



## บทที่ 2

### ประวัติความเป็นมา เหตุผล และแนวคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับกลุ่มบริษัท และการล้มละลายของกลุ่มบริษัท

#### 2.1 ความหมายของกลุ่มบริษัทและแนวทางกำหนดบทนิยาม

หากจะพิจารณาความหมายของกลุ่มบริษัทในความหมายทั่วไปแล้ว อาจพิจารณาได้ว่า หมายรวมถึง กลุ่มของบริษัทอันประกอบไปด้วยบริษัทแม่ (Parent company) และบริษัทลูก (Subsidiaries) ซึ่งมีความสัมพันธ์กันในเชิงอำนาจควบคุม (Control) หรือการเป็นเจ้าของหรือการถือครองหุ้น (Ownership) โดยจัดตั้งขึ้นเพื่อประกอบกิจการและแสวงหากำไรเพื่อประโยชน์ร่วมกันของกลุ่ม ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการประกอบกิจการในกลุ่มธุรกิจเดียวกันหรือไม่ก็ตาม ในทางวิชาการได้มีการให้ความหมายของกลุ่มบริษัทไว้มากมายทั้งในด้านธุรกิจ เศรษฐศาสตร์ หรือกฎหมาย ตัวอย่างเช่น

1. กลุ่มบริษัทสามารถอธิบายได้ว่าเป็นองค์กรธุรกิจที่ประกอบไปด้วยบริษัทหลายบริษัท ซึ่งมีความเชื่อมโยงกันผ่านความเป็นเจ้าของ หรือเป็นองค์กรธุรกิจที่มีบุคคลรายเดียวหรือครอบครัวใดครอบครัวเป็นเจ้าของบริษัทต่างๆ ซึ่งโครงสร้างของกลุ่มบริษัทเหล่านี้จะเกี่ยวเนื่องกับการใช้ทรัพยากรหรือปัจจัยภายในกลุ่มบริษัทร่วมกัน เช่น อำนาจทางการตลาด เป็นต้น<sup>1</sup>
2. กลุ่มบริษัทหรือกลุ่มธุรกิจ หมายถึง กลุ่มเครือข่ายของธุรกิจที่กิจกรรมทางเศรษฐกิจถูกผนวกรวมกับระบบของผู้เป็นเจ้าของ โดยความเป็นเจ้าของและอำนาจควบคุมนั้นจะรวมศูนย์กลางไว้และหน่วยธุรกิจย่อยนั้นมีอำนาจตัดสินใจและบริหารจัดการอย่างจำกัด<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Stijn Claessens et al., "The rationale for groups: Evidence from east asia," World Bank, 1999. (Unpublished Manuscript), p. 2.

<sup>2</sup> W. Mark Fruin, "Business groups and interfirm networks," in *The oxford handbook of business history*. eds. Geoffrey Jones and Jonathan Zeitlin (Oxford: Oxford University Press, 2007), p. 1.

3. บริษัทสามารถรวมกันเป็นกลุ่มบริษัทผ่านความสัมพันธ์ที่เชื่อมโยงระหว่างกันได้ 2 ลักษณะ\* คือ กลุ่มบริษัทแนวนอนที่เป็นการถือหุ้นไขว้ระหว่างกันโดยที่ต่างก็ประกอบกิจการของตนไปพร้อมๆ กับการถือหุ้นในอีกบริษัทหนึ่งไปด้วยลักษณะหนึ่ง และกลุ่มบริษัทแนวตั้งที่บริษัทแม่เข้าไปถือหุ้นในบริษัทลูกทั้งหมดหรือแต่บางส่วน<sup>3</sup>
4. กลุ่มธุรกิจหรือกลุ่มบริษัทนั้น โดยทั่วไปแล้วจะประกอบไปด้วยบริษัทที่ถือว่าเป็นบริษัทอิสระตามกฎหมายหลายบริษัทรวมกัน ซึ่งในบางกลุ่มบริษัทอาจเป็นการควบคุมในแนวตั้งผ่านการถือหุ้น และในบางกลุ่มอาจเป็นการถือหุ้นไขว้ระหว่างกัน อันถือได้ว่าเป็นกลุ่มที่มีความเชื่อมโยงในแนวนอน<sup>4</sup>
5. กลุ่มบริษัทนั้นหมายถึงกลุ่มของวิสาหกิจซึ่งเชื่อมโยงกันด้วยการถือหุ้นร่วมกันหรือเชื่อมโยงกัน (Common or interlocking holding) หรือซึ่งเกี่ยวโยงกันด้วยการควบคุม (Control) หรืออำนาจที่จะควบคุม (Capacity to control) โดยที่วิสาหกิจในกลุ่มนั้นไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคล นอกจากนี้อำนาจที่จะควบคุมนั้นยังรวมถึงกลุ่มบริษัทที่จัดตั้งโดยอาศัยความสัมพันธ์ทางสัญญาด้วย<sup>5</sup>

อย่างไรก็ดี หากจะพิจารณาความหมายในเชิงกฎหมายแล้ว จะพบว่า กฎหมายและคำพิพากษาของศาลในประเทศต่างๆ ส่วนใหญ่แล้วจะมีได้กำหนดนิยาม อีกทั้งยังหลีกเลี่ยงการให้ความหมายหรือคำจำกัดความของคำว่า กลุ่มบริษัท ไว้เป็นการเฉพาะ หากจะมีปรากฏอยู่ในกฎหมายบ้างก็มักปรากฏในกฎหมายอื่นในความหมายและบริบทที่แตกต่างกันออกไปเท่านั้น เช่น กฎหมายภาษีอากร, กฎหมายว่าด้วยการบัญชีบริษัท หรือ กฎหมายการแข่งขันทางการค้า เป็นต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายภาษีอากรกับกฎหมายว่าด้วยการบัญชีที่ถือได้ว่าสาขากฎหมายที่มีการบัญญัติเกี่ยวกับกลุ่มบริษัท ไว้อย่างชัดเจนที่สุดสาขาหนึ่ง<sup>6</sup> ส่วนการให้ความหมายหรือจำกัดความในเชิงของกฎหมายองค์กรธุรกิจหรือในเชิง

<sup>3</sup> Janet Dine, The governance of corporate groups (New York: Cambridge University Press, 2000), pp. 39-40.

<sup>4</sup> Tarun Khanna and Yishay Yafeh, Business groups in emerging markets: Paragons or parasites (London: Centre for Economic Policy Research, 2005), p. 1.

<sup>5</sup> United Nations Commission on International Trade Law, "Report of working group v (insolvency law) on the work of its thirty-first session, a/cn.9/618," Vienna, 2007. (Online), p. 11.

<sup>6</sup> Interview with Neil Cooper, Partner, Corporate Advisory & Restructuring group, Kroll (London Office), 10 August 2008.

พาณิชย์โดยแท้นั้นค่อนข้างจะมีจำกัดและอาศัยหลักเกณฑ์ที่ต่างกัน โดยส่วนใหญ่แล้ว กฎหมายองค์กรธุรกิจหรือกฎหมายพาณิชย์ส่วนใหญ่มักจะกำหนดความหมายของคำอื่นมากกว่า เช่น บริษัทลูก หรือ อำนวยการควบคุมบริษัท เป็นต้น ส่วนให้ความหมายในคำพิพากษาของศาลนั้นมักจะเป็นการให้ความหมายเพื่อเป็นเหตุผลประกอบการวินิจฉัย

ตัวอย่างการให้ความหมายของกลุ่มบริษัท ได้แก่

1. กลุ่มบริษัทโดยทั่วไป หมายถึง กลุ่มของบริษัทซึ่งร่วมกันดำเนินการ โดยอาศัยการถือหุ้นระหว่างกันอย่างเหนียวแน่นและอำนาจในการควบคุมหรือความสามารถในการควบคุมกลุ่มบริษัทนั้น<sup>7</sup>
2. กลุ่มบริษัทจะพิจารณาจาก ความเชื่อมต่อของอำนาจในการบริหารจัดการร่วมกันอย่างใกล้ชิดระหว่างกันในกลุ่มบริษัทและเครือข่ายอันซับซ้อนของการถือหุ้น รวมถึงลักษณะของบริษัทสมาชิกกลุ่มในการตอบสนองต่อความต้องการและผลประโยชน์ของกลุ่ม<sup>8</sup>
3. กลุ่มบริษัท หมายถึง กลุ่มของบริษัทอันประกอบด้วย บริษัทแม่ บริษัทลูก และองค์กรธุรกิจอื่นที่บริษัทแม่หรือบริษัทลูกมีสิทธิในการมีส่วนร่วมในกิจการ<sup>9</sup>

ทั้งนี้ เราอาจหาหลักเกณฑ์ทั่วไปบางประการในการพิจารณาว่าลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทรูปแบบใดที่ถือได้ว่าเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะกลุ่มบริษัทได้ กล่าวคือ หลักเกณฑ์ทั่วไปของกลุ่มบริษัทที่มักจะปรากฏในกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลนั้นจะประกอบด้วย<sup>10</sup>

1. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความเป็นเจ้าของ (Ownership) ซึ่งจะมุ่งพิจารณาความสัมพันธ์อย่างเป็นทางการในการเข้าเป็นเจ้าของ กล่าวคือ จะพิจารณาจำนวนหรือเปอร์เซ็นต์ของการเป็นเจ้าของหุ้นหรือหุ้นในอีกบริษัทหนึ่ง ตัวอย่างของบทบัญญัติของกฎหมายที่นำหลักเกณฑ์นี้ไปใช้ เช่น

<sup>7</sup> Walker v Wimborne (1976) 3 ACLR 529 at 532

<sup>8</sup> Re Enterprise Gold Mines NL (1991) 3 ACSR 531 at 540

<sup>9</sup> Article 2, Directive of the European Parliament and of the Council of 16 December 2002 on the supplementary supervision of credit institutions, insurance undertaking and investment firms in a financial

<sup>10</sup> United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of corporate group in insolvency note by the secretariat, a/cn.9/wg.V/wp.74," Vienna, 2006. (Online), pp. 13-14.

บทนิยามเดิมตามมาตรา 736 ของ The Companies Act 1985 ของประเทศอังกฤษซึ่งบัญญัติคำนิยามเพื่อวัตถุประสงค์สำหรับกฎเกณฑ์ทางบัญชี\*

2. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจควบคุม (Control) หรือการเข้าไปมีอิทธิพลและความสามารถในการควบคุมหรือเข้าไปมีอิทธิพลทั้งทางตรงและทางอ้อมในอีกบริษัทหนึ่ง ทั้งในด้านการเงิน นโยบายการดำเนินงาน หรือการตัดสินใจต่างๆ โดยการพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจควบคุมหรือการเข้ามามีอิทธิพลนี้ จะพิจารณาจากเนื้อหาความเป็นจริงยิ่งกว่ารูปแบบทางกฎหมาย (Substance over the form) ไม่ว่าจะได้มาโดยการเข้าเป็นของทรัพย์สินของบริษัท โดยอาศัยสิทธิต่างๆ หรือโดยอาศัยสัญญา ตัวอย่างของอำนาจควบคุมหรือการเข้ามามีอิทธิพลในอีกบริษัทหนึ่ง ตัวอย่างเช่น

- 2.1. อำนาจในการเสนอชื่อกรรมการบริษัท
- 2.2. อำนาจในการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการบริษัททั้งหมดหรือส่วนใหญ่
- 2.3. อำนาจในการควบคุมการออกเสียงลงคะแนนส่วนใหญ่ในการประชุมของกรรมการบริษัท
- 2.4. อำนาจในการกำหนดหรือควบคุม มติหรือเสียงข้างมากในการประชุมผู้ถือหุ้น

ตัวอย่างของบทบัญญัติของกฎหมายที่นำหลักเกณฑ์นี้ไปใช้ เช่น บทนิยามที่แก้ไขใหม่ในปีค.ศ. 1989 ในมาตรา 736 ของ The Companies Act 1985 ของประเทศอังกฤษซึ่งบัญญัติคำนิยามเพื่อวัตถุประสงค์สำหรับกฎเกณฑ์ทางบัญชี\*

---

\* 1) For the purposes of this Act a company is deemed to be a subsidiary of another if (but only if)-

(a) that other either-

(i) is a member of it and controls the composition of its board of directors, or

(ii) holds more than half in nominal value of its equity share capital , or

(b) the first-mentioned company is a subsidiary of any company which is that other's subsidiary.

\* (1) A company is a "subsidiary" of another company , its "holding company", if that other company hold a majority of the voting rights in ,it ,or is a member of it and has the right to appoint or remove a majority of its board of directors ,or is a member of it and controls alone , pursuant to an agreement with other shareholders or members, a majority of the voting rights in it or if is a subsidiary of a company which is itself a subsidiary of that other company

หลักเกณฑ์ทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นนี้เองที่ได้รับการนำไปใช้ในกฎหมายฉบับต่างๆ ที่ประสงคืจะกำหนดหรือควบคุมกำกับกลุ่มบริษัท โดยอาจนำไปใช้เฉพาะแต่เพียงหลักเกณฑ์หนึ่งหลักเกณฑ์ใดหรือนำหลักเกณฑ์ทั้งสองประการนี้ไปใช้ควบคู่กันก็ได้ อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายมักจะยอมรับกันว่าการกำหนดบทนิยามดังกล่าวในกฎหมายแต่ละฉบับอันมีวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ที่แตกต่างกันนั้น ควรออกแบบและกำหนดบทนิยามอย่างระมัดระวังให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์อันมีลักษณะเป็นการเฉพาะของกฎหมายแต่ละฉบับ เพื่อให้การใช้บังคับซึ่งกฎหมายแต่ละฉบับสามารถบรรลุวัตถุประสงค์และความต้องการของสังคมได้ นอกจากนี้แล้ว บทนิยามดังกล่าวยังจะต้องสะท้อนถึงสภาพความเป็นจริงทางเศรษฐกิจหรืออุตสาหกรรมของกลุ่มบริษัทในแต่ละด้านที่กฎหมายประสงคืจะกำหนดหรือควบคุมกำกับอีกด้วย<sup>11</sup>

ดังนั้นแล้ว การกำหนดบทนิยามในลักษณะสากลสามารถใช้ได้ในกฎหมายทุกฉบับซึ่งมีแนวคิดและวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันออกไปจึงไม่อาจจะกระทำได้

## 2.2 ประวัติและวิวัฒนาการของกลุ่มบริษัท

แม้ว่าองค์กรธุรกิจในรูปแบบบริษัทจะปรากฏมาเป็นเวลานานแล้ว ถือเป็นผลผลิตและเป็นส่วนหนึ่งของสังคม<sup>12</sup> แต่สำหรับกลุ่มบริษัทนั้นปรากฏหลักฐานว่ามีการนำมาใช้เมื่อปลายศตวรรษที่ 19 ต่อช่วงต้นศตวรรษที่ 20 โดยองค์กรธุรกิจในรูปแบบของกลุ่มบริษัทนั้นเกิดขึ้นจากปัจจัยหลัก 2 ประการคือ ปัจจัยด้านธุรกิจ และปัจจัยด้านกฎหมาย

---

(2) A company is a wholly owned subsidiary of another of company if it has no members except that other and that other 's wholly owned subsidiaries or persons acting on behalf of that other or its wholly owned subsidiaries.

<sup>11</sup> Phillip I. Blumberg, "The American law of corporate groups," in *Corporate control and accountability*. eds. Joseph McCahery, Sol Picciotto, and Colin Scott (New York: Oxford University Press, 1993), p. 323.

<sup>12</sup> Dine, J. (2000). *The Governance of Corporate Groups*: Cambridge University Press, p.1.

### 2.2.1 ปัจจัยด้านธุรกิจ: การขยายตัวขององค์กรธุรกิจ<sup>13</sup>

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ต่อช่วงต้นศตวรรษที่ 20 นั้น องค์กรธุรกิจหรือบริษัทต่างๆ ได้พยายามอย่างมากที่จะขยายขนาดองค์กรและตัวธุรกิจ (Concentration) รวมทั้งขีดความสามารถในการเป็นเจ้าของหรืออำนาจควบคุมด้านการเงิน การพาณิชย์ และทางเทคนิคของตนเอง โดยในระยะแรก (Primary concentration) นั้นเป็นการขยายภายในองค์กรธุรกิจของตนเองในด้านต่างๆ (Internal expansion or concentration in the unity) พร้อมกับการขยายขนาดองค์กรธุรกิจโดยอาศัยการควบรวมกิจการตามกฎหมาย หรือการก่อตั้งทรัสต์ขึ้นเป็นเครื่องมือทางกฎหมาย<sup>14</sup> จนทำให้กลายเป็นองค์กรธุรกิจขนาดใหญ่ (Gigantic single-corporate enterprise or large-scale business unit) อย่างไรก็ตาม การขยายขนาดองค์กรดังกล่าวก็มีขีดจำกัดทั้งจากการที่ไม่สามารถจะหาแหล่งเงินทุนทั้งภายในและภายนอกองค์กรในการสนับสนุนการขยายและเติบโตขององค์กรได้อย่างมีประสิทธิภาพ และจากการประสบปัญหาความยุ่งยากในการบริหารจัดการองค์กรธุรกิจขนาดใหญ่และมีโครงสร้างซับซ้อนในองค์กรเดียว

ข้อจำกัดดังกล่าวได้นำไปสู่การขยายองค์กรในระยะที่สอง (Secondary concentration) ซึ่งเป็นการขยายองค์กรและธุรกิจไปยังองค์กรธุรกิจหรือบริษัทอื่น (External expansion or concentration in diversity) โดยการจัดตั้งบริษัทใหม่ขึ้นหรือเข้าไปถือครองหุ้นของบริษัทอื่นด้วยอาศัยปัจจัยทางกฎหมายที่อนุญาตให้กระทำได้ในช่วงเวลานี้ดังที่จะได้กล่าวถึงต่อไป ในช่วงแรกนั้นจะเป็นการขยายองค์กรในลักษณะดังกล่าวยังคงจำกัดอยู่ภายในตลาดเดียวกัน (Horizontal) ต่อมาจึงเริ่มไปสู่กลุ่มธุรกิจเดียวกันที่เป็นสินค้าต้นน้ำและปลายน้ำ (Vertical) จนนำไปสู่การขยายหรือครอบงำบริษัทอื่นที่อยู่ในตลาดหรือกลุ่มธุรกิจอื่นด้วย (Conglomerate) ทั้งที่เป็นในตลาดหรือกลุ่มธุรกิจที่เกี่ยวข้องกันและที่ไม่มี

<sup>13</sup> José Engrácia Antunes, Liability of corporate groups: Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German, and EEC law: An international and comparative perspective (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), p., pp.22-28.

<sup>14</sup> ตัวอย่างได้แก่ กรณีของบริษัท Salt Union ของประเทศอังกฤษในปีค.ศ. 1888 กรณีของบริษัท US Steel Corporation ในปีค.ศ. 1901 บริษัท American Tobacco Company ในปีค.ศ. 1904 ของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

<sup>15</sup> ตัวอย่างได้แก่ กรณีของ Standard Oil Trust ในปีค.ศ. 1882 Sugar Trust และ Whisky Trust ในปีค.ศ. 1887 National Lead Trust ในปีค.ศ. 1887 และ American Cotton Oil Trust ในปีค.ศ. 1889 ของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

ความเกี่ยวข้องกันแต่ประการใดเลย<sup>14</sup> นอกจากนี้ เมื่อเทคโนโลยีในการติดต่อสื่อสารและการเดินทางเจริญรุดหน้ามากขึ้น การขยายขีดความสามารถดังกล่าวได้มีการขยายออกไปยังต่างประเทศอีกด้วย ทำให้ตัวบริษัท (Corporation) อาจมิได้แสดงถึงองค์กรหรือวิสาหกิจทั้งหมด (Enterprise) อีกต่อไป เพราะกรณีมักจะประกอบไปด้วยบริษัทแม่ และบริษัทลูกหรือบริษัทย่อยซึ่งเสมือนเป็นส่วนหนึ่งหรือชิ้นส่วนหนึ่งของบริษัทแม่ด้วยเสมอ<sup>15</sup> การขยายขีดความสามารถหรือการครอบงำของกลุ่มบริษัทดังกล่าวข้างต้นเป็นผลให้บทบาทของบริษัทเอกชน (Individual Corporation) ซึ่งเป็นองค์กรธุรกิจรูปแบบสำคัญและได้รับความนิยมในช่วงปีค.ศ. 1920 ถึง 1930 ค่อยๆ ลดลงจนกระทั่งปัจจุบันนี้เป็นเพียงองค์กรธุรกิจรูปแบบที่มักจะใช้กันในกิจการขนาดเล็กและขนาดกลางเท่านั้น<sup>16</sup> ส่วนบทบาทของกลุ่มบริษัทนั้นก็ได้รับความสำคัญมากขึ้นทั้งในมิติภายในและระหว่างประเทศ จนบางครั้งการดำเนินกิจการของกลุ่มบริษัทเหล่านี้มีผลสำคัญต่อตัวเลขทางเศรษฐกิจต่างๆ เช่น ผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ ผลิตภัณฑ์มวลรวมประชาชาติ และรายได้ประชาชาติ เป็นต้น ของในหลายประเทศเลยทีเดียว

## 2.2.2 ปัจจัยด้านกฎหมาย: การยินยอมให้บริษัทถือครองหุ้นของบริษัทอื่น

ในช่วงเวลาเดียวกันกับที่องค์กรธุรกิจหรือบริษัทต่างๆ พยายามขยายตัวในรูปแบบต่างๆ ข้างต้น ก็มีเครื่องมือทางกฎหมายประการหนึ่งที่ช่วยให้การขยายตัวภายนอกองค์กร (External expansion) เกิดมีขึ้นได้ กล่าวคือ การยินยอมให้บริษัทถือครองหุ้นบริษัทอื่นได้ (Intercorporate stock

<sup>14</sup> Janet Dine, *The governance of corporate groups* (New York: Cambridge University Press, 2000), p. 5.

<sup>15</sup> Phillip I. Blumberg, *The law of corporate groups: Procedural problems in the law of parent and subsidiary corporations* (Boston: Little, brown and company, 1983), p. 3.

<sup>16</sup> United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of corporate group in insolvency note by the secretariat, a/cn.9/wg.V/wp.74," Vienna, 2006. (Online), p. 6.

ผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ (Gross Domestic Product: GDP) หมายถึง มูลค่าของสินค้าและบริการขั้นสุดท้ายที่ผลิตขึ้นภายในประเทศในระยะเวลาหนึ่งโดยไม่คำนึงถึงว่าทรัพยากรที่ใช้ในการผลิตสินค้าและบริการจะเป็นทรัพยากรของพลเมืองในประเทศหรือเป็นของชาวต่างประเทศ ส่วน ทรัพยากรของพลเมืองในประเทศแต่ไปทำการผลิตในต่างประเทศก็ไม่นับรวมไว้ในผลิตภัณฑ์ในประเทศ

ผลิตภัณฑ์มวลรวมประชาชาติ (Gross National Product: GNP) หมายถึง มูลค่าของสินค้าและบริการขั้นสุดท้ายทั้งหมดที่ผลิตขึ้นในระยะเวลาหนึ่งโดยใช้ทรัพยากรที่คนประเทศนั้น ๆ เป็นเจ้าของ

รายได้ประชาชาติ (National Income: NI) หมายถึง ผลตอบแทนจากปัจจัยการผลิต ซึ่งได้แก่ค่าตอบแทนแรงงาน ผลตอบแทนจากที่ดิน ทุน และการประกอบการ

ownership) อันจะนำมาซึ่งอำนาจควบคุมระหว่างบริษัท (Intercompany control) ซึ่งหากปราศจากเครื่องมือทางกฎหมายประการดังกล่าวนี้เสียแล้ว การขยายตัวดังกล่าวหรืออีกนัยหนึ่งก็คือกลุ่มบริษัทย่อมไม่อาจจะเกิดขึ้นได้เลย ทั้งนี้ แต่เดิมนั้นการถือครองหุ้นของบริษัทอื่นนั้นเป็นกรณีที่ต้องห้ามตามกฎหมายทั้งในระบบกฎหมาย Common law และระบบกฎหมาย Civil law ทั้งนี้ อาจด้วยเหตุว่าเป็นการขัดแย้งกับแนวคิดหรือรูปแบบจำลองทางความคิดที่ตั้งอยู่บนความเป็นเอกเทศและควมมีอิสระของบริษัท (Single and autonomous of Corporation) อันเป็นรากฐานสำคัญของกฎหมายว่าด้วยองค์กรธุรกิจ

### 2.2.2.1 กลุ่มประเทศ Common law

เดิมทีนั้นภายใต้กฎหมายว่าด้วยองค์กรธุรกิจหรือหุ้นส่วนบริษัทของทั้งประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา การที่บริษัทหนึ่งจะถือครองหุ้นของอีกบริษัทหนึ่งไม่อาจจะทำได้ไม่ว่าด้วยวัตถุประสงค์เพื่อการเข้ามีอำนาจครอบงำควบคุมอีกบริษัทหรือเพื่อการลงทุนแต่เพียงอย่างเดียวและไม่ว่าจะเป็นการถือครองหุ้นของบริษัทในกลุ่มธุรกิจประเภทเดียวกันหรือต่างประเภทกันก็ตาม แต่มิได้รวมถึงการได้ซึ่งหุ้นจากการดำเนินกิจการตามปกติ จากการชำระหนี้ จากกระบวนการชำระบัญชีของบริษัท ทั้งนี้ ในส่วนของกฎหมายบัญญัติ<sup>\*\*</sup> (Statutes) หรือตราสารเกี่ยวกับอนุญาติให้จัดตั้งบริษัท (Corporate charter)<sup>\*\*\*</sup> นั้นก็มักจะมีข้อห้ามโดยชัดแจ้งเกี่ยวกับการห้ามมิให้บริษัททำการถือครองหุ้นของบริษัทอื่น และในกรณีที่กฎหมายหรือเอกสารดังกล่าวมิได้บัญญัติหรือกำหนดข้อห้ามดังกล่าวไว้หรือตราสารจัดตั้งให้อำนาจการถือครองหุ้นของบริษัทอื่นไว้แต่กฎหมายบัญญัติมิได้ให้อำนาจดังกล่าว

\* มีผู้ให้ความเห็นว่ามิบังจยอีก 2 ประการที่ทำให้กลุ่มบริษัทเกิดขึ้น คือ หลักการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้น (Principle of limited liability) และการก่อตั้งตลาดหลักทรัพย์ (Formation of capital market) อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า บังจยดังกล่าวนี้น่าจะเป็นเพียงบังจยสนับสนุนส่งเสริมให้การจัดตั้งกลุ่มบริษัทมีประโยชน์เพิ่มมากขึ้นเท่านั้น ดังนั้น จึงมิได้นำมาพิจารณาไว้ ณ ที่นี้ ผู้สนใจโปรดดู Chandler, A. D. (1977). *The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business*: Belknap Press.

\*\* เช่น กฎหมายของมลรัฐนิวยอร์ก (N.Y. Act of Feb. 17, 1848, chapter 40 §8) และอิลลินอยส์ (Ill. Laws of 1849 §8, at 89) เป็นต้น

\*\*\* เดิมทีก่อนช่วงศตวรรษที่ 19 ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษนั้น การจัดตั้งบริษัทจะต้องทำการขออนุญาตจัดตั้งและ/หรือมีการตรากฎหมายหรือกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายเสียก่อนไม่อาจดำเนินการจัดตั้งได้โดยอิสระ จนกระทั่งในช่วงภายหลังสงครามกลางเมืองในปี.ศ. 1861-1865 ในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงจะเป็นที่ยอมรับกันถึงการจัดตั้งบริษัทโดยอิสระ



ไว้ ศาลก็ยังเห็นว่าการถือครองหุ้นในลักษณะดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำอันนอกขอบวัตถุประสงค์ (*ultra vires*) และขัดต่อกฎหมายเช่นกัน<sup>17</sup> โดยมีการวิเคราะห์ถึงเหตุผลที่ศาลไม่ยอมรับการถือครองหุ้นระหว่างบริษัทว่าเกิดจากสาเหตุ 3 ประการด้วยกัน กล่าวคือ<sup>18</sup>

ประการแรก คือ เนื่องจากเห็นว่าตัวบริษัทนั้นเป็นบุคคลสมมติที่เกิดขึ้นด้วยกฎหมาย สิทธิหน้าที่ประการต่างๆ ย่อมต้องอาศัยกฎหมายที่ให้กำเนิดทั้งสิ้น ดังนั้น การยอมรับให้บริษัทมีอำนาจถือครองหุ้นได้โดยที่กฎหมายมิได้ให้อำนาจไว้เท่ากับเป็นการยอมให้บริษัทหลีกเลี่ยงข้อจำกัดเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ตามกฎหมาย

ประการที่สอง คือ ความกังวลเกี่ยวกับการนำอำนาจถือครองหุ้นระหว่างบริษัทไปใช้เพื่อเพิ่มอำนาจทางเศรษฐกิจที่เข้มแข็ง อันจะนำไปสู่การผูกขาดทางธุรกิจในที่สุดซึ่งเป็นประเด็นเกี่ยวเนื่องกับนโยบายสาธารณะและความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจ

ประการที่สาม คือ หากยอมให้มีการถือครองหุ้นระหว่างกันของบริษัทต่างๆ ได้ เท่ากับยอมให้บริษัททั้งหลายสามารถขายความเป็นอิสระและตกเป็นทาสของบริษัทอื่นได้ อันเป็นการขัดต่อหลักการหรือแนวคิดว่าด้วยความเป็นเอกเทศและควรมีอิสระของบริษัท (*Single and autonomous corporation*)

ตัวอย่างเช่น คดี E.g., *Louis K. Liggett Co. v. Lee*<sup>19</sup> คดี *Franklin Co. v. Lewiston Inst. For Sav.*<sup>20</sup> และคดี *De La Vergne Refrigerating Mach. Co. v. German Sav. Inst.*<sup>21</sup> โดยศาลมักให้เหตุผลทำนองว่า บริษัทนั้นเป็นเพียงบุคคลสมมติขึ้นตามกฎหมาย จึงก่อตั้งขึ้นได้และมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น นอกจากนี้ กรณีดังกล่าวถือเป็นประเด็นเกี่ยวเนื่องกับนโยบายสาธารณะใน

<sup>17</sup> Adolf A. Berle, "The theory of enterprise entity," *Columbia Law Review* 47, 3 (1947): 348.

<sup>18</sup> José Engrácia Antunes, *Liability of corporate groups: Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German, and EEC law: An international and comparative perspective* (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), pp. 32-33.

<sup>19</sup> 288 U.S. 517 (1933)

<sup>20</sup> 68 Me. 43 (1877)

<sup>21</sup> 175 U.S. 40 (1899)

การควบคุมจำกัดให้บริษัทดำเนินกิจการในขอบเขตที่กำหนดและมีให้มีการรวมกลุ่มทางผลประโยชน์ภายใต้การควบคุมของบริษัทที่มากเกินไป<sup>22</sup>

อย่างไรก็ดี ภายใต้หลักของข้อกำหนดห้ามถือครองหุ้นในบริษัทอื่นดังกล่าวในช่วงเวลาเดียวกันของประเทศสหรัฐอเมริกา กรณีก็ปรากฏข้อยกเว้นทางกฎหมายที่อนุญาตให้บริษัทที่ประกอบกิจการบางประเภทสามารถเข้าถือครองหุ้นของบริษัทอื่นเพื่อการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมหรือเพื่อการลงทุนได้โดยชอบ ทั้งนี้ สาเหตุก็เนื่องมาจากสภาพ ลักษณะและความจำเป็นของประเภทธุรกิจนั้นๆเอง โดยสามารถพิจารณาแยกได้เป็น 4 กรณี ดังนี้

1. การอนุญาตให้บริษัทที่ประกอบกิจการในฐานะผู้ผลิตสินค้า (Manufacturing corporation) สามารถถือครองหุ้นของบริษัทที่จำหน่ายวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้าได้ กรณีดังกล่าวนี้เป็นการอนุญาตโดยกฎหมายบัญญัติของมลรัฐนิวยอร์กเพียงแห่งเดียวเท่านั้น ส่วนในมลรัฐอื่นยังคงไม่อนุญาตให้บริษัทประเภทนี้ถือครองหุ้นของบริษัทอื่น
2. การอนุญาตให้กลุ่มธุรกิจธนาคารและประกันภัยสามารถถือครองหุ้นของบริษัทอื่นเพื่อการลงทุนได้
3. การอนุญาตให้บริษัทที่ประกอบกิจการจำพวก gaslight สามารถขายหุ้นของบริษัทตัวเองให้แก่บริษัทที่ประกอบกิจการประเภทเดียวกันหรือใกล้เคียงได้ แต่มักจะจำกัดไว้มิให้เกินร้อยละ 10 ของหุ้นทั้งหมด
4. การอนุญาตให้บริษัทที่ประกอบกิจการด้านการรถไฟ (Railroad) สามารถถือครองหุ้นของบริษัทอื่นที่ประกอบกิจการเดียวกันได้ ทั้งนี้ เนื่องจากลักษณะสภาพและความจำเป็นของธุรกิจประเภทนี้ที่ควรจะครอบคลุมพื้นที่ให้มากที่สุดเพื่อให้สามารถให้บริการประชาชนได้ทั่วถึง มลรัฐต่างๆ จึงเห็นพ้องกันในการอนุญาตดังกล่าวให้แก่ธุรกิจกลุ่มนี้ทั้งในรูปแบบของการกำหนดไว้ในกฎหมายบัญญัติและการอนุญาตในตราสารจัดตั้งกรณีของธุรกิจดังกล่าวนี้เป็นกลุ่มที่ค่อนข้างจะมีความสำคัญและมีจำนวนมากกว่ากรณีอื่นจนนับได้ว่าเป็นกลุ่มบริษัทแรกที่เกิดกำเนิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา\* และมีส่วนร่วมอย่างสำคัญต่อพัฒนาการของกฎหมายด้านต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มบริษัท

<sup>22</sup> Central R.R. v. Collins, 40 Ga. 582 (1869)

\* ผู้สนใจโปรดดู William R. Compton, "Early history of stock ownership by corporations." George Washington Law Review 9 (1940): 125.

อนึ่ง ในกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติหรือเอกสารเกี่ยวกับการอนุญาตจัดตั้งมิได้กำหนดหรืออนุญาตให้บริษัทถือครองหุ้นบริษัทอื่น แม้ว่ากรณีจะเป็นบริษัทที่ประกอบกิจการใน 4 ประเภทข้างต้นนี้ก็ตามบริษัทนั้นก็ไม้อาจจะถือครองหุ้นบริษัทอื่นได้

อย่างไรก็ตาม ธุรกิจต่างๆ ที่มีได้รับอนุญาตให้ถือครองหุ้นดังกล่าวก็ยังคงมีความจำเป็นและความต้องการที่จะได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทอื่นเพื่อวัตถุประสงค์ต่างๆ แต่เมื่อกฎหมายไม่เปิดช่องอย่างตรงไปตรงมา จึงเกิดความพยายามที่จะนำหลักกฎหมายอื่นๆ เข้ามาปรับใช้เพื่อให้สามารถบรรลุซึ่งผลที่ต้องการดังกล่าว และหลักกฎหมายที่ได้รับความสนใจในการนำเข้ามาปรับใช้กันอย่างแพร่หลายในช่วงเวลาหนึ่งก็คือ หลักกฎหมายทรัสต์ แต่กรณีก็นำมาซึ่งข้อถกเถียงอย่างกว้างขวางและต่อต้านเกรงว่าจะเป็น การนำไปสู่ภาวะการผูกขาด จนถูกตัดสินว่าเป็นการผิดกฎหมาย เช่น Sugar trust ที่ถูกตัดสินโดยศาลของมลรัฐนิวยอร์ก และ Oil trust ที่ถูกตัดสินโดยศาลของมลรัฐโอไฮโอ เป็นต้น และนำไปสู่การตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือ Sherman antitrust act ในที่สุด

ครั้งต่อมา เมื่อหลักกฎหมายทรัสต์ไม้อาจจะนำมาใช้ได้ จึงมีการมองหาช่องทางของกฎหมายรูปแบบใหม่เพื่อให้บรรลุผลดังกล่าว ประกอบกับในช่วงเวลาเดียวกันที่มลรัฐนิวยอร์กซึ่งกำลังต้องการแก้ไขปัญหาด้านงบประมาณให้กับมลรัฐตนเองได้เล็งเห็นช่องทางในการเพิ่มรายได้จากการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียนจากการจัดตั้งบริษัท จึงได้ตรากฎหมายออกมาในปีค.ศ. 1888, 1889 และ 1893 ตามลำดับ ที่อนุญาตให้บริษัทต่างๆ สามารถถือครองหุ้นของบริษัทอื่นได้เป็นการทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายในฉบับหลังสุดนี้ถือได้ว่าเปลี่ยนแปลงหลักการพื้นฐานทางกฎหมายในประเด็นนี้อย่างสิ้นเชิง โดยได้ยกเลิกข้อจำกัดดังกล่าวและอนุญาตอย่างชัดเจนให้บริษัทต่างๆ ที่จดทะเบียนจัดตั้งในมลรัฐนิวยอร์กซึ่งสามารถได้มาซึ่งและถือครองหุ้นของบริษัทอื่นได้อย่างอิสระตามแต่ที่บริษัทหรือกรรมการจะเห็นสมควร<sup>\*</sup> ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นส่วนสำคัญอย่างยิ่งของการ

<sup>\*</sup> Act of Apr. 4, 1888, ch. 269 §1 (1888 N.J. Laws 385-386), Act of Apr. 17, 1888, ch. 295 §1 (1888 N.J. Laws 445-446), Act of May 9, 1889, ch. 265 §4 (1889 N.J. Laws 412,414), Act of Mar. 14, 1893, ch. 1719 §2 (1893 N.J. Laws 301)

<sup>\*\*</sup> “Any corporation may purchase, hold, sell, assign, transfer, mortgage, pledge, or otherwise dispose of the shares of the stock capital of, or and bonds, securities, of evidence of indebtedness created by any other

ปูทางไปสู่การจัดตั้งบริษัทและกลุ่มบริษัทในเวลาต่อมา<sup>23</sup> ผลตอบรับกฎหมายดังกล่าวนี้ก็เป็นที่ไปตามคาด กล่าวคือ บริษัทจำนวนมากที่พากัน ไปจดทะเบียนจัดตั้งภายใต้กฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์นี้ ซึ่งในจำนวนนี้รวมถึงบริษัทยักษ์ใหญ่หลายบริษัทในช่วงเวลานั้นด้วย เป็นต้นว่าบริษัท Standard oil และบริษัท United States steel มีการประมาณการในเชิงตัวเลขกันว่า ในช่วงปีค.ศ. 1900 กว่าร้อยละ 95 ของบริษัทขนาดใหญ่ของประเทศสหรัฐอเมริกาทำการจดทะเบียนจัดตั้งในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ และเป็นผลให้มลรัฐนิวเจอร์ซีย์สามารถล้างหนี้สาธารณะได้ทั้งหมดอีกด้วย

การตรากฎหมายดังกล่าวของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์นั้น แม้ว่าจะนำมาซึ่งความสำเร็จในการแก้ไขปัญหาทางด้านงบประมาณ แต่ก็ทำให้เกิดข้อโต้เถียงถึงแนวคิดดังกล่าวอย่างกว้างขวางว่าได้ทำลายมาตรการสำคัญที่จะป้องกันการรวมตัวของอำนาจทุนที่มากเกินไป จน Lincoln Steffens ออกมาเขียนบทความเพื่อโจมตีความคิดดังกล่าวในชื่อ “New Jersey: A traitor state. How she sold out the United states” นอกจากนี้ ในช่วงแรกๆ หลังจากกฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับ ศาลเองก็ยังคงยืนยันที่จะต่อต้านแนวคิดและผลของกฎหมายดังกล่าวต่อไป ดังจะเห็นได้จากกรณีที่ศาลในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์เองก็พยายามปรับใช้และตีความกฎหมายนี้อย่างจำกัด ยิ่งไปกว่านั้นศาลอื่นๆ ก็ยังคงไม่ยอมรับผลของกฎหมายดังกล่าวด้วยเกรงว่าจะนำไปสู่การผูกขาดของธุรกิจ จึงตัดสินใจให้รูปแบบการปรับโครงสร้างการในลักษณะซึ่งมีบริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ทำการถือครองหุ้นของบริษัทอื่นที่จดทะเบียนจัดตั้งในมลรัฐอื่นเป็นการกระทำอันต้องห้ามตามกฎหมาย เพราะเป็นการขัดต่อนโยบายสาธารณะ (Public policy) เช่น คดี E.g., *McCutcheon v. Merz Capsule Co.*, หรือขัดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาด (Sherman act) เช่น คดี *Northern Sec. Co. v. United States*

กระนั้นก็ตาม ในเวลาไม่นานนักแนวคิดและหลักกฎหมายก็เริ่มได้รับการยอมรับจากมลรัฐอื่นๆ มากขึ้นเรื่อยๆ เช่น New York ในปีค.ศ. 1890 Connecticut และ Pennsylvania ในปีค.ศ. 1895 และ Delaware ในปีค.ศ. 1889 ทั้งนี้ เนื่องมาจากมลรัฐต่างๆ ไม่ต้องการให้กฎหมายของตนเป็นที่ดึงดูดน้อย

---

corporation or corporations of this of any other state, and while owner of such stock may exercise all the rights, powers and privileges of ownership, including the right to vote thereon”

<sup>23</sup> Phillip I. Blumberg, *The multinational challenge to corporation law: The search for a new corporate personality* (New York: Oxford University Press US, 1993), p. 56. ผู้สนใจโปรดดู Fred Freedland, "History of holding company legislation in New York state: Some doubts as to the new jersey first tradition," *Fordham Law Review* 24 (1955): 369.

ไปกว่ามลรัฐอื่นและต้องการได้ประโยชน์เกี่ยวกับค่าธรรมเนียมและภาษี แม้ว่าจะมีความพยายามในการเสนอให้รัฐสภาของเกรตแห่งสหรัฐอเมริกาออกกฎหมายต่อต้านการถือครองหุ้นระหว่างกันของบริษัทในสมัยประธานาธิบดี Taft ช่วงปีค.ศ. 1910 แต่ความพยายามดังกล่าวก็ไม่ประสบความสำเร็จแต่อย่างใด จนในท้ายที่สุดในช่วงปีค.ศ. 1910 ทุกมลรัฐก็ยอมรับหลักการดังกล่าวไว้ในกฎหมายว่าด้วยองค์กรธุรกิจของตน อันทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในโครงสร้างขององค์กรธุรกิจหรือบริษัทต่างๆ อย่างกว้างขวางและนำไปสู่การเกิดขึ้นของกลุ่มบริษัทในที่สุด<sup>24</sup>

### 2.2.2.2 กลุ่มประเทศ Civil law<sup>25</sup>

ในระบบกฎหมายของกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปซึ่งส่วนใหญ่จะใช้ระบบกฎหมาย Civil law นั้น ส่วนที่เกี่ยวข้องกับการถือครองหุ้นระหว่างกันของบริษัทแต่เดิมก็มีลักษณะไม่แตกต่างไปจากกลุ่มประเทศ Common law กล่าวคือ ถือว่าเป็นการต้องห้ามโดยกฎหมาย ด้วยมองว่าเป็นการขัดแย้งกับหลักความเป็นเอกเทศและความมีอิสระของบริษัทอันเป็นหลักการพื้นฐานทางกฎหมายว่าด้วยองค์กรธุรกิจ (Basic foundation) ประกอบในช่วงแรกนั้นระบบการจัดตั้งบริษัทยังคงเป็นระบบการขออนุญาตตามกฎหมาย (Grant system) บริษัทต่างๆ จึงมักจะมี ความเกี่ยวข้องกับด้านการเมืองและนโยบายสาธารณะ ด้านเศรษฐกิจและการเงิน ทำให้ถูกมองว่าเป็นสถาบันที่มีความเกี่ยวข้องกับสาธารณชนอยู่ด้วย (Quasi-public institution) และการถือครองหุ้นของบริษัทอื่นถูกมองว่าเป็นเรื่องนอกขอบเขตและลักษณะของการดำเนินงานของสถาบันดังกล่าว แม้มีการยกเลิกระบบการขออนุญาตจัดตั้งบริษัทดังกล่าวและบริษัทกลายเป็นเพียงหน่วยอิสระทางเศรษฐกิจแล้วก็ตาม การถือครองหุ้นของบริษัทอื่นก็ยังคงถูกมองว่าเป็นการส่งเสริมให้มีการรวมตัวเพื่อสร้างความเข้มแข็งทางเศรษฐกิจที่มากขึ้นไปจนอาจนำไปสู่ภาวะที่เรียกว่า การสถาปนารัฐขึ้นภายในรัฐ (The formation of states within the state)

---

<sup>24</sup> เป็นที่น่าสังเกตว่า กว่าประเด็นดังกล่าวนี้จะเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางก็เป็นเวลาภายหลังจากการยอมรับอย่างแพร่หลายซึ่งหลักการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้น (Limited liability) และการยอมให้จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทได้โดยไม่ต้องขออนุญาตในเชิงกฎหมาย ถึง 50 ปี และ 70 ปี ตามลำดับ หรือใช้เวลากว่าครึ่งศตวรรษ

<sup>24</sup> Phillip I. Blumberg, *The multinational challenge to corporation law: The search for a new corporate personality* (New York: Oxford University Press US, 1993), pp. 57-58.

<sup>25</sup> José Engrácia Antunes, *Liability of corporate groups: Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German, and EEC law: An international and comparative perspective* (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), pp. 34-37.

อย่างไรก็ตาม สถานการณ์ดังกล่าวเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากอิทธิพลของแนวคิดที่ยอมรับนิติบุคคลหรือบุคคลตามกฎหมาย (Legal person) ว่ามีฐานะเทียบเท่า (Equal standing) กับบุคคลธรรมดา (Natural person) ซึ่งแตกต่างจากแนวคิดที่มีอิทธิพลอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วงเวลาเดียวที่ถือว่านิติบุคคลเป็นบุคคลสมมติขึ้นตามกฎหมายเท่านั้น (An artificial being created by the law) และเชื่อในความแตกต่างกันโดยสภาพของบุคคลทั้งประเภท กรณีจึงทำให้ทั้งนักกฎหมายและศาลในกลุ่มประเทศยุโรปเริ่มยอมรับการถือครองหุ้นระหว่างบริษัทโดยอาศัยหลักการและเหตุผลว่า เมื่อบุคคลธรรมดาในฐานะบุคคลตามกฎหมายสามารถถือครองหุ้นของบริษัทได้ บริษัทในฐานะบุคคลตามกฎหมายก็ย่อมสามารถถือครองหุ้นของบริษัทอื่นได้เช่นกัน ทำให้การยอมรับการถือครองหุ้นระหว่างบริษัทเป็นไปอย่างไม่ยากเย็นและใช้เวลาไม่นานเท่าใดนัก

### 2.2.3 รูปแบบของอำนาจควบคุม<sup>26</sup>

นอกเหนือจากการยอมรับการถือครองหุ้นระหว่างบริษัทดังกล่าวข้างต้นแล้ว ในระยะเวลาต่อมาภายหลังกฎหมายก็ได้ยอมรับเอาวิธีการทางกฎหมาย (Legal mechanism) ประการต่างๆ อันจะทำให้ได้มาซึ่งอำนาจการควบคุมระหว่างบริษัท (Intercorporate control) เพิ่มเติมจากหลักการเป็นเจ้าของ (Ownership) จากการถือครองหุ้นระหว่างบริษัทที่ทำให้ได้มาซึ่งอำนาจควบคุมเช่นกัน ทำให้วิธีการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมดังกล่าว (Mechanism of Intercorporate control) สามารถแบ่งแยกได้เป็น 4 รูปแบบ กล่าวคือ

\* เป็นที่น่าสังเกตว่าเหตุผลที่ใช้แตกต่างจากเหตุผลที่ใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นเหตุผลและความจำเป็นทางด้านเศรษฐกิจ

<sup>26</sup> José Engracia Antunes, *Liability of corporate groups: Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German, and EEC law: An international and comparative perspective* (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), pp. 116-122, 144-152.

\*\* ทำให้นักกฎหมายหลายท่านนิยามแบ่งการควบคุมหรือมีอิทธิพลต่อบริษัทอื่นเป็น 2 รูปแบบ คือ การเป็นเจ้าของ (Ownership) ที่จะเน้นถึงการถือครองหุ้นในจำนวนที่พอเพียงที่จะสามารถควบคุมบริษัทได้ และการมีอำนาจควบคุม (Control) ที่พิจารณาถึงการมีอิทธิพลหรืออำนาจควบคุมตามความเป็นจริงไม่ว่าจะได้มาโดยวิธีการใดก็ตาม ทั้งนี้ ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นในหัวข้อ 2.1

1. วิธีการด้านการเงิน (Mechanism of financial nature) วิธีการดังกล่าวนี้ก็ได้แก่ การเข้าไปถือครองหุ้นของบริษัทอื่นดังที่กล่าวข้างต้นนั่นเอง โดยทำให้ได้มาซึ่งสิทธิของผู้ถือหุ้น และใช้สิทธิดังกล่าวในการควบคุม เช่น การควบคุมการตัดสินใจของผู้ถือหุ้น หรือการแต่งตั้งคณะกรรมการ เป็นต้น
2. วิธีการด้านสัญญา (Mechanism of contractual nature) วิธีการนี้เป็นกรณีการทำสัญญาที่ก่อให้เกิดอำนาจควบคุมโดยตรงหรือการมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของอีกบริษัทหนึ่ง โดยทางอ้อม แม้ว่าจะไม่เป็นที่ยอมรับกันในบางประเทศในช่วงแรก เช่น ประเทศเยอรมัน เป็นต้น แต่ต่อมาก็มีการยอมรับและใช้กันอย่างแพร่หลาย ทั้งการทำสัญญายอมรับในการควบคุมของบริษัทอื่นโดยตรง และการทำสัญญาอื่นที่มีส่วนให้บริษัทมีอิทธิพลในการตัดสินใจในบริษัทอื่น เช่น สัญญาการจัดหาวัตถุดิบ (Supply agreement) สัญญากู้ยืมเงิน สัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยี (Technology transfer agreement) และสัญญาแฟรนไชส์ (Franchising agreement) เป็นต้น
3. วิธีการด้านบุคลากร (Mechanism of personal nature) วิธีการดังกล่าวนี้เป็นการใช้บุคลากรคนเดียวในหลายบริษัทอันนำมาซึ่งอำนาจควบคุมระหว่างกันได้หรือคือ การใช้กรรมการร่วมกัน (Interlocking directorates)
4. วิธีการด้านโครงสร้างองค์กร (Mechanism of organizational nature) กล่าวคือ วิธีการใช้กฎหรือข้อบังคับขององค์กรให้เกิดประโยชน์ในการกำหนดอำนาจควบคุม เช่น การกำหนดในหนังสือบริคณห์สนธิ หรือข้อบังคับของบริษัท เป็นต้น โดยมักเป็นการกำหนดถึงสิทธิการออกเสียงของผู้ถือหุ้น เป็นต้นว่า การกำหนดสิทธิการออกเสียงของหุ้นบางกลุ่มเป็นพิเศษ การกำหนดเกี่ยวกับการมอบฉันทะ (Proxy) การกำหนดหุ้นทองคำ (Golden share)

วิธีการดังกล่าวเหล่านี้ทำให้เกิดการศึกษาและยอมรับในแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมบริษัท (Concept of corporate control) รวมทั้งยังมีส่วนสำคัญในกระแสการเข้าซื้อกิจการ (Take over) ที่เกิดขึ้นไปทั่วโลกและการเติบโตอย่างรวดเร็วของบรรษัทข้ามชาติ (Multinational enterprises: MNEs หรือ Multinational corporations: MNCs) กระนั้นก็ดี เราก็ยังไม่อาจจะกำหนดคำจำกัดความที่ชัดเจนของคำว่าอำนาจควบคุมได้ ทั้งนี้ เนื่องจากความหลากหลาย (Diversity) ของการควบคุม ทั้งในแง่ของวิธีการทางกฎหมายในฐานะที่เป็นที่มาของอำนาจควบคุมดังที่กล่าวข้างต้น รูปแบบของการใช้การควบคุมระดับของการใช้อำนาจควบคุม และผลของการควบคุม ผลที่ตามมาก็คือ แนวคิดดังกล่าวมีความ

หลากหลายและเปลี่ยนแปลงไปตามประเภท หรือลักษณะของประเด็นที่กำลังพิจารณาอันรวมไปถึงกฎหมายแต่ละลักษณะด้วย

## 2.3 เหตุผลหรือข้อดี และข้อเสียของการประกอบกิจการโดยใช้กลุ่มบริษัท

เหตุผลของการประกอบกิจการโดยใช้กลุ่มบริษัทนั้นมีมากมายหลายประการ ทั้งนี้ ขึ้นกับลักษณะของธุรกิจและกลุ่มธุรกิจ สภาพตลาด คู่ค้า สภาพสังคม ปัจจัยเกี่ยวกับข้อกฎหมาย และบรรยากาศหรือปัจจัยต่างๆ ในการประกอบกิจการ แต่โดยทั่วไปเราอาจพิจารณาแบ่งประเภทเหตุผลของการประกอบกิจการโดยใช้กลุ่มบริษัทหรือประโยชน์ที่มักได้รับจากการใช้กลุ่มบริษัทได้ดังนี้

### 2.3.1 เหตุผลด้านการจัดการความเสี่ยง

1. การลดความเสี่ยงและเพิ่มผลกำไรในการประกอบกิจการ โดยให้บริษัทในกลุ่มบริษัทของตนกระจายกันไปประกอบกิจการในธุรกิจต่างๆ ทั้งกลุ่มธุรกิจเดียวกันหรือเกี่ยวข้องกัน และกลุ่มธุรกิจที่แตกต่างกัน ตามหลักการกระจายความเสี่ยง<sup>27</sup>
2. การลดความเสี่ยงจากความรับผิดทางกฎหมาย (Legal Liability Risk) ของกลุ่มบริษัทโดยให้บริษัทใดบริษัทหนึ่งเป็นผู้ดำเนินกิจการที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดทางกฎหมายที่รุนแรงแทนหรือเป็นการล้อมรั้วธุรกิจที่มีความเสี่ยงนั่นเอง<sup>28</sup> เช่น กรณีเกี่ยวกับกฎหมายสิ่งแวดล้อม (Environmental Law) กฎหมายว่าด้วยความรับผิดในผลิตภัณฑ์ (Product Liability Law) หรือกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (Consumer Protection Law) เป็นต้น รวมไปถึงความเสี่ยงจากการล้มละลายตามกฎหมาย (Bankruptcy risk)

---

<sup>27</sup> Companies & Securities Advisory Committee, "Corporate groups final report," Australia, 2000. (Online), p. 3.

<sup>28</sup> Stephen J. Taylor, "Practical difficulties in handling group insolvencies," in The challenges of insolvency law reform in the 21st century: Facilitating investment and recovery to enhance economic growth. eds. Henry Peter, Nicolas Jeandin, and Jason J. Kilborn (Zurich: Schulthess, 2006), p. 248.



### 2.3.2 เหตุผลด้านการประกอบธุรกิจและการจัดการ

1. การให้บริษัทต่างๆ ในกลุ่มบริษัทดำเนินกิจการ โดยส่งเสริมซึ่งกันและกัน ด้วยอาศัยวัตถุดิบ เทคโนโลยี ชื่อเสียงทางการค้า เครื่องหมายการค้า ภาพลักษณ์ของกลุ่มบริษัท เพื่อสร้างความแข็งแกร่งและโอกาสทางการค้าให้แก่กัน
2. บางกรณีอาจเป็นการประกอบกิจการผ่านกลุ่มบริษัทด้วยเหตุบังเอิญ เช่น การเข้าซื้อหุ้นของกิจการในอัตราส่วนที่สามารถควบคุมบริษัทได้ ทำให้บริษัทที่ได้มามีสถานะเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มบริษัท
3. หากประสงค์จะโอนขายกิจการบางส่วนที่ดำเนินกิจการโดยบริษัทใดบริษัทหนึ่งก็สามารถทำได้ง่ายโดยการขายหุ้นในบริษัทดังกล่าวให้แก่บุคคลภายนอกแทนการขายทรัพย์สินหรือตัวกิจการ และอาจได้ประโยชน์ในด้านภาษีมากกว่า เพียงแต่ฝ่ายผู้ซื้ออาจมีภาระหน้าที่ในการตรวจสอบกิจการ (Due diligence) เพื่อป้องกันความรับผิดที่อาจแฝงอยู่ในบริษัทดังกล่าว
4. การประกอบกิจการข้ามชาติผ่านกลุ่มบริษัทเพื่อการเข้าถึงวัตถุดิบและปัจจัยการผลิตต่างๆ รวมถึงตลาดในต่างประเทศ
5. การให้หลักประกันที่ดีแก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการประกอบธุรกิจที่เป็นโครงการใหม่ ต้องอาศัยเม็ดเงินจากเจ้าหนี้ และเจ้าหนี้ก็ประสงค์ให้นำทรัพย์สินในโครงการนี้มาเป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ (Project finance) โดยดำเนินการจัดตั้งบริษัทในกลุ่มบริษัทขึ้นใหม่ เพื่อเป็นประกันว่าบริษัทใหม่นี้จะปลอดจากภาระหนี้สินและความรับผิดใดๆ และเจ้าหนี้อยู่ในสถานะที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของบริษัทดังกล่าวนี้เป็นรายแรก

### 2.3.3 เหตุผลด้านการเงินและภาษีอากร

1. การดึงคู่มือเงินลงทุนไปยังบางสายธุรกิจ โดยไม่กระทบต่ออำนาจการควบคุมหรือบริหารกลุ่มบริษัท ด้วยการจัดตั้งบริษัทลูกขึ้นและอนุญาตให้นักลงทุนภายนอกกลุ่มบริษัทเข้ามาลงทุนในกิจการนี้ได้โดยให้เข้ามาถือหุ้นในสัดส่วนที่กลุ่มบริษัทยังคงมีอำนาจควบคุมอยู่<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Companies & Securities Advisory Committee, "Corporate groups final report," Australia, 2000. (Online), p. 3.

2. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ด้านภาษีอากรที่อาจทำให้ผลประกอบการของบริษัทและกลุ่มบริษัทยิ่งขึ้น<sup>30</sup> เช่น การยกเว้นให้กับเงินปันผลที่จ่ายให้แก่บริษัทในเครือ การเฉลี่ยค่าใช้จ่ายระหว่างบริษัทในกลุ่ม การตั้งราคาโอนในส่วนของกฎหมายยังคงมีช่องโหว่อยู่<sup>31</sup> รวมถึงการวางแผนภาษี (Tax Planning) ประการต่างๆ โดยอาศัยความเป็นกลุ่มบริษัท

#### 2.3.4 เหตุผลด้านกฎหมาย

ข้อกำหนดตามกฎหมายบางประการที่กำหนดให้ผู้ประสงค์ที่จะรับใบอนุญาตหรือสัมปทานเพื่อประกอบกิจการบางประเภท (Regulatory requirements) จะต้องดำเนินการจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่เพื่อใช้ในการประกอบกิจการดังกล่าวโดยเฉพาะ หรือเพื่อประโยชน์ด้านอื่นอันเกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการ เช่น การถือครองอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น นอกจากนี้ ในกรณีของกลุ่มบริษัทที่ประกอบกิจการข้ามประเทศนั้น กฎหมายของประเทศที่กลุ่มบริษัทเข้าไปลงทุนหรือประกอบกิจการ (Host country) อาจบังคับให้จัดตั้งบริษัทในประเทศดังกล่าวแยกจากกลุ่มบริษัท และอาจมีกำหนดอัตราส่วนในการถือครองหุ้นในบริษัทที่จัดตั้งขึ้นนี้อีกด้วย (National law requirements)<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Stephen J. Taylor, "Practical difficulties in handling group insolvencies," in *The challenges of insolvency law reform in the 21st century: Facilitating investment and recovery to enhance economic growth*. eds. Henry Peter, Nicolas Jeandin, and Jason J. Kilborn (Zurich: Schulthess, 2006), p. 248.

<sup>\*</sup> มาตรา 65 ทวิ (10) แห่งประมวลรัษฎากร และโปรดดู สมศักดิ์ อนรรฆเสลา, "ปัญหาการนำหลักการตั้งราคาโอนมาใช้กับภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามประมวลรัษฎากร," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543)

<sup>\*\*</sup> มาตรา 65 ตริ (14) แห่งประมวลรัษฎากร, คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยภาษีอากรที่ 13/2529 และคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป. 13/2529

<sup>\*\*\*</sup> มาตรา 65 ทวิ (4) แห่งประมวลรัษฎากร

<sup>31</sup> Stephen J. Taylor, "Practical difficulties in handling group insolvencies," in *The challenges of insolvency law reform in the 21st century: Facilitating investment and recovery to enhance economic growth*. eds. Henry Peter, Nicolas Jeandin, and Jason J. Kilborn (Zurich: Schulthess, 2006), p. 248.

### 2.3.5 เหตุผลด้านเศรษฐศาสตร์

มีการศึกษาพบว่า ยิ่งบริษัทมีการขยายประเภทของกิจการ (Diversification) มากเท่าใด บริษัทดังกล่าวก็ยิ่งมีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยองค์กรธุรกิจในรูปแบบกลุ่มบริษัทในการดำเนินกิจการมากขึ้นเท่านั้น ด้วยเหตุผลว่าการขยายกิจการนั้นเป็นผลให้เกิดการขัดแย้งทางผลประโยชน์ (Conflict of Interest) ระหว่างกลุ่มผู้มีส่วนได้เสียในบริษัทกลุ่มต่างๆ หากบริษัทดำเนินกิจการในรูปแบบบริษัทเดี่ยวแล้ว กลุ่มผู้มีส่วนได้เสียของบริษัทที่เสียประโยชน์จะดำเนินการเรียกร้องและปกป้องผลประโยชน์ของตนในรูปแบบต่างๆ เช่น การฟ้องคดี การต่อสู้ในการมอบฉันทะ การไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงหรือข้อผูกพันต่างๆ ไปจนกระทั่งถึงการหยุดงานประท้วง เป็นต้น และไม่ว่าจะมีการดำเนินการเรียกร้องและปกป้องผลประโยชน์ในรูปแบบใดก็ตามย่อมก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายหรือภาระ (Costs) ขึ้นแก่องค์กร ซึ่งเรียกว่า ค่าใช้จ่ายในการปกป้องผลประโยชน์ (Protection Costs) ในกรณีดังกล่าวนี้ การใช้กลุ่มบริษัทในการดำเนินกิจการนั้นสามารถลดค่าใช้จ่ายหรือภาระดังกล่าวนี้ได้โดยการลดหรือขจัดสถานะที่กลุ่มผู้มีส่วนได้เสียกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งจะต้องเสียประโยชน์จากการขยายประเภทกิจการได้<sup>32</sup> นอกจากนี้ การดำเนินกิจการในรูปแบบกลุ่มบริษัทจะช่วยให้ประหยัดต้นทุนและเพิ่มประสิทธิภาพจากการสร้างตลาดภายในองค์กร (Internal factor markets) ขึ้นมาเพื่อการจัดสรรทรัพยากรและการลงทุนแทนที่ตลาดภายนอกองค์กร (External markets) รวมทั้งเพื่อลดต้นทุนในอันที่จะทำธุรกรรม (Transaction costs)

### 2.3.6 ข้อเสียของการประกอบกิจการโดยใช้กลุ่มบริษัท

การประกอบธุรกิจโดยกลุ่มบริษัทนั้นมิใช่ว่าจะมีแต่ข้อดีหรือข้อได้เปรียบเท่านั้นเมื่อเทียบกับการใช้บริษัทเดี่ยว (Single Corporation) กล่าวคือ การใช้กลุ่มบริษัทในการประกอบกิจการนั้นอาจทำให้มีการสูญเสียประสิทธิภาพในการทำงานร่วมกันและส่งเสริมกัน (Economies of Scope หรือ Synergy) ของทรัพยากรต่างๆ ที่ได้จากประเภทกิจการต่างๆ

<sup>32</sup> Jennifer E. Bethel and Julia Porter Liebeskind, "Diversification and the legal organization of the firm," *Organization Science* 9, 1 (1998): 50-51.

หมายเหตุถึง ต้นทุนใดๆ ทั้งเวลา การกระทำใด เงินทุน หรือสิ่งใดๆ เช่น ค่าขนานหน้า ค่าธรรมเนียม อันจำเป็นต่อการก่อให้เกิดธุรกรรมใดขึ้น หรือการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ หรือการแลกเปลี่ยนกันทางเศรษฐกิจ  
โปรดดู Campbell R. Harvey's Hypertextual Finance Glossary

แม้ว่าการดำเนินกิจการในรูปแบบกลุ่มบริษัทจะช่วยให้ประหยัดต้นทุนและเพิ่มประสิทธิภาพจากการสร้างตลาดภายในองค์กร (Internal factor markets) ขึ้นมาเพื่อการจัดสรรทรัพยากรและการลงทุนแทนที่ตลาดภายนอกองค์กร (External markets) รวมทั้งเพื่อลดต้นทุนในอันที่จะทำธุรกรรม (Transaction costs) แต่การใช้กลุ่มบริษัทนั้นก็ยังคงมีต้นทุนด้านตัวแทนในการตรวจสอบการดำเนินกิจการที่สูง (High agency costs)<sup>\*\*</sup> ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากรได้ทางหนึ่ง และการใช้กลุ่มบริษัทอาจทำให้ผู้ถือหุ้นข้างมากมีเหตุจูงใจที่จะเอาเปรียบผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้มากขึ้น<sup>33</sup> อีกทั้งในการกู้ยืมเงินจากเจ้าหนี้หรือสถาบันการเงินภายนอก กลุ่มบริษัทมักจะมีการใช้การค้ำประกันในระหว่างกลุ่มบริษัท (Intragroup guarantee) ซึ่งแม้ว่าจะจะเป็นวิธีที่ใช้ลักษณะของกลุ่มบริษัทให้เกิดประโยชน์ แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าสามารถก่อให้เกิดผลกระทบร้ายแรงต่อสถานะทางการเงินของกลุ่มบริษัท หรือกระทั่งอาจทำให้กลุ่มบริษัททั้งหมดประสบกับภาวะล้มละลายได้ (หรือที่เรียกกันว่า House of deceased operation)

นอกจากนี้แล้ว แม้การจัดตั้งกลุ่มบริษัทโดยใช้โครงสร้างกลุ่มบริษัทหรือสภาพนิติบุคคลในทางกฎหมายของบริษัทย่อยอันจะก่อให้เกิดการแบ่งแยกส่วนทรัพย์สินทั้งในทางรุกและทางรับ (Affirmative and defensive asset partitioning) นั้นจะเป็นประโยชน์ทั้งต่อกลุ่มบริษัทเอง (Intrafirm benefits) ในอันที่อาจช่วยลดภาระต้นทุนของเจ้าหนี้ในการประเมินความเสี่ยง (Valuation cost) และต้นทุนเกี่ยวกับการติดตามตรวจสอบ (Monitoring cost) ลงได้หากมีการประกอบกิจการหลายประเภท และยังเป็นประโยชน์ต่อสังคมภายนอก (Social benefits) ในลักษณะที่จะช่วยเพิ่มและสนับสนุนการลงทุนและกิจกรรมทางเศรษฐกิจประการต่างๆ และช่วยกระจายความเสี่ยง แต่ในขณะเดียวกัน ประโยชน์ดังกล่าวย่อมจะเกิดพร้อมกับต้นทุนด้วย (Social and intrafirm costs) กล่าวคือ ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมภายนอกจากการลงทุนหรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ไม่เหมาะสม (Externalities) และการใช้โครงสร้างดังกล่าวย่อมจะนำมาซึ่งต้นทุนการดำเนินการต่างๆ ทางด้านรูปแบบทางกฎหมาย และพิธีการทางเอกสาร (Formality cost) นอกจากนี้หากมีการดำเนินกิจการหรือโอนถ่ายทรัพย์สินระหว่างกันอย่างไม่คำนึงถึงข้อปฏิบัติด้านเอกสารหรือรูปแบบทางกฎหมาย หรือมีการปะปนซึ่งทรัพย์สินและบัญชีต่างๆ ระหว่างกันแล้ว ย่อมจะทำให้ต้นทุนเกี่ยวกับการติดตามตรวจสอบ

<sup>\*\*</sup> หมายถึง ต้นทุนส่วนเพิ่มในการทำให้ตัวแทนกระทำการหรือตัดสินใจตามความต้องการและเพื่อตัวการ  
โปรดดู Campbell R. Harvey's Hypertextual Finance Glossary

<sup>33</sup> Stijn Claessens, Simeon Djankov, and Larry H. P. Lang, *East asian corporations: Heroes or villains* (World Bank Publications, 2000), p. 21.

(Monitoring cost) ของเจ้าหนี้สูงขึ้นแทน และอาจจะนำไปสู่ความเข้าใจผิดหรือความสำคัญผิดของเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นจากการแสดงตัวที่คลุมเครือ (Misrepresentation) หรือการฉ้อฉลในที่สุดโดยเฉพาะอย่างยิ่งหากพิจารณาในเชิงผลที่จะมีต่อเจ้าหนี้ประเภทต่างๆ ทั้งเจ้าหนี้โดยสมัครใจผู้มีความเชี่ยวชาญ (Sophisticated voluntary creditor) เจ้าหนี้โดยสมัครใจทั่วไป (Unsophisticated voluntary creditor) และเจ้าหนี้โดยไม่สมัครใจ (Involuntary creditor) ซึ่งเจ้าหนี้แต่ละประเภทย่อมจะมีความสามารถในการต่อรองและการพิจารณาถึงสถานะทางเศรษฐกิจและทางกฎหมายของลูกหนี้ที่แตกต่างกันออกไป ยิ่งไปกว่านั้น ความสลับซับซ้อนของโครงสร้างกลุ่มบริษัทยังจะนำมาซึ่งต้นทุนหรือค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการกับโครงสร้างกลุ่มบริษัทในกรณีที่กลุ่มบริษัทล้มละลายอันมักจะเป็นภาระค่าใช้จ่ายของเจ้าหนี้ในคดีล้มละลายอีกด้วย<sup>34</sup>

นอกจากนี้แล้ว มีการศึกษาประสิทธิภาพขององค์กรธุรกิจเปรียบเทียบระหว่างกลุ่มบริษัทและบริษัทเดี่ยวโดยพิจารณาในเชิงของมูลค่าส่วนเพิ่ม (Excess value) จากการวิเคราะห์บริษัทจำนวนกว่า 1,200 แห่งในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ในช่วงปีค.ศ. 1991 ถึง 1996 พบว่าประสิทธิภาพในการดำเนินกิจการโดยเฉลี่ยของกลุ่มบริษัทดีต่อกว่าบริษัทเดี่ยวทั่วไปถึง 5 เปอร์เซ็นต์ และโดยส่วนใหญ่แล้วมีแนวโน้มที่จะผลเสียต่อการดำเนินกิจการมากกว่า<sup>35</sup>

## 2.4 รูปแบบ ลักษณะ หรือระดับความสัมพันธ์ของกลุ่มบริษัท

### 2.4.1 แบ่งตามลักษณะความสัมพันธ์

ในประเด็นเกี่ยวกับการจำแนกรูปแบบหรือลักษณะของกลุ่มบริษัทโดยอาศัยลักษณะความสัมพันธ์นั้นมีความพยายามที่จะทำการจำแนกดังกล่าวอยู่ไม่น้อย ทั้งเพื่อประโยชน์ในเชิงกฎหมาย

<sup>34</sup> Andrew Brasher, "Substantive consolidation: A critical examination," Program on Corporate Governance, Harvard Law School's research programs and centers, 2006. (Online), pp. 14-20.

<sup>35</sup> Stijn Claessens, Simeon Djankov, and Larry H. P. Lang, East asian corporations: Heroes or villains (World Bank Publications, 2000), pp.22-23.

และเชิงศาสตร์อื่น สำหรับในเชิงกฎหมายนั้น นักกฎหมายท่านหนึ่งจากฝั่งยุโรป<sup>36</sup> ได้ทำการรวบรวมการจำแนกในเชิงกฎหมายไว้ โดยเห็นว่ารูปแบบและลักษณะของกลุ่มบริษัทนั้นเป็นผลมาจากการผสมผสานกันระหว่างลักษณะสำคัญ 2 ประการของกลุ่มบริษัท กล่าวคือ ความหลากหลายของตัวตนทางกฎหมาย (Diversity of legal entities) และการรวมตัวกันของหน่วยธุรกิจ (Unity of economic entity) ซึ่งก็เป็นผลมาจากการยอมรับซึ่งหลักการหรือแนวคิดสำคัญสองประการที่มีความขัดแย้งกันเองของกฎหมายองค์กรธุรกิจ คือ หลักการความเป็นอิสระของบริษัท (Principle of corporate autonomy) และหลักการอำนาจการควบคุมบริษัท (Principle of corporate control) นั่นเอง<sup>37</sup> กล่าวคือ แม้ว่ากฎหมายจะยอมรับหลักการความเป็นอิสระของบริษัทอื่นทำให้บริษัทมีสถานะบุคคล สิทธิหน้าที่เป็นของตนเอง รวมทั้งมีอำนาจในการบริหารจัดการกิจการของตนได้อย่างเต็มที่ แต่ในขณะเดียวกันกฎหมายก็ยอมรับการควบคุมกันระหว่างบริษัททั้งด้วยวิธีการถือครองหุ้น สัญญา หรือ โครงสร้างองค์กร ทำให้บริษัทหนึ่งสามารถมีอำนาจควบคุมเหนืออีกบริษัทหนึ่งได้และก่อให้เกิดการรวมตัวทางเศรษฐกิจและการบริหารงานระหว่างบริษัท (Economic and functional unity) ที่ทำให้มีการบริหารจัดการร่วมกันเพื่อเป้าหมายทางเศรษฐกิจร่วมกันระหว่างบริษัทหรือของทั้งกลุ่มบริษัท ทำให้เป็นที่ยอมรับกันว่ากลุ่มบริษัทมีอาจจะจัดตั้งขึ้นได้โดยปราศจากอำนาจควบคุมระหว่างกันที่ได้รับการยอมรับโดยกฎหมาย ดังนั้นรูปแบบและลักษณะของกลุ่มบริษัทนั้นจึงแปรเปลี่ยนไปตามบทบาทและความสำคัญของหลักการทั้งสองที่มีการนำไปใช้ในแต่ละบริษัทและแต่ละกลุ่ม นอกจากนี้ หลักการดังกล่าวข้างต้นยังมีผลต่อลักษณะของโครงสร้างองค์กรและอำนาจการตัดสินใจของกลุ่มบริษัทด้วย กล่าวคือ เมื่อยึดถือหลักการความเป็นอิสระของบริษัทจะทำให้บริษัทย่อยภายในกลุ่มมีอำนาจการตัดสินใจและบริหารจัดการของตนเองอย่างอิสระ ขณะที่เมื่อยึดถือหลักการอำนาจการควบคุมบริษัทจะทำให้บริษัทย่อยถูกกลุ่มบริษัทหรือบริษัทแม่เข้าแทรกแซงในอำนาจการตัดสินใจและการบริหารกิจการอย่างมาก ดังนี้ กรณีจึงอาจกล่าวในเบื้องต้นได้ว่าผลจากหลักการดังกล่าวทำให้เกิดรูปแบบหรือลักษณะของกลุ่มบริษัทคร่าวๆ 2 ด้าน คือ กลุ่มบริษัทที่รวมศูนย์อำนาจ (Centralized group) และกลุ่มบริษัทที่กระจายศูนย์อำนาจ (Decentralized group) ซึ่งมีความพยายามในการกำหนดและจำแนกรูปแบบและลักษณะดังกล่าว ดังนี้

<sup>36</sup> José Engracia Antunes, *Liability of corporate groups: Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German, and EEC law: An international and comparative perspective* (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), pp. 159-162.

<sup>37</sup> หรือ Einheit และ Vielheit ในภาษาเยอรมัน

<sup>38</sup> กล่าวคือ ในขณะที่กฎหมายยอมรับให้บริษัทมีความเป็นอิสระ ก็ยอมรับมาตรการหรือวิธีการต่างๆ ที่ทำให้ได้มาซึ่งอำนาจควบคุมบริษัทอื่นเป็นผลให้บริษัทดังกล่าวขาดความเป็นอิสระไปด้วย

### 2.4.1.1 การแบ่งแยกกลุ่มบริษัทตามความเป็นจริงและกลุ่มบริษัทโดยสัญญา

การแบ่งแยกกลุ่มบริษัทตามความเป็นจริงและกลุ่มบริษัทโดยสัญญา เป็นการแบ่งแยกกลุ่มบริษัทโดยอาศัยหลักกฎหมาย กล่าวคือ กลุ่มบริษัทที่รวมศูนย์อำนาจนั้นเป็นรูปแบบหนึ่งของกลุ่มบริษัทที่จัดตั้งโดยอาศัยกลไกด้านสัญญา (Contractual group) ส่วนกลุ่มบริษัทที่กระจายศูนย์อำนาจนั้นเป็นกลุ่มบริษัทอื่นๆ ที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริง (Factual group) แนวคิดดังกล่าวได้รับการยอมรับจากกฎหมายเยอรมันและกฎหมายโปรตุเกสบางส่วน

อย่างไรก็ดี แนวคิดดังกล่าวมีความเข้าใจผิดอย่างชัดเจน คือ ในความเป็นจริงแล้วลักษณะการจัดตั้งกลุ่มบริษัทกับลักษณะรูปแบบหรือลักษณะของการตัดสินใจและบริหารกิจการนั้นมิได้เป็นส่วนที่เกี่ยวข้องหรือทับซ้อนกันแต่อย่างใด กรณีย่อมมีกลุ่มบริษัทที่จัดตั้งโดยอาศัยกลไกด้านสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นกลุ่มบริษัทที่กระจายศูนย์อำนาจได้ พร้อมกับมีกรณีของกลุ่มบริษัทที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริงซึ่งมีลักษณะเป็นกลุ่มบริษัทที่รวมศูนย์อำนาจเช่นกัน

### 2.4.1.2 การแบ่งแยกตามลักษณะอำนาจควบคุมของบริษัทแม่

การแบ่งแยกตามลักษณะอำนาจควบคุมของบริษัทแม่ กล่าวคือ เป็นการพิจารณาถึงลักษณะอำนาจควบคุมของบริษัทแม่ในมุมมองผลประโยชน์ของบริษัทย่อย โดยกลุ่มบริษัทที่รวมศูนย์อำนาจนั้นจะเป็นกลุ่มบริษัทที่ผลประโยชน์อันเกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการของบริษัทย่อย (Entrepreneurial self interest) ถูกลดความสำคัญหรือถูกบั่นทอนลงโดยการใช้อำนาจควบคุมของบริษัทแม่

อย่างไรก็ดี แนวคิดดังกล่าวยังคงมีข้อบกพร่องอยู่ เนื่องจากเป็นการแบ่งแยกกลุ่มบริษัทโดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่ไม่ชัดเจนคือ หลักการเกี่ยวผลประโยชน์อันเกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการ นอกจากนี้ ผลประโยชน์อันเกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการของบริษัทแต่ละบริษัทนั้นจะพึงปรากฏเฉพาะในกรณีของบริษัทเดี่ยวซึ่งมีความเป็นอิสระอยู่เท่านั้น ในขณะที่กรณีของผลประโยชน์อันเกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการของบริษัทย่อยในกลุ่มบริษัทนั้นจะผูกติดกับผลประโยชน์ของทั้งกลุ่มบริษัทอยู่แล้ว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เมื่อบริษัทมีความเชื่อมโยงกันไม่ว่าด้วยวิธีการใดย่อมนำมาซึ่ง

อำนาจควบคุมอย่างน้อยที่สุด (Minimum level of control) ที่จกต้องมีอยู่เพื่อทำให้ความเป็นกลุ่มบริษัทสามารถดำรงอยู่ได้ อันจะมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ดังกล่าวของบริษัทลูกเสมอ

### 2.4.1.3 การแบ่งแยกโดยพิจารณาสถานะของบริษัทลูก

การแบ่งแยกโดยพิจารณาสถานะของบริษัทลูก เป็นการพิจารณาถึงสถานะทางเศรษฐกิจและการประกอบกิจการของบริษัทลูกอันเกิดจากการใช้อำนาจควบคุมของบริษัทแม่ กล่าวคือ กลุ่มบริษัทที่รวมศูนย์อำนาจนั้นจะเป็นกรณีที่บริษัทแม่ใช้อำนาจควบคุมกิจการของบริษัทลูกจนบริษัทลูกมีสภาพเสมือนหนึ่งเป็นเพียงสาขาหรือหน่วยงานหนึ่งของบริษัทที่ไม่มีสภาพบุคคลทางกฎหมาย อย่างไรก็ตามก็ตีกรณียังคงมีข้อบกพร่องอยู่ที่การพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายนั้นเป็นคนละส่วนกับการพิจารณาลักษณะและรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทในกลุ่ม กรณีอาจมีทั้งหน่วยงานหนึ่งของบริษัทที่ได้รับอำนาจและความเป็นอิสระไม่แตกต่างจากการจัดตั้งเป็นบริษัทแยกก็ได้ (Group-like corporation)

### 2.4.1.4 การแบ่งแยกในเชิงเศรษฐศาสตร์และโครงสร้างองค์กร

การแบ่งแยกในเชิงเศรษฐศาสตร์และโครงสร้างองค์กร เป็นการพิจารณาจากปัจจัยต่างๆ ที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะความสัมพันธ์อันซับซ้อนระหว่างบริษัทภายในกลุ่ม โดยพิจารณาถึงปัจจัยดังนี้<sup>37</sup>

1. การมีอิทธิพลหรือควบคุมอำนาจการตัดสินใจของบริษัทย่อยของบริษัทแม่ (Type of decision making area) โดยแบ่งออกเป็นการมีอิทธิพลหรือควบคุมอำนาจการตัดสินใจในระดับยุทธศาสตร์ (Strategic decision) ซึ่งเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับนโยบายเป้าหมายของการดำเนินกิจการของบริษัทย่อย รวมถึงโครงสร้าง การจัดสรรทรัพยากร การเงิน และการตัดสินใจในเรื่องที่มีผลกระทบต่อบริษัทย่อยประการต่างๆ หรือการมีอิทธิพลหรือควบคุมอำนาจการตัดสินใจในระดับปฏิบัติการ (Operational

<sup>37</sup> José Engrácia Antunes, *Liability of corporate groups: Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German, and EEC law: An international and comparative perspective* (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), pp.191-205.



decision) ซึ่งเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการประจำวันและการตัดสินใจในเรื่องอื่น

อย่างไรก็ดี มีการให้ข้อสังเกตกันว่า การแบ่งแยกดังกล่าวไม่อาจกระทำได้อย่างชัดเจนในทุกกลุ่มบริษัท การที่บริษัทแม่เข้าไปมีอิทธิพลหรือควบคุมในประเด็นหนึ่งมิได้หมายความว่า จะเป็นการเข้าไปมีอิทธิพลหรือควบคุมประเด็นอื่นๆ ด้วยทั้งหมดในระดับนั้นๆ ไปด้วย

2. คุณลักษณะเฉพาะของแต่ละกลุ่มบริษัท (Characteristic of the group) อันได้แก่ ประการแรก คือ ประเภทของกลุ่มธุรกิจที่ดำเนินกิจการ โดยมีการศึกษาพบว่ากลุ่มธุรกิจบางประเภท เช่น ธุรกิจยานยนต์ มีแนวโน้มที่จะเป็นกลุ่มบริษัทที่รวมศูนย์อำนาจหรือบริษัทแม่ใช้อำนาจควบคุมมากกว่าธุรกิจอื่น ในทางกลับกันธุรกิจบางประเภท เช่น อาหาร ยา มีแนวโน้มที่บริษัทแม่จะให้ความเป็นอิสระแก่บริษัทลูกมากกว่า นอกจากนี้ ยังพบว่ายิ่งประเภทของธุรกิจที่ดำเนินกิจการในกลุ่มบริษัทมีความหลากหลายมากเท่าใด กลุ่มบริษัทนั้นก็ยังมีแนวโน้มที่จะมีลักษณะแบบกระจายศูนย์อำนาจมากขึ้นตามไปด้วย

ประการที่สอง คือ ขนาดของกลุ่มบริษัท แต่ในกรณีดังกล่าวนี้ผลการศึกษามีความขัดแย้งกันเอง กล่าวคือ มีการศึกษาที่แสดงถึงผลของขนาดของกลุ่มบริษัทต่อลักษณะของกลุ่มบริษัททั้งในด้านที่ยืนยันว่าขนาดของกลุ่มบริษัทที่มากขึ้นทำให้บริษัทย่อยมีความเป็นอิสระมากขึ้น และในด้านที่ยืนยันว่าขนาดของกลุ่มบริษัทที่มากขึ้นทำให้บริษัทแม่มีความต้องการที่จะเข้ามาควบคุมบริษัทย่อยมากขึ้นตามส่วนได้เสียในผลประโยชน์ของกลุ่มที่มากขึ้นตามไปด้วย

3. คุณลักษณะของการเชื่อมโยงระหว่างบริษัทแม่และบริษัทย่อย (Characteristic of the parent-subsidiary linkage) มีการศึกษาพบว่า การเชื่อมโยงอำนาจควบคุมระหว่างบริษัทแม่และบริษัทย่อยในรูปแบบหรือวิธีการทางกฎหมายที่แตกต่างกันมักจะนำไปสู่ระดับของการควบคุมโดยบริษัทแม่ที่แตกต่างกันไปด้วย เป็นต้นว่า บริษัทย่อยที่ได้มาโดยการเทคโอเวอร์นั้นมักจะถูกควบคุมโดยบริษัทแม่หรือกลุ่มน้อยกว่าบริษัท

ย่อยที่เกิดขึ้น โดยการจัดตั้งขึ้นใหม่ (Greenfield investment) นอกจากนี้ ยังพบว่ายังมีการพึ่งพากันทางธุรกิจอันเป็นจุดเชื่อมโยงทางเศรษฐกิจระหว่างบริษัทแม่และบริษัทย่อยมากเท่าใด บริษัทแม่ก็มีแนวโน้มที่จะเข้ามามีอิทธิพลหรือควบคุมอำนาจการตัดสินใจของบริษัทย่อยมากขึ้นตามไปด้วย

4. คุณลักษณะเฉพาะของบริษัทย่อย (Characteristic of the subsidiary) อันได้แก่ ประการแรก คือ ขนาดของบริษัทย่อย ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับกรณีเกี่ยวกับขนาดของกลุ่มบริษัท คือ มีการศึกษาซึ่งยืนยันข้อมูลในลักษณะที่ขัดแย้งกันเอง โดยพบว่าเมื่อบริษัทย่อยมีขนาดที่ใหญ่ขึ้นอันเป็นผลให้สามารถมีอำนาจทางการเงิน เครื่องจักร และทรัพยากรด้านต่างๆ ได้เป็นของตนเองย่อมทำให้บริษัทย่อยดังกล่าวสามารถดำเนินกิจการได้เองอย่างอิสระมากขึ้น แต่ในขณะเดียวกันก็พบว่าเมื่อบริษัทย่อยมีขนาดที่ใหญ่ขึ้น การดำเนินกิจการของบริษัทย่อยย่อมจะมีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อผลการดำเนินงานและส่วนได้เสียของทั้งกลุ่มบริษัทมากขึ้น ในอันจะนำมาซึ่งการควบคุมจากบริษัทแม่ที่มากขึ้นไปด้วย

ประการที่สอง คือ ผลการดำเนินกิจการของบริษัทย่อย กรณีนี้แม้ว่าจะพบว่าผลการดำเนินกิจการของบริษัทย่อยมีผลต่อระดับการควบคุมอำนาจการตัดสินใจโดยบริษัทแม่และความเป็นอิสระของบริษัทย่อย แต่ก็ยังไม่อาจสรุปแนวทางที่ชัดเจนได้ด้วย ตัวอย่างเช่น เมื่อบริษัทย่อยมีผลการดำเนินกิจการที่ดีที่สามารถดำเนินกิจการได้เอง บริษัทแม่อาจจะเพียงแต่ควบคุมผู้บริหารระดับสูงของบริษัทย่อยเท่านั้น กิจการต่างๆ ประจำวันคงปล่อยให้อยู่ในอำนาจของบริษัทย่อยเอง หรือบริษัทอาจจะเห็นว่าผลการดำเนินกิจการของบริษัทย่อยจะมีผลกระทบต่อผลการดำเนินงานของกลุ่มอย่างมีนัยสำคัญ จึงเข้ามาควบคุมบริษัทย่อยก็ได้ (Too great to be left alone) นอกจากนี้กรณียังอาจขึ้นกับปัจจัยด้านอื่นด้วย เช่น บริษัทย่อยที่แม้จะมีผลการดำเนินกิจการที่ไม่ดีนักแต่มีความสำคัญในแง่ที่จะเป็นตัวขับเคลื่อนให้บริษัทคู่แข่งสามารถทำตลาดได้อย่างง่ายดาย ย่อมจะมีความสำคัญและต้องการระดับการควบคุมจากบริษัทแม่ที่มากกว่าบริษัทย่อยอื่นๆ ที่มีได้มีลักษณะดังกล่าว แม้ว่าจะมีผลการดำเนินกิจการที่ดีกว่าก็ตาม เป็นต้น

ดังนี้ เมื่อพิจารณาความพยายามในการแบ่งแยกหรือการจำแนกรูปแบบหรือลักษณะของกลุ่มบริษัทข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า กรณียังไม่พบหลักเกณฑ์ที่สามารถแบ่งแยกรูปแบบหรือลักษณะดังกล่าวได้อย่างชัดเจน ทั้งการแบ่งแยกที่ละเอียดไปกว่าระหว่างรูปแบบกลุ่มบริษัทที่รวมศูนย์อำนาจ (Centralized group) และกลุ่มบริษัทที่กระจายศูนย์อำนาจ (Decentralized group) หรือแม้กระทั่งการกำหนดขอบเขตอย่างชัดเจนว่ากลุ่มบริษัทหนึ่งเป็นรูปแบบใดในระหว่างรูปแบบ 2 ประการข้างต้นก็ยังมีอาจจะกระทำได้โดยปราศจากข้อโต้แย้ง ทั้งนี้ เนื่องจากรูปแบบทั้งสองประการดังกล่าวนี้เป็นผลของหลักการหรือแนวคิดสำคัญที่อยู่คนละด้านกันสองประการ คือ หลักการความเป็นอิสระของบริษัท (Principle of corporate autonomy) และหลักการอำนาจการควบคุมบริษัท (Principle of corporate control) ซึ่งในความเป็นจริงแล้วย่อมไม่มีรูปแบบหรือลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างกันในกลุ่มบริษัทใดที่มีลักษณะอยู่ตรงข้ามกันหรือด้านใดด้านหนึ่งข้างต้น กล่าวคือ ไม่ปรากฏทั้งกลุ่มบริษัทที่บริษัทในกลุ่มยังคงมีความเป็นอิสระอย่างเต็มที่เหมือนบริษัทเดี่ยวทั่วไป และกลุ่มบริษัทที่บริษัทในกลุ่มถูกควบคุมอย่างเต็มที่ในทุกด้านของการดำเนินกิจการ โดยบริษัทแม่ หากแต่รูปแบบ ลักษณะ หรือระดับความสัมพันธ์ในกลุ่มบริษัทนั้นจักเกิดขึ้นในช่องว่างระหว่างสองด้านนี้ได้หลากหลายรูปแบบ โดยสะท้อนถึงการควมรวมกันระหว่างหลักการหรือรูปแบบ 2 ประการดังกล่าว (Combination or mixture of autonomy and control or centralization and decentralization) นอกจากนี้ หากพิจารณากรณีการแบ่งแยกในเชิงเศรษฐศาสตร์และโครงสร้างองค์กรอันเป็นการพิจารณาจากปัจจัยต่างๆ ที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะความสัมพันธ์อันชัดเจนระหว่างบริษัทภายในกลุ่มดังกล่าวข้างต้นแล้ว จะสังเกตได้ว่า หลักเกณฑ์บางประการนั้นไม่อาจจะให้การแบ่งแยกที่แน่ชัดหรือให้การแปลความที่ขัดแย้งกันได้ ทั้งนี้ เพราะเหตุว่าลักษณะความสัมพันธ์ในประการต่างๆ นั้น ย่อมจักแปรเปลี่ยนไปในแต่ละกลุ่ม (From group to group) หรืออีกนัยหนึ่งคือ ย่อมไม่อาจมีกลุ่มบริษัท 2 กลุ่มที่เหมือนกันในทุกอย่าง ในแต่ละบริษัทย่อย (From subsidiary to subsidiary) ในแต่ละด้าน (From area to area) เช่น การที่บริษัทแม่เข้าไปควบคุมอย่างใกล้ชิดในกิจการด้านสำคัญด้านหนึ่ง เป็นต้นว่า การเงิน มิได้หมายความว่าความถึงการควบคุมในกิจการสำคัญด้านอื่นไปด้วย และแต่ละเรื่องกรณี (From decision to decision) เช่น การที่บริษัทแม่เข้าไปควบคุมอย่างใกล้ชิดในกิจการด้านสำคัญด้านหนึ่ง เป็นต้นว่า การตลาด กรณีอาจเป็นเพียงแต่การควบคุมในเฉพาะบางประเด็นเท่านั้น เป็นต้นว่า การกำหนดเป้าหมายยอดขาย ก็ได้ ดังนี้ เหตุผลต่างๆ เหล่านี้ทำให้นักกฎหมายท่านนี้เห็นว่า เราคงไม่อาจจะกำหนดถึงรูปแบบและลักษณะของกลุ่มบริษัทที่ละเอียดมากกว่ารูปแบบ 2 ขั้ว คือ รูปแบบกระจายศูนย์อำนาจและรูปแบบรวมศูนย์อำนาจได้อีกแล้ว นอกจากนี้ กรณียังไม่อาจจะพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปของรูปแบบ 2 แบบดังกล่าวได้ หากแต่คง

ต้องอาศัยการแยกพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ต่างๆ ในแต่ละกลุ่มบริษัท โดยเฉพาะอย่างยิ่งความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทแม่กับบริษัทลูกแต่ละกรณีไปเท่านั้น<sup>38</sup>

#### 2.4.2 แบ่งตามระดับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ

ทางด้านของนักกฎหมายอเมริกันนั้นก็มีความพยายามในการจำแนกรูปแบบหรือลักษณะของกลุ่มบริษัทเช่นกัน โดยนักกฎหมายผู้มีชื่อเสียงทางด้านการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับกลุ่มบริษัทท่านหนึ่งได้ทำการพิจารณาคำพิพากษาในคดีซึ่งเกี่ยวข้องกับกลุ่มบริษัทในประเด็นกฎหมายด้านต่างๆ ที่มีการนำเอาหลักการหรือแนวคิดที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียว (Enterprise principle) มาปรับใช้แก่คดี และได้นำเอาหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ศาลใช้ในการพิจารณาว่าความสัมพันธ์ของกลุ่มบริษัทที่เป็นคดีความอยู่ถือได้ว่าเป็นการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ (Economic unity) ในอันที่จะนำหลักการหรือแนวคิดดังกล่าวมาปรับใช้ได้หรือไม่ นั่นมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาแบ่งแยกรูปแบบลักษณะ หรือระดับความสัมพันธ์ของกลุ่มบริษัท ซึ่งแนวทางดังกล่าวนี้เป็นที่ยอมรับของนักกฎหมายหลายท่าน<sup>39</sup> คณะกรรมการที่ปรึกษาด้านบริษัทและหลักทรัพย์ของประเทศออสเตรเลีย (Companies and Securities Advisory Committee) ที่ทำการศึกษาเกี่ยวกับการปรับปรุงกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับกลุ่มบริษัท รวมไปถึงเลขานุการของคณะทำงานชุดที่ 5 (Working Group V) ประจำคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งองค์การสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law “UNCITRAL”) อันเป็นคณะทำงานที่ได้รับมอบหมายงานด้านกฎหมายล้มละลายอยู่ในปัจจุบัน ยังได้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวไปใช้พิจารณาด้วย<sup>40</sup> โดยหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาถึงการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจดังกล่าวประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ ดังนี้<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Ibid., pp.206-208.

\* ดังที่จะได้พิจารณาต่อไปในหัวข้อที่ 2.6.3

<sup>39</sup> Irit Mevorach, "Appropriate treatment of corporate groups in insolvency: A universal view," *European Business Organization Law Review* 8, 2 (2007): 186-189.

<sup>40</sup> United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of corporate group in insolvency note by the secretariat, a/cn.9/wg.V/wp.74," Vienna, 2006. (Online), p. 8.

<sup>41</sup> Phillip I. Blumberg, *The multinational challenge to corporation law: The search for a new corporate personality* (New York: Oxford University Press US, 1993), pp. 92-95.

#### 2.4.2.1 ระดับของอำนาจควบคุม (Control)

ระดับของอำนาจควบคุม (Control) ของบริษัทแม่ในการควบคุมบริษัทย่อย โดยเป็นที่ยอมรับกันว่ากลุ่มบริษัททุกกลุ่มนั้นย่อมจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ข้อนี้เสมอ ด้วยอำนาจควบคุมเสมือนหนึ่งเป็นจุดเชื่อมโยงอันสำคัญต่อการดำรงอยู่ได้ของกลุ่มบริษัท นอกจากนี้ หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะพิจารณาด้วยว่ามีการใช้ซึ่งอำนาจควบคุมที่บริษัทแม่มีอยู่ด้วยหรือไม่ และการใช้อำนาจควบคุมดังกล่าวนี้เป็นไปในลักษณะที่เป็นการแทรกแซงและรุกร้าอำนาจการตัดสินใจของบริษัทย่อยอย่างเกินสมควรหรือไม่ (Excessively intrusive intervention) เป็นต้นว่า การแทรกแซงหรือควบคุมอำนาจการตัดสินใจเกี่ยวกับการดำเนินกิจการประจำวัน (Day-to-day decision making) ทั้งนี้ การพิจารณาประเด็นดังกล่าวนี้ในคดีก่อนข้างจะซับซ้อนและยุ่งยาก เนื่องจากจะต้องพิจารณาถึงระดับของการใช้อำนาจควบคุมในเรื่องต่างๆ ซึ่งอาจมีความสำคัญและผลกระทบที่แตกต่างกัน เช่น นโยบายทั่วไปของบริษัทย่อย การวางแผนงบประมาณและค่าใช้จ่าย การพิจารณาค่าตอบแทนผู้บริหาร การจัดซื้อสินค้า เป็นต้น

#### 2.4.2.2 การรวมกันทางเศรษฐกิจ (Economic integration)

การรวมกันทางเศรษฐกิจ (Economic integration) กล่าวคือ การพิจารณาถึงระดับของการรวมกันทางเศรษฐกิจระหว่างกันในกลุ่มบริษัทและระหว่างบริษัทแม่และบริษัทย่อยในแต่ละกรณี ทั้งในด้านธุรกิจ ทรัพย์สิน และหนี้สิน เช่น ระดับของการซื้อขายหรือการทำธุรกรรมระหว่างกันในกลุ่มประเภทของธุรกิจที่ประกอบกิจการ การโฆษณา นโยบายการรับประกันร่วมกันในกลุ่ม ประโยชน์และความเป็นเจ้าของร่วมกันในทรัพย์สินของกลุ่ม การโอนทรัพย์สินหรือเงินทุนไปมาระหว่างกันเพื่อประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มโดยมิได้พิจารณาถึงรูปแบบหรือระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติ ระดับเงินทุนที่ใช้ในการจัดตั้งบริษัทย่อย การผสมหรือปะปนกันซึ่งทรัพย์สิน (Commingling of assets) และการประกอบกิจการ เป็นต้น

#### 2.4.2.3 การพึ่งพากันทางการเงิน (Financial interdependence)

การพึ่งพากันทางการเงิน (Financial interdependence) นั้นนับว่าเป็นประเด็นสำคัญของกลุ่มบริษัทอีกประการหนึ่ง เนื่องจากการดำเนินกิจการย่อมต้องอาศัยเงินทุน สำหรับการพิจารณากรณีของกลุ่มบริษัทนั้นจะพิจารณาว่าบริษัทย่อยนั้นมีความสามารถในการพึ่งพาตนเองในเรื่องทางการเงินหรือ

ต้องพึงพากลุ่มบริษัทในเรื่องการเงินหรืออาศัยให้กลุ่มบริษัทค้ำประกันหนี้สิน (Intragroup guarantee) การใช้งบการเงินรวมของกลุ่มบริษัท (Consolidated financial statement) รวมถึงการใช้บัญชีธนาคารร่วมกันของกลุ่มบริษัท

#### 2.4.2.4 การพึ่งพากันทางการบริหารจัดการ (Administrative interdependence)

การพึ่งพากันทางการบริหารจัดการ (Administrative interdependence) กลุ่มบริษัทอาจจะอาศัยการรวมกลุ่มเกี่ยวกับการบริหารจัดการหรือการใช้บริการต่างๆ เพื่อให้เกิดความประหยัดเชิงขนาด (Economy of scale) เช่น การมีสถานประกอบการร่วมกัน หรือการแต่งตั้งกรรมการบริษัทร่วมกันระหว่างบริษัทในกลุ่ม การจัดประชุมกรรมการบริษัทร่วมกัน หรือการใช้บริการและเฉลี่ยค่าบริการด้านต่างๆ ร่วมกัน เป็นต้นว่า ค่าใช้จ่ายทั่วไปในการดำเนินกิจการ (Overhead cost) การบริหารจัดการ งานด้านการบัญชี งานด้านกฎหมาย งานด้านการภาษี การประกันภัย วิศวกรรม งานด้านการวิจัยและพัฒนา งานด้านการโฆษณา และมาตรการด้านความปลอดภัย เป็นต้น

#### 2.4.2.5 โครงสร้างการจ้างงานที่ทับซ้อนกัน (Overlapping employment structure)

โครงสร้างการจ้างงานที่ทับซ้อนกัน (Overlapping employment structure) เช่น การจ้างบุคลากรทั้งผู้บริหารระดับสูงและพนักงานต่างๆ ร่วมกัน รวมไปถึงการโอนย้ายหรือแลกเปลี่ยนพนักงานระหว่างกันอย่างง่ายดาย การจัดฝึกอบรมพนักงานร่วมกัน การจัดการด้านผลประโยชน์ของพนักงานร่วมกัน เป็นต้นว่า การจัดการเกี่ยวกับบำเหน็จ ค่าตอบแทนของพนักงานร่วมกัน

#### 2.4.2.6 ภาพลักษณ์ร่วมกันของกลุ่ม (Common group persona)

ภาพลักษณ์ร่วมกันของกลุ่ม (Common group persona) เช่น การใช้เครื่องหมายการค้าหรือตราสัญลักษณ์ร่วมกัน ภาพลักษณ์ที่ปรากฏต่อสาธารณชนของกลุ่ม รวมทั้งแนวปฏิบัติต่างๆ ที่อาจทำให้นุเคราะห์ภายนอกและเจ้าหน้าที่เข้าใจและติดต่อเจรจาจากกลุ่มบริษัทโดยภาพรวม เป็นต้น

จากลักษณะการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจของกลุ่มบริษัทดังกล่าวข้างต้น ทำให้อาจแบ่งประเภทของกลุ่มบริษัทในเบื้องต้นที่จะนำมาซึ่งผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันออกเป็น 4 ประเภท กล่าวคือ<sup>42</sup>

1. บริษัทเพื่อการลงทุน (Investment company) เป็นกรณีที่บริษัทแม่เน้นดำเนินกิจการเป็นเพียงบริษัทเพื่อการถือครองหุ้นด้วยวัตถุประสงค์ในการลงทุนเท่านั้น มิได้ให้ความช่วยเหลือทางการเงิน บุคลากร หรือด้านอื่นๆ อีก และไม่มีการซื้อขายหรือทำธุรกรรมระหว่างกันเป็นประจำ รวมทั้งไม่มีการสร้างภาพลักษณ์ร่วมกันให้ปรากฏต่อสาธารณชน ส่วนในเรื่องของอำนาจควบคุมนั้นบริษัทแม่คงแต่เพียงใช้สิทธิในการเลือกคณะกรรมการของบริษัทย่อยตามปกติเท่านั้น
2. กลุ่มบริษัทที่ประกอบกิจการหลายประเภท (Conglomerate) เป็นกรณีที่บริษัทแม่และบริษัทย่อยประกอบกิจการต่างประเภทกิจการกันและมิได้มีการซื้อขายหรือทำธุรกรรมระหว่างกันเป็นประจำ โดยที่บริษัทแม่มักจะเข้ามาควบคุมกำกับบริษัทย่อยในด้านเงินทุนของกิจการและงบประมาณในการดำเนินกิจการเพื่อให้กลุ่มบริษัทสามารถสร้างผลกำไรให้มากที่สุด นอกจากนี้ ยังมีการจ้างพนักงานและผู้บริหารร่วมกันระหว่างกัน รวมทั้งบริษัทในกลุ่มบริษัทนี้มีแนวโน้มที่จะเสนอหรือแสดงตนว่าเป็นสมาชิกหนึ่งของกลุ่มบริษัท ส่วนในเรื่องของการพึ่งพากันทางการเงินและการพึ่งพากันทางการบริหารจัดการนั้นในแต่ละกลุ่มมักจะมีระดับของการพึ่งพากันแตกต่างกันออกไป

อนึ่ง กลุ่มบริษัทประเภทนี้สามารถแยกออกจากบริษัทเพื่อการลงทุนได้จากการพิจารณาถึงระดับการควบคุมหรือแทรกแซงในการดำเนินกิจการของบริษัทย่อย โดยบริษัทแม่ทั้งในด้านการบริหารจัดการกิจการ การเงิน บุคลากร และการจัดการทรัพยากร ซึ่งในกรณีของกลุ่มบริษัทที่ประกอบกิจการหลายประเภทนั้น บริษัทย่อยมักมิได้ดำเนินการในประเด็นเหล่านี้ได้อย่างอิสระเต็มที่

---

<sup>42</sup> Phillip I. Blumberg, The law of corporate groups: Procedural problems in the law of parent and subsidiary corporations (Boston: Little, brown and company, 1983), pp. 432-438.

3. กลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างเหนียวแน่น (Strongly integrated group) เป็นกรณีที่บริษัทแม่และบริษัทย่อยรวมตัวกันจนเป็นหน่วยธุรกิจเดียว (Single business enterprise) โดยมีการประกอบกิจการในประเภทเดียวกันและเกี่ยวเนื่องกันซึ่งทำให้ต้องมีการซื้อขายหรือทำธุรกรรมระหว่างกันอยู่เสมอและเป็นจำนวนมาก มีการใช้อำนาจควบคุมระหว่างกันในระดับสูงอย่างมีนัยสำคัญ แม้ว่าอาจจะมิได้เข้าไปควบคุมการดำเนินงานประจำวันก็ตาม นอกจากนี้ ยังมีการใช้เครื่องหมายการค้าร่วมหรือเป็นเครื่องหมายกลุ่มและมีภาพลักษณ์อันปรากฏต่อสาธารณชนร่วมกันซึ่งมักปรากฏในรายงานประจำปีและเอกสารต่างๆ เกี่ยวกับบริษัทในกลุ่ม และมักจะรวมถึงการพึ่งพากันทางการเงิน การพึ่งพากันทางการบริหารจัดการ และการจ้างผู้บริหารและพนักงานรวมทั้งการบริหารจัดการ การฝึกอบรม และการดูแลผลประโยชน์ผู้บริหารและพนักงานร่วมกันด้วย
4. กลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างไม่เหนียวแน่น (Weakly integrated group) กลุ่มบริษัทในกรณีนี้เป็นกรณีที่การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจด้านต่างๆ ระหว่างกันในกลุ่มบริษัทมีระดับที่ลดลงจากกลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างเหนียวแน่น ทั้งในด้านของการใช้อำนาจควบคุมโดยบริษัทที่แทรกแซงการดำเนินงานของบริษัทย่อยที่ลดลง การลดการพึ่งพากันทางการเงินและการบริหารจัดการ และความแตกต่างกันของประเภทกิจการที่ดำเนินงานกันในกลุ่ม หรือกล่าวโดยย่อคือ บริษัทในกลุ่มนั้นมีความเป็นอิสระในการดำเนินงานมากขึ้นและอำนาจการตัดสินใจในด้านต่างๆ จะมีลักษณะเป็นการกระจายศูนย์อำนาจมากขึ้น ตัวอย่างที่ชัดเจนของกลุ่มบริษัทประเภทนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ กลุ่มบริษัทที่ประกอบกิจการระบบการรถไฟ และกิจการธนาคารที่บริษัทแม่จะให้บริษัทย่อยดำเนินการหลักของตนได้อย่างอิสระ ส่วนบริษัทแม่จะคอยควบคุมหรือดำเนินการในประเด็นอื่นๆ แทน

กล่าวโดยสรุปแล้ว จากการพิจารณาความพยายามในการจำแนกรูปแบบหรือลักษณะของกลุ่มบริษัทตามลักษณะความสัมพันธ์และระดับการรวมกลุ่มแล้ว จะเห็นได้ว่าเรายังคงแบ่งแยกได้แต่เพียงรูปแบบกลุ่มบริษัทที่รวมศูนย์อำนาจหรือกลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างเหนียวแน่น กับรูปแบบกลุ่มบริษัทที่กระจายศูนย์อำนาจหรือกลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างไม่เหนียวแน่นเท่านั้น ยังไม่สามารถที่จะกำหนดแบ่งแยกให้มีความจำเพาะที่ละเอียดมากกว่านี้ อีกทั้งลักษณะการจำแนกในรูปแบบ 2 ประการ



ดังกล่าวนี้ก็เป็นแต่การกำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาและรูปแบบที่แตกต่างกันคนละด้านเพื่อนำไปปรับใช้กับแต่ละกลุ่มบริษัทในแต่ละกรณี (Case by case basis) เท่านั้น

### 2.4.3 แบ่งด้วยวิธีอื่น

นอกเหนือจากความพยายามในการจำแนกรูปแบบหรือลักษณะของกลุ่มบริษัทตามลักษณะความสัมพันธ์และระดับการรวมกลุ่มแล้ว ยังการจำแนกรูปแบบหรือลักษณะของกลุ่มบริษัทโดยวิธีการหรือหลักเกณฑ์ประการอื่นๆ อีก ตัวอย่างเช่น การจำแนกตามประเภทของกิจการ และการจำแนกตามภูมิศาสตร์ แต่อย่างไรก็ดี วิธีการหรือหลักเกณฑ์ในประการเหล่านี้มักไม่อาจนำไปใช้ประโยชน์หรือไม่ได้รับความนิยมนในเชิงกฎหมายเท่าใดนัก ผู้เขียนจึงมิได้นำมาพิจารณาในรายละเอียด

#### 2.4.3.1 แบ่งตามประเภทของกิจการของกลุ่มบริษัท

ในส่วนของการจำแนกตามประเภทของกิจการนั้นจะเป็นการพิจารณาว่าประเภทของกิจการที่บริษัทภายในกลุ่มบริษัทได้ดำเนินกิจการนั้นมีความเกี่ยวข้องมากน้อยเพียงใด โดยอาจแยกได้เป็น

1. กลุ่มบริษัทแนวตั้ง (Vertical group) กล่าวคือ เป็นกลุ่มบริษัทที่บริษัทในกลุ่มนั้นประกอบกิจการประเภทเดียวกันและสามารถเป็นวัตถุดิบหรือสารตั้งต้นให้กันได้หรือเป็นสินค้าต้นน้ำและปลายน้ำกัน (Upstream-downstream) เช่น กิจการปิโตรเลียม กิจการเม็ดพลาสติก กิจการพลาสติกขึ้นรูป เป็นต้น
2. กลุ่มบริษัทแนวนอน (Horizontal group) กล่าวคือ เป็นกลุ่มบริษัทที่บริษัทในกลุ่มนั้นประกอบกิจการต่างประเภทกันแต่ยังคงมีความเกี่ยวข้องกันหรือยังอยู่ในกลุ่มธุรกิจเดียวกันอยู่ เช่น กิจการเบตเตอรี กิจการยางรถยนต์ เป็นต้น

3. กลุ่มบริษัทที่ประกอบกิจการหลายประเภท (Conglomerate) กล่าวคือ เป็นกลุ่มบริษัทที่บริษัทในกลุ่มนั้นประกอบกิจการต่างประเภทกันและไม่มีความเกี่ยวข้องกันเลย (Unrelated businesses)<sup>43</sup>

#### 2.4.3.2 แบ่งตามโครงสร้างองค์กรในเชิงการบริหารจัดการ<sup>44</sup>

การศึกษาวิจัยและจำแนกกลุ่มบริษัททั้งที่เป็นกลุ่มบริษัทภายในประเทศและระหว่างประเทศ เพื่อวัตถุประสงค์ด้านการบริหารจัดการ โครงสร้างองค์กรนั้นค่อนข้างจะมีความก้าวหน้าและชัดเจนมาก โดยมีการจำแนกโครงสร้างกลุ่มบริษัทโดย Gunther Teubner และนักวิชาการอีกหลายท่านซึ่งได้จำแนกเป็น 3 รูปแบบ กล่าวคือ

รูปแบบแรก คือ โครงสร้างแบบ H-form เป็นกลุ่มบริษัทที่ดำเนินกิจการโดยมีบริษัทแม่หรือบริษัทโฮลดิ้งทำหน้าที่คอยติดตามตรวจสอบการดำเนินงานและความคุ้มค่าของการลงทุนในบริษัทย่อยของตนเอง ไม่ว่าจะบริษัทแม่ดังกล่าวจะได้ถือครองหุ้นในบริษัทย่อยทั้งหมดหรือแต่บางส่วน

รูปแบบที่สอง คือ โครงสร้างแบบ U-form เป็นกลุ่มบริษัทที่ผังโครงสร้างคล้ายรูปพระมิดหรือรูปกรวย โดยดำเนินกิจการผ่านทางบริษัทย่อยที่บริษัทแม่เป็นเจ้าของหุ้นทั้งหมดหรือมีอำนาจควบคุมทั้งหมดโดยเด็ดขาดในลักษณะการบริหารจัดการอย่างรวมศูนย์อำนาจโดยเด็ดขาดและรวมเข้ากันอย่างเหนียวแน่น

รูปแบบที่สาม คือ โครงสร้างแบบ M-form เป็นกลุ่มบริษัทที่มักจะดำเนินกิจการผ่านทางบริษัทย่อยบริษัทแม่เป็นเจ้าของหุ้นทั้งหมด แต่บริษัทย่อยดังกล่าวมีลักษณะการดำเนินงานที่แยกออกมาจากบริษัทแม่ เสมือนหนึ่งเป็นหน่วยงานกึ่งอิสระหน่วยหนึ่งของบริษัทแม่ (Semi-autonomous divisional unit)

<sup>43</sup> Wikipedia, "Conglomerate (company)," n.d. (Online)

<sup>44</sup> Tom Hadden, "Regulating corporate groups: An international perspective," in *Corporate control and accountability*. eds. Joseph McCahery, Sol Picciotto, and Colin Scott (New York: Oxford University Press, 1993), pp. 356-358.

ทั้งนี้ แม้ว่าการจำแนกกลุ่มบริษัททั้งที่เป็นกลุ่มบริษัทเพื่อวัตถุประสงค์ด้านการบริหารจัดการ โครงสร้างองค์กรดังกล่าวจะไม่สะท้อนหรือไม่อาจนำไปใช้ในการจำแนกกลุ่มบริษัทเพื่อวัตถุประสงค์ทางกฎหมายได้อย่างชัดเจน แต่เรานำเอาหลักเกณฑ์บางประการในการจำแนกกลุ่มบริษัทในลักษณะข้างต้นไปใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการจำแนกกลุ่มบริษัทในทางกฎหมายได้ เช่น หลักเกณฑ์เกี่ยวกับระดับความเป็นอิสระของบริษัทในกลุ่ม (Degree of autonomy of parts of the groups) เป็นต้น ซึ่งนำไปสู่การจำแนกกลุ่มบริษัทออกเป็น 3 รูปแบบ คือ รูปแบบที่บริษัทในกลุ่มมีความเป็นอิสระเต็มที่ (Total autonomy) รูปแบบที่บริษัทในกลุ่มมีความเป็นอิสระหรือถูกควบคุมอย่างจำกัด (Limited autonomous or control) และรูปแบบที่บริษัทในกลุ่มถูกควบคุมอย่างเต็มที่ (Total Control) ทั้งนี้ หลักเกณฑ์และแนวทางในการจำแนกกลุ่มบริษัทดังกล่าวนี้ถูกนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในทางกฎหมายบางสาขาด้วย เช่น ภาษีอากร หรือการกำหนดเกี่ยวกับการกระทำการผูกขาด เป็นต้น

#### 2.4.3.3 แบ่งตามภูมิศาสตร์หรือประเทศ

สำหรับในกรณีของการจำแนกเชิงภูมิศาสตร์นั้น เป็นการศึกษาถึงกลุ่มบริษัทในแต่ละพื้นที่หรือแต่ละประเทศซึ่งมีลักษณะพิเศษบางประการเป็นเอกลักษณ์ของกลุ่มบริษัทในพื้นที่หรือประเทศนั้นๆ แม้ว่าโดยส่วนใหญ่การศึกษาในลักษณะดังกล่าวมักจะเป็นการศึกษาวิจัยเพื่อวัตถุประสงค์ในทางการบริหารจัดการ โครงสร้างองค์กร (Managerial organization) ตัวอย่างเช่น

1. ประเทศญี่ปุ่น ก่อนช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 กลุ่มบริษัทในญี่ปุ่นนั้นเป็นกลุ่มบริษัทที่เรียกกันว่า Zaibatsu ซึ่งเป็นกลุ่มบริษัทที่เป็นของกลุ่มครอบครัวและประกอบไปด้วยบริษัทโฮลดิ้งซึ่งมีอำนาจควบคุมเหนือบริษัทอื่นๆ ทั้งหมดโดยเข้าไปถือครองหุ้นในบริษัทอื่นทั้งที่เป็นบริษัทที่ประกอบกิจการด้านอุตสาหกรรม ด้านการค้าระหว่างประเทศ ด้านการเงิน รวมถึงธนาคารด้วย<sup>45</sup> ซึ่งกลุ่มบริษัทนี้มีความเข้มแข็งทางเศรษฐกิจเป็นอย่างมากจนกระทั่งมีตรากฎหมายต่อต้านการผูกขาดและรักษาความเป็นธรรมทางการค้าในปีค.ศ. 1947 ภายใต้อิทธิพลและความประสงค์และแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา ส่วนช่วงภายหลังสงครามจนถึงปัจจุบันนั้น กลุ่มบริษัทในประเทศญี่ปุ่นสามารถจำแนกได้ 2 กลุ่ม กล่าวคือ กลุ่มแรกเรียกว่า Keiretsu ซึ่งเป็นกลุ่มบริษัทที่นับได้ว่าเป็นพัฒนาการขั้นต่อมาของกลุ่มบริษัท

<sup>45</sup> Wikipedia, "Zaibatsu," n.d. (Online)

Zaibatsu<sup>46</sup> อันประกอบไปด้วยบริษัทจำนวนมากเชื่อมโยงกันด้วยความสัมพันธ์ทางธุรกิจ และการถือครองหุ้นอย่างสลับซับซ้อนเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ต้องด้วยผลทางกฎหมายฉบับปี ค.ศ. 1947 ดังกล่าว โดยจะเป็นกลุ่มบริษัทที่มีธนาคารเป็นบริษัทแม่หรือบริษัทหลักในการให้เงินทุนแก่บริษัทอื่นในการประกอบกิจการ และธนาคารนี้จะมีบทบาทและอำนาจควบคุมบริษัทอื่นในกลุ่มอย่างมาก รวมทั้งยังสามารถป้องกันการซื้อกิจการอย่างไม่เป็นมิตรได้ (Hostile takeover) กลุ่มบริษัทประเภทนี้ได้แก่ กลุ่มมิตซูบิชิ กลุ่มมิตซูย และกลุ่มซุมิตโตโมะ เป็นต้น<sup>47</sup> ส่วนกลุ่มบริษัทกลุ่มที่สองนั้นคือ กลุ่มบริษัท Industrial Keiretsu ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับกลุ่มบริษัททั่วไปของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ เพียงแต่บริษัทแม่หรือบริษัทโฮลดิ้งนั้นจะต้องมีการประกอบธุรกิจของตนเองด้วยเสมอและถือครองหุ้นบริษัทลูกเพียงไม่เกินร้อยละ 50 เพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายฉบับปี ค.ศ. 1947 ดังกล่าว นอกจากนี้แล้ว กลุ่มบริษัทในประเทศญี่ปุ่นยังมีลักษณะที่นิยมใช้โครงสร้างของกลุ่มบริษัทที่สลับซับซ้อนเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจควบคุมและความร่วมมือระหว่างองค์กรโดยอ้อมมากกว่าที่จะใช้โครงสร้างและอำนาจควบคุมโดยตรงอย่างเช่นในประเทศตะวันตก<sup>48</sup>

2. ประเทศเกาหลีก็มีกลุ่มบริษัทที่เรียกว่า Chaebol ซึ่งเป็นกลุ่มบริษัทที่กลุ่มครอบครัวเป็นเจ้าของและมักเป็นที่สนับสนุนโดยรัฐบาล กลุ่มบริษัทนี้จะประกอบไปด้วยบริษัทย่อยจำนวนมากที่จะใช้ชื่อบริษัทร่วมกันบางส่วนกับบริษัทแม่ กลุ่มบริษัทนี้มักจะมีการเปรียบเทียบกับกลุ่มบริษัท Keiretsu ของญี่ปุ่นอยู่เป็นประจำ ทั้งนี้ กลุ่มบริษัทสองประเภท

<sup>46</sup> Tom Hadden, "Regulating corporate groups: An international perspective," in *Corporate control and accountability*, eds. Joseph McCahery, Sol Picciotto, and Colin Scott (New York: Oxford University Press, 1993), p. 352.

\* กล่าวกันว่าเหตุที่ประเทศญี่ปุ่นยังคงกฎหมายดังกล่าวเอาไว้ นั่นเนื่องด้วยเหตุผลว่าไม่ต้องการที่จะเผชิญหน้ากับประเทศสหรัฐอเมริกาโดยไม่จำเป็น และการใช้โครงสร้างกลุ่มบริษัทลักษณะดังกล่าวยังมีส่วนช่วยป้องกันการครอบงำกิจการของบริษัทญี่ปุ่นอีกด้วย โปรดดู Ibid., p. 353.

<sup>47</sup> Wikipedia, "Keiretsu," n.d. (Online)

<sup>48</sup> Tom Hadden, "Regulating corporate groups: An international perspective," in *Corporate control and accountability*, eds. Joseph McCahery, Sol Picciotto, and Colin Scott (New York: Oxford University Press, 1993), p. 353.

นี้มีความแตกต่างกันตรงที่ กลุ่มบริษัท Chaebol นั้นมักดำเนินกิจการและบริหารโดยสมาชิกของกลุ่มครอบครัวผู้เป็นเจ้าของ แต่กลุ่มบริษัท Keiretsu นั้นมักดำเนินกิจการและบริหารโดยนักบริหารมืออาชีพที่กลุ่มบริษัทนี้จ้างมา นอกจากนี้ กลุ่มบริษัท Chaebol มักจะมีโครงสร้างการถือหุ้นเป็นในลักษณะรวมศูนย์กลาง แต่กลุ่มบริษัท Keiretsu มักจะมีโครงสร้างการถือหุ้นในลักษณะกระจายศูนย์กลางมากกว่าและมีการถือหุ้นไขว้กันอยู่ด้วยยิ่งไปกว่านั้น กลุ่มบริษัท Chaebol จะถูกห้ามมิให้เป็นเจ้าของธนาคาร แต่กลุ่มบริษัท Keiretsu มักจะมีธนาคารเป็นบริษัทศูนย์กลางเสมอ ดังนี้ ทำให้กลุ่มบริษัท Chaebol จะมีความคล้ายกับกลุ่มบริษัทที่ประกอบกิจการหลายประเภท (Conglomerate) ในแถบประเทศตะวันตกมากกว่า<sup>49</sup>

3. กลุ่มบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นมักจะมีลักษณะที่บริษัทแม่ถือครองหุ้นทั้งหมดของบริษัทลูกและประกอบกิจการประเภทต่างๆ กัน โดยมักจะมีแนวโน้มที่จะตัดจำหน่ายกิจการที่ไม่เป็นไปตามนโยบายทางธุรกิจออกไปจากกลุ่มบริษัทและมักจะหลีกเลี่ยงการใช้โครงสร้างองค์กรที่มีความสลับซับซ้อนเกินความจำเป็น<sup>50</sup>
4. กลุ่มบริษัทในประเทศอังกฤษนั้นมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับกลุ่มบริษัทที่ปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกา คงแตกต่างกันที่กลุ่มบริษัทชั้นนำของประเทศอังกฤษนั้นมีโครงสร้างองค์กรที่สลับซับซ้อนมากกว่าเท่านั้น<sup>51</sup>
5. กลุ่มบริษัทในประเทศแคนาดาและออสเตรเลีย นั้น แม้ว่าจะมีลักษณะ โครงสร้างที่คล้ายคลึงกับกลุ่มบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ หากแต่จะมีแนวโน้มที่จะคงอัตราส่วนการถือครองหุ้นในกลุ่มบริษัทที่น้อยกว่า และใช้โครงสร้างที่สลับซับซ้อนมากกว่า เช่น การใช้การควบคุมโดยการถือครองหุ้นข้างน้อย หรือใช้การถือ

<sup>49</sup> Wikipedia, "Chaebol," n.d. (Online)

<sup>50</sup> Tom Hadden, "Regulating corporate groups: An international perspective," in *Corporate control and accountability*. eds. Joseph McCahery, Sol Picciotto, and Colin Scott (New York: Oxford University Press, 1993), p. 346.

<sup>51</sup> Ibid., p. 347.

ครองหุ้นไว้โดยบริษัทเพื่อการถือครองหุ้นหรือบริษัท โฮลดิ้งตั้งแต่ 2 บริษัทขึ้นไป เป็นต้น<sup>52</sup>

6. กลุ่มบริษัทในประเทศจีนมีลักษณะเฉพาะ กล่าวคือ กลุ่มบริษัทมักจะประกอบกิจการในหลากหลายประเภทอุตสาหกรรมและยังมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับรัฐบาลอย่างเหนียวแน่นอีกด้วย<sup>53</sup>

## 2.5 บทบาทของกลุ่มบริษัทในปัจจุบัน

ในปัจจุบันกลุ่มบริษัทนั้นนอกจากจะมีความซับซ้อนในด้านของการเป็นเจ้าของหรือการถือหุ้นระหว่างกันในกลุ่มบริษัทและมีรูปแบบหรือลักษณะของความสัมพันธ์ในแต่ละกลุ่มที่แตกต่างกันออกไปแล้ว กลุ่มบริษัทต่างๆ ยังได้ขยายประเภทของธุรกิจออกไปมากมาย ทำให้กลุ่มบริษัทมีปรากฏอยู่ในแทบทุกประเทศ จากการศึกษาทางสถิติต่างๆ พบว่า กลุ่มบริษัทนั้นเป็นรูปแบบองค์กรธุรกิจที่สามารถพบได้เป็นการทั่วไปในองค์กรธุรกิจที่ประกอบกิจการหลายประเภท (Diversified Firms) เช่น ในปีค.ศ. 1982 บริษัทที่ใหญ่ที่สุด 1,000 บริษัทของประเทศสหรัฐอเมริกา มีบริษัทลูกต่อหนึ่งบริษัทประมาณ 48 บริษัทโดยเฉลี่ย ส่วนประเทศอังกฤษพบว่า ในปีค.ศ. 1981 บริษัทที่ใหญ่ที่สุด 50 อันดับแรก มีบริษัทลูกต่อหนึ่งบริษัทประมาณ 830 บริษัทโดยเฉลี่ย เป็นต้น<sup>54</sup>

มีการศึกษาและสำรวจเชิงสถิติที่จะช่วยสนับสนุนว่ากลุ่มบริษัทเป็นรูปแบบองค์กรธุรกิจที่สำคัญไปแล้วในปัจจุบัน กล่าวคือ การสำรวจถึงจำนวนและประเภทขององค์กรย่อยภายในกลุ่มบริษัทในประเทศต่างๆ ดังนี้

<sup>52</sup> Ibid., pp. 355-356.

<sup>53</sup> United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of corporate group in insolvency note by the secretariat, a/cn.9/wg.V/wp.74," Vienna, 2006. (Online), p. 7.

<sup>54</sup> Jennifer E. Bethel and Julia Porter Liebeskind, "Diversification and the legal organization of the firm," *Organization Science* 9, 1 (1998): 50.

ตารางที่ 1 The structure of the Polycorporate Enterprise: number and main legal types of Intercorporate equity-based links (EU, USA and Japan)

Home Country	Subsidiaries	Associated	Trade Invest.	Dormant	Total
France	5,360	7,921	3,318	100	16,699
Germany	9,426	6,781	2,101	199	18,507
Italy	1,849	1,585	384	8	3,826
United Kingdom	41,006	12,201	7,488	9,440	70,135
United States	18,446	6,049	770	467	25,732
Japan	803	428	43	-	1,274
Others	24,865	15,435	5,836	2148	48,284

ที่มา Jose Engracia Antunes. Liability of corporate groups: autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German and EU law: and international and comparative perspective (Boston: Kluwer law and taxation publishers, 1994). p.41.

ในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น กล่าวกันว่า การดำเนินกิจการโดยอาศัยกลุ่มบริษัทนั้น ได้แทรกซึมเข้าไปในทุกประเภทกิจการหลักของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ เช่น ในธุรกิจธนาคารพาณิชย์ จาก 25 สถาบันที่ใหญ่ที่สุดนั้นมีสถาบันที่ดำเนินกิจการโดยกลุ่มบริษัทถึง 24 สถาบัน โดยมีอัตราส่วนแบ่งในอัตราการจ้างแรงงานเกินกว่า 1 ใน 4 ส่วนของจำนวนแรงงานทั้งหมด มีส่วนในอัตราการหมุนเวียนสินค้า (Turnover) กว่าร้อยละ 40 และมีอำนาจควบคุมสินทรัพย์ที่อยู่ในอุตสาหกรรมถึงกึ่งหนึ่งของสินทรัพย์ทั้งหมด<sup>55</sup> โดยกลุ่มบริษัทขนาดใหญ่ของประเทศไทยอเมริกามักจะดำเนินกิจการโดยบริษัทลูกที่บริษัทแม่ถือครองหุ้นทั้งหมด (Wholly owned subsidiaries)<sup>56</sup> ดังนี้ จึงไม่น่าแปลกใจเลยที่ Phillip

<sup>55</sup> José Engracia Antunes, *Liability of corporate groups: Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German, and EEC law: An international and comparative perspective* (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), pp.46-47.

<sup>56</sup> Phillip I. Blumberg, "The American law of corporate groups." in *Corporate control and accountability*, eds. Joseph McCahery, Sol Picciotto, and Colin Scott (New York: Oxford University Press, 1993), p. 339.

Blumberg นักกฎหมายผู้คร่ำหวอดในเรื่องกลุ่มบริษัทจกกล่าวว่า โลกขององค์กรธุรกิจที่สำคัญของอเมริกาคือโลกของกลุ่มบริษัทนั่นเอง<sup>57</sup>

กรณีของประเทศเยอรมันก็เช่นกัน การศึกษาในปีค.ศ. 1981 และ 1984 เปิดเผยว่าบริษัทประมาณร้อยละ 92 มิได้อยู่ฐานะบริษัทที่มีความอิสระหากแต่อยู่ภายใต้การควบคุมของกลุ่มบริษัทกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง และเงินทุนในบริษัทต่างๆ กว่าร้อยละ 40 เป็นของกลุ่มบริษัท ร้อยละ 9 เป็นของสถาบันการเงิน และร้อยละ 6 เป็นของบริษัทประกันภัย

สำหรับในประเทศออสเตรเลียนั้น บริษัทขนาดกลางและขนาดใหญ่จำนวนมากมีโครงสร้างเป็นกลุ่มบริษัท แม้ว่าขนาดและความสลับซับซ้อนของกลุ่มบริษัทอาจไม่เป็นที่ปรากฏอย่างชัดเจน เพราะกลุ่มบริษัทดังกล่าวอาจสร้างภาพลักษณ์ต่อสาธารณชนในลักษณะที่เป็นบริษัทเดี่ยว ทั้งนี้ จากรายงานเกี่ยวกับบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ 500 อันดับแรกในประเทศออสเตรเลียพบว่า

1. 89 เปอร์เซ็นต์ของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ (Australia Stock Exchange: ASX) มีอำนาจควบคุมบริษัทอื่น
2. ยิ่งบริษัทจดทะเบียนมีมูลค่าตามราคาตลาด (Market Capitalization) มากเท่าใด บริษัทก็มีแนวโน้มที่จะมีอำนาจควบคุมบริษัทอื่นมากขึ้นตามไปด้วย
3. 90 เปอร์เซ็นต์ของบริษัทที่ถูกบริษัทอื่นควบคุมนั้นเป็นบริษัทที่ถูกถือหุ้นทั้งหมด อีก 10 เปอร์เซ็นต์ที่เหลือแยกเป็นที่ถูกถือหุ้นตั้งแต่ 50 เปอร์เซ็นต์ ถึง 99 เปอร์เซ็นต์ คิดเป็น 9 เปอร์เซ็นต์ และที่ถูกถือหุ้นต่ำกว่า 50 เปอร์เซ็นต์ คิดเป็น 1 เปอร์เซ็นต์
4. บริษัทจดทะเบียนมีบริษัทที่อยู่ในความควบคุมประมาณ 28 บริษัทโดยเฉลี่ย<sup>58</sup>

ส่วนในกลุ่มประเทศเอเชียตะวันออกเฉียงและอาเซียนนั้น จากรายงานการศึกษาจาก 9 ประเทศประกอบด้วยประเทศอินโดนีเซีย เกาหลีใต้ ญี่ปุ่น ฮังการี มาเลเซีย ฟิลิปปิน สิงคโปร์ ไต้หวัน และไทย เป็นจำนวนกว่า 7,000 บริษัท ในระหว่างปีค.ศ. 1991-1996 พบว่า 75 เปอร์เซ็นต์ของบริษัทที่จดทะเบียน

<sup>57</sup> Phillip I. Blumberg, The law of corporate groups: Procedural problems in the law of parent and subsidiary corporations (Boston: Little, brown and company, 1983), p. 28.

<sup>58</sup> Ian Ramsay and Geof Stapledon, "Corporate groups in australia," Australian Business Law Review 29, 1 (2001): 1-2.



ในตลาดหลักทรัพย์เป็นส่วนหนึ่งในกลุ่มบริษัท โดยเฉพาะในประเทศอินโดนีเซีย ฮองกง ฟิลิปปินส์ และสิงคโปร์ กว่า 60 เปอร์เซ็นต์ของบริษัทที่เก็บข้อมูลเป็นหนึ่งในสมาชิกของกลุ่มบริษัท โดยเฉพาะในประเทศญี่ปุ่นและฟิลิปปินส์นั้นมีบริษัทที่เป็นส่วนหนึ่งในกลุ่มบริษัทถึง 83 และ 74 เปอร์เซ็นต์ ตามลำดับ และกลุ่มบริษัทมีการประกอบกิจการหลายประเภทมากกว่าบริษัทเดี่ยวหรือบริษัทอิสระ<sup>59</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มบริษัทในประเทศญี่ปุ่น ฮองกง และไทย และเพื่อให้เกิดความเข้าใจอันดีผู้เขียนใคร่ขอเสนอตารางนำเสนอจำนวนของกลุ่มบริษัททั้งในภาพรวมทั้งหมดและกรณีขององค์กรธุรกิจที่ประกอบกิจการหลายประเภท (Multi-segment firms) และประเภทเดี่ยว (Single-segment firms) จากการสำรวจในกลุ่มประเทศเอเชียตะวันออกเฉียงและอาเซียน 9 ประเทศ เป็นจำนวน 9,559 บริษัท ระหว่างปีค.ศ. 1991 ถึง 1996 ดังนี้

---

<sup>59</sup> Stijn Claessens et al., "The rationale for groups: Evidence from east asia," World Bank, 1999. (Unpublished Manuscript), p. 1.

ตารางที่ 2 Business group affiliation: comparison between Multi-segment and Single-segment firms in East Asia between 1991 and 1996

Country	All firms		Multi-segment firms		Single-segment firms	
	Number of firm-years	Percentage of firms affiliated with corporate groups	Number of firm-years	Percentage of firms affiliated with corporate groups	Number of firm-years	Percentage of firms affiliated with corporate groups
Hong Kong	920	44.46	630	49.68	290	33.10
Indonesia	329	69.00	129	68.22	200	69.50
Japan	5848	88.57	3431	89.39	2417	87.42
Korea (South)	559	54.74	284	61.62	275	47.64
Malaysia	529	44.05	365	43.84	164	44.51
Philippines	203	76.85	61	83.61	142	73.94
Singapore	557	19.75	375	22.67	182	13.74
Taiwan	217	11.98	104	16.35	113	7.96
Thailand	397	46.85	123	52.03	274	44.53

ที่มา: "Corporate Diversification in East Asia: The Role of Ultimate Ownership and Group Affiliation."

World Bank, Working Paper, Page 24

จากตารางข้างต้นหากพิจารณาในส่วนของประเทศไทยแล้วจะพบว่าเกือบครึ่งหนึ่งของบริษัทที่อยู่ในข้อมูลสำรวจเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มบริษัทกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง และในปัจจุบันเราจะพบว่าบริษัทต่างๆ ประกอบกิจการในลักษณะเป็นกลุ่มหรือเครือข่ายมากขึ้นเรื่อยๆ กับการขยายประเภทแห่งกิจการออกไปมากขึ้น เช่น กลุ่มธุรกิจธนาคารมีการตั้งบริษัทในเครือเพื่อประกอบกิจการด้านการเงินอื่นๆ ให้ครบวงจรมากขึ้น เป็นต้นว่า กิจการประกันภัยประกันชีวิต กิจการที่ปรึกษาการลงทุน หรือ

\* ตัวอย่างโปรดดู [http://www.scib.co.th/th/business/default.asp?KeyRef=databank\\_new](http://www.scib.co.th/th/business/default.asp?KeyRef=databank_new)

กลุ่มธุรกิจอสังหาริมทรัพย์เริ่มมีการประกอบกิจการธนาคารเพื่อรายย่อย<sup>\*\*</sup> ที่ให้สินเชื่อเพื่อที่อยู่อาศัยเป็นต้น และเพื่อให้เกิดความเข้าใจยิ่งขึ้นผู้เขียนขอนำเอาตัวอย่างข้อมูลเกี่ยวกับประเภทธุรกิจและบริษัทในเครือของกลุ่มบริษัทเพื่อจะแสดงให้เห็นว่ากลุ่มธุรกิจดังกล่าวมีสภาพและประเภทธุรกิจ ธุรกิจกรรมการติดต่อทางธุรกิจ การเจรจา ทรัพย์สิน และการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับทรัพย์สินที่สลับซับซ้อนมากรวมทั้งการมีทรัพย์สินจำนวนมาก จนทำให้การแยกแยะหรือทำความเข้าใจในเรื่องเหล่านี้มีความยากลำบากมากใช้ค่าใช้จ่ายสูงเกินความจำเป็นจนบางครั้งอาจจะไม่สามารถกระทำได้เลยทีเดียว เช่น

1. กลุ่มบริษัท Mobil Oil ในประเทศสหรัฐอเมริกา ประกอบกิจการผ่านบริษัทลูกซึ่งถือหุ้นใหญ่โดย Mobil Oil Corporation จำนวน 216 บริษัท และยังมีบริษัทย่อยซึ่ง Mobil Oil Corporation ถือหุ้นมากกว่า 5 เปอร์เซ็นต์แต่ไม่ถึงกึ่งหนึ่ง อีกจำนวน 197 บริษัท<sup>60</sup>
2. กลุ่มบริษัทเซ็นทรัล (Central Group of Companies) ซึ่งบริษัทย่อยที่ประกอบกิจการประเภทต่างๆ ทั้งภาคการค้าปลีกค้าส่ง การพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ การโรงแรม ธุรกิจแฟรนไชส์ด้านอาหารจานด่วน และธุรกิจการผลิตและจัดจำหน่าย ทั้งหมดกว่า 230 บริษัท<sup>61</sup>

อนึ่ง แม้ว่าองค์กรธุรกิจในรูปแบบกลุ่มบริษัทจะถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายในประเทศต่างๆ ทั่วโลกด้วยเหตุผลประการต่างๆ ดังที่กล่าวแล้วข้างต้น แต่กระนั้นกลุ่มบริษัทในประเทศต่างๆ นั้นก็ยังคงมีลักษณะที่แตกต่างกันอยู่บ้าง ทั้งนี้ ตามสภาพแห่งวัฒนธรรม สังคม และเศรษฐกิจในประเทศนั้นๆ เช่น ในกลุ่มประเทศเอเชียตะวันออกและอาเชียนั้นจะพบว่ากลุ่มบริษัทต่างๆ นั้นมักเป็นบริษัทมหาชนหรือบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์<sup>62</sup> ในขณะที่ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นบริษัทจด

<sup>\*\*</sup> ตัวอย่างโปรดดู [http://www.lhbank.co.th/load\\_about.php](http://www.lhbank.co.th/load_about.php)

<sup>60</sup> Phillip I. Blumberg, The law of corporate groups: Procedural problems in the law of parent and subsidiary corporations (Boston: Little, brown and company, 1983), p. 29.

<sup>61</sup> Daniel Nielsen and Andrew Henderson, Thai business groups 2003: A unique guide to who owns what. 5<sup>th</sup> ed. (Bangkok: The Brooker Group, 2003), p. 124.

<sup>62</sup> Stijn Claessens, Corporate diversification in east asia: The role of ultimate ownership and group affiliation (World Bank, Financial Operations Vice Presidency, Financial Economics Unit, 1999), p. 1.

ทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์โดยทั่วไปแล้วจะเป็นบริษัทอิสระและมีการกระจายการถือครองหุ้นมากกว่า เป็นต้น<sup>63</sup>

ในปัจจุบัน กลุ่มบริษัทนั้นมีขนาดทางธุรกิจที่ใหญ่โตและมีความสลับซับซ้อนทางโครงสร้างอันประกอบไปด้วยบริษัทย่อยจำนวนมาก จนทำให้กลุ่มบริษัทมีอำนาจครอบงำเศรษฐกิจของประเทศและของโลกไปแล้ว<sup>64</sup> กรณีดังกล่าวเป็นผลให้ประเด็นว่าด้วยกลุ่มบริษัทนั้นได้รับความสนใจอย่างมากในประเทศต่างๆ ทั้งสาขาเศรษฐศาสตร์และกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากมีนักวิชาการและนักกฎหมายหลายท่านให้ความสนใจและแต่งตำราหรือเขียนบทความเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวในหลายประเทศ เช่น Phillip Blumberg จากประเทศสหรัฐอเมริกา Tom Hadden จากประเทศอังกฤษ Druey และ Ruedin จากประเทศสวิสเซอร์แลนด์ Pavone La Rosa จากประเทศอิตาลี และ Marcus Lutter จากประเทศเยอรมัน เป็นต้น

## 2.6 แนวคิดทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มบริษัท

### 2.6.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับสภาพนิติบุคคล

ทฤษฎีที่พิจารณาถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทนั้น สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. ทฤษฎีสम्मติ (Fiction Theory) ทฤษฎีนี้เห็นว่า นิติบุคคลเกิดขึ้นเพราะผลแห่งการรับรองของกฎหมาย โดยแบ่งสถานภาพออกจากบุคคลธรรมดา นิติบุคคลจึงได้รับการปฏิบัติเสมือนเป็นบุคคล แม้จะความจริงแล้วนิติบุคคลจะไม่มีความเป็นอยู่ของสภาพบุคคลที่

<sup>63</sup> Larry Fauver, Joel F. Houston, and Andy Naranjo, "Capital market development, international integration, legal systems, and the value of corporate diversification: A cross-country analysis." *Journal of Financial and Quantitative Analysis* 38 (2003): 135-159. อ้างถึงใน Stijn Claessens et al., "The rationale for groups: Evidence from east asia," World Bank, 1999. (Unpublished Manuscript), p. 3.

<sup>64</sup> United Nations Conference on Trade Development, *World investment report 2002 : Overview* (New York ; Geneva: United Nations, 2002), pp. 87-90.

แท้จริง เป็นแต่เพียงบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้น (Legal Person or Entity) เพื่อให้มีสิทธิและหน้าที่เหมือนบุคคลธรรมดาเท่านั้น<sup>65</sup>

2. ทฤษฎีอำนาจของรัฐ (Concession Theory) เห็นว่านิติบุคคลเกิดขึ้นเมื่อกฎหมายและอำนาจอธิปไตยของรัฐให้ความยินยอม และสภาพนิติบุคคลต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด โดยยืนยันว่ารัฐเท่านั้นที่จะเป็นที่มาของสภาพนิติบุคคลและถือว่ารัฐเท่านั้นที่มีอยู่อย่างแท้จริง<sup>66</sup>
3. ทฤษฎีนิติบุคคลได้เกิดขึ้นจริงและดำรงฐานะจริง (Realistic Theory or Organic Theory) เห็นว่า นิติบุคคลคือคณะบุคคลที่ได้รวมตัวกัน นิติบุคคลจึงเกิดขึ้นและมีอยู่อย่างแท้จริง โดยผู้แทนของนิติบุคคลไม่อาจแยกออกจากนิติบุคคลได้และยังถือเป็นส่วนหนึ่งของนิติบุคคล ดังนั้น สภาพและฐานะของนิติบุคคลจึงมิใช่เพียงสิ่งที่สมมติขึ้นตามกฎหมายเท่านั้น หากแต่นิติบุคคลเป็นบุคคลที่ประกอบเข้ากันและมีเจตนาที่แท้จริงเป็นของตนเอง ทฤษฎีดังกล่าวนี้ได้พยายามเสนอการยอมรับสภาพนิติบุคคลทางกฎหมายโดยวิธีการจดทะเบียน<sup>67</sup>
4. ทฤษฎีนิติบุคคลเกิดขึ้นด้วยผลแห่งสัญญา (Contractual Theory or Nexus of Contract) เห็นว่า ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทเกิดขึ้นจากสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง และสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัท ภายใต้แนวความคิดที่ว่าบริษัทประกอบด้วยการรวมตัวกันของหน่วย (units) เล็กๆ ทฤษฎีนี้มีลักษณะคล้ายกับ Aggregatc Theory คือ การปฏิเสธการดำรงอยู่ของบริษัทที่แตกต่างหากจากผู้ถือหุ้นหรือผู้ก่อตั้งบริษัท ทั้งนี้ตามที่ Judge Frank Easterbrook and Professor Daniel Fischel กล่าวว่า การทำสัญญาเพื่อก่อตั้งบริษัทอาจจะทำ

<sup>65</sup> Nicholas HD Foster, "Company law theory in comparative perspective: England and france." *The American Journal of Comparative Law* 48, 4 (2000): 573-621.

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> Wolfgang Gaston Friedmann, *Legal theory*. 5<sup>th</sup> ed. (New York: Columbia University Press, 1967), pp.556-557.

ขึ้นได้หลายรูปแบบ อาจจะเป็นรูปแบบการเจรจาต่อรอง หรืออาจจะเป็นสัญญาที่มีแบบฟอร์มที่แน่นอนตายตัวก็ได้<sup>68</sup>

5. ทฤษฎีความจำเป็นทางการค้า (Enterprises Theory) เห็นว่า เป็นความจำเป็นทางการค้า จึงต้องให้บริษัทมีสภาพและฐานะเป็นนิติบุคคล เกิดขึ้นจากความจำเป็นทางการค้า โดยไม่คำนึงถึงการมีตัวตนแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น<sup>69</sup>
6. ทฤษฎีนิติบุคคลเกิดจากการรวมกลุ่มของคณะบุคคล (Aggregate Theory) เห็นว่า บริษัทเป็นบุคคลรวมๆ ของบุคคลตามธรรมชาติ ในระยะแรกทฤษฎีที่ยึดถือนิติบุคคลที่เกิดจากการรวมกลุ่มของคณะบุคคลถือว่าผู้ถือหุ้นเป็นส่วนสำคัญในการรวมตัวกันเพื่อจัดตั้งบริษัท แต่ต่อมามีแนวโน้มที่จะหมายรวมถึงบุคคลอื่นที่มีความเกี่ยวข้องในการดำเนินงานของบริษัท ได้แก่ กรรมการ และพนักงานของบริษัท ทฤษฎีที่ยึดถือนิติบุคคลเกิดจากการรวมกลุ่มของคณะบุคคล มีแนวความคิดเช่นเดียวกับทฤษฎีสมมติเกี่ยวกับความเป็นบุคคลสมมติของบริษัท แต่แตกต่างกันตรงที่ทฤษฎีนี้ไม่ถือว่าบริษัทมีสภาพเป็นบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น<sup>70</sup>
7. ทฤษฎีผู้รับประโยชน์ (Collectivist Theory) ทฤษฎีนี้ Jhering เป็นผู้คิดขึ้นและเห็นว่า ผู้ถือสิทธิและมีหน้าที่ของนิติบุคคล คือ บุคคลธรรมดา ซึ่งสิทธินั้นได้เป็นประโยชน์แก่เขา<sup>71</sup> และถือว่าสมาชิกของนิติบุคคลที่เป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้นที่มีสิทธิและหน้าที่ของนิติ

<sup>68</sup> Michael J. Phillips, "Reappraising the real entity theory of the corporation," *Florida State University Law Review* 21 (1993): 1061-1123. อ้างถึงใน จิรจิตร ช่วยศรียัง, "บริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นคนเดียว," (วิทยานพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 27.

<sup>69</sup> โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วน บริษัท (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2545), หน้า 240.

<sup>70</sup> จิรจิตร ช่วยศรียัง, "บริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นคนเดียว," (วิทยานพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 28

<sup>71</sup> หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2542), หน้า 257.

บุคคลดังกล่าว กล่าวคือ เมื่อบุคคลธรรมดา มารวมตัวกันตั้งนิติบุคคลขึ้นมาแล้วใช้ชื่อนิติบุคคลอันหนึ่งแทนบุคคลทั้งหมดเพื่อความสะดวกในการดำเนินการเท่านั้น<sup>72</sup>

8. ทฤษฎีแห่งวัตถุประสงค์ (Purpose Theory) ทฤษฎีนี้ก่อตั้งโดย Enneccerus Nipperdey โดยเห็นว่า นิติบุคคลไม่ใช่สิ่งมีชีวิตหรือจิตใจตามธรรมชาติ หากแต่เจตจำนงของมนุษย์ที่รวมเข้ากันเพื่อวัตถุประสงค์ใดๆ ต่างหากที่ทำให้นิติบุคคลเกิดขึ้นและถือเป็นเจตจำนงของนิติบุคคล กล่าวคือ อำนาจในกรณีมีเจตจำนงของคนธรรมดาตนเอง ซึ่งได้รวมกันเข้าเพื่อวัตถุประสงค์อันใดอันหนึ่งอันถือว่าเป็นเจตจำนงของนิติบุคคล และทำให้นิติบุคคลนี้เป็นบุคคลขึ้น ทั้งนี้ ถือว่านิติบุคคลนั้นไม่ใช่สิ่งที่มีอยู่จริงๆ เป็นแต่มนุษย์มีเจตจำนงให้มีนิติบุคคลขึ้นเพื่อให้นิติบุคคลนี้ดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดให้นิติบุคคลมีอยู่<sup>73</sup>

มีผู้ให้ข้อสังเกตว่าแม้ทฤษฎีเกี่ยวกับสภาพนิติบุคคลของบริษัทจะมีมากมายรวมกันไม่น้อยกว่า 16 ทฤษฎีเป็นอย่างน้อย แต่เราอาจสรุปประเภทของทฤษฎีดังกล่าวได้เป็น 3 กลุ่ม คือ<sup>74</sup>

ประการแรก บริษัทคือการกระทำของรัฐ (State action) กล่าวคือ บริษัทเป็นเพียงบุคคลสมมติหรือบุคคลประดิษฐ์ (Artificial person) ที่เกิดขึ้น โดยการกระทำของรัฐหรือกฎหมาย และย่อมจะมีสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบเท่าที่กฎหมายแห่งรัฐนั้นและ/หรือตราสารจัดตั้งบริษัทจักพึงกำหนดให้เท่านั้น จุดสำคัญที่แนวคิดประเภทนี้ให้ความสำคัญ คือ มุ่งเน้นพิจารณาที่การกระทำของรัฐมิใช่การกระทำของผู้ก่อตั้งบริษัท แนวคิดดังกล่าวนี้มีรากฐานทางความคิดมาเป็นเวลาช้านานและยังคงได้รับการยอมรับจากระบบกฎหมายต่างๆ อย่างกว้างขวาง

ประการที่สอง บริษัทคือการกระทำของเอกชน (Private action) กล่าวคือ บริษัทเป็นบุคคลที่เกิดขึ้นจากการรวมตัวกัน (Aggregation) หรือการเข้ารวมกัน (Association) ของกลุ่มบุคคลธรรมดาเพื่อ

<sup>72</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>73</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 258.

<sup>74</sup> Martin Wolff, "On the nature of legal persons," *Law Quarterly Review* 54 (1938): 494-521. Cited in Phillip I. Blumberg, *The multinational challenge to corporation law: The search for a new corporate personality* (New York: Oxford University Press US, 1993), pp. 25-28.

ดำเนินกิจการ ในรูปแบบของบริษัท จุดสำคัญที่แนวคิดประเภทนี้ให้ความสำคัญ คือ มุ่งเน้นพิจารณาที่ การกระทำของเอกชนหรือผู้ก่อตั้ง แนวคิดนี้เริ่มได้รับการยอมรับในช่วงที่การจัดตั้งบริษัทเริ่มสามารถ กระทำได้โดยอิสระ ไม่จำเป็นต้องทำการขออนุญาตจัดตั้งและ/หรือมีการตรากฎหมายหรือกฎเกณฑ์แห่ง กฎหมายเสียก่อน จนนักกฎหมายบางท่านก็เห็นว่าแนวคิดประเภทนี้ได้เข้ามาแทนที่แนวคิดประเภท แรกแล้ว แต่บางท่านก็ยังคงเห็นว่าแนวคิดประเภทนี้เกิดขึ้นเพื่อเข้ามาเสริมแนวคิดประเภทแรกเท่านั้น เนื่องจากยังคงยอมรับถึงอำนาจของรัฐที่มีส่วนในการจัดตั้งและกำหนดขอบเขตอำนาจ หน้าที่ของ บริษัทด้วย

ประการที่สาม บริษัทนั้นเกิดจากการกระทำด้านสังคม (Social creation) แนวคิดประเภทนี้ ได้รับอิทธิพลจากรากฐานแนวคิดและปรัชญาของเยอรมัน โดยเห็นว่าบริษัทเป็นกลุ่มทางสังคม (Social group) ที่มีและดำรงอยู่จริง (Real existence) และมีสภาพหรือฐานะที่แยกออกจากผู้ถือหุ้น ส่วนการ กระทำหรือกฎหมายของรัฐนั้นเพียงแต่เข้ามาประทับรับรองในสิ่งที่เกิดขึ้นอยู่แล้วเท่านั้น จุดสำคัญที่ แนวคิดประเภทนี้ให้ความสำคัญ คือ มุ่งเน้นให้ความสำคัญแก่ตัวบริษัทเอง มิใช่ผู้ก่อตั้งหรือผู้ถือหุ้น

แนวคิดทั้งสามประเภทข้างต้นนั้นต่างก็ให้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์ทั้งสิ้น<sup>75</sup> กล่าวคือ การจัดตั้ง บริษัทนั้นย่อมไม่อาจจะสำเร็จได้หากไม่ได้รับการยอมรับหรือรับรองจากอำนาจรัฐตามแนวคิดประเภท แรก แม้ว่าจะเป็นเพียงการยอมรับหรือรับรองโดยกฎหมายที่อนุญาตให้มีการจัดตั้งบริษัทได้อย่างอิสระ ก็ดี นอกจากนี้ แนวคิดนี้ยังสนับสนุนให้เกิดการควบคุมบริษัทและการประกอบกิจการของบริษัทโดย อาศัยอำนาจของกฎหมายอีกด้วย ส่วนแนวคิดประการที่สองนั้นย่อมจะทำให้เห็นได้ว่า การจัดตั้ง บริหารจัดการ รวมถึงปรับโครงสร้างองค์กรของบริษัทนั้นย่อมไม่อาจจะกระทำได้โดยปราศจากการ กระทำของเอกชน ในขณะที่รัฐหรือกฎหมายนั้นคงทำหน้าที่เพียงในส่วนที่เป็นรูปแบบพิธีเท่านั้น นอกจากนี้ การที่จุดสำคัญของแนวคิดประเภทนี้ให้ความสำคัญไปที่ผู้ก่อตั้งหรือผู้ถือหุ้นทำให้ช่วย สนับสนุนการนำแนวคิด Enterprise principle ไปใช้กับกลุ่มบริษัท เนื่องจากอาศัยการพิจารณานิติ สัมพันธ์ของบริษัทย่อยโดยอ้างอิงกับประโยชน์และบทบาทของบริษัทแม่ในฐานะผู้ถือหุ้นของบริษัท ย่อย สำหรับแนวคิดประเภทที่สามนั้นย่อมทำให้เห็นว่า หลายครั้งที่บริษัทในฐานะองค์กรหรือกลุ่มทาง สังคมเกิดขึ้นและดำรงเป็นระยะเวลาานานมากหรือเป็นการถาวรตลอดไป มีทรัพยากรและบุคคลหรือ

<sup>75</sup> Gunther Teubner, "Enterprise corporatism: New industrial policy and the" Essence" Of the legal person." *The American Journal of Comparative Law* 36. 1 (1988): 130,138.



สมาชิกจำนวนมาก จนเรียกได้ว่าสามารถตั้งอยู่ได้ด้วยตัวเองแยกต่างหากจากผู้ก่อตั้งหรือผู้ถือหุ้นอย่างชัดเจนและมีความเป็นตนตัวเป็นของตนเองได้ นอกจากนี้ ยังสามารถสนับสนุนการนำแนวคิด Enterprise principle ไปใช้กับกลุ่มบริษัทได้ เนื่องจากสนับสนุนการพิจารณาบริษัทและวิสาหกิจ (Enterprise) ในลักษณะที่เป็นองค์กรทางเศรษฐกิจ (Economic organization) ที่มีตัวตนอยู่จริง และให้ความสำคัญกับความเป็นจริงทางเศรษฐกิจ (Economic reality)<sup>76</sup>

## 2.6.2 แนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพแยกออกจากกัน (Separate entity approach or Entity principle) และหลักการที่เกี่ยวข้อง

แนวคิดเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของกลุ่มบริษัทที่ได้รับการยอมรับกันอยู่ในปัจจุบันนั้น ในเบื้องต้นมีด้วยกันอยู่ 2 แนวคิด<sup>77</sup> กล่าวคือ แนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกัน (Separate entity approach or Entity principle) และ แนวคิดที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียว (Single enterprise approach or Enterprise principle)

สำหรับแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกัน (Separate entity approach or Entity principle) แนวทางนี้เป็นแนวทางที่ยึดติดอยู่กับหลักกฎหมายพื้นฐานบางประการ กล่าวคือ หลักการเกี่ยวกับสภาพนิติบุคคลของบริษัท หลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้น โดยถือว่าแต่ละบริษัทนั้นมีสภาพบุคคล สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบแยกจากกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เส้นแบ่งแยกที่ชัดเจน (A bright line of distinction) ได้ถูกขีดขึ้นระหว่างตัวบริษัทกับผู้ถือหุ้น<sup>78</sup> ไม่พิจารณาว่าบริษัทดังกล่าวนี้จะมีผู้ถือหุ้นเป็นใคร และมีบทบาทในการควบคุมและบริหารจัดการกิจการของบริษัทดังกล่าวมาน้อยเพียงใด แม้ว่าจะเป็นบริษัทถูกควบคุม (Controlled) หรือถือหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วน (Wholly or partly owned) โดยบริษัทอื่น และบริษัทอื่นนี้มีบทบาทในการควบคุมและบริหารจัดการกิจการของบริษัทดังกล่าวมาน้อยเพียงใดก็ตาม และผู้ถือหุ้นของบริษัทดังกล่าวนี้จะมีความรับผิดชอบใน

<sup>76</sup> Phillip I. Blumberg, The multinational challenge to corporation law: The search for a new corporate personality (New York: Oxford University Press US, 1993), pp. 28-30.

<sup>77</sup> United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of corporate group in insolvency note by the secretariat, a/cn.9/wg.V/wp.74," Vienna, 2006. (Online), pp.14-15.

<sup>78</sup> Phillip I. Blumberg, The law of corporate groups: Procedural problems in the law of parent and subsidiary corporations (Boston: Little, brown and company, 1983), p.1.

หนี้สินของบริษัทนี้เพียงเท่าที่ได้ลงทุนหรือลงทุนไว้เท่านั้น เว้นแต่ในกรณีที่มีการนำสภาพนิติบุคคลและหลักการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นไปใช้อย่างทุจริต หรือหลีกเลี่ยงกฎหมาย อันก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้หรือบุคคลอื่นผู้มีสิทธิตามกฎหมาย จึงจะนำเอาหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท (Piercing or Lifting of the corporate veil) มาบังคับใช้เพื่อให้ผู้กระทำการอันทุจริตหรือหลีกเลี่ยงกฎหมายดังกล่าวมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย แนวทางดังกล่าวนี้เป็นแนวทางที่กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ยึดถืออยู่ในปัจจุบัน

แนวความคิดดังกล่าวอันเป็นรากฐานสำคัญของกฎหมายว่าด้วยองค์กรธุรกิจในปัจจุบันนั้น ตั้งอยู่บนแบบจำลองทางความคิด (Presupposed model) ของบริษัทเดี่ยวที่มีอิสระในการประกอบกิจการด้วยตนเองหรือความเป็นเอกเทศและความมีอิสระของบริษัท (Single and autonomous corporation) โดยการบริหารจัดการของคณะกรรมการของบริษัทซึ่งมีหน้าที่อันเกิดจากความไว้วางใจของผู้ถือหุ้น (Fiduciary duty) ในดำเนินกิจการของบริษัทให้เกิดประโยชน์สูงสุด ภายใต้การกำกับดูแลของกลุ่มผู้ถือหุ้นซึ่งมิได้มีอำนาจในการครอบงำหรือสั่งการกิจการและการดำเนินงานของบริษัท<sup>79</sup> แบบจำลองดังกล่าวส่งผลให้กฎหมายว่าด้วยองค์กรธุรกิจมีเนื้อหาส่วนใหญ่จำกัดอยู่เพียงการจัดตั้ง การบริหารจัดการ การจัดการด้านเงินทุน และการเลิกบริษัท โดยมีได้ให้ความสนใจหรือให้ความสนใจน้อยมากเกี่ยวกับประเด็นของกลุ่มบริษัท ทั้งนี้ เพราะเหตุว่าเมื่อแบบจำลองทางความคิดตั้งอยู่บนพื้นฐานของบริษัทเดี่ยวอันมีอิสระแล้ว การยอมรับให้บริษัทมีสถานะของการถูกควบคุมโดยบริษัทอื่นจนขาดความอิสระไปพร้อมกันนั้นย่อมเป็นภาวะที่ขัดแย้งกันเอง จึงไม่น่าแปลกใจหากจะพบว่าในอดีตช่วงที่แนวคิดดังกล่าวนี้มีความเข้มแข็งมากจนถือเป็นเสาหลัก (Milestone) สำคัญประการหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยองค์กรธุรกิจ การควบคุมกันระหว่างบริษัท (Intercorporate control) นั้นเป็นเรื่องที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้และต้องห้ามในทางกฎหมาย\*

\* ดังนี้ จึงเป็นเหตุให้การยอมรับในการถือครองหุ้นระหว่างบริษัทหรืออีกนัยหนึ่งคือการเกิดขึ้นของกลุ่มบริษัทในช่วงแรกที่แนวคิดและแบบจำลองดังกล่าวยังมีอิทธิพลอย่างเข้มแข็งนั้นเป็นไปได้เลย ทั้งจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร จากศาล และจากนักกฎหมาย โปรดดูหัวข้อ 2.2.2

<sup>79</sup> José Engrácia Antunes, Liability of corporate groups: Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German, and EEC law: An international and comparative perspective (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), p., p.13.

\* จนกระทั่งมีการยอมรับกันในภายหลังทั้งในระบบกฎหมาย Civil law และระบบกฎหมาย Common law โปรดดูหัวข้อ 2.2.2

พัฒนาการของแนวคิดและแบบจำลองทางความคิดดังกล่าวนี้ได้พัฒนามาจากเหตุผลหรือสถานะแวดล้อมเชิงประวัติศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ และกฎหมาย กล่าวคือ แนวคิดดังกล่าวนี้มีรากฐานมายาวนานตั้งแต่สมัยศตวรรษที่ 13 จนตกผลึกและนำมาใช้ในทางปฏิบัติครั้งแรกในศตวรรษที่ 15 และหากย้อนกลับไปพิจารณาหน่วยธุรกิจในยุคก่อนจะพบว่าหน่วยธุรกิจส่วนใหญ่จะเป็นหน่วยธุรกิจเล็กๆ แทบทั้งสิ้น หากจะมีบริษัทขนาดใหญ่<sup>\*\*</sup> ของชาติมหาอำนาจก็เป็นเพียงส่วนน้อยเท่านั้นและมักจะต้องเกี่ยวข้องกับอำนาจทางการเมืองหรือผลพวงจากการล่าอาณานิคมด้วย ประกอบกับแนวความคิดจากสำนักเศรษฐศาสตร์คลาสสิก (Classic economic school) โดย Adam Smith, David Ricardo และ J. Stuart Mill ต่างก็เห็นพ้องกันในหลักการแข่งขันอย่างสมบูรณ์และระบบตลาดเสรี โดยเห็นว่าการจะทำให้เกิดความมั่งคั่งต่อระบบเศรษฐกิจของชาติได้นั้นจำเป็นต้องอาศัยการจัดสรรทรัพยากรอย่างอิสระของปัจเจกชนที่มีความเท่าเทียมกันและกลไกตลาดโดยรัฐจะต้องรับรองและคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของปัจเจกชนให้เกิดขึ้นมิให้บุคคลอื่นเข้ามาร่วมใช้งานทรัพย์สินดังกล่าวได้<sup>\*\*\*</sup> นอกจากนี้ ยังมีแนวคิดทางกฎหมายที่ให้ความสำคัญกับปัจเจกชน (Individualism) เข้ามาช่วยส่งเสริมและบังคับ (Implement) ตามแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ดังกล่าวข้างต้นอีกด้วย

แนวคิดดังกล่าวนี้นำไปสู่การยอมรับและรับรองให้บริษัทมีสถานะเป็นบุคคลตามกฎหมาย (Separate legal personality) และมีความสามารถในการกระทำการใดๆ ได้ตามกฎหมาย (Capacity to act) การรับรองให้บริษัทมีสถานะเป็นบุคคลตามกฎหมายดังกล่าวนี้เป็นผลให้บริษัทมีสภาพบุคคลแยกออกจากผู้ถือหุ้นซึ่งได้เข้ามารวมกลุ่มกันหรือเข้ามาเป็นสมาชิกส่วนหนึ่งของบริษัทซึ่งทำให้บริษัทสามารถมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบได้เป็นของตนเอง เป็นต้นว่า บริษัทสามารถฟ้องหรือถูกฟ้องคดีในนามของตนเองได้ สามารถทำสัญญาในนามของตนเองได้ สามารถได้มาและจำหน่ายไปซึ่งทรัพย์สินได้ รวมไปถึงคุณลักษณะเฉพาะที่สำคัญของบริษัทคือ การที่หุ้นของบริษัทสามารถโอนเปลี่ยนมือได้อย่างเสรีและการเปลี่ยนแปลงสมาชิกหรือผู้ถือหุ้นของบริษัทไม่ทำให้สภาพและความดำรงอยู่ของบริษัทต้องเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย และก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ที่แตกต่างกันออกไปในระหว่างบุคคลกลุ่มต่างๆ ที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับบริษัททั้งผู้ถือหุ้น กรรมการ เจ้าหนี้ และลูกจ้าง และยังเป็นผลให้เกิดหลักการดำรงเงินทุนของบริษัท (Principle of maintenance of equity capital) เพราะเหตุว่าเมื่อกฎหมายว่าด้วยองค์กรธุรกิจเป็นกลไกในการจัดสรรภาระต้นทุนและความเสี่ยงจากการดำเนินกิจการ

<sup>\*\*</sup> เช่น Dutch East India Companies เป็นต้น

<sup>\*\*\*</sup> เช่น แนวคิดเรื่องความหายนะของทรัพย์สินสมบัติส่วนรวม (Tragedy of common property)

ระหว่างบุคคลกลุ่มต่างๆ และได้กำหนดให้บริษัทมีสภาพบุคคลที่แตกต่างหากจากผู้ถือหุ้นซึ่งทำให้เฉพาะบริษัทและทรัพย์สินของบริษัทเท่านั้นที่ต้องแบกรับภาระต้นทุนและความเสี่ยงดังกล่าว กรณีจึงเป็นการย้ายภาระต้นทุนและความเสี่ยงไปยังเจ้าหน้าที่ของบริษัท ดังนั้น จึงจำเป็นต้องกำหนดหลักการดังกล่าวขึ้นมาเพื่อให้บริษัทมีเงินทุนเพียงพอที่จะชำระให้เจ้าหน้าที่

สำหรับการรับรองให้บริษัทมีความสามารถตามกฎหมายนั้น แม้ว่ากฎหมายจะรับรองความสามารถดังกล่าวแล้ว แต่เมื่อบริษัทเป็นเพียงบุคคลสมมติได้มีร่างกายหรือจิตใจ (*Corpus mysticum*) เฉกเช่นบุคคลธรรมดาในอันที่จะดำเนินกิจกรรมต่างๆ หรือใช้ความสามารถดังกล่าวได้ด้วยตนเอง ดังนั้น บริษัทจึงจำเป็นต้องอาศัยบุคคลธรรมดาที่เข้ามาเป็นสมองและแขนขา (Existence of organization) เพื่อมาดำเนินกิจกรรมหรือใช้สิทธิต่างๆ แทนตน เป็นผลให้กฎหมายลักษณะดังกล่าวนี้จำเป็นต้องสร้างหน่วยงานหรือบุคคลกลุ่มต่างๆ ขึ้นภายใต้เงาของบริษัทเพื่อให้เป็นสมองและแขนขาของบริษัทอันได้แก่ ผู้ถือหุ้น คณะกรรมการ ฝ่ายปฏิบัติการหรือลูกจ้าง ผู้ตรวจสอบบัญชี โดยอาศัยหลักการแบ่งแยกอำนาจหรือถ่วงดุลและตรวจสอบระหว่างกัน (Separation of powers or checks and balances) นอกจากนี้ กฎหมายยังต้องกำหนดถึงภารกิจ หน้าที่ และความสัมพันธ์ระหว่างกันของหน่วยงานหรือบุคคลกลุ่มต่างๆ ข้างต้นเพื่อเกิดประโยชน์สูงสุดแก่บริษัทอีกด้วย โดยอาศัยหลักการ 2 ประการ กล่าวคือ หลักการคะแนนเสียงข้างมากและความเท่าเทียมกันระหว่างผู้ถือหุ้น (Majority principle and principle of shareholders' equal treatment) กับหลักการหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการอันเกิดจากความซื่อสัตย์และไว้วางใจ (Principle of managerial fiduciary duties) เป็นพื้นฐานในการออกแบบและกำหนดข้อกฎหมาย

### 2.5.2.1 หลักการความรับผิดอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้น

หลักการความรับผิดอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้น (Limited liability of shareholders) เป็นหลักการพื้นฐานที่ได้รับการยอมรับกันในปัจจุบันของกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทตามแนวความคิดที่ถือว่าบริษัทมีสภาพบุคคลแยกออกจากผู้ถือหุ้นของบริษัท<sup>80</sup> หลักการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้นดังกล่าวนี้ได้รับ

<sup>80</sup> Phillip I. Blumberg, *The multinational challenge to corporation law: The search for a new corporate personality* (New York: Oxford University Press US, 1993), p. 121

การยอมรับอย่างกว้างขวางในประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วงไตรมาสแรกของศตวรรษที่ 19<sup>1</sup> และประเทศอังกฤษในช่วงปีค.ศ. 1856-1862 ซึ่งแม้ว่าหลักการดังกล่าวจะเป็นที่ยอมรับกันในเชิงกฎหมาย ภายหลังจากการยอมรับหลักการสภาพนิติบุคคลของบริษัทที่แยกออกจากผู้ถือหุ้น แต่หลักการดังกล่าวนี้ถือเป็นปัจจัยสนับสนุนหลักการเกี่ยวกับสภาพนิติบุคคลของบริษัทที่สำคัญยิ่งประการหนึ่งอันทำให้หลักการเกี่ยวกับสภาพนิติบุคคลของบริษัทและแนวคิด Entity principle มีความเข้มแข็งอย่างมากในภายหลัง

หากจะพิจารณาเหตุผลในเชิงกฎหมายหลักการดังกล่าวจะพบว่าหลักการนี้เป็นไปตามแนวคิดที่ว่าด้วยจุดเกาะเกี่ยวหรือความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจควบคุมและความรับผิดชอบ (Nexus between power and liability) นั่นเอง กล่าวคือ อาศัยหลักการที่ว่าเมื่อไม่มีอำนาจควบคุมก็ย่อมไม่นำมาซึ่งความรับผิดชอบ (No liability without power) ประกอบกับแนวคิดและแบบจำลองเกี่ยวกับบริษัทอันเป็นรากฐานของกฎหมายนั้นเป็นแบบจำลองที่เป็นบริษัทเดี่ยวซึ่งมีอิสระ ผู้ถือหุ้นนั้นมีจำนวนค่อนข้างมากจนไม่อาจจะมีผู้ถือหุ้นเพียงรายหนึ่งรายเดียวที่จะมีอำนาจควบคุมในการบริหารจัดการบริษัทได้โดยเด็ดขาด ดังนั้นผู้ถือหุ้นแต่ละคนจึงมีอำนาจควบคุมค่อนข้างน้อยหรือมีอำนาจจำกัดอันนำมาซึ่งความรับผิดชอบอย่างจำกัดด้วย (Limited power entails limited liability) ในขณะที่กรณีขององค์กรธุรกิจรูปแบบเจ้าของรายเดียวหรือห้างหุ้นส่วนนั้น เจ้าขององค์กรธุรกิจดังกล่าวมักจะมีอำนาจควบคุมการบริหารจัดการอย่างเต็มที่ จึงจำเป็นต้องรับผิดชอบในการตัดสินใจและการกระทำของตนหรือต้องมีความรับผิดชอบอย่างไม่จำกัด (Unlimited power entails unlimited liability) ดังนี้ จักเห็นได้ว่ารูปแบบความรับผิดชอบของเจ้าของหรือสมาชิกในองค์กรธุรกิจจะแปรผันไปตามรูปแบบของอำนาจควบคุมในการบริหารจัดการองค์กรตามแต่ละรูปแบบขององค์กรธุรกิจ ทั้งนี้ ตามแนวคิดที่ว่าบุคคลใดมีอำนาจควบคุมการกระทำ บุคคลนั้นย่อมมีความรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำและความเสียหายอันเกิดขึ้นเนื่องมาจากการกระทำดังกล่าวนั้นนั่นเอง (*ubi commoda ibi incommoda*)

สำหรับเหตุผลในเชิงเศรษฐศาสตร์ของหลักการดังกล่าวนี้ หลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นเป็นระบบหรือวิธีในการจัดสรรความรับผิดชอบ (Liability regime) ในความเสี่ยงและภาระต้นทุนอันเกิดจากการประกอบกิจการที่ยอมรับกันว่าดีที่สุดสำหรับกรณีบริษัทเดี่ยว เหนือกว่าบรรดา

---

<sup>1</sup> แต่ทั้งนี้ยังคงปรากฏบางมลรัฐที่ไม่ยอมรับหลักการดังกล่าว เป็นต้นว่า มลรัฐแคลิฟอร์เนียที่ยังไม่ยอมรับหลักการดังกล่าวจนกระทั่งในปีค.ศ. 1931

ระบบหรือวิธีในการจัดสรรความรับผิดชอบอื่นๆ เช่น ระบบไม่จำกัดความรับผิด (Unlimited liability) ระบบความรับผิดตามส่วน (Pro rata liability) ระบบความรับผิดสองเท่า (Double liability) เป็นต้น ทั้งนี้ เพราะมีประสิทธิภาพในทางเศรษฐศาสตร์ (Economic efficiency) ดีกว่าระบบจัดสรรความรับผิดอื่นๆ ทั้งในด้านของผู้ถือหุ้น เจ้าหนี้ของบริษัท และต่อตัวบริษัทเอง กล่าวคือ

1. ในด้านของผู้ถือหุ้นนั้น เมื่อผู้ถือหุ้นเป็นกลุ่มเจ้าของบริษัทซึ่งแต่ละคนมิได้มีอำนาจควบคุมและบริหารจัดการบริษัทได้อย่างเด็ดขาด (Non-managing owner) ขณะที่อำนาจบริหารจัดการเป็นของคณะกรรมการผู้มีความรู้และความเชี่ยวชาญในกิจการของบริษัท (Non-owning manager) ดังนั้น หากกำหนดให้ผู้ถือหุ้นมีความรับผิดอย่างไม่จำกัดจากการกระทำอันตนมิได้ตัดสินใจหรือควบคุมแล้ว ย่อมทำให้ผู้ถือหุ้นต้องแบกรับภาระความเสี่ยงอันมากเกินไปจนสมควรเป็นผลให้ผู้ถือหุ้นไม่ประสงค์ที่จะเข้ามาลงทุน นอกจากนี้ กรณีนี้จะผลักดันให้ผู้ถือหุ้นมีความต้องการที่จะตรวจสอบการดำเนินงานของบริษัทโดยเหล่าคณะกรรมการมากกว่าอันนำไปสู่ต้นทุนด้านการตรวจสอบการดำเนินงาน (Monitoring costs) และในการดังกล่าวผู้ถือหุ้นจำเป็นจะต้องได้รับข้อมูลต่างๆ โดยอาศัยตัวแทนของคนอันนำไปสู่ต้นทุนด้านตัวแทน (Agency cost) ดังนี้ หลักการความรับผิดอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นจะช่วยลดต้นทุนดังกล่าวลงไปได้จากการลดแรงจูงใจในการตรวจสอบการดำเนินงานของบริษัทอย่างใกล้ชิด อีกทั้งยังจะช่วยลดความต้องการและต้นทุนในการตรวจสอบผู้ถือหุ้นคนอื่นอีกด้วย กล่าวคือ หากผู้ถือหุ้นนำทรัพย์สินมารวมกันแล้วจัดตั้งบริษัทเพื่อดำเนินกิจการ โดยปราศจากการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้นเสียแล้ว ทรัพย์สินที่นำมารวมกันนั้นจึงเป็นเสมือนทรัพย์สินรวมของผู้ถือหุ้น ทรัพย์สินของผู้ถือหุ้นแต่ละคนอาจถูกบังคับชำระหนี้ของได้ ผู้ถือหุ้นที่เหลือจะต้องเข้ามาตรวจสอบการกระทำของผู้ถือหุ้นคนอื่นเพื่อให้แน่ใจว่าผู้ถือหุ้นคนอื่นจะไม่โอนทรัพย์สินให้แก่ผู้อื่น นอกจากนี้ ยังจะต้องตรวจสอบถึงสถานะทางการเงินหรือความมั่งคั่งของผู้ถือหุ้นรายอื่นอีกด้วย แต่หากมีการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้นแล้วย่อมทำให้ความต้องการและต้นทุนในส่วนนี้น้อยลงได้ เพราะเหตุว่า เมื่อผู้ถือหุ้นแต่ละคนมั่นใจว่าความเสี่ยงของตนเองจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนทุนที่ตนได้ลงไปเท่านั้น จึงไม่มีความจำเป็นในอันที่จะเข้ามาตรวจสอบการกระทำของผู้ถือหุ้นคนอื่นแต่อย่างใดอีก<sup>81</sup>

<sup>81</sup> จิรจิตร ช่วยศรียัง, "บริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นคนเดียว," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 43-44.

นอกจากนี้ หลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นยังช่วยให้การ โอนหุ้นสามารถกระทำได้โดยอิสระไม่มีผลกระทบต่อสถานะของบริษัท เนื่องมาจากการลดบทบาทและความสำคัญของตัวหุ้นและผู้ถือหุ้นที่จะมีผลกระทบต่อบริษัทลง อีกทั้งยังเป็นการเปิดช่องทางให้ผู้ถือหุ้นกระจายการลงทุนได้มากขึ้น เพื่อกระจายความเสี่ยงของตนโดยการถือครองหุ้นหรือหลักทรัพย์ในหลายกิจการหลากหลายกิจ

2. ในด้านเจ้าหนี้ นั้น แม้ว่าหลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นจะเป็นการ โอนถ่ายภาระความเสี่ยงบางส่วนมาให้แก่เจ้าหนี้จากการที่กำหนดให้บริษัทเท่านั้นที่มีความรับผิดชอบในการกระทำของบริษัท โดยตัดส่วนของผู้ถือหุ้นออกไป แต่เจ้าหนี้ก็เองถือได้ว่าเป็นบุคคลที่สามารถบริหารจัดการความเสี่ยงดังกล่าวได้อย่างดีที่สุดและมีต้นทุนต่ำที่สุด (Cheapest risk avoider) ด้วยการเรียกราคาหรือดอกเบี้ยในอัตราที่สูงเพียงพอที่จะคุ้มค่ากับความเสี่ยงที่ตนจักต้องแบกรับ โดยอาศัยข้อได้เปรียบด้านข้อมูลที่มีเหนือบุคคลกลุ่มอื่น (Superior information) ใด ๆ ก็ดี มีข้อน่าสังเกตว่าประโยชน์ของหลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นในกรณีดังกล่าวนี้มีได้สามารถใช้ได้กับเจ้าหนี้ทุกประเภท หากแต่ น่าจะใช้ได้กับเฉพาะกลุ่มเจ้าหนี้ที่เข้ามาผูกพันกับบริษัทโดยสมัครใจ (Voluntary creditor) เท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของกลุ่มธนาคารและสถาบันการเงินหรือเจ้าหนี้รายใหญ่ทั้งหลาย สำหรับเจ้าหนี้กลุ่มอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหนี้รายเล็กและเจ้าหนี้ที่มีได้สมัครใจผูกพันกับบริษัท (Involuntary creditor) ไม่น่าจะได้รับประโยชน์ในเรื่องดังกล่าวได้

นอกจากนี้ หลักการดังกล่าวยังช่วยลดต้นทุนในการบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ (Enforcement cost) ในอันที่จะต้องไปฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเรียกร้องเอาหนี้สินของบริษัทจากผู้ถือหุ้นทุกรายอันจะก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีที่สูงและไม่คุ้มค่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของบริษัทมหาชนที่มีผู้ถือหุ้นเป็นจำนวนมากมาย

3. ในด้านของตัวบริษัทเองนั้น ประการแรก หลักการดังกล่าวจะมีส่วนช่วยในการระดมเงินทุน (Capital raising device) อันเป็นหัวใจสำคัญประการหนึ่งสำหรับบริษัท ทั้งนี้ เนื่องมาจากการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบอันชัดเจนให้แก่ผู้ถือหุ้นเพื่อให้เป็นสิ่งจูงใจ (Incentive) แก่ผู้ถือหุ้นและบทบาทในการส่งเสริมให้มีการจัดตั้งตลาดหลักทรัพย์ อันจะเป็นการช่วยลดต้นทุนในการระดมทุนของภาคธุรกิจได้อีกด้วย เพราะภาคธุรกิจสามารถระดมทุนจากแหล่งเงินออมได้



โดยตรงมากขึ้น (Direct Financing) และลดการพึ่งพาการกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินที่เป็นสถาบันตัวกลางในการระดมเงินทุนโดยทางอ้อม (Indirect Financing) ได้อีกทางหนึ่งด้วย ส่วนประการที่สองนั้น หลักการดังกล่าวจะช่วยให้มีการลงทุนในกิจการใหม่มากขึ้น รวมถึงกิจการที่มีความเสี่ยงสูงซึ่งหากปราศจากหลักการดังกล่าวแล้วย่อมจะไม่มีผู้โดยอ้อมเสี่ยงที่จะลงทุนประกอบกิจการ (Risk taking device)<sup>82</sup>

ในประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วงแรกหลักการดังกล่าวยังคงไม่ได้รับความสำคัญนักเมื่อเทียบกับลักษณะเฉพาะของบริษัทประการอื่นๆ เช่น การโอนหุ้นได้อย่างอิสระและความสามารถในการดำรงกิจการได้ตลอดไป (Perpetual existence) ซึ่งได้รับความสนใจและการยอมรับว่าเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ห้องค์กรธุรกิจในรูปแบบบริษัทนั้นเป็นที่นิยมของนักธุรกิจประเภทต่างๆ จะเห็นได้จากในกรณีของบริษัทที่ประกอบกิจการประเภทการผลิตสินค้าที่ตราสารจัดตั้งบริษัทเหล่านี้มักจะกำหนดให้ผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบในหนี้สินของบริษัทอย่างไม่จำกัดจำนวน (Unlimited liability) อย่างไรก็ตาม ในกิจการที่มีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะหรือบริการทางการเงินนั้น ตราสารจัดตั้งมักจะมีการกำหนดให้ผู้ถือหุ้นในกิจการเหล่านี้มีความรับผิดชอบอย่างจำกัด แต่ครั้งเมื่อมีพัฒนาทางด้านอุตสาหกรรมและการเพิ่มขึ้นของบริษัทที่ประกอบกิจการประเภทต่างๆ อย่างมาก ประเด็นเกี่ยวหลักการความรับผิดชอบจำกัดของผู้ถือหุ้นเริ่มเป็นที่สนใจของหลายฝ่ายและเป็นที่ยอมรับกันถึงความจำเป็นในการระดมทุนจากผู้ถือหุ้นในกิจการต่างๆ จนทำให้หลักการความรับผิดชอบจำกัดของผู้ถือหุ้นเป็นที่ยอมรับในกฎหมายและคำพิพากษาอย่างกว้างขวาง ในช่วงกลางศตวรรษที่ 19 เกือบทุกมลรัฐยกเว้นมลรัฐแคลิฟอร์เนียที่ยังคงยึดมั่นในระบบความรับผิดชอบอย่างไม่จำกัดของผู้ถือหุ้น

<sup>82</sup> José Engrácia Antunes, *Liability of corporate groups: Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German, and EEC law: An international and comparative perspective* (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), pp.129-130.

\* ความเกี่ยวพันในกิจการบริการสาธารณะหรือบริการทางการเงินและลักษณะของการผูกขาดทางธุรกิจนั้น นับเป็นลักษณะเฉพาะของบริษัทในอดีตประการสำคัญ 2 ประการที่มีได้ถ่ายทอดหรือดำรงอยู่ในกรณีของบริษัทในปัจจุบัน

\* มลรัฐแคลิฟอร์เนียยังคงยึดในระบบความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นดังกล่าวในลักษณะความรับผิดชอบตามส่วน (Pro rata liability) ต่อไปเป็นเวลาค่อนข้างนาน และมีผลกระทบต่อบริษัทหรือผู้ถือหุ้นในบริษัทที่จัดตั้งขึ้นนอกเขตมลรัฐดังกล่าวแต่เข้ามาประกอบกิจการภายในมลรัฐดังกล่าวอีกด้วย



อย่างไรก็ตาม ยังคงมีข้อกังขาว่าหลักการดังกล่าวนี้จะมีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและการประกอบกิจการมากน้อยเพียงใด แม้ว่าหลักการดังกล่าวน่าจะช่วยส่งเสริมให้เกิดการระดมทุนและมีเหตุผลทางกฎหมายและทางเศรษฐศาสตร์สนับสนุนดังที่ได้พิจารณาข้างต้นก็ตาม แต่ในช่วงก่อนปีค.ศ. 1830 มลรัฐแมซซาชูเซ็ท (Massachusetts) และเกาะโรด (Rhode Island) ในส่วนของ New England ของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งยังใช้ระบบความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นอย่างไม่จำกัดอยู่ในขณะที่มลรัฐอื่นๆ รอบข้างได้เปลี่ยนไปใช้หลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นแล้ว กลับไม่พบว่ามลรัฐ 2 แห่งนี้จะได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจอย่างมีนัยสำคัญหรือมีผลให้ต้องสูญเสียตำแหน่งมลรัฐระดับแนวหน้าที่มีการเติบโตด้านอุตสาหกรรมสูงสุดไปแต่อย่างใด หรือกรณีของมลรัฐแคลิฟอร์เนียก็เช่นกัน แม้ว่าจะใช้ระบบความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นอย่างไม่จำกัดอยู่เป็นเวลาเกือบหนึ่งศตวรรษหลังจากที่มลรัฐอื่นๆ ส่วนใหญ่ได้เปลี่ยนไปใช้หลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นกันหมดแล้ว มลรัฐดังกล่าวก็ยังคงรักษาอัตราการเติบโตทางเศรษฐกิจไว้ได้เป็นอย่างดีในช่วงเวลาดังกล่าว นอกจากนี้ เมื่อครั้งที่มลรัฐเหล่านี้ได้เปลี่ยนไปใช้หลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นเช่นกันกับมลรัฐอื่นก็ไม่ทำให้เกิดผลในการเพิ่มอัตราการเติบโตทางเศรษฐกิจกับมลรัฐเหล่านี้แต่ประการใดอีกด้วย<sup>83</sup>

### 2.5.2.2 หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท

หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท หรือ Piercing or Lifting of the corporate veil หรือ Disregarding the corporate entity เป็นหลักการที่เกิดขึ้นจากการนำหลักการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นไปใช้อย่างทุจริต หรือหลีกเลี่ยงกฎหมาย อันก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้หรือบุคคลอื่นผู้มีสิทธิตามกฎหมาย โดยมักจะเป็นกรณีของบริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นคนเดียว หรือบริษัทที่อำนาจในการควบคุมอยู่ที่ผู้ถือหุ้นคนเดียว เนื่องจากในกรณีเหล่านี้ อำนาจในการควบคุมและบริหารจัดการของบริษัทมักตกอยู่ในเงื้อมมือของผู้ถือหุ้นรายดังกล่าวอย่างเบ็ดเสร็จ ทำให้บริษัทเป็นเพียงหุ่นเชิดของผู้ถือหุ้นจนอาจจะกล่าวได้ว่าบริษัทกับผู้ถือหุ้นเป็นบุคคลคนเดียวกัน และไม่สามารถแบ่งแยกทรัพย์สินของบริษัทกับทรัพย์สินของผู้ถือหุ้นได้อย่างชัดเจนอันก่อให้เกิดความสับสนให้แก่เจ้าหนี้ของบริษัทหรือบุคคลภายนอก ที่สำคัญยังเป็นการเปิดโอกาสให้กับผู้ถือหุ้นดังกล่าวในการโอนย้ายทรัพย์สินของบริษัทมาเป็นตนเพื่อหลีกเลี่ยงการบังคับชำระหนี้จากเจ้าหนี้ของบริษัทอีกด้วย รูปแบบของการใช้หลักการ

<sup>83</sup> Phillip I. Blumberg, *The multinational challenge to corporation law: The search for a new corporate personality* (New York: Oxford University Press US, 1993), pp. 10-14.

จำกัดความรับผิดในทางทฤษฎีนั้นมีได้หลายรูปแบบ เช่น การจัดตั้งบริษัทด้วยทุนต่ำ (Thin capitalization) โดยอาศัยการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทเพื่อหลีกเลี่ยงภาษีอากร หรือการที่บริษัทแม่ให้บริษัทลูกเป็นผู้จ้างแรงงานลูกจ้าง เพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดเรื่องค่าจ้าง ค่าชดเชย และความรับผิดอื่นตามกฎหมายแรงงาน เป็นต้น<sup>84</sup>

ดังนั้น จึงเกิดแนวคิดที่จะให้ความคุ้มครองบุคคลต่างๆ ที่ได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับบริษัท เหล่านี้ และควบคุมการประกอบกิจการต่างๆ ของบริษัทดังกล่าวรวมทั้งบุคคลที่มุ่งจะใช้สภาพนิติบุคคลของบริษัทเพื่อแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวอย่างมิชอบ โดยให้มีข้อยกเว้นหรือผ่อนคลายนิติสภาพนิติบุคคลของบริษัทที่เคร่งครัดลงโดยการให้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทนี้ กล่าวคือ เป็นการยกหรือเจาะมันกำบังของบริษัทซึ่งมีสภาพนิติบุคคลออกไป หรือการไม่ถือว่าบริษัทมีตัวตนหรือมีสภาพนิติบุคคลที่แยกออกจากผู้ถือหุ้น เพื่อพิจารณาไปถึงผู้ถือหุ้นหรือบุคคลที่อยู่เบื้องหลังบริษัทและใช้บริษัทเป็นเครื่องบังหน้า โดยหลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการที่ใช้เป็นข้อยกเว้นของหลักการเกี่ยวกับสภาพนิติบุคคลของบริษัทเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในบางกรณีและใช้แต่เฉพาะกับบริษัทที่ประกอบกิจการโดยมิชอบ อันมีผลให้ผู้ถือหุ้นมีอาจอ้างการจำกัดความรับผิดเพื่อปฏิเสธความรับผิดนอกเหนือจากที่ตนได้ตกลงจ่ายเงินค่าหุ้นได้<sup>85</sup> ทั้งนี้ เพื่อเป็นวาล์วนิรภัย (Safety valve) ในการจัดขบวนการใช้สภาพนิติบุคคลของบริษัทและหลักการความรับผิดอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้น โดยไม่เป็นธรรม

หลักการดังกล่าวนี้ได้รับการยอมรับและปรากฏทั้งในกฎหมายลายลักษณ์อักษรและคำพิพากษาของศาลของหลายประเทศ โดยในประเทศอังกฤษนั้นได้มีการนำหลักการดังกล่าวไปบัญญัติไว้ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น Trading with the enemy act 1915, Company act 1948 และศาลอังกฤษยังได้นำหลักการนี้ไปปรับใช้กับคดีต่างๆ ทั้งในคดีเกี่ยวกับสัญญา ละเมิด กฎหมายแรงงาน กฎหมายภาษีอากร อย่างไรก็ดี บทบาทในเชิงปฏิบัติของบัญญัติเหล่านี้ยังคงมีอยู่ค่อนข้างจำกัดและศาลอังกฤษเองก็

<sup>84</sup> จิรจิตร ช่วยศรีชัย, "บริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นคนเดียว," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 46.

<sup>85</sup> นิวิฐชัย ลำเนาพันธ์, "ความรับผิดของผู้ถือหุ้นและกรรมบริษัทภายใต้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 10-12.

นำเอาหลักการนี้มาใช้เฉพาะกรณีพิเศษเท่านั้น<sup>๕</sup> สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกานั้นก็ได้รับเอาหลักการดังกล่าวนี้มาจากประเทศอังกฤษและนำมาปรับใช้ทั้งที่บัญญัติในกฎหมาย เช่น The model business corporation act 1979 และโดยคำพิพากษาของศาลในคดีต่างๆ ที่เกี่ยวข้องการนำสภาพนิติบุคคลของบริษัทไปใช้โดยมิชอบเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ในการปรับใช้ของศาลนั้นจะใช้หลักเกณฑ์สำคัญ 3 ประการ กล่าวคือ ความเป็นตัวตนที่แยกต่างหากของบริษัท (Separate existence), การกระทำอันไม่ชอบ (Wrongful conduct) และความเสียหาย (Loss) โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะใช้ควบคู่กับถ้อยคำที่แสดงว่าบริษัทที่ถูกนำไปใช้อย่างมิชอบนั้นมิได้มีตัวตนอยู่จริง ตัวอย่างเช่น instrumentality, alter ego, shell, dummy, fiction เป็นต้น

ประเทศไทยเองก็ยอมรับเอาหลักการดังกล่าวไว้ในกฎหมายด้วยเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากมีการใช้หลักการดังกล่าวอยู่บ้างทั้งในรูปของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและในคำพิพากษาของศาล แต่ยังเป็นแนวทางที่ไม่ค่อยมีบทบาทสำคัญกว้างขวางต่อการดำเนินธุรกิจในรูปแบบบริษัทมากนัก เป็นแต่เพียงการใช้หลักการนี้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น เช่น พระราชบัญญัติห้ามการค้าขายกับชนชาติเป็นศัตรู พุทธศักราช 2460 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกักคุมตัวและการควบคุมจัดกิจการหรือทรัพย์สินของบุคคลที่เป็นศัตรูต่อสหประชาชาติ พุทธศักราช 2488 พระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 ประมวลรัษฎากร ประมวลกฎหมายที่ดิน เป็นต้น<sup>๖</sup> ส่วนการปรับใช้โดยศาลนั้นยังเป็นอัตราส่วนที่น้อยมากโดยอาศัยหลักกฎหมายว่าด้วยตัวแทนและหลักสุจริต และก็เป็นการใช้ที่มีได้ให้เหตุผลหรือวางหลักเกณฑ์การปรับใช้หลักการนี้อย่างชัดแจ้งแต่ประการใด อีกทั้งยังไม่เป็นการบังคับที่แน่นอนว่า ศาลจะต้องนำหลักการนี้มาปรับใช้เสมอไปหรือไม่ เพียงใด เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1560/2527, คำพิพากษาฎีกาที่ 237/2529, คำพิพากษาฎีกาที่ 3969/2529 และคำพิพากษาฎีกาที่

---

<sup>๕</sup> จันทานผู้พิพากษา Templeman กล่าวเชิงประชดประชันไว้ในคดี Re Southard & Co. ในปีค.ศ. 1979 ว่ากฎหมายหุ้นส่วนของอังกฤษนั้นมีลักษณะที่แปลกซึ่งมักจะนำมาซึ่งผลลัพธ์ที่แปลกด้วย กล่าวคือ บริษัทแม่สามารถจัดตั้งบริษัทลูกได้เป็นจำนวนมากและควบคุมบริษัทลูกเหล่านี้ทั้งทางตรงและทางอ้อม หากเมื่อบริษัทลูกบริษัทใดประสบภาวะล้มละลาย บริษัทแม่และบริษัทลูกอื่นๆ ก็ยังคงได้รับประโยชน์จากการดำรงสถานะเป็นผู้ถือหุ้นอย่างเต็มที่โดยไม่ต้องมีความรับผิดชอบในหนี้สินของบริษัทลูกดังกล่าวแต่ประการใด

<sup>๖</sup> นิวิฐชัย ล้าเนาพันธ์, "ความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นและกรรมบริษัทภายใต้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 74.

7104/2546 เป็นต้น<sup>87</sup> ปัจจุบันน่าจะมีเพียงพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 เท่านั้นที่ได้บัญญัติรับเอาหลักการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนและมีหลักเกณฑ์

อย่างไรก็ดี หลักการดังกล่าวมีข้อจำกัดอยู่ตรงที่ศาลที่ปรับใช้หลักการดังกล่าวนี้มักจะยึดติดกับแนวความคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกันและหลักการที่เกี่ยวข้องอย่างเหนียวแน่นทำให้การปรับใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทนี้จะจำกัดอยู่เฉพาะเป็นกรณียกเว้นหรือกรณีพิเศษเท่านั้น (Exceptional case) และกรณียังต้องมีความเกี่ยวข้องกับการฉ้อโกงหรือทุจริตเท่านั้น (Case of fraud or illegality) เท่านั้น

### 2.5.2.3 การปรับใช้กับกลุ่มบริษัท

การนำแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกันมาปรับใช้ในกรณีของกลุ่มบริษัทหรือบริษัทในเครือนั้นเป็นไปโดยอัตโนมัตินับแต่กลุ่มบริษัทถือกำเนิดขึ้นและปรากฏในงานเขียนทางกฎหมายที่ชัดเจนในบทความเรื่อง The dependent legal person โดยนักกฎหมายชาวเยอรมัน Kronstein และบทความเรื่อง Parent and subsidiary corporations โดยนักกฎหมายชาวอเมริกา Federick Powell แต่อย่างไรก็ดี นักกฎหมายหลายท่านเห็นว่า การนำแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกันหรือ Entity principle or law มาปรับใช้กับกรณีของกลุ่มบริษัทนั้นไม่เหมาะสม เพราะเหตุว่าในเชิงประวัติศาสตร์ทั้งแนวคิดเกี่ยวกับสภาพนิติบุคคลของบริษัทอันแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นและหลักการความรับผิดชอบจำกัดของผู้ถือหุ้นต่างก็ถือกำเนิดและได้รับการยอมรับในช่วงที่กลุ่มบริษัทยังมีได้เกิดขึ้น<sup>88</sup> กรณีจึงมิได้ผ่านการวิเคราะห์และสังเคราะห์เพื่อให้รวมถึงกลุ่มบริษัทด้วยแต่ประการใด

<sup>87</sup> พิชัย พันถิชย์, "ศาลไทยไม่ยอมรับหลัก piercing the corporate veil จริงหรือ," วารสารข่าวกฎหมายใหม่ 31 (เมษายน 2547): 35.

<sup>88</sup> โปรดดูพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 44

\* กล่าวคือ แนวคิดเกี่ยวกับสภาพนิติบุคคลของบริษัทอันแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นถือกำเนิดขึ้นมาก่อน ตามด้วยหลักการความรับผิดชอบจำกัดของผู้ถือหุ้น และการยอมให้บริษัทสามารถถือครองหุ้นระหว่างบริษัทอันนำมาซึ่งการถือกำเนิดของกลุ่มบริษัท ตามลำดับ ทั้งนี้ ระยะเวลาของการเกิดขึ้นและยอมรับในแต่ละหลักการจะแตกต่างกันออกไปในแต่ละประเทศ

นอกจากนี้ หากเราพิจารณาถึงกฎหมายว่าด้วยองค์กรธุรกิจหรือหุ้นส่วนบริษัทและแบบจำลองทางความคิดอันเป็นรากฐานของกฎหมาย กับพัฒนาการของกลุ่มบริษัทอันเป็นรูปแบบขององค์กรธุรกิจที่ใช้กันปัจจุบันแล้ว ที่กล่าวข้างต้น เราจะพบความขัดแย้งกันเอง (Paradox) ทางความคิดภายในกฎหมายดังกล่าว กล่าวคือ ในขณะที่กฎหมายอาศัยรากฐานบนแบบจำลองทางความคิดที่เป็นกรณีของบริษัทเดี่ยวที่มีอิสระ (Single and autonomous corporation) แต่กฎหมายก็ได้เปิดช่องทางในการถือครองหุ้นระหว่างกันของบริษัทอันจะนำมาซึ่งอำนาจควบคุมในบริษัทอื่นจนทำให้บริษัทที่ถูกควบคุมนั้นเสียความเป็นเอกเทศและความมีอิสระอันเป็นหลักการพื้นฐานทางกฎหมายไป เป็นผลให้สภาพความจริงทางเศรษฐกิจ (Economic reality) ของแบบจำลองทางความคิดที่เป็นบริษัทเดี่ยวและความจริงในทางปฏิบัติที่เป็นกลุ่มบริษัทนั้นก็มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในกรณีของบริษัทเดี่ยวทั่วไปนั้นตัวบริษัท (Corporation) นั้นเองที่เป็นหรือแสดงถึงตัวองค์กรหรือวิสาหกิจทั้งหมด (Enterprise) บริษัทที่ดำเนินกิจการของตนเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ถือหุ้น ส่วนผู้ถือหุ้นก็มีฐานะเป็นเพียงผู้ลงทุนในกิจการดังกล่าว (Ultimate investor) เส้นแบ่งแยกระหว่างบริษัทกับผู้ถือหุ้นนั้นมีความชัดเจน (The bright line of distinction) ในขณะที่กรณีของกลุ่มบริษัทนั้น ตัวบริษัทเพียงอย่างเดียวนั้น ไม่อาจเป็นหรือแสดงถึงตัวองค์กรหรือวิสาหกิจทั้งหมดได้อีก หากแต่เป็นเพียงส่วนหนึ่งขององค์กรหรือวิสาหกิจทั้งหมดเท่านั้น ผลประโยชน์หรือผลกำไรของแต่ละบริษัทมิได้มีความสำคัญสูงสุดอีกต่อไป เว้นแต่ว่าจะมีต่อผลประโยชน์ของทั้งกลุ่มโดยรวมอย่างมีนัยสำคัญ โดยมีการเคลื่อนย้ายทรัพยากรระหว่างกันเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อกลุ่มสูงสุด<sup>88</sup> ทั้งนี้ โดยอำนาจบริหารจัดการร่วมกันของกลุ่มบริษัท (Unified management) อีกทั้งผู้ถือหุ้นซึ่งคือบริษัทแม่หรือบริษัทในกลุ่มนั้นก็มิได้ดำรงสถานะเป็นเพียงแต่ผู้ถือหุ้นประการเดียวเท่านั้น แต่กลับเข้าไปดำเนินกิจการของบริษัทเสมือนเป็นตัวบริษัทเอง ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามทิศทางหรือเป้าหมายของกลุ่มบริษัทหรือเพื่อประโยชน์ของกลุ่มบริษัทเป็นส่วนรวม ทำให้เส้นแบ่งแยกระหว่างบริษัทกับผู้ถือหุ้นในกรณีดังกล่าวไม่อาจคงไว้ซึ่งความชัดเจนได้อีกต่อไป<sup>89</sup> จน

<sup>88</sup> Jonathan M. Landers, "A unified approach to parent, subsidiary, and affiliate questions in bankruptcy," *The University of Chicago Law Review* 42, 4 (1975): 591.

\* เช่น การมีนโยบายด้านการตลาดร่วมกัน (Uniform marketing policy), นโยบายด้านการเงินร่วมกัน (Uniform financial policy) และนโยบายการบริหารร่วมกัน (Uniform management policy) ทั้งที่เป็นการเข้าไปควบคุมแผนการปฏิบัติงานระยะยาวหรือผลการดำเนินงาน (Indirect control) และที่เป็นการเข้าไปควบคุมดำเนินงานในแต่ละวัน โดยตรง (Direct control) เป็นต้น

<sup>89</sup> Phillip I. Blumberg, *The law of corporate groups: Procedural problems in the law of parent and subsidiary corporations* (Boston: Little, brown and company, 1983), p. 5.

เป็นผลให้ความเป็นเอกเทศและควมมีอิสระของบริษัทอันเป็นแนวคิดและแบบจำลองของกฎหมายได้ถูกทำลายลงอย่างสิ้นเชิงในกรณีของกลุ่มบริษัทซึ่งทำให้สถานะของบริษัทและกลุ่มบุคคลผู้เกี่ยวข้องได้เปลี่ยนแปลงไป และหลักกฎหมายอันเกิดจากแนวคิดและแบบจำลองดังกล่าวเป็นอันต้องค่อยประสิทธิภาพลง เช่น หลักการดำรงเงินทุนของบริษัท (Principle of maintenance of equity capital) จึงไม่น่าแปลกใจเลยที่จะพบการตั้งทุนต่ำของกรณีของกลุ่มบริษัทจนเป็นเรื่องปกติ

นอกเหนือจากนั้น รูปแบบและ โครงสร้างของกลุ่มบริษัทนั้นยังมีผลกระทบต่อแนวคิดเกี่ยวกับความสามารถในการกระทำหรือใช้สิทธิของบริษัทที่จักต้องดำเนินการผ่านหน่วยงานหรือบุคคลต่างๆ ของบริษัทเนื่องจากบริษัทเป็นเพียงบุคคลสมมติมิได้มีร่างกายหรือจิตใจที่แท้จริง (*Corpus mysticum*) อีกด้วย กล่าวคือ ส่วนใหญ่แล้วการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นของบริษัทในกลุ่มนั้นเป็นการกระทำแต่เพียงในนามเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย มิได้มีความหมายอย่างใดๆ มากไปกว่าการนำคำสั่งหรือทิศทางของกลุ่มบริษัทไปรับรองเพื่อนำไปปฏิบัติเท่านั้น การแบ่งแยกอำนาจกันระหว่างฝ่ายตัดสินใจหรือผู้ถือหุ้นกับฝ่ายดำเนินการของคณะกรรมการนั้นไม่มีอีกต่อไป

อย่างไรก็ดี นักกฎหมายจำนวนไม่น้อยที่ยังไม่ได้สังเกตเห็นถึงข้อเท็จจริงทั้งหมดดังกล่าวข้างต้น ดังที่ Tom Hadden นักกฎหมายอังกฤษผู้แต่งตำราเรื่อง *Inside corporate groups* ได้ตั้งข้อสังเกตว่า นักกฎหมายด้านกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทจำนวนหนึ่งยังคงคิดอ่านราวกับว่าบริษัทเดี่ยวที่เป็นอิสระยังคงเป็นบรรทัดฐานที่ใช้กันในทางปฏิบัติ ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วบริษัทรูปแบบดังกล่าวได้ยุติการเป็นรูปแบบองค์กรธุรกิจที่สำคัญที่สุดมาตั้งแต่ช่วงประมาณปีค.ศ. 1920-1930 แล้ว เศรษฐกิจโลกปัจจุบันนี้ถูกรอบงำโดยกลุ่มบริษัทอันสลับซับซ้อนที่ประกอบกิจการทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ แม้แต่กรณีขององค์กรธุรกิจขนาดค่อนข้างเล็กและดำเนินกิจการเฉพาะภายในประเทศ ก็ยังดำเนินกิจการโดยอาศัยบริษัทแม่และบริษัทลูกกันเป็นเรื่องปกติ คงมีเพียงกิจการส่วนตัวขนาดเล็กเท่านั้นที่ยังคงใช้บริษัทเดี่ยวในการประกอบกิจการอยู่<sup>90</sup>

<sup>90</sup> Tom Hadden, "Inside corporate groups," *International Journal of the Sociology of Law* 12 (1984): 271-286. Cited in José Engracia Antunes, *Liability of corporate groups: Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German, and EEC law: An international and comparative perspective* (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), p. 37.

ในส่วนที่เกี่ยวกับหลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นนั้น หากจะพิจารณาในเชิงประวัติศาสตร์แล้วจะพบว่า หลักการดังกล่าวเป็นที่ยอมรับกันก่อนที่จะมีการยอมรับการถือครองหุ้นระหว่างบริษัทเป็นเวลาดีก่อนช้านาน ตัวอย่างเช่น กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ยอมรับหลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นและการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทได้อิสระกันอย่างแพร่หลายในช่วงปี ค.ศ. 1830 และ 1855 ตามลำดับ ขณะที่การยอมรับการถือครองหุ้นระหว่างบริษัทนั้นเพิ่งจะมีขึ้นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1888 ซึ่งกินระยะเวลาเกือบครึ่งศตวรรษ เป็นต้น ดังนี้ จึงเห็นได้ว่าหลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นอันเป็นการจัดสรรความเสี่ยงและภาระต้นทุนประการหนึ่งดังกล่าวนี้ได้ถูกสร้างขึ้นสำหรับโครงสร้างของบริษัทเดี่ยวที่มีการแบ่งแยกบทบาทและหน้าที่ระหว่างบริษัทและผู้ถือหุ้นอย่างชัดเจน เพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นในฐานะผู้ลงทุนอย่างแท้จริงเท่านั้น มิใช่สำหรับกลุ่มบริษัทที่ขาดเส้นแบ่งแยกอันชัดเจนดังกล่าวในอันที่จะให้ความคุ้มครองแก่บริษัทแม่ที่มีฐานะทั้งเป็นผู้ถือหุ้นและผู้มีอำนาจควบคุมด้วยแต่ประการใด

สำหรับเหตุผลในเชิงกฎหมายนั้น เมื่อพิจารณาข้างต้นแล้วว่าหลักการดังกล่าวมีรากฐานอยู่บนแนวคิดว่าด้วยจุดเกาะเกี่ยวหรือความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจควบคุมและความรับผิดชอบ (Nexus between power and liability) กล่าวคือ เมื่อผู้ถือหุ้นของบริษัทเดี่ยวซึ่งเป็นแนวคิดและแบบจำลองที่กฎหมายยอมรับมิได้มีอำนาจในควบคุมหรือเข้ามามีบทบาทอย่างจำกัด ผู้ถือหุ้นจึงมีความรับผิดชอบในหนี้สินของบริษัทอันเกิดจากการกระทำหรือการบริหารจัดการของฝ่ายบริหารหรือคณะกรรมการอย่างจำกัดไปได้อย่างไรก็ดี หากพิจารณาถึงลักษณะและความเป็นจริงในกรณีของกลุ่มบริษัทแล้วจะเห็นได้ว่า บริษัทแม่มิได้ดำรงอยู่ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นอย่างแท้จริงในลักษณะของผู้ถือหุ้นของบริษัทเดี่ยว หากแต่เข้ามามีบทบาทในการบริหารจัดการกิจการต่างๆ ของบริษัทลูกทั้งโดยตรงด้วยการควบคุมหรือจัดการกิจการประจำวัน หรือโดยทางอ้อมด้วยการกำหนดเป้าหมายหรือกรอบการดำเนินกิจการให้บริษัทปฏิบัติตาม ทั้งนี้ แล้วแต่กรณี ดังนี้ สถานะของผู้ถือหุ้นที่อยู่ในฐานะผู้ลงทุนโดยปราศจากอำนาจควบคุมการบริหารจัดการหรือมีอย่างจำกัดจึงไม่อาจเป็นรากฐานแห่งการอ้างสิทธิในการได้รับระบบจัดสรรความรับผิดชอบอย่างจำกัดได้โดยชอบอีกต่อไปในกรณีของกลุ่มบริษัท ทำให้การนำเอาหลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นไปใช้แก่กรณีของกลุ่มบริษัทโดยอัตโนมัติ (Automatic extension of the limited liability regime) นั้นขาดความเหมาะสม นักกฎหมายบางท่านจึงเสนอให้ใช้ระบบการจัดสรรความรับผิดชอบที่ปรับเปลี่ยนได้ตามลักษณะความสัมพันธ์และระดับของอำนาจควบคุมของบริษัท

แม่ (Floating and flexible liability regime) สำหรับกรณีของกลุ่มบริษัท<sup>91</sup> ด้วยเหตุนี้เอง ที่ทำให้นักกฎหมายหลายท่านเห็นว่าการนำหลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นไปใช้ในกรณีของกลุ่มบริษัทนั้นเป็นเพียงอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นทางประวัติศาสตร์เท่านั้น (Historical accident)<sup>92</sup>

นอกจากนี้ การนำหลักการดังกล่าวไปปรับใช้กับกลุ่มบริษัทนั้นอาจนำไปสู่การสร้างความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นภายใต้ความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้น (Limited liability within limited liability) ได้<sup>93</sup> ทำให้นักกฎหมายบางท่านได้โต้แย้งถึงการใช้หลักการจำกัดความรับผิดชอบดังกล่าวในส่วนของความรับผิดชอบขององค์กรหรือวิสาหกิจทั้งหมด (Enterprise Liability) โดยมองว่าสมาชิกทั้งหมดของกลุ่มบริษัทจะต้องได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่เป็นนิติบุคคลเดียวกัน (One legal entity) ในรูปแบบของบริษัทขนาดใหญ่ที่จะต้องรับผิดชอบในหนี้ของสมาชิกของกลุ่ม หลักการจำกัดความรับผิดชอบดังกล่าวนี้อาจจะส่งเสริมให้กลุ่มบริษัทมีการลงทุนในส่วนที่ไม่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของกลุ่ม ดังนั้น จึงเห็นว่าการไม่ควรอนุญาตให้มีการนำหลักการจำกัดความรับผิดชอบมาใช้ในกรณีของบริษัทที่มีการลงทุนที่เพิ่มขึ้นและทำให้เกิดการขยายการลงทุนทั้งในแนวนราบ (Horizontal) และในแนวตั้ง (Vertical)<sup>94</sup>

ส่วนในเชิงของด้านเศรษฐศาสตร์นั้น แม้หลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นจะได้รับการยอมรับว่าเป็นวิธีการจัดสรรความเสี่ยงและต้นทุนที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดในการกรณีของบริษัทเดี่ยว แต่เมื่อเป็นกรณีของกลุ่มบริษัทที่ลักษณะ โครงสร้างและรูปแบบของบริษัทมีความแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง ทั้งในแง่ของผู้ถือหุ้นที่มักเป็นผู้ถือหุ้นเพียงรายเดียวซึ่งมีอำนาจควบคุมในการบริหารงานแทนที่จะเป็นผู้ถือหุ้นจำนวนมากซึ่งไม่มีอำนาจดังกล่าวหรือมีบทบาทที่จำกัดอันทำให้โครงสร้างของบริษัทคล้ายกับบริษัทปิด (Closely held corporation) มากกว่า ในแง่ของอำนาจการบริหารหรือตัดสินใจในกิจการของบริษัทอันมีที่มาจากนอกองค์กรแทนที่จะมาจากภายในองค์กรหรือบริษัทนั่นเอง และในแง่ที่

<sup>91</sup> José Engracia Antunes, *Liability of corporate groups: Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German, and EEC law: An international and comparative perspective* (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), p. 132.

<sup>92</sup> John Kluver, "Entity vs. Enterprise liability: Issues for Australia," *Connecticut Law Review* 37, 3 (2005): 783.

<sup>93</sup> Phillip I. Blumberg, *The law of corporate groups: Procedural problems in the law of parent and subsidiary corporations* (Boston: Little, brown and company, 1983), p. 5.

<sup>94</sup> William J. Rands, "Domination of a subsidiary by a parent." *Indiana Law Review* 32 (1999): 421-456.



บริษัทในกลุ่มปฏิบัติตัวในตลาดเสมือนหนึ่งเป็นเพียงหน่วยงานหรือแผนกหนึ่งของกลุ่มบริษัทแทนที่จะเป็นหน่วยอิสระทางเศรษฐกิจหน่วยหนึ่งในตลาด จึงเป็นผลให้เหตุผลหรือประโยชน์ของหลักการดังกล่าวมีลักษณะที่เปลี่ยนแปลงหรือด้อยลงไป กล่าวคือ

1. ในกรณีของประโยชน์ในด้านผู้ถือหุ้นนั้น เหตุผลเกี่ยวกับความจำเป็นในการตรวจสอบการดำเนินงานกิจการและภาระต้นทุนที่เพิ่มขึ้นไม่อาจใช้กับกรณีของกลุ่มบริษัทได้ เพราะเหตุว่า เมื่อบริษัทแม่มีอำนาจควบคุมการบริหารงานของบริษัทลูกหรือสามารถสั่งการในบริษัทลูกได้อยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นประการใดที่จักต้องเข้ามาตรวจสอบการดำเนินงานกิจการของบริษัทในลักษณะดังกล่าวอีกต่อไป ภาระต้นทุนเกี่ยวกับกรณีดังกล่าว (Monitoring and agency costs) ได้ลดลงแล้วจากการใช้อำนาจควบคุมจากศูนย์กลางของกลุ่มบริษัท (Unified group management) โดยมีต้องอาศัยประโยชน์ในข้อนี้ของหลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นอีกแต่อย่างใด นอกจากนี้ ในกรณีที่กลุ่มบริษัทมีการควบคุมการดำเนินงานกิจการกันอย่างใกล้ชิดย่อมทำให้การกำหนดความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นอย่างไม่จำกัดไม่ถือเป็นภาระความเสี่ยงอันเกินสมควรที่จะเป็นการขัดขวางผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นบริษัทในกลุ่มนั่นเองไม่ให้เข้ามาลงทุนแต่ประการใด<sup>95</sup>
2. ในส่วนที่เกี่ยวกับเจ้าหนี้บริษัทนั้น เหตุผลที่กล่าวอ้างว่าการโอนถ่ายภาระความเสี่ยงบางส่วนมาให้แก่เจ้าหนี้จากการที่กำหนดให้บริษัทเท่านั้นที่มีความรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำของบริษัท โดยตัดส่วนของผู้ถือหุ้นออกไปโดยที่เจ้าหนี้ก็เองถือได้ว่าเป็นบุคคลที่สามารถบริหารจัดการความเสี่ยงดังกล่าวได้อย่างดีที่สุดและมีต้นทุนต่ำที่สุด (Optimal risk shifting) ดูเหมือนว่าจะไม่อาจใช้กับกรณีของกลุ่มบริษัทได้อีกต่อไป เพราะเหตุว่ามีใจเจ้าหนี้ของบริษัทแล้วที่จะสามารถบริหารจัดการความเสี่ยงดังกล่าวได้อย่างดีที่สุดจากการที่มีข้อได้เปรียบเรื่องข้อมูลต่างๆ ของบริษัทรวมถึงการดำเนินงานกิจการ หากแต่เป็นตัวผู้ถือหุ้นที่เป็นบริษัทแม่ในกรณีของกลุ่มบริษัทเองต่างหากที่อยู่ในฐานะที่มีความได้เปรียบในเรื่องข้อมูลของบริษัท (Superior information) จากการที่ตนเป็นผู้ควบคุมหรือดำเนินงานกิจการเอง ดังนั้น การปรับใช้หลักกรดังกล่าวนี้กับกลุ่ม

<sup>95</sup> José Engrácia Antunes, *Liability of corporate groups: Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German, and EEC law: An international and comparative perspective* (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), p. 134.

บริษัทจึงอาจเป็นช่องทางให้กลุ่มบริษัทใช้ในการหลีกเลี่ยงการรับผิดชอบในความเสียหายอันอาจเกิดขึ้นจากการดำเนินกิจการของบริษัทย่อยได้โดยง่ายและย่อมจะทำให้ภาระความเสี่ยงดังกล่าวไปตกอยู่เจ้าหนี้ประเภทต่างๆ แทน (Externality) นอกจากนี้ โดยส่วนใหญ่แล้วเจ้าหนี้ของบริษัทนั้นมิได้ประกอบไปด้วยเฉพาะกลุ่มเจ้าหนี้ที่ได้รับประโยชน์จากหลักการดังกล่าวได้แต่เพียงกลุ่มเดียว หากแต่ยังอาจจะมีเจ้าหนี้บางประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหนีรายเล็กและเจ้าหนี้ที่มีได้สมัครใจผูกพันกับบริษัท เช่น เจ้าหนี้แรงงาน เจ้าหนี้การค้ารายเล็ก เจ้าหนี้ละเมิด เป็นต้น ที่ไม่สามารถอาศัยประโยชน์จากการจัดสรรความเสี่ยงและความได้เปรียบเกี่ยวกับข้อมูลได้อยู่แล้วและย่อมเสี่ยงต่อการแบกรับภาระความเสี่ยงดังกล่าวมากกว่าเจ้าหนี้ประเภทแรกอีกด้วย

นอกจากนี้ เหตุผลเกี่ยวกับการช่วยลดต้นทุนในการบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ (Enforcement cost) ในอันที่จะต้องไปฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเรียกร้องเอาหนี้สินของบริษัทจากผู้ถือหุ้นทุกรายอันจะก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีที่สูงและไม่คุ้มค่าดูจะไม่สามารถใช้กับกรณีของกลุ่มบริษัทได้โดยสภาพ เนื่องจากผู้ถือหุ้นของบริษัทย่อยหรือบริษัทลูกมิได้มีจำนวนมากในอันที่จะเป็นภาระหรือก่อให้เกิดต้นทุนจากการฟ้องร้องบังคับชำระหนี้แต่อย่างใด

3. ในด้านของตัวบริษัทเองนั้น หลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นไม่อาจดำรงอยู่ในฐานะที่เป็นเครื่องมือช่วยในการระดมเงินทุน (Capital raising device) ดังที่ได้พิจารณาข้างต้นอีกต่อไป ทั้งนี้ เนื่องจากหลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดไม่อาจเป็นสิ่งจูงใจประการสำคัญให้แก่บริษัทแม่หรือกลุ่มบริษัทในการเข้าลงทุนประกอบกิจการในลักษณะเดียวกับผู้ถือหุ้นในบริษัทเดียว เพราะเมื่อการดำเนินกิจการในบริษัทย่อยได้ถูกควบคุมหรือดำเนินการโดยบริษัทแม่หรือกลุ่มบริษัทเองอยู่แล้ว บริษัทแม่หรือกลุ่มบริษัทจึงมิได้มีความกังวลในขอบเขตความรับผิดชอบดังเช่นกรณีของผู้ถือหุ้นในบริษัทเดียว ส่วนบทบาทในการส่งเสริมตลาดหลักทรัพย์นั้น เมื่อบริษัทย่อยถูกถือครองหุ้นทั้งหมดหรือส่วนใหญ่โดยบริษัทแม่หรือกลุ่มบริษัท บทบาทดังกล่าวย่อมจะมีความสำคัญลดน้อยลง อีกทั้งกรณียังเป็นการขาดสภาพคล่อง (Liquidity) ของหลักทรัพย์อันเป็นหลักการสำคัญของตลาดหลักทรัพย์ที่ดีประการหนึ่งอีกด้วย

\* ตัวอย่างคดีที่น่าจะแสดงให้เห็นถึงข้อพิจารณาดังกล่าว เช่น คดี Walkovszky v. Carlton และคดี Bhopal (หรือ Re Union carbide corp.) ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหนี้ละเมิดทั้งสองกรณี

อย่างไรก็ดี ในกรณีของบทบาทในการช่วยส่งเสริมให้มีการลงทุนในกิจการใหม่มากขึ้น รวมถึงกิจการที่มีความเสี่ยงสูงซึ่งหากปราศจากหลักการดังกล่าวแล้ว ย่อมจะไม่มีผู้ใดยอมเสี่ยงที่จะลงทุนประกอบกิจการ (Risk taking device) นั้น เป็นที่ยอมรับกันว่าหลักการดังกล่าวยังคงมีประโยชน์อยู่ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นที่กรณีของบริษัทเดี่ยวหรือกรณีของกลุ่มบริษัทก็ตาม ภาระนั้นก็ดี กรณียังคงมีข้อโต้แย้งถึงผลกระทบของประโยชน์ที่ได้จากการนำหลักการดังกล่าวไปใช้กับกรณีของกลุ่มบริษัทว่าอาจนำไปสู่ภาวะภัยทางศีลธรรม (Moral hazard) อันเนื่องจากการมีข้อมูลที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างกลุ่มบริษัทกับกลุ่มบุคคลภายนอก กล่าวคือ หลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นที่เป็นกลุ่มบริษัทซึ่งจะเป็นการจำกัดความรับผิดชอบในแต่ละบริษัทย่อยจะทำให้มีการลงทุนในกิจการที่มีความเสี่ยงสูงโดยปราศจากความระมัดระวังและระบบหรือวิธีการเยียวยาที่เพียงพออันอาจนำมาซึ่งภาระต้นทุนและความเสียหายที่โอนไปสู่ (Externalize) บุคคลภายนอกหรือสังคมได้โดยง่าย ตัวอย่างของโศกนาฏกรรมที่แสดงถึงกรณีดังกล่าวได้คือมักจะเกี่ยวข้องกับบริษัทลูกของกลุ่มบริษัทที่ประกอบกิจการเกี่ยวกับสารเคมีและได้เกิดความผิดพลาดขึ้น เช่น กรณี Bhopal อันโด่งดังในประเทศอินเดีย กรณี Sandoz ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ และกรณีของ Amoco cadiz และ Exxon valdez ในธุรกิจน้ำมัน เป็นต้น<sup>96</sup>

ด้วยเหตุผลประการต่างๆ ข้างต้นนี้เอง ทำให้นักเศรษฐศาสตร์หลายท่านเห็นว่า แม้ว่าหลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นนั้นจะมีความสำคัญอยู่ แต่ก็ไม่ควรจะให้ความสำคัญมากเกินไปจนกระทั่งนำไปใช้ทุกกรณี<sup>97</sup> และเสนอให้มีการใช้ระบบความรับผิดชอบไม่จำกัดสำหรับกรณีของ

---

<sup>96</sup> ประเด็นดังกล่าวนี้นับเป็นประเด็นที่เป็นข้อโต้แย้งประการสำคัญของกลุ่มที่เห็นด้วยกับหลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้น นับตั้งแต่อดัม สมิท จนถึงนักเศรษฐศาสตร์สำนักชิคาโกสมัยใหม่ (Modern Chicago school) โปรดดู José Engracia Antunes, *Liability of corporate groups: Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German, and EEC law: An international and comparative perspective* (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), p. 137.

<sup>96</sup> Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, "Limited liability and the corporation," *The University of Chicago Law Review* 52, 1 (1985): 111.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 102.

บริษัทแม่และบริษัทลูกหรือบริษัทที่มีการควบคุมระหว่างกัน<sup>98</sup> อย่างไรก็ตามยังคงไม่เห็นด้วยกับแนวคิดดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่าเจ้าหนี้ยังคงอยู่ในสถานะที่ดีกว่าในการบริหารจัดการความเสี่ยงและภาระต้นทุน นอกจากนี้ หากปราศจากหลักการดังกล่าวแล้วจะเป็นการอุปสรรคต่อการลงทุนด้วย<sup>99</sup>

สำหรับกรณีของหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทนั้น หลักการดังกล่าวได้ถูกนำมาปรับใช้กับการดำเนินกิจการของกลุ่มบริษัทด้วยเช่นกัน<sup>100</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของประเทศที่มีได้มีหรือยอมรับเอาซึ่งแนวคิดและกฎหมายเกี่ยวกับหรือควบคุมกลุ่มบริษัทเป็นการเฉพาะ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาที่นับได้ว่ามีแนวคิดและหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทที่เข้มแข็งมากที่สุดประเทศหนึ่งและมีการนำหลักการนี้ไปปรับใช้กับคดีที่เกี่ยวพันกับกลุ่มบริษัทประเภทต่างๆ อย่างแพร่หลาย โดยมีการประมาณกันว่ากว่าสามในสี่ของคดีทั้งหมดทั่วโลกที่มีการปรับใช้หลักการดังกล่าวล้วนเป็นคดีของประเทศสหรัฐอเมริกาทั้งสิ้น<sup>101</sup> เป็นต้นว่า คดี Walkovszky v. Carlton ที่ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำหลักกฎหมายว่าด้วยตัวการตัวแทนมาบังคับใช้เพื่อให้บริษัทแม่รับผิดชอบในหนี้ของบริษัทลูก<sup>102</sup> เป็นต้น นอกจากนี้ยังเคยเป็นที่เชื่อกันว่ากรณีที่เกี่ยวข้องกับบริษัทแม่ที่เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทลูกนั้นมีแนวโน้มที่ศาลจะนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้มากยิ่งขึ้นกว่ากรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นบุคคลธรรมดาเสียอีก แต่อย่างไรก็ดีเมื่อมีการศึกษาวิจัยเชิงประจักษ์ถึงสถิติของกรณีดังกล่าวกลับพบว่ากรณีของบริษัทแม่และบริษัทลูกนั้นมีการนำหลักการนี้ไปปรับใช้เพื่อให้บริษัทแม่ต้องรับผิดชอบเพียงแค่ร้อยละ 28 เท่านั้น ส่วนกรณีของผู้ถือหุ้นที่เป็นบุคคลธรรมดานั้นมีถึงร้อยละ 40 ของคดีทั้งหมด<sup>103</sup>

<sup>98</sup> Paul Halpern, Michael Trebilcock, and Stuart Turnbull, "An economic analysis of limited liability in corporation law," *The University of Toronto Law Journal* 30, 2 (1980): 148.

<sup>99</sup> Richard A. Posner, "The rights of creditors of affiliated corporations," *The University of Chicago Law Review* 43, 3 (1976): 501-502.

<sup>100</sup> Phillip I. Blumberg, *The multinational challenge to corporation law: The search for a new corporate personality* (New York: Oxford University Press US, 1993), p. 89.

<sup>101</sup> José Engrácia Antunes, *Liability of corporate groups: Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German, and EEC law: An international and comparative perspective* (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), p. 240.

<sup>102</sup> William J. Rands, "Domination of a subsidiary by a parent." *Indiana Law Review* 32 (1999): 421-456.

<sup>103</sup> Robert W. Hamilton, *The law of corporations in a nutshell*. 4<sup>th</sup> ed. (Minn.: West Group, 1994), p. 110.

ทั้งนี้ การปรับใช้หลักการนี้กับกรณีของกลุ่มบริษัทโดยศาลนั้นก็ไม่ได้แตกต่างจากการปรับใช้ในกรณีที่บุคคลธรรมดาเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท กล่าวคือ มีหลักเกณฑ์สำคัญ 3 ประการ ได้แก่<sup>104</sup>

1. ความเป็นตัวตนที่แยกต่างหากของบริษัท (Separate existence) โดยเป็นการพิจารณา รูปแบบหรือสิ่งที่ปรากฏออกมาประการต่างๆ ว่าบริษัทลูกนั้นมีตัวตนที่แยกออกมาจากบริษัทแม่หรือไม่ เช่น การควบคุมบริษัทลูกในระดับที่เข้าไปถึงอำนาจการตัดสินใจและการดำเนินกิจการประจำวัน เป็นต้น ซึ่งในกรณีนี้มีตัวอย่างอื่นๆ อีกมากมายอันเกิดจากการตัดสินใจของศาลว่ากรณีใดบ้างที่ถือว่าบริษัทลูกไม่มีสถานะและตัวตนที่แยกออกจากบริษัทแม่
2. การกระทำอันไม่ชอบ (Wrongful conduct) โดยไม่จำเป็นจะต้องถึงระดับที่เรียกว่าเป็นการฉ้อฉลตามกฎหมาย หรือเป็นการผิดกฎหมายแต่อย่างใด
3. ความเสียหาย (Loss) หรือความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำอันไม่ชอบกับความเสียหาย\*

หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้จะนำไปปรับใช้กับถ้อยคำต่างๆ เพื่อนำไปสู่การใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท เช่น Instrumentality, alias, alter ego, adjunct, agent, conduit, dummy, department, pawn, puppet, shell เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีศาลบางแห่งที่เน้นแต่เพียงบางหลักเกณฑ์เท่านั้น เช่น คดี McKinney v. Gannett Co.<sup>105</sup> ที่ศาลเน้นในหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำอันไม่ชอบ

<sup>104</sup> Kurt A. Strasser, "Piercing the veil in corporate groups," *Connecticut Law Review* 37 (2005): 640-641.

\* หนึ่ง ในช่วงแรกที่มีการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทมาปรับใช้กับกรณีของกลุ่มบริษัทนั้นได้มีการพัฒนาแนวทางในการปรับใช้แยกออกเป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ แนวทางแรก Instrumentality (Three factor rule) โดย Frederick Powell ซึ่งได้รับการยอมรับจากศาลอย่างกว้างขวาง เช่น คดี Lowendal v. Baltimore & Ohio railroad, Allied programs corp. v. Puritan ins. Co. และแนวทางที่สอง คือ Alter ego (Two prong test) เช่น คดี Automotriz v. Resnick, FMC Fin. Corp. v. Murphree เป็นต้น อย่างไรก็ตามว่าแนวทางทั้งสองนั้นมีความแตกต่างกันน้อยมากและเป็นเพียงความแตกต่างในเชิงของรูปแบบมากกว่าเนื้อหาสาระ จนศาลในหลายคดี เช่น คดี Tomasso Inc. v. Armour Constr. & Paving Inc. ก็ยอมรับว่าแนวทางทั้งสองนั้นเป็นเหมือนถนนที่แยกจากกันเล็กน้อยและมุ่งสู่จุดหมายเดียวกันเท่านั้น (Slightly different roads to the same destination)

\* กล่าวกันว่าถ้อยคำต่างๆ ที่ศาลใช้เหล่านี้มีมากถึง 35 คำ

<sup>105</sup> 817 F.2d 659 (10<sup>th</sup> Cir. 1987)

เพียงอย่างเดียว หรือคดี Chatterley v. Omnicor<sup>106</sup> ที่ศาลเน้นถึงความเป็นตัวตนที่แยกต่างหากของบริษัท  
ถูก

อย่างไรก็ดี การปรับใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทถูกวิพากษ์วิจารณ์ถึง  
ปัญหาในเชิงแนวคิดและปัญหาในการปรับใช้อย่างกว้างขวางมาเป็นเวลากว่า 50 ปี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง  
การปรับใช้กับกลุ่มบริษัท กล่าวคือ

ประการแรก คือ ความไม่แน่นอนและไม่ชัดเจนของหลักการ (Uncertainty and  
Unprincipledness) ประเด็นดังกล่าวนี้ นับเป็นปัญหาใหญ่ที่สุดที่นักกฎหมายวิจารณ์ว่าการปรับใช้  
หลักการดังกล่าวของศาลนั้นเป็นเพียงการแก้ไขปัญหาลงเฉพาะหน้าในแต่ละคดี (Case by case) โดยอาศัย  
การใช้ถ้อยคำสำนวนต่างๆ (Metaphoric standard) ที่ไม่ได้ให้ความเข้าใจอย่างชัดเจนเพื่อนำไปสู่  
ข้อสรุปของผลแห่งคดีเท่านั้น (Conclusory term) อีกทั้งถ้อยคำสำนวนเหล่านี้มักเป็นเพียงการกล่าวซ้ำ  
ถึงปัญหามากกว่าที่จะเป็นการสร้างหลักเกณฑ์อันแน่นอนที่จะสามารถใช้เป็นบรรทัดฐานอ้างอิง  
สำหรับคดีอื่นในอนาคตต่อไปได้ จนทำให้เป็นที่มาของคำกล่าวอันโด่งดังของท่านผู้พิพากษา Justice  
Cardozo ในคดี Berkey v. Third Ave. Ry. Co.<sup>107</sup> ที่ว่าหลักการดังกล่าวนี้ถูกปกคลุมเอาไว้ด้วยเมฆหมอก  
แห่งคำสำนวน (Enveloped in the mists of metaphor)<sup>108</sup> นอกจากนี้ แม้ว่าจะมีการใช้รายการสำหรับ  
ตรวจสอบ (Checklist) ในประเด็นที่เกี่ยวกับการพิจารณาถึงความเป็นตัวตนที่แยกต่างหากของบริษัท  
(Separate existence) ก็คงเป็นเพียงการสังเกตจากคำพิพากษาของศาลและมีจำนวนมากมายจนไม่อาจจะ  
หาหลักการที่แน่นอนได้ เป็นผลให้เราสามารถพบคดีที่ศาลพิพากษาโดยใช้หลักการดังกล่าวซึ่งมีความ  
ขัดแย้งกันเองทั้งในผลแห่งคดีและหลักเกณฑ์ในการปรับใช้ สภาพการณ์ดังกล่าวนี้ย่อมจะทำให้เกิด  
ความสับสนและไม่อาจคาดหมายได้ในผลของคดี (Unpredictability) และนำมาซึ่งคำวิจารณ์ของนัก  
กฎหมายหลายท่าน เช่น Ballantine กล่าวว่าเราไม่อาจจะหาหลักเกณฑ์อะไรที่แน่นอนของการปรับใช้  
หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทได้เลยว่าเมื่อใดและกรณีใดที่ศาลจะนำหลักการนี้มาปรับ  
ใช้ Easterbrock และ Fischel เปรียบเทียบการปรับใช้หลักการดังกล่าวว่าเป็นเหมือนการเกิดขึ้นของฟ้า

<sup>106</sup> 485 P.2d 667 (Utah 1971)

<sup>107</sup> Berkey v. Third Ave. Ry. Co., 155 N.E. 58, 61 (N.Y. 1926)

<sup>108</sup> René Reich-Graefe, "Changing paradigms: The liability of corporate groups in Germany," Paper presented at The Changing Face of Parent and Subsidiary Corporations: Entity vs. Enterprise Liability, University of Connecticut School of Law, 21 October 2004. pp. 785-818.

แลบฟ้าผ่าซึ่งมิได้เกิดขึ้นได้บ่อยๆ (Rare) แต่มีความรุนแรง (Severe) และไม่อาจหาหลักเกณฑ์การเกิดขึ้นอย่างแน่นอนได้ (Unprincipled)<sup>109</sup>

ประการที่สอง หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาเพื่อปรับใช้หลักการนี้ยังคงยึดติดอยู่แต่เพียงรูปแบบเท่านั้น (Formality requirement) อันหมายความว่า การพิจารณาถึงกรณีกลุ่มบริษัท โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดชอบระหว่างกันจะถูกพิจารณาบนประเด็นของรูปแบบภายนอกเกี่ยวกับความมีตัวตนอยู่ของบริษัทย่อยเท่านั้น มิได้พิจารณาถึงความเป็นจริงทางเศรษฐกิจและธุรกิจรวมทั้งการรวมกลุ่มระหว่างกัน ทั้งที่สภาพการณ์ทางเศรษฐศาสตร์และบทบาทในการจัดการของบริษัทแม่ในฐานะผู้ถือหุ้นนั้นมีความแตกต่างจากกรณีของบุคคลธรรมดา โดยบริษัทแม่มักจะบริหารจัดการบริษัทลูกในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของนโยบายหรือกลยุทธ์ทางธุรกิจของบริษัทแม่หรือของกลุ่มบริษัท มิได้คงบทบาทไว้แต่เพียงเป็นผู้ถือหุ้นปกติเท่านั้น<sup>110</sup> นอกจากนี้ การพิจารณาเพียงแค่ว่ารูปแบบดังกล่าวนี้ยังทำให้ผู้เกี่ยวข้องสามารถหลบเลี่ยงได้อย่างไม่ยากเย็นนักอีกด้วย

ประการที่สาม ความไม่สอดคล้องกันกับนโยบายของกฎหมายบริษัทเอง (Inconsistency with legal policy of corporation law) หลักการดังกล่าวนี้เป็นการนำเอาแนวคิดเกี่ยวกับสภาพนิติบุคคลของบริษัทไปผูกติดกับหลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้น ทั้งที่ความจริงแล้วแนวคิดและหลักการทั้งสองนี้มิได้มีความเกี่ยวข้องหรือผูกติดกันแต่อย่างใด หากแต่ต่างก็เกิดขึ้นจากแนวคิดและบริบทของตนเองโดยมิได้มีความเชื่อมโยงกันในเชิงประวัติศาสตร์ เหตุผล หรือแนวทางกฎหมายแต่ประการใดเลย ดังนั้น การกล่าวว่าเจาะมันหรือไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทนั้นความจริงแล้วเป็นการกล่าวถึงและทำลายตัวระบบความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นต่างหาก<sup>111</sup>

ประการที่สี่ การยึดหลักการที่มีพื้นฐานอยู่บนแนวความคิดเกี่ยวกับการฉ้อฉลหรือทุจริตซึ่งเป็นลักษณะของการใช้ประโยชน์ในสภาพนิติบุคคลโดยมิชอบของบุคคลธรรมดาโดยมิได้พิจารณาถึงความแตกต่างถึงสภาพการใช้อำนาจควบคุมจากกรณีของผู้ถือหุ้นที่เป็นบุคคลธรรมดา (Individual control)

<sup>109</sup> Kurt A. Strasser, "Piercing the veil in corporate groups," *Connecticut Law Review* 37 (2005): 641.

<sup>110</sup> José Engrácia Antunes, *Liability of corporate groups: Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German, and EEC law: An international and comparative perspective* (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), pp. 241-242.

<sup>111</sup> *Ibid.*, pp. 262-264.

กับกรณีของบริษัทในเชิงบริษัทแม่และบริษัทย่อย (Institutional control) ทั้งที่ผลของการใช้อำนาจควบคุมในกรณีของบริษัทแม่และบริษัทย่อย เช่น การปะปนของทรัพย์สิน หรือการโอนย้ายทรัพย์สินระหว่างกันนั้น มักจะมีได้เกิดขึ้นบนพื้นฐานของความคิดฉ้อฉลหรือการทุจริต หากแต่เป็นการใช้ลักษณะและความเป็นกลุ่มบริษัทให้เกิดประโยชน์ต่อกลุ่มมากที่สุดเท่านั้น

ประการที่ห้า ความไม่สอดคล้องกันกับกฎหมายสาขาอื่น กล่าวคือ การปรับใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทของศาลนั้นมีการปรับใช้กับคดีในหลายประเภทที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายสาขาต่างๆ โดยมีได้คำนึงถึงหรือนำแนวคิดและนโยบายของกฎหมายสาขาเหล่านั้น (Legal principle and policy) มาพิจารณาในใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทแต่อย่างใดเลย ดังจะเห็นได้จากการที่ศาลมีการอ้างอิงหรืออาศัยหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในคดีประเภทหนึ่งในการพิจารณาพิพากษาคดีอีกประเภทอยู่บ่อยครั้ง ทั้งที่กฎหมายสาขาต่างๆ นั้นมีแนวคิดและนโยบายที่แตกต่างกันออกไปอย่างเปรียบเทียบกันมิได้เลย ตัวอย่างเช่น กฎหมายลักษณะละเมิดนั้นมีแนวคิดที่มุ่งเน้นการจัดสรรและป้องกันความเสี่ยงและภาระต้นทุนอันอาจเกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมต่างๆ รวมทั้งการจัดการให้มีความเสียหายความเสียหายอย่างรวดเร็วและเพียงพอ ในขณะที่กฎหมายว่านิติกรรมสัญญา นั้นมุ่งเน้นที่จะยอมรับบังคับตามการเจรจาตกลงกันโดยชอบระหว่างคู่สัญญา หรือกฎหมายล้มละลายเองก็มีแนวคิดประการหนึ่งที่มุ่งเน้นให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับชำระหนี้อย่างเสมอภาคตามสัดส่วนแห่งหนี้ เป็นต้น ในประเด็นดังกล่าวนี้ นักกฎหมาย Strasser ยังเห็นว่า การไม่พิจารณาถึงแนวคิดและนโยบายดังกล่าวนี้ทำให้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทมีปัญหาในเชิงแนวคิด (Conceptual problem) ทั้งนี้ เนื่องมาจากการพิจารณาที่ผิดประเด็น (Asking the wrong question) กล่าวคือ เป็นการพิจารณาหลักเกณฑ์หรือประเด็นที่เป็นการทั่วไป (Generalized) อย่างการพิจารณาถึงความมีตัวตนแยกออกจากหากของบริษัท และประเด็นที่มีความเป็นนามธรรมอย่างการพิจารณาถึงการกระทำอันไม่ชอบ โดยทั่วไป แทนที่จะพิจารณาถึงแนวคิดและนโยบายของกฎหมายแต่ละสาขาซึ่งจะนำไปสู่การพิจารณาในประเด็นอันเกี่ยวข้องกับเหตุผลในการเลือกที่จะเคารพหรือไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของแต่ละสาขากฎหมาย<sup>112</sup>

อนึ่ง แม้ว่าจะมีนักกฎหมายหลายท่านที่เห็นพ้องต้องตรงกันว่า หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทนั้นยังคงมีข้อบกพร่องและปัญหาในการปรับใช้ประการต่างๆ ข้างต้น และมีการ

<sup>112</sup> Kurt A. Strasser, "Piercing the veil in corporate groups," *Connecticut Law Review* 37 (2005): 637.



วิพากษ์วิจารณ์กันอย่างกว้างขวาง แต่กรณีก็ยังคงพบเห็นการเปลี่ยนแปลงซึ่งหลักการหรือการเปลี่ยนแปลงไปสู่วิธีการหรือหลักการใหม่ค่อนข้างน้อย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบอันเกิดจากสัญญาและความรับผิดชอบเพื่อละเมิดที่ยังคงยึดติดกับหลักการ ไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทอย่างเหนียวแน่น

### 2.6.3 แนวคิดที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพรวมกันเป็นหนึ่งเดียว (Single enterprise approach or Enterprise principle)

แนวคิดนี้เกิดขึ้นจากการพิจารณาว่าแนวคิดซึ่งถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกัน (Separate entity approach or Entity principle) ไม่สามารถใช้อธิบายหรือสะท้อนความเป็นจริงและลักษณะทางเศรษฐกิจของกลุ่มบริษัทอันมีความแตกต่างจากลักษณะทางเศรษฐกิจของบริษัทเดี่ยวที่เคยใช้แนวคิด Entity principle นี้่อธิบายได้อีกต่อไป เนื่องจากในความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกในกลุ่มบริษัทนั้น บริษัทแม่ซึ่งถือหุ้นในบริษัทลูกมิได้มีสถานะและบทบาทเป็นเพียงผู้ถือหุ้นหรือผู้ลงทุนอย่างแท้จริง (Ultimate shareholder) อีกต่อไป หากแต่บริษัทแม่ดังกล่าวจักเข้าไปมีบทบาทในการดำเนินกิจการและอำนาจการตัดสินใจของบริษัทลูกหรือกระทั่งปฏิบัติต่อบริษัทลูกโดยถือว่าบริษัทลูกเป็นเพียงหน่วยหนึ่งในองค์กรธุรกิจของตน (A part or fragment of the larger business of its parent corporation) นอกจากนี้ การยึดถือแนวคิด Entity principle อย่างเคร่งครัดนั้นทำให้มีการอาศัยโครงสร้างและความเป็นนิติบุคคลดังกล่าวในการหาประโยชน์อย่างไม่เป็นธรรม แม้ว่าแนวคิด Entity principle จะมีการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทมาปรับใช้เพื่อความยุติธรรมก็ตาม (Safety valve) แต่หลักการดังกล่าวก็ยังคงมีปัญหาในตัวเองจากลักษณะของความไม่แน่นอนและความไม่ชัดเจนในการปรับใช้อันทำให้ไม่อาจคาดหมายผลของคดีได้ ทำให้เกิดคดีหลายคดีที่นำหลักการดังกล่าวไปปรับใช้โดยไม่สอดคล้องกัน<sup>113</sup> เป็นผลให้นักกฎหมายหลายท่านเริ่มมีความเห็นว่าแนวคิดซึ่งถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกันล้าสมัยและไม่สามารถตอบโจทย์ในสภาพการณ์ปัจจุบันได้อย่างเหมาะสม (Anachronistic and dysfunctional) และทำให้ประเด็นเกี่ยวกับการพิจารณาถึงกลุ่มบริษัทนั้นเป็นสนใจและถกเถียงกันระหว่างนักกฎหมายอย่างกว้างขวางที่สุดประเด็นหนึ่งมาเป็นเวลากว่าหนึ่งศตวรรษนับแต่ความคิดเกี่ยวกับกลุ่มบริษัทได้ถือกำเนิดขึ้น เฉพาะในประเทศเยอรมันประเทศ

<sup>113</sup> Phillip I. Blumberg, *The law of corporate groups: Procedural problems in the law of parent and subsidiary corporations* (Boston: Little, brown and company, 1983), p. 8.

เดียวในช่วงเวลา 35 ปีที่ผ่านมาก็มีบทความเกี่ยวกับและเกี่ยวเนื่องกับเรื่องดังกล่าวนี้ถึงกว่า 1,000 เรื่องแล้ว

แนวคิดนี้เป็นพิจารณาบริษัทต่างๆ ภายในกลุ่มนี้ในลักษณะที่รวมกันเป็นหนึ่งเดียว โดยจะพิจารณาถึงการรวมตัวทางเศรษฐกิจอย่างเหนียวแน่นของบริษัทต่างๆ ที่อยู่ในกลุ่ม เช่น การกู้ยืมเงินโดยอาศัยภาพลักษณ์ของกลุ่มบริษัท การกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในกลุ่ม การหักกลบหนี้ระหว่างกันในกลุ่ม การที่บริษัทใดบริษัทหนึ่งในกลุ่มยอมดำเนินกิจการโดยขาดทุนเพื่อปฏิบัติตามแผนหรือกลยุทธ์ทางการเงินของกลุ่มบริษัท การโอนเปลี่ยนมือซึ่งทรัพย์สินและหนี้สินกันระหว่างในกลุ่มบริษัท เป็นต้น ซึ่งแนวทางดังกล่าวนี้จะสามารถสะท้อนถึงลักษณะของโครงสร้างองค์กรและการดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจของกลุ่มบริษัทที่มักจะมีลักษณะการรวมศูนย์อำนาจการตัดสินใจได้เป็นอย่างดี<sup>114</sup> โดยแนวคิดดังกล่าวสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ กล่าวคือ<sup>115</sup>

### 2.6.3.1 แนวคิดการรวมกลุ่ม (Unity theory)

แนวคิดดังกล่าวนี้เป็นแนวความคิดที่ตรงกันข้ามกับแนวคิด Entity principle อย่างสุดขั้วซึ่งริเริ่มโดยนักกฎหมายชาวเยอรมัน Isay ในปีค.ศ. 1910 และนักกฎหมายชาวอเมริกัน Berle ในบทความ The theory of enterprise entity ในปีค.ศ. 1947 โดยมองกลุ่มบริษัทว่าเป็นการรวมกลุ่มกันอย่างเหนียวแน่น (Substantial unity) ในเชิงเป้าหมายและกิจกรรมทางเศรษฐกิจร่วมกันจนเสมือนหนึ่งรวมเข้ากันเป็นองค์กรธุรกิจเดียว ในขณะที่กฎหมายว่าด้วยบริษัทยังคงมองบริษัทต่างๆ ภายในกลุ่มบริษัทในมุมมองที่แยกบริษัทเหล่านี้ออกจากกัน ดังนั้น แนวคิดนี้จึงเสนอให้ทำลายช่องว่างระหว่างกฎหมายกับความเป็นจริงนี้ลงด้วยการรับรองคุ้มครองสถานะทางกฎหมายแก่กลุ่มบริษัทนี้ให้มีสถานภาพเป็นนิติบุคคลหรือองค์กรธุรกิจ และควบคุมกำกับกลุ่มบริษัทในฐานะที่เป็นบุคคลเสมือนหรือประธานในกฎหมาย (Legal subject) ในอันที่จะสามารถมีหน่วยงานและบุคลากรเป็นของตนเอง และสามารถมีนิติสัมพันธ์กับบุคคลภายนอกได้เช่นเดียวกับบริษัทเดี่ยวตามปกติ

<sup>114</sup> Companies & Securities Advisory Committee, "Corporate groups final report," Australia, 2000. (Online), p. 22.

<sup>115</sup> José Engrácia Antunes, Liability of corporate groups: Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German, and EEC law: An international and comparative perspective (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), pp. 212-218.

อย่างไรก็ดี แนวคิดนี้มีข้อบกพร่องอย่างชัดเจน กล่าวคือ ประการแรก แนวคิดนี้เป็นวิธีการที่ฟุ่มเฟือย (Redundant approach) เป็นการกล่าวทวนปัญหามากกว่าที่จะเป็นการแก้ไข เพราะกรณีย่อมเป็นการทำลายสภาพนิติบุคคลของบริษัทต่างๆ ภายในกลุ่มลง ดังนั้น การรับรองคุ้มครองสถานะทางกฎหมายแก่กลุ่มบริษัทนี้ให้มีสภาพเป็นนิติบุคคลหรือองค์กรธุรกิจนี้ย่อมจะเป็นยุติสภาพนิติบุคคลของกลุ่มบริษัทแทนที่จะเป็นการมอบสภาพนิติบุคคล คงเหลือไว้แต่เพียงบริษัทเดียวขนาดใหญ่ที่เกิดขึ้นจากการรวมบริษัทภายในกลุ่มบริษัททั้งหลายเท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้น แนวคิดนี้ยังก่อให้เกิดปัญหาในตัวเอง (*petitio principii* or logical fallacy) เมื่อกลุ่มบริษัทเข้าเป็นสมาชิกของอีกกลุ่มบริษัทหนึ่งย่อมจะทำให้ปัญหานั้นวนกลับมาที่เดิม

### 2.6.3.2 แนวคิดการรวมกลุ่มตามมูลเหตุเหมาะสม (Moderate unity theory)

แนวคิดนี้ปรากฏในประเทศเยอรมันจากหนังสือและบทความต่างๆ ของ Professor Marcus Lutter จนมีการเรียกกันว่า Lutter school โดยเป็นแนวคิดที่มองการรวมกลุ่มของกลุ่มบริษัทในฐานะที่เป็นวัตถุทางกฎหมาย (Legal object) ในขณะที่ไม่ปฏิเสธสถานะทางกฎหมายและความเป็นอิสระของบริษัทภายในกลุ่มสิ้นเชิง จุดสำคัญของแนวคิดนี้ให้ความสำคัญสภาพและบทบาทของการรวมกลุ่มของกลุ่มบริษัทโดยให้ความสำคัญระหว่างแนวคิด Entity principle และแนวคิดการรวมกลุ่มข้างต้น

สำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็ปรากฏแนวคิดดังกล่าวนี้เช่นกัน ในชุดงานเขียนต่อเนื่องว่าด้วยกลุ่มบริษัท (Corporate groups) \* ของ Professor Phillip I. Blumberg โดยสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

---

\* รายละเอียดทั้งหมดโปรดดู Blumberg on Corporate Groups (2005), The Law of Corporate Groups: Enterprise Liability in Commercial Relationships Including Franchising, Licensing, Health Care Enterprises, Successor Liability, Lender Liability, and Inherent Agency (1999), The Law of Corporate Groups: Problems of Parent and Subsidiary Corporations Under State Statutory Law (1995), The Multinational Corporations and the Challenge to Corporation Law: The Search for a New Corporate Personality (1993), The Law of Corporate Groups: Problems of Parent and Subsidiary Corporations Under Statutory Law Specifically Applying Enterprise Principles (1992), The Law of Corporate Groups: Problems of Parent and Subsidiary Corporations Under Statutory Law of General Application (1989), The Law of Corporate Groups: Tort, Contract, and Other Common Law Problems in

### 1) พัฒนาการและหลักการของแนวคิด<sup>116</sup>

แนวคิดดังกล่าวเกิดขึ้นควบคู่กับและพัฒนาจากหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลซึ่งยังคงมีข้อบกพร่องประการต่างๆ ในการปรับใช้กับกลุ่มบริษัทและแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกันซึ่งมีความไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงทางเศรษฐกิจของกลุ่มบริษัท กล่าวคือ ในช่วงเวลาที่บริษัทต่างๆ ยังไม่อาจจะถือครองหุ้นระหว่างกันได้จะมีการยึดถือในแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกันอย่างเหนียวแน่น พร้อมกับการปรับใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลอย่างเข้มแข็งแก่กรณีของการใช้สภาพนิติบุคคลอย่างมิชอบของผู้ถือหุ้นที่เป็นบุคคลธรรมดา ทำให้ยังไม่ปรากฏประเด็นและคดีที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มบริษัทแต่ประการใด ยกเว้นแต่เพียงกรณีของบริษัทที่ประกอบกิจการด้านการรถไฟ (Railroad) ที่สามารถถือครองหุ้นของบริษัทอื่นที่ประกอบกิจการเดียวกันได้เนื่องด้วยลักษณะสภาพและความจำเป็นของธุรกิจอันเป็นกลุ่มบริษัทประเภทแรกที่เกิดกำเนิดขึ้นและมีความสำคัญมากในช่วงแรกนี้ ดังนั้น คดีอันเกี่ยวข้องกับกลุ่มบริษัทที่จะขึ้นสู่การพิจารณาของศาลในช่วงนี้จะจำกัดอยู่เพียงกรณีของกลุ่มบริษัทที่ประกอบกิจการด้านการรถไฟเท่านั้น ทำให้การพิจารณาและพิพากษาคดีประเภทนี้ของศาลจะต้องอาศัยการพิจารณาถึงลักษณะและบริบทของกิจการประเภทดังกล่าวนี้เป็นอย่างมากซึ่งในช่วงเวลานั้นกิจการดังกล่าวนี้เป็นการสร้างระบบการรถไฟในมลรัฐต่างๆ เพื่อให้สามารถเชื่อมโยงกันเป็นระบบการรถไฟขนาดใหญ่และมีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจและประเทศค่อนข้างมากโดยมีการดำเนินกิจการและเชื่อมโยงอำนาจการตัดสินใจแบบรวมศูนย์อำนาจอย่างเข้มแข็ง (Strongly centralized) และนำเสนอให้เป็นบริการสาธารณะต่อประชาชนร่วมกันเป็นหนึ่งเดียว (Single system) ซึ่งจะปรากฏข้อเท็จจริงที่บ่งชี้ว่า การวางเวลา ตัวโดยสาร และอุปกรณ์อื่นๆ ภายใต้อำนาจเดียวกันทั้งสิ้นไม่ว่าอุปกรณ์เหล่านั้นจะเป็นทรัพย์สินของบริษัทย่อยบริษัทใดก็ตาม อีกทั้งยังมักดำเนินการโดยพนักงานลูกจ้างของบริษัทย่อยอีกบริษัทหนึ่งด้วย ทั้งนี้ ตลอดสายการ

---

the Substantive Law of Parent and Subsidiary Corporations (1987), The Law of Corporate Groups: Problems in the Bankruptcy or Reorganization of Parent and Subsidiary Corporations, Including the Law of Corporate Guaranties (1985, 1990, 1996), The Law of Corporate Groups: Procedural Problems in the Law of Parent and Subsidiary Corporations (1983) นอกจากนี้ ยังมีบทความในวารสารกฎหมายต่างๆ อีกด้วย รายละเอียดหนังสือและบทความทั้งหมด โปรดดู <http://www.law.uconn.edu/faculty/pblumber/pubs.html>

<sup>116</sup> Phillip I. Blumberg, The multinational challenge to corporation law: The search for a new corporate personality (New York: Oxford University Press US, 1993), pp. 66-75, 84-96.

เดินขบวนรถไฟไม่ว่าจะวิ่งไปยังทางรถไฟของบริษัทย่อยบริษัทอื่นด้วยหรือไม่ก็ตาม นอกจากเหนือคดีประเภทนี้แล้ว คดีเกี่ยวกับกลุ่มบริษัทนั้นจะเกิดขึ้นและพิจารณากันในช่วงศตวรรษที่ 20 ทั้งสิ้น<sup>117</sup> และคดีของกลุ่มบริษัทที่ประกอบกิจการด้านการรถไฟเหล่านี้เองที่ถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของแนวคิดที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวหรือแนวคิดการรวมกลุ่มอย่างเหมาะสมของประเทศสหรัฐอเมริกา

คดีเกี่ยวกับกลุ่มบริษัท โดยเฉพาะอย่างยิ่งความรับผิดชอบระหว่างกัน (Intragroup liability) ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาเป็นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1854 ในคดี York & Maryland Line Railroad v. Winans<sup>118</sup> ซึ่งในขณะนั้นต้องถือว่าประเด็นดังกล่าวนี้เป็นประเด็นใหม่ทางกฎหมายยังคงไม่มีหลักกฎหมายที่จะปรับใช้ได้อย่างเป็นทางการเฉพาะ ทำให้ศาลต้องหันไปใช้หลักกฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนและตัวการตัวแทนในฐานะที่เป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง อีก 40 ปีต่อมาประเด็นดังกล่าวขึ้นสู่ศาลสูงสุดอีกครั้งในคดี Lehigh Mining and Manufacturing Co. v. Kelly<sup>119</sup> ซึ่งศาลได้พยายามที่จะหลีกเลี่ยงข้อจำกัดอันเกิดจากการปรับใช้แนวคิดและหลักการที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกันโดยอาศัยการพิจารณาถึงความฉ้อฉลทุจริตและหลักความเป็นธรรม แม้ว่าจะมีผู้พิพากษา 3 ท่านที่ร่วมพิจารณาพิพากษาในคดีนี้ไม่เห็นด้วย (Dissenting opinion) กับความพยายามดังกล่าวก็ตาม และภายหลังจากนี้ศาลหลายแห่งได้หลีกเลี่ยงข้อจำกัดนี้โดยไม่อ้างอิงกับแนวคิดและหลักการที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกันมากขึ้น โดยจะให้ความสำคัญกับลักษณะการดำเนินกิจการและอำนาจควบคุมภายในกลุ่มบริษัท ทั้งในคดีที่เกี่ยวข้องกับสัญญา ละเมิด กฎหมายบัญญัติ และวิธีพิจารณา นอกจากนี้ คดีต่างๆ เหล่านี้มักจะอ้างอิงถึงกันเฉพาะในเรื่องหรือสาขากฎหมายเดียวกันเท่านั้นอีกด้วย ซึ่งตัวอย่างของคดีเหล่านี้ได้แก่

1. คดี Union Pacific Ry. v. Chicago, Rock Island & Pacific Ry.<sup>120</sup> เป็นคดีเกี่ยวข้องกับสัญญาเช่าทรัพย์สินระหว่าง Union Pacific subsidiary และ Rock Island line เป็นระยะเช่าถึง 999 ปี โดยภายหลังจากฝ่าย Union Pacific subsidiary ได้บอกปิดสัญญาอ้างว่าสัญญาดังกล่าวขาดสิ่งตอบแทน (Consideration) เนื่องจากเช่าตามสัญญาได้จ่ายให้แก่

<sup>117</sup> Ibid, p. 68.

<sup>118</sup> York & M.L.R.R. v. Winans, 58 U.S. 30 (1854)

<sup>119</sup> Lehigh Mining & Mfg. Co. v. Kelly, 160 U.S. 327 (1895)

<sup>120</sup> Union Pac. Ry. v. Chicago, R.I. & Pac. Ry., 163 U.S. 564 (1896)

Union Pacific มิใช่ Union Pacific subsidiary แต่ศาลไม่ยอมรับข้ออ้างดังกล่าวโดยให้ความสำคัญกับการรวมเข้ากันของกลุ่มบริษัท และให้เหตุผลว่ากลุ่มบริษัทของ Union Pacific ซึ่งประกอบกิจการการรถไฟครอบคลุมพื้นที่เป็นบริเวณกว้างนั้นดำเนินกิจการในลักษณะการรวมกลุ่มซึ่งผลประโยชน์ (Unity of interest) และอำนาจควบคุมร่วมกัน (Unity of control) กล่าวคือ บริษัท Union Pacific ถือหุ้นทั้งหมดในบริษัทย่อยนี้ และยังเป็นผู้สร้างทรัพย์สินซึ่งให้เช่าตามสัญญา และทั้งสองบริษัทนี้ก็มีพนักงานร่วมกัน รวมทั้งระบบการบริหารจัดการการเงินร่วมกันด้วย

2. คดี Lehigh Valley Railroad Co. v. DuPont<sup>121</sup> และคดี Lehigh Valley Railroad Co. v. Delachesa<sup>122</sup> ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับความรับผิดเพื่อละเมิด โดยศาลได้พิจารณาเน้นถึงลักษณะการประกอบกิจการประเภทเดียวกันร่วมกันของกลุ่มบริษัท รวมทั้งการบริหารจัดการร่วมกันและลักษณะความสัมพันธ์ประการต่างๆ ในการพิพากษาให้รับผิดชอบเพื่อละเมิด
3. คดี Davis v. Alexander<sup>123</sup> เป็นคดีเกี่ยวกับความรับผิดเพื่อละเมิดอีกคดีหนึ่งที่ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้นำหลักเกณฑ์ต่างๆ ในคดี Lehigh Valley Railroad Co. v. DuPont และ Lehigh Valley Railroad Co. v. Delachesa มาปรับใช้โดยเห็นว่าเมื่อบริษัทหนึ่งบริษัทใดภายในกลุ่มบริษัทที่ประกอบกิจการด้านการรถไฟถูกควบคุมโดยบริษัทอื่นภายในกลุ่มและกลุ่มบริษัทดังกล่าวมีการรวมกลุ่มเข้ากันเป็นหนึ่ง บริษัทที่มีอำนาจควบคุมหรืออำนาจเหนือบริษัทอื่นจักต้องรับผิดชอบในผลแห่งการละเมิดของบริษัทอื่นด้วย

แม้ผลจากคดี Davis v. Alexander จะทำให้ดูเหมือนว่าศาลสูงสุดและศาลต่างๆ หลายศาลยอมรับในแนวคิดที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียว แต่ก็ก็เป็นเพียงช่วงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น ทั้งนี้ ภายหลังจากนี้ แนวคิดดังกล่าวซึ่งยังคงมีการปรับใช้อย่างจำกัดในคดีบางประเภทและยังมิได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปจะต้องเข้าไปปะทะกับแนวคิด Entity law และหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลซึ่งได้รับการยอมรับและปรับใช้อย่างเข้มแข็งและแพร่หลายในคดีหลากหลายประเภทมากกว่า และจำต้องหลีกเลี่ยงให้แก่แนวคิดประการหลังนี้ในที่สุด โดยเริ่มจากคดี Berkey v. Third

<sup>121</sup> Lehigh Valley R. Co. v. DuPont, 128 F. 840 (2<sup>nd</sup> Cir. 1904)

<sup>122</sup> Lehigh Valley R. Co. v. Delachesa, 145 F. 6170 (2<sup>nd</sup> Cir. 1906)

<sup>123</sup> Davis v. Alexander, 269 U.S. 114 (1925)

Avenue Railway ซึ่งได้นำแนวคิดนี้และหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาปรับใช้และละทิ้งแนวคิดที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวแม้ว่าจะเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบเพื่อละเมิดของกลุ่มบริษัทที่ประกอบกิจการด้านการรถไฟเหมือนกับหลายคดีข้างต้นก็ตาม<sup>\*</sup>

อย่างไรก็ดี ต่อมาเมื่อนักกฎหมายและศาลหลายแห่งเริ่มจะเห็นว่า การปรับใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทนั้นมีปัญหาหลายประการดังที่ได้พิจารณาไว้แล้วข้างต้น จึงได้มีศาลบางแห่งที่พยายามจะหลีกเลี่ยงจากปัญหาเหล่านี้ โดยเริ่มจากการไม่พิจารณาหรือให้ความสำคัญแก่หลักเกณฑ์บางประการน้อยลง เช่น หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำอันไม่ชอบ<sup>\*\*</sup> เป็นต้น เพื่อปรับปรุงข้อจำกัดอันจะนำไปสู่พัฒนาการขั้นต่อของหลักการดังกล่าว (Liberalized piercing the veil jurisprudence) รวมถึงการกลับมาให้ความสำคัญกับลักษณะการดำเนินกิจการและการรวมกลุ่มระหว่างกันอีกครั้ง อีกทั้งยังคำนึงถึงแนวคิดและวัตถุประสงค์ของกฎหมายสาขาต่างๆ ที่พิจารณาอีกอยู่ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีอันเกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบเพื่อละเมิด (Tort law) กฎหมายล้มละลายในบางส่วน (Bankruptcy law) กฎหมายลายลักษณ์อักษรทั่วไปซึ่งมิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกลุ่มบริษัทไว้เป็นการเฉพาะ (Statutes of general application) หรือประเด็นเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความเป็นผลให้แนวคิดและหลักการที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวหรือ Enterprise law กลับมาได้รับการยอมรับและพัฒนาต่ออีกครั้งหนึ่ง ทั้งนี้ ศาลที่ยอมรับและปรับใช้แนวคิดและหลักการดังกล่าวนี้ต่างเห็นพ้องต้องตรงกันว่า การอาศัยเฉพาะแต่เพียงการพิจารณาเกี่ยวกับระดับอำนาจการควบคุม (Control) นั้นยังคงไม่เพียงพอต่อการวินิจฉัยคดี หากแต่จำเป็นต้องพิจารณาถึงประเด็นดังต่อไปนี้

ประการแรก กลุ่มบริษัทที่จะนำแนวคิดและหลักการดังกล่าวนี้ไปพิจารณาปรับใช้ได้นั้นจำเป็นต้องมีลักษณะความสัมพันธ์และการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจและการดำเนินกิจการกันอย่างเหนียวแน่นเชื่อมโยงกันระหว่างบริษัทต่างๆ ภายในกลุ่ม (Highly intertwined operational and economic relationship) โดยมีปัจจัยที่จะแสดงถึงโครงสร้างทางเศรษฐกิจและอำนาจการตัดสินใจ (Economic contour and decision-making) อันเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นประเด็นสำคัญในการพิจารณาถึงลักษณะ

\* แนวคิดที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวคงได้รับการยอมรับและนำไปปรับใช้อย่างจำกัดมากเพียงบางกรณีเท่านั้น คือ กรณีของกลุ่มบริษัทที่ประกอบกิจการแท็กซี่ในนิวยอร์กที่ศาลยังนำแนวคิดไปปรับใช้ ตัวอย่างเช่น คดี Mull v. Colt และ Mangan v. Terminal Transp. Sys. Inc. เป็นต้น

\*\* เช่น คดี Castleberry v. Banscum โดยศาลสูงสุดแห่งมลรัฐเท็กซัส เป็นต้น

ความสัมพันธ์ระหว่างกัน (Nature of inter-relationship) และรูปแบบทางเศรษฐกิจ (Economic pattern) ของบริษัทในกลุ่มดังนี้<sup>124</sup>

1. อำนาจการควบคุม (Control) ของบริษัทแม่ที่มีอยู่และใช้อำนาจดังกล่าวเข้าไปควบคุมการประกอบกิจการหรือการตัดสินใจของบริษัทลูกจนเกินสมควร (Excessive intrusive intervention) หรือจนกระทบต่ออำนาจในการตัดสินใจในเรื่องสำคัญ เช่น นโยบายทั่วไปในการดำเนินกิจการ การวางแผนด้านการเงินและค่าใช้จ่ายรวมถึงค่าตอบแทนของผู้บริหาร การวางนโยบายร่วมกันของกลุ่มด้านบุคลากรและแรงงาน ความปลอดภัย จัดซื้อจัดจ้าง การบัญชี หรือความรับผิดชอบทางสังคม ทำให้บริษัทลูกขาดอำนาจการดำเนินงานอย่างอิสระเมื่อเปรียบเทียบกับทางปฏิบัติของบริษัทในกิจการประเภทเดียวกัน การพิจารณาเกี่ยวประเด็นนี้นับว่ามีความซับซ้อนละเอียดอ่อนค่อนข้างมาก อย่างไรก็ตาม เป็นที่ยอมรับกันว่าการเข้าไปควบคุมการตัดสินใจเกี่ยวกับกิจกรรมประจำวัน (Day-to-day decision-making) นั้นถือได้ว่าเป็นการเข้าไปควบคุมการประกอบกิจการหรือการตัดสินใจของบริษัทลูกจนเกินสมควรแล้ว
2. การผสมกันหรือรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจอย่างเหนียวแน่น (Closed economic intertwining or economic integration) กล่าวคือ เป็นการพิจารณาว่าบริษัทต่างๆ ภายในกลุ่มบริษัทนั้นดำเนินกิจการร่วมกันในฐานะที่เป็นส่วนประกอบแยกย่อย (Fragment) เพื่อประกอบกิจการร่วมกันหรือไม่ โดยมีจะสะท้อนผ่านทางระดับการซื้อขายระหว่างกันอันแสดงถึงการพึ่งพากันด้านการผลิตและจัดจำหน่ายสินค้า การสั่งซื้อ การรับประกัน การจัดการด้านโกดังสินค้า การตลาด และการเงินร่วมกันของกลุ่ม รวมทั้งการใช้และปะปนกันซึ่งทรัพย์สินของกลุ่ม
3. ภาพลักษณ์ร่วมกันของกลุ่มที่ปรากฏต่อสาธารณะ (Common public persona) ในการดำเนินกิจการ ซึ่งอาจเห็นได้จากการใช้เครื่องหมายการค้าร่วมกันหรือเครื่องหมายกลุ่มชื่อทางการค้า โลโก้ต่างๆ ร่วมกัน และอาจรวมถึงลักษณะในประการอื่นๆ เช่น รูปแบบร้านหรือสำนักงาน หรือรูปแบบชุดของพนักงาน เป็นต้น

<sup>124</sup> Phillip I. Blumberg, "Transformation of modern corporation law: The law of corporate groups," *Connecticut Law Review* 37 (2004): 607.

\* กรณีของบริษัทในประเทศไทยที่น่าจะแสดงให้เห็นประเด็นดังกล่าวได้ค่อนข้างชัดเจนน่าจะเป็นกรณีของกลุ่มธุรกิจปตท. และกลุ่มเครือซีเมนต์ไทย



4. การพึ่งพอาศัยกันทางการเงิน (Financial interdependence) เป็นการพิจารณาถึงระดับการพึ่งพาทางการเงินของบริษัทย่อยจากบริษัทแม่ว่าบริษัทย่อยนั้นมีทรัพยากรหรือเงินทุนที่เพียงพอในอันที่จะสามารถดำเนินกิจการได้ด้วยตนเองหรือเป็นเพียงส่วนประกอบส่วนหนึ่งที่ต้องพึ่งพาด้านการเงินจากกลุ่ม
5. การพึ่งพอาศัยกันด้านการบริหารจัดการ (Administrative interdependence) เป็นการพิจารณาว่ากลุ่มบริษัทมีการรวมกลุ่มเกี่ยวกับการบริหารจัดการหรือการใช้บริการด้านต่างๆ หรือไม่ เช่น การมีสถานประกอบการร่วมกัน หรือการแต่งตั้งกรรมการบริษัทร่วมกันระหว่างบริษัทในกลุ่ม การจัดประชุมกรรมการบริษัทร่วมกัน หรือการใช้บริการและเฉลี่ยค่าบริการด้านต่างๆ ร่วมกัน เป็นต้นว่า ค่าใช้จ่ายทั่วไปในการดำเนินกิจการ (Overhead cost) การบริหารจัดการ งานด้านการบัญชี งานด้านกฎหมาย งานด้านการภาษี การประกันภัย วิศวกรรม งานด้านการวิจัยและพัฒนา งานด้านการโฆษณา และมาตรการด้านความปลอดภัย
6. การจัดจ้างหรือบริหารงานบุคคลและลูกจ้างร่วมกัน (Group identification of employees) เป็นการพิจารณาว่ากลุ่มบริษัทมีโครงสร้างการจ้างงานที่ทับซ้อนกันหรือไม่ เช่น การจ้างบุคลากรทั้งผู้บริหารระดับสูงและพนักงานต่างๆ ร่วมกัน การโอนย้ายหรือแลกเปลี่ยนพนักงานระหว่างกันอย่างง่ายดาย การจัดฝึกอบรมพนักงานร่วมกัน การจัดการเกี่ยวกับบำเหน็จและค่าตอบแทนของพนักงานร่วมกัน เป็นต้น

ประการที่สอง การที่นำแนวคิดและหลักการที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวหรือ Enterprise law ไปปรับใช้ได้นั้นก็ต้องได้ความว่าการปรับใช้ดังกล่าวนี้สามารถตอบสนองและบังคับการให้เป็นไปตามแนวคิด หลักการ และวัตถุประสงค์ของสาขากฎหมายที่กำลังพิจารณาได้ยิ่งกว่าการปรับใช้ตามแนวคิด Entity law (Better implement the underlying purposes and objectives of the law in the area in question)

ดังนั้นแล้ว หากศาลต้องการที่จะปรับใช้แนวคิดและหลักการที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียว จะต้องพิจารณาถึงประเด็นหรือคำถามสำคัญสองประการข้างต้น กล่าวคือ

1. ลักษณะความสัมพันธ์ของกลุ่มบริษัทที่กำลังพิจารณาอยู่นั้นมีลักษณะรวมกลุ่มเข้ากัน อย่างเหนียวแน่นเป็นหนึ่งเดียวกันจนเหมาะกับการนำแนวคิดและหลักการดังกล่าวไปปรับใช้หรือไม่
2. การนำแนวคิดและหลักการดังกล่าวไปปรับใช้แก่กรณีนั้นจะสามารถตอบสนองและ บังคับการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และเป้าหมายของกฎหมายสาขานั้นที่กำลัง พิจารณาได้ดียิ่งกว่าเดิมหรือไม่

โดยไม่ต้องให้ความสำคัญหรือลดความสำคัญของหลักเกณฑ์ประการต่างๆ จากหลักการไม่ คำนึงถึงสภาพนิติบุคคล เช่น การกระทำมิชอบ น้อยลงหรือไม่เป็นธรรม และการพิจารณาถึงความมี ตัวตนอยู่ของบริษัทย่อยโดยอาศัยการพิจารณาข้อเท็จจริงในเชิงรูปแบบต่างๆ (Formality) เป็นต้น ดังนั้น แนวคิดและหลักการดังกล่าวนี้จึงเป็นแนวคิดที่ยอมรับและตอบสนองต่อความจริงที่ว่ากลุ่ม บริษัทนั้นมีความหลากหลายทั้งในแง่การค้าเนนกิจการและโครงสร้างของกลุ่มบริษัทอันต้องการ แนวคิดและมาตรการที่แตกต่างกันออกไปด้วยเช่นกัน หนึ่ง แม้ว่าเราอาจจะตัดคำถามหรือข้อพิจารณา ประการแรกออกไปได้โดยการนำแนวคิดและหลักการดังกล่าวนี้ไปปรับใช้แก่กลุ่มบริษัทในทุกกรณี ทุกลักษณะความสัมพันธ์ที่มีนักกฎหมายบางท่านได้ให้ความเห็นไว้ก็ตาม<sup>125</sup> แต่ท่าน Blumberg ยังคง เห็นว่าการกระทำดังกล่าวจะทำให้เกิดปัญหาและข้อขัดแย้งเป็นอย่างมากอีกทั้งยังคงไกลเกินไปสำหรับ แนวคิดทางกฎหมายในปัจจุบัน

นอกจากนี้ แนวคิดและหลักการที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวที่ได้ พิจารณาข้างต้นนั้น มิได้เป็นแนวคิดและหลักการอันสูงสุด (Transcendental) อยู่เหนือแนวคิดที่ถือว่าแต่ ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกันหรือ Entity principle ทั้งยังมีได้เป็นการก่อให้เกิดการยอมรับซึ่งบุคคล ทางกฎหมายประเภทใหม่จากการรวมกลุ่มของกลุ่มบริษัทแต่ประการใด หากแต่แนวคิดและหลักการที่ ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวหรือ Enterprise principle นี้เป็นแนวคิดและ หลักการที่เกิดขึ้นในฐานะที่เป็นการตอบสนองจากกฎหมายอันมีต่อสภาพความเป็นจริงทางเศรษฐกิจ และสังคมของกลุ่มบริษัท โดยอาศัยการพิจารณาถึงปัจจัยเกี่ยวกับการมีและใช้ซึ่งอำนาจควบคุม ปัจจัย เกี่ยวกับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจเท่านั้น และเป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นเพื่อการปรับใช้ในลักษณะที่เป็น

<sup>125</sup> Jonathan M. Landers, "A unified approach to parent, subsidiary, and affiliate questions in bankruptcy," *The University of Chicago Law Review* 42, 4 (1975): 589-652.

ส่วนเพิ่มส่วนเติมเต็ม (Incremental and supplemental) และเลือกปรับใช้แก่กรณีอันเหมาะสม (Selective)<sup>126</sup> ดังนั้น การนำแนวคิดและหลักการดังกล่าวไปปรับใช้กฎหมายแต่ละประเทศแต่ละสาขานั้นจึงมีระดับที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ กรณีที่มีได้มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดทางเนื้อหาสาระ (Substantive liability) ของกลุ่มบริษัท แนวคิดและหลักการดังกล่าวจะมีอิทธิพลมากกว่า หากแต่กรณีเป็นการพิจารณาถึงประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดเป็นประเด็นสำคัญแล้ว แนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกันก่อบริษัทหลักการความรับผิดอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นจะมีบทบาทและอิทธิพลที่เหนือกว่าทันที เราจึงกล่าวได้ว่าแนวคิดทั้งสองประการนี้ยังคงมีบทบาทที่สำคัญอยู่ที่คู่ตามแต่สถานการณ์ที่แตกต่างกันนั่นเอง<sup>127</sup>

## 2) หลักกฎหมายที่นำมาใช้ในการอธิบายแนวคิด

มีความพยายามที่จะอธิบายว่าแนวคิดและหลักการที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวที่เกิดขึ้นและถูกนำมาปรับใช้นี้มีที่มาจากกฎหมายและนิติวิธี (Jurisprudence of enterprise law) อย่างไร โดยมีการอธิบายในหลายแนวทาง กล่าวคือ<sup>128</sup>

### ก) การยอมรับสถานะทางกฎหมายของการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ

การยอมรับสถานะทางกฎหมายของการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ (Recognition of the economic entity as legal unit) เป็นการมองว่าแนวคิดและหลักการดังกล่าวนี้เป็นการยอมรับให้กลุ่มบริษัทนี้มีสถานะเป็นบุคคลทางกฎหมายและสิทธิหน้าที่เป็นของตนเอง แต่แนวทางดังกล่าวมีข้อบกพร่องอย่างชัดเจน เนื่องจากการปรับใช้แนวคิดและหลักการดังกล่าวจะเป็นไปเพื่อให้เกิดความรับผิดทางกฎหมายเป็นส่วนใหญ่ มีเพียงส่วนน้อยมากที่จะเป็นการยอมรับซึ่งสิทธิของกลุ่มบริษัทและจะเป็นเพียงการยอมรับซึ่งสิทธิในเชิงวิธีพิจารณาความเท่านั้น ดังนั้น การอธิบายด้วยแนวทางนี้อาจเป็นผลให้เกิดบุคคล

<sup>126</sup> Phillip I. Blumberg, *The multinational challenge to corporation law: The search for a new corporate personality* (New York: Oxford University Press US, 1993), p. 253.

<sup>127</sup> Phillip I. Blumberg, "Transformation of modern corporation law: The law of corporate groups," *Connecticut Law Review* 37 (2004): 607-608.

<sup>128</sup> Phillip I. Blumberg, *The multinational challenge to corporation law: The search for a new corporate personality* (New York: Oxford University Press US, 1993), pp. 236-246.

ตามกฎหมายซึ่งมีความรับผิดชอบแต่ไร้ซึ่งสิทธิ (Lack of legal right) ยิ่งไปกว่านั้น การปรับใช้แนวคิดและหลักการดังกล่าวนี้จำเป็นต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์หรือข้อพิจารณาสำคัญสองประการข้างต้น กล่าวคือ ลักษณะความสัมพันธ์ของกลุ่มบริษัทที่กำลังพิจารณาอยู่นั้นมีลักษณะรวมกลุ่มเข้ากันอย่างเหนียวแน่น เป็นหนึ่งเดียวกันจนเหมาะกับการนำแนวคิดและหลักการดังกล่าวไปปรับใช้ และการนำแนวคิดและหลักการดังกล่าวไปปรับใช้แก่กรณีนั้นจะสามารถตอบสนองและบังคับการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และเป้าหมายของกฎหมายสาขานั้นที่กำลังพิจารณาได้ดียิ่งกว่า ดังนี้ การยอมรับและนำแนวคิดดังกล่าวนี้ไปปรับใช้จึงมิได้เกิดขึ้นในทุกกรณี ทุกกลุ่มบริษัท และทุกสาขาของกฎหมาย หากแต่เป็นเพียงการปรับใช้ในกรณีที่เหมาะสมเท่านั้น (Selective application) ซึ่งแตกต่างจากการรับรองสถานะกลุ่มบริษัทให้เป็นบุคคลทางกฎหมายอย่างสิ้นเชิง

#### ข) ความรับผิดชอบที่เกิดจากกระทำของผู้อื่น (Derivative liability)

หลักการดังกล่าวนี้มีหลักเกณฑ์บางประการที่คล้ายคลึงกับแนวคิด Enterprise law คือ การพิจารณาถึงความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างกันอันใกล้ชิด และอำนาจควบคุมระหว่างบุคคลผู้ก่อให้เกิดความรับผิดชอบและบุคคลที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องด้วย อย่างไรก็ตาม แนวทางนี้ยังคงมีความแตกต่างจากแนวคิด Enterprise law อยู่ กล่าวคือ แนวทางดังกล่าวนี้เป็นการกำหนดความรับผิดชอบจากลักษณะความสัมพันธ์เพื่อประโยชน์ของบุคคลผู้ต้องเสียหายโดยยังรับรองว่าบุคคลผู้ก่อให้เกิดความรับผิดชอบและบุคคลที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องด้วยนั้นยังเป็นคนละคนกันจึงยอมรับให้มีการไล่เบี้ยระหว่างกันได้ ในขณะที่แนวคิด Enterprise law นี้เป็นแนวคิดและหลักการที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียว นอกจากนี้ แนวทางดังกล่าวนี้ยังไม่สามารถอธิบายได้ถึงกรณีที่มีการนำแนวคิดและหลักการดังกล่าวนี้ไปปรับใช้ในลักษณะที่เป็น การยอมรับซึ่งสิทธิของกลุ่มบริษัทได้ แม้จะมีกรณีนี้เป็นจำนวนน้อยมากก็ตาม

#### ค) หลักกฎหมายว่าด้วยตัวแทน (Agency law)

---

\* ตัวอย่างเช่น ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในการกระทำของผู้อื่น (Vicarious liability) ในกรณีของตัวการที่ต้องร่วมรับผิดชอบกับตัวแทน หรือนายจ้างที่ต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้าง เป็นต้น

มีการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาอธิบายแนวคิด Enterprise law เช่นเดียวกันกับกรณีของหลักการ ไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคล ซึ่งก็มีข้อบกพร่องคล้ายกัน คือ ยังคงขาดการพิจารณาถึงหลักการของหลักกฎหมายว่าด้วยตัวแทนซึ่งต้องอาศัยความยินยอมในการเป็นตัวการตัวแทนกัน และคงเป็นเพียงการอธิบายในเชิงถ้อยคำสำนวนเท่านั้น (Metaphorical variation)

### ง) ข้อยกเว้นของหลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้น

โดยเป็นการพิจารณาว่าแนวคิด Enterprise law นี้เป็นข้อยกเว้นประการหนึ่งของหลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นเมื่อการใช้หลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นในกรณีของกลุ่มบริษัทนี้ขาดความเหมาะสม อย่างไรก็ตาม แนวทางนี้ยังคงมีข้อจำกัดอยู่ที่ไม่สามารถอธิบายได้ถึงกรณีที่มีการนำแนวคิดและหลักการดังกล่าวนี้ไปปรับใช้ในลักษณะที่เป็นการยอมรับซึ่งสิทธิของกลุ่มบริษัทได้ เช่นเดิม ยิ่งไปกว่านั้น กรณียังเป็นการจำกัดแนวคิดและหลักการดังกล่าวไว้เพียงกรณีที่มีความเกี่ยวข้องกับหลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นเท่านั้น ไม่สามารถอธิบายถึงกรณีที่มีการนำแนวคิดนี้ไปปรับใช้กับกรณีอื่นๆ ที่หลักการความรับผิดชอบอย่างจำกัดของผู้ถือหุ้นไม่มีบทบาทซึ่งมีเป็นจำนวนมากได้ (Blumberg, 1983)(P. Blumberg, I, 1983)(P. Blumberg, I, 1983)

### จ) หลักการองค์ประกอบด้านความสัมพันธ์ (Relational law)

ท่าน Roscoe Pound ได้กล่าวถึงในหนังสือของท่านเกี่ยวกับหลักการดังกล่าว โดยเห็นว่านอกจากรากฐานของ Common law จะมีที่มาจากแนวคิดที่ให้ความสำคัญถึงองค์ประกอบด้านความยินยอม (Consensual element) แล้ว ยังประกอบด้วยแนวคิดที่ให้ความสำคัญถึงองค์ประกอบด้านความสัมพันธ์ (Relational element) ที่ยอมรับในผลทางกฎหมายระหว่างคู่กรณีโดยอาศัยการพิจารณาถึงลักษณะและสถานะด้านความสัมพันธ์ระหว่างกันมากกว่าที่จะพิจารณาถึงนิติกรรมหรือธุรกรรมระหว่างกัน (Relationship rather than the contract)<sup>\*</sup> ซึ่งมีการนำไปใช้ในกฎหมายว่าด้วยสัญญาและละเมิดเกี่ยวกับการสร้างแนวคิดเรื่อง Relational interest หลักการองค์ประกอบด้านความสัมพันธ์ (Relational law) นี้มีความคล้ายคลึงกับแนวคิด Enterprise law ที่มุ่งเน้นพิจารณาถึงผลทางกฎหมายจาก

<sup>\*</sup> ผู้สนใจโปรดดู Roscoe Pound, *The spirit of the common law* (Transaction Publishers, 1999).

ลักษณะความสัมพันธ์ในเชิงเศรษฐกิจเช่นเดียวกัน และน่าจะเป็นแนวทางที่อธิบายถึงแนวคิด Enterprise law ได้ดีที่สุดแล้วในปัจจุบัน

### 3) ผลของแนวคิดต่อกฎหมายและการปรับใช้ในประเทศต่างๆ

#### ก) ประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>129</sup>

ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น แนวคิดและหลักการที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกัน เป็นหนึ่งเดียวมีการนำไปใช้โดยศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีจำนวนพอสมควร และที่เด่นชัดที่สุดประการหนึ่งก็คือ การพัฒนาระบบเก็บภาษีโดยการรวมเงินได้ของเครือวิสาหกิจเข้าด้วยกัน (Unitary taxation) ของศาลสูงสุดในช่วงปีค.ศ. 1980 ถึง 1983 อันได้แก่คดี Mobil Oil Corp. v. Commissioner of Taxes, Exxon Corp v. Wisconsin Department of Revenue, ASARCO Inc. v. Idaho State Tax Commissioner, F.W. Woolworth Co. v. Taxation & Revenue Department และ Container Corp. of Am. v. Franchise Tax Bd. โดยในคดีเหล่านี้ศาลได้พิจารณาถึงลักษณะและสภาพความเป็นจริงทางเศรษฐกิจเกี่ยวกับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจระหว่างกันของกลุ่มบริษัท ระดับของการมีส่วนร่วมในการดำเนินกิจการ โดยบริษัทแม่หรือกลุ่มบริษัท การพึ่งพาอาศัยอย่างสำคัญระหว่างกัน (Substantial mutual interdependence) และการสนับสนุนในการก่อให้เกิดเงินได้พึงประเมินจากการรวมกลุ่มทั้งในด้านการประกอบกิจการและการบริหารจัดการ ทั้งนี้ การตรวจสอบด้านการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ (Test of economic integration) ดังกล่าวนี้นี้จะมีความสำคัญมากกว่าการตรวจสอบด้านรูปแบบทางกฎหมาย (Test of technical legal form) ในการพิจารณาเงินได้พึงประเมินและการจัดเก็บภาษีของเครือวิสาหกิจ โดยมีข้อสังเกตว่าลำพังเพียงแต่การมีอยู่ของอำนาจควบคุม (Mere existence of control) ของบริษัทแม่ต่อบริษัทลูกนั้นยังไม่เพียงพอที่จะนำหลักการดังกล่าวไปปรับใช้ หากแต่ต้องปรากฏถึงการใช้อำนาจ

<sup>129</sup> Phillip I. Blumberg, The multinational challenge to corporation law: The search for a new corporate personality (New York: Oxford University Press US, 1993), pp. 96-107.

\* มีการวิพากษ์วิจารณ์กันว่าหลักการหรือระบบการจัดเก็บภาษีในลักษณะดังกล่าวจะก่อให้เกิดการจัดเก็บภาษีซ้ำซ้อนในเชิงอำนาจรัฐ และหลักการดังกล่าวนี้ยังคงใช้อย่างจำกัดในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหลักเท่านั้น

ควบคุมดังกล่าวด้วย นอกจากนี้ ศาลจะไม่ปรับใช้หลักการดังกล่าวกับกลุ่มบริษัทที่มีโครงสร้างในลักษณะแนวนอน (Horizontally integrated group)<sup>130</sup>

นอกเหนือจากคดีอื่นเกี่ยวกับการพัฒนาระบบเก็บภาษีโดยการรวมเงินได้ของเครือวิสาหกิจเข้าด้วยกันข้างต้นแล้ว ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกายังได้นำแนวคิดและหลักการที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวนี้ไปปรับใช้แก่คดีอื่นๆ อันก่อให้เกิดพัฒนาการทางกฎหมายอีกหลายคดี โดยปฏิเสธที่จะปรับใช้แนวคิดและหลักเกณฑ์ของหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทตัวอย่างเช่น

1. คดี Taylor v. Standard Gas & Electric Co.<sup>131</sup> ซึ่งเกี่ยวข้องกับการจัดลำดับสิทธิเรียกร้องและการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการ โดยบริษัทแม่ได้อ้างและเรียกร้องสิทธิในหนี้ที่ตนมีต่อบริษัทลูกซึ่งอยู่ภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการ แต่ศาลสูงสุดได้พิจารณาถึงลักษณะและสภาพทางเศรษฐกิจระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกดังกล่าวแล้วเห็นว่ากรณีมีการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจระหว่างกัน บริษัทลูกพึ่งพาการเงินจากบริษัทแม่ และบริษัทแม่อังยังมีและใช้อำนาจควบคุมในการแทรกแซงการตัดสินใจและการดำเนินกิจการของบริษัทลูกอย่างเกินส่วน จึงไม่ยอมรับสิทธิดังกล่าวอย่างเต็มบริบูรณ์ หากแต่ให้ด้อยสิทธิหรือลดลำดับการชำระหนี้ในสิทธิดังกล่าวลง คดีดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดหลักการด้อยสิทธิโดยอำนาจศาล (Equitable subordination หรือที่รู้จักกันในชื่อ Deep rock doctrine) ซึ่งจะได้นำกล่าวถึงในรายละเอียดต่อไปในบทที่ 3
2. คดี Anderson v. Abbott<sup>132</sup> เป็นการพิจารณาถึงความรับผิดชอบเท่าของผู้ถือหุ้น (Double assessment shareholder liability) ใน Holding company ตามกฎหมาย National Banking Act ซึ่งศาลล่างเห็นว่าบริษัทดังกล่าวได้จัดตั้งขึ้นโดยสุจริตมิได้เป็นเพียงสิ่งลวงตาหรือเกราะกำบัง (Sham) ให้แก่ผู้ถือหุ้นเพื่อหลบเลี่ยงความรับผิด อีกทั้งยังมีเงินทุนในจำนวนที่เพียงพอ ผู้ถือหุ้นจึงไม่ต้องรับผิดตามกฎหมายดังกล่าว แต่ศาลสูงสุดกลับคำตัดสินดังกล่าว โดยเห็นว่าการพิจารณาความรับผิดดังกล่าวนี้จักต้องพิจารณาจากสภาพความจริงมิใช่

<sup>130</sup> Phillip I. Blumberg, "The American law of corporate groups," in *Corporate control and accountability*, eds. Joseph McCahery, Sol Picciotto, and Colin Scott (New York: Oxford University Press, 1993), p. 317.

<sup>131</sup> 306 U.S. 307 (1939)

<sup>132</sup> 321 U.S. 349 (1944)

รูปแบบภายนอก (Realities not forms) หากปราศจากการพิจารณาถึงความเป็นจริงทางเศรษฐกิจแล้วย่อมจะเป็นการทำลายแนวคิดและวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายดังกล่าว

3. คดี Copperweld Corp v. Independence Tube Co.<sup>133</sup> เป็นคดีเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าโดยคดีมีปัญหาประการหนึ่งว่าบริษัทแม่และบริษัทย่อยสามารถร่วมกันกระทำการกีดกันการแข่งขันทางการค้า (Anticompetitive practice) ได้หรือไม่ ซึ่งศาลสูงสุดปฏิเสธที่จะนำหลักเกณฑ์ของหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทและปรับใช้แนวคิดและหลักการที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวแก่คดีแทนโดยเห็นว่ากิจกรรมและการกระทำต่างๆ ระหว่างบริษัทแม่และบริษัทย่อยซึ่งถือหุ่นทั้งหมดโดยบริษัทแม่ในคดีนี้นั้นถือว่าเป็นการกระทำโดยวิสาหกิจเดียวกัน (Single enterprise) จึงไม่อาจจะประกอบขึ้นเป็นการกระทำร่วมและสมคบกันระหว่างกลุ่ม (Intragroup conspiracy) ได้

อนึ่ง คดีและประเด็นแห่งคดีที่ศาลได้นำแนวคิดและหลักการที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวไปปรับใช้มากและเด่นชัดที่สุดจะเป็นคดีและประเด็นแห่งคดีอันเกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาความ เช่น Res judicata และ Discovery เป็นต้น<sup>134</sup>

ในส่วนของกฎหมายบัญญัตินั้นก็มีการนำแนวคิดและหลักการที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวไปใช้ในกฎหมายอย่างมิได้ค่อยไปกว่าการพัฒนาและปรับใช้โดยศาลเช่นกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่เกิดขึ้นในช่วงการปรับปรุงกฎหมายตั้งแต่ปีค.ศ. 1933 (New deal reform legislation) ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 กลุ่ม คือ

กลุ่มแรก คือ กฎหมายทั่วไปที่มีได้มีการบัญญัติถึงกลุ่มบริษัทหรือแนวคิดและหลักการที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวไว้เป็นการเฉพาะ ในกลุ่มนี้บทบาทการปรับใช้กฎหมายแก่กรณีของกลุ่มบริษัทจึงอยู่ศาลเป็นสำคัญซึ่งศาลแต่ละแห่งก็มีแนวทางที่แตกต่างกัน กล่าวคือ มีทั้งแนวทางที่ปรับใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทอย่างเคร่งครัด แนวทางที่พยายามปรับปรุงข้อจำกัดของหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท (Liberalized piercing the

<sup>133</sup> 467 U.S. 752 (1984)

<sup>134</sup> Phillip I. Blumberg, "Transformation of modern corporation law: The law of corporate groups," *Connecticut Law Review* 37 (2004): 605.



veil) และแนวทางที่นำเอาแนวคิดและหลักการที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยจะต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขหรือคำถามสำคัญสองประการที่ได้พิจารณาแล้วข้างต้น กล่าวคือ ลักษณะความสัมพันธ์ของกลุ่มบริษัทที่กำลังพิจารณาอยู่นั้นมีลักษณะรวมกลุ่มเข้ากันอย่างเหนียวแน่นเป็นหนึ่งเดียวกันจนเหมาะกับการนำแนวคิดและหลักการดังกล่าวไปปรับใช้หรือไม่ และการนำแนวคิดและหลักการดังกล่าวไปปรับใช้แก่กรณีนั้นจะสามารถตอบสนองและบังคับการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และเป้าหมายของกฎหมายสาขานั้นที่กำลังพิจารณาได้ดียิ่งกว่าเดิมหรือไม่

กลุ่มที่สอง คือ กฎหมายที่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มบริษัทเป็นการเฉพาะและรับเอาแนวคิดและหลักการที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวไว้ในกฎหมาย ซึ่งมีทั้งกฎหมายที่รับเอาแนวคิดและหลักการดังกล่าวไปใช้ตลอดทั้งฉบับ เช่น Bank Holding Company Act, Saving and Loan Holding Company Act และ Public Utility Holding Company Act เป็นต้น และกฎหมายที่เลือกปรับใช้เพียงบางส่วนบางเรื่องเท่านั้น ตัวอย่างเช่น กฎหมายที่ควบคุมกำกับการค้าเงินกิจการด้านการรถไฟ การขนส่งทางบก การขนส่งทางน้ำ การขนส่งทางอากาศ กฎหมายเกี่ยวกับหลักทรัพย์ ประมวลรัษฎากร เป็นต้น

ทั้งนี้ ในการนำแนวคิดและหลักการดังกล่าวไปใช้ในกรณีของกฎหมายกลุ่มหลังนี้ จะมีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาประการหนึ่ง คือ การกำหนดหรือนิยามกลุ่มบริษัทที่จะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายฉบับนั้นๆ ซึ่งการกำหนดหรือนิยามดังกล่าวนี้พึงออกแบบให้สอดคล้องกับแนวคิดและวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละฉบับแต่ละสาขา และในแต่ละมาตรการทางกฎหมาย หากการออกแบบนิยามดังกล่าวนี้มีได้นำแนวคิดและวัตถุประสงค์ของกฎหมายมาพิจารณาด้วย หรือเป็นการออกแบบในลักษณะครอบจักรวาลหรือสามารถใช้ได้ทุกกรณี (Universal definition) ย่อมเป็นการผิดพลาดอย่างร้ายแรง อย่างไรก็ตาม แม้กรณีจะไม่อาจกำหนดหรือนิยามเป็นการทั่วไป แต่ก็ยังคงปรากฏหลักเกณฑ์ร่วมกันที่สามารถนำไปใช้ประกอบกับแนวคิด หลักการ วัตถุประสงค์ของกฎหมายและสภาพความเป็นจริงทางเศรษฐกิจหรือธุรกิจเพื่อกำหนดหรือออกแบบนิยามดังกล่าวได้ คือ หลักความเป็นเจ้าของ (Ownership) หลักอำนาจควบคุม (Control, Controlling influence, Dominant influence or Decisive influence) และหลักการรวมกลุ่ม (Integrated enterprise or Integration) โดยมักจะมีการใช้หลักการเหล่านี้ร่วมกันพร้อมกับกำหนดข้อสันนิษฐานเบื้องต้นด้วยหลักความเป็นเจ้าของหรือสัดส่วนการถือครองหุ้นที่เหมาะสมกับสภาพความเป็นจริงทางเศรษฐกิจและธุรกิจของกลุ่มบริษัท

## ข) ประเทศอังกฤษ<sup>135</sup>

ศาลของอังกฤษนั้นยังได้รับอิทธิพลจากคดี Salomon v. Salomon & Co. อยู่อันเป็นผลให้ยังคงยึดติดกับแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกัน (Separate entity approach or Entity principle) อยู่ค่อนข้างมาก แม้ว่าท่าน Professor Gower จะให้ข้อสังเกตว่าศาลอังกฤษ ในคดี D.H.N. Ltd v. Tower Hamlets โดยท่าน Lord Denning เริ่มที่จะยอมรับและพิจารณาถึงแนวคิดและหลักการที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวบ้าง แต่ต่อมาในคดี International Tine Council หรือ Maclaine Watson & Co. v. Department of Trade and Industry โดย House of Lords ก็ยังคงยึดถือแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกัน และกล่าวว่า คำตัดสินในคดี Salomon v. Salomon & Co. ยังคงถือเป็นกฎหมายอยู่ตลอดมานับแต่ปีค.ศ. 1896 ที่มีการตัดสินคดี

สำหรับกฎหมายบัญญัติของอังกฤษนั้น มีสภาพการณ์ที่แตกต่างออกไปจากคำพิพากษาของศาลอยู่บ้าง กล่าวคือ มีการนำแนวคิดและหลักการที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวมาใช้อยู่บ้างในบางกรณีที่จะต้องพิจารณาปัญหาที่เกิดขึ้นจากกลุ่มบริษัท ตัวอย่างเช่น The Companies Act of 1985 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ในบทบัญญัติว่าด้วยการบัญชีกลุ่ม (Group account) มีการกำหนดถึงนิยามของบริษัทแม่ และบริษัทย่อยโดยอาศัยหลักการ participating interest และ dominant influence หรือกฎหมายภาษีอากรก็เช่นกันที่มีการกำหนดถึงการยื่นแบบแสดงรายการเสียภาษีของกลุ่มบริษัท โดยกำหนดค่านิยามของกลุ่มบริษัทบนหลักการความเป็นเจ้าของหรือการถือครองหุ้น หรือกฎหมายแรงงาน The Employment Protection (Consolidation Act) ที่กำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อคุ้มครองลูกจ้างโดยถือว่าบริษัทในเครือเดียวกันกับนายจ้างนั้นเป็นบุคคลเดียวกันกับนายจ้าง ซึ่งคำว่าบริษัทในเครือเดียวกันนี้จะถือตาม The Companies Act อีกทอดหนึ่ง

อย่างไรก็ดี แม้จะมีการกล่าวกันว่าศาลของอังกฤษนั้นยังได้รับอิทธิพลจากคดี Salomon v. Salomon & Co. อยู่ค่อนข้างมาก แต่ในส่วนของคดีที่เกี่ยวข้องกับการล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัท โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีขนาดใหญ่ ศาลอังกฤษก็ได้มิได้ละเลยลักษณะเฉพาะและ

<sup>135</sup> Phillip I. Blumberg, *The multinational challenge to corporation law: The search for a new corporate personality* (New York: Oxford University Press US, 1993), pp. 154-159.

ความสำคัญของคดีดังกล่าว โดยได้เคยปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Substantive consolidation) ในหลายคดี เช่น ในคดีของ Bank of Credit and Commerce International, Multinational gas และ Quadnet เป็นต้น<sup>136</sup>

### ค) ประเทศออสเตรเลีย

การยอมรับในแนวคิดและหลักการที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียว ในประเทศออสเตรเลียนั้นมีลักษณะเป็นการผสมผสาน คือ ในส่วนของกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทและ ภาษีอากรนั้นยังคงยึดถือแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกันอย่างเคร่งครัดไม่แตกต่างจาก ประเทศอังกฤษเท่าใดนัก แต่ในส่วนของกฎหมายว่าด้วยละเมิด การต่อต้านการผูกขาด และการชำระ บัญชีรวมทั้งคดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการนั้น ทั้งศาลและบทบัญญัติแห่งกฎหมายเองมีการยอมรับ แนวคิดและหลักการที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวและนำเอามาตรการทาง กฎหมายต่างๆ ไปปรับใช้มากขึ้น<sup>137</sup> นอกจากนี้ ประเทศออสเตรเลียโดยคณะกรรมการที่ปรึกษาด้าน บริษัทและหลักทรัพย์ (Companies & Securities Advisory Committee) ยังมีความพยายามที่จะปรับปรับ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จกพึงเกี่ยวข้องกับกลุ่มบริษัท อันได้แก่ การกำหนดคำจำกัดความของกลุ่ม บริษัทในกฎหมายหุ้นส่วนบริษัท การกำหนดหน้าที่ของคณะกรรมการของบริษัทภายในกลุ่ม การ คัดกรองผู้ถือหุ้นข้างน้อยในกลุ่มบริษัท ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดของกลุ่มบริษัท การปรับปรุงโครงสร้าง ของกลุ่มบริษัท และการล้มละลายและฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัท ทั้งนี้ โดยนำแนวคิดและหลักการที่ ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวรวมทั้งมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่างๆ ไปปรับใช้<sup>138</sup> และล่าสุดกำลังมีความพยายามให้มีร่างกฎหมาย The Corporations Amendment (Insolvency) Bill 2007 เพื่อยอมรับเอามาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Substantive consolidation ซึ่งในประเทศออสเตรเลียนจะใช้คำว่า Pooling order) มาใช้อีกด้วย<sup>139</sup>

<sup>136</sup> Interview with Neil Cooper, Partner, Corporate Advisory & Restructuring group, Kroll (London Office), 10 August 2008.

<sup>137</sup> John Kluver, "Entity vs. Enterprise liability: Issues for Australia," *Connecticut Law Review* 37, 3 (2005): 765-784.

<sup>138</sup> Companies & Securities Advisory Committee, "Corporate groups final report," Australia, 2000. (Online), pp. i-iv.

<sup>139</sup> Jason Harris, "Pooling: An overview of reforms," *Australian Insolvency Journal* 19 (2007): 16-21.

### ง) ประเทศนิวซีแลนด์<sup>140</sup>

สำหรับประเทศนิวซีแลนด์นั้นต้องนับว่ามีความก้าวหน้าในการยอมรับและปรับใช้ซึ่งแนวคิดและหลักการที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวเป็นอย่างมากอีกประเทศหนึ่งดังจะเห็นได้จาก Companies Act 1993 No 105 (as at 1 October 2007) ซึ่งรับเอาแนวคิดและหลักการดังกล่าวไปใช้อย่างกว้างขวางโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการชำระบัญชี และคดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัทที่รับเอาแนวคิดและมาตรการทางกฎหมายสำหรับกรณีดังกล่าวไว้จนอาจกล่าวได้ว่าก้าวล้ำประเทศอื่นๆ ไปแล้ว เช่น การบัญชีมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Substantive consolidation) การขยายความรับผิดชอบไปยังกลุ่มบริษัท (Extension of liability) การด้อยสิทธิ (Subordination) และคำสั่งให้โอนทรัพย์สินให้แก่บริษัทที่ล้มละลาย (Contribution order) เป็นต้น นอกจากนี้ ยังรับเอาแนวคิดและหลักการดังกล่าวไปใช้กับการควบคุมกำกับกลุ่มบริษัทในกรณีอื่นด้วย เช่น การบัญชีของกลุ่มบริษัท (Group account) เป็นต้น นอกจากนี้แล้ว ปัจจุบันยังมีความพยายามที่จะปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการล้มละลาย (Liquidation) และการบริหารจัดการทรัพย์สินและหนี้สิน (Voluntary administration) ของกลุ่มบริษัทเพิ่มเติมอีกด้วย เช่น การแก้ไขกฎหมายเพื่อรับรองการบริหารจัดการคดีร่วมกันของกลุ่มบริษัท และการรับรองมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Substantive consolidation) ให้สามารถปรับใช้ในส่วนของการบริหารจัดการทรัพย์สินและหนี้สินได้ด้วย นอกเหนือจากเดิมที่มีบทบัญญัติรับรองมาตรการดังกล่าวในส่วนของการล้มละลายหรือการชำระบัญชีแล้ว เป็นต้น

### จ) ประเทศเยอรมัน<sup>141</sup>

ประเทศเยอรมันนับเป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีการคิดค้นและปรับใช้แนวคิดและหลักการที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวอย่างมากและยาวนานมากที่สุดประเทศหนึ่ง

<sup>140</sup> Phillip I. Blumberg, The multinational challenge to corporation law: The search for a new corporate personality (New York: Oxford University Press US, 1993), pp. 160-161.

\* โปรดดู Companies Act 1993 มาตรา 271

<sup>141</sup> Phillip I. Blumberg, The multinational challenge to corporation law: The search for a new corporate personality (New York: Oxford University Press US, 1993), pp. 161-163.

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของกฎหมายว่าด้วยบริษัทหรือ The German Stock Corporation Act 1965<sup>142</sup> ที่ได้นำแนวคิดและหลักการดังกล่าวเข้ามาใช้ในการควบคุมกำกับกลุ่มบริษัทซึ่งเป็นบริษัทมหาชนและเป็นต้นแบบทางแนวคิดประการหนึ่งให้แก่การปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยบริษัทของสหภาพยุโรป โดยกฎหมายดังกล่าวของเยอรมันได้แบ่งกลุ่มบริษัทออกเป็น 3 ประเภท คือ กลุ่มบริษัทจากสัญญา (Contract group) กลุ่มบริษัทจากความเป็นจริง (De facto group) และกลุ่มบริษัทจากการรวมกลุ่ม (Integrated group) โดยจะควบคุมกำกับกลุ่มบริษัทเหล่านี้เพื่อกำหนดมาตรการทางกฎหมายต่างๆ ให้เหมาะสมสำหรับกลุ่มบริษัทแต่ละประเภท อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงแล้วกฎหมายดังกล่าวนี้ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่อย่างจำกัด ทั้งนี้ เนื่องจากข้อจำกัดหลายประการของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อจำกัดเกี่ยวกับขอบเขตของกฎหมายที่ใช้บังคับเฉพาะแต่กรณีที่เป็นบริษัทมหาชน (Aktiengesellschaft หรือ A.G.) เท่านั้น มิได้รวมไปถึงบริษัทเอกชนอื่นๆ (G.m.b.H.) ด้วยแต่อย่างใด

#### ฉ) ข้อสังเกต

ในการปรับใช้แนวคิดทางกฎหมายในการพิจารณากลุ่มบริษัททั้งในส่วนของแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพแยกออกจากกันและแนวคิดที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพรวมกันเป็นหนึ่งเดียวนั้น ไม่ปรากฏประเทศใดหรือกฎหมายสาขาใดเลยนำแนวคิดใดแนวคิดหนึ่งไปปรับใช้เพียงอย่างเดียว และไม่ปรากฏการกำหนดหลักเกณฑ์อย่างชัดเจนใดๆ ในการพิจารณากลุ่มบริษัทในทางกฎหมายซึ่งถือได้ว่าเป็นประเด็นยุ่งยากซับซ้อนมากที่สุดประการหนึ่ง อย่างไรก็ตาม แนวทางการพิจารณาปรับใช้แนวคิดดังกล่าวในกฎหมายสาขาต่างๆ ในกลุ่มประเทศ Common law และกลุ่มประเทศ Civil law นั้นมักจะมีแนวทางที่แตกต่างกัน กล่าวคือ แนวทางของกลุ่มประเทศ Common law นั้นมักจะมีได้มีการกำหนดจำแนกประเภทหรือรูปแบบของกลุ่มบริษัทเพื่อวัตถุประสงค์ทางกฎหมาย หากแต่ก็จะอาศัยการปรับใช้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรการทางกฎหมายหรือหลักกฎหมายผ่านทางองค์กรตุลาการ ส่วนกลุ่มประเทศ Civil law โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมันและประเทศที่ได้รับอิทธิพลทางกฎหมายจากประเทศเยอรมันนั้นมักจะมีมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายหรือหลักกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องขึ้น เพื่อปรับ

<sup>142</sup> Aktiengesetz, BGB III, Sept. 6, 1965

ใช้กับกลุ่มบริษัทรูปแบบต่างๆ ซึ่งจะมีผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป กระนั้นก็ดี ความแตกต่างดังกล่าวข้างต้นนี้มีได้เป็นหลักเกณฑ์ที่แน่นอนแต่อย่างใด<sup>143</sup>

## 2.7 กฎหมายล้มละลายและการล้มละลายของกลุ่มบริษัท

### 2.7.1 แนวคิด วัตถุประสงค์และประโยชน์ของกฎหมายล้มละลาย

กฎหมายล้มละลายนับบัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดถึงวิธีการหรือกระบวนการในการเข้ามาแก้ไขหรือชำระสะสางภาวะหนี้สินล้นพ้นตัวของบุคคล โดยวิธีการหรือแนวคิดของกฎหมายล้มละลายดังกล่าวนี้จักมีขึ้นและพัฒนาเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละยุคสมัย ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากเหตุผลหรือเจตนารมณ์เบื้องหลังของกฎหมายล้มละลายนั้นมีที่มาจากเหตุผลเชิงประดิษฐ์ (Artificial reason) อันสร้างสรรคขึ้นและเปลี่ยนแปลงไปตามแนวคิดและความจำเป็นของแต่ละยุคสมัยและแต่ละสถานที่ โดยเริ่มจากแนวคิดที่เป็นการลงโทษลูกหนี้ผู้ล้มละลายและการติดตามบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ให้ได้มากที่สุด เพื่อนำมาจัดสรรแบ่งชำระให้เจ้าหนี้ทั้งหลายอย่างเสมอภาคตามสัดส่วนแห่งจำนวนหนี้ (Collective measure) แม้ว่าตามปกตินั้นเมื่อลูกหนี้ผิดนัด เจ้าหนี้นั้นย่อมมีอำนาจฟ้องร้องบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ได้จนสิ้นเชิง แต่ในกรณีที่ลูกหนี้ตกเป็นผู้มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สินหรือมีหนี้สินล้นพ้นตัวนั้น การจะปล่อยให้เจ้าหนี้ต่างคนต่างฟ้องคดีบังคับชำระหนี้ในทำนองใครมือยาวสาวได้สาวเอา<sup>144</sup> หรือใครมาก่อนย่อมได้ก่อน (First come first serve) นั้นย่อมจะก่อให้เกิดผลร้ายแก่เจ้าหนี้ทั้งปวง เพราะการที่เจ้าหนี้เข้าบังคับเอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีไม่เพียงพอ ย่อมส่งผลให้สัดส่วนของเจ้าหนี้อื่นที่จะพึงได้รับชำระหนี้ลดน้อยถอยลงไปด้วย และโดยสภาพเจ้าหนี้แต่ละรายก็จะพยายามใช้สิทธิของตนรีบเร่งบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้ อันทำให้เกิดสภาพวุ่นวายอัน

<sup>143</sup> Tom Hadden, "Regulating corporate groups: An international perspective," in *Corporate control and accountability*, eds. Joseph McCahery, Sol Picciotto, and Colin Scott (New York: Oxford University Press, 1993), pp. 362-364.

<sup>144</sup> ปรีชา พานิชวงศ์, *กฎหมายล้มละลาย*, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2547), หน้า 1.

เนื่องมาจากความริบเร่งของเจ้าหนี้แต่ละราย อีกทั้งค่าใช้จ่ายในการดำเนินการของเจ้าหนี้ทุกคนเมื่อรวมกันแล้วอาจทำให้ไม่คุ้มค่าในการดำเนินการในลักษณะเช่นนั้น<sup>145</sup>

ภายหลังเมื่อมีการยอมรับระบบการขยายสินเชื่อ (Extension of credit) จึงเริ่มเห็นกันว่าลูกหนี้ผู้ล้มละลายนั้นมิได้เป็นบุคคลชั่วคราวเสมอไปทุกราย ทำให้เกิดแนวคิดเกี่ยวกับการปลดจากล้มละลาย (Discharge) ด้วยช่องทางต่างๆ เพื่อให้ลูกหนี้ได้เริ่มต้นชีวิตใหม่ (Get a fresh start) ครั้นในเวลาต่อมาเกิดแนวคิดว่าวิธีการจัดการทรัพย์สินด้วยการชำระบัญชีตามแบบกฎหมายล้มละลายเดิมนั้นเป็นผลให้กิจการบางประเภทซึ่งมีความสำคัญต่อสังคมหรือเศรษฐกิจ หรือกิจการที่ยังคงมีศักยภาพและความสามารถในการก่อให้เกิดรายได้ (Ability to earn future income) ต้องเป็นอันถูกเลิกกิจการไปอันส่งผลเสียหายต่อสังคมส่วนรวมมากกว่าผลดี แนวคิดประการนี้เองที่ทำให้เกิดแนวคิดเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ (Reorganization) เพิ่มเติมจากวิธีการชำระบัญชี (Liquidation) ซึ่งเคยเห็นกันว่าเป็นมาตรการที่ดีที่สุดในระยะเวลานึง

ดังนี้ จึงทำให้เป็นที่เห็นกันว่ากฎหมายล้มละลายในยุคสมัยปัจจุบันนั้นมีข้อกำหนดที่กำหนดมาตรการเพื่อจัดการหรือลงโทษลูกหนี้ผู้เป็นบุคคลล้มละลายดังเช่นในอดีตอีกต่อไป หากแต่เป็นกฎหมายที่กำหนดถึงมาตรการและกระบวนการในการจัดการชำระสะสางสถานะหนี้สินสิ้นพันตัวหรือสถานะที่ไม่อาจชำระหนี้ได้ของบุคคลเสมือนเป็นกฎหมายที่เข้าจัดการแก้ไขสถานการณ์พิเศษอันจำต้องอาศัยมาตรการพิเศษ เพื่อให้สามารถนำเอาทรัพย์สินทั้งหลายของลูกหนี้มาจัดสรรแบ่งชำระให้แก่เจ้าหนี้ทั้งปวงได้อย่างเสมอภาคทั่วหน้ากันอย่างมีประสิทธิภาพ พร้อมกับเป็นการนำเอาทรัพย์สินเหล่านี้กลับเข้าไปสู่ระบบตลาดเพื่อนำไปใช้ประโยชน์ให้ได้ผลตอบแทนที่ดีกว่าต่อไป หรือเพื่อฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้และเพิ่มมูลค่าทรัพย์สินของลูกหนี้นั่นเอง ซึ่งปัจจุบันนี้กฎหมายล้มละลายถูกจัดให้อยู่ในกรอบของกฎหมายในส่วนพาณิชย์ในหลายประเทศ และเป็นจุดสนใจในแง่การประกอบธุรกิจทางพาณิชย์ในแต่ละประเทศ<sup>146</sup>

<sup>145</sup> วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: บริษัทวิศิษฎ์สรอรรถจำกัด, 2547), หน้า 4.

<sup>146</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 1.

### 2.7.1.1 วัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลาย

ท่านหลวงสารนัยประศาสน์ นักกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยท่านหนึ่ง เห็นว่า วัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายมีอยู่ 3 ด้าน ดังนี้

1. ในด้านที่เป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย เพื่อให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับชำระหนี้เสมอภาคตามส่วนโดยรวดเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายน้อย
2. ในด้านที่เป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้ เพื่อมิให้ลูกหนี้ถูกบีบบังคับเร่งรัดให้ชำระหนี้ด้วยความไม่เป็นธรรม และเพื่อให้ลูกหนี้ที่สุจริตมีโอกาสตั้งต้นชีวิตใหม่ และก่อสร้างหลักฐานใหม่ได้
3. ในด้านที่เป็นประโยชน์แก่สาธารณะ เพื่อมิให้ลูกหนี้มีโอกาสไปหลอกลวงผู้อื่นอีก และมีบทลงโทษลูกหนี้และบุคคลอื่นที่ทุจริตด้วย<sup>147</sup>

สำหรับท่านปรีชา พานิชวงศ์ นักกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยอีกท่านหนึ่ง เห็นว่า สามารถแยกวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายได้ ดังนี้<sup>148</sup>

1. เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหนี้ได้เปรียบเสียเปรียบแก่กันอันไม่สมควร และเพื่อให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับส่วนแบ่งเฉลี่ยจากทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยเสมอภาคกันตามส่วนแห่งจำนวนหนี้
2. เพื่อให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับชำระหนี้รวดเร็วขึ้น และเสียค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายน้อยกว่าคดีแพ่ง
3. เพื่อรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ เพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้
4. เพื่อป้องกันมิให้ลูกหนี้ถูกบีบบังคับเร่งรัดหนี้สินด้วยความไม่เป็นธรรมโดยการกำหนดจำนวนหนี้ขั้นต่ำที่เจ้าหนี้จะฟ้องลูกหนี้ให้ล้มละลายและให้อำนาจศาลที่จะพิพากษายกฟ้องได้เมื่อมีเหตุสมควรเพื่อช่วยเหลือลูกหนี้ที่สุจริต

<sup>147</sup> หลวงสารนัยประศาสน์, หลักปฏิบัติตามกฎหมายล้มละลายที่เกี่ยวข้องกับศาล (ม.ท.ป., 2512), หน้า 1-2.

<sup>148</sup> ปรีชา พานิชวงศ์, กฎหมายล้มละลาย, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2547), หน้า



5. เพื่อป้องกันมิให้ลูกหนี้มีโอกาสหลอกลวงฉ้อโกงต่อไปได้โดยง่ายและเพื่อลงโทษลูกหนี้ที่ทุจริต

ส่วนท่านสุธีร์ ศุภนิคย์ นักกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยอีกท่านหนึ่ง เห็นว่ากฎหมายล้มละลายมีวัตถุประสงค์ที่แยกออกได้เป็น 3 กรณีด้วยกัน คือ<sup>149</sup>

1. เป็นไปเพื่อต้องการให้เกิดความเป็นธรรมในการแบ่งเฉลี่ยทรัพย์สินของลูกหนี้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายของลูกหนี้
2. ต้องการให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้สินโดยเร็วและสามารถตั้งตัวใหม่ได้
3. เป็นไปเพื่อการคุ้มครองสังคมไม่ให้เกิดความเสียหายโดยการก่อหนี้สินไม่เป็นที่สิ้นสุด

นอกจากนี้ท่านวิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ นักกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยผู้เชี่ยวชาญกฎหมายล้มละลายและกฎหมายฟื้นฟูกิจการอีกท่านหนึ่ง ได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายไว้ว่า กฎหมายล้มละลายในยุคปัจจุบันมีวัตถุประสงค์ที่ยอมรับกันว่า กฎหมายล้มละลายจะต้องสอดคล้องกับแนวทางดังต่อไปนี้<sup>150</sup>

1. กฎหมายล้มละลายจะต้องมีกระบวนการจัดการคดีที่ทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้อย่างเป็นธรรมและคาดหมายได้
2. กฎหมายล้มละลายจะต้องมีกลไกในการทำให้เกิดมูลค่าสูงสุดในกองทรัพย์สิน
3. กฎหมายล้มละลายจะต้องเปิดโอกาสให้มีการปรับโครงสร้างกิจการหรือฟื้นฟูกิจการในกรณีที่เหมาะสม

<sup>149</sup> สุธีร์ ศุภนิคย์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542), หน้า 17.

<sup>150</sup> วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: บริษัทวิศิษฐ์สรอรรถจำกัด, 2547), หน้า 5.

สำหรับในส่วนของกฎหมายล้มละลายของไทยเอง ก็มีบันทึกประกอบร่างพระราชบัญญัติล้มละลายพุทธศักราช พ.ศ. 2483 ซึ่งได้ระบุไว้ซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายไว้ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ<sup>151</sup>

1. ไม่ให้เจ้าหนี้เร่งรัดหนี้เพื่อประโยชน์ของคนแต่ผู้เดียวเหมือนในคดีแพ่ง เจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ในคดีล้มละลายต้องทำการเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้อื่นๆ โดยทั่วไปด้วย และเจ้าหนี้ต่างมีโอกาสจะได้รับชำระหนี้เฉลี่ยตามส่วนมากและน้อยโดยยุติธรรม ก็เพราะคดีล้มละลายนั้นมิได้ทำกันโดยบังคับได้เหมือนคดีแพ่ง

เมื่อผู้ใดล้มละลาย เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ต้องโฆษณาให้สาธารณชนทราบในหนังสือราชกิจจานุเบกษา และในหนังสือพิมพ์รายวัน เจ้าหนี้ทั้งปวงของผู้ล้มละลายจึงมีโอกาสขอพิสูจน์ภายในกำหนด (สองเดือน) โดยเสมอหน้ากัน ซึ่งในคดีแพ่ง โจทก์ จำเลยอาจชำระหนี้สินกันได้โดยเจ้าหนี้อื่นอาจไม่ทราบก็ได้

2. ไม่ให้เจ้าหนี้ทำความตกลงกับลูกหนี้โดยทางลับ หรือใช้อุบายเอาเปรียบแก่เจ้าหนี้อื่น เจ้าหนี้ที่เป็นโจทก์ในคดีล้มละลายจะตกลงเลิกคดีกับลูกหนี้โดยลำพังไม่ได้ แม้ลูกหนี้ที่ถูกฟ้องนั้นจะยอมชำระหนี้สินให้แก่ผู้เป็นโจทก์โดยเสร็จสิ้น เมื่อเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ประสงค์จะถอนฟ้องก็ต้องขออนุญาตศาลเสียก่อน และศาลจะไม่อนุญาตจนกว่าจะได้ประกาศให้ผู้มีส่วนได้เสียมาร้องคัดค้านในเวลาอันสมควรแล้ว

ถ้าเจ้าหนี้ได้รับโอนทรัพย์สินจากผู้ล้มละลายโดยเอาเปรียบเจ้าหนี้อื่นๆ ในระยะ 3 เดือนก่อนลูกหนี้ล้มละลาย การโอนนั้นอาจถูกเพิกถอนโดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และในระหว่างที่ลูกหนี้ยังไม่พ้นจากการเป็นผู้ล้มละลายจะไปทำการให้เปรียบเจ้าหนี้ผู้ใด โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือที่ประชุมเจ้าหนี้ไม่อนุญาตไม่ได้ เพราะสิทธิในการจัดการทรัพย์สินของผู้ล้มละลายตกอยู่แก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์

3. ให้เจ้าหนี้ได้รับความสะดวกในการรับชำระหนี้กว่าในคดีแพ่งสามัญ โดยวิธีให้มายื่นขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ซึ่งเป็นการทูลค่าธรรมเนียมและแบ่งเบาภาระของศาลยุติธรรมด้วย

เจ้าหนี้ในคดีล้มละลาย ซึ่งประสงค์จะได้รับส่วนเฉลี่ยจากทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อใช้หนี้ตน มีหน้าที่ที่จะต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์

<sup>151</sup> บันทึกประกอบร่างกฎหมายล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

ทรัพย์สินเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องฟ้องผู้ล้มละลายเป็นคดีขึ้นใหม่ทุกรายไป แล้วจึงไปยื่นคำร้องขอเฉลี่ยทรัพย์สินจากศาลอีกชั้นหนึ่งเหมือนในคดีแพ่ง จึงได้รับชำระหนี้ง่ายและเร็วขึ้นทั้งเสียค่าธรรมเนียมน้อย ฝ่ายศาลก็ไม่ต้องเสียเวลาชำระคดีที่เกี่ยวกับหนี้สินของผู้ล้มละลายเป็นรายๆ ไป ทั้งเพื่อเห็นได้ว่าเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้

4. ป้องกันสาธารณชนไม่ให้ถูกผู้มีหนี้สินล้มละลายหลอกลวงเอาทรัพย์สิน หรือทำหนี้สินที่ตนไม่มีทางชำระได้ ผู้ใดยื่นผูกพันตัวโดยให้ความเชื่อถือแก่ผู้ล้มละลาย เช่น ให้กู้หนี้ยืมสิน ผู้นั้นไม่มีทางเรียกร้องให้ผู้ล้มละลายชำระหนี้ได้ เพราะหนี้ที่เกิดระหว่างล้มละลายนั้น เจ้าหนี้จะนำมาพิสูจน์ไม่ได้ ส่วนผู้ล้มละลายเอง ถ้าไปกู้หนี้ยืมสินใครเป็นเงินเกินกว่า 100 บาท โดยไม่บอกให้ทราบว่าคุณยังไม่พ้นจากคดีอาจได้รับโทษจำคุก
5. ช่วยลูกหนี้ที่สุจริตให้หลุดพ้นจากหนี้สินเร็วกว่าในคดีแพ่งสามัญ เพื่อให้ได้มีโอกาสตั้งตัวใหม่ แต่ถ้าลูกหนี้ทุจริตก็อาจถูกลงโทษ ข้อนี้สำคัญมาก เห็นได้ชัดว่ากฎหมายล้มละลายเป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้ด้วย กล่าวโดยทั่วไปลูกหนี้ในคดีแพ่งจะหลุดพ้นจากหนี้สิน โดยอาศัยบทกฎหมายเรื่องอายุความฟ้องคดี ก็ต่อเมื่อเจ้าหนี้ถอนกลับทับสิทธิของตนเป็นเวลาติดต่อกันอย่างมา 10 ปี แต่ถ้าเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ทำอะไรขึ้นเป็นเหตุให้อายุความสะดุดหยุดลง ก็ต้องตั้งต้นนับหนึ่งใหม่ไปอีก นับว่าโอกาสที่หลุดพ้นจากหนี้สินไปโดยอายุความในทางแพ่งนั้นมีน้อยนัก ส่วนในคดีล้มละลาย ลูกหนี้ที่ทำการโดยสุจริตแต่ต้องประสบความพ่ายแพ้เพราะเคราะห์ร้าย มีโอกาสร้องขอหลุดพ้นจากหนี้สินทั้งปวงนับแต่เวลาที่ศาลทำการไต่สวนโดยเปิดเผยเสร็จสิ้นลง ซึ่งถ้าศาลอนุญาตผู้ล้มละลายนั้นอาจหลุดพ้นจากคดีภายในเวลาไม่กี่เดือนนับแต่ถูกฟ้องก็ได้ ยิ่งในกรณีที่มีการตกลงหนี้กันระหว่างผู้ล้มละลายกับบรรดาเจ้าหนี้ เมื่อศาลสั่งเห็นชอบด้วยการตกลงขอประนอมหนี้นั้น ลูกหนี้ยังมีโอกาสหลุดพ้นจากหนี้สินได้เร็วขึ้นอย่างไรก็ตาม กฎหมายจะช่วยแต่ลูกหนี้ที่สุจริตเท่านั้น ถ้าปรากฏว่าทุจริตก็ไม่ช่วยและจำจะลงโทษทางอาญาอีกด้วย

ในส่วนของหน่วยงานระหว่างประเทศนั้น คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งองค์การสหประชาชาติ (The United Nations Commission on International Trade Law “UNCITRAL”) ยังได้กำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล

(Effective and efficient insolvency law) ในเอกสารว่าด้วยแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL (UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law) ไว้ 9 ประการ ดังนี้<sup>152</sup>

1. การสร้างความแน่นอนให้เกิดขึ้นในตลาดเพื่อส่งเสริมเสถียรภาพและการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ (Provision of certainty in the market to promote economic stability and growth) โดยส่งเสริมการปรับปรุงโครงสร้างธุรกิจที่สามารถดำรงอยู่ได้ และการดำเนินการอย่างมีประสิทธิภาพเกี่ยวกับการปิดกิจการและการโอนทรัพย์สินของธุรกิจที่ประสบความล้มเหลว และอำนวยความสะดวกในการจัดหาเงินทุนสำหรับการเริ่มต้นใหม่ของธุรกิจและการฟื้นฟูกิจการ
2. การเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินให้สูงที่สุด (Maximization of value of assets) โดยใช้มาตรการต่างๆ เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับยกเลิกเพิกถอนธุรกรรมที่ผ่านมา พร้อมกับการสร้างความสมดุลระหว่างการชำระบัญชีที่รวดเร็วและการฟื้นฟูกิจการซึ่งอาจก่อให้เกิดมูลค่าเพิ่มแก่เจ้าหนี้และกิจการได้มากกว่า
3. การสร้างความสมดุลระหว่างการชำระบัญชี และการฟื้นฟูกิจการ (Striking a balance between liquidation and reorganization) กฎหมายล้มละลายต้องสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการรับชำระหนี้ภายในระยะเวลาอันสั้นผ่านทาง การชำระบัญชีซึ่งมักจะเป็นวิธีการที่เจ้าหนี้อาจเลือกใช้ กับประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการรักษาไว้ซึ่งมูลค่าของธุรกิจของลูกหนี้โดยวิธีการฟื้นฟูกิจการซึ่งมักจะเป็นวิธีการที่เจ้าหนี้ไม่มีประกันและลูกหนี้เลือกใช้โดยการดำเนินการดังกล่าวตั้งอยู่บนทฤษฎีพื้นฐานทางเศรษฐกิจว่าการดำรงรักษาไว้ซึ่งองค์ประกอบที่มีความสำคัญและจำเป็นต่อธุรกิจอาจทำให้ได้มูลค่าที่สูงกว่าการแยกจำหน่ายธุรกิจดังกล่าวออกเป็นส่วนๆ
4. การดำเนินการให้เกิดความมั่นใจว่ามีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมต่อเจ้าหนี้ซึ่งอยู่ในสถานะคล้ายกัน (Ensuring equitable treatment of similarly situated creditors) โดยตั้งอยู่บนความคิดที่ว่าในกระบวนการทางกฎหมายโดยรวม เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิตามกฎหมายเช่นเดียวกันควรได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม โดยได้รับส่วนแบ่งการชำระคืนหนี้ตามลำดับและส่วนได้เสียในหนี้ของตน

<sup>152</sup> United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL legislative guide on insolvency law (New York: United Nations, 2005), pp. 10-14.

5. การให้มีการแก้ปัญหาการล้มละลายด้วยวิธีการที่ทันต่อเหตุการณ์ มีประสิทธิภาพและเป็นกลาง (Provision for timely, efficient and impartial resolution of insolvency) ทั้งนี้ การบริหารจัดการอย่างมีประสิทธิภาพและในเวลาอันเหมาะสมจะช่วยสนับสนุนวัตถุประสงค์ในการเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินให้สูงที่สุด ในขณะที่ความเป็นกลางจะช่วยสนับสนุนวัตถุประสงค์ของการปฏิบัติด้วยความเท่าเทียมกัน
6. การดูแลรักษาทรัพย์สินในคดีล้มละลายเพื่อการจัดสรรแก่เจ้าหนี้ด้วยความเท่าเทียมกัน (Preservation of the insolvency estate to allow equitable distribution to creditors) กฎหมายล้มละลายควรรักษาทรัพย์สินและขีดขวางการแยกทรัพย์สินของลูกหนี้ออกเป็นส่วนๆ ก่อนเวลาที่เหมาะสมโดยเจ้าหนี้อย่างใดรายหนึ่งที่ทำการบังคับชำระหนี้ของตน
7. การสร้างความมั่นใจว่ากฎหมายล้มละลายมีความโปร่งใสและสามารถคาดการณ์ได้ และเป็นกฎหมายที่ให้แรงจูงใจในการเก็บรวบรวมและกระจายข้อมูล (Ensuring a transparent and predictable insolvency law that contains incentives for gathering and dispensing information) กฎหมายล้มละลายที่มีความโปร่งใสและคาดการณ์ได้นั้นจะทำให้ผู้ที่อาจจะให้กู้และเจ้าหนี้สามารถเข้าใจการดำเนินการของกระบวนการล้มละลายและสามารถประเมินความเสี่ยงเกี่ยวกับฐานะของตน อันจะเป็นการส่งเสริมเสถียรภาพในด้านความสัมพันธ์ในเชิงพาณิชย์ และส่งเสริมการให้กู้เงินและการลงทุน โดยมีอัตราค่าเสี่ยงภัยที่ต่ำลง
8. การยอมรับสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีอยู่และการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการจัดลำดับของสิทธิเรียกร้องในลำดับก่อน (Recognition of existing creditor rights and establishment of clear rules for ranking of priority claims) การยอมรับและการบังคับใช้ในกระบวนการล้มละลายซึ่งสิทธิต่างๆ ที่แตกต่างกันที่เจ้าหนี้มีต่อลูกหนี้และทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนเริ่มกระบวนการล้มละลาย จะสร้างความแน่นอนให้เกิดขึ้นในตลาด และสนับสนุนการให้สินเชื่อ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับสิทธิและลำดับการชำระหนี้ก่อนสำหรับเจ้าหนี้มีประกัน
9. การกำหนดกรอบของการล้มละลายข้ามชาติ (Establishment of a framework for cross-border insolvency) เพื่อส่งเสริมการประสานงานระหว่างประเทศต่างๆ และอำนวยความสะดวกต่อการให้ความช่วยเหลือในการบริหารจัดการกระบวนการล้มละลายที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ กฎหมายล้มละลายควรบัญญัติหลักเกณฑ์สำหรับ

กรณีการล้มละลายข้ามชาติ รวมถึงการรับรองกระบวนการล้มละลายในต่างประเทศ โดยการนำเอากฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติมาใช้

### 2.7.1.2 ประโยชน์ของกฎหมายล้มละลาย

เมื่อได้พิจารณาถึงลักษณะและวัตถุประสงค์ทั้งหลายของกฎหมายแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายล้มละลายนั้นเป็นมาตรการหรือเครื่องมือทางกฎหมายซึ่งเข้ามามีบทบาทและแก้ไขปัญหาในสภาพการณ์พิเศษที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวหรือไม่สามารถชำระหนี้ได้ที่มีคุณประโยชน์มากทั้งต่อเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และสังคม กล่าวคือ

1. ประโยชน์ทางด้านเจ้าหนี้
  - ก. ให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับชำระหนี้อย่างเสมอภาคตามสัดส่วนแห่งหนี้ (*pari passu*)
  - ข. ให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับความสะดวกรวดเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายน้อย
  - ค. ให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับชำระหนี้มากที่สุด ในอันที่จะมีช่องทางในการติดตามเอาทรัพย์สินเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ได้ดีกว่าคดีแพ่งสามัญ
  - ง. ค้ำครองเจ้าหนี้จากการมีบทบาทบัญญัติในการลงโทษทางอาญากับลูกหนี้ผู้ทุจริตหรือคดโกงเจ้าหนี้
2. ประโยชน์ทางด้านลูกหนี้
  - ก. ค้ำครองลูกหนี้มิให้ถูกบังคับเร่งรัดให้ชำระหนี้สินอย่างไม่เป็นธรรม
  - ข. ช่วยให้ลูกหนี้ผู้ทุจริตสามารถหลุดพ้นจากสถานะล้มละลายและเริ่มต้นตั้งตัวใหม่ได้
  - ค. กำหนดบทบาทบัญญัติในการจำกัดสิทธิและหน้าที่ของลูกหนี้ประการต่างๆ พร้อมทั้งลงโทษลูกหนี้หลายประการเพื่อมิให้ลูกหนี้ผู้ทุจริตหรือคดโกงเจ้าหนี้
3. ประโยชน์ทางด้านสังคม
  - ก. ป้องกันมิให้ลูกหนี้มีโอกาสหลอกลวงฉ้อโกงบุคคลอื่นๆ ได้อีก
  - ข. บริหารจัดการนำเอาทรัพย์สินซึ่งมีการนำไปใช้ประโยชน์อย่างด้อยประสิทธิภาพทั้งที่เป็นทรัพย์สินและตัวบุคคล กลับมาสู่ระบบเศรษฐกิจเพื่อนำไปจัดสรรและใช้อย่างมีประสิทธิภาพภายใต้กลไกตลาดอีกครั้งหนึ่ง

อนึ่ง จะเห็นได้ว่ากฎหมายล้มละลายนั้นเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของบุคคล 3 ฝ่ายข้างต้น คือ ลูกหนี้ เจ้าหนี้ และสังคม ดังนั้น นโยบายทางกฎหมายล้มละลาย (Bankruptcy policy) จึงต้องหาสมดุลแห่งประโยชน์ดังกล่าวของความสัมพันธ์ 3 ฝ่าย เมื่อยามใดที่ประโยชน์ของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้รับผลกระทบอย่างไม่เป็นธรรม กฎหมายล้มละลายทั้งด้วยอาศัยอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการจึงต้องกำหนดและปรับใช้ซึ่งมาตรการ (Measure) และสิ่งควบคุมการใช้มาตรการ (Safeguard) ในอันที่จะเข้าไปแทรกแซงความสัมพันธ์ 3 ฝ่ายดังกล่าว เพื่อให้เกิดความมีประสิทธิภาพและความเป็นธรรมขึ้นระหว่างทุกฝ่ายอีกครั้งหนึ่ง<sup>153</sup>

### 2.7.2 แนวคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการล้มละลายของกลุ่มบริษัท

เมื่อได้พิจารณาถึงลักษณะของความสัมพันธ์ การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ และการมีผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มบริษัทในด้านต่างๆ ทำให้เกิดแนวคิดในลักษณะที่เห็นว่าเมื่อเกิดภาวะยากลำบากทางการเงินหรือภาวะหนี้สินล้นพ้นตัวของบริษัทในกลุ่มหรือของทั้งกลุ่มแล้วกลุ่มบริษัทไม่อาจให้ความช่วยเหลือระหว่างกันหรือดำเนินการใดๆ ในอันที่จะลดซับความเสียหายระหว่างกัน เพื่อให้ผ่านพ้นภาวะดังกล่าวไปได้ แนวทางหรือกระบวนการที่จะเข้ามาจัดการสภาวะดังกล่าวนี้ควรจะเป็นไปในลักษณะของการจัดการหรือแก้ไขสภาวะดังกล่าวพร้อมกันไปที่เดียวทั้งกลุ่ม ไม่ว่าจะเป็นการชำระบัญชีอันเป็นนโยบายของกฎหมายล้มละลาย (Bankruptcy policy) แบบดั้งเดิมไปพร้อมกันทั้งกลุ่ม หรือการฟื้นฟูกิจการอันเป็นนโยบายของกฎหมายล้มละลายแบบใหม่เพื่อรักษามูลค่าหรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจของส่วนรวมพร้อมกันทั้งกลุ่ม เพื่อให้กระบวนการจัดการและแก้ไขกับภาวะดังกล่าวเป็นไปโดยรวดเร็วและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายซึ่งมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของทั้งเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และสังคมอันเป็นลักษณะของความสัมพันธ์ 3 ฝ่าย เมื่อใดที่ลักษณะแนวปฏิบัติของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเปลี่ยนแปลงหรือผิดปกติไป ย่อมจะกระทบกระเทือนถึงฝ่ายอื่นที่เหลือไปด้วย ทำให้สังคมจำต้องใช้อำนาจทางกฎหมายเพื่อเข้าแทรกแซงเพื่อให้เกิดดุลยภาพและความเป็นธรรมระหว่างทุกฝ่ายขึ้น ซึ่งลักษณะของความสัมพันธ์ การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ และการมีผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มบริษัทก็มีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงแนวปฏิบัติของฝ่ายลูกหนี้ จนอาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหนี้หากนำมาตราการตามกฎหมายล้มละลายปัจจุบันเข้าไปใช้บังคับ ดังนั้น สังคมจึงต้องอาศัยอำนาจ

<sup>153</sup> Martin A. Frey, Phyllis Hurley Frey, and Sidney K. Swinson, *An introduction to bankruptcy law*. 4<sup>th</sup> ed. (Thomson Delmar Learning, 2005), pp. 7-8.

ทางกฎหมายเพื่อกำหนดมาตรการ (Measure) และสิ่งควบคุมการใช้มาตรการ (Safeguard) ในอันที่จะเข้าไปแทรกแซงความสัมพันธ์ 3 ฝ่ายดังกล่าว เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นอีกครั้งหนึ่ง

อย่างไรก็ดี แนวคิดดังกล่าวข้างต้นนั้นยังคงมีข้อสังเกตว่า แนวคิดดังกล่าวมิได้เป็นแนวคิดที่สมบูรณ์เป็นเด็ดขาด หากแต่ยังคงต้องประกอบด้วยแนวคิดอีกด้านหนึ่งด้วยเสมอ (Binary logic) กล่าวคือ มิใช่ว่าทุกกลุ่มบริษัทและทุกกรณีที่สามารถและเหมาะสมที่จะนำแนวคิดที่จะให้กลุ่มบริษัทล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการพร้อมกันไปปรับใช้ได้อย่างเหมาะสม หากแต่จะต้องกำหนดว่าความสัมพันธ์ลักษณะหรือรูปแบบใดของกลุ่มบริษัทที่สมควรจะปรับใช้แนวคิด มาตรการและสิ่งควบคุมการใช้มาตรการต่างๆ ดังกล่าว เช่น กลุ่มบริษัทที่มีการรวมตัวกันอย่างเหนียวแน่นในด้านอำนาจบริหารและการควบคุม กลุ่มบริษัทที่ประกอบกิจการอันมีลักษณะเป็นธุรกิจต่อเนื่อง หรือกลุ่มบริษัทที่ประกอบกิจการอันมีลักษณะเป็นธุรกิจผูกขาดทั้งที่เป็นการผูกขาดโดยสภาพหรือโดยกฎหมาย ส่วนกรณีกลุ่มบริษัทอื่นก็จำเป็นจะต้องอาศัยกำหนดมาตรการ (Measures) และสิ่งควบคุมการใช้มาตรการ (Safeguards) อื่นต่อไป เป็นต้น

เนื่องด้วยแนวความคิดดังกล่าว ประกอบกับการประกอบธุรกิจในปัจจุบันนั้นนิยมที่จะกระทำผ่านองค์กรธุรกิจในรูปแบบของกลุ่มบริษัทเป็นจำนวนมากขึ้นทั้งการประกอบธุรกิจภายในและระหว่างประเทศอันเป็นผลให้คดีล้มละลายและคดีฟื้นฟูกิจการของบริษัทในกลุ่มหรือของทั้งกลุ่มบริษัทนั้นมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น เช่น จากการสำรวจพบว่าจำนวนคดีฟื้นฟูกิจการและปรับโครงสร้างกิจการกว่า 70 เปอร์เซ็นต์ของในประเทศแคนาดาและประเทศสหรัฐอเมริกาจะเป็นกรณีของกลุ่มบริษัทที่ฟื้นฟูกิจการและปรับโครงสร้างในลักษณะร่วมกัน (Consolidated basis)<sup>154</sup> ดังนั้น กฎหมายล้มละลายของประเทศต่างๆ จึงมีแนวโน้มในการรับเอาแนวคิดและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อไปปรับใช้

<sup>154</sup> Edward Flynn, *Statistical analysis of chapter 11* (Administrative Office of the United States Courts, 1989) Cited in Jacob S. Ziegel, "Corporate groups and crossborder insolvencies: A Canada-United States perspective," *Fordham Journal of Corporate and Financial Law* 7 (2001): 376. นอกจากนี้ จากการสำรวจคดีฟื้นฟูกิจการกว่า 274 คดีในช่วงระหว่างปี.ศ. 1980 ถึง 2001 โดย Professor Lynn M. LoPucki พบว่ามีเพียง 27 เปอร์เซ็นต์เท่านั้นที่เป็นการฟื้นฟูกิจการของบริษัทเดี่ยว (Single entity) ที่เหลือเป็นกรณีของกลุ่มบริษัททั้งสิ้น โดยหนึ่งในสามของจำนวนคดีดังกล่าวจะต้องมีบริษัทย่อยอย่างน้อยหนึ่งบริษัทที่ประกอบกิจการในต่างประเทศ โปรดดู Professor LoPucki's Bankruptcy Research Database



กับการล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัทมากขึ้น เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย และประเทศนิวซีแลนด์มีการยอมรับเอาแนวคิดและมาตรการดังกล่าวทั้งทางกฎหมาย บัญญัติและโดยศาล เป็นต้น

มาตรการทางกฎหมายต่อการล้มละลายของกลุ่มบริษัทในแต่ละประเทศโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบในหนี้สินของกลุ่มนั้นมักขึ้นกับระดับของการยอมรับของกฎหมายในแต่ละประเทศเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของนิติบุคคลว่าเข้มงวดมากน้อยแค่ไหน<sup>155</sup> รวมถึงระดับการยอมรับแนวคิดที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียว (Single enterprise approach or Enterprise principle) ว่ายอมรับมากน้อยเพียงใด อย่างไรก็ตามแนวโน้มของกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการในประเทศต่างๆ นั้น ปัจจุบันมีแนวโน้มที่ไปในทิศทางเดียวกันมากขึ้น กล่าวคือ เริ่มมียอมรับถึงความสำคัญของกลุ่มบริษัท และปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปรับใช้กฎหมายล้มละลายกับกลุ่มบริษัทมากขึ้น โดยปรับเปลี่ยนแนวคิดให้สอดคล้องกับแนวคิดที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวมากขึ้น ในกรณีที่มีความเหมาะสม และปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายให้สอดคล้องกับลักษณะความสัมพันธ์และการประกอบกิจการของกลุ่มบริษัทมากขึ้น เช่น ประเทศต่างๆ เริ่มรับเอามาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Substantive consolidation or Pooling) ไปปรับใช้มากขึ้น เป็นต้น ดังที่ Professor Jacob S. Ziegel กล่าวว่า<sup>156</sup> เราได้บทเรียน 2 ประการจากการล้มละลายของกลุ่มบริษัท ประการแรกคือระบบกฎหมายล้มละลายทั้งในระดับประเทศและระดับระหว่างประเทศนั้นไม่อาจจะเพิกเฉยต่อสภาพที่เป็นจริงและความแตกต่างโดยสภาพของกลุ่มบริษัทในการล้มละลายและฟื้นฟูกิจการได้อีกต่อไป ประการต่อมาคือด้วยเหตุผลและความจำเป็นทางด้าน

---

\* โปรดดูตัวอย่างข้อมูลจากการสำรวจของ Professor Lynn M. LoPucki เกี่ยวกับการใช้การรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Substantive consolidation) ในคดีฟื้นฟูกิจการของบริษัทขนาดใหญ่ภายใต้ Chapter 11 ของประเทศสหรัฐอเมริกา ในบทที่ 3 นอกจากนี้ ประเทศออสเตรเลียกำลังมีการร่าง The Corporations Amendment (Insolvency) Bill 2007 เพื่อแก้ไข The Corporations Act 2001 โดยมีการแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายล้มละลายซึ่งรวมถึงการบัญญัติถึงมาตรการการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (ซึ่งในประเทศออสเตรเลียเรียกว่า Pooling) ด้วย

<sup>155</sup> United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL legislative guide on insolvency law (New York: United Nations, 2005), p. 277.

<sup>156</sup> Jacob S. Ziegel, "Corporate groups and crossborder insolvencies: A Canada-united states perspective," Fordham Journal of Corporate and Financial Law 7 (2001): 376.

ประสิทธิภาพ ค่าใช้จ่าย และความยากลำบากในการชำระสะสางทรัพย์สิน สิทธิและหนี้สินระหว่างกัน ในกลุ่มบริษัท ทำให้คู่ความในคดีดังกล่าวมักจะถูกผลักดันให้เห็นชอบด้วยกับมาตรการรวมทรัพย์สิน และหนี้สินของกลุ่มบริษัทแต่เพียงบางส่วน (Partial substantive consolidation)<sup>\*</sup> เป็นอย่างน้อยที่สุด

อย่างไรก็ดี มาตรการต่างๆ ที่กฎหมายล้มละลายในประเทศส่วนใหญ่ให้ความสำคัญนั้นมักจะจำกัดเฉพาะเกี่ยวกับความรับผิดชอบในหนี้สินของกลุ่มบริษัท มีเพียงประเทศเป็นส่วนน้อยมากเท่านั้นที่จะกำหนดไปถึงมาตรการต่างๆ ทุกด้านอย่างครบถ้วน

อนึ่ง กรณีมีข้อสังเกตเบื้องต้นเกี่ยวกับคำนิยามของกลุ่มบริษัทในกฎหมายล้มละลาย กล่าวคือ เป็นที่ยอมรับกันว่ากฎหมายในประเทศส่วนใหญ่จะไม่กำหนดคำนิยามของคำว่ากลุ่มบริษัทไว้เป็นการทั่วไป หากแต่เมื่อกฎหมายลักษณะใดมีความจำเป็นจึงต้องควบคุมกำกับกลุ่มบริษัทจึงจะบัญญัติถึงบทนิยามของกลุ่มบริษัทหรือบทนิยามที่เกี่ยวข้องไว้เป็นการเฉพาะ เช่น กฎหมายภาษีอากร กฎหมายหรือข้อบัญญัติว่าด้วยการบัญชี กฎเกณฑ์ของตลาดหลักทรัพย์ เป็นต้น ทั้งนี้ บทนิยามในกฎหมายลักษณะต่างๆ นี้ แม้ว่าส่วนใหญ่จะยอมรับหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของกลุ่มบริษัท 3 ประการคือ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความเป็นเจ้าของ (Ownership) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจควบคุม (Control) และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ (Integration) ในการกำหนดบทนิยามดังกล่าว แต่บทนิยามในกฎหมายแต่ละลักษณะนั้นยังคงมีรายละเอียดของการปรับใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปข้างต้นที่แตกต่างกันอยู่ ทั้งนี้ ก็เพื่อให้เป็นไปตามแนวและบรรลุด้านนโยบายรากฐาน (Underlying policy) อันเป็นที่มาหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละลักษณะนั่นเอง

กฎหมายล้มละลายก็เช่นกันเดียวกัน เป็นที่ยอมรับกันในเบื้องต้นว่าในการนิยามคำว่ากลุ่มบริษัทเพื่อวัตถุประสงค์ในเชิงกฎหมายล้มละลายควรให้ความสำคัญกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความเป็นเจ้าของซึ่งเป็นการกำหนดรูปแบบความสัมพันธ์ในเชิงการถือครองหุ้น เพราะสามารถให้ความแน่นอน ความคาดหมายได้ และความโปร่งใสได้ดีกว่าอันจะเป็นลักษณะประการสำคัญของกฎหมายล้มละลายที่มีประสิทธิภาพ ในขณะที่หลักเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจควบคุมนั้น แม้ว่าจะมีความยืดหยุ่น และสะท้อนความจริงเกี่ยวกับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจได้มากกว่า แต่การนำไปปรับใช้นั้นอาจทำให้ขาด

<sup>\*</sup> ดังจะได้อธิบายต่อไปในบทที่ 3

หลักเกณฑ์ที่แน่นอน และไม่อาจคาดหมายได้ นอกจากนี้ ยังจำเป็นจะต้องคำนึงถึงความยืดหยุ่นของบท  
นิยามในการปรับใช้ในมาตรการทางกฎหมายล้มละลายแต่ละลักษณะซึ่งมีความแตกต่างกันอีกด้วย