดเห็นว่าถ้าการกระทำนั้นเนื่องมาจากการกระทำตามความสามารถนอกเหนือจากการเป็นกรรมการ เช่น การเป็นผู้ให้คำปรึกษาชำนาญทางวิชาชีพ บุคคลเหล่านั้นย่อมควรจะได้รับประโยชน์จากข้อสงสัยดังกล่าวโดยมิให้ถือว่าบุคคลผู้นั้นเป็นกรรมการโดยพฤตินัย ซึ่งคำอธิบายนี้ได้รับการยอมรับและปรากฏในคดี Secretary of State for Trade and Industry v Hickling [1996] B.C.C. 678. และคดี Re Sykes (Butchers) Ltd. [1998] 1 B.C.L.C. 110. ด้วยเช่นกัน[81]

นอกจากนี้ในคดี Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle [1998] 1 B.C.L.C. 333. ท่านผู้พิพากษา Jacob J ซึ่งได้คำนึงถึงข้อพิสูจน์ดังกล่าวข้างต้นของท่านผู้พิพากษา Lloyd J. ได้กล่าวสนับสนุนเพิ่มเติมว่า[82]

“เป็นการยากที่จะกำหนดวิธีการที่จะใช้พิสูจน์การเป็นกรรมการโดยพฤตินัยเพียงวิธีเดียว และไม่เป็นการเพียงพอที่จะทำให้บุคคลหนึ่งเป็นกรรมการโดยพฤตินัยจากพื้นฐานเพียงแค่ว่าเขาเคยถูกแต่งตั้งเป็นกรรมการ หรือแม้แต่เคยได้อยู่ในตำแหน่งกรรมการ อย่างไรก็ตามข้อมูลดังกล่าวอาจเป็นปัจจัยที่นำขึ้นมาช่วยพิจารณาหรืออาจต้องการการปฏิเสธข้ออ้างความเป็นกรรมการจากบุคคลนั้น ๆ สิ่งที่ต้องการนำมาใช้ในการพิสูจน์ ได้แก่ หลักฐานการทำกิจกรรมที่เป็นหน้าที่ของกรรมการเท่านั้น และหรือบุคคลนั้นเป็นบุคคลฝ่ายขายที่ต้องบริหารกิจการบริษัทในแง่ของการตัดสินใจสำคัญ ๆ ในด้านข้อมูลทางการเงิน หรือต้องปฏิบัติหน้าที่เท่าเทียมกับกรรมการผู้อื่นในการบริหารจัดการ ทั้งนี้การพิจารณาถึงความคิดเห็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ที่เท่าเทียมกันนั้น มีความหมายต่อสิทธิในการเข้าร่วมการตัดสินใจเกี่ยวกับการบริหารจัดการและไม่จำเป็นต้องมีอำนาจที่เท่าเทียมกันในการตัดสินใจดังกล่าว และทั้งหมดทั้งมวลจะต้องมาจากมติของคณะกรรมการเสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุม”

---

[81] Ibid. p. 268.

[82] Ibid.

เพราะฉะนั้นอาจพิจารณาได้ว่าไม่มีปัจจัยใดที่จะสามารถนำมาปรับใช้ในการพิจารณาเกี่ยวกับการวินิจฉัยการเป็นกรรมการโดยพฤตินัยได้อย่างชัดเจนและเพียงพอ ดังนั้น ศาลอาจจะต้องแก้ปัญหาหรือพิจารณาในสถานะภาพของแต่ละบุคคลและการปฏิบัติหน้าที่ของการเป็นกรรมการบริษัท กล่าวคือ บุคคลนั้นต้องมีการปฏิบัติหน้าที่หรือดำเนินการอย่างเปิดเผยถึงอิทธิพลอย่างแท้จริงในการบริหารจัดการกิจการบริษัท และหากไม่พบหลักฐานการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลนั้นว่ามีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับบริษัทหรือไม่ บุคคลนั้นย่อมได้รับประโยชน์จากข้อสงสัยโดยไม่ถือว่าเป็นกรรมการโดยพฤตินัยและหลุดพ้นความรับผิด

ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าในกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษ มาตรา 250 (The Companies Act 2006 (c.46) s.250) ได้ให้คำนิยามคำว่า “กรรมการ” ประกอบด้วยบุคคลใด ๆ ที่ดำรงตำแหน่งกรรมการไม่ว่าบุคคลเหล่านั้นจะถูกเรียกชื่อว่าอะไรก็ตาม[83] ดังนั้นถึงแม้ว่าจะมีข้อโต้เถียงกันอยู่บ้างเกี่ยวกับความคิดเห็นในปัจจุบันว่าข้อบังคับของบริษัทควรบังคับใช้กับบุคคลซึ่งเป็นกรรมการโดยตำแหน่งเท่านั้นก็ตาม แต่ก็คงปฏิเสธไม่ได้ที่จะต้องคำนึงถึงบุคคลผู้ซึ่งปฏิบัติงาน เช่น ผู้บริหาร (as a governor) หรือบุคคลผู้ซึ่งเป็นที่เข้าใจกันดีว่าเป็นกรรมการโดยพฤตินัย (de facto director) เช่น แสดงออกและกระทำการเป็นกรรมการโดยไม่ได้รับการแต่งตั้งก็อาจจะถือว่าเป็นกรรมการบริษัทได้ แม้จะอยู่ภายใต้ชื่อเรียกที่แตกต่างกันก็ตาม นอกจากกรรมการโดยนิตินัย (de jure director) และกรรมการโดยพฤตินัย (de facto director) ดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว กฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษยังได้ให้คำนิยามถึงกรรมการเงา (Shadow director)[84] ไว้ด้วย

กรรมการเงา (Shadow director) ในปี ค.ศ.1985 ได้มีการปฏิรูปกฎหมายบริษัทครั้งใหญ่ในประเทศอังกฤษ ซึ่งในการแก้ไขกฎหมายครั้งนั้นได้มีเรื่องสำคัญที่ได้รับการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมคือการบัญญัติถึงเรื่อง “กรรมการเงา” (Shadow director) ขึ้นมา สาเหตุเพราะเนื่องมาจากในอดีตที่ผ่านมาบุคคลเหล่านี้มักมีส่วนเกี่ยวข้องกับความล้มเหลวในการบริหารกิจการงานของบริษัท แต่ต่อมากลับปรากฏว่าได้มาดำเนินธุรกิจในบริษัทอีกบริษัทหนึ่งโดยไม่เปิดเผยชื่อตนเองว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับการบริหารกิจการงานในบริษัทใหม่ แต่จะบริหารกิจการงานผ่านคณะกรรมการของบริษัทที่ตนเองสามารถควบคุมและครอบงำได้[85] ซึ่งบุคคลเหล่านี้มักจะทำหน้าที่ควบคุมงานสำคัญ ๆ ของบริษัทและเป็นผู้มีอิทธิพลต่อการบริหารจัดการกิจการงานบริษัท แต่ทั้งนี้บุคคลดังกล่าวจะไม่มีชื่อปรากฏอยู่ในรายชื่อคณะกรรมการของบริษัท อันส่งผลให้ไม่ต้องรับผิดกรณีหากเกิดความเสียหาย

---

[83] The Companies Act 2006 (c.46), s.250 In the Companies Acts “director” includes any person occupying the position of director, by whatever name called.

[84] Geoffrey Morse. Op.Cit. p. 266-267.

[85] พัชราวลัย สุขคุ้ม. (2548). **ความรับผิดทางอาญาของกรรมการบริษัท**. หน้า 104.

แก่บริษัทหรือบุคคลภายนอก เพราะบุคคลเหล่านั้นมิได้อยู่ในฐานะเป็นกรรมการของบริษัท ด้วยเหตุดังกล่าวบทบัญญัติกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษ ปี 1985 (The Companies Act 1985 (c.6)) มาตรา 741 (2)[86] จึงได้บัญญัติคำนิยามและเรียกบุคคลเหล่านั้นว่า "กรรมการเงา" (Shadow director) หมายความถึง บุคคลซึ่งกรรมการบริษัทมักจะคุ้นเคยหรือเคยชินกับการกระทำตามคำสั่งหรือคำแนะนำของบุคคลเหล่านั้น อย่างไรก็ตามกรณีไม่อาจจะถือได้ว่าบุคคลนั้นเป็นกรรมการเงาเพียงเพราะเหตุผลแค่ว่ากรรมการบริษัทได้ปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำแนะนำที่บุคคลนั้นได้ให้แก่กรรมการในฐานะที่บุคคลนั้นเป็นผู้เชี่ยวชาญชำนาญในวิชาชีพนั้น ต่อมาในปี 2006 ประเทศอังกฤษได้ปรับปรุงบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายบริษัทขึ้นอีกครั้งหนึ่งเป็น The Companies Act 2006 (c.46) และได้ให้คำนิยามของคำว่า "กรรมการเงา" ไว้ในมาตรา 251[87] ซึ่งคงมีความหมายเช่นเดียวกับกฎหมายบริษัทปี 1985 (The Companies Act 1985 (c.6)) ที่ได้บัญญัติไว้เดิม ทั้งนี้ใน The Companies Act 2006 (c.46) มาตรา 2 ได้บัญญัติว่า หากในกรณีที่บทบัญญัติใด ๆ ในกฎหมายบริษัทปี 2006 นั้นได้กล่าวถึงคำว่ากฎหมายบริษัท "The Companies Acts" ให้หมายความถึงบทบัญญัติในกฎหมายบริษัทปี 1985 ยังคงใช้บังคับได้อยู่เช่นเดิม[88]

จากความหมายของกรรมการเงา (Shadow director) ข้างต้นนี้เองมีข้อสังเกตที่ถือได้ว่ามีความแตกต่างจากความหมายของกรรมการโดยพฤตินัย (De facto director) กล่าวคือ กรรมการเงานั้นจะไม่กล่าวอ้างว่าตนเป็นกรรมการหรือจะไม่กระทำการเป็นกรรมการ แต่ในทางตรงกันข้าม กรรมการเงานั้นจะอ้างว่าตนมิใช่กรรมการแต่ทั้งนี้ทั้งนั้นตนจะเป็นผู้ที่อยู่เบื้องหลังการกระทำการของกรรมการในการบริหารจัดการกิจการบริษัท หรืออาจกล่าวได้ว่า กรรมการเงานั้นเป็นบุคคล ผู้ซุกซ่อน

---

[86] Keith Walmsley. (1991). **Butterworths Company Law handbook**. p. 350.

(The Companies Act 1985 (c.6), s.741 (2) In relation to a company, "Shadow director" means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act.

However, a person is not deemed a shadow director by reason only that the directors act on advice given by him in a professional capacity).

[87] The Companies Act 2006 (c.46), s.251 (1) In the Companies Acts "shadow director", in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act.

(2) A person is not to be regarded as a shadow director by reason only that the directors act on advice given by him in a professional capacity.

[88] The Companies Act 2006 (c.46), s.2 (1) In this Act "the Companies Acts" means -...(c) the provisions of the Companies Act 1985 (c. 6) and the Companies Consolidation (Consequential Provisions) Act 1985 (c. 9) that remain in force.

อยู่ในเงานั่นเอง ("lurk in the shadows")[89] คือหมายความว่า บุคคลภายนอกไม่สามารถทราบได้ว่าบุคคลนั้นมีอิทธิพลและมีอำนาจครอบงำการบริหารจัดการกิจการงานของคณะกรรมการบริษัทได้ทั้ง ๆ ที่บุคคลเหล่านั้นไม่ได้เป็นกรรมการบริษัท ซึ่งในคดี Re Hydrodam (Corby) Ltd [1994] 2 B.C.L.C. 180 ศาลได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาว่า[90]

"กรรมการเงาไม่ใช่และไม่อาจกล่าวอ้างหรือให้ความหมายได้ว่าเป็นกรรมการของบริษัท กล่าวคือ กรรมการเงามิใช่เป็นกรรมการทั้งโดยนิตินัยหรือกรรมการโดยพฤตินัยของบริษัททั้งสิ้น"

ศาลในประเทศอังกฤษได้พิจารณาความหมายของคำว่า "กรรมการเงา" (Shadow director) ในคดี Secretary of the State for Trade and Industry v Deverell and another โดยวินิจฉัยว่ากรรมการเงานั้นรวมถึง บุคคลที่มีอิทธิพลอย่างแท้จริง (a real influence) เหนือกิจการและการบริหารจัดการงานของบริษัท โดยอิทธิพลดังกล่าวไม่จำเป็นต้องครอบงำไปในทุก ๆ เรื่องของบริษัท แต่ขอให้ครอบคลุมถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับธรรมาภิบาล (Corporate Governance) และเรื่องการบริหารการเงิน (financial management) ก็เพียงพอแล้ว อย่างไรก็ตามศาลได้วินิจฉัยว่าบุคคลผู้เป็นที่ปรึกษาโดยวิชาชีพ (professional advisers) เช่น ผู้ให้คำปรึกษาด้านการเงิน ผู้ให้คำปรึกษาด้านกฎหมายหรือผู้ให้คำปรึกษาด้านทางบัญชีของบริษัท โดยทั่วไปแล้วไม่ถือว่าบุคคลดังกล่าวนั้นเป็นกรรมการเงาของบริษัท หากว่าคำแนะนำของบุคคลเหล่านั้นอยู่ภายในกรอบวิชาชีพของการให้คำปรึกษาที่ได้ให้ตามปกติ นอกจากนี้ความหมายของกรรมการเงานั้นมีความหมายกว้างพอที่จะรวมถึงบุคคลที่ให้คำแนะนำ คำปรึกษาหรือแนวทางการดำเนินงานแก่คณะกรรมการของบริษัทอยู่เป็นประจำ ซึ่งไม่จำเป็นต้องถึงกับว่าคณะกรรมการของบริษัทจะต้องดำเนินการภายใต้การควบคุมหรือดำเนินการโดยไม่มีอำนาจในการตัดสินใจใด ๆ เป็นของตนเองเลย[91] ซึ่งคำนิยามนี้ได้ถูกขยายความโดยท่านผู้พิพากษา Morritt L.J. ในคดี Secretary of State for Trade and Industry v Deverell [2000] 2 B.C.L.C.133. ซึ่งได้ตั้งปัญหาที่จะต้องพิสูจน์ว่าวัตถุประสงค์ของการให้คำนิยาม "กรรมการเงา" นั้น เพื่อระบุให้ชัดเจนถึงบุคคลที่มีอิทธิพลอย่างแท้จริงต่อการบริหารจัดการงานบริษัท แต่อิทธิพลนั้นไม่จำเป็นต้องครอบคลุมถึงการบริหารจัดการกิจการงานทั้งหมดของบริษัทก็ได้ โดยความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการเงาต่อกรรมการบริษัทนั้นต้องเป็นการควบคุมหรือการมีคำสั่งคำแนะนำและหลักฐานจะต้องถูกตีความตามความเป็นจริงโดยความสัมพันธ์และผลที่เกิดขึ้นถือเป็นการเพียงพอที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาคดีส่วนมากได้ ไม่ใช่ใช้การแบ่งประเภทของกรรมการตามที่เคยมีมาในอดีต แต่ทั้งนี้ไม่

---

[89] Geoffrey Morse. Op.cit. p. 269.

[90] Stephen Mayson , Derek French and Christopher Ryan on. Op.cit. p. 457.

[91] พัชราวลัย สุขคุ้ม. เล่มเดิม. หน้า 105.

จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความเข้าใจหรือข้อตกลงร่วมกันของคู่กรณี ทั้งนี้คำแนะนำที่ให้โดยที่ปรึกษาซึ่งมิใช่ทางวิชาชีพนั้นอาจจะเป็นคำแนะนำที่มีลักษณะเป็นการควบคุมหรือคำสั่งคำชี้นำให้ปฏิบัติตามก็ได้เช่นกัน[92] และถึงแม้จะเป็นการเพียงพอว่าไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นในทุกๆคดีว่ากรรมการได้รับการแต่งตั้งมาด้วยการสนับสนุนของพวกพ้องหรือโดยการใช้ดุลยพินิจของแต่ละบุคคลก็ตาม แต่บุคคลผู้ซึ่งจะถือว่าเป็นกรรมการเงาของบริษัทได้นั้นจะต้องเป็นบุคคลที่กรรมการบริษัทคุ้นเคยหรือเคยชินกับการกระทำตามคำสั่งหรือคำแนะนำของบุคคลดังกล่าวอยู่เสมอ (“accustomed to act”) ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว หากเป็นแต่เพียงกรรมการส่วนน้อยหรือฝ่ายข้างน้อยเท่านั้นที่คุ้นเคยหรือเคยชินกับการกระทำตามคำสั่งหรือคำแนะนำของบุคคลดังกล่าวแล้ว ก็ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้บุคคลนั้นถือเป็นกรรมการเงาของบริษัทได้ เว้นแต่กรรมการของบริษัทจะปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำแนะนำที่เป็นสาระสำคัญของบุคคลนั้นอย่างสม่ำเสมออยู่เป็นประจำ[93]

นอกจากนี้ในคดี Secretary of State for Trade and Industry v Deverell [2001] Ch 340. ศาลอุทธรณ์ยังได้พิจารณาให้คำนิยามของกรรมการเงาไว้ว่า[94]

“(1) ไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่าบุคคลซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นได้สั่งหรือให้คำแนะนำในการกระทำของกรรมการทุก ๆ เรื่อง แต่ต้องแสดงได้ว่าบุคคลนั้นมีอิทธิพลอย่างแท้จริงในการบริหารจัดการกิจการงานของบริษัท

(2) ไม่ว่าจะมีความสัมพันธ์พิเศษระหว่างกรรมการหรือบริษัทกับกรรมการเงาอย่างใดก็จะถูกพิจารณาโดยศาลซึ่งดูจากวัตถุประสงค์ว่าเป็นการควบคุมหรือเป็นคำสั่งคำแนะนำให้กระทำการดังกล่าวหรือไม่

(3) คำแนะนำนั้น อาจจะเป็นการควบคุมหรือคำสั่งก็ได้ (ไม่รวมถึงการให้คำแนะนำในวิชาชีพจากผู้ที่มีความเชี่ยวชาญชำนาญเฉพาะ)

(4) ไม่จำเป็นต้องแสดงออกให้เห็นว่ากรรมการบริษัทนั้นได้รับการสนับสนุนจากกรรมการเงาหรือกรรมการบริษัทนั้นไม่ได้ตัดสินใจเกี่ยวกับการบริหารจัดการงานด้วยตนเอง”

ทั้งนี้ตามกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษ ค.ศ.2006 (The Companies Act 2006 (c.46)) นอกจากจะได้ให้คำนิยามของคำว่า “กรรมการเงา” แล้ว ยังได้มีการกำหนดให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของกรรมการมาใช้บังคับกับกรรมการเงาด้วย[95] เช่น มาตรา 171 หน้าที่ต้องกระทำ

---

[92] Geoffrey Morse. Op.cit. p. 269-270.

[93] Ibid.

[94] Stephen Mayson , Derek French and Christopher Ryan on. Op.cit. p. 458.

[95] The Companies Act 2006 (c.46), s 170 “Scope and nature of general duties

ภายในขอบอำนาจ, มาตรา 172 หน้าที่ส่งเสริมความสำเร็จของบริษัท, มาตรา 173 หน้าที่บริหารจัดการด้วยความเป็นอิสระ, มาตรา 174 หน้าที่บริหารจัดการด้วยความระมัดระวัง ความเชี่ยวชาญและความขยันหมั่นเพียร เป็นต้น นอกจากนี้ตามมาตรา 175 นั้นได้บัญญัติถึงหน้าที่ของกรรมการบริษัทในการหลีกเลี่ยงการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวได้นำมาใช้บังคับแก่กรรมการเงาด้วยเช่นกัน รายละเอียดจะกล่าวในข้อ 3.2 ต่อไป

จะเห็นได้ว่าการที่กฎหมายอังกฤษได้บัญญัติให้นำหน้าที่ต่าง ๆ ของกรรมการมาใช้บังคับแก่กรรมการเงาด้วยนั้น เพื่อให้ความคุ้มครองแก่บริษัท ผู้ถือหุ้นรวมถึงบุคคลภายนอกที่มีนิติสัมพันธ์ต่อบริษัท กล่าวคือ บทบัญญัติที่ครอบคลุมถึงสิทธิหน้าที่ของกรรมการเงาผู้ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นหรือบุคคลอื่นใดที่อาจมีอิทธิพลต่อการบริหารจัดการงานของบริษัทนั้น ย่อมมีผลทำให้บุคคลเหล่านั้นอาจจะต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บริษัทและผู้ถือหุ้นบางส่วน ทั้งนี้หากบทบัญญัติกฎหมายมิได้กำหนดบังคับให้ครอบคลุมถึงกรรมการเงาด้วย บุคคลดังกล่าวย่อมไม่ต้องมีความรับผิดใด ๆ ในทางกฎหมายเลยก็เป็นได้

สำหรับในส่วนของประเทศไทยจากการศึกษาพบว่ายังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับกรรมการเงา แม้ว่าจะมีกรณีที่น่าจะถือได้ว่ามีบุคคลซึ่งเป็นกรรมการเงาเป็นผู้อยู่เบื้องหลังที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทและผู้ถือหุ้นบางส่วนรวมถึงบุคคลภายนอก อย่างเช่น กรณีของธนาคารกรุงเทพพาณิชยการ มหาชนจำกัด (BBC) ซึ่งมีนายราเกซ สักเสนา เป็นที่ปรึกษาทางการเงินและถูกกล่าวหาว่าอยู่เบื้องหลังในการวางแผน โดยนายราเกซ สักเสนาได้สร้างตนเองให้เป็นผู้เชี่ยวชาญทางการเงินและการลงทุน ทั้งเคยเป็นที่ปรึกษาทางการเงินให้แก่หลายองค์กร แต่เนื่องจากมีพฤติกรรมไม่น่าไว้วางใจทำให้ไม่มีบทบาทในวงการเงินและการลงทุนมากนัก จนกระทั่งปี 2535 นายราเกซ สักเสนา ได้เข้ามาเป็นที่ปรึกษาของนายเกริกเกียรติ ชาลีจันทร์ อดีตกรรมการผู้จัดการใหญ่ ธนาคารกรุงเทพฯ โดยมีบทบาทในธนาคารแห่งนี้สูงมากและมีอำนาจในการจัดการธุรกิจหลายอย่าง ซึ่งทำให้เกิดการแสวงหาโอกาสจากตำแหน่งหน้าที่ดังกล่าวกระทำการโดยทุจริตยักย้ายหรือถ่ายเทเงินจากธนาคารหลากหลายรูปแบบ เช่น การตั้งบริษัทมาหลอกกู้เงินจากธนาคาร การนำที่ดินในถิ่นทุรกันดารมาค้ำประกันเงินกู้ การสร้างเกมเทคโอเวอร์หุ้นในตลาดหลักทรัพย์ รวมถึงการเทคโอเวอร์บริษัทในตลาดหลักทรัพย์นับสิบแห่งโดยธนาคารกรุงเทพเป็นที่ปรึกษาและเป็นผู้สนับสนุนเงินกู้ในการเทคโอเวอร์ จนกระทั่ง ทำให้ธนาคารกรุงเทพฯเสียหายและนายราเกซ สักเสนา

---

(1) The general duties specified in sections 171 to 177 are owed by a director of a company to the company…

(5) The general duties apply to shadow directors where, and to the extent that, the corresponding common law rules or equitable principles so apply.”

ได้ถูกตั้งข้อหาว่าฉ้อโกงเงิน[96] ของธนาคารกรุงเทพฯ หรือในกรณีของซานติก้าผับซึ่งเป็นสถานบันเทิงแห่งหนึ่งในย่านเอกมัย กรุงเทพมหานคร ซึ่งได้เกิดเพลิงไหม้ขึ้นในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2552 และต่อมาพบว่าสถานบันเทิงดังกล่าวได้มีการกระทำผิดกฎหมายหลายประการ เช่น การหลีกเลี่ยงภาษีสรรพสามิต การปลอมแปลงใบอนุญาตก่อสร้าง รวมถึงมีการโอนเงินระหว่างบัญชีโดยไม่ทราบแหล่งที่มา ซึ่งหากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นผู้ที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าวคือ ซานติก้าผับซึ่งมีสภาพความเป็นนิติบุคคลและกรรมการในกรณีที่ความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำนอกขอบอำนาจ แต่ทั้งนี้การสอบสวนพบว่าสถานบันเทิงดังกล่าวได้ให้ผู้ขับขี่รถจักรยานยนต์รับจ้างและเด็กรับรถในลานจอดรถยนต์มาดำรงตำแหน่งกรรมการบริษัท[97] ทั้ง ๆ ที่โดยแท้จริงแล้วมีผู้ถือหุ้นคอยบงการการบริหารจัดการงานของกรรมการอยู่เบื้องหลัง เป็นต้น

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า กรรมการเงาเป็นบุคคลที่มีบทบาทสำคัญมากต่อบริษัทเพราะถือเป็นผู้อยู่เบื้องหลังและมีอิทธิพลในการทำให้บริษัทได้รับความเสียหายโดยตนอาจไม่ต้องรับผิดในความเสียหายดังกล่าวเลย เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แม้จะมีบทบัญญัติถึงสิทธิหน้าที่และความรับผิดของกรรมการบริษัทไว้ก็ตามแต่ก็มิได้บัญญัติบังคับให้ครอบคลุมถึงกรรมการเงาด้วย ดังนั้นจึงไม่สามารถนำบทบัญญัติเกี่ยวกับกรรมการบริษัทมาปรับใช้บังคับกับกรรมการเงาได้ อีกทั้งหากกรรมการเงานั้นเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท บทบัญญัติส่วนใหญ่ที่เกี่ยวกับผู้ถือหุ้นก็ได้บัญญัติถึงเฉพาะการให้สิทธิของผู้ถือหุ้นต่อบริษัท ส่วนหน้าที่และความรับผิดของผู้ถือหุ้นคงมีเพียงการชำระมูลค่าหุ้น และรับผิดจำกัดเพียงตามมูลค่าหุ้นที่ยังส่งใช้ไม่ครบจำนวนเท่านั้น ดังนั้นหากกรรมการเงาเป็นผู้ถือหุ้น ย่อมเป็นการยากที่กรรมการบริษัทซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ถือหุ้นนั้นจะลงมติฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นดังกล่าว และทั้งนี้หากผู้ถือหุ้นนั้นได้ใช้มูลค่าหุ้นครบถ้วนแล้วย่อมไม่ต้องรับผิดเป็นการส่วนตัวอีกต่อไปแม้จะเป็นผู้อยู่เบื้องหลังโดยแท้จริงในการบริหารจัดการกิจการของกรรมการบริษัทและทำให้บริษัทหรือผู้ถือหุ้นฝ่ายเสียงข้างน้อยได้รับความเสียหายอย่างมหาศาลก็ตาม เพราะอำนาจหน้าที่ความรับผิดในการบริหารจัดการกิจการบริษัทนั้นกฎหมายรองรับให้แก่กรรมการบริษัทเป็นสำคัญ

3.1.2 การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริษัทและกรรมการเงากับหลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์

เมื่อได้พิจารณาถึงคำนิยามและหลักเกณฑ์ที่ศาลประเทศอังกฤษนำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยและตีความบุคคลซึ่งดำรงฐานะเป็นกรรมการเงาข้างต้นแล้ว สิ่งที่จะศึกษาต่อไปคือหน้าที่

---

[96] พัชราวลัย สุขคุ้ม. เล่มเดิม. หน้า 106-107.

[97] อรดี พันธุมโกมล. (2552, 3 กุมภาพันธ์). “ซานติก้า.” **มติชน, 32, 11287**. หน้า 16.

และความรับผิดของกรรมการเงาในกรณีที่มีความขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของกรรมการเงากับผลประโยชน์ของบริษัท ซึ่งควรต้องศึกษาทำความเข้าใจถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายบริษัทที่เกี่ยวข้องกับหลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์รวมถึงแนวทางในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลเกี่ยวกับหลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของกรรมการกับผลประโยชน์ของบริษัทเสียก่อนว่าศาลในประเทศอังกฤษใช้ดุลยพินิจอย่างไรในการพิจารณาวินิจฉัยคดี และมีความเคร่งครัดมากน้อยเพียงใด ทั้งนี้เพื่อนำมาปรับใช้เทียบเคียงแก่กรณีของกรรมการเงาให้ต้องรับผิดเช่นเดียวกับกรรมการบริษัทในกรณีที่มีผลประโยชน์ขัดกันกับผลประโยชน์ของบริษัทและทำให้บริษัทเสียหาย

ในบทที่ 2 เบื้องต้นได้กล่าวมาบ้างแล้วเกี่ยวกับหลักเกณฑ์พื้นฐานของหลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ (The Conflict of interests rule) ซึ่งถือว่าเป็นหลักความยุติธรรม (Equity) อย่างหนึ่งที่มีความสัมพันธ์ใกล้เคียงกับหลักความซื่อสัตย์สุจริตในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริษัท (Fiduciary duties) ซึ่งศาลในประเทศต่างๆ มักจะนำหลักความซื่อสัตย์สุจริตดังกล่าวมาปรับใช้แก่กรณีที่กรรมการบริษัทกระทำการใด ๆ อันมีลักษณะที่ก่อให้เกิดความขัดแย้งขึ้นระหว่างหน้าที่ของการเป็นกรรมการและผลประโยชน์ของบริษัทกับผลประโยชน์ส่วนตัวของกรรมการผู้นั้นว่าถือเป็นกรณีที่กรรมการมิได้ปฏิบัติหน้าที่หรือมิได้กระทำการใด ๆ ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ตัวอย่างเช่น กรณีที่กรรมการเข้าไปมีผลประโยชน์ได้เสียโดยทางอ้อมอยู่ในบริษัทอื่น ๆ ที่ได้ทำนิติกรรมสัญญากับบริษัทหรือกระทำการใด ๆ กับบริษัทซึ่งตนทำหน้าที่เป็นกรรมการอยู่โดยมีเจตนาเพื่อแสวงหาหรือยักย้ายถ่ายเทผลประโยชน์หรือทรัพย์สินของบริษัทไปใช้เพื่อเอื้อเฟื้อประโยชน์แก่กิจการที่ตนมีส่วนได้เสียหรือแก่พวกพ้องของตน หรือกรณีที่กรรมการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ที่มีอยู่โดยมิชอบ กล่าวคือ ไม่ได้กระทำไปเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทหรือผู้ถือหุ้นโดยรวมเท่านั้น หากแต่การกระทำนั้นมีลักษณะใดก็ตามที่ไม่สุจริตเพื่อแสวงหาผลประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น เช่น ปัญหาที่เกิดจากกรรมการอาศัยประโยชน์จากการที่ตนเป็นผู้ถือหุ้นจำนวนมากและสามารถควบคุมกิจการภายในบริษัทกระทำการฉ้อฉลเอารัดเอาเปรียบบริษัทและผู้ถือหุ้นส่วนน้อยในลักษณะพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่ไม่สุจริตเพื่อเอื้อประโยชน์แก่ตนเองหรือพวกพ้อง เป็นต้น

3.1.2.1 การนำหลักเกณฑ์การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของกรรมการมาปรับใช้แก่กรรมการเงา ในประเทศอังกฤษคำนึงถึงการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ซึ่งนับเป็นปัญหาใหญ่อีกปัญหาหนึ่งสำหรับกรรมการซึ่งเป็นผู้ที่จะต้องพิจารณาและคำนึงถึงผลประโยชน์ที่แตกต่างกันของบุคคลหลายฝ่ายว่ามีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์เกิดขึ้นหรือไม่ ตัวอย่างเช่น ผลประโยชน์ระหว่างสมาชิกของบริษัทกับเจ้าหนี้บริษัท หรือผลประโยชน์ของบุคคลภายในอันเนื่องมาจากฐานะและการ

ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ในบริษัทต่อบริษัท เป็นต้น[98] รวมถึงการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวของกรรมการกับผลประโยชน์ของบริษัทเองด้วยเช่นกัน ศาลในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) จึงมักจะอาศัยหลักเกณฑ์และแนวทางการปฏิบัติหน้าที่กรรมการตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการที่พึงมีต่อบริษัท (Principle of Fiduciary Duties) มาปรับใช้เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ปัญหาต่างๆที่เกิดจากกรรมการปฏิบัติหน้าที่และกระทำการโดยไม่สุจริต ตลอดจนเพื่อให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ทางสิทธิและทรัพย์สินของบริษัทไม่ให้ได้รับความเสียหายทั้งนี้เพื่อความถูกต้องเหมาะสมและเป็นธรรม โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีสาระสำคัญดังนี้ คือ ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการนั้นกรรมการจะต้องใช้อำนาจหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมาย และกระทำการต่าง ๆ ไปโดยสุจริต เพื่อผลประโยชน์สูงสุดต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น และกรรมการจะต้องไม่กระทำการใด ๆ อันมีลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งขึ้นในระหว่างผลประโยชน์ของบริษัทและผลประโยชน์ส่วนตัวของกรรมการนั้น ทั้งนี้หากกรรมการผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวย่อมต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นต่อบริษัท

การนำหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัท (Fiduciary Duties) มาบังคับใช้นั้น ศาลในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) มักจะนำมาใช้บังคับอย่างเข้มงวด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่กรรมการมีผลประโยชน์ส่วนตัวขัดแย้งต่อผลประโยชน์ของบริษัท (Conflict of Interests) ไม่ว่าด้วยประการใด ๆ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า พฤติการณ์แห่งการกระทำนั้นเป็นการขัดแย้งกันระหว่างผลประโยชน์ของกรรมการต่อผลประโยชน์ของบริษัท ถึงแม้ว่ากรณีอาจจะปรากฏความจริงต่อมาในภายหลังว่า ความขัดกันระหว่างผลประโยชน์นั้นไม่เกิดขึ้นเลยก็ตาม นอกจากนั้น หากปรากฏว่ากรรมการซึ่งมีหน้าที่ต้องซื่อสัตย์สุจริตต่อบริษัทได้เข้าไปมีส่วนได้เสียจากการกระทำที่เป็นการขัดกันต่อผลประโยชน์ของบริษัท แม้โดยแท้จริงแล้วกรรมการบริษัทผู้นั้นจะไม่ได้รับผลประโยชน์ใด ๆ จากกิจการซึ่งมิชอบดังกล่าวเลยก็ตาม ศาลก็ยังถือว่ากรรมการผู้นั้นได้ฝ่าฝืนต่อการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตที่พึงมีต่อบริษัท[99]

ความสำคัญของหลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษตั้งแต่ปี 1948 โดย The Companies Act 1948 มาตรา 84 (1) ได้กำหนดให้กรรมการบริษัทผู้ใดก็ตามซึ่งมีผลประโยชน์ได้เสียในสัญญาใดสัญญาหนึ่ง หรือสัญญาที่จะได้มีการเสนอเข้าทำกับบริษัทในประการใด ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม จะต้องเปิดเผยถึงสภาพแห่งความมีผลประโยชน์ได้เสียของตนต่อที่ประชุมคณะกรรมการบริษัทตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 199 แห่งกฎหมายดังกล่าว ซึ่งตามบทบัญญัตินี้กำหนดให้กรรมการบริษัท ทั้งบริษัทมหาชนจำกัด

---

[98] Stephen Mayson , Derek French & Christopher Ryan on. Op.cit. p. 518.

[99] สมชัย วิชญไพศิฐสกุล. เล่มเดิม. หน้า 28-29.

และบริษัทเอกชนจำกัดจะต้องเปิดเผยข้อความจริงถึงการที่ตนมีผลประโยชน์ได้เสียให้แก่คณะกรรมการบริษัทได้รับทราบและข้อกำหนดนี้บริษัทย่อมไม่สามารถออกเป็นข้อบังคับเพื่อเปลี่ยนแปลงหน้าที่ตามกฎหมายของกรรมการบริษัทที่จะต้องเปิดเผยข้อความจริงได้แต่อย่างใดทั้งสิ้น นอกจากนี้ตามบทบัญญัติมาตรา 84 (2) และ (3) แห่งกฎหมายฉบับดังกล่าว ยังห้ามมิให้นับจำนวนกรรมการผู้ทำสัญญารวมอยู่ในองค์ประชุมของคณะกรรมการบริษัทเพื่อลงมติรับรองสัญญาดังกล่าวด้วย ฉะนั้น กรรมการที่มีผลประโยชน์ได้เสียจึงไม่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนแต่ประการใด[100]

กรณีที่ควรนำมาพิจารณาเกี่ยวกับหลักการห้ามมิให้กรรมการมีผลประโยชน์ส่วนตัวโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมขัดแย้งกันกับผลประโยชน์ของบริษัทในสัญญาซึ่งบริษัทเป็นคู่สัญญาหรือไม่อย่างไรนั้น ปรากฏชัดแจ้งในคำพิพากษาคดี Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Bross [1854] 1Macq H.L.461[101] ข้อเท็จจริงโดยสังเขปในคดีนี้ เป็นกรณีที่บริษัทซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการประกอบกิจการเดินรถไฟเข้าทำสัญญาซื้อเก้าอี้เหล็กจากห้างหุ้นส่วนผู้ผลิตและจัดจำหน่ายซึ่งกรรมการบริษัทเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนดังกล่าวนี้ด้วย ถือได้ว่าเป็นสัญญาที่กรรมการบริษัทควรหลีกเลี่ยง เพราะเป็นกรณีที่อาจถือได้ว่ากรรมการบริษัทแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวในสัญญาของบริษัท ซึ่งท่านผู้พิพากษา Lord Cranworth ได้ให้หลักเกณฑ์ว่า[102]

“การกระทำของบริษัทสามารถแสดงออกได้โดยผ่านตัวแทนเท่านั้น ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าตัวแทนเหล่านั้นจะต้องทำหน้าที่บริหารจัดการงานเพื่อผลประโยชน์สูงสุดต่อบริษัทด้วยการปฏิบัติหน้าที่ต่อตัวการของตนด้วยความซื่อสัตย์สุจริตให้สมกับที่ได้รับความไว้วางใจให้บริหารจัดการงานดังกล่าว และถือเป็นหลักเกณฑ์สากลที่นำมาปรับใช้ คือ ใครที่มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามที่กล่าวมาแล้ว ย่อมต้องไม่กระทำการใดอันก่อให้เกิดความขัดแย้งขึ้นในระหว่างผลประโยชน์ส่วนของตนกับผลประโยชน์ของบริษัท (หรือบุคคลอื่นใด) ที่ตนมีหน้าที่จะต้องรักษา”

พื้นฐานของเหตุผลสำหรับหลักเกณฑ์ที่กล่าวมา คือ หน้าที่ของกรรมการบริษัทควรจะต้องทำสัญญาซื้อขายเก้าอี้ในราคาที่ต่ำที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ แต่ทั้งนี้การที่กรรมการเข้าไปมีผลประโยชน์ส่วนตัวอาจจะนำไปสู่ทิศทางที่ตรงกันข้ามอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ ย่อมมีความเป็นไปได้ว่ากรรมการผู้นั้นจะกำหนดราคาเก้าอี้ในอัตราที่สูงที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้อันถือเป็นความขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวต่อผลประโยชน์ของบริษัท[103]

---

[100] สมชัย วิชญไพศิฐสกุล. เล่มเดิม. หน้า 77.

[101] Simon Goulding. (1996). **Principles of Company Law**. p. 235.

[102] Ibid.

[103] Ibid.

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการที่ศาลวางหลักการดังกล่าวนี้เพื่อให้ความคุ้มครองต่อผลประโยชน์ต่าง ๆ ของบริษัท ตลอดจนการลงทุนของผู้ถือหุ้นโดยรวมเป็นสำคัญ เนื่องจากหากศาลวินิจฉัยให้กรรมการสามารถมีผลประโยชน์ในลักษณะที่เป็นการขัดกันกับผลประโยชน์ของบริษัทได้เช่นนั้นแล้ว ย่อมเป็นการยากที่จะก่อให้เกิดความเที่ยงธรรมในการบริหารจัดการบริษัทโดยแท้จริง เพราะฉะนั้นโดยอาศัยเหตุผลตามหลักการดังกล่าวข้างต้นเป็นข้อวินิจฉัย ศาลสูงสุด (House of Lord) ของอังกฤษจึงได้พิพากษาให้สัญญาในคดีดังกล่าวตกเป็นโมฆียะและบริษัทสามารถบอกล้างสัญญาได้ ทั้งนี้โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงว่าสัญญาที่ทำนั้นจะมีความเป็นธรรมหรือไม่ก็ตาม

ต่อมาในคดี Boardman Anor v Phipps [1967] AC 46 ท่านผู้พิพากษา Lord Upjohn ได้เสนอแนะเกี่ยวกับการให้ความเห็นของท่านผู้พิพากษา Lord Cranworth ที่มีความสัมพันธ์กับความเป็นไปได้ของหลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ ('possible of conflict') ว่าควรจะตีความอนุมานได้ดังนี้[104]

"วิญญูชนที่พิจารณาถึงความเป็นไปได้ของความสัมพันธ์ระหว่างข้อเท็จจริงและสถานการณ์แวดล้อมที่เกิดขึ้นในแต่ละคดีย่อมสามารถมองเห็นถึงความเป็นไปได้ที่จะเกิดความขัดกันระหว่างผลประโยชน์อย่างแท้จริงได้ว่าคืออะไร"

แม้ว่าแนวความคิดในเรื่องหน้าที่ของกรรมการบริษัทที่จะต้องหลีกเลี่ยงการมีผลประโยชน์ขัดแย้งกันกับผลประโยชน์ของบริษัทจะมีรากฐานเกิดจากเรื่องการทำสัญญาระหว่างกรรมการที่ทำกับบริษัทของตนเองเป็นการส่วนตัวก็ตาม แต่ผลของการนำหลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์มาใช้โดยเคร่งครัดนั้น ทำให้ต่อมาปรากฏว่าไม่ได้ใช้บังคับเพียงเฉพาะการทำสัญญาที่กรรมการได้ทำกับบริษัทโดยตรงเท่านั้น เพราะศาลอังกฤษได้ขยายขอบเขตของการพิจารณาหลักการดังกล่าวออกไปเพื่อให้สามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงและพฤติกรรมแวดล้อมในแต่ละคดีที่แตกต่างกันออกไปด้วย โดยไม่ว่ากรรมการบริษัทจะมีผลประโยชน์ในลักษณะประการใด ๆ แม้จะก่อให้เกิดผลประโยชน์สำหรับตนเองโดยอ้อมหรือเพราะเหตุที่ตนได้กระทำการอันขัดกันกับหน้าที่ที่พึงมีต่อบริษัท[105] ก็ตาม ตัวอย่างเช่น การนำไปใช้บังคับเพื่อห้ามมิให้กรรมการมีผลประโยชน์ใด ๆในทางลับต่อบริษัท (secret profits) หรือการฝ่าฝืนหน้าที่ที่มีต่อบริษัทโดยไม่เปิดเผยถึง

---

[104] Stephen Griffin. (2000). **Company Law Fundamental Principles**. p. 252.

('… the reasonable man looking at the relevant facts and circumstances of the particular case would think that there was a real sensible possibility of conflict').

[105] Gower L.C.B. Op.cit. p. 584.

ผลประโยชน์ที่กรรมการได้รับมาไม่ว่าโดยวิธีการใด ๆ [106] เป็นต้นว่า การที่กรรมการเข้าไปมีส่วนได้เสียในสัญญาซึ่งบุคคลภายนอกได้ทำกับบริษัท หรือกรณีที่กรรมการบริษัทได้รับกระทำกิจการใด ๆ ให้แก่บุคคลภายนอกเป็นการส่วนตัวและรับผลประโยชน์เป็นของตนเองอันเกี่ยวเนื่องจากการที่ตนเป็นกรรมการในบริษัทมาก่อน ทั้ง ๆ ที่บริษัทควรจะเป็นผู้ได้รับสิทธิในการดำเนินกิจการดังกล่าวนั้น กรณีเหล่านี้ย่อมถือว่าเป็นการที่กรรมการบริษัทมีผลประโยชน์ขัดแย้งกันกับผลประโยชน์ของบริษัทและฝ่าฝืนหน้าที่ที่กรรมการพึงมีต่อบริษัททั้งสิ้น ทั้งนี้ ตามแนวทางการวินิจฉัยคดี Industrial Development Consultants Ltd v Cooley [1972] 1 WLR 443[107] ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า กรรมการได้ถูกบุคคลที่สามว่าจ้างเป็นการส่วนตัว (ไม่เกี่ยวกับบริษัท) ด้วยเหตุผลดังกล่าวทำให้กรรมการลาออกจากบริษัทโดยอ้างว่าเจ็บป่วย ต่อมากรรมการได้รับข้อเสนอการว่าจ้างดังกล่าวจากบุคคลที่สาม ศาลพิจารณาว่ากรรมการได้ใช้ข้อได้เปรียบของข้อเสนอการว่าจ้างของบุคคลที่สามอย่างไม่เหมาะสม เพราะว่าโอกาสนั้นได้มาถึงกรรมการในระหว่างที่ดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการบริษัทอยู่ เพราะฉะนั้นกรรมการจึงต้องรับผิดชดใช้ผลประโยชน์จากการเข้าร่วมทำสัญญารับจ้างต่อบุคคลที่สามดังกล่าวนั้นให้แก่บริษัท โดยท่านผู้พิพากษา Roskill J. ได้ให้ความเห็นว่า[108] “กรณีดังกล่าวไม่ใช่สาระสำคัญที่ว่าบุคคลที่สามได้ทำสัญญาว่าจ้างกรรมการบริษัทเป็นการส่วนตัวโดยไม่ประสงค์จะทำสัญญาว่าจ้างกับบริษัทหรือไม่ แต่ทั้งนี้มีข้อพิจารณาได้ว่าเมื่อกรรมการพ้นจากสภาพการเป็นกรรมการบริษัทแล้ว ย่อมไม่สามารถถือเอาประโยชน์จากโอกาสที่ได้รับข้อมูลระหว่างเป็นกรรมการบริษัทนั้นมาเป็นประโยชน์ส่วนตนได้ ฉะนั้น แม้สัญญาว่าจ้างจะทำขึ้นโดยกรรมการในฐานะส่วนตัวก็ตาม กรรมการที่หลุดพ้นจากสภาพการเป็นกรรมการบริษัทแล้วก็ยังคงมีหน้าที่ต้องแจ้งให้บริษัททราบถึงข้อเท็จจริงต่าง ๆ และต้องรับผิดในผลประโยชน์ที่ได้รับจากการทำสัญญานั้นต่อบริษัท”

เหตุผลที่ศาลในประเทศอังกฤษมักจะใช้หลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์อย่างเข้มงวดนั้นเนื่องมาจากมักจะมีความผิดพลาดล้มเหลวในการแยกความแตกต่างระหว่างกรรมการซึ่งอาศัยโอกาสในการบริหารจัดการบริษัทแสวงหาประโยชน์ใส่ตน (จงใจใช้หลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ในทางที่ผิด) กับกรรมการซึ่งได้รับผลประโยชน์ส่วนตัวจากโอกาสในการบริหารจัดการงานบริษัท ซึ่งการปฏิบัตินั้นจะขึ้นอยู่กับโอกาสที่ได้รับมิใช่เป็นไปโดยเจตนาทุจริต (ไม่ได้จงใจใช้หลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ในทางที่ผิด)

---

[106] Mitchell, Philip L.R. (1982). **Directors' Duties and Insider Dealing**. p. 31.

[107] Janet Dine. (1994). **Company Law**. pp. 187-188.

[108] Stephen Griffin. Op.cit. p. 253.

ตัวอย่างคดีที่กรรมการจงใจใช้โอกาสในการบริหารจัดการบริษัทแสวงหาประโยชน์ใส่ตน พบในคดี Cook v Deeks [1916] 1 AC 554.[109] ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ บริษัท ที จำกัดประกอบกิจการรับเหมาก่อสร้างเส้นทางรถไฟให้แก่บริษัท เอฟ จำกัด โดยมีผู้รับเหมาก่อสร้าง 4 คน คือ ก, ข, ค และ ง เป็นกรรมการและต่างเข้าเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทประมาณคนละหนึ่งในสี่ของเงินทุนบริษัท ต่อมาภายหลังเกิดความขัดแย้งขึ้นในระหว่างบุคคลทั้งสี่ ปรากฏว่า ก, ข และ ค จึงได้ร่วมกันจัดตั้งบริษัทใหม่ขึ้นอีกแห่งหนึ่ง เฉพาะกรณีของ ก และ ข นั้นมีหน้าที่เป็นกรรมการของบริษัท ที จำกัด เพื่อติดต่อทำสัญญาก่อสร้างเส้นทางรถไฟให้แก่บริษัท เอฟ จำกัดแทนบริษัท ที จำกัด มาโดยตลอดด้วย แม้เมื่อ ก, ข และ ค จะได้ก่อตั้งบริษัทขึ้นใหม่ก็ตาม ก และ ข ก็ยังคงเป็นกรรมการในบริษัท ที จำกัดและทำหน้าที่ดังกล่าวอยู่เช่นเดิม แต่เมื่อมีการทำสัญญากันเป็นลายลักษณ์อักษรในระยะหลัง สัญญาที่ทำกลับเป็นการทำขึ้นในนาม ก และ ข นอกจากนั้น ก, ข และ ค ได้จัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้นบริษัท ที จำกัดเพื่อลงมติยืนยันว่า บริษัท ที จำกัด มิได้มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องในสัญญาที่ ก และ ข ได้ทำขึ้นดังกล่าวนั้น ซึ่งโดยผลจากการที่ ก, ข และ ค เป็นผู้ถือหุ้นจำนวนมากที่มีคะแนนเสียงสามารถควบคุมการจัดกิจการงานในบริษัท ที จำกัดได้ ที่ประชุมผู้ถือหุ้นจึงลงมติให้ความเห็นชอบ ฉะนั้น ง. จึงใช้สิทธิในฐานะผู้ถือหุ้นฟ้องคดีแทนบริษัท ที จำกัด ให้ ก, ข และ ค ตลอดจนบริษัทใหม่ที่ตั้งขึ้นร่วมส่งมอบคืนผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่ได้รับจากสัญญานั้นให้แก่บริษัท ที จำกัด

ข้อเท็จจริงในคดีนี้แสดงให้เห็นว่ากรรมการบริษัท ที จำกัด คือ ก, ข และ ค ต่างตระหนักรู้ว่าสัญญาซึ่งตนได้ทำกับบริษัท เอฟ จำกัด ในนามบริษัท ที จำกัดนั้นจะให้กำไรอย่างมากแก่บริษัท ที จำกัด ดังนั้น ก, ข และ ค.จึงได้ก่อตั้งบริษัทขึ้นมาใหม่อีกบริษัทหนึ่ง และให้บริษัทซึ่งตั้งขึ้นใหม่นั้นเข้าทำสัญญากับบริษัท เอฟ จำกัดแทนบริษัท ที จำกัด อันถือเป็นข้อสังเกตได้ว่าในกรณีดังกล่าวเป็นการที่กรรมการบริษัท ที จำกัด คือ ก, ข และ ค.จงใจใช้ข้อมูลการบริหารจัดการงานที่ได้รับจากบริษัท ที จำกัดเพื่อแสวงหาประโยชน์ใส่ตนและบริษัทซึ่งตั้งขึ้นใหม่ ดังนั้น ก, ข และ ค. จึงต้องส่งคืนผลประโยชน์ที่ได้รับจากการเข้าทำสัญญาในนามของบริษัทอื่นซึ่งตั้งขึ้นใหม่ให้แก่บริษัท ที จำกัด

ส่วนตัวอย่างคดีที่ถือว่ากรรมการมิได้จงใจใช้โอกาสในตำแหน่งหน้าที่แสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัว เช่น คดี Regal (Hastings) Ltd v Gulliver [1942] 1 All ER 378, [1967] 2 AC 134.[110] คดีนี้เกี่ยวข้องกับบริษัท R ซึ่งดำเนินกิจการโรงภาพยนตร์ บริษัท R ต้องการจะสร้างโรงภาพยนตร์เพิ่มขึ้นอีก 2 แห่ง ดังนั้นกรรมการบริษัท R จึงจัดตั้งบริษัทสาขาของบริษัท R ขึ้น คือ บริษัท A เพื่อ

---

[109] สมชัย วิชญไพศิฐสกุล. เล่มเดิม. หน้า 91.

[110] Janet Dine. Op.cit. p. 187.

วัตถุประสงค์ดำเนินการเช่าพื้นที่ทำโรงภาพยนตร์อีก 2 แห่งจากเจ้าของที่ดิน แต่เพื่อรับประกันสัญญาเช่าดังกล่าวเจ้าของที่ดินจึงมีเงื่อนไขว่า บริษัทสาขา A จะต้องมีเงินทุนค้ำประกันรายได้จำนวน 5,000 ปอนด์ อย่างไรก็ตามเนื่องจากบริษัท R ประสบปัญหาทางด้านการเงินจึงไม่สามารถปฏิบัติตามข้อเรียกร้องดังกล่าวได้ ทั้งนี้บริษัท R สามารถถือหุ้นในบริษัทสาขาที่ตั้งขึ้นใหม่ได้เพียง 2,000 ปอนด์เท่านั้น กรรมการของบริษัท R จึงเพิ่มเงินทุนส่วนตัวจำนวน 3,000 ปอนด์เพื่อให้มีความสมดุลทางการเงินระหว่างจำนวนเงินที่บริษัท R อุดหนุนกับจำนวนเงินทั้งหมดที่ต้องการ และต่อมากรรมการได้ตกลงขายหุ้นของตนในบริษัทสาขา A และในบริษัท R ให้แก่บุคคลภายนอกทำให้กรรมการได้รับผลกำไรมหาศาลจากการขายหุ้นดังกล่าว ผู้บริหารจัดการคนใหม่ของบริษัท R จึงได้กล่าวหาว่าผลกำไรที่กรรมการได้รับดังกล่าวเกิดจากการขายหุ้นในบริษัท A ของกรรมการ ดังนั้นจึงฟ้องร้องว่ากรรมการใช้โอกาสในตำแหน่งหน้าที่แสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวโดยมิชอบ[111]

ในการพิจารณาคดีของศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษาให้ยกฟ้องโจทก์ (บริษัท R) แต่ศาลสูงสุด (House of Lords) มีมติอย่างเป็นเอกฉันท์พิพากษากลับคำพิพากษาศาลล่างว่ากรรมการมีความผิดต้องชดใช้กำไรที่ได้รับจากการขายหุ้นให้แก่บริษัท เพราะถือว่าเหตุที่กรรมการได้รับหุ้นมาและขายได้กำไรนั้นเป็นผลเนื่องมาจากการเป็นกรรมการในบริษัท R และถือได้ว่ากรรมการได้อาศัยประโยชน์จากโอกาสที่ได้กระทำไปตามหน้าที่ที่ตนมีอยู่ ซึ่งท่านผู้พิพากษา Lord Russell แสดงความคิดเห็นชี้ชัดเกี่ยวกับหลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ว่า[112]

“หลักความยุติธรรมได้ยืนยันในเรื่องหลักการขัดกันทางผลประโยชน์ว่า ผู้ที่ดำรงตำแหน่งหน้าที่ในการได้รับความไว้วางใจใด ๆ ก็ตาม หากแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบย่อมต้องรับผิดชอบในผลประโยชน์ที่ได้รับมานั้น โดยไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าต้องมีการฉ้อฉลหรือความไม่สุจริต หรือไม่ต้องขึ้นอยู่กับการตั้งคำถามถึงผลประโยชน์ที่จะได้รับว่าควรจะเป็นของโจทก์หรือไม่ หรือผู้ได้รับผลประโยชน์อยู่ในหน้าที่ที่ต้องหาผลประโยชน์ให้แก่โจทก์หรือไม่ หรืออาจจะก่อให้เกิดความเสี่ยงหรือความเสียหายต่อผลประโยชน์ของโจทก์หรือไม่ หรือในความเป็นจริงโจทก์ได้รับความเสียหายหรือผลประโยชน์จากการกระทำดังกล่าวหรือไม่ แต่ความรับผิดนั้นขึ้นอยู่กับเพียงข้อเท็จจริงและสถานการณ์แวดล้อมของการได้รับผลประโยชน์นั้น ๆ อย่างไรก็ตาม แม้จะมีความซื่อสัตย์และมีเจตนาที่ดี แต่หากว่าการนั้นทำให้ได้รับผลประโยชน์เกินสมควรก็ไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงความเสี่ยงจากการตรวจสอบทางบัญชีได้”

จากข้อเท็จจริงในคดีนี้ จะเห็นได้ว่ากรรมการนั้นได้กระทำการโดยสุจริต ทั้งนี้เพื่อช่วยให้กิจการของบริษัทซึ่งขาดแคลนด้านเงินทุนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้อย่างคล่องตัว

---

[111] สมชัย วิชญไพศิฐสกุล. เล่มเดิม. หน้า 96.

[112] Geoffrey Morse. Op.cit. p. 303.

และนอกจากหุ้นที่บริษัท R มีอยู่ในบริษัทสาขา A ที่ตั้งขึ้นใหม่จำนวน 2,000 หุ้นแล้วนั้น หุ้นที่เหลืออีกจำนวน 3,000 หุ้นในบริษัทสาขา A ที่กรรมการได้ใช้เงินทุนส่วนตัวลงไปก็ไม่เคยปรากฏว่าเป็นเงินหรือทรัพย์สินของบริษัท R แต่ประการใด ดังนั้นในความเป็นจริงแล้วบริษัท R ย่อมไม่ควรอาจถือเอาผลประโยชน์ด้วยการรับเอาจำนวนหุ้นดังกล่าวมาเป็นของตนเองได้[113] แต่อย่างไรก็ตามด้วยความเคร่งครัดของการนำหลักความขัดกันระหว่างผลประโยชน์มาปรับใช้ในคดีนี้ศาลสูงสุดก็ได้วินิจฉัยให้กรรมการบริษัทต้องรับผิดชดใช้กำไรที่ได้รับจากการขายหุ้นต่อบริษัท R ในที่สุด

นอกจากแนวคำพิพากษาที่กล่าวมาข้างต้นแล้วธุรกรรมที่อาจถือได้ว่ากรรมการมีผลประโยชน์ส่วนตัวขัดกันกับผลประโยชน์ของบริษัท เช่น การใช้โอกาสและผลประโยชน์ในทางลับจากบริษัท (Corporate opportunity and secret profits) โดยเป็นกรณีที่กรรมการฝ่าฝืนหลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์เนื่องมาจากการได้รับตำแหน่งหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจจากบริษัทให้กรรมการใช้อิทธิพลและการควบคุมข้อมูลของบริษัทมาเพื่อความได้เปรียบแก่ผลประโยชน์ของตัวเอง แม้ว่าบุคคลนั้นจะนำข้อมูลของบริษัทที่ตนได้รับมาไปใช้ประโยชน์ภายหลังจากที่ตนพ้นตำแหน่งกรรมการแล้วก็ตาม ศาลก็ยังคงถือว่าบุคคลนั้นได้ประโยชน์จากข้อมูลของบริษัทไปใช้เพื่อเอื้อประโยชน์ต่อตนเองเนื่องมาจากการที่ได้ดำรงตำแหน่งกรรมการในบริษัท ตัวอย่างเช่นในคดี Bell v Lever Bros Ltd [1932] AC 161 ท่านผู้พิพากษา Lord Blanesburgh ได้ให้ความเห็นว่า[114]

“การห้ามมิให้กรรมการใช้โอกาสในตำแหน่งหน้าที่ของตนแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้จากบริษัทจะมีผลในระหว่างระยะเวลาที่ดำรงตำแหน่งกรรมการ แต่ทั้งนี้อาจบังคับรวมถึงกรรมการที่พ้นวาระแล้วด้วย ในกรณีที่บุคคลนั้นได้รับข้อมูลบริษัทมาในระหว่างที่ตนดำรงตำแหน่งกรรมการอยู่และนำข้อมูลไปใช้ในทางที่ไม่เหมาะสมแม้เมื่อตนพ้นจากตำแหน่งไปแล้วก็ตาม”

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าไม่ว่าจะเป็นกรณีการจงใจใช้โอกาสในตำแหน่งหน้าที่แสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวหรือกรณีที่มิได้จงใจใช้โอกาสในตำแหน่งหน้าที่แสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวก็ตาม การนำหลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์มาบังคับใช้แก่กรรมการบริษัทโดยศาลประเทศอังกฤษนั้นมักเป็นไปในทิศทางที่เข้มงวดเสมอ อาจเนื่องมาจากมีความเป็นไปได้อย่างมากว่าหากศาลผ่อนคลายหลักการดังกล่าวอาจทำให้กรรมการมีแนวโน้มที่จะไม่เอาใจใส่หรือเพิกเฉยต่อผลประโยชน์ของบริษัทที่ขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ส่วนตัวของกรรมการ

---

[113] สมชัย วิชญไพศิฐสกุล. เล่มเดิม. หน้า 77.

[114] Stephen Griffin. Op.cit. p. 253.

โดยผลจากกฎหมายบริษัทและแนวคำพิพากษาในอดีตที่ผ่านมา ทำให้กฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษ ปี 2006 (The Companies Act 2006 (c.46)) ยังคงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์โดยปรากฏในมาตรา 175 และมาตรา 176 กล่าวคือ

มาตรา 175 บัญญัติให้กรรมการมีหน้าที่ในการหลีกเลี่ยงการขัดกันระหว่างผลประโยชน์โดยวางหลักว่า

"(1) กรรมการบริษัทต้องหลีกเลี่ยงสถานการณ์ซึ่งเขามี (หรือสามารถมี) ผลประโยชน์ขัดกันต่อผลประโยชน์ของบริษัท ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมหรือมีความเป็นไปได้ว่าจะเกิดความขัดกันระหว่างผลประโยชน์

(2) บทบัญญัตินี้นำมาใช้โดยเฉพาะกับการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากทรัพย์สิน ข้อมูลหรือโอกาส (ไม่สำคัญว่าบริษัทจะต้องนำทรัพย์สิน ข้อมูลหรือโอกาสนั้นมาใช้ประโยชน์)

(3) หน้าที่นี้ไม่นำไปใช้บังคับกับความขัดกันระหว่างผลประโยชน์ซึ่งเกิดขึ้นเนื่องจากธุรกรรมหรือการจัดการของบริษัท

(4) จะไม่ถือเป็นการละเมิดหน้าที่ ในกรณีดังต่อไปนี้

ก. ถ้าสถานการณ์ไม่สามารถพิจารณาได้ว่าจะมีความขัดกันระหว่างผลประโยชน์เกิดขึ้น หรือ

ข. ถ้าได้รับมอบอำนาจจากคณะกรรมการ

(5) การมอบอำนาจอาจมาจากคณะกรรมการบริษัท หาก

ก. เมื่อเป็นบริษัทเอกชนและไม่มีข้อบังคับห้ามเกี่ยวกับการมอบอำนาจโดยกรรมการ หรือ

ข. เมื่อเป็นบริษัทมหาชนจำกัดและมีข้อบังคับบริษัทรวมถึงข้อกำหนดให้กรรมการมีอำนาจในการมอบอำนาจได้ตามข้อบังคับบริษัทนั้น

(6) การมอบอำนาจมีผลบังคับ ถ้า

ก. ที่ประชุมลงมติอนุมัติครบองค์ประชุม เว้นแต่การลงมตินั้นมีข้อสงสัยหรือกรรมการมีส่วนได้เสียในการลงมตินั้น และ

ข. วาระนั้น ๆ ได้รับการเห็นชอบโดยปราศจากการลงคะแนนของผู้รับมอบอำนาจหรือได้รับการเห็นชอบหากไม่นับรวมคะแนนเสียงของผู้รับมอบอำนาจ

(7) การอ้างอิงใด ๆ ตามมาตรานี้ว่าด้วยความขัดกันระหว่างผลประโยชน์รวมถึงความขัดกันระหว่างผลประโยชน์และหน้าที่ และความขัดกันระหว่างหน้าที่ด้วย"

และมาตรา 176 บัญญัติให้กรรมการมีหน้าที่ไม่รับผลประโยชน์จากบุคคลภายนอก โดยวางหลักว่า

"(1) กรรมการบริษัทต้องไม่รับผลประโยชน์จากบุคคลภายนอกที่ได้ให้มาด้วยเหตุผลที่ว่า

ก. เขาเข้ามาเป็นกรรมการ หรือ

ข. เขากระทำหรือไม่กระทำสิ่งใดในฐานะกรรมการ

(2) บุคคลภายนอก หมายถึง บุคคลอื่น นอกจากบุคคลภายในบริษัท ส่วนองค์กรที่มีความสัมพันธ์หรือบุคคลซึ่งปฏิบัติตามคำสั่งของบริษัทหรือส่วนที่มีความสัมพันธ์ต่อบริษัท

(3) ผลประโยชน์ที่กรรมการได้รับจากบุคคลภายนอกซึ่งถูกจัดหามาโดยบริษัทไม่ถือเป็นผลประโยชน์ที่ได้มาจากบุคคลภายนอก

(4) ไม่เป็นการละเมิดหน้าที่ถ้าการรับผลประโยชน์นั้นไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะก่อให้เกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์

(5) การอ้างอิงใด ๆ ตามมาตรานี้ว่าด้วยความขัดกันระหว่างผลประโยชน์รวมถึงความขัดกันระหว่างผลประโยชน์และหน้าที่ และความขัดกันระหว่างหน้าที่ด้วย"

ทั้งนี้มาตรา 170 บัญญัติให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 175 และมาตรา 176 นั้นมาใช้บังคับถึงบุคคลซึ่งสิ้นสุดการเป็นกรรมการด้วย โดยยังคงต้องดำเนินการต่อไปภายใต้เงื่อนไขต่อไปนี้ กล่าวคือ[115]

หน้าที่ตามมาตรา 175 (หน้าที่หลีกเลี่ยงการขัดกันระหว่างผลประโยชน์) กล่าวถึงการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากทรัพย์สิน ข้อมูลหรือโอกาสซึ่งได้มาระหว่างดำรงตำแหน่งกรรมการ

หน้าที่ตามมาตรา 176 (หน้าที่ไม่รับผลประโยชน์จากบุคคลภายนอก) กล่าวถึงสิ่งที่ถูกกระทำขึ้นหรือถูกละเว้นโดยกรรมการก่อนที่จะพ้นสภาพตำแหน่งกรรมการ

ทั้งนี้ให้ถือว่าหน้าที่ดังกล่าวเหล่านั้นได้ใช้กับกรรมการคนก่อนหน้านั้นเช่นเดียวกัน เว้นแต่กรณีจำเป็น

นอกจากนี้บทบัญญัติตามมาตรา 175 และมาตรา 176 ซึ่งถือเป็นหน้าที่โดยทั่วไปของกรรมการบริษัทนั้น กฎหมายบัญญัติให้นำมาใช้บังคับแก่กรรมการเงาด้วย[116] ดังนั้น กรรมการเงาย่อมมีหน้าที่ในการหลีกเลี่ยงการขัดกันระหว่างผลประโยชน์และมีหน้าที่ไม่รับผลประโยชน์จากบุคคลภายนอกเช่นเดียวกัน

---

[115] The Companies Act 2006 (c.46) s.170 (2).

[116] The Companies Act 2006 (c.46) s.170 (1) ประกอบ (5).

แต่อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าถึงแม้แนวทางการตีความและการพิจารณาวินิจฉัยของศาลจะเข้มงวดเพียงใด แต่การตีความโดยใช้หลักการได้อย่างอิสระและเพื่อความเป็นธรรมนั้นก็ยังคงปรากฏในการตีความของศาลในประเทศระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) อยู่ในทุกยุคทุกสมัยจนกระทั่งถึงปัจจุบัน

3.1.2.2 การเปิดเผยเกี่ยวกับผลประโยชน์ส่วนตัวของกรรมการและกรรมการเงาในธุรกรรมของบริษัท หลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ถือเป็นลักษณะสำคัญของหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการที่จะต้องไม่ให้หน้าที่ของการเป็นกรรมการบริษัทนั้นขัดกันกับผลประโยชน์ส่วนตัวของกรรมการ แต่อย่างไรก็ตามหากการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ได้เกิดขึ้นและมีการเปิดเผยให้บริษัทรับทราบแล้ว กฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษให้ถือว่าการกระทำของกรรมการนั้นไม่ถือเป็นการละเมิดหน้าที่ของกรรมการ แต่ทั้งนี้หากกรรมการฝ่าฝืนกระทำการดังกล่าวซึ่งกรรมการกระทำในนามบริษัทและได้รับผลประโยชน์ส่วนตัว ย่อมมีผลทำให้ธุรกรรมนั้นตกเป็นโมฆียะ และบริษัทมีสิทธิที่จะเพิกถอนธุรกรรมนั้นเพื่อมิให้มีผลผูกพันบริษัทก็ได้[117]

การควบคุมหรือป้องกันมิให้เกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของกรรมการต่อบริษัทได้ถูกสะท้อนออกมาให้เห็นเป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรในกฎหมายบริษัทซึ่งได้มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องจากอดีตเรื่อยมาจนกระทั่งถึงปัจจุบัน กล่าวคือ หลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายบริษัท (The Companies Act 1985 (c.6)) มาตรา 317 ซึ่งวางหลักว่าถ้าธุรกรรมใด ๆ ของบริษัทที่กรรมการไม่ว่าคนหนึ่งคนใดเข้าไปมีผลประโยชน์ส่วนตัว กรรมการผู้นั้นจะต้องเปิดเผยสาระสำคัญทั้งหมดในธุรกรรมดังกล่าวเพื่อให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทอนุมัติและถือเป็นธุรกรรมของบริษัท ตัวอย่างเช่น ในคดี North-West Transportation Co Ltd v Beatty [1887] 12 App Cas 589.[118] กรรมการได้รับการอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นซึ่งมีกรรมการผู้นั้นถือหุ้นอยู่หนึ่งในสามของจำนวนหุ้นทั้งหมด ให้ทำสัญญาขายเรือให้แก่อีกบริษัทหนึ่งซึ่งมีกรรมการบริษัทผู้นั้นเป็นเจ้าของแต่เพียงผู้เดียว ศาลพิจารณาได้ว่าการที่กรรมการเป็นเจ้าของในบริษัทคู่สัญญานั้นมิได้มีผลกระทบต่อการอนุมัติของบริษัทเพราะจากหลักฐานที่ได้บริษัทคู่สัญญานั้นมีความต้องการเรือนี้เป็นพิเศษและราคาที่ซื้อได้ก็มีความเหมาะสมยุติธรรมเพียงพอ อีกทั้งกรรมการผู้นั้นก็ถือเป็นเพียงผู้ถือหุ้นข้างน้อยในบริษัท ดังนั้นหากจำนวนเสียงของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ในบริษัทไม่อนุมัติการทำสัญญาดังกล่าวย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ แต่ทั้งนี้ผลของคำตัดสินอาจจะแตกต่างออกไปหากราคาที่ซื้อ

---

[117] Simon Goulding. Op.cit. p. 235.

[118] Ibid. p. 236.

ได้นั้นเป็นไปโดยการขู่เข็ญหรือถูกบีบบังคับ หรือกรรมการผู้นั้น ใช้อิทธิพลในฐานะเป็น ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ในบริษัท

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในกฎหมายบริษัท (The Companies Act 1985 (c.6)) มาตรา 317 นั้น สามารถนำมาใช้บังคับแก่กรรมการบริษัทได้อย่างเป็นธรรมและทำให้แน่ใจได้ว่าสามารถควบคุมธุรกรรมใด ๆ ที่กรรมการบริษัทอาจจะมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องหรือขัดแย้งต่อประโยชน์ของบริษัทโดยนอกจากจะกำหนดให้เป็นหน้าที่ของกรรมการที่มีผลประโยชน์ในสัญญาหรือร่างสัญญานั้นต้องเปิดเผยถึงผลประโยชน์ส่วนตัวดังกล่าวให้แก่ที่ประชุมคณะกรรมการบริษัททราบแล้ว ยังได้กำหนดขั้นตอนการปฏิบัติโดยทั่วไปเกี่ยวกับการที่กรรมการต้องเปิดเผยผลประโยชน์ส่วนตัวและมีบทกำหนดโทษกรณีที่มีฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าวไว้อีกด้วย กล่าวคือ กรรมการจะต้องเปิดเผยถึงผลประโยชน์ส่วนตัวในที่ประชุมคณะกรรมการซึ่งพิจารณาร่างสัญญานั้นตั้งแต่เริ่มแรกที่มีการพิจารณาหรือกรณีเมื่อได้เข้ามามีผลประโยชน์ส่วนตัวในสัญญาภายหลังจากที่ได้เสนอร่างสัญญาให้ที่ประชุมคณะกรรมการพิจารณาแล้วก็ให้กรรมการผู้นั้นเปิดเผยถึงผลประโยชน์ส่วนตัวในที่ประชุมคณะกรรมการครั้งถัดไป นอกจากนี้หากกรรมการได้รับผลประโยชน์ภายหลังจากที่ได้ตกลงทำสัญญาแล้วให้กรรมการเปิดเผยถึงผลประโยชน์ที่ได้รับในการประชุมครั้งแรกนับจากวันดังกล่าว โดยกรรมการจะต้องแจ้งให้ที่ประชุมคณะกรรมการทราบถึงผลกระทบของการที่กรรมการผู้นั้นเป็นสมาชิกในบริษัทคู่สัญญาหรือมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องเป็นพิเศษกับบุคคลใด ๆ ในสัญญาด้วย และภายหลังจากวันที่กรรมการแจ้งให้บริษัททราบแล้ว ให้ถือว่ากรรมการผู้นั้นมีผลประโยชน์ในสัญญาใด ๆ ก็ตามของบริษัทหรือของบุคคลใด ๆ นั้น ทั้งนี้กรรมการผู้ซึ่งฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวจะต้องระวางโทษปรับอย่างต่ำจำนวนตั้งแต่ 2,000 ปอนด์ขึ้นไป[119]

ต่อมาเมื่อมีการปรับปรุงกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษในปี 2006 ได้สะท้อนให้เห็นถึงการให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของบริษัท โดยเน้นย้ำถึงความสำคัญของการเปิดเผยถึงผลประโยชน์ที่ขัดกันของกรรมการต่อผลประโยชน์ของบริษัท กล่าวคือ กฎหมายบริษัท (The Companies Act 2006 (c.46)) หมวด 3 มาตรา 182 ได้วางหลักถึงการเปิดเผยถึงผลประโยชน์ในธุรกรรมหรือการจัดการผลประโยชน์ที่มีอยู่ของกรรมการ ว่า

“(1) เมื่อกรรมการบริษัทมีผลประโยชน์ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมในธุรกรรมหรือในการจัดการใดๆซึ่งได้กระทำในนามบริษัท กรรมการต้องเปิดเผยถึงลักษณะที่แท้จริงและขอบเขตของผลประโยชน์ดังกล่าวแก่คณะกรรมการตามบทบัญญัติมาตรานี้

ทั้งนี้มาตรานี้ไม่นำมาใช้บังคับ หากในกรณีที่ผลประโยชน์ที่ได้รับดังกล่าวได้รับการเปิดเผยตามมาตรา 177 (หน้าที่ในการเปิดเผยถึงผลประโยชน์ในร่างธุรกรรมหรือการจัดการ

---

[119] Simon Goulding. Op.cit. p. 237.

ผลประโยชน์ที่ได้รับการเสนอ) ซึ่งต้องเปิดเผยถึงผลประโยชน์ก่อนที่บริษัทจะเข้าทำธุรกรรมหรือการจัดการผลประโยชน์ที่ได้รับการเสนอ

(2) การเปิดเผยต้องถูกกระทำขึ้นภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

ก. ในที่ประชุมคณะกรรมการ หรือ

ข. แจ้งเป็นหนังสือ ตามมาตรา 184 หรือ

ค. แจ้งให้ทราบทั่วไป ตามมาตรา 185

(3) ถ้าการเปิดเผยถึงผลประโยชน์ตามมาตรานี้พบว่าไม่เที่ยงตรงหรือไม่สมบูรณ์จะต้องมีการเปิดเผยเพิ่มเติม

(4) การเปิดเผยใด ๆ ตามมาตรานี้จำเป็นต้องกระทำอย่างมีเหตุผลโดยพลันการฝ่าฝืนไม่สามารถปฏิบัติได้โดยพลันไม่ถือว่ากระทบต่อหน้าที่พื้นฐานที่จะต้องเปิดเผย

(5) มาตรานี้ไม่จำเป็นต้องมีการเปิดเผยถึงผลประโยชน์ซึ่งกรรมการไม่ทราบไม่รู้เห็นหรือซึ่งธุรกรรมหรือการจัดการนั้นยังเป็นข้อสงสัย

ด้วยจุดประสงค์นี้ กรรมการจะถูกถือว่ารับทราบในเรื่องนั้น ๆ ซึ่งเขาสมควรที่จะทราบแล้ว

(6) กรรมการไม่จำเป็นต้องเปิดเผยผลประโยชน์ตามมาตรานี้ หาก

ก. ถ้าไม่มีเหตุผลให้เชื่อได้ว่ามีความเป็นไปได้ที่จะเกิดความขัดกันระหว่างผลประโยชน์

ข. ถ้าในกรณีที่คณะกรรมการคนอื่นๆต่างตระหนักทราบถึงผลประโยชน์นั้นแล้ว (และด้วยจุดประสงค์นี้ กรรมการคนอื่น ๆ จะถูกถือว่ารับทราบในเรื่องนั้น ๆ ซึ่งพวกเขาสมควรที่จะทราบแล้ว หรือ

ค. ถ้าในกรณีที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงในสัญญาบริการควรจะถูกพิจารณาโดย

- ที่ประชุมคณะกรรมการ หรือ
- คณะกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งตามวัตถุประสงค์นี้ภายใต้หนังสือบริคณห์สนธิของบริษัท”

ทั้งนี้การเปิดเผยหรือการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น มาตรา 184 ได้กำหนดวิธีการโดยกรรมการต้องส่งหนังสือแจ้งเกี่ยวกับผลประโยชน์แก่คณะกรรมการ ซึ่งหนังสือแจ้งนั้นอาจถูกจัดส่งด้วยวิธีดังต่อไปนี้ คือ (ก) โดยยื่นให้แก่กันโดยตรงหรือส่งทางไปรษณีย์ หรือ (ข) ถ้าตกลงกันว่าจะรับทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ก็ให้จัดส่งในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้ตกลงกัน หรืออาจถูกส่งในรูปแบบข้อมูลจากคอมพิวเตอร์ที่พิมพ์ลงในกระดาษก็ได้ และเมื่อกรรมการเปิดเผยถึงผลประโยชน์โดยแจ้งเป็นหนังสือตามมาตรานี้แล้วการเปิดเผยนั้นจะถูกกำหนดให้เป็นส่วนหนึ่งของความ

คืบหน้าในการประชุมคณะกรรมการครั้งต่อไปภายหลังส่งหนังสือแจ้งแล้วและให้นำบทบัญญัติในมาตรา 248 เกี่ยวกับรายงานการประชุมคณะกรรมการมาใช้บังคับ เปรียบเสมือนว่าการเปิดเผยนี้ถูกกระทำขึ้นในการประชุมคณะกรรมการ

ส่วนในกรณีที่มิได้มีการเปิดเผยหรือการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร กฎหมายอาจถือว่าเป็นการเพียงพอแล้วว่าเป็นการเปิดเผยถึงผลประโยชน์ ถ้าหากว่ากรรมการผู้นั้นได้แจ้งตามหลักโดยทั่วไปตามมาตรา 185 กล่าวคือ

(1) การแจ้งโดยทั่วไปตามมาตรานี้ถือเป็นการเพียงพอแล้วว่าเปิดเผยถึงผลประโยชน์ที่มีความสัมพันธ์กัน

(2) การแจ้งโดยทั่วไปคือ การแจ้งแก่คณะกรรมการบริษัทว่าด้วยเรื่องของกรรมการว่า

ก. กรรมการมีผลประโยชน์ (เช่นเดียวกับผู้ถือหุ้น พนักงาน ลูกจ้าง) ในส่วนที่สัมพันธ์กับองค์กรหรือบริษัทในทางเฉพาะเจาะจง และกรรมการจะถูกพิจารณาว่าได้รับผลประโยชน์กับธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ ที่มีขึ้นในนามบริษัทที่อาจจะเกิดขึ้นภายหลังจากวันที่แจ้ง หรือ

ข. กรรมการมีความสัมพันธ์กับบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจง (มากกว่าในรูปแบบของผู้ร่วมองค์กรหรือบริษัท) และกรรมการมีผลประโยชน์กับบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจงที่ทำธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ กับบริษัทที่อาจจะเกิดขึ้นภายหลังจากวันที่กรรมการแจ้ง

(3) การแจ้งต้องบอกกล่าวถึงลักษณะที่แท้จริงและขอบเขตของผลประโยชน์ของกรรมการในบริษัทหรือลักษณะที่แท้จริงถึงความสัมพันธ์กับบุคคลใด ๆ

(4) การแจ้งเรื่องผลประโยชน์ไม่มีผลบังคับ เว้นแต่

ก. ได้แจ้งแก่ที่ประชุมคณะกรรมการ หรือ

ข. กรรมการมีเหตุผลเพียงพอที่จะต้องนำกลับไปพิจารณาและจะยื่นให้อ่านในที่ประชุมคณะกรรมการคราวถัดไป

นอกจากนี้ The Companies Act 2006 (c.46) ยังมีบทบัญญัติเพิ่มเติมถึงการเปิดเผยถึงผลประโยชน์ในธุรกรรมที่มีอยู่ของกรรมการเงาไว้เป็นกรณีเฉพาะด้วย โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 187 ซึ่งวางหลักว่า

“(1) บทบัญญัติในหมวดนี้สัมพันธ์ถึงหน้าที่ภายใต้มาตรา 182 (หน้าที่ที่จะต้องเปิดเผยถึงผลประโยชน์ในธุรกรรมหรือการจัดการผลประโยชน์ที่มีอยู่นั้น) และนำมาใช้บังคับแก่กรรมการเงาดังเช่นกรรมการด้วย แต่ต้องนำมาใช้อย่างเหมาะสม

(2) ไม่นำอนุมาตรา (2) (ก) ในมาตรา 182 (การเปิดเผยในที่ประชุมคณะกรรมการ) มาใช้บังคับ

(3) ไม่นำในมาตรา 185 (การแจ้งโดยทั่วไปที่ถือว่าเป็นการเพียงพอแล้วว่าเป็นการเปิดเผยถึงผลประโยชน์) อนุมาตรา (4) (การแจ้งหรือยกขึ้นมาเป็นหัวข้อหรืออ่านในที่ประชุมคณะกรรมการ) มาใช้บังคับ

(4) การแจ้งโดยทั่วไปของกรรมการเงาไม่ให้มีผลจนกว่าจะได้ทำเป็นหนังสือบอกกล่าวตามมาตรา 184

จะเห็นได้ว่าการเปิดเผยถึงผลประโยชน์ในธุรกรรมที่มีอยู่ของกรรมการเงานั้นมีลักษณะคล้ายคลึงกับการเปิดเผยถึงผลประโยชน์ในธุรกรรมที่มีอยู่ของกรรมการ เพียงแต่ว่าบทบัญญัติ มาตรา 187 นั้นให้นำมาใช้บังคับแก่กรรมการเงาอย่างเหมาะสม กล่าวคือ การเปิดเผยถึงผลประโยชน์ต้องกระทำโดยการแจ้งเป็นหนังสือเท่านั้นมิให้นำการแจ้งโดยทั่วไปในที่ประชุมคณะกรรมการหรือการแจ้งโดยทั่วไปที่ถือว่าเป็นการเพียงพอแล้วว่าเป็นการเปิดเผยถึงผลประโยชน์มาใช้บังคับ

นอกจากบทบัญญัติดังกล่าวนี้แล้วแนวทางปฏิบัติของบริษัทอาจมีการออกเป็นข้อบังคับหรือข้อตกลงระหว่างกรรมการและบริษัทรวมถึงกรณีที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาที่บริษัทจะอนุญาตให้กรรมการซึ่งมีผลประโยชน์ส่วนตัวในสัญญาทำสัญญากับบริษัทนั้นก็ได้ โดยจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขขั้นตอนเกี่ยวกับการคุ้มครองผลประโยชน์ของบริษัท กล่าวคือ โดยปกติกรรมการจะต้องเปิดเผยเกี่ยวกับผลประโยชน์ส่วนตัวให้แก่ที่ประชุมคณะกรรมการและที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบเพื่ออนุมัติการทำสัญญานั้น ๆ นอกจากนี้กรรมการผู้นั้นจะต้องไม่มีส่วนร่วมในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นในที่ประชุมและจะต้องไม่ออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมคณะกรรมการเกี่ยวกับการอนุมัติการทำสัญญาดังกล่าวด้วย ทั้งนี้เพราะอาจมีการโน้มน้าว ชักจูงใจหรือใช้อิทธิพลในการหว่านล้อมหรือขู่เข็ญบังคับให้ที่ประชุมลงมติอนุมัติการทำสัญญาดังกล่าวได้

3.1.2.3 ผลของการละเมิดหน้าที่เกี่ยวกับการขัดแย้งกันระหว่างผลประโยชน์ ตามแนวทางปฏิบัติทั่วไปในประเทศอังกฤษ เมื่อกรรมการถูกตรวจพบว่าธุรกรรมที่ตนได้กระทำขึ้นในนามบริษัทนั้นมีการปิดบัง หลอกลวงหรือแสวงหาผลประโยชน์ของบริษัทโดยเบียดบังมาเป็นผลประโยชน์ส่วนตนและพวกพ้องซึ่งถ้าธุรกรรมนั้นมีผลสมบูรณ์เปรียบเสมือนเป็นการละเมิดหน้าที่หรือละเมิดหลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์แล้ว บริษัทอาจจะตักเตือนเพื่อยับยั้งการละเมิดดังกล่าวก่อนที่จะเกิดความเสียหายแก่บริษัทขึ้นก็ได้ และถ้าหากว่าการละเมิดหน้าที่หรือละเมิดหลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์นั้นเป็นเพียงการฉ้อฉลเล็ก ๆ น้อย ๆ บริษัทอาจจะอนุญาตให้ละเมิดหน้าที่ดังกล่าว

ได้โดยผ่านการลงมติของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นหรือที่ประชุมคณะกรรมการก็ได้ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อตกลงหรือข้อบังคับของแต่ละบริษัทที่ได้กำหนดไว้ นอกจากนี้เมื่อได้รับการยกเว้นโทษหรือได้รับอนุมัติให้กระทำการดังกล่าวได้แล้ว กรรมการผู้ซึ่งละเมิดหน้าที่หรือละเมิดหลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์นั้นอาจจะได้รับอนุญาตให้มีสิทธิออกเสียงหรือแสดงความคิดเห็นในที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือที่ประชุมคณะกรรมการเกี่ยวกับการพิจารณาเรื่องดังกล่าวด้วยก็ได้

แต่อย่างไรก็ตามบริษัทคงปฏิเสธไม่ได้ที่จะต้องนำบทบัญญัติต่าง ๆ แห่งกฎหมายบริษัทที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์การละเมิดหน้าที่หรือละเมิดหลักการขัดแย้งกันระหว่างผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นมาพิจารณาประกอบความรับผิดของกรรมการผู้นั้นด้วย กล่าวคือกรรมการ ผู้ซึ่งละเมิดนั้นอาจจะมีความรับผิดทางแพ่งต้องชดใช้ผลประโยชน์ที่ได้ก่อให้เกิดขึ้นหรือที่ทำให้สูญเสียไปจากการกระทำละเมิดดังกล่าวของตนให้แก่บริษัท ทั้งนี้เพื่อให้สมกับฐานะที่ตนเป็นบุคคลซึ่งได้รับความไว้วางใจจากบริษัทให้บริหารจัดการกิจการงานนั้น

โดยมาตรา 183 ในกฎหมายบริษัท (The Companies Act 2006 (c.46)) วางหลักว่า กรรมการ ผู้ซึ่งไม่ปฏิบัติตามมาตรา 182 เกี่ยวกับการเปิดเผยถึงผลประโยชน์ในธุรกรรมหรือการจัดการที่มีอยู่นั้น ให้ถือว่ากระทำผิดกฎหมายและต้องรับผิดโดยถูกฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อระวางโทษปรับไม่เกินอัตราสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนดไว้

นอกจากนี้บริษัทอาจให้สัตยาบันแก่กรรมการซึ่งกระทำโดยประมาทเลินเล่อผิดสัญญา ละเมิดหน้าที่หรือละเมิดความไว้วางใจของบริษัทได้ โดยการพิจารณาของบริษัทในการให้สัตยาบันแก่การกระทำนั้นต้องกระทำโดยการลงมติของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น มติดังกล่าวจะได้รับการเห็นชอบต่อเมื่อเสียงส่วนใหญ่เห็นด้วยกับการลงมติของกรรมการ (ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท) และผู้ถือหุ้นอื่นใดที่มีความสัมพันธ์กับกรรมการ ทั้งนี้ผู้ถือหุ้นนั้นยังคงมีสิทธิถูกนับรวมเป็นองค์ประชุมและเข้าร่วมในการประชุมครั้งต่อไปที่จะพิจารณาตัดสินหัวข้อการลงมติดังกล่าวได้ และการให้สัตยาบันของบริษัทนี้ไม่กระทบต่อกฎหมายหรือหลักกฎหมายใด ๆ ที่มีข้อบังคับเพิ่มเติมเกี่ยวกับความถูกต้องของการให้สัตยาบัน เช่นเดียวกับไม่กระทบต่อการกระทำใด ๆ ที่บริษัทไม่สามารถให้สัตยาบันได้[120] ทั้งนี้การฝ่าฝืนเกี่ยวกับการเปิดเผยถึงผลประโยชน์ในธุรกรรมหรือการจัดการที่มีอยู่และการให้สัตยาบันของบริษัทนั้นกฎหมายให้นำมาใช้บังคับแก่กรรมการเงาด้วยเช่นเดียวกัน

3.2 ประเทศที่มิได้มีบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับกรรมการเงา

สำหรับในกรณีประเทศอื่น ๆ ซึ่งมิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกรรมการเงาไว้โดยเฉพาะอย่างเช่นประเทศอังกฤษนั้น เมื่อพิเคราะห์ถึงบทบัญญัติที่มีอยู่ดังกล่าวในประเทศต่าง ๆ เหล่านั้น

---

[120] The Companies Act 2006 (c.46) s.239.

จะเห็นได้ว่ามีการนำหลักการให้สิทธิในการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นในนามบริษัท (Derivative Action) และหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท (Piercing or Lifting the Corporate Veil) มาปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพอันทำให้ครอบคลุมถึงความรับผิดของกรรมการเงาต่อบริษัทได้ อันถือเป็นแนวทางในการแก้ปัญหาการฟ้องคดีและความรับผิดของกรรมการเงาต่อบริษัทได้เช่นเดียวกัน

3.2.1 ประเทศสิงคโปร์

กฎหมายบริษัทของประเทศสิงคโปร์ (The Companies Act of Singapore 1994 (Chapter 50)) มาตรา 216 ประกอบมาตรา 216A และ 216B มีการให้สิทธิผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้มีการบรรเทาหรือปลดเปลื้องการกระทำต่าง ๆ ในกรณีที่การดำเนินกิจการของบริษัทได้ถูกกระทำไปในทางที่กดขี่ (oppression) ต่อผู้ถือหุ้นหรือทำไปโดยไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ของเขาในฐานะผู้ถือหุ้น[121] ทั้งนี้ศาลอาจจะมีคำสั่งห้ามการกระทำใด ๆ หรือยกเลิกธุรกรรมหรือมติใด ๆ หรือศาลอาจมีคำสั่งมอบหมายให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งดำเนินการทางแพ่งในนามบริษัทได้ภายใต้เงื่อนไขที่ศาลกำหนด[122] นอกจากนี้ตามมาตรา 339 (3) ยังกำหนดให้พนักงานบริษัทซึ่งมีส่วนร่วมรู้เห็นถึงผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่ทำสัญญากับบริษัทต้องรับผิดต่อบริษัทและระวางโทษปรับตามที่กฎหมายกำหนดไม่เกิน 2,000 ดอลลาร์หรือจำคุกไม่เกิน 3 เดือนด้วย ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า แม้กฎหมายบริษัทของประเทศสิงคโปร์จะไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกรรมการเงาไว้ก็ตาม แต่การที่ศาลอาจมีคำสั่งมอบหมายให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งดำเนินการทางแพ่งในนามบริษัทได้ภายใต้เงื่อนไขที่ศาลกำหนดนั้นจึงรวมถึงกรณีที่ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีในนามบริษัทแก่ผู้ถือหุ้นหรือบุคคลอื่นใดได้ด้วยและผู้ถือหุ้นหรือบุคคลอื่นใดซึ่งกระทำตนเป็นกรรมการเงาอาจจะต้องมีความรับผิดตามกฎหมาย หากว่าการกระทำของผู้ถือหุ้นหรือบุคคลอื่นใดซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นเป็นกรณีที่การดำเนินกิจการของบริษัทได้ถูกกระทำไปในทางที่กดขี่ต่อผู้ถือหุ้นอื่นหรือทำไปโดยไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นอื่น ๆ ซึ่งรวมถึงการมีส่วนร่วมรู้เห็นถึงผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่ทำสัญญากับบริษัทด้วย โดยกฎหมายไม่ได้จำกัดเฉพาะแต่ว่าจะต้องเป็นการกระทำของกรรมการบริษัทเท่านั้นทำให้ครอบคลุมถึงกรรมการเงาด้วย

3.2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐเดลาแวร์

กฎหมายบริษัทของประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐเดลาแวร์ (The Delaware Constitution of 1897 (Title 8 - Corporations)) มาตรา 325 ได้มีบทบัญญัติกำหนดให้พนักงานบริษัท คณะ

---

[121] Walter Woon. (1997). **Commercial Law of Singapore**. p. 78 (อ้างถึงใน บุศรา เจตน์จำนงจิต, 2542 : 108)

[122] Andrew Hicks and Walter Woon. (1997). **The Companies Act of Singapore an Annotation**. p. 435-437.

กรรมการหรือแม้กระทั่งผู้ถือหุ้นต้องรับผิดต่อความเสียหายของบริษัท หากบุคคลเหล่านั้นไม่ได้ใช้ความสามารถอย่างเพียงพอในการพิจารณาหรือการตัดสินใจบริหารจัดการงานในบริษัท ทั้งนี้บุคคลซึ่งต้องรับผิดชำระหนี้ต่อบริษัทนั้นอาจจะดำเนินการฟ้องร้องบุคคลใดก็ตามโดยกฎหมายหรือหลักความยุติธรรมและการฟ้องร้องดำเนินคดีนั้นอาจอ้างสิทธิของบริษัทหรือฟ้องร้องผู้ถูกกล่าวหานั้นเป็นการส่วนตัวก็ได้ นอกจากนี้ในมาตรา 327 ยังได้บัญญัติให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิอ้างความเป็นเจ้าของหุ้นฟ้องร้องคดีในนามบริษัทได้โดยผู้ถือหุ้นนั้นจะต้องยืนยันข้อเท็จจริงให้ได้ว่าเป็นผู้ถือหุ้นหรือได้กรรมสิทธิ์ในหุ้นมาในขณะที่มีการกระทำธุรกรรมต่าง ๆ อันทำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัท ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า หากว่าพนักงานบริษัท คณะกรรมการหรือผู้ถือหุ้นจะต้องรับผิดในความเสียหายต่อบริษัทจากการที่มีกรรมการเงาบงการตนอยู่เบื้องหลัง กฎหมายก็ให้สิทธิแก่คณะกรรมการ ผู้ถือหุ้นหรือแม้กระทั่งพนักงานบริษัทนั้นมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีโดยอ้างถึงสิทธิในนามบริษัทหรือในนามส่วนตัวแก่ผู้ถือหุ้นหรือบุคคลอื่นใดซึ่งเป็นกรรมการเงาให้รับผิดต่อตนที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายให้แก่บริษัทไปได้เช่นเดียวกัน

3.2.3 ประเทศเยอรมัน

กฎหมายบริษัทของประเทศเยอรมัน (The Private Limited Companies Act 1980 of Germany (GmbHG 1980)) มาตรา 46(8)[123] ได้ให้สิทธิผู้ถือหุ้นอ้างสิทธิของบริษัทในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนที่เป็นผลมาจากการบริหารจัดการของกรรมการหรือของผู้ถือหุ้นที่ทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย อันจะเห็นได้ว่าเป็นการให้สิทธิผู้ถือหุ้นในการฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาได้ด้วยเช่นกัน นอกจากนี้แนวคำพิพากษาของศาลเยอรมันยังได้มีการนำเอาหลักการไม่คำนึงถึงสภาพความเป็นนิติบุคคลของบริษัทมาปรับใช้ โดยวินิจฉัยให้ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายของบริษัทเป็นส่วนตัวในกรณีที่มีครอบงำบังคับให้บริษัทดำเนินกิจการโดยมิชอบหรือมีการฉ้อฉลและได้รับประโยชน์จากการกระทำดังกล่าวด้วย[124]

สำหรับในส่วนของประเทศไทย ผู้ศึกษาขอวิเคราะห์ถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกรรมการเงาว่าในปัจจุบันกรณีที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่และความรับผิดของกรรมการเงาในกรณีที่มีความขัดกันระหว่างผลประโยชน์ต่อผลประโยชน์ของบริษัทจำกัดไว้นั้นจะเกิดปัญหาในการฟ้องร้องดำเนินคดีของบริษัทต่อบุคคลดังกล่าวหรือไม่ เพียงใด ในบทที่ 4 เป็นลำดับต่อไป

---

[123] M.C. Oliver. (1973). **The private Company in Germany**. p. 77 (อ้างถึงใน บุศรา เจตน์จำนงจิต, 2542 : 109)

[124] นิวิษฐชัย สำเนาพันธุ์. เล่มเดิม. หน้า 61-64.

บทที่ 4
วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกรรมการเงา (Shadow director) ในกรณีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ต่อผลประโยชน์ของบริษัทจำกัด

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิใคร่ให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ในด้านหน้าที่ระหว่างผู้ถือหุ้นอันพึงมีต่อบริษัทเท่าใดนัก กล่าวคือ มิได้มีบทบัญญัติกล่าวถึงหน้าที่ของผู้ถือหุ้นอันพึงมีต่อบริษัทหรือต่อผู้ถือหุ้นด้วยกันเองไว้อย่างเคร่งครัด เนื่องจากผู้ถือหุ้นไม่ได้มีสิทธิและหน้าที่ในการบริหารจัดการงานของบริษัทโดยตรงดังเช่นกรรมการบริษัท คงมีเพียงแต่ให้ผู้ถือหุ้นมีหน้าที่ต้องชำระค่าหุ้นให้ครบถ้วนตามจำนวนที่ตนถือและมีความรับผิดจำกัดตามจำนวนมูลค่าหุ้นที่ตนยังชำระไม่ครบถ้วนเท่านั้น[125] และมีสิทธิในฐานะเป็นผู้ถือหุ้นจัดการดูแลกิจการบริษัทได้ 5 ทาง คือ (1) การแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการบริษัท[126]รวมถึงผู้สอบบัญชี[127] (2) การอนุมัติหรือไม่อนุมัติการดำเนินกิจการที่เป็นโมฆะหรือเป็นโมฆียะ เว้นแต่ได้มีการให้สัตยาบันในการนั้นแล้ว[128] (3) การอนุมัติหรือไม่อนุมัติให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับบริษัท[129] หรือการจัดทำสัญญาระหว่างบริษัทกับผู้ถือหุ้น (4) การอนุมัติหรือไม่อนุมัติในการเปลี่ยนแปลงการดำเนินการที่สำคัญซึ่งมิใช่ธุรกรรมอันเป็นปกติของบริษัท เช่น การควบบริษัท[130] การเลิกบริษัท[131] เป็นต้น และ (5) การให้ความเห็นชอบในมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นซึ่งเรื่องต่าง ๆ ที่เสนอเป็นวาระการประชุม[132] เท่านั้น ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าสิทธิและหน้าที่ของผู้ถือหุ้นดังกล่าวมาข้างต้นมีความแตกต่างไปจากสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทซึ่งถือเป็นผู้แทนบริษัทที่มีหน้าที่ในการบริหารจัดการกิจการบริษัทโดยตรง กฎหมายจึงจำเป็นต้องวางหลักเกณฑ์และบทบัญญัติในการควบคุมการกระทำของกรรมการ

---

[125] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096.

[126] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1151.

[127] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1197.

[128] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1170.

[129] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1145.

[130] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1238.

[131] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1236 (4)

[132] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1171.

บริษัทให้อยู่ภายในขอบวัตถุประสงค์ ข้อบังคับ และภายใต้บทบัญญัติทางกฎหมายไว้โดยเคร่งครัด เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์สูงสุดของบริษัทและผู้ถือหุ้นโดยรวมเป็นสำคัญ

ข้อสนับสนุนเหตุผลข้างต้นที่สะท้อนว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่และความรับผิดของกรรมการบริษัทซึ่งถือเป็นผู้แทนของบริษัทและมีหน้าที่บริหารจัดการกิจการบริษัทไว้อย่างเคร่งครัด ตัวอย่างเช่น ตามมาตรา 1168 ได้กำหนดให้กรรมการและผู้แทนกรรมการมีหน้าที่ต้องประกอบกิจการของบริษัทโดยความเอื้อเฟื้อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง รวมถึงห้ามมิให้กรรมการและผู้แทนกรรมการประกอบการค้าขายใดๆอันมีสภาพเป็นอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับการค้าขายของบริษัทนั้น ไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ตนหรือเพื่อประโยชน์ผู้อื่น หรือไปเข้าหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างค้าขายอื่นซึ่งประกอบกิจการมีสภาพเป็นอย่างเดียวกันและแข่งขันกับกิจการของบริษัทโดยมิได้รับความยินยอมของที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้น ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่าบทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดหน้าที่และข้อห้ามให้ครอบคลุมถึงผู้ถือหุ้นด้วยแต่ประการใด เพราะเนื่องจากว่าในทางกฎหมายนั้นผู้ถือหุ้นถือเสมือนเป็นแหล่งเงินทุนของบริษัทและไม่ได้มีหน้าที่บริหารจัดการกิจการบริษัทโดยตรง ดังนั้นกฎหมายจึงเน้นให้ความสำคัญในเรื่องของการให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นมากกว่าหน้าที่ที่ผู้ถือหุ้นพึงมีต่อบริษัทหรือต่อผู้ถือหุ้นด้วยกันเองหากเปรียบเทียบกับหน้าที่อันเคร่งครัดของกรรมการที่พึงมีต่อบริษัท

ผู้ศึกษามีความตระหนักถึงสภาพปัญหาที่จำต้องพิจารณาถึงในส่วนของการศึกษาดังต่อไปนี้ กล่าวคือ แม้ว่าฐานะผู้ถือหุ้นในบริษัทนั้นจะไม่สามารถเข้าไปบริหารจัดการกิจการงานของบริษัทได้โดยตรงดังเช่นกรรมการก็ตาม แต่เนื่องจากกฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการเข้าประชุมออกเสียงลงมติในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นรวมทั้งมีอำนาจในการแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการบริษัท และกรรมการก็มีหน้าที่ต้องดำเนินกิจการบริหารจัดการภายใต้การครอบงำของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นทั้งปวงด้วย[133] ดังนั้นคงปฏิเสธไม่ได้ว่าผู้ถือหุ้นนั้นถือเป็นผู้มีอิทธิพลและมีอำนาจในการควบคุมและครอบงำการบริหารจัดการกิจการงานของกรรมการบริษัทได้อย่างมาก และเมื่อใดก็ตามที่ผู้ถือหุ้นมีความขัดกันระหว่างผลประโยชน์เกิดขึ้นต่อผลประโยชน์ของบริษัท หากผู้ถือหุ้นมีเจตนาทุจริต ย่อมใช้อิทธิพลครอบงำและคอยบงการการกระทำหรือการตัดสินใจในการบริหารงานต่าง ๆของกรรมการอยู่ฉากหลัง ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นบุคคลที่มีอิทธิพลอย่างแท้จริงเหนือกิจการหรือการบริหารงานของกรรมการบริษัท เพื่อให้กรรมการกระทำการใดๆหรือทำสัญญาในนามบริษัทให้เอื้อประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นคนนั้นและพวกพ้องซึ่งขัดแย้งและก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ของบริษัท โดยผู้ถือหุ้นนั้นย่อมจำกัดความรับผิดในความเสียหายแก่บริษัท

[133] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70 ประกอบ มาตรา 1144.

เพราะตนอยู่ในฐานะผู้ถือหุ้นมิใช่ฐานะกรรมการบริษัท ทั้งนี้ตามกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษ (The Companies Act 2006 (c.46)) ได้ให้คำนิยามของผู้ถือหุ้นในลักษณะดังกล่าวว่าเป็น “กรรมการเงา” (Shadow director)[134]

จากสภาพปัญหาดังกล่าวมาข้างต้นนี้ทำให้เกิดประเด็นอันควรพิจารณาว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้มีบทบัญญัติครอบคลุมเพียงพอที่จะบังคับแก่บุคคลผู้ที่มีเจตนาทุจริตซึ่งบงการอยู่เบื้องหลังเพื่อให้กรรมการบริษัท กระทำการใด ๆ หรือทำสัญญาในนามบริษัทอันเอื้อเฟื้อผลประโยชน์ต่อบุคคลเหล่านั้นและพวกพ้องซึ่งขัดแย้งและก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ของบริษัทหรือไม่เพียงใด เพราะเหตุดังกล่าวอาจส่งผลให้เจตนารมณ์ทางกฎหมายถูกบิดเบือนไปเนื่องจากมิอาจคุ้มครองผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นบางส่วนโดยเฉพาะผู้ถือหุ้นส่วนน้อยได้อย่างแท้จริง

4.1 ปัญหาการฟ้องคดีและความรับผิดของกรรมการเงาต่อบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

โดยหลักปกติทั่วไปแล้วนั้นกฎหมายและข้อบังคับของบริษัทจะกำหนดถึงอำนาจหน้าที่ในการกระทำการต่าง ๆ ของกรรมการบริษัทไว้ ซึ่งหน้าที่หลักประการสำคัญของกรรมการบริษัทคือ การมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการกิจการงานบริษัทด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและด้วยความระมัดระวังเป็นสำคัญเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของบริษัทในฐานะที่เป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจากผู้ถือหุ้น แต่อย่างไรก็ตามมีข้อพิจารณาว่า หากการกระทำใด ๆ ของกรรมการนั้นเป็นไปโดยมีผู้ถือหุ้นหรือบุคคลอื่นใด (เช่น ผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพ) เป็นกรรมการเงาผู้อยู่เบื้องหลังและคอยครอบงำบงการการบริหารจัดการกิจการของกรรมการและคณะกรรมการ โดยให้กรรมการกระทำการต่าง ๆ ในนามบริษัทโดยทุจริตเพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่บุคคลเหล่านั้นและพวกพ้องอันทำให้บริษัทและผู้ถือหุ้นบางส่วนได้รับความเสียหาย

ดังนั้น ประเด็นปัญหาที่ควรพิจารณาคือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบทบัญญัติให้สิทธิแก่บริษัทหรือผู้ถือหุ้นในการฟ้องร้องดำเนินคดีให้ครอบคลุมถึงกรรมการเงาผู้อยู่เบื้องหลังและคอยบงการการกระทำต่าง ๆ ของกรรมการเพื่อให้ต้องรับผิดในความเสียหายต่อบริษัทและผู้ถือหุ้นบางส่วนได้หรือไม่ เพียงใด

---

[134] Companies Act 2006 (c.46), s.251 (1) In the Companies Acts “Shadow director”, in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act... .

4.1.1 กรณีบริษัทเป็นผู้ฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงา

จากการศึกษาพบว่า ถึงแม้ผู้ถือหุ้นจะไม่ได้มีอำนาจในการบริหารจัดการกิจการบริษัทโดยตรงเลยก็ตาม เพราะกฎหมายบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของกรรมการซึ่งถือเป็นผู้แทนของบริษัท แต่ในสภาพความเป็นจริงและในทางปฏิบัตินั้นกลับมีแนวโน้มว่าผู้ถือหุ้นจะเข้ามามีอิทธิพลและคอยบงการเกี่ยวกับการบริหารจัดการกิจการงานในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริษัทอยู่ไม่น้อย เนื่องจากว่ากฎหมายบัญญัติให้ผู้ถือหุ้นนั้นมีสิทธิและอำนาจในการกำหนดนโยบายข้อบังคับของบริษัทอันกรรมการจะต้องบริหารจัดการและอยู่ภายใต้การครอบงำของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นทั้งปวงรวมถึงการให้สิทธิแก่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการลงมติแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการบริษัทได้ ทำให้กรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งเข้ามาจึงมักตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้ถือหุ้นและกระทำการใด ๆ โดยอาศัยหรือแสวงหาประโยชน์ในธุรกิจของบริษัทเพื่อเอื้อประโยชน์ต่อผู้ถือหุ้นนั้นและพวกพ้องของตนซึ่งอาจส่งผลประทบต่อผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นบางส่วน อีกทั้งผู้ถือหุ้นนั้นย่อมจำกัดความรับผิดในความเสียหายแก่บริษัทเพราะตนอยู่ในฐานะผู้ถือหุ้นมิใช่ฐานะกรรมการบริษัท ดังนั้นบริษัทจะสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาโดยอยู่เบื้องหลังคอยบังคับบัญชาและครอบงำกรรมการบริษัทเพื่อให้กรรมการบริหารจัดการกิจการงานกิจการให้เป็นไปตามความประสงค์ของตนอันเป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ถือหุ้นเหล่านั้นและพวกพ้องซึ่งทำให้บริษัทได้รับความเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่ เพียงใด

1) ตามหลักกฎหมายลักษณะว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท

ตามหลักกฎหมายลักษณะว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทกำหนดให้กรรมการมีหน้าที่ต้องบริหารจัดการกิจการงานบริษัทด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและด้วยความระมัดระวังในฐานะที่เป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจากผู้ถือหุ้น ซึ่งหากกรรมการมีเจตนาทุจริตฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติข้อบังคับหรือฝ่าฝืนหน้าที่อันพึงมีต่อบริษัทอันทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย กฎหมายย่อมให้ความคุ้มครองแก่บริษัทและผู้ถือหุ้น โดยให้สิทธิบริษัทหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดฟ้องร้องเรียกเอาสินไหมทดแทนแก่กรรมการบริษัทได้ตามมาตรา 1169 เว้นแต่การกระทำนั้นบริษัทจะได้ให้สัตยาบันในภายหลัง หรือแม้ว่ากรรมการจะได้กระทำการใด ๆ ไปตามมติของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นอันได้รับเสียงสนับสนุนจากผู้ถือหุ้นข้างมากก็ตาม แต่ผู้ถือหุ้นฝ่ายที่มิได้เห็นด้วยกับการลงมติดังกล่าวก็อาจจะฟ้องร้องดำเนินคดีแก่กรรมการผู้ซึ่งทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทได้และกรรมการนั้นยังคงอาจจะต้องรับผิดต่อผู้ถือหุ้นซึ่งไม่ได้อนุมัติในการกระทำดังกล่าวนั้นตามมาตรา 1170 นอกจากนี้หากการประชุมใหญ่หรือการลงมติได้ฝ่าฝืนกฎหมายหรือข้อบังคับของบริษัท กรรมการหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดอาจร้องขอให้ศาลเพิกถอนมติของที่ประชุมใหญ่อันผิดระเบียบนั้นเสียก็ได้ตามมาตรา 1195 ซึ่งถือได้ว่า

บทบัญญัติเหล่านี้เป็นมาตรการทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองสิทธิของบริษัทและผู้ถือหุ้นในกรณีที่กรรมการบริษัทบริหารจัดการงานให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท

ทั้งนี้มีข้อพิจารณาว่ามาตรการทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองสิทธิของบริษัทและผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะสามารถนำมาปรับใช้บังคับแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาโดยเป็นผู้ที่มีอิทธิพลอยู่เบื้องหลังและคอยบงการให้กรรมการบริษัทบริหารจัดการกิจการหรือกระทำการใด ๆ ในนามบริษัทเพื่อเอื้อประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นนั้นอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผลประโยชน์ของบริษัทได้หรือไม่

มาตรา 1169[135] วางหลักให้อำนาจแก่บริษัทฟ้องร้องเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนแก่กรรมการบริษัทที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัท หรือในกรณีที่บริษัทไม่ยอมฟ้องร้องผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดจะเอาคดีนั้นขึ้นว่าก็ได้

ประเด็นพิจารณา คือ บทบัญญัตินี้ให้สิทธิบริษัทหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ “กรรมการ” ผู้ทำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทเท่านั้น แต่ไม่สามารถนำมาใช้บังคับให้บริษัทหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ “ผู้ถือหุ้น” ซึ่งบงการอยู่เบื้องหลังในการบริหารจัดการงานของกรรมการและทำให้บริษัทเสียหายได้เลย เพราะโดยหลักการกฎหมายบริษัทนั้นถือว่าผู้ถือหุ้นไม่ได้มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการกิจการบริษัทอย่างแท้จริงดังเช่นกรรมการบริษัท ฉะนั้นโอกาสที่ผู้ถือหุ้นจะบริหารจัดการและทำให้บริษัทได้รับความเสียหายนั้นย่อมเป็นไปได้ยากประกอบกับหลักการจำกัดความรับผิด[136] ของผู้ถือหุ้นจึงทำให้กฎหมายในส่วนว่าด้วยบริษัทไม่ได้คำนึงถึงการมีบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่บริษัทในการฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นหรือการให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องร้องดำเนินคดีระหว่างกันเอง ถึงแม้ว่าโดยแท้จริงแล้วนั้นผู้ถือหุ้นอาจจะเป็นกรรมการเงาผู้สั่งการให้กรรมการบริษัทบริหารจัดการกิจการหรือกระทำการใด ๆ อันก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทและผู้ถือหุ้นบางส่วนก็ตาม บริษัทหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดจะฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาคนนั้นโดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 1169 มาใช้บังคับมิได้ เพราะบทบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับในการฟ้องร้องดำเนินคดีแก่กรรมการผู้ทำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทเท่านั้น

---

[135] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169 บัญญัติว่า “ถ้ากรรมการทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ๆ จะฟ้องร้องเรียกเอาสินไหมทดแทนแก่กรรมการก็ได้ หรือในกรณีที่บริษัทไม่ยอมฟ้องร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดจะเอาคดีนั้นขึ้นว่าก็ได้...”.

[136] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096.

มาตรา 1170[137] วางหลักให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งมิได้อนุมัติการกระทำใด ๆ ของกรรมการฟ้องร้องดำเนินคดีแก่กรรมการได้ ภายในหกเดือนนับแต่วันที่ประชุมใหญ่ให้การอนุมัติแก่การเช่นว่านั้น แม้ว่ากรรมการจะได้กระทำการนั้นโดยผ่านมติของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นแล้วก็ตาม

ประเด็นพิจารณาคือ

(1) จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวคุ้มครองผู้ถือหุ้นบางส่วนให้สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ “กรรมการบริษัท” ได้เท่านั้น แต่ไม่รวมถึงให้สิทธิผู้ถือหุ้นซึ่งมิได้อนุมัติฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ “ผู้ถือหุ้น” ที่อนุมัติการกระทำดังกล่าวอันทำให้บริษัทได้รับความเสียหายด้วย กล่าวคือมิได้ให้สิทธิผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีระหว่างกันเองดังเช่นเดียวกับกรณีมาตรา 1169 ที่ผู้ศึกษาได้วิเคราะห์ข้างต้นแล้ว

(2) ในบางกรณีข้อบังคับของบริษัทโดยส่วนใหญ่อาจกำหนดให้การกระทำใด ๆ ของกรรมการนั้นจำต้องได้รับการลงมติอนุมัติจากที่ประชุมคณะกรรมการและหรือที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นก่อนแล้วแต่กรณี กรรมการจึงจะสามารถมีอำนาจกระทำการดังกล่าวได้ เช่น การทำธุรกรรมต่าง ๆ กับบุคคลภายนอก ข้อบังคับของบริษัทมักจะกำหนดประเภทของธุรกรรมและระดับมูลค่าวงเงินไว้ว่าธุรกรรมประเภทใด ระดับวงเงินเท่าใดที่กรรมการมีอำนาจตัดสินใจกระทำการได้ด้วยตนเองหรือระดับใดที่กรรมการจำต้องได้รับการลงมติอนุมัติจากที่ประชุมคณะกรรมการและหรือที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นก่อน แต่ทั้งนี้การให้สิทธิผู้ถือหุ้นซึ่งมิได้อนุมัติฟ้องร้องดำเนินคดีแก่กรรมการตามมาตรา 1170 นั้น จะเกิดขึ้นได้เพียงกรณีเดียว คือ ในกรณีเฉพาะแต่ที่การกระทำใด ๆ นั้นจำต้องกระทำโดยผ่านการลงมติให้ความเห็นชอบโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเท่านั้น โดยไม่ได้นำมาใช้บังคับให้ครอบคลุมถึงการให้สิทธิผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งอยู่เบื้องหลังและครอบงำให้กรรมการลงมติให้ความเห็นชอบเพียงในระดับที่ประชุมคณะกรรมการเท่านั้นด้วย

ดังนั้นหากเป็นกรณีที่การกระทำใด ๆ ในนามบริษัทนั้นกรรมการสามารถกระทำได้เองหรือกระทำได้แต่เพียงผ่านมติของที่ประชุมคณะกรรมการเท่านั้น ย่อม ไม่อยู่ในบังคับมาตรา 1170 เพราะกรณีดังกล่าวมิต้องผ่านมติของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น อันถือเป็นช่องว่างทางกฎหมายที่ทำให้ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาใช้อำนาจเข้าแทรกแซงและควบคุมการบริหารจัดการกิจการของกรรมการบริษัทในระดับกรณีที่เป็นอำนาจของกรรมการบริษัทที่จะสามารถกระทำการใด ๆ ได้เอง

---

[137] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1170 บัญญัติว่า “เมื่อการซึ่งกรรมการคนใดได้ทำไปได้รับอนุมัติของที่ประชุมใหญ่แล้ว ท่านว่ากรรมการคนนั้นไม่ต้องรับผิดในการนั้นต่อผู้ถือหุ้นซึ่งได้ให้อนุมัติหรือต่อบริษัทอีกต่อไป

ท่านห้ามมิให้ผู้ถือหุ้นซึ่งมิได้อนุมัติด้วยนั้นฟ้องคดี เมื่อพ้นเวลาหกเดือนนับแต่วันที่ประชุมใหญ่ให้อนุมัติแก่การเช่นว่านั้น.”

ในนามบริษัทหรือเพียงผ่านความเห็นชอบของที่ประชุมคณะกรรมการเท่านั้น ทั้งนี้เพราะจะได้ไม่ต้องผ่านการตรวจสอบโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นและผู้ถือหุ้นบางส่วนก็ไม่อาจคัดค้านหรือฟ้องร้องดำเนินคดีในการกระทำดังกล่าวแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาได้ และผู้ถือหุ้นที่อยู่เบื้องหลังการกระทำดังกล่าวนั้นก็ไม่ต้องรับผิดต่อความเสียหายอันเกิดขึ้นแก่บริษัทหรือผู้ถือหุ้นบางส่วนด้วยเช่นเดียวกัน เพราะบทบัญญัติมาตรา 1170 มิได้ฟ้องร้องบังคับคดีแก่ผู้ถือหุ้นแต่อย่างใด

มาตรา 1195[138] วางหลักให้สิทธิแก่กรรมการหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดร้องขอให้ศาลเพิกถอนมติของที่ประชุมใหญ่อันผิดระเบียบหรือได้ลงมติฝ่าฝืนบทบัญญัติทางกฎหมายหรือฝ่าฝืนข้อบังคับของบริษัทโดยต้องร้องขอภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่วันลงมตินั้น

ประเด็นพิจารณาคือ แม้ว่ากฎหมายจะให้สิทธิแก่กรรมการหรือผู้ถือหุ้น คนหนึ่งคนใดร้องขอให้ศาลเพิกถอนมติของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นอันผิดระเบียบได้ก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับเฉพาะการลงมติของที่ประชุมใหญ่เท่านั้น แต่มิได้นำมาใช้บังคับให้ครอบคลุมถึงการลงมติในระดับที่ประชุมคณะกรรมการ เนื่องด้วยกฎหมายให้สิทธิและอำนาจแก่กรรมการในการบริหารจัดการงานบริษัท ดังนั้น ผู้ถือหุ้นย่อมมิควรที่จะเข้าไปก้าวก่ายอำนาจในการบริหารจัดการงานของกรรมการบริษัทหากว่ากรรมการได้กระทำไปตามขอบวัตถุประสงค์และข้อบังคับของบริษัท ทั้งนี้เพื่อเปิดโอกาสให้กรรมการมีความเป็นอิสระและใช้ความสามารถของตนในการบริษัทจัดการงานบริษัทได้อย่างเต็มที่

แต่อย่างไรก็ตามหากผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาครอบงำและควบคุมกรรมการให้กระทำใด ๆ อันเป็นอำนาจเฉพาะของกรรมการที่จะกระทำได้เองในนามบริษัทหรือกระทำได้โดยเพียงผ่านมติของที่ประชุมคณะกรรมการเท่านั้นโดยมิต้องกระทำโดยผ่านมติของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นย่อมไม่อยู่ในบังคับมาตรา 1195 ดังนั้น ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดจึงไม่สามารถร้องขอให้ศาลเพิกถอนการกระทำของกรรมการหรือมติของที่ประชุมคณะกรรมการอันผิดระเบียบหรือได้ลงมติฝ่าฝืนบทบัญญัติทางกฎหมายหรือฝ่าฝืนข้อบังคับของบริษัทซึ่งมีผู้ถือหุ้นที่เป็นกรรมการเงาอยู่เบื้องหลังได้ แต่อาจคงทำได้เพียงฟ้องร้องดำเนินคดีแก่กรรมการตามมาตรา 1169 เท่านั้นซึ่งไม่อาจครอบคลุมให้ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาและอยู่เบื้องหลังโดยแสวงหาผลประโยชน์ของบริษัทใส่ตนและทำให้บริษัทเสียหายนั้นต้องรับผิดด้วยแต่อย่างใด

---

[138] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1195 บัญญัติว่า “การประชุมใหญ่นั้น ถ้าได้นัดเรียกหรือได้ประชุมกัน หรือได้ลงมติฝ่าฝืนบทบัญญัติในลักษณะนี้ก็ดี เมื่อกรรมการหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดร้องขึ้นแล้ว ให้ศาลเพิกถอนมติของที่ประชุมใหญ่อันผิดระเบียบนั้นเสีย แต่ต้องร้องขอภายในกำหนดเดือนหนึ่งนับแต่วันลงมตินั้น.”

จากการพิเคราะห์ข้างต้นจะเห็นได้ว่าปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท คงมีเพียงบทบัญญัติให้สิทธิแต่เพียงบริษัทหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดฟ้องร้องดำเนินคดีแก่กรรมการบริษัทในฐานะที่เป็นผู้บริหารจัดการกิจการและทำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทเท่านั้น แต่ไม่ได้มีบทบัญญัติให้สิทธิแก่บริษัทหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นด้วยกันเองได้ เนื่องจากกฎหมายไม่ได้ให้อำนาจผู้ถือหุ้นในการบริหารจัดการบริษัทโดยตรงและผู้ถือหุ้นแต่ละคนก็มีข้อจำกัดความรับผิดเพียงจำนวนหุ้นที่ตนลงทุนไว้และยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้นเท่านั้น ดังนั้นหากผู้ถือหุ้นได้ชำระค่าหุ้นครบถ้วนทั้งหมดตามจำนวนที่ตนถือแล้ว ย่อมไม่ต้องรับผิดชอบใดๆเป็นการส่วนตัวต่อบริษัทอีก ฉะนั้นข้อจำกัดในด้านการฟ้องร้องดำเนินคดีและความรับผิดของผู้ถือหุ้นนี้เองทำให้เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ถือหุ้นที่มีเจตนาทุจริตแสวงหาประโยชน์จากช่องว่างทางกฎหมายดังกล่าว โดยผู้ถือหุ้นนั้นจะไม่ดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการบริษัทโดยแท้จริงแต่จะเป็นกรรมการเงาคือเป็นผู้ที่มีอิทธิพลอยู่เบื้องหลังและคอยบงการกรรมการให้บริหารจัดการงานต่าง ๆ ของบริษัทเพื่อเอื้อประโยชน์แก่ตน ซึ่งแม้ว่ากรรมการจะบริหารจัดการให้บริษัทได้รับความเสียหายมากน้อยเพียงใดก็ตาม ความรับผิดของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาก็ยังคงจำกัดความรับผิดเพียงจำนวนหุ้นซึ่งตนถืออยู่และยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าเท่านั้นเพราะตนดำรงตำแหน่งในฐานะผู้ถือหุ้นของบริษัทมิได้ดำรงตำแหน่งในฐานะกรรมการด้วย ตนจึงไม่ต้องมีความรับผิดในฐานะกรรมการบริษัท ทำให้การฟ้องร้องดำเนินคดีของบริษัทตามกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทในปัจจุบันนั้นยังไม่สามารถนำมาใช้บังคับให้ครอบคลุมแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาให้ต้องรับผิดต่อความเสียหายของบริษัทหรือต่อผู้ถือหุ้นบางส่วนได้เลย ทั้ง ๆ ที่โดยแท้จริงแล้วนั้นบุคคลดังกล่าวเป็นผู้อยู่เบื้องหลังและถือเป็นผู้สั่งการให้กรรมการบริษัทบริหารจัดการกิจการหรือกระทำการใด ๆ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทก็ตาม

ประเด็นที่จะต้องพิจารณาลำดับต่อไปคือ นอกเหนือจากหลักกฎหมายลักษณะว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทดังได้กล่าวมาข้างต้นซึ่งไม่สามารถนำมาใช้บังคับแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาให้ต้องรับผิดต่อบริษัทหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดได้แล้ว บริษัทหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดจะฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาให้ต้องรับผิดตามกฎหมายลักษณะอื่น ๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่ เพียงใด

ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่าตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความ โดยปกติผู้ที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดได้นั้นจะต้องเป็นผู้เสียหายโดยตรงตามกฎหมาย[139] กล่าวคือต้องเป็น ผู้ที่ถูก

---

[139] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 บัญญัติว่า “เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง หรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นชอบที่จะเสนอคดีของตนต่อศาลส่วนแพ่งที่มีเขตอำนาจได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายนี้.”

โต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ซึ่งกฎหมายรับรองไว้ ดังนั้นกรณีกรรมการได้กระทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ในที่นี้จึงถือได้ว่าบริษัทเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายที่จะมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแก่กรรมการผู้ก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าวได้ ในขณะที่ผู้ถือหุ้นนั้นมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากบริษัทแล้ว จึงถือไม่ได้ว่าผู้ถือหุ้นเป็นผู้เสียหายโดยตรงตามกฎหมาย จึงย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแก่กรรมการผู้ที่ทำให้บริษัทเสียหายได้ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณากฎหมายลักษณะว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทตามมาตรา 1169 และมาตรา 1170 ที่ได้ให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดฟ้องร้องดำเนินคดีในนามบริษัท (Derivative Action)[140] แก่กรรมการผู้ทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทได้ทั้ง ๆ ที่ผู้ถือหุ้นนั้นจะไม่ได้เป็นผู้เสียหายโดยตรงตามกฎหมายก็ตาม เนื่องจากว่าหากไม่ให้สิทธิผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีแก่กรรมการบริษัทในกรณีที่กรรมการทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทได้แล้ว กรรมการผู้นั้นย่อมไม่มีทางที่จะถูกฟ้องร้องดำเนินคดีได้เลย เพราะแม้จะให้สิทธิแก่บริษัทเป็นผู้ฟ้องร้องดำเนินคดีก็ตาม แต่การแสดงออกของบริษัทจำต้องกระทำโดยผ่านกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนบริษัท ซึ่งกรรมการในนามบริษัทย่อมไม่มีทางที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ตนเองได้อย่างแน่แท้ เพราะฉะนั้นจึงเห็นได้ว่านอกเหนือจากหลักกฎหมายลักษณะว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทข้างต้นแล้ว หากจะพิจารณาความรับผิดของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาให้ต้องรับผิดตามหลักกฎหมายลักษณะอื่น ๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่ เพียงใดนั้น กรณีจึงต้องพิจารณาตามหลักทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาความที่ว่าเมื่อไม่ได้เป็นผู้เสียหายโดยตรงตามกฎหมายแล้ว ย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้กระทำผิดได้ ดังนั้น หากว่าผู้ถือหุ้นไม่ได้เป็นผู้เสียหายโดยตรงตามกฎหมายผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดย่อมไม่สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทได้ ในขณะเดียวกันหากพิจารณาในด้านของบริษัทซึ่งถือเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายจากการกระทำของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาแล้ว ย่อมพบว่าในสภาพความเป็นจริงย่อมเป็นไปไม่ได้เลยที่บริษัทจะฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงา เพราะการฟ้องร้องดำเนินคดีในนามบริษัทนั้นจำต้องกระทำโดยผู้แทนบริษัท ซึ่งได้แก่กรรมการ ดังนั้นเมื่อกรรมการบริษัทอยู่ภายใต้อิทธิพลและความบงการของผู้ถือหุ้น กรรมการบริษัทนั้นย่อมไม่มีทางที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นได้เลย

---

[140] สิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นในนามของบริษัท (Derivative Action) คือ การที่ผู้ถือหุ้นเข้าใช้สิทธิของบริษัทในการเรียกร้องค่าเสียหายจากกรรมการหรือบุคคลใด ๆ ที่ทำให้บริษัทได้รับความเสียหายในกรณีที่บริษัทซึ่งเป็นผู้เสียหายโดยตรงละเลยไม่ใช้สิทธิดังกล่าว และผลประโยชน์ที่ผู้ถือหุ้นได้จากการเรียกร้องจะตกเป็นของบริษัทมิใช่ของผู้ถือหุ้นที่ดำเนินการฟ้องร้อง เนื่องจากเป็นการที่ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิแทนบริษัทหรือเป็นการใช้สิทธิซึ่งมาจากบริษัท มิใช่ทำในนามของตนเองส่วนตัว.

2) ตามหลักกฎหมายลักษณะว่าด้วยตัวการตัวแทน

ในเรื่องตัวแทนจะต้องมีบุคคลสามฝ่ายเกี่ยวข้องกัน กล่าวคือ ตัวการ ตัวแทนและบุคคลภายนอก โดยเกิดขึ้นจาก 2 สัญญา คือสัญญาตัวแทนและสัญญาที่ตัวแทนทำกับบุคคลภายนอก ซึ่งหากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 77 บัญญัติว่า “ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยตัวแทนมาใช้บังคับแก่ความเกี่ยวพันระหว่างนิติบุคคลกับผู้แทนของนิติบุคคลและระหว่างนิติบุคคลหรือผู้แทนของนิติบุคคลกับบุคคลภายนอกโดยอนุโลม” ทั้งนี้ในส่วนของบริษัทจำกัด มาตรา 1167 บัญญัติให้ “ความเกี่ยวพันกันในระหว่างกรรมการและบริษัทและบุคคลภายนอกนั้น ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติว่าด้วยตัวแทน” ดังนั้นจะเห็นได้ว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพื่อประโยชน์ที่จะพิเคราะห์ถึงฐานะหรือสิทธิหน้าที่ของบุคคลสามฝ่ายซึ่งเกี่ยวพันกันโดยนำกฎหมายตัวแทนมาปรับใช้ กล่าวคือ หากพิจารณาความสัมพันธ์ในระหว่างบุคคลสองฝ่ายคือบริษัทและบุคคลภายนอกนั้น กรรมการถือเป็นผู้แทน[141] หรือตัวบริษัท แต่ถ้าเป็นกรณีที่ต้องพิเคราะห์ถึงฐานะและความสัมพันธ์ของบุคคลสามฝ่าย คือ กรรมการ บริษัทและบุคคลภายนอกแล้ว กฎหมายบัญญัติให้นำบทบัญญัติว่าด้วยตัวแทนมาใช้บังคับ คือ กรรมการย่อมถือเป็นตัวแทนของบริษัทซึ่งเป็นตัวการ ดังนั้น หากกรรมการซึ่งเป็นตัวแทนของบริษัทได้บริหารจัดการกิจการทำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทและบุคคลภายนอก บริษัทซึ่งเป็นตัวการย่อมต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกในกิจการที่กรรมการได้กระทำไปภายในขอบอำนาจแห่งฐานตัวแทน[142] แต่ถ้ากรรมการได้กระทำไปโดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนือขอบอำนาจก็ดี กรรมการย่อมต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกโดยลำพังตนเองไม่ผูกพันบริษัท เว้นแต่บริษัทจะได้ให้สัตยาบันแก่การนั้น[143] ส่วนทั้งนี้กรรมการจะต้องรับผิดต่อบริษัทหรือไม่เพียงใดนั้น จะต้องพิจารณาว่าการกระทำของกรรมการนั้นได้กระทำโดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหรือไม่ โดยหากกรรมการกระทำโดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจและทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย กรรมการก็ย่อมต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บริษัทด้วย[144]

ประเด็นปัญหา คือ หลักกฎหมายลักษณะว่าด้วยตัวการตัวแทนจะนำมาปรับใช้เพื่อให้สิทธิบริษัทฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาผู้อยู่เบื้องหลังคอยบังคับบัญชากรรมการให้บริหารจัดการกิจการเพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ถือหุ้นเหล่านั้นและพวกพ้องซึ่งทำให้บริษัทเสียหายได้หรือไม่ เพียงใด

---

[141] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70 ประกอบมาตรา 1144.

[142] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 820 ประกอบมาตรา 1167.

[143] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 823 ประกอบมาตรา 1167.

[144] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 812 ประกอบมาตรา 1167.

เมื่อพิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท ผู้ถือหุ้น และกรรมการแล้ว พิจารณาได้ดังนี้

(1) ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นและบริษัทนั้นมิได้มีความสัมพันธ์ที่ไม่เกี่ยวข้องโดยตรงต่อกัน เพราะเมื่อบริษัทจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลแล้วก็ย่อมมีสภาพบุคคล แยกต่างหากออกจากผู้ถือหุ้น โดยผู้ถือหุ้นเป็นเพียงผู้เข้ามาร่วมลงทุนโดยการซื้อหุ้นในบริษัทแต่ไม่ได้มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการบริษัท จึงมีเพียงนิติสัมพันธ์ในเชิงความรับผิดในมูลหนี้การชำระค่าหุ้นเท่าที่ตนมีอยู่ต่อบริษัทและจำกัดความรับผิดของตนเองไว้เพียงจำนวนหุ้นที่ตัวเองถือเท่านั้น ในขณะที่บริษัทก็มีนิติสัมพันธ์ต่อผู้ถือหุ้นในการจ่ายผลตอบแทนในรูปของเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นในกรณีที่บริษัทมีกำไรและมีมติให้จ่ายเงินปันผลแก่ผู้ถือหุ้นตามสัดส่วนของการถือหุ้นในบริษัทที่พึงจะได้รับเท่านั้น ดังนั้นผู้ถือหุ้นจึงไม่ใช่ตัวแทนหรือผู้แทนของบริษัท และความเสียหายหรือความรับผิดที่เกิดขึ้นแก่บริษัทจึงย่อมไม่ผูกพันต่อผู้ถือหุ้นแต่อย่างใด

(2) ความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการกับบริษัท กรรมการนั้นมีฐานะเป็นได้ทั้งผู้แทนและตัวแทนของบริษัท กล่าวคือ หากพิจารณาในมุมมองของบุคคลสองฝ่ายคือบริษัทกับบุคคลภายนอกนั้น กรรมการถือเป็นผู้แทนบริษัทหรือตัวบริษัท ดังนั้นกิจการที่กรรมการทำแทนนิติบุคคลแม้มีสภาพเหมือนตัวการตัวแทนแต่ผู้แทนก็ไม่ใช่ตัวแทนนิติบุคคล ผู้แทนนิติบุคคลจึงมีสภาพเป็นตัวการหรือตัวนิติบุคคลนั้นเองโดยกรรมการและบริษัทถือเป็นส่วนเดียวกันอย่างไม่อาจแยกจากกันได้เพื่อแสดงออกซึ่งเจตนากระทำกิจการต่างๆในนามบริษัทภายใต้ขอบวัตถุประสงค์และข้อบังคับของบริษัทนั้น ๆ ซึ่งหมายความว่า การกระทำต่างๆของกรรมการซึ่งเป็นผู้แทน ย่อมถือเสมือนหนึ่งบริษัทได้กระทำเองและย่อมมีผลผูกพันตัวบริษัทนั้น แต่อย่างไรก็ตามหากพิจารณาในมุมมองของบุคคลสามฝ่าย คือ กรรมการ บริษัทและบุคคลภายนอกแล้ว กรรมการย่อมถือเป็นตัวแทนของบริษัทซึ่งเป็นตัวการโดยนำบทบัญญัติว่าด้วยตัวแทนมาใช้บังคับ

(3) ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับกรรมการบริษัทนั้นก็มิได้มีความสัมพันธ์โดยตรงต่อกัน กล่าวคือ การกระทำใด ๆ ของกรรมการในนามบริษัทนั้น กรรมการถือเป็นผู้แทนของบริษัท ไม่ได้ถือเป็นผู้แทนหรือตัวแทนของผู้ถือหุ้นเพราะผู้ถือหุ้นมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากบริษัทแล้ว เพียงแต่กฎหมายกำหนดให้การบริหารจัดการงานของกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนบริษัทนั้นจำต้องอยู่ภายใต้การครอบงำของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นทั้งปวงเท่านั้น

ประเด็นพิจารณา คือ แม้บริษัทจะได้รับความเสียหายจากการบริหารจัดการของกรรมการซึ่งมีผู้ถือหุ้นเป็นผู้อยู่เบื้องหลังก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถนำหลักกฎหมายลักษณะว่าด้วยตัวการตัวแทนมาใช้บังคับแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาให้ต้องรับผิดต่อบริษัทได้ เนื่องจากว่ากรณีศึกษาดังกล่าวเป็นการพิเคราะห์เฉพาะถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้น กรรมการในฐานะผู้แทน

บริษัท และบริษัทเท่านั้น กล่าวคือ เป็นการพิจารณาความรับผิดของกรรมการเงาต่อบริษัท ดังนั้น การที่ผู้ถือหุ้นเข้าครอบงำการบริหารจัดการงานของกรรมการก็เพื่อให้กรรมการซึ่งเป็นผู้แทนของบริษัทไปกระทำการใด ๆ ในนามบริษัทอันเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ถือหุ้นนั้น แม้บริษัทจะได้รับความเสียหายมากน้อยเพียงใดก็ตาม ย่อมไม่อาจถือได้ว่ากรรมการเงาเป็นตัวการและกรรมการบริษัทเป็นตัวแทน เพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บริษัทนั้นเกิดจากการกระทำของกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนของบริษัทและได้กระทำในนามของบริษัทไม่ใช่ในนามของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงา อีกทั้งผู้ถือหุ้นก็มิได้มีอำนาจในการบริหารจัดการ ดังนั้นจึงไม่อาจอ้างได้ว่าตนมอบอำนาจในการบริหารจัดการกิจการให้แก่กรรมการบริษัทเพื่อให้กรรมการบริษัทไปกระทำการใด ๆ แทนตน แต่การที่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาเข้าครอบงำการบริหารจัดการงานของกรรมการเพื่อให้กรรมการซึ่งเป็นผู้แทนของบริษัทไปกระทำการใด ๆ ในนามบริษัทอันเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ถือหุ้นนั้นอาจถือเป็นเสมือนหนึ่งการใช้กรรมการเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์ต่อบริษัทเพราะตนไม่มีอำนาจกระทำการดังกล่าวได้เองเสียมากกว่า ดังนั้นจึงไม่สามารถนำบทบัญญัติเกี่ยวกับตัวการตัวแทนมาใช้บังคับแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาให้ต้องรับผิดต่อบริษัทได้

ในขณะเดียวกันกรณีดังกล่าวไม่เข้าลักษณะของตัวแทนเชิด เพราะไม่ได้มีพฤติการณ์ใด ๆ ที่จะแสดงได้ว่าผู้ถือหุ้นนั้นได้เชิดกรรมการออกแสดงเป็นตัวแทนของตน หรือยอมให้กรรมการเชิดตัวเองออกแสดงเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นแล้วไปทำให้บริษัทเสียหาย เนื่องจากการกระทำของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นจะบงการกรรมการอยู่ฉากหลัง และการกระทำต่าง ๆ ของกรรมการนั้นก็ได้กระทำไปในนามบริษัทและในฐานะที่กรรมการเป็นผู้แทนของบริษัท ไม่ใช่กระทำในนามของผู้แทนหรือตัวแทนของผู้ถือหุ้น

3) ตามหลักกฎหมายลักษณะว่าด้วยละเมิด

เมื่อพิจารณาหลักความรับผิดตามกฎหมายลักษณะว่าด้วยละเมิดแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายเพื่อกำหนดความรับผิดแก่บุคคลผู้จงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดแก่ผู้อื่น ด้วยการให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ต้องเสียหายจากการกระทำละเมิดนั้น ๆ

ประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ บริษัทสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาให้ต้องรับผิดตามกฎหมายลักษณะว่าด้วยละเมิดได้หรือไม่ เพียงใด

ผู้ศึกษามีความเห็นว่า แม้การกระทำของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตามมาตรา 420 กล่าวคือ ถือได้ว่าผู้ถือหุ้นนั้นได้จงใจกระทำการควบคุมหรือครอบงำกรรมการบริษัทให้บริหารจัดการเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัวและทำให้บริษัทได้รับความ

เสียหายโดยไม่มีสิทธิหรือข้อแก้ตัวตามกฎหมายให้กระทำได้ เพราะอำนาจในการบริหารจัดการกิจการบริษัทโดยแท้จริงนั้นเป็นของกรรมการบริษัท และถือได้ว่าผู้ถือหุ้นนั้นใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทหรือผู้ถือหุ้นบางส่วนอันถือว่าเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายตามมาตรา 421 ซึ่งต้องรับผิดด้วยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นตามหลักกฎหมายลักษณะว่าด้วยละเมิดก็ตาม

แต่มีข้อพึงพิจารณาว่า โอกาสที่บริษัทจะฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาให้ต้องรับผิดต่อบริษัทตามหลักกฎหมายลักษณะว่าด้วยละเมิดนั้นย่อมเป็นไปได้ยาก เนื่องจากบริษัทผู้ฟ้องร้องมีภาระหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าผู้ถือหุ้นนั้นครอบงำและบงการให้กรรมการบริหารจัดการเพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่ตนโดยกระทำผิดกฎหมาย หรือใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายอันเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการพิสูจน์ถึงความครอบงำและบงการกรรมการในการบริหารจัดการนั้นรวมทั้งการพิสูจน์ถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาที่ทำให้บริษัทได้รับความเสียหายนั้นเป็นข้อที่พิสูจน์ได้ยาก เนื่องจากผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นจะไม่ได้มีพฤติการณ์การแสดงออกใด ๆ ถึงการสั่งการแก่กรรมการเลยแต่จะเป็นผู้มีอิทธิพลครอบงำกรรมการอยู่เบื้องหลัง ซึ่งหากเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายหรือข้อบังคับบริษัทกำหนดเป็นข้อห้ามเพื่อมิให้ผู้ถือหุ้นหรือกรรมการกระทำการใด ๆ ไว้อย่างชัดแจ้งแล้ว โอกาสที่จะทราบได้ว่ากรรมการนั้นถูกครอบงำโดยผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นย่อมไม่มีทางเกิดขึ้นได้เลย และผู้ถือหุ้นมักจะอ้างว่าตนไม่ได้มีอำนาจในการบริหารจัดการ ดังนั้นความเสียหายที่เกิดแก่บริษัทย่อมเกิดจากการบริหารจัดการงานของกรรมการแต่เพียงผู้เดียวจึงมิใช่ความผิดของผู้ถือหุ้น นอกจากนี้หากกรรมการอยู่ในความครอบงำของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาแล้ว โอกาสที่กรรมการจะฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นนั้นในนามบริษัท หรือโอกาสที่ผู้ถือหุ้นอื่นใดจะได้พยานหลักฐานซึ่งส่วนใหญ่มักจะอยู่ในความครอบครองของกรรมการบริษัทนั้นมาเพื่อพิสูจน์ความผิดของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นย่อมเกิดขึ้นได้ยากในทางปฏิบัติเช่นเดียวกัน

4.1.2 กรณีบริษัทเป็นผู้ฟ้องร้องดำเนินคดีแก่บุคคลอื่นซึ่งเป็นกรรมการเงา

นอกจากผู้ถือหุ้นจะเป็นกรรมการเงาในบริษัทแล้ว บุคคลอื่นซึ่งมิใช่ผู้ถือหุ้นอาจจะเข้ามามีบทบาทเป็นกรรมการเงาของบริษัทได้ด้วย ทั้งนี้โดยส่วนใหญ่มักจะเป็นกรณีของผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพ เช่น ผู้ให้คำปรึกษาด้านการเงิน ผู้ให้คำปรึกษาด้านกฎหมาย ผู้ให้คำปรึกษาด้านทางบัญชี เป็นต้น เนื่องจากบุคคลเหล่านั้นอาจถือเป็นผู้มีอิทธิพลและมีอำนาจในการควบคุมการบริหารจัดการกิจการงานของกรรมการบริษัทได้ กล่าวคือ กรรมการมักจะต้องรับฟังความคิดเห็นและคำแนะนำของบุคคลเหล่านั้นอยู่เสมอเพื่อเป็นแนวทางในการบริหารจัดการกิจการและ

วิเคราะห์ความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจของบริษัทเพื่อให้บริษัทและบุคคลอื่น ๆ พิจารณาได้ว่าการปฏิบัติงานของกรรมการนั้นเป็นไปด้วยความรอบคอบและระมัดระวังตามสมควรแล้วนั่นเอง ดังนั้น หากผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพเป็นกรรมการเงาโดยอยู่เบื้องหลังคอยบังคับบัญชาและบงการกรรมการบริษัทเพื่อให้กรรมการนั้นบริหารจัดการงานในนามบริษัทอันเอื้อประโยชน์ให้แก่บุคคลเหล่านั้นและพวกพ้องซึ่งทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย บริษัทจะสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีแก่บุคคลเหล่านั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่ เพียงใด

1) หลักกฎหมายลักษณะว่าด้วยตัวการตัวแทน

แม้ว่ากรรมการซึ่งเป็นผู้แทนบริษัทจะมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการกิจการบริษัทโดยตรงก็ตาม แต่ในบางครั้งการตัดสินใจและการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาดำเนินธุรกิจนั้น กรรมการจำเป็นต้องรับฟังความคิดเห็น หรือการวิเคราะห์ข้อมูลเชิงสถิติต่าง ๆ จากผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพเพื่อประกอบการตัดสินใจและลดความเสี่ยงขององค์กรที่อาจจะเกิดขึ้น ดังนั้นจะเห็นได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพกับกรรมการบริษัทนั้นเป็นแบบพึ่งพาอาศัยเกื้อกูลกันซึ่งหากผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพนั้นมีเจตนาทุจริตแสวงหาผลประโยชน์ใส่ตน โอกาสที่จะใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ในการให้คำปรึกษาแนะนำแก่กรรมการเพื่อโน้มน้าวชักจูงและครอบงำกรรมการให้กระทำการต่าง ๆ ในนามบริษัทเพื่อเอื้อประโยชน์แก่ตนเองและพวกพ้องย่อมเกิดขึ้นได้

แต่อย่างไรก็ตามหากพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการ ผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพซึ่งเป็นกรรมการเงาและบริษัทแล้ว จะเห็นได้ว่าแม้ผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพนั้นจะมีอิทธิพลและครอบงำต่อการบริหารจัดการกิจการงานของกรรมการบริษัทและทำให้บริษัทได้รับความเสียหายมากน้อยเพียงใด ก็ยังคงถือไม่ได้ว่าผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นเป็นตัวการที่จะมอบหมายให้กรรมการบริษัทกระทำการต่าง ๆ ได้ เนื่องจากอำนาจหน้าที่ของผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพนั้นเป็นเพียงผู้ให้คำปรึกษา วิเคราะห์และประเมินสถานการณ์ต่าง ๆ รวมถึงผลกระทบและผลดีผลเสียที่อาจจะเกิดขึ้นแก่บริษัทเท่านั้น ส่วนอำนาจในการตัดสินใจว่าจะกระทำการดังกล่าวตามคำแนะนำหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับดุลยพินิจและเป็นอำนาจเด็ดขาดของกรรมการบริษัท ดังนั้นจึงไม่ใช่กรณีที่ผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพได้มอบหมายให้กรรมการกระทำการใด ๆ แทนตน อีกทั้งกรรมการบริษัทก็ถือไม่ได้ว่าเป็นตัวแทนของผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพซึ่งเป็นกรรมการเงา เพราะอำนาจในการกระทำที่กรรมการบริษัทกระทำไปนั้นเป็นการกระทำในนามผู้แทนของบริษัท ไม่ใช่กระทำในนามผู้แทนหรือตัวแทนของผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพ ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการและผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพซึ่งเป็นกรรมการเงาจึงไม่ใช่

ตัวการตัวแทน และบริษัทจึงไม่สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพซึ่งเป็นกรรมการเงาให้รับผิดในความเสียหายของบริษัทตามกฎหมายลักษณะว่าด้วยตัวการตัวแทนได้

2) หลักกฎหมายลักษณะว่าด้วยละเมิด

ความรับผิดตามกฎหมายลักษณะว่าด้วยละเมิดของบุคคลอื่นซึ่งเป็นกรรมการเงาคงเป็นเช่นเดียวกับกรณีที่บริษัทสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาให้ต้องรับผิดตามกฎหมายลักษณะว่าด้วยละเมิดแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบมาตรา 421 ได้ แต่ทั้งนี้บริษัทผู้ฟ้องร้องดำเนินคดีคงมีภาระที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าบุคคลอื่นนั้นกระทำโดยผิดกฎหมาย หรือใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายอันเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย โดยการครอบงำและบงการให้กรรมการบริหารจัดการเพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่ตน ซึ่งการพิสูจน์ถึงความครอบงำและบงการการบริหารจัดการของผู้ถือหุ้นนั้นเป็นข้อที่พิสูจน์ได้ยาก นอกจากนี้ต้องพิสูจน์ให้ได้ด้วยว่าการกระทำของบุคคลดังกล่าวนั้นเป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้บริษัทได้รับความเสียหายและหากกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพเป็นกรรมการเงา บริษัทจะต้องมีภาระการพิสูจน์ว่าการกระทำของผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพนั้นไม่ได้กระทำภายในกรอบวิชาชีพของการให้คำปรึกษาที่ได้ให้ตามปกติและตามวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น ๆ พึงปฏิบัติต่อบริษัทด้วย

สำหรับการพิจารณาในส่วนกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษ The Companies Act 2006 (c.46) แล้วพบว่าได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของกรรมการไว้ เช่น กรรมการมีหน้าที่บริหารจัดการด้วยความระมัดระวัง ความเชี่ยวชาญและความขยันหมั่นเพียร[145] หน้าที่ไม่รับผลประโยชน์จากบุคคลภายนอก[146] หน้าที่หลีกเลี่ยงการขัดกันระหว่างผลประโยชน์[147] เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่ากรรมการบริษัทในประเทศอังกฤษนั้นมีหน้าที่อันพึงปฏิบัติโดยทั่วไปนั้นคล้ายคลึงกับกรรมการบริษัทของประเทศไทย แต่ทั้งนี้ข้อแตกต่างกันคือ กฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษได้มีบทบัญญัติให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ทั่วไปของกรรมการนั้นมาใช้บังคับแก่กรรมการเงาด้วย รวมขยายไปถึงกฎเกณฑ์ตามระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือหลักความยุติธรรมก็ให้นำมาปรับใช้แก่กรรมการเงาในทำนองเดียวกันด้วย[148] ดังนั้นแม้บุคคลนั้นจะดำรงตำแหน่งในฐานะผู้ถือหุ้นหรือ

---

[145] The Companies Act 2006 (c.46) S.174 "Duty to exercise reasonable care, skill and diligence."

[146] The Companies Act 2006 (c.46) S.176 "Duty not to accept benefits from third parties."

[147] The Companies Act 2006 (c.46) S.175 "Duty to avoid conflicts of interest."

[148] The Companies Act 2006 (c.46) S.170 "Scope and nature of general duties."

บุคคลอื่นใดก็ตาม แต่หากมีอิทธิพลต่อกรรมการโดยเป็นกรรมการเงา บุคคลเหล่านั้นย่อมต้องตกอยู่ในบังคับการปฏิบัติหน้าที่โดยทั่วไปเฉกเช่นเดียวกับกรรมการบริษัท อันส่งผลให้บริษัทหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแก่กรรมการเงาผู้ฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวและทำให้บริษัทเสียหายได้เฉกเช่นเดียวกันกับกรณีของกรรมการบริษัท เพราะตามกฎหมายของประเทศอังกฤษสิทธิในการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดในนามบริษัท (Derivative claims) ต่อกรรมการบริษัทนั้นให้รวมถึงการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อกรรมการเงาด้วย ดังนั้นจึงมีประเด็นพิจารณาว่าการที่กฎหมายของประเทศอังกฤษบัญญัติให้สิทธิแก่บริษัทหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดฟ้องร้องดำเนินคดีแก่กรรมการเงานั้น ย่อมทำให้เกิดสิทธิของผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดในการฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นอีกคนหนึ่งซึ่งเป็นกรรมการเงาได้

นอกจากนี้หากพิจารณาถึงกฎหมายในประเทศอื่น ๆ เช่น ประเทศสิงค์โปร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐเดลาแวร์ และประเทศเยอรมัน แล้วจะพบว่าถึงแม้ประเทศเหล่านั้นจะมิได้มีบทบัญญัติถึงกรรมการเงาไว้โดยเฉพาะก็ตามแต่ก็ยังสามารถนำบทบัญญัติที่มีอยู่มาใช้บังคับให้ครอบคลุมถึงความรับผิดของกรรมการเงาต่อบริษัทได้ เนื่องจากประเทศเหล่านั้นได้นำหลักการให้สิทธิผู้ถือหุ้นฟ้องคดีในนามบริษัทและหลักการไม่คำนึงถึงสภาพความเป็นนิติบุคคลของบริษัทมาใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยขยายความให้ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องร้องบุคคลใด ๆ ที่เป็นผู้ทำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทโดยแท้จริงได้ กล่าวคือไม่จำกัดเฉพาะแต่การฟ้องร้องกรรมการให้ต้องรับผิดต่อบริษัทเท่านั้น ทำให้สามารถนำมาปรับใช้ให้ครอบคลุมถึงการฟ้องร้องกรรมการเงาให้ต้องรับผิดต่อบริษัทด้วย ซึ่งถือว่ามีความแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1169 และมาตรา 1170 ของประเทศไทยที่ให้สิทธิแก่บริษัทหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดฟ้องร้องดำเนินคดีแก่กรรมการบริษัทเท่านั้น แต่มิได้บัญญัติให้ครอบคลุมถึงสิทธิของผู้ถือหุ้นในการฟ้องร้องดำเนินคดีระหว่างกันเองหรือฟ้องร้องดำเนินคดีแก่บุคคลอื่นใดซึ่งอาจเป็นกรรมการด้วยได้

4.2 ปัญหาการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของกรรมการเงาต่อผลประโยชน์ของบริษัท

ปัจจุบันการขัดกันระหว่างผลประโยชน์นั้นถือเป็นปัญหาสำคัญประการหนึ่งของผู้ซึ่งได้รับความไว้วางใจให้บริหารจัดการกิจการงานต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ส่วนรวมอันพึงต้องคำนึงถึงเป็นสาระสำคัญ เพราะมีบทบัญญัติทางกฎหมายกำหนดห้ามกระทำการต่าง ๆ อันทำให้เกิดความขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนต่อการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ไว้เพื่อป้องกันการทุจริตและคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวมเป็นสำคัญ ทั้งนี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบริษัทจำกัดนั้นพบว่าประมวล

(...(5) The general duties apply to shadow directors where, and to the extent that, the corresponding common law rules or equitable principles so apply).

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของกรรมการบริษัทซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจากผู้ถือหุ้นให้จำต้องบริหารจัดการกิจการงานด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ความระมัดระวัง มิให้เกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์รวมทั้งต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของบริษัท ตัวอย่างเช่น กรรมการต้องใช้ความเอื้อเฟื้อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบกิจการของบริษัทด้วยความระมัดระวัง ห้ามมิให้กรรมการหรือผู้แทนกรรมการประกอบการค้าขายใด ๆ อันมีสภาพเป็นอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับการค้าขายของบริษัท รวมถึงห้ามเข้าไปเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างค้าขายอื่นซึ่งประกอบกิจการมีสภาพอย่างเดียวกันและแข่งขันกับกิจการของบริษัทโดยมิได้รับความยินยอมของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น[149] หรือห้ามมิให้กรรมการเข้าทำนิติกรรมสัญญาอันใดในนามของบริษัททำกับกรรมการในนามของตนเองหรือในฐานเป็นตัวแทนของบุคคลภายนอก[150] เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวบัญญัติห้ามเฉพาะกรรมการบริษัทและผู้แทนกรรมการเท่านั้น ทั้งนี้เนื่องจากวัตถุประสงค์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นเพื่อป้องกันมิให้กรรมการซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการกิจการงานโดยตรงเข้าไปมีผลประโยชน์ขัดแย้งต่อผลประโยชน์ของบริษัทอันเป็นการให้คุ้มครองแก่ผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นโดยรวม

ปัญหาที่ควรนำมาพิจารณาคือ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวสามารถนำมาใช้บังคับให้ครอบคลุมถึงกรณีผู้ถือหุ้นหรือบุคคลอื่นใดซึ่งอาจเข้ามามีอิทธิพลและแทรกแซงในการบริหารกิจการของกรรมการบริษัทโดยเป็นกรรมการเงาด้วยได้หรือไม่ เพราะมิฉะนั้นแล้วอาจทำให้ผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นบางส่วนโดยเฉพาะผู้ถือหุ้นส่วนน้อยมิได้รับการคุ้มครองอย่างแท้จริงให้สมดังเจตนารมณ์ของกฎหมาย นอกจากนี้มีข้อควรพิจารณาว่าบทบัญญัติต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยเฉพาะเกี่ยวกับกรณีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์นั้น กฎหมายบัญญัติในลักษณะเป็น “บทบัญญัติห้ามมิให้กระทำ” เพื่อเป็นแนวทางป้องกันมิให้การขัดกันระหว่างผลประโยชน์เกิดขึ้นเท่านั้น แต่มิได้บัญญัติให้ครอบคลุมถึงการปฏิบัติตนหรือแนวทางการแก้ปัญหาเมื่อการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของกรรมการหรือผู้ถือหุ้นต่อบริษัทได้เกิดขึ้นภายหลังจากการดำรงตำแหน่งในบริษัทนั้นแล้ว จึงทำให้เกิดปัญหาว่าในทางปฏิบัติกรรมการบริษัทหรือบุคคลอื่นใดซึ่งมีผลประโยชน์ขัดกันต่อผลประโยชน์ของบริษัทนั้นควรจะต้องปฏิบัติตนอย่างไร

---

[149] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168.

[150] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1167 ประกอบมาตรา 805.

4.2.1 ปัญหาการนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับแก่กรรมการเงา

สถานการณ์การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของกรรมการต่อผลประโยชน์ของบริษัทอาจเกิดขึ้นได้หลายกรณี แต่ปัญหาที่ควรนำมาพิจารณา คือ บทบัญญัติเกี่ยวกับการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นสามารถนำมาใช้บังคับให้ครอบคลุมถึงกรณีที่ผู้ถือหุ้นหรือบุคคลใด ๆ ซึ่งมีผลประโยชน์ขัดกันต่อผลประโยชน์ของบริษัทจะเข้ามามีอิทธิพลและเข้าแทรกแซงการบริหารกิจการของกรรมการบริษัทโดยเป็นกรรมการเงาด้วยได้หรือไม่ เพียงใด โดยมีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

4.2.1.1 กรณีผู้ถือหุ้นโดยอาศัยการเป็นกรรมการเงาใช้อำนาจครอบงำกรรมการให้บริหารจัดการงานโดยมิชอบ

กรณีตามมาตรา 1167[151] ประกอบมาตรา 805[152] ซึ่งวางหลักว่า เมื่อไม่ได้รับความยินยอมจากบริษัท ห้ามมิให้กรรมการบริษัทเข้าทำนิติกรรมอันใดในนามของบริษัททำกับกรรมการในนามของตนเองหรือในฐานเป็นตัวแทนของบุคคลภายนอก เว้นแต่นิติกรรมนั้นมีเฉพาะแต่การชำระหนี้เท่านั้น เมื่อพิจารณาถึงหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวแล้ว ประเด็นที่พึงพิจารณาคือ

แม้ว่าวัตถุประสงค์ของมาตรา 1167 ประกอบมาตรา 805 จะนำมาใช้บังคับเพื่อห้ามมิให้กรรมการมีผลประโยชน์ส่วนตัวขัดแย้งหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อผลประโยชน์ของบริษัทก็ตาม แต่จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับเฉพาะกรณีความเป็นตัวการตัวแทนระหว่างกรรมการบริษัทและบุคคลภายนอก ซึ่งกำหนดห้ามเฉพาะแต่กรรมการบริษัทเท่านั้นโดยอาศัยมาตรา 1167 แต่มิได้ใช้บังคับให้ครอบคลุมถึงผู้ถือหุ้นด้วย กล่าวคือ เหตุที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติห้ามกรรมการทำสัญญาในนามบริษัททำกับผู้ถือหุ้นหรือฐานเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นนั้น เนื่องมาจากว่ากฎหมายไม่ได้ให้อำนาจแก่ผู้ถือหุ้นในการบริหารจัดการกิจการงานบริษัทโดยตรง ดังนั้นโอกาสที่ผู้ถือหุ้นซึ่งมีผลประโยชน์ขัดกันต่อผลประโยชน์ของบริษัทจะบริหารจัดการกิจการและทำให้บริษัทได้รับความเสียหายนั้นย่อมเกิดขึ้นได้ยาก และกฎหมายให้เป็นอำนาจของกรรมการที่จะพิจารณาทำนิติกรรมใด ๆ ในนามบริษัท ซึ่งหากว่าการทำนิติกรรมใด ๆ ในนามบริษัทกับผู้ถือหุ้นนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์

---

[151] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1167 บัญญัติว่า “ความเกี่ยวพันกันในระหว่างกรรมการและบริษัทและบุคคลภายนอกนั้น ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ว่าด้วยตัวแทน.”

[152] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 805 บัญญัติว่า “ตัวแทนนั้น เมื่อไม่ได้รับความยินยอมของตัวการจะเข้าทำนิติกรรมอันใดในนามของตัวการทำกับตนเองในนามของตนเองหรือในฐานเป็นตัวแทนของบุคคลภายนอกหาได้ไม่ เว้นแต่นิติกรรมนั้นมีเฉพาะแต่การชำระหนี้.”

สูงสุดต่อบริษัทแล้ว กรรมการก็ย่อมสามารถทำนิติกรรมนั้นได้โดยไม่ต้องห้ามตามบทบัญญัติดังกล่าว อย่างไรก็ตามมีข้อพิจารณาว่าแม้ผู้ถือหุ้นจะไม่ได้บริหารจัดการงานโดยตรงก็ตามแต่ก็ย่อมมีโอกาสเป็นไปได้ที่ผู้ถือหุ้นซึ่งมีเจตนาไม่สุจริตจะเข้าครอบงำการบริหารจัดการกิจการงานของกรรมการอยู่เบื้องหลังโดยเป็นกรรมการเงาหรือใช้กรรมการบริษัทเป็นเครื่องมือให้เข้าทำนิติกรรมอันใดในนามของบริษัททำกับผู้ถือหุ้นในนามของผู้ถือหุ้นเอง ซึ่งนิติกรรมนั้นอาจขัดแย้งต่อผลประโยชน์ของบริษัทและทำให้บริษัทหรือผู้ถือหุ้นบางส่วนได้รับความเสียหายได้ ซึ่งการกระทำของผู้ถือหุ้นนั้นย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติดังกล่าว อันส่งผลให้สัญญานั้นย่อมมีผลผูกพันบริษัทตามกฎหมายทุกประการ

และถึงแม้บทบัญญัติดังกล่าวจะกำหนดให้กรรมการสามารถเข้าทำนิติกรรมอันใดในนามของบริษัททำกับกรรมการในนามของตนเองหรือในฐานเป็นตัวแทนของบุคคลภายนอกได้เมื่อได้รับความยินยอมจากบริษัทก็ตาม แต่จะเห็นได้ว่าผู้ที่ให้ความยินยอมในนามบริษัทได้ ก็คือคณะกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนของบริษัท ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงเกือบจะเหมือนกับว่าการที่กฎหมายกำหนดให้ต้องขอความยินยอมจากบริษัทก่อน โดยไม่จำต้องผ่านมติความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ก็คือ การขอความยินยอมจากตัวเองก่อนนั่นเอง ดังนั้นจึงเป็นการยากที่ผู้ถือหุ้นบางส่วนโดยเฉพาะผู้ถือหุ้น ส่วนน้อยนั้นจะได้รับทราบ คัดค้านหรือตรวจสอบถึงเบื้องหลังการบงการของกรรมการเงาในการทำธุรกรรมดังกล่าวได้

นอกจากนี้บทบัญญัติดังกล่าวควรจะต้องคำนึงถึงบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับผู้ถือหุ้นด้วยหรือไม่ กล่าวคือ หากผู้ถือหุ้นนั้นมีความเกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับบุคคลใด ๆ ซึ่งมีผลประโยชน์ขัดกันต่อผลประโยชน์ของบริษัทและต้องการแสวงหาผลประโยชน์จากบริษัท โดยที่กรรมการบริษัทมิได้เป็นตัวแทนของบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับผู้ถือหุ้นนั้น จึงย่อมมีความเป็นไปได้ที่ผู้ถือหุ้นซึ่งมีเจตนาทุจริตอาจจะเป็นกรรมการเงาสั่งการให้กรรมการเข้าทำนิติกรรมในนามของบริษัททำกับบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นเพื่อเอื้อประโยชน์ต่อตนเองและพวกพ้องและทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย โดยไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติดังกล่าวด้วยเช่นเดียวกัน

จากประเด็นปัญหาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวนั้น

หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 87 ซึ่งบัญญัติให้ “กรรมการคนใดซื้อทรัพย์สินของบริษัท หรือขายทรัพย์สินให้แก่บริษัท หรือกระทำธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งกับบริษัทไม่ว่าจะกระทำในนามของตนหรือของบุคคลอื่น ถ้ามิได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการแล้ว การซื้อขายหรือกระทำธุรกิจนั้นไม่มีผลผูกพันบริษัท” อันส่งผลทำให้บริษัทไม่

ต้องผูกพันในธุรกรรมซึ่งบริษัทอาจจะต้องเสียหายหรือไม่ได้รับประโยชน์อันควรจากการทำธุรกรรมนั้นของกรรมการบริษัท แต่อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าบทบัญญัติดังกล่าวยังมิได้ใช้บังคับให้ครอบคลุมถึงกรณีกรรมการกระทำธุรกรรมใด ๆ ในนามบริษัทกับผู้ถือหุ้นด้วยเช่นกัน และการที่บัญญัติให้การทำธุรกรรมนั้นเพียงได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการเท่านั้น ทำให้ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาย่อมครอบงำการบริหารจัดการของกรรมการบริษัทให้ลงมติอนุมัติธุรกรรมที่ผู้ถือหุ้นนั้นมีผลประโยชน์ส่วนตน และบริษัทจำต้องผูกพันตามธุรกรรมที่กรรมการลงมติให้ความยินยอมดังกล่าวด้วย แม้ว่าการทำธุรกรรมนั้นจะมีผลประโยชน์ขัดกันกับผลประโยชน์ของบริษัทก็ตาม อีกทั้งผู้ถือหุ้นบางส่วนโดยเฉพาะผู้ถือหุ้นส่วนน้อยย่อมไม่อาจตรวจสอบถึงเบื้องหลังการทำธุรกรรมนั้นได้

หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 89/12 ซึ่งบัญญัติให้ “กรรมการ ผู้บริหาร[153] หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง[154] จะทำธุรกรรมกับบริษัทหรือบริษัทย่อยได้ต่อเมื่อธุรกรรมดังกล่าวได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทแล้ว เว้นแต่ธุรกรรมดังกล่าวจะเข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้ ...” และมาตรา 89/12 วรรค 3 ซึ่งบัญญัติว่า “มิให้นำความในมาตรา 87[155] แห่งพระราชบัญญัติบริษัท

---

[153] พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 89/1 “ผู้บริหาร” หมายความว่า ผู้จัดการหรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการบริหารงานของบริษัทไม่ว่าโดยพฤติการณ์หรือโดยได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ ทั้งนี้ตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด.”

[154] พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 89/1 “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง” หมายความว่า บุคคลที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) บุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการบริษัท และในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นนิติบุคคล ให้หมายความรวมถึงกรรมการของนิติบุคคลนั้นด้วย

(2) คู่สมรส บุตรหรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของกรรมการ ผู้บริหารหรือบุคคลตาม(1)

(3) นิติบุคคลที่บุคคลตาม (1) หรือ (2) มีอำนาจควบคุมกิจการ

(4) บุคคลอื่นที่มีลักษณะตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

เมื่อบุคคลใดกระทำการด้วยความเข้าใจหรือความตกลงว่า หากบริษัททำธุรกรรมที่ให้ประโยชน์ทางการเงินแก่บุคคลดังกล่าว กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลตาม (1) หรือ (2) จะได้รับประโยชน์ทางการเงินด้วย ให้ถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องสำหรับการทำธุรกรรมนั้น.”

[155] พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 87 บัญญัติว่า “กรรมการคนใดซื้อทรัพย์สินของบริษัท หรือขายทรัพย์สินให้แก่บริษัทหรือกระทำธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งกับบริษัท ไม่ว่าจะกระทำในนามของตนหรือของบุคคลอื่น ถ้ามิได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการแล้ว การซื้อขายหรือกระทำธุรกิจนั้นไม่มีผลผูกพันบริษัท.”

มหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาใช้บังคับกับการทำธุรกรรมระหว่างกรรมการกับบริษัทหรือบริษัทย่อย" ดังนั้นแม้กรรมการจะทำธุรกรรมกับบริษัทในนามของตนหรือของบุคคลอื่นโดยมิได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการบริษัทก็ตาม แต่ถ้าธุรกรรมดังกล่าวได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทแล้วย่อมมีผลผูกพันบริษัทได้ ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่าแม้กฎหมายจะกำหนดให้ธุรกรรมนั้นต้องได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทก็ตาม แต่ก็คงไม่ได้ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของบริษัทหรือผู้ถือหุ้นส่วนน้อยโดยแท้จริงเท่าใดนัก ถ้าหากว่าผู้ถือหุ้นเสียงส่วนใหญ่ลงมติอนุมัติธุรกรรมของกรรมการซึ่งได้กระทำไปโดยมีผู้ถือหุ้นเสียงส่วนใหญ่ที่มีเจตนาทุจริตหรือเป็นกรรมการเงาอยู่เบื้องหลังธุรกรรมนั้น แต่อย่างไรก็ตามก็อาจถือได้ว่าเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ถือหุ้นบางส่วนโดยเฉพาะผู้ถือหุ้นส่วนน้อยได้คัดค้านหรือตรวจสอบถึงความเป็นมาและเบื้องหลังของการทำธุรกรรมดังกล่าวได้ นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่าควรจะถือได้หรือไม่ว่าผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาครอบงำการบริหารงานของกรรมการนั้นเข้าคำนิยามของ "ผู้บริหาร" หรือ"บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง" โดยถือเป็นบุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการบริษัท[156] ทั้งนี้ผู้ศึกษาขอวิเคราะห์ในข้อ 4.3 ลำดับต่อไป

กรณีตามมาตรา 1168[157] วางหลักให้ กรรมการต้องใช้ความเอื้อเฟื้อสอดส่องอย่างบุคคลผู้ค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง โดยหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังของกรรมการต้องอยู่ในระดับเอาใจใส่การงานยิ่งกว่าวิญญูชนธรรมดาทั่วไปและยิ่งกว่างานของตนเอง และห้ามมิให้

---

[156] พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 89/1 " "อำนาจควบคุมกิจการ" หมายความว่า

(1) การถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในนิติบุคคลหนึ่งเกินกว่าร้อยละห้าสิบของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น

(2) การมีอำนาจควบคุมคะแนนเสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุมผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลหนึ่งไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม หรือไม่ว่าเพราะเหตุอื่นใด

(3) การมีอำนาจควบคุมการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการตั้งแต่กึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมด ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม."

[157] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 บัญญัติว่า "ในอันที่จะประกอบกิจการของบริษัทนั้น กรรมการต้องใช้ความเอื้อเฟื้อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง..." มาตรา 1168 วรรค 3 บัญญัติว่า "อนึ่งท่านห้ามมิให้ผู้เป็นกรรมการประกอบการค้าใด ๆ อันมีสภาพเป็นอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับการค้าขายของบริษัทนั้น ไม่ว่าทำเพื่อประโยชน์ตนหรือเพื่อประโยชน์ผู้อื่นหรือไปเข้าหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างค้าขายอื่นซึ่งประกอบกิจการมีสภาพเป็นอย่างเดียวกันและแข่งขันกับกิจการของบริษัทโดยมิได้รับความยินยอมของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น" และมาตรา 1168 วรรค 4 บัญญัติว่า "บทบัญญัติที่กล่าวมาข้างบนนี้ให้ใช้บังคับตลอดถึงบุคคลซึ่งเป็นผู้แทนของกรรมการด้วย."

กรรมการทำการค้าขายแข่งขันกับบริษัท ซึ่งประเด็นที่พึงพิจารณา คือ ด้วยเหตุผลที่ว่า กรรมการมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการฐานเป็นผู้แทนบริษัทและเป็นตัวแทนบริษัทในกรณีที่มีความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการ บริษัทและบุคคลภายนอกนั้น บทบัญญัติดังกล่าวจึงกำหนดหน้าที่ของกรรมการไว้เพื่อมิให้เกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของกรรมการซึ่งมีหน้าที่บริหารจัดการบริษัทอันเป็นมาตรการให้ความคุ้มครองแก่บริษัทและผู้ถือหุ้น แต่ทั้งนี้บทบัญญัติดังกล่าวมิได้นำมาใช้บังคับให้ครอบคลุมแก่ผู้ถือหุ้นด้วย อันทำให้ผู้ถือหุ้นสามารถทำการค้าขายแข่งขันกับบริษัทได้โดยเสรีแม้ว่าผู้ถือหุ้นนั้นจะมีผลประโยชน์ขัดกันกับผลประโยชน์ของบริษัทก็ตาม เนื่องจากว่าผู้ถือหุ้นนั้นมิได้มีอำนาจในการบริหารจัดการบริษัทโดยตรง ดังนั้นแม้ผู้ถือหุ้นจะทำการค้าขายแข่งขันกับบริษัทก็ตาม แต่โอกาสที่ผู้ถือหุ้นนั้นจะบริหารจัดการในนามบริษัทเพื่อเอื้อประโยชน์แก่กิจการค้าแข่งของตนนั้นย่อมมิอาจเกิดขึ้นได้ ทั้งนี้อย่างไรก็ตามหากผู้ถือหุ้นนั้นมีเจตนาทุจริต ก็ย่อมมีความเป็นไปได้ที่จะกระทำการเป็นกรรมการเงาใช้อิทธิพลครอบงำกรรมการให้เปิดเผยข้อมูลหรือความลับทางการค้าในการบริหารจัดการบริษัท เพื่อนำมาใช้เป็นประโยชน์แก่กิจการซึ่งผู้ถือหุ้นทำการค้าแข่งขันกับบริษัท และผู้ถือหุ้นซึ่งบงการอยู่เบื้องหลังนั้นย่อมไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติที่ห้ามมิให้กระทำดังกล่าวรวมถึงไม่ต้องอยู่ในบังคับมาตรฐานของความระมัดระวังเอาใจใส่ในการบริหารจัดการดังเช่นกรรมการด้วย แม้ว่าจะเป็นผู้บงการกรรมการอยู่เบื้องหลังให้บริหารจัดการต่าง ๆ ก็ตาม

จากประเด็นปัญหาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวนั้น

หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 85[158] ประกอบมาตรา86[159] จะเห็นได้ว่าบัญญัติไว้ทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1168

---

[158] พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 85 บัญญัติว่า “ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัทตลอดจนมติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท... .”

[159] พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 86 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้กรรมการประกอบประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท หรือเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นกรรมการของบริษัทเอกชนหรือบริษัทอื่นที่ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ตนหรือประโยชน์ผู้อื่น เว้นแต่จะได้แจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบก่อนที่จะมีมติแต่งตั้ง

ในกรณีที่กรรมการคนใดฝ่าฝืนบทบัญญัติวรรคหนึ่ง บริษัทจะเรียกค่าสินไหมทดแทนในการที่บริษัทได้รับความเสียหายจากกรรมการคนนั้นก็ได้ ทั้งนี้ ต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่บริษัททราบถึงการฝ่าฝืนและไม่เกินสองปีนับแต่วันฝ่าฝืน

ข้างต้น กล่าวคือ กำหนดให้กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท และห้ามมิให้กรรมการประกอบประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท หรือเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นกรรมการของบริษัทเอกชนหรือบริษัทอื่นที่ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ตนหรือประโยชน์ผู้อื่น เว้นแต่จะได้แจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบก่อนที่จะมีมติแต่งตั้ง ซึ่งจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวก็นำมาใช้บังคับเฉพาะกรรมการบริษัทเท่านั้น มิได้ใช้บังคับครอบคลุมถึงผู้ถือหุ้นด้วย และแม้ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 86 วรรคสองและวรรคสามจะให้สิทธิบริษัทหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนเรียกค่าสินไหมทดแทนในการที่บริษัทได้รับความเสียหายจากกรรมการคนนั้นได้ก็ตาม แต่ก็มิได้ทำให้ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาที่อยู่เบื้องหลังนั้นจะต้องรับผิดในค่าสินไหมทดแทนต่อบริษัทดังกล่าวด้วยแต่อย่างใด ทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1169 ที่ไม่สามารถนำมาใช้บังคับให้ผู้ถือหุ้นให้ต้องรับผิดต่อบริษัทได้เช่นเดียวกัน

หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 นั้น จะเห็นได้ว่ามีการบัญญัติถึงการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังของกรรมการและผู้บริหารโดยมีการกำหนดถึงข้อสันนิษฐานว่าหาก ณ เวลาที่พิจารณาเรื่องใด ๆ การตัดสินใจของกรรมการหรือผู้บริหารได้กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ บนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอและการตัดสินใจได้กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจนั้นให้ถือว่ากรรมการหรือผู้บริหารนั้นได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวัง[160] นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติกำหนดถึงปัจจัยที่ใช้ในการ

ในกรณีที่บริษัทไม่ใช้สิทธิเรียกร้องตามวรรคสอง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ ถ้าบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้งหรืออายุความตามวรรคสองเหลือน้อยกว่าหนึ่งเดือน ผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะใช้สิทธิเรียกร้องนั้นเพื่อบริษัทก็ได้... ."

[160] พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 89/8 บัญญัติว่า "ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวัง กรรมการและผู้บริหารต้องกระทำเยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบธุรกิจเช่นนั้นจะพึงกระทำภายใต้สถานการณ์อย่างเดียวกัน

การใดที่กรรมการหรือผู้บริหารพิสูจน์ได้ว่า ณ เวลาที่พิจารณาเรื่องดังกล่าวการตัดสินใจของตนมีลักษณะครบถ้วนดังต่อไปนี้ ให้ถือว่ากรรมการหรือผู้บริหารผู้นั้นได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังตามวรรคหนึ่งแล้ว

พิจารณาว่ากรรมการหรือผู้บริหารแต่ละคนได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังหรือไม่[161] และกำหนดให้การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการและผู้บริหารนั้นต้องกระทำด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท โดยมีจุดมุ่งหมายโดยชอบ เหมาะสมและไม่กระทำการใดอันเป็นการขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ[162] ทั้งนี้พึงมีข้อพิจารณาว่านอกเหนือจากบทบัญญัติดังกล่าวจะใช้บังคับแก่กรรมการบริษัทแล้ว บทบัญญัติข้างต้นยังนำมาใช้บังคับแก่ “ผู้บริหาร” ด้วย

กรณีตามมาตรา 1185[163] ได้วางหลักกำหนดห้ามมิให้ผู้ถือหุ้นซึ่งมีส่วนได้เสียเป็นพิเศษในข้ออันใด ออกเสียงลงคะแนนด้วยข้อนั้นในที่ประชุมผู้ถือหุ้น เนื่องด้วยโดยวิสัยและสภาพความเป็นจริงตราบใดที่ผู้ถือหุ้นนั้นมีส่วนได้เสียเป็นพิเศษในนิติกรรมสัญญาหรือกิจการใด ๆแล้วย่อมเป็นธรรมดาที่ผู้ถือหุ้นนั้นต้องพยายามแสวงหาประโยชน์ในส่วนของตน อันทำให้ ผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นและผลประโยชน์ของบริษัทขัดกันหรือเป็นปรปักษ์ต่อกันได้ ทั้งนี้อาจเป็นไปได้ยากหรือเป็นไปไม่ได้เลยที่จะก่อให้เกิดความเป็นธรรมในระหว่างผู้ถือหุ้นและบริษัทซึ่งเป็นคู่สัญญาต่อกัน ดังนั้นประเด็นที่พึงพิจารณา คือ

บทบัญญัติดังกล่าวห้ามเฉพาะผู้ถือหุ้นในกรณีการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมผู้ถือหุ้นเท่านั้น แต่มิได้นำมาใช้บังคับแก่การออกเสียงลงคะแนนของกรรมการในที่ประชุมคณะกรรมการด้วย ดังนั้นการกระทำใด ๆ ที่สามารถลงมติอนุมัติได้ในที่ประชุมคณะกรรมการโดยมิต้องผ่านการลงมติของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นจึงไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติดังกล่าวอันก่อให้เกิดปัญหาว่าถึงแม้ผู้ถือหุ้นจะมีส่วนได้เสียเป็นพิเศษก็ตาม แต่หากตราบใดที่การออกเสียงลงคะแนนด้วยข้อนั้นสามารถพิจารณาอนุมัติได้เพียงเฉพาะแต่ที่ประชุมคณะกรรมการเท่านั้นโดยมิต้อง

---

(1) การตัดสินใจได้กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

(2) การตัดสินใจได้กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ และ

(3) การตัดสินใจได้กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจนั้น.”

[161] พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 89/9.

[162] พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 89/10.

[163] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1185 บัญญัติว่า “ผู้ถือหุ้นคนใดมีส่วนได้เสียเป็นพิเศษในข้ออันใดซึ่งที่ประชุมจะลงมติ ท่านห้ามมิให้ผู้ถือหุ้นคนนั้นออกเสียงลงคะแนนด้วยในข้อนั้น.”

ผ่านที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นซึ่งมีเจตนาทุจริตและมีส่วนได้เสียเป็นพิเศษนั้นย่อมอาศัยโอกาสดังกล่าวกระทำตนเป็นกรรมการเงาคอยบงการใช้อำนาจครอบงำหรือสั่งการให้กรรมการลงมติในข้ออันใดที่จะออกเสียงลงคะแนนด้วยข้อนั้นได้เพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ถือหุ้นและพวกพ้อง ดังนั้น การกำหนดห้ามมิให้ผู้มีส่วนได้เสียเป็นพิเศษในข้ออันใดซึ่งที่ประชุมจะออกเสียงลงมตินั้น กฎหมายควรกำหนดให้ครอบคลุมและบังคับถึงบุคคลใดบ้าง

และการที่กฎหมายบัญญัติถึงความมีส่วนได้เสียเป็นพิเศษนั้น กฎหมายมิได้กำหนดถึงขอบเขตเพื่อให้พิจารณาว่าความมีส่วนได้เสียเป็นพิเศษนั้นหมายความว่าอย่างไร และระดับมากน้อยเพียงใดที่ควรจะถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียเป็นพิเศษ ทั้งนี้กฎหมายควรคำนึงถึงการทำนิติกรรมหรือความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการหรือผู้ถือหุ้นกับบุคคลใด ๆ ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับกรรมการหรือผู้ถือหุ้นนั้นมาพิจารณาประกอบถึงความมีส่วนได้เสียของบุคคลดังกล่าวในการเป็นผู้ต้องห้ามมิให้ออกเสียงลงคะแนนในข้อนั้นด้วยหรือไม่

จากประเด็นปัญหาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวนั้น

หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 จะเห็นได้ว่ามิได้มีบทบัญญัติห้ามถึงกรณีผู้ถือหุ้นซึ่งมีส่วนได้เสียออกเสียงลงมติในเรื่องนั้น แต่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 80 วางหลักให้ในการประชุมคณะกรรมการ กรรมการคนหนึ่งมีเสียงหนึ่งในการลงคะแนน เว้นแต่กรรมการซึ่งมีส่วนได้เสียในเรื่องใดไม่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในเรื่องนั้น ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวแม้จะนำมาใช้บังคับแก่ที่ประชุมคณะกรรมการ แต่ก็ไม่ครอบคลุมถึงกรณีผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาที่มีส่วนได้เสียหรือความขัดกันระหว่างผลประโยชน์ด้วย กล่าวคือเมื่อกรรมการไม่ได้มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นย่อมมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในเรื่องนั้นได้ทั้ง ๆ ที่ในความเป็นจริงมีผู้ถือหุ้นซึ่งมีส่วนได้เสียหรือความขัดกันต่อผลประโยชน์ของบริษัทในเรื่องนั้นคอยบงการการลงมติของกรรมการอยู่เบื้องหลังก็ตาม แต่กรณีดังกล่าวก็ไม่อยู่ในบังคับห้ามมิให้กรรมการออกเสียงลงมติแต่อย่างใด

นอกจากกรณีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว แม้จะเห็นได้ว่าปัญหาการขัดกันระหว่างผลประโยชน์นั้นส่วนใหญ่มักเกิดขึ้นในกรณีผู้ถือหุ้นมีผลประโยชน์ส่วนตัวจากธุรกรรมซึ่งบริษัทเป็นคู่สัญญาก็ตาม แต่บางกรณีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ก็อาจเกิดขึ้นได้จากใช้โอกาสในตำแหน่งหน้าที่ที่ได้รับจากบริษัทมาแสวงหาประโยชน์ใส่ตนหรือเกิดจากกรณีบริษัทมิได้เป็นคู่สัญญาด้วยได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น การนำข้อมูลลับหรือข้อมูลภายในของบริษัทที่ล่วงรู้มาไปใช้เพื่อหาประโยชน์ส่วนตัว หรือการใช้ทรัพย์สินหรือโอกาสทางธุรกิจของบริษัทเพื่อเอื้ออำนวยต่อการแสวงหาประโยชน์ใส่ตน เป็นต้น ข้อพิจารณา คือ จะเห็นได้ว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้มีบทบัญญัติถึงการห้ามนำความลับของบริษัทมาเปิดเผยหรือการใช้ทรัพย์สิน

ของบริษัทเพื่อแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว อันทำให้เกิดความไม่ชัดเจนที่จะพิจารณาว่ากรณีดังกล่าวถือว่าเป็นการขัดกันระหว่างผลประโยชน์หรือไม่ อีกทั้งควรจะใช้บังคับให้ครอบคลุมถึงบุคคลใดบ้าง

จากประเด็นปัญหาดังกล่าวนั้น

หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ซึ่งบัญญัติถึงการใช้ข้อมูลของบริษัทที่ได้ล่วงรู้มาเว้นแต่เป็นข้อมูลที่เปิดเผยต่อสาธารณะชนแล้ว หรือการใช้ทรัพย์สินหรือโอกาสทางธุรกิจของบริษัท หากการกระทำดังกล่าวเป็นผลให้กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง ได้รับประโยชน์ทางการเงินอื่นนอกเหนือจากที่พึงได้ตามปกติ หรือเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหายแล้วให้ถือว่าเข้าข้อสันนิษฐานว่าเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ[164] จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีการกำหนดข้อสันนิษฐานว่ากรณีเช่นใดถือเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทอันทำให้การวินิจฉัยว่ากระทำดังกล่าวขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทหรือไม่ มีความชัดเจนขึ้นอีกทั้งการนำพฤติการณ์ซึ่งผู้บริหารหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้รับประโยชน์ทางการเงินมาใช้เป็นปัจจัยในการพิจารณาข้อสันนิษฐานดังกล่าวด้วยอาจทำให้ขยายความครอบคลุมถึงผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาด้วย

4.2.1.2 กรณีบุคคลอื่นโดยอาศัยการเป็นกรรมการเงาใช้อำนาจครอบงำกรรมการให้บริหารจัดการงานโดยมิชอบ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้มีบทบัญญัติครอบคลุมถึงกรณีบุคคลอื่นใดในบริษัทมีผลประโยชน์ขัดกันต่อผลประโยชน์ของบริษัทไว้ดั่งเช่นกรรมการบริษัท เนื่องจากว่าบุคคลอื่นใดนั้นไม่ได้มีอำนาจหน้าที่บริหารจัดการงานบริษัทโดยตรง ดังนั้นแม้บุคคลนั้นจะมีผลประโยชน์ขัดกันต่อผลประโยชน์บริษัทก็ตาม แต่ก็ย่อมไม่มีโอกาสที่จะบริหารจัดการงานในนามบริษัทเพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่ตนเองได้ อย่างไรก็ตามหากบุคคลนั้นเป็นผู้มีอำนาจ

---

[164] พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 89/11 บัญญัติว่า “การกระทำดังต่อไปนี้ ซึ่งเป็นผลให้กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้รับประโยชน์ทางการเงินอื่นนอกเหนือจากที่พึงได้ตามปกติ หรือเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย ให้สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ

(1) การทำธุรกรรมระหว่างบริษัทหรือบริษัทย่อยกับกรรมการผู้บริหารหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องโดยไม่เป็นไปตามมาตรา 89/12 หรือมาตรา 89/13

(2) การใช้ข้อมูลของบริษัทที่ล่วงรู้มา เว้นแต่เป็นข้อมูลที่เปิดเผยต่อสาธารณชนแล้วหรือ

(3) การใช้ทรัพย์สินหรือโอกาสทางธุรกิจของบริษัทในลักษณะที่เป็นการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์หรือหลักปฏิบัติทั่วไปตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด.”

ควบคุมหรือครอบงำกรรมการ ตัวอย่างเช่น ผู้เชี่ยวชาญชำนาญในทางวิชาชีพ ก็มีความเป็นไปได้ที่จะถือเป็นผู้ที่มีอิทธิพลอย่างสูงต่อการตัดสินใจในการบริหารจัดการงานของกรรมการบริษัทเพราะกรรมการจำเป็นต้องรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์ข้อมูลต่าง ๆ จากผู้มีความเชี่ยวชาญชำนาญในวิชาชีพนั้นเพื่อให้การตัดสินใจในการบริหารจัดการกิจการเป็นไปโดยรอบคอบเพื่อประโยชน์สูงสุดแก่บริษัท ซึ่งหากผู้เชี่ยวชาญชำนาญในวิชาชีพนั้นมีผลประโยชน์ขัดกันต่อผลประโยชน์ของบริษัท โอกาสที่บุคคลเหล่านั้นจะใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ให้คำปรึกษา แนะนำหรือบงการให้กรรมการบริหารจัดการงานโดยมิชอบย่อมเกิดขึ้นได้เช่นกัน ดังนั้นประเด็นปัญหาที่ควรนำมาพิจารณาคือ หลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของกรรมการต่อบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้นไม่ได้มีบทบัญญัติบังคับให้ครอบคลุมถึงบุคคลอื่นซึ่งเป็นกรรมการเงาให้รับผิดต่อบริษัทได้

จากประเด็นปัญหาดังกล่าวนั้น

หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 จะเห็นได้ว่ามีบทบัญญัติกำหนดโทษแก่บุคคลใดผู้เปิดเผยถึงกิจการที่ตามปกติวิสัยของบริษัทจะพึงสงวนไว้ ไม่เปิดเผย ซึ่งตนได้ล่วงรู้กิจการของบริษัทนั้นเนื่องจากการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้เว้นแต่การกระทำนั้นจะได้กระทำไปตามอำนาจหน้าที่[165] และบทบัญญัติกำหนดโทษแก่บุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัทกระทำการหรือไม่กระทำการเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อตนเองหรือผู้อื่นอันเป็นการเสียหายแก่บริษัท[166] ด้วย ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวถือเป็นบทบัญญัติทั่วไปที่มิได้กำหนดโทษไว้เฉพาะแต่กรรมการบริษัทเท่านั้น แต่ยังใช้บังคับครอบคลุมถึงบุคคลใดๆซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัทและอาจนำมาใช้บังคับให้ครอบคลุมรวมถึงบุคคลใดๆซึ่งเป็นกรรมการเงาให้ต้องรับผิดตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดไว้ด้วย

4.2.2 แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการขัดกันระหว่างผลประโยชน์

จากการศึกษาปัญหาการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับผลประโยชน์ของบริษัทซึ่งนับได้ว่าเป็นปัญหาสำคัญอันนำมาซึ่งการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่โดยทุจริตเพื่อแสวงหา

---

[165] พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 220 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 316 และพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 มาตรา 154.

[166] พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 215 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 311 และพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 มาตรา 145.

ประโยชน์โดยมิชอบและสร้างความเสียหายให้แก่บริษัทและผู้ถือหุ้นนั้น ผู้ศึกษาพบว่ามาตรการทางกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติไว้เป็นเพียง “บทบัญญัติห้ามมิให้กรรมการกระทำการใด ๆ” อันมีลักษณะเป็นการป้องกันการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับผลประโยชน์ของบริษัทเพื่อมิให้เกิดขึ้นเข้าทำนองเดียวกับสุภาษิตไทยที่ว่า “ตัดไฟเสียแต่ต้นลม” หรือ หากเกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับผลประโยชน์ของบริษัทขึ้นแล้ว กรรมการนั้นต้องเลือกที่จะคำนึงถึงผลประโยชน์ของบริษัทเป็นสำคัญ โดย “ห้ามกระทำการใด” ซึ่งขัดแย้งต่อผลประโยชน์บริษัท เช่น การห้ามค้าขายใด ๆ อันมีสภาพเป็นอย่างเดียวกันหรือแข่งขันกับการค้าขายของบริษัท หรือห้ามกรรมการเข้าไปเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างค้าขายอื่นซึ่งประกอบกิจการมีสภาพเป็นอย่างเดียวกันและแข่งขันกับกิจการของบริษัท[167] หรือห้ามกรรมการเข้าทำนิติกรรมในนามบริษัททำกับตนเองในนามของตนเองหรือในฐานเป็นตัวแทนของบุคคลภายนอก[168] รวมถึงการห้ามมิให้ผู้ถือหุ้น ออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมซึ่งจะลงมติในข้อที่ตนซึ่งมีส่วนได้เสียเป็นพิเศษ[169] เป็นต้น และกฎหมายก็มีมาตรการบังคับลำดับต่อมาหากมีการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว คือให้บริษัทซึ่งได้รับความเสียหายฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ฝ่าฝืนนั้น แต่ทั้งนี้มีข้อพิจารณาว่าบทบัญญัติดังกล่าวเหล่านั้นมิได้บัญญัติให้ครอบคลุมเพียงพอถึงกรณีที่การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของกรรมการหรือผู้ถือหุ้นต่อบริษัทนั้นได้เกิดขึ้นภายหลังจากการดำรงตำแหน่งในบริษัทแล้วว่ากรรมการหรือผู้ถือหุ้นนั้นควรต้องปฏิบัติตนอย่างไรต่อบริษัท และควรมีแนวทางแก้ปัญหาเพื่อให้บุคคลดังกล่าวไม่ต้องรับผิดในกรณีที่เกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ขึ้นภายหลังโดยที่บุคคลนั้นมิได้มีเจตนาทุจริตหรือไม่ เพียงใด และบทบัญญัตินั้นควรจะให้ครอบคลุมถึงบุคคลจำพวกใดบ้าง

จากประเด็นปัญหาดังกล่าวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น

หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 แล้วจะเห็นได้ว่านอกจากบทบัญญัติที่ห้ามมิให้กรรมการกระทำการซึ่งเป็นการขัดกันระหว่างผลประโยชน์และบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่บริษัทหรือผู้ถือหุ้นฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแก่กรรมการผู้ฝ่าฝืนหน้าที่อันพึงมีต่อบริษัทแล้ว ยังมีบทบัญญัติรวมถึงการขอให้ศาลสั่งกรรมการนั้นระงับการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายอันทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทหรือขอให้ศาลสั่งให้กรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่ง[170] ด้วย และมีบทบัญญัติให้กรรมการแจ้งให้บริษัททราบโดยมิชักช้าเมื่อตนมีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือ

---

[167] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168.

[168] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 805 ประกอบมาตรา 1167.

[169] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1185.

[170] พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 85 และมาตรา 86.

โดยอ้อมในสัญญาใด ๆ ที่บริษัททำขึ้นหรือตนเข้าถือหุ้นหรือหุ้นกู้ในบริษัทและบริษัทในเครือด้วย[171] ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่าบทบัญญัติเหล่านั้นใช้บังคับเฉพาะกรรมการเท่านั้น

หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 นั้น จะเห็นได้ว่ามีการบัญญัติให้คณะกรรมการกำกับตลาดทุนมีอำนาจประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องต่าง ๆ[172] เช่น การให้การเปิดเผยข้อมูล การกำหนดจำนวนคะแนนเสียงของที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการลงมติอนุมัติ หลักเกณฑ์ในการประชุมผู้ถือหุ้น หรือการพิจารณาส่วนได้เสียเป็นพิเศษเพื่อใช้บังคับกับการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทหรือบริษัทย่อยกับกรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง และกำหนดให้กรรมการและผู้บริหารต้องรายงานให้บริษัททราบถึงการมีส่วนได้เสียของตนหรือของบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการกิจการของบริษัท[173] นั้น นอกจากนี้มาตรา 89/18 ยังวางหลักให้สิทธิ

---

[171] พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 88 บัญญัติว่า “ให้กรรมการแจ้งให้บริษัททราบโดยมิชักช้าเมื่อมีกรณีดังต่อไปนี้

(1) มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในสัญญาใด ๆ ที่บริษัททำขึ้นระหว่างรอบปีบัญชี โดยระบุข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา ชื่อของคู่สัญญาและส่วนได้เสียของกรรมการในสัญญานั้น (ถ้ามี)

(2) ถือหุ้นหรือหุ้นกู้ในบริษัทและบริษัทในเครือ โดยระบุจำนวนทั้งหมดที่เพิ่มขึ้นหรือลดลงในระหว่างรอบปีบัญชี (ถ้ามี).”

[172] พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 89/13 บัญญัติว่า “ในกรณีมีเหตุสมควร โดยพิจารณาจากผลของธุรกรรมที่มีนัยสำคัญต่อบริษัทหรือความสัมพันธ์ของธุรกรรมกับธุรกิจปกติของบริษัท ให้คณะกรรมการกำกับตลาดทุนมีอำนาจประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังต่อไปนี้ เพื่อใช้บังคับกับการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทหรือบริษัทย่อยกับกรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้

(1) การเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวกับการทำธุรกรรมดังกล่าวต่อผู้ลงทุนเป็นการทั่วไปหรือในหนังสือนัดประชุมคณะกรรมการหรือหนังสือนัดประชุมผู้ถือหุ้น

(2) จำนวนคะแนนเสียงของที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการลงมติอนุมัติการทำธุรกรรมดังกล่าว

(3) หลักเกณฑ์ในการประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งรวมถึงการจัดให้มีบัตรออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้น การจัดให้มีผู้ตรวจการการประชุม หรือการพิจารณาส่วนได้เสียเป็นพิเศษของผู้ถือหุ้นซึ่งไม่มีสิทธิออกเสียง.”

[173] พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 89/14 บัญญัติว่า “กรรมการและผู้บริหารต้องรายงานให้บริษัททราบถึงการมีส่วนได้เสียของตน หรือของบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการกิจการของบริษัทหรือบริษัทย่อย ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด” และมาตรา 89/16 บัญญัติว่า “ให้เลขานุการบริษัทจัดส่งสำเนารายงานการมีส่วนได้เสียตามมาตรา 89/14 ให้ประธานกรรมการและประธานกรรมการตรวจสอบทราบภายในเจ็ดวันทำการนับแต่วันที่บริษัทได้รับรายงานนั้น.”

บริษัทหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนฟ้องเรียกให้กรรมการรับผิดชอบในการส่งคืนประโยชน์ดังกล่าวให้แก่บริษัทในกรณีที่กรรมการกระทำการหรือละเว้นกระทำการอันเป็นการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 89/7[174] จนเป็นเหตุให้กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้ประโยชน์ไปโดยมิชอบนั้น ซึ่งอาจมีผลทำให้บริษัทได้รับการเยียวยาความเสียหายพอสมควรเมื่อเทียบกับกรณีที่บริษัทจะไม่สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีแก่กรรมการหรือผู้ถือหุ้นให้รับผิดในความเสียหายที่เกิดแก่บริษัทได้เลย ทั้งนี้มีข้อพิจารณาว่าหากเกิดกรณีกรรมการเงาขึ้นในบริษัทนั้นและการที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรายงานการมีส่วนได้เสียให้บริษัททราบ ผลก็คงไม่แตกต่างอะไรกันเพราะการรับรู้ของบริษัทนั้นก็คือ การรับรู้ของกรรมการผู้อยู่ภายใต้การครอบงำของกรรมการเงานั่นเอง

หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 จะเห็นได้ว่ามีบทบัญญัติให้ผู้ถือหุ้นซึ่งถือหุ้นหรือมีไว้ซึ่งหุ้นของสถาบันการเงินแห่งใดแห่งหนึ่งไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมตั้งแต่ร้อยละห้าขึ้นไปของหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด บุคคลนั้นต้องรายงานการถือหุ้นหรือมีไว้ซึ่งหุ้นดังกล่าวให้ธนาคารแห่งประเทศไทยทราบ ซึ่งจำนวนหุ้นดังกล่าวให้รวมถึงหุ้นของผู้ที่เกี่ยวข้อง [175]กับบุคคลนั้นถืออยู่หรือมีไว้ด้วย[176] ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติให้สถาบันการเงินตรวจสอบทะเบียนผู้ถือหุ้นทุกครั้งก่อนการประชุมผู้ถือหุ้นหรือก่อนจ่ายเงินปันผลหรือ

---

[174] พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 89/7 บัญญัติว่า ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการและผู้บริหารต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต รวมทั้งต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท และมติคณะกรรมการ ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น.

[175] พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ผู้ที่เกี่ยวข้อง” หมายความว่า บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับอีกบุคคลหนึ่งในลักษณะดังต่อไปนี้

(1) เป็นคู่สมรส

(2) เป็นบุตรหรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ

(3) เป็นบริษัทที่บุคคลนั้นหรือบุคคลตาม (1) หรือ (2) มีอำนาจในการจัดการ

(4) เป็นบริษัทที่บุคคลนั้นหรือบุคคลตาม (1) หรือ (2) มีอำนาจควบคุมคะแนนเสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุมผู้ถือหุ้น

(5) เป็นบริษัทที่บุคคลนั้นหรือบุคคลตาม (1) หรือ (2) มีอำนาจควบคุมการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการ...”

วรรคสอง “ในกรณีที่บุคคลใดถือหุ้นในบริษัทใดตั้งแต่ร้อยละยี่สิบขึ้นไปของหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริษัทนั้นเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลดังกล่าว เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่ามิได้เป็นผู้ที่เกี่ยวข้อง.”

[176] พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 มาตรา 17.

ผลตอบแทนอื่นใดแก่ผู้ถือหุ้นด้วย[177] และมีบทบัญญัติกำหนดให้สถาบันการเงินมีหน้าที่แจ้งหรือแสดงให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบเกี่ยวกับผลประโยชน์และค่าตอบแทนที่กรรมการ ผู้จัดการ และผู้มีอำนาจในการจัดการได้รับจากสถาบันการเงิน รวมถึงให้กรรมการมีหน้าที่แจ้งการเป็นกรรมการในธุรกิจอื่นแก่สถาบันการเงินด้วย[178] นอกจากนี้หากเกิดกรณีที่สถาบันการเงิน กรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้มีอำนาจในการจัดการได้กระทำการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ก็มีการกำหนดให้ธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจดำเนินการออกหนังสือเตือนไปยังสถาบันการเงินหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ระงับการกระทำดังกล่าว หรือมีคำสั่งห้ามการกระทำที่ฝ่าฝืนหรือให้ปฏิบัติตามกฎหมาย และอาจมีคำสั่งถอดถอนกรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้มีอำนาจในการจัดการคนหนึ่งคนใดหรือทุกคนโดยให้ถือว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นมติที่ประชุมของผู้ถือหุ้นได้ด้วย[179] ซึ่งถือได้ว่าเป็นมาตรการทางกฎหมายประการหนึ่งเพื่อให้เกิดความโปร่งใสและเพื่อป้องกันการขัดกันระหว่างผลประโยชน์อันอาจจะเกิดขึ้นแก่สถาบันการเงินนั้น ๆ

สำหรับในประเทศอังกฤษนั้น กฎหมายบริษัท (The Companies Act 2006 (c.46)) ได้วางหลักให้กรรมการมีหน้าที่ในการหลีกเลี่ยงการขัดกันระหว่างผลประโยชน์[180] และมีหน้าที่ไม่รับผลประโยชน์จากบุคคลภายนอก[181] นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติถึงธุรกรรมที่ต้องได้รับอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น[182] ซึ่งเป็นธุรกรรมที่อาจจะก่อให้เกิดความขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของกรรมการต่อผลประโยชน์ของบริษัทได้ เช่น ธุรกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินของบริษัท การกู้ยืมเงินบริษัท การชำระหนี้ของบริษัท เป็นต้น ทั้งนี้มีข้อพิจารณาว่าบทบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ทั่วไปของกรรมการอันพึงมีต่อบริษัทเพื่อหลีกเลี่ยงการขัดกันระหว่างผลประโยชน์นั้น กฎหมายบริษัทในประเทศอังกฤษให้นำมาใช้บังคับแก่กรรมการเงาด้วยดังเช่นเดียวกับกรรมการบริษัท อันส่งผลให้บริษัทหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแก่กรรมการและกรรมการเงา ผู้ซึ่งละเมิดหน้าที่นั้นให้อาจต้องมีความรับผิดทางแพ่งชดใช้ผลประโยชน์ที่ได้ก่อให้เกิดขึ้นหรือที่ทำให้สูญเสียไปจากการกระทำละเมิดหน้าที่ดังกล่าวของตนให้แก่บริษัทได้ และในขณะเดียวกัน ก็มีบทบัญญัติให้บริษัทโดยการลงมติของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นนั้นอาจให้สัตยาบันแก่กรรมการซึ่งกระทำโดย

---

[177] พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551 มาตรา 22.

[178] พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551 มาตรา 26.

[179] พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551 มาตรา 89.

[180] The Companies act 2006 (c.46) s.175.

[181] The Companies act 2006 (c.46) s.176.

[182] The Companies act 2006 (c.46) s.223.

ประมาทเลินเล่อ ผิดสัญญา ละเมิดหน้าที่หรือละเมิดความไว้วางใจของบริษัทได้ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวก็นำมาใช้บังคับแก่การให้สัตยาบันของบริษัทแก่กรรมการเงาด้วยเช่นเดียวกัน

ส่วนแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ในกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษนั้น ได้มีบทบัญญัติถึงการเปิดเผยถึงผลประโยชน์ในธุรกรรมหรือการจัดการผลประโยชน์ที่มีอยู่ของกรรมการและกรรมการเงาให้แก่ที่ประชุมคณะกรรมการได้รับทราบ[183] ทั้งนี้มีข้อพึงพิจารณาว่าธุรกรรมที่อาจเกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์นั้น กฎหมายบริษัทตามมาตรา 223 กำหนดไว้เพียงบางประเภทเท่านั้นที่จำต้องได้รับการอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ในขณะที่ธุรกรรมหรือการจัดการอื่น ๆ ที่นอกเหนือจากนั้นกฎหมายกำหนดหน้าที่ในการเปิดเผยถึงผลประโยชน์ของกรรมการและกรรมการเงาไว้เพียงในระดับที่ประชุมคณะกรรมการให้รับทราบเท่านั้น ซึ่งอาจส่งผลให้ผลประโยชน์ของบริษัทมิได้รับความคุ้มครองโดยแท้จริง กล่าวคือ การรับทราบของที่ประชุมคณะกรรมการคงไม่มีความหมายใด ๆ หากที่ประชุมคณะกรรมการนั้นตกอยู่ภายใต้การบงการของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงา เพราะย่อมเท่ากับว่าเป็นการเปิดเผยถึงผลประโยชน์ในธุรกรรมหรือการจัดการผลประโยชน์ที่มีอยู่ให้แก่คณะกรรมการผู้ซึ่งอยู่ภายใต้การบงการของตนให้รับทราบเท่านั้นเอง

4.3 ปัญหาในการวินิจฉัยหรือข้อสันนิษฐานการเป็นกรรมการเงา

จากการที่ได้ศึกษาวิเคราะห์ถึงปัญหาการฟ้องคดีและความรับผิดของกรรมการเงาต่อบริษัทในกรณีเกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของกรรมการเงาต่อผลประโยชน์ของบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังข้อ 4.1 และ 4.2 ข้างต้นแล้วนั้น ประกอบกับในปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้มีบทบัญญัติทางกฎหมายเกี่ยวกับกรรมการเงาไว้ ดังนั้นประเด็นปัญหาที่พึงนำมาพิจารณา คือ ควรมีการวินิจฉัยถึงบุคคลผู้ที่จะถือได้ว่าเป็นกรรมการเงาหรือไม่ และข้อสันนิษฐานของบุคคลซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นควรมีลักษณะเพียงใด ทั้งนี้เพราะเมื่อพิจารณาตามตามหลักกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษ (The Companies Act 2006 (c.46)) หากศาลอังกฤษวินิจฉัยว่าบุคคลดังกล่าวเป็นกรรมการเงา (Shadow director) กฎหมายวางหลักให้ต้องนำบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่โดยทั่วไปของกรรมการบริษัทมาใช้บังคับแก่กรรมการเงาด้วย เช่น หน้าที่หลีกเลี่ยงการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ หน้าที่เปิดเผยถึงผลประโยชน์ในธุรกรรมหรือการจัดการที่มีอยู่ เป็นต้น ดังนั้นหากผู้ซึ่งเป็นกรรมการเงาฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าว บริษัทหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดย่อมฟ้องร้องกรรมการเงาให้รับผิดในความเสียหายได้เช่นเดียวกับการฟ้องร้องกรรมการบริษัท ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าข้อสันนิษฐานการเป็นกรรมการเงาของบุคคลใดนั้น ย่อมอาจส่งผลทางกฎหมาย

---

[183] The Companies act 2006 (c.46) s.182 และ s.187.

ต่อหน้าที่และความรับผิดของบุคคลนั้นให้แตกต่างจากฐานะทางกฎหมายที่ดำรงอยู่เดิมไม่ว่าจะเป็นผู้ถือหุ้นหรือบุคคลอื่นใดที่จำกัดความรับผิดตามกฎหมายก็ตาม

4.3.1 กรณีผู้ถือหุ้นซึ่งเข้ามามีอำนาจครอบงำกรรมการโดยเป็นกรรมการเงา

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1137[184] มิได้มีบทบัญญัติบังคับว่ากรรมการบริษัทจะต้องเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทเสมอไป ดังนั้น กรรมการบริษัทจะเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทด้วยหรือไม่ก็ได้ ซึ่งหากว่ากรรมการบริษัทนั้นเป็นผู้ถือหุ้นด้วยก็คงไม่มีปัญหาในด้านของการวินิจฉัยความรับผิดกรณีบริหารจัดการกิจการงานทำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัท เพราะถึงแม้ว่าผู้ถือหุ้นจะมีความรับผิดจำกัด แต่เมื่อผู้ถือหุ้นนั้นดำรงตำแหน่งในฐานะกรรมการบริษัทด้วยแล้วย่อมต้องรับผิดในฐานะเป็นกรรมการบริษัทด้วยอีกฐานะหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตามจากการศึกษาพบว่า เนื่องจากผู้ถือหุ้นเสียงข้างมากในบริษัทสามารถที่จะควบคุมคะแนนเสียงในการลงมติแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการได้ จึงมีผลทำให้กรรมการที่ได้รับแต่งตั้งเข้ามามักเป็นพวกพ้องของผู้ถือหุ้นเสียงข้างมากในบริษัทนั้นในกรณีเช่นเดียวกันความต้องการในการมีอำนาจควบคุมบริษัททำให้ผู้ถือหุ้นเสียงข้างมากอาจถอดถอนกรรมการที่มิได้เป็นพวกพ้องของตนหรือเป็นบุคคลที่ฝ่ายผู้ถือหุ้นเสียงข้างน้อยแต่งตั้งขึ้นออกจากตำแหน่งเพื่อแต่งตั้งบุคคลซึ่งเป็นพรรคพวกของผู้ถือหุ้นเสียงข้างมากเข้ามาเป็นกรรมการแทนได้ ด้วยเหตุนี้กรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งเข้ามาจึงมักตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้ถือหุ้นฝ่ายเสียงข้างมากและกระทำการใด ๆ โดยอาศัยหรือแสวงหาประโยชน์ในธุรกิจของบริษัทเพื่อเอื้อประโยชน์ต่อผู้ถือหุ้นนั้นและพรรคพวกของตนอันมิได้คำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นแก่บริษัทและผู้ถือหุ้นฝ่ายเสียงข้างน้อยแต่อย่างใด ดังนั้น จึงเห็นได้ว่ามีความเป็นไปได้อย่างสูงที่ผู้ถือหุ้นของบริษัทและมักจะเป็นผู้ถือหุ้นเสียงข้างมากด้วยจะครอบงำและบงการกรรมการภายในบริษัททั้งหมดเพราะอำนาจการบริหารจัดการบริษัทอยู่ในเงื้อมมือตนแล้ว

สำหรับปัญหาการวินิจฉัยหรือข้อสันนิษฐานกรณีผู้ถือหุ้นเข้ามามีอำนาจครอบงำกรรมการโดยเป็นกรรมการเงานั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าเป็นปัญหาสำคัญที่ควรนำมาพิจารณา กล่าวคือแม้ผู้ที่ดำรงตำแหน่งผู้ถือหุ้นโดยแท้จริงนั้นจะถือไม่ได้ว่ามีอำนาจในการบริหารจัดการกิจการบริษัทโดยตรง ดังนั้นโอกาสที่จะทำให้บริษัทได้รับความเสียหายจากการบริหารจัดการโดยผู้ถือหุ้นนั้นย่อมไม่มีทางเกิดขึ้นได้ แต่อย่างไรก็ตามถ้าหากว่าไม่มีการวินิจฉัยหรือข้อสันนิษฐานการเป็นกรรมการเงาผู้ถือหุ้นซึ่งมีเจตนาทุจริตและต้องการที่จะเข้ามามีอำนาจบริหารจัดการ ก็อาจกระทำการโดยเป็นผู้ที่อยู่เบื้องหลัง

---

[184] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1137 บัญญัติว่า “ถ้าข้อบังคับของบริษัทมีกำหนดไว้เป็นองค์คุณอันหนึ่ง สำหรับผู้จะเป็นกรรมการ ว่าจำต้องเป็นผู้ถือหุ้นเป็นจำนวนเท่าหนึ่งเท่าใดไซร้ หุ้นเช่นนี้ท่านว่าต้องเป็นหุ้นระบุชื่อ.”

คอยบังคับบัญชาและครอบงำให้กรรมการบริษัทบริหารจัดการกิจการให้เป็นไปตามความประสงค์ของตนอันเอื้อประโยชน์แก่ตนเองและพวกพ้อง ซึ่งแม้ว่าความเสียหายของบริษัทนั้นจะเกิดขึ้นจากการบริหารจัดการของกรรมการซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมหรือการสั่งการของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงามากน้อยเพียงใดก็ตาม ความรับผิดของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นย่อมยังคงมีความรับผิดจำกัดเพียงจำนวนหุ้นซึ่งตนถืออยู่และยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าในฐานะผู้ถือหุ้นเท่านั้นมิใช่กรรมการบริษัท ทั้ง ๆ ที่โดยแท้จริงแล้วความรับผิดของผู้ดำรงตำแหน่งในฐานะผู้ถือหุ้นกับผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นควรมีความแตกต่างกันโดยผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาย่อมควรที่จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บริษัทในฐานะที่ตนอยู่เบื้องหลังและคอยสั่งการการบริหารจัดการงานของกรรมการ เพราะฉะนั้นช่องว่างทางกฎหมายดังกล่าวย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้มีความเป็นไปได้ที่ผู้ถือหุ้นที่มีเจตนาทุจริตซึ่งต้องการที่จะเข้ามามีอำนาจบริหารจัดการแสวงหาประโยชน์จากบริษัทโดยที่ตนนั้นยังคงจำกัดความรับผิดในฐานะผู้ถือหุ้น โดยผู้ถือหุ้นนั้นจะกระทำตนเป็นกรรมการเงานั่นเอง

จากประเด็นปัญหาดังกล่าว

หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 นั้น มาตรา 89/1 มีการให้คำนิยามของคำว่า

“ผู้บริหาร” หมายความว่า ผู้จัดการหรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการบริหารงานของบริษัทไม่ว่าโดยพฤติการณ์หรือโดยได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ ทั้งนี้ ตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

“บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง” หมายความว่า บุคคลที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้

1) บุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการบริษัท และในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นนิติบุคคลให้หมายความรวมถึงกรรมการของนิติบุคคลนั้นด้วย

2) คู่สมรส บุตรหรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของกรรมการผู้บริหาร หรือบุคคลตาม (1)

3) นิติบุคคลที่บุคคลตาม (1) หรือ (2) มีอำนาจควบคุมกิจการ

4) บุคคลอื่นที่มีลักษณะตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

เมื่อบุคคลใดกระทำการด้วยความเข้าใจหรือความตกลงว่า หากบริษัททำธุรกรรมที่ให้ประโยชน์ทางการเงินแก่บุคคลดังกล่าว กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลตาม (1) หรือ (2) จะได้รับประโยชน์ทางการเงินด้วย ให้ถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคล ที่มีความเกี่ยวข้องสำหรับการทำธุรกรรมนั้น

"อำนาจควบคุมกิจการ" หมายความว่า

1) การถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในนิติบุคคลหนึ่งเกินกว่าร้อยละห้าสิบของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น

2) การมีอำนาจควบคุมคะแนนเสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุมผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลหนึ่งไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม หรือไม่ว่าเพราะเหตุอื่นใด

3) การมีอำนาจควบคุมการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการตั้งแต่กึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมดไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม

เมื่อพิจารณาจากคำนิยามดังกล่าวข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า นิยามของคำว่า "ผู้บริหาร" ตามพระราชบัญญัตินี้นั้น จำต้องพิจารณาตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด[185] ซึ่งบุคคลดังกล่าวจะต้องเป็นผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับบริหาร ในขณะที่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นแม้ว่าโดยแท้จริงแล้วจะมีลักษณะเป็นการครอบงำ บงการหรือควบคุมกรรมการบริษัทอยู่เบื้องหลังให้กระทำการต่าง ๆ ได้ก็ตาม แต่ตามฐานะที่ดำรงอยู่ในบริษัทคงดำรงตำแหน่งเพียงผู้ถือหุ้นเท่านั้นซึ่งไม่ได้มีอำนาจในการบริหารจัดการบริษัทและไม่อาจถือได้ว่าเป็นบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการบริหารงานของบริษัท ดังนั้นจึงไม่อาจนำนิยามของคำว่า "ผู้บริหาร" มาเทียบเคียงเพื่อปรับใช้บังคับแก่กรณีผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาได้ แต่หากพิจารณาถึงคำนิยามของ คำว่า "บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง" และ "อำนาจควบคุมกิจการ" ในพระราชบัญญัตินี้จะเห็นได้ว่าบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องนั้นหมายความถึงบุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการบริษัท ซึ่งอำนาจควบคุมกิจการนั้นต้องมีลักษณะเป็นเสียงส่วนใหญ่ในบริษัท เช่น การมีอำนาจควบคุมคะแนนเสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือการมีอำนาจควบคุมการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการตั้งแต่กึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมด เป็นต้น ดังนั้นผู้ศึกษาจึงเห็นว่าอาจจะนำคำนิยามของ "บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง" ดังกล่าวมาใช้เทียบเคียงแก่การวินิจฉัยหรือเป็นข้อสันนิษฐานความเป็นกรรมการเงาของผู้ถือหุ้นได้ แต่อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าอาจนำมาปรับใช้เทียบเคียงได้เฉพาะในกรณีที่ผู้ถือหุ้นเสียงส่วนใหญ่เป็นกรรมการเงาเท่านั้น เพราะถือได้ว่าผู้ถือหุ้นเสียงส่วนใหญ่นั้นเป็นบุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการบริษัท แม้ว่าในความเป็นจริงแล้วผู้ถือหุ้นเสียงส่วนน้อยก็อาจจะมี

---

[185] ตารางประกาศคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่องการเปิดเผยข้อมูลและการปฏิบัติการของบริษัทจดทะเบียนในรายการที่เกี่ยวโยงกัน. สืบค้นเมื่อ 18 พฤศจิกายน 2551, จาก **http://www.sgf.co.th./index.php?option=com**

ผู้บริหาร" หมายความว่า กรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับบริหารสี่รายแรกต่อจากผู้จัดการลงมา ผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งเทียบเท่าผู้ดำรงตำแหน่งระดับบริหารรายที่สี่ทุกราย และให้หมายความรวมถึงผู้ดำรงตำแหน่งบริหารในสายงานบัญชีหรือการเงินที่เป็นระดับผู้จัดการฝ่ายขึ้นไปหรือเทียบเท่า.

โอกาสเป็นกรรมการเงาได้ด้วยเช่นเดียวกันหากว่าการกระทำใด ๆ นั้นอาศัยเพียงเฉพาะมติของที่ประชุมคณะกรรมการเท่านั้นและผู้ถือหุ้นเสียงส่วนน้อยนั้นสามารถครอบงำคณะกรรมการให้ลงมติบริหารจัดการบริษัทตามที่ตนต้องการได้ นอกจากนี้หากพิจารณาตามตารางประกาศคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่องการเปิดเผยข้อมูลและการปฏิบัติการของบริษัทจดทะเบียนในรายการที่เกี่ยวโยงกันแล้วจะเห็นได้ว่ามีการให้คำนิยามของคำว่า “ผู้มีอำนาจควบคุม” ซึ่งหมายความถึงผู้ถือหุ้นหรือบุคคลอื่นซึ่งโดยพฤติการณ์มีอิทธิพลต่อการกำหนดนโยบาย การจัดการ หรือการดำเนินงานของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญไม่ว่าอิทธิพลดังกล่าวจะสืบเนื่องจากการเป็นผู้ถือหุ้นหรือได้รับมอบอำนาจตามสัญญาหรือการอื่นใดก็ตาม ทั้งนี้คำนิยามดังกล่าวย่อมนำมาเทียบเคียงบังคับใช้แก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาได้ด้วยเช่นเดียวกัน

หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 นั้น จะพบว่ามาตรา 4 มีการให้คำนิยามของคำว่า

“ผู้มีอำนาจในการจัดการ” หมายความว่า

1) ผู้จัดการ รองผู้จัดการ ผู้ช่วยผู้จัดการ กรรมการที่เป็นผู้บริหารของสถาบันการเงินหรือบริษัท แล้วแต่กรณี หรือผู้ซึ่งมีตำแหน่งเทียบเท่าที่เรียกชื่ออย่างอื่น

2) บุคคลซึ่งสถาบันการเงินหรือบริษัททำสัญญาให้มีอำนาจในการบริหารงานทั้งหมดหรือบางส่วน หรือ

3) บุคคลที่ตามพฤติการณ์มีอำนาจควบคุมหรือครอบงำผู้จัดการหรือกรรมการ หรือการจัดการของสถาบันการเงินหรือบริษัท ให้ปฏิบัติตามคำสั่งของตนในการกำหนดนโยบายหรือการดำเนินงานของสถาบันการเงินหรือบริษัท

“ผู้ที่เกี่ยวข้อง” หมายความว่า บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับอีกบุคคลหนึ่งในลักษณะดังต่อไปนี้

1) เป็นคู่สมรส

2) เป็นบุตรหรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ

3) เป็นบริษัทที่บุคคลนั้นหรือบุคคลตาม (1) หรือ (2) มีอำนาจในการจัดการ

4) เป็นบริษัทที่บุคคลนั้นหรือบุคคลตาม (1) หรือ (2) มีอำนาจควบคุมคะแนนเสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุมผู้ถือหุ้น

5) เป็นบริษัทที่บุคคลนั้นหรือบุคคลตาม (1) หรือ (2) มีอำนาจควบคุมการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการ

6) เป็นบริษัทลูกของบริษัทตาม (3) หรือ (4) หรือ (5)

7) เป็นบริษัทร่วมของบริษัทตาม (3) หรือ (4) หรือ (5)

8) เป็นตัวการ ตัวแทน หรือ

9) บุคคลอื่นที่มีลักษณะตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยประกาศกำหนด

ในกรณีที่บุคคลใดถือหุ้นในบริษัทใดตั้งแต่ร้อยละยี่สิบขึ้นไปของหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริษัทนั้นเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลดังกล่าวเว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่ามิได้เป็นผู้ที่เกี่ยวข้อง

เมื่อพิจารณาจากคำนิยามดังกล่าวข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า เนื่องจากการกระทำของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นถือได้ว่าเป็นบุคคลที่ตามพฤติการณ์มีอำนาจควบคุมหรือครอบงำ บงการกรรมการบริษัทอยู่เบื้องหลังให้ปฏิบัติตามคำสั่งของตนในการกำหนดนโยบายหรือการดำเนินงานต่าง ๆ ในนามบริษัทเพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ถือหุ้นนั้นและพวกพ้อง ดังนั้นผู้ศึกษามีความเห็นว่านิยามของคำว่า “ผู้มีอำนาจในการจัดการ” ตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 นั้นจึงอาจนำมาเทียบเคียงบังคับใช้แก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาได้ นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่าคำนิยามของคำว่า “ผู้ที่เกี่ยวข้อง” ตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 นั้น มีความแตกต่างจากคำนิยามของคำว่า “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง” ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 กล่าวคือ “ผู้ที่เกี่ยวข้อง” ตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 นั้น เป็นการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอันจะนำไปสู่การพิจารณาถึงความมีส่วนได้เสียของบุคคลในสถาบันการเงินซึ่งต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายดังกล่าวกับผู้ที่เกี่ยวข้องกันเท่านั้น โดยผู้ที่เกี่ยวข้องนั้นไม่ได้มีหน้าที่อันพึงจะต้องปฏิบัติต่อสถาบันการเงินนั้นโดยตรงและไม่ได้หมายความรวมถึงบุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการบริษัทดังเช่น “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง” ตามที่พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ได้ให้คำนิยามไว้ด้วย ตัวอย่างเช่น ตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 มาตรา 17 วางหลักให้ผู้ถือหุ้นหรือมีไว้ซึ่งหุ้นในสถาบันการเงินตั้งแต่ร้อยละห้าขึ้นไปของหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด จะต้องรายงานการถือหุ้นหรือมีไว้ซึ่งหุ้นดังกล่าวให้แก่ธนาคารแห่งประเทศไทยทราบ ซึ่งจำนวนหุ้นดังกล่าวให้รวมถึงหุ้นของผู้ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลดังกล่าวด้วย ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมิได้บังคับถึงผู้ที่เกี่ยวข้องให้จำต้องปฏิบัติด้วย เพราะผู้ที่เกี่ยวข้องนั้นไม่ได้มีหน้าที่ใด ๆ ต่อสถาบันการเงินนั้น เพียงแต่เป็นการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ในความมีส่วนได้เสียของผู้ถือหุ้นในสถาบันการเงินกับผู้ที่เกี่ยวข้องเท่านั้น เพื่อให้ผู้ถือหุ้นหรือมีไว้ซึ่งหุ้นในสถาบันการเงินนั้นมีหน้าที่จะต้องรายงานการถือหุ้นหรือมีไว้ซึ่งหุ้นนั้นให้แก่ธนาคารแห่งประเทศไทยทราบแม้ว่าจะเป็นหุ้นของผู้ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลดังกล่าวด้วยก็ตาม ทั้งนี้เพื่อความโปร่งใสและป้องกันการมีส่วนได้เสียหรือการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ที่อาจจะเกิดขึ้นได้ ในขณะที่หากพิจารณาถึง “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง” ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก้ไข

เพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 จะเห็นได้ว่า นอกจากจะนำมาใช้ในการพิจารณาถึงความมีส่วนได้เสียของบุคคลในบริษัทแล้วยังมีบทบัญญัติถึงหน้าที่ของบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องดังกล่าวอันพึงมีต่อบริษัทไว้ด้วย เพราะถือว่าบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องนั้นหมายความรวมถึงบุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการบริษัทด้วย ตัวอย่างเช่น มาตรา 89/12 วางหลักให้บุคคลที่มีความเกี่ยวข้องจะทำธุรกรรมกับบริษัทได้ต่อเมื่อธุรกรรมดังกล่าวได้รับการอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทแล้ว เป็นต้น ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าไม่อาจนำคำนิยามของคำว่า “ผู้ที่เกี่ยวข้อง” ตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 มาเทียบเคียงใช้กับผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาได้ เพราะบุคคลดังกล่าวไม่ได้มีอำนาจควบคุมกิจการบริษัทด้วยแต่อย่างใด

สำหรับกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษ The Companies Act 2006 (c.46) มาตรา 251[186] กำหนดให้บุคคลซึ่งเป็น “กรรมการเงา” หมายความถึง บุคคลซึ่งกรรมการบริษัทมักจะคุ้นเคยหรือเคยชินกับการกระทำตามคำสั่งหรือคำแนะนำของบุคคลเหล่านั้น ทั้งนี้เมื่อพิจารณาแนวคำวินิจฉัยหรือข้อสันนิษฐานของบุคคลผู้ซึ่งเป็นกรรมการเงาซึ่งสะท้อนออกมาจากแนวคำพิพากษาของศาลประเทศอังกฤษ ผู้ศึกษาพิเคราะห์ได้พอสังเขปดังนี้

1) บุคคลซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นจะไม่กล่าวอ้างว่าตนเป็นกรรมการหรือ จะไม่กระทำการเป็นกรรมการ แต่ในทางตรงกันข้ามบุคคลเหล่านั้นจะอ้างว่าตนมิใช่กรรมการ ทั้งที่โดยแท้จริงแล้วนั้นตนจะเป็นผู้ที่อยู่เบื้องหลังการกระทำการของกรรมการในการบริหารจัดการกิจการบริษัท

2) กรรมการเงาไม่ใช่และไม่อาจกล่าวอ้างหรือให้ความหมายได้ว่าเป็นกรรมการของบริษัท กล่าวคือ กรรมการเงามิใช่เป็นกรรมการทั้งโดยนิตินัยหรือกรรมการโดยพฤตินัยของบริษัททั้งสิ้น

3) กรรมการเงาจะต้องเป็นบุคคลที่กรรมการบริษัทคุ้นเคยหรือเคยชินกับการกระทำตามคำสั่งหรือคำแนะนำของบุคคลดังกล่าวอยู่เสมอ (“accustomed to act”) ซึ่งในความเป็นจริงแล้วหากเป็นแต่เพียงกรรมการส่วนน้อยหรือฝ่ายเสียงข้างน้อยเท่านั้นที่คุ้นเคยหรือเคยชินกับการกระทำตามคำสั่งหรือคำแนะนำของบุคคลดังกล่าวแล้วย่อมยังไม่เพียงพอที่จะทำให้บุคคลนั้นถือเป็นกรรมการเงาของบริษัทได้เว้นแต่กรรมการของบริษัทจะปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำแนะนำที่เป็นสาระสำคัญของบุคคลนั้นอย่างสม่ำเสมออยู่เป็นประจำ

4) ต้องแสดงได้ว่าบุคคลซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นมีอิทธิพลอย่างแท้จริงในการบริหารจัดการกิจการงานของบริษัท แต่ไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่าบุคคลซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นได้สั่ง

---

[186] The Companies Act 2006 (c.46), s.251 (1) In the Companies Acts “shadow director”, in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act... .

หรือให้คำแนะนำในการกระทำของกรรมการบริษัทในทุก ๆ เรื่อง ทั้งนี้คำแนะนำนั้นอาจจะเป็นการควบคุมหรือคำสั่งก็ได้

5) ศาลจะพิจารณาโดยดูจากวัตถุประสงค์ว่าเป็นการควบคุมหรือเป็นคำสั่งคำแนะนำให้กระทำการดังกล่าวหรือไม่ ทั้งนี้มิได้พิจารณาเพียงแค่ว่ามีความสัมพันธ์พิเศษระหว่างกรรมการหรือบริษัทกับกรรมการเงาอย่างใด หรือไม่

6) ไม่จำเป็นต้องมีการแสดงออกให้เห็นว่ากรรมการบริษัทนั้นได้รับการสนับสนุนจากกรรมการเงาหรือกรรมการบริษัทนั้นไม่ได้ตัดสินใจเกี่ยวกับการบริหารจัดการงานด้วยตนเองเลย

4.3.2 กรณีบุคคลอื่นซึ่งเข้ามามีอำนาจครอบงำกรรมการโดยเป็นกรรมการเงา

แม้โดยทั่วไปจะไม่ควรถือว่าบุคคลใด ๆ ซึ่งโดยส่วนใหญ่มักจะเป็นผู้เชี่ยวชาญชำนาญในวิชาชีพเป็นกรรมการเงาของบริษัทได้ก็ตาม ทั้งนี้เพื่อให้ความคุ้มครองและสนับสนุนให้บุคคลดังกล่าวมีอิสระในการแสดงความคิดเห็นหรือวิเคราะห์สถานการณ์ต่างๆของบริษัทบนพื้นฐานของสภาพความเป็นจริงโดยไม่ต้องกังวลต่อผลกระทบหรือความรับผิดที่จะเกิดขึ้นจากคำปรึกษาหรือคำแนะนำนั้นหากทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย แต่หากพิจารณาตามกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษนั้นนอกจากผู้ถือหุ้นในบริษัทจะเป็นกรรมการเงาได้แล้ว บุคคลอื่นซึ่งมิใช่ผู้ถือหุ้นก็อาจจะเป็นกรรมการเงาของบริษัทได้ด้วยเช่นเดียวกัน กล่าวคือ คำนิยามของกรรมการเงาไม่ได้จำกัดเฉพาะผู้ถือหุ้นเท่านั้น แต่อาจรวมถึงบุคคลใด ๆ ก็ตามหากว่าเป็นผู้มีอิทธิพลและคอยบงการควบคุมกรรมการบริษัทและกรรมการบริษัทมักจะคุ้นเคยหรือเคยชินกับการกระทำตามคำสั่งหรือคำแนะนำของบุคคลเหล่านั้น บุคคลเหล่านั้นก็อาจถือเป็นกรรมการเงาได้ ทั้งนี้หากพิจารณาประกอบกับว่ากรรมการบริษัทมักจะรับฟังความคิดเห็นหรือข้อมูลต่างๆจากผู้เชี่ยวชาญชำนาญในวิชาชีพเพื่อเป็นแนวทางในการบริหารจัดการกิจการบริษัทให้ได้รับประโยชน์สูงสุดและเพื่อให้การปฏิบัติงานของกรรมการนั้นเป็นไปด้วยความรอบคอบและความระมัดระวังตามสมควรแล้ว จึงคงปฏิเสธไม่ได้ว่าผู้เชี่ยวชาญชำนาญในวิชาชีพนั้นมีอิทธิพลอย่างมากต่อการบริหารงานของกรรมการ ดังนั้นหากไม่มีการวินิจฉัยหรือข้อสันนิษฐานการเป็นกรรมการเงาและผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพนั้นมีผลประโยชน์ขัดแย้งต่อผลประโยชน์ของบริษัท โอกาสที่จะกระทำการเป็นกรรมการเงาอยู่เบื้องหลังครอบงำให้กรรมการบริหารจัดการบริษัทเพื่อประโยชน์ตนย่อมเกิดขึ้นได้ โดยผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพนั้นอาจอ้างให้ตนไม่ต้องรับผิดเป็นการส่วนตัวต่อบริษัทได้เพราะตนกระทำการต่าง ๆ ไปในฐานเป็นลูกจ้างหรือหากกระทำต่อบุคคลภายนอก การกระทำนั้นก็เป็นเพียงตัวแทนของบริษัทเท่านั้น ส่วนการตัดสินใจอันทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทนั้นเป็นอำนาจของกรรมการ ทั้ง ๆ ที่โดยแท้จริงแล้วผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพนั้นสมควรที่จะต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บริษัท

จากประเด็นปัญหาดังกล่าว

หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 นั้น มีข้อพิจารณา คือ แม้บุคคลอื่นนั้นจะไม่ได้มีอำนาจควบคุมกิจการบริษัทก็ตาม แต่หากเมื่อบุคคลนั้นกระทำการด้วยความเข้าใจหรือความตกลงว่าหากบริษัททำธุรกรรมที่ให้ประโยชน์ทางการเงินแก่บุคคลดังกล่าวแล้ว กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการบริษัทหรือผู้มีความสัมพันธ์กับบุคคลนั้นจะได้รับประโยชน์ทางการเงินด้วย ให้ถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องสำหรับการทำธุรกรรมนั้น ดังนั้นคำนิยามของคำว่า “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง” จึงอาจนำมาใช้ในการพิจารณาถึงบุคคลอื่นซึ่งเป็นกรรมการเงาได้ด้วยเช่นเดียวกัน กล่าวคือ หากว่าบุคคลดังกล่าวนั้นมีอิทธิพลเพียงพอที่จะครอบงำหรือบงการกรรมการเพื่อให้กรรมการกระทำการใด ๆ ในนามบริษัทอันให้ประโยชน์ทางการเงินแก่ตนและพวกพ้องแม้ว่าบุคคลนั้นจะไม่ใช่ผู้ถือหุ้นก็ตาม ทั้งนี้อาจจำต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์หรือความเกี่ยวข้องระหว่างบุคคลดังกล่าวกับกรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการบริษัทมาใช้ประกอบการพิจารณาด้วย

หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 นั้น จะเห็นได้ว่า คำนิยามของคำว่า “ผู้มีอำนาจในการจัดการ” นั้น ไม่ได้หมายความเฉพาะแต่กรรมการหรือผู้ถือหุ้นของสถาบันการเงินหรือบริษัทเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงบุคคลใด ๆ ที่ตามพฤติการณ์มีอำนาจควบคุมหรือครอบงำผู้จัดการหรือกรรมการ หรือการจัดการของสถาบันการเงินหรือบริษัท ให้ปฏิบัติตามคำสั่งของตนในการกำหนดนโยบายหรือการดำเนินงานของสถาบันการเงินหรือบริษัท ดังนั้น จึงอาจนำคำนิยามของคำว่า “ผู้มีอำนาจในการจัดการ” มาใช้เทียบเคียงแก่บุคคลอื่นใดซึ่งกระทำการเป็นกรรมการเงาได้ด้วย แม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะไม่ใช่เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทหรือสถาบันการเงินนั้นก็ตาม

สำหรับกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษ มีข้อพิจารณาว่าโดยทั่วไปกฎหมายไม่ให้ถือว่าการให้คำปรึกษาแนะนำของผู้เชี่ยวชาญชำนาญในวิชาชีพนั้นจะถือเป็นเหตุผลเพียงพอที่จะวินิจฉัยว่าบุคคลดังกล่าวเป็นกรรมการเงาของบริษัทได้[187] เช่น ผู้ให้คำปรึกษาด้านการเงิน ผู้ให้คำปรึกษาด้านกฎหมาย หรือผู้ให้คำปรึกษาด้านทางบัญชีของบริษัท เป็นต้น และเมื่อพิจารณาแนวคำวินิจฉัยหรือข้อสันนิษฐานของบุคคลอื่นผู้ซึ่งเป็นกรรมการเงาโดยสะท้อนออกมาจากแนวคำพิพากษาของศาลประเทศอังกฤษนั้น ผู้ศึกษาพิเคราะห์ได้พอสังเขปดังนี้

---

[187] The Companies Act 2006 (c.46), s.251 (1) In the Companies Acts “shadow director”, in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act. (2) A person is not to be regarded as a shadow director by reason only that the directors act on advice given by him in a professional capacity.

1) ความหมายของกรรมการเงานั้นมีความหมายกว้างพอที่จะรวมถึงบุคคลที่ให้คำแนะนำ คำปรึกษาหรือแนวทางการดำเนินงานแก่คณะกรรมการของบริษัทอยู่เป็นประจำด้วย ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องถึงกับว่าคณะกรรมการของบริษัทจะต้องดำเนินการภายใต้การควบคุมหรือดำเนินการโดยไม่มีอำนาจในการตัดสินใจใดๆเป็นของตนเองเลย

2) คำแนะนำที่ให้โดยที่ปรึกษาซึ่งมิใช่ทางวิชาชีพนั้นอาจจะเป็นคำแนะนำที่มีลักษณะเป็นการควบคุมหรือคำสั่งคำชี้นำให้ปฏิบัติตามก็ได้เช่นกัน

แต่ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าจากแนวคำวินิจฉัยหรือข้อสันนิษฐานของบุคคลอื่นซึ่งเป็นกรรมการเงาของศาลประเทศอังกฤษนั้น มีข้อพิจารณา คือ ควรจะต้องพิจารณาถึงการให้คำปรึกษาแนะนำของผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพดังกล่าวด้วยว่าผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพนั้นได้ให้คำปรึกษาแนะนำภายในกรอบวิชาชีพของการให้คำปรึกษาที่ได้ให้ตามปกติและตามวิสัยของผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพนั้น ๆ พึงปฏิบัติต่อบริษัทตามปกติหรือไม่ เพื่อนำมาใช้แยกความแตกต่างระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกับผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งเป็นกรรมการเงา กล่าวคือหากว่าผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพนั้นได้ให้คำปรึกษาตามปกติและตามวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น ๆ พึงปฏิบัติแล้ว แม้ผลสุดท้ายจะทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทก็ตาม บุคคลดังกล่าวก็ไม่ควรที่จะต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นและไม่ควรถือว่าบุคคลนั้นเป็นกรรมการเงาด้วย แต่อย่างไรก็ตามหากว่าผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพนั้นมีส่วนได้เสียหรือมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องจากการให้คำปรึกษาแก่บริษัทหรือมีความเกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์ใด ๆ เป็นพิเศษกับผู้ถือหุ้นหรือบุคคลอื่นใดที่มีส่วนได้เสียหรือมีผลประโยชน์ขัดกันกับผลประโยชน์ของบริษัท โอกาสที่กรรมการบริษัทจะได้รับคำปรึกษาแนะนำไปในทิศทางที่ให้กรรมการกระทำการต่างๆในนามบริษัทอันเอื้อประโยชน์แก่ผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพและพวกพ้องย่อมเกิดขึ้นได้ ดังนั้น หากคำปรึกษานั้นไม่ได้ให้ตามปกติและตามวิสัยของผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพนั้น ๆ พึงปฏิบัติแล้ว บุคคลดังกล่าวย่อมควรจะถือได้ว่าเป็นกรรมการเงาและรับผิดในความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นจากการที่ตนเป็นผู้อยู่เบื้องหลังการกระทำดังกล่าวนั้น

นอกเหนือจากแนวคำวินิจฉัยหรือข้อสันนิษฐานของบุคคลผู้ซึ่งเป็นกรรมการเงาข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าสิ่งที่ศาลอังกฤษนำมาใช้พิจารณาประกอบการกระทำของบุคคลดังกล่าวว่าถือเป็นกรรมการเงาหรือไม่นั้น คือ พฤติกรรมของบุคคลและสภาพแวดล้อมทางคดี โดยพิจารณาได้จากระดับความควบคุมการบริหารจัดการกิจการงานของกรรมการเงาซึ่งต้องเป็นการบริหารจัดการกิจการในระดับสูงโดยแท้จริง หรือการกระทำของกรรมการเงานั้นจะต้องมีอิสระในการตัดสินใจได้อย่างเต็มที่ หรือการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการจะต้องพิจารณาถึงสภาพแวดล้อมและขนาดของบริษัทด้วย นอกจากนั้นต้องมีเหตุผลเพียงพอว่าผู้ถือหุ้นหรือบุคคลอื่นใดซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นมี

ความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับบริษัท เช่น การช่วยเหลือให้คำแนะนำสนับสนุนกรรมการบริษัท เป็นต้น แต่ทั้งนี้เหนือสิ่งอื่นใดสาระสำคัญที่สุดที่นำมาใช้ในการพิจารณาคือ เจตนารมณ์ของบุคคลนั้นในการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ของตนในฐานะเป็นผู้ถือหุ้นหรือบุคคลอื่นใดเพื่อควบคุม สั่งการและครอบงำการบริหารจัดการกิจการของกรรมการบริษัทให้ดำเนินการใด ๆ อันแสวงหาผลประโยชน์จากบริษัทเพื่ออื้อเฟื้อผลประโยชน์ให้แก่ตนเองและพวกพ้อง

ดังนั้นจากการศึกษากฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษและกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องของประเทศไทยเมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังมีข้อบกพร่องอันไม่สามารถคุ้มครองผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นบางส่วนโดยเฉพาะผู้ถือหุ้นส่วนน้อยได้อย่างแท้จริง กล่าวคือ ไม่สามารถที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นหรือบุคคลอื่นใดซึ่งเป็นกรรมการเงาที่มีอิทธิพลโดยแท้จริงและบงการกรรมการบริษัทให้บริหารจัดการบริษัทเพื่อเอื้อประโยชน์แก่บุคคลเหล่านั้นซึ่งขัดแย้งต่อผลประโยชน์และก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทให้ต้องรับผิดต่อบริษัทหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดได้ การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่พึงกระทำเพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่เบื้องหลังความเสียหายของบริษัทโดยแท้จริงนั้นต้องรับผิดชดใช้ความเสียหายดังกล่าว แต่ทั้งนี้จะต้องอยู่ภายใต้หลักที่ไม่ได้ให้อำนาจแก่กรรมการเงาในการเข้ามาบริหารจัดการบริษัทดังเช่นกรรมการและต้องไม่กระทบกระเทือนถึงระบบโครงสร้างบริษัท

บทที่ 5
บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ตามทฤษฎีว่าด้วยความเป็นนิติบุคคลของบริษัท ถือได้ว่าบริษัทเป็นบุคคลสมมุติทางกฎหมายโดยมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นและตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยบัญญัติให้การแสดงออกซึ่งความประสงค์ของบริษัทนั้นจำต้องแสดงออกโดยผ่านผู้แทนของบริษัท ซึ่งได้แก่ กรรมการบริษัท โดยการบริหารจัดการกิจการต่าง ๆ ของกรรมการในนามบริษัทนั้นจะถือเสมือนหนึ่งเป็นการกระทำของบริษัทและมีผลผูกพันบริษัทนั้น ด้วยเหตุนี้เองประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติโดยเคร่งครัดถึงหน้าที่และความรับผิดของกรรมการเพื่อควบคุมการบริหารจัดการงานของกรรมการบริษัทให้อยู่ภายในขอบวัตถุประสงค์ข้อบังคับและบทบัญญัติทางกฎหมาย และหากกรรมการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวอันทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย บริษัทย่อมฟ้องร้องเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนแก่กรรมการได้ ซึ่งถือเป็นการให้ความคุ้มครองแก่บริษัทและผู้ถือหุ้นโดยรวม ในขณะที่หากพิจารณาในส่วนของผู้ถือหุ้นทั้งหลายนั้นถือเป็นผู้ให้ทุนแก่บริษัทในการดำเนินกิจการเพื่อความประสงค์ประกอบธุรกิจการค้า ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดหน้าที่และความรับผิดของผู้ถือหุ้นให้แตกต่างไปจากกรรมการ กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นไม่ได้มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการงานของบริษัทโดยตรง คงมีแต่เพียงหน้าที่ต้องชำระค่าหุ้นให้ครบถ้วนตามจำนวนที่ตนถือและมีความรับผิดจำกัดตามจำนวนมูลค่าหุ้นที่ตนยังชำระไม่ครบถ้วนเท่านั้น

ถึงแม้ว่าจะมีการแบ่งแยกหน้าที่และความรับผิดระหว่างผู้ถือหุ้นและกรรมการอันพึงมีต่อบริษัทไว้อย่างชัดเจนแล้วก็ดี แต่เนื่องจากบริษัทจำกัดนั้นถือได้ว่าเป็นองค์กรธุรกิจที่มีขนาดเล็กเมื่อเทียบกับบริษัทมหาชนจำกัดประกอบกับตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ให้สิทธิเฉพาะแต่ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเท่านั้นที่มีอำนาจแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการบริษัท รวมถึงการบริหารจัดการกิจการของกรรมการบริษัทจำต้องอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่แห่งผู้ถือหุ้นทั้งปวงด้วย ทำให้ในสภาพความเป็นจริงคงปฏิเสธไม่ได้ว่าผู้ถือหุ้นนั้นถือเป็นผู้มีอิทธิพลเหนือกรรมการบริษัทและมีอำนาจควบคุมครอบงำการบริหารจัดการกิจการงานของกรรมการบริษัทโดยแท้จริง ดังนั้นสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นคือ เมื่อสถานการณ์ใดก็ตามที่ผู้ถือหุ้นมีผลประโยชน์ส่วนตัวขัดกันต่อผลประโยชน์ของบริษัท และผู้ถือหุ้นคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนตนเป็นสำคัญ ผู้ถือหุ้นนั้น

ย่อมต้องแสวงหาโอกาสที่จะกระทำการใดๆเพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่ตนเองและพวกพ้อง แต่ทั้งนี้เนื่องด้วยผู้ถือหุ้นเองนั้นไม่ได้มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการกิจการบริษัทโดยตรงดังเช่นกรรมการ ดังนั้นผู้ถือหุ้นจึงจำเป็นต้องอาศัยกรรมการผู้ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการกิจการ โดยผู้ถือหุ้นนั้นจะคอยบงการการกระทำต่างๆของกรรมการอยู่ฉากหลังเพื่อให้กรรมการกระทำการใด ๆ หรือทำสัญญาในนามบริษัทให้เอื้อประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นคนนั้นและพวกพ้องอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ของบริษัท ทั้งนี้แม้ว่าความเสียหายโดยแท้จริงที่เกิดแก่บริษัทนั้นจะเกิดจากการบงการของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นผู้มีอิทธิพลอยู่เบื้องหลังก็ตาม ผู้ถือหุ้นนั้นย่อมมีความรับผิดจำกัดเพราะตนอยู่ในฐานะผู้ถือหุ้นเท่านั้นมิใช่ในฐานะกรรมการบริษัทและนอกเหนือจากผู้ถือหุ้นแล้วบุคคลอื่นซึ่งกรรมการมักจะต้องรับฟังความคิดเห็นและคำแนะนำของบุคคลเหล่านั้นเพื่อเป็นแนวทางในการบริหารจัดการกิจการ ซึ่งโดยส่วนใหญ่มักจะเป็นผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพ เช่น ผู้ให้คำปรึกษาด้านการเงิน ผู้ให้คำปรึกษาด้านกฎหมาย ผู้ให้คำปรึกษาด้านทางบัญชี เป็นต้น บุคคลเหล่านั้นก็อาจจะเข้ามามีบทบาทบงการและครอบงำกรรมการบริษัทได้เช่นเดียวกัน กรณีดังกล่าวจึงถือเป็นช่องว่างทางกฎหมายที่ทำให้ผู้ถือหุ้นหรือบุคคลอื่นใดที่มีเจตนาทุจริตจะคอยบงการการกระทำต่างๆของกรรมการในนามบริษัทเพื่อให้เอื้อประโยชน์แก่ตนเองและบุคคลเหล่านั้นจะอ้างฐานะที่ตนดำรงอยู่ตามกฎหมายเพื่อจำกัดความรับผิดของตน ทั้ง ๆ ที่โดยแท้จริงแล้วบุคคลดังกล่าวเป็นผู้อยู่เบื้องหลังความเสียหายของบริษัทก็ตาม ทั้งนี้ตามกฎหมายบริษัท (The Companies Act 2006 (c.46)) ของประเทศอังกฤษได้ให้คำนิยามของบุคคลในลักษณะดังกล่าวว่าเป็น “กรรมการเงา” (Shadow director) เมื่อได้ศึกษาถึงรายละเอียดของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แล้วสรุปประเด็นปัญหาความรับผิดของกรรมการเงาต่อบริษัทในกรณีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้โดยสังเขปดังต่อไปนี้

ปัญหาการฟ้องคดีและความรับผิดของกรรมการเงาต่อบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีข้อพิจารณา คือ ตามหลักกฎหมายลักษณะว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท มาตรา 1169 และมาตรา 1170 นั้น ให้สิทธิแก่บริษัทหรือผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ “กรรมการบริษัท” ผู้ซึ่งทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทเท่านั้น ดังนั้นถึงแม้ว่าผู้ถือหุ้นหรือบุคคลอื่นใดจะเป็นผู้บงการให้กรรมการบริษัทบริหารจัดการกิจการใด ๆ อันก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทและผู้ถือหุ้นบางส่วนก็ตาม บริษัทหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดจะฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ซึ่งอยู่เบื้องหลังโดยเป็นกรรมการเงาให้ต้องรับผิดต่อบริษัทนั้นไม่ได้ เพราะบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ให้สิทธิบริษัทฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นหรือบุคคลอื่นใดและไม่ได้ให้สิทธิผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเองด้วย

อันถือเป็นช่องว่างทางกฎหมายที่ทำให้ผู้ถือหุ้นหรือบุคคลอื่นใดมักจะใช้อำนาจเข้าแทรกแซงและควบคุมการบริหารจัดการกิจการของกรรมการบริษัทโดยไม่ต้องรับผิดต่อบริษัท และนอกจากนี้บทบัญญัติมาตรา 1195 มิได้นำมาใช้บังคับให้ครอบคลุมถึงกรณีการเพิกถอนมติของที่ประชุมคณะกรรมการ ดังนั้นผู้ถือหุ้นบางส่วนก็ไม่อาจร้องขอให้ศาลเพิกถอนการกระทำของกรรมการหรือมติของที่ประชุมคณะกรรมการอันผิดระเบียบซึ่งมีกรรมการเงาบงการอยู่เบื้องหลังได้

ตามหลักกฎหมายลักษณะว่าด้วยตัวการตัวแทน แม้ว่ามาตรา 1167 จะให้นำบทบัญญัติว่าด้วยตัวแทนมาใช้บังคับแก่ความเกี่ยวพันกันในระหว่างกรรมการและบริษัทและบุคคลภายนอกก็ตาม แต่ในกรณีศึกษานี้เป็นการพิจารณาความรับผิดของกรรมการเงาต่อบริษัทโดยพิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นหรือบุคคลอื่นใดซึ่งเป็นกรรมการเงาและกรรมการในฐานะผู้แทนของบริษัทและบริษัทเท่านั้น อีกทั้งการเข้าครอบงำกรรมการของกรรมการเงาก็ไม่ถือว่ากรรมการเงาเป็นตัวการ เนื่องจากการกระทำของกรรมการเงานั้นเป็นเสมือนหนึ่งการใช้กรรมการเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์เพราะตนไม่มีอำนาจกระทำการดังกล่าวได้เองเสียมากกว่า จึงมิใช่เป็นการมอบอำนาจในการบริหารจัดการกิจการให้แก่กรรมการบริษัท ดังนั้นความเสียหายของบริษัทจึงถือได้ว่าเกิดขึ้นจากการกระทำของกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนบริษัทและได้กระทำการนั้น ๆ ในนามบริษัทมิใช่กระทำในนามของกรรมการเงา ย่อมไม่สามารถนำบทบัญญัติเกี่ยวกับตัวการตัวแทนมาใช้บังคับให้กรรมการเงาต้องรับผิดต่อบริษัทได้

อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าการกระทำของผู้ถือหุ้นหรือบุคคลอื่นใดซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นอาจจะต้องรับผิดด้วยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นตามหลักกฎหมายลักษณะว่าด้วยละเมิดก็ดี แต่บริษัทผู้ฟ้องร้องดำเนินคดีนั้นย่อมมีภาระหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ถึงความครอบงำและการบงการของกรรมการเงารวมทั้งการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้บริษัทได้รับความเสียหายซึ่งถือเป็นข้อที่พิสูจน์ได้ยากในทางปฏิบัติ เนื่องจากกรรมการเงานั้นมักจะเป็นผู้มีอิทธิพลครอบงำกรรมการอยู่เบื้องหลังโดยไม่ได้มีพฤติการณ์หรือการแสดงออกใด ๆ ถึงการสั่งการแก่กรรมการบริษัทเลย นอกจากนี้หากเป็นกรณีของผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพเป็นกรรมการเงาก็อาจจำต้องพิสูจน์ถึงการกระทำของบุคคลดังกล่าวด้วยว่าไม่ได้ให้คำปรึกษาแนะนำตามปกติหรือตามวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น ๆ พึงปฏิบัติต่อบริษัท

ปัญหาการนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับแก่กรรมการเงา มีข้อพิจารณาดังนี้คือ กรณีตามมาตรา 1167 ประกอบมาตรา 805 กำหนดห้ามเฉพาะแต่กรรมการบริษัทเท่านั้นมิให้เข้าทำนิติกรรมในนามบริษัททำกับกรรมการในนามตนเองหรือฐานเป็นตัวแทนบุคคลภายนอก แต่มิได้ใช้บังคับให้ครอบคลุมถึงผู้ถือหุ้น

หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับผู้ถือหุ้นนั้นด้วย ดังนั้น แม้หากผู้ถือหุ้นมีเจตนาทุจริตกระทำการเป็นกรรมการเงาโดยควบคุมหรือสั่งการให้กรรมการบริษัทเข้าทำนิติกรรมอันใดในนามของบริษัททำกับ ผู้ถือหุ้นในนามของผู้ถือหุ้นเองก็ดีหรือทำกับบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับผู้ถือหุ้นนั้นโดยที่กรรมการไม่ได้เป็นตัวแทนของบุคคลเหล่านั้นแต่อยู่ภายใต้การบงการของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาก็ดีอันเอื้อประโยชน์ต่อผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาและพวกพ้องอันทำให้บริษัทได้รับความเสียหายก็ตาม ย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติดังกล่าวอันส่งผลให้นิติกรรมสัญญานั้นผูกพันบริษัทตามกฎหมายทุกประการ

กรณีตามมาตรา 1168 บังคับห้ามเฉพาะแต่กรรมการเท่านั้นมิให้ทำการค้าขายแข่งขันกับบริษัท อันทำให้ผู้ถือหุ้นสามารถทำการค้าขายแข่งขันกับบริษัทได้โดยเสรีแม้ว่าผู้ถือหุ้นนั้นจะมีผลประโยชน์ขัดกันกับผลประโยชน์ของบริษัทก็ตาม ทั้งนี้ ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาอาจใช้อิทธิพลครอบงำกรรมการให้เปิดเผยข้อมูลหรือความลับทางการค้าในการบริหารจัดการบริษัทเพื่อนำมาใช้เป็นประโยชน์แก่กิจการซึ่งผู้ถือหุ้นทำการค้าแข่งขันกับบริษัทก็ได้อีกทั้งผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นก็ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับมาตรฐานของความระมัดระวังเอาใจใส่ในการบริหารจัดการดังเช่นกรรมการด้วย

นอกจากนี้กรณีตามมาตรา 1185 มิได้บัญญัติให้นำมาใช้บังคับในระดับที่ประชุมคณะกรรมการด้วย อันก่อให้เกิดปัญหาว่าหากตราบใดที่การกระทำด้วยข้อใดนั้นกรรมการสามารถกระทำได้เองหรือผ่านเพียงการลงมติอนุมัติในที่ประชุมคณะกรรมการเท่านั้น ผู้ถือหุ้นซึ่งมีมีส่วนได้เสียเป็นพิเศษย่อมอาศัยโอกาสดังกล่าวกระทำตนเป็นกรรมการเงาคอยบงการครอบงำหรือสั่งการให้กรรมการกระทำการหรือลงมติในข้ออันใดที่จะออกเสียงลงคะแนนด้วยข้อนั้นเพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ถือหุ้นและพวกพ้องได้

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่ามาตรการต่าง ๆ ทางกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นมีลักษณะเป็นเพียงบทบัญญัติห้ามมิให้กรรมการหรือผู้ถือหุ้นกระทำการใด ๆ เพื่อเป็นการป้องกันการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับผลประโยชน์ของบริษัทเพื่อมิให้เกิดขึ้นเท่านั้น แต่มิได้บัญญัติให้ครอบคลุมถึงการปฏิบัติตนหรือแนวทางการแก้ปัญหาเมื่อการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของกรรมการหรือผู้ถือหุ้นต่อบริษัทได้เกิดขึ้นภายหลังจากการดำรงตำแหน่งในบริษัทนั้นแล้ว อีกทั้งไม่ได้มีบทบัญญัติให้ครอบคลุมถึงการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในกรณีอื่น ๆ ด้วยอันทำให้เกิดความไม่ชัดเจนที่จะพิจารณาว่ากรณีดังกล่าวถือว่าเป็นการขัดกันระหว่างผลประโยชน์หรือไม่ และควรจะใช้บังคับให้ครอบคลุมถึงบุคคลใดบ้าง ซึ่งหากเปรียบเทียบกับกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องในประเทศไทยจะเห็นได้ว่ามาตรการทางกฎหมายที่หลากหลายวิธีมากกว่า และมาตรการดังกล่าวไม่ได้ใช้บังคับแก่กรรมการหรือผู้ถือหุ้น

เท่านั้น แต่ยังใช้บังคับครอบคลุมถึงบุคคลอื่นใดซึ่งตามพฤติการณ์อาจมีอำนาจควบคุมหรือครอบงำกรรมการบริษัทให้ปฏิบัติตามคำสั่งของตนในการดำเนินงานของบริษัทด้วย ตัวอย่างเช่น การบัญญัติให้การนำข้อมูลลับหรือข้อมูลภายในของบริษัทที่ตนล่วงรู้มาจากโอกาสในตำแหน่งหน้าที่ที่ได้รับจากบริษัทหรือการใช้ทรัพย์สินหรือโอกาสทางธุรกิจของบริษัทเพื่อเอื้ออำนวยต่อการแสวงหาประโยชน์ใส่ตนเป็นความผิด การให้เปิดเผยถึงผลประโยชน์ในธุรกรรม การให้รายงานถึงความมีส่วนได้เสียให้บริษัททราบ การขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย เป็นต้น

ปัญหาในการวินิจฉัยหรือข้อสันนิษฐานการเป็นกรรมการเงา

จากปัญหาการฟ้องคดีและความรับผิดของกรรมการเงาต่อบริษัทในกรณีเกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของกรรมการเงาต่อผลประโยชน์ของบริษัทประกอบกับในปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังมิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกรรมการเงาไว้ ทำให้เกิดประเด็นปัญหาที่พึงนำมาพิจารณาคือ ควรมีการวินิจฉัยถึงบุคคลผู้ที่จะถือได้ว่าเป็นกรรมการเงาหรือไม่ และข้อสันนิษฐานของบุคคลซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นควรมีลักษณะเพียงใด ทั้งนี้เนื่องจากตามหลักกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษ (The Companies Act 2006 (c.46)) หากศาลอังกฤษวินิจฉัยว่าบุคคลดังกล่าวเป็นกรรมการเงา (Shadow director) กฎหมายวางหลักให้ต้องนำบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่โดยทั่วไปของกรรมการบริษัทมาใช้บังคับแก่กรรมการเงาด้วย ดังนั้นการวินิจฉัยหรือข้อสันนิษฐานการเป็นกรรมการเงาของบุคคลใด ๆ ย่อมส่งผลกระทบต่อหน้าที่และความรับผิดของบุคคลนั้นให้แตกต่างไปจากหน้าที่และความรับผิดในทางกฎหมายตามฐานะที่บุคคลนั้นดำรงอยู่เดิม สำหรับกรณีผู้ถือหุ้นนั้น ถึงแม้ว่าบริษัทจะให้ได้รับความเสียหายมากน้อยเพียงใดก็ตาม แต่หากไม่มีการวินิจฉัยหรือข้อสันนิษฐานการเป็นกรรมการเงาของผู้ถือหุ้นซึ่งอยู่เบื้องหลังและบงการให้กรรมการบริหารงานในนามบริษัทเพื่อเอื้อประโยชน์แก่ตนแล้ว ย่อมเกิดปัญหาในการฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นและผู้ถือหุ้นนั้นย่อมยกข้อต่อสู้ว่าตนรับผิดจำกัดเพียงจำนวนหุ้นซึ่งตนถืออยู่และยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้นต่อบริษัทเท่านั้น อันถือเป็นช่องว่างทางกฎหมายที่เปิดโอกาสให้ผู้ถือหุ้นที่มีเจตนาทุจริตแสวงหาประโยชน์จากบริษัทใส่ตนโดยกระทำตนเป็นกรรมการเงาเพื่อจำกัดความรับผิดในฐานะผู้ถือหุ้น ทั้ง ๆ ที่โดยแท้จริงแล้วความรับผิดของผู้ดำรงตำแหน่งผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นย่อมควรที่จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บริษัทในฐานะที่ตนอยู่เบื้องหลังและคอยสั่งการให้กรรมการบริหารจัดการงานดังกล่าว ส่วนกรณีบุคคลอื่นใดซึ่งโดยส่วนใหญ่มักจะเป็นผู้เชี่ยวชาญชำนาญในวิชาชีพนั้นมีผลประโยชน์ขัดแย้งต่อผลประโยชน์ของบริษัท โอกาสที่บุคคลผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพจะกระทำการเป็นกรรมการเงาอยู่เบื้องหลังครอบงำให้กรรมการบริหารจัดการบริษัทเพื่อประโยชน์ตนและพวกพ้องอันทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทย่อมเกิดขึ้นได้

ดังนั้นหากไม่มีการวินิจฉัยหรือ ข้อสันนิษฐานการเป็นกรรมการเงาแล้วบุคคลเหล่านั้นอาจยกข้อต่อสู้ได้ว่าอำนาจในการตัดสินใจว่าจะกระทำการดังกล่าวหรือไม่เป็นของกรรมการบริษัท และตนไม่ต้องรับผิดเป็นการส่วนตัวต่อบริษัทเพราะตนกระทำการต่าง ๆ ไปในฐานะเป็นลูกจ้าง หรือหากกระทำต่อบุคคลภายนอกการกระทำนั้นก็เป็นเพียงตัวแทนของบริษัทเท่านั้น ทั้ง ๆ ที่โดยแท้จริงแล้วความรับผิดของผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพกับผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพซึ่งเป็นกรรมการเงานั้นควรมีความแตกต่างกันโดยผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพซึ่งเป็นกรรมการเงาย่อมสมควรที่จะต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บริษัทในฐานะที่ตนอยู่เบื้องหลังและคอยสั่งการการบริหารจัดการงานของกรรมการบริษัทดังกล่าวนั้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้น หากพิจารณาถึงหลักกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษซึ่งมีบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับกรรมการเงาและกฎหมายในประเทศอื่นๆซึ่งแม้จะมิได้มีบทบัญญัติถึงกรรมการเงาโดยเฉพาะไว้ก็ตามแต่ก็ยังสามารถนำบทบัญญัติที่มีอยู่ดังกล่าวมาใช้บังคับให้ครอบคลุมถึงความรับผิดของกรรมการเงาต่อบริษัทได้ ตลอดจนพิจารณาถึงกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย เช่น พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 เป็นต้น ผู้ศึกษาจึงเห็นแนวทางที่เป็นประโยชน์ต่อการปรับปรุงแก้ไขและพัฒนาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ยังมีปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดในทางกฎหมายของกรรมการเงากรณีเกิดความขัดกันระหว่างผลประโยชน์ต่อผลประโยชน์ของบริษัทเพื่อให้มีความครอบคลุมและเหมาะสมยิ่งขึ้น โดยขอเสนอแนะแนวทางแก้ไขดังต่อไปนี้

กรณีการฟ้องคดีและความรับผิดของกรรมการเงาต่อบริษัท

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169 นั้น การนำหลักสิทธิในการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นในนามบริษัท (Derivative Action) มาใช้บังคับควรขยายความรวมไปถึงการให้สิทธิผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีแก่กรรมการเงาซึ่งเป็นบุคคลใด ๆ ที่ตามพฤติการณ์มีอำนาจควบคุมและครอบงำกรรมการบริษัทในฐานะที่เป็นบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ทำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทโดยแท้จริง กล่าวคือไม่จำกัดเฉพาะแต่การฟ้องร้องกรรมการบริษัทให้ต้องรับผิดเท่านั้น อันถือเป็นสิทธิในการฟ้องคดีแทนและเพื่อประโยชน์ของบริษัทซึ่งจะเป็นผลดีต่อผู้ถือหุ้นบางส่วนโดยเฉพาะผู้ถือหุ้นส่วนน้อยที่อาจถูกผู้ถือหุ้นเสียงส่วนใหญ่ใช้สิทธิอันเป็นการเอาเปรียบหรือฉ้อฉลโดยกระทำตนเป็นกรรมการเงาเพื่อให้บุคคลเหล่านั้นต้องรับผิดต่อบริษัทได้ ส่วนกรณีปัญหาที่กรรมการเงาอ้าง

ความรับผิดจำกัดในฐานะที่ตนเป็นผู้ถือหุ้นโดยจำกัดความรับผิดเพียงจำนวนมูลค่าหุ้นที่ตนถือและยังชำระไม่ครบมูลค่าเท่านั้น ควรนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท (Piercing or Lifting the Corporate Veil) มาปรับใช้เพื่อพิจารณาไปถึงบุคคลที่อยู่เบื้องหลังบริษัทและใช้สภาพความเป็นนิติบุคคลของบริษัทเป็นเครื่องบังหน้า เพื่อกระทำการใดอันเป็นประโยชน์ส่วนตัวโดยมิชอบหรือโดยไม่สุจริตฉ้อฉลอันหลีกเลี่ยงหน้าที่หรือความรับผิดตามกฎหมายที่ตนเองควรจะเป็นผู้มีหน้าที่หรือต้องรับผิดนั้นให้ต้องรับผิดต่อบริษัท ซึ่งควรรวมถึงกรณีที่บุคคลอื่นใดซึ่งอ้างว่าการกระทำของตนเป็นเพียงการกระทำในฐานลูกจ้างหรือตัวแทนของบริษัทให้ต้องรับผิดต่อบริษัทหากเกิดพฤติการณ์ดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ผู้ศึกษาขอเสนอแนะแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมาย ดังนี้

ตารางที่ 5.1 แนวทางแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดของกรรมการเงา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	ข้อเสนอแนะ
มาตรา 1169 บัญญัติว่า “ถ้ากรรมการทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ๆ จะฟ้องร้องเรียกเอาสินไหมทดแทนแก่กรรมการก็ได้ หรือในกรณีที่บริษัทไม่ยอมฟ้องร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดจะเอาคดีนั้นขึ้นว่าก็ได้...”	“ถ้ากรรมการ**หรือบุคคลใด ๆ ซึ่งตามพฤติการณ์มีอำนาจควบคุมและครอบงำกรรมการบริษัท** ในการทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ๆ จะฟ้องร้องเรียกเอาสินไหมทดแทนแก่กรรมการ**หรือบุคคลอื่นใดนั้นก็ได้ ทั้งนี้บุคคลเหล่านั้นต้องร่วมกันรับผิดต่อบริษัท** หรือในกรณีที่บริษัทไม่ยอมฟ้องร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดจะเอาคดีนั้นขึ้นว่าก็ได้...”
มาตรา 1195	ควรรวมถึงกรณีที่ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดสามารถร้องขอให้ศาลเพิกถอนมติของที่ประชุมคณะกรรมการอันผิดระเบียบได้ด้วย หากว่ามีพฤติการณ์อันแสดงได้ว่ามีการควบคุมหรือครอบงำการบริหารจัดการงานของกรรมการบริษัท

กรณีปัญหาการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ ผู้ศึกษาขอเสนอแนะแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมาย ดังนี้

ตารางที่ 5.2 ข้อเสนอแนะแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับกรณีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	ข้อเสนอแนะ	เหตุผล
	อาจกำหนดให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมว่า “ทั้งนี้บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ของกรรมการอันพึงมีต่อบริษัทนั้นให้นำมาใช้บังคับแก่บุคคลซึ่งตามพฤติการณ์มีอำนาจควบคุมหรือครอบงำกรรมการบริษัทให้ปฏิบัติตามคำสั่งของตนในการกำหนดนโยบายหรือการดำเนินงานของบริษัทด้วย”	เพื่อให้ครอบคลุมถึงผู้ถือหุ้นหรือบุคคลอื่นใดซึ่งเป็นกรรมการเงาให้มีหน้าที่และความรับผิดเฉกเช่นเดียวกับกรรมการบริษัท ในฐานะที่บุคคลเหล่านั้นเป็นผู้บงการหรืออยู่เบื้องหลังความเสียหายของบริษัทโดยแท้จริง
มาตรา 1167 ประกอบมาตรา 805 วางหลักว่า “เมื่อไม่ได้รับความยินยอมจากบริษัท กรรมการจะเข้าทำนิติกรรมอันใดในนามของบริษัททำกับกรรมการในนามของตนเองหรือในฐานเป็นตัวแทนของบุคคลภายนอกหาได้ไม่...”	1. ควรคำนึงถึงกรณีที่กรรมการทำนิติกรรมในนามบริษัททำกับผู้ถือหุ้นหรือบุคคลใดๆที่มีความเกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับผู้ถือหุ้นนั้น โดยที่กรรมการไม่ได้เป็นตัวแทนของบุคคลเหล่านั้นด้วย แต่ต้องกระทำเพราะอยู่ภายใต้การบงการหรือความครอบงำของผู้ถือหุ้นนั้น 2. ควรให้ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นได้รับทราบหรือลงมติอนุมัติการทำนิติกรรมดังกล่าวด้วย	1. เพื่อมิให้ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาสั่งการให้กรรมการกระทำนิติกรรมใด ๆในนามบริษัทเพื่อเอื้อประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการเงาและพวกพ้อง 2. เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ถือหุ้นบางส่วนโดยเฉพาะผู้ถือหุ้นส่วนน้อยนั้นได้ทราบและคัดค้านหรือตรวจสอบถึงเบื้องหลังการทำธุรกรรมดังกล่าวได้

ตารางที่ 5.2 (ต่อ)

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	ข้อเสนอแนะ	เหตุผล
มาตรา 1168	1. ผู้ถือหุ้นสามารถทำการค้าขายแข่งกับบริษัทได้ แต่ควรกำหนดให้ผู้ถือหุ้นนั้นต้องแจ้งให้แก่บริษัทและที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นได้รับทราบว่าตนมีกิจการค้าแข่งกับบริษัท 2. ควรมีบทบัญญัติทั่วไปเพิ่มเติมเกี่ยวกับการห้ามกรรมการหรือบุคคลอื่นใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานตำแหน่งต่าง ๆ ของบริษัทกระทำการหรือไม่กระทำการใด ๆ เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อตนเองหรือผู้อื่นอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท	1. เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและให้ผู้ถือหุ้นบางส่วนโดยเฉพาะผู้ถือหุ้นส่วนน้อย ได้ตรวจสอบถึงธุรกรรมต่าง ๆ ซึ่งได้กระทำในนามบริษัทกับ ผู้ถือหุ้นซึ่งมีกิจการค้าแข่งกับบริษัท 2. เพื่อป้องกันการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ให้มีความครอบคลุมมากยิ่งขึ้น โดยรวมถึงนำข้อมูลลับหรือข้อมูลภายในของบริษัทที่ตนล่วงรู้มาจากการปฏิบัติหน้าที่หรือการห้ามใช้ทรัพย์สินหรือโอกาสทางธุรกิจของบริษัทไปแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวและสามารถนำมาใช้บังคับให้ครอบคลุมถึงกรรมการเงาด้วย
มาตรา 1185 บัญญัติว่า “ผู้ถือหุ้นคนใดมีส่วนได้เสียเป็นพิเศษในข้อใดซึ่งที่ประชุมจะลงมติ ท่านห้ามมิให้ผู้ถือหุ้นคนนั้นออกเสียงลงคะแนนด้วยในข้อนั้น”	1. ขอบเขตของการเป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ออกเสียงควรพิจารณาจากผู้ที่มีอำนาจในการออกเสียงลงมติในที่ประชุมนั้น ๆ ไม่ว่าจะเป็นในที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือที่ประชุมคณะกรรมการก็ตาม 2. ส่วนได้เสียเป็นพิเศษ ควรพิจารณารวมถึงการทำนิติกรรมหรือความสัมพันธ์กับบุคคลใด ๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับกรรมการหรือผู้ถือหุ้นนั้นด้วย	เพื่อให้เกิดความโปร่งใสในการตรวจสอบและครอบคลุมถึงบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องต่อผลประโยชน์ของบริษัท

ตารางที่ 5.2 (ต่อ)

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	ข้อเสนอแนะ	เหตุผล
	3. ควรเพิ่มเติมถึงบทบัญญัติในการให้กรรมการ ผู้ถือหุ้นหรือพนักงานบริษัทต้องเปิดเผยถึงผลประโยชน์ใด ๆ หรือความสัมพันธ์ที่มีต่อบุคคลใดซึ่งมีผลประโยชน์ในธุรกรรมหรือการจัดการที่มีอยู่ต่อบริษัททั้งโดยทางตรงและโดยทางอ้อมให้แก่บริษัทและที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นได้รับทราบ	

สำหรับมาตรการทางกฎหมายในการปฏิบัติตนหรือแนวทางการแก้ปัญหาเมื่อการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของกรรมการหรือผู้ถือหุ้นต่อบริษัทซึ่งได้เกิดขึ้นภายหลังจากการดำรงตำแหน่งในบริษัทแล้วนั้น อาจกำหนดให้มีการรายงานและการให้เปิดเผยรายละเอียด การใช้หลักการให้ผู้ที่เกี่ยวข้องงดเว้น คือการกำหนดมิให้ผู้มีส่วนได้เสียหรือมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องเข้าร่วมในการพิจารณา ซึ่งควรรวมถึงกรณีที่กรรมการหรือกรรมการเงามีญาติพี่น้องหรือบุคคลผู้เกี่ยวโยงเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการทำธุรกรรมดังกล่าวของบริษัทด้วย การกำหนดผลของสัญญา เช่น การให้นิติกรรมสัญญาใด ๆ ที่กรรมการกระทำขึ้นภายใต้การครอบงำของกรรมการเงานั้นตกเป็นโมฆียะ โดยให้บริษัทหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดสามารถบอกล้างนิติกรรมสัญญานั้นได้ เพื่อมิให้มีผลผูกพันบริษัท และความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการบอกล้างนิติกรรมสัญญาของบริษัทและบุคคลภายนอกซึ่งเป็นคู่สัญญานั้นให้กรรมการและกรรมการเงาเป็นผู้รับผิดชดใช้ความเสียหายดังกล่าวร่วมกัน หรือ การจัดทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น เพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่และความรับผิดของผู้ถือหุ้นหากเกิดกรณีผู้ถือหุ้นเข้ามาเป็นกรรมการเงาและทำให้บริษัทหรือผู้ถือหุ้นบางส่วนได้รับความเสียหาย ว่าผู้ถือหุ้นนั้นควรต้องมีหน้าที่และความรับผิดต่อบริษัทและผู้ถือหุ้นอื่น ๆ อย่างไร มากน้อยเพียงใด

กรณีปัญหาในการวินิจฉัยหรือข้อสันนิษฐานการเป็นกรรมการเงา

เนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกรรมการเงาไว้เลย ผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนะการพิจารณาถึงกรรมการเงา โดยนำกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษและพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 มาใช้เทียบเคียง ดังนี้

"กรรมการเงา" หมายความถึง บุคคลใด ๆ ซึ่งตามพฤติการณ์มีอำนาจควบคุมและครอบงำกรรมการบริษัท และกรรมการบริษัทมักจะปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำแนะนำของบุคคลเหล่านั้นในการกำหนดนโยบายหรือการดำเนินงานของบริษัท ไม่ว่าอิทธิพลดังกล่าวจะสืบเนื่องจากการเป็นผู้ถือหุ้นหรือได้รับมอบอำนาจตามสัญญาหรือการอื่นใดก็ตาม อย่างไรก็ตามกรณีไม่อาจจะถือได้ว่าบุคคลนั้นเป็นกรรมการเงา เพียงเพราะเหตุผลแค่ว่ากรรมการบริษัทได้ปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำแนะนำที่บุคคลนั้นได้ให้แก่กรรมการในฐานะที่เป็นผู้เชี่ยวชาญชำนาญในวิชาชีพตามวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น ๆ พึงปฏิบัติ"

สำหรับประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยหรือข้อสันนิษฐานการเป็นกรรมการเงานั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าควรเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการตีความอันจะทำให้กฎหมายนั้นมีความเป็นพลวัตรสามารถปรับใช้ให้ทันยุคสมัยได้เสมอ ทั้งนี้ผู้ปัจจัยที่ควรจะนำมาใช้ในการวินิจฉัยหรือข้อสันนิษฐานการเป็นกรรมการเงา ตัวอย่างเช่น ผู้ถือหุ้นที่เป็นกรรมการเงานั้นต้องไม่ได้ดำรงตำแหน่งกรรมการบริษัทและต้องเป็นผู้มีอิทธิพลอย่างแท้จริงในการชี้แนะและคอยบงการให้กรรมการบริษัทปฏิบัติหน้าที่บริหารจัดการงานให้เป็นไปตามความประสงค์ของตนโดยพิจารณาจากอำนาจในการตัดสินใจได้อย่างอิสระของกรรมการบริษัทในการบริหารจัดการกิจการนั้นว่ากรรมการบริษัทมีอำนาจในการตัดสินใจอย่างอิสระมากน้อยเพียงใด รวมถึงการเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวโยงกับบริษัทหรือการให้คำปรึกษาแนะนำนั้นไม่ได้กระทำภายในกรอบวิชาชีพของการเป็นผู้เชี่ยวชาญชำนาญทางวิชาชีพอันควรจะให้ตามปกติและตามวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น ๆ พึงปฏิบัติ เป็นต้น

จากที่กล่าวมาข้างต้นนี้เป็นเพียงตัวอย่างในการอนุมานการวินิจฉัยหรือข้อสันนิษฐานการเป็นกรรมการเงาในประมวลความคิดเห็นของผู้ศึกษาซึ่งได้ศึกษาวิเคราะห์เทียบเคียงประกอบกับแนวคำพิพากษาที่ศาลประเทศอังกฤษนำมาปรับใช้แก่คดีเท่านั้น ทั้งนี้การวินิจฉัยหรือข้อสันนิษฐานนั้นอาจจะมีการเปลี่ยนแปลงได้ขึ้นอยู่กับสถานการณ์แวดล้อมและพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป แต่อย่างไรก็ตามสาระสำคัญที่ควรนำมาใช้ในการพิจารณาการเป็นกรรมการเงามากที่สุดคือ "เจตนารมณ์" ของบุคคลนั้น ๆ ในการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ของตนในบริษัทเพื่อควบคุม สั่งการและครอบงำอยู่เบื้องหลังในการบริหารจัดการกิจการของกรรมการบริษัทเพื่อให้ดำเนินการใด ๆ อันเป็นการแสวงหาผลประโยชน์จากบริษัทหรือเอื้อเฟื้อผลประโยชน์ให้แก่ตนเองและพวกพ้องโดยที่ตนไม่มีอำนาจในการบริหารจัดการงานดังกล่าวได้โดยแท้จริง

บรรณานุกรม

DPU

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

กุศล บุญยืน. (2541). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า** (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ.

ทวี เจริญพิทักษ์. (2504). **คำอธิบายโดยพิสดารกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท** (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพมหานคร: แสงสว่าง.

ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. (2549). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติบุคคลและความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.

พินิจ ทิพย์มณี. (2547). **หลักกฎหมายบริษัทจำกัด**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

พิเศษ เสตเสถียร. (2536). **ความรับผิดของผู้บริหารบริษัทมหาชน**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

_____. (2545). **หลักกฎหมายบริษัทมหาชน** (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.

สหัส สิงหวิริยะ. (2547). **ความรู้เรื่อง พ.ร.บ. หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2542 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2546 และพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546** (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.

สุธาบดี สัตตบุศย์. (2537). **กฎหมายสำหรับผู้ถือหุ้นและกรรมการบริษัท มหาชน จำกัด.** กรุงเทพมหานคร: เอส.เอ.21.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2539). **ความรับผิดของผู้บริหารกิจการทางแพ่งและทางอาญา.** กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

โสภณ รัตนากร. (2551). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท** (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ.

เสาวนีย์ อัศวโรจน์. (2530). **คำอธิบายหลักกฎหมายธุรกิจเปรียบเทียบ.** กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

หยุด แสงอุทัย. (2548). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป** (พิมพ์ครั้งที่ 16). กรุงเทพมหานคร: ประกายพรึก.

บทความ

ชัยนันท์ งามขจรกุลกิจ. (2540, กันยายน). “การใช้บริษัทเป็นเครื่องมือในการโกง.” **วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 27, 3**. หน้า 825.

พิชัย พ้นภัย. (2550, สิงหาคม). “ศาลไทยไม่ยอมรับหลัก Piercing the Corporate Veil จริงหรือ.” **วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์, 2, 8**. หน้า 27-50.

ยุทธ วรฉัตรธาร. (2550, มีนาคม). “หายนะจากผลประโยชน์ทับซ้อน.” **M&W Money and Wealth นิตยสารเพื่อการบริหารการเงินส่วนบุคคล, 4, 47.** หน้า 88-89.

_____. (2550, เมษายน). “ผลประโยชน์ทับซ้อน : ป้องกันได้หรือไม่.” **M&W Money and Wealth นิตยสารเพื่อการบริหารการเงินส่วนบุคคล, 4, 48.** หน้า 92-93.

สมบัติ พฤติพงศภัค. (2549, มิถุนายน). “หลักผลประโยชน์ขัดกันหรือผลประโยชน์ทับซ้อน.” **วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์, 1, 6.** หน้า 119-123.

วิทยานิพนธ์

คุณาพจน์ สุขสกุล. (2548). **ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลการบริหารจัดการของกรรมการบริษัทจำกัด**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

จริยาพร ด่านศิริ. (2544). **การนำกฎหมายตัวแทนมาใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกรรมการบริษัท และบุคคลภายนอก**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

จิรจิตร ช่วยศรียัง. (2548). **บริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นรายเดียว**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

เฉลิมพล นาคสุวรรณ. (2547). **การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ : ศึกษาเฉพาะกรณีตำแหน่งหน้าที่รัฐมนตรี**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ชัยนันท์ งามขจรกุลกิจ. (2531). **ความรับผิดของนิติบุคคลและความรับผิดของกรรมการนิติบุคคลต่อบุคคลภายนอก : ศึกษากรณีบริษัท**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ณัฐ รัตติธรรม. (2541). **ผลกระทบของกลไกควบคุมการดำเนินงานของผู้บริหารต่อผลการดำเนินงานของสถาบันการเงิน**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

นิทัศน์ วัฒนกุล. (2533). **หุ้นบุริมสิทธิ์**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

นิวิษฐชัย สำเนาพันธุ์. (2529). **ความรับผิดของผู้ถือหุ้นและกรรมการของบริษัทภายใต้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทจำกัด**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

บุศรา เจตน์จำนงจิต. (2542). **การคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยในบริษัทเอกชน**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ปิติพงศ์ อาชามงคล. (2544). **ขอบเขต ผล และการบังคับใช้สัญญาผู้ถือหุ้น**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

พัชราวลัย สุขคุ้ม. (2548). **ความรับผิดทางอาญาของกรรมการบริษัท**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.

พัดชา สีตสุวรรณ. (2543). **ความสัมพันธ์ระหว่างโครงสร้างผู้ถือหุ้น และผลตอบแทนของหลักทรัพย์ของบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชาพาณิชยศาสตร์และการบัญชี. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

พิพัฒน์ วุฒิชัยสารานนท์. (2539). **หลักความระมัดระวังของกรรมการบริษัท.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ภัชฎา รุจิเรข. (2538). **บทบาทของผู้ถือหุ้นและกรรมการของบริษัทจำกัดในการป้องกันการครอบงำทางธุรกิจ.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ยินดี วิชชุโอภาส. (2543). **อำนาจที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการควบคุมการดำเนินงานของบริษัท.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สมชัย วิชญไพศิฐสกุล. (2530). **หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทในกฎหมายไทย.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สุทิน โชติสิงห์. (2544). **สถานภาพ อำนาจ หน้าที่ และความรับผิดของกรรมการผู้มีอำนาจบริหารและกรรมการผู้ไม่มีอำนาจบริหาร.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

โสภณ รัตนากร และเกริก ณิกกุล. (2534). "วิวัฒนาการในหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำนอกขอบที่วัตถุประสงค์ของนิติบุคคล." ใน **หนังสือรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 64 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์**. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธินิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เอกสารอื่น ๆ

สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล. (2541). **ทฤษฎีสถานภาพของนิติบุคคลกับความรับผิดทางอาญา.** งานวิจัยหลักสูตร "ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง" (บ.ย.ส.) รุ่นที่ 3 วิทยาลัยการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม.

สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

ตารางประกาศคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่องการเปิดเผยข้อมูลและการปฏิบัติการของบริษัทจดทะเบียนในรายการที่เกี่ยวโยงกัน. สืบค้นเมื่อ 18 พฤศจิกายน 2551, จาก **http://www.sgf.co.th/index.php?option=com**

อรดี พันธุมโกมล. (2550, 23-29 มีนาคม). กระแสคนกระแสโลก. สืบค้นเมื่อ 31 มกราคม 2552, จาก **http://www.ocsc.go.th/ocsccms/frontweb/view.jsp?contentID=CNT0003452**

กฎหมาย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

ประมวลกฎหมายอาญา.

พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551.

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535.

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551.

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

Angela Schneeman. (1997). **The Law of Corporations, Partnerships and Sole Proprietorships** (2nd ed.). Albany (NY): Delmar.

Feuer, Mortimer. (1974). **Personal Liabilities of Corporate Officers and Directors** (2nd ed.). Englewood Cliffs NJ: Prentice Hall.

Geoffrey Morse. (2005). **Charlesworth's Company Law** (17th ed.). London: Sweet & Maxwell.

_____. (1983). **Charlesworth and Cain Company Law** (12th ed.). London: Stevens & Sons.

Geoffrey Morse , Enid A.Marshall , Richard Morris and Letitia Crabb. (1991). **Charlesworth and Morse Company Law** (14th ed.). London: Sweet & Maxwell/Stevens.

Harry G.Henn. (1970). **Handbook of the law of Corporations and Other Business Enterprises** (2nd ed.). West.

Janet Dine. (1994). **Company Law** (2nd ed.). Hampshire: Macmilan.

John H Farrar , Nigel E Furey , Brenda M Hannigan and Philip Wylie. (1991). **Farrar's Company Law** (3rd ed.). London: Dublin, Edinburgh.

Keith Walmsley. (1991). **Butterworths Company Law handbook** (8th ed.). London: Cavandish.

Kenneth Smith and Denis J. Keenan. (1976). **Company law** (3rd ed.). London: Patman.

L.C.B. Gower , J.B. Cronin , A.J. Easson and Lord Wedderburn of Charlton. (1979). **Gower's Principles of Modern Company Law** (4th ed.). London: Stevens & Sons.

M.C. Oliver. (1973). **Company Law.** London: Stevens & Sons.

_____. (1976). **The Private Company in Germany.** Great Britain: Butler and Tanner.

Michael J.Phillips. (1994). **The real Entity Theory of The Corporation.** London: Butterworths.

Mitchell and Philip L.R. (1982). **Directors' Duties and Insider Dealing.** London: Stevens.

Nicholas Wolfson. (1984). **The Modern Corporation : Free Markets versus Regulation**. New York: The Free Press A Division of Macmillan.

R.E.G.perrins, F.C.A and A Jeffreys. (1975). **Ranking & Spicer's Company Law** (11th ed.). Great Britain: The Stellar press Hatfield Herts.

Roger Clarke and Tony McGuinness. (1987). **The Economics of the firm**. Oxford: Blackwell.

Stephen Mayson, Derek French and Christopher Ryan on. (2002-2003). **Company law** (19th ed.). Oxford.

Stephen Griffin. (2000). **Company Law Fundamental Principles** (3rd ed.). Harlow (England) Pearson Education.

Simon Goulding. (1996). **Principles of Company Law**. London: Cavendish.

W.Friedmann. (1967). **Legal Theory** (5th ed.). London: Stevens & Sons.

ELECTRONIC SOURCE

David Noakes of Allens Arthur Robinson. (1997) Shadow directors under the Corporations Law. Retrieved December 20, 2008, from **http://www.findlaw.com.au/articles/default.asp?task=read&id=1640&site=CN**

DPU

ภาคผนวก

DPU

ภาคผนวก ก

The Companies Act 2006 (c.46)

DPU

The Companies Act 2006 (c.46)

Section 2 The Companies Acts

(1) In this Act "the Companies Acts" means—

(a) the company law provisions of this Act,

(b) Part 2 of the Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004 (c. 27) (community interest companies), and

(c) the provisions of the Companies Act 1985 (c. 6) and the Companies Consolidation (Consequential Provisions) Act 1985 (c. 9) that remain in force.

Section 170 Scope and nature of general duties

(1) The general duties specified in sections 171 to 177 are owed by a director of a company to the company.

(2) A person who ceases to be a director continues to be subject—

(a) to the duty in section 175 (duty to avoid conflicts of interest) as regards the exploitation of any property, information or opportunity of which he became aware at a time when he was a director, and

(b) to the duty in section 176 (duty not to accept benefits from third parties) as regards things done or omitted by him before he ceased to be a director. To that extent those duties apply to a former director as to a director, subject to any necessary adaptations.

(3) The general duties are based on certain common law rules and equitable principles as they apply in relation to directors and have effect in place of those rules and principles as regards the duties owed to a company by a director.

(4) The general duties shall be interpreted and applied in the same way as common law rules or equitable principles, and regard shall be had to the corresponding common law rules and equitable principles in interpreting and applying the general duties.

(5) The general duties apply to shadow directors where, and to the extent that, the corresponding common law rules or equitable principles so apply.

Section 171 Duty to act within powers

A director of a company must—

(a) act in accordance with the company's constitution, and

(b) only exercise powers for the purposes for which they are conferred.

Section 172 Duty to promote the success of the company

(1) A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to—

(a) the likely consequences of any decision in the long term,

(b) the interests of the company's employees,

(c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others,

(d) the impact of the company's operations on the community and the environment,

(e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and

(f) the need to act fairly as between members of the company.

(2) Where or to the extent that the purposes of the company consist of or include purposes other than the benefit of its members, subsection (1) has effect as if the reference to promoting the success of the company for the benefit of its members were to achieving those purposes.

(3) The duty imposed by this section has effect subject to any enactment or rule of law requiring directors, in certain circumstances, to consider or act in the interests of creditors of the company.

Section 173 Duty to exercise independent judgment

(1) A director of a company must exercise independent judgment.

(2) This duty is not infringed by his acting—

(a) in accordance with an agreement duly entered into by the company that restricts the future exercise of discretion by its directors, or

(b) in a way authorised by the company's constitution.

Section 174 Duty to exercise reasonable care, skill and diligence

(1) A director of a company must exercise reasonable care, skill and diligence.

(2) This means the care, skill and diligence that would be exercised by a reasonably diligent person with—

(a) the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the functions carried out by the director in relation to the company, and

(b) the general knowledge, skill and experience that the director has.

Section 175 Duty to avoid conflicts of interest

(1) A director of a company must avoid a situation in which he has, or can have, a direct or indirect interest that conflicts, or possibly may conflict, with the interests of the company.

(2) This applies in particular to the exploitation of any property, information or opportunity (and it is immaterial whether the company could take advantage of the property, information or opportunity).

(3) This duty does not apply to a conflict of interest arising in relation to a transaction or arrangement with the company.

(4) This duty is not infringed—

(a) if the situation cannot reasonably be regarded as likely to give rise to a conflict of interest; or

(b) if the matter has been authorised by the directors.

(5) Authorisation may be given by the directors—

(a) where the company is a private company and nothing in the company's constitution invalidates such authorisation, by the matter being proposed to and authorised by the directors; or

(b) where the company is a public company and its constitution includes provision enabling the directors to authorise the matter, by the matter being proposed to and authorised by them in accordance with the constitution.

(6) The authorisation is effective only if—

(a) any requirement as to the quorum at the meeting at which the matter is considered is met without counting the director in question or any other interested director, and

(b) the matter was agreed to without their voting or would have been agreed to if their votes had not been counted.

(7) Any reference in this section to a conflict of interest includes a conflict of interest and duty and a conflict of duties.

Section 176 Duty not to accept benefits from third parties

(1) A director of a company must not accept a benefit from a third party conferred by reason of—

(a) his being a director, or

(b) his doing (or not doing) anything as director.

(2) A "third party" means a person other than the company, an associated body corporate or a person acting on behalf of the company or an associated body corporate.

(3) Benefits received by a director from a person by whom his services (as a director or otherwise) are provided to the company are not regarded as conferred by a third party.

(4) This duty is not infringed if the acceptance of the benefit cannot reasonably be regarded as likely to give rise to a conflict of interest.

(5) Any reference in this section to a conflict of interest includes a conflict of interest and duty and a conflict of duties.

Section 177 Duty to declare interest in proposed transaction or arrangement

(1) If a director of a company is in any way, directly or indirectly, interested in a proposed transaction or arrangement with the company, he must declare the nature and extent of that interest to the other directors.

(2) The declaration may (but need not) be made—

(a) at a meeting of the directors, or

(b) by notice to the directors in accordance with—

(i) section 184 (notice in writing), or

(ii) section 185 (general notice).

(3) If a declaration of interest under this section proves to be, or becomes, inaccurate or incomplete, a further declaration must be made.

(4) Any declaration required by this section must be made before the company enters into the transaction or arrangement.

(5) This section does not require a declaration of an interest of which the director is not aware or where the director is not aware of the transaction or arrangement in question.

For this purpose a director is treated as being aware of matters of which he ought reasonably to be aware.

(6) A director need not declare an interest—

(a) if it cannot reasonably be regarded as likely to give rise to a conflict of interest;

(b) if, or to the extent that, the other directors are already aware of it (and for this purpose the other directors are treated as aware of anything of which they ought reasonably to be aware); or

(c) if, or to the extent that, it concerns terms of his service contract that have been or are to be considered—

(i) by a meeting of the directors, or

(ii) by a committee of the directors appointed for the purpose under the company's constitution.

Section 178 Civil consequences of breach of general duties

(1) The consequences of breach (or threatened breach) of sections 171 to 177 are the same as would apply if the corresponding common law rule or equitable principle applied.

(2) The duties in those sections (with the exception of section 174 (duty to exercise reasonable care, skill and diligence)) are, accordingly, enforceable in the same way as any other fiduciary duty owed to a company by its directors.

Section 182 Declaration of interest in existing transaction or arrangement

(1) Where a director of a company is in any way, directly or indirectly, interested in a transaction or arrangement that has been entered into by the company, he must declare the nature and extent of the interest to the other directors in accordance with this section.

This section does not apply if or to the extent that the interest has been declared under section 177 (duty to declare interest in proposed transaction or arrangement).

(2) The declaration must be made—

(a) at a meeting of the directors, or

(b) by notice in writing (see section 184), or

(c) by general notice (see section 185).

(3) If a declaration of interest under this section proves to be, or becomes, inaccurate or incomplete, a further declaration must be made.

(4) Any declaration required by this section must be made as soon as is reasonably practicable. Failure to comply with this requirement does not affect the underlying duty to make the declaration.

(5) This section does not require a declaration of an interest of which the director is not aware or where the director is not aware of the transaction or arrangement in question. For this purpose a director is treated as being aware of matters of which he ought reasonably to be aware.

(6) A director need not declare an interest under this section—

(a) if it cannot reasonably be regarded as likely to give rise to a conflict of interest;

(b) if, or to the extent that, the other directors are already aware of it (and for this purpose the other directors are treated as aware of anything of which they ought reasonably to be aware); or

(c) if, or to the extent that, it concerns terms of his service contract that have been or are to be considered—

(i) by a meeting of the directors, or

(ii) by a committee of the directors appointed for the purpose under the company's constitution.

Section 183 Offence of failure to declare interest

(1) A director who fails to comply with the requirements of section 182 (declaration of interest in existing transaction or arrangement) commits an offence.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable—

(a) on conviction on indictment, to a fine;

(b) on summary conviction, to a fine not exceeding the statutory maximum.

Section 184 Declaration made by notice in writing

(1) This section applies to a declaration of interest made by notice in writing.

(2) The director must send the notice to the other directors.

(3) The notice may be sent in hard copy form or, if the recipient has agreed to receive it in electronic form, in an agreed electronic form.

(4) The notice may be sent—

(a) by hand or by post, or

(b) if the recipient has agreed to receive it by electronic means, by agreed electronic means.

(5) Where a director declares an interest by notice in writing in accordance with this section—

(a) the making of the declaration is deemed to form part of the proceedings at the next meeting of the directors after the notice is given, and

(b) the provisions of section 248 (minutes of meetings of directors) apply as if the declaration had been made at that meeting.

Section 185 General notice treated as sufficient declaration

(1) General notice in accordance with this section is a sufficient declaration of interest in relation to the matters to which it relates.

(2) General notice is notice given to the directors of a company to the effect that the director—

(a) has an interest (as member, officer, employee or otherwise) in a specified body corporate or firm and is to be regarded as interested in any transaction or arrangement that may, after the date of the notice, be made with that body corporate or firm, or

(b) is connected with a specified person (other than a body corporate or firm) and is to be regarded as interested in any transaction or arrangement that may, after the date of the notice, be made with that person.

(3) The notice must state the nature and extent of the director's interest in the body corporate or firm or, as the case may be, the nature of his connection with the person.

(4) General notice is not effective unless—

(a) it is given at a meeting of the directors, or

(b) the director takes reasonable steps to secure that it is brought up and read at the next meeting of the directors after it is given.

Section 187 Declaration of interest in existing transaction by shadow director

(1) The provisions of this Chapter relating to the duty under section 182 (duty to declare interest in existing transaction or arrangement) apply to a shadow director as to a director, but with the following adaptations.

(2) Subsection (2)(a) of that section (declaration at meeting of directors) does not apply.

(3) In section 185 (general notice treated as sufficient declaration), subsection (4) (notice to be given at or brought up and read at meeting of directors) does not apply.

(4) General notice by a shadow director is not effective unless given by notice in writing in accordance with section 184.

Section 223 Transactions requiring members' approval: application of provisions to shadow directors

(1) For the purposes of—

(a) sections 188 and 189 (directors' service contracts),

(b) sections 190 to 196 (property transactions),

(c) sections 197 to 214 (loans etc), and

(d) sections 215 to 222 (payments for loss of office), a shadow director is treated as a director.

(2) Any reference in those provisions to loss of office as a director does not apply in relation to loss of a person's status as a shadow director.

Section 239 Ratification of acts of directors

(1) This section applies to the ratification by a company of conduct by a director amounting to negligence, default, breach of duty or breach of trust in relation to the company.

(2) The decision of the company to ratify such conduct must be made by resolution of the members of the company.

(3) Where the resolution is proposed as a written resolution neither the director (if a member of the company) nor any member connected with him is an eligible member.

(4) Where the resolution is proposed at a meeting, it is passed only if the necessary majority is obtained disregarding votes in favour of the resolution by the director (if a member of the company) and any member connected with him. This does not prevent the director or any such member from attending, being counted towards the quorum and taking part in the proceedings at any meeting at which the decision is considered.

(5) For the purposes of this section—

(a) "conduct" includes acts and omissions;

(b) "director" includes a former director;

(c) a shadow director is treated as a director; and

(d) in section 252 (meaning of "connected person"), subsection (3) does not apply (exclusion of person who is himself a director).

(6) Nothing in this section affects—

(a) the validity of a decision taken by unanimous consent of the members of the company, or

(b) any power of the directors to agree not to sue, or to settle or release a claim made by them on behalf of the company.

(7) This section does not affect any other enactment or rule of law imposing additional requirements for valid ratification or any rule of law as to acts that are incapable of being ratified by the company.

Section 250 "Director"

In the Companies Acts "director" includes any person occupying the position of director, by whatever name called.

Section 251 "Shadow director"

(1) In the Companies Acts "shadow director", in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act.

(2) A person is not to be regarded as a shadow director by reason only that the directors act on advice given by him in a professional capacity.

(3) A body corporate is not to be regarded as a shadow director of any of its subsidiary companies for the purposes of—

Chapter 2 (general duties of directors),

Chapter 4 (transactions requiring members' approval), or

Chapter 6 (contract with sole member who is also a director), by reason only that the directors of the subsidiary are accustomed to act in accordance with its directions or instructions.

Section 260 Derivative claims

(1) This Chapter applies to proceedings in England and Wales or Northern Ireland by a member of a company—

(a) in respect of a cause of action vested in the company, and

(b) seeking relief on behalf of the company.

This is referred to in this Chapter as a "derivative claim".

(2) A derivative claim may only be brought—

(a) under this Chapter, or

(b) in pursuance of an order of the court in proceedings under section 994 (proceedings for protection of members against unfair prejudice).

(3) A derivative claim under this Chapter may be brought only in respect of a cause of action arising from an actual or proposed act or omission involving negligence, default, breach of duty or breach of trust by a director of the company. The cause of action may be against the director or another person (or both).

(4) It is immaterial whether the cause of action arose before or after the person seeking to bring or continue the derivative claim became a member of the company.

(5) For the purposes of this Chapter—

(a) "director" includes a former director;

(b) a shadow director is treated as a director; and

(c) references to a member of a company include a person who is not a member but to whom shares in the company have been transferred or transmitted by operation of law.

DRU

ภาคผนวก ข

The Companies Act of Singapore 1994

(Chapter 50)

DPU

The Companies Act of Singapore 1994 (Chapter 50)

Section 216 —

(1) Any member or holder of a debenture of a company or, in the case of a declared company under Part IX, the Minister may apply to the Court for an order under this section on the ground —

(a) that the affairs of the company are being conducted or the powers of the directors are being exercised in a manner oppressive to one or more of the members or holders of debentures including himself or in disregard of his or their interests as members, shareholders or holders of debentures of the company; or

(b) that some act of the company has been done or is threatened or that some resolution of the members, holders of debentures or any class of them has been passed or is proposed which unfairly discriminates against or is otherwise prejudicial to one or more of the members or holders of debentures (including himself).

(2) If on such application the Court is of the opinion that either of such grounds is established the Court may, with a view to bringing to an end or remedying the matters complained of, make such order as it thinks fit and, without prejudice to the generality of the foregoing, the order may —

(a) direct or prohibit any act or cancel or vary any transaction or resolution;

(b) regulate the conduct of the affairs of the company in future;

(c) authorise civil proceedings to be brought in the name of or on behalf of the company by such person or persons and on such terms as the Court may direct;

(d) provide for the purchase of the shares or debentures of the company by other members or holders of debentures of the company or by the company itself;

(e) in the case of a purchase of shares by the company provide for a reduction accordingly of the company's capital; or

(f) provide that the company be wound up.

(3) Where an order that the company be wound up is made pursuant to subsection (2) (f), the provisions of this Act relating to winding up of a company shall, with such adaptations

as are necessary, apply as if the order had been made upon an application duly made to the Court by the company.

(4) Where an order under this section makes any alteration in or addition to any company's memorandum or articles, then, notwithstanding anything in any other provision of this Act, but subject to the provisions of the order, the company concerned shall not have power, without the leave of the Court, to make any further alteration in or addition to the memorandum or articles inconsistent with the provisions of the order; but subject to the foregoing provisions of this subsection the alterations or additions made by the order shall be of the same effect as if duly made by resolution of the company.

(5) A copy of any order made under this section shall be lodged by the applicant with the Registrar within 14 days after the making of the order.

(6) Any person who fails to comply with subsection (5) shall be guilty of an offence and shall be liable on conviction to a fine not exceeding $1,000 and also to a default penalty.

(7) This section shall apply to a person who is not a member of a company but to whom shares in the company have been transmitted by operation of law as it applies to members of a company; and references to a member or members shall be construed accordingly.

Section 216A —

(1) In this section and section 216B —

"company" means a company other than a company that is listed on the securities exchange in Singapore;

"complainant" means —

(a) any member of a company;

(b) the Minister, in the case of a declared company under Part IX; or

(c) any other person who, in the discretion of the Court, is a proper person to make an application under this section.

(2) Subject to subsection (3), a complainant may apply to the Court for leave to bring an action in the name and on behalf of the company or intervene in an action to which the company is a party for the purpose of prosecuting, defending or discontinuing the action on behalf of the company.

(3) No action may be brought and no intervention in an action may be made under subsection (2) unless the Court is satisfied that —

(a) the complainant has given 14 days' notice to the directors of the company of his intention to apply to the Court under subsection (2) if the directors of the company do not bring, diligently prosecute or defend or discontinue the action;

(b) the complainant is acting in good faith; and

(c) it appears to be prima facie in the interests of the company that the action be brought, prosecuted, defended or discontinued.

(4) Where a complainant on an application can establish to the satisfaction of the Court that it is not expedient to give notice as required in subsection (3) (a), the Court may make such interim order as it thinks fit pending the complainant giving notice as required.

(5) In granting leave under this section, the Court may make such orders or interim orders as it thinks fit in the interests of justice, including (but not limited to) the following:

(a) an order authorising the complainant or any other person to control the conduct of the action;

(b) an order giving directions for the conduct of the action; and

(c) an order requiring the company to pay reasonable legal fees and disbursements incurred by the complainant in connection with the action.

(6) Where the action has been commenced or is to be brought in the subordinate courts, an application for leave under subsection (2) shall be made in a District Court.

Section 216B — (1) An application made or an action brought or intervened in under section 216A shall not be stayed or dismissed by reason only that it is shown that an alleged breach of a right or duty owed to the company has been or may be approved by the members of the company, but evidence of approval by the members may be taken into account by the Court in making an order under section 216A.

(2) An application made or an action brought or intervened in under section 216A shall not be stayed, discontinued, settled or dismissed for want of prosecution without the approval of the Court given upon such terms as the Court thinks fit and, if the Court determines that the interest of any complainant may be substantially affected by such stay, discontinuance,

settlement or dismissal, the Court may order any party to the application or action to give notice to the complainant.

(3) In an application made or an action brought or intervened in under section 216A, the Court may at any time order the company to pay to the complainant interim costs, including legal fees and disbursements, but the complainant may be accountable for such interim costs upon final disposition of the application or action.

Section 339 (3) If, in the course of the winding up of a company or in any proceedings against a company, it appears that an officer of the company who was knowingly a party to the contracting of a debt had, at the time the debt was contracted, no reasonable or probable ground of expectation, after taking into consideration the other liabilities, if any, of the company at the time of the company being able to pay the debt, the officer shall be guilty of an offence and shall be liable on conviction to a fine not exceeding $2,000 or to imprisonment for a term not exceeding 3 months.

DRU

ภาคผนวก ค

The Delaware Constitution of 1897

(Title 8 - Corporations)

DPU

The Delaware Constitution of 1897 (Title 8 - Corporations)

Section 325 Actions against officers, directors or stockholders to enforce liability of corporation; unsatisfied judgment against corporation.

(a) When the officers, directors or stockholders of any corporation shall be liable by the provisions of this chapter to pay the debts of the corporation, or any part thereof, any person to whom they are liable may have an action, at law or in equity, against anyone or more of them, and the complaint shall state the claim against the corporation, and the ground on which the plaintiff expects to charge the defendants personally.

(b) No suit shall be brought against any officer, director or stockholder for any debt of a corporation of which such person is an officer, director or stockholder, until judgment be obtained therefore against the corporation and execution thereon returned unsatisfied.

Section 327 Stockholder's derivative action; allegation of stock ownership. In any derivative suit instituted by a stockholder of a corporation, it shall be averred in the complaint that the plaintiff was a stockholder of the corporation at the time of the transaction of which such stockholder complains or that such stockholder's stock thereafter devolved upon such stockholder by operation of law.

ภาคผนวก ง

The Private Limited Companies Act 1980 of Germany

(GmbHG 1980)

DPU

The Private Limited Companies Act 1980 of Germany (GmbHG 1980)[1]

Section 46 Scope of Members' Function

The members decide on the following matters :

1. the approval of the annual balance sheet and the distribution of the net profits shown therein ;
2. the making of calls in respect of original subscriptions ;
3. the repayment of supplementary contribution ;
4. the division and also the redemption of shares ;
5. the appointment and removal of directors as well as their release ;
6. the measures for the control and supervision of the management ;
7. the appointment of Prokuristen* and of Handlungsbevollmächtigten* for the enterprise as a whole ;
8. the making of the company's claims for compensation arising out of formation or management against the directors or members, as well as the representation of the company in legal proceedings which it has brought against the directors.

---

[1] M.C. Oliver. (1976). **The Private Company in Germany**. p.75-77.

* The Prokura and the Handlungsvollmacht are both types of commercial agency governed by §§ 48-53 and §§ 54-58 of the Commercial Code respectively. The Prokurist may be considered to be a general agent with wide authority whose appointment must be entered in the commercial register. The Handlungsvollmachtigter's authority is narrower, being restricted to acts which would be usual in the particular business. His appointment is therefore not entered in the commercial register.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล	ธราทิพย์ ปิยเธียรสวัสดิ์
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2548
	หลักสูตรวิชาว่าความแห่งสภาทนายความ รุ่นที่ 25 ปีการศึกษา 2548
	เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 60 ปีการศึกษา 2550 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
ประสบการณ์ทำงาน	ทนายความ สำนักงานทนายความ สัก กอแสงเรือง ปี 2550
	นักกฎหมาย ส่วนบริหารเครือข่าย สายตลาดค้าปลีก บริษัท บางจากปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) ปี 2551
ทุนการศึกษา	ทุนเรียนดี มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ ประจำปีการศึกษา 2550 – 2552

DPU