

การใช้สิทธิฟองคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทในบริษัทมหาชนจำกัด

อัญชิสา ทรชรานนท์

สารนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2565

DERIVATIVE ACTIONS IN PUBLIC COMPANY LIMITED

AUNCHISA THUNTURANON

A Term Paper Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2022

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การใช้สิทธิฟองคืดของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทในบริษัทมหาชนจำกัด
ชื่อผู้เขียน	อัญชิสา วรรณทรานนท์
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ พินิจ ทิพย์มณี
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2564

บทคัดย่อ

สารนิพนธ์ฉบับนี้ มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาวิเคราะห์เกี่ยวกับปัญหาและอุปสรรคในการใช้สิทธิฟองคืดของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท (derivative actions) ในบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งเป็นมาตรการทางกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นและคุ้มครองบริษัทจากคณะกรรมการที่ไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่ตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ขอบบังคับ ตลอดจนมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวัง รักษาผลประโยชน์ของบริษัท อันเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย โดยบริษัทสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการผู้กระทำความผิดได้ และหากบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีกับกรรมการดังกล่าวแล้ว ผู้ถือหุ้นย่อมสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้ ซึ่งการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทเป็นมาตรการทางกฎหมายอีกวิธีหนึ่งที่ทำให้การบริหารกิจการของบริษัทให้เป็นไปด้วยความโปร่งใส

จากการศึกษาพบว่า การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทในบริษัทมหาชนจำกัด ตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ยังมีความไม่ชัดเจนและเป็นอุปสรรคต่อการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นอันส่งผลให้ผู้ถือหุ้นไม่สามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้อย่างเต็มที่ และยังส่งผลให้บริษัทได้รับความเสียหาย โดยแบ่งประเด็นการศึกษาออกเป็นสี่ประเด็นหลัก ได้แก่ ประเด็นแรก ปัญหาเรื่องบุคคลที่ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท ประเด็นที่สอง ปัญหาเรื่องระยะเวลาของคณะกรรมการในการพิจารณาฟ้องร้องดำเนินคดีตามหนังสือบอกกล่าวของผู้ถือหุ้น ประเด็นที่สาม ปัญหาเรื่องคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท และประเด็นที่สี่ ปัญหาเรื่องค่าใช้จ่ายในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัททั้งนี้ เพื่อนำผลทางกฎหมายที่ได้รับจากการศึกษาไปใช้เป็นแนวทางแก้ไขปรับปรุงตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

ผู้ศึกษาได้เสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิฟองคืดขอ ผู้ถือหุ้นแทนบริษัทในประเด็นต่าง ๆ ที่ยังมีความไม่ชัดเจน และเป็นอุปสรรคต่อการใช้สิทธิดังกล่าวของ

ผู้ถือหุ้น เพื่อให้กระบวนการและขั้นตอนในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท
ความครอบคลุมยิ่งขึ้นและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้ถือหุ้นและบริษัท
ได้อย่างแท้จริง

คำสำคัญ : การฟ้องคดีแทนบริษัท, บริษัทมหาชนจำกัด, กรรมการ, ผู้ถือหุ้น



Thematic Paper Title	Derivative actions in public company limited
Author	Aunchisa Thunturanon
Thematic Paper Advisor	Associate Professor Pinit Tipmanee
Department	Law
Academic Year	2021

ABSTRACT

This minor thesis tends to illustrate analyses of derivative action obstruction where derivative action act as a defensive measure to protect shareholders and a company from corrupted board of directors. Who breach the directors' fiduciary duties by failing to sue on an existing corporate claim complying with the company's objectives, the articles of association, or the shareholder's resolution, resulting in company's liability or loss. According to this defensive measure, the company can then file a compensation claim to director who have caused damage to the company. In addition, a shareholder has the right to initiate the lawsuit unless the company has already filed the lawsuit. Lawsuit initiated from shareholder is an example of a good corporate governance policy which promote transparent management of the company

Regarding Section 85 of the Public Limited Companies Act, B.E.2535, this study proves an existence of uncertainties and obstructions for a shareholder to fully utilise the mentioned right. This study contains four different topics related to derivative action which are sue eligibility of the accountable third parties, the time length used by the committee, the eligibility of derivative action shareholder and derivative action litigation cost problem. Subsequently, the objective of this study is to improve the components of Section 85 of the Public Limited Companies Act, B.E.2535.

Ultimately, the author proposes a derivative action improvement guideline due to several uncertain and obstructive problems which conflict with the exercise of shareholder right. As a result, the guideline should increase derivative action coverage, and reveal actual legal intention to truly protect shareholders and companies.

Keyword : Derivative actions, public company limited, Director, Shareholder



กิตติกรรมประกาศ

สารนิพนธ์ เรื่อง “การใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทในบริษัทมหาชนจำกัด” สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความกรุณาของรองศาสตราจารย์ พิณิจ ทิพย์มณี อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์ ซึ่งได้กรุณาให้คำแนะนำ ข้อเสนอแนะ รวมทั้งแนวคิดต่าง ๆ ในการจัดทำสารนิพนธ์ฉบับนี้ด้วยดีตลอดมา และผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนชื่อสกุล และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิริกานต์ อยู่เรือง เป็นอย่างสูงที่ได้สละเวลาอันมีค่าของท่านในการให้เกียรติเป็นกรรมการสอบสารนิพนธ์และให้คำแนะนำ ชี้แนะแนวทางรวมทั้งข้อคิดเห็นต่าง ๆ อันเป็นประโยชน์ต่อการจัดทำสารนิพนธ์ฉบับนี้

นอกจากนี้ ผู้ศึกษาขอขอบคุณครอบครัวของผู้จัดทำสารนิพนธ์ที่เป็นกำลังสำคัญให้ผู้ศึกษาเสมอมา และผู้แต่งตำราและผลงานทางวิชาการที่ผู้ศึกษาได้นำมาศึกษาและใช้อ้างอิง และขอขอบคุณเจ้าหน้าที่หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ฯ รวมทั้งเพื่อน ๆ และบุคคลที่ผู้ศึกษาไม่ได้กล่าวไว้ ณ ที่นี้ ซึ่งได้เป็นกำลังใจและให้ความช่วยเหลือผู้ศึกษาเสมอมา

อนึ่ง หากสารนิพนธ์นี้เกิดประโยชน์และคุณค่าทางวิชาการในทางใดทางหนึ่งผู้ศึกษาขอกราบเป็นกตเวทิตาคุณแก่บิดา มารดา ครูบาอาจารย์ และผู้มีพระคุณทั้งหลายที่ได้ให้ความเมตตา กรุณาแก่ผู้ศึกษา ทั้งนี้ หากสารนิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้ศึกษาขอน้อมรับด้วยจิตคารวะต่อผู้อ่านทุกท่านไว้แต่เพียงผู้เดียว

อัญชิสา ทรพรานนท์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	3
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	4
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
2. แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท.....	7
2.1 ทฤษฎีว่าด้วยความเป็นนิติบุคคลของบริษัท.....	7
2.2 หลักความไว้วางใจ (Fiduciary Duties).....	10
2.3 หลักการในการให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อย (Minority Protection).....	13
2.4 ทฤษฎีการกำกับดูแลกิจการ หรือบรรษัทภิบาล (Corporate governance).....	15
2.5 ประเภทของนิติบุคคลที่เป็นบริษัท.....	17
2.6 แนวคิดการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้น.....	25
2.7 รูปแบบการฟ้องร้องดำเนินคดีของบริษัทและผู้ถือหุ้น.....	27
3. หลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท.....	31
ตามกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ	
3.1 หลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทน.....	31
บริษัทของประเทศไทย	
3.2 หลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทน.....	36
บริษัทของสหราชอาณาจักร	
3.3 หลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทน.....	55
บริษัทของมลรัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา	

สารบัญ(ต่อ)

บทที่	หน้า
4. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท.....	68
4.1 ปัญหาเรื่องบุคคลที่ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท.....	69
4.2 ปัญหาเรื่องระยะเวลาของคณะกรรมการในการพิจารณาฟ้องร้องดำเนินคดี.....	72
ตามหนังสือบอกกล่าวของผู้ถือหุ้น	
4.3 ปัญหาเรื่องความเป็นผู้ถือหุ้นในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้น.....	75
แทนบริษัท	
4.4 ปัญหาเรื่องค่าใช้จ่ายในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท.....	80
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	87
5.1 บทสรุป.....	87
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	92
บรรณานุกรม.....	97
ภาคผนวก.....	102
ก. The Companies Act 2006.....	103
ข. Civil Procedure Rules.....	113
ค. Delaware General Corporation Law.....	115
ง. Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware.....	117
จ. Model Business Corporation Act (2016 Revision).....	120
ประวัติผู้เขียน.....	122

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

บริษัทมหาชนจำกัดเป็นรูปแบบขององค์กรธุรกิจในรูปแบบหนึ่ง ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักในการเสนอขายหุ้นต่อประชาชน โดยที่บริษัทมหาชนจำกัดมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นตามหลักความเป็นบุคคลที่แยกจากกัน (Separate entity doctrine) จึงทำให้บริษัทมีทรัพย์สินและหนี้สินแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น และยังสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีหรือเป็นผู้ถูกดำเนินคดีได้ การดำเนินกิจการของบริษัทต้องกระทำโดยผู้แทน คือ “คณะกรรมการ” แต่ผู้ถือหุ้นสามารถบริหารกิจการบริษัทได้โดยการลงมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น รวมทั้งเรื่องที่มีความสำคัญและอาจก่อให้เกิดผลกระทบกับบริษัท เช่น การแต่งตั้งและการถอดถอนคณะกรรมการ การแต่งตั้งผู้สอบบัญชี การตรวจสอบบัญชี เป็นต้น กฎหมายกำหนดให้ต้องใช้มติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการตัดสินใจ แต่อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการย่อมเป็นผู้ที่มีบทบาทหน้าที่สำคัญในการดำเนินธุรกิจ และยังเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นที่ต้องกระทำการเพื่อให้ผู้ถือหุ้นได้รับประโยชน์สูงสุด กล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการกฎหมายกำหนดให้กรรมการต้องดำเนินกิจการให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับ ตลอดจนมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท หากคณะกรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดอันเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย โดยหลักแล้วบริษัทสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการผู้กระทำความผิดได้ การฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการ เป็นอำนาจในการตัดสินใจของคณะกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนของบริษัท แต่อาจเกิดปัญหาว่าคณะกรรมการไม่ดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนอันอาจส่งผลให้บริษัทและผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหาย ซึ่งหากบริษัทไม่ดำเนินฟ้องร้องเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการ มาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทได้ ซึ่งสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทเป็นมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นและเพื่อประโยชน์ของบริษัทในการดำเนินกิจการให้ เป็นไปด้วยความโปร่งใส

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ามาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 จะได้บัญญัติในเรื่องการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท แต่เรื่องดังกล่าวยังไม่ชัดเจนหลายประการ รวมทั้งมีข้อจำกัดและอาจไม่สามารถให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นได้อย่างเต็มที่ และจาก

การศึกษาไม่ปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาในการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นดังกล่าว ซึ่งอาจเกิดจากอุปสรรคในด้านต่าง ๆ เช่น บุคคลที่ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท กล่าวคือ บุคคลที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 คือ กรรมการเท่านั้นซึ่งการที่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 กำหนดให้ผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีได้เฉพาะกรรมการอาจก่อให้เกิดความเสียหายกับบริษัทและผู้ถือหุ้นเนื่องจากการกระทำความผิดของกรรมการอาจมีบุคคลอื่นเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด เช่น บุคคลภายนอกหรือกรรมการเงาร่วมกับกรรมการของบริษัทนอโกงบริษัท หรือบุคคลภายนอกหรือกรรมการเงาได้รับประโยชน์หรือทรัพย์สินของบริษัทจากการกระทำความผิดของกรรมการ เป็นต้น ผู้ถือหุ้นจึงควรมีสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าว เนื่องจากหากบุคคลภายนอกหรือกรรมการเงากระทำความผิดอันก่อให้เกิดเสียหายแก่บริษัท บริษัทย่อมสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับบุคคลภายนอกและกรรมการเงาได้ ดังนั้น เมื่อผู้ถือหุ้นใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท สิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นควรสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับบุคคลภายนอก และกรรมการเงาของบริษัทได้เช่นเดียวกับบริษัท

นอกจากนี้ เรื่องระยะเวลาของคณะกรรมการในการพิจารณาฟ้องร้องดำเนินคดีตามหนังสือบอกกล่าวของผู้ถือหุ้นก็ยังเป็นประเด็นปัญหาอีกประการหนึ่ง กล่าวคือ ในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 กำหนดให้ผู้ถือหุ้นต้องแจ้งเป็นหนังสือไปยังบริษัทให้ดำเนินการฟ้องร้องคดี และเมื่อบริษัทไม่ดำเนินการตามที่หนังสือแจ้งดังกล่าวผู้ถือหุ้นจึงจะสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้ แต่บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการให้คณะกรรมการของบริษัทพิจารณาว่าจะดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อกรรมการผู้กระทำความผิดอันเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหายตามที่ผู้ถือหุ้นมีหนังสือแจ้งเมื่อใด ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องสิทธิของผู้ถือหุ้นในการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทว่าผู้ถือหุ้นสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้เมื่อใด และผู้ถือหุ้นจะทราบได้อย่างไรว่าบริษัท ไม่ดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนกับกรรมการ รวมทั้งในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องฟ้องร้องดำเนินคดีเรียกค่าสินไหมทดแทนกับกรรมการผู้กระทำความผิดแต่คดีจะขาดอายุความ ผู้ถือหุ้นหรือบริษัทจะสามารถดำเนินการอย่างไร

รวมทั้ง ปัญหาในเรื่องคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท ตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 กำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิดังกล่าวต้องเป็นผู้ถือหุ้นที่ถือหุ้นของ

บริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำความผิดอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย ซึ่งการกำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิในการฟ้องคดีแทนบริษัทต้องเป็นผู้ถือหุ้นในขณะที่กรรมการกระทำความผิดเพื่อเป็นการป้องกันความเสียหายในด้านต่าง ๆ แต่การกำหนดดังกล่าวยังมีประเด็นปัญหาว่า บริษัทมหาชนมีผู้ถือหุ้นเป็นจำนวนมากและหุ้นของบริษัทมหาชนยังเป็นหุ้นที่มีการเปลี่ยนแปลงหรือจำหน่าย ง่าย โอนได้ง่าย การที่กำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทต้องเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำความผิดอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท เช่น ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำความผิดแต่ผู้ถือหุ้นดังกล่าวไม่ทราบถึงการกระทำความผิดของกรรมการและได้ขายหุ้นออกไป ย่อมทำให้จำนวนผู้ที่สามารถใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทลดจำนวนลงไป หรือในกรณีที่มีการโอนหุ้นและผู้รับโอนหุ้นไม่ได้ถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำความผิดอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย ผู้ถือหุ้นซึ่งรับโอนหุ้นมาย่อมไม่สามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้

นอกจากนี้ ปัญหาเรื่องค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท ซึ่งกฎหมายมิได้บัญญัติในเรื่องค่าใช้จ่ายในการดำเนินการฟ้องร้องคดีแทนบริษัทของผู้ถือหุ้นไว้ ดังนั้น เมื่อผู้ถือหุ้นใช้สิทธิดังกล่าวผู้ถือหุ้นย่อมเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินการฟ้องร้องคดีไม่ว่าผู้ถือหุ้นจะชนะคดีหรือไม่ กรณีดังกล่าวอาจก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ถือหุ้น เนื่องจากการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของบริษัทหากผู้ถือหุ้นชนะคดี ค่าสินไหมทดแทนที่เรียกร้องจากกรรมการผู้กระทำการหรือละเว้นกระทำการยอมตกเป็นของบริษัทซึ่งเป็นผู้เสียหายโดยตรง หรือแม้ว่าผู้ถือหุ้นจะเป็นฝ่ายแพ้คดีแต่การใช้สิทธิดังกล่าวย่อมเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัท ผู้ถือหุ้นไม่สมควรรับภาระค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดีดังกล่าว

ดังที่ได้กล่าวมา จึงเห็นได้ว่าบทบัญญัติในเรื่องการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ยังมีความไม่ชัดเจนและเป็นอุปสรรคต่อการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้น จึงควรศึกษา ค้นคว้า และวิเคราะห์ถึงปัญหาดังกล่าว โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์แก่บริษัทและผู้ถือหุ้น รวมทั้งเพื่อเสนอแนวทางในการปรับปรุงและพัฒนาบทบัญญัติในเรื่องการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท ให้มีความเหมาะสมต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงหลักเกณฑ์ วิธีการ และมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

2. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายในการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทของประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และตามกฎหมายต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาปัญหาและวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายในการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทของประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และตามกฎหมายต่างประเทศ
4. เพื่อศึกษาแนวทางการแก้ไขปัญหา และปรับปรุงพัฒนามาตรการในการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทให้มีประโยชน์และมีประสิทธิภาพแก่ผู้ถือหุ้นและบริษัทมหาชนจำกัด

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

จากการศึกษาพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 เรื่องการฟ้องคดีแทนบริษัทของผู้ถือหุ้น พบว่าพระราชบัญญัตินี้ยังคงมีความไม่ชัดเจนหลายประการและเป็นอุปสรรคต่อการที่ผู้ถือหุ้นจะใช้สิทธิตามกฎหมาย รวมทั้งบทบัญญัติดังกล่าวยังไม่คุ้มครองประโยชน์ของบริษัท ดังนั้น จึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในเรื่องดังกล่าว เพื่อให้มีความเหมาะสมก่อให้เกิดประโยชน์และมีประสิทธิภาพในการคุ้มครองบริษัทและผู้ถือหุ้นเพื่อไม่ให้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของกรรมการดังกล่าว

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

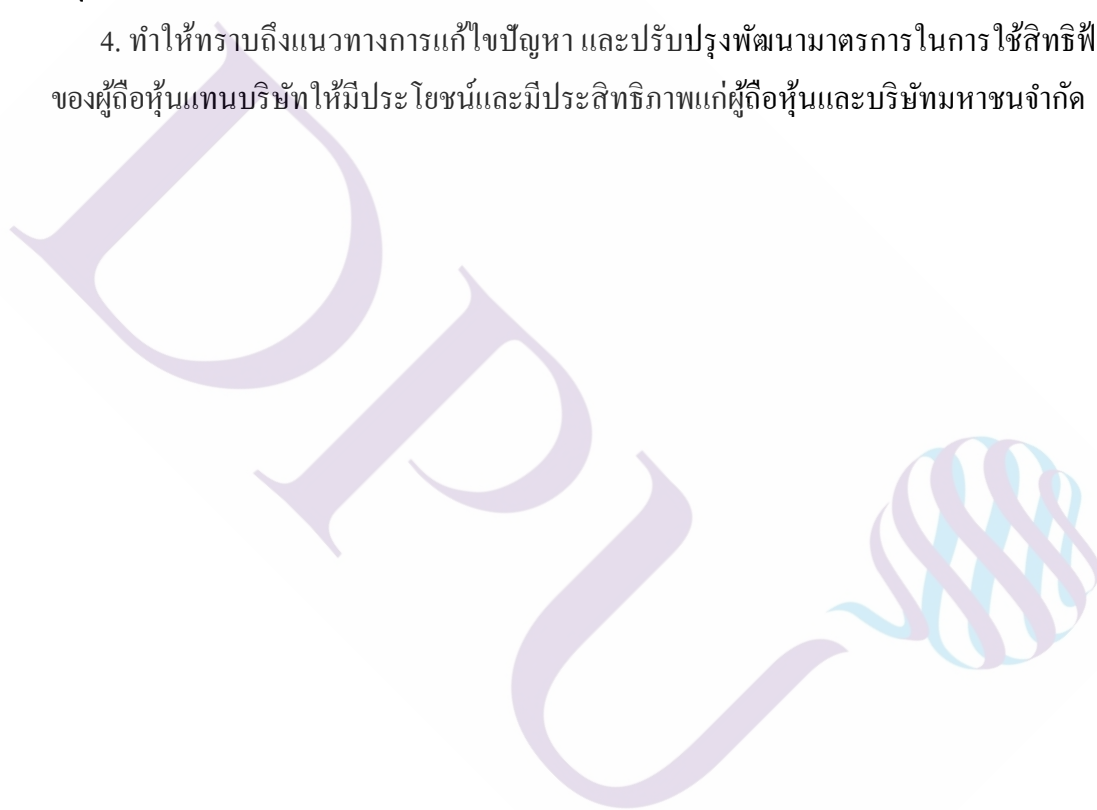
ศึกษาและวิเคราะห์เกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท ในกรณีที่กรรมการของบริษัทไม่ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ข้อบังคับ ตลอดจนมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวัง รักษาผลประโยชน์ของบริษัท อันเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย โดยศึกษาจากพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 นำมาวิเคราะห์ปัญหาและเสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อให้กฎหมายดังกล่าวมีประสิทธิภาพ

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การวิจัยทางกฎหมาย การศึกษาใช้วิธีศึกษาแบบวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 รวมทั้งคำรากฎหมาย ผลงานวิจัย เอกสารทางวิชาการ บทความต่าง ๆ ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ ตลอดจนข้อมูลที่เผยแพร่ทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ (Internet) เพื่อนำมาวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นและเสนอแนะแนวทางปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้มีประสิทธิภาพต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ วิธีการ และมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535
2. ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายในการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทของประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และตามกฎหมายต่างประเทศ
3. ทำให้ทราบถึงปัญหาและผลการวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายในการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทของประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และตามกฎหมายต่างประเทศ
4. ทำให้ทราบถึงแนวทางการแก้ไขปัญหา และปรับปรุงพัฒนามาตรการในการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทให้มีประโยชน์และมีประสิทธิภาพแก่ผู้ถือหุ้นและบริษัทมหาชนจำกัด



บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท

บริษัทมหาชนจำกัด คือ บริษัทที่สร้างขึ้นด้วยความประสงค์ที่จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชน โดยความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นจำกัดไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ต้องชำระ บริษัทมหาชนจำกัดมี หลักการสำคัญประการหนึ่ง คือ ต้องมีการจดทะเบียนและเมื่อมีการจดทะเบียนแล้วย่อมส่งผลให้ บริษัทมหาชนนั้น ๆ มีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นของบริษัท ตามหลักความเป็นบุคคลที่ แยกจากกัน (Separate entity doctrine) จึงทำให้บริษัทมีทรัพย์สินและหนี้สินแยกต่างหากจากผู้ถือ หุ้น และสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีหรือเป็นผู้ถูกฟ้องร้องดำเนินคดีได้ ในการดำเนินกิจการต่าง ๆ ของบริษัทมหาชนจะกระทำผ่านผู้แทนของบริษัท คือ “คณะกรรมการ” โดยคณะกรรมการต้อง ดำเนินกิจการให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับ ตลอดจนมติของที่ประชุม ผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวัง รักษาผลประโยชน์ของบริษัท หากคณะกรรมการ ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวอันเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย บริษัทสามารถเรียกค่าสินไหม ทดแทนจากกรรมการผู้กระทำความผิดได้ และเนื่องจากบริษัทมีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหาก จากผู้ถือหุ้น บริษัทจึงสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการผู้กระทำความ ผิดได้เองโดยเป็นอำนาจในการตัดสินใจของคณะกรรมการ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการอาจ ไม่ดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการผู้กระทำความผิด เนื่องจากปัจจัยต่าง ๆ เช่น กรรมการเป็นผู้กระทำความผิดเอง หรือกรรมการกระทำความผิดเป็นผู้ที่มีความใกล้ชิด เป็นต้น ซึ่งหากคณะกรรมการไม่ดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการผู้กระทำความผิด พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเรียก ค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทได้

ดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว สิ่งที่ควรศึกษาต่อไป คือ แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการฟ้องร้อง ดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท ดังนี้

2.1 ทฤษฎีว่าด้วยความเป็นนิติบุคคลของบริษัท

ทฤษฎีว่าด้วยความเป็นนิติบุคคลของบริษัทเกิดขึ้นและมีมาตั้งแต่สมัยโรมัน¹ ปรากฏอยู่ในกฎหมายศาสนา (Cannon Law) และกฎหมายพาณิชย์ในสมัยเริ่มแรก โดยถือกันว่า

¹ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2551).

บริษัทเป็นเพียงบุคคลสมมติตามกฎหมาย (Legal person) มีตัวตนตามกฎหมาย (juristic entity) และบริษัทเกิดขึ้นโดยอำนาจของรัฐ ซึ่งก่อให้เกิดทฤษฎีสมมติหรือทฤษฎีตัวตน (Fiction หรือ Entity Theory) ที่มองว่านิติบุคคลไม่ใช่บุคคลที่แท้จริง จึงไม่มีเจตจำนง สิทธิ หน้าที่เป็นของตัวเอง รวมทั้งความสามารถต่าง ๆ ของนิติบุคคลเกิดขึ้นจากการให้อำนาจของรัฐผ่านทางกฎหมาย² กล่าวคือ ทฤษฎีดังกล่าว เห็นว่านิติบุคคลเป็นสิ่งที่กฎหมายสมมติขึ้น การกระทำของบุคคลต้องกระทำผ่านตัวแทนที่เป็นบุคคลธรรมดาซึ่งผู้แทนของนิติบุคคลมีสภาพแตกต่างหากจากนิติบุคคล และเรียกผู้แทนว่า “ตัวแทน” นิติบุคคลจึงไม่มีเจตนาเป็นของตัวเอง ส่งผลให้นิติบุคคลไม่สามารถกระทำละเมิดได้ด้วยตนเอง

ทฤษฎีว่าด้วยความเป็นนิติบุคคลของบริษัทมีหลายทฤษฎีที่แตกต่างกัน ดังนี้

2.1.1 ทฤษฎีสมมติ (Fiction Theory) ทฤษฎีนี้อธิบายว่านิติบุคคลเป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้นให้มีสิทธิหน้าที่เหมือนกับบุคคลธรรมดา แต่โดยสภาพความเป็นจริงแล้วหาได้มีตัวตนอยู่จริง การแสดงเจตนาของนิติบุคคลจึงต้องอาศัยบุคคลธรรมดาที่เป็นผู้แทนในการแสดงเจตนาออกมา ตามทฤษฎีนี้สิทธิหน้าที่ของนิติบุคคลจึงมิได้เท่าที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น³

2.1.2 ทฤษฎียึดถืออำนาจของรัฐ (Concession Theory) ทฤษฎีนี้กล่าวว่านิติบุคคลเกิดขึ้นโดยอำนาจของรัฐ และเป็นทฤษฎีที่ยึดถือปรัชญาเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยถือว่ารัฐเท่านั้นที่เป็นที่มาของสภาพนิติบุคคลและถือว่ารัฐเท่านั้นที่มีอยู่อย่างแท้จริง ส่วนนิติบุคคลถือว่าเกิดขึ้นต่อเมื่อมีกฎหมายให้ความยินยอมโดยอำนาจของรัฐเท่านั้น และสภาพความเป็นนิติบุคคลจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายของรัฐนั้นกำหนดไว้ด้วย⁴

2.1.3 ทฤษฎีที่เห็นว่านิติบุคคลได้เกิดขึ้นจริงและดำรงฐานะจริง (Realistic Theory) ทฤษฎีดังกล่าวเห็นว่านิติบุคคลเป็นเรื่องที่กฎหมายได้ให้ความรับรองแก่การรวมตัวกันของคณะบุคคลหรือกลุ่มผลประโยชน์ซึ่งเกิดขึ้นแล้วและมีอยู่ตามความเป็นจริง และเมื่อมีการรับรองนิติบุคคลเป็น

² เสถียรภาพ นานหลวง, “ปัญหาการใช้ทฤษฎีความเป็นบุคคลของบริษัทในประเทศไทย,” วารสารนิติศาสตร์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ 2556; เล่มที่ 4, ฉบับที่ 1, อ้างอิงใน ชริตา ธีรธรรมธาดา และ เสถียรภาพ นานหลวง, “การจัดตั้งบริษัทจำกัดคนเดียวโดยนิติบุคคล,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 ตุลาคม 2564, จาก <https://app.gs.kku.ac.th/gs/th/publicationfile/item/19th-ngrc-2018/HMO5/HMO5.pdf>

³ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์, 2557), น. 54.

⁴ Nicholas H.D. Foster, *Company Law Theory in Comparative*, (Perspective : England and France, American Journal of Comparative Law, 2000), p.6-7. อ้างอิงใน จิรจิตร ช่วยศรียัง, “บริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นรายเดียว,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น. 26.

บุคคลต่างหากย่อมต้องให้สิทธิและคุณลักษณะต่าง ๆ ดังเช่นบุคคลธรรมดาแก่บริษัทเหล่านั้นด้วย กล่าวคือ ทฤษฎีดังกล่าวเห็นว่าสถานะของนิติบุคคลไม่ใช่สิ่งที่สมมติขึ้นตามกฎหมาย แต่นิติบุคคลมีเจตนาแท้จริงของตนเอง การจัดตั้งบริษัทเป็นเรื่องของเอกชนที่มีเสรีภาพในการดำเนินการด้วยตนเองโดยไม่สนับสนุนให้รัฐเข้าแทรกแซงการดำเนินการของบริษัท

2.1.4 ทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลเกิดขึ้นเพราะผลของสัญญา หรือเพราะมีนิติสัมพันธ์ต่อกันที่เกิดจากสัญญา (Contractual Theory) ทฤษฎีดังกล่าวเห็นว่าความเป็นนิติบุคคลของบริษัทเกิดขึ้นจากสัญญาซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคคลหลายฝ่าย ภายใต้แนวความคิดที่ว่าบริษัทประกอบด้วยการรวมตัวกันของหน่วย (Units) เล็ก ๆ คือระหว่างผู้ถือหุ้นกันเอง ระหว่างผู้ถือหุ้นกับผู้บริหาร ลูกจ้าง และเจ้าหน้าที่ หรือผู้มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องอื่น ๆ ในกิจการของบริษัท หรือแม้แต่ระหว่างผู้ถือหุ้นกับรัฐก็ตาม โดยสัญญานี้มิได้มีความหมายแน่นอนตามกฎหมายลักษณะสัญญา แต่หมายถึงการสมัครใจเข้าร่วมกิจกรรมโดยยอมรับกฎเกณฑ์หรือหลักปฏิบัติต่าง ๆ ที่ใช้กับบริษัท และไม่ต้องตกลงทำสัญญากันในเรื่องต่าง ๆ เป็นการเฉพาะเรื่องอีก เช่น เป็นที่ยอมรับกันว่ากรรมการของบริษัทมีหน้าที่เป็นผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary duties) หรือ ผู้ถือหุ้นจะรับผิดชอบจำกัดจำนวน⁶ เป็นต้น ทฤษฎีนี้มีแนวคิดคล้ายคลึงกับทฤษฎีที่ยึดถือว่านิติบุคคลเกิดจากการรวมกลุ่มของคณะบุคคล (Aggregate theory)

2.1.5 ทฤษฎีที่ยึดถือความจำเป็นทางการค้า (Enterprises Theory) ทฤษฎีนี้ถือว่าเป็นความจำเป็นทางการค้าจึงต้องให้บริษัทมีฐานะเป็นนิติบุคคล โดยไม่คำนึงถึงการมีตัวตนแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น

2.1.6 ทฤษฎีที่ยึดถือว่านิติบุคคลเกิดจากการรวมกลุ่มของคณะบุคคล (Aggregate Theory) ทฤษฎีนี้ในระยะแรกถือว่านิติบุคคลเกิดจากการรวมตัวกันของกลุ่มบุคคล ผู้ถือหุ้นเป็นส่วนสำคัญในการรวมตัวกันเพื่อจัดตั้งบริษัท แต่ต่อมามีแนวโน้มที่จะหมายรวมถึงบุคคลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการของบริษัท เช่น กรรมการและเจ้าหน้าที่ของบริษัท ทฤษฎีนี้มีแนวคิดเช่นเดียวกับทฤษฎีสสมมติ (Fiction theory) แต่มีข้อแตกต่างว่าทฤษฎีที่ยึดถือว่านิติบุคคลเกิดจากการรวมกลุ่มของคณะบุคคล (Aggregate theory) ไม่ถือว่าบริษัทมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น⁷

⁵ เพิ่งอ้าง, น. 259.

⁶ เพิ่งอ้าง.

⁷ Michael J. Phillips, Reappraising the Real Entity Theory of the Corporation, 21 Fla. (St. U. L. Rev. 1061, 1994), p. 1066-1067.

2.1.7 ทฤษฎีผู้รับผลประโยชน์ (Collectivist Theory) ทฤษฎีนี้ Jhering เป็นผู้คิดขึ้น และหมายความว่า ผู้ถือสิทธิและมีหน้าที่ของนิติบุคคลที่แท้จริงย่อมได้แก่บุคคลธรรมดาซึ่งสิทธินั้นได้ประโยชน์แก่บุคคลธรรมดา⁸

2.1.8 ทฤษฎีการทำให้เป็นบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์ (Purpose Theory) ทฤษฎีนี้ก่อตั้งขึ้นโดย Enneccerus Nipperdey ทฤษฎีนี้ถือว่านิติบุคคลไม่ใช่สิ่งมีชีวิตและมีจิตใจตามธรรมชาติ แต่เจตนาของมนุษย์ที่รวมเข้ากันมีผลทำให้นิติบุคคลเกิดขึ้น กล่าวคือ อำนาจในการมีเจตน์จำนงของบุคคลธรรมดาซึ่งได้รวมกันเข้าเพื่อวัตถุประสงค์อันใดอันหนึ่งอันถือว่าเป็นเจตน์จำนงของนิติบุคคลและทำให้นิติบุคคลนี้เป็นบุคคลขึ้น ทั้งนี้ นิติบุคคลไม่ใช่สิ่งที่มีอยู่จริง ๆ แต่มนุษย์มีเจตน์จำนงให้มีนิติบุคคลขึ้นเพื่อให้ “นิติบุคคล” ดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดคให้นิติบุคคลมีอยู่⁹

ในส่วนของสหราชอาณาจักร แนวคิดความเป็นนิติบุคคลนั้นยอมรับความเป็นนิติบุคคลของบริษัทตามทฤษฎีตัวตน (Fiction หรือ Entity Theory) โดยถือว่าบริษัทนั้นเป็นการรวมตัวกันก่อตั้งขึ้นมาโดยมีบุคคลสมมติตามกฎหมาย และมีสถานะแตกต่างหากจากผู้ถือหุ้นของบริษัท บริษัทไม่ใช่เพียงการรวมกลุ่มของบุคคลซึ่งร่วมกันลงทุนและดำเนินงานของบริษัทเพียงอย่างเดียว ซึ่งแตกต่างกับทฤษฎีรวมกลุ่ม (Aggregate Theory)¹⁰ ที่เห็นว่าบริษัทมีสภาพบุคคลแตกต่างหากจากผู้ถือหุ้น

กฎหมายอังกฤษได้แบ่งแยกนิติบุคคลออกเป็น 2 ประเภท คือ

1. Corportion Aggregate คือ นิติบุคคลประเภทที่กลุ่มของบุคคล (collection of individual) ซึ่งรวมกันเป็นอันเดียวกันภายใต้ชื่อเฉพาะมีความเป็นอยู่ต่อเนื่องกัน และมีความสามารถในหลายประการดังบุคคลธรรมดา เช่น สิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบ การทำนิติกรรม สัญญา การฟ้องร้องคดีหรือการต่อสู้คดี การเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ โดยมีผู้แทนเป็นผู้แสดงเจตนาและกระทำการแทน

2. Corporation Sole คือ นิติบุคคลที่ประกอบด้วยบุคคลธรรมดาเพียงคนเดียวแต่นิติบุคคลนั้นมีความเป็นอยู่ต่อเนื่อง โดยอาจถือสิทธิและหน้าที่และมีหน้าที่ต่าง ๆ ในกฎหมายได้ อนึ่งบรรดากระทรวง ทบวง กรม ความเป็นนิติบุคคลอยู่ที่บุคคลที่เป็นรัฐมนตรี (minister) มิใช่กระทรวง

⁸ หุศต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), น. 268.

⁹ เพิ่งอ้าง.

¹⁰ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายหลักกฎหมายธุรกิจเปรียบเทียบ, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), น. 15-16.

โดยตำแหน่งรัฐมนตรีจะเป็นนิติบุคคลประเภท Corporation Sole ที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ รวมทั้งการดูแลทรัพย์สินของทางราชการ และเป็นการรักษาสิทธิเพื่อประโยชน์ของรัฐ การปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่กระทรวงนั้นจึงเป็นการกระทำแทนตำแหน่งรัฐมนตรีนั่นเอง¹¹

ประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวความคิดว่าบริษัทย่อมมีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นของบริษัท ภายใต้ทฤษฎี The Fiction หรือ Entity Theory และถือว่าบริษัทมีฐานะเสมือนเป็นบุคคลสมมติตามกฎหมาย ภายใต้ทฤษฎียึดอำนาจของรัฐ (The Fiat หรือ Concession Theory) และทฤษฎีที่เห็นว่านิติบุคคลได้เกิดขึ้นจริงและดำรงฐานะจริง (The Realistic Theory) ที่ถือว่าความเป็นบริษัทนี้ก็คือกลุ่มผลประโยชน์ตามกฎหมายที่เกิดขึ้นจริง¹²

ในส่วนของประเทศไทยได้ยึดถือตามแนวความคิดทฤษฎีสมมติ (Fiction Theory) โดยถือว่านิติบุคคลอาศัยอำนาจรัฐและกระบวนการนิติบัญญัติ ทำให้มีผลทางกฎหมายมารองรับฐานะและสภาพของนิติบุคคล ซึ่งโดยทั่วไปแล้วมีหลักเกณฑ์และองค์ประกอบของนิติบุคคล ดังนี้คือชื่อ (name) วัตถุประสงค์ (objective) ขอบอำนาจหน้าที่ของนิติบุคคล (scope of duty and power) ผู้แทน (representative) อำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้แทน (scope of power duty and responsibility) เงินทุนหรือทรัพย์สิน (capital or property) วิธีการดำเนินงาน (administration) การดำเนินงานที่มีลักษณะต่อเนื่อง (continuity) และภูมิลำเนา (domicile) เป็นต้น ซึ่งสิ่งเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าเป็นสิ่งที่กฎหมายรับรองหรือให้อำนาจนั่นเอง¹³

2.2 หลักความไว้วางใจ (Fiduciary Duties)

หลักความไว้วางใจ หรือ Fiduciary Duties หมายถึง หน้าที่หรือความรับผิดชอบของบุคคลที่มีหน้าที่ดูแลหรือจัดการทรัพย์สินหรือกิจการของบุคคลอื่นในอันที่จะต้องดูแลทรัพย์สิน

¹¹ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติบุคคลและความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิศาสตราจารย์ ดร. อุกฤษ มงคลนาวิน ร่วมกับ นิติธรรม, 2549), น. 9.

¹² Harry G. Henn, *Handbook of the law of Corporations and Other Enterprise*, 2 nd Edition (West Publishing Co., 1970), p. 107. อ้างถึงใน ธราทิพย์ ปิยะเชิธรสวัสดิ, “ความรับผิดชอบในทางกฎหมายของกรรมการเงาต่อบริษัทจำกัด : ศึกษากรณีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2552), น. 14.

¹³ เพิ่งอ้าง, น. 13-14.

หรือกิจการของผู้อื่นด้วยเจตนาที่สุจริต¹⁴ ในบริษัทมหาชนจำกัดกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งจากผู้ถือหุ้นเนื่องจากเป็นผู้ได้รับความไว้วางใจให้บริหารกิจการของบริษัท กรรมการจึงต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้น หลักความไว้วางใจก่อให้เกิดหน้าที่ 4 ประการ ซึ่งกรรมการจะต้องปฏิบัติ ดังนี้

2.2.1 กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง (Duty of Care)

การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังเพื่อรักษาประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้น การใช้ดุลพินิจหรือการตัดสินใจของกรรมการต้องอยู่บนพื้นฐานของความระมัดระวัง กล่าวคือ กรรมการต้องบริหารตามมาตรฐานที่ธุรกิจมีใช้มาตรฐานของบุคคลทั่วไป แม้ว่ากฎหมายจะมีได้กำหนดมาตรฐานของการปฏิบัติหน้าที่ด้วยระมัดระวังเอาไว้แต่การบริหารงานของกรรมการในบริษัทมหาชนย่อมเกี่ยวข้องกับประชาชนเป็นจำนวนมาก หากกรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังย่อมส่งผลกระทบต่อประชาชนซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นเป็นอย่างมาก

อย่างไรก็ตามหากกรรมการได้ใช้ดุลพินิจหรือตัดสินใจผิดพลาดอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท กรรมการอาจไม่ต้องรับผิดชอบหากว่ากรรมการได้ใช้ดุลพินิจหรือตัดสินใจไปโดยใช้ความรอบคอบและระมัดระวัง¹⁵

2.2.2 กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty)

กรรมการของบริษัทเป็นบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจจากผู้ถือหุ้นเพื่อให้เป็นผู้ดำเนินกิจการของบริษัท กล่าวคือ การดำรงตำแหน่งกรรมการบริษัทเป็นเรื่องที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการพิจารณาคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้ได้รับเลือกตั้งเป็นกรรมการเป็นสำคัญ¹⁶ ดังนั้น กรรมการจึงต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อรักษาประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้น การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) หมายความว่ารวมถึง การตัดสินใจโดยไม่มีอคติขัดแย้ง

¹⁴ รัชดาพร ลังวร, “Fiduciary Duties กับความรับผิดชอบของกรรมการและผู้บริหารในบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์,” วารสารกระบวนการยุติธรรม, เล่มที่ 1, ฉบับที่ 1, น. 59 (มิถุนายน – กันยายน 2551).

¹⁵ บุศรา เจตนัจฉานจิต, “การคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยในบริษัทเอกชน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), น. 52.

¹⁶ นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์, หลักกฎหมายหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555), น, 340.

ทางด้านผลประโยชน์ (Conflict of interest) การกระทำที่มีจุดมุ่งหมายโดยชอบ (proper purpose) การไม่นำข้อมูลหรือโอกาสของบริษัทไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่น¹⁷

2.2.3 กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับ และมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น (Duty of Obedience)

กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับ และมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น (Duty of Obedience) ดังนี้

2.2.3.1 กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 อันเป็นกฎหมายพื้นฐานของบริษัท นอกจากนี้กรรมการยังต้องปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย หรือระเบียบอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย

2.2.3.2 กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ตามวัตถุประสงค์ของบริษัท โดยที่วัตถุประสงค์ของบริษัทมีความสำคัญในการกำหนดกรอบหรือทิศทางกำหนัดกิจการของบริษัท ดังนั้น กรรมการจึงต้องกระทำภายในขอบวัตถุประสงค์ กรรมการไม่อาจกระทำการใด ๆ นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในวัตถุประสงค์ หากกรรมการได้กระทำการนอกเหนือจากขอบวัตถุประสงค์ย่อมไม่มีผลผูกพันบริษัท

2.2.3.3 กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ตามข้อบังคับของบริษัท ซึ่งข้อบังคับของบริษัทมีขึ้นเพื่อเป็นระเบียบในการปฏิบัติหรือดำเนินการ โดยที่ข้อบังคับต้องไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนั้น กรรมการจึงมีหน้าที่ปฏิบัติตามข้อบังคับของบริษัท

2.2.3.4 กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ตามมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น แม้ว่าการดำเนินการของบริษัทรกรรมการย่อมมีอำนาจในการดำเนินการใด ๆ ได้อย่างเต็มที่ แต่การดำเนินการของกรรมการย่อมอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่นำมาลงทุนกับบริษัทและเป็นผู้มีส่วนได้เสียในทรัพย์สินทั้งหลายของบริษัท ดังนั้น มติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นจึงเป็นสิ่งที่กรรมการต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด

2.2.4 กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่เพื่อกำกับดูแลให้มีการเปิดเผยข้อมูลอย่างถูกต้อง ครบถ้วน โปร่งใส และทันเวลา (Duty of Disclosure)

¹⁷ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, “คู่มือกรรมการบริษัทจดทะเบียน น. 12,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2565, จาก <https://publish.sec.or.th/nrs/499a5.pdf>

นอกจากหน้าที่ต่าง ๆ ของกรรมการดังที่ได้กล่าวมาแล้ว กรรมการยังมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติเพื่อกำกับดูแลให้มีการเปิดเผยข้อมูลอย่างถูกต้อง ครบถ้วน โปร่งใส และทันเวลา (Duty of Disclosure) เพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of interest) ระหว่างกรรมการและบริษัท

2.3 หลักการในการให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อย (Minority Protection)

การลงมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชนจำกัดย่อมใช้หลักเสียงข้างมาก (Majority Rule) เนื่องจากผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชนจำกัดมีจำนวนมากการลงมติดังนั้นเป็นเอกฉันท์ย่อมเป็นไปได้ยาก ดังนั้น แม้ผู้ถือหุ้นข้างน้อยจะไม่เห็นด้วยกับการลงมติในเรื่องนั้น ๆ แต่ผู้ถือหุ้นข้างน้อยก็ต้องยอมรับตามมติของฝ่ายเสียงข้างมาก อย่างไรก็ตาม การใช้หลักเสียงข้างมากในการลงมติของบริษัทอาจก่อให้เกิดการครอบงำกิจการโดยผู้ถือหุ้นข้างมาก ซึ่งผู้ถือหุ้นข้างน้อยอาจได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมจากผู้ถือหุ้นข้างมากหรือจากกรรมการได้¹⁸ ผู้ถือหุ้นข้างน้อยที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมจึงต้องได้รับการคุ้มครอง

หลักการในการให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 กำหนดให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นดำเนินการปกป้องหรือคุ้มครองตนไว้ 3 ประการ¹⁹ ดังนี้

2.3.1 สิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท (Derivative Action)

ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการกฎหมายกำหนดให้กรรมการต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับ ตลอดจนมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวัง รักษาผลประโยชน์ของบริษัท หากคณะกรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดอันเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย บริษัทสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการผู้กระทำความผิดได้โดยการตัดสินใจของคณะกรรมการ แต่อย่างไรก็ตามในกรณีดังกล่าวกรรมการย่อมอยู่ในฐานะที่ไม่สามารถตัดสินใจฟ้องร้องดำเนินคดี เนื่องจากกรรมการอาจเป็นผู้กระทำความผิดเองหรือกรรมการผู้ที่กระทำความผิดมีความใกล้ชิด อันส่งผลให้บริษัทและผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหาย มาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 จึงให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทได้

สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่สำคัญประการหนึ่งในการให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นรายย่อยในบริษัทมหาชนจำกัด เนื่องจากสิทธิดังกล่าวกฎหมายมุ่งคุ้มครองผู้ถือหุ้นรายย่อยให้สามารถดูแลตรวจสอบกรรมการของบริษัทว่าบริหารกิจการของบริษัทด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัทหรือไม่ เพราะโดยหลักแล้วบุคคลที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

¹⁸ เพิ่งอ้าง, น. 99.

¹⁹ เพิ่งอ้าง, น. 100.

ในกรณีที่บริษัทได้รับความเสียหายก็คือกรรมการหรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท ผู้ถือหุ้นรายย่อยไม่มีสิทธิฟ้องคดี เนื่องจากอาจเป็นการแทรกแซงการบริหารงานของกรรมการ²⁰ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อบริษัทได้รับความเสียหายและกรรมการของบริษัทไม่ได้ดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้กระทำความผิด ผู้ถือหุ้นย่อมมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทเพื่อประโยชน์ของบริษัท

2.3.2 สิทธิในการเพิกถอนมติที่ประชุม

การประชุมผู้ถือหุ้นมีความสำคัญต่อการบริหารกิจการของบริษัท เนื่องจากในการบริหารกิจการของบริษัทบางอย่างกฎหมายกำหนดให้ต้องใช้มติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการลงมติ เช่น เรื่องการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการ การแต่งตั้งผู้สอบบัญชีและกำหนดค่าตอบแทนของผู้สอบบัญชี การกำหนดค่าตอบแทนกรรมการ เป็นต้น ดังนั้น ในการประชุมผู้ถือหุ้นบริษัทต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือข้อบังคับของบริษัท ใดก็ตาม หากในการประชุมผู้ถือหุ้นได้มีการฝ่าฝืนกฎหมายหรือข้อบังคับของบริษัทผู้ถือหุ้นย่อมมีสิทธิที่จะร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนมติที่ประชุมดังกล่าวได้ ตามมาตรา 108 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งมีจำนวนไม่น้อยกว่าห้าคนหรือผู้ถือหุ้นซึ่งมีหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดสามารถร้องขอให้ศาลเพิกถอนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้ โดยพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้กำหนดเหตุแห่งการเพิกถอนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นไว้ ดังนี้

2.3.2.1 การนัดประชุมไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 หรือข้อบังคับของบริษัท เช่น การนัดประชุมตามมาตรา 101 ประกอบมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 กำหนดให้ ในการเรียกประชุมให้คณะกรรมการจัดทำหนังสือนัดประชุมจัดส่งให้ผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่า 7 วันก่อนวันประชุม พร้อมทั้งต้องโฆษณาบอกกล่าวนัดประชุมในหนังสือพิมพ์ไม่น้อยกว่า 3 วันก่อนวันประชุมและติดต่อกันไม่น้อยกว่า 3 วัน เป็นต้น

2.3.2.2 การลงมติไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 หรือข้อบังคับของบริษัท เช่น ในการลงมติเรื่องการแก้ไขหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัท (ชื่อบริษัท, วัตถุประสงค์, การเพิ่มทุนหรือลดทุนจดทะเบียนของบริษัท, จังหวัดที่ตั้งสำนักงาน) ต้องใช้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมและมีสิทธิออกเสียง หรือในการลงมติเรื่องค่าตอบแทนของกรรมการต้องใช้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุม หรือในการลงมติเรื่องการแต่งตั้งผู้สอบบัญชีหรือกำหนด

²⁰ เนติรัตน์ อรรถกวีตติลป์, “การคุ้มครองผู้ถือหุ้นรายย่อยในบริษัทมหาชนจำกัด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2539), น. 90.

ค่าตอบแทนของผู้สอบบัญชีต้องใช้คะแนนเสียงข้างมากของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมและออกเสียงลงคะแนน

สิทธิดังกล่าวเป็นการคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยในอีกรูปแบบหนึ่งเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ถือหุ้นข้างมากหรือกรรมการกระทำการใด ๆ ที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายหรือข้อบังคับของบริษัทในการจัดการประชุมผู้ถือหุ้น หากมีการฝ่าฝืนผู้ถือหุ้นข้างน้อยสามารถใช้สิทธิดังกล่าวเพื่อเพิกถอนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้

2.3.3 สิทธิในการขอให้มีการตรวจการงานของบริษัท

สิทธิดังกล่าวเป็นกรณีที่ผู้ถือหุ้นมีเหตุสงสัยว่ากรรมการหรือผู้ถือหุ้นข้างมากมีพฤติกรรมไม่สุจริตในการบริหารกิจการของบริษัท โดยผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งมีหุ้นนับรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดอาจทำหนังสือขอให้นายทะเบียนแต่งตั้งผู้ตรวจสอบเพื่อดำเนินการตรวจสอบกิจการ, ฐานะการเงินของบริษัท หรือการดำเนินงานของคณะกรรมการก็ได้ โดยผู้ถือหุ้นต้องระบุเหตุผลและประเด็นที่จะให้ตรวจสอบโดยชัดเจน²¹ อย่างไรก็ตาม นายทะเบียนอาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่คนหนึ่งหรือหลายคน เป็นผู้ตรวจสอบ เพื่อดำเนินการตรวจสอบบริษัทก็ได้เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยตามที่กฎหมายกำหนด²² โดยอำนาจของผู้ตรวจสอบมีอำนาจในการตรวจสอบการงานของบริษัท เช่น เข้าไปสำนักงานและสถานที่ใด ๆ ของบริษัทระหว่างเวลาทำการของบริษัท, สั่งกรรมการ พนักงาน ลูกจ้าง ผู้ดำรงตำแหน่งใด ๆ ของบริษัทและตัวแทนของบริษัท และผู้สอบบัญชี รวมทั้งบุคคลซึ่งเคยดำรงตำแหน่งหรือมีหน้าที่ดังกล่าวและพ้นจากตำแหน่งหรือหน้าที่ไม่เกินหนึ่งปีมาให้ถ้อยคำ²³ เป็นต้น

การที่กฎหมายกำหนดให้นายทะเบียนสามารถแต่งตั้งผู้ตรวจสอบได้เป็นการเปิดโอกาสให้รัฐเข้ามาดูแลผลประโยชน์ของบริษัท เนื่องจากเมื่อนายทะเบียนได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการบริหารจัดการของบริษัทที่น่าสงสัย ไม่ว่าจะจากผู้ถือหุ้นข้างน้อยหรือผู้ถือหุ้นข้างมาก นายทะเบียนก็สามารถแต่งตั้งผู้ตรวจสอบได้ นับเป็นการคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยอีกทางหนึ่ง²⁴

2.4 ทฤษฎีการกำกับดูแลกิจการ หรือบรรษัทภิบาล (Corporate governance)

การกำกับดูแลกิจการ หรือบรรษัทภิบาล (Corporate governance) หมายถึง การการกำกับดูแลกิจการที่เป็นไปเพื่อการสร้าง คุณค่าให้กิจการอย่างยั่งยืน นอกเหนือจากการสร้างความเชื่อมั่น

²¹ มาตรา 128 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

²² มาตรา 129 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535

²³ มาตรา 130 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535

²⁴ เติ้งฮ้าง, น. 85.

ให้แก่ผู้ลงทุน²⁵ เนื่องจากบริษัทจดทะเบียนเป็นกลไกสำคัญในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจของประเทศ ดังนั้นคณะกรรมการบริษัท ฝ่ายจัดการและหน่วยงานภายในองค์กรจึงควรมีบทบาทสำคัญในการส่งเสริมให้องค์กรมีบรรษัทภิบาลหรือการกำกับดูแลกิจการที่ดี เพื่อให้บริษัทสามารถสร้างมูลค่าเพิ่มให้กับทั้งตนเองและสังคมได้อย่างยั่งยืน โดยต้องมีการวางโครงสร้างและระบบการกำกับดูแลกิจการอย่างมีประสิทธิภาพทั้งด้านการกำกับดูแล การติดตาม และการประเมินผล เพื่อให้ทุกฝ่ายมีแนวปฏิบัติไปในทิศทางเดียวกันตามหลักพื้นฐานการกำกับดูแลกิจการที่ดี 5 ประการ ได้แก่

1. ความซื่อสัตย์ (Integrity) คือ การบริหารจัดการด้วยความซื่อสัตย์สุจริตน่าเชื่อถือ และยึดมั่นในความถูกต้อง

2. ความยุติธรรม (Fairness) คือ การปฏิบัติต่อผู้มีส่วนได้เสียขององค์กรอย่างเป็นธรรม

3. ความโปร่งใส (Transparency) คือ การดำเนินงานที่มีการเปิดเผยข้อมูลอย่างโปร่งใสแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องและสามารถตรวจสอบได้

4. ความรับผิดชอบ (Responsibility) คือ การปฏิบัติตามบทบาทหน้าที่ที่อยู่ในความรับผิดชอบของตนด้วยสติปัญญาและความสามารถอย่างเต็มกำลัง มุ่งมั่นให้งานสำเร็จและพัฒนางานให้ดีขึ้น

5. การรับผิดชอบ (Accountability) คือ ความรับผิดชอบและรับชอบในผลของการกระทำที่เกิดขึ้น อันเนื่องจากการกระทำ การสั่งการ การมอบหมาย และการตัดสินใจ ตามบทบาทหน้าที่ของตนเอง โดยสามารถชี้แจงและอธิบายการตัดสินใจนั้นได้²⁶

โครงสร้างองค์กรที่มีการกำกับดูแลกิจการที่ดี ควรประกอบด้วยคณะกรรมการที่เป็นตัวแทนในการรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้น และมีความเป็นอิสระจากฝ่ายจัดการเพื่อกำกับดูแลกิจการให้ เป็นไปตามกฎหมายตามวัตถุประสงค์ ข้อบังคับและมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น²⁷ นอกจากนี้เพื่อให้ คณะกรรมการบริหารกิจการของบริษัทได้อย่างมีประสิทธิภาพ คณะกรรมการสามารถแต่งตั้ง คณะกรรมการชุดย่อยขึ้นมาทำหน้าที่แทนได้ตามความจำเป็น เช่น คณะกรรมการสรรหา คณะกรรมการกำหนดค่าตอบแทน คณะกรรมการกำกับดูแลกิจการที่ดี และคณะกรรมการความเสี่ยง โดยพิจารณาจากความต้องการของบริษัท ความเชี่ยวชาญของบุคคลที่ได้รับคัดเลือก หรือ

²⁵ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, “หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี สำหรับบริษัทจดทะเบียน ปี 2560, น. 4,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2565, จาก <https://www.sec.or.th/cgthailand/TH/Documents/Regulation/CGCode.pdf>

²⁶ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, “Corporate governance,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2565, จาก <https://www.setsustainability.com/page/corporate-governance>

²⁷ เติ้งฮ้าง.

ความซับซ้อนในการดำเนินธุรกิจ เป็นต้น นอกจากนี้บริษัทต้องมีการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ (Check & balance) ในระหว่างหน่วยงานของบริษัทเพื่อป้องกันความเสี่ยง เช่นจัดให้มีหน่วยงานบริหารความเสี่ยง (Risk function) หน่วยงานตรวจสอบ (Control function) และหน่วยงานกำกับดูแล (Compliance function) จึงจะถือว่าบริษัทมีระบบการกำกับดูแลกิจการที่ดี

การกำกับดูแลกิจการจะทำให้กิจการมีระบบการบริหารและการจัดการที่มีคุณภาพ รวมทั้งมีการเปิดเผยข้อมูลที่โปร่งใส และมีผลการปฏิบัติงานที่เป็นมาตรฐาน เพื่อส่งเสริมประสิทธิภาพ สร้างความสามารถในการแข่งขัน และเพิ่มมูลค่าแก่กิจการ ซึ่งจะสร้างความพึงพอใจให้แก่ผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย²⁸ ประโยชน์ของการกำกับดูแลกิจการที่ดี คือ ก่อให้เกิดความโปร่งใสให้ผู้ถือหุ้นสามารถตรวจสอบการบริหารจัดการของบริษัทได้ สร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้ลงทุนและผู้ถือหุ้น รวมทั้งยังเป็นการป้องกันการทุจริตภายในองค์กร ส่งผลดีต่อองค์กรธุรกิจทำให้ธุรกิจเจริญก้าวหน้า นอกจากนี้การดำเนินธุรกิจที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย และศีลธรรมอันดีของสังคมจะทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายได้รับความเป็นธรรมและไม่ก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิของผู้ที่เกี่ยวข้อง

2.5 ประเภทของนิติบุคคลที่เป็นบริษัท

รูปแบบองค์กรธุรกิจที่เป็นบริษัทในประเทศไทยแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ คือ บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด ดังนี้

2.5.1 บริษัทจำกัด

บริษัทจำกัดเป็นรูปแบบองค์กรธุรกิจซึ่งจัดตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยบริษัทจำกัดเกิดจากการก่อการของบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปและจัดตั้งเป็นบริษัทจำกัด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรจากการดำเนินกิจการนั้นมาแบ่งกัน บริษัทจำกัดจะแบ่งทุนออกเป็นหุ้นมูลค่าหุ้นละเท่า ๆ กัน บุคคลที่ผู้ลงทุนในบริษัทเรียกว่า ผู้ถือหุ้น ซึ่งผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบไม่เกินจำนวนเงินที่ตนถือหุ้น และเมื่อได้มีการจดทะเบียนแล้วบริษัทจำกัดจะมีสภาพเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น

แต่เดิมนั้น การประกอบธุรกิจในรูปแบบบริษัทจำกัดมีความยุ่งยากกว่าในปัจจุบัน เนื่องจากในการจัดตั้งต้องมีผู้เริ่มก่อการอย่างน้อย 7 คน และไม่สามารถจดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิพร้อมกับการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทพร้อมกันภายในวันเดียวได้ ดังนั้น จึงได้มีการตรากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องห้างหุ้นส่วนและบริษัทครั้งใหญ่ เพื่อส่งเสริมการประกอบธุรกิจในรูปแบบบริษัทจำกัด โดยมีการแก้ไขเรื่องสำคัญ ๆ เช่น การแก้ไข

²⁸ บริษัท โปรซอฟท์ อีอาร์พี จำกัด, “การกำกับดูแลกิจการที่ดีส่งผลต่อความสำเร็จของธุรกิจเอกชน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2565, จาก <https://www.prosofterp.com/Article/Detail/150574>

จำนวนผู้เริ่มก่อการให้เหลือเพียง 3 คนขึ้นไปจากเดิมที่ต้องมีอย่างน้อย 7 คน การแก้ไขขั้นตอนการจดทะเบียนบริษัทโดยสามารถจดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิพร้อมกับการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทพร้อมกันภายในวันเดียวได้ จึงทำให้ในปัจจุบัน การประกอบธุรกิจในรูปแบบบริษัทจำกัดเป็นรูปแบบที่ได้รับความนิยม เนื่องจากมีความคล่องตัวและมีความน่าเชื่อถือในการลงทุนมากกว่าการประกอบธุรกิจในรูปแบบของห้างหุ้นส่วน

2.5.2 บริษัทมหาชนจำกัด

2.5.2.1 ความเป็นมาของบริษัทมหาชนจำกัด

บริษัทมหาชนจำกัดเป็นรูปแบบองค์กรธุรกิจที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเมื่อ พ.ศ. 2521 แต่เดิมรูปแบบขององค์กรธุรกิจที่เป็นบริษัทในประเทศไทยมีเพียงรูปแบบเดียว คือ บริษัทจำกัดที่จัดตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ในบริษัทจำกัดมักจะเป็นบุคคลที่มีความใกล้ชิด หรือเป็นครอบครัวเดียวกัน ต่อมาการระดมเงินทุนจากภาคเอกชนได้รับความสนใจมากขึ้นตามลำดับ ซึ่งจะเห็นได้จากแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2510 - 2514) ที่คาดหมายว่าการสะสมเงินทุนภาคเอกชนจะมีจำนวนรวมถึง 92,800 ล้านบาท ในจำนวนนี้คาดว่าจะมาจากแหล่งเงินทุนที่เป็นนิติบุคคลและเอกชนในประเทศ 73,800 ล้านบาท แหล่งเงินทุนต่างประเทศ 10,000 ล้านบาท และเงินทุนจากธนาคารพาณิชย์ ประกันชีวิต และสถาบันการเงินต่าง ๆ 9,000 ล้านบาท²⁹ ธนาคารแห่งประเทศไทยด้วยคำแนะนำของธนาคารโลก จึงได้เชิญศาสตราจารย์ ดร. ซิดนีย์ เอ็ม ร็อบบินส์ (Dr. Sidney M. Robbins) ซึ่งเป็นศาสตราจารย์วิชาการเงินของมหาวิทยาลัยโคลัมเบีย นิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา มาช่วยศึกษาและให้ข้อเสนอแนะเพื่อพัฒนาตลาดทุนในประเทศไทย

จากการศึกษาภาวะตลาดทุนของประเทศไทยแล้ว ศาสตราจารย์ ดร. ซิดนีย์ เอ็ม ร็อบบินส์ ได้เขียนรายงานชื่อเรื่อง “ตลาดทุนในประเทศไทย” (A Capital Market in Thailand)³⁰ เสนอต่อธนาคารแห่งประเทศไทยในปี พ.ศ. 2513 โดยรายงานดังกล่าวมีข้อเสนอเกี่ยวกับแนวคิดในการจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัด (Public Company Limited) ซึ่งมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

²⁹ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, “การก่อกำเนิดตลาดหลักทรัพย์ไทย,” สืบค้นเมื่อ 5 ตุลาคม 2564, จาก https://www.set.or.th/th/about/overview/files/30years/Chapter1_2.pdf

³⁰ ร็อบบินส์ ซิดนีย์ เอ็ม, ตลาดทุนในประเทศไทย แปลโดยทวิ วิริยฑูรย์, (กรุงเทพมหานคร : ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2524), น. 30-41. อ้างถึงใน เนติรัตน์ อรรถวุฒิสิลป์, “การคุ้มครองผู้ถือหุ้นรายย่อยในบริษัทมหาชนจำกัด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2539), น. 21.

1. พิจารณากำหนดคุณสมบัติของกิจการที่เข้าข่ายเป็นบริษัทมหาชนจำกัด ควรให้สอดคล้องกับ Listing standard ที่ตลาดทุนกำหนดไว้ หลักการของ Listing standard มีจุดมุ่งหมาย 3 ประการ คือ

1.1 เป็นการระดมทุนจากประชาชนทั่วไป

1.2 ค้ำครองผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นรายย่อย

1.3 ควบคุมการบริหารงานของบริษัท

2. มีกฎหมายเกี่ยวกับตลาดหลักทรัพย์เพื่อให้มีการซื้อขายหุ้นของบริษัทโดยได้รับผลกำไรจากการซื้อขาย

3. ให้มีกฎหมายกเว้นภาษีหรือลดภาษีเป็นการส่งเสริมการซื้อขายหุ้น³¹

จากข้อเสนอดังกล่าวธนาคารแห่งประเทศไทยได้ตั้งคณะบุคคลเพื่อทำโครงการพัฒนาตลาดเงินทุนร่วมกับเจ้าหน้าที่ของกรมทะเบียนการค้า กระทรวงเศรษฐกิจ (ปัจจุบัน คือ กระทรวงพาณิชย์) ซึ่งที่ประชุมเห็นว่าการจัดให้มีบริษัทมหาชนเป็นสิ่งจำเป็นอันจะก่อให้เกิดตลาดหุ้น กระทรวงพาณิชย์จึงเป็นเจ้าของเรื่องในการร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดร่วมกับเจ้าหน้าที่โครงการพัฒนาตลาดทุน อันเป็นจุดเริ่มต้นของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2521

ต่อมาในปี พ.ศ. 2517 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2517 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะจัดให้มีแหล่งกลางสำหรับการซื้อขายหลักทรัพย์เพื่อส่งเสริมการออมทรัพย์และการระดมเงินทุนในประเทศ³² เมื่อมีการจัดตั้งตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยทำให้การประกอบธุรกิจการค้าและอุตสาหกรรมในรูปบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ขยายตัวเจริญก้าวหน้าไปมาก บริษัทจำกัดเป็นจำนวนมากที่มีทุนทรัพย์บริษัทหลายสิบถึงหลายร้อยล้านบาท ดำเนินธุรกิจมีมูลค่าคิดเป็นเงินรวมกันปีละหลายหมื่นล้านบาท และได้จำหน่ายหุ้นให้แก่ประชาชนทั่วไปมาหลายปีแล้วจนกระทั่งบริษัทหนึ่ง ๆ มีผู้ถือหุ้นเป็นจำนวนมาก แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทที่ใช้บังคับอยู่ นอกจากจะไม่สามารถคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนผู้ถือหุ้นในบริษัทดังกล่าวได้อย่างเพียงพอ และยังไม่ให้อำนาจผู้ถือหุ้นควบคุมการบริหารงานของบริษัทอย่างใกล้ชิดเป็นเหตุให้

³¹ ประเสริฐ นาสกุล, (2522). “ที่มาและการร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521,” วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ฉบับพิเศษ, อ้างถึงใน ศิรินันท์ เทียงวิบูลย์วงศ์, “กฎหมายบริษัทมหาชนจำกัดในประเทศไทย ศึกษาในแง่ปัญหาตามตัวบทกฎหมายและข้อเท็จจริงในการปฏิบัติ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524).

³² ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, “ประวัติและบทบาท,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2565, จาก https://classic.set.or.th/th/about/overview/history_p1.html

เกิดปัญหา หากปล่อยให้ภาวะการณ์เช่นนี้คงอยู่ต่อไปโดยไม่รีบแก้ไข ย่อมจะเป็นภัยอันตรายต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ จำเป็นต้องแก้ไขปรับปรุงกฎหมายปัจจุบันให้เหมาะสมกับกาลสมัย เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนผู้ถือหุ้น และให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมเป็นเจ้าของกิจการต่าง ๆ มากขึ้น อันจะเป็นช่องทางช่วยระดมเงินทุนเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศและพัฒนาตลาดหลักทรัพย์³³ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 ขึ้น ซึ่งในการร่างพระราชบัญญัตินี้ได้กล่าวไว้ใช้ระยะเวลาถึง 9 ปี ตั้งแต่เดือนกันยายน พ.ศ. 2513 ถึงเดือนธันวาคม พ.ศ. 2521 โดยได้ทูลเกล้าฯ ถวายให้พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวลงพระปรมาภิไธย เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม พ.ศ. 2521 โดยให้พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 มีผลบังคับใช้ภายใน 120 วันนับตั้งแต่วันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา (ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ. 2521) ทำให้รูปแบบองค์กรธุรกิจที่เป็นบริษัทในประเทศไทยมี 2 รูปแบบ คือ บริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และบริษัทมหาชนจำกัดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด

อย่างไรก็ตาม การจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัดยังไม่แพร่หลายเท่าที่ควร เนื่องจากพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 มีบทบัญญัติบางมาตรายังไม่เอื้ออำนวยต่อการประกอบธุรกิจการค้าและอุตสาหกรรมในรูปบริษัทมหาชนจำกัด³⁴ ประกอบกับมีบทลงโทษกรรมการในทางอาญาที่รุนแรง มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นรายย่อยมากเกินไป ดังนั้น เพื่อส่งเสริมการจัดตั้งหรือการดำเนินการของบริษัทมหาชนจำกัดให้คล่องตัวยิ่งขึ้น จึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

2.5.2.2 ความหมายของบริษัทมหาชนจำกัด

บริษัทมหาชนจำกัด คือ บริษัทประเภทซึ่งตั้งขึ้นด้วยความประสงค์ที่จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชนโดยผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัดไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ต้องชำระและบริษัทดังกล่าวได้ระบุนามประสงคฺ์เช่นนั้นไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ³⁵

ปัจจุบันการประกอบธุรกิจในรูปแบบบริษัทมหาชนจำกัดกำลังได้รับความนิยมจากนักลงทุนและผู้ประกอบธุรกิจ และธุรกิจบางประเภทได้มีการกำหนดให้การค้าเนินธุรกิจต้องดำเนินการในรูปแบบบริษัทมหาชนจำกัด เช่น ธุรกิจประกันวินาศภัย³⁶ ธุรกิจประกันชีวิต³⁷ ธุรกิจ

³³ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521

³⁴ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

³⁵ มาตรา 15 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

³⁶ มาตรา 4 ประกอบมาตรา 6 พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติมโดย

พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551

สถาบันการเงิน³⁸ เป็นที่สังเกตได้ว่าการประกอบกิจการประเภทอุตสาหกรรมขนาดใหญ่หรือกิจการด้านการเงินหรือการลงทุนซึ่งต้องใช้เงินเป็นจำนวนมากจะกระทำในรูปของบริษัทมหาชนจำกัด³⁹ เนื่องจากบริษัทมหาชนสามารถระดมทุนได้อย่างกว้างขวาง ดังนั้น กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับบริษัทมหาชนจำกัดจึงมีความเข้มงวดและเคร่งครัดกว่าบริษัทจำกัด เนื่องจากเป็นองค์กรธุรกิจที่เกี่ยวข้องประชาชนเป็นจำนวนมาก

2.5.2.3 โครงสร้างของบริษัทมหาชนจำกัด

บริษัทมหาชนจำกัดมีฐานะเป็นนิติบุคคล มีตัวตนทางกฎหมายแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นบริษัทจึงมีสิทธิ หน้าที่ ทรัพย์สิน และทำนิติกรรมในนามของตนได้ รวมถึงสามารถฟ้องคดีหรือเป็นผู้ถูกฟ้องคดีได้เช่นกัน แต่ในการดำเนินกิจการต่าง ๆ ของบริษัทต้องอาศัยบุคคลธรรมดาในการกระทำการแทน คือ กรรมการของบริษัท ซึ่งกรรมการของบริษัทจะเป็นผู้แทนในการแสดงความประสงค์หรือเจตจำนงของบริษัท โดยในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการนั้น กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท⁴⁰ นอกจากนี้กรรมการซึ่งมีบทบาทในการดำเนินกิจการของบริษัทแล้ว บุคคลที่มีความสำคัญต่อบริษัทมหาชนจำกัดอีกบุคคลหนึ่งคือ ผู้ถือหุ้นของบริษัท ซึ่งเป็นผู้นำเงินมาลงทุนในบริษัทมหาชน และมีบทบาทในการควบคุมการดำเนินกิจการของบริษัทผ่านทาง การประชุมผู้ถือหุ้น อย่างไรก็ตามแม้ว่าผู้ถือหุ้นจะมีอำนาจในการควบคุมการดำเนินกิจการของบริษัท แต่การดำเนินกิจการของบริษัทกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกรรมการ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาโครงสร้างของบริษัทมหาชนจำกัด เพื่อทราบถึงอำนาจ หน้าที่ และความรับผิดชอบของกรรมการ รวมถึงสิทธิของผู้ถือหุ้นตามกฎหมายซึ่งโครงสร้างสำคัญของของบริษัทมหาชนจำกัดสามารถ แบ่งได้ 2 ส่วน คือ กรรมการซึ่งเป็นผู้แทนของบริษัท และผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นผู้ลงทุนในบริษัท

2.5.2.3.1 กรรมการ

โดยที่บริษัทเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย ไม่มีตัวตนที่แท้จริง ดังนั้นในการดำเนินกิจการของบริษัทจึงต้องมีบุคคลมาดำเนินการ ซึ่งกฎหมายได้กำหนดให้บุคคลที่จะเป็นผู้ดำเนินการของ

³⁷ มาตรา 5 ประกอบมาตรา 7 พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกันชีวิต (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551

³⁸ มาตรา 4 ประกอบมาตรา 9 พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551

³⁹ นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธ์, หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2555), น. 285.

⁴⁰ มาตรา 85 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

บริษัทหรือเป็นผู้แทนของบริษัท คือ กรรมการ โดยกรรมการของบริษัทมหาชนต้องประกอบด้วย กรรมการอย่างน้อยห้าคน⁴¹ มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้และไม่มีลักษณะต้องห้ามในการ เป็นกรรมการของบริษัท เนื่องจากกรรมการมีฐานะเป็นผู้แทนของบริษัท การกระทำใด ๆ ของ กรรมการที่ได้กระทำไปภายในขอบอำนาจ บริษัทต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการ กระทำดังกล่าว กรรมการย่อมมีอำนาจในการบริหารกิจการบริษัทได้อย่างกว้างขวางเพื่อให้เป็นไป ตาม วัตถุประสงค์ ข้อ บังคับ ตลอดจนมติของ ที่ประชุมผู้ถือหุ้น เว้นแต่ มีกฎหมายหรือข้อบังคับจำกัดอำนาจของกรรมการไว้ ดังนั้น การใดที่เป็นกิจการภายในขอบ วัตถุประสงค์ของบริษัทกรรมการย่อมสามารถกระทำได้ โดยอำนาจของกรรมการอาจเป็น อำนาจโดยชัดแจ้งที่มีอยู่ตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ หรือข้อบังคับของบริษัท รวมถึงมติของ ที่ประชุมผู้ถือหุ้น หรือเป็นอำนาจโดยปริยายในการกระทำต่าง ๆ ที่จำเป็นเหมาะสมในการบริหาร จัดการบริษัท หากกรรมการกระทำการใด ๆ เกินขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทย่อมไม่ผูกพันบริษัท และกรรมการย่อมต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว

นอกจากกรรมการจะมีอำนาจในการบริการกิจการของบริษัทแล้วกรรมการยังมีหน้าที่ที่ ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 กำหนด คือ

1. หน้าที่ในการปฏิบัติเป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น

2. หน้าที่ในการจัดการงานด้วยความระมัดระวัง กล่าวคือ กรรมการต้องบริหารตาม มาตรฐานนักธุรกิจมิใช่มาตรฐานของบุคคลทั่วไป แม้ว่ากฎหมายจะมีได้กำหนดมาตรฐานของการ ปฏิบัติหน้าที่ด้วยระมัดระวังเอาไว้แต่การบริหารงานของกรรมการในบริษัทมหาชนย่อมเกี่ยวข้องกับ ประชาชนเป็นจำนวนมาก หากกรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังย่อมส่งผลเสียต่อ ประชาชนซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นเป็นอย่างมาก

3. หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต เนื่องจากกรรมการของบริษัทมหาชนจำกัดเป็น บุคคลที่ได้รับความไว้วางใจจากผู้ถือหุ้นเพื่อให้เป็นผู้ดำเนินกิจการของบริษัท กล่าวคือ การดำรง ตำแหน่งกรรมการบริษัทเป็นเรื่องที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการพิจารณาคุณสมบัติเฉพาะตัวของ ผู้ได้รับเลือกตั้งเป็นกรรมการเป็นสำคัญ⁴² ดังนั้น กรรมการจึงต้องปฏิบัติหน้าที่เพื่อรักษาประโยชน์ของ บริษัทและผู้ถือหุ้น หน้าที่ดังกล่าว เช่น ห้ามมิให้กรรมการประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกัน และเป็น การแข่งขันกับกิจการของบริษัท ห้ามมิให้กรรมการเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือ เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นกรรมการของบริษัทเอกชนหรือบริษัท

⁴¹ มาตรา 67 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

⁴² เติ้งฮ้าง, น. 340.

อื่นที่ประกอบกิจการอมีสภาพเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ตนหรือประโยชน์ผู้อื่น

ทั้งนี้ หน้าที่ในการปฏิบัติตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการนี้ถือว่าเป็นหน้าที่ที่สำคัญอย่างยิ่งของกรรมการ เนื่องจากการเป็นกรรมการนั้นย่อมเกิดจากความไว้วางใจของผู้ถือหุ้น ในการเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่ง หากกรรมการได้กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าว บริษัทย่อมสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการผู้กระทำการฝ่าฝืนได้

4. หน้าที่เพื่อความโปร่งใสของกรรมการ เป็นหน้าที่เพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of interest) ระหว่างกรรมการและบริษัท เช่น หน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับส่วนได้เสียของกรรมการ ตามมาตรา 88 หน้าที่ต้องห้ามมิให้กรรมการซื้อขายทรัพย์สินกับบริษัท ตามมาตรา 87 หน้าที่ในการห้ามมิให้บริษัทให้กู้ยืมเงินแก่กรรมการของบริษัทตามมาตรา 89 หน้าที่ห้ามมิให้บริษัทจ่ายเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดให้แก่กรรมการ ตามมาตรา 90

อย่างไรก็ตาม หากกรรมการกระทำการใด ๆ อันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวแล้ว กรรมการย่อมต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยความรับผิดชอบของกรรมการมีทั้งความรับผิดทางแพ่งและความรับผิดทางอาญา โดยความรับผิดทางแพ่งของกรรมการแบ่งได้ตามความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

1. ความรับผิดของกรรมการต่อบริษัท ในกรณีที่กรรมการกระทำการหรือละเว้นกระทำการเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท บริษัทย่อมมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการอย่างไรก็ตาม หากบริษัทไม่ดำเนินการใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการ กฎหมายบัญญัติให้ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนมีสิทธิซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ หากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นนั้นแจ้ง ผู้ถือหุ้นนั้น ๆ จะนำคดีขึ้นฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทก็ได้

2. ความรับผิดของกรรมการต่อผู้ถือหุ้น บุคคลซึ่งเข้ารับหน้าที่เป็นกรรมการของบริษัท ย่อมต้องบริหารกิจการของบริษัทให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ผู้ถือหุ้นและบริษัท และต้องปฏิบัติตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ดังนั้น หากกรรมการละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องให้กรรมการรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นได้

3. ความรับผิดของกรรมการต่อบุคคลภายนอก ตามมาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 กำหนดให้ ความเกี่ยวพันระหว่างกรรมการกับบุคคลภายนอกให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน ดังนั้น การกระทำใด ๆ ของกรรมการที่ได้กระทำไปภายในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทการกระทำดังกล่าวย่อมผูกพันบริษัทแม้จะเกิด

ความเสียหายแก่บุคคลภายนอกกรรมการไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว แต่บริษัทจะเป็นผู้รับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก แต่หากกรรมการได้กระทำการนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทและบริษัทไม่ได้ให้สัตยาบันการกระทำนั้นย่อมไม่ผูกพันบริษัท หากเกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก กรรมการต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเป็นการส่วนตัว

นอกจากนี้ ความรับผิดชอบของกรรมการยังมีความรับผิดชอบทางอาญา โดยกรรมการต้องรับผิดชอบทางอาญาต่อเมื่อมีบทกฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้มีการบัญญัติให้กรรมการต้องรับผิดชอบทางอาญา เมื่อกรรมการได้กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น คณะกรรมการไม่ดำเนินการจัดส่งหนังสือเชิญประชุมให้แก่ผู้ถือหุ้นตามมาตรา 101 คณะกรรมการต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท ตามมาตรา 195 หรือคณะกรรมการไม่ดำเนินการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงกรรมการ อำนาจกรรมการ และอื่น ๆ ภายในสิบสี่วันนับแต่วันที่มีการเปลี่ยนแปลงตามมาตรา 40 คณะกรรมการต้องระวางโทษปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท ตามมาตรา 196 เป็นต้น บทบัญญัติดังกล่าวมีขึ้นเพื่อให้กรรมการของบริษัทปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของบริษัท ผู้ถือหุ้น และบุคคลภายนอก

2.5.2.3.2 ผู้ถือหุ้น

ผู้ถือหุ้นเป็นบุคคลที่นำเงินหรือทรัพย์สินมาลงทุนในบริษัทมหาชน โดยการที่บุคคลนั้นเข้าร่วมลงทุนอาจเกิดจากการเข้าซื้อหุ้นเมื่อบริษัทอยู่ในชั้นจัดตั้งบริษัทหรือเกิดจากการซื้อหุ้นเพิ่มทุนเมื่อบริษัทได้มีการออกเสนอขายหุ้นเพิ่มทุน รวมทั้งอาจเป็นผู้ถือหุ้นจากการได้รับมรดกหรือได้รับการโอนมาโดยถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งการที่ผู้ถือหุ้นนำเงินหรือทรัพย์สินมาลงทุนในบริษัทมหาชนย่อมมีหน้าที่ที่ต้องชำระค่าหุ้นให้ครบถ้วน โดยต้องชำระเงินครั้งเดียวจนเต็มมูลค่าหุ้นและไม่สามารถขอหักกลบลบหนี้กับบริษัทได้ หรือต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือทำเอกสารหลักฐานการใช้สิทธิต่าง ๆ ให้แก่บริษัทในกรณีที่ผู้ถือหุ้นนำทรัพย์สินอื่นมาลงทุนในบริษัท โดยในชั้นเริ่มจัดตั้งบริษัทผู้จองหุ้นต้องชำระค่าหุ้นภายในเวลาที่กำหนด หากผู้จองหุ้นไม่ชำระค่าหุ้น คณะกรรมการต้องมีหนังสือเตือนให้ชำระค่าหุ้นให้เสร็จสิ้นหรือดำเนินการโอนกรรมสิทธิ์ ทรัพย์สินหรือทำเอกสารหลักฐานการใช้สิทธิต่าง ๆ ให้แก่บริษัทภายในสิบสี่วันนับแต่วันที่หนังสือเตือนพร้อมกันแจ้งไปด้วยว่าถ้าไม่ดำเนินการตามวิธีการและภายในกำหนดเวลาดังกล่าวคณะกรรมการจะนำหุ้นนั้นออกขายทอดตลาดต่อไป⁴³

ผู้ถือหุ้นเป็นบุคคลที่นำทรัพย์สินมาลงทุนกับบริษัทจึงมีความสำคัญกับบริษัทมหาชน จำกัด ทั้งผู้ถือหุ้นรายใหญ่และผู้ถือหุ้นรายย่อย กฎหมายกำหนดให้ได้รับการปฏิบัติและมีสิทธิต่าง

⁴³ มาตรา 38 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535

ๆ อย่างเท่าเทียม บริษัทจึงไม่สามารถกระทำการใด ๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ถือหุ้นได้ สิทธิของผู้ถือหุ้นตามที่กฎหมายกำหนดไว้แบ่งออกเป็น 3 ลักษณะ ได้แก่

1. สิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ถือหุ้น เช่น สิทธิในการเข้าประชุมและออกเสียงลงคะแนนในการประชุมผู้ถือหุ้น สิทธิในการได้รับเงินปันผล สิทธิในการได้รับข้อมูลต่าง ๆ เกี่ยวกับการดำเนินกิจการของบริษัท สิทธิในการเปลี่ยนมือหรือการโอนสิทธิในหุ้น เป็นต้น

2. สิทธิในการบริหารกิจการของบริษัท สิทธิดังกล่าวมีความสำคัญอย่างมาก เนื่องจากเป็นสิทธิที่ผู้ถือหุ้นจะสามารถตรวจสอบการทำงานของคณะกรรมการว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ถูกต้องตามกฎหมาย ข้อบังคับ หรือมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือไม่ สิทธิดังกล่าว เช่น สิทธิในการเรียกประชุมผู้ถือหุ้น สิทธิในการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการ สิทธิในการเสนอเพิ่มวาระการประชุมผู้ถือหุ้น สิทธิในการอนุมัติงบดุล ตรวจสอบการเงินของบริษัท สิทธิในการแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้สอบบัญชีของบริษัท เป็นต้น

3. สิทธิอันเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ถือหุ้น สิทธิดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของกรรมการซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทและผู้ถือหุ้น โดยสิทธิอันเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ถือหุ้นแบ่งออกเป็น 1. สิทธิในการเพิกถอนมติที่ประชุม 2. สิทธิขอตรวจสอบกิจการของบริษัทมหาชน 3. สิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท

2.6 แนวคิดการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้น

ในการดำเนินกิจการของบริษัทกรรมการมีหน้าที่ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท หากกรรมการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท โดยหลักบริษัทมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการผู้กระทำความผิดแต่หากบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องกรรมการ กฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกัน ไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกค่าสินไหมทดแทน หากบริษัทไม่ดำเนินการตามหนังสือแจ้งดังกล่าว ผู้ถือหุ้นจะนำคดีขึ้นฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทก็ได้ การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นมีแนวคิดสำคัญ 2 ประการ คือ การคุ้มครองบริษัท และการคุ้มครองผู้ถือหุ้น ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

2.6.1 การคุ้มครองบริษัท

บริษัทซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งในองค์กรธุรกิจจัดตั้งขึ้นเพื่อให้ผู้ถือหุ้นมาร่วมลงทุนโดยการซื้อหุ้นของบริษัท ในการดำเนินกิจการของบริษัทย่อมกระทำโดยกรรมการของบริษัทที่ได้รับการแต่งตั้งจากผู้ถือหุ้น ดังนั้นการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท และมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และระมัดระวัง เพื่อรักษาประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้น แต่ในบางกรณีกรรมการอาจกระทำ การหรือไม่กระทำการเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย เช่น กรรมการฉ้อโกงบริษัท หรือ กรรมการยกยอทรัพย์สินของบริษัท เป็นต้น การกระทำดังกล่าวย่อมทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย บริษัทสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับกรรมการที่ก่อให้เกิดความเสียหายได้ แต่อย่างไรก็ตาม บริษัทอาจไม่ดำเนินการฟ้องร้องกรรมการที่ก่อให้เกิดความเสียหาย เนื่องจากกรรมการซึ่งเป็นผู้ดำเนินกิจการของบริษัทย่อมไม่ฟ้องตนเองหรือกรรมการอื่นเพื่อเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน ให้แก่บริษัท จึงเริ่มมีแนวคิดในการคุ้มครองบริษัทในฐานะผู้เสียหาย⁴⁴

2.6.2 การคุ้มครองผู้ถือหุ้น

ผู้ถือหุ้นเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความสำคัญของบริษัท เนื่องจากเป็นผู้นำเงิน หรือทรัพย์สินต่าง ๆ มาลงทุนในบริษัท จึงเป็นเจ้าของบริษัท แม้ว่าการดำเนินกิจการของบริษัทจะกระทำโดย กรรมการของบริษัท แต่การแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการย่อมมาจากมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ดังนั้นกรรมการของบริษัทย่อมต้องปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับ และมติ ที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อรักษาสิทธิประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้น

ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการหากกรรมการกระทำการหรือละเว้นกระทำการเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย บริษัทสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายจากกรรมการได้ แต่หากบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการ ผู้ถือหุ้นย่อมเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ในผลประโยชน์ของบริษัทด้วยเช่นกัน แต่เนื่องจากผู้ถือหุ้นไม่ใช่ผู้เสียหายโดยตรงและไม่ใช่มุขี อำนาจกระทำการแทนบริษัทย่อมไม่อาจใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการแทนบริษัทได้ จากแนวความคิดดังกล่าวเพื่อคุ้มครองและรักษาสิทธิประโยชน์ผู้ถือหุ้นและบริษัท⁴⁵ กฎหมายจึงให้สิทธิผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้ในกรณีที่บริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการ

⁴⁴ วราวุธ วรภัทรหิรัญมาศ, “สิทธิของผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดี : กรณีกรรมการทำให้บริษัทเสียหาย,” (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย คณະนิตศาสตร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 6.

⁴⁵ อธิวิฑูลี แสงรัตนเดช, “การใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทของผู้ถือหุ้นในบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์,” (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย คณະนิตศาสตร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), น. 72.

2.7 รูปแบบการฟ้องคดีของบริษัทและผู้ถือหุ้น

2.7.1 การฟ้องร้องดำเนินคดีของบริษัท

ในกรณีที่มีการกล่าวหาว่ากรรมการกระทำความผิดและก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท การฟ้องคดีต่อกรรมการเกิดขึ้นใน 4 รูปแบบ⁴⁶ ดังนี้

2.7.1.1 การฟ้องร้องดำเนินคดีของบริษัทโดยการตัดสินใจของกรรมการ

ในกรณีที่มีกรรมการกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่และก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท กรรมการของบริษัทย่อมเป็นผู้ที่มีอำนาจในการตัดสินใจว่าดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากกรรมการผู้กระทำความผิดหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามการฟ้องร้องดำเนินคดีของบริษัทโดยกรรมการอาจมีกรณีที่กรรมการของบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องกรรมการที่กระทำความผิดเนื่องจากอาจเป็นผู้ที่มีความใกล้ชิดกัน

2.7.1.2 การฟ้องร้องดำเนินคดีของบริษัทโดยมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น

การฟ้องร้องดำเนินคดีของบริษัทดังกล่าวเป็นการให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นพิจารณาลงมติว่าจะดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการผู้กระทำความผิดหรือไม่ หากที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติให้ดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการผู้กระทำความผิดกรรมการของบริษัทที่มีได้มีส่วนได้เสียหรือเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดจะเป็นผู้ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีในนามของบริษัท

2.7.1.3 การฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทโดยผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งมีจำนวนหุ้นรวมกันได้ตามที่กฎหมายกำหนด

การฟ้องร้องดำเนินคดีดังกล่าวเป็นกรณีที่กฎหมายหรือข้อบังคับของบริษัทกำหนดจำนวนหุ้นขั้นต่ำที่ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทต้องถือหรือเป็นเจ้าของอยู่มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

2.7.1.4 การฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทโดยผู้ถือหุ้นคนใดคนหนึ่งซึ่งไม่มีข้อจำกัดในเรื่องจำนวนหุ้น

เป็นการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทโดยผู้ถือหุ้นที่ไม่นำเรื่องจำนวนหุ้นที่ผู้ถือหุ้นถืออยู่มาเป็นข้อจำกัดในการฟ้องร้องดำเนินคดีดังกล่าว

2.7.2 การฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้น

การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นสามารถแบ่งออกเป็น 3 รูปแบบ คือ

⁴⁶ David Kershew, *Company Law in Context* : Text and Materials, p. 535

2.7.2.1 การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแต่ละราย (Personal Right)

การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแต่ละรายเป็นการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นในฐานะผู้ได้รับความเสียหายโดยตรง ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นการฟ้องร้องเพื่อให้มีการจ่ายเงินปันผล เพื่อใช้สิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้น เพื่อบังคับให้มีการตรวจสอบทะเบียนบริษัท เพื่อบังคับให้มีการลงทะเบียนการโอนหุ้น เพื่อคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย⁴⁷

การใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นในรูปแบบดังกล่าว เป็นการฟ้องเพื่อรักษาสิทธิประโยชน์ของผู้ถือหุ้นรายนั้น ๆ โดยคำพิพากษาของศาลจะมีผลผูกพันเฉพาะผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีเท่านั้น ผู้ถือหุ้นรายอื่นที่ไม่ได้ดำเนินการฟ้องร้องคดีแม้จะได้รับความเสียหายในลักษณะเดียวกัน ย่อมไม่ได้รับประโยชน์จากคำพิพากษาของศาล

2.7.2.2 การฟ้องคดีเพื่อผู้ถือหุ้น (Class Action)

การฟ้องคดีเพื่อผู้ถือหุ้นหรือการฟ้องคดีแบบกลุ่ม คือ การดำเนินคดีแพ่งที่ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนได้ดำเนินคดีแพ่งเพื่อตนเองและเพื่อผู้ถือหุ้นที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกัน โดยผู้ถือหุ้นเหล่านั้นต้องได้รับความเสียหายจากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอย่างเดียวกัน และเมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้วย่อมผูกพันผู้ถือหุ้นที่เป็นโจทก์และผู้ถือหุ้นรายอื่น ๆ ของบริษัทเช่นเดียวกัน

แนวความคิดในการดำเนินคดีแบบกลุ่มเริ่มมีขึ้นเป็นครั้งแรกในต่างประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความยุติธรรม และคุ้มครองสิทธิของบุคคลในการดำเนินคดี จึงได้มีแนวคิดว่าจะควรมีผู้แทนในการดำเนินคดีแทนบุคคลผู้ที่ได้รับความเสียหายคนอื่น ๆ ด้วย ซึ่งอาจมีเป็นจำนวนมาก การดำเนินคดีแบบกลุ่มจะช่วยลดความซ้ำซ้อนในการดำเนินคดี เนื่องจากการดำเนินคดีแบบกลุ่มจะทำให้การดำเนินคดีนั้น ๆ เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลเพียงครั้งเดียว และเมื่อมีคำพิพากษาแล้วย่อมผูกพันถึงกลุ่มบุคคลผู้ได้รับความเสียหายทั้งหมด⁴⁸

ในประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา แนวคิดในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม มาจาก “ หลักการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในประเทศ ” ซึ่งผู้ที่ได้รับความเสียหายทุกคนต้องดำเนินการฟ้องร้องคดี ทำให้เกิดความล่าช้าในการพิจารณาคดี จึงได้มีการกำหนดให้บุคคลที่มีส่วนได้เสียในเรื่องเดียวกันมีข้อเรียกร้องอย่างเดียวกันสามารถดำเนินคดีแทนกัน และคำพิพากษาของศาลย่อมมีผลผูกพันสมาชิกในกลุ่มทุกคน ส่วนในประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ มีแนวความคิดมาจากหลักที่ถือว่า “ ประโยชน์เอกชนเป็นเรื่องที่รัฐ

⁴⁷ เพิ่งอ้าง, น. 7.

⁴⁸ จุฬารัตน์ ยะปะนัน, “การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) ในการดำเนินคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม, *จตุรนิติ*, น. 166 (2553),” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2564, จาก https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88sub_Jun/12know/K92_jul_7_3.pdf

ต้องรับผิดชอบ” ซึ่งถือว่าเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะดูแลประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นจึงได้มีการกำหนดให้หน่วยงานของรัฐหรือองค์กรที่ตั้งขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อประโยชน์ของกลุ่มบุคคลเป็นผู้ดำเนินคดีแทนเอกชน⁴⁹

การดำเนินคดีแบบกลุ่มของประเทศไทยมีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2558 หมวด 4 การดำเนินคดีแบบกลุ่ม ตั้งแต่มาตรา 222/1 ถึงมาตรา 222/49 โดยคดีที่อาจร้องขอให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มได้ คือคดีละเมิด , คดีผิดสัญญา, คดีเรียกร้อยสิทธิตามกฎหมายต่าง ๆ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภคแรงงาน หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ การแข่งขันทางการค้า⁵⁰

การฟ้องคดีแบบกลุ่มจึงมีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกให้ผู้เสียหายที่ไม่มีความสามารถฟ้องคดีเพื่อเยียวยาความเสียหายด้วยตนเองได้ หรือผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายจำนวนเพียงเล็กน้อย และเป็นวิธีการที่ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ ช่วยหลีกเลี่ยงความซ้ำซ้อนในการฟ้องคดีและป้องกันความขัดแย้งกันของคำพิพากษา

2.7.2.3 การฟ้องคดีเพื่อบริษัท (Derivative Action)

การฟ้องคดีเพื่อบริษัทมีแนวความคิดมาจากการที่บริษัทเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น บริษัทย่อมมีสิทธิและหน้าที่เป็นของตนเอง รวมถึงมีสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีในนามของบริษัท โดยการกระทำต่าง ๆ ของบริษัทย่อมกระทำผ่านกรรมการซึ่งเป็นผู้ดำเนินกิจการของบริษัท ดังนั้น กรรมการย่อมต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต และปกป้องผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้น อย่างไรก็ตามหากกรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย กรรมการในฐานะผู้มีอำนาจตัดสินใจแทนบริษัทย่อมอยู่ในฐานะที่ไม่มีความเป็นอิสระอย่างแท้จริงในการตัดสินใจฟ้องร้องดำเนินคดี⁵¹ จึงมีแนวคิดให้ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องคดีแทนบริษัทได้ เพื่อปกป้องสิทธิประโยชน์ของผู้ถือหุ้นในอันที่จะได้รับประโยชน์โดยอ้อมจากการที่บริษัทได้รับค่าเสียหายจากการฟ้องคดี

การฟ้องคดีเพื่อบริษัทจึงเป็นการดำเนินการเรียกร้องของผู้ถือหุ้นเพื่อเยียวยาหรือเพื่อป้องกันการกระทำผิดที่เกิดขึ้นแก่บริษัท อันเป็นการฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิของบริษัทเพื่อประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้น มิได้ฟ้องโดยอาศัยสิทธิในฐานะผู้ถือหุ้นเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตนเองอย่างเช่นในกรณีการฟ้องคดีเพื่อผู้ถือหุ้น ดังนั้น การฟ้องคดีเพื่อบริษัทจึงเป็นการคุ้มครองสิทธิของ

⁴⁹ เพิ่งอ้าง, น. 167.

⁵⁰ มาตรา 222/8 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

⁵¹ ปวีณ งามเจตวรกุล, “ปัญหาในกฎหมายว่าด้วยการฟ้องคดีแทนบริษัท : บทบาทของผู้ถือหุ้นและศาล,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), น. 14.

ผู้ถือหุ้น เพื่อให้ผู้ถือหุ้นสามารถดำเนินการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการซึ่งก่อให้เกิด
ความเสียหายแก่บริษัท



บทที่ 3

หลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทตาม กฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ

เมื่อบริษัทมหาชนจำกัดได้รับความเสียหายจากการกระทำของบุคคลใด ๆ บริษัทมหาชนจำกัดย่อมสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากบุคคลผู้ก่อให้เกิดความเสียหายในนามของตนเองได้ ในกรณีของบริษัทมหาชนจำกัดการดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีย่อมเป็นอำนาจของคณะกรรมการบริษัทในการตัดสินใจว่าจะดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่ อย่างไรก็ตาม หากคณะกรรมการไม่ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีแก่บุคคลผู้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทกฎหมายได้ให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้ แม้ว่าผู้เสียหายที่แท้จริงในการกระทำดังกล่าวคือบริษัทแต่ผู้ถือหุ้นถือเป็นบุคคลที่ได้รับความเสียหายโดยอ้อมจากการกระทำของบุคคลนั้น ๆ การใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คณะกรรมการหรือผู้บริหารของบริษัทปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต และรักษาผลประโยชน์ของบริษัท หากคณะกรรมการหรือผู้บริหารของบริษัทไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท

3.1 หลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

3.1.1 เหตุแห่งการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท

เมื่อพิจารณามาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 เหตุแห่งการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท คือ กรณีที่กรรมการคนใดกระทำการหรือละเว้นการกระทำเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย ซึ่งโดยหลักแล้วเมื่อบริษัทได้รับความเสียหายบริษัทต้องเป็นผู้ดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าทดแทนจากกรรมการผู้กระทำความผิด แต่ในกรณีที่บริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าทดแทนจากกรรมการ มาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้ให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ หากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นนั้นแจ้ง ผู้ถือหุ้นนั้น ๆ จะนำคดีขึ้นฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทก็ได้

3.1.2 ผู้มีสิทธิในการฟ้องคดีแทนบริษัท

ผู้มีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท ตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 คือ ผู้ถือหุ้น โดยผู้ถือหุ้นซึ่งมีสิทธิฟ้องคดีต้องมีคุณสมบัติ ดังนี้

3.1.2.1 ผู้ถือหุ้นต้องถือหุ้นในบริษัทไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นจะดำเนินการฟ้องร้องคดีแทนบริษัทผู้ถือหุ้นนั้นต้องมีหุ้นในบริษัทไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด โดยอาจเป็นผู้ถือหุ้นคนเดียวหรือผู้ถือหุ้นหลายคนถือหุ้นรวมกัน เนื่องจากบริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทขนาดใหญ่มีวัตถุประสงค์ในการเสนอขายหุ้นให้แก่ประชาชนจึงมีบุคคลที่เกี่ยวข้องกับบริษัทมหาชนจำกัดเป็นจำนวนมาก การกำหนดจำนวนหุ้นขั้นต่ำเพื่อเป็นเงื่อนไขในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทจึงเป็นการป้องกันมิให้เกิดการฟ้องร้องดำเนินคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก และเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดผลกระทบต่อการค้าดำเนินกิจการของบริษัทมหาชนจำกัดจากการดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดี

3.1.2.2 ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทต้องเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการผู้กระทำการหรือละเว้นกระทำการอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย

การกำหนดให้ผู้ถือหุ้นต้องเป็นถือหุ้นอยู่ในขณะที่กรรมการของบริษัทผู้กระทำการหรือละเว้นกระทำการอันเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหายนั้น เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ถือหุ้นฟ้องคดีโดยมุ่งหวังให้ตนได้รับประโยชน์จากการฟ้องคดีหรือการประนีประนอมประนีประนอมยอมความ และเพื่อให้มั่นใจว่าผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีแทนบริษัทเป็นผู้ถือหุ้นที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายอย่างแท้จริงและเป็นผู้มีส่วนได้เสียในผลของคดี⁵² ดังนั้น หากมีการโอนหุ้นและผู้รับโอนหุ้นได้ถือหุ้นอยู่ในขณะที่กรรมการผู้กระทำการหรือละเว้นกระทำการอันเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย ผู้รับโอนหุ้นย่อมมีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทได้ แต่หากผู้รับโอนหุ้นไม่ได้ถือหุ้นของบริษัทในขณะที่กรรมการผู้กระทำการหรือละเว้นกระทำการอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายย่อมไม่สามารถใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทได้

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการกำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิในการฟ้องคดีแทนบริษัทต้องเป็นผู้ถือหุ้นในขณะที่กรรมการกระทำความผิดเพื่อเป็นการป้องกันความเสียหายในด้านต่าง ๆ แต่การกำหนดดังกล่าวยังมีประเด็นปัญหาว่า บริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทขนาดใหญ่ที่มีผู้เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมากและหุ้นของบริษัทมหาชนยังเป็นหุ้นที่มีลักษณะซื้อขายได้ง่ายการที่กำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทต้องเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการผู้กระทำการหรือละเว้นกระทำการอันเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหายอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท เช่น ใน

⁵² เติ้งอ้อาง, น. 226-227.

กรณีของผู้รับโอนหุ้นจากผู้ถือหุ้นเดิมซึ่งไม่ได้ถือหุ้นในขณะที่กรรมการผู้กระทำการหรือละเว้นกระทำการอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย ย่อมไม่สามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้ หรือในกรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำความผิดแต่ผู้ถือหุ้นนั้นไม่ทราบถึงการกระทำความผิดของกรรมการและได้ขายหุ้นออกไป จำนวนผู้ที่สามารถใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทย่อมลดจำนวนลงไปด้วย จึงเห็นได้ว่าการกำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทต้องเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการผู้กระทำการหรือละเว้นกระทำการอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย อาจส่งผลให้บริษัทได้รับความเสียหายและเป็นอุปสรรคในการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทอีกด้วย

3.1.3 บุคคลที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องคดี

บุคคลที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท คือกรรมการของบริษัทเท่านั้น โดยที่ผู้ถือหุ้นไม่สามารถฟ้องบุคคลภายนอกผู้ร่วมกระทำการกับกรรมการของบริษัทได้ แม้ว่าบุคคลภายนอกนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท เช่น กรรมการร่วมกับบุคคลภายนอกฉ้อโกงบริษัท ซึ่งในประเด็นดังกล่าวยังมีปัญหาว่าหากกรรมการได้ร่วมกับบุคคลภายนอกในการกระทำความผิดและบุคคลภายนอกได้รับประโยชน์จากการกระทำความผิดดังกล่าว โดยหลักแล้วบริษัทซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคลย่อมมีอำนาจในการฟ้องร้องคดีกับบุคคลภายนอกได้ แต่หากบริษัทไม่ได้ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีกับบุคคลภายนอกผู้ถือหุ้นก็ไม่อาจใช้สิทธิดำเนินคดีแก่บุคคลภายนอกได้ เพราะตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ไม่ได้ให้อำนาจแก่ผู้ถือหุ้นในการดำเนินการดังกล่าว อันอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท

นอกจากนี้ผู้ถือหุ้นยังไม่มีสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีกับกรรมการเงาหรือบุคคลที่มีชื่อเรียกอื่น ๆ ซึ่งไม่เป็นมีชื่อเป็นกรรมการของบริษัท แต่เป็นบุคคลที่มีอำนาจในการบริหารงานหรือดำเนินกิจการของบริษัทและอาจเป็นผู้ที่สั่งการคณะกรรมการของบริษัทให้กระทำการหรือละเว้นการกระทำการใด ๆ ดังนั้น เมื่อกรรมการเงาของบริษัทหรือบุคคลที่มีชื่อเรียกอื่น ๆ ได้กระทำการหรือละเว้นการกระทำเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย ผู้ถือหุ้นย่อมไม่สามารถใช้สิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้ เนื่องจากกรรมการเงานั้นไม่ถือว่าเป็นกรรมการของบริษัท และในขณะเดียวกันบริษัทซึ่งเป็นผู้เสียหายจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของกรรมการเงาย่อมไม่ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีกับกรรมการเงาเช่นกัน กรณีดังกล่าวก็ย่อมส่งผลให้บริษัทและผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหายเช่นเดียวกัน

3.1.4 กระบวนการในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นต้องการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท ผู้ถือหุ้นในฐานะโจทก์ต้องยื่นคำฟ้องและเอกสารประกอบต่อศาลที่มีเขตอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

ความแพ่ง และเมื่อศาลรับฟ้องแล้ว ผู้ถือหุ้นต้องนำส่งสำเนาคำฟ้องให้จำเลยเพื่อให้จำเลยยื่นคำให้การภายในกำหนดเวลาก่อนการนัดชี้สองสถานเพื่อกำหนดประเด็นและหน้าที่น่าสืบของคู่ความ

ทั้งนี้ก่อนที่ผู้ถือหุ้นจะสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้นั้น มาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 กำหนดให้ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งมีหุ้นรวมกัน ไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดที่จะใช้สิทธิดังกล่าวต้องแจ้งเป็นหนังสือไปยังบริษัทให้ดำเนินการฟ้องร้องคดี และเมื่อบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งผู้ถือหุ้นจึงจะสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้ อย่างไรก็ตามในเรื่องดังกล่าวมีประเด็นที่ต้องพิจารณาเนื่องจากมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการให้บริษัทพิจารณาว่าจะดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนกับกรรมการผู้กระทำการหรือละเว้นกระทำการอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายตามหนังสือบอกกล่าวของผู้ถือหุ้น อันก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในเรื่องระยะเวลาและสิทธิในการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทว่าผู้ถือหุ้นจะสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้เมื่อไร และหากระยะเวลาที่ผู้ถือหุ้นให้บริษัทดำเนินการพิจารณาตามหนังสือบอกกล่าวไม่น้อยเกินไป รวมทั้งในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องฟ้องร้องดำเนินคดีเรียกค่าสินไหมทดแทนกับกรรมการผู้กระทำความผิดและผู้ถือหุ้นต้องแจ้งเป็นหนังสือไปยังบริษัทให้ดำเนินการฟ้องร้องคดีคดีจะขาดอายุความ ผู้ถือหุ้นหรือบริษัทจะสามารถดำเนินการอย่างไร ซึ่งในประเด็นปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นเนื่องจากมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ไม่ได้กำหนดกรอบระยะเวลาหรือข้อยกเว้นในการที่ผู้ถือหุ้นต้องดำเนินการแจ้งเป็นหนังสือไปยังบริษัทให้ดำเนินการฟ้องร้องคดี

3.1.5 ค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดี

ตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มิได้บัญญัติในเรื่องค่าใช้จ่ายในการดำเนินการฟ้องร้องคดีแทนบริษัทของผู้ถือหุ้นไว้ ดังนั้น เมื่อผู้ถือหุ้นใช้สิทธิดังกล่าวผู้ถือหุ้นย่อมเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินการฟ้องร้องคดีไม่ว่าผู้ถือหุ้นจะชนะคดีหรือไม่ กรณีดังกล่าวอาจก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ถือหุ้น เนื่องจากในการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของบริษัทหากผู้ถือหุ้นชนะคดีค่าสินไหมทดแทนที่เรียกร้องจากกรรมการผู้กระทำการหรือละเว้นกระทำการยอมตกเป็นของบริษัทซึ่งเป็นผู้เสียหายโดยตรง หรือแม้ว่าผู้ถือหุ้นจะเป็นฝ่ายแพ้คดีแต่การใช้สิทธิดังกล่าวย่อมเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัท ผู้ถือหุ้นไม่สมควรรับภาระค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดีดังกล่าว

อย่างไรก็ตามมาตรา 161 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดว่า ภายใต้อำนาจของบทบัญญัติห้ามมาตราต่อไปนี้จะคู่ความฝ่ายที่แพ้คดีเป็นผู้รับผิดชอบในชั้นที่สุดสำหรับค่าฤชาธรรมเนียม

นิยมทั้งปวง แต่ไม่ว่าคู่ความฝ่ายใดจะชนะคดีก็ตามข้อหาหรือแต่บางส่วน ศาลมีอำนาจที่จะพิพากษาให้คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีนั้นรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวง หรือให้คู่ความแต่ละฝ่ายรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมส่วนของตนหรือตามส่วนแห่งค่าฤชาธรรมเนียมซึ่งคู่ความทุกฝ่ายได้เสียไปก่อนได้ตามที่ศาลจะใช้ดุลพินิจ โดยคำนึงถึงเหตุสมควรและความสุจริตในการดำเนินคดี กล่าวคือ มาตราดังกล่าวให้ดุลพินิจแก่ศาลในการกำหนดว่าคู่ความฝ่ายใดจะเป็นผู้รับภาระในค่าฤชาธรรมเนียม โดยคำนึงถึงเหตุสมควรและความสุจริตในการดำเนินคดี ดังนั้น ผู้ถือหุ้นที่แพ้คดีอาจไม่ต้องรับภาระในค่าฤชาธรรมเนียมทั้งของตนและคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งหากศาลพิจารณาแล้วเห็นถึงเหตุสมควรและความสุจริตของผู้ถือหุ้นในการดำเนินคดี แม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะกำหนดให้ผู้ถือหุ้นอาจไม่ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีแทนบริษัท แต่บทบัญญัติดังกล่าวเป็นดุลพินิจของศาล ดังนั้นผู้ถือหุ้นอาจต้องเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดี นอกจากนี้แม้ว่าผู้ถือหุ้นจะได้รับประโยชน์จากบทบัญญัติมาตรา 161 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยคู่ความอีกฝ่ายเป็นผู้รับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมให้แก่ผู้ถือหุ้นแต่อาจมีบางกรณีที่ผู้ถือหุ้นได้รับค่าฤชาธรรมเนียมน้อยกว่าจำนวนที่ผู้ถือหุ้นรับภาระเนื่องจากการใช้สิทธิทางศาล ผู้ถือหุ้นมีภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีต่าง ๆ เช่น ค่าธรรมเนียมศาลสำหรับคดีมีทุนทรัพย์ไว้ในอัตราร้อยละ 2 ของจำนวนทุนทรัพย์แต่ไม่เกิน 200,000 บาท สำหรับคดีมีทุนทรัพย์ไม่เกิน 50 ล้านบาท สำหรับส่วนที่เกิน 50 ล้านบาทขึ้นไปคิดร้อยละ 0.1 ของจำนวนทุนทรัพย์ ส่วนค่าทนายความให้ศาลกำหนดค่าทนายความตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรไม่เกินอัตราขั้นสูงสุดที่ระบุไว้ในกฎหมายแต่ต้องไม่ต่ำกว่าคดีละสามพันบาท กล่าวคือ ในคดีมีทุนทรัพย์กำหนดอัตราขั้นสูงสุดสำหรับศาลชั้นต้นไม่เกินร้อยละ 5 ของจำนวนทุนทรัพย์ และสำหรับศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาอัตราขั้นสูงไม่เกินร้อยละ 3 ของจำนวนทุนทรัพย์ และค่าใช้จ่ายดำเนินคดีที่ต้องชดใช้ให้แก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งศาลอาจกำหนดให้คู่ความซึ่งต้องรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมตามมาตรา 161 ชดใช้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีแก่คู่ความอีกฝ่ายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยในคดีมีทุนทรัพย์ต้องไม่เกินร้อยละ 1 ของจำนวนทุนทรัพย์ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในกรณีของค่าธรรมเนียมศาลผู้ถือหุ้นอาจได้รับชำระครบถ้วนตามจำนวนที่จ่ายไปหรืออาจได้รับชำระเพียงบางส่วนตามดุลพินิจศาล รวมถึงค่าทนายความและค่าใช้จ่ายอื่นผู้ถือหุ้นอาจได้รับชดใช้ในจำนวนที่น้อยกว่าจำนวนที่จ่ายไป ค่าใช้จ่ายเหล่านี้ผู้ถือหุ้นจึงต้องรับภาระในส่วนนี้ รวมทั้งผู้ถือหุ้นอาจไม่รับการชดเชยค่าใช้จ่ายบางประการที่เสียไปแม้ว่าค่าใช้จ่ายดังกล่าวจะเกี่ยวข้องกับคดี

3.2 หลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทของสหราชอาณาจักร

3.2.1 หลักเกณฑ์ตามแนวคำวินิจฉัยของศาล

สหราชอาณาจักรเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ดังนั้นในการพิจารณาตัดสินคดีจึงต้องอาศัยแนวคำวินิจฉัยของศาลในคดีก่อน ๆ การใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท (Derivative Action) มีอยู่ในกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นเวลาหลายปี ซึ่งในสหราชอาณาจักรมีที่มาจากคดี Foss v. Harbottle⁵³ โดยมีสาระสำคัญว่าบุคคลผู้มีสิทธิฟ้องคดี (the proper claimant principle) คือ บริษัท ดังนั้น ผู้ถือหุ้นของบริษัทไม่สามารถดำเนินการทางกฎหมายใด ๆ กับการกระทำผิดที่เกิดขึ้นต่อบริษัท เนื่องจากแนวคิดที่ว่าบริษัทเป็นนิติบุคคลจึงมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบต่างหากจากผู้ถือหุ้น ดังนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดหรือกระทำละเมิดต่อบริษัทโดยบุคคลที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ทำกับบริษัท⁵⁴ บริษัทย่อมเป็นผู้เสียหายที่แท้จริงในคดีไม่ใช่ผู้ถือหุ้นและหากการกระทำของกรรมการผู้กระทำความผิดได้มีการให้สัตยาบันหรือรับรองโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นรายย่อยย่อมไม่สามารถยกเอาการกระทำดังกล่าวมาเป็นคดีได้ จากการตัดสินคดีดังกล่าวก่อให้เกิดหลักความเป็นผู้เสียหายและหลักผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากเพื่อเป็นแนวพิจารณาคดีที่มีผลให้ผู้ถือหุ้นไม่สามารถใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาล เพราะอาจเป็นการสนับสนุนให้มีการฟ้องคดีโดยไม่มีความจำเป็น ซึ่งหลักการดังกล่าวมีสาระสำคัญ ดังนี้

3.2.1.1 หลักความเป็นผู้เสียหาย

หลักความเป็นผู้เสียหาย กำหนดว่าหากเกิดการกระทำใด ๆ ต่อบริษัท หรือบริษัทได้รับความเสียหายจากการกระทำของกรรมการมีเพียงบริษัทเท่านั้นที่สามารถดำเนินการฟ้องร้องกรรมการได้ ผู้ถือหุ้นไม่สามารถฟ้องร้องแทนได้ เนื่องจากหลักการที่ว่าเมื่อบริษัทได้จัดตั้งแล้วบริษัทย่อมเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น ดังนั้นเมื่อกรรมการได้กระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ในการบริหารกิจการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต บริษัทจึงสามารถดำเนินการฟ้องร้องในนามของตนเองได้ ผู้ถือหุ้นของบริษัทสามารถดำเนินการทางกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจจากคณะกรรมการบริษัทหรือตามมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น⁵⁵

3.2.1.2 หลักผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก

หลักผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก กำหนดว่าหากการกระทำของกรรมการผู้กระทำความผิดได้มีการให้สัตยาบันหรือรับรองโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้วศาลจะไม่เข้ามาแทรกแซง กล่าวคือในการ

⁵³ [1843] 2 Hare 461, 67 ER 189

⁵⁴ Mclaughlin, S., second edition, *Unlocking Company Law*, (New York: Routledge, 2013), น. 313.

⁵⁵ Case Summary: Foss vs. Harbottle, “1843 - LawLex.Org,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 มกราคม 2565, จาก

ดำเนินกิจการของบริษัทย่อมกระทำโดยผู้ถือหุ้นเมื่อผู้ถือหุ้นเสียงข้างมากมีมติให้สัตยาบันการกระทำของกรรมการผู้กระทำความผิดย่อมเป็นเรื่องการดำเนินกิจการภายในของบริษัทและมีผลผูกพันผู้ถือหุ้นทุกคน ดังนั้นแม้จะมีผู้ถือหุ้นส่วนน้อยซึ่งไม่ได้ให้สัตยาบันต่อการกระทำของกรรมการผู้กระทำความผิดย่อมไม่สามารถดำเนินการฟ้องกรรมการผู้นั้นต่อศาลได้ อย่างไรก็ตาม การใช้หลักการดังกล่าวอย่างเคร่งครัดอาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมกับผู้ถือหุ้นส่วนน้อย ดังนั้นจึงเกิดข้อยกเว้นในคดี Foss V. Harbottle เพื่อให้ผู้ถือหุ้นส่วนน้อยสามารถดำเนินการฟ้องคดีได้และได้รับความยุติธรรม

3.2.1.3 ข้อยกเว้นของหลักความเป็นผู้เสียหายและผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากในคดี Foss V. Harbottle

จากคดี Foss V. Harbottle ซึ่งมีแนวความคิดว่าบริษัทเป็นผู้เสียหายที่แท้จริง ในกรณีที่การกระทำความผิดเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย หากผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากได้มีมติให้สัตยาบันการกระทำของกรรมการผู้กระทำความผิดเป็นเรื่องการดำเนินกิจการภายในของบริษัทและมีผลผูกพันผู้ถือหุ้นทุกคน ดังนั้นแม้จะมีผู้ถือหุ้นส่วนน้อยซึ่งไม่ได้ให้สัตยาบันต่อการกระทำของกรรมการผู้กระทำความผิดย่อมไม่สามารถดำเนินการฟ้องกรรมการผู้นั้นต่อศาลได้ จึงทำให้กระบวนการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นข้างน้อยเกิดความยุ่งยากและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม ดังนั้น เพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นข้างน้อย ศาลในคดี Edwards V. Halliwell⁵⁶ จึงได้กำหนดข้อยกเว้นของกฎในคดี Foss V. Harbottle ไว้ดังนี้

1. กรณีที่การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจหรือนอกเหนือวัตถุประสงค์ของบริษัทหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2. กรณีที่การกระทำความผิดอาจได้รับสัตยาบันหรือมีผลบังคับใช้ต้องได้รับมติพิเศษจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น หากกรรมการกระทำไปโดยไม่ได้รับมติพิเศษแล้วผู้ถือหุ้นเพียงคนเดียวย่อมสามารถฟ้องคดีได้

3. กรณีที่สิทธิส่วนบุคคลของผู้ถือหุ้นในฐานะที่เป็นสมาชิกของบริษัทถูกละเมิด

4. กรณีที่การกระทำความผิดนั้นเป็นการฉ้อโกงผู้ถือหุ้นส่วนน้อยและบุคคลผู้กระทำความผิดอยู่ในฐานะเป็นผู้ควบคุมบริษัทได้ใช้อำนาจควบคุมกิจการของบริษัท⁵⁷

ดังนั้น หากกรรมการได้กระทำความผิดตามข้อยกเว้นดังกล่าวข้างต้นผู้ถือหุ้นส่วนน้อยสามารถฟ้องคดีในนามของตนเองได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงหลักการเสียงข้างมาก

⁵⁶ [1950] 2 All ER 1064

⁵⁷ Sealy & Worthington's, *Cases and Material in Company Law* tenth edition, (Oxford" Oxford University Press, 2013), p. 639.

3.2.2 หลักเกณฑ์บทบัญญัติของกฎหมาย

จากหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในคดี Foss V. Harbottle ก่อให้เกิดการพัฒนาบทบัญญัติของกฎหมาย โดยในปี 1998 Law Commission ได้เสนอข้อเสนอที่สำคัญสำหรับการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทในรายงาน Shareholder Remedies เพื่อให้การใช้สิทธิดังกล่าวมีความทันสมัย ยืดหยุ่น และสามารถเข้าถึงได้มากขึ้น และได้มีการบัญญัติไว้ใน Companies Act 2006 มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2550 โดยในเรื่องการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทบัญญัติไว้ในมาตรา 260 ถึงมาตรา 264 ของ Companies Act 2006 ซึ่งมีผลใช้บังคับสำหรับสหราชอาณาจักร ประเทศเวลส์ และประเทศไอร์แลนด์เหนือ ทั้งนี้ การฟ้องคดีตาม Company act 2006 จะใช้บังคับกับบริษัทประเภทบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนที่จัดตั้งขึ้นภายในสหราชอาณาจักรแต่ไม่รวมถึงบริษัทที่จัดตั้งขึ้นนอกประเทศ⁵⁸ การใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท มีรายละเอียดดังนี้

3.2.2.1 เหตุแห่งการฟ้องคดี

เหตุแห่งการที่ผู้ถือหุ้นจะใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทได้นั้น พิจารณาตามมาตรา 260 (3)⁵⁹ ของ Companies Act 2006 กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นจะสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้ต่อเมื่อกรรมการกระทำการหรือละเว้นกระทำการด้วยความประมาทเลินเล่อ ผ่าฝืนต่อหน้าที่ หรือฝ่าฝืนหรือละเมิดความไว้วางใจ ผู้ถือหุ้นย่อมมีสิทธิฟ้องกรรมการของบริษัทได้ โดย Companies Act 2006 ได้บัญญัติหน้าที่ของกรรมการไว้ใน Chapter 2 part 10 มาตรา 171-177 เช่น กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ตามข้อบังคับ กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ภายในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท หรือกรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตคำนึงถึงประโยชน์ของผู้ถือหุ้น เป็นต้น จะเห็นได้ว่าเหตุแห่งการฟ้องคดีตาม Companies Act 2006 บัญญัติไว้แบบกว้าง ๆ เพื่อให้ครอบคลุมการกระทำความผิดในรูปแบบต่าง ๆ ที่กรรมการอาจกระทำความผิดได้

การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทต้องเป็นการกระทำความผิดที่กรรมการได้กระทำความผิดแล้วหรือเป็นความผิดที่กรรมการยังไม่ได้กระทำแต่กำลังจะลงมือ เช่น กรณีที่มติ

⁵⁸ QC et al., *Minority Shareholders :Law, Practice,and Procedure*. Para 3.21.

⁵⁹ **Section 260 (3) of The Companies Act 2006**

Derivative claims

...

(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).

ที่ประชุมอนุมัติในเรื่องอาจก่อให้เกิดการกระทำความผิดในหน้าที่ หรือในกรณีที่มีมติของที่ประชุม คณะกรรมการแล้วแต่กรรมการยังไม่ได้มีการปฏิบัติตามมติดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่การกระทำของกรรมการอยู่ในชั้นคดีไต่ตรองผู้ถือหุ้นย่อมไม่สามารถฟ้องกรรมการได้

3.2.2.2 ผู้มีสิทธิในการฟ้องคดีแทนบริษัท

บุคคลผู้มีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทตาม Companies Act 2006 คือผู้ถือหุ้น ซึ่งมีนิยามตาม มาตรา 112⁶⁰ และมาตรา 260 (5) (C)⁶¹ ดังนั้น ผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทจึงหมายถึงบุคคล ดังต่อไปนี้

1. บุคคลผู้เข้าชื่อในหนังสือบริคณห์ของบริษัทซึ่งถือว่าตกลงที่จะเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท และต้องมีชื่อปรากฏในสมุดทะเบียนผู้ถือหุ้นของบริษัท

2. บุคคลใด ๆ ที่ตกลงเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท และเป็นผู้มีชื่ออยู่ในสมุดทะเบียนผู้ถือหุ้นของบริษัท

3. บุคคลที่ไม่ใช่ผู้ถือหุ้นแต่ได้รับการโอนหุ้นหรือได้รับการโอนหุ้นมาโดยกฎหมาย เช่น ผู้จัดการมรดกของผู้ถือหุ้นที่เสียชีวิตซึ่งได้รับโอนหุ้น

ผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ถือหุ้นที่ถือหุ้นอยู่ในขณะที่มีการกระทำความผิด ตามมาตรา 260 (4)⁶² เช่น ทรัสต์ในคดีล้มละลาย หรือผู้แทนของผู้ถือหุ้น

⁶⁰ Section 112 of The Companies Act 2006

The members of a company

(1) The subscribers of a company's memorandum are deemed to have agreed to become members of the company, and on its registration become members and must be entered as such in its register of members.

(2) Every other person who agrees to become a member of a company, and whose name is entered in its register of members, is a member of the company.

⁶¹ Section 260 (5) (C) of The Companies Act 2006

Derivative claims

...

(5) For the purposes of this Chapter—

...

(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.

⁶² Section 260 (4) of The Companies Act 2006

Derivative claims

...

ที่ถึงแก่ความตาย เนื่องจากกฎหมายในเรื่องบริษัทของสหราชอาณาจักรมีแนวคิดพื้นฐานว่าบุคคลใดที่เป็นเจ้าของหุ้นในบริษัทแล้ว ย่อมต้องรับไปซึ่งสิ่งต่าง ๆ ทั้งดีและไม่ดีของบริษัท ดังนั้น ผู้รับโอนหุ้นของบริษัทย่อมต้องรับไปซึ่งประโยชน์และความผิดพลาดในการบริหารจัดการของบริษัท

โดยการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทของผู้ถือหุ้นตาม Companies Act 2006 ไม่ได้มีการบัญญัติจำนวนหุ้นขั้นต่ำที่ผู้ถือหุ้นต้องถือหรือเป็นเจ้าของอยู่ในการที่จะใช้สิทธิดังกล่าว ดังนั้น ไม่ว่าผู้ถือหุ้นจะถือหรือเป็นเจ้าของหุ้นของบริษัทอยู่เท่าใดย่อมสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้

3.2.2.3 บุคคลที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องคดี

บุคคลที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทกำหนดไว้ในมาตรา 260 (3) และมาตรา 260 (5) ของ Companies Act 2006 ซึ่งได้แก่บุคคลดังต่อไปนี้

- กรรมการของบริษัท

ซึ่งมีนิยามในมาตรา 250⁶³ ของ Companies Act 2006 ว่ากรรมการรวมถึงบุคคลใด ๆ ที่ดำรงตำแหน่งกรรมการไม่ว่าจะมีชื่อเรียกอย่างไร

- บุคคลภายนอก

โดยสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีบุคคลภายนอกให้รับผิดชอบได้นั้นต้องเป็นบุคคลภายนอกที่มีส่วนร่วมหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของกรรมการ เช่น ในกรณีที่บุคคลภายนอกรับโอนทรัพย์สินจากกรรมการผู้กระทำความผิด โดยบุคคลภายนอกได้รู้ถึงการกระทำความผิดของกรรมการ

- บุคคลซึ่งเคยเป็นกรรมการของบริษัท

กล่าวคือ เป็นบุคคลที่เคยดำรงตำแหน่งกรรมการของบริษัทแต่ได้พ้นจากตำแหน่งกรรมการแล้ว ซึ่งหากผู้ถือหุ้นจะใช้สิทธิฟ้องคดีต่อบุคคลดังกล่าวที่กระทำการหรือละเว้นกระทำการอันเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย ย่อมสามารถฟ้องร้องได้แต่ต้องเป็นบุคคลที่กระทำความผิดในขณะที่ดำรงตำแหน่งกรรมการอยู่แล้วและต่อมาบุคคลดังกล่าวพ้นจากตำแหน่งการเป็นกรรมการของบริษัท

(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.

⁶³ Section 250 of The Companies Act 2006

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

- กรรมการเงา

กรรมการเงามีนิยามตามมาตรา 251⁶⁴ ของ Companies Act 2006 หมายถึง บุคคลซึ่งกรรมการของบริษัทขึ้นชื่หรือขึ้นเคยกกับการปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำแนะนำของบุคคลเหล่านั้น แต่บุคคลผู้ที่กรรมการทำตามคำแนะนำในฐานะที่เป็นผู้เชี่ยวชาญไม่ถือว่าเป็นกรรมการเงา การบัญญัติเรื่องกรรมการเงาของบริษัทในสหราชอาณาจักรมีขึ้นเนื่องจากสาเหตุที่กรรมการเงามักมีส่วนเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในการบริหารกิจการของบริษัทเพราะบุคคลเหล่านี้มักจะทำหน้าที่ควบคุมกิจการงานที่สำคัญ ๆ ของบริษัท แต่จะบริหารกิจการผ่านทางคณะกรรมการของบริษัท ดังนั้น เมื่อเกิดความเสียหายบุคคลเหล่านี้ย่อมไม่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากไม่มีชื่อเป็นกรรมการของบริษัท ด้วยเหตุดังกล่าวบทบัญญัติกฎหมายของสหราชอาณาจักรจึงได้บัญญัติเรื่องของกรรมการเงา (Shadow director) เอาไว้

3.2.2.4 กระบวนการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้น

3.2.2.4.1 การฟ้องคดีแทนบริษัท

กระบวนการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นในสหราชอาณาจักรตาม Companies Act 2006 นั้น ผู้ถือหุ้นต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนที่จะดำเนินการฟ้องคดี ซึ่งศาลมีกระบวนการพิจารณาอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นฟ้องคดีแทนบริษัท 2 ขั้นตอน ดังนี้

1. การพิจารณาอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นฟ้องคดีแทนบริษัทตามมาตรา 261 มาตรา 261⁶⁵ ของ Companies Act 2006 กำหนดว่า การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทผู้ถือหุ้นต้องขออนุญาตจากศาล

⁶⁴ Section 251 of The Companies Act 2006

“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.

⁶⁵ Section 261 of The Companies Act 2006

ในการฟ้องคดีแทนบริษัท โดยผู้ถือหุ้นต้องยื่นคำร้องและพยานหลักฐานต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาว่าคำร้องและพยานหลักฐานมีมูลหรือไม่ ซึ่งหากปรากฏต่อศาลว่าคำร้องและพยานหลักฐานที่ยื่นฟ้องไม่มีมูลหรือไม่เพียงพอสำหรับการอนุญาตให้ฟ้องคดีให้ศาลยกคำร้องหรือทำคำสั่งที่เป็นผลสืบเนื่องตามที่เห็นสมควร ซึ่งหากศาลมีคำสั่งยกคำร้องขออนุญาตดำเนินคดี ผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีอาจร้องขอให้มีการไต่สวนด้วยวาจาเพื่อให้ศาลพิจารณาทบทวนคำสั่งอีกครั้งก็ได้ อย่างไรก็ตามหากคำร้องและพยานหลักฐานที่ยื่นฟ้องมีมูล ศาลอาจมีคำสั่งให้บริษัทส่งพยานหลักฐานเพื่อประกอบการพิจารณาหรืออาจเลื่อนการพิจารณาคดีเพื่อให้ได้พยานหลักฐานก็ได้

ทั้งนี้ การพิจารณาว่าคดีมีมูลหรือไม่นั้นไม่ได้พิจารณาว่าคดีมีมูลความผิดเกิดขึ้นหรือไม่ แต่เป็นการพิจารณาคดีมีมูลที่สมควรที่จะสั่งให้ดำเนินคดีต่อ⁶⁶ และแม้ว่าคดีจะมีมูลเพียงพอที่ศาลจะอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นดำเนินคดีต่อแล้ว ศาลก็ยังไม่สามารถเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีได้ เนื่องจากศาลยังต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ตามมาตรา 263 ของ Companies Act 2006

2. การพิจารณาอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นฟ้องคดีแทนบริษัทตามมาตรา 263

เมื่อศาลเห็นว่าคำร้องของผู้ถือหุ้นมีมูลเพียงพอที่จะอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นฟ้องคดีแทนบริษัทตามมาตรา 261 ของ Companies Act 2006 แล้ว ศาลยังต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 263⁶⁷ ซึ่ง

Application for permission to continue derivative claim

(1) A member of a company who brings a derivative claim under this Chapter must apply to the court for permission (in Northern Ireland, leave) to continue it.

(2) If it appears to the court that the application and the evidence filed by the applicant in support of it do not disclose a prima facie case for giving permission (or leave), the court—

- (a) must dismiss the application, and
- (b) may make any consequential order it considers appropriate.

(3) If the application is not dismissed under subsection (2), the court—

- (a) may give directions as to the evidence to be provided by the company, and
- (b) may adjourn the proceedings to enable the evidence to be obtained.

(4) On hearing the application, the court may—

- (a) give permission (or leave) to continue the claim on such terms as it thinks fit,
- (b) refuse permission (or leave) and dismiss the claim, or
- (c) adjourn the proceedings on the application and give such directions as it thinks fit.

⁶⁶ David Kershew, *Company Law in Context: Text and Materials*. p. 612.

⁶⁷ **Section 263 of The Companies Act 2006**

Whether permission to be given

(1) The following provisions have effect where a member of a company applies for permission (in Northern Ireland, leave) under section 261 or 262.

(2) Permission (or leave) must be refused if the court is satisfied—

(a) that a person acting in accordance with section 172 (duty to promote the success of the company) would not seek to continue the claim, or

(b) where the cause of action arises from an act or omission that is yet to occur, that the act or omission has been authorised by the company, or

(c) where the cause of action arises from an act or omission that has already occurred, that the act or omission—

(i) was authorised by the company before it occurred, or

(ii) has been ratified by the company since it occurred.

(3) In considering whether to give permission (or leave) the court must take into account, in particular—

(a) whether the member is acting in good faith in seeking to continue the claim;

(b) the importance that a person acting in accordance with section 172 (duty to promote the success of the company) would attach to continuing it;

(c) where the cause of action results from an act or omission that is yet to occur, whether the act or omission could be, and in the circumstances would be likely to be—

(i) authorised by the company before it occurs, or

(ii) ratified by the company after it occurs;

(d) where the cause of action arises from an act or omission that has already occurred, whether the act or omission could be, and in the circumstances would be likely to be, ratified by the company;

(e) whether the company has decided not to pursue the claim;

(f) whether the act or omission in respect of which the claim is brought gives rise to a cause of action that the member could pursue in his own right rather than on behalf of the company.

(4) In considering whether to give permission (or leave) the court shall have particular regard to any evidence before it as to the views of members of the company who have no personal interest, direct or indirect, in the matter.

(5) The Secretary of State may by regulations—

(a) amend subsection (2) so as to alter or add to the circumstances in which permission (or leave) is to be refused;

(b) amend subsection (3) so as to alter or add to the matters that the court is required to take into account in considering whether to give permission (or leave)

การพิจารณาอนุญาตตามมาตรา 263 ศาลต้องพิจารณาถึงเหตุตาม มาตรา 263 (2) มาตรา 263 (3) และมาตรา 263 (4) ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

2.1 เหตุตามมาตรา 263 (2)

ตามมาตรา 263 (2) เป็นกรณีที่ศาลต้องมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ผู้ถือหุ้นฟ้องคดีแทนบริษัท ซึ่งหากปรากฏเหตุตามมาตรา 263 (2) ศาลต้องมีคำสั่งไม่อนุญาตโดยที่ศาลไม่สามารถใช้ดุลพินิจได้ โดยเหตุตามมาตรา 263 (2) มีเหตุดังต่อไปนี้

2.1.1 เหตุตามมาตรา 263 (2) (a) ศาลต้องมีคำสั่งไม่อนุญาตถ้าบุคคลที่ทำหน้าที่ตามมาตรา 172 ไม่ประสงค์จะดำเนินคดีต่อ

มาตรา 263 (2) (a) เป็นกรณีที่ศาลต้องมีคำสั่งไม่อนุญาตถ้าบุคคลที่ทำหน้าที่ตามมาตรา 172⁶⁸ ไม่ประสงค์จะดำเนินคดีต่อ กล่าวคือ มาตรา 172 เป็นมาตราที่กำหนดให้กรรมการของบริษัท ต้องกระทำการโดยสุจริตเพื่อส่งเสริมความสำเร็จหรือประโยชน์ของบริษัทและสมาชิก ในการดำเนินการต้องคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ตามที่กำหนดในมาตรา 172 (1) (a) – (f) เช่น ผลที่ตามในระยะ

(6) Before making any such regulations the Secretary of State shall consult such persons as he considers appropriate.

(7) Regulations under this section are subject to affirmative resolution procedure.

⁶⁸ Section 172 of The Companies Act 2006

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.

ยาวจากการตัดสินใจ ผลประโยชน์ของพนักงานบริษัท ความเป็นธรรมระหว่างสมาชิกของบริษัท เป็นต้น โดยบทบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้ศาลเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการดำเนินกิจการของบริษัท

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในมาตรา 172 ไม่ได้มีการระบุไว้โดยชัดแจ้งว่าบุคคลที่ทำหน้าที่ตามมาตรา 172 นั้น หมายถึงบุคคลใดแต่อย่างน้อยศาลควรจะสอบถามความเห็นของกรรมการว่าประสงค์จะดำเนินคดีต่อไปหรือไม่⁶⁹

2.1.2 เหตุตามมาตรา 263 (2) (b) ศาลต้องมีคำสั่งไม่อนุญาตถ้าการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของกรรมการยังไม่ได้เกิดขึ้น แต่บริษัทให้อำนาจแก่กรรมการกับการกระทำหรือการละเว้นการกระทำนั้นแล้ว

การให้อำนาจ คือ การได้รับอนุญาตให้กระทำหรือการละเว้นการกระทำล่วงหน้า ซึ่งการให้อำนาจดังกล่าวไม่ได้หมายถึงเฉพาะการให้อำนาจจากผู้ถือหุ้นตามมาตรา 180⁷⁰ ของ

⁶⁹ David Kershew , Company Law in Context : Text and Materials. P. 613

⁷⁰ Section 180 of The Companies Act 2006

Consent, approval or authorisation by members

(1) In a case where—

(a) section 175 (duty to avoid conflicts of interest) is complied with by authorisation by the directors, or

(b) section 177 (duty to declare interest in proposed transaction or arrangement) is complied with, the transaction or arrangement is not liable to be set aside by virtue of any common law rule or equitable principle requiring the consent or approval of the members of the company. This is without prejudice to any enactment, or provision of the company's constitution, requiring such consent or approval.

(2) The application of the general duties is not affected by the fact that the case also falls within Chapter 4 (transactions requiring approval of members), except that where that Chapter applies and—

(a) approval is given under that Chapter, or

(b) the matter is one as to which it is provided that approval is not needed, it is not necessary also to comply with section 175 (duty to avoid conflicts of interest) or section 176 (duty not to accept benefits from third parties).

(3) Compliance with the general duties does not remove the need for approval under any applicable provision of Chapter 4 (transactions requiring approval of members).

(4) The general duties—

(a) have effect subject to any rule of law enabling the company to give authority, specifically or generally, for anything to be done (or omitted) by the directors, or any of them, that would otherwise be a breach of duty, and

Companies Act 2006 เท่านั้น แต่ยังรวมถึงการให้อำนาจจากคณะกรรมการ ที่ไม่มีส่วนได้เสียตาม มาตรา 175⁷¹

2.1.3 เหตุตามมาตรา 263 (2) (c) ศาลต้องมีคำสั่งไม่อนุญาตถ้ากรรมการกระทำการหรือละ เว้นกระทำการไปแล้ว แต่บริษัทได้ให้สัตยาบันแก่การกระทำการหรือละเว้นกระทำการในภายหลัง

(b) where the company's articles contain provisions for dealing with conflicts of interest, are not infringed by anything done (or omitted) by the directors, or any of them, in accordance with those provisions.

(5) Otherwise, the general duties have effect (except as otherwise provided or the context otherwise requires) notwithstanding any enactment or rule of law.

⁷¹ **Section 175 of The Companies Act 2006**

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

การให้สัตยาบันนั้น เป็นกรณีที่เกิดขึ้นภายหลังจากการกระทำหรือละเว้นกระทำการเพื่อเป็นการรับรองการกระทำหรือละเว้นกระทำการให้มีผลผูกพันบริษัท ดังนั้น เมื่อการให้สัตยาบันแก่การกระทำของกรรมการแล้วเหตุในการฟ้องคดีย่อมระงับไป และหากมีการฟ้องคดีแทนบริษัทแล้วศาลต้องสั่งไม่อนุญาตให้ดำเนินคดีต่อ

หลักการของการให้สัตยาบันตามมาตรา 239 กำหนดว่า การกระทำของกรรมการที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อ ผิดสัญญา ผิดหน้าที่ หรือละเมิดความไว้วางใจในความสัมพันธ์ และการลงคะแนนเสียงของกรรมการที่กระทำความผิดหรือบุคคลใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ ความผิดจะไม่สามารถลงคะแนนเสียงในการให้สัตยาบันได้ หรือจะไม่นับเป็นผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิลงมติในกรณีที่เป็นการทำผิดแบบลายลักษณ์อักษร แต่กรรมการและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำยังสามารถเข้าร่วมประชุม และนับเป็นองค์ประชุมในการประชุมได้

2.2 เหตุตามมาตรา 263 (3)

2.2.1 มาตรา 263 (3) (a) ศาลต้องพิจารณาว่าผู้ถือหุ้นดำเนินคดีโดยสุจริต (good faith) หรือไม่

มาตรา 263 (3) (a) ศาลต้องพิจารณาว่าผู้ถือหุ้นดำเนินการฟ้องคดีโดยสุจริตหรือไม่ กล่าวคือ ในการดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นนั้น ผู้ถือหุ้นต้องไม่แสวงหาประโยชน์เพื่อตนเอง แต่การดำเนินคดีต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้น ดังนั้น แม้การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทจะเข้าข้อยกเว้นของกฎในคดี *Foss v. Harbottle* ผู้ถือหุ้นก็ไม่อาจใช้ประโยชน์จากข้อยกเว้นนั้นได้

นอกจากนี้ การกระทำความผิดที่ผู้ถือหุ้นใช้เป็นเหตุในการฟ้องคดี ผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิฟ้องคดีต้องไม่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วย หรือเรียกว่าหลัก “clean hands” ดังที่กล่าวอ้างไว้ในคดี *Tower v. African Tug Co.*⁷² ซึ่งเป็นคดีที่กรรมการของบริษัทได้จ่ายเงินปันผลโดยผิดกฎหมาย ผู้ถือหุ้นจำนวน 2 ราย จึงใช้สิทธิฟ้องคดีเพื่อขับไล่กรรมการออกจากบริษัท ศาลตัดสินว่า ผู้ถือหุ้นไม่มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดี เนื่องจากผู้ถือหุ้นมีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดโดยการรับเงินปันผลที่จ่ายด้วย และในคดี *Nurcombe v. Nurcombe*⁷³ อันเป็นคดีเกี่ยวกับสามีและภรรยาซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นเพียงสองคนในบริษัท ปรากฏว่าสามีได้ละเมิดหน้าที่ในฐานะกรรมการของบริษัทในการโอนสัญญาจากบริษัทไปยังอีกบริษัทหนึ่งซึ่งกรรมการมีส่วนได้เสีย ภรรยาในฐานะผู้ถือหุ้นได้ยื่นฟ้องสามีซึ่งเป็นกรรมการในนามของบริษัทเกี่ยวกับการละเมิดหน้าที่ ศาลอุทธรณ์ปฏิเสธการดำเนินคดีฟ้องร้องดำเนินคดี เนื่องจากผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นผู้ฟ้องคดีไม่ได้ยกเลิกสัญญาอันเป็นมูลเหตุใน

⁷² [1904] 1 CH. 558

⁷³ [1985] 1 W.L.R. 370

การฟ้องร้องคดี ศาลจึงเห็นว่าผู้ถือหุ้นมีส่วนเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการฟ้องคดีถือว่าไม่สุจริตตาม วัตถุประสงค์ของมาตรา 263 (3) (a)⁷⁴

2.2.2 มาตรา 263 (3) (b) ศาลต้องพิจารณาว่าบุคคลตามมาตรา 172 ประสงค์จะ ดำเนินคดีต่อหรือไม่

ดังที่กล่าวไว้แล้วว่า มาตรา 263 (2) (a) กำหนดให้ศาลต้องมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ผู้ถือหุ้น ดำเนินการฟ้องร้องแทนบริษัท ถ้าบุคคลที่ทำหน้าที่ตามมาตรา 172 ไม่ประสงค์จะดำเนินคดีต่อ เนื่องจากในการดำเนินกิจการของบริษัทกรรมการย่อมเป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินใจ ในการ ฟ้องร้องดำเนินคดีก็เป็นอำนาจของกรรมการด้วยเช่นกัน ดังนั้น หากบุคคลที่ทำหน้าที่ตามมาตรา 172 ไม่ประสงค์จะดำเนินคดีต่อศาลจึงต้องสั่งไม่อนุญาตให้ผู้ถือหุ้นดำเนินการฟ้องร้องคดีแทน บริษัท

2.2.3 มาตรา 263 (3) (c) และมาตรา 263 (3) (d) ศาลต้องพิจารณาว่าการกระทำหรือการ ละเว้นกระทำการ ได้มีการให้อำนาจหรือให้สัตยาบันในการกระทำผิดดังกล่าวหรือไม่

ดังที่กล่าวไว้แล้วในมาตรา 262 (2) (b) และมาตรา 262 (2) (c) ว่าการให้อำนาจในการ กระทำความผิดนั้นต้องได้มีการให้อำนาจไว้ก่อนที่จะมีการกระทำความผิด ซึ่งแตกต่างจากการให้ สัตยาบันที่ต้องให้ภายหลังจากที่มีการกระทำความผิดแล้ว

2.2.4 มาตรา 263 (3) (e) ศาลต้องพิจารณาว่า บริษัทตัดสินใจจะดำเนินคดีหรือไม่

ในการที่บริษัทจะตัดสินใจว่าจะดำเนินคดีกับกรรมการผู้กระทำความผิดหรือไม่ย่อม เป็นอำนาจของกรรมการในการตัดสินใจ โดยในมาตรา 263 (3) ให้ศาลรับฟังความเห็นของ กรรมการในการฟ้องร้องดำเนินคดีและศาลต้องคำนึงว่าการตัดสินใจของคณะกรรมการนั้นเป็นการ ตัดสินใจจากกรรมการที่มีส่วนได้เสียและเป็นกรรมการที่มีอิสระจากกรรมการที่ถูกฟ้องหรือไม่

2.2.5 มาตรา 263 (3) (f) ศาลต้องพิจารณาว่า การกระทำหรือละเว้นกระทำการนั้นผู้ ถือหุ้นสามารถฟ้องคดีด้วยตนเองแทนการฟ้องคดีแทนบริษัทได้หรือไม่

มาตรา 263 (3) (f) บัญญัติให้ศาลต้องพิจารณาด้วยว่าผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องคดีด้วยตนเอง ได้หรือไม่ประกอบการพิจารณาในการอนุญาตให้ดำเนินคดี เนื่องจากการกระทำความผิดของ กรรมการอาจเป็นการโต้แย้งสิทธิของทั้งผู้ถือหุ้นและบริษัทในคราวเดียวกัน โดยในมาตรา 263 (3)

⁷⁴ Jennifer Payne, “Clean hands in derivative actions, Cambridge Law Journal, 61(1) March 2002,” สืบค้นเมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2565, จาก https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:509ba674-84e3-4d8c-9713-8ce01bd6514c/download_file?file_file_format=pdf&safe_filename=%2527Clean%2Bhands%2527%2Bin%2Bderivative%2Bactions&type_o f_work=Journal+article

(f) มีคำวินิจฉัยของศาลในคดี *Franbar Holdings Ltd v. Patel*⁷⁵ ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับ บริษัท Medicentres ซึ่งเป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้บริการดูแลสุขภาพเบื้องต้นและบริการทางการแพทย์ บริษัทนี้ถือหุ้นทั้งหมดโดยบริษัท Franbar ในเดือนกรกฎาคม 2548 บริษัท Franbar ได้ขายหุ้นจำนวน 75% ในบริษัท Medicentres ให้กับ Casualty Plus จากนั้นบริษัท Franbar และ Casualty Plus ได้ลงนามในข้อตกลงของผู้ถือหุ้น ตามข้อตกลงนี้ Casualty Plus ได้แต่งตั้งกรรมการสองคนและบริษัท Franbar ได้แต่งตั้งกรรมการหนึ่งคน เพื่อเป็นกรรมการในบริษัท Medicentres ต่อมาบริษัท Franbar ยื่นฟ้อง Casualty Plus และบริษัท Medicentres โดยอ้างว่ามีการละเมิดหน้าที่การดูแลต่าง ๆ ศาลมีคำวินิจฉัยไม่ให้ดำเนินฟ้องร้องดำเนินคดีต่อ เนื่องจากการกระทำของกรรมการเป็นการโต้แย้งสิทธิของทั้งผู้ถือหุ้นและบริษัท ผู้ถือหุ้นจึงยื่นฟ้องคดีตามสิทธิของตนตามมาตรา 994 และฟ้องคดีแทนบริษัทต่อศาล และในคดี *Stainer v. Lee*⁷⁶ ปราบกฏข้อเท็จจริงว่ากรรมการได้โต้แย้งสิทธิของบริษัทและผู้ถือหุ้น แต่ผู้ถือหุ้นยื่นฟ้องคดีแทนบริษัทมาเพียงอย่างเดียวโดยมิได้ยื่นฟ้องตามสิทธิของตนตามมาตรา 994 ศาลจึงเห็นว่าไม่มีเหตุผลที่จะต้องปฏิเสธไม่ให้ดำเนินคดีต่อ

จากคำวินิจฉัยของศาลจะเห็นได้ว่า การพิจารณาว่าผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องคดีด้วยตนเองได้หรือไม่ ศาลต้องพิจารณาด้วยว่าผู้ถือหุ้นได้ยื่นฟ้องคดีตามสิทธิของผู้ถือหุ้นมาพร้อมกับการฟ้องคดีแทนบริษัทหรือไม่⁷⁷ ถ้าผู้ถือหุ้นได้ยื่นฟ้องคดีตามสิทธิของผู้ถือหุ้นมาพร้อมกับการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทแล้วผู้ถือหุ้นย่อมไม่จำเป็นต้องดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท

2.3 มาตรา 263 (4) ศาลต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงหลักฐาน ที่ปรากฏ ต่อศาลเกี่ยวกับความเห็นของผู้ถือหุ้นที่ไม่มีส่วนได้เสียทั้งทางตรงและทางอ้อม

มาตรา 263 (4) เป็นกรณีที่ศาลต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงหลักฐานที่ปรากฏต่อศาลเกี่ยวกับความเห็นของผู้ถือหุ้นที่ไม่มีส่วนได้เสียทั้งทางตรงและทางอ้อม

3.2.2.4.2 การฟ้องคดีแทนบริษัทโดยบริษัทเป็นผู้ฟ้องคดี

โดยหลักแล้วสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทเป็นของบริษัท เนื่องจากบริษัทเป็นผู้เสียหายโดยตรงในการกระทำความผิดของกรรมการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ประกอบกับสิ่งที่ได้รับมาเพื่อเยียวยาความเสียหายย่อมตกเป็นของบริษัท ซึ่งในการฟ้องร้องดำเนินคดีย่อมเป็นอำนาจของคณะกรรมการ แต่อย่างไรก็ตามในบางกรณีคณะกรรมการอาจช่วยเหลือกรรมการผู้กระทำความผิดโดยการกีดกันไม่ให้ผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทและ

⁷⁵ [2008] EWHC 1534

⁷⁶ [2010] EWHC 1539 (Ch)

⁷⁷ เพิ่งอ้าง, น. 157.

ฟ้องคดีเองแต่บริษัทฟ้องร้องดำเนินคดีอย่างไม่เต็มความสามารถ มาตรา 262⁷⁸ ของ Company Act 2006 จึงกำหนดให้ผู้ถือหุ้นสามารถยื่นคำร้องเพื่อฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทในคดีที่บริษัทได้ยื่นฟ้องไว้แล้ว โดยต้องได้รับอนุญาตจากศาลจึงจะสามารถดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้ โดยเงื่อนไขในการใช้สิทธิมาตรา 262 นั้น ต้องเป็นคดีที่ผู้ถือหุ้นสามารถดำเนินการฟ้องร้องคดีแทนบริษัทได้และสมควรให้ผู้ถือหุ้นดำเนินคดีแทนบริษัท นอกจากนี้ผู้ถือหุ้นต้องแสดงให้ศาลเห็นว่าบริษัทฟ้องร้องดำเนินคดีอย่างไม่เต็มความสามารถ ซึ่งหากผู้ถือหุ้นสามารถแสดงได้ว่าการใช้สิทธิของตนเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 262 และศาลได้สั่งอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นดำเนินการฟ้องร้องคดีแทนบริษัทผู้ถือหุ้นต้องดำเนินการยื่นคำร้องตามมาตรา 263 เพื่อให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตต่อไป

⁷⁸ Section 262 of The Companies Act 2006

Application for permission to continue claim as a derivative claim

(1) This section applies where—

- (a) a company has brought a claim, and
- (b) the cause of action on which the claim is based could be pursued as a derivative claim under this

Chapter.

(2) A member of the company may apply to the court for permission (in Northern Ireland, leave) to continue the claim as a derivative claim on the ground that—

- (a) the manner in which the company commenced or continued the claim amounts to an abuse of the process of the court,
- (b) the company has failed to prosecute the claim diligently, and
- (c) it is appropriate for the member to continue the claim as a derivative claim.

(3) If it appears to the court that the application and the evidence filed by the applicant in support of it do not disclose a prima facie case for giving permission (or leave), the court—

- (a) must dismiss the application, and
- (b) may make any consequential order it considers appropriate.

(4) If the application is not dismissed under subsection (3), the court—

- (a) may give directions as to the evidence to be provided by the company, and
- (b) may adjourn the proceedings to enable the evidence to be obtained.

(5) On hearing the application, the court may—

(a) give permission (or leave) to continue the claim as a derivative claim on such terms as it thinks fit,

(b) refuse permission (or leave) and dismiss the application, or

(c) adjourn the proceedings on the application and give such directions as it thinks fit

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ศาลพิจารณาคำขอฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทของผู้ถือหุ้น และพยานหลักฐานแล้วพบว่าไม่มีมูลเพียงพอที่จะอนุญาตตามคำขอศาลต้องยกคำขอดังกล่าวและอาจมีคำสั่งที่เป็นผลสืบเนื่องใด ๆ ตามสมควร นอกจากนี้ศาลอาจมีคำสั่งให้บริษัทนำส่งพยานหลักฐานเพิ่มเติมเพื่อประกอบการพิจารณาหรืออาจให้เลื่อนการพิจารณาออกไปเพื่อรอพยานหลักฐานเพิ่มเติม

3.2.2.4.3 การฟ้องคดีแทนบริษัทโดยผู้ถือหุ้นเป็นผู้ฟ้องคดีแทน

ในกรณีที่การฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทได้ดำเนินการไปโดยไม่เหมาะสม เช่น ผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทเพื่อประโยชน์ส่วนตัว มาตรา 264⁷⁹ ของ

⁷⁹ Section 264 of The Companies Act 2006

Application for permission to continue derivative claim brought by another member

(1) This section applies where a member of a company (“the claimant”)—

- (a) has brought a derivative claim,
- (b) has continued as a derivative claim a claim brought by the company, or
- (c) has continued a derivative claim under this section.

(2) Another member of the company (“the applicant”) may apply to the court for permission (in Northern Ireland, leave) to continue the claim on the ground that—

(a) the manner in which the proceedings have been commenced or continued by the claimant amounts to an abuse of the process of the court,

(b) the claimant has failed to prosecute the claim diligently, and

(c) it is appropriate for the applicant to continue the claim as a derivative claim.

(3) If it appears to the court that the application and the evidence filed by the applicant in support of it do not disclose a prima facie case for giving permission (or leave), the court—

(a) must dismiss the application, and

(b) may make any consequential order it considers appropriate.

(4) If the application is not dismissed under subsection (3), the court—

(a) may give directions as to the evidence to be provided by the company, and

(b) may adjourn the proceedings to enable the evidence to be obtained.

(5) On hearing the application, the court may—

(a) give permission (or leave) to continue the claim on such terms as it thinks fit,

(b) refuse permission (or leave) and dismiss the application, or

(c) adjourn the proceedings on the application and give such directions as it thinks fit.

Company Act 2006 จึงบัญญัติให้ผู้ถือหุ้นรายอื่นสามารถยื่นคำขออนุญาตต่อศาลเพื่อบำเนนคดีแทนผู้ถือหุ้นที่ดำเนินการไปโดยไม่เหมาะสม ซึ่งคดีที่ผู้ถือหุ้นจะสามารถยื่นคำขอได้ตามมาตรา 264 ต้องเป็นคดีที่มีลักษณะดังนี้

1. คดีที่ผู้ถือหุ้นฟ้องคดีแทนบริษัท
2. คดีที่บริษัทฟ้องคดีเองแต่มีผู้ถือหุ้นเป็นผู้ดำเนินคดีแทนบริษัทตามมาตรา 262 หรือ
3. คดีที่มีผู้ถือหุ้นเป็นผู้ดำเนินคดีแทนบริษัทเนื่องมาจากการร้องขอตามมาตรา 264 ตามกรณี (1) และ (2)⁸⁰

โดยมาตรา 264 ได้กำหนดเงื่อนไขในการที่ผู้ถือหุ้นซึ่งยื่นคำร้องขอดำเนินคดีแทนบริษัทต้องแสดงให้เห็นว่าการดำเนินการฟ้องร้องคดีแทนบริษัทโดยผู้ถือหุ้นเป็นการกระบวนการณ์ที่ไม่ชอบ รวมทั้งต้องแสดงให้เห็นว่าผู้ถือหุ้นที่ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทไม่ได้ดำเนินการอย่างจริงจังและผู้ยื่นคำขออนุญาตฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทมีความเหมาะสมในการดำเนินคดีดังกล่าว เมื่อผู้ถือหุ้นสามารถแสดงให้เห็นครบตามเงื่อนไขในมาตรา 264 แล้วผู้ถือหุ้นต้องยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลตั้งอนุญาตตามมาตรา 261 หรือมาตรา 263 แล้วแต่ว่าอยู่ในขั้นตอนใดของการพิจารณา

อย่างไรก็ตาม หากศาลพิจารณาคำขอและพยานหลักฐานแล้วพบว่าไม่มีมูลเพียงพอที่จะอนุญาตตามคำขอศาลต้องยกคำขอดังกล่าวและอาจมีคำสั่งที่เป็นผลสืบเนื่องใด ๆ ตามสมควร นอกจากนี้ศาลอาจมีคำสั่งให้บริษัทนำส่งพยานหลักฐานเพิ่มเติมเพื่อประกอบการพิจารณาหรืออาจให้เลื่อนการพิจารณาออกไปเพื่อรอพยานหลักฐานเพิ่มเติม

3.2.2.5 ค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดี

ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นก่อนที่สหราชอาณาจักรจะมีกฎหมายบัญญัติรองรับสิทธิในการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นศาลยังไม่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้น กล่าวคือ ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลในอดีตได้กำหนดจำกัดเงินของบริษัทไม่ให้รวมถึงค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นกรณีที่มีข้อพิพาทของผู้ถือหุ้น⁸¹ ดังนั้น ผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทต้องรับภาระในค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการฟ้องร้องดำเนินคดีโดยลำพัง

⁸⁰ เพิ่งอ้าง, น. 162-163.

⁸¹ คดี Pickering v. Stephenson (1872) LR 14 Eq 322; Re Crossmore Electrical and Civil Engineering Ltd. (1989) 5 BCC 37 ; Re Kenyon Swensea Ltd. (1987) BCLC 514 , at 521; Re Elgindata Ltd. (1991) BLCL 959, at 1008; Re Milgata Developments Ltd. (1991) BCC 24; Canniford v. Smith, Financial Times, December 21, 1990; Re a Company (No' 004502 of 1988), ex p. Johnson (1992) BCLC 701. Goo SH, Minority

ต่อมาในคดี Wallersteiner v. Moir (No.2) (1975)⁸² ซึ่งเป็นคดีที่ Mr. Moir ผู้ถือหุ้นของ บริษัท ได้ดำเนินการฟ้องร้อง Dr. Wallersteiner ว่าได้นำเงินของบริษัทไปซื้อบริษัทที่ชื่อ Hartley Baird Ltd อันขัดต่อข้อห้ามในการช่วยเหลือทางการเงิน (ภายใต้ companies Act 1948 s 54 and 190) เป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับการบริหารจัดการกิจการของบริษัทอย่างร้ายแรง โดย Mr. Moir ได้ต่อสู้อคดีมาเป็นเวลาหลายปีรวมทั้งได้ใช้เงินไปเป็นจำนวนมาก และแม้ว่า Mr. Moir จะได้รับเงินช่วยเหลือจากผู้ถือหุ้นรายอื่น แต่ก็ไม่เพียงพอในการต่อสู้อคดีนี้ Mr. Moir จึงได้ร้องขอต่อศาลเพื่อขอความช่วยเหลือในเรื่องค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีที่จะมีขึ้นต่อไปในอนาคต ศาลเห็นว่าผู้ถือหุ้นไม่ได้รับความคุ้มครองในเรื่องค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องคดีแทนบริษัททำให้ผู้ถือหุ้นต้องเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ ประกอบกับหากผู้ถือหุ้นเป็นฝ่ายชนะคดีค่าสินไหมทดแทนตามคำพิพากษาย่อมตกเป็นของบริษัท ศาลจึงเริ่มพิจารณาเพื่อให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ถือหุ้นโดยให้บริษัทรับผิดชอบค่าใช้จ่ายให้ผู้ถือหุ้นเพราะผู้ถือหุ้นฟ้องคดีเพื่อประโยชน์ของบริษัทมิใช่เพื่อประโยชน์ของตนเอง กล่าวคือ เมื่อกรรมการที่ถูกฟ้องแพ้งคดี กรรมการผู้แพ้งคดีต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีให้กับผู้ถือหุ้น และหากกรรมการไม่ชดใช้บริษัทก็มีหน้าที่ในการชดใช้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีให้กับผู้ถือหุ้นแม้ว่าผู้ถือหุ้นจะแพ้งคดีก็ตาม โดยผู้ถือหุ้นต้องใช้สิทธิโดยสุจริตและใช้ความระมัดระวังเพื่อประโยชน์ของบริษัท

ในคดี Wallersteiner v. Moir (No.2) (1975) ได้มีการอธิบายการชดเชยค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีจากบริษัท (indemnity from the company) และการกำหนดค่าทนายความที่ลูกความจะได้รับในคดี (contingency fee) ดังนี้⁸³

1. การชดเชยค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีจากบริษัท (indemnity from the company)

การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทเป็นการกระทำในนามของบริษัท เมื่อผู้ถือหุ้นมีค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการฟ้องร้องดำเนินคดี ผู้ถือหุ้นจึงมีสิทธิได้รับค่าชดเชยจากบริษัทในค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการฟ้องร้องดำเนินคดี การชดเชยไม่ได้เกิดจากโดยผลของสัญญาแต่เกิดจากสิทธิของผู้ถือหุ้นในฐานะผู้ดูแลปกป้องสิทธิประโยชน์ของบริษัท ซึ่งในกรณีที่ผู้ถือหุ้นชนะคดีผลประโยชน์จะตกเป็นของบริษัทผู้ถือหุ้นจึงควรได้รับการชดเชย อย่างไรก็ตาม แม้ผู้ถือหุ้นจะเป็นฝ่ายแพ้งคดีผู้ถือหุ้นไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดี หากพิจารณาได้ว่า

Shareholders' Protection a study of section 45 of the Companies Act 1985, (London: Cavendish Publishing Limited, 1994), p. 120.

⁸² [1975] QB 373, 2 WLR 389, 1 All ER 849

⁸³ David Kershew, *Company Law in Context : Text and Materials*, p. 633-634.

ผู้ถือหุ้นที่ฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทมีเหตุสมควรในการดำเนินการดังกล่าว บริษัทจึงควรรับผิดชอบค่าใช้จ่ายดังกล่าวที่เกิดขึ้น

ปัจจุบัน การชดเชยค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีให้แก่ผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีแทนบริษัทได้มีการบัญญัติไว้ใน Civil Procedure Rules Rule, 19.9E⁸⁴ ซึ่งกำหนดว่า ศาลอาจมีคำสั่งให้บริษัทองค์กรธุรกิจหรือสหภาพการค้าจ่ายค่าชดเชยในการดำเนินคดีแทนบริษัทแก่ผู้ร้องสำหรับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการยื่นขออนุญาต หรือการฟ้องคดี หรือทั้ง 2 กรณี

2. การกำหนดค่าทนายความที่ลูกความจะได้รับในคดี (contingency fee)

การดำเนินคดีในศาลจะเป็นเรื่องที่ยากลำบาก การฟ้องร้องต่อสู้คดี วิชาชีพทนายความจึงเข้าไปมีบทบาทในฐานะเป็นตัวแทนคู่ความ โดยอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญทางกฎหมาย ในส่วนของการกำหนดค่าวิชาชีพทนายความในสหราชอาณาจักรจะเป็นการกำหนดตามผลแห่งคดี (contingency fee) ซึ่งการกำหนดค่าวิชาชีพตามผลคดีแบบดังกล่าวจะเรียกได้ในกรณีที่ลูกความชนะคดี ทนายความจึงจะได้รับเงินเพิ่มพิเศษ แต่ถ้าปรากฏว่าลูกความแพ้คดีทนายความจะไม่ได้รับเงินเพิ่มพิเศษดังกล่าว⁸⁵

การกำหนดค่าวิชาชีพทนายความดังกล่าวทำให้คู่ความที่มีฐานะยากจนและโอกาสในการชนะคดีมีความไม่แน่นอนได้รับความยุติธรรมในการฟ้องร้องดำเนินคดี เนื่องจากในการฟ้องร้องดำเนินคดีย่อมมีค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก และหากคู่ความเป็นฝ่ายแพ้คดีต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีของคู่ความฝ่ายที่ชนะคดี แต่อย่างไรก็ตามการกำหนดค่าวิชาชีพทนายความดังกล่าวยังมีข้อเสีย เนื่องจากอาจก่อให้เกิดการใช้วิธีการที่ไม่สุจริตในการทำให้ลูกความชนะคดีหรืออาจเป็นการส่งเสริมให้ทนายความฟ้องร้องดำเนินคดีที่ไม่สมควร

ในคดี Wallersteiner v. Moir (No.2)⁸⁶ ได้วินิจฉัยให้บริษัทชดเชยค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นที่ฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท เนื่องจากในการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท

⁸⁴ **Rule 19.9E of Civil Procedure Rules**

Derivative claims – costs

The court may order the company, body corporate or trade union for the benefit of which a derivative claim is brought to indemnify the claimant against liability for costs incurred in the permission application or in the derivative claim or both.

⁸⁵ วารสารวิชาการมหาวิทยาลัยปทุมธานี, ปีที่ 6, ฉบับที่ 2, น. 134 (พฤษภาคม - สิงหาคม 2557). อ้างถึงใน อภิวิฑูติ แสงรัตนเดช, “การใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทของผู้ถือหุ้นในบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), น. 167.

⁸⁶ [1975] QB 373, 2 WLR 389, 1 All ER 849

ของผู้ถือหุ้นมูลเหตุแห่งการฟ้องร้องเป็นของบริษัทและประโยชน์ที่ได้จากการดำเนินคดีย่อมตกเป็นของบริษัท ผู้ถือหุ้นได้รับประโยชน์จากการฟ้องคดีทางอ้อมเท่านั้น รวมทั้งถ้าคณะกรรมการที่มีความเห็นเป็นอิสระเห็นสมควรให้ดำเนินคดีต่อไปแล้ว ศาลก็ควรมีดุลพินิจสั่งให้บริษัทชดเชยค่าใช้จ่ายในการดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดี

3.3 ลักษณะและวิธีการในการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทของมลรัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา

ระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งมีรากฐานและแนวคิดมาจากอังกฤษ โดยทุกมลรัฐยกเว้นมลรัฐหลุยเซียน่า มีระบบกฎหมายที่มีพื้นฐานในระบบคอมมอนลอว์ ภายใต้หลักหรือระบบคอมมอนลอว์นี้ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรผู้พิพากษาจะเป็นผู้สร้างกฎหมายโดยปรับใช้แนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาในคดีก่อนเพื่อนำมาใช้ตัดสินคดีซึ่งเรียกกันว่า “Caselaw” หรือบางครั้งเรียกกันว่า กฎหมายที่ไม่มีเป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten law) ดังนั้น คำพิพากษาของศาลในระบบคอมมอนลอว์จึงมิได้เพียงมีผลผูกพันคู่ความในคดีเท่านั้นหากยังเป็นการสร้างบรรทัดฐานในคดีหลัง ๆ อีกด้วย⁸⁷

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกามีระบบกฎหมายเป็นแบบคอมมอนลอว์ (Common Law) การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท จึงมีที่มาจากคำวินิจฉัยของศาลในคดี Foss V. Harbottle ของสหราชอาณาจักร โดยได้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์ กระบวนการมาอย่างต่อเนื่อง การใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทในมลรัฐเดลาแวร์มีรายละเอียด ดังนี้

3.3.1 เหตุแห่งการฟ้องคดี

กฎหมายเกี่ยวกับการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทในมลรัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย ดังนี้

1. Delaware General Corporation Law (DGCL) อันเป็นกฎหมายสารบัญญัติที่บัญญัติเนื้อหาเกี่ยวกับการคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 327

2. Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware อันเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ ในกฎข้อที่ 23.1

การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท ตามกฎข้อที่ 23.1 ของ Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware คือ คดีที่ผู้ถือหุ้นของบริษัทฟ้องเพื่อบังคับตามสิทธิของบริษัท เนื่องจากบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องคดีดังกล่าว อย่างไรก็ตามหากเกิดการโต้แย้งสิทธิของทั้ง

⁸⁷ มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2553),

บริษัทและผู้ถือหุ้นเอง ผู้ถือหุ้นย่อมสามารถใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีเองได้ไม่จำเป็นต้องใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท แต่สิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทก็ไม่เสียไป กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีเองและสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้ เช่น ในกรณีที่บริษัทดำเนินการลดทุนอันส่งผลให้ผู้ถือหุ้นกลายเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อย ดังที่ปรากฏในคดี *Gentile v. Rossette*, 906 A.2d 91, 99 (Del.2006)

ในอดีตศาลได้ใช้หลัก “ความเสียหายพิเศษ” (special injury) ซึ่งเป็นหลักในการพิจารณาว่าคดีใดเป็นคดีที่ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทหรือคดีใดเป็นคดีที่ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีเอง โดยคดีที่ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท ผู้ถือหุ้นต้องแสดงให้เห็นว่าผู้ถือหุ้นทุกรายได้รับความเสียหาย เช่น ในคดี *Katz v. Halperin*, 1996 ส่วนในคดีที่ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีเอง ผู้ถือหุ้นต้องแสดงให้เห็นว่าผู้ถือหุ้นที่ฟ้องร้องดำเนินคดีได้รับความเสียหายเป็นพิเศษกว่าผู้ถือหุ้นรายอื่น ๆ อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีความซับซ้อนในการพิจารณา ดังนั้นในปี 2004 ศาลฎีกาของมลรัฐเดลาแวร์จึงได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาใหม่ในคดี *Tooley v. Donaldson, Lufkin & Jenrette, Inc.*, 845 A.2d 1031, 1035 (2004) ดังนี้

1. ศาลต้องพิจารณาว่าบริษัทหรือผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีบุคคลใดที่เป็นผู้ได้รับความเสียหาย
2. ศาลต้องพิจารณาว่าบริษัทหรือผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีบุคคลใดที่ได้รับประโยชน์จากการชดใช้หรือเยียวยาความเสียหาย

กล่าวคือ ในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นหากบุคคลผู้ที่ได้รับความเสียหายและบุคคลที่ได้รับประโยชน์จากการชดใช้หรือเยียวยาความเสียหายคือบริษัท คดีดังกล่าวจะเป็นคดีที่ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท แต่หากบุคคลผู้ที่ได้รับความเสียหายและบุคคลที่ได้รับประโยชน์จากการชดใช้หรือเยียวยาความเสียหายคือผู้ถือหุ้น คดีดังกล่าวจะเป็นคดีที่ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีเอง

จากความหมายของการฟ้องร้องดำเนินคดีของบริษัทที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าเหตุของการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทของมลรัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดกรอบการฟ้องร้องคดีไว้อย่างจำกัดดังเช่น *Companies Act* ของสหราชอาณาจักร ดังนั้นคณะกรรมการจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติด้วยความระมัดระวังซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นและบริษัท หากคณะกรรมการกระทำการหรือละเว้นกระทำการเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย บริษัทย่อมมีสิทธิฟ้องร้องค่าเสียหายจากกรรมการ ซึ่งหากบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีอันเนื่องมาจากคณะกรรมการอาจเป็นผู้กระทำความผิด หรือคณะกรรมการที่กระทำความผิดเป็นพวกพ้องของตน หรือถูกควบคุมจากคณะกรรมการที่กระทำความผิด ผู้ถือหุ้นย่อมสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดี

แทนบริษัทได้ นอกจากผู้ถือหุ้นจะสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีกับคณะกรรมการผู้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทได้แล้ว ผู้ถือหุ้นยังสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแก่พนักงานของบริษัทผู้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท เนื่องจากพนักงานของบริษัทย่อมต้องปฏิบัติด้วยความระมัดระวังซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นและบริษัทเช่นเดียวกับคณะกรรมการ

3.3.2 ผู้มีสิทธิในการฟ้องคดีแทนบริษัท

ผู้มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของบริษัทใน Delaware General Corporation Law และ Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware รวมทั้งแนวคำวินิจฉัยของศาลได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิฟ้องคดีไว้ ดังนี้

3.3.2.1 ต้องเป็นเจ้าของหุ้นหรือถือหุ้นอยู่ในขณะที่เกิดเหตุแห่งการฟ้องคดี

ตามมาตรา 327⁸⁸ แห่ง Delaware General Corporation Law ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทว่าต้องเป็นผู้ถือหุ้นที่อยู่ในขณะที่เกิดการกระทำ ความผิด นอกจากนี้ผู้ที่ได้รับ โอนหุ้น โดยผลของกฎหมายในภายหลังย่อมมีสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีของบริษัทได้แม้ว่าจะไม่ได้เป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในขณะที่เกิดการกระทำ ความผิด

ในคำฟ้องต้องแสดงให้เห็นว่า ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทมีสถานะเป็นผู้ถือหุ้นที่อยู่ในขณะที่เกิดการกระทำ ความผิด หรือผู้ที่ได้รับ โอนหุ้น โดยผลของกฎหมายในภายหลัง ตามมาตรา 327 แห่ง Delaware General Corporation Law และกฎข้อที่ 23.1 ของ Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware

ทั้งนี้ กฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์ไม่ได้มีการกำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทต้องเป็นผู้ถือหุ้นที่มีชื่ออยู่ในสมุดทะเบียนของบริษัท ดังนั้น หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียในหุ้นของบริษัทโดยชอบธรรม เช่น ผู้จัดการมรดก ก็เพียงพอในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้⁸⁹

⁸⁸ § 327. Of Delaware General Corporation Law

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.

⁸⁹ Balotti and Finkelstein, *The Delaware Law of Business Corporations and Business Organization*, § 13.7 (1995) (the following persons, among other, have a sufficient equitable interest in stock to be able to maintain a derivative suit: executors, administrators of estates, sholders of an expectant legacy enforceable in equity after a teststors death, and ex-with whose interest in stock was required to be conveys to her by her ex-

3.3.2.2 ต้องเป็นเจ้าของหุ้นหรือถือหุ้นอยู่ในขณะที่ใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทต่อศาล

นอกจากผู้ที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทจะต้องเป็นเจ้าของหุ้นหรือถือหุ้นอยู่ในขณะที่เกิดเหตุแห่งการฟ้องคดีแล้ว ผู้ถือหุ้นยังต้องเป็นเจ้าของหุ้นหรือถือหุ้นอยู่ในขณะที่ใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทต่อศาล ตามบทบัญญัติของมาตรา 327 แห่ง Delaware General Corporation Law และกฎข้อที่ 23.1⁹⁰ ของ Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware ซึ่งในเรื่องดังกล่าวปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยของศาลในคดี Schoon v. Smith, 953 A.2d 196, 200 (Del. 2008) ซึ่งเป็นคดีที่ Ichard Schoon (โจทก์) ซึ่งเป็นกรรมการ แต่ไม่ใช่ผู้ถือหุ้นของบริษัทได้ยื่นฟ้อง ประธานเจ้าหน้าที่บริหาร กรรมการ และบริษัทเป็นจำเลย ศาลฎีกาได้พิพากษายกฟ้องคดีของ Schoon โดยกล่าวว่า Schoon เป็นเพียงกรรมการ ไม่ใช่ผู้ถือหุ้นของบริษัท

3.3.2.3 ต้องเป็นเจ้าของหุ้นหรือถือหุ้นอยู่ตลอดเวลาตั้งแต่เวลาที่เกิดเหตุแห่งการฟ้องคดีจนกว่าศาลจะมีคำตัดสิน

หลักเกณฑ์ที่ผู้ฟ้องคดีต้องเป็นเจ้าของหุ้นหรือถือหุ้นอยู่ตลอดเวลาตั้งแต่เวลาที่เกิดเหตุแห่งการฟ้องคดีจนกว่าศาลจะมีคำตัดสินเป็นที่รู้จักในชื่อว่า “contemporaneous ownership” ซึ่งปรากฏในคดี Lewis v. Anderson, 477 A.2d 1040,1049 (Del. 1984) และคดี Brambles USA, Inc., 731 F. Supp at 648 โดยคุณสมบัติในเรื่องดังกล่าวกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันการซื้อหุ้นภายหลังที่เกิดการกระทำความผิดและเข้ามาใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท⁹¹ และเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อมุ่งหวังประโยชน์จากการฟ้องคดีดังกล่าว การกำหนดคุณสมบัติในเรื่องดังกล่าวยังทำ

husband after six year). อ้างถึงใน Ralph C. Ferrara, Shareholder Derivative Litigation: Besieging the Board (United State of America: Law Journal Press, 2017), Chapter 4.08.

⁹⁰ Rule 23.1 Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware

“Derivative actions by shareholders.

(a) In a derivative action brought by one or more shareholders or members to enforce a right of a corporation or of an unincorporated association, the corporation or association having failed to enforce a right which may properly be asserted by it, the complaint shall allege that the plaintiff was a shareholder or member at the time of the transaction of which the plaintiff complains or that the plaintiff's share or membership thereafter devolved on the plaintiff by operation of law. The complaint shall also allege with particularity the efforts, if any, made by the plaintiff to obtain the action the plaintiff desires from the directors or comparable authority and the reasons for the plaintiff's failure to obtain the action or for not making the effort.

...”

⁹¹ Seth Aronson et al., *Shareholder Derivative Actions: From Cradle to Grave*, (New York: Alacra Store, 2009), p. 10.

ให้มั่นใจว่าผู้ถือหุ้นที่ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีเป็นผู้ถือหุ้นที่ได้รับความเสียหายหรือเป็นผู้ที่มีส่วนได้เสียอย่างแท้จริง⁹² รวมทั้ง ศาลในมลรัฐเดลาแวร์ยังได้วางบรรทัดฐานว่าผู้ถือหุ้นที่ฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทจะต้องดำเนินคดีเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นทั้งหมดอย่างเป็นธรรมและเหมาะสม ตามนัยของกฎข้อที่ 23.1 ของ Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้โอนหุ้นไปในระหว่างที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดีอันจะทำให้ผู้ถือหุ้นขาดคุณสมบัติในการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท เนื่องจากไม่ได้เป็นเจ้าของหุ้นหรือถือหุ้นอยู่ตลอดระยะเวลาตั้งแต่เวลาที่เกิดเหตุแห่งการฟ้องคดีจนกว่าศาลจะมีคำตัดสิน ตามบทบัญญัติในกฎข้อที่ 24⁹³ ของ Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware ศาลจะแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวโดยมีหนังสือไปยังผู้ถือหุ้นรายอื่นของบริษัทและให้ผู้ถือหุ้นที่มีคุณสมบัติครบถ้วนในการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทยื่นคำขอเพื่อเข้าดำเนินการแทนผู้ถือหุ้นที่ขาดคุณสมบัติ

ศาลในมลรัฐเดลาแวร์ยังได้ยอมรับเอาหลักการกระทำความผิดต่อเนื่องมาเป็นข้อยกเว้นของคุณสมบัติที่กำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทต้องเป็นเจ้าของหุ้นหรือถือหุ้นอยู่ตลอดระยะเวลาตั้งแต่เวลาที่เกิดเหตุแห่งการฟ้องคดีจนกว่าศาลจะมีคำตัดสิน กล่าวคือ หากในขณะที่ผู้ถือหุ้นได้ซื้อหุ้นและเป็นเจ้าของหุ้นนั้นยังปรากฏการกระทำความผิดตามข้อ

⁹² คดี Ensign Crop v. Interlogic Trace, Inc., 1990 Dist. LEXIS 17147. At*7 (S.D.N.Y Dec 19, 1990)

⁹³ Rule 24 Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware

“Intervention

(a) Intervention of right. -- Upon timely application anyone shall be permitted to intervene in an action: (1) When a statute confers an unconditional right to intervene; or (2) when the applicant claims an interest relating to the property or transaction which is the subject of the action and the applicant is so situated that the disposition of the action may as a practical matter impair or impede the applicant's ability to protect that interest, unless the applicant's interest is adequately represented by existing parties.

(b) Permissive intervention. -- Upon timely application anyone may be permitted to intervene in an action: (1) When a statute confers a conditional right to intervene; or (2) when an applicant's claim or defense and the main action have a question of law or fact in common. In exercising its discretion the Court shall consider whether the intervention will unduly delay or prejudice the adjudication of the rights of the original parties.

(c) Procedure. -- A person desiring to intervene shall serve a motion to intervene upon the parties as provided in Rule 5. The motion shall state the grounds therefor and shall be accompanied by a pleading setting forth the claim or defense for which intervention is sought. The same procedure shall be followed when a statute gives a right to intervene

กล่าวหาอยู่แม้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวจะเกิดขึ้นก่อนที่ผู้ถือหุ้นจะเข้ามาเป็นเจ้าของหุ้นหรือเข้ามาถือหุ้นในบริษัท⁹⁴ ผู้ถือหุ้นรายใหม่สามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทในข้อหาดังกล่าวได้ เช่นในคดี *Maclary v. Pleasant Hills Inc.*

นอกจากกรณีที่ผู้ถือหุ้นที่ได้โอนหุ้นไปในระหว่างที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดีอันจะทำให้ผู้ถือหุ้นขาดคุณสมบัติในการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทแล้ว กรณีที่มีการควบรวมกิจการของบริษัทก็ไม่ทำให้สิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทเสียไปแต่ต้องเป็นกรณีที่มีการควบรวมกิจการนั้นไม่กระทบต่อความเป็นผู้ถือหุ้น หากเป็นกรณีที่การควบรวมกิจการของบริษัทซึ่งส่งผลให้ผู้ถือหุ้นขาดจากการเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทแล้วผู้ถือหุ้นย่อมไม่สามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้ ดังเช่นในคดี *Schreiber v. Carney*, -17-447 A.2d 17, 21 (Del. Ch 1982) คดี *Lewis v. Anderson*, 477 A.2d 1040, 1047 (Del. 1982)

3.3.3 บุคคลที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท

3.3.3.1 คณะกรรมการและพนักงานของบริษัท

บุคคลที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทนอกจากคณะกรรมการของบริษัทที่ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีได้แล้ว จากการศึกษาบทความ⁹⁵ พบว่าผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทกับพนักงานของบริษัทได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากพนักงานของบริษัทมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบและปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังซื่อสัตย์สุจริต ดังนั้น หากพนักงานของบริษัทกระทำการหรือละเว้นกระทำการก่อให้เกิดความเสียหายของบริษัทผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีได้

3.3.3.2 บุคคลภายนอก

นอกจากการที่ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับคณะกรรมการและพนักงานของบริษัทได้แล้ว ผู้ถือหุ้นยังสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทกับบุคคลภายนอกได้ ดังเช่นที่ปรากฏในคดี *Dodge v. Woolsey*⁹⁶ ที่ให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีต่อบุคคลภายนอกได้ ซึ่งการที่ผู้ถือหุ้นจะใช้สิทธิฟ้องคดีกับบุคคลภายนอกได้นั้นเป็นไปอย่างไม่มีข้อจำกัด ซึ่งแตกต่างจากการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทตาม *Companies Act* ของสหราชอาณาจักรที่ให้ฟ้องบุคคลภายนอกได้เฉพาะกรณีที่บุคคลภายนอกมีส่วนร่วมหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของกรรมการ

⁹⁴ คดี *Schreiber v. Bryan*, 396 A.2d 717 (Del. 1971) และคดี *Levien v. Sinclair Corp.*, 261 A.2d 911 (Del. Ch. 1969)

⁹⁵ Aronson et al., *Shareholder Derivative Actions: From Cradle to Grave*, pp. 58-59.

⁹⁶ 59 U.S 331 (1885)

3.3.3.3 กรรมการเงา

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 325⁹⁷ ของ Delaware General Corporation Law ซึ่งได้บัญญัติให้พนักงานของบริษัท คณะกรรมการ รวมถึงผู้ถือหุ้นต้องรับผิดชอบความเสียหายของบริษัทหากบุคคลเหล่านี้ไม่ได้ใช้ความสามารถอย่างเพียงพอในการพิจารณาหรือการตัดสินใจบริหารจัดการงานในบริษัท⁹⁸ ประกอบกับมาตรา 327 ซึ่งได้บัญญัติให้ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีต้องเป็นเจ้าของหุ้นหรือถือหุ้นอยู่ในขณะที่เกิดเหตุแห่งการฟ้องคดี ดังนั้น หากพนักงานของบริษัท คณะกรรมการ หรือผู้ถือหุ้นจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อบริษัทจากกรณีที่มีกรรมการเงาเป็นผู้อยู่เบื้องหลัง กฎหมายให้สิทธิแก่คณะกรรมการ พนักงานของบริษัท รวมทั้งผู้ถือหุ้นในการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทแก่กรรมการเงาเพื่อได้รับผิดได้

3.3.4 กระบวนการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้น

ในมลรัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา ก่อนที่ผู้ถือหุ้นจะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้ ผู้ถือหุ้นจะต้องมีการส่งหนังสือบอกกล่าวต่อกรรมการก่อนดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดี โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.3.4.1 การส่งหนังสือบอกกล่าวก่อนการฟ้องคดี

ในการฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายของบริษัทย่อมเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการของบริษัทซึ่งเป็นผู้แทนในการดำเนินกิจการของบริษัท ดังนั้น กรรมการจึงต้องเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีหรือไม่ รวมทั้งยังเป็นการป้องกันไม่ให้ศาลเข้ามาแทรกแซงการดำเนินกิจการของบริษัท ดังนั้น ผู้ถือหุ้นจึงต้องมีการส่งหนังสือบอกกล่าวคณะกรรมการหรือบุคคลที่มีสถานะเท่าเทียมเพื่อให้ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดี โดยในการส่งหนังสือบอกกล่าวก่อนการฟ้องคดีนอกจากจะมีจุดมุ่งหมายเพื่อบอกกล่าวให้คณะกรรมการดำเนินการฟ้องร้องคดีแล้ว การส่งหนังสือบอกกล่าวยังมีจุดมุ่งหมายอื่น ๆ อีก เช่น เพื่อเป็นการ

⁹⁷ § 325. Of Delaware General Corporation Law

“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 any 1 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”

⁹⁸ ธราทิพย์ ปิยธีรสวัสดิ์, “ความรับผิดชอบในทางกฎหมายของกรรมการเงาต่อบริษัทจำกัด : ศึกษากรณีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2552), น. 64-65

ป้องกันไม่ให้ผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อประโยชน์ของตนหรือมุ่งหวังประโยชน์จากการฟ้องคดี⁹⁹ อย่างไรก็ตาม หากผู้ถือหุ้นได้ดำเนินการส่งหนังสือบอกกล่าวไปยังคณะกรรมการหรือบุคคลที่มีสถานะเท่าเทียมกันแล้วต่อมาหากมีการเปลี่ยนแปลงคณะกรรมการผู้ถือหุ้นก็ไม่ต้องดำเนินการจัดส่งหนังสือบอกกล่าวนั้นอีกครั้ง แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ถือหุ้นต้องการเพิ่มเติมประเด็นอื่นนอกเหนือจากที่กล่าวไว้ในหนังสือดังกล่าว ผู้ถือหุ้นก็ต้องส่งหนังสือบอกกล่าวเพื่อแจ้งให้คณะกรรมการหรือบุคคลที่มีสถานะเท่าเทียมกันทราบถึงประเด็นดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ตาม ศาลในคดี *Braddock v. Zimmerman*, 906 A.2 776, 786 (Del. 2006) ได้วางหลักเกณฑ์ที่ผู้ถือหุ้นไม่ต้องส่งหนังสือบอกกล่าวแก่คณะกรรมการหรือบุคคลที่มีสถานะเท่าเทียมกันถึงประเด็นใหม่หลังจากมีการแต่งตั้งคณะกรรมการใหม่ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังนี้

1. คำฟ้องเดิมกล่าวอ้างไว้ดีแล้ว
2. คำฟ้องเดิมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของข้อยกเว้นการส่งหนังสือบอกกล่าว
3. ใจความสำคัญของการกระทำหรือธุรกรรมที่พิพาทในคำฟ้องที่แก้ไขใหม่มีลักษณะเหมือนที่กล่าวไว้ในคำฟ้องเดิม

การฟ้องร้องดำเนินคดีโดยคณะกรรมการของบริษัทย่อมมีข้อดีมากกว่าการให้ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทน เนื่องจากคณะกรรมการของบริษัทเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในการบริหารกิจการของบริษัทสามารถตัดสินใจได้ว่าการฟ้องคดีก่อให้เกิดประโยชน์แก่บริษัทมากเพียงใด และการฟ้องร้องดำเนินคดีโดยคณะกรรมการของบริษัทยังเป็นการลดภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีหรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องคดีให้กับคู่ความด้วย¹⁰⁰

นอกจากกฎข้อที่ 23.1 ของ Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware จะกำหนดให้ผู้ถือหุ้นต้องดำเนินการส่งหนังสือบอกกล่าวแก่คณะกรรมการหรือบุคคลที่มีสถานะเท่าเทียมแล้วกฎดังกล่าวยังกำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่ฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทจะต้องบรรยายข้อเท็จจริงในคำฟ้องโดยละเอียด และเมื่อผู้ถือหุ้นได้ดำเนินการส่งหนังสือบอกกล่าวให้แก่คณะกรรมการหรือบุคคลที่มีสถานะเท่าเทียมกันเพื่อให้พิจารณาว่าจะดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีหรือไม่แล้ว หากคณะกรรมการพิจารณาแล้วให้ดำเนินการฟ้องร้องคดีบริษัทย่อมสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีได้ แต่หากคณะกรรมการพิจารณาแล้วไม่ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีผู้ถือหุ้นย่อมสามารถใช้สิทธิดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้ ซึ่งโดยส่วนใหญ่ผู้ถือหุ้นจะไม่ใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดี อันเนื่องมาจากการส่งหนังสือบอกกล่าวให้แก่คณะกรรมการแสดงให้เห็นว่าผู้ถือหุ้นสละข้อกล่าวอ้างที่ว่า การส่งหนังสือบอกกล่าวจะเป็นการไร้ประโยชน์และการตัดสินใจของ

⁹⁹ คดี *Aronson v. Lewis*, 473 A.805,811,812 (Del.1984)

¹⁰⁰ คดี *Stallworth v. AmSouth Bank of Alabama*, 709 So.2d 458,463 (Ala.1997)

คณะกรรมการว่าบริษัทไม่ควรฟ้องร้องดำเนินคดีนั้นจะได้รับความคุ้มครองจากหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ¹⁰¹

3.3.4.2 ข้อยกเว้นในการส่งหนังสือบอกกล่าวก่อนการฟ้องคดี

โดยหลักแล้ว ก่อนที่ผู้ถือหุ้นจะดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท ผู้ถือหุ้นจะต้องดำเนินการส่งหนังสือบอกกล่าวไปยังคณะกรรมการหรือบุคคลที่มีสถานะเท่าเทียมกัน ตามกฎข้อที่ 23.1 ของ Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware แต่อย่างไรก็ตามอาจมีบางกรณี que ผู้ถือหุ้นไม่ต้องส่งหนังสือบอกกล่าวให้กับคณะกรรมการหรือบุคคลที่มีสถานะเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตามในบางกรณีผู้ถือหุ้นไม่จำเป็นต้องส่งหนังสือบอกกล่าวให้กับคณะกรรมการหรือบุคคลที่มีสถานะเท่าเทียมกัน โดยเมื่อเข้าหลักเกณฑ์ที่ผู้ถือหุ้นไม่ต้องส่งหนังสือบอกกล่าวแล้ว ตามกฎข้อที่ 23.1 ของ Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware ผู้ถือหุ้นต้องชี้แจงเหตุผลที่ไม่ส่งหนังสือบอกกล่าวก่อนการฟ้องคดีแทนบริษัท เช่น ต้องชี้แจงว่าคณะกรรมการไม่สามารถพิจารณาหนังสือบอกกล่าวได้เหมาะสมอย่างไร¹⁰² ในการที่ศาลจะพิจารณาว่าเป็นกรณีที่เข้าข้อยกเว้นที่ผู้ถือหุ้นไม่ต้องส่งหนังสือบอกกล่าว ศาลจะใช้หลักที่เรียกว่า “a two prong test” ซึ่งเป็นหลักที่กล่าวไว้ในคดี Aronson v. Lewis ,473 A.2d 805 (Del. 1984) ว่า

1. กรรมการข้างมากมีส่วนได้เสียหรือไม่มีความเป็นอิสระ หรือ
2. ธุรกิจที่เกิดข้อพิพาทหรือการกระทำความผิดที่เป็นมูลเหตุในการฟ้องคดีไม่ได้เกิดจากการตัดสินใจทางธุรกิจที่ถูกต้อง

อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาของเดลาแวร์ในคดี United Food & Commercial Workers Union & Participating Food Industry Employers Tri-State Pension Fund v. Zuckerberg, No. 404, 2020, — A.3d —, 2021 WL 3433261 (Del. Sept. 23, 2021), ได้มีการกล่าวถึงหลัก “a three prong test” เพื่อพิจารณาว่าการส่งหนังสือบอกกล่าวต่อคณะกรรมการหรือบุคคลที่มีสถานะเท่าเทียมกันจะเป็นการไร้ประโยชน์ โดยพิจารณาว่า¹⁰³

¹⁰¹ John D. Hughes, Eregory D. Pendleton, and Jonathan Toren, “Shareholder Derivative Litigation: A primer for insurance Coverage Counsel,” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มีนาคม 2565, จาก <https://www.scribd.com/doc/293988194/g-p-newsletter-June-17-2010> p.4

¹⁰² Gold and Richard L. Spinogatti, “Demand Futility in Delaware Derivative Actions.” P. 1

¹⁰³ The National law review, “Delaware Supreme Court Adopts New Three-Prong Test for Demand Futility,” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มีนาคม 2565, จาก <https://www.natlawreview.com/article/delaware-supreme-court-adopts-new-three-prong-test-demand-futility>

1. กรรมการได้รับผลประโยชน์ส่วนตัวจากการกระทำความผิดตามข้อกล่าวหาที่ฟ้องร้องดำเนินคดี

2. กรรมการจะมีความรับผิดชอบที่เป็นไปได้อย่างมีนัยสำคัญจากการเรียกร้อยใด ๆ ที่อาจเป็นเหตุของการเรียกร้อย และ

3. กรรมการจะขาดความเป็นอิสระจากบุคคลที่ได้รับผลประโยชน์ส่วนตัวจากการถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดซึ่งเป็นเหตุให้เกิดการเรียกร้อยให้ฟ้องคดี หรือจากบุคคลที่ต้องรับผิดชอบอย่างมีนัยสำคัญจากการเรียกร้อยใด ๆ ที่เป็นเหตุให้เกิดการเรียกร้อยให้ฟ้องคดี

ศาลเห็นด้วยกับวิธีการนี้และได้นำวิธีการดังกล่าวมาใช้เป็นแนวทางใหม่ในการประเมินว่าการเรียกร้อยจะได้รับการยกเว้นว่าไร้ประโยชน์หรือไม่ ในขณะที่เวียนกันหลัก Aronson จะใช้เพื่อประเมินว่ากรรมการต้องรับผิดชอบอย่างมีนัยสำคัญหากร่วมตัดสินใจในเรื่องนั้น ๆ หรือไม่อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาดังกล่าวไม่ได้เป็นการล้มล้างหลัก “a two prong test” ในคดี Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. 1984)

3.3.4.3 การดำเนินการของคณะกรรมการหลังจากได้รับหนังสือบอกกล่าว

ภายหลังจากที่คณะกรรมการของบริษัทหรือบุคคลที่มีสถานะเท่าเทียมกันได้รับหนังสือบอกกล่าวจากผู้ถือหุ้นแล้ว คณะกรรมการหรือบุคคลที่มีสถานะเท่าเทียมกันอาจกระทำการได้ ดังนี้

1. ฟ้องร้องดำเนินคดีตามหนังสือบอกกล่าวของผู้ถือหุ้น
2. แก้ไขข้อพิพาทโดยไม่ฟ้องร้องดำเนินคดี
3. ไม่ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีตามหนังสือบอกกล่าวของผู้ถือหุ้น
4. แต่งตั้ง Special Litigation Committee (SLC) ให้ดำเนินการ

ซึ่งในกรณีตามข้อ (1) - (3) คณะกรรมการของบริษัทหรือบุคคลที่มีสถานะเท่าเทียมกันจะได้รับความคุ้มครองจากข้อสันนิษฐานของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจว่ากรรมการได้ดำเนินการโดยสุจริต (Good faith) ใช้ความระมัดระวังเพียงพอและเชื่อโดยสุจริตว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท ดังนั้น ผู้ถือหุ้นที่ต้องการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนต้องพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ หรือต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าการปฏิเสธที่จะดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีตามหนังสือบอกกล่าวของคณะกรรมการไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในกรณีที่กรรมการแต่งตั้ง Special Litigation Committee (SLC) กรรมการอาจดำเนินการพิจารณาสอบสวนข้อเท็จจริงตามหนังสือบอกกล่าวของผู้ถือหุ้นหรือให้ Special Litigation Committee (SLC) ดำเนินการก็ได้ เช่นในคดี Abbey, 457 A.2d at 368 และคดี Seminaris v. Lando, 662 A.2d 1350 (Del. Ch. 1995)

สำหรับระยะเวลาในการพิจารณาหนังสือบอกกล่าวของผู้ถือหุ้นซึ่งมีไปยังบริษัทไม่ปรากฏในกฎหมาย Delaware General Corporation Law (DGCL) และ Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware แต่ตาม Model Business Corporation Act ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีการแก้ไขฉบับสมบูรณ์ครั้งแรกของ Model Act ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2527 และเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นได้อย่างครบถ้วนเป็นที่มาของบทบัญญัติหลายประการเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ทั่วไปของบริษัทของรัฐอื่น ๆ 32 รัฐ § 7.42¹⁰⁴ ของ Model Business Corporation Act กำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่จะดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทต้องมีการส่งหนังสือบอกกล่าวไปยังคณะกรรมการหรือบุคคลที่มีสถานะเท่าเทียมกันก่อนการฟ้องคดี โดยบริษัทจะมีระยะเวลาในการพิจารณาเพื่อดำเนินการหรือไม่ดำเนินการตามหนังสือของผู้ถือหุ้น 90 วันนับแต่วันที่มีการส่งหนังสือไปถึงบริษัท อย่างไรก็ตามผู้ถือหุ้นอาจดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้โดยไม่ต้องรอรระยะเวลาในการพิจารณาของบริษัท 90 วัน คือ ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นได้รับแจ้งจากบริษัทว่าบริษัทได้ปฏิเสธที่จะดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีก่อนครบกำหนดระยะเวลา 90 วันนับแต่วันที่มีการส่งหนังสือไปถึงบริษัท และในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อบริษัทหากผู้ถือหุ้นต้องรอให้พ้นระยะเวลา 90 วันนับแต่วันที่มีการส่งหนังสือไปถึงบริษัทและความเสียหายดังกล่าวเป็นความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้ ดังนั้นหากเกิดกรณีดังกล่าวมาข้างต้นผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้โดยไม่ต้องรอให้พ้นระยะเวลา 90 วันนับแต่วันที่มีการส่งหนังสือไปถึงบริษัท

3.3.5 ค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดี

ค่าใช้จ่ายสำหรับการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทในมลรัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นไปตามหลักที่เรียกว่า “American Rule” ซึ่งเป็นกฎที่กำหนดว่าคู่ความต้องจ่ายค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายของตนเองไม่ว่าใครจะชนะหรือแพ้คดีก็ตาม กฎดังกล่าวมีขึ้นเพื่อไม่ให้มีการขัดขวางหรือป้องกันไม่ให้คู่ความนำคดีขึ้นสู่ศาลเพราะเกรงว่าจะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้กับคู่ความอีกฝ่ายหากแพ้คดี¹⁰⁵ และในทางปฏิบัติคู่ความและทนายความจะใช้วิธีการ

¹⁰⁴ § 7.42 of Model Business Corporation Act (2016 Revision)

“Demand

No shareholder may commence a derivative proceeding until (i) a written demand has been made upon the corporation to take suitable action and (ii) 90 days have expired from the date delivery of the demand was made unless the shareholder has earlier been notified that the demand has been rejected by the corporation or unless irreparable injury to the corporation would result by waiting for the expiration of the 90-day period.”

¹⁰⁵ Will Kenton, “American Rule,” สืบค้นเมื่อวันที่ 12 มีนาคม 2565, จาก

<https://www.investopedia.com/terms/a/american-rule.asp>

การคิดค่าทนายความตามสัดส่วนของจำนวนเงินที่ได้รับจากการชนะคดีหรือตามสัดส่วนที่คู่ความตกลงกัน อย่างไรก็ตามศาลของมลรัฐเดลาแวร์ได้ยอมรับข้อยกเว้นของกฎ American Rule ในกรณีที่คู่ความสามารถพิสูจน์ได้ว่าคู่ความอีกฝ่ายได้ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีโดยมีเจตนาไม่สุจริต (bad faith) โดยคู่ความที่ดำเนินการฟ้องร้องคดีโดยไม่สุจริตต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีให้แก่คู่ความอีกฝ่าย ตัวอย่างเช่นในคดี Coughlin v. South Canaan Cellular Investments, LLC, C.A. No. 7202-VCL (Del. Ch. July 6, 2012), โดยเป็นคดีที่ Frank M. Coughlin ซึ่งเป็นสมาชิกของจำเลยคือ South Canaan Cellular Investments, LLC และ South Canaan Cellular Equity, LLC (เรียกรวมกันว่า “South Canaan LLCs”) ยื่นคำร้องเพื่อขอเลิกกิจการ LLCs บริษัท South Canaan LLCs ไม่เห็นด้วยกับคำร้องนี้ และได้ยื่นคำร้องต่อศาล นอกจากนี้บริษัท South Canaan LLCs ได้ยื่นคำร้องเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมภายใต้ข้อยกเว้นของกฎ American Rule โดยอ้างว่า Coughlin ดำเนินการโดยขาดความสุจริตในการดำเนินการตามคำร้อง ในคดีนี้ศาลเห็นว่าจากการตรวจสอบคำขอเปลี่ยนแปลงค่าธรรมเนียม พบว่าคำขอของจำเลยนั้นไม่มีมูล และประกอบกับความประพฤติกของจำเลยที่ปฏิเสธการรับทราบข้อเท็จจริงของการยุบบริษัททำให้ Coughlin และศาลใช้ทรัพยากรในการดำเนินคดีที่ไม่จำเป็น ศาลเห็นว่าคำขอนั้นทำขึ้นโดยไม่สุจริตให้จำเลยจ่ายค่าธรรมเนียมแก่ผู้ยื่นคำร้องจำนวน 17,906 ดอลลาร์¹⁰⁶

นอกจากกรณีที่ศาลของมลรัฐเดลาแวร์ได้ยอมรับข้อยกเว้นของกฎ American Rule ในกรณีที่คู่ความดำเนินการฟ้องร้องคดีโดยมีเจตนาไม่สุจริต (bad faith) แล้ว ศาลยังยอมรับข้อยกเว้นของกฎ American Rule ในกรณีที่เป็นการฟ้องคดีแบบกลุ่ม (Class Action) หรือคดีที่ผู้ถือหุ้นฟ้องคดีแทนบริษัท และได้ดำเนินการเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นหรือบริษัท¹⁰⁷ โดยบุคคลที่ดำเนินการแบบกลุ่มที่ผ่านการรับรอง ศาลอาจสั่งให้บุคคลนั้นได้รับเงินค่าทนายความและค่าใช้จ่ายที่ตนได้ออกไป ซึ่งเป็นไปตามหลัก “Common fund doctrine” นอกจากนี้ยังมีหลักที่เรียกว่า “Corporate benefit doctrine” ที่มีหลักการว่า ศาลอาจมีคำสั่งให้ชำระเงินค่าทนายความและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องให้แก่ผู้ฟ้องคดีที่ได้ใช้ความพยายามในการสร้างประโยชน์ให้แก่บริษัท¹⁰⁸

การกำหนดค่าใช้จ่ายและค่าทนายความเป็นดุลยพินิจของศาล โดยศาลจะพิจารณาจากประโยชน์สาธารณะในการฟ้องร้องดำเนินคดีกับการปกป้องผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นผู้รับภาระในค่าใช้จ่าย

¹⁰⁶ Fox Rothschild LLP, “Court Approves Attorneys’ Fees Under Bad Faith Exception to American Rule,” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มีนาคม 2565, จาก <https://delawarechancery.foxrothschild.com/case-summaries/court-approves-attorneys-fees-under-bad-faith-exception-to-american-rule/>

¹⁰⁷ คดี Seinfeld v. Coker, 847 A.2d 330, 333 (Del. Ch. 2000)

¹⁰⁸ คดี Alaska Electrical Pension Fund v. Brown, 988 A.2d 412, 417 (Del.2010)

ในการดำเนินคดี นอกจากนี้ศาลในมลรัฐเดลาแวร์ยังวางหลักว่าในคดีที่คำขอท้ายฟ้องไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้หรือขอให้เยียวยาค่าเสียหายในรูปแบบอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินแต่ผลของคดีเป็นประโยชน์ต่อบริษัทและผู้ถือหุ้นแล้ว ศาลอาจกำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายและค่าทนายความจากบริษัท



บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท

บริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทซึ่งจัดตั้งขึ้นด้วยประสงค์ที่จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชน จึงทำให้บริษัทมหาชนมีผู้ถือหุ้นเป็นจำนวนมาก ในการดำเนินกิจการของบริษัทมหาชนจะกระทำผ่านตัวแทนของบริษัท คือ กรรมการ แต่ผู้ถือหุ้นสามารถบริหารกิจการบริษัทได้โดยการลงมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น รวมทั้งเรื่องที่มีความสำคัญและอาจก่อให้เกิดผลกระทบกับบริษัท เช่น การแต่งตั้งและการถอดถอนคณะกรรมการ การแต่งตั้งผู้สอบบัญชี การตรวจสอบบัญชี เป็นต้น กฎหมายกำหนดให้ต้องใช้มติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการตัดสินใจ โดยหลักแล้วในการลงมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นต้องใช้หลักเสียงข้างมาก (Majority Rule) ของผู้ถือหุ้นจึงจะมีผลผูกพันบริษัท แม้ว่าผู้ถือหุ้นข้างน้อยไม่เห็นด้วยกับมติดังกล่าวผู้ถือหุ้นข้างน้อยก็ต้องยอมรับในมติดังกล่าว อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการย่อมเป็นผู้ที่มีบทบาทหน้าที่สำคัญในการดำเนินธุรกิจ และยังเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นที่ต้องกระทำการเพื่อให้ผู้ถือหุ้นได้รับประโยชน์สูงสุด กล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการกฎหมายกำหนดให้กรรมการต้องดำเนินกิจการให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับ ตลอดจนมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวัง รักษาผลประโยชน์ของบริษัท หากคณะกรรมการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดอันเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย โดยหลักแล้วบริษัทสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการคนนั้นได้ การฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการ เป็นอำนาจในการตัดสินใจของคณะกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนของบริษัท แต่อาจเกิดปัญหาว่าคณะกรรมการไม่ฟ้องร้องดำเนินคดี อันอาจส่งผลให้บริษัทได้รับความเสียหายและส่งผลกระทบต่อผู้ถือหุ้นของบริษัทอีกด้วย ซึ่งหากบริษัทไม่ฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทได้ ซึ่งสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทเป็นมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นและเพื่อประโยชน์ในการบริหารกิจการของบริษัทให้ เป็นไปด้วยความโปร่งใส

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดจะได้บัญญัติในเรื่องหน้าที่และสิทธิของผู้ถือหุ้น รวมทั้งมาตรการในการคุ้มครองผู้ถือหุ้นไว้ เช่น การเพิกถอนมติที่ประชุม

การขอให้ตรวจการทำงานของบริษัท การฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท แต่มาตรการต่าง ๆ มีข้อจำกัดและอาจไม่สามารถให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นได้อย่างเต็มที่ โดยเฉพาะสิทธิในการให้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท ตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 จากการศึกษาไม่ปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาในการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นดังกล่าว ซึ่งอาจเกิดจากอุปสรรคในด้านต่าง ๆ

4.1 ปัญหาเรื่องบุคคลที่ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 ซึ่งกำหนดให้บุคคลที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท คือกรรมการของบริษัทเท่านั้น ดังนั้น ในกรณีที่กรรมการได้กระทำความผิดร่วมกับบุคคลอื่น ๆ ผู้ถือหุ้นไม่สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีบุคคลภายนอกผู้ร่วมกระทำการกับกรรมการของบริษัทได้ แม้ว่าบุคคลภายนอกนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท เช่น กรรมการร่วมกับบุคคลภายนอกก่อโกงบริษัทอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท หรือในกรณีที่บุคคลภายนอกได้รับประโยชน์จากการกระทำความผิดของกรรมการ เป็นต้น ซึ่งโดยหลักแล้วบริษัทอันมีสถานะเป็นนิติบุคคลย่อมมีอำนาจในการฟ้องร้องคดีกับบุคคลภายนอกได้ แต่หากบริษัทไม่ได้ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีกับบุคคลภายนอกผู้ถือหุ้นก็ไม่สามารถใช้สิทธิดำเนินคดีแก่บุคคลภายนอกได้ เพราะตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 ไม่ได้ให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องร้องดำเนินคดีกับบุคคลภายนอกได้ ซึ่งในประเด็นดังกล่าวย่อมส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทและผู้ถือหุ้น นอกจากนี้ในกรณีที่บริษัทมีบุคคลซึ่งเป็น “กรรมการเงา” กล่าวคือ เป็นบุคคลซึ่งไม่ได้เป็นกรรมการของบริษัท แต่มีอำนาจในการบริหารจัดการบริษัท หากกรรมการเงาได้กระทำความผิดอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ผู้ถือหุ้นไม่มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีกับกรรมการเงาซึ่งไม่เป็นมีชื่อเป็นกรรมการของบริษัท ตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 เนื่องจากกรรมการเงานั้นไม่ถือว่าเป็นกรรมการของบริษัท กรณีดังกล่าวก็ย่อมส่งผลให้บริษัทและผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหายเช่นเดียวกัน

ในส่วนของสหราชอาณาจักร บุคคลที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทกำหนดไว้ใน มาตรา 260 (3) และมาตรา 260 (5) ของ Companies Act 2006 ซึ่งได้แก่บุคคลดังต่อไปนี้

1. กรรมการของบริษัท ซึ่งมีนิยามในมาตรา 250¹⁰⁹ ของ Companies Act 2006 ว่ากรรมการ รวมถึงบุคคลใด ๆ ที่ดำรงตำแหน่งกรรมการไม่ว่าจะมีชื่อเรียกอย่างไร

¹⁰⁹ Section 250 of The Companies Act 2006

2. บุคคลภายนอก โดยบุคคลภายนอกนั้นต้องเป็นบุคคลภายนอกที่มีส่วนร่วมหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดของกรรมการ เช่น ในกรณีที่บุคคลภายนอกรับโอนทรัพย์สินจากกรรมการผู้กระทำความผิด โดยบุคคลภายนอกได้รู้ถึงการกระทำความผิดของกรรมการ ผู้ถือหุ้นจึงมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีกับบุคคลภายนอกได้

3. บุคคลซึ่งเคยเป็นกรรมการของบริษัท เป็นบุคคลที่เคยดำรงตำแหน่งกรรมการของบริษัทแต่ได้พ้นจากตำแหน่งกรรมการแล้ว ซึ่งหากผู้ถือหุ้นจะใช้สิทธิฟ้องคดีต่อบุคคลดังกล่าวย่อมสามารถฟ้องร้องได้แต่ต้องเป็นบุคคลที่กระทำความผิดในขณะที่ดำรงตำแหน่งกรรมการอยู่แล้วและต่อมาบุคคลดังกล่าวพ้นจากตำแหน่งการเป็นกรรมการของบริษัท

4. กรรมการเงา มีนิยามตามมาตรา 251¹¹⁰ ของ Companies Act 2006 หมายถึง บุคคลซึ่งกรรมการของบริษัทคุ้นชินหรือคุ้นเคยกับการปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำแนะนำของบุคคลเหล่านั้น แต่บุคคลผู้ที่กรรมการทำตามคำแนะนำในฐานะที่เป็นผู้เชี่ยวชาญ ไม่ถือว่าเป็นกรรมการเงา

เมื่อพิจารณาตาม Delaware General Corporation Law (DGCL) และ Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware ของมลรัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา บุคคลที่ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท มีดังนี้

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

¹¹⁰ **Section 251 of The Companies Act 2006**

“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.

1. คณะกรรมการและพนักงานของบริษัท บุคคลที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทคือคณะกรรมการของบริษัทที่ นอกจากนี้ ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทกับพนักงานของบริษัทได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากพนักงานของบริษัทมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบและปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังซื่อสัตย์สุจริต ดังนั้น หากพนักงานของบริษัทกระทำการหรือละเว้นกระทำการก่อให้เกิดความเสียหายของบริษัทผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีได้

2. บุคคลภายนอก ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทกับบุคคลภายนอกได้ ซึ่งการที่ผู้ถือหุ้นจะใช้สิทธิฟ้องคดีกับบุคคลภายนอกได้นั้นเป็นไปอย่างไม่มีข้อจำกัด ซึ่งแตกต่างจากการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทตาม Companies Act ของสหราชอาณาจักรที่ให้ฟ้องบุคคลภายนอกได้เฉพาะกรณีที่บุคคลภายนอกมีส่วนร่วมหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของกรรมการ

3. กรรมการเงา เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 325¹¹¹ ของ Delaware General Corporation Law ซึ่งได้บัญญัติให้พนักงานของบริษัท คณะกรรมการ รวมถึงผู้ถือหุ้นต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายของบริษัทหากบุคคลเหล่านี้ไม่ได้ใช้ความสามารถอย่างเพียงพอในการพิจารณาหรือการตัดสินใจบริหารจัดการงานในบริษัท¹¹² ประกอบกับมาตรา 327 ของ Delaware General Corporation Law ซึ่งได้บัญญัติให้ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีต้องเป็นเจ้าของหุ้นหรือถือหุ้นอยู่ในขณะที่เกิดเหตุแห่งการฟ้องคดี ดังนั้น หากพนักงานของบริษัท คณะกรรมการ หรือผู้ถือหุ้นจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายต่อบริษัทจากกรณีที่มีกรรมการเงาเป็นผู้อยู่เบื้องหลังกฎหมายให้สิทธิแก่คณะกรรมการ พนักงานของบริษัท รวมทั้งผู้ถือหุ้นในการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทแก่กรรมการเงาเพื่อได้รับผิดได้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าบุคคลที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 คือ กรรมการเท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาตามมาตรา

¹¹¹ § 325. Of Delaware General Corporation Law

“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 any 1 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”

¹¹² เพิ่งอ้าง, น. 64-65.

260 (3) และมาตรา 260 (5) ของ Companies Act 2006 ของสหราชอาณาจักร บุคคลที่ผู้ถือหุ้น มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท คือ กรรมการของบริษัท บุคคลภายนอก บุคคลซึ่งเคยเป็น กรรมการของบริษัท และกรรมการเงา รวมทั้งเมื่อพิจารณาตาม Delaware General Corporation Law (DGCL) และ Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware ของมลรัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา บุคคลที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท คือ คณะกรรมการและ พนักงานของบริษัท บุคคลภายนอก และกรรมการเงา ซึ่งการที่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 กำหนดให้ผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีได้เฉพาะกรรมการ อาจก่อให้เกิดความเสียหายกับ บริษัทและผู้ถือหุ้น เนื่องจากในการกระทำความผิดของกรรมการอาจมีบุคคลอื่นเป็นผู้มีส่วนร่วมใน การกระทำความผิด เช่น บุคคลภายนอกหรือกรรมการเงาร่วมกับกรรมการของบริษัทหรือ โกงบริษัท หรือบุคคลภายนอกหรือกรรมการเงาได้รับประโยชน์หรือทรัพย์สินของบริษัทจากการกระทำ ความผิดของกรรมการ เป็นต้น รวมทั้งในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท สิทธิใน การฟ้องร้องดำเนินคดีควรเป็นเช่นเดียวกับบริษัท กล่าวคือ หากบุคคลภายนอก หรือกรรมการเงา กระทำความผิดอันก่อให้เกิดเสียหายแก่บริษัท บริษัทย่อมสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับ บุคคลภายนอกและกรรมการเงาได้ ดังนั้น เมื่อผู้ถือหุ้นใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท สิทธิ ในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นควรสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับบุคคลภายนอก และ กรรมการเงาของบริษัทได้เช่นเดียวกับบริษัท

4.2 ปัญหาเรื่องระยะเวลาของคณะกรรมการในการพิจารณาฟ้องร้องดำเนินคดีตามหนังสือบอกกล่าวของผู้ถือหุ้น

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นต้องการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทนั้น ก่อนที่ผู้ถือหุ้นจะ สามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้ มาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 กำหนดให้ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งมีหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่ จำหน่ายได้ทั้งหมดที่จะใช้สิทธิดังกล่าวต้องแจ้งเป็นหนังสือไปยังบริษัทให้ดำเนินการฟ้องร้องคดี และเมื่อบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้ง ผู้ถือหุ้นจึงจะสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทน บริษัทได้ โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดในเรื่องระยะเวลาของคณะกรรมการในการ พิจารณาฟ้องร้องดำเนินคดีกับกรรมการผู้ก่อให้เกิดความเสียหายตามหนังสือแจ้งของผู้ถือหุ้น

ในส่วน of สหราชอาณาจักรเมื่อพิจารณาตาม Companies Act 2006 แล้ว ไม่พบว่ามี กฎหมายที่กำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท ต้องแจ้งหรือมีหนังสือถึง บริษัทหรือคณะกรรมการก่อนที่ผู้ถือหุ้นจะใช้สิทธิดังกล่าว ดังเช่นตามมาตรา 85 แห่ง

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ของประเทศไทย แต่ในการปฏิรูปกฎหมายเมื่อปี ค.ศ. 1997 Law Commission ได้มีการเสนอให้บัญญัติกฎหมายซึ่งกำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทต้องทำหนังสือแจ้งไปยังบริษัทก่อนที่จะใช้สิทธิดังกล่าว และในหนังสือต้องระบุเหตุในการนำคดีขึ้นสู่ศาล การทำหนังสือแจ้งไปยังบริษัทมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริษัทซึ่งเป็นผู้เสียหายจากการกระทำของกรรมการตัดสินใจว่าจะดำเนินการฟ้องร้องกรรมการหรือไม่ และเสนอให้ระยะเวลาแก่บริษัทในการพิจารณาตามหนังสือแจ้งของผู้ถือหุ้น 28 วัน อย่างไรก็ตาม ผู้ถือหุ้นไม่จำเป็นต้องทำหนังสือแจ้งไปยังบริษัทหากผู้ถือหุ้นหากผู้ถือหุ้นแสดงให้เห็นว่าการฟ้องร้องเพื่อให้ชดเชยความเสียหายมีความจำเป็นเร่งด่วน¹¹³

ในมลรัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายกำหนดไว้ว่าก่อนที่ผู้ถือหุ้นจะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทผู้ถือหุ้นจะต้องมีการส่งหนังสือบอกกล่าวต่อกรรมการก่อนดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดี ตามกฎข้อที่ 23.1 ของ Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware ซึ่งในการฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายของบริษัทย่อมเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการของบริษัท ดังนั้น ก่อนที่ผู้ถือหุ้นจะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทผู้ถือหุ้นจึงต้องมีการส่งหนังสือบอกกล่าวคณะกรรมการเพื่อให้ดำเนินการฟ้องร้องโดยในการส่งหนังสือบอกกล่าวก่อนการฟ้องคดีมีจุดมุ่งหมายเพื่อบอกกล่าวให้คณะกรรมการดำเนินการฟ้องร้องคดีแล้ว รวมทั้งเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อประโยชน์ของตนหรือมุ่งหวังประโยชน์จากการฟ้องคดี นอกจากผู้ถือหุ้นต้องดำเนินการส่งหนังสือบอกกล่าวแก่คณะกรรมการแล้ว กฎข้อที่ 23.1 ของ Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware ยังกำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่ฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทจะต้องบรรยายข้อเท็จจริงในคำฟ้องโดยละเอียด และเมื่อผู้ถือหุ้นได้ดำเนินการส่งหนังสือบอกกล่าวให้แก่คณะกรรมการแล้ว หากคณะกรรมการพิจารณาแล้วให้ดำเนินการฟ้องร้องคดี บริษัทย่อมสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีได้ แต่หากคณะกรรมการพิจารณาแล้วไม่ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีผู้ถือหุ้นย่อมสามารถใช้สิทธิดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้

อย่างไรก็ตาม อาจมีบางกรณีที่ผู้ถือหุ้นไม่จำเป็นต้องส่งหนังสือบอกกล่าวคณะกรรมการก่อนการฟ้องคดีโดยเมื่อเข้าหลักเกณฑ์ที่ผู้ถือหุ้นไม่ต้องส่งหนังสือบอกกล่าวแล้ว ตามกฎข้อที่ 23.1 ของ Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware ผู้ถือหุ้นต้องชี้แจงเหตุผลที่ไม่ส่ง

¹¹³ Law Commission, supra note 55 (shareholder Remedies (United kingdom : stationary office, 1997), para 16.16

หนังสือบอกกล่าวก่อนการฟ้องคดีแทนบริษัท เช่น ต้องชี้แจงว่าคณะกรรมการไม่สามารถพิจารณาหนังสือบอกกล่าวได้เหมาะสมอย่างไร¹¹⁴

สำหรับระยะเวลาของคณะกรรมการในการพิจารณาฟ้องร้องดำเนินคดีกับกรรมการผู้ก่อให้เกิดความเสียหายตามหนังสือแจ้งของผู้ถือหุ้นไม่ปรากฏในกฎหมาย Delaware General Corporation Law (DGCL) และ Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware แต่ตาม Model Business Corporation Act ในมาตรา § 7.42¹¹⁵ กำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่จะดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทต้องมีการส่งหนังสือบอกกล่าวไปยังคณะกรรมการก่อนการฟ้องคดี โดยบริษัทจะมีระยะเวลาในการพิจารณาเพื่อดำเนินการหรือไม่ดำเนินการตามหนังสือของผู้ถือหุ้น 90 วันนับแต่วันที่มีการส่งหนังสือไปถึงบริษัท อย่างไรก็ตาม ผู้ถือหุ้นอาจดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้โดยไม่ต้องรอรระยะเวลาในการพิจารณาของบริษัท 90 วัน คือ ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นได้รับแจ้งจากบริษัทว่าบริษัทได้ปฏิเสธที่จะดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีก่อนครบกำหนดระยะเวลา 90 วันนับแต่วันที่มีการส่งหนังสือไปถึงบริษัท และในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อบริษัทหากผู้ถือหุ้นต้องรอให้พ้นระยะเวลา 90 วันนับแต่วันที่มีการส่งหนังสือไปถึงบริษัทและความเสียหายดังกล่าวเป็นความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้ ดังนั้น หากเกิดกรณีดังกล่าวข้างต้นผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้โดยไม่ต้องรอให้พ้นระยะเวลา 90 วันนับแต่วันที่มีการส่งหนังสือไปถึงบริษัท

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 การใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทกฎหมายไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการให้บริษัทพิจารณาว่าจะดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนกับกรรมการที่กระทำความผิดอันเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหายตามที่ผู้ถือหุ้นมีหนังสือถึงบริษัทเมื่อไร ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องสิทธิของผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัทว่าผู้ถือหุ้นสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้เมื่อใด และผู้ถือหุ้นจะทราบได้อย่างไรว่าบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนกับกรรมการอันก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในการใช้สิทธิดังกล่าวแก่ผู้ถือหุ้น รวมทั้งผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิดังกล่าว

¹¹⁴ Gold and Richard L. Spinogatti, "Demand Futility in Delaware Derivative Actions." P. 1

¹¹⁵ § 7.42 of Model Business Corporation Act (2016 Revision)

"Demand

No shareholder may commence a derivative proceeding until (i) a written demand has been made upon the corporation to take suitable action and (ii) 90 days have expired from the date delivery of the demand was made unless the shareholder has earlier been notified that the demand has been rejected by the corporation or unless irreparable injury to the corporation would result by waiting for the expiration of the 90-day period."

ย่อมมีภาระในการพิสูจน์ว่าบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีกับกรรมการ ซึ่งเป็นการยากต่อการพิสูจน์ หากมีการกำหนดระยะเวลาในการให้คณะกรรมการของบริษัทพิจารณาหนังสือที่ผู้ถือหุ้นร้องขอต่อบริษัทแล้วผู้ถือหุ้นย่อมสามารถพิสูจน์ได้ว่าบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการ ได้ง่ายยิ่งขึ้น

4.3 ปัญหาเรื่องคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทต้องมีคุณสมบัติ ดังนี้

4.3.1 ผู้ถือหุ้นต้องถือหุ้นในบริษัทไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด

โดยอาจเป็นผู้ถือหุ้นคนเดียวหรือผู้ถือหุ้นหลายคนถือหุ้นรวมกันเพื่อให้มีจำนวนหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด เนื่องจากบริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทขนาดใหญ่มีวัตถุประสงค์ในการเสนอขายหุ้นให้แก่ประชาชนจึงมีบุคคลที่เกี่ยวข้องกับบริษัทมหาชนจำกัดเป็นจำนวนมาก การกำหนดจำนวนหุ้นขั้นต่ำเพื่อเป็นเงื่อนไขในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทจึงเป็นการป้องกันมิให้เกิดการฟ้องร้องดำเนินคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก และเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดผลกระทบต่อการค้าดำเนินกิจการของบริษัทมหาชนจำกัดจากการดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดี

4.3.2. ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทต้องเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำความผิดอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย

การกำหนดให้ผู้ถือหุ้นต้องเป็นถือหุ้นอยู่ในขณะที่กรรมการของบริษัทกระทำความผิดอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายนั้น เพื่อป้องกันมิให้ผู้ถือหุ้นฟ้องคดีโดยมุ่งหวังให้ตนได้รับประโยชน์จากการฟ้องคดีหรือประนีประนอมยอมความ และเพื่อให้มั่นใจว่าผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีแทนบริษัทเป็นผู้ถือหุ้นที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายอย่างแท้จริงและเป็นผู้มีส่วนได้เสียในผลของคดี¹¹⁶ ในกรณีที่มีการโอนหุ้นและผู้รับโอนหุ้นได้ถือหุ้นอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำความผิดอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายผู้รับโอนหุ้นย่อมมีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทได้ แต่หากผู้รับโอนหุ้นไม่ได้ถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำความผิดอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย ผู้ถือหุ้นซึ่งรับโอนหุ้นมาย่อมไม่สามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้

¹¹⁶ เฟิงฮ้าง, น. 226-227.

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการกำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิในการฟ้องคดีแทนบริษัทต้องเป็นผู้ถือหุ้นในขณะที่กรรมการกระทำความผิดเพื่อเป็นการป้องกันความเสียหายในด้านต่าง ๆ แต่การกำหนดดังกล่าวยังมีประเด็นปัญหาว่า บริษัทมหาชนมีผู้ถือหุ้นเป็นจำนวนมากและหุ้นของบริษัทมหาชนยังเป็นหุ้นที่มีการเปลี่ยนแปลงหรือจำหน่าย ง่าย โอนได้ง่าย การที่กำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทต้องเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการผู้กระทำการหรือละเว้นกระทำการอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท เช่น ในกรณีของผู้รับโอนหุ้นซึ่งไม่ได้ถือหุ้นในขณะที่กรรมการกระทำความผิดอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายผู้รับโอนหุ้นย่อมไม่สามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้ หรือในกรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำความผิดแต่ผู้ถือหุ้นนั้นไม่ทราบถึงการกระทำความผิดของกรรมการและได้ขายหุ้นออกไป จำนวนผู้ที่สามารถใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทย่อมลดจำนวนลงไปด้วย จึงเห็นได้ว่าการกำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทต้องเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำความผิดอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย อาจส่งผลให้บริษัทได้รับความเสียหายและเป็นอุปสรรคในการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทอีกด้วย

ในส่วนของสหราชอาณาจักรคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท ตาม Companies Act 2006 คือผู้ถือหุ้นซึ่งมีนิยามตามมาตรา 112 และมาตรา 260 (5) (C) ดังนั้นผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทจึงหมายถึงบุคคลดังต่อไปนี้

1. บุคคลผู้เข้าชื่อในหนังสือบริคณห์ของบริษัทซึ่งถือว่าตกลงที่จะเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท และต้องมีชื่อปรากฏในสมุดทะเบียนผู้ถือหุ้นของบริษัท
2. บุคคลใด ๆ ที่ตกลงเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท และเป็นผู้ที่มีชื่ออยู่ในสมุดทะเบียนผู้ถือหุ้นของบริษัท
3. บุคคลที่ไม่ใช่ผู้ถือหุ้นแต่ได้รับการ โอนหุ้นหรือได้รับการ โอนหุ้นมาโดยกฎหมาย เช่น ผู้จัดการมรดกของผู้ถือหุ้นที่เสียชีวิตซึ่งได้รับโอนหุ้น

โดยผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ถือหุ้นที่ถือหุ้นอยู่ในขณะที่มีการกระทำความผิด ตามมาตรา 260 (4) ของ Companies Act 2006 เช่น ทริสตีในคดีล้มละลายหรือผู้แทนของผู้ถือหุ้นที่ถึงแก่ความตาย เนื่องจากกฎหมายในเรื่องบริษัทของสหราชอาณาจักรมีแนวคิดพื้นฐานว่าบุคคลใดที่เป็นเจ้าของหุ้นในบริษัทแล้ว ย่อมต้องรับไปซึ่งสิ่งต่าง ๆ ทั้งดีและไม่ดีของบริษัท ดังนั้น ผู้รับโอนหุ้นของบริษัทย่อมต้องรับไปซึ่งประโยชน์และความผิดพลาดในการบริหารกิจการของบริษัท

สำหรับมลรัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา Delaware General Corporation Law และ Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware รวมทั้งแนวคำวินิจฉัยของศาลได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท ดังนี้

1. ต้องเป็นเจ้าของหุ้นหรือถือหุ้นอยู่ในขณะที่เกิดเหตุแห่งการฟ้องคดี

ตามมาตรา 327¹¹⁷ แห่ง Delaware General Corporation Law ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทว่าต้องเป็นผู้ถือหุ้นที่อยู่ในขณะที่เกิดการกระทำ ความผิด นอกจากนี้ผู้ที่ได้รับ โอนหุ้น โดยผลของกฎหมายในภายหลังย่อมมีสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีของบริษัทได้แม้ว่าจะไม่ได้เป็นผู้ถือหุ้นในขณะที่เกิดการกระทำ ความผิด โดยใน คำฟ้องต้องแสดงให้เห็นว่าผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทมีสถานะเป็นผู้ถือหุ้น อยู่ในขณะที่เกิดการกระทำ ความผิดหรือผู้ที่ได้รับ โอนหุ้น โดยผลของกฎหมายในภายหลัง ตาม มาตรา 327 แห่ง Delaware General Corporation Law และกฎข้อที่ 23.1 ของ Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware

2. ต้องเป็นเจ้าของหุ้นหรือถือหุ้นอยู่ในขณะที่ใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทต่อศาล

นอกจากผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทจะต้องเป็นเจ้าของหุ้นหรือ ถือหุ้นอยู่ในขณะที่เกิดเหตุแห่งการฟ้องคดีแล้ว ผู้ถือหุ้นยังต้องเป็นเจ้าของหุ้นหรือถือหุ้นอยู่ใน ขณะที่ใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทต่อศาล ตามบทบัญญัติของมาตรา 327 แห่ง Delaware General Corporation Law และกฎข้อที่ 23.1¹¹⁸ ของ Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware

¹¹⁷ § 327. Of Delaware General Corporation Law

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.

¹¹⁸ Rule 23.1 Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware

"Derivative actions by shareholders.

(a) In a derivative action brought by one or more shareholders or members to enforce a right of a corporation or of an unincorporated association, the corporation or association having failed to enforce a right which may properly be asserted by it, the complaint shall allege that the plaintiff was a shareholder or member at the time of the transaction of which the plaintiff complains or that the plaintiff's share or membership thereafter devolved on the plaintiff by operation of law. The complaint shall also allege with particularity the efforts, if any, made by the plaintiff to obtain the action the plaintiff desires from the directors or comparable authority and the reasons for the plaintiff's failure to obtain the action or for not making the effort.

ซึ่งในเรื่องดังกล่าวปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยของศาลในคดี *Schoon v. Smith*, 953 A.2d 196, 200 (Del. 2008) ซึ่งศาลฎีกาได้พิพากษายกฟ้องคดีของโจทก์โดยกล่าวว่าโจทก์เป็นเพียงกรรมการไม่ใช่ผู้ถือหุ้นของบริษัท

3. ต้องเป็นเจ้าของหุ้นหรือถือหุ้นอยู่ตลอดระยะเวลาตั้งแต่เวลาที่เกิดเหตุแห่งการฟ้องคดีจนกว่าศาลจะมีคำตัดสิน

หลักเกณฑ์ที่ผู้ฟ้องคดีต้องเป็นเจ้าของหุ้นหรือถือหุ้นอยู่ตลอดระยะเวลาตั้งแต่เวลาที่เกิดเหตุแห่งการฟ้องคดีจนกว่าศาลจะมีคำตัดสินเป็นที่รู้จักในชื่อว่า “contemporaneous ownership” ซึ่งปรากฏในคดี *Lewis v. Anderson*, 477 A.2d 1040,1049 (Del. 1984) และคดี *Brambles USA, Inc.*, 731 F. Supp at 648 โดยคุณสมบัติในเรื่องดังกล่าวกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันการซื้อหุ้นภายหลังที่เกิดการกระทำความผิดและเข้ามาใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท¹¹⁹ และเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อมุ่งหวังประโยชน์จากการฟ้องคดีดังกล่าว และการกำหนดคุณสมบัติในเรื่องดังกล่าวยังทำให้มั่นใจว่าผู้ถือหุ้นที่ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีเป็นผู้ถือหุ้นที่ได้รับความเสียหายหรือเป็นผู้ที่มีส่วนได้เสียอย่างแท้จริง¹²⁰ รวมทั้ง ศาลในมลรัฐเดลาแวร์ยังได้วางบรรทัดฐานว่าผู้ถือหุ้นที่ฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทจะต้องดำเนินคดีเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นทั้งหมดอย่างเป็นธรรมและเหมาะสม ตามนัยของกฎข้อที่ 23.1 ของ Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware ในกรณีที่คู่ความสามารถตกลงประนีประนอมยอมความกันแต่หากศาลยังไม่ได้มีคำพิพากษาตามสัญญาประนีประนอมยอมความก็ยังถือว่าคดียังไม่ถึงที่สุด

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้ออนหุ้นไปในระหว่างที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดีอันจะทำให้ผู้ถือหุ้นขาดคุณสมบัติในการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท เนื่องจากไม่ได้เป็นเจ้าของหุ้นหรือถือหุ้นอยู่ตลอดระยะเวลาตั้งแต่เวลาที่เกิดเหตุแห่งการฟ้องคดีจนกว่าศาลจะมีคำตัดสิน ตามบทบัญญัติในกฎข้อที่ 24¹²¹ ของ Rules

...”

¹¹⁹ Seth Aronson et al., *Shareholder Derivative Actions: From Cradle to Grave* (New York:Alacra Store, 2009) p.10

¹²⁰ คดี *Ensign Crop v. Interlogic Trace, Inc.*, 1990 Dist. LEXIS 17147. At*7 (S.D.N.Y Dec 19,1990)

¹²¹ Rule 24 Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware

“Intervention

(a) Intervention of right. -- Upon timely application anyone shall be permitted to intervene in an action: (1) When a statute confers an unconditional right to intervene; or (2) when the applicant claims an interest relating to the property or transaction which is the subject of the action and the applicant is so situated

of the Court of Chancery of the State of Delaware ศาลจะแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวโดยมีหนังสือไปยังผู้ถือหุ้นรายอื่นของบริษัทและให้ผู้ถือหุ้นที่มีคุณสมบัติครบถ้วนในการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทยื่นคำขอเพื่อเข้าดำเนินการแทนผู้ถือหุ้นที่ขาดคุณสมบัติ

นอกจากนี้ ศาลในมลรัฐเดลาแวร์ยังได้ยอมรับเอาหลักการกระทำความผิดต่อเนื่องมาเป็นข้อยกเว้นของคุณสมบัติที่กำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทต้องเป็นเจ้าของหุ้นหรือถือหุ้นอยู่ตลอดระยะเวลาตั้งแต่เวลาที่เกิดเหตุแห่งการฟ้องคดีจนกว่าศาลจะมีคำสั่งคืนกล่าวคือ หากในขณะที่ผู้ถือหุ้นได้ซื้อหุ้นและเป็นเจ้าของหุ้นนั้นยังปรากฏการกระทำความผิดตามข้อกล่าวหาอยู่แม้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวจะเกิดขึ้นก่อนที่ผู้ถือหุ้นจะเข้ามาเป็นเจ้าของหุ้นหรือเข้ามาถือหุ้นในบริษัท¹²² ผู้ถือหุ้นรายใหม่สามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทในข้อหาดังกล่าวได้

จะเห็นได้ว่าคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทตาม Companies Act 2006 ของสหราชอาณาจักรผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ถือหุ้นที่ถือหุ้นอยู่ในขณะที่มีการกระทำความผิด ตามมาตรา 260 (4) ของ Companies Act 2006 กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นรายใหม่ได้รับโอนหุ้นมาแต่มิได้ถือหุ้นหรือเป็นเจ้าของหุ้นอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำความผิดสามารถให้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้เนื่องจากกฎหมายของสหราชอาณาจักรเห็นว่าผู้ถือหุ้นรายใหม่ที่ได้รับโอนหุ้นย่อมไปทั้งประโยชน์และความผิดพลาดจากการดำเนินกิจการของบริษัท รวมทั้ง Delaware General Corporation Law

that the disposition of the action may as a practical matter impair or impede the applicant's ability to protect that interest, unless the applicant's interest is adequately represented by existing parties.

(b) Permissive intervention. -- Upon timely application anyone may be permitted to intervene in an action: (1) When a statute confers a conditional right to intervene; or (2) when an applicant's claim or defense and the main action have a question of law or fact in common. In exercising its discretion the Court shall consider whether the intervention will unduly delay or prejudice the adjudication of the rights of the original parties.

(c) Procedure. -- A person desiring to intervene shall serve a motion to intervene upon the parties as provided in Rule 5. The motion shall state the grounds therefor and shall be accompanied by a pleading setting forth the claim or defense for which intervention is sought. The same procedure shall be followed when a statute gives a right to intervene

¹²² คดี Schreiber v. Bryan, 396 A.2d 717 (Del. 1971) และคดี Levien v. Sinclair Corp., 261 A.2d 911 (Del. Ch. 1969)

และ Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware ของมลรัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับเอาหลักการกระทำความผิดต่อเนื่องมาเป็นข้อยกเว้นของคุณสมบัติที่กำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทต้องเป็นเจ้าของหุ้นหรือถือหุ้นอยู่ตลอดเวลาตั้งแต่เวลาที่เกิดเหตุแห่งการฟ้องคดีจนกว่าศาลจะมีคำตัดสิน กล่าวคือ หากในขณะที่ผู้ถือหุ้นได้ซื้อหุ้นและเป็นเจ้าของหุ้นนั้นยังปรากฏการกระทำความผิดตามข้อกล่าวหาอยู่แม้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวจะเกิดขึ้นก่อนที่ผู้ถือหุ้นจะเข้ามาเป็นเจ้าของหุ้นหรือเข้ามาถือหุ้นในบริษัท ผู้ถือหุ้นรายใหม่สามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทในข้อหาดังกล่าวได้

ดังนั้น เมื่อพิจารณาบัญญัติมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ของที่กำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทต้องเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำความผิดอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย ซึ่งการกำหนดคุณสมบัติในเรื่องดังกล่าวไว้ย่อมก่อให้เกิดอุปสรรคต่อในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทของผู้ถือหุ้น เนื่องจาก บริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทขนาดใหญ่ที่มีผู้เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมากและหุ้นของบริษัทมหาชนยังเป็นหุ้นที่มีลักษณะซื้อขายได้ง่ายการที่กำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทต้องเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำความผิดอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท เช่น ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำความผิดแต่ผู้ถือหุ้นนั้นไม่ทราบถึงการกระทำความผิดของกรรมการและได้ขายหุ้นออกไป จำนวนผู้ที่สามารถใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทย่อมลดจำนวนลงไป หรือในกรณีที่มีการโอนหุ้นและผู้รับโอนหุ้นไม่ได้ถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำความผิดอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย ผู้ถือหุ้นซึ่งรับโอนหุ้นมาย่อมไม่สามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้

4.4 ปัญหาเรื่องค่าใช้จ่ายในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท

ในกรณีที่กรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวัง รักษาผลประโยชน์ของบริษัท เป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย บริษัทสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการคนนั้นได้ เนื่องจากบริษัทมีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น และมีสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบของตนเอง รวมทั้งสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีในนามของตนได้ อย่างไรก็ตาม หากคณะกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนของบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนกฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทได้ ซึ่งในการฟ้องร้องดำเนินคดีย่อมต้องมีค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 85 แห่ง

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มิได้บัญญัติในเรื่องค่าใช้จ่ายในการดำเนินการฟ้องร้องคดีเอาไว้ ดังนั้น เมื่อผู้ถือหุ้นใช้สิทธิดังกล่าวผู้ถือหุ้นย่อมเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดีไม่ว่าผู้ถือหุ้นจะเป็นผู้ชนะหรือไม่ก็ตาม กรณีดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาในการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้น เนื่องจากในการฟ้องร้องดำเนินคดีย่อมมีค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องร้องเป็นจำนวนมาก เช่น ค่าธรรมเนียมศาล ค่าทนายความ รวมถึงค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่จำเป็น อันเป็นอุปสรรคต่อการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้น และในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของบริษัท เพราะบริษัทถือเป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการกระทำของกรรมการ แม้ผู้ถือหุ้นจะได้รับประโยชน์แต่เป็นเพียงประโยชน์ทางอ้อม กล่าวคือ ในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทหากผู้ถือหุ้นชนะคดีค่าสินไหมทดแทนที่เรียกร้องจากกรรมการผู้กระทำการหรือละเว้นการกระทำย่อมตกเป็นของบริษัทซึ่งเป็นผู้เสียหายโดยตรง ผู้ถือหุ้นจะได้รับประโยชน์โดยอ้อมในการที่บริษัทมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นเท่านั้น ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าการที่มาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มิได้กำหนดในเรื่องค่าใช้จ่ายในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัททำให้ผู้ถือหุ้นต้องเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายในการใช้สิทธิดังกล่าว ย่อมไม่เป็นการยุติธรรมต่อผู้ถือหุ้น และแม้ว่ามาตรา 161 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งกำหนดว่า ภายใต้บังคับบทบัญญัติห้ามมาตราต่อไปนี้ ความรับผิดชอบที่สุดสำหรับค่าฤชาธรรมเนียมของกลุ่มความในคดีย่อมตกอยู่กับคู่ความฝ่ายที่แพ้คดี แต่อย่างไรก็ดีไม่ว่าคู่ความฝ่ายใดจะชนะคดีเต็มตามข้อหาหรือแต่บางส่วนศาลมีอำนาจที่จะพิพากษาให้คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีนั้น เสียค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวง หรือให้คู่ความแต่ละฝ่ายเสียค่าฤชาธรรมเนียมส่วนของตนหรือตามส่วนแห่งค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวงซึ่ง คู่ความทั้งสองฝ่ายได้เสียไปก็ได้ตามที่ศาลจะใช้ดุลพินิจโดยคำนึงถึงเหตุสมควรและความสุจริตในการสู้ความหรือการดำเนินคดีของกลุ่มความทั้งปวง กล่าวคือ มาตราดังกล่าวให้ดุลพินิจแก่ศาลในการกำหนดว่าคู่ความฝ่ายใดจะเป็นผู้รับภาระในค่าฤชาธรรมเนียมโดยคำนึงถึงเหตุสมควรและความสุจริตในการดำเนินคดี ดังนั้น ผู้ถือหุ้นที่แพ้คดีอาจไม่ต้องรับภาระในค่าฤชาธรรมเนียมทั้งของตนและคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งหากศาลพิจารณาแล้วเห็นถึงเหตุสมควรและความสุจริตของผู้ถือหุ้นในการดำเนินคดี แต่บทบัญญัติดังกล่าวเป็นดุลพินิจของศาล ดังนั้นผู้ถือหุ้นอาจต้องเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดี นอกจากนี้แม้ว่าผู้ถือหุ้นจะได้รับประโยชน์จากบทบัญญัติมาตรา 161 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยคู่ความอีกฝ่ายเป็นผู้รับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมให้แก่ผู้ถือหุ้นแต่อาจมีบางกรณีที่ผู้ถือหุ้นได้รับค่าฤชาธรรมเนียมน้อย

กว่าจำนวนที่ผู้ถือหุ้นรับภาระ รวมทั้งผู้ถือหุ้นอาจไม่รับการชดเชยค่าใช้จ่ายบางประการที่เสียไป แม้ว่าค่าใช้จ่ายดังกล่าวจะเกี่ยวข้องกับคดี

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาผู้จัดทำสารนิพนธ์พบเอกสาร “ตารางเปรียบเทียบพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 กับร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...” ที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ และคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 3) เรื่องเสร็จที่ 514-215/2563 ซึ่งเปิดให้ประชาชนร่วมแสดงความคิดเห็นระหว่างวันที่ 5 สิงหาคม 2563 ถึงวันที่ 20 สิงหาคม 2563 และขยายระยะเวลารับฟังความคิดเห็นถึงวันที่ 31 สิงหาคม 2563 ในเว็บไซต์ของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์¹²³ โดยร่างพระราชบัญญัตินี้ได้มีการเพิ่มหลักการเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท ดังนี้

“... ”

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นผู้ดำเนินการตามวรรคสามหรือวรรคสี่ ผู้ถือหุ้นจะขอให้ศาลสั่งให้กรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่งด้วยก็ได้ และเมื่อศาลมีคำพิพากษาตามคำฟ้องหรือคำขอของผู้ถือหุ้น ให้บริษัทชดเชยค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีแทนผู้ถือหุ้นตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการกำหนดค่าใช้จ่ายดังกล่าว ให้ศาลเรียกบริษัทเข้ามาในคดีด้วย”

โดยร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด (ฉบับที่...) พ.ศ. ... ดังกล่าวได้แสดงเหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวว่าเป็นการแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของกรรมการและการเรียกค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่กรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่แทน

ในส่วนของค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทในสหราชอาณาจักร นั้น ก่อนที่สหราชอาณาจักรจะมีกฎหมายบัญญัติรองรับสิทธิในการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นตามแนวคำวินิจฉัยของศาลในอดีตได้กำหนดให้เงินของบริษัทไม่ให้นำรวมถึงค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นกรณีที่มีข้อพิพาทของผู้ถือหุ้น ดังนั้น ผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทต้องรับภาระในค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการฟ้องร้องดำเนินคดี แต่ในปัจจุบันการชดเชยค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีให้แก่

¹²³https://www.dbd.go.th/download/legal_file/Law_draft/dbd_law_heringcompareplc_630804_1.pdf

ผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีแทนบริษัทได้มีการบัญญัติไว้ใน Civil Procedure Rules Rule, 19.9E¹²⁴ ซึ่งกำหนดว่า ศาลอาจมีคำสั่งให้บริษัท องค์การธุรกิจหรือสหภาพการค้าจ่ายค่าชดเชยในการดำเนินคดีแทนบริษัทแก่ผู้ร้องสำหรับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการยื่นขออนุญาต หรือการฟ้องคดี หรือทั้ง 2 กรณี การกำหนดค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทของสหราชอาณาจักรศาลจะเป็นผู้พิจารณาจากคำฟ้องแล้วเอกสารประกอบคำฟ้องว่ามีเหตุตามมาตรา 261¹²⁵ และมาตรา 263¹²⁶ หรือไม่ ซึ่งหากมีเหตุตามมาตรา 261 และมาตรา 263 แล้วศาลต้องมีคำสั่งไม่อนุญาตให้

¹²⁴ **Rule 19.9E of Civil Procedure Rules**

Derivative claims – costs

The court may order the company, body corporate or trade union for the benefit of which a derivative claim is brought to indemnify the claimant against liability for costs incurred in the permission application or in the derivative claim or both.

¹²⁵ **Section 261 of The Companies Act 2006**

Application for permission to continue derivative claim

(1) A member of a company who brings a derivative claim under this Chapter must apply to the court for permission (in Northern Ireland, leave) to continue it.

(2) If it appears to the court that the application and the evidence filed by the applicant in support of it do not disclose a prima facie case for giving permission (or leave), the court—

(a) must dismiss the application, and

(b) may make any consequential order it considers appropriate.

(3) If the application is not dismissed under subsection (2), the court—

(a) may give directions as to the evidence to be provided by the company, and

(b) may adjourn the proceedings to enable the evidence to be obtained.

(4) On hearing the application, the court may—

(a) give permission (or leave) to continue the claim on such terms as it thinks fit,

(b) refuse permission (or leave) and dismiss the claim, or

(c) adjourn the proceedings on the application and give such directions as it thinks fit.

¹²⁶ **Section 263 of The Companies Act 2006**

Whether permission to be given

(1) The following provisions have effect where a member of a company applies for permission (in Northern Ireland, leave) under section 261 or 262.

(2) Permission (or leave) must be refused if the court is satisfied—

(a) that a person acting in accordance with section 172 (duty to promote the success of the company) would not seek to continue the claim, or

(b) where the cause of action arises from an act or omission that is yet to occur, that the act or omission has been authorised by the company, or

(c) where the cause of action arises from an act or omission that has already occurred, that the act or omission—

(i) was authorised by the company before it occurred, or

(ii) has been ratified by the company since it occurred.

(3) In considering whether to give permission (or leave) the court must take into account, in particular—

(a) whether the member is acting in good faith in seeking to continue the claim;

(b) the importance that a person acting in accordance with section 172 (duty to promote the success of the company) would attach to continuing it;

(c) where the cause of action results from an act or omission that is yet to occur, whether the act or omission could be, and in the circumstances would be likely to be—

(i) authorised by the company before it occurs, or

(ii) ratified by the company after it occurs;

(d) where the cause of action arises from an act or omission that has already occurred, whether the act or omission could be, and in the circumstances would be likely to be, ratified by the company;

(e) whether the company has decided not to pursue the claim;

(f) whether the act or omission in respect of which the claim is brought gives rise to a cause of action that the member could pursue in his own right rather than on behalf of the company.

(4) In considering whether to give permission (or leave) the court shall have particular regard to any evidence before it as to the views of members of the company who have no personal interest, direct or indirect, in the matter.

(5) The Secretary of State may by regulations—

(a) amend subsection (2) so as to alter or add to the circumstances in which permission (or leave) is to be refused;

(b) amend subsection (3) so as to alter or add to the matters that the court is required to take into account in considering whether to give permission (or leave)

ผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท หรือการดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทเป็นการกระทำโดยสุจริตเพื่อประโยชน์ของบริษัทหรือไม่ หากผู้ถือหุ้นได้ดำเนินการฟ้องร้องไปโดยสุจริตเพื่อประโยชน์ของบริษัทและไม่ปรากฏเหตุที่ศาลต้องมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ดำเนินคดีแล้ว ศาลมีอำนาจในการกำหนดให้บริษัทเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดีให้แก่ผู้ถือหุ้นที่ได้ใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท และแม้ว่าผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทจะไม่ชนะคดีก็ตาม บริษัทย่อมต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีให้แก่ผู้ถือหุ้น

ในส่วนของมลรัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา ค่าใช้จ่ายสำหรับการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทเป็นไปตามหลักที่เรียกว่า “American Rule” ซึ่งเป็นกฎที่กำหนดว่าคู่ความต้องจ่ายค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายของตนเองไม่ว่าใครจะชนะหรือแพ้คดีก็ตาม อย่างไรก็ตามศาลของมลรัฐเดลาแวร์ได้ยอมรับข้อยกเว้นของกฎ American Rule ในกรณีที่คู่ความสามารถพิสูจน์ได้ว่าคู่ความอีกฝ่ายได้ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีโดยมีเจตนาไม่สุจริต (bad faith) กล่าวคือ คู่ความที่ดำเนินการฟ้องร้องคดีโดยไม่สุจริตต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีให้แก่คู่ความอีกฝ่าย นอกจากกรณีนี้ศาลของมลรัฐเดลาแวร์จะยอมรับข้อยกเว้นของกฎ American แล้ว ยังมีหลักที่เรียกว่า “Corporate benefit doctrine” ซึ่งมีหลักการว่า ศาลอาจมีคำสั่งให้บริษัทชำระเงินค่าทนายความและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องให้แก่ผู้ฟ้องคดีที่ได้ใช้ความพยายามในการสร้างประโยชน์ให้แก่บริษัท โดยหลักการดังกล่าวมีขึ้นเพื่อไม่ให้บริษัทซึ่งเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการฟ้องร้องดำเนินคดีพิเศษไม่ต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการฟ้องร้องดำเนินคดี

ทั้งนี้ การกำหนดค่าใช้จ่ายและค่าทนายความเป็นดุลยพินิจของศาล โดยศาลจะพิจารณาจากประโยชน์สาธารณะในการฟ้องร้องดำเนินคดีกับการปกป้องผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นผู้รับภาระในค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี โดยศาลมลรัฐเดลาแวร์ได้อธิบายว่า ศาลอาจกำหนดค่าทนายความเพื่อเป็นการจูงใจให้ผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีอย่างเหมาะสมกับการที่ศาลกำหนดค่าทนายความให้ และเพื่อให้การฟ้องร้องดำเนินคดีมีประสิทธิภาพ¹²⁷ เนื่องจากในการดำเนินคดีรวมทั้งแนวทางต่าง ๆ ในการฟ้องร้องคดีขึ้นอยู่กับทนายความเป็นหลัก การที่ศาลกำหนดค่าทนายความไว้สูงเพื่อเป็นการ

(6) Before making any such regulations the Secretary of State shall consult such persons as he considers appropriate.

(7) Regulations under this section are subject to affirmative resolution procedure

¹²⁷ คดี Seinfeld v. Coker, 847 A.2d 330, 333 (Del. Ch 2000)

จงใจให้ทนายความดำเนินคดีอย่างมีประสิทธิภาพ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลต้องระมัดระวังไม่ให้มีการกำหนดค่าทนายความเป็นสูงเกินกว่าที่ทนายความสมควรที่จะได้รับ นอกจากนี้ศาลในมลรัฐเดลาแวร์ยังวางหลักว่าในคดีที่คำขอท้ายฟ้องไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้หรือขอให้เยียวยาค่าเสียหายในรูปแบบอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินแต่ผลของคดีเป็นประโยชน์ต่อบริษัทและผู้ถือหุ้นแล้ว ศาลอาจกำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีได้รับการชดเชยค่าใช้จ่ายและค่าทนายความจากบริษัทได้เช่นเดียวกัน

ดังนั้น จากการศึกษาในเรื่องค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ของสหราชอาณาจักร และของมลรัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่ามีเพียงบทบัญญัติของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 เท่านั้น ที่มีได้มีการบัญญัติในเรื่องค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท ทำให้ผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิดังกล่าวต้องรับภาระในค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดีก่อเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ถือหุ้น รวมทั้งในการใช้สิทธิดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิโดยอาศัยการสืบสิทธิของบริษัทและการบังคับตามสิทธิของบริษัท ผู้ถือหุ้นไม่ได้ดำเนินการฟ้องร้องตามสิทธิของผู้ถือหุ้นเองแต่อย่างใด

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

บริษัทมหาชนจำกัดเป็นรูปแบบองค์กรธุรกิจที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเมื่อ พ.ศ. 2521 และเป็นบริษัทประเภทซึ่งตั้งขึ้นด้วยความประสงค์ที่จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชน โดยผู้ถือหุ้น มีความรับผิดชอบจำกัดไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ต้องชำระและบริษัทดังกล่าวได้ระบุนโยบายประสงค์ เช่นนั้นไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ บริษัทมหาชนจำกัดจึงสามารถระดมทุนได้อย่างกว้างขวาง ดังนั้น กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับบริษัทมหาชนจำกัดจึงมีความเข้มงวดและเคร่งครัดกว่าบริษัทจำกัด เนื่องจากเป็นองค์กรธุรกิจที่เกี่ยวข้องประชาชนเป็นจำนวนมาก โดยที่บริษัทมหาชนจำกัดมีสถานะ เป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น บริษัทมหาชนจำกัดจึงมีทรัพย์สินและหนี้สินแยกต่างหาก จากผู้ถือหุ้น และยังสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีหรือเป็นผู้ถูกดำเนินคดีได้ แต่เนื่องจากสถานะ ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทเป็นสถานะที่กฎหมายกำหนดขึ้นจึงทำให้บริษัทมหาชนจำกัด ไม่สามารถกระทำการต่าง ๆ ได้อย่างเช่นบุคคลธรรมดาต้องกระทำโดยผู้แทนของนิติบุคคล คือ “คณะกรรมการ” ซึ่งเป็นผู้ที่มีบทบาทหน้าที่สำคัญในการดำเนินธุรกิจ และยังเป็นตัวแทนของ ผู้ถือหุ้นที่ต้องกระทำการเพื่อให้ผู้ถือหุ้นได้รับประโยชน์สูงสุด กล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่ของ คณะกรรมการกฎหมายกำหนดให้กรรมการต้องดำเนินกิจการให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับ ตลอดจนมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวัง รักษา ผลประโยชน์ของบริษัท เนื่องจากกรรมการมีฐานะเป็นผู้แทนของบริษัท ทำให้บริษัทต้อง รับผิดชอบในความเสียหายและการกระทำต่าง ๆ ที่กรรมการกระทำหรือดำเนินการไปภายใน ขอบอำนาจ ซึ่งการกระทำนั้นต้องไม่เป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมายหรือตามข้อบังคับของบริษัท หากกรรมการกระทำการใด ๆ เกินขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทกิจการนั้นย่อมไม่ผูกพันบริษัท และ กรรมการย่อมต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว

นอกจากกรรมการจะมีอำนาจในการบริการกิจการของบริษัทแล้วกรรมการยังมีหน้าที่ ที่ต้องปฏิบัติตามที่พระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 กำหนด คือ

1. หน้าที่ในการปฏิบัติเป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น

2. หน้าที่ในการจัดการงานด้วยความระมัดระวัง กล่าวคือ กรรมการต้องบริหารตามมาตรฐานนักธุรกิจมิใช่มาตรฐานของบุคคลทั่วไป แม้ว่ากฎหมายจะมีได้กำหนดมาตรฐานของการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังเอาไว้ แต่การบริหารงานของกรรมการในบริษัทมหาชนย่อมเกี่ยวข้องกับประชาชนเป็นจำนวนมาก หากกรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังย่อมส่งผลเสียต่อประชาชนซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นเป็นอย่างมาก

3. หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต เนื่องจากกรรมการของบริษัทมหาชนจำกัด เป็นบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจจากผู้ถือหุ้นเพื่อให้เป็นผู้ดำเนินกิจการของบริษัท ดังนั้น กรรมการจึงต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อรักษาประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้น หน้าที่ดังกล่าว เช่น ห้ามมิให้กรรมการประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท ห้ามมิให้กรรมการเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นกรรมการของบริษัทเอกชนหรือบริษัทอื่นที่ประกอบกิจการอันมีสภาพเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ตน หรือประโยชน์ผู้อื่น ทั้งนี้ หน้าที่ในการปฏิบัติตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการนี้ถือว่าเป็นหน้าที่ที่สำคัญอย่างยิ่งของกรรมการ เนื่องจากการเป็นกรรมการนั้นย่อมเกิดจากความไว้วางใจของผู้ถือหุ้นในการเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งกรรมการ หากกรรมการได้กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าว บริษัทย่อมสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนในการที่บริษัทได้รับความเสียหายจากกรรมการผู้กระทำการฝ่าฝืนได้

4. หน้าที่เพื่อความโปร่งใสของกรรมการ เป็นหน้าที่เพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of interest) ระหว่างกรรมการและบริษัท เช่น หน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับส่วนได้เสียของกรรมการ ตามมาตรา 88 หน้าที่ต้องห้ามมิให้กรรมการซื้อขายทรัพย์สินกับบริษัท ตามมาตรา 87 หน้าที่ในการห้ามมิให้บริษัทให้กู้ยืมเงินแก่กรรมการของบริษัทตามมาตรา 89 หน้าที่ห้ามมิให้บริษัทจ่ายเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดให้แก่กรรมการ ตามมาตรา 90 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นว่ากรรมการมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามที่พระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 หากกรรมการกระทำการใด ๆ อันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวแล้วกรรมการย่อมต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยความรับผิดของกรรมการมีทั้งความรับผิดทางแพ่งและความรับผิดทางอาญา โดยความรับผิดทางแพ่งของกรรมการแบ่งได้ตามความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

1. ความรับผิดชอบของกรรมการต่อบริษัท ในกรณีที่กรรมการกระทำการหรือละเว้นกระทำการเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท บริษัทย่อมมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการ อย่างไรก็ตาม หากบริษัทไม่ดำเนินการใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการ ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนมีสิทธิซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด จะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ หากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นนั้นแจ้ง ผู้ถือหุ้นนั้น ๆ จะนำคดีขึ้นฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทได้

2. ความรับผิดชอบของกรรมการต่อผู้ถือหุ้น บุคคลซึ่งเข้ารับหน้าที่เป็นกรรมการของบริษัท ย่อมต้องบริหารกิจการของบริษัทให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ผู้ถือหุ้นและบริษัท และต้องปฏิบัติตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ดังนั้น หากกรรมการละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องให้กรรมการรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นได้

3. ความรับผิดชอบของกรรมการต่อบุคคลภายนอก ตามมาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 กำหนดให้ ความเกี่ยวพันระหว่างกรรมการกับบุคคลภายนอกให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน ดังนั้น การกระทำใด ๆ ของกรรมการที่ได้กระทำไปภายในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทการกระทำความดังกล่าวย่อมผูกพันบริษัทแม้จะเกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกกรรมการไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว แต่บริษัทจะเป็นผู้รับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก แต่หากกรรมการได้กระทำการนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทและบริษัทไม่ได้ให้สัตยาบันการกระทำนั้นย่อมไม่ผูกพันบริษัท หากเกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกกรรมการต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเป็นการส่วนตัว

นอกจากนี้ ความรับผิดชอบของกรรมการยังมีความรับผิดชอบทางอาญา โดยกรรมการต้องรับผิดชอบทางอาญาต่อเมื่อมีบทกฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้มีการบัญญัติให้กรรมการต้องรับผิดชอบทางอาญา เมื่อกรรมการได้กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น คณะกรรมการไม่ดำเนินการจัดส่งหนังสือเชิญประชุมให้แก่ผู้ถือหุ้นตามมาตรา 101 คณะกรรมการต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท ตามมาตรา 195 หรือคณะกรรมการไม่ดำเนินการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงกรรมการ อำนาจกรรมการ และอื่น ๆ ภายในสิบสี่วันนับแต่วันที่มีการเปลี่ยนแปลงตามมาตรา 40 คณะกรรมการต้องระวางโทษปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท ตามมาตรา 196 เป็นต้น บทบัญญัติดังกล่าวมีขึ้นเพื่อให้กรรมการของบริษัทปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดปกป้องผลประโยชน์ของบริษัท ผู้ถือหุ้น และบุคคลภายนอก

แม้ว่ากรรมการจะมีความสำคัญต่อบริษัทมหาชนจำกัดแล้ว ผู้ถือหุ้นก็เป็นบุคคลที่มีความสำคัญกับบริษัทเช่นกัน เนื่องจากเป็นบุคคลที่นำเงินหรือทรัพย์สินมาลงทุนในบริษัทมหาชน ผู้ถือหุ้นไม่ได้มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารกิจการของบริษัทโดยตรง คงมีเพียงหน้าที่ในการชำระค่าหุ้นให้ครบถ้วนเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามผู้ถือหุ้นสามารถบริหารกิจการบริษัทได้โดยการลงมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น รวมทั้งเรื่องที่มีความสำคัญและอาจก่อให้เกิดผลกระทบกับบริษัท เช่น การแต่งตั้งและการถอดถอนคณะกรรมการ การแต่งตั้งผู้สอบบัญชี การตรวจสอบบัญชี เป็นต้น กฎหมายกำหนดให้ต้องให้มติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการตัดสินใจ และกฎหมายยังได้กำหนดสิทธิของผู้ถือหุ้นไว้เพื่อเป็นการคุ้มครองทั้งผู้ถือหุ้นรายใหญ่และผู้ถือหุ้นรายย่อยให้ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม บริษัทจึงไม่สามารถกระทำการใด ๆ อันเป็นการละเมิดหรือลดทอนสิทธิของผู้ถือหุ้น สิทธิของผู้ถือหุ้นที่กฎหมายกำหนดกำหนดไว้แบ่งออกเป็น 3 ลักษณะ ได้แก่

1. สิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ถือหุ้น เช่น สิทธิในการเข้าประชุมและออกเสียงลงคะแนนในการประชุมผู้ถือหุ้น สิทธิในการได้รับเงินปันผล สิทธิในการได้รับข้อมูลต่าง ๆ เกี่ยวกับการดำเนินกิจการของบริษัท สิทธิในการเปลี่ยนมือหรือการโอนสิทธิในหุ้น เป็นต้น

2. สิทธิในการบริหารกิจการของบริษัท สิทธิดังกล่าวมีความสำคัญอย่างมาก เนื่องจากเป็นสิทธิที่ผู้ถือหุ้นจะสามารถตรวจสอบการทำงานของคณะกรรมการว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ถูกต้องตามกฎหมาย ข้อบังคับ หรือมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือไม่ เช่น สิทธิในการเรียกประชุมผู้ถือหุ้น สิทธิในการออกเสียงหรือมีส่วนร่วมตัดสินใจในเรื่องสำคัญๆ ของบริษัท สิทธิในการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการ สิทธิในการเสนอเพิ่มวาระการประชุมผู้ถือหุ้น สิทธิในการอนุมัติงบดุล ตรวจสอบการเงินของบริษัท สิทธิในการแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้สอบบัญชีของบริษัท เป็นต้น

3. สิทธิอันเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ถือหุ้น สิทธิดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของกรรมการซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทและผู้ถือหุ้น โดยสิทธิอันเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ถือหุ้นแบ่งออกเป็น 1. สิทธิในการเพิกถอนมติที่ประชุม 2. สิทธิขอตรวจสอบกิจการของบริษัทมหาชน 3. สิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท

สิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทมีที่มาจากความต้องการปกป้องผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น หากปรากฏว่ากรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อบริษัท โดยหลักบริษัทมีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการผู้กระทำความผิด แต่หากบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องกรรมการ กฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่ง

ถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัท
ดำเนินการเรียกซื้อหุ้นใหม่ทดแทน หากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นนั้นแจ้ง ผู้ถือหุ้นนั้น ๆ
จะนำคดีขึ้นฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทก็ได้ ตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติ
บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 อย่างไรก็ตาม แม้ว่าพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดจะได้บัญญัติ
ในเรื่องการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท แต่ในเรื่องดังกล่าวยังมีข้อจำกัดและอาจไม่
สามารถให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นได้อย่างเต็มที่ ซึ่งอาจเกิดจากอุปสรรคในด้านต่าง ๆ ดังนี้

ปัญหาเกี่ยวกับบุคคลที่ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท ตาม
มาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 บุคคลที่ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิ
ฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท คือ กรรมการของบริษัทเท่านั้น ซึ่งการที่พระราชบัญญัติบริษัท
มหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 กำหนดให้ผู้ถือหุ้นฟ้องร้องดำเนินคดีได้เฉพาะกรรมการ อาจก่อให้เกิด
ความเสียหายกับบริษัทและผู้ถือหุ้น เนื่องจากในการกระทำความผิดของกรรมการอาจมีบุคคลอื่น
เป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด เช่น บุคคลภายนอกหรือกรรมการเงาร่วมกับกรรมการของ
บริษัทหรือกองบริษัท หรือบุคคลภายนอกหรือกรรมการเงาได้รับประโยชน์หรือทรัพย์สินของบริษัท
จากการกระทำความผิดของกรรมการ เป็นต้น

**ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาของคณะกรรมการในการพิจารณาฟ้องร้องดำเนินคดีตาม
หนังสือบอกกล่าวของผู้ถือหุ้น** ตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535
การใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทกฎหมายไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการให้
บริษัทพิจารณาว่าจะดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนกับกรรมการที่กระทำความผิดอันเป็น
เหตุให้บริษัทได้รับความเสียหายตามที่ผู้ถือหุ้นมีหนังสือถึงบริษัทเมื่อไร ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในเรื่อง
สิทธิของผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัทว่าผู้ถือหุ้นสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้เมื่อใด และผู้ถือหุ้น
จะทราบได้อย่างไรว่าบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนกับกรรมการ

**ปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทน
บริษัท** คุณสมบัติของผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทตาม มาตรา 85 แห่ง
พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 กำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท
ต้องเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทต้องมีคุณสมบัติเป็นผู้ถือหุ้นต้องถือหุ้นในบริษัทไม่น้อยกว่าร้อยละห้า
ของของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดโดยอาจเป็นผู้ถือหุ้นคนเดียวหรือผู้ถือหุ้นหลายคนถือหุ้นรวมกัน
เพื่อให้มีจำนวนหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด และผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิ

ดังกล่าวต้องเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำความผิดอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย

ทั้งนี้ การกำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิในการฟ้องคดีแทนบริษัทต้องเป็นผู้ถือหุ้นในขณะที่กรรมการกระทำความผิด ดังกล่าวยังมีประเด็นปัญหาว่า บริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทขนาดใหญ่ที่มีผู้เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมากและหุ้นของบริษัทมหาชนยังเป็นหุ้นที่มีลักษณะซื้อขายได้ง่าย การกำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทต้องเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการผู้กระทำการหรือละเว้นกระทำการอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท เช่น ในกรณีของผู้รับโอนหุ้นซึ่งไม่ได้ถือหุ้นในขณะที่กรรมการกระทำความผิดอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายผู้รับโอนหุ้นย่อมไม่สามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้ หรือในกรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำความผิดแต่ผู้ถือหุ้นนั้นไม่ทราบถึงการกระทำความผิดของกรรมการและได้ขายหุ้นออกไป จำนวนผู้ที่สามารถใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทย่อมลดจำนวนลงไปด้วย

ปัญหาเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทน ตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มิได้มีการบัญญัติในเรื่องค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท ทำให้ผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิดังกล่าวต้องรับภาระในค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดีก่อเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ถือหุ้น รวมทั้งในการใช้สิทธิดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิโดยอาศัยการสืบสิทธิของบริษัทและเป็นการบังคับตามสิทธิของบริษัทผู้ถือหุ้นไม่ได้ดำเนินการฟ้องร้องตามสิทธิของผู้ถือหุ้นเองแต่อย่างใด ดังนั้น ผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทไม่สมควรต้องรับภาระเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการใช้สิทธิดังกล่าว

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 ประเด็นเกี่ยวกับบุคคลที่ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท

ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะว่าควรกำหนดให้ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทกับบุคคลภายนอกและกรรมการเงาได้ ซึ่งการฟ้องร้องดำเนินคดีกับบุคคลภายนอกหรือกรรมการเงานั้น ต้องเป็นการฟ้องร้องดำเนินคดีเนื่องจากบุคคลภายนอกหรือกรรมการเงาร่วมกับกรรมการในการกระทำความผิดอันเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย หากบุคคลภายนอกหรือกรรมการเงาไม่ได้ร่วมหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของกรรมการแล้วผู้ถือหุ้นไม่สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้

ดังนั้น ในเรื่องบุคคลที่ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทควรแก้ไข มาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 เป็นดังนี้

“ในกรณีที่บริษัทไม่เรียกร้องหรือมีบุคคลภายนอกหรือกรรมการเงา ซึ่งมีส่วนร่วมในการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ หากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้ง ผู้ถือหุ้นนั้น ๆ จะนำคดีขึ้นฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทก็ได้”

5.2.2 ประเด็นเกี่ยวกับระยะเวลาของคณะกรรมการในการพิจารณาฟ้องร้องดำเนินคดีตามหนังสือบอกกล่าวของผู้ถือหุ้น

ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะว่าในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท ควรกำหนดระยะเวลาในการให้คณะกรรมการของบริษัทพิจารณาหนังสือที่ผู้ถือหุ้นร้องขอให้บริษัทฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการผู้กระทำความผิด ซึ่งจะก่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้สิทธิดังกล่าวแก่ผู้ถือหุ้น รวมทั้งยังเป็นการแสดงให้เห็นว่าบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการผู้กระทำความผิด เนื่องจากการที่ผู้ถือหุ้นจะใช้สิทธิดังกล่าวได้ผู้ถือหุ้นต้องทำหนังสือแจ้งให้บริษัทดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการผู้กระทำความผิด และเมื่อบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องผู้ถือหุ้นจึงจะสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้ และเมื่อผู้ถือหุ้นได้ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัท ผู้ถือหุ้นย่อมมีภาระในการพิสูจน์ว่าบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีกับกรรมการย่อมตกเป็นของผู้ถือหุ้น หากมีการกำหนดระยะเวลาในการให้คณะกรรมการของบริษัทพิจารณาหนังสือที่ผู้ถือหุ้นร้องขอต่อบริษัทแล้วผู้ถือหุ้นย่อมสามารถพิสูจน์ได้ว่าบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการได้ง่ายยิ่งขึ้น โดยควรกำหนดระยะเวลาของคณะกรรมการในการพิจารณาฟ้องร้องดำเนินคดีตามหนังสือบอกกล่าวของผู้ถือหุ้นเป็นระยะเวลา 1 เดือนนับแต่วันที่แจ้ง เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 อันเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการที่ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท ซึ่งกำหนดว่า

“ห้ามมิให้กรรมการประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขัน กับกิจการของบริษัท หรือเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความ รับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นกรรมการของบริษัทเอกชนหรือบริษัทอื่นที่ประกอบกิจการอันมี

สภาพอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ตน หรือประโยชน์ผู้อื่น เว้นแต่จะได้แจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบก่อนที่จะมีมติแต่งตั้ง

ในกรณีที่กรรมการคนใดฝ่าฝืนบทบัญญัติวรรคหนึ่ง บริษัทจะเรียกค่าสินไหมทดแทนในการที่บริษัทได้รับความเสียหายจากกรรมการคนนั้นก็ได้อีก...

ในกรณีที่บริษัทไม่ใช่สิทธิเรียกร้องตามวรรคสอง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ ถ้าบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้ง...”

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีการใช้สิทธิดังกล่าวของผู้ถือหุ้นอาจไม่สามารถรอรระยะเวลาให้คณะกรรมการของบริษัทพิจารณาว่าจะดำเนินการฟ้องร้องกรรมการที่กระทำ ความผิดหรือไม่ เนื่องจากในบางคดีอาจใกล้ขาดอายุความ หรือมีเหตุจำเป็นบางประการที่ผู้ถือหุ้นไม่สามารถรอรระยะเวลาให้คณะกรรมการของบริษัทพิจารณาตามหนังสือร้องขอได้ ผู้ศึกษาจึงมีข้อเสนอแนะว่า ควรกำหนดข้อยกเว้นที่ให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้ โดยไม่ต้องรอรระยะเวลาให้คณะกรรมการของบริษัทพิจารณาตามหนังสือ

ดังนั้น ในเรื่องระยะเวลาของคณะกรรมการในการพิจารณาฟ้องร้องดำเนินคดีตามหนังสือบอกกล่าวของผู้ถือหุ้นควรแก้ไขมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 เป็นดังนี้

“ในกรณีที่บริษัทไม่เรียกร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ หากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้ง ผู้ถือหุ้นนั้น ๆ จะนำคดีขึ้นฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทก็ได้

ในกรณีที่อายุความในการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเหลือน้อยกว่าหนึ่งเดือน หรือมีเหตุจำเป็นอื่น ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทได้โดยไม่ต้องรอรระยะเวลาให้คณะกรรมการพิจารณาหนังสือตามวรรคก่อน”

5.2.3 ประเด็นเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท

ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะว่า ในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท ตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ไม่ควรกำหนดเงื่อนไขหรือคุณสมบัติผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิดังกล่าวว่าต้องเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำความผิดอัน

เป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย เนื่องจากเงื่อนไขดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทและเป็นอุปสรรคต่อการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท และสอดคล้องกับร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด (ฉบับที่...) พ.ศ. ...” ที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ และคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 3) เรื่องเสรีที่ 514-215/2563 ซึ่งเปิดให้ประชาชนร่วมแสดงความคิดเห็นระหว่างวันที่ 5 สิงหาคม 2563 ถึงวันที่ 20 สิงหาคม 2563 และขยายระยะเวลารับฟังความคิดเห็นถึงวันที่ 31 สิงหาคม 2563 ในเว็บไซต์ของกรมพัฒนาธุรกิจการค้ากระทรวงพาณิชย์¹²⁸ โดยร่างพระราชบัญญัติได้มีการยกเลิกเงื่อนไขในด้านคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทที่ว่า “ผู้ถือหุ้นต้องถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการคนนั้นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายหรืออาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท แล้วแต่กรณี” โดยให้เหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัตินี้คือการแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของกรรมการและการเรียกค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่กรรมการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่

5.2.4 ประเด็นเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท

ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะว่า ค่าใช้จ่ายในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทควรให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นดังกล่าว ทั้งในกรณีที่ผู้ถือหุ้นชนะคดี เนื่องจากในการที่ผู้ถือหุ้นฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการผู้กระทำความผิดอันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทและชนะคดี ค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับย่อมตกเป็นของบริษัทซึ่งเป็นผู้เสียหายที่แท้จริงมิใช่ผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นเพียงแต่ได้รับประโยชน์โดยอ้อมจากการที่ทรัพย์สินของบริษัทเพิ่มขึ้นเท่านั้น และในกรณีที่ผู้ถือหุ้นแพ้คดีบริษัทก็ต้องเป็นผู้รับผิดชอบในค่าใช้จ่ายดังกล่าวด้วยเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม การที่จะกำหนดให้บริษัทเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทย่อมต้องมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าในกรณีใดที่บริษัทต้องเป็นผู้รับผิดชอบในค่าใช้จ่ายดังกล่าว ซึ่งเมื่อพิจารณาจากกฎหมาย Companies Act 2006 ของสหราชอาณาจักร และกฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา แล้วจะเห็นว่า กฎหมายกำหนดให้บริษัทเป็นผู้รับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท หากการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทมิใช่เพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้น ผู้ศึกษาเห็นว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวอาจพิจารณาได้ยาก เนื่องจากในบางกรณีการ

¹²⁸https://www.dbd.go.th/download/legal_file/Law_draft/dbd_law_heringcompareplc_630804_1.pdf

ฟ้องร้องดำเนินคดีกับกรรมการผู้กระทำความผิดอันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท บริษัทอาจเห็นว่าการฟ้องร้องดำเนินคดีไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่บริษัท แต่ผู้ถือหุ้นอาจเห็นว่าการดำเนินคดีในเรื่องดังกล่าวเป็นประโยชน์แก่บริษัท ซึ่งในเรื่องดังกล่าวศาลไม่ควรเป็นผู้ตัดสินเนื่องจากเป็นเรื่องกิจการภายในของบริษัทศาลจึงไม่ควรเข้าไปแทรกแซง

แต่เมื่อพิจารณาตามมาตรา 89/18 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ที่กำหนดว่า

“... ”

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิดำเนินการกับกรรมการตามมาตรา ๙๑ แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕ หากศาลเห็นว่าการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นเป็นไปโดยสุจริต...”

จะเห็นได้ว่าตามพระราชบัญญัติดังกล่าวมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากรณีที่บริษัทต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท คือ การใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นเป็นไปโดยสุจริต ซึ่งผู้ศึกษาเห็นด้วยกับหลักเกณฑ์ดังกล่าว เนื่องจากการพิจารณาในเรื่องของความสุจริตของผู้ถือหุ้นในการฟ้องร้องดำเนินคดีของบริษัท สามารถพิจารณาได้ว่าการใช้สิทธิดังกล่าวผู้ถือหุ้นได้ใช้ความสามารถ ความระมัดระวังและความเหมาะสมในการฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทหรือไม่ ซึ่งหากผู้ถือหุ้นได้ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีโดยสุจริตแล้วผู้ถือหุ้นย่อมสมควรได้รับการชดเชยค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการใช้สิทธิดังกล่าว

ประเด็นต่อมา คือในกรณีที่บริษัทต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายจากการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทแล้ว บริษัทต้องรับผิดชอบเป็นจำนวนเท่าไร ผู้ศึกษาเห็นว่า บริษัทควรต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายดังกล่าวตามที่เกิดขึ้นจริงซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 89/18 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ที่กำหนดว่า

“ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิดำเนินการกับกรรมการตามมาตรา ๙๑ แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕ หากศาลเห็นว่าการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นเป็นไปโดยสุจริตให้ศาลมีอำนาจกำหนดให้บริษัทชดเชยค่าใช้จ่ายตามจำนวนที่เห็นสมควรซึ่งเกิดขึ้นจริงให้แก่ผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิดังกล่าว...”

ดังนั้น ในเรื่องค่าใช้จ่ายในการใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท ควรแก้ไขมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 เป็นดังนี้

“ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนบริษัทและศาลเห็นว่าการใช้สิทธิดังกล่าวเป็นไปโดยสุจริต ให้บริษัทชดเชยค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีแทนผู้ถือหุ้นตามจำนวนที่เห็นสมควรซึ่งเกิดขึ้นจริงให้แก่ผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิ”



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

จิรจิตร ช่วยศรีขัย. “บริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นรายเดียว.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

จุฬารัตน์ ยะปะนัน. “การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) ในการดำเนินคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม.” มูลนิธิ. น. 167.” https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88sub_Jun/12know/K92_jul_7_3.pdf, 10 ตุลาคม 2564.

ชริตา อธิธรรมธาดา และ เสถียรภาพ นาหลวง. “การจัดตั้งบริษัทจำกัดคนเดียวโดยนิติบุคคล.” <https://app.gs.kku.ac.th/gs/th/publicationfile/item/19th-ngrc-2018/HMO5/HMO5.pdf>, 15 ตุลาคม 2564.

ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. “การก่อกำเนิดตลาดหลักทรัพย์ไทย.” https://www.set.or.th/th/about/overview/files/30years/Chapter1_2.pdf, 5 ตุลาคม 2564.

ธราทิพย์ ปิยะธีรสวัสดิ์. “ความรับผิดชอบในทางกฎหมายของกรรมการเงาต่อบริษัทจำกัด: ศึกษากรณี การขัดกันระหว่างผลประโยชน์.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2552.

นิลบล เลิศนุวัฒน์ และปวีณ งามเจตวรกุล. “การฟ้องคดีแทนบริษัท : สิทธิของผู้ถือหุ้น และความไม่สอดคล้องกันของกฎหมาย.” ตุลาการ. ปีที่ 68. ฉบับที่ 3. น. 29 – 59(กันยายน 2563).

นิลบล เลิศนุวัฒน์. “สิ่งที่ขาดหายไปในกฎหมายว่าด้วยการฟ้องคดีแทนบริษัท : ศึกษากรณีบริษัท จำกัด.” วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 48. ฉบับที่ 1. น. 70-106(มีนาคม 2562).

นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์. หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555.

เนติรัตน์ อรรถวุฒิศิลป์. “การคุ้มครองผู้ถือหุ้นรายย่อยในบริษัทมหาชนจำกัด.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2539.

ประเสริฐ นาสกุล. “ที่มาและการร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521”

วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ฉบับพิเศษ. (2522).

วารสารวิชาการมหาวิทยาลัยปทุมธานี. ปีที่ 6. ฉบับที่ 2. (พฤษภาคม - สิงหาคม 2557).

บุศรา เจตน์จางจิต. “การคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยในบริษัทเอกชน.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542.

ประสิทธิ์ โหมะวิไลกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติบุคคลและความรับผิดชอบ

ทางอาญาของนิติบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : มุขนิสิตศาสตราจารย์ ดร. อุกฤษ

มงคลนาวิน ร่วมกับ นิติธรรม, 2549.

ปวีณ งามเจตวรกุล. “ปัญหาในกฎหมายว่าด้วยการฟ้องคดีแทนบริษัท: บทบาทของผู้ถือหุ้น

และศาล.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.

มานิตย์ จุมปา. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา. พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม.

กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2553.

ร็อบบิ้นส์ ซิดนีย์ เอ็ม. ตลาดทุนในประเทศไทย. ทวี วิริยฑูรย์, ผู้แปล. กรุงเทพมหานคร :

ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2524.

วรานุช วรภัทรศิริธูมาศ. “สิทธิของผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดี: กรณีกรรมการทำให้บริษัทเสียหาย.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร:

โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์, 2557.

ศิริพันธ์ เทียงวิบูลย์วงศ์. “กฎหมายบริษัทมหาชนจำกัดในประเทศไทย ศึกษาในแง่ปัญหาตามตัว

บทกฎหมายและข้อเท็จจริงในการปฏิบัติ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524.

สหชน รัตนไพจิตร. กฎหมายลักษณะหุ้นส่วนบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน,

2560.

เสาวนีย์ อัสวโรจน์. คำอธิบายหลักกฎหมายธุรกิจเปรียบเทียบ. กรุงเทพมหานคร :

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530.

โสภณ รัตนากร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท.

พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2551.

หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพมหานคร :

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514.

อิทธิวุฒิ แสงรัตนเดช. “การใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทของผู้ถือหุ้นในบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559.

ภาษาต่างประเทศ

Aronson, Seth, Sharon L. Tomkins, Ted Hassi, and Andrew R Escobar. Shareholder Derivative Actions: From Cradle to Grave. New York: Alacra Store, 2009.

Balotti and Finkelstein. The Delaware Law of Corporations and Business Organization. Aspen Law & Business, 1997.

“Case Summary: Foss vs. Harbottle. 1843 - LawLex.Org.” <https://lawlex.org/lex-bulletin/case-summary-foss-vs-harbottle-1843/24620>, 14 January 2022.

David Kershew. Company Law in Context : Text and Materials. Edited by 2. New York: Oxford University Press, 2012.

Fox Rothschild LLP. “Court Approves Attorneys’ Fees Under Bad Faith Exception to American Rule.” <https://delawarechancery.foxrothschild.com/case-summaries/court-approves-attorneys-fees-under-bad-faith-exception-to-american-rule/>, 20 March 2022.

Gold and Richard L. Spinogatti. “Demand Futility in Delaware Derivative Actions.” New York: Law Journal, 2014.

Goo SH. Minority Shareholders. Protection a study of section 45 of the Companies Act 1985. London: Cavendish Publishing Limited, 1994

Harry G. Henn. Handbook of the law of Corporations and Other Enterprise. 2 nd Edition. West Publishing Co., 1970.

Jennifer Payne. "Clean hands in derivative actions. *Cambridge Law Journal*. 61(1). March 2022."

[https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:509ba674-84e3-4d8c-9713-](https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:509ba674-84e3-4d8c-9713-8ce01bd6514c/download_file?file_format=pdf&safe_filename=%2527Clean%2Bhands%2527%2Bin%2Bderivative%2Bactions&type_of_work=Journal+article)

[8ce01bd6514c/download_file?file_format=pdf&safe_filename=%2527Clean%2Bhands%2527%2Bin%2Bderivative%2Bactions&type_of_work=Journal+article,](https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:509ba674-84e3-4d8c-9713-8ce01bd6514c/download_file?file_format=pdf&safe_filename=%2527Clean%2Bhands%2527%2Bin%2Bderivative%2Bactions&type_of_work=Journal+article)

18 February 2022.

John D. Hughes. Eregory D. Pendleton. and Jonathan Toren. "Shareholder Derivative Litigation: A primer for insurance Coverage Counsel."

[https://www.scribd.com/doc/293988194/g-p-newsletter-June-17-2010,](https://www.scribd.com/doc/293988194/g-p-newsletter-June-17-2010)

20 March 2022.

Law Commission. Shareholder Remedies (Law Commission Report No. 246) United kingdom: stationary office, 1997.

Michael J. Phillips. Reappraising the Real Entity Theory of the Corporation. 21 Florida State University Law Review, 1994).

Nicholas H.D. Foster. Company Law Theory in Comparative Perspective: England and France. American Journal of Comparative Law, 2000.

Ralph C. Ferrara. Shareholder Derivative Litigation: Besieging the Board. United State of America: Law Journal Press, 2017.

Sealy & Worthington's. Cases and Material in Company Law tenth edition. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Susan Mclaughlin. Unlocking Company Law. 2 nd Edition. New York: Routledge, 2013.

The National law review. "Delaware Supreme Court Adopts New Three-Prong Test for Demand Futility." [https://www.natlawreview.com/article/delaware-supreme-court-adopts-new-three-prong-test-demand-futility,](https://www.natlawreview.com/article/delaware-supreme-court-adopts-new-three-prong-test-demand-futility) 20 March 2022.

Victor Joffe QC. David Drake. Giles Richardson. Daniel Lightman QC. Timothy Collingwood. Minority Shareholders: Law Practice. and Procedure. Sixth Edition. New York: Oxford University Press, 2018.

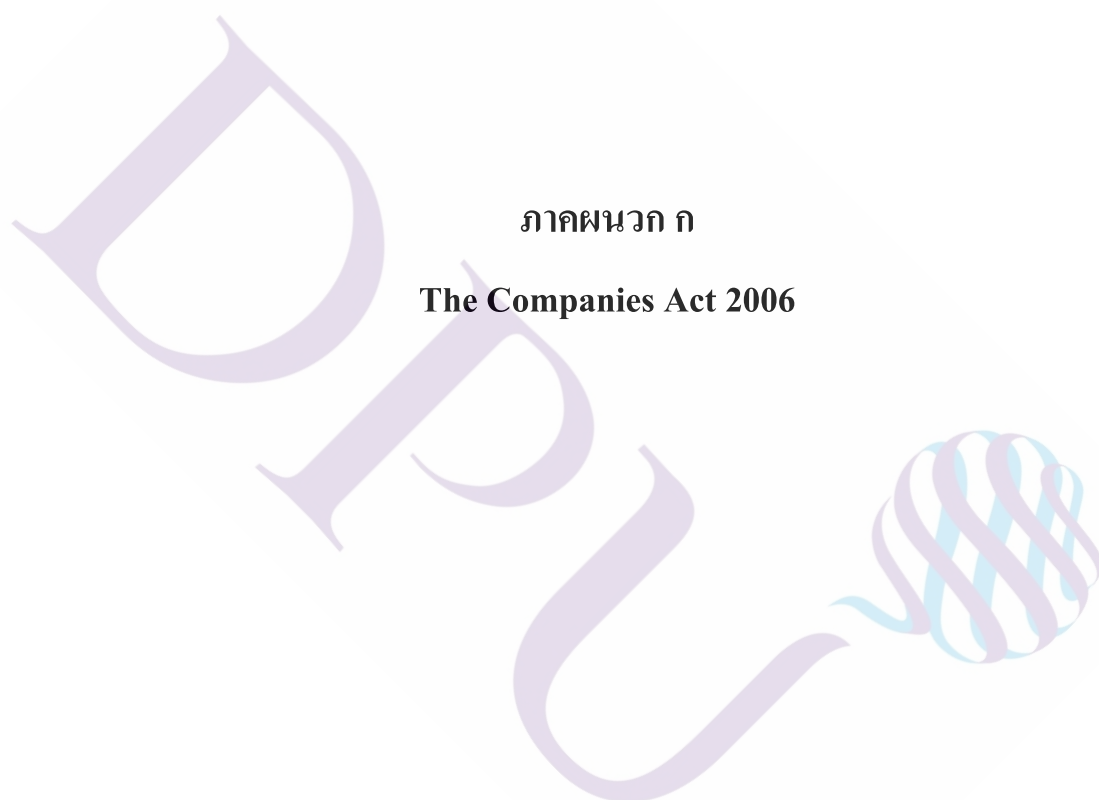
Will Kenton. "American Rule." [https://www.investopedia.com/terms/a/american-rule.asp,](https://www.investopedia.com/terms/a/american-rule.asp) 12 March 2022.



ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

The Companies Act 2006



Excerpt

The Companies Act 2006

Section 112 The members of a company

(1) The subscribers of a company's memorandum are deemed to have agreed to become members of the company, and on its registration become members and must be entered as such in its register of members.

(2) Every other person who agrees to become a member of a company, and whose name is entered in its register of members, is a member of the company.

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 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 180 Consent, approval or authorisation by members

(1) In a case where—

(a) section 175 (duty to avoid conflicts of interest) is complied with by authorisation by the directors, or

(b) section 177 (duty to declare interest in proposed transaction or arrangement) is complied with,

the transaction or arrangement is not liable to be set aside by virtue of any common law rule or equitable principle requiring the consent or approval of the members of the company. This is without prejudice to any enactment, or provision of the company's constitution, requiring such consent or approval.

(2) The application of the general duties is not affected by the fact that the case also falls within Chapter 4 (transactions requiring approval of members), except that where that Chapter applies and—

(a) approval is given under that Chapter, or

(b) the matter is one as to which it is provided that approval is not needed,

it is not necessary also to comply with section 175 (duty to avoid conflicts of interest) or section 176 (duty not to accept benefits from third parties).

(3) Compliance with the general duties does not remove the need for approval under any applicable provision of Chapter 4 (transactions requiring approval of members).

(4) The general duties—

(a) have effect subject to any rule of law enabling the company to give authority, specifically or generally, for anything to be done (or omitted) by the directors, or any of them, that would otherwise be a breach of duty, and

(b) where the company's articles contain provisions for dealing with conflicts of interest, are not infringed by anything done (or omitted) by the directors, or any of them, in accordance with those provisions.

(5) Otherwise, the general duties have effect (except as otherwise provided or the context otherwise requires) notwithstanding any enactment or rule of law.

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

(a) on advice given by that person in a professional capacity;

(b) in accordance with instructions, a direction, guidance or advice given by that person in the exercise of a function conferred by or under an enactment;

(c) in accordance with guidance or advice given by that person in that person's capacity as a Minister of the Crown (within the meaning of the Ministers of the Crown Act 1975)]

(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.

Section 261 Application for permission to continue derivative claim

(1) A member of a company who brings a derivative claim under this Chapter must apply to the court for permission (in Northern Ireland, leave) to continue it.

(2) If it appears to the court that the application and the evidence filed by the applicant in support of it do not disclose a prima facie case for giving permission (or leave), the court—

- (a) must dismiss the application, and
- (b) may make any consequential order it considers appropriate.

(3) If the application is not dismissed under subsection (2), the court—

- (a) may give directions as to the evidence to be provided by the company, and
- (b) may adjourn the proceedings to enable the evidence to be obtained.

(4) On hearing the application, the court may—

- (a) give permission (or leave) to continue the claim on such terms as it thinks fit,
- (b) refuse permission (or leave) and dismiss the claim, or
- (c) adjourn the proceedings on the application and give such directions as it thinks fit.

Section 262 Application for permission to continue claim as a derivative claim

(1) This section applies where—

- (a) a company has brought a claim, and
- (b) the cause of action on which the claim is based could be pursued as a derivative

claim under this Chapter.

(2) A member of the company may apply to the court for permission (in Northern Ireland, leave) to continue the claim as a derivative claim on the ground that—

(a) the manner in which the company commenced or continued the claim amounts to an abuse of the process of the court,

- (b) the company has failed to prosecute the claim diligently, and

(c) it is appropriate for the member to continue the claim as a derivative claim.

(3) If it appears to the court that the application and the evidence filed by the applicant in support of it do not disclose a prima facie case for giving permission (or leave), the court—

(a) must dismiss the application, and

(b) may make any consequential order it considers appropriate.

(4) If the application is not dismissed under subsection (3), the court—

(a) may give directions as to the evidence to be provided by the company, and

(b) may adjourn the proceedings to enable the evidence to be obtained.

(5) On hearing the application, the court may—

(a) give permission (or leave) to continue the claim as a derivative claim on such terms as it thinks fit,

(b) refuse permission (or leave) and dismiss the application, or

(c) adjourn the proceedings on the application and give such directions as it thinks fit.

Section 263 Whether permission to be given

(1) The following provisions have effect where a member of a company applies for permission (in Northern Ireland, leave) under section 261 or 262.

(2) Permission (or leave) must be refused if the court is satisfied—

(a) that a person acting in accordance with section 172 (duty to promote the success of the company) would not seek to continue the claim, or

(b) where the cause of action arises from an act or omission that is yet to occur, that the act or omission has been authorised by the company, or

(c) where the cause of action arises from an act or omission that has already occurred, that the act or omission—

(i) was authorised by the company before it occurred, or

(ii) has been ratified by the company since it occurred.

(3) In considering whether to give permission (or leave) the court must take into account, in particular—

(a) whether the member is acting in good faith in seeking to continue the claim;

(b) the importance that a person acting in accordance with section 172 (duty to promote the success of the company) would attach to continuing it;

(c) where the cause of action results from an act or omission that is yet to occur, whether the act or omission could be, and in the circumstances would be likely to be—

(i) authorised by the company before it occurs, or

(ii) ratified by the company after it occurs;

(d) where the cause of action arises from an act or omission that has already occurred, whether the act or omission could be, and in the circumstances would be likely to be, ratified by the company;

(e) whether the company has decided not to pursue the claim;

(f) whether the act or omission in respect of which the claim is brought gives rise to a cause of action that the member could pursue in his own right rather than on behalf of the company.

(4) In considering whether to give permission (or leave) the court shall have particular regard to any evidence before it as to the views of members of the company who have no personal interest, direct or indirect, in the matter.

(5) The Secretary of State may by regulations—

(a) amend subsection (2) so as to alter or add to the circumstances in which permission (or leave) is to be refused;

(b) amend subsection (3) so as to alter or add to the matters that the court is required to take into account in considering whether to give permission (or leave).

(6) Before making any such regulations the Secretary of State shall consult such persons as he considers appropriate.

(7) Regulations under this section are subject to affirmative resolution procedure.

Section 264 Application for permission to continue derivative claim brought by another member

(1) This section applies where a member of a company (“the claimant”)—

- (a) has brought a derivative claim,
- (b) has continued as a derivative claim a claim brought by the company, or
- (c) has continued a derivative claim under this section.

(2) Another member of the company (“the applicant”) may apply to the court for permission (in Northern Ireland, leave) to continue the claim on the ground that—

- (a) the manner in which the proceedings have been commenced or continued by the claimant amounts to an abuse of the process of the court,
- (b) the claimant has failed to prosecute the claim diligently, and
- (c) it is appropriate for the applicant to continue the claim as a derivative claim.

(3) If it appears to the court that the application and the evidence filed by the applicant in support of it do not disclose a prima facie case for giving permission (or leave), the court—

- (a) must dismiss the application, and
- (b) may make any consequential order it considers appropriate.

(4) If the application is not dismissed under subsection (3), the court—

- (a) may give directions as to the evidence to be provided by the company, and
- (b) may adjourn the proceedings to enable the evidence to be obtained.

(5) On hearing the application, the court may—

- (a) give permission (or leave) to continue the claim on such terms as it thinks fit,
- (b) refuse permission (or leave) and dismiss the application, or
- (c) adjourn the proceedings on the application and give such directions as it thinks fit.

ภาคผนวก ข
Civil Procedure Rules



Civil Procedure Rules

19.9E Derivative claims – costs

The court may order the company, body corporate or trade union for the benefit of which a derivative claim is brought to indemnify the claimant against liability for costs incurred in the permission application or in the derivative claim or both.



ภาคผนวก ค

Delaware General Corporation Law



Delaware General Corporation Law

§ 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 any 1 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.

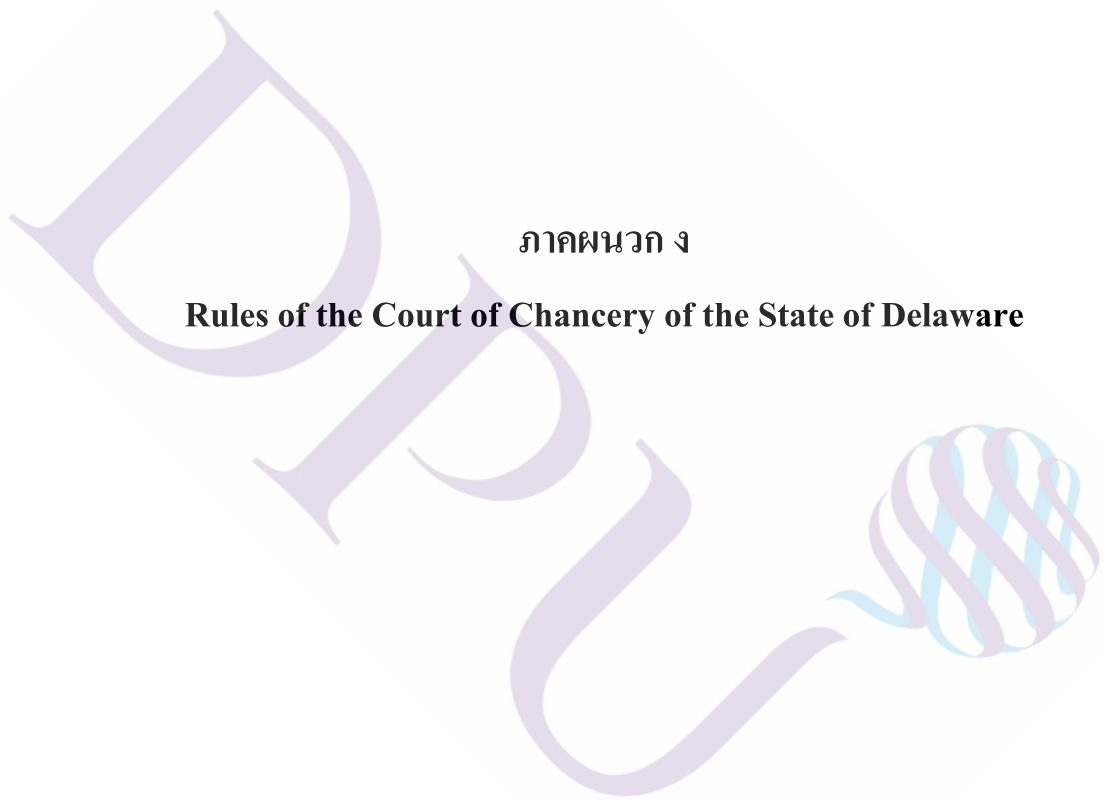
(b) No suit shall be brought against any officer, director or stockholder for any debt of a corporation of which such person is an officer, director or stockholder, until judgment be obtained therefor against the corporation and execution thereon returned unsatisfied.

§ 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

Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware



Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware

Rule 23.1. Derivative actions by shareholders.

(a) In a derivative action brought by one or more shareholders or members to enforce a right of a corporation or of an unincorporated association, the corporation or association having failed to enforce a right which may properly be asserted by it, the complaint shall allege that the plaintiff was a shareholder or member at the time of the transaction of which the plaintiff complains or that the plaintiff's share or membership thereafter devolved on the plaintiff by operation of law. The complaint shall also allege with particularity the efforts, if any, made by the plaintiff to obtain the action the plaintiff desires from the directors or comparable authority and the reasons for the plaintiff's failure to obtain the action or for not making the effort.

(b) Each person seeking to serve as a representative plaintiff on behalf of a corporation or unincorporated association pursuant to this Rule shall file with the Register in Chancery an affidavit stating that the person has not received, been promised or offered and will not accept any form of compensation, directly or indirectly, for prosecuting or serving as a representative party in the derivative action in which the person or entity is a named party except (i) such fees, costs or other payments as the Court expressly approves to be paid to or on behalf of such person, or (ii) reimbursement, paid by such person's attorneys, of actual and reasonable out-of-pocket expenditures incurred directly in connection with the prosecution of the action. The affidavit required by this subpart shall be filed within 10 days after the earliest of the affiant filing the complaint, filing a motion to intervene in the action or filing a motion seeking appointment as a representative party in the action. An affidavit provided pursuant to this subpart shall not be construed to be a waiver of the attorney-client privilege.

(c) The action shall not be dismissed or compromised without the approval of the Court, and notice by mail, publication or otherwise of the proposed dismissal or compromise shall be given to shareholders or members in such manner as the Court directs; except that if the dismissal is to be without prejudice or with prejudice to the plaintiff only, then such dismissal shall be ordered without notice thereof if there is a showing that no compensation in any form has passed directly or indirectly from any of the defendants to the plaintiff or plaintiff's attorney and that no promise to give any such compensation has been made. At the time that any party moves or

otherwise applies to the Court for approval of a compromise of all or any part of a derivative action, each representative plaintiff in such action shall file with the Register in Chancery a further affidavit in the form required by subpart (b) of this rule.

(d) For the purposes of this Rule, an "unincorporated association" includes a statutory trust, business trust, limited liability company and a partnership (whether general or limited), and a "member" includes a person permitted by applicable law to bring a derivative action to enforce a right or such an unincorporated association.

Rule 24. Intervention.

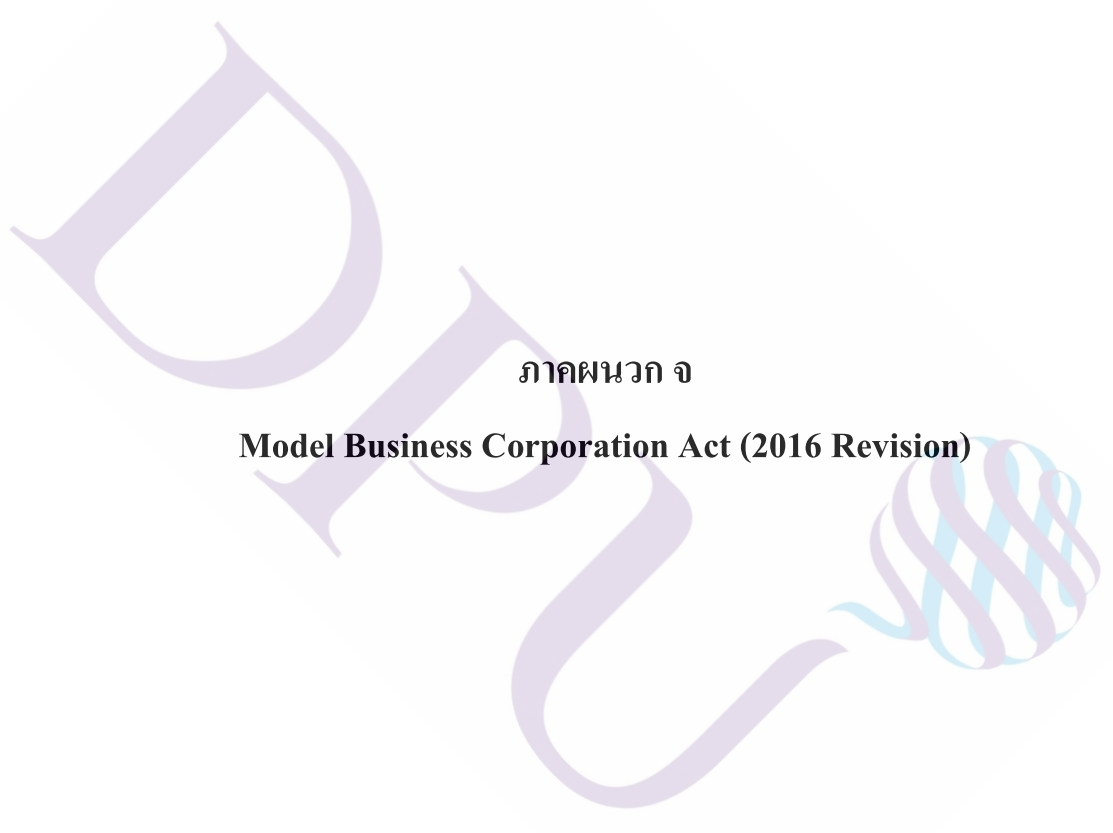
(a) Intervention of right. -- Upon timely application anyone shall be permitted to intervene in an action: (1) When a statute confers an unconditional right to intervene; or (2) when the applicant claims an interest relating to the property or transaction which is the subject of the action and the applicant is so situated that the disposition of the action may as a practical matter impair or impede the applicant's ability to protect that interest, unless the applicant's interest is adequately represented by existing parties.

(b) Permissive intervention. -- Upon timely application anyone may be permitted to intervene in an action: (1) When a statute confers a conditional right to intervene; or (2) when an applicant's claim or defense and the main action have a question of law or fact in common. In exercising its discretion the Court shall consider whether the intervention will unduly delay or prejudice the adjudication of the rights of the original parties.

(c) Procedure. -- A person desiring to intervene shall serve a motion to intervene upon the parties as provided in Rule 5. The motion shall state the grounds therefor and shall be accompanied by a pleading setting forth the claim or defense for which intervention is sought. The same procedure shall be followed when a statute gives a right to intervene.

ภาคผนวก จ

Model Business Corporation Act (2016 Revision)



Model Business Corporation Act (2016 Revision)**§ 7.42 Demand**

No shareholder may commence a derivative proceeding until (i) a written demand has been made upon the corporation to take suitable action and (ii) 90 days have expired from the date delivery of the demand was made unless the shareholder has earlier been notified that the demand has been rejected by the corporation or unless irreparable injury to the corporation would result by waiting for the expiration of the 90-day period.



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - นามสกุล

ประวัติการศึกษา

อัญชิสา ทรรทรานนท์

พ.ศ. 2554 นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง)

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

หลักสูตรวิชาว่าความแห่งสภานายความ รุ่นที่ 44

เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 71

สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

ศาลฎีกา แผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง
กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์